N

JURIDISKA INSTITUTIONEN
Uppsala universitet

JURIDISKA BIBLIOTEKET
vid Uppsala Universitet

D 1346.02 SWE

Juridikbok.se

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

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

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att:

• Kopiera och vidaredistribuera materialet oavsett medium eller format

• Bearbeta och bygga vidare på materialet

Villkoren för tillståndet är:

• Att användaren ger ett korrekt erkännande, anger en hyperlänk till licensen och anger om bearbetningar är gjorda av verket. Detta ska göras enligt god sed.

• Att användaren inte använder materialet för kommersiella ändamål.

• Att användaren inte tillämpar rättsliga begränsningar eller teknik som begränsar andras rätt att gör något som licensen tillåter.

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

http://urn.kb.se/resolve?urn=urn:nbn:se:juridikbokse-f42ff

UNIV.-BIBL.
- 5 JULI 1956
UPPSALA

INSTITUTET
FÖR RÄTTSVETENSKAPLIG FORSKNING

[VI]

HJALMAR KARLGREN

STOCKHOLM

P. A. NORSTEDT & SÖNERS FÖRLAG

INSTITUTET
FÖR RÄTTSVETENSKAPLIG FORSKNING
[VI]

AVTALSRÄTTSLIGA SPÖRSMÅL

AV

HJALMAR KARLGREN

ANDRA UTVIDGADE UPPLAGAN

STOCKHOLM
P. A. NORSTEDT & SÖNERS FÖRLAG

Lund 1954. Carl Bloms Boktryckeri A.-B.

FÖRORD

I denna upplaga ha till den ursprungliga framställningen gjorts talrika tillägg, såväl i texten som i noterna. I synnerhet kommenteras, bland annat i ett nytt särskilt avsnitt av arbetet, de senare årens rättspraxis på området. Men även nyare rättslitteratur i ämnet beaktas i icke ringa utsträckning. I allt fall gäller detta den nordiska litteraturen; att i vidare mån än förut skett redovisa kontinental eller annan utomnordisk doktrin har jag, för att ej boken skulle bli alltför omfångsrik, ansett mig kunna i stort sett avstå från.

Till Institutet för rättsvetenskaplig forskning får jag framföra ett vördsamt tack för det ekonomiska stöd institutet lämnat för arbetets publicering.

Stockholm i november 1953.

Hjalmar Karlgren.

INNEHÅLL

Om skadeståndsskyldighet vid ogiltiga avtal begränsad till det »negativa kontraktsintresset» 7
Om verkan av förutsättningsfel vid avtals ingående i fall av dolus eller culpa in contrahendo å motpartens sida 77
Begreppet rättslig viljeförklaring 179
Citerade rättsfall 211

OM SKADESTÅNDSSKYLDIGHET VID OGILTIGA AVTAL BEGRÄNSAD TILL DET »NEGATIVA KONTRAKTSINTRESSET»

I.

FRÅGAN, huruvida och i vilken utsträckning skadeståndsansvar inträder vid avtal, som på en eller annan grund sakna rättslig giltighet, har för den svenska rättens del i mycket ringa grad undersökts. En del uttalanden i ämnet återfinnas visserligen i vår rättslitteratur, bl.a. hos A l m é n i hans kommentarer till köplagen och avtalslagen samt hos W i n r o t h i hans kända arbete rörande svensk skadeståndsrätt,[1] men någon framställning, vari hithörande spörsmål mera sammanhängande och principiellt upptagits till behandling, finnes icke. De lagbud, som på området äro att tillgå, äro fåtaliga och ge icke alltför stor ledning för avgöranden utöver deras egna tillämpningsområden. Vad judikaturen beträffar, saknas naturligtvis ingalunda rättsfall, som för frågan äro av intresse; ämnet har ock utan tvivel en avsevärd praktisk betydelse. Lika säkert är emellertid, att man icke enbart med stöd av den på området föreliggande rättspraxis kan bilda sig någon egentlig föreställning om vilka regler som må kunna godtagas som gällande rätt i de hänseenden varom här är tal.

Frågan om skadeståndsskyldighet vid ogiltiga avtal uppkommer i allmänhet, skulle man kunna säga, i endera av nedannämnda två konstellationer. *Antingen* rör det sig därom, huruvida den kontrahent, som äger i sitt intresse åberopa avtalets ogiltighet, bör som motvikt mot den fördel en sådan befogenhet bereder honom belastas med ett visst begränsat skadeståndsansvar, till förmån för en godtroende eller eljest rättsskyddsbehövande medkontrahent. Exempel: en omyndig, som gör ett av honom ingånget avtals ogiltighet gällande, drabbas av skyldighet att gottgöra motparten det negativa kontrakts-

[1] Strödda uppsatser IV: Om skadestånd, 2 uppl. 1907, s. 141 ff.

intresset eller en del därav. Skadeståndsansvaret utgör här, om man så får uttrycka sig, ett *minus* i förhållande till den förmån, som ogiltighetspåföljden ur den omyndiges synpunkt innebär. *Eller* också gäller spörsmålet — det är den andra konstellationen —, huruvida den kontrahent, som i sitt intresse äger göra gällande avtalets ogiltighet, *därutöver* har rätt att utfå skadestånd. Exempel: en till ett avtal svikligen förledd kontrahent, eller en kontrahent som eljest ingått ett avtal under oriktiga förutsättningar, yrkar, förutom att avtalet skall förklaras icke vara för honom bindande, att motparten ålägges ersätta den skada, som tillskyndats honom i följd av det misslyckade avtalet. Skadeståndspåföljden är här ett *plus* till den förmån, som möjligheten att hävda avtalets ogiltighet utgör. — I förevarande uppsats skall nu endast den förra sidan av ämnet beröras. Den senare kommer emellertid att i vissa väsentliga delar erhålla sin belysning genom den andra avhandlingen i detta arbete, vari dryftas frågan om verkan av förutsättningsfel vid avtals ingående i fall av dolus eller culpa in contrahendo å motpartens sida.

Inledningsvis må med några ord preciseras, vad i det följande förstås med uttrycket »ogiltigt» avtal; åt ogiltighetsbegreppet kan ju givas både en vidsträcktare och en snävare innebörd. Först märkes, att benämningen ogiltighet reserveras för de fall, då frånvaron av rättsverkningar beror på ett fel, som redan från början vidlåder avtalet; utebli rättsverkningarna på grund av senare tillstötande fakta, kan avtalet visserligen betecknas som »overksamt» men är icke ogiltigt i egentlig mening.[2] Än vidare undvikes i det följande, i överensstämmelse särskilt med den av Lassen och andra nordiska författare antagna terminologin, ogiltighetsbegreppet i de lägen, då visserligen avtalet av någon orsak är felaktigt i så måtto, att en kontrahent äger i sitt intresse hävda frihet från förpliktelse enligt detsammas omedelbara innehåll, men medkontrahenten likvisst såtillvida uppnår vad han med avtalet ekonomiskt eftersträvar, att han när det gäller rätten till skadestånd har anspråk på att försättas i samma ställning, som om avtalet blivit uppfyllt. Ett avtal, vars fullgörande in natura aldrig kunnat påfordras (t.ex.

[2] Jfr *Lagberedningens* motiv till testamentslagen, NJA II 1930 s. 326.

därför att ursprunglig omöjlighet förelegat), blir förty ändock att anse som giltigt, därest i skadeståndshänseende sagda uppfyllelseintresse eller positiva kontraktsintresse skall ersättas.[3] I *ett* avseende skall emellertid ogiltighetsbegreppet här fattas i en synnerligen vidsträckt bemärkelse: med ogiltiga avtal komma att jämställas »ofullbordade» avtal, d.v.s. de fall då i realiteten endast en anbudssituation är förhanden men endera eller båda kontrahenterna utgå ifrån att ett avtal rätteligen slutits. Dessa fall erbjuda nämligen så påtagliga beröringspunkter med de egentliga ogiltighetsfallen, att det skulle vara opraktiskt att icke, låt vara mera flyktigt, indraga dem i framställningen.

Vad är det då för en frågeställning, som man för den svenska rättens del närmast har att göra med på förevarande område och som också är vanlig inom den utländska doktrinen och rättstillämpningen, särskilt i Tyskland, där de tillämpliga rättsreglerna äro mest jämförliga med våra? Ja, här som eljest möter naturligtvis spörsmålet, om för skadeståndsansvar skall förutsättas skuld hos skadevållaren eller icke, om man bör gå utöver culparegelns ram eller icke. Men det är icke denna svårighet, som främst givit färg åt det ämne vi här behandla. Utan den fråga, som vid undersökningen av hithörande spörsmål måste utgöra åtminstone utgångspunkten, är den, huruvida och i vilken utsträckning ens ett ansvar enligt culparegeln bör förekomma vid det förhållande att *dels* den skada som det ogiltiga avtalet föranleder regelmässigt icke är en person- eller sakskada utan en allmän förmögenhetsskada *dels* det skadegörande beteendet ofta icke är av positiv natur utan utgöres av underlåtenhet.[4] Här, där avtalet är ogiltigt, rör det sig ju icke i vanlig

---

[3] Se emellertid om det praktiska värdet av förevarande begränsning av ogiltighetsbegreppets tillämpningsområde även mina uttalanden i Festskrift för Ussing, 1951, s. 265 not 19. — Att åter *motparten* till den kontrahent, som äger till sin fördel göra gällande befrielse från såväl prestationsskyldighet in natura som skadeståndsansvar i enlighet med det positiva kontraktsintresset, för sin del blir förpliktad gottgöra det positiva intresset, utgör naturligtvis intet hinder för att beteckna avtalet som — ur den senares synpunkt — ogiltigt (jfr det omnämnda fallet att ett avtal går åter på grund av svikligt förledande).

[4] Ur nu angivna synpunkter bereda däremot de fall mindre svårig-

mening om skadeståndsansvar i kontraktsförhållanden, om ansvar på grund av bristande uppfyllelse av åtagna prestationsförpliktelser; skadan är icke, i samma bemärkelse som eljest, av *obligatorisk* art. Och på det utomobligatoriska området gäller som bekant, i varje fall enligt svensk (och tysk) rätt, att man endast med synnerlig försiktighet går med på att erkänna ansvar för annan skada än person- eller sakskada, lika väl som man icke är beredd att mera generellt låta skadeståndsskyldighet följa endast på underlåtenhet.[5] Man utgår ifrån att den allmänna rörelsefriheten i samhället skulle på betänkligt sätt undergrävas, om utanför kontraktsförhållanden alla möjliga för andra personer skadliga handlingar eller underlåtenheter, låt vara t.o.m. uppsåtliga sådana, skulle ha skadeståndsskyldighet i släptåg; skadeståndsansvaret skulle i så fall — därest icke i gengäld läran om ansvarets bortfallande på grund av bristande »rättsstridighet» erhölle ett ofantligt utvidgat tillämpningsområde[6] — svämma över alla bräddar. Den som huvudregel antagna begränsningen till person- eller sakskada resp. till positivt handlande — eller från en annan synpunkt sett: begränsningen till aktivt intrång i sådana intressen, som hävdvunnet uppfattas som subjektiva rättigheter eller dock kunna

---

heter — som likaledes ofta bruka behandlas i läran om ansvar för ett beteende in contrahendo — där fråga är om skadeståndsskyldighet på grund av att det objekt, som ett avtal hänför sig till, haft »skadebringande egenskaper». Här kan ansvar otvivelaktigt inträda redan enligt »allmänna rättsgrundsatser», sc. utomobligatoriska skadeståndsregler, låt vara att saken även här kompliceras genom spörsmålet, om icke sambandet med kontraktsförhållandet föranleder en utvidgning av skadeståndsrätten utöver vad nyssnämnda rättsregler giva anledning till. Vad svensk rättspraxis i detta avseende beträffar må särskilt hänvisas till NJA 1918 s. 156, 1920 s. 403, 1934 s. 701 och från senare tid de av Rodhe i SvJT 1946 s. 42 f. och 1951 s. 607 f. anmärkta rättsfallen, jfr ock NJA 1935 s. 577, 1951 s. 271, 1952 s. 184. Märk i synnerhet NJA 1947 s. 82: auktionsförrättare ansvarig på nu avsedda grund, såvitt synes utan hänsyn till om han sålt i eget eller i huvudmannens namn, jfr dissensen i HD.

[5] Se för *tysk* rätts del BGB § 823. I *Frankrike* är det legala utgångsläget ett annat, på grund av den mycket allmänna avfattningen av Code civil art. 1382. Jfr beträffande *dansk* rätt Ussing, Aftaler, 3 uppl. 1950, s. 129 not 29.

[6] Jfr mina uttalanden i SvJT 1938 s. 373.

med desamma jämställas — fyller sålunda, anses det, ur samhällelig synpunkt en viktig funktion. Är det då motiverat att *här* släppa sagda begränsning? I vad mån bör om dolus eller culpa in contrahendo gälla något annat än om dolus eller culpa på det utomobligatoriska området?

Mot bakgrunden av denna orientering beträffande problemläget bli de två olika principiella inställningar, som inom doktrinen träda en till mötes i vårt ämne, lätt begripliga. Mot varandra stå ytterst, kan det sägas, *dels* en »deliktsteori» — varvid uttrycket delikt fattas så vidsträckt, att det inbegriper varje enligt allmänna regler obehörigt handlande av utomobligatorisk art — *dels* en »kontraktsteori» (eller »kvasikontraktsteori»).[7] Härvid är emellertid att märka, att teorierna pläga hänföra sig icke blott till det ämne, som i denna uppsats är föremål för undersökning, utan över huvud till hela frågan om en kontrahents skadeståndsansvar för dolus, culpa eller annat beteende in contrahendo, således bl.a. även till frågan om skadeståndsskyldighet i den andra konstellation, som inledningsvis omnämndes.

Enligt *deliktsteorien* är man principiellt obenägen att, när det gäller ett förfarande in contrahendo, erkänna skadeståndsansvar i vidare mån än som stämmer med vanliga grundsatser om ett skadegörande beteende på det utomobligatoriska området. Rättsgrunden för skadeståndsskyldigheten är nämligen icke kontraktet, det (i nu behandlade fall) ogiltiga kontraktet, utan deliktet eller det eljest otillåtna beteende, som vederbörande i samband med kontraktets ingående bevisligen låtit komma sig till last.[8] För en rättsordning, enligt vilken skadeståndsskyl-

---

[7] En utförlig redogörelse återfinnes hos Hildebrandt, Erklärungshaftung, 1931, s. 50—118. Vad *fransk* litteratur beträffar diskuteras frågan ingående av Saleilles, Étude sur la théorie générale de l'obligation, 3 uppl. 1925, nr 153 ff. samt av Demogue, Traité des obligations en général, I: 1, 1923, nr 34 ff. I *nordisk* litteratur märkas särskilt avhandlingarna av Munch-Petersen i TfR 1898 s. 1 och, efter första upplagan av mitt förevarande arbete, Brækhus i TfR 1947 s. 515. Se vidare Ussing a.a. s. 127 ff. samt Arnholm, Alminnelig avtalerett, 1949, s. 83 ff.

[8] Jfr i svensk doktrin Björling i SvJT 1923 s. 290, noten under 2) (»så måste för det ansvar, som skulle kunna uppkomma, sökas en annan

digheten som regel är begränsad till att avse vållande av person- eller sakskada genom positivt handlande, innebär denna ståndpunkt alltså en stark restringering av möjligheterna att antaga skadeståndsansvar på ifrågavarande grund. Att sådant ansvar dock även med förevarande utgångspunkt *kan* förekomma i vissa fall, är uppenbart; sagda begränsning upprätthålles ju långt ifrån undantagslöst. Om t.ex. vederbörande övertygas om att ha gjort sig skyldig till straffbar dolus in contrahendo, kan ju jämväl med tillämpning av allmänna utomobligatoriska regler ersättningsansvar inträda, oaktat skadan endast är en allmän förmögenhetsskada och oaktat det allenast rör sig om ett negativt handlande, en underlåtenhet att handla. Naturligen måste det också ligga nära till hands att med straffbar dolus åtminstone till en viss grad jämställa »civilt svek» av skiftande slag (jämför BGB § 826: uppsåtligt tillfogande av skada på ett mot »goda seder» stridande sätt; se för den svenska rättens del 33 § avtalslagen).

»*Kontraktsteorien*» (eller »kvasikontraktsteorien»), som under senare tider vunnit stor terräng på deliktsteoriens bekostnad, hävdar däremot, att frågan om skadeståndsansvar bör även på förevarande område bedömas med utgångspunkt från avtalsrättsliga grundsatser. Rättsgrunden för ansvaret är nämligen den kontrakträttsliga eller kvasikontrakträttsliga relation, vari parterna — oaktat det är fråga blott om ett beteende in contrahendo — anses stå till varandra. Det finnes ett kontrakt- eller kvasikontrakträttsligt »band» som, redan på förhandlingsstadiet, håller dem samman. Envar har i sin egenskap av kontraherande part visst ansvar mot sin motpart; ur avtalsmellanhavandet som sådant kan under givna betingelser härledas anspråk på rättsskydd mot att man genom motpartens föranledande tillskyndas skada. Själva detta påstående åter, att parternas mellanhavanden trots avtalets ogiltighet ha kontrakträttslig färg, motiveras sedan av olika författare på olika sätt. Somliga grunda det främst på sakens natur. Andra labo-

---

grund än avtalet, nämligen skadegörelsen, och ansvaret måste då ock begränsas till den skada, som följer därav; denna skada motsvarar just det negativa kontraktsintresset»). Se vidare L a s s e n, Obligationsrettens Alm. Del, 3 uppl. 1917—20, s. 363 ff.

rera med tysta garantiavtal eller andra förberedande »Haftungsverträge»[9] resp. hänvisa till det ensidiga rättsärende, som inträdet i (eller anmaningen till inträde i) avtalsförhandlingar skulle utgöra.[10] Ytterligare andra bygga närmast på att man direkt ur den positiva rätten kan få fram ett erkännande av berörda kontraktsartade förpliktelser, vare sig man sedan hänför sig till ett antal konkreta, för analogi lämpade lagbud, eller det åberopas vissa allmänna rättsgrundsatser (rättsskensprincipen, tro- och heder-principen, eller vad de nu må heta), eller man slutligen slår sig till ro med hävdandet av en sedvanerätt på området. Då sålunda parternas förpliktelser tänkas ha kontrakträttsligt ursprung, besvärar icke den snäva ram, inom vilken reglerna för skadeståndsansvar i utomobligatoriska förhållanden bruka inpressas. Skadeståndsansvar kan följaktligen oberoende av skadans natur och oberoende av handlandets positiva eller negativa karaktär grundas icke blott på dolus hos vederbörande utan även på culpa; redan ett vårdslöst lämnande av oriktig uppgift eller ett vårdslöst, av omständigheterna icke rättfärdigat förtigande kan vara rättsgrund nog för skadeståndsskyldighet. Ja, i princip behöver man icke ens — så anse åtminstone flertalet författare — stanna vid detta. T.o.m. ett ansvar utan culpa, ett »strikt» ansvar för ett beteende in contrahendo, må kunna förekomma. På avtalsmellanhavandet som sådant kan, när det gäller godtroende medkontrahents skydd, även vid frånvaron av skuld hos den som åberopar ogiltigheten baseras en begränsad skadeståndsförpliktelse för

[9] Jfr i detta sammanhang den i svensk rättspraxis omhuldade konstruktionen av »biförpliktelser» såsom rättsgrund för av culpa oavhängig skadeståndsskyldighet på det utomobligatoriska området.

[10] Ännu mycket större roll spelar åberopandet av dessa rättsgrunder när det gäller ansvar för ett beteende in contrahendo i andra sammanhang än varom i förevarande uppsats är tal (jfr det nyss i texten om teoriernas räckvidd sagda). Betydelse nästan enbart ur sådan synpunkt ha vidare de i litteraturen mycket vanliga försöken att förklara ifrågavarande skadeståndsansvar med att det avtal, vartill kontrahenternas förhandlingar syfta, måste så att säga verka tillbaka till tiden före avtalets tillkomst (eftersom allt vad med kontraktsslutet sammanhänger utgör »en enhet»), så att kontrahenterna redan under detta förberedande stadium stå under hägnet av de rättsgrundsatser, vilka med hänsyn till avtalets *uppfyllelse* ålägga dem ömsesidiga förpliktelser.

denne. En dylik förpliktelse skulle t.ex. kunna åläggas en part, som hävdar avtalets ogiltighet på grund av ett med hänsyn till omständigheterna fullt ursäktligt viljefel (se BGB § 122), eller en part som på grund av otillräknelighet icke häftar enligt culparegeln.

Med vad nu sagts har angivits den *renodlade* motsättningen mellan delikts- och kontraktsteorierna. Klyftan dem emellan kan emellertid med hänsyn till de praktiska resultaten i de väsentligaste avseendena överbryggas genom att man visserligen principiellt utgår från deliktsteoriens betraktelsesätt — det är det ur utomobligatoriska synpunkter obehöriga beteendet, som utgör rättsgrund för skadeståndsskyldigheten — men med betonande av att det likvisst här rör sig om ett område, som gränsar till den kontrakträttsliga skadeståndsrätten, låter de ovannämnda stora inskränkningar falla, som eljest äro för den utomobligatoriska skadeståndsrätten utmärkande. Denna inställning, som skulle kunna kallas den »*uttunnade*» deliktsteorien, kan i svensk doktrin sägas vara representerad av Winroth i hans inledningsvis omnämnda skadeståndsrättsliga arbete. Detta hindrar naturligen icke, att ändock, enligt respektive författares åsikter, vissa olikheter beträffande teoriernas praktiska konsekvenser kvarstå, sammanhängande med den principiellt skilda uppfattningen om skadeståndets rättsgrund, ehuru det ofta är svårt att bestämt uttala sig om i vilken utsträckning sådana olikheter verkligen äro åsyftade. Exempelvis ligger det nära till hands, att man med deliktsteoriens utgångspunkt är mindre benägen att erkänna skadeståndsansvar oberoende av culpa, särskilt då ansvar för underlydandes beteende, än om man bygger på kontraktsteorien.[11] Den av hänsynen till att man rör sig på ett gränsområde föranledda »uttunningen» av deliktssynpunkten kan ju drivas mer eller mindre långt.

II.

Vi övergå härefter till ett närmare skärskådande av läget i svensk rätt. I vad mån kan det enligt vår rättsordning före-

[11] Andra konsekvenser, som nämnas i litteraturen, skulle gälla frågorna om preskription, om bevisbördan m.m.

komma, att en kontrahent, som äger åberopa ett avtals ogiltighet, måste så att säga köpa sig till denna förmån till priset av en viss begränsad skadeståndsskyldighet, avseende skydd för en godtroende eller eljest rättsskyddsbehövande medkontrahent? Den begränsning som här avses är då den, att gottgörelse utgår allenast för det negativa kontraktsintresset, eller en del därav; gottgöres även det positiva, är ju avtalet enligt den terminologi, varför nyss redogjordes, giltigt. Praktiskt blir därav konsekvensen, att i normala fall allenast direkt förlust, icke utebliven vinst, ersättes.[12]

Här bör genast fastslås, vad som ock är allmänt erkänt, att för den svenska och över huvud den nordiska rättens del icke föreligger samma behov som enligt de kontinentala rättsordningarna att av antydda orsak ålägga vederbörande skyldighet att ersätta det negativa kontraktsintresset. I en rad fall, då t.ex. enligt tysk, fransk eller schweizisk rätt ett avtals ogiltighet kan hävdas oberoende av motpartens goda eller onda tro, är hos oss avtalet i förhållande till en godtroende medkontrahent giltigt. Särskilt brukar påpekas, att rättsfiguren ersättning för det negativa kontraktsintresset blivit genom tillitsteoriens erkännande överflödig i ett av de viktigaste av de fall, där man enligt I h e r i n g s klassiska lära skulle haft mest nytta av den, nämligen när misstag förelupit rörande innehållet i en avgiven viljeförklaring (32 § avtalslagen; jfr den ovan anmärkta

[12] Visserligen plägar ju av definitionen å det negativa kontraktsintresset sägas följa, att jämväl den skada skall gottgöras, som består däri att kontrahenten gått förlustig en bevislig möjlighet att på annat håll sluta ett avtal med samma eller ännu gynnsammare innehåll än det ifrågavarande (se t.ex. lagberedningen i NJA II 1924 s. 349). Emellertid göres faktiskt icke fullt allvar av denna tanke, i det att utomordentligt starka krav på nämnda bevisning uppställas; bl.a. synes man oftast medvetet eller omedvetet utgå ifrån att en abstrakt skadeståndsberäkning i regel icke duger. Klart är ju också, att med en annan inställning i detta hänseende skillnaden mellan det positiva och negativa kontraktsintresset skulle i hög grad förflyktigas; jfr SvJT 1937 rf. s. 1 samt mina uttalanden i Festskrift för Ekeberg, 1950, s. 313. — Vid vissa avtalstyper (t.ex. borgen) visar i vilket fall som helst det negativa intresset tendens att sammanfalla med det positiva. I sådana fall får, om man vill undvika att ogiltighetsregeln på en omväg sättes ur spelet, korrektivet närmast sökas i ett allenast *partiellt* utdömande av det negativa intresset; jfr NJA 1938 s. 481.

BGB § 122).[13] Motsvarande gäller emellertid också i andra, icke fullt så framträdande fall. Enligt svensk rätt är t.ex. ett avtal enligt huvudregeln giltigt tillkommet, även om det upplyses att anbudsgivaren före accepten avlidit (jfr 21 § avtalslagen); anbudstagaren behöver således icke här soulageras med en ersättning för det negativa kontraktsintresset.

Emellertid: anledning att erkänna ett begränsat skadeståndsansvar, med uppgift att mildra alltför hårda konsekvenser av en till en viss kontrahents förmån stadgad ogiltighetspåföljd, är jämväl enligt svensk rätt för handen, *såvitt* ett avtal blir ogiltigt oberoende av om motparten är i god tro eller denne eljest

[13] Detsamma kan, enligt nordisk (och tysk) rätt, principiellt sägas om den av Ihering förordade användningen av sagda rättsfigur i de fall, då ett anbud av anbudsgivaren ensidigt återkallas. Sådan återkallelse kan in dubio — under anbudsfristen — icke ske (1 § avtalslagen). — Det nu sagda är dock knappast alltid obetingat riktigt. Regeln att anbud ej kan av anbudsgivaren ensidigt återkallas har enligt svensk rätt, när det kommer till kritan, icke så allmän räckvidd som först kan synas. Ty enligt vår rättsuppfattning konstrueras icke såsom anbud, d.v.s. såsom in dubio under viss tid oåterkalleliga anbud, en del erbjudanden, vilka det åtminstone i åtskilliga fall torde vara naturligt att som sådana anse. Jag syftar här på erbjudanden i annonser, i prislistor, i cirkulär och andra offentliga meddelanden eller i form av skyltning; jfr ock, på arbetsrättens område, frågan när förslag till kollektivavtal skall anses utgöra bindande anbud, ADD 1937 nr 59, 1950 nr 41. I motsats till vad som i viss mån gäller bl.a. för fransk rätts del — se t.ex. Planiol-Ripert, Traité pratique de droit civil français, Bd 6: 1 (Esmein), 2 uppl. 1952, nr 142 — betraktas hos oss erbjudanden av förevarande art allenast som anmaningar att avgiva anbud, vadan de kunna ensidigt återkallas, ja understundom sakna rättsverkan mot sin upphovsman t.o.m. om denne ej företagit någon återkallelseåtgärd utan förhållit sig passiv (jfr emellertid 9 § avtalslagen). I detta avseende, skulle man kunna säga, står svensk rätt de facto kvar på »kontraktsteorins» grundval, se min Studier i allmän avtalsrätt, 1935, s. 151 not 3. Fråga uppkommer då, huruvida icke den som mottagit ett erbjudande av här åsyftad beskaffenhet och i följd härav ådragit sig särskilda utgifter och kostnader bör, när erbjudandet sedermera icke vidhålles, kunna resa anspråk på ersättning motsvarande det negativa kontraktsintresset. För ett jakande svar torde säkerligen i vissa fall kunna anföras goda skäl. Jfr härmed att det torde vara en hos auktionsförrättare på sina håll spridd uppfattning, att om en utlyst auktion å lösören utan rimlig anledning inställes eller till sin omfattning väsentligt begränsas, det uppkommer skyldighet att gottgöra vederbörande spekulanter resekostnader eller andra utgifter, som sålunda bli onyttiga.

kan anses vara i behov av rättsskydd. Sådana fall förekomma också, trots alla landvinningar för tillitsteorien och jämförliga grundsatser, i ganska betydande utsträckning.

Till en början må, för erhållande av en fast utgångspunkt, uppmärksammas de fall, då *lagstiftningen* uttryckligen sanktionerat ifrågavarande skadeståndsansvar.

Ett av en omyndig slutet avtal är som bekant ogiltigt utan hänsyn till att motparten varit i god tro. Men har den omyndige vid avtalets ingående genom falska uppgifter om sin behörighet vilselett motparten, är han enligt 9 kap. 7 § 2 st. FB (=5 kap. 9 § 2 st. förmynderskapslagen) pliktig utgiva ersättning för den förlust, som föranletts av avtalet (negativa kontraktsintresset) — antingen blott i den omfattning som prövas skälig eller t.o.m., om den omyndiges förfarande varit straffbart (=av beskaffenhet att in casu ådraga honom straff), i allo.[14] Vilken tankegång ligger bakom stadgandet?[15] Uppenbarligen den rena deliktsteoriens. Härpå tyder, förutom hänvisningen till strafflagen och det nära samband vari denna hänvisning står till lagbudet i övrigt, att ansvarigheten principiellt är begränsad till fall av dolus; den omyndige måste uppsåtligen ha velat föra motparten bakom ljuset med hänsyn till sin behörighet att ingå avtalet.[16] Alltså: den omyndige häftar aldrig på kontrakträttslig grund. Tanken att med stöd av avtalsmellanhavandet som sådant ålägga den omyndige, oavsett hans otillräknelighet, ett begränsat skadeståndsansvar var lagstiftaren främmande.[17] Det är deliktet

---

[14] Här bortses från möjligheten att skadeståndet jämkas enligt 6 kap. 1 § andra punkten strafflagen.

[15] Se rörande ifrågavarande rättsregel och dess motsvarighet i dansk och norsk rätt Walin, Föräldrabalken, 1952, s. 204 ff., Borum, Personretten, 3 uppl. 1953, s. 80 ff. samt Arnholm, Forelæsninger over norsk personrett, 1947, s. 57 ff.

[16] Däremot fordras icke, att svikligt förfarande föreligger i den meningen, att den omyndige avsett att tillskynda motparten skada; han kan ha hoppats att avtalet trots den bristande behörigheten skulle utan olägenhet för motparten gå i ordning. Då är den omyndiges beteende visserligen icke straffbart, men det innefattas — likaväl som det icke heller straffbara beteendet, att en omyndig under 15 år falskeligen uppgiver sig äga förmyndarens samtycke — under första punkten i omdiskuterade lagrum; se NJA II 1924 s. 349.

[17] Icke heller den tyske lagstiftaren har på denna punkt följt Ihering,

eller det därmed jämställda civila sveket, som motiverar skadeståndsskyldigheten. Emellertid häftar den omyndige icke ens i den utsträckning deliktsteorien påbjuder. Lagrummet uppställer ju som betingelse, att den omyndiges förfarande skall bestå i lämnande av »falska uppgifter», alltså ett positivt handlande, och därav får förmodligen anses framgå, att i övriga fall någon skadeståndspåföljd aldrig kan drabba en omyndig i anledning av att medkontrahenten saknar kännedom om hans brist på behörighet. Den blotta underlåtenheten att upplysa om att han saknat behörighet att ingå avtalet torde sålunda icke ådraga honom något skadeståndsansvar, även om motsvarande underlåtenhet från en annan persons än en omyndigs sida skulle ha betraktats som straffbart svek resp. som ett mot tro och heder stridande beteende och av denna orsak (jämlikt deliktsteorien) givit upphov till skadeståndsskyldighet.[18] — Återstår frågan, hur det ställer sig om en omyndig vid ett avtals ingående gjort sig skyldig till annat skadegörande beteende än nu berörts, t.ex. positivt föranlett att motparten begått ett identitetsmisstag (genom att han trott den omyndige vara en annan person) eller uraktlåtit korrigera ett dylikt misstag hos motparten. Att ett ansvar på kontrakträttslig grund

vilken just upptog fall av ogiltighet på grund av omyndighet bland dem, där ersättningsskyldighet i mån av det negativa kontraktsintresset borde erkännas ur *kontrakträttslig* synpunkt.

[18] Förarbetena — se uttalanden av lagberedningen, lagrådet och departementschefen, NJA II 1924 s. 349 ff. — ge knappast full klarhet på denna punkt. Å ena sidan skulle kunna hävdas, att här diskuterade stadgande över huvud icke tager någon befattning med frågan, under vilka förhållanden den omyndiges beteende kan ådraga honom straff och på sådan grund även skadestånd, i det att stadgandet endast avser att ge en tilläggsbestämmelse för *icke* straffbart förfarande, vilket då måste vara av positiv art. Med denna tolkning skulle det icke vara uteslutet, att även en omyndigs *underlåtenhet* kunde stämplas som straffbar (som bedräglig) och då tillika göra honom skadeståndsskyldig. Å andra sidan står den tolkning, som angivits i texten och som synes ha stöd i departementschefens uttalande vid lagens tillkomst (se ock Stenbeck & Lindhagens kommentar s. 93), att 5: 9 st. 2 reglerar verkan av allt »förfarande» å den omyndiges sida, som står i samband med medkontrahentens vilseledande rörande behörigheten, i det i lagrummet fastslås, att något annat beteende än lämnande av positiva uppgifter icke kan för den omyndige medföra (vare sig straff- eller) skadeståndsansvar.

även här måste anses vara uteslutet, synes till följd av lagstiftarens nyssnämnda inställning, som tagit sig uttryck direkt vid utformningen av omförmälda lagbud, böra antagas. Och vad tillämpningen av deliktsteorien beträffar synes det vara mest konsekvent att hålla sig till den utgestaltning därav, som givits i förmynderskapslagen, med andra ord analogt tillämpa 5 kap. 9 § 2 st. denna lag. Varken culpaansvar eller ansvar för dolös underlåtenhet skulle sålunda inträda.[19]

En helt annan prägel har nästa hithörande lagbud: andra stycket i 1924 års lag om verkan av avtal, som slutits under inflytande av rubbad själsverksamhet. Även ett av en sinnessjuk, en sinnesslö eller en tillfälligt sinnesrubbad person slutet avtal är ogiltigt, oaktat medkontrahenten varit i god tro. Men förevarande stadgande tillägger en sådan medkontrahent, i den omfattning som prövas skälig, ersättning för det negativa kontraktsintresset. Denna regel bottnar uppenbarligen icke i deliktsteorien. Fråga är om ansvar i kontraktsförhållanden. Och det rör sig om ett *strikt* ansvar; ur kontrakträttslig synpunkt kan ju den sinnessjuke etc. på grund av sin otillräknelighet icke påbördas dolus eller culpa. Syftet med ansvaret framgår ock med fullkomlig tydlighet: det gällde att bryta udden av en ur omsättningens och rättssäkerhetens synpunkt i och för sig betänklig ogiltighetspåföljd. En klar pendang föreligger här till de fall, då man i utländsk lagstiftning (t.ex. inom misstagsläran, såsom ovan nämndes) gjort viljeteoriens konsekvenser relativt ofarliga genom föreskrifter om en till det negativa kontraktsintresset begränsad skadeståndsskyldighet. Iherings tanke — att ur avtalsförhållandet självt, även om avtalet såsom ogiltigt icke ger upphov till de *fulla* rättsverkningarna, härleda en *viss* ansvarighet till godtroende medkontrahents skydd [20] — har här sent omsider direkt adopterats av den svenske lagstiftaren. Det var nu icke längre tal om,

---

[19] Annorlunda Ussing i UfR 1923 B s. 134 och efter honom bl.a. Stenbeck & Lindhagen a.a. s. 93 not 2.

[20] Från början byggde visserligen Ihering på synpunkten presumerad culpa, men denna konstruktion lät han snart falla, och den avvisades av de flesta av hans efterföljare; jfr Munch-Petersen a.a. s. 8 f. och Hildebrandt a.a. s. 39 f.

såsom vid avtalslagens tillkomst, att principen om det negativa kontraktsintresset såsom normerande skadeståndets storlek skulle vara en ur bevisningssynpunkt ineffektiv eller eljest misslyckad princip; den godtogs med sympati såsom den smidiga mellanform den ock otvivelaktigt kan vara.[21] — Huruvida vid sidan av detta kontrakträttsliga ansvar kan förekomma en deliktsbetonad ersättningsskyldighet, avseende *hela* det negativa intresset, för straffbart eller eljest dolöst beteende in contrahendo (man tänke på en sådan sinnessjuk, som avses i 5: 6 strafflagen och som ju för brott eller annan utomobligatorisk skadegörelse har samma skadeståndsansvar som en normal person), är ett spörsmål, som knappast erbjuder något nämnvärt praktiskt intresse vid det förhållandet att domstolarna redan med tillämpning av 1924 års lag *kunna* utdöma ersättning för det negativa kontraktsintresset oavkortat.

Ytterligare ett stadgande, som bör tagas upp i detta sammanhang, är 25 § avtalslagen. Om å en viss persons vägnar en annan uppträtt som fullmäktig vid ingående av ett avtal men fullmakt saknats, varit ogiltig, överskridits eller upphört att gälla, äger huvudmannen (bortsett från fall av efterföljande godkännande m.m.) hävda avtalets ogiltighet, även om medkontrahenten-tredje man varken haft eller bort ha kännedom om den felaktighet som förelupit. Men har medkontrahenten sålunda varit godtroende, tillförsäkras honom enligt förevarande paragraf rättsskydd därigenom, att den förmente fullmäktigen ålägges skyldighet att ersätta honom den skada han lider därigenom, att han icke kan göra avtalet gällande mot huvudmannen. Lagbudet har visserligen icke samma omedelbara betydelse för vårt ämne som de båda förut anförda. Ansvaret drabbar nämligen icke den kontrahent, som åberopar ogiltigheten, utan en annan person, hans fullmäktige; härmed står då i samband, att det icke innefattar någon motsägelse, att avtalet betraktas som ogiltigt, fastän fullmäktigen, såsom av

---

[21] I rättsfallet NJA 1938 s. 481, där förevarande lagbud tillämpades å ett av en sinnessjuk person ingånget borgensavtal, lade tydligen HD vid bestämmande av ersättningsbeloppets storlek, synnerlig vikt vid att icke det skydd, som ogiltighetsregeln avser att bereda den sinnessjuke, skulle bli illusoriskt.

lagbudets formulering framgår, har förpliktelse att gottgöra även det positiva intresset. Men stadgandet är ändock ur förevarande synpunkt belysande. Det visar sig, att lagstiftaren även här lagt kontraktsteorien till grund, närmare bestämt på det sättet att ur kontraktsförhållandet som sådant härledes ett av culpa principiellt oberoende ansvar för fullmäktigen. Man laborerade för resten med föreställningen, att fullmäktigen åtagit sig garanti för fullmaktens förhandenvaro och bevislighet. Det var därför han i allmänhet ansågs böra häfta strikt, låt vara att lagstiftaren i sista punkten av 25 § avtalslagen, under intryck av vissa för Lassen karakteristiska distinktioner,[22] gjorde — på ett dessutom ganska besynnerligt sätt — ett slags närmande till tanken på ansvarets begränsning till fall av culpa in contrahendo. Nämnda konstruktion togs för övrigt till den grad på allvar, att det i motiven uttryckligen fastslogs, att fullmäktigens förpliktelse enligt lagbudet icke skulle inträda, »därest denne på grund av omyndighet icke kan med laga verkan ikläda sig en sådan förbindelse».[23] Uttalandet är av intresse såsom utvisande den extremt kontrakträttsliga inriktningen av förevarande skadeståndsregel. Det tillades likvisst, att i dylika fall en till det negativa kontraktsintresset begränsad ersättningsskyldighet kunde »enligt allmänna rättsgrundsatser» ifrågakomma. Härmed åsyftades uppenbarligen ersättningsskyldighet enligt de utomobligatoriska skadeståndsreglerna (deliktsteorien); jämför det nyss om omyndigs skadeståndsansvar utvecklade. — Inom doktrinen [24] har den meningen försvarats, att det över huvud skulle på *utomobligatorisk* basis kunna förekomma en skadeståndsskyldighet för fullmäktigen, motsvarande det negativa kontraktsintresset, i händelse av dennes dolus eller culpa in contrahendo. Detta ansvar skulle bli av betydelse i de fall, där den skildrade huvudregeln i 25 § icke ägde tillämpning,[25] d.v.s. där fullmäktigen till sitt fre-

---

[22] A.a. s. 466, 469.

[23] NJA II 1915 s. 225.

[24] Stang, Innledning til Formueretten, 3 uppl. 1935, s. 422, jfr s. 418 ff., Arnholm, Sammensatte avtaler, 1952, s. 72.

[25] I denna förbindelse må anmärkas, att man i rättslitteraturen ofta, samtidigt som det betonas att 25 § avtalslagen icke kan komma till an-

dande kunde åberopa undantagsbestämmelserna i andra stycket eller hans uppträdande eljest varit av den art, att man icke med fog kunde i detsamma inlägga en garanti för att han haft vederbörlig fullmakt. Det torde emellertid — åtminstone vad culpafallen beträffar — icke ofta förekomma, att i de lägen då fullmäktigen verkligen handlat oförsvarligt på sådant sätt, att han bör göras ansvarig i skadeståndshänseende mot tredje man, någon av dessa förutsättningar för avvikelse från huvudregeln i 25 § skulle kunna vara förhanden.[26]

En mera speciell lagbestämmelse om ersättning för det negativa kontraktsintresset återfinnes i 1930 års lag om bostadsrättsföreningar. Därest upplåtelse av bostadsrätt sker till annan än den som tecknat sig å behörig teckningslista, skall enligt 22 § avtalet vara ogiltigt. Denna ogiltighet kan, så som lagbudet kom att utformas, åberopas icke blott av den föregivne medlemmen utan även av föreningen. Men avtalet är ej en nullitet utan allenast »angripligt» med hänsyn till att ogiltigheten måste göras gällande inom viss tid, två år från det upplåtelsen skedde[27] (märk ock den begränsade »konvalescens», som inträder för den händelse bostadslägenheten tillträtts). Även med nämnda uppmjukning ansågs likväl ogiltighetspåföljden alltför sträng. Den

---

vändning i det fall, att en *mäklare* gjort sig skyldig till förvanskning av ett anbud eller annat meddelande när han överför detsamma från endera kontrahenten till den andre, hävdar att mäklaren i dylikt fall likvisst kan ådraga sig skadeståndsskyldighet avseende det *negativa* kontraktsintresset. Se Fehr i SvJT 1925 s. 97 samt Stang a.a. s. 418 not 8 och där anmärkta författare. Om innebörden på detta område och riktigheten av en sådan begränsning av mäklarens ansvar synes man kunna diskutera — se numera framställningen hos Bræk hus, Meglerens rettslige stilling, 1946, s. 281—314, där 25 § avtalslagen ingående analyseras och kritiseras — men det skulle föra för långt att här ingå på ämnet.

[26] Vissa beröringspunkter med 25 § avtalslagen har — det må tilläggas — 28 § 2 st. aktiebolagslagen. Även här rör det sig om en representants strikta ansvar för ett beteende in contrahendo. Bestämmelsen skall dock icke här behandlas, eftersom ansvaret *dels* icke är ett skadeånds- utan ett personligt ansvar *dels* icke alltid förutsätter, att avtalet för den representerade saknar bindande verkan eller att medkontrahenten är godtroende, *dels* även eljest har en aktierättslig särprägel.

[27] Se min uppsats i Festskrift för Ussing, 1951, s. 247. — Jfr även, angående regelns giltighetsområde, SvJT 1945 rf. s. 37.

lindras, till förmån för medlemmen, genom regeln att denne vid avtalets återgång äger rätt till ersättning för utlägg och kostnader. Enligt en tidigare föreslagen avfattning av regeln skulle medlemmen i förutsatta fall äga »rätt till skadestånd», men i den kungl. propositionen »förtydligades» detta till att avse ersättning endast för utlägg och kostnader eller, såsom man uttryckligen skrev, det negativa kontraktsintresset.

III.

Så långt lagstiftningen i ämnet. Även när det nu icke finnes några särskilda lagbud att tillgå, måste det i åtskilliga lägen kunna ifrågasättas, att man i syfte att mildra verkan av en inträdande ogiltighetspåföljd bör erkänna ett begränsat skadeståndsansvar till förmån för en godtroende eller eljest rättsskyddsbehövande medkontrahent. I det följande skola nämnas några grupper av hithörande fall.

1) Den första gruppen utgöres av de fall, där en i avtalslagen reglerad eller därmed jämförlig ogiltighetsgrund kan åberopas jämväl mot en medkontrahent i god tro. Några exempel:

a) Enligt det redan citerade stadgandet i 32 § 1 st. avtalslagen är den som ingått ett avtal, vilket i följd av misstag å hans sida fått annat innehåll än åsyftat varit, principiellt bunden av avtalets innehåll, när medkontrahenten varken insåg eller bort inse misstaget. Rättssatsen anses dock icke utan vidare tillämplig, om avtalet är av benefik karaktär eller det eljest, för särskilda fall, framstår som motiverat att göra undantag från tillitsteorins grundsatser. I detta läge torde man genast ha bruk av en regel om ersättning för det negativa kontraktsintresset. Ett visst stöd för denna uppfattning har man ock i ett auktoritativt uttalande vid avtalslagens tillkomst. Sedan lagrådet förordat, att i lagtexten direkt skulle komma till uttryck nyssnämnda modifikation i viljeteoretisk riktning, avböjdes detta av departementschefen med den motiveringen, att ett beaktande av lagrådets hemställan skulle påkalla särskilda bestämmelser angående skyldighet för den, som under ifrågavarande förhållanden ryggar en avgiven viljeförklaring, att dels reklamera hos mot-

parten dels ersätta denne det negativa kontraktsintresset, men att det vid överläggningar mellan de delegerade visat sig omöjligt att uppnå enighet i dessa avseenden.[28] Själva existensen av en dylik ersättningsregel betraktades alltså av departementschefen som given, ehuru dess närmare innebörd av någon orsak ansågs omtvistad.

Ännu en användning av det negativa kontraktsintresset som skadeståndsform kan i detta sammanhang vara av principiellt intresse att diskutera. Som bekant föreligger enligt 39 § andra punkten avtalslagen en viss möjlighet för den som på grund av misstag (eller vissa andra viljefel) avgivit en felaktig viljeförklaring att, »där särskilda omständigheter sådant föranleda», göra denna felaktighet gällande oaktat motparten vid viljeförklaringens mottagande varit i god tro, såvitt nämligen motparten vunnit eller bort vinna insikt om misstaget, innan förklaringen »inverkat bestämmande på hans handlingssätt». Lagbudet — som torde erhålla sin nödiga begränsning genom att detsamma tillämpas huvudsakligen endast i fall, där misstaget klargjorts för motparten i omedelbart samband med eller strax efter den tidpunkt rättshandlingen blev honom kunnig — kunde synas föranleda slutsatsen, att så snart viljeförklaringen *i aldrig så liten grad* inverkat bestämmande på motpartens handlingssätt, t.ex. tillskyndat denne en mycket obetydlig kostnad, rättshandlingen trots misstagets nästan omedelbara klargörande ovillkorligen måste bli giltig. Tydligt är, att en dylik tolkning ter sig materiellt högst otillfredsställande.[29] Att

[28] NJA II 1915 s. 260.

[29] Jfr Wilhelm Sjögrens yttrande i lagrådet om motsvarande bestämmelse i förslaget till avtalslag (NJA II 1915 s. 255 ff.): »I vissa hithörande fall kan emellertid ett med billighet överensstämmande resultat vinnas även från förslagets ståndpunkt genom tillämpning av stadgandet i 41 (39) § andra punkten. Hur vidsträckt detta stadgande än är, kan man likväl icke alltid på denna väg vinna ett fullt rättvist resultat. Det kan ofta inträffa, att någon företagit en rättshandling, som inverkat bestämmande på medkontrahentens handlingssätt, *men icke i sådan grad,* att den, som misstagit sig, utan vidare bör bliva bunden av sitt misstag. Hänsyn till ett sådant förhållande kan enligt förslaget icke tagas. Förslagets bestämmelser kunna i förevarande hänseende icke fritagas från en viss stelhet. De innefatta sträng, men icke billig rätt. Domaren är bunden i valet mellan avtalets giltighet och dess ogiltighet. Möjligheten att utdöma ett skäligt skadestånd

det skulle vara nödvändigt att böja sig för densamma, kan heller icke inses. Med tillämpning av stadgandets grundtanke synes man fastmera i dylika fall av obetydlig påverkan av motpartens handlingssätt ha möjlighet att anse rättshandlingen ogiltig, för så vitt misstagskontrahenten i samband därmed, att han hos motparten påyrkar att få frånträda rättshandlingen, förklarar sig villig gottgöra denne berörda kostnad eller negativa kontraktsintresse.

b) Om en avgiven viljeförklaring, som befordrats genom telegram, till följd av fel vid telegraferingen blivit till innehållet förvanskad, är avsändaren, ändå att mottagaren var i god tro, icke bunden av förklaringen i det skick den framkommit (32 § 2 st. avtalslagen). På frågan om avsändaren förfarit vårdslöst eller ej, kommer det härvidlag icke an; denne är även i det förra fallet obunden av sin viljeförklaring. Förevarande regel är viljeteoretisk till sin natur och ur rättssäkerhetens synpunkt icke ofarlig.[30] Det föreligger därför utan tvivel ett behov av att uppmjuka densamma genom att en begränsad ersättningsskyldighet ålägges avsändaren. Denna konsekvens har ock den från viljeteorien utgående tyska rättsordningen mycket målmedvetet dragit (BGB §§ 120 och 122), en ståndpunkt som för övrigt intogs även av nya lagberedningen i dess år 1894 avgivna förslag till lag om köp och byte (§ 13). Att märka är, att skadeståndsskyldigheten enligt den tyska rätten (och nämnda lagförslag) drabbar avsändaren icke som en utomobligatorisk påföljd utan som en till godtroende medkontrahents skydd stipulerad kontraktsverkan. Den har förty, för att den skall bliva effektiv, *icke* culpa hos avsändaren till betingelse (enligt förslaget är vid culpa ogiltighetsregeln ej ens tillämplig).

Även avtalslagens författare (obligationsrättskommittén)

---

i de fall, som därtill ägna sig, är från förslagets ståndpunkt utesluten. Detta kan icke sällan innebära en obillighet mot den, som misstagit sig. Utan tillräckliga skäl kan han förklaras bunden vid sitt misstag. Den sökta förmedlingen har icke heller i förslaget fullständigt uppnåtts; det kvarstår en rest av tillitsteoriens ursprungliga ensidighet.»

[30] Angående den anomalin att telegrafverket (men enligt praxis icke dess tjänstemän: NJA 1932 s. 87, jfr 1936 s. 688) är fritaget från ansvar för feltelegrafering se Björling, Förhandlingarna å det femtonde nordiska juristmötet, 1931, s. 251.

hade nu en känsla av att viljeteorien här kunde behöva modifieras. Som botemedel rekommenderades i motiven en skyldighet att gottgöra det negativa kontraktsintresset, men endast i händelse av culpa å avsändarens sida. Motiveringen, som erbjuder åtskilligt av intresse, var följande:[31]

»Ligger vårdslöshet avsändaren till last, är han enligt allmänna rättsgrundsatser skyldig att ersätta därav orsakad skada, likaväl som den, som gjort sig skyldig till oaktsamhet genom att hava undertecknat en skuldförbindelse, vilken lätteligen kan förfalskas, därigenom kan ådraga sig skadeståndsskyldighet i förhållande till den, som i god tro förvärvat densamma. Även om skadeståndets belopp i ena eller andra fallet blir lika stort, som det skulle blivit, om den avgivna viljeförklaringen varit bindande, vilar ersättningsskyldigheten i sådana fall på annan grund. Att i stället för sådan ersättningsskyldighet ålägga den, som genom vårdslöshet vållat, att en från honom utgången viljeförklaring till innehållet förvanskats, att stå fast vid förklaringen i dess förvanskade skick är ur teoretisk synpunkt mindre tilltalande och torde icke vara av praktiskt behov påkallat. Vad åter beträffar ifrågasatt skyldighet för avsändaren att oberoende av skuld ersätta mottagaren av ett förvanskat meddelande kostnader och utgifter eller att eljest gälda ett begränsat skadestånd, synes ett sådant stadgande, såsom också vid granskningen av nya lagberedningens förslag inom högsta domstolen erinrades, sakna giltig rättsgrund. Att uppdraga någon skarp gräns mellan kostnader och annan skada i följd av ett förvanskat meddelande låter sig för övrigt icke göra.»

Meningen är förmodligen den, *att* en förpliktelse att gottgöra det negativa intresset icke kan tänkas uppbyggd på kontrakträttslig basis, *att* man däremot, om vanliga regler om skadeståndsskyldighet i utomobligatoriska rättsförhållanden tillämpas, automatiskt kommer fram till att avsändaren häftar för sin culpa (för det ur sådan synpunkt obehöriga beteendet, deliktet i vidsträckt mening), *samt att* ett utomobligatoriskt skadeståndsansvar *utan* culpa icke bör ifrågakomma, därför att det saknar giltig rättsgrund. Alla tre satserna äro som sådana

[31] NJA II 1915 s. 253. De uttalanden inom högsta domstolen, vartill i det citerade hänvisas, återfinnas i NJA II 1901 nr 1 s. 49 ff. — Se vidare *norska* avtalslagen § 32 st. 4 och motiven till stadgandet hos Bugge, Aftaleloven, 1920, s. 106 f. Jfr även Arnholm, Alminnelig avtalerett s. 264, vilken välvilligt försvarar den viljeteoretiska rättsregel, som uppmjukas genom förevarande tilläggsstadgande, med att regeln i Norge är »så velkjent som den faktisk er.»

föga övertygande. Den *första* därför, att man ej mindre på historiska grunder (Ihering) och med hänsyn till innehållet i hithörande utländska lagstiftningar än även ur praktiska synpunkter kan anföra starka skäl för att ifrågavarande begränsade ersättningsskyldighet bör uppfattas som en kontrakträttslig rättsverkan till godtroende medkontrahents skydd, i situationer där ogiltighetsregeln i och för sig skulle sätta rättssäkerheten i fara. Den *andra* därför, att ett blott kulpöst förfarande icke enligt vanliga skadeståndsregler på det utomobligatoriska området ådrager ansvar, när det rör sig om en allmän förmögenhetsskada eller ett underlåtenhetshandlande; skall utgångspunkten vara deliktsteoriens, är det för den svenska rättens del ingalunda utan vidare givet, att ansvar inträder i andra fall än vissa dolusfall.[32] Den *tredje* därför, att då i vårt land sedan lång tid tillbaka erkänts andra »rättsgrunder» för jämväl utomobligatorisk skadeståndsskyldighet än culparegeln, det icke lär kunna uppletas något principiellt skäl, varför ej lagstiftaren även här skulle kunnat genomföra ett av culpa icke betingat ansvar, för den händelse detta framstått såsom av praktiska behovet påkallat.

Om man sålunda lämnar kommitténs svaga motivering å sido och bedömer spörsmålet med anläggande av mera reella synpunkter, torde kunna sägas följande — som för övrigt har allmän betydelse för det i denna uppsats behandlade ämnet. Det anförda praktiska behovet av att förebygga, att från viljeteorien utgående rättsregler leda till för rättssäkerheten menliga konsekvenser, motiverar, att man i olika förekommande

---

[32] Kommitténs ifrågavarande slutsats förutsätter förty för sin riktighet, att det kan antagas vara självklart, att deliktsteorien hos oss gäller i allenast uttunnat skick. Och *mot* ett sådant antagande kan ju alltid åberopas den ståndpunkt svensk rätt sedan gammalt intagit till frågan om *omyndigas* ansvar. Betecknande är då, att kommittén just på denna punkt gjorde sig skyldig till en liten lapsus. I den ovan s. 23 anmärkta motiveringen till 25 § avtalslagen hänvisade man nämligen till att en omyndig kunde bli skyldig gottgöra det negativa kontraktsintresset, om han »mot bättre vetande uppgivit sig hava fullmakt eller *i detta avseende gjort sig skyldig till vårdslöshet*» (kurs. här). Uttalandet är korrigerat i Alméns eljest nästan likalydande kommentar till avtalslagen (1916) s. 129 (»åtminstone i det fall att han mot bättre vetande uppgivit sig hava fullmakt»).

fall låter en skyldighet att ersätta det negativa intresset åvila den som profiterar på ogiltigheten. Det förhållandet, *att* ett avtal föreligger, *att* detsamma är ogiltigt utan hänsyn till medkontrahentens goda tro, *samt att* en motvikt häremot framstår som önskvärd, är således en alldeles tillräcklig rättsgrund för att bortse från skadans natur av allmän förmögenhetsskada eller handlandets eventuella karaktär av underlåtenhetshandlande,[33] liksom för att över huvud ge medkontrahenten det för ändamålet nödvändiga rättsskyddet oberoende av de inskränkningar i skadeståndsansvaret, som må förekomma på det utomobligatoriska området. Vad särskilt angår frågan, om skadeståndsskyldigheten skall vara betingad av culpa eller ej, bör svaret på densamma enbart avhänga av vad man efter en förnuftig värdering kan antaga vara erforderligt för ett effektivt tillgodoseende av det syfte ersättningsregeln skall tjäna. Det bör t.ex. vara likgiltigt, att den svenska rätten i utomobligatoriskt hänseende icke gått *lika* långt i erkännande av strikt skadeståndsskyldighet, bl.a. icke beträffande ansvar för underlydande, som på det kontrakträttsliga planet. Såtillvida kan deliktsteorien rent principiellt sägas vara förfelad. Därav följer emellertid icke omvänt, att betingelserna för det ifrågavarande begränsade ansvaret måste noga korrespondera med dem som gälla för den vanliga skadeståndsskyldigheten vid underlåtenhet att uppfylla ett giltigt kontrakt. På en del punkter kan väl visserligen, på sätt ofta antydes i litteraturen, en analogi vara starkt försvarad (så när det rör sig om häftande för underlydandes kulpösa beteende; jämför strax här nedan under *c*). Men i övrigt är ju syftet med det begränsade skadeståndsansvaret, att mildra en ogiltighetspåföljds alltför stränga konsekven-

[33] De skäl, som tala för att rättsordningen bör gå fram med stor försiktighet när det gäller ansvarighet för allmän förmögenhetsskada och underlåtenhetshandlande *utanför* kontraktsförhållanden, äga icke tillnärmelsevis samma bärkraft i här avsedda fall, där dock faktiskt på grund av avtalet, låt vara att det är ogiltigt, tillskyndaren av skadan och den skadelidande kommit i en särskild relation till varandra. Redan den omständigheten, att kretsen av eventuellt skadeståndsberättigade härigenom blir starkt begränsad, förminskar i hög grad betänkligheterna mot att låta ansvar inträda i vidare omfattning än enligt de utomobligatoriska skadeståndsreglerna.

ser, så pass säreget, att ett dylikt jämställande av ansvarighetsbetingelserna icke utan vidare är genomförbart. Ingenting utesluter t.ex., att för ett effektivt realiserande av nämnda syfte strikt ansvar ålägges även i fall, då sådant icke skulle inträda, därest det gällt underlåten kontraktsuppfyllelse. — Vad nu speciellt förevarande fall beträffar (telegraferingsfel), är det sannolikt att, såsom den tyske lagstiftaren och nya lagberedningen förutsatte, ett strikt skadeståndsansvar för ändamålet är — särskilt ur bevisningssynpunkt — ändamålsenligt. Det är då som sagt intet hinder för utan tvärtom synnerligen lämpligt, att domstolarna statuera sådant ansvar. Men att bestämt fastslå den ena eller andra ståndpunkten som förenlig med eller stridande mot gällande rätt låter sig icke utan godtycklighet göra.

Lagstiftarens uppfattning, att den ifrågavarande kontrahentens kulpösa beteende endast med hänsyn till dess egenskap av att vara ett delikt, ett ur utomobligatorisk synpunkt obehörigt beteende, vore ägnat att medföra skadeståndsrättslig påföljd, hade för övrigt en icke nyttig konsekvens. Den kom efter vad det synes att utgöra ett hinder för en förutsättningslös prövning av spörsmålet, om icke effekten av vederbörandes culpa borde — trots att ogiltighetsgrunden i och för sig är av sådan dignitet att den kan åberopas även mot godtroende motpart — vara ett kontrakträttsligt ansvar t.o.m. på det sättet, att rättshandlingen behandlas som *giltig* (så att krav kan framställas på dess fullgörande in natura, resp. på gottgörelse för det positiva kontraktsintresset). Faktiskt hade i tiden före avtalslagen nämnda åsikt, att den ifrågavarande kontrahentens culpa in contrahendo ägde kraft och verkan att göra en i och för sig ogiltig rättshandling fullt bindande, understundom — för vissa jämförliga fall — gjort sig gällande i rättstillämpningen,[34] liksom den just beträffande telegraferingsfel accepterats av nya lagberedningen i dess omförmälda köplagsförslag § 13. Nu blev emellertid, såsom av det ovan citerade uttalandet framgår, tanken på att i dylikt culpaläge skydda den godtroende motparten genom rättshandlingens giltighet snävt avfärdad, i första hand därför att den ansågs »ur teoretisk synpunkt mindre tilltalande».

[34] Se NJA 1887 s. 415, 1900 s. 158, 1911 s. 293 och vidare nedan under *d*).

c) Enligt 32 § 2 st. avtalslagen skall ytterligare en viljeförklaring, som framföres muntligen genom bud men som genom oriktigt återgivande av budet till sitt innehåll förvanskats, bli ogiltig trots att medkontrahenten varit i god tro. Motsvarande bestämmelse meddelas för det fall, att innehavaren av en s.k. muntlig fullmakt ingått ett avtal med överskridande av sin befogenhet (11 § 2 st. samma lag; jämför 18 §); en muntlig fullmäktig står ju budet nära. Dessa av viljeteorien präglade rättsregler äro — för det vanligaste läget att mellanhanden förfarit kulpöst — numera så mycket mera påfallande, som det med hänsyn till de grundsatser, vilka under senare tid utbildat sig beträffande en gäldenärs ansvar för underlydandes och medhjälpares culpa vid uppfyllelsen av en kontrakträttslig utfästelse (culpa in contractu),[35] borde ligga nära till hands att, med utgångspunkt från kontraktsteorin, låta avgivaren av viljeförklaringen hellre än den godtroende motparten bära konsekvenserna, genom avtalets giltighet, jämväl av budets eller fullmäktigens kulpösa handlande vid avtalets ingående (culpa in contrahendo). Under sådana förhållanden säger det sig självt, att skälen för att i alla händelser anse viljeförklaringens avgivare böra belastas med en skadeståndsskyldighet, motsvarande det *negativa* intresset, här ha en speciell tyngd. Och det lärer vara ännu starkare motiverat än i nyssnämnda fall att icke låta detta ansvar för mellanhandens vårdslöshet vara beroende av culpa hos huvudmannen — t.ex. otillräckligt eller slarvigt instruerande,[36] utseende av olämplig person som mellanhand[37] —

[35] Se min Skadeståndsrätt, 1952, s. 157, noten, med där anmärkta rättsfall. Jfr vidare Almén, Lagen om köp och byte, § 42 not 84 a, och Lagen om avtal, § 11 not 12, § 32 not 60.

[36] Märk dock, att om vårdslösheten vid instruerandet bestått däri, att huvudmannen uttryckt sig oklart *och detta oklara uttryckssätt som sådant återgives* av budet eller fullmäktigen, man befinner sig utanför stadgandets tillämpningsområde. Då föreligger ingen »förvanskning» av huvudmannens ord utan eventuellt — om motparten tack vare oklarheten haft fog för att uppfatta orden på annat sätt än huvudmannen menat — ett den senares irrelevanta misstag enligt 32 § 1 st. avtalslagen. Annorlunda om budet eller fullmäktigen genom det oklara instruerandet bibragts en oriktig föreställning om andemeningen i huvudmannens meddelande och av den orsaken framfört ett från dennes ord avvikande besked.

[37] Här kan ock nämnas det fall, att en muntlig fullmäktig, som gått

utan inträda som ett strikt ansvar. Kan man icke, så som lagen är skriven, med stöd av nyssnämnda rättsutveckling inom den kontrakträttsliga skadeståndsrätten (erkännande av grundsatsen om ansvar för underlydandes och medhjälpares culpa in contractu), anse avtalet för fall av culpa hos mellanhanden giltigt och sålunda tillerkänna den godtroende motparten det positiva kontraktsintresset — den i och för sig väl mest rationella ståndpunkten — bör han åtminstone ha ett ovillkorligt anspråk på det negativa.

d) Av 35 § avtalslagen framgår motsättningsvis, att den ogiltighet, som grundas på att en skriftlig viljeförklaring icke blivit i behörig ordning *utgiven,* i princip kan åberopas även om medkontrahenten varit i god tro; ett vederbörligen undertecknat brev har t.ex. — fastän detta varken insetts eller bort inses av brevets mottagare — lagts på posten utan brevskrivarens vilja. Att en medkontrahent, som faller offer för denna ohöljt viljeteoretiska rättssats,[38] även här förtjänar rättsskydd i form av ersättning för det negativa kontraktsintresset, har med allt fog antagits av bl.a. A l m é n,[39] visserligen blott under förutsättning att man kan påbörda viljeförklaringens förmente upphovsman *culpa* (»därigenom att han låtit brevet ligga framme»). Redan svårigheten att för dylika egenartade lägen avgöra vad som är att karakterisera som kulpöst beteende — i förening med hänsyn till *dels* att viljeförklaringen dock i viss

---

utanför sin befogenhet, vilselett medkontrahenten-tredje mannen genom begagnande av en huvudmannens namn- eller firmastämpel, som han obehörigen åtkommit, och detta hans beteende möjliggjorts genom vårdslös förvaring å huvudmannens sida. Jfr i ämnet NJA 1932 s. 15. — Har åter huvudmannen själv ställt stämpeln till fullmäktigens förfogande, låt vara med tillsägelse att endast använda den för vissa bestämda ändamål, kan rättshandlingen bli giltig, eventuellt med utgångspunkt från att en fullmakt med »självständigt innehåll» då föreligger. Se NJA 1931 s. 239 och 1932 s. 686; jfr ock NJA 1919 s. 405.

[38] Mot densamma uttalar sig även de lege lata A r n h o l m, Alminnelig avtalerett s. 268 ff., på i och för sig tungt vägande grunder. Men ovannämnda motsatsslut synes för svensk rätts del svårfrånkomligt. Jfr NJA 1945 s. 193 och R o d h e i SvJT 1951 s. 581. Närmast torde för övrigt Arnholm ha tänkt på fall av culpa hos brevskrivaren eller hans underlydande, jfr nedan i texten vid not 40.

