

Kunt Rocke

CIVILRÄTTLIGA
SPÖRSMÅL

AV

PHILLIPS HULT

STOCKHOLM 1939

Kungl. Boktryckeriet
P. A. Norstedt & Söner
i distribution

EX LIBRIS



Knut Rodhe

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

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

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att:

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

Villkoren för tillståndet är:

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

Se även information på

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

HANDELSHÖGSKOLAN I STOCKHOLM
BIBLIOTEKET



10 0078321 2

CIVILRÄTTLIGA SPÖRSMÅL

AV

PHILLIPS HULT

STOCKHOLM 1939
KUNGL. BOKTRYCKERIET. P. A. NORSTEDT & SÖNER
384010

I N N E H Å L L.

	Sid.
1. Avtalslagens fullmaktsteori. Några randanmärkningar till HENRY USSINGS fullmaktslära	1
2. Verkan av omyndigs rättshandlingar utan erforderligt samtycke enligt förmynderskapslagen 5 kap. 8 och 9 §§	24
3. Bidrag till frågan om gränsen mellan bolag, föreningar och stiftelser. . .	42
4. Om avtalsklausuler angående ansvarsfrihet eller ansvarsbegränsning med avseende å personskada.	63
5. Ett bidrag till tolkningen av bokföringslagen 1 §	73
6. Några ord angående likviderande handelsbolags representation	82

Avtalslagens fullmaktsteori.

Några randanmärkningar till HENRY USSINGS
fullmaktslära.

Till grund för den nordiska lagstiftningen om rättshandlande genom mellanhand — avtalslagarnas regler om fullmakt och lagarna om kommission, handelsagentur och handelsresande — ligger en teoretisk uppfattning, vilken efter att hava småningom mer eller mindre klart framgått som resultat av den tyska rättsvetenskapens intensiva behandling av detta ämne, framlades i svensk rättsvetenskap första gången av ERNST TRYGGER i hans gradualavhandling¹ och vilken därefter i nordisk doktrin utvecklats framför allt av FREDRIK STANG² i nära anslutning särskilt till OTTO LENEL.³ Enligt denna uppfattning måste en skarp gräns uppdragas mellan å ena sidan ett sådant rättshandlande för annans räkning, vilket företages i dennes namn, och å andra sidan ett sådant handlande för annans räkning, vilket företages i den handlandes eget namn. Härmed sammanhänger på det närmaste uppfattningen av fullmakten såsom ett fullt självständigt rättsligt institut, skarpt skilt från mandatet, uppdraget, eller över huvud det rättsförhållande, som kan utgöra anledningen till fullmaktens tillkomst. Fullmakten uppfattas såsom ett rättsfaktum, vilket gentemot tredje man medför behörighet att binda fullmaktsgivaren. Uppdraget, om något sådant alls föreligger, gör uppdragstagaren gentemot mandanten befogad att företaga viss rättshandling. Med sin fullmakt riktar sig fullmaktsgivaren via fullmäktigen till tredje man, med sitt uppdrag riktar han

¹ TRYGGER, Om fullmakt såsom civilrättsligt institut, Uppsala 1884.

² STANG, Indledning til formueretten, Kristiania 1911, s. 295 ff., särskilt s. 303 ff. och 318.

³ LENEL, Stellvertretung und Vollmacht (i Iherings Jahrbücher Bd 36 N. F. 24).

sig allenast till uppdragstagaren och ger honom lov att nyttja fullmakten inom vissa gränser. Fullmakten framstår därför som »en till tredje man riktad viljeförklaring av huvudmannen, varigenom denne påtager sig följderna av den rättshandling ställföreträdaren å hans vägnar företager».¹

Denna lära angående ställföreträdarskapet, vilken på grundvalen av nu angivna principuppfattning utvecklats fr. a. i tysk och nordisk doktrin, torde av många betraktas som en av rättsvetenskapens främsta och säkraste landvinningar. Den har ock otvivelaktigt varit vägledande icke blott för de nordiska lagstiftarna utan jämväl för bl. a. den tyska och den schweiziska lagstiftningen.

Icke desto mindre har den även varit föremål för många angrepp. Redan själva huvudprincipens giltighet har satts i fråga, i det man förnekat möjligheten att uppdraga en logiskt och rättsligt hållbar gräns mellan en ställföreträdarens handlande i huvudmannens namn och hans handlande i eget namn. I denna del torde kritiken, som först framfördes av SCHLOSSMANN² och senare i anslutning till hans lära av MÜLLER-ERZBACH,³ hittills dock icke hava vunnit någon allmän anslutning. Framför allt har emellertid den med ifrågavarande huvudprincip sammanhängande uppfattningen av fullmakten såsom en till tredje man riktad viljeförklaring satts i fråga. Inom den nordiska doktrinen⁴ hava särskilt ett flertal danska rättslärda

¹ Förslag till lag om avtal . . . Stockholm 1914, s. 62, ALMÉN, lagen om avtal . . . Stockholm 1916, s. 54.

² SCHLOSSMANN, Die Lehre von der Stellvertretung . . . I, II, Leipzig 1900, 1902, särsk. I s. 379 f., II s. 308 ff.; angående SCHLOSSMANN'S lära se HULT, Om kommissionärsavtalet I, Stockholm 1936, s. 5 ff. m. fl. st.

³ MÜLLER-ERZBACH, Die Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung . . . Berlin 1905; härom se HULT, a. a. s. 8 ff. m. fl. st.