[39] Lagen om avtal s. 206 not 3.

mån (genom brevets undertecknande o.s.v.) emanerar från den vars ansvarighet diskuteras *dels* att det falska utgivandet normalt försiggår inom dennes verksamhetsområde — talar för att en sådan betingelse icke bör uppställas. I alla händelser bör frånvaron av egen culpa icke kunna åberopas, om det falska utgivandet är att hänföra till underlydandes kulpösa beteende; där skulle för resten av skäl, som antytts ovan under *c*), t.o.m. rättshandlingens giltighet kunna sättas i fråga.[40]

Från nu berörda fall är steget icke långt till dem, där en viljeförklaring, i allo eller delvis, över huvud icke förskriver sig från den person, som motparten med fog föreställer sig vara förklaringens upphovsman (en skriftlig urkund är förfalskad, en person utgiver sig falskeligen för en annan). Att viljeförklaringen här oavsett motpartens goda tro principiellt är ogiltig, står utom tvist. Men i rättspraxis har man vid upprepade tillfällen som korrektiv mot vissa för rättssäkerheten ogynnsamma konsekvenser av förevarande regel låtit den som åberopar ogiltigheten bli skadeståndsskyldig i mån av det negativa kontraktsintresset, såvitt culpa kunnat läggas honom till last (se särskilt NJA 1935 s. 646, med hänvisningar; jfr ock

[40] Vad i texten anförts har gällt invändningen om att en *skriftlig* viljeförklaring icke blivit i behörig ordning utgiven. Huruvida en motsvarande invändning kan trots motpartens goda tro godtagas även beträffande en muntlig förklaring, är omtvistat. Skolexempel: å en auktion, där enligt sedvänjan buden ske med handuppräckning, råkar en av de närvarande antingen helt ofrivilligt eller i annat syfte, t.ex. för att hälsa på auktionsförrättaren, göra nämnda gest, som av denne uppfattas som ett auktionsbud. Vissa författare hävda, att för inträdet av bundenhet måste krävas en hos vederbörande förefintlig vilja att företaga en *rättshandling* (här ett auktionsbud); andra fordra, att han åtminstone haft syftet att avgiva ett *meddelande* (här hälsningen i fråga). Se i ämnet för nordisk rätts del Almén, Lagen om avtal, § 32 not 40, Ussing, Aftaler, 3 uppl. s. 159, Stang a.a. s. 252 not 34, Arnholm, Alminnelig avtaleret s. 273 f. (överraskande konservativ på denna principiellt viktiga punkt). Godtages dylika åsikter, finnes även här utrymme för en ersättningsskyldighet i mån av det negativa kontraktsintresset. Emellertid måste bestridas, att någon anledning finnes att i detta avseende, på vare sig det ena eller andra sättet, hålla fast vid viljeteorien. Skillnaden i jämförelse med det fall, då en skriftlig viljeförklaring icke utgivits, är stor; i förevarande läge har ju *hela* det beteende, varpå motpartens goda tro stöder sig (icke blott en del: brevets författande), emanerat från den vars ansvarighet diskuteras.

1937 s. 587 och 1941 s. 545).[41] Rättsfallen avse mestadels borgensinstitutet. Det har fastslagits, att en löftesman, som underlåtit utfylla ansvarighetssumman i en borgensmening — han skriver t.ex. blott: »för ovanstående förbindelse» — eller som eljest åtecknat borgensförbindelsen under sådana förhållanden, att en förfalskningsåtgärd lätt kunnat utföras, därmed visat sådan vårdslöshet, att han är pliktig att ersätta den skada, som genom förfalskningen uppkommer för borgenären.[42] Culpabegreppets innebörd har sålunda på förevarande område vunnit en viss konkretisering: begreppets användning kan, i allt fall delvis, sägas ge uttryck för en bestämd rättsregel om hur en löftesman vid tecknandet av sin borgen har att förhålla sig.[43]

---

[41] Att man tidigare i rättstillämpningen understundom varit inne på den linjen, att den ifrågavarande kontrahentens culpa in contrahendo t.o.m. har förmåga att göra den annars ogiltiga rättshandlingen *giltig,* har redan förut under *b*) omnämnts.

[42] Med förfalskning jämställes som bekant icke det fall, att den skuldsumma en förbindelse gäller över huvud från början icke varit utsatt (alltså vad en borgensförbindelse beträffar icke ens utsatt i huvudförbindelsen) utan avsetts skola utfyllas senare av annan person (vid borgen av gäldenären) samt denna utfyllnad skett i strid med vad som mellan utfärdaren av förbindelsen och vederbörande överenskommits. Här anses förbindelsen sådan den utfyllts giltig mot godtroende motpart, med tillämpning av fullmaktsreglerna. Se NJA 1907 s. 88, 1927 s. 68, 1931 s. 239.

[43] Det må tilläggas, att frågan om gottgörelse av det negativa kontraktsintresset i fall av nu avsedda beskaffenhet bragtes på tal, i ett särskilt hänseende, vid skuldebrevslagens tillkomst. Enligt 33 § andra stycket denna lag och de stadganden, vartill där hänvisas, gäller ju, att en utbetalning å sparbanksbok resp. affärsbanks sparkassebok, som göres till obehörig person, är i förhållande till rätte ägaren overksam även om i motboken intagits förbehåll om rätt för banken att med befriande verkan betala till bokens innehavare. Dylik bok kan med andra ord icke vara (passivt) »legitimationspapper». För det fall att rätte ägaren förfarit kulpöst — det är t.ex. bokens vårdslösa förvaring, som möjliggjort att obehörig person kunnat komma i besittning av densamma och efter förfalskningsåtgärd uttaga det innestående tillgodohavandet — framhöll emellertid *lagberedningen,* att det kunde bliva rätte ägaren, som finge bära den förlust, som tillskyndats banken; allmänna rättsgrundsatser åberopades (NJA II 1936 s. 125). Helt visst åsyftades här, att banken kunde mot motbokens rätte ägare kvittningsvis göra gällande en till det negativa kontraktsintresset begränsad ersättningsrätt, på utomobligatorisk grundval. Antagligen skulle nu på denna omväg resultatet för de flesta fall bli det-

Att i nu avsedda fall viljeförklaringens förmente upphovsman icke blir strikt skadeståndsskyldig utan att ansvaret begränsas i enlighet med culparegeln, synes vara en naturlig grundsats. Att obetingat låta någon stå viss risk för att hans namn förfalskas skulle, som lätt inses, kunna leda till ohållbara konsekvenser. Bland annat kommer i betraktande, att möjligheten att värja sig mot dylikt äventyr kan vara ringa, och att ansvaret skulle kunna drabba vederbörande mycket hårt, ojämförligt mycket hårdare än i de förut berörda lägen, där en person avgivit en förklaring, som icke genom »utgivande» kommit till erforderlig perfektion. Alldeles särskilt naturlig framstår grundsatsen, om intet som helst rättsförhållande förefinnes mellan förfalskaren och den vars namn missbrukats, liksom om det föreliggande rättsförhållandet grundar sig på en borgens- eller därmed jämförlig förbindelse. Klart är, vad det senare beträffar, att om borgensinstitutet skall kunna ändamålsenligt fylla sin samhälleliga uppgift, en viss försiktighet beträffande utsträckningen av löftesmannens ansvar är påkallad, särskilt som borgen ju ofta, så vitt relationen mellan huvudgäldenären och löftesmannen angår, har benefik causa. Lika starka skäl mot det strikta ansvaret föreligga visserligen icke alltid, då i andra fall förfalskaren står i ett särskilt rättsförhållande till vederbörande (t.ex. ett bolagsrättsligt sådant). Men även här torde culpabegränsningen på nyss omnämnda grunder i allmänhet kunna försvaras. En annan sak är emellertid, som redan antytts, att culpabegreppets innebörd, när det gäller risken av förfalskning, över huvud är ganska svår att fixera.[44]

---

samma, som om betalningen tack vare rätte ägarens culpa direkt tillerkänts giltighet, därest icke lagberedningen tillika gjort den viktiga preciseringen av culpabegreppet, att — med hänsyn till vissa sociala skäl — på motboksägaren icke skulle få ställas stränga utan allenast »måttliga» krav. Liknande redan tidigare G a m s t o r p, Sparbankslagen, 1931, s. 71: »svår» anmärkning mot rätte ägarens sätt att förvara boken. Även lagutskottet åberopade allmänna skadeståndsregler till stöd för att »bevislig vårdslöshet» (=grov vårdslöshet?) å motboksägarens sida vid förvaring av motboken hade till följd, att banken »undgår att ansvara gentemot honom» (a. st. s. 127).

[44] Vid förfalskning — liksom vid privaträttsliga ogiltighetsgrunder över

e) En motivvillfarelse (oriktig förutsättning) kan understundom ha avtalets ogiltighet till följd utan att det ankommer på om motparten haft eller bort ha vetskap om villfarelsens förhandenvaro (förutsättningens oriktighet). Att i detta hänseende utan vidare å motivvillfarelser överflytta de grundsatser, som i regel gälla för förklaringsmisstag enligt 32 § 1 st. avtalslagen, är nämligen, enligt vad man i allmänhet torde vara ense om, ogörligt.[45] Exempelvis kan det ingalunda vara en ovillkorlig betingelse för att en erlagd betalning må kunna återfordras enligt reglerna om condictio indebiti, att betalningsmottagaren

huvud, särskilt dem som kunna åberopas även mot godtroende motpart — erbjuder sig naturligtvis i viss utsträckning möjligheten att även efter *andra* linjer söka uppnå det försvagande av ogiltighetens konsekvenser, som må anses önskvärt. Dels kan man understundom antaga, att ogiltigheten läkes genom den ifrågavarande kontrahentens passivitet under mer än skälig tid efter ogiltighetsorsakens uppdagande (jfr min uppsats om detta och närstående ämnen i Festskrift för Ussing s. 247 samt reklamationsbestämmelsen i 32 § 2 st. avtalslagen; se emellertid vad just förfalskning beträffar Stang a.a. s. 234 f., Ussing, Aftaler, 3 uppl. s. 399 vid not 52, jfr UfR 1945 s. 723, men å andra sidan Arnholm, Alminnelig avtalerett s. 266 ff.; rörande det vanskliga spörsmålet om reklamationsplikt i vissa fall vid ogiltighet enligt *första* stycket i samma paragraf hänvisas till NJA 1922 s. 498). Dels kan eventuellt den utvägen tillgripas, att åt positiva fakta, som i och för sig icke skulle anses tillräckliga som rättsfakta — t.ex. ett enuntiativt uttalande, på framställd förfrågan, om urkundens äkthet — tillerkännes naturen av ratihaberande viljeförklaring. I rättstillämpningen begagnas dessa remedier mot rättshandlingars ogiltighet i stor omfattning, se NJA 1933 s. 264, 1946 s. 225, SvJT 1941 rf. s. 42, jfr ock NJA 1942 s. 596, 1949 s. 305 och 444 (märk dock även 1939 s. 417, som kommenterats i SvJT 1941 s. 477, och 1951 s. 468, där i HD:s dom av någon anledning talas blott om köpets eventuella godkännande, icke om passivitetsverkan över huvud). Att man även när det gäller verkan av nämnda passivitet eller efterföljande positiva uppträdande å vederbörande kontrahents sida har bruk för den av Stang och Arnholm rekommenderade förmedlande ståndpunkten, att visserligen ogiltigheten icke läkes utan kvarstår men att passiviteten resp. uppträdandet ådrager kontrahenten ansvar i enlighet med negativa kontraktsintresset är ej säkert; vissa skäl kunna dock kanske anföras härför.

[45] Motsättningen mellan vilje- och tillitsteorierna berör i och för sig icke frågan om motivvillfarelsers rättsliga betydelse. Se dock Arnholm, Alminnelig avtalerett s. 297 ff., där framställningen på grund av att helt skilda arter av misstag sammanföras är något förbryllande och enligt svensk rättsuppfattning knappast i allo riktig.

haft eller bort ha vetskap om betalarens misstag, d.v.s. om att någon betalningsförpliktelse icke åvilat denne.[46] Än vidare är det allmänt erkänt — för att nu peka på en näraliggande, ehuru strängt taget utanför ämnet för denna uppsats fallande fråga —, att ett avtal kan bli overksamt enligt reglerna om *bristande* förutsättningar (sålunda på grund av *efter* avtalet tillkomna omständigheter), även om motparten icke haft den minsta möjlighet att förutse detta bristande. För dylika fall kan det nu helt visst, såsom någon gång i litteraturen framhållits,[47] ej sällan innebära en lämplig medelväg att låta den part, som åtnjuter förmånen att med åberopande av sin felslagna förutsättning frånträda ett av honom slutet avtal, betala det priset för denna förmån, att den godtroende motpartens kostnader i anledning av avtalet ersättas eller att eljest gottgörelse för det negativa kontraktsintresset utgår. Särskilt när undantagsvis en dylik återgång tillstädjes förutsättningskontrahenten på grund av omständigheter hänförliga till honom själv eller hans eget verksamhetsområde l. dyl., synes en soulagering av motparten i denna form vara mer än rimlig. Bl.a. tänkes här på vissa fall av återgång av (vederbörligen fullbordade eller eljest giltiga) benefika avtal: en långivare återfordrar den utlånade saken på grund av att han oförmodat kommit i behov av densamma (analogi från — det numera upphävda — stadgandet i 16: 15 andra punkten JB),[48] en depositarie frånträder under hänvisning till ändrade förhållanden ett benefikt depositionsavtal (jfr 12: 6 HB), en syssloman åberopar vid benefikt upp-

---

[46] Jfr mina anmärkningar i SvJT 1940 s. 337 f.

[47] Munch-Petersen a.a. s. 24 f.

[48] Enligt detta lagrum äger vid lega av fast egendom jordägaren, om han »varder husvill, och tränger jord sin å landet, eller hus i staden själv nyttja», rätt att uppsäga avtalet. I detta fall skall emellertid för landbon, förutom att denne äger att återbekomma vederbörlig del av städjan, fyllas »bevislig skada» (mindre än *all* skada?).

Ur den omständigheten, att långivaren själv äger, när han oförmodat kommer i behov av saken, återfordra densamma utan att gottgöra låntagaren mera än det negativa kontraktsintresset, kan man näppeligen utan vidare härleda, att om saken genom långivarens *konkurs* frångår låntagaren, denne icke skulle i konkursen kunna bevaka större skadeståndsanspråk än som motsvarar detta intresse.

dragsavtal »sjukdom, egna sysslor, eller annan skälig orsak» för att slippa driva sin åtagna syssla till slut (18: 7 HB),[49] en gåvogivare återkallar en skriftlig gåvoutfästelse till följd av att hans förmögenhetsvillkor försämrats (5 § i 1936 års gåvolag). Men även eljest ligger det understundom nära till hands att antaga, att man med anlitande av ifrågavarande medelväg uppnår en ändamålsenlig lösning av förutsättningsproblemen; en *fördelning* mellan parterna av risken för en förutsättnings felaktighet lärer över huvud ofta vara oundgänglig, om icke stötande resultat skola uppkomma. Just i vissa av de fall, där frågan om en förutsättnings, och kanske särskilt en individuell förutsättnings, relevans eller irrelevans framstår som mest tveksam, gör sig denna synpunkt med styrka gällande. En undersökning av förevarande spörsmål skulle emellertid kräva ett närmare ingående på förutsättningsläran och kan därför icke här företagas. Vad speciellt condictio indebiti beträffar, må erinras om att man både på kontinenten (sedan gammalt) och även i nordisk rätt (särskilt på senare tid) såtillvida erkänt behovet av att mellan parterna fördela konsekvenserna av betalningens återgång, att det förordats att återbetalningsskyldigheten inskränkes i enlighet med principen obehörig vinst. Då sålunda betalaren får vidkännas en förlust uppgående

---

[49] Är ett depositions- eller uppdragsavtal oneröst, lär man numera knappast kunna medgiva depositarien resp. sysslomannen rätt att på dylika grunder frigöra sig från förpliktelserna enligt avtalet. Även det positiva kontraktsintresset torde böra ersättas, d.v.s. avtalet bör trots hindret för dess utkrävande in natura betraktas som giltigt (jfr 46, 51 §§ kommissionslagen). Åtminstone beträffande deposition är väl dock rättsuppfattningen i detta avseende icke fullt stadgad. Se i ämnet Hasselrot, Juridiska skrifter, Bd 7, 1923, s. 139 ff., 213.

Vad benefikt depositionsavtal beträffar, synes för övrigt det citerade stadgandet i 12: 6 HB tyda på att depositarien äger rent godtyckligt frånträda avtalet, alltså även utan att några ändrade förhållanden l. dyl. behöva åberopas. Utgår man härifrån, äro naturligtvis skälen för en hans ansvarighet i enlighet med det negativa kontraktsintresset icke mindre starka. Men fallet tillhör då egentligen icke detta sammanhang utan utgör ett exempel på att ett avtal, som i ett visst hänseende — nämligen när det gäller förpliktelsen att *behålla* godset för förvaring (i motsats till plikten att vårda detsamma, *om* det behålles) — över huvud aldrig blir juridiskt bindande, må kunna ge upphov till dylik begränsad skadeståndsskyldighet.

till vad av det av motparten uppburna beloppet icke är att anse som dennes obehöriga vinst — med hänsyn till intresset att förebygga, att betalningsmottagaren kommer i sämre ställning än om betalning aldrig skett — förefinnes här, såsom Arnholm understrukit,[50] ett slags motsvarighet till erkännande av rättsfiguren det negativa kontraktsintresset.

Till förekommande av missförstånd må emellertid framhållas, att den fördelning av risken mellan kontrahenterna, som enligt vad nyss nämndes ofta innebär en ändamålsenlig lösning av förutsättningslärans problem, naturligen även kan ske med tillhjälp av annan metod än en ersättningsskyldighet motsvarande det negativa kontraktsintresset. Över huvud kan det sägas, att så snart man icke är bunden av deliktsteoriens betraktelsesätt,[51] någon logiskt bindande motivering icke finnes för att det begränsade skadeståndsansvar, som i och för ogiltighetspåföljdens uppmjukning lägges på den av samma påföljd profiterande kontrahenten, ovillkorligen måste belöpa sig till ett belopp av just den storleken, att motparten försättes i samma läge som om avtalet aldrig slutits. Även andra mellanformer — från kontrakträttslig utgångspunkt — äro förvisso tänkbara.[52] Då i denna uppsats blott en efter principen det negativa kontraktsintresset bestämd begränsning av ogiltigheten varit på tal, har orsaken uteslutande varit den, att nämnda begränsning torde vara både den mest näraliggande och den av hittills härskande rättsuppfattning mest kända och godtagna.

f) Ytterligare en fråga, som uppkommer i detta sammanhang men som likaledes endast i förbigående skall omnämnas, är följande. En rättshandling, vilken på någon i avtalslagen angiven grund är ogiltig mot medkontrahenten, erhåller icke — bortsett från i handelsbalken, skuldebrevslagen eller annorstädes förekommande regler om exstinktiva förvärv — giltighet därför, att medkontrahenten sedermera överlåter den rätt, som skulle ha tillkommit honom enligt rättshandlingen därest densamma varit oklanderlig, till en godtroende person, eller där-

---

[50] Streiftog i Obligasjonsretten, 1939, s. 235.

[51] Jfr ovan not 8.

[52] Se t.ex., på köplärans område, det bekanta rättsfallet NJA 1923 s. 20; jfr ock 1925 s. 624.

för att eljest en tredje man, vars rätt är beroende av rättshandlingen, varken insett eller bort inse ogiltighetsorsaken i fråga.[53] Särskilt när avtalet hänför sig till fast egendom eller annan lös egendom än egentliga lösören, finnes sålunda möjlighet för en kontrahent att göra gällande ogiltigheten även på bekostnad av en godtroende *successors* intressen, liksom det naturligtvis än oftare förekommer, att *andra* godtroende tredje mäns intressen måste eftersättas för att ogiltigheten må kunna genomdrivas. Såtillvida ha, skulle man kunna säga, viljeteoriens principer alltjämt ett stort spelrum i svensk förmögenhetsrätt. Det kunde då tänkas, att verkan av den ogiltighet, som på detta sätt drabbar en godtroende successor eller annan tredje man, understundom borde neutraliseras genom en till det negativa kontraktsintresset, eller eventuellt på annat sätt, begränsad skadeståndsskyldighet för den ogiltighetspåyrkande kontrahenten. I allmänhet torde dock få antagas, att man i de fall, då behovet av rättsskydd för en successor eller annan tredje man med verklig styrka framträder, icke kan nöja sig med sagda halvmesyr utan i stället bör taga steget fullt ut i tillitsteoretisk riktning, så att avtalet blir giltigt i vad tredje mans rätt angår, åtminstone om den yttre gestaltningen av avtalet, dess skriftlighet o. dyl., gör detsamma lämpat som underlag för godtrosskydd.[54] Två lagbud kunna åberopas till stöd för att en sådan rättsutveckling är näraliggande, nämligen 34 § avtalslagen och 30 § skuldebrevslagen. Deras beviskraft i detta hänseende är dock icke synnerligen stor. I förra fallet föranleder nämligen redan ogiltighetsgrundens art (simulation), att den ogiltighetspåyrkande kontrahenten icke förtjänar hänsyn; ofta föreligger å hans sida t.o.m. ren dolus i förhållande till tredje man. I senare fallet är avtalet (överlåtelse av skuldebrev) till sin typ sådant, att

[53] Lagstiftaren har i regel — se dock det strax här nedan i texten om 30 § skuldebrevslagen sagda — stått främmande för konstruktionen, att en viljeförklaring är att anse som riktad icke blott till medkontrahenten utan även till dennes successorer (resp. till annan av avtalet nära berörd tredje man).

[54] Jfr i detta sammanhang det genom rättspraxis utbildade rättsskyddet för tredje man mot aktietecknings ogiltighet (se min uppsats i SvJT 1938 s. 187 ff.). Här blir rättshandlingen, av hänsyn till tredje mans rätt, giltig t.o.m. mot bolaget (s. 203 not 1).

tredje man-gäldenären framstår som omedelbart engagerad: »Erklæringen fremtræder som bestemt til at anvendes som Legitimation overfor Trediemand».[55] Lagstiftaren synes ock närmast ha utgått ifrån att överlåtelsen skulle innebära ett slags viljeförklaring från överlåtaren till gäldenären, varför avtalslagens regler om skydd för godtroende medkontrahent utan vidare kunde bringas till användning.[56]

2) Hittills har varit tal endast om de fall, där en i avtalslagen reglerad eller därmed jämförlig ogiltighetsgrund kan åberopas mot en *godtroende* medkontrahent och denne kan anses vara i behov av att i skadeståndsväg erhålla ett remedium mot ogiltigheten. Är det nu tänkbart, att under några förhållanden t.o.m. en *ondtroende* medkontrahent — när den onda tron allenast består i ådagalagd vårdslöshet — bör komma i åtnjutande av dylikt skadeståndsrättsligt rättsskydd?

a) Enligt 32 § 1 st. avtalslagen gäller som redan anmärkts, att en viljeförklaring, som av misstag erhållit annat innehåll än

[55] Ussing, Dansk Obligationsret, Almindelig del, 3 uppl. 1946, s. 251.

[56] Ännu en bestämmelse i skuldebrevslagen har i detta sammanhang principiellt intresse. Har rörande en av gäldenären erlagd betalning tecknats påskrift å skuldebrevet, gäller som bekant, att gäldenären till sitt fredande kan åberopa en förfalskning — bestående däri, att påskriften avlägsnats — icke blott mot medkontrahenten utan även mot godtroende successor. (Jfr NJA 1937 s. 603). Undantag göres emellertid i tredje stycket av 15 § för det fall, att påskriften »lätteligen kunnat avlägsnas», d.v.s. att gäldenären förfarit kulpöst med hänsyn till densammas anbringande. Här föranleder alltså culpan ej blott ett begränsat skydd för successorn, ej blott en skadeståndsrätt motsvarande det negativa kontraktsintresset, utan en längre gående rättsverkan: betalningen anses icke fullgjord. (Se vidare i samma riktning 33 § 1 st., jfrd med 19 § skuldebrevslagen). Situationen är visserligen motsatt den som nyss berörts: den godtroende successorns intresse går ej ut på att en ogiltighet, som vidlåder en rättshandling, för hans vidkommande icke skall tagas i betraktande; han är tvärtom angelägen om att en i och för sig giltig rättshandling, betalningen, skall i förhållande till honom anses ogiltig eller obefintlig. Ett motsvarande intresse ha naturligtvis, inom parentes sagt, än oftare borgenärerna till en person som företagit en som sådan giltig avhändelse; jfr reglerna om återvinning i konkurs. Det märkliga är emellertid som nämnts, att gäldenärens culpa vid betalningens fullgörande icke uteslutande, såsom väl avtalslagens författare från sin deliktsteoretiska utgångspunkt skulle funnit »tilltalande», har skadeståndsrättslig effekt i släptåg utan kontrakträttsligt afficierar frågan om rättshandlingens giltighet eller ogiltighet.

åsyftat varit, alltid är ogiltig, när motparten insett eller bort inse misstaget. Är denna rättssats så självklar, som man i allmänhet förutsätter? Skulle det vara uteslutet att hävda, att om man icke lägger motparten annat till last än att han förfarit vårdslöst genom sin avsaknad av insikt därom, att den handlande ej velat det han objektivt uttryckt, samt tillika vårdslösheten å den handlandes egen sida är av vida grövre art, anledning kunde förefinnas att icke helt uppoffra motpartens intressen? Att den handlandes egen större culpa in contrahendo kunde tänkas förläna rättshandlingen *giltighet,* är visserligen, kunde man säga, på grund av lagens lydelse svårt att antaga. För denna tanke har lagstiftaren för övrigt stått främmande helt enkelt därför, att man, på sätt förut skildrats, varit fången i föreställningen, att culpa in contrahendo såsom utgörande ett slags delikt omöjligen vore i stånd att verka kontrakträttsligt. Men ett *skadeståndsrättsligt* palliativ borde kunna diskuteras,[57] så mycket mera som motparten ju alltid i viss mån kan försvara sig med att han hållit sig till viljeförklaringens *ord* (eller motsvarande objektiva innehåll), under det den handlandes culpa hänför sig till något så allvarligt som att han icke uttryckt vad han velat.[58]

Saken är mera komplicerad än man vid ett ytligt betraktande skulle kunna tro. Den avgörande frågan är till en början, om det över huvud är logiskt möjligt, att rättshandlingen på grund av culpa å motpartens sida drabbas av ogiltighet i sådana fall, då den handlandes egen culpa är större än motpartens.

Om vi tills vidare bortse från skrivfel o. dyl. och hålla oss till de vanligare misstagsfallen, då den handlande visserligen velat uttala de ifrågavarande orden etc. men begagnat sig av ett uttryckssätt som (vid en riktig tolkning) har annan innebörd än som överensstämmer med hans vilja, måste svaret på

[57] Se numera Arnholm, Alminnelig avtalerett s. 298, vilken emellertid icke ingår på den i det följande, redan i första upplagan av förevarande arbete upptagna motargumenteringen.

[58] Som synes förutsättes här, att motparten (utan fog) förlitat sig på den handlandes ord etc. Det omvända fallet, att motparten med stöd av omständigheterna uppfattat viljeförklaringen på ett mot ordalagen stridande sätt, under det den handlande själv velat i enlighet med ordalagen, skall behandlas nedan under *b*).

denna fråga strängt taget bli nekande. Motpartens culpa ligger ju däri, att han icke tillbörligen aktat på att av alla de föreliggande omständigheterna i förening, av komplexet av fakta i dess helhet, framgår, att vederbörande ej velat det som enbart de använda *orden* skulle kunna tyda på. Om läget är sådant, kan man då över huvud påbörda den handlande någon culpa? Denna culpa skulle väl bestå i hans vårdslösa underlåtenhet att tillse, att de föreliggande omständigheterna ge tillförlitligt uttryck åt vad han velat. Men nu antogs just — det var som nämnt betingelsen för att rättshandlingen enligt förevarande regel skulle bli ogiltig — att alla omständigheterna i förening lämnat upplysning om vad den handlande velat eller rättare: vad han icke velat, och därmed borde då denne kunna försvara sig, när mot honom riktas beskyllningen för vårdslöshet. Ja, en *viss* vårdslöshet må kunna ligga den handlande till last på det sättet, att hans vilja eller bristande vilja skulle, om han betett sig på annat sätt, ha varit lättare att utröna. Det var ju dock *något* eller *åtskilligt* (själva orden), som gav stöd åt motpartens uppfattning, även om densamma, därest man ser på alla vägledande fakta som en helhet, måste framstå som ogrundad. Viljeförklaringen (i mening av samtliga förhandenvarande omständigheter) kunde ha varit *tydligare*. Men sistnämnda culpa å den handlandes sida kan aldrig — om man ser på komplexet av fakta som en helhet — vara större än motpartens. Vore den det, skulle ju otydligheten sträcka sig ända därhän, att man måste säga sig, att hela komplexet i fråga gav mera stöd för motpartens med de använda orden överensstämmande tolkning än för uppfattningen, att den handlande icke velat det som orden utsäga. Men detta betyder, att motparten ej längre är i ond tro; hans tolkning är befogad. Och i så fall är rättshandlingen giltig, bindande enligt ordalagen. Ty här, i motsats till de fall varom förut talats, verkar ju ogiltighetsgrunden icke mot godtroende motpart.

Därmed är dock frågan om det motiverade i att för fall av ogiltighet enligt 32 § 1 st. avtalslagen antaga en begränsad skadeståndsrätt till förmån för motparten icke slutgiltigt avgjord. Det sagda har nämligen byggt på den förutsättningen, att åt *alla* de omständigheter, som kunna ge ledning beträffande

den handlandes vilja eller bristande vilja, bör tillmätas lika vikt. Denna förutsättning är emellertid kanske förhastad. Det moment, som de begagnade *orden* (eller motsvarande rent objektiva faktum) utgöra, kan tänkas ha en helt annan tyngd än andra vägledande omständigheter eller indicier av skilda slag. Därför skulle under vissa förhållanden en till skadeståndsansvar förpliktande culpa kunna föreligga hos den handlande ur *den* synpunkten, att redan beteendet att begagna sig av ord, som objektivt sett ha en annan innebörd än som överensstämmer med hans vilja (resp. för övrigt att begå ett skrivfel l. dyl.), i sig självt innebure något, som kunde av rättsordningen stämplas som obehörigt med hänsyn till att det dock närmast är de använda orden, som motparten har att lägga till grund för sin uppfattning om vad vederbörande åsyftat. Även om så skulle vara, att komplexet av fakta i sin helhet icke giver motparten någon möjlighet att förfäkta att den handlande förfarit kulpöst, eller dock mera kulpöst än han själv, ställer det sig olika, om man blott tager den viktigaste förklaringsfaktorn, orden, i betraktande. Här har ju motparten, även om han i övrigt är ondtroende, förfarit korrekt eller åtminstone mera korrekt än den handlande; den senares inkorrekthet kan ju sedan vara mer eller mindre extrem. Frågan gäller alltså: är det anledning för rättsordningen att genomföra en regel, skyddande resp. skapande tillit till enbart det objektiva moment, som en viljeförklarings ord (eller vad därmed är jämförligt) utgöra? Eller bör den tillit som skyddas eller skapas uteslutande hänföra sig till hela komplexet av alla de omständigheter och indicier, som ge besked om den handlandes vilja eller bristande vilja?

När det rör sig om avtalets *giltighet,* måste åtminstone i princip frågan anses vara i 32 § 1 st. avtalslagen besvarad i enlighet med det senare alternativet. Motparten har att finna sig i avtalets återgång, så snart han av hela massan förefintliga, till upplysning tjänande fakta kunnat — med applicering av ett visst tänkt mått av omsorg (»bort» inse) — sluta sig till att orden icke återge vad vederbörande menat, även om den handlandes beteende framstår som t.o.m. extremt vårdslöst ur *den* synpunkten, att han använt ord, som objektivt ha annan betydelse än av honom åsyftats. Visserligen kan det invändas, att

eftersom nyssnämnda mått av omsorg icke är bestämt fixerat utan varierar efter omständigheterna, domstolarna ha frihet att ställa mindre krav på motparten med hänsyn till vad denne »bort» inse, ju oursäktligare den handlandes beteende i fråga om de begagnade ordalagen varit; med en dylik kringgående rörelse skulle man alltså kunna låta nu avsedda culpa hos den handlande utlösa giltighetseffekt. Men det är klart, att utrymmet för en dylik manöver har sina gränser. Det måste alltid bli ett område övrigt, där enligt lagen rättshandlingen på grund av motpartens insiktsmöjlighet är ogiltig, trots att den handlande själv förfarit grovt vårdslöst genom att använda ord, som icke täcka hans mening. Lagstiftaren har vid sin brytning med viljeteorien icke gått längre, än att frånvaron av verklig vilja hos den handlande kommer i betraktande redan så snart motparten med utnyttjande av *samtliga* tillgängliga upplysningar kunnat fastställa denna frånvaro; rätten att åberopa att han väsentligen förlitat sig på den främsta upplysningskällan (de använda orden, »förklaringen» i inskränkt bemärkelse) står principiellt motparten icke till buds ens om grov vårdslöshet i detta avseende ligger den handlande till last. — Återstår möjligheten, att i dylika culpa-lata-fall motparten i stället skyddas genom en skadeståndsrätt, bestämd i enlighet med det negativa kontraktsintresset. Någon större praktisk betydelse torde emellertid denna möjlighet icke ha, redan därför att för dess erkännande rimligen måste krävas säkerhet för att motparten verkligen *haft tillit* till ordalagen och icke i realiteten, fastän detta ej kan ledas i bevis, *avvetat* viljefelet. Och då något egentligt behov av en sådan skadeståndsregel icke torde ha gjort sig gällande, saknas väl, när allt kommer omkring, anledning att med densamma komplettera avtalslagens behandling av ifrågavarande ogiltighetsgrund.

b) I detta sammanhang må med några ord beröras frågan om skadeståndsskyldighet vid s.k. *dold dissens*.[59]

---

[59] Rodhe är i SvJT 1951 s. 582 missnöjd med terminologin »dold dissens». Denna skulle icke lämpa sig för den svenska, på tillitsteorin grundade avtalsläran, enär begreppet komme att hos oss täcka flera situationer, som icke bedömas lika, samtidigt som det ej hade någon betydelse för avgränsningen mot situationer, som bedömas på annat sätt. Invänd-

En vanlig uppfattning i utländsk doktrin är, att ett skadeståndsansvar avseende det negativa kontraktsintresset i förevarande fall skulle kunna vara av avsevärd betydelse. När avtalets ingående på grund av den bristande överensstämmelsen mellan anbud och svar strandar men av kontrahenterna — eller ock endera kontrahenten — antages, att viljeförklaringarna äro sammanstämmande och att avtalsslut förty kommit till stånd, skulle det vara påkallat att avtrubba konsekvenserna av avtalets overksamhet genom att ålägga den kontrahent skadeståndsskyldighet, som med hänsyn till dissensen gjort sig skyldig till dolus eller culpa, d.v.s. culpa i högre grad än hans skadelidande motpart. För den tyska rättens del har också »Reichsgericht» under senare tid gått fram på denna bog — genom en rättstillämpning som sagts innebära en djärv fortsatt utveckling av de Iheringska tankegångarna på hithörande område och som från doktrinens sida både vunnit anslutning och framkallat kritik.[60]

Vad svensk rätt beträffar är det tvivelaktigt, om man i nu avsedda läge har någon nytta av sagda begränsade skadeståndsansvar.

Antag först, att dissensen är fördold för *anbudsgivaren.* Denne utgår ifrån att hans erbjudande (*a*) accepterats, fastän någon accept icke kommit till stånd; det föreligger faktiskt antingen ett rent avslag eller en oren accept (*b*). Anbudsgivaren måste ju då vara i culpa; bristen på överensstämmelse mellan förklaringarna är något som ovillkorligen »bör» av honom inses. Det skulle emellertid kunna göras gällande, att han vore skadeståndsberättigad i sådana fall då motparten förfarit dolöst eller ock gjort sig skyldig till en grövre culpa med hänsyn till dissensen än han själv. Men av skäl som äro i släkt med

---

ningen är svår att sentera. Begreppet dold dissens syftar ju på ett vid avtalsslut förekommande läge eller fall av viss angiven faktisk beskaffenhet. Att detta läge eller fall sedan kan uppdelas i olika underfall, som underkastas olika rättsregler — något som för övrigt lärer gälla även enligt rättssystem byggande på viljeteorin — torde icke vara märkvärdigare än att man behåller begreppet »misstag» som beteckning för en viss vid avtalsslut förekommande faktisk situation utan hänsyn till att olika sorters misstag föranleda tillämpning av olika rättsregler.

[60] Se redogörelsen hos Hildebrandt a.a. s. 97 ff.

det ovan s. 43 f. utvecklade uppkommer även här spörsmålet, om det är logiskt möjligt att genomföra denna tanke. Vari skulle motpartens, anbudstagarens, dolus eller culpa bestå? Självfallet däri, att han avgivit sin accept på det sättet, att han genom densamma avsiktligt eller med ådagaläggande av en vårdslöshet, som är större än anbudsgivarens egen, vilselett denne rörande acceptens (*b:s*) överensstämmelse med anbudet (*a*) — d.v.s. bibragt anbudsgivaren den välgrundade tron att *b* betyder *a*. Men kan en sådan dolus eller culpa tänkas förekomma utan att dissensen därmed försvinner, utan att alltså den förutsättning upphäves, varpå resonemanget bygger, nämligen att *b* icke är med *a* kongruent? Måste icke då anbudstagarens viljeförklaring *b*, oavsett att dess *ordalydelse* avviker från anbudet *a*, med hänsyn till *omständigheterna*, m.a.o. om man ser på komplexet av fakta i dess helhet, rätteligen av anbudsgivaren uppfattas så — när den kommer honom till handa och blir föremål för hans tolkning —, att den innebär en accept av *a*, d.v.s. har samma innehåll som *a*, med påföljd att ett bindande avtal utan vidare kommer till stånd och en skadeståndsrätt motsvarande det negativa kontraktsintresset blir obehövligt?[61]

---

[61] Liknande synpunkter, efter vad det förefaller, hos Manigk, Iherings Jahrb. Bd 75 s. 189 ff.

Ett exempel (jfr Hildebrandt a.a. s. 203): A har under flera år brukat från B köpa en vara till ett visst pris. Utan att känna till en inträdd prisstegring å varan beställer nu A ett nytt parti av densamma. B avger ett svar å A:s anbud, varur man visserligen objektivt sett kan utläsa, att priset numera blivit höjt, men genom att beräkningsgrunden vid prisbestämningen är avvikande från den förut tillämpade och genom att A tager för givet, att det gamla priset skall gälla, uppfattar A svaret som en ren accept. B som förutsatt, att A skall taga varan även till det höjda priset och icke handlat i svikligt syfte, anser något avtal icke ha kommit till stånd. — Hur skall detta fall, om tankegången i texten skall vara avgörande, bedömas? Jo antingen får man utgå ifrån att B trots allt har övervägande fog för att stödja sig på viljeförklaringarnas objektiva divergens. Det må visserligen kunna förebrås honom att han förbisåg, att vad som förelupit gav A *något* stöd för hans tolkning av B:s accept, men detta är i alla händelser en culpa hos B, som icke går upp mot A:s. I så fall föreligger dissens, avtalet blir icke bindande, och någon orsak att anse B skadeståndspliktig mot A finnes icke. Eller också får man anse, att B:s

Tillämpligheten av nu angivna tankegång är emellertid här mera diskutabel än i de ovan under *a*) behandlade situationerna. Läget är nämligen olika. Förut (s. 44) var det ju icke tal om annat, än att den övervägande culpan hos den handlande i fall av misstag enligt 32 § 1 st. avtalslagen skulle ha rättshandlingens giltighet *i enlighet med dess ordalydelse* till följd. Men här komme anbudstagarens dolus eller övervägande culpa att medföra, att han bleve bunden i enlighet med något (*a*), som *strider mot ordalydelsen* av hans förklaring (*b*). Trots att anbudstagaren avgivit en förklaring, vars ordalydelse är *b*, skulle med hänsyn till omständigheterna — och ehuru han velat *b* — innehållet av förklaringen och därmed hela avtalet så att säga omformas till *a*. Kan detta vara riktigt?

Härvidlag är då först att märka, att man icke kan i och för sig, helt allmänt, resa några betänkligheter mot att en rättshandling positivt gäller med ett innehåll som strider mot ordalydelsen. Detta framgår visserligen för ingen del av avtalslagen. I dess 32 § är allenast fastslaget, att om en kontrahent givit sin förklaring ordalydelsen *a*, oaktat han avsett att uttrycka något annat, den ondtroende motparten icke får göra denna ordalydelse *a* gällande. Huruvida rättshandlingen i stället kan tillerkännas det andra, av ordalydelsen icke omfattade innehåll (*b*), som faktiskt varit eller motparten på goda grunder ansett vara av den handlande åsyftat, är ett särskilt spörsmål. Det förra innebär icke mera än att viljeteorien avvisats; det senare är en fråga — så skulle man teoretiskt kunna tillspetsa saken — om även »förklaringsteorien» på denna punkt givits till spillo, till förmån för tillitsteorien i inskränkt bemärkelse. Därför att andra omständigheter än de använda orden, alla de föreliggande fakta i förening, äga betydelse i negativt hänseende, till förhindrande av en giltighet i enlighet med ordalagen,

---

underlåtenhet att uttryckligt påpeka prisstegringen i förening med tillämpningen av förändrade grunder för prisbestämningen innebar ett förfarande av den beskaffenhet, att A, utan hänsyn till vad B:s svar expressis verbis innehöll, haft fog för att i detsamma inlägga en accept av det av A avgivna, med parternas tidigare avtal överensstämmande anbudet. Då är emellertid dissens icke för handen, och frågan om ersättning avseende det negativa kontraktsintresset uppkommer ej.

är det icke säkert, att de också verka positivt, så att rättshandlingen i stället för att vara ogiltig (se rubriken till 3 kap. avtalslagen) blir gällande med annat innehåll än orden angiva. — Emellertid: att generellt godtaga förklaringsteorien måste, om man ej skall förfalla till olidlig formalism, vara uteslutet. Åtminstone det mot ordalydelsen stridande innehåll, som faktiskt *omfattats av den handlandes vilja,* bör gälla som rättshandlingens innehåll, när på grund av omständigheterna detta viljeinnehåll bort av motparten inses och denne också insett detsamma.[62] Om alltså, för att taga ett annat exempel än det nu ifrågavarande, den handlande A sagt *a,* men velat säga *b,* samt motparten B på grund av omständigheterna bort inse och även insett, att det var *b,* som A ville uttrycka, lär B kunna göra *b* gällande mot A. Vidare: om vid ett ömsesidigt förpliktande avtal A av misstag sagt *a,* när han enligt vad omständigheterna utvisa menat *b,* samt därefter även B för sin del uttryckt sin accept med orden *a* men likaledes faktiskt velat *b* — han har t.ex. blankt accepterat ett av *a* bestående anbud, med insikt om att *b* åsyftats och i avsikt att *b* skall gälla — blir jämväl B pliktig att fullgöra ett avtal med innehållet *b.*[63] Ty detta innehåll har ju då, enligt vad omständigheterna utvisa och A även utgått ifrån, omfattats av B:s vilja, trots att det icke kommit till uttryck i ordalagen; B har från början *godtagit b* som avtalets innehåll. Detta och endast detta — att i fall av från början föreliggande *enighet* mellan parterna om vad med en rättshandling åsyftas densamma blir, trots ett aldrig så subjektivt uttryckssätt, gällande i överensstämmelse med den »verk-

---

[62] Även om viljeinnehållet visserligen icke bort på grund av omständigheterna inses men motparten från början de facto insett detsamma, kan denne möjligen göra detta innehåll gällande mot den handlande. Men har *varken* det av vederbörande i verkligheten åsyftade framgått av omständigheterna *eller* detta ändock av motparten från början insetts, torde den handlande icke kunna, om motparten senare uppdagar hans verkliga vilja, fasthållas vid densamma. Se Lassen a.a. s. 108.

[63] Det är sålunda motparten till misstagskontrahenten, som här blir =»den handlande», under det den senare själv i detta avseende blir »motpart».

liga viljan»[64] — lärer vara innebörden i den sedan gammalt erkända satsen, att »falsa demonstratio non nocet».

Vanskligare är däremot att uttala sig om huruvida man kan gå ända därhän i opposition mot förklaringsteorien, att man hävdar att en viljeförklaring måste få ett mot ordalydelsen stridande innehåll — på den grund att motparten med hänsyn till omständigheterna haft fog för att antaga och även antagit, att något annat än vad orden utsäga varit av den handlande åsyftat — jämväl då den handlandes *vilja* trots allt *stämmer med ordalydelsen*. Den handlande har sålunda sagt *a*, men ehuru detta med hänsyn till sakläget i dess helhet bort uppfattas som *b* (och jämväl så av motparten uppfattats), så har den handlande ingenting annat velat än just *a* — antingen han nu rent av insett att *a* med hänsyn till omständigheterna av motparten uppfattats som *b* men ändock endast velat vara förpliktad i enlighet med *a*, eller själv icke förstått, fastän han borde ha förstått det, att motparten uppfattat *a* som innebärande *b*. Vid ömsesidigt förpliktande avtal blir fallet praktiskt, när det gäller att bestämma innehållet av medkontrahenten-anbudstagarens viljeförklaring, om ett med misstag enligt 32 § avtalslagen behäftat anbud föreligger. A har sålunda avgivit ett anbud med ordalydelsen *a* men menat *b*, vilket med hänsyn till omständigheterna bort av motparten B inses. B har accepterat anbudet blankt — acceptens ordalydelse är följaktligen *a* — och hans vilja har varit inriktad på *a*, vare sig han

---

[64] I rättspraxis har denna grundsats, även vid fastighetsköp där eljest formkravet skulle kunna tänkas bereda svårigheter, klart kommit till uttryck: NJA 1913 s. 282, 1917 s. 118, 1918 s. 199, 1919 s. 281, 1921 s. 236, 1923 s. 9, 1934 s. 249, 1936 s. 405, 1940 s. 582 och s. 631, 1941 s. 563, jfr även 1915 s. 348, 1945 s. 229 och 564, 1946 s. 411. T.o.m. när det gällt en sådan kardinalpunkt som frågan om till vem överlåtelsen ägt rum (köparens person), synes principen ha varit enahanda: NJA 1927 s. 397, 1940 s. 231; se vidare i detta sammanhang NJA 1935 s. 588, 1937 s. 312 och 1938 s. 114. Vad angår litteraturen kan numera hänvisas till Vahlén, Formkravet vid fastighetsköp, 1951, s. 79 ff., jfr ock mina uppsatser i SvJT 1950 s. 861 och 1952 s. 783.

Motsvarande gäller om rättspraxis rörande formen för kollektivavtal, se Schmidt, Kollektiv arbetsrätt, 1950, s. 94 f.

visserligen förstått att A med *a* åsyftat *b* men ändock icke velat förplikta sig vidsträcktare än i enlighet med ordalydelsen av sin egen och A:s förklaring (*a*), eller han faktiskt icke haft någon insikt om, fastän han borde ha haft det, att *a* (med hänsyn till omständigheterna) betydde något annat än *a*. B har sålunda icke, såvitt på hans vilja ankommer, *godtagit b* som avtalets innehåll i *a:s* ställe. Skall nu emellertid — det blir frågan — avtalet ändock gälla med innehållet *b* på den grund, att eftersom *a* till följd av omständigheterna borde anses innebära *b*, A haft befogad anledning att även i B:s accept inlägga och faktiskt även inlagt ett godtagande av *b*? Skola hänsynen till en viljeförklarings ordalag vika, till förmån för vad som kan härledas ur övriga fakta, icke blott negativt (32 § avtalslagen) och icke blott på *det* sättet positivt, att omständigheterna i förening med den handlandes vilja bestämma rättshandlingens innehåll (se nästföregående stycke), utan positivt t.o.m. i den utsträckningen, att de bestämma rättshandlingens innehåll i strid mot *såväl* ordalagen *som* den handlandes vilja?

Det är som sagt icke säkert, att det för den svenska rättens del finnes skäl att gå så långt i reducerandet av de använda ordens (eller motsvarande objektiva faktums) funktion att utgöra kärnan i en viljeförklaring, som ett jakande svar på dessa frågor skulle innebära. Ur klarhetens och rättssäkerhetens synpunkt framstår, kunde man kanske mena, en dylik långt driven »subjektivisering» av tolkningsförfarandet som olämplig. Tänkbart vore att nöja sig med det resultat, vartill följande distinktion leder. En kontrahent, som haft *vetskap* om att de av honom använda orden å motsidan uppfattats annorlunda än vad med gängse språkbruk överensstämmer, lärer principiellt icke till förebyggande av rättshandlingens giltighet i enlighet med denna motpartens (på grund av omständigheterna befogade) uppfattning kunna åberopa, att han för sin del velat i enlighet med ordalagen.[65] Satsen kan stödjas — förutom på

[65] Däremot brukar det anses, för det fall att en kontrahent utgått från en (relevant) felaktig *förutsättning*, att den omständigheten att motparten insett vad vederbörande i stället *skulle ha* velat, om denne haft klart för sig sin förutsättnings oriktighet, icke kan föranleda att rättshandlingen blir giltig i enlighet med detta hypotetiska innehåll (åtminstone om

hänsyn till vad som är förenligt med tro och heder o. dyl. — *dels* på den gamla regeln om betydelselösheten av en reservatio mentalis [66] *dels* på en analogi (a fortiori) från 6 § 2 st. avtalslagen, ett lagbud vartill vi strax skola återkomma. Har sålunda i de fall, då en kontrahent begått ett misstag enligt 32 § avtalslagen, motparten på grund av omständigheterna kunnat inse och även faktiskt insett vad kontrahenten i stället för det av honom enligt orden uttryckta velat utsäga, blir han genom en accept i överensstämmelse med ordalagen bunden i enlighet med vad misstagskontrahenten i verkligheten åsyftat, i strid mot både ordalagen och sin (»illojala») vilja. Med de fall, där dylik vetskap förefunnits, kunde man jämställa dem, där vederbörande »måste antagas hava ägt» samma vetskap (jämför 33 § avtalslagen).[67] Men i övrigt skulle man icke, i strid mot både ordalagen och den därmed förbundna viljan, tillerkänna en rättshandling positiv giltighet i enlighet med den uppfattning om dess innehåll, som, hyst av motparten, kan härledas ur omständigheterna. — Godtoges denna distinktion och tillämpades densamma på det till behandling föreliggande dissensläget (s. 47 f.), till vilket vi således återvända, bleve resultatet, att det förhållandet att dolus eller övervägande culpa hos anbudstagaren föreligger genom att denne förstått eller bort förstå, att hans från anbudet *a* enligt ordalagen avvikande accept *b* kan med hänsyn till omständigheterna av anbudsgivaren med fog uppfattas som överensstämmande med *a*, icke utan vidare föranleder, att avtalet blir gällande i enlighet med *a*, så att dissensen upphäves. Dissensen försvinner visserligen — bortsett från det fall att anbudstagaren från början godtagit *a*

---

man bortser från möjligheten av en *partiell* omformning av rättshandlingens innehåll på sådan grund; se härom nedan s. 150 i anslutning till rättsfallet NJA 1937 s. 518). Till stöd härför kan åberopas stadgandet i 5:3 st. 2 testamentslagen, sammanställt med 3:1 st. 2 samma lag. Att denna gränsdragning bereder svårigheter och särskilt på testamentsrättens område icke alltid kan upprätthållas, synes dock påtagligt, jfr NJA 1933 s. 17, 1939 s. 101, 1948 s. 405 och 768, 1950 s. 488. Spörsmålet skulle förtjäna att närmare och allsidigt utredas.

[66] Se tredje uppsatsen i detta arbete (mot slutet).

[67] Se nedan s. 123.

såsom sin förklarings innebörd — om han måste antagas ha haft vetskap om att anbudsgivaren uppfattat *b* som *a*, men icke eljest. Under sådana omständigheter behövde det icke vara uteslutet, att i de kvarstående dissensfallen en anbudsgivare, som förlitat sig på avtalets slutande i enlighet med anbudets innehåll, i alla händelser tillerkändes — då han icke uppnår avtalets giltighet — en skadeståndsrätt mot sin övervägande kulpöse motpart, motsvarande det negativa kontraktsintresset. I konsekvens härmed borde även i andra fall, när en motpart på grund av omständigheterna tillägger en viljeförklaring annan innebörd än som följer av ordalagen men enligt det föregående icke skulle kunna anses ha möjlighet att genomdriva detta innehåll med hänsyn till att förklaringens upphovsman velat i enlighet med samma ordalag, motparten vara på nämnda sätt skadeståndsberättigad. I själva verket är ju anbudsgivaren, resp. motparten i övrigt, här godtroende; han har ju, även om han icke förlitat sig på viljeförklaringens ord, ändock haft fog för sin uppfattning om dess innebörd.

Emellertid synas till slut de starkaste skälen tala för att även i de fall då den handlandes vilja stämmer med ordalagen helt generellt — och sålunda med förkastande av angivna distinktion — upprätthålla en tolkning av viljeförklaringen i överensstämmelse med vad av omständigheterna (komplexet av fakta som en helhet) indiceras. Denna mening, som innebär att rättshandlingar över lag anses giltiga i enlighet med motpartens befogade uppfattning av densamma och att därför en skadeståndsrätt begränsad till det negativa kontraktsintresset i förevarande sammanhang blir överflödig, torde icke blott vara den konsekventaste utan även den som leder till de materiellt mest tilltalande resultaten. Icke ens när det gäller formbundna rättshandlingar torde avgörande skäl kunna åberopas mot densamma.[68] Ståndpunkten att i de fall, där motparten grundar sin uppfattning om den handlandes vilja icke på ordalagen utan på omständigheterna, låta rättshandlingen bli giltig eller ogiltig allt eftersom den handlande faktiskt velat i enlighet med omständigheterna eller ordalagen, innefattar nämligen en

---

[68] Jfr nedan s. 58.

rest av viljeteorien, med vilken åtskilliga av dennas nackdelar torde vara förbundna. Den s. 49 framställda frågan, huruvida i där givna exempel anbudstagarens viljeförklaring, som i avseende å ordalydelsen har innehållet *b*, kan med hänsyn till förklaringskomplexet i övrigt omformas till *a*, bör förty generellt besvaras jakande.

Antag sedan, att dissensen är fördold för *anbudstagaren*, i det att denne till följd av oriktigt uppfattande av anbudet eller missförstånd av detsamma avgiver ett svar *b*, som rätteligen bör tolkas som oren accept men som han föreställer sig ha ett med anbudet *a* överensstämmande innehåll. Detta innebär alltid culpa å anbudstagarens sida. Men det gäller även här att avgöra, huruvida han kan äga någon rätt mot andra parten, därest denne, anbudsgivaren, handlat dolöst eller kulpöst i högre grad än anbudstagaren själv. Vad då först angår det fall, att det dolösa eller övervägande kulpösa beteendet bestått däri, att anbudsgivaren genom sitt anbud vilselett anbudstagaren beträffande anbudets överensstämmelse med accepten, m.a.o. bibragt anbudstagaren den välgrundade tron att anbudet *a* hade innehållet *b*, uppkommer på nytt spörsmålet, huruvida en sådan dolus eller culpa över huvud är möjlig utan att dissensen försvinner, d.v.s. utan att åt anbudsgivarens viljeförklaring måste med hänsyn till omständigheterna tillerkännas innehållet *b*. Liknande hänsyn göra sig här gällande som de nyss utvecklade. — Men hur ställer det sig sedan, om anbudstagarens misstag (föreställningen om att den av honom avgivna förklaringen *b* överensstämmer med *a*) icke framkallats av anbudsgivaren, i det ingen orsak fanns att förstå anbudet *a* annorlunda än som innebärande just *a*? Ja, då är en dolus eller culpa å anbudsgivarens sida i förut angiven mening otänkbar. I förevarande läge saknas nämligen den viljeförklaring å den dolöse eller övervägande kulpöse partens (här anbudsgivarens) sida, som tolkningsvis skulle tilläggas den innebörden, att avtalet får det av andra parten (här anbudstagaren) önskade innehållet.[69] Att åberopa att anbudsgivarens efterföljande beteende, hans tyst-

---

[69] Anbudsgivaren avger ju icke på detta stadium — sedan han erhållit anbudstagarens accept — något slags förklaring till denne.

nad efter mottagandet av den orena accepten, skulle utgöra en dylik viljeförklaring — som anbudstagaren ägde taga fasta på och som föranledde, att innehållet av anbudsgivarens ursprungliga erbjudande omformades i överensstämmelse med anbudstagarens accept — innebär naturligen en fiktion.[70] Fiktionen är uppenbar redan på den grund, att för tillkomsten av ett avtal väl kräves accept men icke svar å accept.

Emellertid kan man här på en helt annan linje komma fram till att avtalet eventuellt blir bindande i enlighet med den kontrahents (anbudstagarens) uppfattning, som misstagit sig beträffande förefintligheten av konsens. Resultatet följer nämligen understundom, under viss betingelse, av en positiv lagbestämmelse: 6 § 2 st. avtalslagen.[71] Där stadgas nämligen, att en anbudsgivare, som måste inse att anbudstagaren anser sin accept överensstämma med anbudet, blir bunden av ett avtal i enlighet med acceptens innehåll, såvida han icke utan oskäligt uppehåll meddelar anbudstagaren, att han icke vill godtaga accepten. Det rör sig sålunda, på sätt ock av motiven till stadgandet bestyrkes, om en reklamationsbestämmelse: anbudsgivaren, som sagt *a*, bindes så, som om han i stället (liksom anbudstagaren) sagt *b*, men icke omedelbart utan först efter en skälig tids förlopp, till straff för att han icke i efterhand varit verksam för att undanröja anbudstagarens misstag. Och straffet, som alltså består i att han bindes vid något som han varken velat eller sagt, drabbar honom trots att han vid avgivande av sin viljeförklaring icke på något sätt förfarit kulpöst och trots att däremot anbudstagaren vid avgivandet av *sin* förklaring handlat kulpöst. Lagbudet — som trots att det förklarades sakna motsvarighet i kontinental rätt motiverades på ett minst sagt lättvindigt sätt [72] — är nu oförtydbart tillämpligt, om an-

---

[70] Oriktigt sålunda af Hällström, Om villfarelse etc., 1931, s. 227.

[71] Denna lagbestämmelse torde vara ägnad att i åtskilliga fall vinna analog tillämpning.

[72] Det påstods allenast (NJA II 1915 s. 173), att de skäl som påkallat, att man i 4 § 2 st. avtalslagen ålagt anbudsgivaren reklamationsskyldighet jämväl när ett svars försenade ankomst berodde därav att avsändaren missuppfattat acceptfristens längd, gjorde sig med samma styrka gällande även i förevarande läge. Bortsett från att i motiveringen till 4 § 2 st. inga skäl alls anförts för lämpligheten av rättsskydd för anbuds-

budsgivaren haft *vetskap* om anbudstagarens bristande kännedom om dissensen (varmed i enlighet med det nyss ovan anförda torde böra jämställas, att han »måste antagas hava ägt sådan vetskap»; jämför uttryckssättet i 6 §: »måste inse»). Regeln blir då i viss mån begriplig såsom statuerande rättsförlust på grund av en efterföljande passivitet som oftast framstår som sviklig eller ohederlig. Huruvida stadgandets tillämplighetsområde sträcker sig utöver dessa vetskapsfall, är tvivelaktigt. Anser man *icke* detta, lärer emellertid å andra sidan ej heller finnas skäl att skydda anbudstagaren genom en skadeståndsrätt i enlighet med det negativa kontraktsintresset. Med andra ord: han synes antingen icke böra erhålla något rättsskydd alls eller ock i den form 6 § 2 st. avtalslagen angiver.

Några rättsfall berörande under *2 a*) och *2 b*) anmärkta spörsmål må här omnämnas:

NJA 1915 s. 26: Vid försäljning av ett hemman har säljaren (ett bolag) av misstag underlåtit att genom förbehåll i köpehandlingen från försäljningen undantaga ett till hemmanet hörande skifte. Yrkande nu, *antingen* att köpehandlingen såsom icke lagligen tillkommen och icke överensstämmande med parternas avtal måtte förklaras ogiltig samt den meddelade lagfarten undanröjas *eller* ock att försäljningen förklarades omfatta och avse endast hemmanet med angivna undantag. HD gillade NRevs betänkande, enligt vilket hemställdes om bifall till förstnämnda yrkande, under motivering att det bort vara för köparen uppenbart, att med köpehandlingen avsetts försäljning av hemmanet allenast med ifrågavarande undantag.

NJA 1915 s. 348: Sedan A och B utfärdat köpebrev å visst skattetal av ett hemman, däri A ägde ytterligare ett skattetal, yrkar B, att enär försäljningen i själva verket avsåge A:s hela skattetal men A oriktigt

---

tagaren i fall av dylik missuppfattning (märk att förebilderna till 4 § 2 st. i utländsk lagstiftning inskränka reklamationsskyldigheten till att avse de fall, då anbudstagaren avsänt sin accept i rätt tid och sålunda icke förfarit kulpöst med hänsyn till densammas försenade ankomst), är påståendet om situationernas jämförlighet klart ohållbart. Enligt 4 § 2 st. är ju påföljden för anbudsgivaren, om han försummar reklamera, av relativt lindrig beskaffenhet: han bindes icke, såsom enligt 6 § 2 st., vid en med hänsyn till såväl ordalagen som hans vilja för honom främmande förklaring utan vid sitt eget, av fri vilja avgivna anbud, låt vara i tiden efter det att anbudet egentligen skulle ha upphört att gälla. — Angående frågan, i vad mån 6 § andra stycket avtalslagen är att tillämpa, när tvisten icke gäller det materiella innehållet i avtalet utan en däri intagen skiljemannaklausul, se NJA 1949 s. 609.

uppgivit sig äga allenast det förstnämnda, B måtte tillerkännas äganderätt till det hela. HD:s flesta ledamöter (4 just.r.) funno ej skäl göra ändring i hovrättens utslag, varigenom B:s talan ogillats, enär det icke kunde anses tillförlitligen ådagalagt, att den försäljning, som genom köpebrevet kommit till stånd, omfattat större skattetal av hemmanet än köpebrevet uttryckligen angåve. Det framgår icke av detta domslut, om B:s talan ogillades därför, att det icke ansågs bevisat att *båda* parterna, sålunda även A, varit överens om en fastighetsförsäljning omfattande större skattetal än köpebrevet utmärkte, eller om utgången hade sin förklaring redan däri, att det icke ens vore styrkt, att *B* på grund av omständigheterna bibragts dylik uppfattning om försäljningens räckvidd. Ett just.r. (v. Seth) kom till samma resultat men med den intressanta motiveringen, *att* han visserligen funne styrkt att vad som förekommit vid underhandlingarna före köpebrevets utfärdande varit av beskaffenhet att kunna giva B giltig anledning antaga, att A avsett att till B försälja allt vad A då ägde av hemmanet, *att* emellertid bevisningen i målet icke med tydlighet utmärkte, att det berott på ren misskrivning att köpebrevet fått annan lydelse, *samt att* vid sådant förhållande förstberörda omständighet icke lagligen kunde föranleda till bifall till B:s yrkande. Ytterligare två ledamöter av HD ogillade likaledes B:s talan, den ene under åberopande av att vad B anfört icke vore av beskaffenhet att gentemot det uttryckliga innehållet i köpebrevet kunna föranleda bifall till hans talan, den andre med en ännu innehållslösare motivering.

I den mån man nu kan tänkas ha menat, att *formkravet* måste lägga hinder i vägen för en dom i enlighet med B:s befogade uppfattning av avtalets innebörd, därest A vid avtalets ingående icke utgått från samma uppfattning utan avsett en försäljning i enlighet med ordalagen i köpebrevet, synes kunna invändas, att om man över huvud finner detta krav uppfyllt, när giltighet tillerkännes åt vad båda parterna i förening velat genom *den skriftliga handlingen* uttrycka (även om detta uppsåt objektivt sett misslyckats), det är näraliggande att som överlåtelsens innehåll jämväl godtaga vad B på grund av omständigheterna haft fog för att anse A ha velat *genom samma handling* uttrycka, oaktat detta icke stämmer med köpebrevets ordalydelse och även oaktat A faktiskt velat endast i enlighet med samma ordalydelse. Däremot skulle formkravet kunna betänkligt uppluckras, om vad parterna avsett, resp. A synes ha avsett, att *muntligt* uttrycka skulle bli gällande vid sidan av det i skrift fixerade.

NJA 1921 s. 511: Missuppfattning av försäljningsanbud (anbud av A om försäljning till B av »torrmjölk» förstås av B som anbud om »sötmjölkspulver» eller »söt torrmjölk»). Bindande avtal? — HD fann vad B invänt mot avtalets giltighet ej förtjäna avseende, enär med hänsyn därtill att av oskummad mjölk beredd torrmjölk i allmänna handeln benämnes sötmjölkspulver eller söt torrmjölk, A:s försälj-

ningsanbud icke kunde anses hava gällt dylik vara, samt även om B vid anbudets antagande haft den uppfattningen att med den utbjudna varan avsetts torrmjölk av oskummad mjölk, A icke visats hava framkallat denna villfarelse och ej heller insett eller bort inse densamma. Utgången skulle således ha blivit en annan, till en början, om anbudstagarens misstag beträffande den objektiva innebörden av ordet »torrmjölk» hade framkallats av anbudsgivaren A, d.v.s. — det är kanske meningen — om B genom A:s åtgöranden bibragts den välgrundade uppfattningen, att med anbudet om »torrmjölk» åsyftats vad som i handeln benämnes sötmjölkspulver etc. Effekten borde då, enligt den i texten uttalade meningen, blivit, att anbudet och förty hela avtalet ansetts ha detta senare innehåll. Men resultatet skulle vidare, enligt HD:s dom, blivit ett annat, om A visserligen icke på något sätt haft del i B:s förklaringsmisstag men han dock insett eller bort inse detsamma (32 § 1 st. avtalslagen). Säkert är då åtminstone, att något avtal med innehållet köp av »*torrmjölk*» i så fall icke hade kommit till stånd. Därest emellertid A underlåtit att genom ett meddelande till B taga denne ur hans villfarelse, hade avtalet månne då blivit ogiltigt, eller hade man med analog tillämpning av 6 § 2 st. avtalslagen kunnat anse ett avtal slutet med innehållet köp av sötmjölkspulver etc.? Svaret synes principiellt ha bort gå i sistnämnda riktning för det fall att A haft *insikt* om B:s misstag, medan bedömandet, såsom av det sagda kan härledas, är mera tvivelaktigt om han endast *bort* ha dylik insikt.

NJA 1922 s. 389: A har till B sänt en »order», som B — enligt vad han gör gällande — uppfattat som ett anbud från A att hos B köpa viss vara till angivet pris men som objektivt sett innefattade ett meddelande av annan innebörd. B avlät så en svarsskrivelse, varmed han sade sig ha velat acceptera »anbudet». Har bindande avtal kommit till stånd? — Hovrätten fann, *att* B:s nämnda svarsskrivelse innefattat bekräftelse på ett köp i enlighet med i skrivelsen angivna villkor, *att* det måste antagas såväl att B ansett de i svarsskrivelsen upptagna villkoren överensstämma med A:s order som ock att A *insett* denna B:s uppfattning, *att* det vid sådant förhållande ålegat A att därest han icke velat godtaga B:s svar utan oskäligt uppehåll giva honom meddelande härom *samt att,* då A underlåtit detta, bindande avtal i enlighet med samma svar måste anses ha kommit till stånd. Tydligen innebär denna ståndpunkt en analog tillämpning av 6 § 2 st. avtalslagen (se rubriken till rättsfallet). Hovrättens åsikt delades av N. Rev. samt 2 just.r. Majoriteten i HD (3 just.r.) uttalade däremot, att även om B, som i sin svarsskrivelse angivit A såsom köpare av varupartiet, ansett sin svarsskrivelse utgöra en bekräftelse på av A avgivet köpeanbud, kunde likväl icke A anses hava bort inse detta och hade följaktligen genom berörda skrivelse (=genom berörda skrivelse plus A:s efterföljande tystnad?) något avtal icke kommit till stånd mellan parterna. Det ser sålunda ut som om man menat, att ett avtalsslut i enlighet med B:s

uppfattning skulle ha åvägabragts icke blott om A insett utan även om han blott *bort* inse B:s misstag (men underlåtit korrigera detsamma).

NJA 1940 s. 179: I en köpeavhandling rörande ett jordområde hänvisades till en karta, å vilken områdets gränser utmärkts. Gränserna å kartan utvisade emellertid ett avsevärt mycket större område än säljarens ägoinnehav. Säljaren (A) ansåg att köparen (B) genom avtalet förvärvat allenast vad som motsvarade A:s ägoinnehav (omkring 4 tunnland), under det köparen (B) gjorde gällande, att köpet avsåg hela det ifrågavarande, genom hänvisning i köpeavhandlingen omförmälda jordområdet (minst 6 tunnland), samt att förty, då A visat sig icke vara ägare av allt vad han försålt, köpavtalet måtte förklaras hävt och A förpliktas återbetala köpeskillingen. — Hovrätten fann, *att* A hyst den uppfattningen att området å kartan omfattade 4 tunnland, *att* B, som vetat att området innehöll åtminstone 6 tunnland, insett att A gjort sig skyldig till ett misstag och ej avsett att sälja mer än 4 tunnland, *samt att* vid sådant förhållande och då B det oaktat underlåtit rätta misstaget, mellan parterna kommit till stånd bindande avtal i enlighet med A:s uppfattning. Enligt hovrättens mening erhöll alltså till följd av B:s vetskap om A:s villfarelse och hans underlåtenhet att korrigera densamma B:s förklaring (och avtalet) ett innehåll stridande mot ordalydelsen. HD kom på en annan linje, som här icke är av samma principiella intresse, till enahanda slut. Med åberopande av B:s vetskap om A:s misstag lade man till rätta fakta så, att hänvisningen i köpeavhandlingen till kartan, med där utmärkta gränser, icke ansågs utgöra »en av A lämnad garanti beträffande områdets areal och gränser». Tanken synes vara, att i brist på en verklig utfästelse i ämnet försäljningen icke ens objektivt sett omfattade 6 tunnland. Jfr NJA 1937 s. 151.

NJA 1941 s. 376: Ett mellan X och ombud för en kommuns folkskolestyrelse upprättat, av kommunalfullmäktige godkänt köpekontrakt innehöll, att X till kommunen sålde ett till läge och gränser bestämt område efter ett pris av 1 kr. för kvm samt att områdets storlek skulle utrönas genom uppmätning av lantmätare. Emellertid angavs tillika i kontraktet området utgöra »cirka 3.500» kvm. Med hänsyn härtill och till förekomna omständigheter i övrigt ansågs kontraktet innebära, att köparen icke skulle vara bunden av köpet såframt köpeskillingen enligt den angivna beräkningsgrunden väsentligt överstege 3.500 kr.; och förklarades förty, sedan vid uppmätning området befunnits innehålla 7.316 kvm., för kommunen bindande köp icke ha kommit till stånd. — Rättsfallet har egentligen, liksom det närmast följande, allenast ett andrahandsintresse för vårt ämne. I köpekontraktet förekommo som synes med varandra oförenliga uppgifter rörande köpeskillingens storlek. Fästes avgörande vikt vid bägge, d.v.s. även vid cirka-uppgiften, kunde själva köpet, på sätt ock HD antog, sägas vara villkorat av att köpeskillingen enligt den fastslagna beräk-

ningsgrunden icke skulle överstiga 3.500 kr. Vad det rörde sig om var då ett kontraktsvillkor, icke en felaktig förutsättning, och om någon »felbedömning» kunde man med nämnda utgångspunkt icke tala i vidare mån än att *dels* parterna eventuellt felaktigt föreställt sig, att villkoret skulle gå i uppfyllelse, *dels* möjligen säljaren i kontraktet inlagt annan innebörd i förevarande hänseende än den nu som objektivt riktig angivna och sålunda missuppfattat kontraktet därhän, att han förbisett dess villkorlighet (32 § 1 st. avtalslagen).

NJA 1949 s. 664: I mål om skyldighet för X, vilken genom skriftligt avtal angående överlåtelse till Y av visst jordbruksarrende jämväl till denne sålt ett antal kor och kvigor samt en tjur i enlighet med särskild förteckning, vari korna betecknades såsom kastningsfria, att till Y utgiva skadestånd på den grund att sedermera befunnits, att den av Y köpta kreatursbesättningen före köpet var smittad av kastsjuka, invänder X, att han innan överlåtelsehandlingen underskrevs givit till känna, att han icke kunde garantera mera än att kastning ej förekommit under den tid X innehaft kreaturen. — I första hand gällde det i detta rättsfall, som kommenteras av Rodhe i SvJT 1951 s. 582 f., att fastställa vad som var ifrågavarande kontraktsklausuls objektiva innebörd. Med utgångspunkt från det resultat, vartill HD härvid kom, skulle nu Y:s skadeståndsyrkande i och för sig vara berättigat. Nästa fråga blev, om dock icke Y själv vid avtalsslutet haft en annan, för X gynnsammare uppfattning om klausulens betydelse; i så fall borde naturligen kontrahenternas överensstämmande uppfattning om avtalets innehåll vara utslagsgivande. I HD:s motivering utvecklas nu, att denna eventualitet icke var förhanden. Y eftersträvade, framhölls det, den effekt som den objektiva lydelsen av klausulen angav, och effekten var för honom t.o.m. en väsentlig sak. Återstod möjligheten, att om man icke hölle sig enbart till förevarande kontraktsklausul utan toge hänsyn även till övriga omständigheter vid avtalets tillkomst, X hade skäl för sitt bestridande av Y:s skadeståndstalan. I sådant hänseende förekom, att X hade haft vissa yttranden, som kunde ifrågasättas innebära förbehåll om befrielse från det ansvar, vilket kontraktsklausulen som nämnt i sig själv ålade X. Resultatet av domstolens prövning i denna del blev emellertid, att även om X själv avsett att i avtalet inlägga dylikt förbehåll, detta icke insetts eller bort inses av Y (32 § 1 st. avtalslagen). Y:s talan måste förty bifallas. En motivering efter denna linje synes, särskilt med hänsyn till det sätt varpå argumenterats i målet, naturlig nog och bör knappast vara ägnad att framkalla sådana uppseendeväckande deduktioner — om att HD skulle beträffande en ren omsättningstransaktion ha »rubbat den vedertagna lärobyggnaden» och partiellt underkänt tillitsteorins grundsatser — som återfinnas hos Rodhe a. st.

NJA 1951 s. 282: A, som genom kontrakt med vägförvaltning åtagit sig brobyggnad på entreprenad, har med B avtalat, att denne skulle

utföra en särskild del av arbetet, samt befullmäktigat B att hos vägförvaltningen lyfta visst belopp av entreprenadsumman. Härefter har vägförvaltningen förbundit sig att i enlighet med därom i fullmakten intaget medgivande spärra beloppet för B:s räkning. Sedan vägförvaltningen, innan brobyggnaden färdigställts, på grund av A:s försummelse hävt entreprenadkontraktet, yrkar B att av vägförvaltningen erhålla betalning för det arbete B utfört. — HD:s pluralitet (3 ledamöter) tillerkände B skadestånd under åberopande av *att* anledning saknades antaga annat än att B utgått från att vägförvaltningens åtagande hade viss av B hävdad innebörd och allenast i förlitan därpå utfört omstämda arbeten, *att* vägförvaltningen icke kunde ha undgått att förstå denna inställning å B:s sida, *att* vägförvaltningen trots denna insikt icke upplyst B om att den i sitt åtagande inlade annan innebörd än den som alltså varit för B bestämmande utan låtit B utföra ifrågavarande arbeten, *samt att* därför B:s tolkning av åtagandet måste anses gälla mot vägförvaltningen. Minoriteten i HD ville i enlighet med underinstanserna ogilla B:s talan, enär vägförvaltningen icke kunde anses ha gjort sig skyldig till vårdslöshet av beskaffenhet att för kronan medföra skadeståndsskyldighet gentemot B samt ej heller på annan grund ådragit kronan dylik skadeståndsskyldighet.

Jfr vidare NJA 1948 s. 620 samt 1951 s. 625 (just.r. Erik Lind). Se ock NJA 1943 s. 66, där HD visserligen, i motsats till underinstanserna, frånkände ifrågavarande passivitet betydelse men motivet härtill synbarligen var, att densamma på grund av förhållandena icke var ägnad att ge vederbörande fog för att antaga en utfästelse av omstämda art; troligen kan något liknande sägas som förklaring till HD-domen i NJA 1949 s. 313 (jfr åter NRev).[73]

[73] Ett komplicerat rättsfall, som har beröring med dissensfall, är till sist det i *NJA 1949 s. 786* refererade. Målet gällde ersättningsskyldighet på grund av en försäkringspolis, enligt vilken försäkrats två pråmar. Invändning bl.a., att försäkringen vore ogiltig, enär de till försäkring anmälda föremålen i verkligheten utgjorde endast provisoriskt tätade delar av en under det senaste världskriget havererad rysk landstigningspråm, vilket icke gjorts klart för försäkringsbolaget, innan försäkring meddelades. — Man undrar i detta fall, om kontrahenterna kommit till sådan överensstämmelse mellan de av dem avgivna viljeförklaringarna som kräves för ett avtalsslut och, om detta spörsmål besvaras jakande, vad försäkringsavtalet i själva verket gick ut på. Att märka är, att det åberopade avtalet slutits muntligen. Försäkringspolis utfärdades visserligen, men då denna icke kom försäkringstagaren tillhanda förrän beträffande det ena av de båda ifrågavarande objekten försäkringsfall redan inträffat, torde man icke utan vidare kunna lägga till grund försäkringspolisen för avgörande av avtalets innehåll.

En möjlighet var nu, att försäkringstagaren med erforderlig tydlighet sagt sig vilja ha försäkring av »pråmdelar», i motsats till hela pråmar, och

Ett rikt material belysande nu under 2 a) och b) berörda frågor föreligger i *arbetsdomstolens* rättspraxis. Det faller emellertid utanför ramen för denna avhandling att analysera denna praxis. Hän-

att det förty berott på vårdslöshet å försäkringsgivarens sida, att detta ej rätt uppfattades. Avtalet hade då, i enlighet med resonemanget ovan i texten, fått det innehåll som försäkringstagaren hävdade, varför dennes talan borde ha bifallits. För ett dylikt antagande lämnade dock utredningen icke stöd. — En annan möjlighet, som väl icke heller den in casu var praktisk men här skall diskuteras på grund av sitt principiella intresse, var att försäkringsgivaren vid avtalsslutet medvetet fattat position till frågan om försäkringen skulle gälla prålmdelar eller hela pråmar och med nödig tydlighet sagt sig vilja meddela försäkring endast för det senare, medan försäkringstagaren för sin del vårdslöst underlät ge uttryck för sin vilja att försäkringen skulle avse prålmdelar; från den obestyrkta eventualiteten, att försäkringstagaren handlade uppsåtligt obehörigt, bortses här. Resultatet bleve då, med tillämpning av enahanda textresonemang, att försäkringen tvärtom gällde hela pråmar, sc. med överenskommet uteslutande av prålmdelar. Försäkringstagarens viljeförklaring hade således fått »annat innehåll än åsyftat varit», men på grund av försäkringsgivarens goda tro vore detta förklaringsmisstag enligt 32 § 1 st. avtalslagen betydelselöst. — Därest i samma läge culpa antoges icke ha legat någondera parten till last, borde åter den låt vara dolda dissensen föranleda, att över huvud ett avtal icke ansåges slutet, jfr den skiljaktiga meningen i HD; med denna hypotes räknas emellertid icke i fortsättningen. — Från nu angivna utgångspunkt skulle då, kunde det synas, slutsatsen bli, att försäkringstagarens talan borde ogillats helt enkelt av det skäl att försäkringsavtalets innehåll icke täckte den risk, som sedermera realiserades och som rättegången avsåg. Försäkringsavtalet vore så att säga villkorat av att försäkringsobjekten utgjorde hela pråmar och icke delar därav. Visserligen är det icke alltid så, att försäkringsavtalslagen respekterar en i försäkringsavtal, genom förbehåll av försäkringsgivaren, stipulerad villkorlighet. Ett försäkringsavtal kan trots sådan stipulation behandlas som ovillkorligt, nämligen när försäkringstagaren vid avtalsslutet varit i god tro beträffande ett uppgivet sakförhållande eller icke gjort sig skyldig till vårdslöst förtigande; det behöver icke ens inverka, att villkorligheten uttryckligt utformats såsom riskbegränsning (se 5 §, 7 § och 10 § 2 st., jfr nedan s. 91 och angående sistnämnda lagbud Schmidt, Faran och försäkringsfallet, 1943, s. 192 ff.). Men denna omständighet måste, kunde man tycka, här sakna intresse, eftersom enligt det alternativ varom nu diskuteras just antages, att försäkringstagaren genom sitt misstag ådagalagt vårdslöshet, märk emellertid det strax här nedan sagda. — Den tredje och mest näraliggande möjligheten var slutligen, att försäkringsavtalet gällde de ifrågavarande konkreta föremålen som sådana *utan* att försäkringsgivaren vid avtalets ingående fattat ståndpunkt till deras egenskap av prålmdelar eller hela pråmar. Försäkringsgivaren endast *förutsatte* det senare; något avtalsmoment blev »pråm»-egenskapen ej, lika

visas må till Schmidt a.a. s. 100 ff. och Rodhe i SvJT 1951 s. 587 f. Se i detta sammanhang ock NJA 1945 s. 240 (om verkan av att anställd utan invändning under ett antal år mottagit viss semester samt av att han tillika finge antagas ha insett, att arbetsgivaren icke

---

litet som, till följd av försäkringstagarens förklaringsmisstag, objektens »pråmdels»-egenskap blev avtalsmoment. Från denna utgångspunkt, som innebar att risken prima facie täcktes av försäkringsavtalet, är frågeställningen tämligen klar. Det måste undersökas, om enligt någon regel, närmast då stadgandena i 4—10 §§ försäkringsavtalslagen (eller vad däremot svarar i sjöförsäkringsplanen) — stadganden som ju i första hand utgöra regler om felaktiga förutsättningar — avtalet är att bedöma som ogiltigt. Detta var förmodligen ock HD:s inställning. Med tillämpning av sagda stadganden, jfr föredragandens betänkande, ogillades försäkringstagarens talan. I motiveringen åberopades, att försäkringstagaren gjort sig skyldig till vårdslöshet genom sin underlåtenhet att lämna tillfyllestgörande uppgifter i det föreliggande ämnet. Hur kunde detta sägas? Jo, försäkringstagarens förklaringsmisstag utnyttjades i förevarande hänseende. Visserligen var situationen en väsentligt annan än den enligt berörda lagbud typiska. Det rörde sig icke om ett vårdslöst förtigande i vanlig mening utan om det säregna förhållandet, att försäkringstagaren, trots sin här antagna vilja att ge upplysning, till följd av culpöst beteende i vad rörde själva förklaringshandlandet misslyckats i att bringa sin vilja till ordentligt uttryck. Den culpa, som består i att en kontrahent icke talar eller skriver tillräckligt tydligt, om uppgifter å hans sida äro av nöden, kan ju också sägas *inbegripa* en vårdslös underlåtenhet att lämna vederbörliga uppgifter (se om de olika formerna av culpa in contrahendo nedan s. 112 f.).

Likvisst är av intresse att göra klart för sig, huruvida i dylika egenartade fall, där som sagt en kontrahent vid avtalet åsyftat att ge upplysningar men icke gjort det, kravet på vårdslöshet för att försäkringsanspråket skall ogillas verkligen kan upprätthållas. Hur skulle det ställt sig, om enligt dissidentens i HD antagande vårdslöshet beträffande förklaringshandlingen icke kunnat styrkas? Borde ej utgången ändock ha blivit densamma? Jo, det förefaller som om det för ett ogillande av försäkringstagarens talan bort räcka, att denne vid avtalet haft vetskap om att fråga var om pråmdelar, förstått denna omständighets betydelse för försäkringsgivaren och själv eftersträvat allenast »ett från sådan utgångspunkt meddelat försäkringsskydd». Ligger nämligen icke i en talan i strid mot vad försäkringstagaren själv avsett vid avtalets ingående ett obehörigt handlande »contra factum proprium»? Spörsmålet sammanhänger med den allmänt avtalsrättsliga frågan om behandlingen av de fall, där det visserligen icke kan läggas en kontrahent till last något obehörigt förfarande vid avtalsslutet men där omständigheterna äro sådana, att själva hävdandet — vid en senare tidpunkt — av ett krav, själva resandet av ett anspråk, innefattar en otillbörlighet. (Visserligen kan 33 § avtalslagen icke tillämpas i fall av dylik »dolus præsens», se SvJT 1933 s. 226—229.)

avsåg att för ifrågavarande tid låta honom åtnjuta ytterligare semester; plenimål).

I anslutning till 6 § 2 st. avtalslagen kunde vara av intresse att närmare ingå även på rättspraxis beträffande skyldigheten att reklamera gentemot i »bekräftelsebrev» resp. — en väsentligt annan sak! — i fakturor m.m. förekommande oriktiga uppgifter om innehållet i ett slutet avtal. Detta skulle emellertid här leda för långt. Se särskilt NJA 1909 s. 195, 1913 s. 315, 1930 s. 131, 1944 s. 174, 1946 s. 602, 1948 s. 283, jfr ock 1949 s. 87, 1953 s. 602.

c) Till komplettering av vad ovan sagts om huvudmannens skadeståndsansvar jämlikt negativa kontraktsintresset i anledning av en *muntlig fullmäktigs* uppträdande skulle ytterligare kunna frågas, om icke en på detta sätt begränsad skadeståndsskyldighet bör kunna drabba huvudmannen jämväl för det fall att en rättshandling blir ogiltig på grund av att en *skriftlig fullmakt* eller en *ställningsfullmakt* överskridits.[74] Några bärande skäl för denna tanke finnas dock knappast. Åtminstone om man bortser från fall, då huvudmannen velat i enlighet med fullmaktens ordalag men givit motparten-tredje man fog för en från ordalagen avvikande tolkning (jämför nyss ovan under *b*), gäller nämligen, icke blott att motparten-tredje man här aldrig kan vara godtroende i lagens mening (att han städse måste ha handlat kulpöst)[75] utan även att jämväl på detta område äger tillämpning vad förut under *a*) utvecklats om att ogiltighet på grund av culpa å motpartens sida icke kan inträda med mindre denne gjort sig skyldig till *större* culpa än den kontrahent, mot vilken skadeståndsyrkandet skulle riktas. Är nämligen den senares (huvudmannens) culpa av grövre art, måste den leda till fullmaktens giltighet.[76]

---

[74] Jfr Stang a.a. s. 411 not 11.

[75] Tredje man »bör» alltid, då han har en urkund eller annat jämförligt faktum att bygga på, ha insett fullmaktens innebörd eller omfattning; det måste bero på hans egen vårdslöshet, om rättshandlingen till följd av frånvaron av vederbörlig fullmakt blir ogiltig. (Härvid förutsättes naturligen, att fullmakten över huvud är giltig, sålunda icke ogiltig på grund av förfalskning, förvanskning under befordringen, utfärdarens omyndighet o. dyl.)

[76] Den omständigheten, att vid skriftlig fullmakts eller ställningsfullmakts överskridande någon skadeståndsrätt sålunda icke torde kunna tillerkännas tredje man mot *huvudmannen,* hindrar naturligtvis icke i och för sig, att tredje man trots sitt kulpösa beteende kan vara skadeståndsberätti-

3) Den tredje gruppen av fall, i vilka det kan diskuteras om icke en begränsad skadeståndsskyldighet för ifrågavarande ändamål bör erkännas, utgöres av dem där ett avtal är ogiltigt på grund av *formfel.* En kontrahent, som tillskyndas skada därför att han utgått från att ett icke formenligt upprättat avtal är giltigt, är visserligen i regel icke godtroende i egentlig mening; villfarelsen är ju vanligen en i och för sig oursäktlig rättsvillfarelse. Men han skulle ändock, med hänsyn till det sätt varpå andra parten förhållit sig beträffande formkravet, kunna anses vara rättsskyddsbehövande och av sådan orsak skadeståndsberättigad mot denne.

Detta synes först och främst vara händelsen, om vederbörande förfarit *svikligt* resp. i strid mot tro och heder. A förleder

---

gad mot *fullmäktigen* jämlikt 25 § avtalslagen (positiva intresset). Ty fullmäktigens culpa kan ju vara större än tredje mans utan att detta på förut skildrade grunder leder till rättshandlingens giltighet. En särskild fråga är emellertid, om skadeståndsrätt för tredje man i händelse av dennes culpa generellt är utesluten på grund av den uttryckliga, av Brækhus a.a. utförligt kommenterade regeln i andra stycket av 25 §, att vad som är stadgat om fullmäktigens skadeståndsansvar i första stycket icke skall äga tillämpning, om »tredje man bort inse, att . . . förefintlig fullmakt överskreds» (jfr NJA 1928 s. 609). En sådan tolkning av denna undantagsbestämmelse — varigenom huvudregeln i 25 § komme att för fall av överskridande av fullmakt sättas ur spelet vid de allra viktigaste fullmaktstyperna — står dock näppeligen i överensstämmelse med lagstiftarens mening. Åt bestämmelsen får förmodligen i stället givas ett tämligen snävt tillämpningsområde; alldeles särskilda förhållanden torde böra föreligga, för att tredje man enligt *detta* lagrum skall anses ha saknat god tro eller gjort sig skyldig till culpa. Det rör sig väl i huvudsak om sådana fall som *att* tredje man, på grund av tillgång till särskilda upplysningskällor, haft större möjligheter att bedöma fullmaktens räckvidd än fullmäktigen, *att* »fullmäktigen *överlämnat* åt tredje man att tolka fullmaktens omfattning» (svenska motiven; kurs. här), *eller att* (detta fall får kanske också tagas med) överskridandet av fullmakten varit uppenbart. — Om nu tredje man vid en skriftlig fullmakts eller ställningsfullmakts överskridande endast i dylika lägen går miste om sin rätt att av fullmäktigen få det positiva intresset ersatt, blir det tydligen sällan utrymme för ett fullmäktigens ansvar i enlighet med allenast det negativa kontraktsintresset (jfr ovan i texten s. 24). Dels har tredje man då icke ofta behov av nämnda begränsade skadeståndsrätt. Dels är skadeståndsrätten, i de fall där behovet på grund av bristande tillämplighet av 25 § avtalslagen ändock skulle föreligga, i allmänhet som lätt inses icke motiverad.

t.ex. med vetskap om formkravet den därom okunnige B, på vars hederlighet och vilja att uppfylla avtalet han icke tvivlar, att åsidosätta formen för att A sedermera skall ha fria händer att stå fast vid eller frånträda avtalet allt eftersom det passar honom. Att B här bör tillerkännas en skadeståndsrätt mot A (t.ex. för onyttiga kostnader i anledning av avtalet), synes väl motiverat; och någon jämkning av skadeståndsbeloppet i anledning av den culpa, som genom rättsvillfarelsen ligger B till last, bör naturligtvis icke ifrågakomma. I tysk rättspraxis har emellertid »Reichsgericht» gått än längre: B tillerkännes rätten att mot A:s åberopande av formfelet framställa en »Einrede» till sitt skydd (»exceptio doli generalis»), vilket praktiskt innebär ungefär detsamma som att avtalet trots formlösheten betraktas som giltigt.[77] En så radikal ståndpunkt, som materiellt är mycket tillfredsställande, överensstämmer emellertid knappast med hittills rådande rättsuppfattning i vårt land.[78] Ett annat uppmärksammat dolusfall är det, då A — utan att för B dölja formkravets existens — förleder honom att avstå från dess tillämpning under hänvisning till att formens iakttagande vore obehövligt på grund av att A som hederlig man även utan några juridiska garantier komme att »stå vid sitt ord» och därvid har enahanda svikliga syfte som nyss nämndes, alltså redan från början umgås med tankar på att eventuellt göra sig formfelaktigheten till godo.[79] Icke heller här synas några betänkligheter kunna anföras mot en skadeånds-

[77] Se närmare härom och om det i nästa stycke angående tysk rätt sagda Hildebrandt a.a. s. 177 ff. ävensom Entscheidungen d. Reichsgerichts in Zivilsachen Bd 153 s. 59.

[78] Hur långt man emellertid även i vårt land går i eliminerande av en formföreskrift, när dess tillämpning ur materiell synpunkt ter sig särskilt stötande, illustreras av de båda (med varandra sammanhängande) rättsfallen NJA 1935 s. 157 och 1938 s. 35. — Att ett formkrav vidare icke kan åberopas av den som falskeligen givit sig sken av att ha uppfyllt detsamma, får väl antagas; jfr NJA 1925 s. 206. — Enligt svensk rättspraxis gäller som bekant, att vid fastighetsköp muntligt avtal om högre köpeskilling än den i köpehandlingarna omnämnda är bindande (NJA 1921 s. 636; jfr även NJA 1937 s. 186). Möjligen är ett av motiven härtill hänsynen till det dolösa förfarande, som åberopandet av formkravet för undgående av ifrågavarande betalningsskyldighet tydligen utgör; jfr dock SvJT 1952 s. 792.

[79] Hildebrandt a.a. s. 216, jfr s. 177 not 31.

skyldighet för A, medförande åtminstone att B får sina utgifter o. dyl. för avtalet ersatta.

Tveksammare är, hur det ställer sig, om en kontrahent med hänsyn till formkravet gjort sig skyldig till ett förfarande, som kan betecknas som *kulpöst,* varvid skadeståndsansvar rimligen icke kan ifrågasättas, med mindre culpan är vida större än den som även andra parten, genom sin rättsvillfarelse eller eljest, gjort sig förvunnen till.[80] Även i dessa fall synes tysk rättspraxis benägen att, genom tillerkännande åt vederbörande av en »Einrede» mot formkravets åberopande, till en viss grad uppluckra ogiltigheten i fråga.[81] De lägen, som det här närmast kan vara tal om, äro väl dels de, där en kontrahent lämnat andra parten positivt felaktiga uppgifter om formens obehövlighet eller om formkravets innehåll, dels de, där en kontrahent underlåtit att tillhandahålla andra parten vederbörliga upplysningar i sagda avseende, fastän sådana kunnat av honom förväntas med hänsyn till hans uppträdande som speciellt sakkunnig på området. Betänkligheter mot ett skadeståndsansvar i dylika culpafall kunna emellertid givetvis yppas ur synpunkten av att man med detsamma riskerar ett försvagande av respektive formföreskrifters effektivitet. Möjligen bör man därför stanna vid deliktsteoriens resultat på området, d.v.s. inskränka skadeståndsskyldigheten till dolussituationerna. Skall man gå längre, torde i alla händelser vara påkallat att ej mindre iakttaga stor försiktighet vid fastställande av vad som skall utgöra en till ansvar förpliktande culpa än även medgiva jämkning av skadeståndsbeloppet i anseende till den skadelidandes egen (låt vara mindre) culpa.[82]

---

[80] Att vardera av parterna på grund av sin culpa skulle kunna förpliktas utgiva till den andre en jämkad ersättning för dennes skada, är visserligen ingen orimlig tanke. Men den torde alltför mycket strida mot härskande rättsåskådning på avtalsrättens område, för att det här skulle vara anledning att upptaga densamma till närmare undersökning.

[81] Resonemanget torde därvid vara det, att jämväl då en kontrahents skuld vid avtalets ingående blott består i en övervägande culpa, hans *åberopande* av det under sådana omständigheter tillkomna avtalet är så obehörigt, att det bör kunna gendrivas med en »exceptio doli generalis».

[82] Än vidare lärer av samma skäl *här* undantagslöst böra gälla, vad som visserligen även eljest är det normala (jfr ovan s. 17 not 12), att er-

Uteslutet vore till sist icke, att formföreskrifter, vilkas berättigande är mer eller mindre diskutabelt — såsom de från JB 1: 2 medelbart härledda reglerna, att varken ett (skriftligt) anbud om fastighetsförsäljning resp. en (skriftlig) utfästelse att framdeles avhända sig en fastighet eller en tidigare än säljarens formbundna viljeförklaring gjord förklaring om tillträde av köpet från *köparens* sida äger bindande verkan [83] — kunde på ifrågavarande väg få sin verkan reducerad (således av rent objektiva skäl, utan att någon dolus eller culpa hos vederbörande behövde åberopas). Vad svensk rättspraxis i detta hänseende beträffar har man dock allenast i ringa utsträckning belägg för att tanken på en uppmjukning av formkravet medelst en skadeståndsrätt i enlighet med det negativa kontraktsintresset uppmärksammats av domstolarna.[84] Exempelvis ställde man sig i rättsfallet NJA 1932 s. 290, där en fastighetsägare vägrat att vidbliva ett i skriftlig handling lämnat »fast anbud på köp» av fastigheten, helt avvisande till motpartens skadeståndskrav även i vad angick gottgörelse för direkta kostnader m.m., och i NJA 1940 s. 112 ansågs fastighetsägarens underlåtenhet att uppfylla en i köpekontrakt gjord utfästelse att överlåta fastigheten till viss (under medverkan av honom själv

sättningen endast omfattar direkt förlust i anledning av det strandade avtalet, icke gottgörelse för skada som tillskyndats vederbörande genom att möjligheten att sluta ett lika gynnsamt eller ännu gynnsammare avtal på annat håll bevisligen gått till spillo. Jfr Hildebrandt a.a. s. 216 (beträffande det senare av de båda i texten omnämnda dolusfallen).

[83] Se min recension i SvJT 1937 s. 391, 394 f.

[84] Det må här även erinras om det undantag, som formregeln vid *arrende* vidkännes genom det för övrigt på en egendomlig konstruktion vilande stadgandet i andra stycket av 2: 1 nyttjanderättslagen, enligt vilket en arrendator som formlöst övertagit fastigheten till brukande, under viss förutsättning äger, i stället för att tillgodogöra sig nyttjanderätten in natura, skadeståndsrätt mot jordägaren (bestämmelsen kritiserades på sin tid hårt av lagrådets ledamöter, NJA II 1944 s. 167 ff., se ock rörande de många oklarheterna och bristfälligheterna i 1944 års arrendelagstiftning i övrigt lagrådet a.st. s. 187, 214, 224 f. samt NJA 1949 s. 1). Stadgandet har emellertid endast indirekt betydelse för vårt ämne, enär sagda skadeståndsrätt avser icke det negativa utan det positiva intresset; sedan fastigheten övertagits till brukande, är det formlösa arrendeavtalet alltså icke längre, enligt den i doktrinen härskande och ovan godtagna terminologin, »ogiltigt».

bildad) juridisk person icke ge upphov till ens en dylik kostnadsersättning för motparten, liksom i rättsfallet NJA 1923 s. 316 en person, vilken å frivillig fastighetsauktion avgivit högsta budet som klubbfästs men sedan icke velat stå vid detsamma utan vägrat underskriva auktionsprotokoll och köpekontrakt, undgick varje skadeståndsskyldighet, även en till det negativa kontraktsintresset begränsad sådan.[85] Ett par rättsfall, NJA 1903 s. 148 och 1926 s. 336, skulle kanske dock kunna åberopas för den motsatta inställningen. Rättsfallen, vilkas innebörd och räckvidd visserligen måste sägas vara oklar — deras beviskraft är alltså icke stor — ha föranlett Undén till uttalandet, att »de fall där en skadeståndstalan på senare tid i praxis godkänts synas vara sådana där en särskild förbindelse utfärdats, avseende skyldighet för löftesgivaren att utbetala ersättning för vissa kostnader eller eljest för direkt förlust, därest visst fastighetsköp ej komme till stånd».[86] Än ytterligare kan möjligen i någon mån åberopas rättsfallet NJA 1918 s. 624. Sedan å frivillig auktion en person inropat en fastighet, tillhörig ett konkursbo, under villkor bl.a. att konkursförvaltningen skulle äga rätt att under viss tid pröva avgivna anbud, har sedermera vederbörande syssloman i konkursen givit inroparen grundad anledning till antagande, att hans anbud vore att anse som i behörig ordning godkänt. När konkursförvaltningen ändock vägrade att genom utfärdande av en i laga form upprättad handling fullborda köpet, tillerkändes inroparen icke blott rätt att återfå den av honom erlagda köpeskillingen jämte ränta utan även rätt till ersättning för gjorda utlägg m.m. I målet var dock icke fråga om någon betalningsskyldighet för konkursboet utan för sysslomannen personligen.

4) Nästa grupp omfattar de fall, då ett till typen *realavtal* hänförligt avtal saknar giltighet, därför att tradition icke ägt

[85] En dissident ville utdöma visst skadestånd, på grund av utredningen i målet dock icke uppgående till mera än kostnaden för utlysande av ny auktion å fastigheten. — Att en *muntlig* utfästelse att sälja en fastighet till annan person icke föranleder ersättningsskyldighet ens avseende motpartens utgifter m.m., NJA 1929 s. 225, är naturligt.

[86] Undén, Svensk sakrätt, II:1, 3 uppl. 1951, s. 118, jfr *Lagberedningens* förslag till jordabalk I, 1947, s. 161. — Se närmare i hithörande ämne min uppsats i Festskrift för Ekeberg s. 302.

rum. Otidsenligheten av denna avtalstyp gör det naturligt att ifrågasätta, om icke en uppmjukning av kravet på tradition såsom betingelse för avtalets giltighet borde kunna ske sålunda, att en gåvogivare, en långivare enligt 11 kap. HB, en försträckningsgivare vid räntefri försträckning, en deponent eller pantsättare vid benefikt depositions- eller pantavtal o.s.v., vilken frånträder det av honom ingångna (men icke genom tradition fullbordade) avtalet, förpliktas gottgöra sin motpart det negativa kontraktsintresset.[87] Såvitt angår gåva (inklusive lån av lös sak) torde visserligen, om man bortser från det väl praktiskt knappast tänkbara fall att vederbörande förfarit svikligt, en dylik regel hittills vara tämligen okänd för svensk rättsuppfattning. Annorlunda i viss mån när det rör sig om räntefri försträckning (och övriga nyssnämnda avtal). T.o.m. den uppfattningen lärer icke sakna anhängare, att en utfästelse om en räntefri försträckning är *bindande,* när densamma föranlett kostnader för motparten eller eljest inverkat bestämmande på hans handlingssätt, liksom över huvud uppfattningarna om i vad mån man utanför gåvoinstitutet har anledning att tillämpa den med realavtalet förbundna rättstanken som bekant gå starkt isär. Och i alla händelser borde kunna påräknas viss resonans för att erkänna det befogade i ett ersättningsanspråk avseende det negativa kontraktsintresset.

En viss motsvarighet till nu berörda fall erbjuda på familjerättens område de lägen, då ett avtal icke blir bindande innan offentlig myndighet i anledning av avtalet vidtagit åtgärd eller eljest något särskilt faktum tillkommit.[88] Som exempel på denna som sagt för familjerätten karakteristiska — men understundom även inom förmögenhetsrätten förekommande[89] —

---

[87] Se beträffande deposition Hasselrot a.a. s. 143. Anses även vid onerös deposition deponenten äga, utan att drabbas av ansvar i mån av det positiva kontraktsintresset, före traditionen frigöra sig från förpliktelsen att uppfylla avtalet, är naturligen så mycket mera en skyldighet för honom att gottgöra det negativa intresset på sin plats.

[88] Se härom Björlings bekanta utredning i Nordiska Juriststämman, 1926, s. 53 ff.

[89] Jfr angående det fall att en stiftare av aktiebolag återkallar sin stiftarförklaring (före stiftelseurkundens mottagande av offentlig myndighet) RÅ 1913 nr 122.

ogiltighetsgrund må nämnas: ett avtal mellan makar om hemskillnad kan ensidigt ryggas intill lagakraftägande dom i hemskillnadsmålet föreligger (NJA 1931 s. 181), ett avtal mellan makar om vem som vid söndring i äktenskap skall ha vårdnaden om deras barn torde på samma sätt kunna ryggas intill dess beslut av rätten i vårdnadsfrågan meddelats, en överenskommelse om adoption kan icke anses bindande förrän rätten givit sitt tillstånd till adoptionen, ett avtal mellan hemskilda makar om sammanlevnadens återupptagande medför bundenhet först sedan sammanlevnaden faktiskt återupptagits.[90] Men under sådana förhållanden [91] kan, åtminstone om kulpöst förfarande må anses föreligga, behov uppstå av att ålägga den kontrahent, som ensidigt träder tillbaka från avtalet och därigenom tillskyndar motparten ekonomisk förlust, förpliktelsen att ersätta det negativa kontraktsintresset. Något principiellt hinder härför torde icke heller förefinnas, även om det med

[90] Se särskilt angående sistnämnda fall Björlings uttalande a.a. s. 61 överst.

Enligt 8: 12 GB är ett (formenligt) äktenskapsförord i regel icke »gällande» — ens makarna emellan — förrän det ingivits till rätten. Detta kunde synas innebära, att en make intill nämnda tidpunkt ensidigt ägde återkalla sin anslutning till detsamma, vilket skulle innefatta ett mera vidsträckt, av särskilda äktenskapsrättsliga hänsyn förestavat skydd mot förhastande vid avtalets ingående än enbart formkravet kunde skänka. En dylik tolkning synes dock icke ha varit åsyftad. Lagberedningen torde ha utgått ifrån att — i enlighet med vad som ansågs gälla i äldre rätt — den ene maken äger »utan hinder av den andres bestridande genom förordets ingivande till rätten trygga dess giltighet». (NJA II 1921 s. 139). I princip härmed överensstämmande torde vara avgörandet i NJA 1949 s. 427 (märk parternas gemensamma, om ock blott konkludenta återkallelse av förordet, vilken föregick det senare ingivandet till rätten).

[91] Frågan om verkan av ensidig återkallelse uppkommer vidare vid tillämpningen av reglerna i 6 kap. 4 och 5 §§ om makes samtycke till andre makens avhändelse eller pantsättning av egendom, som utgör den senares giftorättsgods. Kan ett på förhand givet samtycke godtyckligt tagas tillbaka, intill dess avtal med tredje man kommit till stånd? Svaret torde principiellt böra bli jakande (så åtminstone beträffande generellt samtycke Nial i SvJT 1936 s. 84). Däremot saknas väl tillräckligt stöd att antaga, att de antydda familjerättsliga hänsynen skulle föranleda, vad dispositioner över fast egendom beträffar, att jämväl en återkallelse som göres *efter* avtalet, före lagfartens eller inteckningens meddelande, är verksam och måste av domaren respekteras.

hänsyn till rättslägenas skiftande karaktär knappast låter sig göra att uppställa en generell regel i ämnet. På en särskild punkt har lagstiftaren ock varit inne på denna linje, nämligen så vitt angår *trolovningsinstitutet*. Ett avtal om trolovning skiljer sig visserligen från nyssnämnda familjerättsliga avtal därutinnan, att det alltid, även när det är som mest verksamt, saknar giltighet såtillvida, att något rättsligt krav på fullgörandet av detsamma i form av äktenskapets ingående resp. på ersättning av det positiva intresset icke kan framställas. Men just vid sådant förhållande är det märkligt, att lagstiftaren i stället låtit avtalet — bortsett från att detsamma även har verkan dels i arvs- och namnrättsligt, dels i kvasiarvsrättsligt hänseende (reglerna om trolovningsbarn ävensom 1: 6 GB) — ge upphov till ett visst skadeståndsansvar, i förmögenhetsrättsligt avseende begränsat till det negativa kontraktsintresset (1: 3 st. 2 GB), nämligen för det fall att vederbörande varit vållande till att trolovningen brytes.[92]

Är ett realavtal eller familjerättsligt avtal av angivet slag icke gällande, kan naturligen ännu mindre ett *anbud* om slutande av sådant avtal binda anbudsgivaren. Och även när avtalet medför bundenhet för kontrahenterna, är det på familjerättens område icke så säkert, att principen om anbudets oåterkallelighet (löftesteorien) är erkänd. Under sådana omständigheter kan här — i motsats till vad som i allmänhet gäller på

---

[92] Även på en annan punkt har trolovningsinstitutet i detta sammanhang ett åtminstone teoretiskt intresse. Man kan fråga sig, om omförmälda begränsade skadeståndsskyldighet inträder (till förmån för en godtroende medkontrahent), då vid avtalets tillkomst förelupit ett fel, som enligt särskilda familjerättsliga regler skulle föranleda, att en trolovning i lagens mening icke anses vara för handen. Se härom — för det fall att trolovningens felaktighet består däri att endera kontrahenten vid trolovningstidpunkten var gift med annan person eller att det mellan kontrahenterna förelåg ett upplösande äktenskapshinder — lagrådets yttrande under förarbetena till 1915 års lagstiftning om äktenskaps ingående och upplösning (NJA II 1916 s. 15): »Så lärer t.ex. av allmänna rättsgrundsatser beträffande avtal följa, att vad som uttryckligen stadgas om den, som huvudsakligen bär skulden till att en trolovning brytes, även blir att tillämpa på den, som med vetskap om rätta sammanhanget med en godtroende person ingår trolovningsavtal i strid mot hinder, varom förut talats.» Alltså ett principuttalande om verkan av dolus in contrahendo.

det förmögenhetsrättsliga området — spörsmålet om anbudsgivarens plikt att vid sin ensidiga återkallelse av anbudet gottgöra anbudstagaren det negativa kontraktsintresset bli aktuellt.[93]

5) Ytterligare en ogiltighetsgrund, som i förevarande sammanhang kan komma i betraktande, är slutligen den, att avtalet har sådant *innehåll,* att dess ingående är genom lagstiftningen — vanligen av mer eller mindre offentligrättsliga skäl — förbjudet; se t.ex. reglerna i 1916 års lag om vissa inskränk-

---

[93] Jfr Björling a.a. s. 63 not 4, enligt vilken anbud om trolovning medför enahanda förpliktelse att gälda det negativa kontraktsintresset som ett slutet trolovningsavtal.

Motsvarande frågeställning skulle, såsom ovan i not 13 framhållits, inom förmögenhetsrätten kunna uppkomma i de fall då en förklaring, som reellt sett utgör ett anbud om slutande av avtal, icke är bindande på grund av att den enligt vår rätt konstrueras som blott uppfordran till anbud. Än vidare kan en ansvarighet på grund av i och för sig alls icke bindande avtalsförhandlingar ha fog för sig, när vederbörande från början icke reflekterat på ett avtalsslut utan med förhandlingarna endast fullföljt syftet att uppehålla motparten l. dyl. och skada för denne härigenom uppkommit. På liknande sätt ställer det sig, om avtal slutits med förbehåll för tredje mans (t.ex. en offentlig myndighets) godkännande och kontrahenten från början haft sig bekant, att något godkännande icke kan erhållas (jfr Hildebrandt a.a. s. 109 not 85 b, 217). Huruvida icke blott i dylika doluslägen utan även i motsvarande fall av culpa skadeståndsskyldighet må kunna antagas, är däremot ovisst. Märk ytterligare i detta sammanhang Brækhus' uttalande (TfR 1947 s. 528 not 41, med hänvisning till Ussing, Aftaler s. 65), att en kontrahent, som uppträtt obehörigt vid kontraktsförhandlingarna, kan göras ansvarig i enlighet med det negativa intresset, jfr ock Arnholm, Alminnelig avtalerett s. 165. — Det må tilläggas, att om en kontrahent, då avtalet slutits med förbehåll för tredje mans godkännande, får anses ha förpliktat sig att söka utverka sådant, han givetvis kan drabbas av skadeståndsskyldighet (positiva intresset), om han undandrager sig den utlovade medhjälpen. Under vissa förhållanden torde en motsvarande förpliktelse även kunna åvila en fullmäktig, legal ställföreträdare eller annan mellanhand, när rättshandlingens giltighet är betingad av huvudmannens eller en offentlig myndighets godkännande; se det redan i annat sammanhang omnämnda rättsfallet NJA 1918 s. 624. Jfr vidare angående det fall, att en förmyndare, som med tredje man å en omyndigs vägnar slutit ett avtal, vartill överförmyndarens eller rättens samtycke måste inhämtas, undandrager sig att söka dylikt samtycke eller återkallar redan gjord ansökan om samtycke — av skäl som icke sammanhänga med hans skyldighet att tillvarataga den omyndiges intressen — Stenbeck & Lindhagens kommentar till förmynderskapslagen s. 174.

ningar i rätten att förvärva fast egendom eller gruva eller aktier i vissa bolag. Frågan om innebörden av dylik ogiltighet och om det skadeståndsansvar för ett förfarande in contrahendo, som här kan uppstå, utredes närmare av N i a l i hans avhandling »Om förvärv i strid mot legala förbud», i Tidsskrift for Rettsvidenskap 1936; till denna skall här omedelbart anknytas.

Såsom förf. framhåller, måste i nu avsedda lägen ogiltighetspåföljden ofta komma att medföra synnerligen hårda konsekvenser, jfr t.ex. SvJT 1952 s. 847, och konsekvenser som delvis icke framstå som direkt betingade av det ändamål som ogiltigheten fullföljer. Vad det förra beträffar märkes, att den av ogiltigheten följande förpliktelsen att restituera mottagen egendom föranleder, att en efter avtalet inträdd stegring av egendomens värde blir till överlåtarens förmån, i det han får igen en sak som är mera värd än det vederlag han skall återbära, medan på samma sätt en värdeminskning blir till förvärvarens fördel. Detta är särskilt betänkligt därför att ogiltigheten här icke så lätt begränsas, såsom vid ogiltighet på rent privaträttsliga grunder i stor utsträckning sker, genom möjligheten att i förekommande fall laborera med en tyst ratihabition såsom läkningsgrund; även utvägen att försvaga ogiltigheten genom att för dess inträde kräva reaktion från någondera kontrahentens sida inom skälig tid är med hänsyn till de allmänna intressen som här göra sig gällande mera svårframkomlig än eljest.[94] Och vad det senare beträffar kan med visst fog sägas, att de ifrågavarande förbuden i allmänhet icke omedelbart avse att betaga parterna möjligheten att ådraga sig obligationsrättsliga förpliktelser; enligt t.ex. 1916 års lag går ju lagstiftarens intresse i och för sig allenast ut på att den åsyftade egendomen icke skall komma i utländska eller eljest misstänkta subjekts händer. — Klart är då till en början, att den omständigheten att en förpliktelse att fullgöra avtalet in natura är utesluten icke utgör något hinder för att till undvikande av obilliga konsekvenser av den art som nyss berördes ålägga den ene kontrahenten ett skadeståndsansvar mot den andre. Ja man kan med allt skäl, såsom förf. ock gör, diskutera, om icke skadeståndsansvar rent av bör erkännas i

[94] Se emellertid NJA 1931 s. 667, 1941 s. 457, som kommenteras i SvJT 1944 s. 410 f., jfr även 1931 s. 317 samt 1949 s. 571 (minoriteten i HD).

den utsträckningen, att avtalet ekonomiskt sett gäller mellan kontrahenterna, d.v.s. att man anser »parterna bundna av avtalets ekonomiska resultat, så att säljarens återbetalningsskyldighet ställes i förhållande till egendomens värde vid avtalets återgång». Om någon verklig ogiltighet vore det ju då, när allt kommer omkring, knappast tal. Men även om man i likhet med Nial vägrar att gå så långt — och betänkligheter mot denna lagtolkning kunna framföras särskilt ur synpunkten av att förbudsreglernas preventiva funktion därigenom kunde äventyras — är uppenbart, att det här mer än i allmänhet eljest kan vara angeläget att genom ett skadeståndsansvar avseende det *negativa* kontraktsintresset uppmjuka ogiltighetspåföljden i fråga. En kontrahent, som handlat dolöst (straffbart eller icke) bör naturligen, i överensstämmelse med vad ovan sagts beträffande läget vid formfel, vara på detta sätt skadeståndspliktig gentemot sin motpart. Och ytterligare »torde skadeståndsansvar kunna uppstå för den som förorsakar den andre skada genom kulpös underlåtenhet att vid avtalets ingående påpeka förbudet och dess tillämplighet på transaktionen»[95] resp. skadar honom genom annat kulpöst beteende, såsom lämnande av oriktiga uppgifter l. dyl. Att stanna vid deliktsteoriens resultat synes nämligen av antydda skäl vida mindre påkallat än i formfelsfallen. Då nu vanligen även motparten på grund av sin rättsvillfarelse gjort sig skyldig till culpa, torde — på sätt likaledes ovan sagts om fall av formfel — böra antagas, att skadeståndsansvar dock icke inträder med mindre den ifrågavarande kontrahentens culpa kan sägas vara av allvarligare natur än hans motparts, samt att jämkning av det till honom utgående skadeståndsbeloppet kan vara på sin plats.

---

[95] Nial s. 19.

OM VERKAN AV FÖRUTSÄTTNINGSFEL VID AVTALS INGÅENDE I FALL AV DOLUS ELLER CULPA IN CONTRAHENDO Å MOTPARTENS SIDA

INOM DEN allmänna avtalsrätten utgör som bekant den s.k. förutsättningsläran en svårbearbetad materia. De resultat, vartill man inom doktrinen, efter åtskilliga ansträngningar på området, kommit, äro skäligen blygsamma, och det kan just icke påstås, att framstegen i rättspraxis äro mycket större. Utsikterna att erhålla någon mera generell lösning av förutsättningsspörsmålen förefalla vid det här laget mörka. Den »subjektiva» förutsättningslärans (L a s s e n s) relativt enkla schema rörande betingelserna för att en oriktig eller bristande förutsättning skall anses relevant står sig vid närmare granskning — mera generellt sett — icke, därom äro väl numera de flesta ense, och några riktlinjer av mera allmängiltig räckvidd ha »objektivisterna» (U s s i n g m.fl.) knappast kunnat sätta i stället.

I *ett* avseende ligger det emellertid nära till hands att hävda — och har även av vissa författare hävdats — att möjligheter erbjuda sig att inom förutsättningsläran skapa mera enhetliga och översiktliga regler. Det skulle kunna göras gällande, att oberoende av om en oriktig förutsättning i och för sig bör, på den ena eller andra grunden, tillerkännas eller frånkännas rättslig betydelse, densamma likvisst måste vara relevant, därest *motparten* till den från förutsättningen utgående kontrahenten (denne senare i det följande kallad »förutsättningskontrahenten» eller »den handlande») förhållit sig på visst sätt vid avtalets tillkomst. Och härvid tänker man inom doktrinen såväl på fall av dolus eller culpa in contrahendo å motpartens sida — denne har insett eller bort inse det viljefel, som i förutsättningshänseende vidlåder den handlandes viljeförklaring — som ock på fall, där motparten »framkallat» den felaktiga förutsättningen, »garanterat» eller »får anses ha garanterat» förutsättningens riktighet o.s.v. Dessa fall skulle alltså kunna utbrytas till en särskild behandling inom förutsättningsläran. Avtalet

skulle bli ogiltigt, och eventuellt skulle även skadeståndsansvar för motparten inträda, oaktat man eljest med stöd av allmänna överväganden eller speciella förutsättningsregler måste ställa sig avvisande till tanken att tillerkänna förutsättningen relevans — eller annorlunda uttryckt: oaktat förutsättningen icke på »objektiva grunder»[1] förtjänar beaktande.

[1] Vid bedömandet av om en förutsättning bör på dylika objektiva grunder anses relevant eller ej måste uppenbarligen — på sätt underströks redan i första upplagan av detta arbete — övervägas *dels* vad som typiskt innebär ett lämpligt avgörande beträffande riskfördelningen *dels* vad som må vara påkallat med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet. Att även det senare förtjänar beaktande utgör väl den riktiga kärnan i den som sådan ohållbara s.k. subjektiva förutsättningsteorin. För övrigt kan det ifrågasättas, om ej det för nämnda teori karakteristiska tankeexperimentet, huruvida motparten, därest den handlande bragt möjligheten av förutsättningens felaktighet på tal, in casu skulle ha godtagit ett förbehåll om att förutsättningens riktighet utgör villkor för rättshandlingens bestånd, under viss betingelse ändock har något värde. Man skulle nämligen då icke anse avgörande, huruvida motparten över huvud kan antagas ha samtyckt till förbehållet eller ej — det skulle han kanske ha gjort helt enkelt därför, att han ansåg förbehållets berättigande överensstämma med gällande rätt — utan huruvida han skulle ha samtyckt till förbehållet, därest han tillika tänkes ha haft klart för sig, att risken i avsaknad av förbehåll icke vilade på honom utan på förutsättningskontrahenten själv. *Denna* hypotetiska vilja bör måhända beaktas, i viss analogi med en från en dispositiv rättsregel avvikande viljeförklaring. (Tag skolexemplet om ämbetsmannen, som förhyr en lägenhet på annan ort i avvaktan på en förestående men sedermera utebliven utnämning. Jfr å ena sidan det fall att det rör sig om en vanlig hyresvärd, å andra sidan det fall att hyresvärden är en kollega och god vän till ämbetsmannen, för vilken motivet att göra denne en tjänst med lägenhetens tillhandahållande in casu spelade stor roll.)

I uttrycket relevans »på objektiva grunder» inlägges alltså icke utan vidare, att förutsättningen är relevant därför att den *typiskt* förtjänar avseende; även individuella relevansgrunder komma i betraktande. Ej heller bestrides naturligen, att även i de »objektiva relevansfallen», sc. andra fall än dem där motpartens obehöriga eller eljes speciella uppträdande skulle fälla utslaget, dennes subjektiva inställning spelar en roll såtillvida, som merendels för en förutsättnings rättsliga betydelse kräves att motparten haft eller bort ha vetskap om själva *förhandenvaron* av förutsättningen.

I samband med vad nyss sagts om den subjektiva förutsättningsläran må här erinras om att Guldberg nyligen i en fascinerande uppsats i SvJT 1953 s. 1 framfört synpunkter, som väl i realiteten måste sägas innebära en anslutning till nämnda teori — se särskilt s. 9: »Den ena parten skulle» etc. — oaktat förf. formellt tager avstånd från teorin »åtminstone i ren-

I det följande avses nu närmast att ägna en undersökning åt frågan om den inverkan motpartens *dolus* eller *culpa in contrahendo* utövar i sagda hänseende, och närmare bestämt

---

odlad form». Guldberg anser nämligen, att man i avsaknad av lagstöd av det ena eller andra slaget kan i det hela komma till rätta med förutsättningsspörsmålen genom en »tolkningen närstående utfyllnad av avtalet»; det skulle icke röra sig »om något som helt och hållet ligger inom motivsfären utan om innehållet av själva avtalet». Tankegången, som är besläktad med Oertmanns lära om »Geschäftsgrundlage» (se SvJT 1952 s. 258), kunde vid första påseende synas innefatta en motsägelse. Antingen, säger man kanske, ha kontrahenterna åtminstone konkludent tagit ställning till den ifrågavarande eventualiteten; då har man att göra med tolkning i vedertagen trängre bemärkelse. Eller också ha de icke gjort detta utan domaren måste komplettera avtalet; i så fall kan man icke längre tala om avtalsinnehåll utan befinner sig utanför avtalet. Resonemanget blir dock motsägelsefritt, om man översätter Guldbergs uttalanden till att motsvara vad ovan sagts därom, att en förutsättnings relevans i viss utsträckning måste bedömas med blicken närmast fäst på det enskilda fallets säregna beskaffenhet, på omständigheterna in casu. Med andra ord: utfyllnad behöver icke nödvändigt ske i överensstämmelse med de grundsatser, som gälla då man i brist på lagstöd söker finna en för *typlägena* avpassad lösning, alltså en regel lämpad som rättsregel. Utan den kan också ske med utgångspunkt från den individuella situation, varpå just det föreliggande avtalet ger anvisning. Alltså en »i avtalets anda» företagen utfyllnad, även om en sådan generellt skulle vara olämplig nog, jfr den av Rodhe i SvJT 1951 s. 589 f. anmärkta ADD 1946 nr 66 (där det heter att avgörande bör vara, i fall som vid avfattandet av en viss avtalsbestämmelse icke kunnat förutses, vad bestämmelsen »enligt sin andemening vill uppnå»). En dylik utfyllnad kan vara så mycket mera försvarlig, som skiljelinjen mellan vad som blott förutsättes och vad som uttryckes eller förklaras blir, när viljeuttrycket eller förklaringen endast är konkludent, i många situationer suddig. Däremot är det svårare att följa Guldberg, då denne, likt andra »subjektivister», anser sig på nämnda väg — och med hjälp dessutom av förekommande lagregler, däribland generalklausuler av typen 33 § avtalslagen — kunna bemästra huvudparten av förutsättningsfallen. Ty även om man blundar för att dylika klausuler ha ett tämligen omtvistligt värde, torde det återstående området vara mycket stort och betydelsefullt. I talrika fall, där förutsättningsspörsmål dyka upp, lärer det riktiga vara att eftersträva en typisk och mera generell lösning av vederbörande rättskonflikt. Att här falla tillbaka på »avtalets anda» innebär endast ett beslöjande av de hänsyn av mera allmängiltig räckvidd, som vid ställningstagandet i fråga böra fälla utslaget; jfr i detta sammanhang redan Wilhelm Sjögren i TfR 1916 s. 357—360. Det må dock medgivas *såväl* att erfarenheten visat att Guldbergs varningar mot ett överdrivet ut-

en i form av *underlåtenhet* föreliggande dolus eller culpa. Vissa mera allmänt orienterande uttalanden skola dock göras även om de fall, då rättsgrunden för avtalets ogiltighet och för skadeståndsansvaret sökes i motpartens garanti eller annat därmed jämförligt beteende in contrahendo, resp. i en genom positivt handlande uttryckt dolus eller culpa. Jämväl i förstnämnda avseende har för övrigt framställningen mera till uppgift att från den svenska rättens utgångspunkt ge en närmare inblick i det vanskliga ämnet än att fixera bestämda rättsregler på området.

Som synes rör det sig i det hela allenast om verkan av *oriktiga* förutsättningar (=villfarelser i bevekelsegrunderna, motivvillfarelser),[2] icke om *bristande* förutsättningar. Förhållandena skola alltså redan vid avtalets tillkomst ha varit andra än den handlande utgått ifrån — så att han kan sägas ha begått ett *misstag* — och icke först i framtiden utveckla sig på ett mot hans antaganden stridande sätt. Helt undantagslöst skall dock denna begränsning icke upprätthållas, varom vidare nedan. I första hand knyter sig intresset, såsom antytts, till frågan om avtalets ogiltighet eller återgång, varvid visserligen icke uteslutande men dock i främsta rummet den *totala* ogiltigheten åsyftas. Men även frågan om motpartens skadeståndsansvar, vilken för övrigt inom förutsättningsläran föga behandlats, förtjänar uppmärksamhet och skall i viss utsträckning beröras.

---

nyttjande av förutsättningssynpunkterna äro befogade, jfr t.ex. NJA 1952 s. 352 (hovrätten), *som ock* att det icke alltid kan begäras av domstolarna — men väl i stor utsträckning av doktrinen — att man omedelbart skall vara beredd att utforma förutsättningsregler av nöjaktig typicitet; man får ofta, tills vidare, begränsa sig till att döma i det konkreta avtalets »anda».

[2] I överensstämmelse med gängse terminologi användas sålunda uttrycken »oriktig förutsättning» och »misstag i bevekelsegrunderna» (error in motivis) som synonymer. Strängt taget är visserligen denna terminologi vilseledande. Ty det är klart, att icke varje förutsättning, från vilken en person utgår vid företagande av en rättshandling, utgör ett hans motiv för rättshandlingen. Understundom leder också nämnda terminologi till otydligheter. När man t.ex. såsom Ussing, Bristende Forudsætninger, 1918, s. 182, uppställer en särregel för det fall att bägge parterna äro bestämda av *samma* förutsättning, menas förmodligen, att regeln blott skall gälla för den händelse de besjälas av samma *motiv*.

I.

A. Dolus.

Om man frågar efter betingelserna för att en kontrahent, som vid slutande av ett avtal utgår från en felaktig förutsättning, skall äga rygga avtalet och kräva skadestånd av sin motpart, kan man lämpligen taga som utgångspunkt den klassiska rättsregeln, att om motparten gjort sig skyldig till svikligt, i och för sig *straffbart* beteende, avtalet blir ogiltigt och förutsättningskontrahenten får skadeståndsrätt. Att ogiltighet i sådana fall inträder, fastslås som bekant i 30 § avtalslagen. Däremot förekommer visserligen icke något stadgande om skadeståndsplikt i avtalslagen, lika litet som nämnda lag upptager regler om att den som utövat rättsstridigt tvång, gjort sig skyldig till ocker o.s.v. blir ansvarig i skadeståndshänseende. Men anledningen är allenast den, att lagstiftaren — i likhet med högsta domstolen vid granskningen av motsvarande bestämmelse i nya lagberedningens år 1894 avgivna förslag till köplag — ansett att förhandenvaron av skadeståndsskyldighet i dylika fall vore så självklar, att något lagfästande av densamma icke erfordrades.[3] Det är den naturligtvis också. Även de som eljest äro mest återhållsamma när det gäller att erkänna skadeståndsansvar för en kontrahent med anledning av ett dennes beteende in contrahendo bruka icke hysa några betänkligheter, om beteendet utgör ett delikt (deliktsteorien).[4] Dessutom förekommer på ett viktigt specialområde en uttrycklig föreskrift i ämnet. Enligt 42 § 2 st. köplagen är en säljare, som föryttrat bestämt gods, vari finnes fel, och som gjort sig skyldig till svikligt förfarande, pliktig att ersätta köparen dennes skada. Lagbudet avser ostridigt icke blott ett vid avtalets uppfyllelse utan även ett vid dess tillkomst förövat svek och utgör sålunda ett komplement till 30 § avtalslagen. Av samma lagbud följer därjämte — vilket kanske icke är lika självklart — att skadeståndsskyldigheten skall bestämmas efter det positiva, icke blott det negativa kontraktsintresset. En ytterligare lagbestäm-

[3] NJA II 1915 s. 239, 243, 247; NJA II 1901 nr 1 s. 52 ff.

[4] Jfr ovan inledningen till första avhandlingen i detta arbete. Se i rättspraxis t.ex. NJA 1936 s. 527 och 744, SvJT 1947 rf. s. 20.

melse, av familjerättsligt innehåll, som i detta sammanhang kan komma i betraktande, är 10: 6 st. 2 GB, jämförd med 10: 3 mom. 4.[5]

Allmänt erkänt är emellertid, att jämväl annan dolus än den med vilken straffpåföljd är förknippad kan medföra avtalets ogiltighet och skadeståndsansvar för förutsättningskontrahentens motpart. Det åtminstone *kan* vara så, att en »civil» dolus härvidlag bör samordnas med den deliktuella.[6] Att avtalet blir ogiltigt i sådana fall, där motpartens beteende visserligen icke är straffbart men ändock innefattar ett av rättsordningen som obehörigt ansett förledande genom oriktiga positiva uppgifter till avtalets ingående, resp. ett obehörigt förtigande av betydelsefulla omständigheter i uppsåt att icke genom upplysningars lämnande avhålla vederbörande från avtalsslutet, framgår ju ock av den välbekanta 33 § avtalslagen. Och några rimliga skäl torde ej kunna uppbringas, varför icke den förfördelade jämväl skulle ha rätt till skadestånd av sin motpart, i enlighet med det positiva kontraktsintresset.

Härmed är dock ännu icke utsagt, att *varje* civil dolus har de angivna rättsverkningarna i släptåg — att varje civil dolus av rättsordningen betraktas som »obehörig». Dolusbegreppet tages då, särskilt med tanke på fall av underlåtenhet, i följande bemärkelse. För att motparten skall med hänsyn till den handlandes oriktiga förutsättning eller motivvillfarelse anses ha förfarit dolöst, måste dessa betingelser vara uppfyllda: 1) han skall ha insett förutsättningens *förhandenvaro* och *oriktighet* (villfarelsens existens); 2) han skall ha insett förutsättningens *väsentlighet*; 3) han skall uppsåtligt hava underlåtit företaga det handlande, som för villfarelsens undanröjande varit av nöden. Man kan också uttrycka detta så, att motparten skall icke blott ha haft klart för sig den handlandes villfarelse

---

[5] »Återgång» av ett äktenskap gör ju visserligen, enligt den till grund för giftermålsbalken liggande konstruktionen, äktenskapet icke ogiltigt. Men kvar står, att *vissa* för ogiltighet karakteristiska rättsverkningar — och mycket betydelsefulla sådana — inträda; se särskilt 10: 5 GB.

[6] Sannolikt får man numera principiellt anse civil dolus inbegripen under de stadganden i köplagen, nyttjanderättslagen och andra lagar, som omtala svikligt förfarande (se i köplagen 42 §, 47 § in fine, 53—54 §§).

utan även ha bestämts av uppsåtet att ej genom upplysningars lämnande föranleda avtalets inhiberande.[7] Spörsmålet gäller alltså, om detta städse är tillräckligt för att medföra avtalets återgång och skadeståndsskyldighet för motparten. Härom nedan under II.

Så långt beträffande *dolus* å motpartens sida. I övrigt må skiljas mellan de fall, då ogiltighets- eller skadeståndspåföljd skulle grundas på ett motpartens *positiva* beteende, och de fall, då samma påföljd skulle uppkomma i anledning av hans *passivitet,* hans underlåtenhet att före avtalsslutet genom upplysningars lämnande taga förutsättningskontrahenten ur dennes villfarelse.