⁴ I svensk doktrin har LUNDSTEDT från sina allmänna utgångspunkter kritiserat härskande fullmaktslära sådan den kommit till uttryck i avtalslagens regel om s. k. ställningsfullmakt i 10 § 2 st. Kritiken går ut på att »stadgandet är . . . ett uttryck för den tron, att fullmakten medför särskild rättskvalitet för den befullmäktigade, varav sedan följer vissa rättsverkningar», medan saken i verkligheten är den, »att fullmakten blott är en beteckning för att dessa rättsverkningar under betingelse av vissa fakta inträda». Denna kritik, som framförts mera i förbigående och för att illustrera den begreppsförvirring och den skolastik, som enligt LUNDSTEDT'S mening utmärker härskande juridiska åskådningar, kan i detta sammanhang icke upptagas till närmare granskning. Klart är att den av LUNDSTEDT utvecklade radikala kritiken av den härskande jurisprudentens hela grundsyn konsekvent måste leda till en från den gamla åskådningen i många punkter divergerande uppfattning även beträffande nu ifrågavarande del av privaträtten. I den mån på denna grund olika meningar komma till synes beträffande skilda

framfört en skarp kritik av denna uppfattning. Redan kort tid efter framläggandet av de under skandinaviskt samarbete utarbetade förslagen till avtalslag riktades av MUNCH-PETER-

spörsmål, måste deras inbördes företräde bero på riktigheten av den grunduppfattning, från vilken de utgå. En fullt övertygande vederläggning av en viss åsikt angående ett särskilt detaljspörsmål skulle i enlighet härmed icke kunna åstadkommas utan att även själva den grunduppfattning, varpå åsikten ifråga baserats, bleve vederbörligen vederlagd. Varje framställning med anspråk på att övertyga om sin riktighet borde således först klargöra alla de grundläggande principspörmålen angående rättens innebörd, obligationsbegreppet, betydelsen av avtalsfriheten o. s. v. och först därefter skrida till sitt egentliga föremål. Det säger sig emellertid självt, att något sådant i allmänhet icke låter sig göra. Ofrånkomligt är visserligen, att var och en, som vill syssla med juridik, åtminstone en gång så djupt hans tanke när försöker penetrera de ifrågavarande rättsfilosofiska spörmålen och taga ställning till dem. Och tillbörligt är också att han därefter allt fortfarande håller dem levande för sig och ödmjukt erkänner, att det är mycket möjligt att han, om han ägde förmåga att tänka skarpare och tränga djupare, skulle komma till ett annat resultat, än han hittills gjort. Ty förvisso är det så, att tvivlet, det hänsynslösa tvivlet, är den enda atmosfär, vari en verklig vetenskap kan leva. Men härav får man dock icke föranledas att fordra en dylik djupgående grundläggning av varje framställning angående rättsliga spörsmål. Det måste erkännas såsom ett legitimt behov även för en rättsvetenskapsman att i sitt arbete kunna utgå från sådana allmänna principer, vilka av de flesta godtagas såsom dugliga utgångspunkter, förutsatt naturligen, att han icke själv blivit övertygad om deras ohållbarhet. I praktiken spela för övrigt de nu berörda divergenserna med avseende på de principiella utgångspunkterna icke en så stor roll som man a priori kunde förmoda. Resultaten kunna visserligen bli olika men de bli faktiskt i allmänhet ganska överensstämmande. Ty trots allt vad som kan skilja olika meningsriktningar från varandra, så går dock genom allt rättsvetenskapligt arbete samma strävan att åstadkomma konsekvens och sammanhang, en strävan att försöka förverkliga den tanken, varpå varje rättsordning, som skall förtjäna detta namn, måste bygga: att lika skola bedömas lika. Av dessa och även av andra, i och för sig avgörande skäl kan det icke komma ifråga, att jag här skulle inlåta mig på ett försök att diskutera de tankar LUNDSTEDT framställt i sitt i hög grad tankeväckande rättsfilosofiska skriftställarskap. Jag får inskränka mig till en deklaration, att jag, oaktat jag på många punkter villigt erkänner riktigheten av den kritik LUNDSTEDT riktat mot mer eller mindre allmänt härskande läror (jag nämner exempelvis kritiken av den nordiska rättsstridighetsläran), likväl står kvar och anser mig böra stå kvar på den »gamla» jurisprudentens grund. Med avseende på den begagnade arbetsmetoden innebär detta, såsom jag ser saken, en skillnad bland annat och kanske främst därutinnan, att den som arbetar med den gamla jurisprudentens arbetsmetod tror det vara möjligt att söka ledning för avgörandet i särskilda fall icke allenast genom ett beaktande av de krav, som föranledas av hänsyn till samhällsnyttan, utan även, och framför allt, genom fastställandet av de speciella ändamål de ifrågakommande rättssatserna enligt sitt innehåll måste antagas avsedda att förverkliga resp. genom fastställandet av huru i särskilda rättsregler en för däri avsedda fall typisk konflikt mellan olika intressen blivit avgjord till det ena eller andra intressets favör. Därtill kommer såsom en konsekvens en strävan att sammanfatta de härigenom vunna resultaten i allmänna begrepp och satser, en tendens att uppställa s. k. juridiska konstruktioner, som onekligen innesluter en viss fara för uppkomsten av doktrinarism och i värsta fall skolasticism men som trots allt åtminstone i viss mån synes oskiljaktig från varje strävan att söka vetenskapligt bearbeta det givna rättsmaterialet, eller i varje fall oskiljaktig från varje strävan att i didaktiskt syfte systematisera rättsreglerna.