B. **Positivt beteende** (som icke är dolöst).

a) *Garanti i egentlig bemärkelse.*

Först skulle man kunna tänka på de fall, då motparten vid avtalets ingående avgivit till förutsättningskontrahenten en verklig (uttrycklig eller konkludent, men icke fingerad) *utfästelse* om beskaffenheten av ett visst sakförhållande — alltså förbundit sig att svara för att en av honom lämnad uppgift överensstämmer med verkligheten — och det sedan visar sig, att sakläget vid avtalstidpunkten icke var, och icke heller sedermera kan bli, sådant som det utfästa. Dessa fall av »garanti i egentlig bemärkelse» böra emellertid principiellt utskiljas från det i förevarande uppsats behandlade ämnet. Ty här rör det sig ju i realiteten icke om verkan av en oriktig *förutsättning.* Vad som föreligger är fastmera bristande uppfyllelse av ett *kontraktsmässigt* åtagande, låt vara att kontraktsbrottet här är givet redan från början, i och med tillkomsten av ett avtal av ifrågavarande innehåll, och följaktligen icke uppkommer först genom ett senare handlande eller underlåtande å gäldenärens sida. Beträffande frågan om betingelserna för skadeståndsansvar i förevarande läge skall därför endast i förbigående en anmärk-

---

[7] Från det speciella fall, att s.k. dolus eventualis föreligger, bortses här. Se Rodhe i SvJT 1946 s. 29.

ning göras. Det plägar ofta antagas, att om över huvud en person förklarat sig stå inne för riktigheten av ett visst uppgivet sakförhållande, förklaringen tillika innesluter ett åtagande av »garantiansvar» i mening av en *oberoende av culpa* inträdande skadeståndsskyldighet, en strikt skadeståndsskyldighet, i händelse sakläget skulle vara ett annat än det tillförsäkrade. Det berättigade i denna slutsats kan dock icke inses. Att en person iklätt sig en förbindelse beträffande förhandenvaron av ett visst förhållande, är *en* sak; en *annan* är, om den skadeståndsrättsliga sanktion, som ingriper vid förbindelsens åsidosättande, skall vara av starkare eller svagare, av mera ovillkorlig eller mera villkorlig beskaffenhet. Över det senare bestämmer rättsordningen, och det kan näppeligen utan fiktion antagas, att den åsyftade viljeförklaringen själv ger vägledning härutinnan på det sätt att man i densamma städse eller i allmänhet tolkningsvis må kunna inlägga en utfästelse till strikt skadeståndsansvar. Den eventuella invändningen, att en förbindelse att svara för lämnade uppgifters riktighet vore meningslös, om icke förbindelsen tillika innebure åtagande av ett garantiansvar i mening av en ovillkorlig skadeståndsskyldighet, torde sakna bärkraft. Ty det är ändock en betydelsefull effekt av berörda förbindelse att det är fastslaget, att dess avgivare rättsligt häftar, står inne för uppgifternas riktighet, att desamma alltså ej äro att hänföra till de blott »enuntiativa» yttranden o. dyl., som icke framträda som en förklaring om åtagande av *bundenhet* och vilkas rättsliga relevans i allt fall kan vara tvivelaktig (se nedan). Frågan huruvida upphovsmannen till en garanti i egentlig mening har att i skadeståndshänseende svara oberoende av culpa eller strikt bör därför icke på förhand anses avgjord utan liksom när det gäller verkan av annan bristande kontraktsuppfyllelse bedömas allt efter kontraktstypens eller lägets egenart.[8]

---

[8] Culpabegränsningen har i rättspraxis upprätthållits i fråga om ansvarighet för oriktigt vederhäftighetsbevis (NJA 1880 s. 231, 1890 s. 286, 1941 s. 150, ej annan slutsats av NJA 1893 s. 26) samt för felaktigt intyg styrkande äktheten av namnteckning: NJA 1897 s. 102 (hovr. och 2 just.r.), 1901 s. 129 (bevittnandet var uppenbarligen kulpöst), 1922 s. 260, 1930 s. 149, 1939 s. 360. Jfr vidare NJA 1947 s. 21 (soliditetsupplysning). — Gentemot

Fastän sålunda de nu berörda fallen av garanti i egentlig mening icke ha någon direkt betydelse för vårt ämne, äro de indirekt av största intresse för detsamma. Det förefinnes nämligen, såsom strax skall beröras, en utbredd tendens att som dylika garantifall uppfatta jämväl sådana situationer, i vilka det icke gärna kan hävdas, att motparten avgivit någon som helst (ens en konkludent) garantiförklaring — med andra ord: i vilka blott den handlandes *förutsättning* slagit fel men som ändock konstrueras så att han äger åberopa ett av motparten gjort garantiåtagande. Gränsen mellan ifrågavarande garantifall och förutsättningsfallen är ofta också ganska vag. Följden av denna konstruktion blir alltså, i enlighet med det nyss sagda, en beredvillighet att utan vidare statuera ett strikt skadeståndsansvar.

Ett lagrum, vari fastslås skadeståndsansvar för fall av garanti i egentlig mening, är 2: 25 nyttjanderättslagen (uppgift om fastighets ägovidd i skriftligt arrendekontrakt). Vidare är det tydligt, att under 42 § 2 st. köplagen, som ålägger en säljare av bestämt gods skadeståndsskyldighet, när godset saknar »tillförsäkrad» egenskap, i alla händelser inbegripas fall av dylik garanti. Skadeståndsansvaret inträder enligt dessa stadganden oberoende av culpa.[9]

Ussings invändningar i SvJT 1942 s. 145 mot mitt åberopande i detta sammanhang av rättspraxis beträffande vederhäftighetsbevis m.m. må genmälas, att ett kontraktsförhållande väl måste sägas uppkomma mellan den som på anmodan avgiver dylikt bevis eller intyg och den som mottager detsamma, samt att det är svårt att förstå, att icke en förklaring av ifrågavarande art skulle kunna uppfattas så, att vederbörande åtager sig en *bundenhet* på det för viljeförklaringar karakteristiska sättet (skulle det i stället blott röra sig om yttranden av enuntiativ karaktär?). Däremot är det tydligt, att å den förklarandes sida icke föreligger någon »indestaaelse» i den meningen, att han ikläder sig ett obetingat ansvar för riktigheten av vad han sagt. Men det är just detta jag gjort gällande: att man ur en bundenhetsförklaring i och för sig icke kan härleda strikt ansvar såsom av den förklarande åtaget.

[9] Motiven till 2: 25 nyttjanderättslagen utvisa klart, att strikt skadeståndsansvar ansetts logiskt följa av garantiutfästelsen som sådan; se NJA II 1908 nr 5: 1 s. 82.

b) *Positivt uppträdande av »enuntiativ» natur: culpaansvar och strikt ansvar.*

Vi övergå härefter till de fall, då motparten genom ett särskilt positivt uppträdande,[10] som dock ej har formen av åtagande av garanti, ingivit den handlande föreställningen, att sakläget var annorlunda beskaffat än det i verkligheten var. Han upplyser t.ex. oriktigt, utan att dock garantera något, att det försålda godset har den eller den förträffliga egenskapen eller saknar det eller det felet, att marknadspriset på den vara köpet avser är så eller så högt, att med den uthyrda lägenheten är förbunden den ena eller andra fördelen eller frånvaron av den ena eller andra nackdelen o.s.v. Det föreligger alltså något extra utöver själva avtalet som sådant, ett plus i form av ett särskilt positivt uppträdande, men naturligtvis icke vilket uppträdande som helst [11] utan ett som är av den art att det faktiskt föranleder den handlande att tro, att läget är på visst sätt beskaffat. Det rör sig med andra ord icke om en kontraktsmässig utfästelse utan om en »enuntiation»,[12] men om en enuntiation som har berörda effekt att påverka den ifrågavarande kontrahenten. Det spörsmålet uppkommer då, om åt en dylik enuntiation bör tillerkännas rättslig betydelse, så att kontrahenten på grund av den förelupna felaktigheten äger rygga avtalet samt framställa skadeståndskrav mot motparten.

Att tillmäta en oriktig enuntiation rättslig relevans är tydligen mest näraliggande, om motparten kan påbördas culpa. Motparten »borde» ha insett, exempelvis, att de av honom lämnade upplysningarna om det försålda godsets egenskaper eller om marknadsläget voro vilseledande, resp. att de voro av avgörande betydelse för den handlandes beslut. Men det kan ytterligare diskuteras, om icke rätten att frånträda avtalet, eller att kräva skadestånd, bör erkännas även oberoende av culpa, nämligen ur synpunkten av att motparten genom sitt uppträ-

---

[10] Med det positiva uppträdandet torde underlåtenhet kunna samordnas i de undantagsfall, då underlåtenheten varit av beskaffenhet att göra *intryck* å den handlande; se nedan s. 109.

[11] Icke t.ex. allmänna lovprisande uttalanden vid saluhållandet av en vara, vilka folk ej fäster avseende vid.

[12] Jfr Lassen i UfR 1889 s. 5.

dande av enuntiativ karaktär faktiskt *framkallat,* låt vara ursäktligt, den handlandes oriktiga förutsättning eller motivvillfarelse.

Inom doktrinen ha också, vad frågan om avtalets ogiltighet beträffar, bl.a. Lassen[13] och Ussing[14] hävdat, att den omständigheten att motparten framkallat vederbörandes oriktiga förutsättning är som sådan ägnad att göra förutsättningen, om den är väsentlig, relevant — alltså relevant oberoende av förutsättningslärans grundsatser i övrigt. Jfr vad praxis angår NJA 1908 s. 221, 1910 s. 499, 1921 s. 511. Regeln försvaras även för det fall att motparten ej kan lastas för att han ej insett enuntiationens oriktighet, varemot åtminstone Ussing kräver culpa såtillvida, att motparten borde ha förstått enuntiationens väsentlighet för den handlandes beslut. Lassen understryker emellertid, att det för regelns tillämplighet erfordras att framkallandet av den handlandes misstag varit »rättsstridigt», och båda författarna göra visst undantag för den händelse denne själv kan sägas ha bort inse oriktigheten av sitt antagande. Även i mera beslöjad form skänkes understundom i lagstiftning, rättspraxis och doktrin beaktande åt ett enuntiativt uppträdande hos förutsättningskontrahentens motpart. Det säges ofta, att motparten måste genom sitt uppträdande »*anses*» ha åtagit sig *garanti* för att det förhöll sig på det av den handlande förutsatta sättet. Här är det alltså fråga om en garanti av annan innebörd än den förut omnämnda, en garanti »i utvidgad eller oegentlig bemärkelse». Om någon renodlad fiktion är det icke tal, eftersom en enuntiation förvisso är något reellt. Men vad som fingeras är lika fullt, att enuntiationen har karaktären av en viljeförklaring, ty det föreligger icke något rättsfaktum i en viljeförklarings gestalt.[15] Med denna fik-

---

[13] Haandbog i Obligationsretten, Alm. Del, 1917—1920, s. 140 f.

[14] Forudsætninger s. 125, Aftaler, 3 uppl. 1950, s. 181 ff. Se ock Arnholm, Alminnelig avtalerett s. 310 f. (i allt fall huvudregeln).

[15] Fiktionen möjliggöres naturligen genom mångtydigheten av och suddigheten hos begreppet »tyst» eller »konkludent» viljeförklaring. — Jfr i detta sammanhang, på ett tämligen speciellt rättsområde, NJA 1952 s. 93. Såsom »anmälan» om fång enligt 7 § lagen om förköpsrätt konstruerades här redan det förhållandet, att en köpare faktiskt, d.v.s. utan det i allmänhet med sådan anmälan förbundna syftet, under ingivande av fångeshand-

tion är vägen jämnad för att i förekommande fall låta motparten drabbas av ogiltighets- eller skadeståndspåföljd, och detta icke blott i händelse av hans culpa utan även såsom garantiansvar i betydelsen strikt ansvar. Endast när det gäller formbundna rättsärenden äro svårigheterna att komma fram på denna linje betydande. Ty konstruktionen, att enuntiativa uppgifter äro att anse som utfästelser av garanterande karaktär, måste ju då åtminstone normalt ha till följd, att relevans icke kan tillerkännas dem, med mindre de iklädas föreskriven form och alltså, om skrift fordras, upptagas eller kunna intolkas uti ifrågavarande kontrakt.

Några från lagstiftningen hämtade belägg på ansvar för oriktiga enuntiationer kunna vara av intresse.

Först må erinras om 25 § avtalslagen, enligt vilken en »falsus procurator» i regel är pliktig ersätta tredje man-medkontrahenten all skada, som denne lider därigenom, att han icke kan göra gällande rättshandlingen mot huvudmannen. Bestämmelsen bygger på tankegången, att mellanhandens enuntiation — detta att han »uppträder såsom fullmäktig» — utgör en viljeförklaring, innefattande att mellanhanden »ansvarar för att han har erforderlig fullmakt» och för att han kan styrka fullmaktens förhandenvaro. Och denna föreställda viljeförklaring anses tillika innesluta ett åtagande av *strikt* skadeståndsansvar. Det positiva kontraktsintresset skall ersättas, vilket dock icke betyder att fullmäktigen också garanterar avtalets *uppfyllelse*; huvudmannen skulle ju kunna vara insolvent.

Enligt det förut omnämnda stadgandet i 42 § 2 st. köplagen är en säljare vid föryttring av bestämt, med fel behäftat gods skadeståndspliktig (och enligt första stycket i paragrafen underkastad köparens hävningsrätt) icke blott då godset vid köpet saknat egenskap, som *varit* tillförsäkrad, utan även vid frånvaron av egenskap, som »*kan anses*» tillförsäkrad. Att här åsyftas — förutom fall av verklig garanti — jämväl fall av

---

lingarna bringar fånget till lantbruksnämndens kännedom på ett sätt som »bör» giva nämnden anledning att till prövning upptaga frågan om förköpsrättens utövande (varvid väl med »anledning» måste, om cirkel i motiveringen skall undvikas, förstås en icke-juridisk anledning att befatta sig med sagda fråga?).

enuntiativt uppträdande å säljarens sida, är obestridligt; det bekräftas bl.a. av uttalanden av Almén och Lassen. Den teoretiska konstruktionen är också uppenbar: det anses föreligga ett slags viljeförklaring, en konkludent garantiutfästelse. Säljaren häftar på klart kontrakträttslig grund, därav skyldigheten att gottgöra köparen även det positiva intresset, och ansvaret är *icke* betingat av culpa. — Någon motsvarande bestämmelse om verkan därav, att en *hyresvärd* vid hyresavtalets ingående lämnat oriktiga uppgifter om lägenhetens beskaffenhet, finnes icke i nyttjanderättslagen, vare sig i dess ursprungliga skick eller i dess lydelse efter 1939 års lagändringar. Men i motiven till 3: 10 (numera 3: 11) uttalades,[16] att det lärer vara otvivelaktigt, att frågan bör bedömas efter de i 2 kap. 25 § angivna grunder, vilket lagrum som nämnt fastslår skadeståndsansvar oberoende av culpa i anledning av jordägares verkliga garantiutfästelse i arrendekontraktet.[17] Fall av dylik garantiutfästelse och fall av positiva enuntiativa uppgifter om lägenhetens skick ansågos väl således åtminstone i viss utsträckning böra behandlas lika, medan i de fall, där hyresgästen eljes blott haft fog att *förutsätta* en på visst sätt beskaffad lägenhet, ansvaret, såsom strax skall beröras, icke skulle vara lika strängt.

Enligt 5 och 6 §§ i 1927 års lag om försäkringsavtal gäller, att om försäkringstagaren vid avtalets slutande lämnat oriktiga uppgifter, försäkringsbolaget kan, helt eller delvis, fritagas från ansvarighet. Det kräves emellertid, att försäkringstagaren insett eller bort inse uppgifternas oriktighet (jämför ock 9 §). Denna betingelse är tillämplig, även om uppgifterna lämnats skriftligt i försäkringsansökningen och även om av bolaget uttryckligen angivits, att det är ett »villkor» för dess ansvarighet, att uppgifterna äro korrekta. Särskilt i sistnämnda fall skulle det ju snarast, kunde man tycka, röra sig om en garanti i egentlig mening. Icke desto mindre torde försäkringsavtalslagens författare generellt ha utgått ifrån att genom sagda lagbestämmelser regleras icke verkan av visst försäkringstagarens

[16] NJA II 1908 nr 5: 1 s. 141.

[17] Hur man i praxis bedömer enuntiativa uppgifter i arrendekontrakt, synes ej klart. Jfr NJA 1945 s. 502, som icke torde innefatta ett avgörande ställningstagande i detta ämne.

kontraktsbrott utan fall av oriktiga *förutsättningar* å bolagets sida. På förevarande område har man emellertid synbarligen icke byggt på garantikonstruktionen. Bolagets befrielse från ansvarighet är ju ock som sagt begränsad till fall av culpa hos försäkringstagaren. Huruvida bolaget har någon skadeståndsrätt mot försäkringstagaren (när denne icke handlat brottsligt), är tvivel underkastat.[18]

Om vid ett aktiebolags bildande bolaget enligt bestämmelse i stiftelseurkunden övertagit annan egendom än penningar samt denna egendom uppskattats till oskäligt högt värde, voro stiftarna enligt 24 § i 1910 års aktiebolagslag solidariskt förpliktade att ersätta bolagets skada, för den händelse de om samma egendom lämnat oriktiga uppgifter i de för konstituerande stämman jämlikt 14 § aktiebolagslagen framlagda handlingarna. Motsvarande regel gällde om det fall att oskälig förmån enligt stiftelseurkunden tillerkänts stiftare eller annan. Enligt Skarstedts kommentar till nämnda lag skulle betingelse för ansvaret vara, att stiftarna lämnat uppgifterna mot bättre vetande. Denna tolkning var säkerligen felaktig.[19] Lagens tankegång torde ha varit, att stiftarna iklätt sig garanti för dylika uppgifters riktighet och förty borde vara skadeståndsskyldiga oberoende av såväl dolus som culpa, se närmare NJA 1943 s. 55. Enligt 1944 års aktiebolagslag har frågan om motsvarande ansvarighet för stiftare gentemot bolaget reglerats efter väsentligt andra grunder (se 207 §), som det här ej är anledning att ingå på.

De anmärkta lagrummen [20] avse som synes fall av vederlags-

---

[18] Härom bl.a. Grundt, Lærebok i norsk forsikringsrett, 1939, s. 119 not 1, jfr Drachmann Bentzon, Lov om forsikringsaftaler, I, 2 uppl. 1952, s. 96 ff.

[19] Karlgren, Studier över privaträttens juridiska personer etc., 1929, s. 114 not 2, Nial, Aktiebolagsrättsliga studier, 1935, s. 83 not 38.

[20] Av mera indirekt intresse i detta sammanhang är 14 § i 1931 års lag om upplagshus och upplagsbevis, vari stadgas, att därest uppläggaren giver oriktiga eller ofullständiga uppgifter om vara, som lämnas till uppläggning, och detta kan tillräknas honom som fel eller försummelse, uppläggaren svarar för skada, som därigenom tillskyndas annan. Den skada som här avses är väl närmast den som uppkommer genom godsets »skadebringande egenskaper». Icke heller bestämmelser sådana som 10 § i 1937

förutsättningar eller eljest sådana fall, där förutsättningen hänför sig till ett förhållande å den parts sida, från vilken det enuntiativa uppträdandet förskriver sig. Det torde också främst vara dessa fall, som man haft i tankarna när man velat tillerkänna dylikt uppträdande självständig rättslig betydelse. Om och i den mån motparten här icke redan på andra grunder bör drabbas av ogiltighets- eller skadeståndspåföljd, kan det onekligen synas naturligt att låta enuntiationen fälla utslaget, medföra en risköverflyttning till motpartens nackdel. Det förefaller t.ex. resonligt, att en säljare skall häfta för oriktiga uppgifter, som föranlett köparen att tro på förhandenvaron av vissa bestämda, särskilt fördelaktiga egenskaper hos godset, liksom att en köpare av felaktigt gods, vilken enligt eljest gällande regler om köpares »undersökningsplikt» skulle ha förlorat sin talan, har sina anspråk mot säljaren i behåll, om han förlitat sig på dennes uttalanden rörande godsets felfrihet (se NJA 1937 s. 382, 1948 s. 526). Vad det senare beträffar ger för övrigt 47 § köplagen själv, såsom ur motiven kan utläsas, en fingervisning om betydelsen av ett säljarens enuntiativa uppträdande (»utan giltig orsak»).[21] — Om man däremot tänker på de fall, då den oriktiga förutsättning, som genom det enuntiativa uppträdandet framkallats, icke anknyter till någon motpartens prestation eller eljest till något förhållande å dennes sida, är man måhända inom doktrin och rättspraxis icke lika benägen att hävda, att enuntiationen kan åstadkomma en så kraftig verkan, att en risk som i och för sig skulle ligga på den handlande flyttas över till motparten. Så mycket är åtminstone antagligt, att domstolarna i dylika fall skulle vara beredda att starkt skärpa kravet på att de enuntiativa uppgifterna varit av avgörande betydelse för den handlandes beslut (resp. på att denna betydelse bort av motparten inses) och därigenom de facto i viss mån närma sig ståndpunkten, att betingelse för risköverflyttning är en garanti i egentlig mening. Och vad doktrinen beträffar vill det synas, som om de författare, vilka

---

års lag om befordran med luftfartyg (och motsvarande frakträttsliga regler på sjörättens område) synas här ha mera omedelbart intresse.

[21] Almén, Köp och byte av lös egendom, § 47 vid not 53. Se NJA 1923 s. 244, jfr ock 1918 s. 280.

driva satsen om att motpartens enuntiativa uppträdande, hans framkallande av den handlandes motivvillfarelse, bör vara utslagsgivande för frågan om förutsättningens relevans, i själva verket med denna sats förknippa en viktig begränsning, som just i förevarande hänseende blir av största betydelse. Man torde, när allt kommer omkring, utgå ifrån att framkallandet (resp. det kulpösa framkallandet) av motivvillfarelsen genom enuntiationen erhåller omförmälda effekt allenast om det föreligger särskilda omständigheter, som göra vederbörandes förlitan på enuntiationens riktighet motiverad. Det fordras med andra ord icke blott en tillit å förutsättningskontrahentens sida utan en »befogad» eller »berättigad» tillit i den mening att ytterligare fakta måste stödja hans föreställning om att motparten vet besked i det ämne enuntiationen avser. Enbart det förhållandet att motparten lämnat uppgifter, som den handlande litat på (och som icke på grund av förhållandena varit ägnade att inge misstro) — enbart antagandet, att en person som ger upplysningar normalt icke gör detta utan att ha skäl för desamma — är sålunda icke tillräckligt. Och just när det gäller en förutsättning, som icke hänför sig till ett förhållande å motpartens sida, kan det ju då sägas, att dylika kompletterande fakta, behövliga för enuntiationens ifrågavarande rättsverkan, i största utsträckning saknas.[22]

---

[22] Vad nu anförts om den begränsade innebörd, som regeln om det enuntiativa uppträdandets självständiga rättsliga betydelse enligt resp. författares mening synes äga, bekräftas särskilt av Lassens och Ussings uttalanden rörande det omvända spörsmålet, huruvida en förutsättning, som i och för sig skulle vara relevant, på grund av enuntiation å *förutsättningskontrahentens* sida bör leda till att denne *icke* kan draga sig från avtalet undan. Avtalet blir gällande, säger Lassen, »naar Løftegiveren hos Løftemodtageren» (på ett eller annat sätt, alltså bl.a. genom enuntiation) »har vakt en berettiget Tillid til, at Forudsætningen virkelig eksisterer, *idet Løftemodtageren maa gaa ud fra, at Løftegiveren vidste afgjørende Besked herom*» (a.a. s. 118 nederst, kurs. här; jfr Ussing, Forudsætninger s. 189 ff.). Se vidare Lassen i TfR 1895 s. 297, där det tydligt framgår, att med uttrycket »berettiget» tillit avsetts att göra en betydelsefull begränsning. Och Ussing yttrar (a. st.), att »Løftegiveren maa bære Risikoen for Forudsætningen, naar han har forsikret Løftemodtageren om, at den var i Orden, eller naar han iøvrigt in concreto *særlig har givet det Udseende af, at han vidste Besked,* og derved givet Løftemodtageren Anledning til ikke

C. **Underlåtenhet** (som icke är dolös)[23]: **culpaansvar och strikt ansvar.**

Ett ansvar för motparten grundat på att denne underlåtit att, såsom ålegat honom, lämna förutsättningskontrahenten erforderliga upplysningar och därigenom taga honom ur hans villfarelse, kan framför allt ifrågasättas, om underlåtenheten må kunna tillräknas motparten som vårdslöshet. Denne har icke, fastän han »bort» göra det, insett oriktigheten av den handlandes förutsättning, eller han har oursäktligt förbisett dess väsentlighet, eller han har eljest brustit i tillbörlig omsorg vid fullgörandet av sin »upplysningsplikt».

Ett lagbud, som statuerade skadeståndsskyldighet för motparten på ifrågavarande grund (passivitet såsom culpa in contrahendo), var 3: 10 nyttjanderättslagen, enligt dess lydelse före 1939 års ändringar i hyreslagstiftningen. Där stadgades nämligen, att om den uthyrda lägenheten vid tillträdet är i bristfälligt skick och lägenheten var behäftad med bristen när avtalet slöts, hyresgästen äger rätt till ersättning för skada, där bristen då var hyresvärden veterlig eller kunnat med användande av vanlig uppmärksamhet upptäckas. I motiven avvisades i detta fall, under åberopande av hänsyn till billigheten, ett oberoende av culpa vid avtalsslutet inträdande skadeståndsansvar.[24] Den bestämmelse i ämnet, som återfinnes i gällande lag (3: 11 st. 2 jfrd med 3: 9 nyttjanderättslagen), är annorlunda avfattad, men någon ändring i sak, i det hänseende som här intresserar, lärer icke föreligga.[25]

---

at undersøge Sagen» (kurs. här). Att större anspråk skulle ställas på enuntiationen, om det gäller att med hänsyn till densamma hävda *frånvaron* av relevans hos en förutsättning, än om den åberopas till stöd för en eljest icke godtagbar relevans, kan icke gärna ha varit författarnas mening.

[23] Här bortses från sådan undantagsvis förekommande underlåtenhet, som är av beskaffenhet att genom det intryck den gör på den handlande framkalla dennes villfarelse; se ovan not 10.

[24] NJA II 1908 nr 5: 1 s. 141.

[25] Se NJA II 1939 s. 502. — Står det fast, att hyresvärden vid avtalsslutet gjort sig skyldig till culpa (det finnes sålunda en brist, som kunnat av honom med användande av vanlig uppmärksamhet upptäckas), föreligger däremot den olikheten mellan den äldre hyresrätten och den nu gällande, att enligt den förra skadeståndsfrågan härmed var slutgiltigt avgjord,

I 7 § lagen om försäkringsavtal regleras verkan därav, att försäkringstagaren underlåtit upplysa försäkringsbolaget om på försäkringsrisken inverkande omständigheter, och stadgandet går ut på att bolaget i händelse av vårdslöshet å försäkringstagarens sida helt eller delvis fritages från ansvarighet. Försäkringstagaren behandlas emellertid relativt milt. Å ena sidan inträder sagda påföljd allenast, om vederbörande omständighet varit för honom »känd»; det räcker icke att han »bort» känna den, t.o.m. om hans vårdslöshet i sådant hänseende varit mycket grov. Och å andra sidan utgår lagen tydligen därifrån, att även om försäkringstagaren insett eller bort inse, att försäkringsbolaget bygger på en oriktig förutsättning (i saknad av upplysning om den ifrågavarande omständigheten), samt tillika insett eller bort inse förutsättningens väsentlighet, någon till ansvarsbefrielse för bolaget ledande vårdslöshet hos försäkringstagaren icke *behöver* föreligga.[26]

Även ett *strikt* skadeståndsansvar för motparten i anledning av dennes passivitet (samt en motsvarande, av culpa oavhängig rätt för förutsättningskontrahenten att rygga avtalet) förekommer emellertid. För ämnet för denna uppsats äro närmast av intresse de situationer, där lagstiftaren grundat ansvaret på att ett slags *garantiförbindelse* å motpartens sida skulle föreligga: den rena underlåtenheten hos denne tolkas som ett åtagande att stå ansvaret för förutsättningens riktighet. Här möter alltså för tredje gången, med en tredje innebörd, garantibegreppet: »garanti i rent fingerad bemärkelse». I vilka lägen en dylik garantikonstruktion — som alltså icke inrymmer något som helst reellt, annat än uppfattningen att inträdet av skadeståndsplikt på området är lämpligt — enligt lagstiftarens mening och

---

under det att enligt den senare hyresvärden kan freda sig genom bevisning om frånvaron av culpa med hänsyn till bristens *avhjälpande* före tillträdet. I själva verket kan här anmärkta skadeståndsskyldighet uppfattas som ett mellanting mellan eller en kombination av ett på culpa *in contrahendo* (hyresvärdens passivitet vid avtalsslutet) grundat ansvar och ett culpaansvar, resp. enligt äldre rätt ett strikt ansvar, *in contractu* (hyresvärdens underlåtenhet att efter avtalet men före tillträdet avhjälpa bristen).

[26] Jfr kommitterades förslag till lag om försäkringsavtal, 1925, s. 251 (ass. dir. Anderssons reservation) samt vidare nedan i not 62.

härskande åskådning är att applicera, blir emellertid ofta vanskligt att avgöra.

Exempel på användningen av ifrågavarande fiktion lämnar — förutom i viss mån sådana lagrum som 59 § köplagen, 11: 1 JB, 9 § skuldebrevslagen, 1: 6 nyttjanderättslagen (hemulsansvar) — det redan flera gånger omnämnda stadgandet i 42 § 2 st. köplagen. Påfallande är ju, att enligt detsamma en säljare av bestämt gods, som är behäftat med fel, icke blir skadeståndsskyldig på grund av culpa vid köpslutet; närmast häftar ju säljaren allenast för dolus och för garanti i egentlig bemärkelse (»tillförsäkran»). Hur kan då — om vi tänka på fel i inskränkt mening (kvalitet underlägsen den genomsnittliga) — ett culpaansvar undvaras? Ett sådant är säkerligen erforderligt. Och har man icke på förevarande område ett visst behov av säljaransvar även *utan* culpa, så att liksom beträffande rättsliga fel en verkligt effektiv prevention mot avyttrande av felaktigt gods må kunna åvägabringas? Efter allt att döma föreligger, såsom i någon mån bestyrkes av rättsutvecklingen i utlandet,[27] ett dylikt behov. Visserligen kommer nu i en hel del fall, såväl culpafall som andra, skadeståndsskyldighet att åvila säljaren, såvida denne genom sitt positiva uppträdande av enuntiativ karaktär ingivit köparen föreställningen att godset är felfritt (se ovan).[28] Detta må nu vara gott och väl. Men är det tillräckligt att statuera skadeståndsskyldighet enbart i dylika enuntiationsfall? Knappast. Och framför allt: gränsdragningen blir synnerligen irrationell. Det finns näppeligen något bärkraftigt

---

[27] Jfr regleringen av förevarande ämne i »Entwurf eines einheitlichen Kaufgesetzes» (»Projet d'une loi internationale sur la vente») art. 51 sista st., 57, 58, 59; se Rabel i Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, årg. 9, 1935, s. 339 ff.

[28] Köplagen talar visserligen om »tillförsäkrad» egenskap, vilket ju i och för sig må kunna syfta blott på en speciellt förmånlig beskaffenhet av godset och sålunda skulle kunna, på sätt lagrådet i ett yttrande under förarbetena till kommissionslagen utgick ifrån (NJA II 1914 s. 199), ställas i motsats till »en avvikelse från vad enligt gängse uppfattning anses såsom en fullgod vara» (alltså fel i inskränkt bemärkelse). Men intet tvivel kan rimligen råda därom, att ett enuntiativt uppträdande, varigenom felfrihet i inskränkt bemärkelse förespeglats köparen, bör bedömas på samma sätt som ett tillförsäkrande av särskilt gynnsam egenskap hos godset.

motiv för att rättsordningen skulle genom skadeståndstvång prevenera mot försäljning av felaktigt gods allenast för den händelse felfrihet genom uttalanden av säljaren eller annat dennes särskilda uppträdande ställts i utsikt. Om, såsom troligt är, tanken varit den, att skadeståndsrätt bör tillerkännas köparen när denne haft en verkligt »befogad tillit» till godsets kvalitet, må framhållas det oriktiga i att föreställa sig, att en dylik skulle vara för handen blott i händelse av ett säljarens enuntiativa uppträdande. Då här är fråga om fall, där godsets kvalitet understiger den för vederbörande varuslag normala,[29] måste det ju vara vanligt, att en köpare *utan vidare* utgår ifrån att godset ej är behäftat med fel. Under sådana förhållanden beror det oftast på en ren tillfällighet, huruvida säljaren tillförsäkrar felfrihet — nämligen om köparen, oaktat han förutsätter godsets oklanderlighet, för säkerhets skull säger något som ger säljaren anledning att bekräfta denna — och det är förty föga rimligt att låta inträdet av skadeståndsansvar avhänga därav.[30] Ja, just i de mest stötande felsituationerna — där det är mest ovanligt att fel förekomma och där köparen alltså har minst anledning

[29] Det talas ju blott om felfrihet i inskränkt mening, icke om av köparen förväntade osedvanligt gynnsamma egenskaper hos godset. I de senare fallen kunna anföras vissa skäl för att låta en enuntiation fälla utslaget, men då icke enbart i skadeståndsavseende utan även beträffande hävningsrätten, i det att enuntiationen får förhjälpa köparens förutsättning till en relevans, i båda dessa hänseenden, som den eljest skulle ha saknat. Ifrågavarande fall kunna alltså på denna grund komma att *jämställas* med fall av fel i egentlig bemärkelse, under det att någon anledning icke lärer kunna uppletas att behandla säljaren *strängare* i dessa fall än i de egentliga felsituationerna. — Att en tillförsäkran vidare kan ha den verkan att ett fel, som i och för sig är »ringa», icke i hävningshänseende betraktas som sådant, är tydligt (NJA 1922 s. 596, jfr NJA II 1914 s. 199).

[30] Se Øvergaard i TfR 1912 s. 253. Jfr även Alméns kommentar § 43 not 74; den kritik, som däri riktas mot den mot 43 § köplagen svarande bestämmelsen i tysk rätt, är i stora delar, fastän förf. synbarligen icke själv märkt det, tillämplig på vår egen skadeståndsregel i 42 §, så som densamma av honom uttolkas. — Av rättsfall, där domstolarna grundat sitt ställningstagande direkt på tillvaron eller frånvaron av tillförsäkran om felfrihet, må här anmärkas NJA 1915 s. 495, 1922 s. 599, 1938 s. 273; jfr NJA 1923 s. 322. Se i detta sammanhang ytterligare NJA 1949 s. 680 (HD: köpeavtalet måste »anses innebära», att säljaren skulle »svara för» etc., jfr 1922 s. 429).

att frammana några lugnande uttalanden l. dyl. å säljarens sida — skulle köparen enligt den här kritiserade ståndpunkten sakna rättsskydd i skadeståndshänseende. Nödvändigt blir följaktligen ur praktiska synpunkter att gå vidare och statuera skadeståndsansvar även då ett särskilt, från säljaren emanerande positivt uppträdande av enuntiativ karaktär icke kan påvisas. Felfrihet måste understundom »anses tillförsäkrad» i saknad icke blott av en garanti i egentlig mening utan även av en enuntiation; man måste i större eller mindre utsträckning taga sin tillflykt till den »rent fingerade garantin». Så uttalas t.ex. i Alméns kommentar till köplagen,[31] att vid handelsköp eller över huvud då försäljningen avser gods av det slag, varmed säljaren driver handel, man ofta torde kunna, även när det gäller ett individuellt bestämt varuparti, anse egenskapen av »god och oskadad handelsvara» tillförsäkrad, även om det icke skulle vara sagt med uttryckliga ord. Denna uppfattning har ock klart stöd i motiven till köplagen. Men i och med att man på detta sätt rent fiktivt utsträcker tillämpningen av regeln om skadeståndsansvar för fall av tillförsäkrad egenskap till sådana lägen, där varken en garanti i egentlig mening eller en enuntiation föreligger, är möjligheten till en klar gränsdragning tillspillogiven. Att med vidhållande i övrigt av kravet på positivt uppträdande låta säljaren därutöver bli skadeståndsskyldig i de fall där det är *särskilt* vanligt, att felfrihet förekommer (ur synpunkten av att köparen då icke ens i någon mån behöver enuntiationen som stöd för sin förlitan på godsets oklanderliga beskaffenhet), innebär ingen lösning. Ty denna gränslinje är uppenbarligen alltför vag. Allt som allt: när det gäller att avgöra frågan om skadeståndsansvar på grund av att bestämt gods är behäftat med fel i inskränkt mening, ger köplagens 42 § 2 st., med dess tal om egenskap som »kan anses» tillförsäkrad, föga ledning. Bedömandet måste i realiteten ske efter andra linjer än dem lagen skenbart ger anvisning på.[32]

---

[31] § 42 vid not 84 d—86 a.

[32] De föregående uttalandena om innebörden av 42 § 2 st. köplagen må här kompletteras med några anmärkningar om förarbetena till lagbudet och detsammas förebilder i utländsk rätt.

I *1734 års lag* reglerades som bekant frågan om fel i försålt gods i 1:4

II.

Efter den nu givna översikten av problemställningen på området stanna vi till en början inför spörsmålet, om *varje* civil »dolus», med den innebörd som detta begrepp äger enligt

HB. Sedan i första punkten fastslagits, bland annat, att säljaren, därest han »det fel vetat och ej uppenbarat», vore skadeståndsskyldig (»allan skada»), stadgades i andra punkten: »Finnes i själva varan förborgat fel, så att varken köparen eller säljaren det förut varse blivit, gånge det köp åter, och tage var sitt igen». Om skadeståndsplikt i detta fall säges intet; närmast åsyftades tydligen blott de fall, då båda parterna äro på grund av felets förborgade natur ursäktade.

I *lagkommitténs* förslag till allmän civillag, 1826, 2 uppl. 1838, upptogs motsvarande stadgande rörande hävningsrätt i anledning av fel i godset (1: 23 HB), men till detsamma gjordes följande viktiga tillägg: »ersätte dock säljaren den kostnad, köparen i och för köpet haft». Alltså ett strikt skadeståndsansvar, avseende — skulle man kunna säga — det negativa kontraktsintresset. Någon motivering för tillägget gavs icke. Kommittén förklarade endast, mindre sanningsenligt, att de föreslagna reglerna på området vore »med lagen instämmande». I »tablån» över olikheterna mellan kommitténs förslag och 1734 års lag (1839) framhävdes dock klart olikheten i fråga.

I *äldre lagberedningens* förslag till handelsbalk och utsökningsbalk, 1850, inflöt enahanda bestämmelse, fortfarande utan särskild motivering (1: 22 HB).

Till grund för *köplagens* reglering av ämnet ligga *dels* nya lagberedningens förslag till lag om köp och byte av år 1894, *dels* kommitterades förslag till köplag, 1903. Förslagen måste ses mot bakgrunden av den *tyska* rättsordningens regler på området, vilka den svenske lagstiftaren tog till mönster. Dessa regler ansluta sig i sin ordning till den *romerska* rätten, så som densamma utlades av *pandektisterna.*

Den romerska rätten utgick, lärde man, principiellt från tanken, att vid specieskop även presterandet av en felaktig sak innebär en uppfyllelse av köpekontraktet; är en bestämd sak såld och har denna tillhandahållits köparen, kan på avtalet i allmänhet icke grundas något anspråk mot säljaren, även om saken skulle vara behäftad med fel. Endast i två fall blev säljaren enligt jus civile skadeståndsskyldig på grund av fel i godset: då han gjort sig skyldig till dolus (avsiktligt förtigande av felet) samt då från hans sida förelågo »dicta et promissa» beträffande godsets egenskaper. Genom den av edilerna utbildade köprätten utvidgades visserligen i mycket hög grad området för säljarens ansvarighet. Men denna utvidgning avsåg icke skadeståndsansvaret, utan de rättsmedel, som ställdes till köparens förfogande, voro principiellt av hävningstyp: »actio redhibitoria» och »actio quanti minoris» (=»sådant avdrag å köpeskillingen, som mot felet svarar»).

preciseringen ovan s. 84, har till följd att avtalet blir ogiltigt resp. att förutsättningskontrahentens motpart drabbas av skadeståndsskyldighet.

Även den gällande *tyska* rätten vilar enligt härskande mening på principen, att säljarens förpliktelse vid specieskköp allenast går ut på prestation av saken så som den vid avtalsslutet är beskaffad, samt att det därför i allmänhet beror på en *särskild, legalt grundad* »Gewährleistungspflicht», att ansvarighet för fel i godset kan göras gällande. Att godset saknar fel är med andra ord — för att använda det nordiska språkbruket — regelmässigt icke ett köpe*villkor* utan allenast en köparens *förutsättning* (därav den starka begränsningen i skadeståndsskyldigheten, se nedan, ävensom regeln att köparen icke äger påfordra felets avhjälpande; jfr NJA 1924 s. 346). Endast när säljaren avgivit en tillförsäkran om godsets egenskaper, förhåller det sig annorlunda, åtminstone såtillvida att säljarens ansvar då icke är legalt (eller omedelbart legalt). Men huruvida åtagandet ens här har till effekt att göra felfrihet till en beståndsdel av köpeavtalet, bestämma själva kontraktsförpliktelserna, eller huruvida man fortfarande har att laborera med en särskild, låt vara (närmast) på säljarens åtagande grundad »Gewährleistungspflicht», är omtvistat.

Sedan i BGB § 462 fastslagits, att köparen vid fel i godset i princip har hävningsrätt och rätt till avdrag å köpeskillingen, stadgas i § 463 följande:

»Fehlt der verkauften Sache zur Zeit des Kaufes eine zugesicherte Eigenschaft, so kann der Käufer statt der Wandlung oder der Minderung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Das gleiche gilt, wenn der Verkäufer einen Fehler arglistig verschwiegen hat.»

Skadeståndsskyldighet inträder sålunda, liksom enligt romersk rätt, *dels* vid svikligt förtigande av ett fel *dels* vid frånvaro, i köpslutets ögonblick, av tillförsäkrad egenskap, men icke eljest. Och i regel göres nu, väl att märka, i tysk rätt verkligt allvar av kravet på att dylik tillförsäkran skall vara en garantiutfästelse. Det räcker alltså ingalunda, för att skadeståndsansvar skall inträda, att säljaren lämnat oriktiga uppgifter om godsets beskaffenhet, när han ej, som det brukar sägas, givit uttryck för en vilja att svara för uppgifternas riktighet. Ofta kräves t.o.m., att garantiutfästelsen skall var av köparen accepterad. Ej sällan framhåller man emellertid, att en tillförsäkran icke behöver vara uttrycklig utan kan framgå av omständigheterna, låt vara att i allmänhet stor försiktighet vid antagandet av konkludent garanti anses vara påkallad.

En skadeståndsskyldighet på grund av *culpa* å säljarens sida, för fall av ursprungligt fel i godset, är BGB främmande. Av stort intresse är emellertid, att — i samband med den successivt fortskridande utbildningen av läran om ansvar för culpa in contrahendo — under senare tider allt ivrigare hävdas i litteraturen, att man icke kan slå sig till ro med denna negativa inställning hos BGB utan att man av praktiska skäl måste låta skade-

Det torde vara en ganska vanlig uppfattning, att detta spörsmål praktiskt taget alltid måste besvaras jakande. De definitioner på »svek», som sedan gammalt förekomma i den civil-

---

ståndsskyldighet drabba säljaren även vid ett hans *vårdslösa* förtigande av fel i godset (jfr emellertid från nyare rättspraxis Entscheid. d. Reichsgerichts in Zivils. Bd 135 s. 339 (346), Bd 161 s. 330 (337)). En öppen konflikt med lagen undgås därigenom, att enligt härskande mening ansvaret i så fall icke kan sträcka sig längre än till det negativa kontraktsintresset: kontraktet är ju i och för sig, trots förhandenvaron av fel, rätteligen uppfyllt!

Vi återgå härefter till köplagens förarbeten.

I *nya lagberedningens* förslag (NJA II 1901 nr 1 s. 79 ff.) reglerades frågan om skadeståndsansvar för fel i bestämt gods på följande sätt (vad som hänför sig till fel, uppkommet *efter* köpslutet, utelämnas, såsom saknande intresse för vårt ämne):

»*38 §*. Finnes, då köp om visst gods slutes, fel i godset . . ., äge köparen häva köpet eller fordra det avdrag å köpeskillingen, som mot felet svarar; njute ock ersättning för sina kostnader.»

»*39 § 1 st.* Saknas tillförsäkrad egenskap hos godset eller har säljaren uppsåtligen dolt fel, som eljest däri finnes, vare han, evad köpet häves eller ej, pliktig att ersätta köparen all skada.»

»*40 §*. Är felet ringa och kan det ej antagas för köparen medföra särskild olägenhet, må köpet ej, mot säljarens bestridande, hävas, utan så är att fall är för handen, varom i 39 § första stycket förmäles.»

Motiveringen rörande skadeståndsskyldigheten var (med uteslutande av en sats, som talar om efter köpslutet uppkommet fel, ävensom en annan sats utan intresse för ämnet) av följande lydelse:

»Att köparen, jämte det han äger häva köpet eller njuta ett mot felet svarande avdrag å köpeskillingen, även bör undfå ersättning för sina kostnader, har beredningen i likhet med lagkommittén och den äldre lagberedningen ansett med billighet överensstämmande. Därigenom blir, då köpet häves, köparen försatt i samma ställning, som om något köp aldrig kommit till stånd. . . . Säljarens ersättningsskyldighet bör dock i vissa fall, då på grund av särskilda omständigheter hans ansvarighet måste vara större, utsträckas jämväl till all annan skada. Så är av lätt insedda skäl förhållandet, då godset saknar tillförsäkrad egenskap eller säljaren uppsåtligen dolt felet . . . Ett uppsåtligt döljande av felet kan vara för handen ej blott då säljaren i dylikt syfte vidtagit särskild åtgärd, utan även då han med avsikt förtegat fel, ehuru han måste hava insett, att köparen, därest han känt felet, ej skulle hava ingått på köpet eller åtminstone ej velat betala det överenskomna priset.»

Märkligt är, att fortfarande, liksom enligt de äldre svenska lagförslagen, fastslås som ett slags huvudregel, att säljaren *oberoende av culpa* skall vara skadeståndsskyldig för fel i godset. Ansvaret, som motiveras med hänsyn

rättsliga litteraturen, synas ge visst stöd för en sådan uppfattning, vilken väl även skymtar bakom formuleringen av en och annan dom i högsta instans från senare tid. Har det av den

---

till billigheten, är dock begränsat till det negativa kontraktsintresset. I två fall ökas emellertid ersättningsskyldigheten till att omfatta det positiva intresset. »De lätt insedda skälen» till att i fall av tillförsäkrad egenskap å ena, svikligt förfarande å andra sidan, ansvaret bör sålunda utvidgas, antydas av beredningen själv, när man i 40 § för alldeles samma fall gör undantag från principen, att ringa fel i godset ej ger köparen hävningsrätt: »I förra fallet måste säljarens ansvarighet naturligtvis vara större än vanligt; i det senare, då säljaren handlat mot bättre vetande, bör han ej därav kunna draga någon fördel». Med andra ord: är en egenskap tillförsäkrad, föreligger ett särskilt åtagande (en garanti), och säljaren bör då svara för åtagandets uppfyllelse (positiva intresset); i händelse av svikligt förfarande åter är full skadeståndsskyldighet ett lämpligt straff för säljaren.

I *köplagen* har nu som bekant huvudregeln om strikt skadeståndsskyldighet i mån av negativa kontraktsintresset strukits, under det att bestämmelsen om full skadeståndsskyldighet för de båda undantagsfallen, tillförsäkrad egenskap och svikligt förfarande, bibehållits. Motiveringen (NJA II 1906 nr 1: 1 s. 79), är intressant. Vid citeringen uteslutes även denna gång vad som hänför sig till *efter* köpslutet uppkommet fel.

»Den omständigheten, att vid köp av bestämt gods köparen, på sätt här förut är nämnt, i flertalet fall bör kunna åberopa även ett för säljaren okänt fel, innebär ingalunda med nödvändighet, att köparen äger fordra ersättning för den skada han lidit i följd av att godset saknat egenskaper, som köparen ägt förutsätta hos detsamma. Att säljaren, såframt svikligt förfarande ligger honom till last, är pliktig att gälda dylik skada är uppenbart . . . Har säljaren under förhandlingarna om köpet uttryckligen garanterat tillvaron av en viss egenskap eller eljest förhållit sig så, att köparen haft giltig anledning att anse en dylik garanti från hans sida föreligga — något som oftast torde vara fallet vid yrkesmässig försäljning av handels- eller fabriksvaror — synes det ock naturligt att låta ett dylikt uppträdande från säljarens sida medföra skadeståndsplikt oberoende därav, huruvida säljaren ägt vetskap om felet eller icke. Där åter något förhållande av nu antydd art ej är för handen, synes giltig anledning ej stå att finna för säljarens förpliktande att i anledning av honom obekanta fel gälda skadestånd. Att, såsom nya lagberedningens förslag innebar, här tillägga köparen ersättning för 'kostnader' torde från principiell ståndpunkt vara mindre berättigat och därjämte ägnat att i tillämpningen medföra svårighet, då någon gräns mellan dylik ersättning och skadestånd i vidsträckt mening ej synes kunna uppdragas».

Det skulle således främst vara »principiella» skäl, som ställa sig hindrande i vägen för ett säljarens ansvar in contrahendo. Varför detta?

oriktiga förutsättningen bestående viljefelet icke blott *kunnat* av motparten inses utan verkligen av honom *insetts,* och har motpartens uppsåt tillika varit att icke genom upplysningars lämnande föranleda avtalets inhiberande (i det han insett förutsättningens väsentlighet och uppsåtligt underlåtit att taga den handlande ur hans villfarelse), måste — menar man [33] — detta handlingssätt anses strida mot tro och heder eller över huvud anses obehörigt, så att ogiltighet och skadeståndspåföljd

---

Utgick man månne, i enlighet med den ännu vid förevarande tidpunkt i utlandet dominerande »deliktsteorien», från att ansvar för ett beteende in contrahendo icke borde drabba en kontrahent med mindre svikligt förfarande (eller naturligtvis en ren utfästelse i ämnet, sådan som en avgiven garanti) kunde åberopas? Det skulle då röra sig om ett principiellt avståndstagande från tanken på ansvar för culpa in contrahendo i föreliggande fall, kanske i viss mån påverkat av en allmän motvilja mot rättsfiguren det negativa kontraktsintresset (jfr Alméns bekanta uppfattning i detta ämne). Troligare är väl dock, att lagstiftaren helt enkelt glömt bort möjligheten av ett culpaansvar av här dryftad art, i det man endast hade i tankarna *sådan* culpa, som består i vanvård av godset och som naturligtvis, på sätt Almén påpekar (vid not 92 a), icke före avtalet kan i förhållande till köparen ligga säljaren till last. Polemiken riktade sig i så fall endast mot tanken på att i avsaknad av en »särskild rättsgrund» ålägga *strikt* skadeståndsansvar; vid denna tid ansåg man sig som bekant i allmänhet behöva en sådan stödjepelare för att låta en kontrahent bli skadeståndsskyldig oberoende av culpa. För övrigt hade man ju den tyska förebilden på området att gå efter. Säkert är, att någon sakligt bärande motivering för ifrågavarande lagbud icke föreligger. — En eftergift, av stor betydelse, åt praktiska hänsyn kom emellertid till uttryck i kommitténs motiv liksom även — på sätt ovan i texten erinrats — i lagtextens formulering. Det gavs en anvisning om att kravet på tillförsäkran icke finge tagas alltför högtidligt. Felfrihet hos godset eller annan dess egenskap skulle kunna »*anses vara*» tillförsäkrad, även om grunderna för antagande av en garanti i egentlig mening äro mycket svaga. Och när kommittén säger, att vid yrkesmässig försäljning av handels- eller fabriksvaror en köpare oftast har giltig anledning att utan vidare anse en garanti avgiven, är det uppenbart, att lagstiftaren sanktionerat t.o.m. den rent fingerade garantin som rättsgrund för säljarens skadeståndsansvar, utan att visserligen ha givit någon mera värdefull vägledning beträffande den omfattning, vari fiktionen skulle tagas i bruk.

[33] Jfr t.ex. Arnholm, Alminnelig avtalerett s. 309 f., 327 f. Först när det gäller fall, då adressaten *bort* inse viljefelet, är saken »ikke så enkel lenger». Jfr ock några vändningar i Nials utlåtande i rättsfallet NJA 1940 s. 325 (s. 330).

böra inträda utan hänsyn till den oriktiga förutsättningens beskaffenhet eller eljest gällande förutsättningsregler. — Obestridligt är även, att just förhandenvaron av en dylik *vetskap* å motpartens sida i och för sig med styrka talar för att åt förutsättningen tillerkännes relevans. De moraliska hänsyn, som för lagstiftaren varit så tungt vägande, göra sig nämligen här gällande på ett sätt, som icke ens tillnärmelsevis har någon motsvarighet för det fall då motparten blott kan påbördas, att han *bort* avveta förutsättningsfelet.

Icke dess mindre måste bestämt bestridas, att sagda uppfattning är riktig. En i form av underlåtenhet föreliggande dolus (i anmärkta betydelse) kan icke helt generellt anses »obehörig». Den ifrågasatta regeln skulle i själva verket, om den toges på allvar, ur praktiska synpunkter medföra skadliga konsekvenser. Att så allmänt ålägga kontrahenter förpliktelsen att före ingående av ett avtal vara verksamma för undanröjande av varandras oriktiga förutsättningar skulle vid närmare eftersyn icke vara nyttigt för omsättningen och rättssamfärdseln i stort. Av motiven till avtalslagen framgår ock, att i allt fall den svenske lagstiftaren utgick ifrån att även vid förhandenvaron av berörda slags vetskap och uppsåt å motpartens sida 33 § endast under vissa omständigheter skulle kunna träda i tillämpning.[34]

Det minsta man i förevarande avseende måste hävda är därför, att den diskuterade regeln allenast kan upprätthållas som en *huvudregel* i så måtto, att den icke gäller såvitt man kan åberopa särskilda »motgrunder» av åtminstone något så när typisk beskaffenhet. Man kommer icke ifrån att det för ogiltighet och skadeståndsskyldighet måste krävas — för att begagna den vanliga terminologin — att motpartens förfarande varit (i denna betydelse) »rättsstridigt». Avtalslagen omnämner visserligen icke, såsom däremot är fallet när det gäller tvång enligt 29 §, rättsstridighetskravet. Men skillnaden är endast formell. Detta krav har nämligen redan på förhand inlagts i begreppen svek resp. förfarande i strid mot tro och heder. Man talar icke om svek etc. med mindre rättsstridigheten redan står

[34] Se NJA II 1915 s. 263 och min uppsats i SvJT 1933 s. 240 vid not 1. Se även Guldberg i SvJT 1953 s. 2.

fast. Begreppen äro sålunda trängre än det här använda dolusbegreppet.

Vad sedan beskaffenheten av dylika »motgrunder» beträffar, må särskilt framhållas, att vid avtal som i avsevärd grad inrymma ett spekulativt moment — alltså i synnerhet avtal på handelsrättens och affärslivets område — den ifrågasatta huvudregeln i mycket stor utsträckning måste, med hänsyn till intresset av ekonomisk rörelsefrihet i samhället m.m., sättas ur spelet. Misstag angående fakta, som stå i samband med prisbildning och konjunkturer, liksom övriga jämförliga felkalkyleringar, behöva sålunda i allmänhet icke av en mera insiktsfull motpart korrigeras (för att icke tala därom, att affärshemligheter under inga omständigheter behöva röjas).[35] Än vidare är det tydligt, att en kontrahent principiellt icke är pliktig att för den andre avslöja sin vacklande ekonomi (men väl kanske sin omedelbart förestående konkurs), lika litet som vid ett arbetsavtals slutande arbetstagaren är nödsakad att yppa sina mindre vackra antecedentia [36] (i allt fall försåvitt dessa icke ha direkt betydelse för hans möjlighet att utföra arbetsprestationen tillfredsställande). Understundom hänför sig förutsättningskontrahentens misstag så till omständigheter inom området för hans privatliv, att en motpart, som tillfälligtvis inser misstaget, måste anses fritagen från att upplysa om detsamma. Ej heller kan det begäras av motparten, att han påpekar för förutsättningskontrahenten dennes villfarelse i sådana fall då påpekandet förmodligen icke skulle tagas väl upp.[37] Vid vissa typer av rättshandlingar kan upplysningsplikten av olika skäl vara starkt inskränkt.[38] Sålunda torde en *betalning* icke återgå

---

[35] Jfr Møller, Forudsætninger, 1894, s. 259, vilken framhåller att motpartens vetskap om den oriktiga förutsättningen principiellt saknar betydelse, när de moment, varpå avtalets fördelar eller olägenheter bero, på grund av förhållandets allmänna natur måste vara osäkra.

[36] Jfr i ämnet NJA 1910 s. 648 (där tillika förekommo positiva vilseledande uppgifter i syfte att förhindra ett uppdagande av rätta förhållandet).

[37] En bokhandlare behöver t.ex. icke upplysa köparen av ett bokverk om att förvärvet måste bli totalt onyttigt med hänsyn till vederbörandes brist på fattningsförmåga!

[38] Omvänt gäller däremot, att vid uppdrag eller andra på »förtroende» grundade avtal, och vid vissa benefika rättsärenden, upplysningsplikten är

enbart därför, att betalningsmottagaren haft sig bekant, att det personliga motiv, som föranlett betalningen, vilar på ohållbar grund (eller att fordringen är preskriberad),[39] lika litet som det vid *massavtal* av skilda slag (t.ex. biljettköp) är möjligt att låta motpartens ifrågavarande dolösa vetskap om den handlandes oriktiga förutsättning få någon större betydelse.[40]

Tveksamt är emellertid, om ens med hänsynstagande till dylika, i viss mån typiska grunder för »rättsstridighetens bortfallande» den här dryftade dolusregeln kan utan vidare upprätthållas. Fråga är nämligen, om det icke därutöver måste krävas, att motpartens beteende varit på det ena eller andra sättet *kvalificerat,* för att ogiltighet och skadeståndsansvar, utan hänsyn till förutsättningens beskaffenhet i och för sig, skola inträda. Utskiljas måste väl i alla händelser de för övrigt mycket vanliga fall, då den förutsättning, vars oriktighet och väsentlighet av motparten inses, icke hänför sig till verkligt konkreta och distinkta fakta utan till en viss grad har en mera allmän och vag karaktär.[41] Och särskilt när det gäller de utomordentligt betydelsefulla misstagen angående *värdet och användbarheten* av en prestation, vare sig den som förutsättningskontrahenten förvärvar från motparten eller den som han till denne avhänder sig, måste förmodligen kravet på kvalificering sträcka sig avsevärt längre. Man får i sådant avseende över huvud

---

särskilt vittgående. Jfr vad det senare beträffar exemplet hos Ussing, Forudsætninger s. 122; det är icke säkert, att bedömandet bör utfalla på samma sätt, därest det rör sig om t.ex. ett butiksköp, en betalning eller ett förlikningsavtal.

[39] Se Arnholm, Streiftog i obligasjonsretten, 1939, s. 206.

[40] Även när det är fråga om ett förledande till avtalsslut genom *positiva* uppgifter, kunna naturligen dylika grunder för »rättsstridighetens bortfallande» förekomma. Man behöver blott tänka på det sätt, varpå man i affärslivet så ofta lägger sig vinn om att genom *reklam* bibringa allmänheten oriktiga föreställningar. Den eventuella invändningen, att folk förstår att reklam måste tagas cum grano salis, kan endast delvis undanskymma det faktum, att rättsordningen med hänsyn till det samhälleliga gagn, som reklamväsendet i det hela medför, får i stor utsträckning taga den olägenheten med på köpet, att juridiskt oanfäktbara avtal tillkomma under omständigheter, som ur moralisk synpunkt lämna åtskilligt övrigt att önska.

[41] Jfr Ussing, Forudsætninger s. 119 f.

det intrycket, att i de fall, där i rättstillämpningen motpartens (den om förutsättningsfelet underkunnige motpartens) beteende plägar stämplas som svikligt eller obehörigt, regelmässigt endera av följande två betingelser äro uppfyllda. *Antingen* komme avtalet, därest det skulle stå vid makt, att till följd av misstaget bli *i grunden* onyttigt för den handlande; han erhölle t.ex. en för honom absolut obrukbar prestation. Det räcker sålunda icke, att man kan säga sig att avtalet ej skulle ha kommit till stånd, om villfarelsen varit borta, utan det skall föreligga ett extremt misslyckat avtal. *Eller* också rör det sig om ett faktum, som på grund av omständigheterna är svårt att upptäcka eller som i allt fall är av den art, att en kontrahent icke kunnat vara beredd på detsamma; det är av den säregna och överraskande beskaffenhet, att man för dess uppdagande icke plägar företaga någon undersökning eller använda någon uppmärksamhet, låt vara att, därest så skett, rätta förhållandet lätt nog skulle ha utrönts. Det är just det medvetna utnyttjandet av ett misstag, som beror på dolda fakta eller fakta, vilka så att säga icke ligga i linje med dem som folk vid ingående av ifrågavarande slags avtal i regel plägar ställa in sin uppmärksamhet på, som för den allmänna uppfattningen ter sig illojalt, omoraliskt eller svikligt.

Det kunde synas, som om med hänsyn till de begränsningar av utrymmet för en rättsligt relevant civil dolus, som här gjorts, någon nämnvärd skillnad mellan det straffbara och det civila sveket över huvud icke uppkomme. En sådan skillnad finnes emellertid. Ett motpartens förtigande, mot bättre vetande, kan på flera grunder anses civilt »obehörigt» utan att för den skull ådraga honom straffpåföljd. För det första måste antagas, att trots det ovan sagda den på straffrättsliga sanktioner grundade upplysningsplikten icke är på långt när så vittgående som den upplysningsplikt, vars åsidosättande allenast ger upphov till ogiltighets- och skadeståndspåföljd; motpartens underlåtenhet är straffrättsligt mindre ofta »rättsstridig» än civilrättsligt.[42] För det andra kan icke för förhandenvaron av civilt svek krävas, vilket väl däremot är näraliggande att åtminstone

[42] Jfr NJA 1938 s. 474.

ifrågasätta vara betingelse för straffansvar,[43] att förutsättningskontrahenten *tagit intryck* av motpartens tystnad och därav förletts till avtalet. Det behöver, annorlunda formulerat, icke föreligga ett svikligt *framkallande,* inkl. ett svikligt vidmakthållande eller förstärkande, jfr t.ex. NJA 1945 s. 351, av villfarelsen utan räcker med ett svikligt *utnyttjande* av densamma; kravet på »kausalitet» (eller rättare minimikravet på kausalitet, se nyss här ovan) innebär allenast, att man kan fastställa, att om en upplysning givits, förutsättningskontrahenten icke skulle ha ingått avtalet (icke alls eller icke på oförändrade villkor).[44] För det tredje lärer den bevisningsregel, som återfinnes i 30 § *andra* stycket avtalslagen och enligt vilken ett visst beteende hos motparten presumeras framkalla rättshandlingen, sakna tillämplighet vid det straffrättsliga bedömandet.[45] För det fjärde fordras för avtalets återgång i och för sig icke, att det uppstått ekonomisk skada för den vilseledde och ekonomisk vinning för motparten; se det straffrättsliga rättsfallet NJA 1938 s. 193, jfr dock även 1942 s. 379. Det kan räcka, att avtalet på annat sätt varit för vederbörande ofördelaktigt, så att denne, om villfarelsen varit borta, icke skulle ha, i allt fall icke på oförändrade villkor, inlåtit sig på detsamma. Ja icke ens om det avtal, som motparten veterligt tillkommit under en oriktig förutsättning, är även ur andra synpunkter än ekonomiska objektivt sett oskadligt eller otadligt, *behöver* detta utesluta ogiltighetspåföljd. Så mycket tydligare är då, att den omständigheten, att den om förutsättningsfelet underkunnige motparten icke *ansett* avtalet medföra ekonomisk förlust för den handlande eller vara ur någon synpunkt för honom skadligt, ej i och för sig utgör hinder för ogiltighets inträde resp.,

---

[43] Se i detta icke särdeles klara ämne Strahl i SvJT 1945 s. 54 (med litteraturhänvisningar, bl.a. till Sterzel och Andenæs), i anslutning till rättsfallen NJA 1939 s. 138 och SvJT 1941 rf. s. 11. Hänvisas må vidare till Krabbe, Borgerlig straffelov, 4 uppl. 1947, s. 678, 679.

[44] Jfr även Hägerström i SvJT 1939 s. 320 ff. Den distinktion förf. där utvecklar synes icke vara någon annan än den välkända mellan en villfarelses »framkallande» och dess »utnyttjande» i den i texten angivna meningen. — Beträffande villfarelses utnyttjande se vidare min uppsats i SvJT 1933 s. 241.

[45] Jfr NJA 1922 s. 107, 1932 s. 183. 1935 s. 680.

om ekonomisk förlust faktiskt skulle uppkomma, för skadeståndsskyldighet. Uttrycket civilt »svek» är visserligen i dylika fall mindre lämpligt, och 33 § avtalslagen kan i regel icke citeras, eftersom ju motpartens förfarande under dessa omständigheter sällan framstår som stridande mot »tro och heder». Vid nämnda fras bör emellertid över huvud icke fästas större avseende, och hänsynen till den enskildes självbestämmanderätt vid avtals ingående kunna understundom motivera, att fallen jämställas med dem för vilka ordalagen i 33 § avtalslagen passa.[46] Likvisst måste här mer än eljest varsamhet vara påkallad, när det gäller att statuera en upplysningsplikt för motparten.

Ytterligare en anmärkning i detta sammanhang. Med de fall, då motparten insett, att förutsättningen redan vid avtalets ingående var oriktig, böra utan tvivel samordnas de fall, då han insett att förutsättningen framdeles måste komma att brista. Såtillvida gälla alltså samma regler om dolus vid *bristande* förutsättningar som om dolus vid förutsättningars *oriktighet* (motivvillfarelser). Däremot kan ingalunda enahanda betydelse tillkomma en annan form av »dolus» vid bristande förutsättningar, nämligen den då motparten avsiktligt genom sitt beteende efter avtalet orsakat förutsättningens felslående. Ty medan det dock i ytterst stor omfattning framstår som omoraliskt eller obehörigt att inlåta sig på ett avtal, vars tillkomst för den handlandes del synbart bestämts av en oriktig förutsättning resp. en förutsättning som måste komma att brista, är det icke lika obehörigt av medkontrahenten att, med vetskap om att den handlande bygger på en viss förutsättning, sedermera genom sitt beteende göra samma förutsättning om intet, i allt fall såvida han icke redan vid avtalsslutet haft detta i sinnet. Det kan ju finnas så starka skäl för ett dylikt förfarande, att hänsynen till det redan ingångna avtalet måste väga lätt. — Som illustration må tjäna ett intressant rättsfall,

---

[46] Ussing, Aftaler, 3 uppl. s. 177. — Kvar står nämligen även i nu avsedda fall, att avtalet (trots dess objektiva försvarlighet) icke skulle ha av den handlande, därest hans villfarelse varit borta, godtagits, samt att den om villfarelsen underkunnige motparten haft klart för sig detta förhållande men ändock uppsåtligt tigit.

refererat i NJA 1936 s. 368. Sedan en klädesfabrikant träffat avtal om successiv leverans av tyg till en grossist i branschen, tog sig den förre för att med frångående av tidigare tillämpad praxis salubjuda sina varor direkt till skrädderiidkare. Fråga uppkom nu om rätt för grossisten att påfordra avtalets återgång och om skadeståndsansvar för fabrikanten. Här kan kanske sägas, att om fabrikanten från början räknat med att grossistens förutsättning skulle komma att brista, i det han redan då var besluten att handla så som sedan skedde, han borde drabbas såväl av ogiltighets- som av skadeståndspåföljd. I motsatt fall kan däremot avtalet icke återgå resp. skadeståndsansvar inträda enbart på den subjektiva grund, som här är av intresse (efterföljande »dolus»). Ty det kunde ej gärna av fabrikanten begäras, att han endast för att icke rasera den förutsättning å grossistens sida, på vilken det tidigare ingångna avtalet för dennes del, visserligen fabrikanten veterligen, byggde, skulle avhålla sig från den ifrågavarande omläggningen av sin försäljningsverksamhet. Ett särskilt spörsmål är emellertid, om förutsättningen av *objektiva* skäl borde tillerkännas relevans eller t.o.m. ett kontraktsvillkor i ämnet skulle anses föreligga. Detta spörsmål besvarades nekande av underinstanserna och en ledamot av högsta domstolen. Två justitieråd biföllo åter grossistens talan under åberopande av att denne finge anses ha erhållit en »tillförsäkran» av fabrikanten om förutsättningens riktighet (fingerad garanti; både återgång av avtalet och skadeståndsansvar). Ytterligare två justitieråd, i enlighet med vilkas votum domen avfattades, intogo den ståndpunkten, att visserligen förutsättningen var (i ogiltighetshänseende) relevant, så att grossisten ägt rätt att frånträda avtalet, men att rättsgrund för en skadeståndsskyldighet för fabrikanten saknades. Om denna medelväg nedan under IV.