SEN¹ och särskilt av SINDBALLE² kritik mot den i dessa förslag och de därtill anslutande motiven utformade fullmaktsläran. Och senare har USSING i en stor avhandling i Tidsskrift for Rettsvidenskab³ riktat ett energiskt angrepp mot denna lära. Till USSING har i svensk doktrin KARLGREN⁴ reservationslöst anslutit sig.

USSINGS avhandling är en tankeställare av första ordningen. Är den däri framförda kritiken riktig och måste, såsom USSING gör gällande, den härskande fullmaktsläran uppgivas, torde därav följa konsekvenser även för andra delar av privaträttens och enkannerligen obligationsrättens allmänna del. Ingen som företager sig att behandla hithörande problem kan gå förbi denna avhandling utan att pröva hållbarheten av dess argumentation. Detta må motivera efterföljande försök till granskning och motkritik.⁵

Vad USSING vänder sig mot är, som antytt, främst uppfattningen av fullmakten såsom en till tredje man riktad viljeförklaring. Detta är, säger han,⁶ en konstig konstruktion, som saknar erforderligt verklighetsunderlag. Den kan enligt hans mening icke förklara fullmaktens rättsverkan. Och även betraktad blott som konstruktivt uttryck för den gällande rättens regler lider den av sådana brister, att den icke borde upprätthållas, även om det är påtagligt, att lagens författare utgått från densamma. Det är visserligen, framhåller USSING,⁷ befogat och lämpligt att skilja mellan frågan om förhållandet mellan fullmaktsgivare och fullmäktig å ena sidan och å den andra frågan om förutsättningarna för att fullmäktigens rättshandlingar skola binda fullmaktsgivaren; och det är försvar-

¹ MUNCH-PETERSEN i UfR 1914 s. 140.

² SINDBALLE, Bemærkninger til et specielt Punkt i Læren om Fuldmagt i UfR 1915 s. 266 ff.; angående SINDBALLES lära se HULT, a. a. s. 72 ff.

³ USSING, Fuldmagt og Bemyndigelse, TfR 1930 s 1 ff. (i det följande citerad USSING).

⁴ KARLGREN, Studier i allmän avtalsrätt, Lund 1935, s. 125 not 287.

⁵ Denna motkritik framfördes av förf. redan i en föreläsningsserie vid Uppsala universitets juridiska fakultet vårterminen 1933. Att den icke tidigare blivit offentliggjord beror av många skäl men främst det, att förf. hoppats kunna finna tid till en samlad behandling av hela fullmaktsläran, i vilken även en utförligare diskussion av USSINGS avhandling skulle haft plats. Då möjlighet härtill emellertid icke erbjudit sig och heller icke torde komma att erbjuda sig under den närmaste tiden, har förf. funnit det motiverat att nu publicera denna uppsats.

⁶ A. a. s. 4.

⁷ A. a. s. 3.

ligt att reservera ordet fullmakt som en juridiskt teknisk term avseende blott sistnämnda spörsmål. I enlighet härmed avvisar han även den gamla uppfattningen av fullmakten såsom den yttre sidan av mandatskontraktet. Icke desto mindre är den huvudsakliga anmärkning USSING¹ riktar mot den härskande läran just den, att densamma beslöjar det sammanhang, som i livet regelmässigt består mellan fullmakten och rättsförhållandet mellan fullmaktsgivare och fullmäktig. Fullmakt kunde visserligen understundom komma till stånd genom en till tredje man riktad viljeförklaring men ofta vore det till andra rättsfakta, som rätten anknöte fullmäktigens behörighet; och särskilt förhölle det sig ofta så, att fullmakten grundades genom den till fullmäktigen riktade förklaring, varigenom denne erhåller sin befogenhet i förhållande till huvudmannen att binda denne, vad USSING kallar »Bemyndigelsen», d. v. s. bemyndigandet.² Negativt kommer USSINGS åsikt således fr. a. till synes i bestridandet av möjligheten att påvisa en enhetlig grund för fullmakten i alla tillfällen. Positivt kommer den åter fram särskilt i framhävandet av »Bemyndigelsen» såsom fullmaktens regelmässiga grund.

Sin styrka bör denna uppfattning tydligen ha i framställningen av reglerna om de s. k. muntliga fullmakterna eller, med USSINGS terminologi, § 18-fullmakterna. Sin svaghet visar den emellertid särskilt i behandlingen av övriga fullmakter och främst med avseende på de frågor, som uppkomma, då behörighet och befogenhet icke äro kongruenta. I sistnämnda hänseende synes den — trots USSINGS försök att hävda motsatsen³ — beteckna ett återfallande till den gamla uppfattningen av fullmakten som mandatets yttre sida. En särskilt påtaglig erinran om denna allmänt övergivna uppfattning får man, då USSING med stark betoning framhåller den enligt honom regelmässigt fullmaktsgrundande »Bemyndigelsen» såsom »en enkelt Side af Retsforholdet mellem Fuldmagtsgiver og Fuldmægtig».⁴ Man frågar sig onekligen: vad är skillnaden mellan denna uppfattning och uppfattningen av fullmakten som den

¹ A. a. s. 4.

² A. a. s. 8 f.

³ Jmfr a. a. s. 3.