III.

Vi övergå härefter till att undersöka frågan om verkan av en (i form av underlåtenhet föreliggande) *culpa* in contrahendo hos förutsättningskontrahentens motpart. Drabbas månne en motpart, vilken får anses ha ådagalagt vårdslöshet med hänsyn

till det av den felaktiga förutsättningen bestående viljefelet, av ogiltighets- och skadeståndspåföljd, oberoende av eljest gällande regler om förutsättningars relevans? Naturligen antages då, att det icke rör sig om fall, där motivvillfarelsen skulle ha saknat betydelse t.o.m. om dolus hos motparten förelegat. Det gäller alltså att klargöra, om och i vad mån den omständigheten, att motparten lägges till last allenast detta att han »*bort*» förhålla sig annorlunda, eventuellt leder till annat resultat än om han handlat svikligt, mot bättre vetande. Denna fråga har stor betydelse, eftersom ju även enligt den föregående framställningen huvudregeln om dolus' självständiga rättsverkan upprätthållits i avsevärd omfattning. Och den finge än större räckvidd, om man i enlighet med antydda, i nordisk doktrin under senare tid ganska utbredda uppfattning ville mera generellt än ovan skett hävda grundsatsen, att motpartens dolösa förfarande föranleder ogiltighet och skadeståndsansvar.

Ifrågavarande culpa in contrahendo kan (jämför dolusbegreppet här ovan) föreligga i följande former: 1) Motparten har vårdslöst förbisett förutsättningens *oriktighet* (eller t.o.m. dess *förhandenvaro*) resp. förbisett att densamma måste komma att brista. Culpan angår sålunda här misstagets existens.[47]. Det är detta vårdslösa förbiseende av förutsättningens oriktighet, eller antagliga bristande, som man i allmänhet i rättslitteraturen mest intresserat sig för, och därpå syftas ock närmast i fortsättningen, när ej annat särskilt säges. 2) Motparten har, oaktat han haft klart för sig förutsättningens förhandenvaro och oriktighet, vårdslöst förbisett dess *väsentlighet*.[48] I de båda nu nämnda avseendena lägges sålunda motparten till last, att han icke — genom omedelbar iakttagelse å omständigheterna vid avtalsslutet eller kanske genom särskild undersökning — förskaffat sig kännedom om vederbörande motivvillfarelse och dess väsentlighet. Men culpa kan ytterligare förekomma i den formen, att 3) motparten har, fastän han ägt dylik kännedom,

---

[47] Angår förutsättningen något sådant som t.ex. felfri beskaffenhet av en förvärvad sak, kan dessutom vårdslösheten bestå *antingen* däri att man förbisett felets förhandenvaro *eller* ock däri att man, med vetskap om felet, förbisett den handlandes okunnighet om detsamma.

[48] Exempel i NJA II 1927 s. 361.

vårdslöst uraktlåtit företaga det handlande, som för villfarelsens undanröjande varit av nöden (till följd av glömska, förströddhet, oföretagsamhet o.s.v.). — Som synes medtagas även när det gäller culpa hos motparten fall av sådana *bristande* förutsättningar, vilkas framtida felslående med säkerhet kan påräknas. De torde utan vidare kunna jämställas med fall av oriktiga förutsättningar.

Det föreliggande spörsmålet befinner sig för både svensk och utländsk rätts vidkommande i ett tämligen oklart läge. I äldre tid var uppfattningen på kontinenten i princip utan tvivel den, att man när det gällde motivvillfarelser eller andra felaktiga förutsättningar hyste obenägenhet att erkänna ett skadeståndsansvar för motparten, om icke denne gjort sig skyldig till svek eller liknande (deliktsteorien), och jämväl i fråga om rätten att påfordra avtalets återgång iakttogs, bortsett från svekfallen, utpräglad försiktighet. Detta var den härskande pandekträttsliga inställningen.[49] Tendensen i nyare rättsutveckling har på skilda håll i utlandet gått i riktning att utvidga motpartens ansvarighet, i både ogiltighets- och skadeståndshänseende, till även vissa andra fall av subjektivt oförsvarligt beteende å motpartens sida.[50]

Vad den nordiska rätten beträffar, har lagstiftaren ofrivilligt gjort sitt bästa för att motarbeta en eventuell tendens av detta slag, nämligen genom att i avtalslagen införa ett stadgande, den ovannämnda 33 §, som har sin räckvidd begränsad till vissa dolusfall och sålunda i och för sig skulle kunna inbjuda till ett motsatsslut. Åtminstone inom doktrinen har man dock klart för sig, att ett sådant skulle vara oberättigat. Som bekant hävdas nu särskilt av Stang läran, att en motivvillfarelse principiellt är relevant i ogiltighetshänseende (oavsett förutsätt-

[49] Annorlunda som bekant beträffande förklaringsmisstag (misstag i avseende å viljeuttrycket; viljeteorin). Och området för sådana bestämdes ofta vidsträcktare än för nordisk rätt plägar ske vid tolkning av 32 § första stycket avtalslagen, jfr nedan kommentaren till rättsfallet NJA 1908 s. 221.

[50] Se särskilt det i den föregående uppsatsen anmärkta arbetet av Hildebrandt, Erklärungshaftung, 1931. Ett stort inflytande i nämnda riktning har utövats av en av Leonhard författad skrift: »Verschulden beim Vertragsschlusse», 1910. Se ock, från senare tid, Entscheidungen d. Reichsgerichts in Zivilsachen, Bd 151 s. 357 och Bd 159 s. 54 f.

ningens beskaffenhet), när densamma varit »synbar», vilket enligt Stang är fallet såväl då den insetts som då den *bort* inses av motparten.[51] Även Ussing ansluter sig på sitt sätt till denna Stangs lära om »synbart förutsättningsfel», men hans undantag och reservationer äro betydande.[52] I övrigt har Stang både anhängare och — kanske ännu mer — motståndare; till de senare torde få hänföras bl.a. Lassen, Almén och Kôersner.[53] Jämväl Arnholm kan numera sägas ha i det väsentligaste tagit avstånd från läran om synbart viljefel sådan den propagerades av Stang.[54] — Såvitt angår svensk rättstillämpning spåras endast i ringa grad ansatser att tillerkänna culpa in contrahendo å motpartens sida självständig betydelse i det hänseende, varom här är tal. De ojämförligt flesta fall, då fråga uppkommit om att grunda en förutsättnings relevans på ett motpartens särskilda beteende in contrahendo, ha — åtminstone om man bortser från en del fall där frågan gällt relevansen av s.k. rättsliga fel — varit dolus- eller garantilägen. Vad i synnerhet motpartens skadeståndsansvar beträffar, må från senare tid antecknas ett par rättsfall (NJA 1928 s. 47 och 1936 s. 368), där den från en felaktig förutsättning utgående kontrahenten visserligen fått sin talan om avtalets återgång bifallen men förvägrats skadeståndsrätt; utgången har då i rubrikerna, med ett tämligen kategoriskt tonfall, beskrivits så, att »skadeståndsansvar ansetts icke böra ifrågakomma». Man får nästan intryck av en principförklaring därom, att en kontrahent, som häver ett avtal på grund av en felaktig förutsättning, icke — eller allenast i undantagsfall, såsom i händelse av svek eller garanti hos motparten (se rättsfallshänvisningarna i rubrikerna) — skulle i skadeståndshänseende kunna framställa några anspråk. Naturligtvis får emellertid betydelsen av en dylik inställning, om den föreligger, icke överdrivas.

Innan ämnet upptages till närmare behandling, är för dess överskådande nödvändigt att med några ord beröra, vilka olika

---

[51] Närmare om Stangs ståndpunkt min a. uppsats s. 222 ff.; se ock Innledning til Formueretten, 3 uppl. 1935, s. 584 ff.

[52] Forudsætninger s. 121 ff., Aftaler 3 uppl. s. 178 ff.

[53] Se hänvisningarna hos Stang a.a. s. 584 not 1.

[54] Alminnelig avtalerett, § 29.

slag av förutsättningar som kunna komma i betraktande. Följande indelning, i två stora grupper, torde lämpa sig som huvudindelning, även om skiljelinjen dem emellan icke alltid framträder skarpt.

Den första gruppen omfattar de fall, då den handlande kontrahenten A:s förutsättning är *hänförlig till motparten* B i den meningen, att förutsättningen avser ett förhållande å B:s sida (ett beteende av B personligen, eller hans folk, en omständighet inom ramen för hans verksamhetsområde o.s.v.). Felslåendet av en dylik förutsättning kan sedan — för att anknyta till den distinktion, som Ussing lägger till grund för sin framställning [55] — föranleda antingen att den av A eftersträvade *fördelen* av avtalet blir mindre än A utgått ifrån eller att den med avtalet förbundna *bördan* blir för A större än av honom påräknats. Exempel på det förra: den individuellt bestämda egendom eller den arbetsprestation, som A genom köp eller tjänsteavtal förvärvar från B, är felaktig eller dock icke, såsom saknande vissa särskilt goda egenskaper, av den beskaffenhet eller det värde han väntat sig (fall av vederlagsförutsättningar)[56]; A, som erlägger betalning till B, häftar icke i skuld till denne (även detta ett fall av vederlagsförutsättningar); A överlämnar till B en gåva, som på grund av vissa vid dess tillkomst förhandenvarande, av B beroende förhållanden är omotiverad. Exempel på det senare: säljaren A:s prestation är omöjlig att fullgöra eller möter större svårigheter än påräknats, och omöjligheten eller svårigheterna ha sin grund i vid avtalet föreliggande omständigheter, som »bero av» köparen B eller förhållanden varöver denne äger råda (jfr 21 § köplagen); det av entreprenören A åtagna byggnadsarbetet å B:s fastighet möter opåräknade komplikationer till följd av den säregna grunden å fastigheten; ett leveransavtal eller ett arbetsbeting blir för A osedvanligt dyr-

[55] Forudsætninger s. 129 ff. Vid den följande exemplifieringen har Ussings arbete på en del punkter tjänat till ledning.

[56] Såsom vederlagsförutsättning synes man däremot i allmänhet icke kunna uppfatta antagandet, *att* över huvud ett visst vederlag erhålles. Detta lär nämligen normalt vara icke blott en förutsättning utan (såsom naturligtvis *kan* vara och ofta är händelsen även med föreställningen om vederlagets beskaffenhet) ett antagande av det slag att dess riktighet utgör ett *kontraktsvillkor*.

bart därför att B (från början) varit förhindrad att prestera den medverkan till avtalets fullgörande som A förutsatt; sysslomannen A åsamkas en oväntad arbetsbörda på grund av vissa till uppdragsgivaren B hänförliga omständigheter, varom denne vid avtalet icke lämnat upplysning; ett försäkringsbolag A drabbas av risker varmed det ej kalkylerat på grund av speciella, hos försäkringstagaren B förefintliga förhållanden.

Den andra gruppen av felaktiga förutsättningar utgöres av dem, som icke på antydda sätt äro anknutna till motparten utan antingen närmast hänföra sig till den handlande själv (hans särskilda förhållanden, hans verksamhetsområde etc.) eller äro av allmän natur. Även här kan förutsättningen slå fel både med hänsyn till den vederbörande tillkommande fördelen av avtalet eller med hänsyn till den därmed för honom förbundna bördan. Exempel på det förra: Av A från B köpt eller förhyrd egendom eller förvärvad arbetskraft blir onyttig eller mindre inkomstbringande än påräknats på grund av någon redan vid avtalsslutet föreliggande omständighet eller uppenbarligen förestående händelse, som är förknippad med A:s egen räjong eller som i likhet med statliga ingripanden, rubbningar i samhällslivet av ekonomisk art o.s.v. har allmän karaktär; A:s betalning av C:s gäld till B eller annan rättshandling gentemot B i C:s intresse sker under det oriktiga antagandet, att A är skyldig C motsvarande belopp resp. att rättshandlingen eljest jämlikt A:s mellanhavande med C tillför A valuta. Exempel på det senare: en person, som åtagit sig ett arbete på entreprenad eller annat arbetsbeting, felbedömer vissa vid avtalsslutet föreliggande, för kostnadsfrågan avgörande faktorer, hänförliga till hans eget verksamhetsområde eller till marknaden i stort; en anbudsgivare begår ett räknefel; en löftesman bygger på felaktiga (från annan person än borgenären härrörande) upplysningar angående gäldenärens solvens; en säljare eller givare misstager sig beträffande värdet av det gods han avhänder sig; en kontrahent vilken som helst har förvända föreställningar rörande omfånget av det rättsliga ansvar, som principiellt är med avtalstypen förbundet, eller felbedömer sitt eget förmögenhetsläge. — Särskilt må framhållas, att under ifrågavarande grupp ingå i stor utsträckning fall av felaktiga kalkyleringar av olika

slag, uppkomna genom att vederbörande haft oriktiga föreställningar om det vid avtalsslutet föreliggande läget resp. genom att han förbisett att det ena eller andra förhållandet måste komma att inträda eller icke inträda.

Framställningen avser tills vidare endast frågan om avtalets återgång; till skadeståndsansvaret återkomma vi längre fram (under IV).

Av avgörande betydelse är då till en början, att man vid ämnets behandling måste komma till olika resultat allt efter den innebörd man på förevarande område inlägger i culpabegreppet. När skall det anses, att motparten »bort» inse den oriktiga förutsättningen och vara verksam för dess undanröjande? I denna del är Stangs ovannämnda lära om »synbart förutsättningsfel» — såsom på sin tid Ussing givit en antydan om [57] — behäftad med den största oklarhet.

Säkert är i alla händelser, att någon culpa, något synbart förutsättningsfel, icke föreligger redan i och med att motparten haft *möjlighet* eller *tillfälle* att upptäcka och korrigera den handlandes villfarelse. Ett så oförnuftigt strängt krav kan icke uppställas ens när det rör sig om uppdagande av misstag av den art som omförmäles i 32 § avtalslagen (förklaringsmisstag). Vad har man icke allt möjlighet att inse, om tillräcklig tid och energi, tillräcklig uppmärksamhet och undersökning för ändamålet komma till användning? Enligt 32 § avtalslagen behöver endast *så* mycket omsorg appliceras, som domstolarna enligt den av dem använda måttstocken finna »skälig» eller »tillbörlig»; på blotta möjligheten att inse misstaget kommer det icke an. Detta innebär visserligen, att sagda lagbud blott delvis har ett reellt innehåll. Dess verkliga innebörd avhänger i väsentlig grad därav, vilka anspråk i rättstillämpningen ställas på motparten. Här är det nämligen icke, såsom åtminstone i första hand är fallet när det gäller motpartens *vetskap* om förutsättningsfelet, fråga om ett *faktum,* om ett förhållande som kan göras till föremål för bevisning; det rör sig fastmera om ett *bedömande,* ett rättsligt bedömande. Att, som så ofta sker, utan vidare taga för givet, att »Wissen» och »Wissenmüssen» måste

[57] Forudsætninger s. 123 f.

med varandra jämställas, är mycket korttänkt. Härav följer, i förbigående sagt, att när det hävdas att genom 32 § avtalslagen den godtroende motpartens förlitan på det objektiva innehållet i en avgiven viljeförklaring skyddas även på bekostnad av den handlandes »verkliga», hans för motparten icke synbara vilja, riktigheten av detta uttalande helt beror av hur lagrummet i praktiken tillämpas med hänsyn till tolkningen av ordet »bort», preciserandet av innebörden i begreppet »god tro». Om nämligen domstolarna skulle ställa synnerligen vittgående anspråk på motparten i vad angår hans i lagrummet fastslagna förpliktelse att ägna omsorg rörande den avsedda innebörden i den handlandes viljeförklaring, skulle man i realiteten komma ofantligt långt i riktning mot viljeteorins praktiska resultat.

För att regeln om motpartens ansvar för culpa in contrahendo med hänsyn till ett föreliggande förutsättningsfel (regeln om synbar motivvillfarelse som ogiltighetsgrund) skall få verklig mening, måste således en närmare bestämning givas åt *måttet* av den uppmärksamhets- och undersökningsplikt eller över huvud den omsorgsplikt, som skulle åvila motparten. Två möjligheter torde härvid erbjuda sig. Enligt den *ena* — som torde vara den mest näraliggande och som också förlänar regeln det jämförelsevis största reella innehållet — har man att av vederbörande kräva just den omsorg, som enligt härskande rättsuppfattning fordras av en motpart i det i 32 § avtalslagen reglerade läget, vid fastställandet av huruvida ett visst objektivt viljeuttryck stämmer med den handlandes vilja eller ej. Eller om man så vill: det bör krävas samma mått av uppmärksamhet etc., som skall komma till användning vid *tolkning* av viljeförklaringar; vår rättsordnings grundsatser i detta hänseende, inom förmögenhetsrätten som här närmast är av intresse, kunna ju sägas ha i nämnda lagbud blivit legislativt fastslagna. Den *andra* möjligheten är åter, att man bedömer graden av den motparten åvilande omsorgsplikten självständigt, oberoende av vad som är vedertaget beträffande tolkning av rättshandlingars innehåll: det skall krävas av motparten, att han utvecklar så stor uppmärksamhet, vidtager en så omfattande undersökning av läget o.s.v., som på det ifrågavarande området av rättslivet, eller i det föreliggande särskilda fallet, kan

anses överensstämma med sed och moral. Den krävda aktsamheten kan nu enligt denna senare uppfattning understundom vara större än den som följer av den förra. Men den kan naturligtvis också vara mindre, den kan inskränkas till ett minimum, ja den kan — det måste bli konsekvensen — på det ena eller andra området eller i det ena eller andra fallet (där seden och moralreglerna icke kräva någon omsorg av motparten alls) helt försvinna. Att läran om synbart förutsättningsfel, om den tolkas på detta minst sagt elastiska sätt, får ett i hög grad uttunnat innehåll och en därför mycket reducerad reell betydelse, är uppenbart.

A). Mot regeln om synbart förutsättningsfel, uppfattad i enlighet med det förra alternativet, kan för det första invändas, att en överflyttning till förutsättningslägena av de för tolkning av viljeuttryck gällande grundsatserna möter stora svårigheter, eftersom fallen — särskilt på grund av förutsättningarnas skiftande beskaffenhet och ofta felande typicitet — på sätt och vis icke äro kommensurabla. Vid denna invändning skall dock icke läggas avgörande vikt.

Än vidare må framhållas, att samma tolkningsalternativ i stor utsträckning föranleder ett mindre omfattande culpaansvar än som i själva verket torde vara av anhängarna till regeln om synbart förutsättningsfel (Stang m.fl.) åsyftat. I fall av misstag enligt 32 § avtalslagen torde nämligen medkontrahenten endast undantagsvis ha någon verklig *undersökningsplikt* beträffande möjligheten av oriktigt uttryckssätt å den handlandes sida; vad som åligger honom är normalt endast att ägna viss *uppmärksamhet* åt eventualiteten i fråga. Men när det gäller alla de förutsättningar, som i ovan angiven mening hänföra sig till motparten — och särskilt då dem som äro av typisk beskaffenhet (t.ex. fel i försålt gods) — är det spörsmålet om motpartens undersökningsplikt, som har den största praktiska betydelsen. Att *här* helt generellt inskränka motpartens åligganden in contrahendo på ett sätt som må passa för fall av oriktigt uttryckssätt eller tolkning av viljeförklaringar skulle vara irrationellt. Klart är å andra sidan, att om man för undvikande härav nöjer sig med att ange omsorgsplikten enligt 32 § avtalslagen såsom det *minimum,*

vilket skall av förutsättningskontrahentens motpart presteras, regeln förlorar det mesta av sin eftersträvade bestämdhet; man kommer då delvis över till det senare av de båda omnämnda tolkningsalternativen (nedan under B).

Den viktigaste invändningen är emellertid, att liksom omdiskuterade regel i nyss berörda avseende icke är tillräckligt vittgående, den i andra förutsättningsfall leder alldeles för långt. Detta gäller, till en början, beträffande de förutsättningar som hänföra sig till den handlande själv, hans särskilda förhållanden o.s.v., eller som ha en mera allmän inriktning (alltså hela den ovan omtalade förutsättningsgruppen nr 2). Redan en konfrontering med de ovan angivna exemplen måste framkalla skepsis rörande möjligheten att beträffande förutsättningar av här avsedda slag ålägga motparten samma plikt till omsorg som då fråga är om tolkning av viljeförklaringar. Särskilt kan värdet av regelns tillämplighet i förevarande fall betvivlas ur synpunkten av att den måste vara ägnad att förslappa den aktsamhet vid avtals ingående, som envar kontrahent bör iakttaga med hänsyn till riktigheten av sina egna förutsättningar.

I alla händelser måste *en* begränsning göras i regelns tillämpning på nu berörda område. Det kan icke enbart ankomma på vad *motparten* för sin del bort inse. Den omständigheten, att förutsättningskontrahenten själv gjort sig skyldig till större culpa än motparten på grund av att han haft större möjligheter än denne att överskåda och bedöma förutsättningsläget, måste rimligen utesluta ogiltighetspåföljd.[58] Till stöd för denna sats kunna, a fortiori, åberopas flera lagbud: 59 § köplagen, 9 § lagen om försäkringsavtal o.s.v. — Uppenbart är, att om denna inskränkning godtages, utrymmet för tillämpning av regeln om synbar motivvillfarelse i nu avsedda förutsättningsfall mycket kraftigt beskäres. När det gäller förutsättningar, som hänföra sig till den handlande personligen, hans verksamhetsområde etc., är det naturligen endast mera undantagsvis (på grund av rena tillfälligheter eller eljest speciella omständigheter), som motparten är bättre initierad om förutsättningsläget än vederbörande själv. Och även om förut-

[58] Jfr Stang a.a. s. 601, Leonhard a.a. s. 65 f.

sättningen avser ett förhållande av mera allmän karaktär, måste det vara vanligare, att den större översikts- och bedömningsförmågan är att finna hos den kontrahent, som utgår från förutsättningen, än hos hans medkontrahent.

Men även bortsett därifrån är en regel, innebärande att motparten i dessa förutsättningsfall skulle i samma mån som en medkontrahent, vilken har att tolka en avgiven viljeförklaring, vara skyldig att ägna uppmärksamhet åt eller över huvud vara omsorgsfull beträffande möjligheten av ett misstag å den handlandes sida, principiellt ohållbar. Visserligen är omsorgsplikten även för en dylik medkontrahent, sådan den i rättspraxis uppfattas, knappast av *synnerligen* betungande beskaffenhet. Vore den det, skulle, såsom ovan antytts, en viss motsägelse uppkomma till det med vår nya avtalslagstiftning förbundna syftet att även på bekostnad av en kontrahents »verkliga vilja» tillgodose omsättningens krav och säkerheten i handel och vandel. Men att förpliktelsen i fråga ändock är mera vidsträckt än att dess överflyttande å förutsättningsområdet är realiserbart, kan ej gärna betvivlas. *En* sak är nämligen, att motparten, då det rör sig om innebörden av en till honom riktad *förklaring,* icke alltid får slå sig till ro med vad de använda orden m.m. objektivt sett må betyda utan har att ägna skälig uppmärksamhet åt vad den förklarande velat genom sina ord uttrycka — att motparten således i viss utsträckning måste bemöda sig om att fastställa ett till honom avgivet meddelandes avsedda innebörd i stället för »an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften» (BGB § 133). En *annan* sak är däremot, att motparten skulle behöva ägna samma omsorg åt frågan, huruvida de motiv, som må besjäla den handlande, eller ännu mera: huruvida de olika antaganden och föreställningar om sakläget, som hos honom förefinnas,[59] äro hållbara eller ej. Att detta är uteslutet,[60] framgår särskilt tydligt för de fall, då förutsättningen hänför sig till den handlande personligen eller till hans särskilda förhållanden o. dyl. Men principiellt ställer det sig icke mycket annorlunda, om förutsättningen har en mera allmän inriktning. Det är förfelat

[59] Se ovan not 2 i denna avhandling.

[60] Se ock Ussing, Forudsætninger s. 124.

att resonera så, att därest förutsättningen icke är på antydda sätt knuten till den handlandes särskilda räjong och motparten tillika sitter inne med den större insikts- eller bedömningsförmågan, den senare är »närmare» än den förre att (genom avtalets ogiltighet) bära ansvaret för förutsättningens oriktighet. Ty förutsättningen ligger alltid den handlande närmast såtillvida, som den ju har betydelse för fördelen av det av *honom* förvärvade resp. bördan av *hans* prestation;[61] det är denna relation som — beträffande nu åsyftade grupp av förutsättningar — a priori talar mot att motparten, även om han är den mera initierade, belastas med ansvaret.[62]

[61] Märk i detta sammanhang, att köplagen för det fall att säljaren på grund av ursprunglig omöjlighet eller annat ursprungligt hinder icke kan fullgöra sin prestation visserligen i 21 § fritager honom från ansvarighet för den händelse hindret »berott av» köparen men ingalunda ger någon antydan om att samma verkan skulle uppkomma enbart därför, att köparen haft större möjligheter än säljaren att överskåda och bedöma risken för prestationens uteblivande på grund av hindret.

[62] Det nu sagda har närmast berört spörsmålet om verkan av motpartens culpa, såvitt densamma skulle yttra sig i underlåtenhet att inse oriktigheten av den handlandes förutsättning. Men motsvarande gäller också beträffande en culpa avseende bristande insikt om förutsättningens förhandenvaro liksom om dess väsentlighet. Det kan icke åligga motparten att, i samma utsträckning som en motpart vilken befattar sig med tolkning av ett viljeuttryck, ägna intresse åt frågan, vilka förutsättningar den handlande utgått ifrån och vilken betydelse han tillmätt dem. Än vidare: medan det knappast är tänkbart, att enligt 32 § avtalslagen en medkontrahent, som haft kännedom om den handlandes väsentliga förklaringsmisstag, kan till försvar för rättshandlingens giltighet åberopa, att han av ursäktlig glömska, ursäktlig oföretagsamhet etc. underlåtit fästa dennes uppmärksamhet på misstaget, är det visst icke uteslutet, att motparten så vitt angår en oriktig förutsättning kan andraga en sådan ursäkt; jfr exemplet hos Titze, Verschulden beim Vertragsschluss, i Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, Bd 6 s. 520. Till stöd härför kan möjligen, a fortiori, åberopas det ovan anmärkta stadgandet i 7 § försäkringsavtalslagen. Av detsamma framgår, som redan nämnts, att försäkringstagaren icke behöver i lagens mening ha gjort sig skyldig till vårdslöshet i och med att han insett eller bort inse försäkringsbolagets oriktiga förutsättning och dess väsentlighet för bolaget. Hur lagstiftaren tänkt sig saken är visserligen icke fullt klart. Men enligt Hult, Föreläsningar över försäkringsavtalslagen, 1936, s. 50, skulle man förstå stadgandet så, att en viss glömska l. dyl. å försäkringstagarens sida kan vara försvarlig, och denna mening synes ha goda skäl för sig.

Är det anförda riktigt, kommer tydligen culpa in contrahendo å motpartens sida med hänsyn till ett föreliggande förutsättningsfel av nu avsedda art icke att spela någon större praktisk roll som självständig ogiltighetsgrund. Såtillvida är den klassiska läran, att en motivvillfarelse icke erhåller relevans enbart genom att motparten ådagalagt vårdslöshet utan att härför fordras ett dennes *svikliga* beteende, träffande nog.

Helt och hållet kan dock icke motpartens ifrågavarande culpa här frånkännas dylik betydelse.

För det första måste otvivelaktigt anses gälla, att om culpan är synnerligen grov, man kan ha fog att *presumera* dolus. Detta förhållande, som ingalunda saknar sitt praktiska värde, kan stödjas direkt på 33 § avtalslagen: »måste *antagas* hava ägt sådan vetskap» (jämför även 6 § 2 st. samma lag: »måste inse»). Satsen, att »culpa lata dolo comparatur», är ju av gammalt ursprung, och på denna punkt har den säkerligen sitt berättigande. Bevissvårigheterna skulle eljest lätt bli vederbörande övermäktiga.[63]

För det andra synas vissa skäl tala för att motpartens culpa lata även tillägges en vidsträcktare, omedelbart materiell rättsverkan. Ligger oriktigheten av den handlandes förutsättning i öppen dag, framgår den med största tydlighet vid enkel iakttagelse — så att det förefaller svårförklarligt, att den icke upptäckts av motparten — är det möjligen motiverat att utan vidare behandla denne så, som om han haft vetskap om förutsättningsfelet, även om i det enskilda fallet skulle kunna göras troligt, att han på grund av extrem ouppmärksamhet, enfald o.s.v. varit okunnig om detsamma. Presumtionen skulle så att säga vara en presumtio juris et de jure, en icke motbevisbar presumtion. *Denna* regel kan visserligen icke alls grundas på 33 § avtalslagen utan står snarast i strid mot paragrafens innehåll. Lagstiftaren har nämligen tänkt sig, att motparten genom att han handlat mot bättre vetande gjort sig skyldig, redan vid avtalets tillkomst, till något moraliskt stötande.

---

[63] Jfr Winroth, Köp av lös egendom, 1917, s. 263: Culpa lata är »skadebringande gärning, som, fastän ej bevisligen beroende på avsikt, dock tyder därpå just genom det osedvanliga mått, vari övlig aktsamhet åsidosatts».

Och därom kan det ju, såsom Almén understrukit,[64] i brist på vetskap om viljefelet å motpartens sida ej gärna vara tal, även om hans culpa må vara aldrig så grov. På sätt redan i det föregående antytts, får emellertid någon avgörande vikt icke tillmätas nämnda lagstiftningsprodukt.

Även i ett tredje hänseende kan motpartens culpa in contrahendo ifrågasättas ha en viss praktisk betydelse. Ovan har ju allenast gjorts gällande, att man icke kan uppställa den regeln, att en oriktig förutsättning av nu avsedda slag, oavsett om densamma i och för sig är ägnad att vara relevant, skulle föranleda avtalets ogiltighet i fall då motparten, med iakttagande av den omsorg som i allmänhet skall presteras av en medkontrahent vid tolkning av en till honom riktad viljeförklaring, hade upptäckt förutsättningsfelet. Däremot har naturligen icke påståtts, att en förutsättning av hithörande typ alltid måste vara irrelevant, eller ens — vilket är av omedelbart intresse för vårt ämne — att icke undantagsvis förhandenvaron av culpa hos motparten skulle vara en av betingelserna för relevansen. Vad det förra beträffar är sålunda tämligen allmänt erkänt, att ett avtal kan på objektiva grunder, oavsett om motparten är aldrig så »godtroende», sakna bindande verkan till följd av förutsättningens oriktighet, lika väl som det ju i än större utsträckning förekommer, att förutsättningens bristande efter avtalet, genom senare tillstötande omständigheter, av objektiva skäl har avtalets overksamhet till följd.[65] På samma sätt som ett avtal medför förpliktelser *utöver* vad vederbörande kontrahent åtagit sig (enligt reglerna om naturalia negotii), på samma sätt måste understundom, till följd av omständigheter vartill kontrahenten vid avtalsslutet icke tagit eller kunnat taga hänsyn, de genom avtalet åtagna förpliktelserna upphävas eller minskas. Det erfordras en motsvarighet till den från den utomobligatoriska skadeståndsrätten välkända läran, att de skadeståndsrättsliga rätts-

---

[64] Lagen om avtal, 1916, s. 192 not 3.

[65] Jfr ovan s. 37 f. Att i uttrycket relevans på »objektiva grunder» icke inlägges ett bestridande av att det i flertalet fall för relevansen är en betingelse, att motparten haft eller bort hava vetskap om själva *förhandenvaron* av förutsättningen, har ovan i not 1 framhållits.

verkningarna av ett handlande, som i och för sig formellt uppfyller betingelserna för skadeståndspåföljd, kunna på särskilda grunder (frånvaro av »rättsstridighet») utebliva. Och motsvarigheten inom kontraktsrätten till denna lära utgöres för den nordiska rättens del bl.a. av reglerna om oriktiga och bristande förutsättningar, till den del dessa regler gå ut på att åt vissa förutsättningar i kraft av själva deras beskaffenhet, utan avseende å motpartens möjlighet att inse deras felaktighet etc., bör tillerkännas relevans.[66] — Men vidare: om så-

[66] Naturligen är det mindre vanligt, att en oriktig eller bristande förutsättning, som hänför sig till den handlande själv eller hans särskilda förhållanden m.m. (alltså icke har allmän inriktning), uppnår relevans. Som exempel må emellertid nämnas de fall, där en kontrahent äger åberopa »ein wichtiger Grund» av just nämnda beskaffenhet som skäl för tillbakaträdande (utan skyldighet att gottgöra det positiva kontraktsintresset) från ett »kontinuerligt» rättsförhållande: 18: 7 HB (jfr NJA II 1914 s. 268 mittst.), 27 § p. 1 1895 års handelsbolagslag, 16: 11 p. 2 JB i 1734 års lag och 3: 8 nyttjanderättslagen i dess lydelse efter 1939 års lagändring (uppsägningsrätt för hyresgästs dödsbo) o.s.v. Se ock ovan s. 38, där det framhållits, att man kunde tänka sig möjligheten av att mildra de för motparten kännbara konsekvenserna av förutsättningskontrahentens rätt att på sådana grunder frånträda ett slutet avtal genom att belasta denne med ett skadeståndsansvar motsvarande det negativa kontraktsintresset. Jfr i detta hänseende, vad 3: 8 nyttjanderättslagen beträffar, lagrådets förslag under förarbetena till den nya hyreslagstiftningen, att hyresgästs dödsbo, som begagnar sig av uppsägningsrätten enligt sagda lagrum, skulle vara pliktig att till hyresvärden utgiva skälig ersättning i anledning därav att denne jämlikt bestämmelse i hyresavtalet å lägenheten nedlagt kostnad, som genom uppsägningen blir onyttig (NJA II 1939 s. 487).

Just vid »kontinuerliga» rättsförhållanden har man för övrigt i rättstillämpningen understundom ställt sig ganska välvillig, i allt fall principiellt, till framställda yrkanden om att få frånträda ett avtal på grund av mellankommande omständigheter av allmän natur, som förhindrat avsett utnyttjande av det genom avtalet förvärvade. Se *dels* NJA 1911 s. 593, 1914 s. 475, 1916 s. 357, 1918 s. 467, *dels* NJA 1923 s. 241 och 534, jfr 1924 s. 372, vilka sistnämnda tre rättsfall dock efter NJA 1925 s. 184 och 1926 s. 129 icke synas ha samma betydelse som tidigare. Säkerligen har därvid den tankegången inverkat, att i dylika fall hänsyn kan tagas till bägge parternas intressen genom att avtalet *delvis* upprätthålles men *delvis* får gå tillbaka, det senare då beträffande framtida eller vissa framtida perioder. För dessas vidkommande är ju därvid möjligt att anlägga det betraktelsesättet, att avtalet på grund av det mellankommande hindret

lunda även en förutsättning av nu avsedda slag kan på objektiva grunder vara relevant, är det naturligtvis också tänkbart, att rättsordningen i ett givet läge visserligen är beredd att med hänsyn till fallets objektiva beskaffenhet låta förutsättningens felslående föranleda avtalets ogiltighet men endast under den ytterligare betingelsen, att motparten gjort sig skyldig till culpa i mening av att han icke iakttagit den vid tolkning av rättshandlingar sedvanliga omsorgen. De objektiva skäl, som motivera relevansen, äro måhända vägande men dock icke *så* vägande, att de ensamma, utan förstärkning av det ifrågavarande subjektiva momentet å motpartens sida, äro tillräckliga. Även om alltså motpartens culpa icke är *tillfyllest* för att förhjälpa vilken som helst oriktig förutsättning till relevans, kan den vara *erforderlig* för relevansen i fall, då objektiva faktorer därjämte äro att tillgå. Särskilt är detta möjligt i situationer, där det framstår som tveksamt, om ansvaret objektivt sett bör bäras av den handlande själv

---

kan sägas icke ha gått i verkställighet, varför man icke ur den synpunkten behöver känna sig pressad att låta förutsättningskontrahenten stå »faran». — Eljest torde man däremot böra vara försiktig med att tillmäta betydelse åt den omständigheten i och för sig, att på grund av mellankommande hinder av allmän natur möjligheten för en kontrahent att utnyttja det genom avtalet förvärvade gått om intet eller minskats. Jfr NJA 1923 s. 402 och Förhandlingarna å 19 nordiska juristmötet s. 208. — Även i övrigt böra möjligheterna att rygga avtal på grund av felaktiga förutsättningar vara större vid kontinuerliga avtal än eljest, och alldeles speciellt naturligen när det gäller »evighetsavtal», som ålägga den ene kontrahenten positiva förpliktelser mot den andre; sistnämnda slags avtal äro egentligen, om de icke skulle kunna till sitt innehåll jämkas med hänsyn till under tidernas lopp inträdda förändringar, en juridisk och ekonomisk absurditet. Se bl.a. nyssnämnda Förhandlingar a.st., SvJT 1952 s. 265, NJA 1946 s. 679 samt yttrande av lagrådet återgivet i kungl. propositionen nr 177, 1953, s. 33 f. (rörande den nya tomträttslagstiftningens efterblivenhet i detta avseende, vilken dock lärer kunna med stöd av allmänna förutsättningsregler väsentligt avhjälpas i rättspraxis). I linje med det anförda ligger, att vid kontinuerliga avtal en på annan grund än förutsättningsgrundsatser inträdande ogiltighet ofta måste begränsas till att avse framtiden (»ex nunc»), så bl.a. på bolagsrättens område, jfr NJA 1953 s. 99, där likväl åtminstone pluraliteten i HD, kanske visserligen av särskilda skäl, icke tog hänsyn till detta förhållande.

eller genom avtalets ogiltighet vältras över på motparten. Synnerligen vanliga torde dock dylika mellanfall knappast vara.

I det föregående har, när invändning framställts om att regeln om synbart förutsättningsfel, uppfattad i enlighet med det tolkningsalternativ som här intresserar oss, leder alldeles för långt, uteslutande tagits hänsyn till förutsättningar, hörande till den ovan i texten skildrade *andra* förutsättningsgruppen, d.v.s. förutsättningar som *icke* äro av beskaffenhet att i förut angiven mening anknyta till motparten. Man synes emellertid kunna gå vidare och framställa samma invändning även i fall, då förutsättningar *ha* dylik anknytning, om nämligen desamma äro individuella till sin natur (angående typförutsättningar skall nedan under *B* bli tal). Tydligt är visserligen, att dylika förutsättningar äro på *objektiva* grunder relevanta i en vida större utsträckning än de hittills behandlade, särskilt ur synpunkten av att det är viktigt att rimlig proportion mellan prestation och motprestation uppnås.[67] Exempelvis bli vid köp av lös egendom även en köpares individuella föreställningar om särskilt förmånliga eller eljest speciella egenskaper hos godset ofta av betydelse med hänsyn till storleken av den betingade köpeskillingen. Sannolikt är också, att man i vissa lägen, där betänkligheter eljest skulle kunna yppas mot en förutsättnings relevans, kan erkänna sådan, om culpa med hänsyn till förutsättningsfelet må kunna läggas motparten till last; även i detta avseende erbjuder frånvaron av förväntade, särskilt förmånliga egenskaper hos köpt gods ett exempel. Men allt detta är, som förut berörts, en sak för sig. Därifrån och till att antaga, att en motpart, som känner till att den handlande utgår från en viss föreställning om beskaffenheten av något till motparten hänförligt förhållande,[68] skulle vara pliktig att *utan hänsyn till föreställningens art* ägna samma omsorg åt möjligheten av densammas oriktighet (och väsent-

---

[67] Detta är ju en dominerande »förutsättningssynpunkt». Jfr SvJT 1952 s. 264 f.

[68] Vad åter angår motpartens plikt till omsorg beträffande själva *förhandenvaron* av den individuella förutsättningen, finns det uppenbarligen intet skäl att komma till annat resultat än beträffande de ovan diskuterade fall, då förutsättningen icke är hänförlig till motparten.

lighet) som en medkontrahent vid tolkningen av en till honom riktad viljeförklaring, är steget långt. Ju mera uteslutet det är, att motparten på objektiva grunder bär ansvar för föreställningens hållbarhet, dess klarare är det, att en sådan regel skulle bli alltför vittgående.[69] — I allt fall måste även här

[69] När i framställningen här ovan hävdats, att om en kontrahent i och för sig har att bära ansvaret för en förutsättnings oriktighet, detta ansvar icke helt allmänt kan kastas över på motparten enbart därför, att förutsättningsfelet i berörda mening »bort» av denne inses och korrigeras, har närmast varit fråga om övervältring av ett ansvar, som åvilar vederbörande direkt enligt på förutsättningslärans område gällande *rättsregler*. Ännu tydligare lärer vara, att ej heller den ansvarighet, som åvilar en kontrahent på grund av särskild *partsöverenskommelse* — t.ex. genom begagnandet av klausulen »i befintligt skick», när denna över huvud har reell betydelse och icke helt slentrianmässigt kommer till användning — utan vidare kan upphävas redan genom dylik culpa in contrahendo å motpartens sida. Rättspraxis lämnar heller intet stöd för ett sådant antagande. Däremot söka domstolarna på andra — delvis från den föregående framställningen välkända — vägar förebygga vissa med ifrågavarande klausuler eller jämförliga partsöverenskommelser förbundna olägenheter och materiellt stötande resultat. 1) En dylik klausul anses förlora sin verkan icke blott vid straffbart utan understundom även, såvitt synes, vid civilt svek hos motparten: NJA 1923 s. 326 (annorlunda i viss mån Almén, Köp och byte, § 48 vid not 40 a och 41). 2) En med klausulen svårförenlig »tillförsäkran» av motparten tillerkännes enahanda effekt; jfr NJA 1916 s. 172 (Almén § 48 vid not 47—51) samt, beträffande betydelsen av tillförsäkran å motpartens sida såsom neutraliserande ett *godkännande,* NJA 1937 s. 382 och 1948 s. 526. 3) Förhållandet uppfattas så, att parterna icke avsett eller tänkt sig att klausulen skulle vara tillämplig eller ha syftning på vissa förutsättningsfel. Detta sista remedium — för vilket kanske bestämmelsen i 48 § köplagen om påföljden av godsets avsaknad av »den beteckning varunder det utbjudits» ger uttryck — kan dock som lätt inses bättre appliceras i fall av *bristande* förutsättningar än i fall av *oriktiga* sådana, särskilt om icke den oriktiga förutsättningen innefattar ett extremt viljefel. En serie hyresrättsliga rättsfall är i detta sammanhang belysande: NJA 1915 s. 17, 1918 s. 506, 1931 s. 38, 1936 s. 328 (märk här hovrättens tillägg till underrättens motivering; jfr NJA 1928 s. 70); se numera 3: 11 tredje stycket nyttjanderättslagen, NJA 1943 s. 453 samt nedan not 99. Anmärkas må i detta sammanhang hyreslagstiftningskommitténs uttalande i anslutning till rättsfallet NJA 1931 s. 38, där majoriteten i HD med hänsyn till att det gällde brister i lägenheten, som förefunnos redan vid tiden för avtalets ingående, fritog hyresvärden från ansvarighet på grund av viss »friskrivningsklausul» i hyreskontraktet: »Att hyresvärden men ej hyresgästen avvetat fel i lägenheten torde där-

gälla, att den handlande själv har att stå risken för förutsättningens oriktighet, därest han in casu haft bättre möjligheter än motparten att överskåda och bedöma förutsättningslägets beskaffenhet.[70]

B). Den andra möjliga tolkningen av regeln om synbart förutsättningsfel som ogiltighetsgrund gick som ovan nämnts ut på att för att en motpartens culpa in contrahendo med hänsyn till förutsättningsfelet skulle antagas vara för handen, det måste fordras att denne eftersatt den omsorg, som på det ifrågavarande området av rättslivet, eller i det föreliggande särskilda fallet, finge anses överensstämma med sed och moral. Den krävda aktsamhetsgraden kunde därvid, framhölls det, vara både större och mindre än den som tillämpas vid tolkning av viljeförklaringar. Vad det förra beträffar märkes, åtminstone när det gäller förutsättningar som äro hänförliga till motparten, att det kan åvila denne en verklig *undersöknings-*, icke blott en uppmärksamhetsplikt. Invändningen, att regeln om synbart förutsättningsfel för åtskilliga viktiga fall ej medför ett tillräckligt omfattande ansvar (s. 119), är således enligt förevarande tolkningsalternativ utesluten. Och vad det senare angår kan med hänsyn till vad som följer av sed eller moral motparten vara fritagen från all omsorg beträffande eventualiteten av ett förutsättningsfel å den handlandes sida; någon culpa är då över huvud ej för handen. I motsvarande utsträckning blir man alltså ej heller utsatt för den invändningen, att regeln sträcker sig för långt, ålägger motparten en oskäligt betungande omsorgsplikt.

---

emot ej i och för sig» (sc. om icke ett straffbart svek eller ett mot tro och heder stridande förfarande föreligger?) »vara av beskaffenhet att betaga ett förbehåll om godtagande i befintligt skick dess verkan» (NJA II 1939 s. 489). Se vidare, på köprättens område, NJA 1949 s. 750.

[70] Det innefattar naturligen ingen motsägelse att å ena sidan endast med största försiktighet tillerkänna rättslig betydelse åt en culpa in contrahendo å motpartens sida, å andra sidan utan vidare låta tanken på motpartens ansvar falla så snart förutsättningskontrahenten själv i högre grad än denne på angivet sätt »bort» inse förutsättningsfelet. Ty det måste fordras mycket starkare skäl för att ålägga en kontrahent aktpågivenhet beträffande en *annans* förutsättning, med påföljd att avtalet blir ogiltigt, än för att av vederbörande kräva omsorg beträffande hållbarheten av hans *egen* förutsättning, med påföljd att avtalets giltighet upprätthålles.

Emellertid är den omdiskuterade regeln även i nu angivna utformning behäftad med tvetydighet. *Antingen* kan den innebära (härom nedan under *a*), att avgörande skall vara, om och i vad mån det i samhället faktiskt är vanligt, med sed överensstämmande, att en motpart i ett läge av föreliggande slag iakttager uppmärksamhet, verkställer undersökning eller eljes ägnar omsorg beträffande möjligheten av ett förutsättningsfel hos den handlande. Är det sålunda typiskt, att en motpart förfar på nämnda sätt — vilket praktiskt är ägnat att föranleda eller medverka till att det är typiskt att vederbörandes förutsättning är riktig —, skall det häremot stridande beteendet betraktas som kulpöst, och avtalet skall bli ogiltigt. *Eller* ock är innebörden den (härom nedan under *b*), att ett dylikt från det typiska avvikande beteende å motpartens sida icke anses innefatta culpa med mindre detsamma tillika framstår som »*otillbörligt*», är föremål för samhälleligt »*ogillande*». Det måste med andra ord föreligga konflikt icke blott med »*seden*» i betydelsen av ett faktiskt förekommande handlande utan även med den »*goda*» seden, med den i samhället härskande moralåskådningen o. dyl.

a) Det kunde synas vara en rimlig regel, att om och i den mån det i samhället är brukligt eller typiskt, att motparten iakttager uppmärksamhet, företager undersökningar etc. med hänsyn till möjligheten av ett förutsättningsfel å den handlandes sida — varvid närmast tänkes på fall av förutsättningar hänförliga till motparten —, vederbörande ock måste anses *rättsligt förpliktad* att så förfara, med påföljd att hans underlåtenhet att bete sig i enlighet med nämnda sed utsätter honom för risken av avtalets återgång. På sin höjd skulle invändningen om ett partiellt cirkelresonemang stå öppen, eftersom berörda typicitet kunde ifrågasättas vara en verkan, förutom av andra faktorer, av just den rättsregel, vars giltighet här diskuterades; från denna invändning bortses tills vidare.

Emellertid är även en dylik regel alldeles för generell och förty ohållbar. Visserligen förekommer det utomordentligt ofta, att i de fall, där det är vanligt eller typiskt, att en motpart ägnar viss omsorg rörande riktigheten av en till hans beteende eller förhållanden hänförlig förutsättning hos den

handlande, motparten även kan sägas vara rättsligt förpliktad, om icke till mera så dock till att iakttaga ifrågavarande omsorg vid äventyr av ogiltighetspåföljd. I stor omfattning ha sålunda speciella regler utbildats, som i dylika lägen ålägga motparten ansvar, i ogiltighetshänseende, för riktigheten av den förutsättning från vilken den handlande utgår. Och även om så icke skett, följer ofta av sakens natur, att sagda ansvar här är lika motiverat som att han häftar för uppfyllelsen av ett kontraktsmässigt åtagande. Härvid gäller visserligen att i nu åsyftade fall — då det med avseende å en till motparten hänförlig förutsättning är typiskt, att denne ådagalägger en viss omsorg beträffande förutsättningens riktighet — motpartens ansvar i ogiltighetshänseende ofta eller oftast går längre än att ogiltighet inträder blott i den mån nämnda omsorg, den alltså på området av motparter i allmänhet brukliga, eftersatts. Förutsättningen (den väsentliga förutsättningen) blir i dylika fall gärna — i analogi med vad som är huvudprincipen beträffande betingelserna för hävningsrätt vid egentligt kontraktsbrott, jfr 21 § köplagen, 3: 32 p. 1 nyttjanderättslagen [71] — relevant utan vidare, d.v.s. även om det icke å motpartens sida brustit i det mått av omsorg, som av en motpart i förevarande läge normalt iakttages. Såtillvida kommer förty regeln om synbart förutsättningsfel, *jämväl* till den del ansvar för motparten inträder, att bli utan praktiskt intresse.[72]

Men *generellt* kan ej sådant culpaansvar erkännas. Det finns åtskilliga fall, då trots att det är typiskt att motparten ägnar omsorg åt frågan om riktigheten av en förutsättning hos den handlande, något ansvar för omsorgens åsidosättande icke inträder utan risken för förutsättningens oriktighet åvilar den handlande själv. Bland annat kan motpartens belastande med ansvar te sig så irrationellt ur riskfördelningssynpunkt,

---

[71] Det förverkande av hyresrätt, som i sistnämnda lagbud stadgas, måste anses vara uttryck för en allmän regel (om rätt att häva avtal på grund av väsentligt kontraktsbrott) och är alltså icke, såsom man kanske av HD:s dom i NJA 1952 s. 508 skulle kunna förledas att tro, en singulär och särskilt sträng påföljd, vars tillämpning måste hållas inom snäva gränser. Se NJA 1948 s. 614 och Rodhe i SvJT 1951 s. 597.

[72] Jfr Ussing, Forudsætninger s. 124 not 25.

att man icke gärna kan ålägga honom rättslig förpliktelse till omsorg i det ifrågavarande hänseendet; särskilt kan detta vara fallet, om det närmast är ur synpunkten av sin egen nytta, med hänsyn till sina egna intressen, som motparter ha för vana att tillse, att vederbörande kontrahenters förutsättningar icke slå fel. Även om det t.ex. skulle vara brukligt, att en bank, som förmedlar ett obligationslån, finner med sin fördel förenligt att undersöka eller ägna uppmärksamhet åt det obligationsutställande bolagets solvens — så att detta faktiskt är en »prestation» som regelmässigt av en bank fullgöres — kan icke enbart därur härledas någon rättslig förpliktelse till omsorg för banken; dennas underlåtenhet i det ena eller andra fallet att förfara i enlighet med kutymen uppfattas säkert icke heller som otillbörlig.[73] Det är över huvud mycket en person *brukar* göra, som han kan underlåta utan att underlåtenheten anses obehörig. Men även om ur riskfördelningssynpunkt ingenting är att erinra mot det ifrågavarande ansvaret för motparten, kunna andra omständigheter föranleda, att detsamma får ligga kvar på förutsättningskontrahenten själv. Belysande äro härvid de hänsyn, som förestavat reglerna, i köplagen och enligt rättspraxis, om köparens »undersökningsplikt» beträffande fel (i egentlig mening) i försåld fast eller lös egendom. Förvisso är det typiskt, att säljare ägna viss omsorg åt köpares förutsättningar rörande godsets kvalitet. Men avgörandet av vad som skall anses vara normal beskaffenhet av den egendom köpet avser och huruvida egendomens kvalitet är underlägsen den normala, liksom huruvida köparen i det särskilda fallet av den ena eller andra orsaken är nöjd med en kvalitet som icke går upp mot genomsnittet, kan ofta ske endast på grundval av ett vanskligt skön, och det är därför ägnat att förekomma en ur parternas och även det allmännas synpunkt skadlig osäkerhet, om köparen i *viss* utsträckning hänvisas att själv före avtalsslutet övertyga sig om godsets beskaffenhet.[74] Detta motiv, att genom regler

[73] Annorlunda t.ex. när det rör sig om en banks underlåtenhet att väl vårda för obligationslån ställd säkerhet, jfr NJA 1941 s. 400.

[74] Särskilt hävdas detta vid fastighetsköp; jfr Ussing, Køb, 1939, s. 162, se dock SvJT 1950 s. 872 f. Det kan ej invändas, att då reglerna

med så att säga preskriptiv funktion undgå oklarhet i rättslivet med därav följande tvister, spelar för övrigt även på många andra områden av förutsättningsläran en betydande roll, så t.ex. vid institutet condictio indebiti.[75] Vidare är det tydligt, att de ovan s. 106 antydda hänsynen till den ekonomiska rörelsefriheten i samhället o. dyl. kunna ge anledning till att säljarens omsorgsplikt beträffande godsets kvalitet faller bort även i lägen, där samma hänsyn åter gentemot en säljarens *dolus* komma till korta.[76] Ytterligare en omständighet, som motiverar köparens undersökningsplikt, anses, vid fastighetsköp och jämförliga avtal, vara formkravet. Skulle köpet alltid bli ogiltigt på grund av ett (för köparen väsentligt) faktiskt fel[77] i fastigheten så snart säljaren »bort» inse felet, komme formbundenheten, menar man, att förlora en hel del av sin betydelse.[78] Förutsättningsfelets synbarhet är över huvud blott *en*

om köparens undersökningsplikt bottna i intresset att häva den osäkerhet, som må råda bl.a. därom, huruvida över huvud ett fel i egentlig mening föreligger — osäkerhet således beträffande lägets hänförlighet till de fall där säljare typiskt iakttaga omsorg beträffande köpares förutsättningar — reglernas förhandenvaro icke har något bevisvärde i det hänseende varom här är fråga. Ty även om detta är reglernas *motiv* (eller *ett* av motiven, se vidare i texten), träda de på grund av sitt preskriptiva syfte i tillämpning även i de fall, kanske flertalet, då någon dylik osäkerhet icke är tillfinnandes.

[75] De objektiva skäl, som i stor utsträckning föranleda uteslutande av kondiktionskrav, kunna icke generellt sättas ur spelet, därför att betalningsmottagaren »bort» inse betalarens misstag.

[76] Köparens lagstadgade undersökningsplikt vid köp av lös egendom (47 § köplagen) må, säger Ussing, a.a. s. 129, »antages i Overensstemmelse med almindelig Opfattelse at give et vist Spillerum for Sælgerens større Forretningsdygtighet». Jfr Forudsætninger s. 122 (överst), 123.

[77] Huruvida »rättsliga» fel må anses jämställda med faktiska, är en fråga som nedan skall beröras i samband med rättsfallsöversikten. — Starka skäl synas tala för att dylika fel böra få åberopas åtminstone i fall av »Wissenmüssen» (då felet *bort* inses å motpartens sida).

[78] Det läres visserligen ofta, att reglerna om viljefel som ogiltighetsgrund gälla oberoende av att för en rättshandling stadgats viss form. Men detta är, såsom av det i texten rörande verkan av oriktiga förutsättningar sagda framgår, en sanning med modifikation. Däremot är det riktigt, att även en formbunden rättshandling blir ogiltig på grund av *sådana* viljefel som straffbart svek eller förfarande i strid mot tro och heder (för att icke tala om simulation och ocker, NJA 1927 s. 655, 1932 s. 610); märk

av de faktorer, som kunna komma i betraktande. — Att den omständigheten att köparen själv är »undersökningspliktig» icke i och för sig behöver vara ägnad att förhindra, att säljare i allmänhet iakttaga uppmärksamhet m.m. beträffande den eventuella förhandenvaron av fel i egendomen, är lätt att inse. Även om säljaren icke drabbas av några sanktioner i vanlig mening, därest han underlåter bete sig på ifrågavarande sätt, är beteendet för honom fördelaktigt (eller dess underlåtande menligt) i så måtto, att han genom tillhandahållande av felfri vara möjliggör ett avtalsslut, som eljest icke utan vidare kan påräknas. I sitt eget intresse måste säljaren tillse, att egendomen ej är underhaltig, för att köparen icke vid sin före avtalsslutet verkställda undersökning skall konstatera fel och inhibera köpet. Ansvarets hänförande på köparen *för det fall* att avtal slutes (och dennes därav följande aktpågivenhet rörande sin egen förutsättnings riktighet) är alltså *medelbart* ägnat att framdriva en aktpågivenhet även hos säljaren beträffande möjligheten av ett köparens förutsättningsfel.[79]

---

att i avtalslagens tredje kapitel icke, såsom i det första, göres undantag för formalavtal. Av liknande skäl är det ofta tvivelaktigt, om icke även frågan om *bristande* förutsättningar befinner sig i ett särskilt läge vid fastighetsköp. Ämnet behandlas ingående av Vahlén, Formkravet vid fastighetsköp, 1951; jfr mina uttalanden i anslutning härtill i SvJT 1952 s. 796 f. Se ock *Lagberedningens* förslag till jordabalk I, 1947, s. 152 f.

[79] Måhända skulle någon vilja invända, att den omständigheten att det vid köp i stor utsträckning åvilar köparen en undersökningsplikt med avseende å det förvärvade godsets beskaffenhet, trots att det får anses typiskt att säljare iakttaga omsorg beträffande godsets kvalitet, icke kan åberopas som argument mot regeln om synbart förutsättningsfel, om man endast gör det från den föregående framställningen bekanta undantaget från samma regel, att därest den handlande (köparen) själv haft större möjlighet att förvissa sig om sin förutsättnings riktighet än motparten och därigenom gjort sig skyldig till större culpa än denne, han icke kan framställa några på förutsättningsfelet grundade anspråk; jfr Ussing, Køb s. 128. En sådan invändning torde dock vara ohållbar. Den skulle kanske ha en viss bärkraft, därest säljarens ansvar för godsets beskaffenhet fölle bort allenast för den händelse köparen faktiskt undersökt godset. Men som bekant sträcker sig ansvarsbefrielsen vida längre. Vid köp av fast egendom är ju förhållandet uppenbart. En köpare, som underlåtit undersöka fastigheten, anses i regel gå miste om rätten att åberopa densamma vidlådande (faktiska) fel utan hänsyn till att, såsom normalt är

b) Återstår möjligheten att upprätthålla regeln om synbart förutsättningsfel som ogiltighetsgrund allenast i den formen,

fallet, han i vida mindre grad än säljaren haft möjlighet att bilda sig en mening om fastighetens skick. Visserligen kan köparen sägas ha handlat kulpöst genom att han försummat tillfället att undersöka fastigheten. Men detta är ju i så fall en helt annan culpa än den, varom nyss talades. Det rör sig då icke längre om den större eller mindre insiktsmöjligheten beträffande föreliggande fel i och för sig utan om en kulpös underlåtenhet att företaga en undersökning, som är påkallad just av att rättsordningen lägger ansvaret för förefintliga fel på köparen själv. (Att tala om culpa i detta senare fall ställer sig väl för övrigt understundom svårt, såsom då köparen av giltiga skäl varit förhindrad att verkställa undersökningen i fråga. Men att denna omständighet skulle vara tillfyllest för att säljaren skall bli ansvarig för fel i fastigheten, kan knappast antagas. Det minsta, som måste fordras i sådant avseende, lärer vara, att säljaren tillika får förutsättas vara medveten om köparens förhinder, vilket naturligtvis icke är liktydigt med att han är medveten om fel i fastigheten. Det är emellertid tvivelaktigt, om ens detta är tillräckligt för att utesluta köparens undersökningsplikt). På motsvarande sätt förhåller det sig vid köp av skuldebrev, aktier eller andra värdepapper, då felet består i värdepapperets bristande »godhet» (9 § 2 st. skuldebrevslagen och grunderna för detta stadgande). — Även vid vanliga köp av lös egendom ligger saken principiellt till på samma sätt. Visserligen är säljarens riskbefrielse här mindre omfattande. Köplagen är för övrigt på denna punkt knappast fullt klar. Av lagtexten (47 §) synes framgå, att för säljarens befrielse från ansvar (i de fall då köparen faktiskt icke undersökt godset) kräves ett visst *initiativ* å säljarens sida, inciterande köparen att förvissa sig om godsets beskaffenhet: »anmaning» att undersöka godset självt, »försättande i tillfälle» att undersöka prov å godset. Men det är att märka, att en dylik anmaning ostridigt icke behöver vara uttrycklig, och särskilt att ett initiativ i lagens mening förmodligen får anses föreligga icke blott så snart godset eller provet *förevisats* för köparen resp. tillställts honom utan även då godset för honom »hållits tillgängligt». (Se Almén, Köp och byte, § 47 vid not 25 b och 43). Härmed uppmjukas uppenbarligen initiativkravet i hög grad. Från en annan synpunkt sett kan detta kanske uttryckas så, att sagda krav uppställts huvudsakligen med tanke på frågan om köparens plikt att företaga en verklig undersökning, däremot icke med hänsyn till spörsmålet huruvida det åligger honom att genom en mera omedelbar iakttagelse utröna godsets beskaffenhet. Vare härmed hur som helst: även om kravet på ett säljarinitiativ fullt upprätthålles som betingelse för säljarens ansvarsbefrielse, går köparen — när betingelsen är uppfylld och om man bortser från dolda fel o. dyl. — miste om rätten att åberopa fel i godset oavsett att han icke alls haft bättre möjligheter att bedöma godsets beskaffenhet än säljaren, vilken ju tvärtom normalt är den kontrahent, som är bäst inne i sakläget. Skall köparen anses vara

att det säges att motparten har uppmärksamhets-, undersöknings- och över huvud omsorgsplikt, om och i den mån det enligt den i samhället härskande uppfattningen framstår som otillbörligt, om man icke på antydda sätt är verksam för förutsättningsfelets upptäckande och undanröjande. Enligt denna bestämning är ju intet som helst närmare preciserat rörande ansvarets innebörd och omfattning, ja det är i själva verket icke ens utsagt, huruvida den hävdade regeln leder till en sträng eller mild behandling av motparten eller huruvida det ifrågavarande culpaansvaret förekommer i någon nämnvärd utsträckning eller icke. Allt hänger ju nämligen på i vilken grad uppfattningen att det ena eller andra förfarandet in contrahendo är otillbörligt är eller anses vara spridd i samhället.[80] Den omständigheten, att motparten kanske med största lätthet kunnat övertyga sig om vederbörandes misstag eller t.ex. på grund av en aldrig så grav glömska underlåtit att ge upplysningar, kan då icke i och för sig föranleda slutsatsen, att motparten förfarit i strid mot vad han »bort», att culpa är hos honom för handen. Ty fallet eller typläget kan ju höra till dem, där enligt gängse åskådning den handlande har att »skylla sig själv, som sig ej bättre föreså». Regeln om synbart förutsättningsfel, så uppfattad, tenderar på ett egendomligt sätt att på rent logiska grunder bli undantagslös; den ernår i mycket hög grad immunitet mot invändningar.[81] Men denna

---

den bäst initierade rörande godsets egenskaper, är detta tänkbart endast om man utgår ifrån att han med föranledande av den särskilda rättsregel, som låter honom själv, efter ett säljarinitiativ, bära konsekvenserna av godsets felaktighet, företagit en undersökning m.m. av godset eller prov å detsamma. Även här rör det sig alltså om ett annat slags culpa än den som nu diskuterats, en culpa som är en verkan av rättsordningens reglering av frågan om felansvarigheten och alltså icke kan tjäna som grundval för ett bedömande av, vem av kontrahenterna samma ansvarighet skall drabba.

[80] Och härvid är att märka, att det med hänsyn till förutsättningars mycket skiftande beskaffenhet icke i tillnärmelsevis samma omfattning som vid handhavande av tolkningsspörsmål (eller vid tillämpning av culparegeln i fråga om uppfyllelse av kontraktsmässiga förpliktelser) kan påräknas en enhetlig, stadgad uppfattning i ämnet.

[81] Jfr ett mycket betecknande uttalande av Leonhard, a.a. s. 57: »Endlich hat man eingewendet, dass die Haftung für Fahrlässigkeit beim

immunitet vinnes endast till ett högt pris: regeln blir så urvattnad, att icke synnerligen mycket av reellt värde längre är i behåll. Vad som blir kvar är tydligen i huvudsak, att rättsordningen, även till den del uppkomsten av berörda samhälleliga ogillande av motpartens beteende icke bottnar i den omdiskuterade rättsregeln själv — ty i den mån så är fallet föreligger ju utan vidare en logisk cirkel —, har anledning att låta tillvaron och utbredningen av sagda moralåskådning i samhället bli direkt utslagsgivande för ogiltighetspåföljdens inträde. Anses det nu, att rättsordningen är den i främsta rummet »moralbildande» faktorn, går läran om synbart förutsättningsfel till större delen upp i ett cirkelresonemang. Anses det åter, att det i övervägande grad är andra faktorer än rättsordningen, som konstituera samhällsmoralen, undvikes i motsvarande omfattning cirkeln, men innehållet av regeln reduceras till en hänvisning till moralreglerna såsom i vått och torrt avgörande för det rättsliga bedömandet på förevarande område. Och när allt kommer omkring blir under sådana förhållanden regeln, trots all utspädning, ändock delvis förfelad. Ty det kan icke rimligen antagas, att vad som ur moralisk synpunkt framstår som otillbörligt *generellt* skulle vara rättsligt relevant och relevant till den grad, att därav skulle föranledas avtals ogiltighet.

IV.

Ytterligare må några anmärkningar göras om förutsättningskontrahentens eventuella rätt att, om avtalet blir ogiltigt till följd av den felaktiga förutsättningen och culpa in contrahendo å motpartens sida föreligger (=förutsättningsfelet är synbart), erhålla *skadestånd* av denne. Här tänkes alltså såväl på de fall, då förekomsten av culpa är en av betingelserna för ogiltighetspåföljdens inträde, som ock på de vanligare fall, då avtalet går åter på objektiva grunder men culpa in casu är för

---

Vertragsschlusse gar zu weit führe. Man könne es den Parteien nicht zumuten, sich schon beim Vertragsschlusse nach fernliegenden Umständen zu erkundigen . . . Aber darauf ist zu erwidern, dass hier eben keine Fahrlässigkeit vorliegt».

handen.[82] Det gäller med andra ord att bestämma relationen mellan ogiltighets- och skadeståndspåföljd. Bör av förutsättningens relevans i det ena hänseendet också följa relevans i det andra? — Culpabegreppet tages här i den bemärkelsen, att det lägges till grund för den omsorgsgrad, som, när det rör sig om misstag enligt 32 § avtalslagen eller övre huvud vid tolkning av rättshandlingar, är vedertagen; åt begreppet gives förty ett så vitt möjligt självständigt innehåll.

Som utgångspunkt lämpar det sig att med några ord beröra det näraliggande spörsmålet, huruvida i de fall då ett avtal återgår av objektiva skäl, *utan* att någon culpa är hos motparten för handen, en skadeståndsskyldighet kan anses åvila denne. Motsvarande spörsmål uppkommer för övrigt även när ett avtal blir overksamt på grund av en *bristande* förutsättning, d.v.s. som följd av ett *efter* avtalsslutet inträffat faktum.