⁴ A. a. s. 8.

yttre sidan av mandatet? Ur logisk synpunkt synes det icke möjligt att påvisa någon skillnad. Så till vida är emellertid en skillnad för handen mellan USSINGS ståndpunkt och den ifrågavarande äldre åsikten, som USSING, när det gäller fullmakter utan motsvarande »Bemyndigelse» för fullmäktigen, icke stannat vid de logiska konsekvenserna av sin ifrågavarande uppfattning utan erkänner fullmaktens giltighet trots frånvaron av dess ifrågavarande grund »Bemyndigelsen». I dylika fall hade nämligen fullmakten en annan grund. Beträffande denna inskränker USSING sig emellertid till förklaringen, att fullmakten bestode såsom giltig med hänsyn till den allmänna samfärdsels behov av säkerhet för att man kan lita på avtal.¹

Då USSING stannar vid denna förklaring innebär detta uppenbarligen, att han såsom olöslig avvisar den rättsvetenskapliga uppgift, som här enligt den härskande lärans uppfattning föreligger. Den sats angående fullmaktens grund USSING för dessa fall hävdar, innehåller visserligen till synes ett betydelsefullt realpolitiskt överbäggande men är i verkligheten dock skäligen intetsäggande. Att den yttersta grunden till erkännandet av ifrågavarande »fullmakter utan uppdrag» är den allmänna samfärdsels krav är visserligen lika säkert och obestriddigt som att det med samma fog kunde sägas vara exempelvis samhällsnyttans krav. Men därmed är ju föga vunnet. Ty vad det här gäller är att avgöra, under vilka förutsättningar samfärdsels ifrågavarande behov får göra sig gällande i strid mot den särskilda fullmaktsgivarens eventuellt motsatta intresse. Och därom säger denna förklaring intet. Annorlunda är däremot förhållandet med den härskande läran, som i fullmaktsgivarens till tredje man riktade viljeförklaring ser fullmaktens grund. Fasthåller man denna förklaringsgrund, så har man i den omständigheten, att fullmaktsgivaren med en yttring av sin vilja hänvänt sig till tredje man, en motivering för fullmaktsgivarens bundenhet, som kan logiskt förenas med i övrigt gällande regler om företagandet av rättshandlingar.

Emot denna synpunkt anmärker emellertid nu USSING,² att det, så vitt angår § 18-fullmakter, som oftast skulle vara en

¹ A. a. s. 9.

² A. a. s. 10.

ren fiktion att tala om en förklaring från fullmaktsgivaren till tredje man och vidare att det, även bortsett härifrån, vore blott skenbart, som ifrågavarande teori förmådde ge någon förklaring av fullmakten; ty fasthölle man den förhärskande lärans åsikt om att fullmaktsgivarens viljeförklaring i dessa fall framföres till tredje man genom fullmäktigen såsom bud, så vore man i allt fall skyldig påvisa grunden för att budets förklaring har verkan för budsändaren, och denna grund kunde icke sökas i någon förklaring från budsändaren till tredje man.

Varken den ena eller den andra av dessa anmärkningar synes dock drabba synnerligen tungt. Ingalunda är det således blott fiktivt, som fullmaktsgivaren genom att ge en muntlig fullmakt riktar en viljeförklaring till tredje man. Någon omedelbar hänvändelse till tredje man föreligger visserligen icke, men icke är det därför obefogat att påstå, att meddelandet av dylik fullmakt innefattar en hänvändelse till tredje man. Även av andra fakta än urkunder och dylikt kan man ju med fog sluta sig till en persons vilja. Står det fast, att en huvudman genom sin omedelbart till uppdragstagaren riktade viljeförklaring förmått denne att i enlighet med viljeförklaringen träda i förbindelse med tredje man och med denne sluta ett avtal i huvudmannens namn under åberopande av dennes bemyndigande härtill, så synes man med fullt fog kunna påstå, att bemyndigandets framförande till tredje man genom uppdragstagaren motsvarat huvudmannens verkliga vilja, att denna således önskat få sin viljeförklaring genom uppdragstagarens budhandling framförd till tredje man. Men är så fallet, synes det icke vara blott en fiktion att påstå, att huvudmannen velat hänvända sig till tredje man genom förmedling av uppdragstagaren såsom på en gång bud och fullmäktig.

Att åter budets framförande av budsändarens redan avgivna viljeförklaring skulle erfordra någon särskild förklaring kan icke inses; är det över huvud rättsligen möjligt att överbringa viljeförklaringar genom bud,¹ så inses icke varför ett sådant överbringande av en fullmaktsförklaring skulle kräva särskild förklaring.

Icke heller kan man erkänna riktigheten av det argument

¹ Jmfr AvtL 32 § 2 st.

USSING¹ till sist riktar mot den härskande läran genom att påpeka, att en fullmäktig långt ifrån alltid kunde sägas handla såsom bud vid framförandet av meddelandet om sin fullmakt, enär fullmäktigen mycket ofta kunde vara bemyndigad att själv bestämma om han vill giva tredje man meddelande om fullmakten resp. om han vill ingå en rättshandling i eget eller i fullmaktsgivarens namn. Att fullmäktigens bemyndigande kan hava ett sådant innehåll skall naturligen icke bestridas, men däremot är det icke möjligt medgiva, att han på den grund skulle förlora egenskapen av bud i förut angivna avseende. Själva budhandlingen blir ju nämligen icke på minsta sätt berörd av de nämnda omständigheterna. Dessa innebära allenast, att det uppdrag budet erhållit skall utföras blott under vissa bestämda omständigheter, nämligen när behov därav, enligt budets omdöme, kan anses föreligga; fortfarande är det emellertid, därest meddelande om bemyndigandet sker, allenast fullmaktsgivarens på förhand uttryckta vilja, som uppdragstagaren oförändrad förmedlar till tredje mans kännedom; någon befogenhet att framföra ett meddelande om någon uppdragsgivarens vilja av annat innehåll än det densamma i verkligheten haft från början, kan budet-fullmäktigen ingalunda anses äga.

Huruvida den ena eller andra uppfattningen skall tillerkännas företrädet beror naturligen till sist på i vad mån den konsekvent kan förenas med lagens fullmaktsregler och förmögenhetsrättsliga principer i övrigt. I detta hänseende har USSING gjort gällande, att den härskande läran på flera punkter leder till oriktiga resultat.

De viktigaste anmärkningar USSING framställer äro de som röra de s. k. muntliga fullmakterna. Beträffande dem anmärker han för det första,² att fullmakten enligt den härskande läran kunde komma till existens först i och med att fullmäktigen har meddelat tredje man, att han har fullmakt. En sådan fordran borde man emellertid enligt USSINGS mening icke uppställa. När fullmäktigen har befogenhet erfordras det i förevarande fall, säger USSING, icke något annat än att han uppträder i fullmaktsgivarens namn; det är likgiltigt, menar

¹ A. a. s. 10.

² A. a. s. 12.

han, om tredje man tror, att fullmäktigen handlar i annan egenskap, t. ex. som förmyndare för den representerade eller som negotiorum gestor, eller om tredje man över huvud icke gör sig några bestämda tankar i detta avseende, i det han har obegränsad tillit till fullmäktigen.

Detta argument måste sägas vara föga bärkraftigt. Dess senare del synes för övrigt icke hava något verkligt logiskt sammanhang med förra delen av detsamma. Att en muntlig fullmakt kommer till existens redan i och med viljeförklaringsens avgivande i förhållande till fullmäktigen synes kunna erkännas även av den härskande läran. Och att detta förhållande jämväl är väl förenligt med denna lära måste bestämt vidhållas. En sak är nämligen, att en fullmakt i ett visst ögonblick existerar, en helt annan sak åter, huruvida fullmakten i fråga verkligen medför några rättsverkningar. Den senare frågan kan uppkomma även i sådana fall, då fullmaktens existens är oomtvistlig, såsom då fullmaktsgivaren utfärdar en skriftlig fullmakt; fullmaktens existens kan då omöjligen ifrågasättas, men oberoende härav uppkommer frågan, huruvida en av fullmäktigen utan fullmaktens åberopande eller företeende ingången rättshandling binder fullmaktsgivaren. Den frågan torde man hava att besvara nekande.¹ Och något annat svar kan samma fråga icke heller erhålla, om det i stället gäller en muntlig fullmakt. Om fullmäktigen av någon anledning underlåtit att åberopa den honom givna fullmakten och därmed i stället ingivit tredje man föreställningen, att han uppträder såsom negotiorum gestor och att därför den företagna rättshandlingens verkan skall vara beroende av vederbörandes (fullmaktsgivarens) godkännande, så finnes, så vitt man kan se, intet skäl, varför icke denna hans avsikt skulle kunna förverkligas, utan i stället, såsom USSING påstår, rättshandlingen på grund av den blotta existensen av fullmakten bliva omedelbart bindande för fullmaktsgivaren, så snart icke fullmäktigen avgivit den oriktiga förklaringen, att han saknar fullmakt. Att det för både fullmäktig och fullmaktsgivare kan vara ett verkligt intresse att den företagna rättshandlingens verkan får bli beroende av den senares godkännande, är tydligt. Och att tredje mans intresse, även när han saknat

¹ Se nedan s. 19 ff.

kännedom om och således icke tagit med i beräkningen det rättsfaktum (fullmakten) han åberopar, skulle kunna få göra sig gällande på fullmaktsgivarens bekostnad, synes svårt att medgiva; det skulle ju innebära, att en i verkligheten opåräknad fördel tillföller honom och skulle gå långt utanför tillits-teoriens konsekvenser.

Mot den härskande läran invänder USSING vidare,¹ att den med avseende på fullmakter, som framkallats genom svek eller som drabbades av någon annan av de i AvtL 29—33 §§ nämnda ogiltighetsanledningarna, skulle medföra det olyckliga resultatet, att fullmakten bleve giltig, så snart tredje man vore i god tro, även om fullmäktigen själv befunne sig i ond tro.

Denna konsekvens vore nu, om den verkligen måste dragas, icke särskilt besvärande, ty den motsvarar ju fullständigt den ordning, som beträffande andra fullmakter än muntliga otvivelaktigt är gällande. I själva verket torde emellertid ifrågavarande påstådda konsekvens av den härskande läran icke kunna dragas. Ty är det så, att fullmäktigen är i ond tro, så måste a fortiori samma regel gälla som beträffande återkallelse av dylik fullmakt (18 §) eller över huvud samma regel, som i övrigt gäller angående betydelsen av fullmaktsgivarens instruktioner (11 § 2 st.). Båda dessa regler utgå från det postulatet, att fullmäktigens behörighet i dessa fall, eftersom den icke har någon annan grund än fullmaktsgivarens för fullmäktigen uttryckta vilja att bliva företrädd av denne såsom fullmäktig, icke kan sträcka sig längre än denna vilja verkligen räcker. Därav bör då också följa, att någon behörighet icke heller kan vara för handen, när fullmaktsgivarens till fullmäktigen avgivna viljeförklaring är så afficierad (på grund av tvång, svek etc.), att fullmäktigen själv icke kan åberopa densamma gentemot fullmaktsgivaren. Att fullmäktigen trots detta vidarebefordrar viljeförklaringen till en tredje man, som är i god tro, bör icke binda fullmaktsgivaren mer än vilken som helst annan förvanskad viljeförklaring, vilken av ett icke särskilt legitimerat bud framföres till tredje man.² Till stöd för den ifrågavarande regeln angående ogiltig muntlig fullmakt synes således ur den härskande lärans synpunkt sam-