Det inses lätt, att man i de sistberörda fallen icke kan från ogiltighetspåföljdens erkännande draga någon slutsats om att även skadeståndsrätt bör tillkomma förutsättningskontrahenten. Självklart är detta, då den förutsättning, vars felaktighet föranleder avtalets återgång, icke hänför sig till motparten. Det innebär ju då redan en betydande koncession åt den handlandes intressen, att han får draga sig från avtalet undan; att därutöver belasta motparten med skadeståndspåföljd, därför saknas i allmänhet varje fog. Men även om förutsättningen anknyter till ett beteende å motpartens sida, kan man icke utan vidare från beteendets verkan i ogiltighetshänseende sluta sig till att det även har skadeståndsskyldighet för vederbörande i släptåg. T.o.m. området för de rena kontraktsbrotten, alltså vid underlåtenhet att uppfylla en gjord utfästelse, gäller som bekant, att fastän den skadelidande principiellt äger på objektiva grunder häva avtalet, han icke för den skull generellt är skadeståndsberättigad mot den part, som förfarit i strid mot utfästelsen (jfr 21 och 23 §§ köplagen). *Å ena sidan* ålägges väl i allmänhet icke en kontrahent skadeståndsansvar, med mindre rättsordningen vill prevenera mot det beteende av kontrahenten, varom

[82] Såsom då vid avyttring av felaktigt gods säljaren bort ha vetskap om felet eller då vid ett tjänsteavtals slutande den anställde bort inse, att han saknar de för det åtagna arbetet nödiga kvalifikationerna.

fråga är. Och uppenbarligen kan en underlåtenhet att fullgöra en utfästelse (»kontraktsbrott» i mening av ett uteblivande av prestationen, som icke beror på den skadelidande själv eller omständighet, varför denne står faran) understundom vara sådan, att rättsordningen icke ogillar densamma, icke önskar undertrycka dess förekomst, låt vara att skadan för den som har anspråk på utfästelsen reduceras genom en denne tillerkänd hävningsrätt; prestationens uteblivande kan t.ex. bero på force majeure eller dess fullgörande eljest möta hinder, som skulle för vederbörande medföra uppoffringar utöver den rimliga »offergränsen».[83] *Å andra sidan* behöver icke ens ett kontraktsbrott, som i och för sig är av beskaffenhet att av rättsordningen ogillas (som är »rättsstridigt», enligt gängse terminologi), göra dess upphovsman skadeståndsskyldig: ett strikt skadeståndsansvar kan vara obehövligt, det kan vara oändamålsenligt därför att det ej är ägnat att effektivt tillgodose sitt syfte, det kan framstå som obilligt ur den ena eller andra synpunkten o.s.v. Så mycket mera är det då uteslutet, att rättsordningen skulle låta ett med den handlandes *förutsättning* oförenligt till motparten hänförligt beteende överlag ha skadeståndsansvar för denne till konsekvens, blott därför att detsamma i ogiltighetshänseende tillerkännes relevans. I synnerhet torde, när den handlandes förutsättning brister genom motpartens beteende *efter* avtalet, hänsyn till att beteendet icke är »rättsstridigt» ofta göra sig gällande på det sätt, att visserligen förutsättningskontrahenten erhåller befogenhet att för sin skadas reducerande frigöra sig från avtalet men att någon skadeståndsskyldighet icke ålägges motparten. Konsekvenserna av förutsättningens bristande bli härmed mellan parterna fördelade; vardera får »bära sin skada». Det ovan i korthet refererade rättsfallet NJA 1936 s. 368 exemplifierar denna medelväg. De ledamöter i HD, i enlighet med vilkas votum domen avfattades, funno den ifrågavarande grossisten vara berättigad att frånträda avtalet; kravet på detsammas fullgörande i det förändrade läge, som uppkommit, ansågs tydligen ogrundat ur objektiv riskfördelningssynpunkt: disproportion mellan grossis-

[83] Jfr mina uttalanden i TfR 1938 s. 464.

tens prestation och det faktiska värdet av motprestationen etc. Men någon skadeståndsskyldighet behövde icke motparten vidkännas, vilket blir begripligt om resonemanget varit att dennes beteende borde av rättsordningen tolereras med hänsyn till vederbörandes intresse av att icke genom avtalet få sin rörelsefrihet på området inskränkt l. dyl. — Å andra sidan bör man ingalunda gå till den motsatta ytterligheten, nämligen ståndpunkten att vid ett avtals återgång på grund av en oriktig eller bristande förutsättning någon skadeståndsskyldighet för förutsättningskontrahentens motpart principiellt *icke* bör förekomma, eller i allt fall icke förekomma utan att någon särskild »rättsgrund» (straffbart eller civilt svek, garanti o.s.v.) kan upplysas. En sådan uppfattning torde visserligen vara ganska allmänt utbredd, och som ovan anmärkts är det möjligt, att den ligger bakom avgörandet såväl i nyssnämnda rättsfall som ock i rättsfallet NJA 1928 s. 47. Men det finns intet skäl, varför man icke här lika väl som inom området för de egentliga kontraktsbrotten bör stå alldeles fri att utbilda en regel om även en *strikt* skadeståndsskyldighet, om och i den mån praktiska skäl tala för densamma.

För att sedan återgå till frågan om skadeståndsansvar för förutsättningskontrahentens motpart i de fall, då *culpa* å dennes sida med hänsyn till förutsättningsfelet föreligger, är till en början tydligt — om vad i nästföregående avdelning av denna uppsats sagts är riktigt — att man icke kan uppställa någon allmän regel om att dylik culpa ådrager motparten skadeståndsansvar oberoende av om förutsättningen till sin beskaffenhet är sådan att den är ägnad att vara relevant. Vad ovan utvecklats om det ohållbara i ståndpunkten, att förutsättningsfelets synbarhet som sådan skulle vara tillfyllest att föranleda avtalets ogiltighet, äger nämligen motsvarande tillämpning vad skadeståndsansvaret angår. Varför denna synbarhet skulle ha större effekt i skadeånds- än i ogiltighetsavseende, kan icke inses. Den fråga, som här skulle besvaras, var emellertid den, huruvida motpartens culpa med hänsyn till förutsättningsfelet medför skadeståndsskyldighet i sådana fall, där förutsättningens relevans i vad det gäller avtalets *ogiltighet* redan står fast. — Med stöd av vad nyss anförts kan då omedelbart sägas, att man

icke helt allmänt kan från förutsättningens verkan att föranleda avtalets ogiltighet komma fram till att den kulpöse motparten också bör bära skadeståndsansvar. Ett skadeståndsansvar plägar som sagt vara förestavat av ett preventionssyfte. Men ogiltighetspåföljden *kan* här vara fullt motiverad enbart genom den skadereducerande funktion, till förmån för förutsättningskontrahenten, som den utövar. Huruvida skadeståndsansvar skall åläggas motparten eller ej, beror således på förutsättningslägets beskaffenhet. I många fall är förvisso den objektiva faktor, som ensam eller i förening med culpa ger upphov till avtalets ogiltighet, av sådan art, att det är påkallat att rättsordningen låter skadeståndsansvar i preventivt syfte drabba den kulpöse motparten. Exempel: föryttring eller utlegning av en lös sak, vars felaktighet säljaren eller legogivaren vid avtalet bort inse.[84] Att i 42 § 2 st. köplagen någon dylik skadeståndsrättslig culparegel icke finnes upptagen har, som förut skildrats, sin särskilda förklaring (påverkan av romersk rätt m.m.), och något tvång att på andra områden känna sig bunden av denna legala reglering, vilken som vi funnit även för köprättens del i viss mån kringgås, kan ej föreligga.[85] Men i andra fall kan den objektiva faktorn vara av det slag, att — då som sagt förutsättningsfelets synbarhet icke i och för sig är för ändamålet tillfyllest — erforderligt underlag för ett ingripande i preventivt syfte saknas. Särskilt tydligt är detta, om för ogiltighetens

[84] Här bortses från de fall, som omfattas av reglerna om köparens resp. legotagarens »undersökningsplikt». — Vad beträffar lega av *fast* egendom erinras om att ett culpaansvar för legogivaren är, vid hyra, direkt i lagstiftningen fastslaget (3 kap. 11 § nyttjanderättslagen).

[85] Se emellertid beträffande fel i utlegd lös egendom Hasselrot, Juridiska skrifter, 8, 1924, s. 83. Se vidare angående det fall att en arbetstagare »finnes vara uppenbart oskicklig till åtaget arbete» § 33 mom. 6 och § 38 i 1935 års förslag till lag om arbetsavtal: arbetsgivaren tillerkännes här hävnings- men *icke* skadeståndsrätt. I motiven anmärkes dock (s. 194), att »om arbetstagaren svikligen lämnat felaktiga uppgifter rörande sin kompetens, han kan bliva skadeståndsskyldig jämlikt allmänna skadeståndsregler». Garantisynpunkten — liksom den svikliga underlåtenheten — synes här vara bortglömd, och om culpa in contrahendo å arbetstagarens sida är det icke tal. (I ett annat hänseende uppmärksammades emellertid, i förbigående sagt, frågan om verkan av dylik culpa av kommittén; se 18 § i förslaget.)

inträde den objektiva faktorn ensam är tillräcklig, låt vara att in casu culpa hos motparten är för handen. Här är ju uppenbart, att fog saknas för härledning av skadeståndsansvaret ur ogiltighetspåföljden, såvida denna senare blott har skadereducerande funktion.[86] Men även om betingelse för ogiltigheten är *både* ett objektivt förhållande *och* motpartens culpa, kan det vara så, att detta icke räcker till för att ålägga skadeståndsskyldighet. Antag t.ex., att en till den handlande själv eller hans särskilda förhållanden hänförlig omständighet undantagsvis anses vara av så vägande beskaffenhet, att han under åberopande härav äger rygga avtalet, men endast om därjämte motparten bort inse hans förutsättningsfel (ovan s. 126). Föreligger då dylik culpa hos motparten, kan ju icke skadeståndsskyldighet vara motiverad, eftersom avtalets återgång delvis baseras på ett faktum, som principiellt icke ägnar sig för prevention genom dennes belastande med skadeståndspåföljd.[87]

Frågan om *omfattningen* av skadeståndsansvaret i de fall,

---

[86] *Om* prevention eftersträvas av rättsordningen, är väl däremot (åtminstone) ett culpaansvar i allmänhet påkallat. Att trots det med ogiltighetspåföljden förbundna preventionssyftet dylikt ansvar skulle utebliva av sådana orsaker som ovan för motsvarande fall nämnts med hänsyn till den strikta skadeståndsskyldigheten (dess obehövlighet, dess bristande effektivitet, hänsyn till »billigheten» etc.), synes icke så ofta kunna förekomma.

[87] Såvitt däremot fråga är om egentliga kontraktsbrott, ställer sig spörsmålet om den kontraktsbrytande partens skadeståndsansvar för hans kulpösa beteende in contrahendo annorlunda. Det är nämligen klart, att culpan i förening med en sådan omständighet som åsidosättandet av en gjord *utfästelse* i allmänhet utgör ett effektivt underlag för skadeståndsskyldighet; den objektiva faktorn är här mera generellt av graverande beskaffenhet. T.o.m. om underlåtenheten att fullgöra prestationen icke i och för sig är föremål för rättsordningens ogillande, därför att med hänsyn till mellankommande hinder »offergränsen» för gäldenären skulle genom avtalets uppfyllelse komma att överskridas (se ovan s. 139), kan dylik underlåtenhet i förening med det förhållandet, att inträffandet av sagda hinder bort av vederbörande inses, vara något som ägnar sig för ett beivrande från rättsordningens sida i preventivt syfte. Jfr 24 § köplagen, enligt vilket stadgande t.o.m. till force majeure hänförliga omständigheter icke kunna av säljaren till fredande från skadeståndsansvar åberopas, därest desamma bort av honom vid köpets avslutande tagas i beräkning.

då sådant vid en culpa in contrahendo å motpartens sida bör erkännas, skall icke i detta sammanhang upptagas till närmare behandling. Något tvingande skäl för att här vägra förutsättningskontrahenten rätt till ersättning jämväl för det *positiva* kontraktsintresset torde knappast vara för handen. Det förhåller sig ju till en början icke så, som i de fall som avses i den första uppsatsen av detta arbete, att frånvaron av en så omfattande skadeståndsrätt rent av är en betingelse för att man över huvud skall kunna tala om avtalets ogiltighet. Ty här skall ju skadeståndsansvaret icke läggas på den kontrahent, som åberopar ogiltigheten, utan på hans motpart.[88] Viktigare är ett annat argument, som kan framföras till stöd för — den i utländsk doktrin och rättstillämpning i största utsträckning hävdade — ståndpunkten, att skadeståndsansvaret icke får överskrida det negativa kontraktsintresset. Man kunde säga, att förutsättningskontrahenten icke bör ha anspråk på att komma i ett bättre läge än om motparten icke förfarit kulpöst, samt att, om man således utgår ifrån att han erhållit upplysning om saklägets verkliga beskaffenhet och förty ställt sig avvisande till det ifrågavarande avtalet, ingen som helst säkerhet finnes för att motparten skulle varit villig att i stället sluta ett annat, för den handlande mera gynnsamt avtal, d.v.s. ett avtal med ett mot förutsättningen svarande innehåll. Motpartens culpa med hänsyn till den handlandes *förutsättning* skulle icke kunna ha till effekt, att avtalet såvitt skadeståndsansvaret angår gällde i enlighet med förutsättningen.[89] Mot denna argumentering kan väl endast invändas, att intresset av att ernå effektiv prevention mot en culpa in contrahendo synes kunna vara starkt nog att föranleda vissa modifikationer i även en så erkänd rättsgrundsats som den, att »wer zum Schadensersatze

[88] Se ovan s. 11 not 3.

[89] En annan sak är, att vid *kontraktsbrott* icke blott culpa in contractu utan även culpa in contrahendo må medföra fullt skadeståndsansvar (positiva intresset); se härom Ussing, Dansk Obligationsret, Almindelig del, 3 uppl. 1946, s. 154, med hänvisningar till Aléen och Lundstedt; jfr likaledes Björling i SvJT 1923 s. 290, noten, under 2) in fine. Vid kontraktsbrott bör ju, kunde man resonera, motpartens culpa ha till följd, att vederbörande försättes i samma läge, som om den utfästelse, till vilken culpan hänför sig, uppfyllts.

verpflichtet ist, hat den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatze verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre» (BGB § 249). Åtminstone i sådana fall av förutsättningars oriktighet, som stå kontraktsbrottsfallen nära (särskilt vid en del vederlagsförutsättningar), kan det från denna utgångspunkt helt visst vara motiverat att icke låta det av preventivt syfte förestavade ingripandet mot berörda culpa in contrahendo stanna vid ett till det negativa kontraktsintresset begränsat skadeståndsansvar.

V.

Det återstår att ge en kort översikt [90] över hithörande, i NJA refererade rättsfall från senare tid. Framställningen avser i första hand den 25-årsperiod (1914—1939), jämte vissa äldre avgöranden av speciellt intresse, vilken behandlades i detta arbetes första upplaga. Därefter kommenteras ett stort antal nyare rättsfall. Även några rättsfall, som endast tangera ämnet, ha upptagits. Somliga, som icke återfinnas här, ha i vederbörligt sammanhang berörts i det föregående. Begränsningar ha gjorts därigenom, att rättstillämpning avseende institutet condictio indebiti i det stora hela förbigåtts [91] samt att ej heller medtagits rättspraxis angående »skadebringande egenskaper» hos föryttrad egendom. — Någon närmare redogörelse för fakta i målen lämnas icke; ej heller refereras domstolarnas avgöranden i vidare mån än för kommenteringen, som i det väsentliga inriktar sig på högsta instansens domar, är nödvändigt. Rättsfall från senare år anmärkas, vad sagda 25-årsperiod beträffar, i allmänhet före rättsfall från tidigare.

NJA 1939 s. 384: Fråga om ogiltighet av en entreprenörs anbud

[90] En översikt över rättsfall angående inverkan av felaktiga förutsättningar vid avtalsslut har givits av W i b e r g i en uppsats i SvJT 1943 s. 773. Till den del förf. emellertid söker indela de olika ledamöternas i HD ställningstaganden i ämnet allt eftersom de »följt» eller »hyllat» förutsättningsläran, å ena sidan, eller »gått emot» eller »avvisat» samma lära, å den andra — liksom allt eftersom vederbörande anslutit sig till olika författare eller skolor på området — lärer framställningen vara icke så litet orealistisk. Och även i övrigt (således jämväl beträffande konklusionerna s. 799) kan läsaren knappast undgå intrycket, att framställningen, ehuru den inrymmer åtskilligt av intresse, blivit lidande på att förf:s fantasi sträckt sig för långt.

[91] Se härom H u l t, Juridisk debatt, 1952, s. 42 ff. samt NJA 1950 s. 266 (dock kanske främst fråga om ett slags tredjemansavtal), 1952 s. 47. Besläktad är rättspraxis angående tilläggskrav, t.ex. NJA 1941 s. 608, 1947 s. 150, 1951 s. 187.

på den grund att denne av misstag kommit att i anbudet upptaga entreprenadsumman till alltför lågt belopp. — Anbudet ansågs av domstolarna bindande. Som motivering anfördes, att vad i målet förekommit icke föranledde till antagande att motparten *insett* att misstag från anbudsgivarens sida förekommit, samt att ej heller omständigheterna visats hava varit sådana, att motparten *bort* inse, att den viljeförklaring, som innehölles i anbudet, föranletts av felskrivning eller annat anbudsgivarens misstag. — Då det här tydligen gällde en motivvillfarelse (en post vid kostnadsberäkningen hade uteglömts), kunde det synas som om avgörandet principiellt ställts i beroende av huruvida motparten med hänsyn till dylik villfarelse gjort sig skyldig till culpa in contrahendo eller ej, huruvida viljefelet varit synbart eller osynbart. Något nämnvärt intresse i sådant hänseende har dock rättsfallet icke. Domstolarna ha nämligen, såsom framgår både av den citerade motiveringen och av rubriken till rättsfallet, ansett målet gälla tillämpning av 32 § avtalslagen (förklaringsmisstag). Kanske ha de därvid vilseletts av Alméns uttalande, Lagen om avtal, s. 179 not 33, att »till misstag av här åsyftade slag lärer under vissa omständigheter även böra hänföras missräkning» (jfr rubriken: »missräkning beträffande anbudssumman»). Se i detta sammanhang jämväl Ussing, Forudsætninger s. 173 f., 176 ff.

NJA 1939 s. 583: Vid upplåtelse av skogsavverkningsrätt har priset bestämts till belopp, som visas högst väsentligt understiga värdet. Fråga huruvida med hänsyn till omständigheterna avtalet borde förklaras sakna rättslig verkan. — HD fann avtalet icke gällande mot upplåtarna. Den grund som anfördes var motpartens dolösa eller annorledes avsiktligt obehöriga beteende. Medan majoriteten (5 just.r.) åberopade 31 § avtalslagen (ocker), stödde sig minoriteten (2 just.r.) på att med hänsyn till förebragt utredning i målet m.m. måste för visst antagas, att upplåtarna icke med underskrifterna å kontraktet åsyftat att upplåta avverkningsrätt i den omfattning, som med åberopande av kontraktets ordalydelse påståtts av motparten, samt att denne vid avtalets ingående handlat med insikt om förhållandet. 33 § avtalslagen citerades i stället för — såsom rätteligen synes ha bort ske — 32 § samma lag.

NJA 1938 s. 54: Ett visst avtal — inteckningshavares samtycke till att en fastighetsköpare jämlikt 28 § inteckningsförordningen tecknade förbindelse om övertagande av ansvarigheten för intecknad fordran — påstods vara ogiltigt på den grund, att kontrahenten icke förstått den verkliga innebörden av detsamma (d.v.s. icke förstått att den förre gäldenären = fastighetsägaren fritogs från personligt ansvar för inteckningen, liksom för omslagsreversen). — Minoriteten i HD (2 just.r.) ville fastställa hovrättens dom, enligt vilken avtalet icke kunde göras gällande vid det förhållande att motparten *insett* den handlandes nämnda brist på förståelse för transaktionens verk-

liga innebörd. I enlighet med vederbörande parts yrkande hänförde man sig till 33 § avtalslagen, ehuru det lagbud, som med utgångspunkt från anförda motivering måste anses tillämpligt, närmast var 32 § samma lag. Någon direkt anledning att uttala sig om verkan av enbart culpa å motpartens sida hade minoriteten tydligen, då sålunda t.o.m. dolus ansågs vara för handen, icke. Märkligare är majoritetens i HD domslut. Där *ogillades* påståendet om avtalets ogiltighet allenast med stöd av att det icke vore visat, att motparten ägt *vetskap* om viljefelet. Alltså för det första: man synes ha tagit för givet, därtill kanske påverkad av avfattningen av 33 § avtalslagen (se ovan s. 113), att om en oriktig förutsättning skall bli relevant enbart på grund av motpartens obehöriga beteende, detta beteende måste innefatta (åtminstone civil) *dolus*. För det andra: oavsett om denna uppfattning är riktig eller ej borde i *förevarande* fall ha undersökts, om icke ogiltighet måste inträda redan på den grund att motparten *bort* inse viljefelet. Ty det rörde sig som sagt icke om en oriktig förutsättning, en motivvillfarelse, utan närmast om ett förklaringsmisstag enligt 32 § avtalslagen, vilket lagrum ju obestridligen icke har sin räckvidd begränsad till dolusfall. Medgivas må dock, att då det gäller misstag om de rättsverkningar, som en viss viljeförklaring har i följe, gränsen mellan förklaringsmisstag och motivvillfarelser kan vara omtvistlig (se tredje avhandlingen i detta arbete).

NJA 1938 s. 312: Mäklare, som förmedlat avtal om överlåtelse av fastighet, har lämnat överlåtaren oriktig uppgift av betydelse för avtalets tillkomst. Är överlåtaren med hänsyn härtill och till övriga i målet upplysta förhållanden bunden av gjord provisionsutfästelse? — Spörsmålet besvarades av HD i det hela nekande. Motiveringen var främst, att mäklaren i en bl.a. till överlåtarens medkontrahent vid fastighetsaffären utfärdad handling, vilken under förhandlingarna om avtalet företetts för överlåtaren, i strid mot verkliga förhållandet avgivit »försäkran» av innebörd, att hon fullgjort av medkontrahenten lämnat uppdrag att ordna belåningen av vissa inteckningar inom en angiven procentsats, och att hon vid avtalets slutande i huvudsak vidhållit denna oriktiga uppgift. Nära till hands ligger ju att anse en verklig garantiutfästelse ha avgivits av mäklaren, låt vara att tvekan kunde uppstå därom, huruvida utfästelsen hade jämväl överlåtaren som adressat (jämför hovrättens dom). I allt fall förelåg även gentemot överlåtaren en felaktig positiv enuntiation. Antagas måste nog, att mäklaren hade vetskap om oriktigheten av sin uppgift (även om något syfte att tillskynda överlåtaren förlust icke behövde ha hos henne förefunnits, med hänsyn till att hon förmodligen hoppades bli i stånd att i efterhand bringa läget i överensstämmelse med innehållet av sin försäkran). Ett mindre belopp, som mäklaren redan uppburit »för sitt sysslande med förmedling av avtalet», fick emellertid av

henne behållas. Om skadeståndsrätt för mäklaren var i målet knappast på allvar tal. I alla händelser synes någon skada icke ha styrkts.

NJA 1938 s. 318: Vid försäljning av en 11-årig travhäst uppgav säljaren, att hästen enligt gällande föreskrifter finge deltaga i travtävlingar t.o.m. det år under vilket den fyllde 14 år. Emellertid hade någon tid före köpet i föreskrifterna skett ändringar, varigenom åldersgränsen sänkts. Då hästen till följd härav i mindre grad än vad köparna haft befogad anledning att antaga lämpade sig för det ändamål, vartill den anskaffats, ansågos köparna kunna åberopa köplagens regler om fel i godset och tillerkändes rätt till avdrag å köpeskillingen som mot felet svarade. — Köparnas ifrågavarande förutsättning rörande viss fördelaktig egenskap hos köpobjektet (av betydelse för ändamålet med förvärvet) blev sålunda relevant, i prisminskningshänseende, på grund av säljarens »uppgifter» eller »uttalanden» i ämnet, eller med andra ord hans positiva enuntiativa uppträdande. För relevans i sådan form måste det ha ansetts likgiltigt, huruvida säljaren handlat dolöst eller kulpöst med hänsyn till sina uttalandens riktighet; det objektiva faktum, att godset var att anse som felaktigt, var härvidlag tillräckligt (42 § 1 st. köplagen). Att hävningsrätt icke tillerkändes köparna, berodde naturligen på att felet betraktades som »ringa» (i köplagens mening), vilket ingalunda utesluter, att köparnas förutsättning var väsentlig i den bemärkelsen, att de med kännedom om rätta förhållandet ej skulle ha på oförändrade villkor biträtt avtalet (jfr härom nedan i anslutning till rättsfallet NJA 1937 s. 518). För *hävning*srätten blir emellertid frågan om förhandenvaron av svikligt förfarande å säljarens sida av betydelse, enär lagen ju även vid ringa fel låter svek hos säljaren göra en köpare hävningsberättigad. I förevarande fall fanns nu säkerligen intet stöd för att säljaren förfarit vare sig straffbart eller civilt svikligt. — Det anförda hänför sig till majoritetens i HD ståndpunkt (3 just.r.). Två ledamöter synas ha grundat sin uppfattning om relevansen av köparnas ifrågavarande antagande mindre på säljarens berörda »yttranden vid köpeförhandlingarna» — ehuru även dessa ledamöter uttalade, att yttrandena styrkt köparna i deras antagande — än på övriga omständigheter i målet, särskilt köpeskillingens storlek. Felet ansågs för övrigt av dem icke ringa, varför hävningsrätt tillerkändes köparna.

NJA 1937 s. 44: Sedan fastighet, å vilken A enligt avtal ägde rätt till grustäkt, å exekutiv auktion sålts till B utan förbehåll om rättens bestånd, uppsade B — vilken därvid liksom A hade den oriktiga föreställningen, att nyttjanderätten alltjämt vore gällande och icke kunde bringas att upphöra annorledes än genom uppsägning tidigast till laga fardag följande år — avtalet till den dagen samt sålde därefter i sin tur fastigheten till C utan förbehåll för A:s rätt. Ägde A, som på ansökan av C blev före fardagen avhyst från grustaget, rätt att av B erhålla ersättning för skada, som uppstått till följd av att

nyttjanderätten berövats A genom avhysningen? — Det gällde alltså att avgöra, om den överenskommelse rörande förlängning av tiden för nyttjanderätten, som genom uppsägningen till ett så sent datum som nämnda fardag kunde konkludent anses ha kommit till stånd, vore ogiltig på grund av att vederbörande kontrahent (B), visserligen i likhet med motparten (A), utgick från en oriktig förutsättning. Trots att förutsättningen avsåg en sådan omständighet som själva existensen av den rätt, vartill överenskommelsen hänförde sig (jfr NJA 1910 s. 499), ansåg HD — med en dissident — samma överenskommelse giltig. Domslutet har väl påverkats av tanken, att villfarelsens egenskap av *rätts*villfarelse skulle göra den mindre beaktansvärd. Och möjligen utgick man tillika ifrån att, även om motparten A var fången i samma villfarelse som den handlande B själv, A:s villfarelse framkallats av B eller i allt fall var mera ursäktlig än dennes.

NJA 1937 s. 151: I kontrakt rörande köp av fastighet angavs större areal än den verkliga. Talan om köpets återgång eller rätt till avdrag å köpeskillingen.

I motsats till vad händelsen varit i föregående rättsfall rör det sig här om verkan av oriktiga förutsättningar vid överlåtelse av *fast* egendom. Några allmänna anmärkningar i detta ämne må då lämpligen förutskickas; se numera Vahléns ovan i not 78 omförmälda arbete.

I fall av överlåtelse av fast egendom kompliceras bedömandet av flera skäl, bl.a. av det formkrav, som lagen uppställer (jfr ovan s. 132 f.). I själva verket har man ock i rättstillämpningen iakttagit vida större återhållsamhet, när det gällt att vid fastighetsköp tillerkänna oriktiga förutsättningar relevans, än på andra områden. Den härskande uppfattningen i ämnet är i rättspraxis den, att så vitt angår *faktiska* fel i fastigheten säljaren icke svarar, vare sig i ogiltighets- eller i skadeståndshänseende, med mindre han *antingen* avgivit en »tillförsäkran» om vederbörande sakförhållande och en tillförsäkran som influtit i köpehandlingarna *eller* ock gjort sig skyldig till straffbart eller civilt svek. (Från början torde för övrigt allenast det straffbara sveket ha vunnit beaktande, men under senare tid plägar utan tvivel hänsyn tagas jämväl till det civila: beteende i strid mot tro och heder o. dyl., jfr HD:s motivering i NJA 1949 s. 91). En oriktig tillförsäkran utanför köpehandlingarna av icke sviklig beskaffenhet och ett icke svikligt förtigande å säljarens sida anses sålunda principiellt sakna rättslig betydelse, även om säljaren därutinnan skulle kunna påbördas *culpa*. Talrika rättsfall fastslå nu angivna rättsgrundsats: NJA 1914 s. 206, 1916 s. 481, 1918 s. 375, 1921 s. 232, 1922 s. 491 och 615, 1923 s. 272, 1924 s. 200, jfr vad angår formkravet vid arrende 1945 s. 502. — Med hänsyn till *rättsliga* fel ligger saken annorlunda till. Principen om hemulsskyldighet m.m. ger här möjlighet till statuerande av t.o.m.

en strikt ansvarighet för säljaren. I vad mån denna möjlighet utnyttjats i praxis, framgår av det följande.

I förevarande fall fanns visserligen den oriktiga arealuppgiften i köpekontraktet, men den hade där influtit — fastslog HD — enbart såsom en med motsvarande uppgift i säljarens fångeshandling överensstämmande beteckning å fastigheten (som ett hjälpmedel för dess individualisering så att säga). Härjämte åberopades, att sedan köparen besett fastigheten, enighet uppnåtts mellan parterna angående de huvudsakliga köpevillkoren utan att fastighetens areal därvid närmare bragts på tal. Under dessa förhållanden kunde köpekontraktet icke anses innefatta någon utfästelse av säljaren beträffande fastighetens areal, och då i övrigt icke förekommit någon omständighet av beskaffenhet att föranleda köpets återgång eller avdrag å köpeskillingen, ogillades köparens härpå riktade talan (annorlunda t.ex. NJA 1928 s. 554). Jfr NJA 1920 s. 495 (»avseende ej fästats vid det mantal det sålunda försålda utgjort») samt det ovan s. 60 anmärkta rättsfallet NJA 1940 s. 179. Av stort intresse äro vidare i detta sammanhang NJA 1949 s. 259 och 1951 s. 277, som i någon mån kommenteras i SvJT 1952 s. 798.

NJA 1937 s. 518: Läkaren X, som av läkaren Y fått i uppdrag att för Y:s räkning i eget namn — från ett bolag för försäljning av elektromedicinska apparater — inköpa en för läkarpraktik avsedd röntgenutrustning, har till uppdragets fullgörande låtit bolaget till Y överflytta en sedan ett par månader hos X uppställd, helt obetydligt begagnad apparat, kompletterad med vissa från bolaget direkt levererade delar. Fråga om X är pliktig att till Y återbära likviden eller någon del därav resp. att till Y gälda skadestånd. — HD fann, *att* apparaten, till följd av den tidigare uppställningen och den låt vara obetydliga användningen därav, ägt mindre värde än om den i sin helhet levererats direkt från bolaget, *att* X, med insikt om att Y trodde apparaten var sålunda levererad, av honom uppburit likvid beräknad som om detta verkligen varit fallet, *att* X vid nu angivna förhållanden icke kunde undgå att till Y återbära så mycket av likviden som svarade mot värdeskillnaden eller, skäligen uppskattat, 500 kronor, men *att* Y:s yrkanden såvitt de avsåge skyldighet för X att utgiva större del av likviden än nu sagts samt ersättning för skada (som uppkommit å Y:s lägenhet) saknade fog. — Rättsfallet är ganska komplicerat, bl.a. därför att rättsförhållandet företer en kombination av uppdrag och köp (ett slags självinträde), och det synes vara svårt att med säkerhet uttala sig om innebörden i nu anmärkta dom. Då emellertid HD å ena sidan stödde sig på X:s vetskap om Y:s oriktiga förutsättning men å andra sidan vägrade Y att återbekomma mera än ett belopp svarande mot värdeskillnaden, får man intryck av att resonemanget varit följande: Det kan visserligen anses, att Y, om han haft vetskap om rätta förhållandet, icke skulle ha velat övertaga appa-

raten *till det ifrågavarande priset,* och *detta* måste X ha insett (även om han kanske för sin del icke var övertygad om att Y realiter skulle göra någon förlust). Såtillvida har alltså X handlat mot tro och heder. Det står däremot icke fast, att Y skulle, därest han känt till förhållandena, *helt* dragit sig från köpet undan; man kan antaga, att han skulle varit intresserad av affären ändå, låt vara mot erhållande av en viss reduktion av köpeskillingen. I allt fall kan X för sin del tänkas ha utgått från ett sådant antagande. Konsekvensen blir därför, att avtalet behandlas som (på grund av civilt svek) *partiellt* ogiltigt, därav nämnda begränsade återbäringsskyldighet för X. Total ogiltighet bör däremot icke förekomma och följaktligen icke heller någon därmed sammanhängande skadeståndsrätt för Y (beträffande skadan å lägenheten efter apparatens restitution). Har resonemanget varit av nu angivna art, är detsamma påfallande i två avseenden. *Dels* är dess riktighet tvivelaktig ur den synpunkten, att enligt stadgad rättsuppfattning straffbart svek medför rättshandlingens totala ogiltighet, även om sveket endast på det sätt påverkat den förleddes handlingssätt (endast på det sätt varit »väsentligt»), att denne förmåtts ingå avtalet *på andra villkor* än han utan sveket skulle ha godtagit (se särskilt Ussing i TfR 1936 s. 188 ff.), samt att det är svårt att förstå, varför man skulle uppställa en annan grundsats för det civila svekets vidkommande (jfr emellertid ett något oklart uttalande av Ussing a. st. s. 190 näst sista stycket). *Dels* ligger det nära till hands att ur HD:s dom motsättningsvis utläsa, att — även vad frågan om den partiella ogiltigheten angår — Y:s förutsättning att apparaten levererats direkt från bolaget ägde relevans endast på grund av att X förfarit obehörigt, ja förfarit obehörigt på det sätt att berörda slags civila svek låg honom till last. En ansvarsbegränsning alltså, kanske under intryck av 33 § avtalslagen, till doluslägen! Men häremot kan i så fall invändas, att man måste fråga sig om verkligen förhandenvaron av sagda civila dolus hos X bör vara en betingelse för en partiell återgång av avtalet, d.v.s. för Y:s omförmälda actio quanti minoris (någon egentlig skadeståndsrätt torde efter formuleringen att döma ej varit åsyftad). Lägges tyngdpunkten på rättsförhållandets köprättsliga sida, skulle ju berörda oriktiga förutsättning kunna tänkas vara relevant, i prisminskningshänseende, icke blott vid culpa in contrahendo hos X (t.ex. i den formen, att han oberättigat trott Y vara underkunnig om sakläget eller att han visserligen haft vetskap om Y:s villfarelse men utan tillräckliga skäl föreställt sig, att Y även med insikt om rätta förhållandet skulle ha *på oförändrade villkor* ingått avtalet) utan även vid en, visserligen in casu svårtänkbar, frånvaro av dylik culpa; se 42 § 1 st. köplagen. Pointeras åter uppdragssidan av rättsförhållandet, skulle tillhandahållandet av den begagnade apparaten kunna anses i sig självt innebära ett felaktigt utförande av uppdraget, som åtminstone vid vårdslöshet hos X kunde ge Y rätt att

återbekomma en del av vederlaget, i allt fall såvitt detta anspråk icke till storleken överstege motsvarande skadeståndsanspråk, 17 § kommissionslagen.[92]

NJA 1936 s. 6: Köpare av fastighet i stad yrkar att av säljare erhålla skadestånd, enär denne underlåtit att lämna köparen upplysning om att enligt beslut av byggnadsnämnden en vid köpslutet till garage uthyrd byggnad å fastigheten icke finge användas som sådant. — HD (fyra just.r.) framhöll i motiveringen, *att* efter det byggnadsnämnden på sin tid avslagit en av säljaren gjord ansökning att ifrågavarande gårdsbyggnad måtte få ändras till garage, nämnden bifallit en ansökan av säljaren om tillstånd att efter utrivning av viss inredning m.m. använda byggnaden till magasin, *att* därvid av nämnden föreskrivits, att byggnaden ej finge användas till garage, *samt att* byggnaden det oaktat blivit inredd till garage och vid tiden för köpeförhandlingarna mellan parterna av säljaren varit uthyrd till sådant bruk. Med hänsyn härtill hade det — säger sedan HD helt kort — ålegat säljaren att före fastighetens försäljning upplysa köparen om det vid ovannämnda byggnadslov av nämnden föreskrivna villkoret beträffande gårdsbyggnadens användning, och då säljaren underlåtit lämna dylik upplysning, vore han skyldig att ersätta den skada, som uppkommit för köparen. — Här förelåg tydligen ett *rättsligt* fel. Säkerligen ansågs dock icke, att säljaren oberoende av dolus eller culpa hade plikt att upplysa om detta. Utan avgörande vikt kan ha fästs vid att säljaren haft *vetskap* om berörda inskränkning i förfoganderätten till byggnaden. Säkert är likvisst ej, att man medvetet ställt kravet på »Wissen» contra »Wissenmüssen», så att som betydelselöst uteslutits det förhållandet att motparten allenast *bort* veta om förutsättningsfelet. Något stöd för att det skulle fordras att säljaren vid avtalet förfarit ohederligt lämnar i varje fall knappast avgörandet. Se

[92] Däremot var väl en total återgång av avtalet med stöd blott av X:s culpa, resp. på objektiva grunder, icke på sin plats (såvitt fortfarande antages, att Y icke skulle, med insikt om rätta förhållandet, ha *helt* dragit sig från köpet undan). Den omständigheten nämligen, att en förutsättning är »väsentlig» i den meningen att vederbörande icke med vetskap om sakläget skulle ha ingått avtalet *på oförändrade villkor,* behöver icke, om man bortser från fall av (straffbart och civilt) svek, eo ipso ha till följd, att *det* krav på väsentlighet är uppfyllt, som rättsordningen uppställer för *total* återgång av avtalet; se behandlingen av »ringa» fel i 42 § 1 st. köplagen ävensom 15 § kommissionslagen; jfr även 6 § försäkringsavtalslagen. Har alltså mot förmodan HD i rättsfallet menat, att X endast gjort sig skyldig till culpa — med hänsyn till, exempelvis, att X trots sin vetskap om förutsättningens oriktighet föreställt sig att Y även med insikt om det rätta förhållandet skulle *på oförändrade villkor* ha ingått avtalet, se det nyss i texten sagda — är ogillandet av yrkandet om avtalets totala återgång naturligt.

om ståndpunkten i fråga närmare vid rättsfallet NJA 1933 s. 383 nedan. — Två ledamöter av HD kommo till motsatt resultat på grundval av den i rättspraxis vedertagna ståndpunkt beträffande verkan av faktiska fel vid överlåtelse av fastighet, som förut omnämnts i samband med rättsfallet NJA 1937 s. 151. Ett just.r. (v. Seth) — som ofta med intresseväckande och givande motiveringar var dissident — ogillade likaledes köparens skadeståndstalan men under åberopande av, förutom att köpekontraktet icke innehöll någon garantiutfästelse om att byggnaden finge användas till garage och att säljaren icke finge antagas ha i sviklig avsikt förtegat byggnadsnämndens berörda förbud, att säljaren ej heller kunde anses ha genom sitt förtigande av förbudet gjort sig skyldig till sådan oaktsamhet, att han på grund därav blivit ersättningsskyldig gentemot köparen. Alltså ett framhävande av att säljarens culpa in contrahendo skulle kunna ha förutsättningens relevans till konsekvens.

NJA 1936 s. 136: Försäkringshavarens yrkande att på grund av avtal om brandförsäkring utfå ersättning för hästar som omkommit genom brand ogillas, enär avtalet av anledning varom förmäles i 4 § försäkringsavtalslagen anses icke kunna göras gällande mot försäkringsgivaren. Fråga huruvida därvid borde åberopas 30 eller 33 § avtalslagen. — Minoriteten i HD ville sannolikt hålla öppen frågan, om försäkringshavaren gjort sig förfallen till *straffbar* dolus.

NJA 1936 s. 737: Säljare av kaférörelse ansågs med hänsyn till omständigheterna ha varit skyldig att vid försäljningen lämna köparen upplysning om en i anledning av ändrade bestämmelser om utskänkningstid inträffad minskning i rörelsens omfattning, vid äventyr att avtalet ej kunde av säljaren göras gällande. — I motiveringen till HD:s dom betonades starkt säljarens vetskap om *dels* förutsättningens förhandenvaro (1 st.) *dels* dess oriktighet (2 st.) *dels* dess väsentlighet (3 st. 1 p.).

NJA 1935 s. 57: Talan om återgång av köp av hotellrörelse. — HD (3 just.r.) fann utrett, *att* säljaren under förhandlingarna om köpet lämnat vissa vilseledande uppgifter angående storleken av omsättningen för 1930 och den för lokalerna utgående hyressumman samt om förefintlighet av vinrättigheter för hotellet, *samt att* köparen vid köpeavtalets ingående »hållits ovetande» om att en stor del av inventarierna voro inköpta under äganderättsförbehåll och på grund av ännu icke fullgjord betalning undandragna säljarens fria förfoganderätt ävensom därom, att i följd av fattat beslut om gatubreddning risk förelåg för rivning av det hus, vari hotellet var inrymt. Det sätt, varpå säljaren sålunda uppträtt vid köpet, hade — heter det vidare i domen — givit köparen befogad anledning att räkna med ett avsevärt högre värde å hotellrörelsen än denna i verkligheten ägde. Av allt detta drogs nu den slutsatsen, att vad som sålts var behäftat med fel, för vilket vederbörande såsom säl-

jare hade att svara, samt att felet var av beskaffenhet att köparen ägt häva köpet. (Jämväl minoriteten i HD kom, ehuru på annan grund som här icke intresserar, till det resultatet att avtalet icke var gällande mot köparen). — Motiveringen är mycket hårdsmält, då sammanfattningen av de ifrågavarande, i och för sig ganska heterogena omständigheterna under talet om säljarens »uppträdande» knappast är ägnad att ge klarhet om tankegången. *En* möjlighet är, att grunden för bifallet till köparens talan ansetts vara, att säljaren förfarit obehörigt i form av civilt svek (särskilt med hänsyn till den vetskap om sakläget, som måste ha hos honom förefunnits). Avfattningen av domen ger dock icke något egentligt stöd härför. En *annan* möjlighet är, att man tänkt sig säljaren ha åtminstone genom ådagalagd culpa gjort sig skyldig till ett obehörigt »uppträdande». Men icke heller för denna uppfattning, som eljest kanske kunde vara resonlig nog, har man någon hållpunkt i domens formulering. Ett *tredje* alternativ är, att den avgörande synpunkten varit, att säljaren genom sitt beteende *framkallat* (eventuellt i god tro) köparens oriktiga förutsättning, så att denna av sådan orsak skulle erhålla relevans. Detta passar förträffligt för den genom vilseledande uppgifter om omsättningen m.m. uppkomna villfarelsen hos köparen. Men att säljarens rena underlåtenhet att upplysa om rätta förhållandet med äganderätten till inventarierna etc. skulle kunna sägas ha framkallat en villfarelse förefaller, då denna underlåtenhet icke gärna kan ha varit av den art att köparen därav tagit intryck (se ovan s. 109), föga rimligt. Återstår som en *fjärde* möjlighet, att man resonerat så att den omständigheten, att köparen utgått från en viss förutsättning angående värdet av det genom köpet förvärvade och att denna förutsättnings existens varit för säljaren känd, måste i sig själv vara tillräcklig för att säljaren borde påbördas upplysningsplikt i ämnet, vid äventyr, om denna eftersättes, att förutsättningen anses relevant (d.v.s. att förvärvet anses behäftat med fel, »för vilket X såsom säljare har att svara»; det må erinras om att man i största utsträckning endast via förutsättningsgrundsatser kan fastställa vad som är att anse som »fel» i sålt gods). Men förutom det att detta resonemang näppeligen är tillfyllest när det gäller misstaget beträffande omsättningens storlek o. dyl. — här tager ju också HD de positivt vilseledande uppgifterna å säljarens sida till hjälp —, blir med denna tolkning talet om att säljarens *uppträdande* givit köparen befogad anledning att räkna med ett för högt värde å hotellrörelsen skäligen meningslöst. Realiteten är ju då i stället den enkla, att en förutsättning, vars *förhandenvaro* är för motparten känd, tillerkännes relevans på objektiva grunder, alltså utan hänsyn till om å motpartens sida föreligger dolus, culpa, garanti eller något annat särskilt »uppträdande». Denna ståndpunkt lärer ock kunna med allt fog försvaras såvitt angår köparens misstag beträffande

äganderätten till inventarierna m.m., medan som sagt dess tillämplighet å fall av oriktiga föreställningar om rörelsens omsättning o. dyl. är en annan fråga.

NJA 1935 s. 121: Köpare av stadsfastighet tillerkändes skadestånd av säljaren, enär denne underlåtit att lämna köparen upplysning om att enligt beslut av byggnadsnämnden vissa åbyggnader skulle inom angiven tid vara nedrivna eller förändrade. — Jfr majoritetens i HD votum i rättsfallet NJA 1936 s. 6. Vetskap om det rättsliga felet var å säljarens sida uppenbarligen in casu förhanden. Säljarens beteende synes t.o.m. ha varit ganska gravt. Den möjligheten kan därför icke uteslutas, att 33 § avtalslagen i detta fall influerat, fastän lagrummet ej citerades. Någon anledning att taga ställning till frågan om betydelsen av endast culpa in contrahendo å säljarens sida hade man i alla händelser icke.

NJA 1935 s. 680: Talan vid fastighetsbyte om återgång av allenast endera överlåtelsen och om skadestånd på grund av överlåtarens svikliga förfarande. I förra hänseendet ogillades talan — här redan med stöd av kontraktstolkning, alltså ej förutsättningsregler — och i det senare bifölls den.

NJA 1934 s. 117: En stadsfastighet såldes i befintligt skick och med garanti att hyrorna under senaste hyresåret uppginge till angivet belopp. Yrkande nu av köparen om skadestånd för det säljaren uraktlåtit att vid försäljningen upplysa köparen därom, att ett mot viss hyra, inräknad i det angivna årsbeloppet, till bostad upplåtet vindsrum blivit för bostadsändamål inrett utan tillstånd av byggnadsnämnden. — HD (2 just.r.) ogillade sagda yrkande, under åberopande av att köpekontraktet icke innehöll någon förklaring av innebörd att vindsrummet lagligen kunde uthyras såsom bostadsrum, samt att, särskilt i betraktande av att köparen före köpet erhöll upplysning om att rummet var beläget 6 tr. upp å vinden, icke heller eljest förekomme förhållande av beskaffenhet att föranleda skadeståndsskyldighet för säljaren. — Garantiutfästelsen i köpekontraktet ansågs alltså icke åsidosatt genom det till stöd för kärandens talan åberopade förhållandet. Varför någon skadeståndsgrundande omständighet i övrigt, trots felets rättsliga natur, icke borde anses föreligga, kan ej med säkerhet utläsas ur domen; man kan ha menat, att felet i själva verket saknade betydelse för köparen (icke skulle ha inverkat på köpevillkoren) eller att säljaren haft fog för att antaga detta (resp. att — en ytterligare möjlighet — han dock faktiskt antagit detta och förty ej kunde anses ha handlat ohederligt). Ett just.r. kom till samma resultat men med utgångspunkt från en motivering, svarande mot just.r. v. Seths i det ovan anmärkta rättsfallet NJA 1936 s. 6 (liknande votum av v. Seth även i NJA 1923 s. 272). Ytterligare två just.r. ville tillerkänna köparen skadeståndsrätt. De grundade sitt domslut på att säljaren vid avtalet haft vetskap om att rummet i fråga icke lagligen finge

användas till bostadsändamål, samt att det vid sådant förhållande ålegat honom att härom underrätta köparen.

NJA 1934 s. 365: Fråga, i samband med utkrävande av köpeskilling vid fastighetsköp, om återgång av köpet (samt om skadeståndsrätt) på grund av att åbyggnaderna till fastigheten befunnits ligga utanför fastighetens rätta gräns. — HD, som konstaterade att fastigheten omfattade större areal än i köpebrevet uppgivits, ansåg det icke vara i målet styrkt, att säljaren vid köpslutet beträffande den mark som hävdades till fastigheten eller viss del av samma mark tillförsäkrat köparna att den rätteligen tillhörde fastigheten, och ej heller att säljaren visste, att till fastigheten brukades mark utöver vad som hörde till densamma, men förtigit detta. Vid sådant förhållande fann HD den omständigheten att byggnaderna till fastigheten befunnits vara uppförda å mark utom fastighetens rätta ägogräns icke giva fog för köparnas först åtskilliga år efter köpet framställda invändning mot säljarens köpeskillingskrav och deras i samband därmed väckta påstående om köpets återgång. — Det kunde vid ytligt betraktande synas, som om domen helt enkelt gåve uttryck åt den i rättstillämpningen gängse uppfattningen om verkan av fel vid fastighetsköp. Så är dock knappast förhållandet. Dels nämndes ju i motiveringen intet om frånvaron av en i *köpehandlingarna* gjord tillförsäkran. Dels pointerades, att yrkandet om köpets återgång framställts först åtskilliga år efter köpet (och såsom en invändning mot säljarens krav på köpeskillingen). Det fel, varom fråga var, var ju ock av rättslig beskaffenhet. Ett strikt ansvar (»garantiansvar») kunde väl här varit näraliggande. HD byggde emellertid som synes på frånvaron av vetskap hos säljaren om det rättsliga felet, även om nämnda hjälpargument påklistrades. Påfallande är, att i motiveringen användes ett sådant ord som »förtigande», vilket väcker association till krav på ohederlighet (civilt svek) å säljarens sida, för att felet må åberopas. Åsyftades detta — varmed skulle uteslutas icke blott, a fortiori, fall då säljaren blott bort äga ifrågavarande vetskap utan även andra fall av vetskap än dolusfall — är avgörandet näppeligen representativt för nuvarande rättstillämpning. — Jfr bland nedannämnda rättsfall, förutom NJA 1933 s. 383, särskilt 1949 s. 640.

NJA 1933 s. 253: En fastighet i stad såldes i befintligt skick. Å fastigheten fanns — jämte andra byggnader — ett magasin, som säljarna låtit uppföra utan tillstånd av byggnadsnämnden. Sedan köparen efter föreläggande av nämnden nödgats borttaga magasinet såsom uppfört i strid mot § 23 mom. 1 av byggnadsstadgan för rikets städer, yrkar han att av säljaren utfå ersättning för därigenom liden skada. — Rättsfallet är av samma typ som det ovan refererade NJA 1936 s. 6, vartill således hänvisas. HD konstaterade helt kort, att det ålegat säljarna att vid köpeförhandlingarna upplysa köparen om att den ifrågavarande byggnaden av dem uppförts utan bygg-

nadsnämndens tillstånd, samt att de, som underlåtit lämna sådan upplysning, vore gentemot honom ersättningsskyldiga (ett just.r. av avvikande mening).

NJA 1933 s. 383: Fråga om verkan därav, att vid köp av fastighet, ett tomtområde med åbyggnader, köparen utgått från en felaktig förutsättning beträffande fastighetens gränser. — Hovrätten fann, att säljaren vid köpet ägt vetskap om att vissa delar av fastighetens åbyggnader m.m. uppförts å mark utanför fastighetens gränser, samt att säljaren insett att köparen saknat sådan vetskap men det oaktat underlåtit att lämna honom upplysning om denna brist å fastigheten. Med hänsyn härtill förpliktades säljaren gottgöra köparen kostnaderna för flyttning av åbyggnaderna m.m. Däremot ogillades köparens talan i andra hänseenden, enär det icke vore ådagalagt, att omförmälda brist måste förorsaka denne annan kostnad eller skada och ej heller att säljaren svikligen misslett köparen angående fastighetens storlek och gränser i övrigt. Hovrätten ville sålunda icke tillerkänna köparen ersättning för markförlusten som sådan; däremot skulle han få ersättning för konsekvenserna av denna förlust med hänsyn till åbyggnaderna (ansågs felet här rättsligt eller räknades med åbyggnaderna som lös egendom?). I HD funno två ledamöter köparens fullföljda talan ej föranleda ändring i hovrättens dom. De ville således i allt fall ej gå längre när det gällde att belasta säljaren med ansvarighet än hovrätten. Ett annat just.r. ansåg däremot säljaren pliktig att ersätta köparen den skada som förorsakats av markförlusten, under hänvisning *dels* till att säljaren vid köpeförhandlingarna, då karta efterfrågats av köparen men icke funnits tillgänglig, lämnat sådana uppgifter om fastigheten att köparen med hänsyn till dessa och till fastighetens bebyggelse och anordning i övrigt haft fog för sin ifrågavarande förutsättning *dels* till att säljaren, som ostridigt ägt kännedom om fastighetens rätta utsträckning, måste hava insett, att köparen därutinnan utgick från en oriktig uppfattning. Även majoriteten i HD (4 just.r.) kom till samma konklusion, med den motiveringen, *att* på grund av vissa angivna omständigheter tilltro måste skänkas åt köparens uppgift, att han vid köpet förutsatte, att ifrågavarande mark hörde till fastigheten, *att* säljaren måste antagas hava insett, att köparen utgick från denna förutsättning, *samt att* det förty ålegat säljaren, som visste att marken icke ingick i fastigheten, att före köpets avslutande upplysa köparen härom. Möjligen grundades domslutet på förekomsten av ett, låt vara allenast civilt, svek å säljarens sida. Med denna tolkning blir det begripligt att — sedan ett just.r. funnit denna majoritetens mening avvika från tidigare lagtolkning på området och förordnat, att målet skulle hänskjutas till avgörande av HD i dess helhet — de till samma majoritet hörande ledamöterna i HD förklarade sig anse sin mening icke avvika från tidigare domar (jfr de i detta

sammanhang å s. 386 i referatet anmärkta rättsfallen). Den eventuella förskjutningen från straffbart till även civilt svek såsom relevant i förevarande hänseende har i så fall icke ansetts motivera målets behandling i plenum. Emellertid finns det en annan tolkningsmöjlighet, som är sannolikare. Man har fäst sig vid felets *rättsliga* natur och fastslagit den regeln, att underlåtenhet å säljarens sida att underrätta köparen om sådant fel medför (även vid fastighetsköp) rätt för denne att göra felet gällande, under betingelse — det är den mest näraliggande läsningen — att säljaren verkligen haft, icke blott bort hava, vetskap om felet. Även med fasthållande av denna betingelse kräves det följaktligen icke, såsom när låt vara blott civilt svek föreligger, att någon ohederlighet vid avtalsslutet kan läggas säljaren till last; denne har kanske ansett felet praktiskt betydelselöst eller vid avtalstidpunkten helt enkelt glömt bort att upplysa om förhållandet. Jämväl enligt nämnda tolkning kan naturligen mycket väl förklaras underlåtenheten att hänskjuta målet till plenum. En annan sak är, att man kanske kunde tycka, att när det gäller dylikt rättsligt fel icke ens något krav på vetskap hos säljaren om köparens förutsättningsfel skulle behöva uppställas utan att felet borde anses objektivt relevant eller åtminstone att det borde räcka med att säljaren *bort* äga sådan vetskap. Jfr ovan NJA 1936 s. 6 samt nedan NJA 1922 s. 491, 1941 s. 205 och 1949 s. 640. Man kan naturligtvis icke häremot åberopa — det vore blott ett terminologiskt argument! — att rättsgrunden för säljarens ansvarighet bör vara hans »upplysningsplikt» och att en sådan plikt icke gärna kan anses åvila en säljare, som saknar kännedom om det varom han skall upplysa. Helt uteslutet är väl ej heller, att frågan om det berättigade i att jämställa vad säljaren vetat med vad han bort veta trots allt hållits öppen. Man var ju icke tvungen att i detta mål, där vetskap förelåg, uttala sig om läget när dylik blott bort föreligga.

NJA 1930 s. 355: Arrendator av löneboställe har vid tillträdet av misstag till avträdande arrendatorn erlagt för högt belopp såsom lösen för nybyggnad. Är han berättigad återbekomma vad han betalt för mycket? HD biföll detta kondiktionskrav, under motivering att vederbörande desto hellre måste anses berättigad att återbekomma vad han för mycket erlagt, som avträdande arrendatorn, därest han ej insett misstaget, i allt fall bort inse, att misstag förelegat. Här åberopas sålunda verkligen culpa in contrahendo å motpartens sida som rättsgrund för villfarelsens relevans. Stort principiellt intresse har dock icke rättsfallet. Orden »desto hellre» i HD:s dom synas antyda, att utgången även frånsett nämnda culpa mycket väl kunde ha blivit densamma. Det hade ju ock förelupit en ganska extrem dubbelbetalning som rimligen måste korrigeras. För resten torde betalningsmottagarens culpa ha varit så grov att man, vilket väl likaledes på sätt och vis framgår av motiveringen, med fog kunde

presumera *vetskap* hos honom om förutsättningens oriktighet (se ovan s. 123).

NJA 1929 s. 90: Ifrågasatt tillämpning vid fastighetsköp av 33 § avtalslagen. Se SvJT 1933 s. 250 f.

NJA 1928 s. 32: Yrkande av efterlevande make, att ett arvskifte måtte — såsom grundat å error juris: saknad av kännedom om 1920 års lag om makes arvsrätt — förklaras ogiltigt. — Majoriteten i HD (3 just.r.) ogillade detta yrkande, under åberopande av att den omständigheten att den efterlevande maken icke skulle ha godkänt skiftet, därest nämnda lag varit honom bekant, ej i och för sig föranledde, att skiftet mot honom vore utan verkan, samt att efterlevande maken icke ens påstått, att de övriga dödsbodelägarna med kännedom om berörda lag insett och begagnat sig av hans okunnighet om densamma eller eljest förhållit sig så, att på grund därav skiftet borde anses ogiltigt. Alltså: villfarelsen var ej på objektiva grunder relevant (en uppfattning, som förmodligen bottnade i hänsyn till villfarelsens karaktär av rättsvillfarelse men om vars riktighet kan diskuteras, jfr nedan NJA 1948 s. 244 och Wiberg i SvJT 1943 s. 786), och icke heller förelåg subjektivt obehörigt beteende hos motparterna, varvid man synbarligen främst eller uteslutande tänkt på möjligheten av att motparterna gjort sig skyldiga till svek i en eller annan form eller dock genom sitt beteende framkallat villfarelsen. Två just.r. kommo till samma resultat men med annan motivering, som mera gick ut på ett betonande av att arvskiftet verkligen blivit av de olika intressenterna godkänt än på ett angivande av skälen för att förutsättningen måste frånkännas relevans; i det senare hänseendet anfördes egentligen endast att den efterlevande maken själv »åberopat» det i målet ifrågakomna testamentet (=själv varit verksam för att framkalla den villfarelse, som var gemensam för honom och motparterna?).

NJA 1928 s. 47: Köpare av viss rörelse med inventarier yrkar återgång av köpet och utfående av skadestånd, enär säljaren svikligt föranlett avtalets ingående eller dock på ett ohederligt sätt begagnat sig av köparens obekantskap med ett faktiskt förhållande, ägnat att inverka på köpeavtalets tillkomst. — HD fastslog, bl.a., att köparen vid förhandlingarna om köpet uppenbarligen utgått från en bestämd förutsättning (nämligen att en med hänsyn till ett beslut av hälsovårdsnämnden påkallad flyttning av visst uthus kunde äga rum och verkställas för en kostnad av högst 500 kronor), *att* säljaren måste antagas hava insett detta, *att* emellertid tillgängligt gårdsutrymme ej fanns för flyttningen, *samt* att kostnaden för angelägenhetens ordnande på annat sätt (som enligt nämndens beslut kunde träda i stället för flyttningen) skulle uppgå till ej mindre än 3.000 kronor. Med hänsyn härtill ävensom till vad i övrigt i målet förekommit kunde köpeavtalet, yttrade HD, icke anses vara för köparen

bindande; men enär sådana förhållanden icke blivit i målet ådagalagda, att säljaren kunde förpliktas att till köparen utgiva viss i målet fordrad ersättning, ogillades detta skadeståndsyrkande. — Motiveringen företer delvis beröringspunkter med HD:s dom i det ovan behandlade rättsfallet NJA 1935 s. 57 och ger i viss mån upphov till liknande tvivelsmål och reflexioner. Grundades avtalets återgång på att säljaren gjort sig skyldig till civilt svek? Knappast. Det framhävdes, att säljaren haft vetskap om *förhandenvaron* av köparens förutsättning, men ingenting nämndes om att hon tillika insett dess oriktighet (måhända menade man i detta avseende, att även om säljaren måste ha avvetat, att utrymme saknades för flyttning av uthuset, hade hon kanske icke förstått, att kostnaden för sakens ordnande på det andra sätt, vartill enligt nämndens beslut förefanns möjlighet, skulle bliva så stor). Vidare är ogillandet av köparens skadeståndsanspråk, om civilt svek ansetts föreligga, obegripligt; att man skulle ha ansett endast straffbart svek ha skadeståndspåföljd till konsekvens, synes uteslutet. Nästa möjlighet är då, att HD funnit ifrågavarande förutsättning böra erhålla relevans på grund av säljarens *kulpösa* beteende före avtalsslutet. Nog hade man, förefaller det, med gott samvete kunnat säga, att säljaren åtminstone *bort* inse köparens förutsättningsfel. Även med denna tolkning är det visserligen egenartat — och materiellt högst otillfredsställande —, att köparen i ett läge som det förevarande icke tillerkändes någon skadeståndsrätt. Men det kunde förklaras med att 42 § 2 st. köplagen ansetts stå hindrande i vägen. Icke desto mindre måste väl tolkningen i fråga avvisas, enär domens formulering icke ger tillräckligt stöd för att det varit säljarens culpa, som lagts till grund för avgörandet. Förhållandet är ju också det, som förut i denna uppsats understrukits, att tanken på ett motpartens ansvar för culpa in contrahendo med hänsyn till en kontrahents felaktiga förutsättning över huvud spelat mycket liten roll i rättstillämpningen, särskilt som avfattningen av 33 § avtalslagen inbjuder till dess negligerande. Man får kanske då fatta HD:s avgörande så, att ifrågavarande av säljaren kända förutsättning hos köparen rent objektivt varit av den beskaffenhet, att den förtjänade relevans såvitt anginge avtalets ogiltighet, medan man i avsaknad av straffbar eller civil dolus å säljarens sida eller en dennes garanti förmenat, att oaktat det icke gällde fastighetsköp rättsgrund saknades för köparens skadeståndsrätt; se rubriken till rättsfallet och angående densamma ovan s. 114. Tänkbart är dock, att man även med utgångspunkt från att avtalet borde återgå på objektiv grund skulle varit villig att utdöma skadestånd till följd av den culpa som *tillika* förelåg men känt sig stängd av sagda 42 § 2 st. köplagen.

NJA 1924 s. 6: Tillämpning beträffande fastighetsköp av 33 § avtalslagen. Se min uppsats i SvJT 1933 s. 255. Såsom där framhålles,

rörde det sig snarare om ett fall, där 32 § samma lag bort komma till användning.

NJA 1924 s. 454: Återgång av fastighetsköp på grund av *medvetet* oriktiga arealuppgifter av säljaren. Att svek förelåg utsades ej direkt.

NJA 1923 s. 322: Säljare av hel nötkreatursbesättning har tillförsäkrat köparen, att djuren vore fria från öppen (smittsam) tuberkulos. Emellertid uppdagades, att några av djuren mer än ett halvt år före köpet funnits behäftade med dylik sjukdom men det oaktat fått kvarstå bland den övriga besättningen. Vid sådant förhållande förklarades köpet skola i sin helhet gå åter. — Domstolarna tillmätte avgörande betydelse åt det förhållandet, att säljaren vid förhandlingarna om köpet till köparen »yttrat», att djuren vore under klinisk behandling och att de vore friska, i det säljaren härigenom ansågs hava tillförsäkrat köparen, att djuren voro fria från smittsam tuberkulos (jfr även NJA 1922 s. 429). Skall det verkligen behövas dylika yttranden för att ett (icke ringa) fel av förevarande beskaffenhet skall ge köparen hävningsrätt?

NJA 1923 s. 326: Om detta och vissa andra jämförliga rättsfall (särskilt en del hyresrättsliga sådana) se ovan s. 128 not 69. I förevarande fall ansågs ett förtigande av väsentligt fel i försålt gods sätta klausulen »befintligt skick» ur funktion, trots att »sviklig avsikt» hos säljaren ej styrkts, se rubriken till rättsfallet. Innebörden av denna motsättning är ej klar. Möjligen syftades på skillnaden mellan straffbar och civil dolus.

NJA 1922 s. 491: Yrkande om återgång av fastighetsköp på grund av att köparen undanhållits upplysning angående fastigheten vidlådande brister i vissa hänseenden. — I underrättens av de högre instanserna (i denna del) ej ändrade utslag förklarades denna talan, med stöd av den för liknande fall vedertagna motiveringen, obefogad såvitt den baserade sig på att fastigheten innehöll mindre areal än köparen förutsatt, men bifölls på den grund, att säljarna, oaktat de avvetat att manbyggnaden delvis låg utom egendomens rågång, underlåtit att före köpet upplysa köparen om förhållandet, vilket icke heller kunde antagas ha varit annorledes för denne vid köpet bekant. Av det föga utförliga referatet framgår icke tydligt, om orsaken till denna olikhet i bedömandet av fastighetens brister var den, att i förra hänseendet saknades sådan utredning om att svek å säljarnas sida i den ena eller andra formen förekommit som i det senare var att tillgå, eller om domstolarna fäste avseende vid felens olika beskaffenhet i och för sig. Felet beträffande manbyggnadens läge var ju icke blott av mera överraskande beskaffenhet än det andra felet utan även hänförligt till kategorien *rättsligt* fel. Jfr ovan NJA 1936 s. 6 och 1933 s. 383.

NJA 1922 s. 615: Fråga om tillämpning vid fastighetsköp av 33 § avtalslagen. Se SvJT 1933 s. 249 f.