¹ A. a. s. 12 f.

² AvtL 32 § 2 st.

ma skäl kunna anföras, som USSING¹ åberopar ur sin läras synpunkt: att den bäst stämmer med AvtL:s andra regler om dessa fullmakter.

Även beträffande dessa regler gör emellertid USSING gällande, att de icke kunna konsekvent motiveras ur den härskande lärans synpunkt. En av hans anmärkningar gäller således regeln i AvtL 11 § 2 st. om att den, som givit en muntlig fullmakt, icke är bunden av en rättshandling, som fullmäktigen företagit med överskridande av sin befogenhet, även om tredje man är i god tro. Beträffande denna regel framhåller USSING,² att den ur den härskande lärans synpunkt funne sin förklaring däri, att fullmäktigen i sin här av denna lära antagna egenskap av fullmaktsgivarens bud icke kunde binda fullmaktsgivaren (budsändaren) genom ett oriktigt meddelande om fullmaktens omfattning. Detta är alldeles riktigt: vad den härskande läran här vill åberopa är just regeln i AvtL 32 § 2 st., där det stadgas, att om en avgiven viljeförklaring, som framföres muntligen genom bud, till följd av oriktigt återgivande genom budet varder till innehållet förvanskad, är avsändaren, ändå att mottagaren var i god tro, icke bunden av förklaringen i det skick den framkommit. Beträffande denna förklaring invänder nu USSING, att av den bleve en konsekvens, att fullmaktsgivaren i dylikt fall bleve underkastad reklamerationsregeln i 32 § 2 st., där det heter: »Vill avsändaren av anledning, som nu sagts, icke låta förklaringen gälla, åligger det honom dock att giva mottagaren meddelande därom utan oskäligt uppehåll efter det förvanskningen kommit till hans kännedom; underlåter han det och var mottagaren i god tro, vare förklaringen gällande sådan den framkommit.» En speciell regel av sådan innebörd, säger USSING, vore nu visserligen gällande beträffande handelsagentur och handelsresande, men en allmän regel av samma innehåll kunde icke antagas gälla, varför således den härskande lärans ifrågavarande konsekvens komme i strid med den gällande rätten.

Icke heller denna USSINGS kritik slår emellertid till. Riktigt är visserligen, att fullmaktsgivaren blir underkastad reklamerationsregeln i 32 § 2 st. Men detta är, så vitt man förstår, all-

¹ A. a. s. 12 in fine.

² A. a. s. 13 f.

deles i sin ordning. För en sådan ordning synes man kunna åberopa såväl regeln om bud i 32 § 2 st. och regeln om handelsagentur och handelsresande i KommL 78 och 89 §§ som i övrigt gällande regler om reklamationsplikt. Sant är visserligen, att någon *allmän* reklamationsplikt för en fullmaktsgivare, som får kännedom om att fullmäktigen överskridit fullmakten, icke kan vara för handen. När det gäller skriftliga och därmed jämförbara fullmakter, vilka medgiva tredje man själv ohindrad möjlighet att pröva fullmaktens omfattning, finnas knappast några reella skäl för en fullmaktsgivaren ålagd reklamationsplikt. Helt annorlunda vid muntliga fullmakter såväl som ställningsfullmakter. Någon reell skillnad mellan det fall, då någon avger anbud genom förmedling av bud, och det fall, då någon söker uppnå rättslig förbindelse med annan genom förmedling av en fullmäktig med muntlig fullmakt, lär icke kunna påvisas. Vore icke regeln i 32 § 2 st. omedelbart tillämplig, så vore åtminstone en analogi från detta lagrum oavvislig.

Även på 78 och 89 §§ KommL kan för övrigt en sådan analogi, ja, en analogi a fortiori, stödjas, ty i sistnämnda fall är fråga om personer, som sluta avtal i huvudmannens namn utan att alls hava någon fullmakt, medan i vårt nu förevarande fall huvudmannen dock verkligen givit mellanhanden en viss fullmakt.

Slutligen kan för den regel som här påstås böra gälla även anföras regeln i 19 § AvtL. Sistnämnda regel gäller otvivelaktigt även beträffande muntlig fullmakt.¹ Kan ett såsom förestående befarat rättshandlande i där avsedda fall, d. v. s. när fullmakt återkallats, föranleda reklamationsplikt, så bör väl även kännedomen om att en rättshandling redan företagits med överskridande av en verkligen existerande men för tredje man okontrollerbar fullmakt hava samma verkan.

För denna uppfattning kan till sist också åberopas ett avgörande i norsk rättspraxis.² Verkställande direktören för ett järnvägsaktiebolag hade upprättat ett kontrakt med en fabrik om anläggning av ett sidospår. Enligt kontraktet förband sig järnvägsbolaget att utan särskild avgift företaga växling av

¹ Så ALMÉN a. a. s. 105.

² Se NR 1924 s. 627, referat även i SvJT 1925 Rf s. 75; jmf ock NR 1918 s. 485 samt i svensk rättspraxis NJA 1938 s. 299.

vagnar till och från sidospåret. I rättegång mot fabriken gjorde styrelsen för järnvägsbolaget gällande, att verkställande direktören icke ägt behörighet att för bolagets räkning ingå ett sådant avtal. Høiesteretts majoritet förklarade emellertid, att då styrelsen underlåtit att inom rimlig tid efter det styrelsen fått kännedom om kontraktets tillvaro meddela fabriken, att direktören överskridit sitt bemyndigande, vore kontraktet bindande för bolaget. Tre ledamöter voro dock av skiljaktig mening och ansågo, att styrelsens underlåtenhet att reklamera icke kunde medföra, att styrelsen ansågs hava godkänt avtalet.

Vad litteraturen angår, har ALMÉN¹ ställt sig tämligen avvisande till den här förfäktade ståndpunkten, medan åter STANG² på grundval fr. a. av allmänna resonemang om underrättelseplikt i affärsförhållanden kommit till samma resultat, som här försvarats.

Till den nu berörda frågan om betydelsen av den muntliga fullmaktens överskridande anknyter ett annat av USSING³ debatterat spörsmål beträffande tolkningen av AvtL 12 § 2 st. Det gäller sådana fall, då fullmäktigen meddelar tredje man, att han har en viss fullmakt, som är vidsträcktare än befohheten, och då fullmäktigen i förhållande till fullmaktsgivaren måste anse sig berättigad till att giva det ifrågavarande meddelandet. Beträffande sådana fall hävdar USSING, att fullmaktsgivaren bör bliva bunden av fullmäktigens handlande först och främst därest hans, fullmaktsgivarens, uppträdande kan betecknas som svikligt och vidare också därest fullmaktsgivaren »ligefrem har bemyndiget Fuldmægtigen til at overbringe en bestemt (muntlig) Erklæring fra ham». Längre bör man enligt USSINGS mening icke gå. Av den härskande läran skulle emellertid, menar USSING, följa konsekvensen, att fullmaktsgivaren i dylika fall bleve bunden, även om han icke givit fullmäktigen någon instruktion om vad som skall meddelas tredje man beträffande fullmakten men fullmäktigen med skäl bedömer förhållandena sålunda, att det stämmer med full-

¹ ALMÉN a. a. s. 108 not 5.

² STANG a. a. s. 256 f. I 3 utg. av samma arbete s. 413 f. har STANG vidare utvecklat sin åsikt med argument som helt överensstämma med de här framförda. Jmfr även ARNHOLM, Passivitetsvirkninger, Oslo 1932, s. 60 ff.

³ A. a. s. 15 f.

maktsgivarens intresse, att han uppger sig hava obegränsad fullmakt.

Påståendet kan knappast anses befogat. Till en början må anmärkas, att hela den av USSING åsyftade situationen förefaller något verklighetsfrämmande. Att lagen själv icke tänkt sig, att en dylik situation vore förenlig med en muntlig fullmakt, framgår klart av 11 § och den olika formulering dess första och andra stycke erhållit. Endast i 1 st., som avser andra än muntliga fullmakter, talas om ett överskridande av befogenheten genom ett handlande i strid mot särskilda inskränkande föreskrifter, i 2 st. däremot omtalas blott helt allmänt ett överskridande av befogenheten. Detta står i bästa överensstämmelse med de svenska motiven,¹ där det på tal om s. k. muntliga fullmakter uttalas, att en skillnad mellan fullmaktens gränser och fullmaktsgivarens särskilda instruktioner där icke låter sig göra. Att märka är vidare, att lagen karakteriserar ifrågavarande fullmakter i 18 § såsom sådana, vilka grunda sig »allenast å fullmaktsgivarens meddelande till fullmäktigen». I den mån nu en fullmaktsgivare icke blott givit en person uppdrag och därmed fullmakt att i hans namn ingå vissa rättshandlingar utan otvetydigt bemyndigat honom att, såsom USSING förutsätter, till tredje man framföra ett meddelande om att fullmakt med viss bestämd omfattning givits, så föreligger tydligen något mer än en vanlig § 18-fullmakt: man synes kunna, så vitt bemyndigandet är verkligt, ifrågasätta, huruvida icke en sådan fullmakt föreligger, som avses i 13 §, d. v. s. en fullmakt, som bragts till tredje mans kännedom genom ett till honom särskilt riktat meddelande från fullmaktsgivaren, framfört genom uppdragstagarens-fullmäktigens särskilda budhandling. Att lagen själv dock ansett ett dylikt meddelande icke falla in under 13 § utan vara att hänföra till 18 § torde framgå av dessa paragrafers formulering, i det de tala om, 13 § ett meddelande från fullmaktsgivaren till tredje man, 18 § ett meddelande från fullmaktsgivaren till fullmäktigen. Klart och tydligt ges denna uppfattning även till känna i motiven; det säges där,² att ett meddelande, som fullmaktsgivaren låter framföra genom fullmäktigen, för att kom-

¹ Se Förslag till lag om avtal . . . s. 77, ALMÉN a. a. s. 77.