NJA 1918 s. 131: Vid försäljning av ett gods har i köpekontraktet stadgats, att köparen skulle övertaga säljarnas rättigheter och skyldigheter enligt alla nyttjanderättskontrakt rörande godset. Yrkande nu av köparen om ersättning för det säljarna skulle ha underlåtit att upplysa köparen om förefintligheten av ett kontrakt, varigenom ett (jämförelsevis obetydligt) antal utstämplade furu- och granträd sålts till avverkning, som vid köpets avslutande endast delvis verkställts. — Det föreliggande felet var här av *rättslig* art. Detta torde utgöra förklaringen till att två ledamöter av HD grundade skadeståndsrätt för köparen direkt på säljarnas underlåtenhet att lämna upplysning om felet, alltså utan att till synes uppställa något krav på dolus, garanti etc. å säljarnas sida. Majoriteten i HD (3 just.r.) kom emellertid till motsatt slut. Därvid hänvisades i första hand till att köparen genom berörda bestämmelse i köpekontraktet förbundit sig att övertaga säljarnas skyldigheter enligt alla nyttjanderättskontrakt rörande egendomen utan att därvid angivits de rättigheter, vilka med bestämmelsen avsågos. Innebörden härav lärer vara, att köparen redan genom denna generalklausul erhöll den upplysning om förhållandena han kunde begära (eller om man så vill: att köparen även i detta — rättsliga — avseende övertagit fastigheten »i befintligt skick»); jfr NJA 1927 s. 95. Men vidare tillades i motiveringen, att köparen icke visat, att säljarna angående de vid köpets avslutande förefintliga upplåtelser från egendomen lämnat honom sådana oriktiga eller ofullständiga uppgifter, att han därigenom vilseletts i fråga om egendomens värde. Utgången skulle sålunda ha blivit en annan, om säljarna i den ena eller andra formen förfarit svikligt, och möjligen även — det är kanske meningen — om de beträffande ifrågavarande rättsliga fel lämnat (låt vara i god tro) oriktiga positiva uppgifter av enuntiativ natur.

NJA 1916 s. 297: Om detta rättsfall och om NJA 1910 s. 499 se nedan i samband med kommentaren till NJA 1940 s. 391.

Av *äldre* rättsfall skall här endast omnämnas *ett,* NJA 1908 s. 221, som — trots att detta mycket bristfälligt kommit till uttryck i rubriken — på sin tid lär ha ansetts innebära ett viktigt avgörande på den allmänna avtalsrättens område.

NJA 1908 s. 221: Mellan sysslomännen i ett bolags konkurs och X träffades den överenskommelsen, att viss bolagets fordran mot X skulle gå i kvittning mot den fordran X förvärvat genom infriande av borgen för en bolagets bankskuld. Verkan av att sysslomännen vid överenskommelsens tillkomst utgått från den felaktiga förutsättningen, att borgensförbindelsen infriats *före* konkursens början (jfr 121 § konkurslagen)? — HD fastslog i detta hänseende, att även om antagas finge, att sysslomännen vid träffandet av omförmälda överenskommelse utgått från den felaktiga förutsättning, att borgensförbindelsen infriats före konkursens början, ett dylikt förhållande

likväl, då det ej ens uppgivits, att villfarelsen framkallats av X eller eljest vid överenskommelsens avslutande insetts eller bort inses av honom, icke kunde inverka på överenskommelsens giltighet. (Ett just.r. kom i likhet med NRev till samma slut men med en mera intetsägande motivering). — I detta äldre rättsfall har sålunda HD faktiskt i motiveringen klart tagit fasta på möjligheten av att en i och för sig irrelevant motivvillfarelse skulle kunna erhålla relevans bl.a. på grund av motpartens culpa in contrahendo (»bort» inse). Det sades visserligen icke mera än det negativa, att om sådan culpa resp. dolus *ej* är för handen (och villfarelsen ej heller framkallats av motparten, jfr ovan s. 89), avtalet trots villfarelsen blir bindande, och man torde icke ha rätt att härifrån utan vidare motsättningsvis sluta, att det ansetts att *när* sådan culpa föreligger, därav alltid måste följa avtalets ogiltighet. Statuerandet av ett avtals ogiltighet är ju nämligen städse något vida allvarligare än ett upprätthållande av dess rättsverkningar; se ovan not 70.

Under hänvisning till detta rättsfall yttrade sedan obligationsrättskommittén i motiven till avtalslagen (NJA II 1915 s. 263), att den i samma lag i det hela icke reglerade frågan, om en motivvillfarelse kunde åberopas med den påföljd, att en därav påverkad rättshandling bleve ogiltig, »i allmänhet» måste besvaras nekande för sådana fall då medkontrahenten varit i god tro (märk att fortfarande endast detta negativa framhölls). Satsen skulle, förmenade kommittén lättsinnigt nog, följa av grunderna för 32 § 1 st. avtalslagen. Jämväl ett lagrådets yttrande, a. st. s. 254 f., ger vid första påseende intryck av att man var inne på samma linje, ja det kunde åberopas att lagrådet t.o.m. hemställde, att för ändamålet tillämpningsområdet för 32 § avtalslagen skulle genom annan avfattning av stadgandet än den ursprungligen föreslagna (»felskrivning eller därmed *jämförligt* misstag») utvidgas. Men av lagrådets låt vara ganska oklara yttrande lärer få anses framgå, att man ingalunda ville med den förordade utvidgningen ge uttryck åt att för *alla* misstag, som icke innefattades under 32 § i dess ursprungliga lydelse, skulle fastslås grundsatsen om deras principiella betydelselöshet gentemot godtroende motpart, utan endast för vissa av dem, nämligen för sådana som, utan att vara »jämförliga» med felskrivning, föranlett att rättshandlingen fått annat *innehåll* än åsyftat varit, sålunda när allt kommer omkring endast för förklaringsmisstag i *motsats* till motivvillfarelser. Härvid synes man visserligen ha haft en annan mening än obligationsrättskommittén om vad som med en rättshandlings »innehåll» bör förstås (märk å ena sidan lagrådets omnämnande såsom förklaringsmisstag av misstag beträffande »avtalets föremål, rättshandlingens art eller medkontrahentens person», å andra sidan kommitténs yttrande a. st. s. 263, som tyder på att dylika misstag av kommittén hänfördes till motivvillfarelser). På antydda sätt tolkades i alla händelser lagrådets

yttrande av departementschefen (a. st. s. 259 f.), vilken *dels* strök begränsningen av 32 §:s räjong till med felskrivning *jämförliga* misstag *dels* emellertid fasthöll vid att grundsatsen om misstags irrelevans gentemot godtroende motpart icke skulle i lagen uttalas för andra fall än sådana, där misstaget likvisst kunde sägas avse rättshandlingens »innehåll» (med uteslutande sålunda av motivvillfarelser), *dels* ock pointerade, att uppdragandet av gränsen mellan misstag beträffande en rättshandlings innehåll (förklaringsmisstag) samt motivvillfarelser ofta kunde möta svårigheter. Vad det sista beträffar togs alltså ej någon ståndpunkt till obligationsrättskommitténs och lagrådets olika uppfattningar om vad som till den ena eller andra misstagstypen vore att hänföra. — Av det sagda framgår, att man icke i lagrådets och departementschefens yttranden kan sägas ha något stöd för obligationsrättskommitténs i anslutning till nu behandlade rättsfall framförda åsikt, att regeln i 32 § avtalslagen om irrelevansen av förklaringsmisstag mot godtroende medkontrahent skulle analogt kunna tillämpas å motivvillfarelser (liksom naturligen förarbetena än mindre ge stöd för den omvända satsen — vilken som sagt ej heller av kommittén uttalades —, att en motivvillfarelse principiellt blir relevant gentemot en medkontrahent, för vilken villfarelsen varit synbar i den mening att han insett eller bort inse densamma). Att kommitténs åsikt dessutom som sådan får anses ohållbar, har ovan i denna avhandling utvecklats.

Från tiden 1940—1952 må anmärkas följande rättspraxis:

NJA 1940 s. 77: Sedan A genom förfalskningsbrott åsamkat B förlust, utfärdade B — i syfte att A skulle undgå straff — ett skuldebrev innefattande täckning av förlusten. Därefter uppdagades att A även begått förfalskningsbrott till förfång för C, varefter A blev häktad på angivelse av C och dömd till ansvar för alla brotten. De anhöriga yrka nu åläggande för B att till dem utan vederlag återställa skuldebrevet. — I detta mycket illustrativa fall av bristande förutsättningar, som kommenterats av N i a l i SvJT 1942 s. 211 f., intog pluraliteten i HD en till synes ganska snäv hållning mot förutsättningslärans ogiltighetsregler. Talan ogillades under hänvisning *dels* till att de anhöriga icke kunde anses ha gjort förbehåll om att deras förpliktelser icke skulle gälla för den händelse ifrågavarande eventualitet inträffade *dels* till att förpliktelserna icke visats tillkomna under sådana omständigheter, att vissa åberopade stadganden i avtalslagen vore tillämpliga. Det låter som om man helt allmänt, i princip, velat acceptera den restriktiva inställning, som enligt vad ovan s. 113 anmärkts i äldre tid var den förhärskande kontinentala och enligt vilken i de fall där blott motivvillfarelse föreligger eller det förelupna felet eljest hänför sig enbart till vederbörandes förutsättningar — i motsats alltså till fall av fel i viljeuttrycket (förklaringsmisstag) — avtalet ej anses ogiltigt med mindre svek eller vad därmed är att jämställa föreligger å medkontra-

hentens sida. Osäkert är dock, om man måste läsa domen så. Räckvidden av uttalandena därstädes behöver ju icke sträcka sig utöver misstag av den art varom i målet var fråga. Påfallande är visserligen, att det icke i domen på annat sätt än av det refererade framgår »svarades» på den i målet förda talan, vilken grundade sig ej blott på vissa stadganden i avtalslagen utan även på allmänna förutsättningsregler. Se om domen ytterligare Guldberg i SvJT 1953 s. 10 vid not 1 (gillande) ävensom Wiberg i SvJT 1943 s. 795 f. (»ganska uppseendeväckande»). — Minoriteten i HD kom liksom underinstanserna till motsatt slut. Motiveringen ger dock föga vägledning, då den, i skarp kontrast till pluralitetens votum, kräver så litet för att rättsärendet skall få återgå, att man med tillämpning av en sådan motivering måste komma till att i förutsättningsfall avtal i rent orimligt stor omfattning ansåges oförbindande (jfr bl.a. Guldberg a.st. s. 7). Det åberopades allenast, *att* de anhöriga vid förbindelsens utfärdande utgått från en viss angiven förutsättning, *att* de måste antagas ha insett förutsättningens förhandenvaro (alltså icke tillika dess felaktighet), *samt att* förutsättningen brustit utan att det visats att de medverkat därtill.

Härmed kunna sammanställas tre rättsfall från 1936 (s. 495, 500, 505), där frågeställningen var liknande, ehuru omständigheterna varierade åtskilligt i de olika fallen. Det första kräver ingen kommentar; med utgångspunkt från det som HD där fann utrett (angående vad kommunen haft befogad anledning antaga) kunde avgörandet icke gå i mer än en riktning. Hovrätten byggde i huvudsak, såsom Wiberg framhållit i SvJT 1943 s. 793, på »principerna i NJA 1908 s. 221». Även i det andra fallet kunde HD:s pluralitet (3 just.r.) på basis av vad som in casu ansågs utrett relativt enkelt komma till rätta med förutsättningsspörsmålet; talan om återbetalningsskyldighet för kommunen ogillades närmast på grund av att de anhöriga, som ej kunde anses ha gjort förbehåll om dylik skyldighet, vid inbetalningarna förstått eller åtminstone bort förstå, att visshet icke kunde föreligga beträffande bristens verkliga storlek. Två skiljaktiga ledamöter kommo till motsatt slut med motiveringar väsentligen överensstämmande med HD-minoritetens i 1940 års nyssnämnda rättsfall. Denna ståndpunkt vann pluralitet i det tredje målet. Domskälen för att de anhörigas talan i detta fall bifölls äro således behäftade med den onöjaktighet varom nyss var tal. En minoritet av två ledamöter ville dock även här låta rättshandlingarna stå vid makt, under hänvisning allenast till att varken 31 § eller 33 § avtalslagen i förevarande fall kunde bringas till tillämpning. Särskilt motiverades, att 33 § ej kom i fråga; förutsättningskontrahentens motpart hade icke haft *vetskap* om förutsättningens väsentlighet. Det är också tydligt, att culpa vid avtalsslutet icke räcker för tillämpning av detta lagbud, även om mot tro och heder stridande förfarande föreligger på ett senare stadium, nämligen

när rättshandlingen göres gällande (se ovan s. 64). Emellertid har man numera i praxis på annan väg, nämligen via analogi från 8 § skuldebrevslagen och jämförliga lagbud, ansett sig ha vissa möjligheter att beakta efterföljande »otillbörlighet», se NJA 1948 s. 138, jfr även 1941 s. 150 (tre just.r.), 1951 s. 645 (minoriteten i HD) och 1952 s. 555 (d:o).

Såsom man finner av de svaga pluraliteterna i HD (och de mindre tillfredsställande motiveringarna) har genom rättspraxis icke skapats någon klarhet om hur enligt gällande rätt nu avsedda förutsättningsspörsmål äro att bedöma. Det må tilläggas, att några mera vägande slutsatser ej heller kunna dragas av rättsfallen NJA 1930 s. 20 och 1937 s. 60, vilka medelbart beröra ämnet.

NJA 1940 s. 325: Ett inteckningslån, löpande med den av långivaren, en sparbank, för lån på sex månader vid varje tidpunkt tillämpade räntesatsen, har utbytts mot ett i tio år bundet lån med fast ränta. Yrkande av låntagaren att, enär utbytet — till vilket bankens direktör enligt låntagarens uppgift tagit initiativet under förebärande att allmän räntestegring vore förestående — kommit till stånd efter det banken några dagar tidigare, utan att låntagaren därom erhållit kännedom, för lån på sex månader fastställt en lägre ränta än den som avtalats för det bundna lånet, det senare låneavtalet måtte jämlikt 33 § avtalslagen förklaras vara utan verkan och banken förpliktas att till låntagaren utgiva skadestånd. — Denna talan ogillades i alla instanser. Avgörandet tyder på stor försiktighet när det gäller tillämpningen av 33 § avtalslagen och möjligen även på skepsis mot »synbart viljefel» i övrigt som ogiltighetsgrund. Vad som närmare besett varit bestämmande för domslutet är dock på grund av motiveringens knapphändighet omöjligt att uttala sig om. Flera tolkningsmöjligheter föreligga.

NJA 1940 s. 391: Genom inbördes testamente förordnade makar, att den efterlevande av dem skulle med full äganderätt behålla all makarnas egendom. Sedan en av makarna avlidit, försummade den efterlevande att bevaka testamentet. Efter sistnämnda makes död underskrevo, på föranledande av boutredningsmannen i dödsboet, den först avlidne makens släktarvingar en på en avskrift av testamentet tecknad förklaring, att de godkände testamentet och avsade sig all rätt att klandra detsamma. Släktarvingarna yrka nu, under åberopande av att de vid godkännandet svävat i den villfarelsen att testamentet vore giltigt, att godkännandet måtte förklaras icke vara för dem bindande. — Frågan huruvida ett dylikt misstag är ägnat att vara relevant kan synas tveksam nog. Man kunde möjligen tycka, att det här rör sig om en »Geschäftsgrundlage», som på objektiva grunder borde tillerkännas betydelse. Emellertid är det av största vikt, att den som ställes inför spörsmålet om han skall godkänna ett testamente tvingas att fatta position till icke blott huruvida testamentet är klanderbart på någon av de grunder som angivas i 5 kap. testaments-

lagen [93] utan även huruvida det är en nullitet till följd av underlåten bevakning. Under sådana omständigheter är det förståeligt, att man icke i någon instans var hågad att anse giltigheten av godkännandet »objektivt» avhängig av att berörda förutsättning hölle streck. Säkerligen har i detta sammanhang också spelat en roll, att den villfarelse, vartill släktarvingarna gjorde sig skyldiga när de förbisågo kravet på testamentsbevakning, var av rättsvillfarelses natur.[94] Domstolen torde med andra ord ha utgått från att den ifrågavarande förutsättningen icke vore ägnad att medföra ogiltighet med mindre detta kunde stödjas på något motpartens beteende. Och förmodligen har därvid endast tänkts på svek eller annat uppsåtligt obehörigt förfarande. Den omständigheten allenast, att motparten, i god tro, *framkallat* villfarelsen (jfr ovan s. 89), har efter vad det synes icke ansetts tillfyllest för att godkännandet skulle mista sin rättsverkan, ehuru det icke är uteslutet, att man skulle varit mera benägen att fästa avseende vid ett sådant förhållande, om medkontrahenten utgjorts av intressenterna själva och icke blott av en boutredningsman, låt vara i viss mån handlande å dessas vägnar. I nu angivna hänseende föreligger, kunde man kanske ifrågasätta, en motsättning till det äldre rättsfallet *NJA 1910 s. 499,* där fakta voro i viss mån jämförliga. Motpartens goda tro var dock där av ganska diskutabel natur, även om man i överinstanserna blott åberopade motpartens framkallande av villfarelsen och icke talade om svikligt förledande (jfr hänvisningen i rubriken till det förut kommenterade rättsfallet NJA 1908 s. 221).[95] — En dissentierande ledamot *tolkade* (något fiktivt?) släktarvingarnas godkännande så, att det icke skulle vara bindande för fall av underlåten bevakning utan endast för fall av klanderbarhet enligt 5 kap. testamentslagen.

I rubriken till förevarande rättsfall nämnas, förutom 1910 års avgörande, jämväl rättsfallen NJA 1916 s. 297 och 1938 s. 229. I det förra gällde det en rättsvillfarelse av som det synes sådan beskaffenhet, att villfarelsen borde på objektiva grunder anses beaktansvärd. Att godkännandet i fråga var verkningslöst antogs också såväl av hovrätten som av HD. Det senare rättsfallet har mindre intresse. HD:s konklusion grundades nämligen på en tolkning av godkännandet, varigenom

---

[93] En invändning av den som godkänt ett testamente om att han vid godkännandet utgått från en felaktig förutsättning beträffande de omständigheter, vilka enligt nämnda kapitel i testamentslagen äro avgörande för testamentes ogiltighet, bör naturligen upptagas med synnerlig misstro.

[94] Däremot är det mindre troligt, att man skulle ansett förutsättningen irrelevant av *det* skälet att, såsom i målet argumenterades, släktarvingarna ådagalagt grov vårdslöshet genom att icke kontrollera huruvida bevakning ägt rum.

[95] En annan förklaring till utgången i nu behandlade rättsfall NJA 1940 s. 391 har lämnats av Beckman (NJA 1948 s. 252).

dess innebörd reducerades (jfr nyssnämnde dissidents votum). På sin höjd kan ur domen indirekt utläsas, att man icke var ovillig att på det ena eller andra sättet skänka gehör åt en rättsvillfarelse av hithörande art.

NJA 1940 s. 449: Fråga huruvida, då köpeavtal om fast och lös egendom var ogiltigt beträffande vissa andelar i den fasta egendomen, avtalet vore ogiltigt i sin helhet. Jfr NJA 1926 s. 60 och SvJT 1952 s. 795 not 1. — Härmed kan jämföras *NJA 1942 s. 504*: Handling ansågs icke gällande som äktenskapsförord, när den ej som avsett varit tillika ägde giltighet som testamente. Även här var alltså fråga om verkan av ett slags partiell ogiltighet. Jfr ytterligare NJA 1940 s. 112.

NJA 1941 s. 139: Fråga om återgång av fastighetsköp då säljaren underlåtit att lämna köparen upplysningar av betydelse för bedömandet av möjligheten, med hänsyn till bestämmelser tillämpade av vissa näringsorganisationer, att bedriva tillärnad specerihandel å fastigheten. — Här tillämpades 33 § avtalslagen. Som motivering åberopade HD icke allenast att köparen utgått från en oriktig och för honom väsentlig förutsättning samt att säljaren insett förutsättningens oriktighet utan även säljarens »ingående» kännedom om förhållandet i fråga, köparens *ursäktliga* okunnighet i ämnet (»med fog utgått från etc») samt slutligen »vad i övrigt i målet förekommit». Ett ganska kvalificerat »synbart viljefel» förelåg följaktligen, vilket för resten i allmänhet torde kunna sägas i de fall där 33 § avtalslagen kommer till användning i HD:s praxis (se t.ex. NJA 1942 s. 368 och 495 samt, kanske ett gränsfall, 1940 s. 219).

NJA 1941 s. 159: Fråga, då säljare av handelsrörelse vid försäljningen lämnat köparen oriktiga uppgifter om resultatet av rörelsen, huruvida avtalet kunde av säljaren göras gällande. — Mål av hithörande typ förekomma ofta i praxis; att en köpare vinner en dylik talan torde emellertid vara mindre vanligt än att han förlorar den. I detta fall bifölls käromålet av alla instanser. HD åberopade till stöd för att köpeavtalet icke kunde göras gällande mot köparen, *att* säljaren under köpeförhandlingarna till köparen överlämnat en skriftlig uppställning rörande handelsrörelsens omfattning ävensom balanskonto samt vinst- och förlustkonto, *att* dessa handlingar varit i vissa hänseenden felaktiga, *att* det måste antagas ha varit av avgörande betydelse för köparen, att i överensstämmelse med vad handlingarna utvisade rörelsen varit vinstgivande, *samt att* oriktigheten icke för köparen påpekats av säljaren (vilken tidigare, vid förhandlingar med en annan spekulant, fått oriktigheten för sig påvisad). Läget i målet var alltså det, att säljaren, om han än icke brutit mot en konkludent avgiven garantiutfästelse, i allt fall kommit med oriktiga positiva uppgifter, av enuntiativ natur. HD tycks icke ha anlagt garantisynpunkten, vare sig direkt eller i form av en fingerad garanti. Någon omedelbar tillämpning av köplagens felregler i övrigt förefaller icke heller ha

skett; rörelsen såldes synbarligen också i befintligt skick. Man får intryck av att avtalet ansetts ogiltigt på allmänt avtalsrättslig grund, vare sig domstolen haft 33 § avtalslagen i tankarna, ehuru denna ej citerades, eller utgått från någon motsvarande regel om upplysningsplikt. Sannolikt är i alla händelser (annorlunda dock R o d h e i SvJT 1946 s. 30), att det var säljarens *vetskap* om köparens väsentliga — och för dylika köptransaktioner typiska? — villfarelse, som tillmättes avgörande betydelse. I princip torde ock köparen ansetts skadeståndsberättigad, ehuru man på grund av omständigheterna icke kom fram till något skadeståndsbelopp.

NJA 1941 s. 205: Sedan samtliga andelar i en bostadsförening, vars huvudsakliga tillgång bestod av en stadsfastighet, sålts med garanti att fastigheten, som skulle i befintligt skick tillträdas den 1 aug. 1938, vore intill den 1 okt. 1939 uthyrd för angivet årsbelopp, befanns att två mot viss i beloppet inräknad hyra upplåtna bostadslägenheter å vinden blivit i strid med gällande byggnadsbestämmelser inredda, varefter byggnadsnämnden förelade föreningen att ha före den 1 nov. 1939 återställt fastigheten till överensstämmelse med gällande ritningar. Yrkande nu av köparen om skadestånd, därför att vindslägenheterna icke vidare kunde uthyras för bostadsändamål. — Pluraliteten i HD ogillade liksom hovrätten denna talan. Utgångspunkten var därvid utan tvivel, att tvisten gällde en föryttring som, i den mån den hade avseende å fastigheten, redan enligt lag, och för resten även på grund av uttryckligt förbehåll, var att anse som en föryttring i befintligt skick. Beträffande motiveringen är till en början att märka, att det fastslogs att säljaren icke kunde anses ha lämnat utfästelse om vindsrummens användning för bostadsändamål efter den angivna tidpunkten. Att dylik utfästelse avgivits hade nämligen hävdats i målet. Man tog alltså avstånd från att laborera med vare sig en konkludent eller en fiktiv garantiutfästelse; någon »intolkning» i kontraktet av en garanti härutinnan gjordes ej. I övrigt åberopades, att säljaren vid överlåtelsen saknat *vetskap* om frånvaron av tillstånd från byggnadsnämnden, samt att ej heller eljest visats någon omständighet, på grund varav säljaren skulle vara ersättningsskyldig i omstämda hänseendet. Meningen synes vara, att om vetskap förelegat rörande köparens villfarelse beträffande ifrågavarande väsentliga — och kanske även för berörda slags avtal typiska — sakförhållande, säljaren skulle ansetts ersättningsskyldig [96] trots att föryttringen skett i befintligt skick. Grunden härtill *kan* vara, att man menat att om dylik vetskap förefunnits, det finge utan vidare i en situation av föreliggande

[96] Av domens avfattning kan naturligen icke slutas, att man utgått från att, när en säljare vid avtalsslutet haft vetskap om ett för köparen väsentligt förutsättningsfel, detta *generellt* måste ge upphov till en köparens ersättningsrätt. En sådan förutsättning vore ju ock, på sätt förut i denna avhandling utvecklats, förhastad.

art räknas med att vederbörande förfarit i strid mot tro och heder, så att ett civilt svek förelåge. Med denna tolkning skulle alltså intet avseende ha fästs vid felets rättsliga natur. Ty även när det gäller faktiska fel måste ju ett handlande i strid mot tro och heder trots föryttring i befintligt skick utöva motsvarande effekt. Men ojämförligt sannolikare är, att avgörande just varit nämnda förhållande, att felet låg på det rättsliga planet. Innebörden blir då, att man beträffande rättsliga fel laborerat med en oskriven regel om »upplysningsplikt» för en om förutsättningsfelet å köparens sida *underkunnig* säljare, en regel som i motsats till 33 § avtalslagen icke kräver något ohederligt beteende hos säljaren; denne har t.ex. icke förstått felets väsentlighet eller av slarv eller indolens icke kommit sig för att ge köparen vederbörlig underrättelse (jfr kommentaren här ovan till rättsfallet NJA 1933 s. 383). Men längre än vad nu sagts ville — det synes vara den mest naturliga tolkningen — pluraliteten icke gå. Trots felets rättsliga natur borde alltså icke inträda någon »ersättningsskyldighet» för säljaren, vare sig i prisminsknings- eller i skadeståndshänseende, blott därför att han *bort* känna till köparens förutsättningsfel, än mindre, såsom enligt 42 § 1 st. köplagen, säljaren bära strikt ansvar i prisminskningshänseende. Talet om att »ej heller eljest visats någon omständighet» *kan* dock täcka även hänsynstagande till denna form av culpa in contrahendo. — Minoriteten i HD kom till motsatt slut. Köparens talan bifölls under åberopande av att det i målet förelåg visst förutsättningsfel (varvid betonades att köparen haft fog för förutsättningen), samt att den omständigheten, att fastigheten enligt kontraktet överlämnades i befintligt skick, ej var av beskaffenhet att fritaga säljaren från ansvar för det fel beträffande fastighetens beskaffenhet i rättsligt avseende, varmed andelarna i fastighetsföreningen voro behäftade. Man skulle kunna tro, att härmed åsyftats att utsäga, att förevarande rättsliga fel borde, ehuru det rörde sig om en fastighet och någon dolus eller garanti å säljarens sida ej förelåg, behandlas som relevant i prisminskningsavseende, sc. relevant utan vidare, så att icke ens culpa hos säljaren utgjorde någon betingelse. Detta hade varit en principiellt intressant framstöt. Meningen torde dock icke ha varit sådan. Minoriteten lär i stället, något formalistiskt kan det tyckas, ha tagit fasta på att köpet juridiskt-tekniskt icke gällde fast utan lös egendom (föreningsandelar), och alltså bedömt läget jämlikt köplagens felregler.

NJA 1942 s. 163: Krav grundas å förbindelse, varigenom enda arvingen (trolovningsbarn) i ett dödsbo utfäst sig att med visst belopp utgiva ersättning till personer som medverkat till att arvingen, vilkens arvsrätt tidigare var okänd, kommit i åtnjutande av arvet. — Innebörden av HD:s dom (två ledamöter) är icke lättfattlig. Enligt Rodhe i SvJT 1946 s. 31 skulle hänsyn tagits till löftesgivarens oförstånd genom att utfästelsen *tolkats* med beaktande av löftesgiva-

rens för motparten kända uppfattning av situationen. Denna uttydning stämmer bra med ingressen till domen, där omstämda skriftliga handling förklarades vara »bindande» för löftesgivaren. Emellertid är det vanskligt att se, hur man genom tolkning av en skriftlig förbindelse å 6.000 kr kunde komma fram till att den skulle gälla endast med visst avdrag. Motiveringen tager också sikte på löftesgivarens förutsättning samt motpartens insikt om förutsättningens förhandenvaro och kanske även — det framgår ej tydligt — om dess felaktighet. Möjligt är således, att man i själva verket visserligen ansett förbindelsen vara som sådan, d.v.s. i princip eller i huvudsak, gällande men på allmänt avtalsrättsliga grunder partiellt beskurit dess giltighet.[97] — Två ledamöter av HD funno liksom underinstanserna utfästelsen bindande, utan berörda avdrag, dock att viss reducering gjordes på annan grund, som här är utan intresse.

NJA 1943 s. 109: En stad (Östersund) överlät till en understödsförening viss del av en i staden belägen tomt, därvid i köpekontraktet bland övriga villkor upptogs, att fastigheten såldes i och för uppförande å nämnda tomtdel och en intilliggande, föreningen tillhörig tomt av ett första klassens hotell samt att föreningen förbunde sig att uppföra ett sådant hotell. Yrkande nu av staden att, enär genom beslut av vederbörande tillsynsmyndighet blivit fastslaget, att berörda åtagande icke kunde av föreningen uppfyllas, försäljningen måtte förklaras skola återgå. — Tyngdpunkten i detta rättsfall ligger, även vad pluralitetens votum i HD beträffar, på tillämpning av regeln om resolutiva villkors bristande rättsverkan vid fastighetsköp. I nyssnämnda votum tillades emellertid avslutningsvis några ord antydande möjligheten av att en fastighetsöverlåtelse frånkändes verkan »på grund av bristande förutsättning». Räckvidden av detta uttalande, vars betydelse säkerligen icke bör överskattas, är svår att fastställa. Att en förutsättning vid fastighetsköp *kan* vara relevant även på rent objektiva grunder, lär ej kunna betvivlas, jfr t.ex. NJA 1918 s. 318 ävensom mina uttalanden i SvJT 1952 s. 796 f., och förmodligen ville man med de citerade orden erinra om detta. Men säkert torde ock vara, att man icke i nämnda uttalande kan inlägga någon principförklaring om att en förutsättning, som när det gäller lös egendom skulle vara relevant, också måste äga relevans vid fastighetsköp, och

[97] Jfr ytterligare beträffande den ej sällan diffusa gränsen mellan tolkning av en rättshandling därhän, att ett krav på grund av densamma saknar fog, och ogiltighet resp. senare inträdande overksamhet av rättshandlingen NJA 1941 s. 150, 1944 s. 194. I praxis sträcker man sig emellanåt förvånande långt, när det gäller att tolkningsvägen uppnå ett eftersträvat resultat, se Förhandlingarna vid 19 nordiska juristmötet s. 207. I NJA 1952 s. 641 försöktes t.o.m. att i offentlig myndighets (hyresnämnds) beslut intolka ett villkor som ej fanns där. Härifrån tog dock HD avstånd. Se ytterligare NJA 1942 s. 219 (med kommentar i SvJT 1944 s. 419).

ej heller att formkravet vid fastighetsköp skulle sakna betydelse vid relevansfrågans bedömande. — Huruvida någon mera märklig motsättning mellan pluralitetens och minoritetens inställning föreligger synes mig ovisst. Kanske var det blott så, att minoriteten ansåg det onödigt att uttala sig om eventuell relevans av förutsättningar av en helt annan typ än den varom i detta mål var fråga.

NJA 1945 s. 94: Till förmån för fastigheten A gäller ett i fastigheten B intecknat servitut, avseende bl.a. skogsfång och för drivningen nödiga vägar å B. A har sålts med förbehåll för säljarna om rätt till nämnda servitut. Då säljarna, som avsett att nyttja servitutet till förmån för annan dem tillhörig fastighet, icke kunde för denna fastighet göra servitutet gällande mot ägaren av B samt förbehållets giltighet var en väsentlig förutsättning för säljarna vid försäljningen, vilket köparen måste antagas hava insett, har försäljningen ansetts icke vara bindande för säljarna. — Motiveringen är väsentligen av samma typ som den ovan i anslutning till rättsfallet NJA 1940 s. 77 behandlade (inledningsvis talas dock om en kontrahenternas »ömsesidiga» uppfattning) och ger anledning till där framförda kritik, jfr Rodhe i SvJT 1951 s. 586. *Här* hade kanske möjlighet förelegat att i stället grunda domslutet på tolkning av köpehandlingarna, se Benckert i Festskrift för Ekeberg s. 81, se ock NJA 1923 s. 235 och 1935 s. 680. Att märka är, att ifrågavarande misstag utgjorde en rättsvillfarelse. Beträffande det nu kommenterade rättsfallet må vidare hänvisas till Vahlén a.a. s. 248 ff. Dennes uttalande, att domsmotiveringen trots sin knapphet kan betecknas såsom en tillämpning av en objektiv förutsättningslära efter Ussings mönster, förefaller dock mer fantasirikt än riktigt.

NJA 1945 s. 305: Samtliga aktier i ett fastighetsbolag ha sålts med garanti, att bolaget vore ägare till en stadsfastighet, vilken i befintligt skick inginge i köpet. Byggnadsnämnden har därefter ålagt bolaget att på grund av bristfälligheter i fastighetens skorsten uppföra ny sådan. Yrkande nu av köparen om skadestånd av säljaren på den grund att denne underlåtit att upplysa köparen, att vid uppförandet av den förut befintliga skorstenen vissa av nämnden givna föreskrifter icke blivit följda. — I detta mål, där det gällde verkan av sådant fel i såld fastighet, som visserligen närmast var rättsligt men stod ett faktiskt fel nära, yppades ett flertal meningar i HD. Det votum, i enlighet varmed domen avfattades, har mindre principiellt intresse: på grund av särskilda omständigheter ansågs köparen, som före avtalet låtit företaga byggnadsteknisk undersökning av fastigheten, böra själv bära ansvaret. En av de dissentierande ledamöterna fann tydligen faktiskt fel föreligga och synes därav ha dragit slutsatsen, att felet var irrelevant. Detta votum måste alltså grunda sig på uppfattningen, att om felet varit att anse som rättsligt, säljarens upplysningsplikt sträckt sig längre än den beträffande faktiska fel vedertagna (sc.

längre än till fall av svek eller ohederlighet?). En annan ledamot ville utdöma skadestånd med hänsyn till säljarens *vetskap* om felet. Ytterligare en ledamot ville ogilla köparens talan på en grund, som möjligen angiver att han skulle ansett även säljarens »Wissenmüssen» ägnat att ådraga denne skadeståndsskyldighet; strikt ansvar avvisades däremot. Se angående rättsfallet ytterligare Rodhe i SvJT 1951 s. 606.

NJA 1946 s. 482: A har av B (konsthandlare) köpt en oljemålning, signerad »Paulus Potter f: 1652». Under påstående att signeringen sedermera befunnits falsk yrkar A köpets återgång (ej fråga om skadestånd). — Här mötte, inom köprättens ram, ett ganska intrikat förutsättningsspörsmål. Kan det beträffande utländska oljemålningar från äldre tid, sålda i svenska konstaffärer, principiellt hävdas — i motsats till vad som väl måste gälla vid tavelköp i allmänhet — att det icke innefattar ett »abstrakt» fel, att en oljemålning ej är i förhållande till signeringen äkta? Skall i brist på konkreta omständigheter, närmast då en garanti eller möjligen ett motsvarande enuntiativt uppträdande, dylik försäljning anses ha skett i befintligt skick såvitt äkthetsfrågan angår? Det förefaller som om minoriteten i HD, liksom hovrätten, besvarat sagda spörsmål jakande. Vid sådant förhållande och då in casu icke ansågs utrett, att dylika konkreta omständigheter voro för handen — eller, som man uttryckte sig, icke tillförlitligen styrkts att B sålt tavlan till A som ett äkta verk av Potter [98] — ville minoriteten ogilla köparens talan. Pluraliteten i HD kom till samma slut men på en grund, som med hänsyn till i domen upptagna fakta icke har större intresse för vårt ämne. Att av motiveringen skulle, såsom Rodhe i SvJT 1951 s. 607 antager, kunna motsättningsvis slutas, att man hyst en från minoritetens mening avvikande uppfattning i nämnda principiella hänseende, är ej säkert. Någon anledning att dekretera sin ståndpunkt härvidlag hade nämligen pluraliteten med sin åsikt om fakta i målet egentligen icke.

NJA 1945 s. 676: Om detta fall av fingerad garanti å säljarens sida vid butiksköp (rörande skadebringande egenskap hos godset: blysocker i stället för alunpulver) se min Skadeståndsrätt s. 152.

NJA 1947 s. 1: Sedan samtliga andelar i en bostadsförening, vars enda tillgång utgjordes av en stadsfastighet, sålts på villkor bl.a. att fastigheten överlätes i befintligt skick, yrkade köparen skadestånd, enär säljaren underlåtit att lämna köparen upplysning om att yrkesinspektionen föreskrivit viss ventilationsanordning i en verkstadslokal i fastigheten. — Talan bifölls enhälligt av överinstanserna med en knapphändig motivering, fastslående säljarens upplysningsplikt. Jfr ovan NJA 1936 s. 6, 1933 s. 383, 1941 s. 205 och 1945 s. 305.

---

[98] Det tillades dock, att A ej ådagalagt någon omständighet, på grund varav han det oaktat ägde påfordra köpets återgång (syftar på svek och liknande?).

NJA 1947 s. 680: Fråga om skyldighet för säljare av fastighet i stad att till köparen utgiva skadestånd på grund av underlåtenhet att lämna denne tillräckliga upplysningar om att säljaren av myndigheterna förelagts att i fastigheten iordningställa skyddsrum. — Olika meningar yppades i HD, med utgångspunkt från att upplysningsplikt förelåg för säljaren beträffande förevarande rättsliga »gravation», rörande hur ingående och instruktiv säljarens upplysningsverksamhet borde vara. Enligt pluraliteten hade säljaren gjort nog genom att lämna vissa upplysningar i ämnet oavsett huruvida köparen till fullo insett innebörden av dessa. Denna begränsning av kravet på en avtalskontrahents aktivitet beträffande andra partens informerande är av intresse och kan kanske sägas ligga i linje med vad ovan s. 105 ff. utvecklats om angelägenheten av att icke överspänna reglerna om kontrahenters upplysningsplikt.

NJA 1948 s. 196: Rättsfallet förbigås här, då — trots att i motiveringen till HD:s dom drages slutsats från vad som utgjort »väsentlig förutsättning» för kontrahenterna — bedömandet icke lär ha skett på allmänt avtalsrättslig basis utan direkt med utgångspunkt från hur reglerna om arrendators förköpsrätt vore att uppfatta (för övrigt stor meningsskiljaktighet i HD).

NJA 1948 s. 244: Vid arvskifte delades enligt åsämjande boets behållning i fyra lika delar mellan två barn, en avliden dotters son och en annan likaledes avliden dotters adoptivbarn X, samtliga i boupptecknigen upptagna som dödsbodelägare. I samband härmed utlöste en bröstarvinge övriga delägare genom utfärdade skuldebrev, som i fråga om X kort därefter infriades. Bröstarvingarna instämde sedermera X med yrkande att, enär arvskiftet ingåtts under den för samtliga intressenter bestämmande oriktiga förutsättningen att adoptivbarn äger arvsrätt jämväl efter adoptantens släkt, skiftet måtte förklaras ogiltigt och X förpliktas att återbära uppburet belopp. Befogenheten av denna talan samt återbäringsskyldighetens omfattning? — Det ifrågavarande misstaget ansågs av alla instanser relevant och föranledde återbäringsskyldighet med fullt belopp. Att misstaget var av rättsvillfarelses natur, tillmättes med allt fog ingen betydelse; på rent objektiva grunder, och alltså även om den eller de andra skiftesdeltagarna varit att anse som godtroende, fanns det anledning att behandla förutsättningens riktighet som en betingelse för avtalets giltighet. Såvitt man kan se innefattar således rättsfallet ett avsteg från den ståndpunkt som med hänsyn till effekten av rättsvillfarelse intogs i NJA 1928 s. 32, se ovan. — Beträffande frågan om verkan av ogiltigheten eller återbäringsskyldighetens omfattning skulle i och för sig fastslående av en blott reducerad återbäringsskyldighet icke utgöra någon principiell nyhet på området (annorlunda dock just.r. B e c k m a n i särskilt yttrande i målet). Det torde nämligen numera vara en ganska allmän uppfattning, att felaktiga förutsättningar, om

de befinnas relevanta, kunna medföra icke blott att ett avtal blir i allo overksamt utan även att avtalet i större eller mindre omfattning jämkas, se t.ex. Ussing, Aftaler, § 42 I. *En* sådan jämkning är den som innebär att hänsyn tages till en kontrahents »obehöriga vinst», vilken princip näppeligen nu för tiden möter samma motvilja i svenskt rättsliv som tidigare. Men även andra jämkningsgrunder kunna ifrågakomma, och spörsmålet om jämkning behöver alltså icke nödvändigt ställas i samband med accepterande av nämnda rättsinstitut. Men i förevarande fall talade väl icke omständigheterna med någon styrka för reducering av återbäringsskyldigheten.

NJA 1949 s. 134: Enligt skriftligt avtal överenskommo en kooperativ förening och L, föreståndare för en föreningen tillhörig affär, att L skulle lämna sin anställning hos föreningen samt att föreningen skulle till L betala viss månatlig ersättning m.m., varjämte i avtalets fjärde stycke föreskrevs, att föreningens åtagande upphörde, om L öppnade mot föreningen konkurrerande »öppen affär» inom föreningens verksamhetsområde. Fråga huruvida med hänsyn bl.a. till omständigheterna vid avtalets tillkomst L hade (genom att från ort utanför nämnda område, efter beställning, till kunder inom detsamma leverera sådana varor som föreningen saluhölle) förverkat sin rätt enligt avtalet, ändå att förfarandet ej strede mot ordalagen i fjärde stycket. — Rättsfallet visar, hur vanskligt det understundom kan vara att uppdraga gränsen mellan förklaringsmisstag enligt 32 § avtalslagen och förutsättningsfel. Häradsrätten och, såvitt man kan se, en ledamot av HD ansågo förstnämnda slags misstag föreligga och funno därför, då L betraktades som ondtroende, att fjärde stycket av avtalet var tillämpligt i förevarande fall, vadan L förverkat sin rätt enligt avtalet. Även hovrätten utgick från samma uppfattning om misstagets beskaffenhet men kom, enär L:s onda tro ej ansågs styrkt, till motsatt slut. Pluraliteten i HD åter hänförde misstaget till förutsättningsfel, vilket bedömdes som relevant på objektiva grunder. (Därutöver fordrades naturligen »Wissen» eller »Wissenmüssen» å L:s sida om själva förhandenvaron av förutsättningen.) En ledamot tolkade konkurrensklausulen som innefattande den omdiskuterade begränsningen av L:s handlingsfrihet. Att arbeta med en tolkningssynpunkt var väl också i detta fall mer berättigat än det eljest ofta är i jämförliga lägen.

NJA 1949 s. 213: Fråga om skadeståndsskyldighet för hyresvärd i anledning av att hyresavtal, enligt vilket lägenhet hyrts för att användas till matservering, upphör att gälla till följd av hälsovårdsnämndens förbud mot sådan användning. — Pluraliteten i HD fann, att då lägenheten uthyrts i befintligt skick de åberopade, i huvudsak redan vid hyresavtalets tillkomst förefintliga (och för hyresgästen skönjbara, jfr 3 kap. 11 § 3 st. nyttjanderättslagen) bristfälligheterna i lägenheten icke kunde medföra skadeståndsskyldighet enligt de legala hyresreglerna, se Walin, Allmänna hyreslagen, 2 uppl. 1949, s. 57.

ävensom NJA 1946 s. 365.[99] Något skäl förelåg icke heller att på grund av allmänna förutsättningsregler låta hyresvärden, i skadeståndshänseende, bära ansvaret för att hyresgästens ifrågavarande förutsättning — att lägenhetens utnyttjande för matservering tillstaddes av offentlig myndighet — slog fel. Minoriteten i HD var, såsom motiveringen utvisar, knappast av principiellt avvikande uppfattning.

NJA 1949 s. 640: Yrkande om återgång av fastighetsköp på den grund att en tillbyggnad till boningshuset å den sålda fastigheten, lägenhet i stationssamhälle, jämte ett i linje med tillbyggnaden uppfört uthus befunnits ligga på en vid laga skifte för delägarnas gemensamma behov avsatt vägmark. (En annan i referatet avsedd fråga förbigås här, då den med hänsyn till domstolarnas ställningstagande till densamma har föga intresse.) — I detta fall kunde synas föreligga ett rättsligt fel av beskaffenhet att böra på objektiva grunder förtjäna relevans, jfr kommentaren ovan vid NJA 1933 s. 383. Se i ämnet närmare Vahlén a.a. s. 291—293; märk i synnerhet reglerna om hemulsansvar. HD:s pluralitet väjde även för att lämna felet utan beaktande och biföll ovannämnda yrkande men med stöd av en av allt att döma fiktiv kontraktstolkning (jfr Vahlén s. 294, 350—352). Man uttydde under hänvisning till fastighetens beskaffenhet själva kontraktet — i överensstämmelse med vad som förekom under köpeförhandlingarna »och då omständigheterna i övrigt ej tala häremot» (!) — därhän, att köpet innefattade utfästelse om att åbyggnaderna låge inom för fastigheten gällande gränser. Minoriteten i HD tycks i likhet med hovrätten ha haft en principiell inställning svarande mot den som bestämde utgången i ovan kommenterade rättsfall NJA 1941 s. 205. Det åberopades nämligen, att säljarna icke styrkts ha ägt vetskap om att ifrågavarande markområde ej tillhörde dem.

NJA 1950 s. 389: Genom avtal mellan sökandena till ett sjöregleringsföretag och ett bolag såsom ägare till ett strömfall har bolaget på vissa villkor medgivit sökandena rätt att verkställa sjöreglering på närmare angivet sätt utan skyldighet för sökandena att annat än i särskilda i avtalet upptagna hänseenden ersätta bolaget för skada som kunde uppkomma genom regleringsföretaget. Fråga huruvida avtalet vore bindande för bolaget beträffande sådan genom sjöregleringen uppkommen skada, som icke förutsetts vid avtalets ingående. — HD:s motivering i detta mål, som åtminstone indirekt har intresse för de i denna avhandling dryftade förutsättningsspörsmålen, torde ej kräva någon närmare utläggning. Det skildes sålunda mellan frågan om avtalets innebörd, sådan den tolkningsvis fastställes, och frågan om

[99] Lejmans kritik av sistnämnda avgörande, i Rättsförhållandet mellan hyresvärd och hyresgäst, 1951, s. 155 ff., jfr SvJT 1953 s. 379, synes förhastad. Möjligen har han förbisett, att lägenheten uthyrts i befintligt skick, se Lejman själv s. 157, inom tankstrecken. Jfr ock NJA 1943 s. 392 och 453 (märk orden »efter kontraktets ingående» i HD:s dom), 1944 s. 216.

avtalets ogiltighet bl.a. enligt förutsättningsregler. I det senare hänseendet ansågs, att förutsättningen icke kunde vara relevant på objektiva grunder — att densamma var »ömsesidig» hindrade icke detta bedömande [100] — samt att ej heller fanns fog för att låta avtalet återgå på grund av påståenden i målet om att förutsättningskontrahentens motpart förfarit medvetet obehörigt eller dock culpöst. (Det principiella spörsmålet om verkan av culpa in contrahendo i detta hänseende kunde för övrigt med hänsyn till frånvaron av bevisning om culpa lämnas öppet.) — Se i detta sammanhang NJA 1948 s. 564 (dissidentens votum), där visserligen sakläget var väsentligt olika men som i principiellt hänseende företer vissa beröringspunkter med nu kommenterade rättsfall, ävensom NJA 1930 s. 140 (v. Seths votum jämfört med pluralitetens i HD).

NJA 1950 s. 480: Till säkerhet för utgivande av det bidrag till gatukostnad, som kunde åläggas dåvarande eller blivande ägare av en J tillhörig stadsfastighet (stadsäga), har denne hos drätselkammaren deponerat en för honom utfärdad sparkassebok, varå innestod visst belopp. Sedan J sålt fastigheten till F, har drätselkammaren, enär staden ej lagligen ägt att kräva deposition, återställt boken till J. Tvist mellan F och J om rätten till det å boken innestående beloppet. — Hovrätten biföll F:s talan med stöd av en som det synes fiktiv kontraktstolkning. HD eller i allt fall dess pluralitet bedömde läget såsom avseende, åtminstone i första hand, ett förutsättningsspörsmål. Av de skäl, som i motiveringen angåvos, måste från denna utgångspunkt F:s anspråk ogillas.

NJA 1950 s. 560: I köpekontrakt rörande överlåtelse av tomträtt har intagits föreskrift, enligt vilken köpeskillingen bestämdes på sådant sätt, att 7 % därav skulle motsvara den sammanlagda av hyresnämnden eller av statens hyresråd fastställda grundhyran för samtliga lägenheter och övriga för uthyrning avsedda lokaler i byggnaden. Fråga om innebörden av detta villkor samt, då villkoret finnes icke vara att förstå annorledes, än att köpeskillingen skulle uppgå till så stort belopp, att 7 % därav motsvarade den grundhyra som enligt vederbörande myndighets beslut komme att få uttagas av byggnaden, om betydelsen av att vid köpeförhandlingarna både köpare och säljare förutsatt bl.a., att grundhyran ej skulle fastställas för skyddsrummen i byggnaden. — Rättsfallet kan anses bestyrka, att HD särskilt vid fastighetsköp (varmed ju tomträttsöverlåtelse är att jämställa) är ytterst återhållsam när det gäller att med stöd av förutsättningsresonemang frångå vad som är ett kontrakts objektiva innebörd; att lika

[100] Se min uppsats i SvJT 1952 s. 257. Det må emellertid erinras om att talet om »ömsesidig» eller »gemensam» förutsättning, när det förekommer i domstolarnas motivering, understundom icke betyder något annat än att ett konkludent avtalat kontraktsvillkor ansetts föreligga, se Benckert i Festskrift för Ekeberg s. 80 ff., jfr ock t.ex. NJA 1945 s. 51.

stor försiktighet iakttages när för ändamålet anlitas kontraktstolkning, kan däremot som vi funnit knappast påstås. Hovrätten och en ledamot av HD funno av utredningen framgå att, såsom köparen hävdat, bägge parterna under köpeförhandlingarna utgått från att myndigheterna icke komme att fastställa grundhyran för skyddsrummen och att hyran för dessa ej skulle tagas i beräkning vid fastställandet av köpeskillingens storlek. Under nu angivna omständigheter ansågs säljaren icke kunna »å kontraktet grunda rätt» att, sedan grundhyran likväl fastställts för skyddsrummen, utfå en med hänsyn jämväl till denna hyra beräknad köpeskilling. Det är på grund av tvetydigheten i de citerade orden omöjligt att avgöra, vad denna motivering bygger på. Var det en tolkning av kontraktet eller en med förutsättningssynpunkter motiverad avvikelse från kontraktets innehåll? Pluraliteten i HD fann till en början — det var kanske det mest tveksamma — att man tolkningsvis icke kunde komma fram till den ståndpunkt, som köparen gjorde gällande i målet. Vidare ansågs den ifrågavarande förutsättningen icke, oaktat den var »ömsesidig», på objektiva skäl ägnad att tillerkännas relevans. Det fanns flera omständigheter som talade mot att låta kontrahenternas felbedömning av hur myndigheterna skulle förfara i omhandlade hänseende, vid tillämpning av en sådan lagstiftning som den om hyresreglering, medföra ett frångående av kontraktets bestämmelser; märk bl.a. att det som sagt gällde en med fastighetsköp jämförlig formbunden avtalstyp. Någon hållpunkt för att köpet skulle kunna anses oförbindande på grund av en säljarens dolus eller culpa in contrahendo fanns — oavsett frågan vilken verkan dylik culpa skulle kunna utöva — ej heller.

NJA 1951 s. 716: Ansvar för culpa in contrahendo — beträffande rättsligt fel — vid fastighetsköp. Jfr SvJT 1952 s. 798 (överst).

BEGREPPET RÄTTSLIG VILJEFÖRKLARING

I en avhandling med titeln »Begreppet viljeförklaring på privaträttens område», publicerad i »Theoria» 1935 s. 32 ff., 121 ff., har Hägerström, med kritiserande av det inom den juridiska doktrinen förhärskande betraktelsesättet i ämnet, bl.a. velat utreda »vad som åsyftas, när man på det privaträttsliga området bestämmer ett visst faktum som viljeförklaring», samt i anslutning därtill gjort vissa uttalanden »om den möjliga relevansen av villfarelse såsom diskrepans mellan vilja och förklaring i 'viljeförklaringen'». Avhandlingen har, väl främst på grund av den svårförståeliga framställningsformen, hittills föga uppmärksammats från juridiskt håll. Då den emellertid innehåller mycket av intresse och de anmärkta spörsmålen uppenbarligen äro ur rent teoretisk synpunkt betydelsefulla, skall här — sedan ett försök gjorts att på ett för jurister mera begripligt språk återge huvudpunkterna i framställningen — ämnet i någon mån upptagas till utredning.[1]

---

[1] Andra delar av avhandlingen än dem, vilkas rubriker nu angivits, är det här icke tillfälle att ingå på. Endast i förbigående må anmärkas, att författarens kritik av Lassen s. 131 ff. icke synes göra denne full rättvisa. Lassen förutsätter nämligen i det kritiserade resonemanget, att det redan står fast som en obestridlig rättsregel, att en person blir bunden av en av honom avgiven viljeförklaring i allt fall i *det* läge, då viljeuttrycket stämmer med hans vilja (=det normalläge, varmed en motpart genomsnittligt sett räknar, och för resten antagligen alltid kommer att räkna, vilken misstagsregel än rättsordningen upptager). Vad Lassen på nämnda ställe vill visa är förty endast, att man *även* med den utgångspunkten att bundenheten icke sträcker sig längre, d.v.s. att viljeteorien principiellt godtages, rimligen måste av vissa skäl (bevishänsyn m.m.) komma fram till tillitsteoriens resultat (jfr Udvalgte Afhandlinger s. 285 nederst: »Men selv om man gav den Tankegang Medhold» etc.). Men detta är endast »Fulstændiggjørelsen» av motiveringen för tillitsteorien; den »reala grunden» för densamma var enligt Lassen en annan: hänsynen till rättssamfärdselns säkerhet (s. 280 ff.). Däremot måste det medges, att Lassen var inkonsekvent

Hägerström anför följande: Enligt den vanliga uppfattningen i juridisk doktrin utgöres viljeförklaringen av vissa ord, tecken etc., som ge uttryck för en vilja att uppnå vissa rättsverkningar. Detta är emellertid en logisk omöjlighet. Uteslutet är till en början, att vederbörande skulle föreställa sig, att hans blotta önskan om eller föresats angående rättsverkningar skulle ha någon rättslig betydelse; en sådan »vilja» existerar icke och kan sålunda ej heller komma till uttryck. För att man verkligen skall kunna tala om en vilja, förutsättes nämligen ett handlande, varigenom det föreställda målet eller syftet tänkes möjligt att uppnå, och detta handlande är just förklaringen. Den enda rättsverkningsvilja, som finnes, är alltså viljan att *genom förklaringen* uppnå rättsverkningarna i fråga. Men *denna* vilja kan icke uttryckas genom förklaringen. En förklaring kan icke uttrycka en vilja att, genom samma förklaring själv, åstadkomma en effekt. (Skall en förklaring uttrycka en vilja, måste det vara en vilja som icke har förklaringen till föremål, men som nyss framhölls finnes en sådan vilja icke.) En förklaring uttryckande en rättsverkningsvilja är således, även om man med rättsverkningsvilja förstår viljan att *genom förklaringen* uppnå rättsverkningar, otänkbar. Det bestrides visserligen icke, att en vilja att genom förklaringen uppnå rättsverkningar kan förefinnas hos den förklarande, men det bestrides att denna vilja kan vara genom förklaringen uttryckt. — Men har då icke denna vilja att genom förklaringen uppnå rättsverkningar betydelse såtillvida, att rättshandlingen kan bli ogiltig, när dylik vilja saknas, d.v.s. när vederbörande icke åsyftat att med förklaringen åstadkomma några rättsverkningar eller dock icke de ifrågavarande? Nej, detta är lika absurt, ty den förklarandes misstag beträffande den effekt, som hans handlande faktiskt utövar i rättsligt hänseende, kan icke hindra inträdet av denna faktiska effekt själv. »Föreställningen om ett visst handlandes

---

såtillvida, som han till stöd för sin med dansk rättspraxis överensstämmande ståndpunkt, att de nu i *andra* stycket av 32 § avtalslagen avsedda fall (telegraferingsfel, förvanskning genom bud) *icke* borde behandlas i enlighet med tillitsteoriens grundsatser, väsentligen åberopade slutsatser från nämnda hjälpmotivering i stället för att söka visa, vilket kanske icke var så lätt att visa, att ståndpunkten kunde försvaras på andra grunder.

verkliga påföljder kan icke öva inflytande på samma påföljder» (s. 39). Av det sagda framgår tillika, att tanken, att en mentalreservation — detta att »den förklarande i sitt inre icke *vill,* att förklaringen skall gälla» (s. 40) — skulle kunna ha relevans, är orimlig. Den är förståelig endast med utgångspunkt från föreställningen, att viljeförklaringen skulle vara en förklaring av en vilja som själv icke har förklaringen till innehåll, d.v.s. att den *inre* handlingen eller föresatsen skulle *kunna* inverka på den rättsliga världen.

Men vad är då enligt Hägerström »förklaringen», om den icke består av ord, tecken etc., som ge uttryck för en vilja till rättsverkningar? Vad är här, för att begagna den gängse juridiska termen, rättsfaktum för rättsordningens ingripande? Ja, tydligt är, att förklaringen består av vissa ord m.m.[2] och att dessa ord enligt förf:s mening såtillvida angiva något psykiskt, som de uttrycka »en fantasiföreställning om inträdande rättigheter och skyldigheter». Men »förklaringen» är icke enbart detta; i så fall skulle man ju icke kunna skilja en definitiv rättshandling från det blotta projektet till en sådan. De ifrågavarande, fantasiföreställningen uttryckande orden måste därjämte, säger Hägerström, föreligga »*i imperativisk form*». »Om man också blott förklarar: jag överlåter äganderätten till dig . . ., så uttrycker man därmed ett imperativ. Ty ett överlåtande av äganderätten såsom en viss förklaring betyder den förklaringen, att saken nu *skall* vara mottagarens» (s. 37 nederst). Ord i imperativisk form tjäna över huvud i samfärdseln som medel att väcka till liv en viss praktisk inställning eller en viss känsloinställning; de ha suggestiv effekt, de påverka mekaniskt adressatens handlande i viss riktning. På det rättsliga området begagnas nu imperativformen som bekant av lagstiftaren, och det är naturligt att denne, när han, såsom i detta fall är händelsen, ställer den enskilde i positionen av en lagstiftare på visst område, därvid fordrar, att den enskilde använder samma teknik som han själv, d.v.s. uppträder förordnande. Att viljeförklaringar i imperativisk form få effekt har för övrigt sin grund icke alle-

---

[2] I det följande hålla vi oss för framställningens förenkling närmast till *orden* som uttrycksmedel.

nast däri, att lagstiftaren vill lämna de enskilda frihet att själva bestämma över sina ömsesidiga förhållanden såsom lagstiftare — varvid vederbörande ha »den makt bakom sig, som den sådana viljeförklaringars effektivitet reglerande lagen representerar» — utan även däri, att imperativformen som nämnts redan av sig självt påverkar ifrågavarande parter. Men detta att de imperativiskt avfattade orden användas som medel för uppnående av rättslig effekt betyder icke, att genom dessa ord en vilja till effekten å den förklarandes sida »förklaras». — Den definition, vartill Hägerström kommer, blir följaktligen denna: »En privaträttslig 'viljeförklaring' är som sådan en av privat person avgiven förklaring, som i imperativisk form uttrycker en fantasiföreställning angående inträdande rättigheter och skyldigheter» (s. 38).

Att med säkerhet fixera innebörden i det anförda — som för resten i åtskilliga hänseenden företer starka beröringspunkter med meningar tidigare hävdade inom den juridiska doktrinen [3]

---

[3] Sålunda har av en hel del författare (Kohler, Hölder, Bülow, Schlossmann, Henle, Binder etc.) förfäktats — på olika sätt och med sinsemellan ofta avvikande motiveringar —, såväl att vid viljeförklaringar en vilja till rättsverkningars uppnående icke på något sätt får tänkas existera oberoende av förklaringen utan just genom denna realiseras, som ock att denna rättsverkningsvilja (i motsats till viljan att avgiva en förklaring, se nedan) är principiellt rättsligt betydelselös. Se *dels* den utförliga översikten och framställningen hos Henle, Vorstellungs- und Willenstheorie, 1910, s. 305—366 ävensom detta arbete i övrigt (jfr likaledes samme förf:s Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, I, 1926, s. 40 ff.) *dels* Binder, Wille und Willenserklärung im Tatbestand des Rechtsgeschäftes, i Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Bd V—VI, 1911—1913; se ock Stang, Innledning til Formueretten, 3 uppl., s. 248 ff. Hos Henle märkes t.ex. hans argumentering i syfte att påvisa, att den gängse uppfattningen om viljeförklaringens innebörd innesluter en logisk cirkel (s. 242 ff.), hos Binder bland mycket annat hans utredning om att det nutida viljeförklaringsbegreppet var främmande för romersk rätt och härstammar från naturrättsläran (jfr Hägerström s. 41 ff.), hos Bülow hans hävdande av att förklaringen icke har någon vilja till innehåll eller föremål utan utgör en »Sollenserklärung» samt att förty frånvaron av en rättsverkningsvilja blott är en omständighet, som angår rättshandlingens »Entstehungsgeschichte» och får betydelse närmast ur synpunkten av att rättsordningen understundom tillerkänner ett felaktigt *motiv* till en rättshandling relevans. (Ja t.o.m. en så konservativ författare och utpräglad vilje-

— möter synnerliga svårigheter.[4] Klart är visserligen, såsom redan nämnts, att viljeförklaringen alltid innehåller vissa ord m.m. och att dessa ord enligt förf:s mening uttrycka en fantasiföreställning angående inträdande rättigheter och skyldigheter. Men huvudfrågan är den, huruvida vad som har rättslig betydelse i övrigt är något rent yttre, en viss form vari orden framträda, eller huruvida tillika fordras något psykiskt, om icke uttryck för en vilja i betydelsen av en önskan vars faktiska förhandenvaro som själstillstånd meddelas, så dock uttryck för ett annat slags »vilja», en vilja att det eller det i och med ordens producerande »*skall*» ske l. dyl. *Antingen* är enligt förf. det rättsligt relevanta blott vissa, på visst sätt avfattade (en rättslig fantasiföreställning uttryckande) *ord,* utan att, bortsett från fantasiföreställningen, dessa ord uttrycka något alls å den förklarandes sida. *Eller* också är det rättsligt relevanta *sådana* — en rättslig fantasiföreställning uttryckande — ord, som uttrycka något psykiskt hos den förklarande, nämligen en vilja att det varom han fantiserar »*skall*» ske. Tertium non datur.

Starka skäl tala nu för att tolka förf. i enlighet med det förra alternativet. Vad som för rättsordningen är relevant är i så fall de ifrågavarande, fantasiföreställningen uttryckande orden själva, föreliggande i imperativisk form, utan hänsyn till det syfte (att något »skall» ske), som den förklarande därmed förbinder eller synes förbinda. Till dessa så gestaltade ord — det skulle då vara meningen — anknyter rättsordningen, den

---

teoretiker som W i n d s c h e i d opponerade energiskt mot tanken, att viljeförklaringen enbart utgjorde »Willensmitteilung», »Erkenntnis- und Beweismittel für den Willen»; det rätta förhållandet vore, att viljan är i förklaringen *innesluten* (»enthalten»): förklaringen »*ist* der Wille in seiner sinnenfälligen Erscheinung», ett visserligen ganska dunkelt tal; Wille und Willenserklärung, i Gesammelte Reden und Abhandlungen, 1940, s. 341.) Att oppositionen i fråga icke vunnit större anslutning synes främst bero på, förutom en ofta förefintlig svårfattlighet eller otydlighet hos ovannämnda auktorer, att man i allmänhet, dock uppenbarligen icke med fog, ansett tvisteämnet väsentligen ha blott terminologiskt intresse. — Ännu vanligare är inom den juridiska doktrinen den meningen, att en mentalreservation på logiska grunder icke har någon möjlighet att erhålla relevans.

[4] Att Hägerströms förevarande avhandling är svårtolkad, har jag vid samtal med på området speciellt sakkunniga fått bekräftat.

rättsliga effekten inträder, och eftersom folk i allmänhet har sig detta bekant, är det naturligt att hos den förklarande normalt förefinnes en vilja att genom ordens uttalande i den imperativiska formen uppnå de föreställda rättsverkningarna. Men ett uttryck för denna viljas förefintlighet kan under sådana omständigheter icke som rättsfaktum *läggas till grund* för samma fungerande. Någon motsättning härtill innebär det icke, att enligt förf. en brist på vilja att *uttala de ord,* som på detta sätt bli avgörande för rättsverkningars inträde, ävensom att misstag beträffande *ordens* (så vitt innehållet av fantasiföreställningen angår) *objektiva innebörd* kan få relevans (s. 39; se den i detta sammanhang åberopade BGB § 119, jämför 32 § avtalslagen). En vilja att genom förklaringen uppnå rättsverkningar är betydelselös, men en vilja att *avgiva en förklaring med viss innebörd* behöver icke vara det. »Ty här är det icke en föreställning angående de verkliga rättsföljderna, som skulle få relevans, utan en föreställning, som alls icke hänför sig till rättsordningen själv.»

Andra uttalanden av Hägerström ge emellertid anledning till tvekan, huruvida verkligen i överensstämmelse med det nu utvecklade hans mening varit, att de imperativiskt avfattade orden verka — bortsett från den rättsliga fantasiföreställning de uttrycka — såsom enbart ord, såsom yttre form, och huruvida icke även Hägerström förutsatt, att orden därjämte uttrycka något psykiskt hos den förklarande, låt vara som sagt icke en vilja (önskan) av beskaffenhet att kunna som faktiskt förhandenvarande självstillstånd meddelas utan på något sätt en vilja att den rättsliga effekten *skall* i och med ordens producerande inträda. Redan påståendet, att viljeförklaringen skulle ha imperativisk *form,* måste göra läsaren osäker. Man använder ju dock i allmänhet vid viljeförklaringar presens: »jag överlåter», »jag förbinder mig» etc. Om man häremot invänder, att presensformen dock *betyder,* att vederbörande *skall* bli ägare o.s.v., må detta ur viss synpunkt vara riktigt, men formen av orden är en sak, deras betydelse en annan. Och beror då icke denna betydelse även enligt förf:s mening på hänsyn till den förklarandes syfte, vilja, att genom orden skapa en rättslig

effekt? — en tankegång som ju emellertid är oförenlig med nyss framförda tolkning.[5] Viktigare är dock kanske det sätt, varpå Hägerström söker komma till rätta med spörsmålet, hur en på skämt eller för demonstrering avgiven förklaring kan sakna rättslig verkan (vi förutsätta här, att skämtet etc. utan vidare framgår för motparten). Här har ju den förklarande velat uttala orden i imperativisk form, och något misstag om ordens (såvitt innehållet av fantasiföreställningen angår) objektiva innebörd föreligger icke. Varför utebli då rättsverkningarna? Svar: »därför att den, som i det han avger en förklaring med rättsligt innehåll i imperativisk form tillika visar sig icke önska [sic!], att imperativet får effekt, han *förordnar* något endast till skenet. Imperativet är endast skenbart förhanden» (s. 39). Ja visst! Men det är då, kunde man säga, icke heller enligt Hägerström likgiltigt för förklaringens rättsverkan, om en vilja till den rättsliga effektens inträde synes vara för handen eller saknas. Det räcker icke, att de imperativiskt avfattade (och den rättsliga fantasiföreställningen uttryckande) orden finnas där; om det framgår, att den förklarande icke vill att effekten *skall* inträda, blir det hela endast ett »sken». Man måste, när allt kommer omkring, uppställa ett krav på att imperativet skall framstå som *allvarligt menat*; det måste röra sig om, för att använda förf:s egen term i detta sammanhang, ett »verkligt» imperativ. Men allvarligt menat eller »verkligt» blir väl icke imperativet, med mindre man kan utgå ifrån att en dylik vilja, att det eller det »skall» ske, varit för

---

[5] Märk att förf. just i detta sammanhang har det ovan citerade yttrandet: »Om man också blott förklarar: jag överlåter äganderätten till dig . . ., så *uttrycker* man därmed ett imperativ» (i stället för: *är* detta ett imperativ). Jfr ett uttalande av v. Tuhr, Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, II: 1, 1914, s. 144 not 4: »Nach Bülow, Geständnisrecht 107 fg. soll der Kern des Rechtsgeschäfts nicht eine Willenserklärung, sondern eine Sollenserklärung sein. Diese Anschauung unterscheidet sich nur scheinbar von der herrschenden Ansicht; denn der Inhalt eines auf Herbeiführung von Rechtsfolgen gerichteten Willens ist selbstverständlich imperativ, wenn auch die befehlende Form in unserem Sprachgebrauch seltener als bei den Römern vorkommt; wer z.B. erklärt: 'ich will das Eigentum an dieser Sache erwerben', sagt damit: 'die Sache soll mein Eigentum werden'.»

handen? Och då äro icke längre enbart de imperativiskt avfattade (fantasiföreställningen uttryckande) orden rättsfaktum. Har man emellertid kommit så långt, är det icke begripligt, hur förf. för sin del tänker sig vilja undgå den logiska orimlighet, som han anser vara med gängse uppfattning av viljeförklaringsbegreppet förbunden, och hur mycket det över huvud blir kvar av differensen mellan förf:s åsikt och den lära mot vilken han polemiserar.[6] Ty den förklarande kan ju icke vilja, att någon rättslig effekt *skall* inträda, på annat sätt än att den skall inträda *genom orden*. Och då skulle ju dessa ord icke kunna ge uttryck åt nämnda vilja hos den förklarande, åt detta allvar eller denna »verklighet» hos imperativet.[7]

Vare med Hägerströms uppfattning hur som helst. I ämnet må sägas följande.

För att få någon reda i det hela är det nödvändigt att skilja mellan två olika frågor (eller grupper av frågor).

1) Är det tänkbart, att en person som avgiver en rättslig viljeförklaring därvid uttrycker icke blott en fantasiföreställning beträffande inträdet av rättigheter och skyldigheter utan även en vilja, av något slag, till den rättsliga effektens inträde? Kan sålunda uttrycket för en rättsverkningsvilja vara positiv betingelse, rättsfaktum, för rättsverkningars uppkomst? *Eller* äro de ord etc., varmed man vid rättsliga viljeförklaringar har att göra, något (bortsett från fantasiföreställningen) rent yttre; är det, så vitt realiserandet av själva rättseffektens inträde angår, de »nakna» orden eller ordformerna, som utgöra rättsfakta? — Motsvarande spörsmål kan för övrigt i viss utsträckning uppkomma även när det gäller *innehållet* av det som vid viljeförklaringar »skall» inträda. Är det alltid riktigt att säga,

---

[6] Jfr citatet nästföregående not.

[7] Även på ett annat ställe synes Hägerström, låt vara endast alternativt, draga in ett subjektivt moment i själva viljeförklaringsbegreppet på ett sätt som måste väcka förundran. Förf. säger s. 38, att han vid den givna definitionen av viljeförklaringen »lämnat obestämt, huruvida det är nödigt, att personen själv *avser* att giva en imperativisk förklaring eller det är tillräckligt, att hans handlande utåt *framträder* som en sådan». Uttalandet stämmer för övrigt knappast med vad som yttras å s. 39 under 4), där förf. (som naturligt är) synes utgå ifrån att en förklarings egenskap av att utgöra ett »verkligt imperativ» bestämmes av hur den »framträder».

att i viljeförklaringen en rättslig fantasiföreställning är uttryckt? *Eller* bestämmas understundom även arten och omfattningen av de rättsverkningar, som genom viljeförklaringen komma till stånd, av de »nakna» orden, så att dessa oberoende av om de uttrycka någon fantasiföreställning, eller vad för slags fantasiföreställning de uttrycka, utgöra rättsfakta?

2) Om och i den mån spörsmålen under 1) måste besvaras i enlighet med det senare av de båda anförda alternativen, möter vidare frågan: är det tänkbart att ett uttryck för *frånvaron* av rättsverkningsvilja resp. *frånvaron* av vederbörande fantasiföreställning kan utöva den negativa effekten, att rättsverkningar, som i och för sig skulle inträda, på grund av samma frånvaro utebliva?

Ad 1). Klart är till en början, att någon vilja att uppnå rättsverkningar utan förmedling av ord eller annat yttre hjälpmedel icke gärna kan förefinnas hos den förklarande. Ej heller kan då en sådan vilja vara i viljeförklaringen uttryckt. Att rättsordningen skulle fordra, att i förklaringen gåves sken av att vederbörande hade en vilja, som är logiskt otänkbar, måste vara orimligt att antaga. En blick på viljeförklaringars faktiska avfattning visar ju ock, att dessa icke ha dylik form.[8]

Vad diskussionen gäller är förty möjligheten av att viljeförklaringen uttrycker (förutom en fantasiföreställning) en rättsverkningsvilja i mening av en vilja att *genom* orden uppnå ifrågavarande rättsliga effekt och att detta viljeuttryck utgör rättsfaktum. En sådan möjlighet skulle ju vara av värde särskilt därför, att man på detta sätt erhölle en principiellt klar gräns mellan den definitiva rättshandlingen och projektet till en rättshandling. — Menar man nu, att ordens *betydelse* eller innebörd skulle vara sådan, att man därav kunde sluta sig till existensen av en rättsverkningsvilja, synes det vara ofrånkomligt, att möjligheten i fråga icke är tänkbar. Man faller nämligen då offer för det anförda logiska argumentet, att orden icke kunna uttrycka en vilja att genom orden själva åstadkomma rättsverkningar.[9] Däremot kan det ju ligga reson i att säga, att

[8] »Jag överlåter *härmed*» etc. Jfr även Henle a.a. s. 252.

[9] Möjligen skulle någon vilja gendriva detta med följande resonemang. Man hade att skilja mellan de olika beståndsdelar, varav en viljeförklaring

man av *den omständigheten att orden uttalas* kan sluta sig till att den förklarande har en rättsverkningsvilja. Men i så fall är det tydligen något utanför orden liggande faktum, som gör denna slutsats berättigad (och som också föranleder, att man undgår den logiska svårighet varom här är fråga). Detta andra faktum, som motiverar slutsatsen att den förklarande hyser en rättsverkningsvilja, måste emellertid — skulle man med tillämpning av kända Hägerströmska tankegångar kunna säga — vara just den fungerande rättsordningen själv. Att den förklarande handlar i syfte att genom förklaringen åvägabringa rättsverkningar framgår icke av förklaringen som sådan utan av den kännedom man äger om det inflytande, som de faktiskt tillämpade rättsreglerna (här reglerna om viljeförklaringar) utöva i samhället. Endast därför, att förklaringen på grund av den i kraft varande rättsordningen har rättsverkningar i följe, avgiver vederbörande förklaringen när rättsverkningarna av honom åstundas, under det han i allmänhet aktar sig för dess avgivande, när han *icke* vill rättsförändringens inträde. Men i och med detta blir rättsverkningsviljans förhandenvaro ett sekundärt moment i förhållande därtill, att viljeförklaringar *ha* rättslig verkan, och den omständigheten att man kan sluta sig till att den förklarande har en sådan vilja blir utan intresse för frågan, vad som vid en viljeförklaring utgör rättsfaktum.[10]

---

består: uttrycket för fantasiföreställningen (*a*) och uttrycket för en vilja att rättsverkningar skola inträda (*b*). Visserligen kunde icke *a* uttrycka en vilja att genom *a* självt föranleda rättsverkningar, men *b* skulle kunna vara uttryck för en vilja att genom *det därifrån skilda* faktum *a* uppnå rättseffekten i fråga. Klarast framginge denna olikhet mellan viljeförklaringens särskilda beståndsdelar vid testamente: å ena sidan ingressen: »härmed förordnar jag såsom min yttersta vilja och testamente» (*b*) och å andra sidan testamentets följande innehåll, som upptager testators fantasiföreställning om förmögenhetens öde efter frånfället (*a*). Och motsvarande uppdelning skulle möta även eljest: vid sidan av själva rättshandlingsinnehållet (*a*) ordet »härmed» eller jämförliga ord eller ordformer (*b*). — Resonemanget för emellertid icke till målet. Det är nämligen icke enbart genom *a*, som den förklarande, när han uttalar *b*, vill uppnå rättsverkningar, utan han vill uppnå dem genom både *a* och *b*, alltså även genom *b* självt.

[10] Man kan icke med fog genmäla, att även om rättsverkningsviljans förekomst hos kontraherande parter skulle vara blott en följd av att rätts-

Men vad är i så fall — om man tills vidare oreserverat följer denna tankelinje — det rättsligt relevanta vid viljeförklaringen, det verkliga rättsfaktum? Ja, man måste då, såsom av det sagda följer, gå över till det andra alternativet och antaga, att rättsfaktum utgöres av de (bortsett från fantasiföreställningens uttryckande) »nakna» orden eller ordformerna; rättsordningen fordrar icke, såsom positiv betingelse för rättsverkningars inträde, något uttryck för en vilja hos den förklarande att den rättsliga effekten »skall» inträda. Intet krav på att förklaringen skall med hänsyn till den förklarandes syfte framstå som allvarligt menad l. dyl. kan uppställas. Att det även med denna utgångspunkt icke möter svårighet att förstå, varför en på *skämt* avgiven förklaring — eller, för att taga ett ur juridisk synpunkt mera praktiskt exempel, en *simulerad* förklaring — kan sakna rättslig giltighet, skall nedan under 2) visas. Men hur skall man i så fall kunna (den frågan måste genast besvaras) skilja mellan den definitiva rättshandlingen och det blotta projektet till en rättshandling? Jo, genom att rättsordningen genomför den anordningen, att viljeförklaringen i det förra fallet måste innehålla andra ord eller dock förete ett annat yttre utseende än i det senare. Detta få sedan vederbörande parter hålla reda på och rätta sig efter. När de blott planera en rättshandling, få de nöja sig med att uttrycka en rättslig fantasiföreställning *utan* tillägg av de ord eller formuleringar, som en gång för alla enligt rättssystemet förknippats med definitiva rättshandlingar. — Vad sedan angår spörsmålet, vari denna yttre olikhet mellan den definitiva och den projekterade rättshandlingen består, kan det, såsom redan nämnts, icke vara riktigt, att den förra i motsats till den senare utmärkes av imperativisk *form* (den imperativiska *viljan* är ju som sagt enligt förevarande utgångspunkt betydelselös). Endast i undantagsfall, såsom vid testamente, är viljeförklaringen imperativiskt avfat-

---

ordningen *generellt* tillerkänner viljeförklaringar effekt, detta dock icke hindrar, att *i det enskilda fallet,* med tillämpning av rättsreglerna, tillvaron av ett uttryck för en hos vederbörande förefintlig rättsverkningsvilja blir för domarens handlande bestämmande. Ty vid diskussionen om vad som utgör rättsfaktum vid viljeförklaringar är just frågan den, vad det är för något som rättsordningen *generellt* anknyter till.

tad — »jag förordnar, att X skall erhålla min efterlämnade kvarlåtenskap» —, något som torde sammanhänga *dels* med att utförandet av testamentets bestämmelser ankommer icke på arvlåtaren själv utan på andra personer *dels* med att testamentet icke skall träda i verksamhet förrän vid en långt senare tidpunkt och dessförinnan är fritt återkalleligt. Eljest kännetecknas den definitiva viljeförklaringens *form,* såsom särskilt av Henle[11] och Binder[12] utvecklats, därav att den förklarande omtalar att han på egen hand åstadkommer den ifrågavarande effekten: »härmed överlåter jag», »härmed upplåtes nyttjanderätten till», »härmed förbinder jag mig att betala», »härmed efterskänkes» etc. Denna formulering är ju ock naturlig nog: tack vare att rättsmaskineriet fungerar, är ju rättseffekten, d.v.s. rättigheternas och förpliktelsernas *uppkomst,* redan i och med att förklaringen kommer till stånd realiserad.[13] Detta omtalande av att vederbörande på egen hand åstadkommer effekten markeras för övrigt merendels genom sådana speciella ord som »härmed», genom en särskild »ingress» o.s.v.[14]

Motsvarande resonemang måste emellertid — och detta är av synnerlig vikt — anses tillämpligt även å uttrycket för den rättsliga fantasiföreställningen själv, nämligen försåvitt i detsamma upptages ett *rättsligt* begrepp, exempelvis »köp». Detta ord, denna ljudkombination »köp» kan från viss synpunkt sett sägas ha en »innebörd» endast tack vare rättsordningens fun-

---

[11] A.a. s. 348 ff.

[12] A.a. (Bd VI) s. 284 not 161.

[13] Utom vid testamente, där på grund av rättshandlingens fria återkallelighet m.m. testator har ett intryck av att någon rättsförändring icke *nu* sker; se det strax förut i texten sagda.

[14] Ett särskilt spörsmål är sedan, om orden eller de övriga fakta, varom fråga är, behöva vara till annan person »riktade» eller »utgivna», eller om även mera »interna» fakta för ändamålet äro tillfyllest. Hur man ställer sig till detta spörsmål i olika hänseenden avhänger naturligtvis icke av vilken teoretisk uppfattning man må hysa om själva viljeförklaringsbegreppet (även om *uttryckssättet* vid en argumentering på området därav kan påverkas). Jfr ock Hägerström s. 38: »Att i definitionen icke är upptaget som moment, att förklaringen skall vara riktad till viss person, beror därav, att ehuruväl sådan hänvändelse i vissa fall är erforderlig, det dock icke alltid är nödigt».

gerande, d.v.s. tack vare de i lag eller rättspraxis utformade regler, vilka angå köpet som rättsinstitut. När ordet »köp» i förklaringen kommer till användning, följa därav de för köpet karakteristiska rättsverkningarna *utan* att det härför är någon (positiv) betingelse att man kan sluta sig till att den förklarande haft dessa rättsverkningar vid ordets användning i sikte. Men som ett resultat av att rättsordningen fungerar på detta sätt och låter det »nakna» ordet få ifrågavarande effekt, blir det i samhället vanligt, att man icke begagnar sig av detta ord med mindre man har en fantasiföreställning om de rättsverkningar, som enligt rättsreglerna äro med ordet köp förbundna.[15] Eller rättare — ty en stor restriktion måste omedelbart göras — med mindre man har en fantasiföreställning om en del av de mest *väsentliga* av de hithörande rättsverkningarna. Detta räcker nämligen: har folk trygghet för att man med ordets producerande uppnår vissa centrala effekter, behöver man icke väja för risken att tillika rättsverkningar, varom man saknar all kännedom och som icke äro av den förklarande önskade, kunna inträda, helst som vederbörande rättsregler av lagstiftaren och domstolarna utformats med samhällets, och parters i allmänhet, bästa för ögonen. Över huvud är det mycket oklart, vilka rättsliga fantasiföreställningar parter genomsnittligt sett ha, när de begagna sig av de juridiska begreppen, oklart alltså vad som kan sägas vara »objektivt uttryckt» eller ordens »innebörd» i *den* meningen, att det motsvarar vad människor i allmänhet bruka i begreppen inlägga. Men av skäl som nu sagts är detta ur här behandlade synpunkt — när det är fråga om de positiva betingelserna för rättsverkningars inträde — likgiltigt; i *det* hänseendet gäller, att begreppen ha den »innebörd», som rättsordningen behagar inlägga i desamma.[16]

Mot ovan utvecklade tankegång kunna emellertid vissa invändningar göras. Man skulle kunna framhålla exempelvis, att det med förevarande utgångspunkt vore svårförklarligt, att ett faktum, som i och för sig saknar all betydelse som rättsfaktum,

---

[15] Rättsordningen kan i och för sig till rättsfaktum upphöja vilka meningslösa ord som helst, men genom denna upphöjning *bli* de icke längre meningslösa utan få en viss rättslig »innebörd».

[16] Jfr i detta sammanhang jämväl Stang a.a. s. 248 ff. och 450 ff.

dock obestridligen (under givna omständigheter) kan medföra verkan som sådant, därest den förklarande föreställt sig, att han genom samma faktum åstadkommer en rättslig effekt (jämför satsen: »falsa demonstratio non nocet»). Till denna punkt återkomma vi nedan under 2). En mera allmän och central invändning, som väl automatiskt framställt sig hos mer än en läsare, må däremot här tagas upp. Man torde ha frågat sig: går det verkligen till på det sättet, när rättsordningen låter viljeförklaringar bli rättsligt verksamma? Eller åtminstone: behöver det gå till på det sättet? Har man stöd i erfarenheten för att rättsordningen efter nu skildrade metod manipulerar med »nakna» ord och ordformer?[17]

I själva verket finns det en mycket väsentlig sida av saken, varifrån i det föregående abstraherats. Det har förutsatts, att om i enlighet med härskande uppfattning rättsordningen skulle anknyta till uttrycket för en hos den förklarande förefintlig vilja att åstadkomma viss effekt, denna vilja måste vara en *rätts*verkningsvilja, en vilja till åstadkommande av en förändring på det *rättsliga* planet. Vad som principiellt besvarats nekande har ju endast varit spörsmålet, om uttrycket för en *sådan* vilja kan — utan att man råkar in i en cirkel — tänkas utgöra rättsfaktum för rättsordningens ingripande. Men nu är det ingalunda självklart, att viljan måste vara av detta slag. Nödvändigt är visserligen — därom torde alla författare i realiteten vara ense —, att om rättsordningen till uttrycket för en vilja skall kunna anknyta en rättslig effekt, det måste röra sig om en vilja att (genom orden) åstadkomma *bundenhet*; det måste föreligga uttryck för en »Bindungswille» (bundenhetsvilja). Detta förutsätter då ett fungerande normsystem av någon art.[18] Men det ligger nära till hands att antaga, att den som avgiver en viljeförklaring icke behöver ha till syfte annat än att genom orden uppnå en av i samhället fungerande normsystem *över huvud*

---

[17] Nämligen när det gäller själva konstituerandet av vederbörande ord eller ordformer som rättsfakta. Att vid tillämpningen av rättsreglerna *i det enskilda fallet* orden eller ordformerna icke te sig som »nakna» utan, såsom en följd av rättsordningens fungerande, utrustade med en viss »innebörd», framgår av det ovan sagda; se särskilt not 10 och 15.

[18] Henle a.a. s. 271 ff.

betingad effekt, så att han icke just har det *rättsliga* normsystemet i sikte. Han vill genom sin utfästelse åstadkomma *bundenhet,* kort och gott, men någon föreställning, att det skall inträda just *rättslig* bundenhet, och icke blott en i moral och sed grundad sådan, finnes ej. Men härmed uppkommer spörsmålet, om icke rättsordningen utan att förut skildrade cirkel blir resultatet skulle kunna anknyta till, låta rättsfaktum utgöras av, uttrycket för denna allmänna »bundenhetsvilja». Av talrika juridiska författare [19] hävdas ock, att det avgörande faktum, som rättsordningen bygger på när den tillerkänner rättslig verkan åt viljeförklaringar, icke är eller behöver vara uttrycket för en *rätts*verkningsvilja (i inskränkt bemärkelse); det är tillfyllest att man kan sluta sig till förhandenvaron av en »wirtschaftlicher Erfolgswille», varmed synbarligen menas en på en »wirtschaftlicher Erfolg» riktad bundenhetsvilja.[20] Även enligt förevarande uppfattning blir visserligen en *partiell* cirkel resultatet. Ty delvis beror ju förekomsten av sagda allmänna bundenhetsvilja på rättsordningens fungerande; bundenhetsviljan *inkluderar* så att säga rättsverkningsviljan. Men i övrigt — och enligt deras uppfattning, som anse rättsordningen endast i begränsad omfattning ha »moralbildande» och sedebildande verkan: till övervägande del — är ingen cirkel för handen. Rättsordningen låter rättsverkningar inträda i sådana fall, då man kan sluta sig till existensen av en genom andra än rättsliga faktorer uppkommen bundenhetsvilja (i stället för att, vilket som sagt icke synes bestyrkas av erfarenheten, knyta effekten till »nakna» ord och ordformer).[21] Jämväl med denna utgångspunkt måste

---

[19] Lenel, Schlossmann, Ehrlich, Danz o.s.v.; vad nordisk rätt beträffar se Ussing, Aftaler, 3 uppl. s. 37 f., med litteraturhänvisningar (bl.a. till Wilhelm Sjögren i TfR 1916 s. 368 ff.).

[20] Som bekant användes i doktrinen ofta uttrycket »rättsverkningsvilja» utan att vederbörande författare för den skull fattat ståndpunkt till tvisteämnet i fråga. Så tyvärr i min »Allmän avtalsrätt» (se s. 77 not 176).

[21] Detta betyder naturligtvis icke, att man anser rättsverkningar böra inträda i *samtliga* de fall, då av andra än rättsliga skäl en bundenhetsvilja uppkommit. Man är allmänt överens om att endast *vissa* moraliskt etc. bindande löften lämpa sig för rättsliga sanktioner. Hur gränsen här skall dragas får då, såsom utvecklats bl.a. av Lenel, avgöras på objektiva grunder: behovet av rättsskydd för vederbörande löftestyp o. dyl.

det väl dock ligga nära till hands att ifrågasätta, om det icke är riktigare att beskriva förhållandet så, att rättsfakta utgöras av de fakta, som äro betingelse för moral- och sedereglernas ingripande, än så, att rättsordningen anknyter till uttrycket för den vilja, som genom moral- och sedereglernas fungerande uppkommit.[22] Men därmed har man redan kommit över på en annan linje än den som motsvarar den mest spridda uppfattningen om rättsliga viljeförklaringars innebörd.

Ad 2). Även om det nu antages — och detta förutsätta vi i det följande — att ett uttryck för en hos den förklarande förefintlig rättsverkningsvilja icke har någon rättslig relevans ur den synpunkten, att detsamma vore positiv betingelse, rättsfaktum, för rättsverkningars inträde, är härmed ännu icke klarlagt, huruvida det ej blir av avgörande betydelse, att man eventuellt av den ena eller andra särskilda omständigheten kan sluta sig till *frånvaron* hos den förklarande av en rättsverkningsvilja [23] — så att man kanske på denna väg i realiteten kommer till ungefär samma resultat som enligt den härskande läran om viljeförklaringars innebörd.[24] Kvar står nämligen, att rättsordningens *syfte* med att till vissa ord etc. anknyta uppkomsten av viljeförklaringens rättsverkningar är, att de enskilda skola begagna orden som verktyg för utgestaltning av sina privata rättsförhållanden, som medel för rättsverkningarnas uppnående när man vill att dessa »skola» inträda; systemet är *avsett* att fungera så, att folk med hjälp av orden realiserar sin vilja till rättseffektens inträde. Därutinnan skiljer sig viljeförklaringen icke blott från deliktet utan även från en hel del andra »tillåtna»,

---

[22] Jfr dock min »Skadeståndsrätt» s. 73 f.

[23] När här och i det följande talas om frånvaro av rättsverkningsvilja, av vilja till uppnående av en viss rättslig effekt o.s.v., abstraheras tills vidare — på samma sätt som förut gjorts under 1) — från spörsmålet, hur man har att bedöma de fall, då vederbörande ingalunda saknar vilja till bundenhet över huvud men det hos honom icke förefinnes någon vilja till effektens inträde just som en *rättslig* effekt. Om detta spörsmål nedan s. 207.

[24] Att det är nu nämnda sida av ämnet, som i doktrinen tilldragit sig största uppmärksamheten, belyses bl.a. därav, att frågan om betydelsen av en förhandenvarande rättsverkningsvilja o. dyl. i allmänhet dryftas inom misstagsläran.

rättsligt relevanta handlingar (t.ex. specifikation).[25] Härav följer då — skulle man kunna säga — att om det av *andra* fakta än de ifrågavarande orden framgår, att vederbörande icke haft viljan att genom samma ord uppnå rättsverkningar, detta uttryck för frånvaro av rättsverkningsvilja kan bli relevant. Här skulle man nämligen icke utsättas för det ovanberörda logiska argumentet, att avsaknaden hos den förklarande av en vilja att genom orden föranleda rättsverkningars inträde måste vara betydelselös med hänsyn till att en persons misstag därom, vilka verkningar hans handlande, ordens producerande, faktiskt medför, icke kan påverka samma faktiska verkningar själva. Det är visserligen absurt att föreställa sig, att om någon företager ett handlande *a*, som enligt rättsordningens regler ger upphov till vissa rättsverkningar, den omständigheten att han *i sitt inre* icke vill, att denna effekt skall inträda, skulle kunna ha någon som helst betydelse; man kan i det avseendet endast, vid en betraktelse ex post, konstatera, att den förklarande felbedömt rättsordningens fungerande. Men det skulle icke möta något hinder att säga, att om en person företager ett handlande *a*, som enligt rättsordningens regler ger upphov till vissa rättsverkningar, den omständigheten att det av ett *annat* yttre faktum *b* framgår, att vederbörande icke velat genom *a* åstadkomma rättsverkningar, kan ha till följd, att rättsverkningarna utebliva. Rättsordningens ställningstagande kan ju vara *ett* vid förhandenvaron av faktum *a*, ett *annat* vid förhandenvaron av både *a* och *b*. Det skulle då vara detta, som gjorde förståeligt, att en på skämt eller i simulationssyfte avgiven förklaring icke behöver bli rättsligt bindande. Här saknas ju som ovan sagts icke de ord, i föreskriven form, som i och för sig utgöra positiv betingelse för rättsverkningars uppkomst, ej heller viljan att yttra dessa ord eller insikten om deras objektiva innebörd. Vad som brister är fastmera — kunde man hävda — viljan att genom orden åstadkomma bundenhet, och denna brist kan bli relevant därför, att den genom andra fakta än de ifrågavarande orden kommer till uttryck (t.ex. genom ett skratt, genom den förkla-

[25] Rättsreglerna om specifikation som laga fång bottna ju icke i rättsordningens intresse att ställa till de enskildas förfogande en viss mekanism för äganderättsväxling.

randes hållning i övrigt, genom fantasiföreställningens orimlighet i jämförelse med vederbörandes villkor). På liknande sätt kan en till synes bindande rättshandling — t.ex. ett till annan person överlämnat, av en fastighetsägare undertecknat köpebrev å fastigheten — komma att sakna bindande verkan, därest medelst särskilda fakta ledes i bevis, att det enligt kontrahenternas överenskommelse endast rörde sig om en projekterad fastighetsaffär eller att dock fastighetsägaren, eventuellt enligt vad motparten borde inse, för sin del icke åsyftade något annat. I enahanda ordning skulle det bli begripligt, att omvänt fakta, som i och för sig icke ha egenskapen av rättsfakta, erhålla sådan på grund av att det tack vare speciella omständigheter ändock kan antagas, att vederbörande velat genom desamma åstadkomma rättsverkningar (se ovan s. 194 överst; jfr NJA 1937 s. 481).

Det anförda komme ytterligare att äga motsvarande tillämpning med hänsyn till de rättsliga termer, som upptagas i uttrycket för fantasiföreställningen. Säger någon: »jag köper», så inträda visserligen som nämnt i och för sig köpets rättsverkningar oberoende av vilken mening den förklarande eller t.o.m. folk i allmänhet förbinder med ordet »köp». Men om man med hjälp av andra fakta påvisar, att den förklarande hade t.ex. endast legans rättsverkningar i sikte, *kan* detta få relevans. Ja, att dylika misstag hos den som avgiver en viljeförklaring i vissa fall *skola* få relevans, är utsagt i 32 § 1 st. avtalslagen, vilket lagrum ingalunda har sin räckvidd begränsad till de lägen, där fantasiföreställningen »alls icke hänför sig till rättsordningen själv». *I vilken utsträckning* detta skall ske och om det i *denna* ordning blir av betydelse, hur mycket av de rättsliga termernas genom lag och rättspraxis fastslagna rättsverkningar genomsnittligt sett upptages i folks medvetande — av betydelse alltså vad som i *sådan* bemärkelse kan sägas vara med en rättslig term »objektivt uttryckt» eller utgöra dess »innebörd» eller »innehåll» (jfr avfattningen av 32 § avtalslagen) — är visserligen ett spörsmål för sig; härtill återkomma vi längre fram.[26]

[26] Samma synpunkter kunna till sist, mutatis mutandis, anläggas även då misstaget avser innebörden av uttrycket för fantasiföreställningen i

Om i enlighet med vad här utvecklats förhållandet sålunda skulle vara det, att de av den förklarande uttalade orden *a* kunna förlora de rättsverkningar, som eljest äro med desamma förknippade, därest det av ett annat faktum *b* framgår, att vederbörande icke haft viljan att genom *a* föranleda inträdet av berörda rättsverkningar, blir det ytterligare av intresse att tillse, *dels* av vilken beskaffenhet detta *b*-faktum kan vara, *dels* på vilket sätt samma faktum kan »framgå».

I förra avseendet är att märka skillnaden mellan *å ena sidan* de fall, då den förklarande visserligen känt till, att orden *a* i och för sig äro av beskaffenhet att medföra rättsverkningarnas inträde, men han ändock uttalat *a* i förlitan på att genom en hans särskilda »motförklaring» eller ett hans särskilda »motbeteende» (eventuellt något annat faktum än dylikt speciellt uppträdande å hans sida) skall framgå — om icke annorledes så vid behov för domstolen, se nedan —, att han icke med *a* åsyftat rättseffektens inträde, *å andra sidan* de fall, då ett särskilt faktum utvisar, att han ej ens förstått, att orden *a* i och för sig äro av beskaffenhet att föranleda sagda effekt. Exempel på det förra utgöra, förutom de redan anmärkta fallen av på skämt och i simulationssyfte avgivna förklaringar, fall av

---

de delar detsamma *icke* upptager rättsliga begrepp, resp. då det gäller bristande vilja att företaga själva det handlande, som ordens producerande utgör — alltså detta som Hägerström s. 39 sammanfattande betecknar som frånvaron av viljan *att avgiva förklaringen* och vars möjliga relevans även av honom pointeras; jfr exemplet om engelsmannen, som åtog sig en transport visst antal »mil» och trodde att en svensk mil var lika kort som en engelsk. I och för sig tillerkänner rättsordningen även i detta hänseende verkan åt orden som sådana, utan att det ankommer på vilken innebörd den förklarande inlägger i desamma. Och det är *icke* riktigt, som Hägerström säger (men sannolikt icke menar), att en diskrepans mellan viljan att avgiva en förklaring och förklaringen själv någonsin kan få betydelse; den inre viljan måste även i detta fall sakna all relevans. Men framgår det av *särskilda fakta,* att den förklarande hade en oriktig föreställning om ordens objektiva (icke-rättsliga) innebörd — och som en konsekvens härav icke ville de med förklaringen som sådan förbundna rättsverkningarna —, resp. att den förklarande icke ens ville producera orden (missägning, felskrivning o.s.v.), kan detta speciella *uttryck* för frånvaron av vilja leda till att orden icke ge upphov till de eljest med desamma förenade rättsverkningarna.

bevislig mentalreservation; härom vidare i det följande. Exempel på det senare: den förklarande har föreställt sig, att en av honom företagen rättshandling är ogiltig därför att den kräver viss form som icke iakttagits (ehuru den är även formlöst bindande), eller därför att den är av rättsordningen förbjuden (vilket dock icke är händelsen), eller därför att han saknar rättslig handlingsförmåga (ett emellertid felaktigt antagande). Eller den förklarande har utgått ifrån att de av honom uttalade (och som sådana av hans vilja omfattade) orden icke ha annat än förberedande betydelse, ehuru de av rättsordningen bedömas som en definitiv viljeförklaring, eller att ett av honom avgivet anbud icke är bindande, ehuru motsatsen följer av 1 § avtalslagen. Eller han har haft totalt (eller kanske blott på vissa punkter) oriktiga föreställningar om det rättsinstituts regler som på grund av hans förklaring i och för sig träda i tillämpning.

I det senare hänseendet åter gäller, *antingen* att faktum *b* uppfattats av motparten vid tiden för förklaringens avgivande *eller* också att *b* då varit för denne obekant (vare sig motparten likvisst »bort» uppfatta *b* eller *b* icke ens varit för honom uppfattbart). Den ordning, vari *b* i sistnämnda fall »framgår», är åter naturligen den, att *b* i processen om rättshandlingens giltighet bringas till *domstolens* kännedom, vanligen då genom bevisning om att *b* på ett eller annat sätt uppfattats av *tredje man*. Huruvida det sedan är lämpligt, att rättsordningen låter en rättshandlings giltighet påverkas av ett *b*-faktum, som icke vid handlingens företagande uppfattats eller åtminstone bort uppfattas av motparten, är en annan fråga; den logiska möjligheten därtill föreligger alltid.[27] Detta gäller för övrigt, vare

[27] De författare, som i enlighet med viljeteoriens inställning äro — i alla händelser beträffande misstagsfallen — benägna att besvara denna fråga jakande, uttrycka detta ofta så, att »den inre viljan» hos den förklarande har makt att omintetgöra verkan av den yttre förklaringen (under det att i allmänhet enighet råder därom, att den inre viljan icke har den »positiva» effekten att föranleda att åt ord etc., som i och för sig icke ha egenskap av rättsfakta, tillerkännes sådan, jfr ovan s. 198; härför kräves sålunda städse uppfattbarhet för *motparten*). Nämnda uttryckssätt är naturligen missvisande. Viljan är visserligen »inre» ur motpartens synpunkt men icke ur domstolens. Alltid kräves ett yttre faktum, för att ett

sig faktum *b* är ett avsiktligt motbeteende av den förklarande eller det utvisar dennes misstag rörande den rättsliga effekten av *a* i och för sig. I förra fallet är sedan att göra en ytterligare skillnad, allt eftersom den förklarande föreställt sig, att faktum *b* av motparten uppfattats, eller icke, och allt eftersom denna föreställning är riktig eller oriktig (d.v.s. allt eftersom den förklarande i *detta* avseende, beträffande motpartens uppfattning av *b*-beteendet, begått ett misstag eller ej).[28] På motsvarande sätt kan, när det gäller misstag beträffande verkan av faktum *a* i och för sig, göras en skillnad, allt eftersom den förklarande föreställt sig, att motparten har samma (faktiskt oriktiga) uppfattning som han själv, eller icke, och allt eftersom denna föreställning är riktig eller oriktig.

Emellertid kan den ståndpunkt, som nu under 2) skisserats, endast delvis upprätthållas. Av synnerlig vikt är visserligen att på berörda sätt skilja mellan fakta (*a*), som i och för sig äro ägnade att medföra inträdet av den ifrågavarande rättseffekten, och *andra* fakta av »neutraliserande» beskaffenhet (*b*), lika väl som de distinktioner, varom i de båda nästföregående styckena varit tal, bli för ämnet av grundläggande betydelse. Men såvitt angår alla de fall, då det neutraliserande faktum *b* utgöres av en särskild »motförklaring» eller annat särskilt »mot-

---

viljefel skall bli relevant. — Därav framgår ock, att det är ett förfelat argument, när man från förklarings- eller tillitsteoriens sida understundom stöder sig på allmänna resonemang därom att det måste ligga i sakens natur, att den inre viljan icke tillerkännes relevans. Detta påstående är riktigt, om man med »inre vilja» menar en verklig intern psykisk akt hos den förklarande, men icke om man i uttrycket blott inlägger bristande uppfattbarhet för motparten.

[28] Jfr följande schema: 1) Den skämtande antager, att skämtet uppfattas av motparten, och denne gör det också. 2) Den skämtande antager, att skämtet uppfattas av motparten, men denne tager förklaringen på allvar (jfr BGB § 118 och om detta lagrum, som emellertid av tyska författare tolkas på flera olika sätt, Hägerström s. 39 nederst). 3) Den skämtande antager, att skämtet icke uppfattas av motparten (men väl kommer att vid behov uppfattas av domstolen; s.k. »böser Scherz»), och motparten uppfattar det icke heller. 4) Den skämtande antager, att skämtet icke uppfattas av motparten, men denne uppfattar det faktiskt. I fallen 3) och 4) föreligger ett slags mentalreservation (ordinär resp. genomskådad sådan).

beteende» å den förklarandes sida (eller vad därmed är jämförligt),[29] undgår man icke, när allt kommer omkring, de logiska svårigheter, som i det föregående berörts. Man måste nämligen även här i analogi med vad ovan skett fråga sig, om det verkligen kan sägas, att detta faktum *b*, motförklaringen eller motbeteendet i övrigt, ger uttryck åt frånvaron av den förklarandes vilja att åstadkomma rättsverkningar (låt vara frånvaron av vilja att genom *a*, ett från *b skilt faktum*, åstadkomma rättsverkningar). Den förklarandes neutraliseringssyfte kan ju, om han, som vi förutsätta, har reda på verkningarna av *a* i och för sig, icke realiseras annat än just *genom* sagda motbeteende, genom *b* självt. Vad som gör att han företager motbeteendet är då förvissningen om att tack vare detsamma bundenhet icke skall uppkomma. Men denna förvissning kan rimligen icke vara grundad på annat än hans föreställning om en i samhället gällande regel av innehåll att motbeteendet har till följd, att *a* icke erhåller någon effekt. Och såvitt nu uppkomsten av en sådan föreställning är att tillskriva just rättsordningens fungerande, är man ånyo inne i den ominösa cirkeln.

Realiteten är förty — såvitt ifrågavarande fall angår och om man konsekvent utgår från den förutsättning, som är för vår framställning under 2) bestämmande — icke den, att genom motförklaringen eller motbeteendet *b* kommer till uttryck en frånvaro av vilja till de med *a* förbundna rättsverkningarna, vilket uttryck erhåller rättslig relevans,[30] utan fastmera den, att rättsordningen låter de vid motförklaringen eller motbeteendet föreliggande *orden* etc. som sådana utgöra rättsfakta för en neutralisering av de rättsverkningar, vilka orden *a* i och för sig

---

[29] Till belysning av vad som åsyftas, när det talas om ett med särskilt motbeteende »jämförligt» neutraliserande rättsfaktum, må åberopas skolexemplet, att en skådespelare på teatern eller en lärare i katedern för vederbörande ändamål yttrar i och för sig juridiskt förpliktande ord; här blir själva den omgivning, vari orden produceras, typiskt neutraliserande utan att något egentligt motbeteende är av nöden.

[30] Att såsom Hägerström (a. st.) fästa avseende vid att vederbörande »*visar sig icke önska,* att imperativet får effekt» (kurs. här), är sålunda, på sätt redan förut anmärkts, icke förenligt med förevarande utgångspunkt (men väl med den gängse uppfattningen inom doktrinen av viljeförklaringars innebörd).

äro ägnade att föranleda. Dessa *b*-fakta äro alltså i samma utsträckning »nakna» som *a* självt, och de kunna för övrigt vara av lika skiftande natur som *a*. Även en mycket »subjektiv» beskaffenhet av desamma är (liksom när det gäller *a* självt) tillfyllestgörande, blott så mycket av objektivitet förefinnes, att de lämpa sig som underlag för offentlig myndighets dömande verksamhet.[31] Det sagda innebär, från en annan synpunkt sett, att åt orden *a* endast villkorligt, presumtionsvis, tillerkännes egenskapen av rättsfaktum, nämligen för den händelse inga av rättsordningen som neutraliserande ansedda rättsfakta *b* föreligga.

Helt annorlunda ligger saken till, när det rör sig om det fall att den förklarande, enligt vad faktum *b* utvisar, uttalat orden *a* utan att han haft kännedom om dessas egenskap att i och för sig medföra rättsverkningars inträde, eller misstagit sig om vilka rättsverkningar som äro med en viss rättslig term *a* förbundna.[32] Frånvaron av viljan till *a* förutsätter ej *b* som rättsligt verksam motförklaring utan *b* — vilket är ett »utanför» villfarelsen liggande faktum — röjer eller ådagalägger, »meddelar», direkt den ifrågavarande frånvaron av rättsverkningsvilja. Och villfarelsen kan uppkomma som sådan oberoende av rättsordningen eller något annat fungerande normsystem, speciellt oberoende av om rättsordningen tillerkänner den

---

[31] Någon invänder kanske: det skulle väl kunna finnas fall, då »frånvaron av rättsverkningsvilja» hos den förklarande icke framgår för någon annan person i världen än just motparten, och ändock kan rättshandlingen bli ogiltig. Nej, det kan den icke. Om det ej är möjligt att genom bevisning (som principiellt icke kan försiggå utan hjälp av objektiva uttrycksmedel) bringa förhållandet till den dömande myndighetens kännedom, saknar detsamma juridiskt intresse, och det hänger då på motpartens goda vilja, om han vill underlåta att göra rättshandlingen gällande eller ej. *Så* långt får man nämligen icke driva den abstrahering från processrätten, som inom civilrätten är vedertagen (och försvarlig), när man uppställer regler om vad som utgör en materiellt bindande viljeförklaring. Motsvarande invändning kan för resten framställas även beträffande verkan av ett endast för motparten uppfattbart *a*-faktum, och den bör bemötas på enahanda sätt.

[32] Resp. — får man nu med hänsyn till det i nästföregående stycke sagda tillägga — oriktigt antagit, att ett faktum *b* av rättsordningen tillerkänts neutraliserande effekt.

relevans eller ej. Visserligen skulle väl den omständigheten, att hänsyn icke av rättsordningen toges till sådana villfarelser, i någon mån vara ägnad att motarbeta förekomsten av desamma. Men i det hela kan man icke hindra, att även om en rättsregel av innehåll, att *a* föranleder inträdet av vissa rättsverkningar, är gällande, det understundom hos folk uppkommer en från denna regel avvikande *föreställning* om effekten av *a*,[33] och därest då tillvaron av en dylik föreställning kan genom särskilda fakta ledas i bevis, finnes intet logiskt hinder för att densamma blir relevant.[34] Häri ligger då, att man för de undantagsfall — eller rättare vissa av de undantagsfall, se nedan — där en sådan villfarelse hos den förklarande må finnas och kan påvisas, gör ett inhugg på tillämpningsområdet för den regel, som säger att *a* medför den eller den rättsliga effekten. Med andra ord: *a* är rättsfaktum endast försåvitt icke av *b* framgår, att den förklarande är hemfallen åt en villfarelse av berörda art.

Mot det senast sagda kan nu göras ett kanske vid första påseendet bestickande inkast. Innebär det icke principiellt en motsägelse att å ena sidan tillerkänna egenskapen av rättsfaktum åt de »nakna» orden eller ordformerna *a* (utan avseende å den vilja, som den förklarande därmed må synas förbinda), å andra sidan låta de ifrågavarande rättsverkningarna utebliva, om det låt vara genom särskilda fakta *b* utredes, att den förklarande misstagit sig beträffande effekten av samma *a*? Och underminerar man icke härmed praktiskt rättsregeln, att *a* medför de och de rättsverkningarna?

Vad det förra beträffar är att svara, att när rättsordningen vid viljeförklaringar med orden *a* förbinder vissa bestämda rättsverkningar, detta åtminstone i största omfattning (se strax

---

[33] Jfr mina uttalanden i SvJT 1933 s. 230 not 1.

[34] När Hägerström säger (s. 38 nederst): »En diskrepans mellan viljan att genom förklaringen åstadkomma ett visst rättstillstånd och förklaringens eget innehåll såsom ett imperativ av förut angiven natur är möjlig, men kan icke som sådan få relevans», är detta riktigt, om man med »vilja» förstår en inre vilja, men oriktigt, om man — i likhet med vad förf. synbarligen gör strax därefter s. 39 mom. 3; jfr ovan s. 198 not 26 — med vilja menar en genom särskilda fakta påvisbar vilja.

här nedan) icke har så att säga sitt eget ändamål; därmed fullföljes icke ett självständigt intresse från rättsordningens sida på samma sätt som när t.ex. ett visst handlande föranleder straff som rättspåföljd. Utan det sker, såsom redan här ovan anmärkts, närmast i syfte att förläna de enskilda ett för rättsförändringars åstadkommande lämpat redskap; vad som eftersträvas är, att orden *a* skola användas när man önskar att den eller den rättseffekten skall inträda, och *icke* användas när någon sådan önskan ej är för handen. Härmed står då i samklang, att visserligen orden *a* fungera som dylikt redskap i normala fall, när ingenting särskilt är upplyst om den förklarandes föreställning rörande effekten av hans handlande — här *måste* ju t.o.m. rättsordningen avstå från kravet på upplysning om vad den förklarande vill eller icke vill, eftersom hans rent inre vilja icke kan komma till yttervärldens kännedom — men om det av särskilda fakta framgår, att vederbörande på grund av sin villfarelse icke tagit redskapet på det avsedda sättet i bruk, det kan finnas anledning att ägna detta förhållande beaktande.[35] Vad bruket av rättsliga termer beträffar, t.ex. »köp», är dock ett mycket viktigt tillägg att göra. Det stora flertalet av de för de olika rättsinstituten utmärkande rättsverkningarna — de som ej äro av alldeles central natur [36] — inträda, i och med uttalandet av vederbörande ord *a,* utan att det finns någon utsikt till eller väl ens ett syfte hos rättsordningen, att detta skall ha till konsekvens att kontrahenter i allmänhet vid uttalandet av orden ha rättsverkningarna i sikte och avse deras inträde. *I den delen* vore det därför verkligen en principiell motsägelse att endast på den grund att den förklarande haft en avvikande föreställning om dessa rättsverkningars beskaffenhet låta samma rättsverkningar utebliva.[37] Så sker icke heller,

---

[35] Av samma orsak är det då principiellt förklarligt, att ord, som i och för sig icke ha rättsfaktumskvalitet, eventuellt in casu erhålla sådan på grund av den förklarandes oriktiga föreställning om att dylik kvalitet tillkommer dem.

[36] Se ovan s. 193.

[37] Speciellt gäller naturligtvis detta, om rättsverkningarna inträda på grund av *tvingande* rättsregler. Men även vid dispositiva rättsregler är det otänkbart, att redan den, låt vara genom särskilda fakta påvisbara, oriktiga

icke ens enligt de rättssystem som bygga på viljeteorien. Man betraktar fastmera i allmänhet de hithörande fallen som fall av motivvillfarelser eller oriktiga förutsättningar och låter dessa endast undantagsvis (t.ex. vid svek å motpartens sida eller eljest under kvalificerade omständigheter) bli relevanta.

Vad sedan angår frågan, om man icke genom att tillmäta betydelse åt förevarande slags villfarelser praktiskt undermine-rar rättssatsen, att *a* medför de eller de rättsverkningarna, är svaret, att en viss underminering otvivelaktigt sker, men att densamma blir ganska oskyldig genom den relativt begränsade tillämpning, som misstagsregeln i realiteten kommer att få. I första hand hänvisas till vad strax här ovan yttrades om att en del hithörande misstag — nämligen när vid begagnande av rättsliga termer felbedömts sådana med desamma förbundna rättsverkningar, som genomsnittligt sett icke äro uppe i folks medvetande — erhålla relevans endast i den sparsamma omfattning, som följer av reglerna om motivvillfarelser eller oriktiga förutsättningar som ogiltighetsgrund. När det rör sig om övriga här diskuterade misstag, det må gälla rättsliga termers innebörd i deras mest centrala, för menige man kända delar eller hela frågan om bundenhets inträde i anledning av ordens uttalande, lärer motsvarande visserligen icke utan vidare kunna sägas. Såvitt fungerandet i samhället av regeln, att orden *a* ha den eller den effekten i släptåg, föranleder att människor i allmänhet vid ordens användning åsyfta att effekten i fråga skall inträda, ligger det närmast till hands att antaga, att ett in casu föreliggande misstag rörande samma effekt bör bedömas icke som en motivvillfarelse utan som ett förklaringsmisstag (32 § avtalslagen); som resultat av rättsordningens, eller eventuellt annat normsystems, fungerande blir alltså misstaget att hänföra till ett misstag beträffande viljeförklaringens objektiva »innebörd». Men ändock kommer dylik ogiltighet icke i praktiken att bli synnerligen vanlig. För det första är det ju för den

---

föreställningen hos vederbörande kontrahent eller kontrahenter om rättsreglernas innehåll skulle sätta dem ur kraft (jfr ock min »Allmän avtalsrätt» s. 36 not 60). En annan sak är, att en avvikande *förklaring* har betydelse i detta hänseende. Men därmed är man tillbaka vid den sida av ämnet, varom talas ovan s. 201 ff.

svenska och nordiska rättens del en betingelse för misstagets relevans (åtminstone på förmögenhetsrättens område), att även *motparten* insett eller bort inse misstaget (att detsamma framgår för domstolen är sålunda icke tillräckligt).[38] För det andra och i synnerhet gäller enligt alla möjliga rättssystem — även de på viljeteorien baserade — att misstagets beaktande kräver särskild *bevisning* å den förklarandes sida (rörande de erforderliga *b*-fakta), en bevisning som det ofta är vanskligt att prestera.[39] För det tredje är följande förhållande att märka. I den föregående framställningen under 2) har hela tiden talats därom, att den förklarandes misstag bestått i att han icke insett, att orden *a* i och för sig medföra »rättslig» bundenhet, resp. icke insett *vilka* verkningar av »rättslig» natur som därav följa. Men här återkommer nu det, enligt vad förut sagts, i doktrinen starkt omtvistade spörsmålet om erforderligheten av just en *rätts*verkningsvilja, nämligen i den formen att man frågar sig, huruvida ett dylikt (visserligen genom särskilda fakta påvisbart) misstag har någon relevans, därest ändock hos den förklarande en *allmän* bundenhetsvilja varit förhanden.[40] Denna fråga får väl principiellt besvaras nekande för de fall, då den förklarande icke alls tänkt på bundenhetens art, medan svaret är mera tvivelaktigt för den händelse han direkt föreställt sig, att det vore uteslutet att andra än moraliska etc. verkningar kunna inträda.[41]

---

[38] Och även de rättsordningar, som icke intaga samma ståndpunkt som den nordiska rätten i detta avseende, söka genom andra regler förebygga, att den ifrågavarande ogiltigheten verkar alltför ingripande.

[39] Jfr Windscheids klassiska formulering av viljeteorien i hans pandektlärobok (§ 75): »Das in der Erklärung als gewollt bezeichnete kann möglicherweise nicht gewollt sein . . . Wer ein solches Auseinandergehen von Wille und Erklärung behauptet, *muss es beweisen*; *steht es fest,* so erzeugt die Erklärung die als gewollt bezeichnete rechtliche Wirkung nicht. So das Prinzip.» (Kurs. här.)

[40] Man kan, för att få fram spörsmålet i dess renhet, tänka på sådana fall då å ena sidan rättshandlingen är av den typ, att det just är dess *rättsliga* effekt, som menige man i allmänhet har i sikte (testamente, adoption etc.), å andra sidan antingen motparten har klart för sig den handlandes inställning eller, såsom vid testamente, någon hänsyn till motparten icke av rättsordningen tages.

[41] Om de fall, då vederbörande genom särskilt »förbehåll» eller annan särskild *förklaring* uteslutit andra verkningar än på t.ex. det moraliska

Av alla dessa skäl kommer det därför, på sätt ock nyss här ovan förutsattes, endast mera undantagsvis att inträffa, att rättsregeln att faktum *a* har de eller de rättsverkningarna i följe blir på grund av ifrågavarande slags misstag satt ur spelet.

Till sist må några ord tillfogas särskilt om begreppet reservatio mentalis. Såsom ovan nämnts måste enligt Hägerström, i likhet med vad tidigare många juridiska författare hävdat, en mentalreservation på rent logiska grunder antagas vara utan rättslig betydelse; den skulle aldrig, icke ens med tillämpning av den mest extrema viljeteori, kunna *tänkas* ha relevans. Därför vore också en bestämmelse sådan som BGB § 116 — där det ansetts behöva fastslås, att »eine Willenserklärung ist nicht deshalb nichtig, weil sich der Erklärende insgeheim vorbehält, das Erklärte nicht zu wollen» — »objektivt sett fullkomligt meningslös och begriplig blott såsom en följd av en förvänd föreställning om en privaträttslig 'viljeförklarings' innebörd». Rörande den omständigheten, att i lagrummets andra punkt statuerats ett undantag från huvudregeln, alltså angivits ett fall, där enligt uttrycklig föreskrift mentalreservationen *har* relevans (nämligen då motparten »den Vorbehalt kennt»), uttalar sig förf. icke. — Av det föregående följer nu, att en mentalreservations relevans vore en orimlighet, om man menade, att den förklarandes rent *inre* vilja eller önskan att rättsverkningar icke skola inträda skulle ha något rättsligt intresse. Nu förutsättes emellertid i allmänhet i doktrinen, att mentalreservationen skall kunna ledas i *bevis,* d.v.s. att det föreligger ett annat faktum *b,* som kunde tänkas ha möjlighet att neutralisera viljeförklaringen *a* själv.[42] Det utmärkande för mentalreservationen

---

planet, är här icke fråga; se ovan s. 206 not 37 mot slutet. Att en dylik förklaring som sådan är ägnad att utesluta rättsverkningar, torde vara en vanlig men ingalunda oomtvistlig uppfattning. Se från svensk rättspraxis NJA 1932 s. 400, där en revers, som efter sin lydelse utställts »för infriande av en hedersskuld, på grund varav den icke är av beskaffenhet att kunna lagligen medelst dom och utmätning utsökas», icke ansågs medföra betalningsskyldighet, enär den »otvetydigt angåve, att å handlingen icke kunde grundas en rättslig förpliktelse» för utfärdaren att gälda förskrivna beloppet.

[42] Betecknande är i det hänseendet W i n d s c h e i d s ställningstagande till ämnet. I de äldre upplagorna av sin pandektlärobok förklarade han (§ 75 not 1), att mentalreservationen som ett inre faktum vore obevisbar,

är sålunda närmast, att det föreligger en motförklaring eller ett motbeteende *b* av annan lydelse än själva förklaringen *a*, samt att den förklarande icke önskat, att *b* skulle komma till *motpartens* kännedom (men däremot ämnar vid behov, om rättshandlingen göres mot honom gällande, bringa *b* till *domstolens* kännedom).[43] Vederbörande har t.ex. skrivit och överlämnat ett gåvobrev, varigenom han avhänder sig sin fastighet, men har tillika på förhand i en skrivelse, som han förvarat på säkert ställe, eller genom en deklaration, som han gjort till en viss tredje man, förklarat att han *icke* vill bortskänka fastigheten.[44] Något logiskt skäl, varför icke rättsordningen skulle *kunna* låta en dylik mentalreservation medföra viljeförklaringens ogiltighet, kan icke inses,[45] ehuru det mestadels, av hänsyn till motparten, är *praktiskt* uteslutet att så göra. Mestadels, ty undantag kunna förekomma. Så kan det med fog ifrågasättas, om icke vid *testamente* en mentalreservation av beskrivna art bör föranleda, att testamentet saknar rättslig verkan; här behöver ju enligt härskande rättsuppfattning icke någon hänsyn tagas till »motparten». Det är nämligen svårt att förstå, varför en dylik på förhand, eller samtidigt, avgiven motförklaring —

och frånkände den också just av detta (logiska) skäl relevans. I de senare upplagorna frångick han denna uppfattning (som även eljest sedan länge är övergiven i doktrinen). Att han ändock trots sin viljeteoretiska ståndpunkt hävdade mentalreservationens betydelselöshet berodde nu på att enligt hans åsikt »das Recht nicht zugestehen kann, dass jemand sich auf seine Lüge berufe» (§ 75 not 1 c), en synpunkt som i olika vändningar (hänsyn till mentalreservationens »Unsittlichkeit» o. dyl.) ständigt föres i fält av viljeteoretiker. I konsekvens härmed ansåg Windscheid regeln icke längre vara en logisk nödvändighet, och han gjorde t.o.m. vissa undantag från dess tillämpning, nämligen vid viljeförklaringar, som icke avgivas »einem andern gegenüber» (t.ex. testamente).

[43] Som fall av ett slags mentalreservation kan man ock beteckna de lägen, då vederbörande utgår ifrån att hans förklaring av någon orsak (t.ex. formfel) är ogiltig, men förutsätter att motparten förlitar sig på dess bindande verkan; se ovan s. 200.

[44] »Insgeheim» i BGB § 116 betyder således icke: »i sitt inre» utan fastmera (såsom handböckerna till BGB upplysa om): med avsikt hemligt för *motparten*.

[45] Jfr den berömda Hans-Brask-lappen, vilken som bekant *fick* juridisk relevans! Ett annat exempel ur vår historia utgör Sigismunds hemliga (skriftliga) protest mot sin försäkran till ständerna 1594.

vilken kan vara förestavad av fullt begripliga skäl: svag motståndskraft mot av testamentet intresserade personers påtryckningar o.s.v. — skulle ha mindre verkan än vilken som helst (otvetydig) formlös återkallelse av ett redan upprättat testamente; se 2 kap. 5 § testamentslagen. Än ytterligare kan här hänvisas till det vanliga läge, att en för skens skull avgiven viljeförklaring tillkommit för att bedraga tredje man; vad förhållandet mellan den förklarande och tredje man angår, föreligger här, åtminstone om man anlägger ett i doktrinen ofta förekommande betraktelsesätt, ett slags mentalreservation, vilken i allt fall tidigare som regel (undantag 34 § avtalslagen) ansetts relevant. Slutligen är det ett spörsmål, huruvida enligt svensk lika väl som enligt tysk rätt mentalreservationen föranleder rättshandlingens ogiltighet, när densamma — i strid mot vad av den förklarande åsyftats — faktiskt av motparten uppfattats (genomskådad mentalreservation); gåvotagaren har sålunda i det nyssnämnda exemplet kännedom om tillvaron av den ifrågavarande skrivelsen eller den av gåvogivaren till tredje man gjorda deklarationen. Detta spörsmål synes dock — av skäl som här icke skola utvecklas — böra besvaras nekande.[46] [47]

---

[46] Av rättsfall från senaste tid, som i viss mån beröra spörsmålet om mentalreservationens rättsliga betydelse, må anmärkas NJA 1939 s. 513: Fråga om barn utom äktenskap vore att anse för trolovningsbarn. Verkan därav att modern, ehuru ringväxling ägt rum, vid olika tillfällen till andra personer yttrat, att det icke varit hennes avsikt att träffa överenskommelse om äktenskap med barnafadern? — Överinstanserna funno, i motsats till underrätten, att giltig trolovning förelåg och förklarade barnet sålunda för trolovningsbarn (dissens i hovrätten). Ingenting antyder emellertid, att man på *principiella* grunder ansett det uteslutet, att moderns ifrågavarande yttranden kunde äga kraft att neutralisera trolovningens rättsverkningar; snarare framgår motsatsen av det sätt, varpå avgörandet motiverades.

[47] Ifrågavarande avhandling av Hägerström återfinnes numera även i hans »Inquiries into the nature of law and morals», 1953, utg. av Olivecrona, s. 300 ff.

CITERADE RÄTTSFALL

NJA

1880 s. 231 86
1887 s. 415 31
1890 s. 286 86
1893 s. 26 86
1897 s. 102 86
1900 s. 158 31
1901 s. 129 86
1903 s. 148 70
1907 s. 88 35
1908 s. 221 89, 113, 161, 164, 166
1909 s. 195 65
1910 s. 499 89, 148, 161, 166
s. 648 106
1911 s. 293 31
s. 593 125
1913 s. 282 51
s. 315 65
1914 s. 206 148
s. 475 125
1915 s. 17 128
s. 26 57
s. 348 51, 57
s. 495 98
1916 s. 172 128
s. 297 161, 166
s. 357 125
s. 481 148
1917 s. 118 51
1918 s. 131 161
s. 156 12
s. 199 51
s. 280 93
s. 318 170
s. 375 148
s. 467 125
s. 506 128
s. 624 70, 74
1919 s. 281 51
s. 405 33
1920 s. 403 12
s. 495 149
1921 s. 232 148
s. 236 51
s. 511 58, 89
s. 636 67
1922 s. 107 109
s. 260 86
s. 389 59
s. 429 98, 160
s. 491 148, 157, 160
s. 498 37
s. 596 98
s. 599 98
s. 615 148, 160
1923 s. 9 51
s. 20 40
s. 235 171
s. 241 125
s. 244 93
s. 272 148, 154
s. 316 70
s. 322 98, 160
s. 326 128, 160
s. 402 126
s. 534 125
1924 s. 6 159

s. 200 148
s. 346 101
s. 372 125
s. 454 160
1925 s. 184 125
s. 206 67
s. 624 40
1926 s. 60 167
s. 129 125
s. 336 70
1927 s. 68 35
s. 95 161
s. 397 51
s. 655 133
1928 s. 32 158, 173
s. 47 114, 140, 158
s. 70 128
s. 554 149
s. 609 66
1929 s. 90 158
s. 225 70
1930 s. 20 165
s. 131 65
s. 140 176
s. 149 86
s. 355 157
1931 s. 38 128
s. 181 72
s. 239 33, 35
s. 317 75
s. 667 75
1932 s. 15 33
s. 87 27
s. 183 109
s. 290 69
s. 400 208
s. 610 133
s. 686 33
1933 s. 17 53
s. 253 155
s. 264 37
s. 383 152, 155, 156, 160, 169, 172, 175
1934 s. 117 154
s. 249 51
s. 365 155
s. 701 12
1935 s. 57 152, 159
s. 121 154
s. 157 67
s. 577 12
s. 588 51
s. 646 34
s. 680 109, 154, 171
1936 s. 6 151, 154, 155, 157, 160, 172
s. 136 152
s. 328 128
s. 368 111, 114, 139
s. 405 51
s. 495 164
s. 500 164
s. 505 164
s. 527 83
s. 688 27
s. 737 152
s. 744 83
1937 s. 44 147
s. 60 165
s. 151 60, 148, 152
s. 186 67
s. 312 51
s. 382 93, 128
s. 481 198
s. 518 53, 147, 149
s. 587 35
s. 603 42
1938 s. 35 67
s. 54 145
s. 114 51
s. 193 109
s. 229 166
s. 273 98
s. 312 146
s. 318 147
s. 474 108
s. 481 17, 22
1939 s. 101 53
s. 138 109
s. 360 86

	s. 384	144
	s. 417	37
	s. 513	210
	s. 583	145
1940	s. 77	163, 171
	s. 112	69, 167
	s. 179	60, 149
	s. 219	167
	s. 231	51
	s. 325	104, 165
	s. 391	161, 165, 166
	s. 449	167
	s. 582	51
	s. 631	51
1941	s. 139	167
	s. 150	86, 165, 170
	s. 159	167
	s. 205	157, 168, 172, 175
	s. 376	60
	s. 400	132
	s. 457	75
	s. 545	35
	s. 563	51
	s. 608	144
1942	s. 163	169
	s. 219	170
	s. 368	167
	s. 379	109
	s. 495	167
	s. 504	167
	s. 596	37
1943	s. 55	92
	s. 66	62
	s. 109	170
	s. 392	175
	s. 453	128, 175
1944	s. 174	65
	s. 194	170
	s. 216	175
1945	s. 51	176
	s. 94	171
	s. 193	33
	s. 229	51
	s. 240	64
	s. 305	171, 172
	s. 351	109
	s. 502	91, 148
	s. 564	51
	s. 676	172
1946	s. 225	37
	s. 365	175
	s. 411	51
	s. 482	172
	s. 602	65
	s. 679	126
1947	s. 1	172
	s. 21	86
	s. 82	12
	s. 150	144
	s. 680	173
1948	s. 138	165
	s. 196	173
	s. 244	158, 173
	s. 283	65
	s. 405	53
	s. 526	93, 128
	s. 564	176
	s. 614	131
	s. 620	62
	s. 768	53
1949	s. 1	69
	s. 87	65
	s. 91	148
	s. 134	174
	s. 213	174
	s. 259	149
	s. 305	37
	s. 313	62
	s. 427	72
	s. 444	37
	s. 571	75
	s. 609	57
	s. 640	155, 157, 175
	s. 664	61
	s. 680	98
	s. 750	129
	s. 786	62
1950	s. 266	144
	s. 389	175
	s. 480	176

	s.	488	53
	s.	560	176
1951	s.	187	144
	s.	271	12
	s.	277	149
	s.	282	61
	s.	468	37
	s.	625	62
	s.	645	165
	s.	716	177
1952	s.	47	144
	s.	93	89
	s.	184	12
	s.	352	82
	s.	508	131
	s.	555	165
	s.	641	170
1953	s.	99	126
	s.	602	65

SvJT

1937	rf.	s.	1	17
1941	rf.	s.	11	109
	rf.	s.	42	37
1945	rf.	s.	37	24
1947	rf.	s.	20	83
1952		s.	847	75

UNIV.-BIBL.
- 5 JULI 1956
UPPSALA

INSTITUTET
FÖR RÄTTSVETENSKAPLIG FORSKNING

Institutet för rättsvetenskaplig forskning grundades år 1947 av Knut och Alice Wallenbergs Stiftelse. Enligt sina stadgar har Institutet till ändamål att främja rättsvetenskaplig forskning och bör därvid särskilt verka för en sådan bearbetning av gällande svensk rätt, som kan vara till gagn för domstolarna, det praktiska rättslivet och juristutbildningen.

Institutet avser att låta de verk, till vilkas författande bidrag lämnas, i regel utgivas i en bokserie under Institutets beteckning. Det nu föreliggande arbetet

Hjalmar Karlgren

AVTALSRÄTTSLIGA SPÖRSMÅL

hör till de i vårt land fåtaliga juridiska arbeten, som behandla den allmänna avtalsrätten. Författaren undersöker ett flertal viktiga rättsfrågor på detta område. Särskild uppmärksamhet ägnas hithörande rättstillämpning. Bland annat analyseras och kommenteras den högsta-domstols-praxis, som i detta avseende förekommit under de senaste decennierna.

I serien har tidigare utkommit

Hjalmar Karlgren: SKADESTÅNDSRÄTT

Håkan Nial: INTERNATIONELL FÖRMÖGENHETSRÄTT

Lars Welamson: ANSLUTNINGSVAD OCH REFORMATIO IN PEJUS

Karl Olivecrona: RÄTTEGÅNGEN I BROTTMÅL ENLIGT RB

Gunnar Lagergren: DELIVERY OF THE GOODS AND TRANSFER OF PROPERTY AND RISK IN THE LAW ON SALE

NÄRMAST UTKOMMA

Åke Malmström: **Om rättsförhållandet mellan föräldrar och barn**

Håkan Nial: **Om handelsbolag och enkla bolag**

UNDER FÖRBEREDELSE ÄRO ARBETEN AV

Sigurd Dennemark: **Om svensk domstols behörighet i förmögenhetsrättsliga tvister**

Hjalmar Karlgren: **Om svensk köprätt beträffande lös egendom**

Henrik Hessler: **Om förmånsrätt**

Knut Rodhe: **Om obligationsrättens allmänna del**

Folke Schmidt: **Om tjänsteavtal**

Pris 17 kronor

UPPSALA UNIVERSITETSBIBLIOTEK
16000 001123814