² Se Förslag till lag om avtal . . . s. 83; ALMÉN a. a. s. 86 f.

ma in under 13 § måste vara skriftligt, eljest kommer fullmakten in under 18 §. Även detta måste nu emellertid säkerligen ses som ett uttryck för lagens uppfattning, att den här diskuterade situationen, skillnad mellan behörighet och befogenhet, är främmande för den muntliga fullmakten.

Om man nu dock det oaktat accepterar den påstådda möjligheten av en sådan situation och tänker sig, att det t. ex. genom fullmaktsgivarens eget medgivande blivit fastslaget, att han avsett att inge tredje man föreställningen, att fullmäktigen hade en viss bestämd behörighet, men samtidigt tillsagt fullmäktigen att allenast inom en viss snävare gräns utnyttja denna behörighet, så uppkommer frågan, huruvida regeln i 11 § 2 st., som efter orden är tillämplig, skall läggas till grund för avgörandet eller om en analogi från 11 § 1 st. kan anses berättigad. Å ena sidan kan här anföras, att ur den allmänna omsättningens synpunkt något verkligt behov att tillgodose tredje mans intresse i dylika fall icke är för handen, eftersom tredje mans tillit till fullmäktigens förklaring då icke har sin grund i något yttre legitimerande faktum. Å andra sidan kan det synas rimligt, att en fullmaktsgivare, som verkligen bevisligen sökt få en viljeförklaring av visst innehåll förmedlad till tredje man, blir bunden i den mån denne tager fasta på denna viljeförklaring; så är otvivelaktigt fallet, om viljeförklaringen utgöres t. ex. av ett anbud; varför skulle icke då detsamma gälla en fullmaktsförklaring? Accepterar man detta sista och antager man sålunda med USSING, att behörigheten i dessa fall kan sträcka sig längre än befogenheten, så kan man dock omöjligen gå längre. Allra minst borde väl en längre gående rättstillämpning av denna innebörd kunna framstå motiverad ur den härskande lärans synpunkt. USSINGS motsatta påstående är svårt att förstå, ty om förhållandet blott är det, att fullmäktigen med skäl trott det stämman med fullmaktsgivarens intresse, att han säger sig hava obegränsad fullmakt, eller att fullmäktigen i förhållande till fullmaktsgivaren kunde anse sig berättigad att giva ett sådant meddelande, så finns ju faktiskt ingenting, som med fog kunde sägas verkligen innefatta en hänvändelse från fullmaktsgivaren till tredje man av antydd räckvidd.

Även med avseende på regeln om återkallelse av muntlig full-

makt i 18 § påstår USSING,¹ att den där uttalade satsen — att fullmakten upphör samtidigt med befogenheten — icke kan förenas med den härskande läran. Här gör USSING gällande, att den härskande teorien följdriktigt borde leda till att återkallelsen icke bleve verksam förrän den kommit fram till tredje man.

Från denna teoris synpunkt anföres emellertid häremot likasom i nyssberörda fall (11 § 2 st.), att en fullmäktig, som åberopar en återkallad muntlig fullmakt, har till tredje man framfört ett oriktigt meddelande, varför regeln i 32 § 2 st. är tillämplig och huvudmannen således obunden av fullmäktigens rättshandling.

Förutom att denna förklaring enligt hans åsikt innebär blott en fiktion, invänder emellertid USSING till sist mot densamma, att den i allt fall vore otillräcklig i sådana fall, när fullmäktigen redan hade meddelat tredje man fullmakten, innan han mottog återkallelsen. Icke heller denna invändning slår emellertid till. Att återkallelsen också i dylika fall blir verksam i och med att den framkommer till fullmäktigen är visserligen riktigt, oriktigt är däremot påståendet, att den härskande teorien skulle föranleda ett annat resultat. Detta USSINGS påstående beror på ett förbiseende av att en tredje man, som företager en rättshandling i förhållande till en fullmäktig, under alla omständigheter, d. v. s. vare sig fullmäktigen har skriftlig eller muntlig fullmakt, måste förvissa sig om att fullmakten är för handen vid det tillfälle, då rättshandlingen skall företagas. Att detta gäller beträffande skriftlig fullmakt är påtagligt; därpå bygger ju lagens återkallelseregeln i 16 §. Men att något annat skulle gälla beträffande muntlig fullmakt finnes icke minsta anledning att antaga. Även då är det undantagslöst den vid rättshandlingens företagande förefintliga fullmakten det kommer an på; men är så förhållandet, faller även USSINGS ifrågavarande anmärkning till marken.

Mot den härskande läran anmärker USSING¹ slutligen bl. a., att den vore oförenlig med vissa av honom hävdade regler med avseende på oåterkalleliga fullmakter. Denna anmärkning är emellertid av mindre vikt, särskilt med hänsyn till det tämli-

¹ A. a. s. 18.

gen outredda skick, vari läran om oåterkalleliga fullmakter alltjämt befinner sig;¹ den skall därför här lämnas därhän.

Med det föregående har avsetts att visa, att USSINGS kritik av den härskande fullmaktsläran så vitt angår § 18-fullmakterna på alla väsentliga punkter kan gendrivas. I den mån den sålunda anförda motkritiken är berättigad är redan därigenom USSINGS angrepp på nämnda lära avvärjt. Härutöver kunna emellertid till sist ett par av USSING själv beaktade omständigheter anföras, vilka synas tala direkt emot USSINGS lära.

Till en början kan påpekas den förutnämnda regeln i 19 §, enligt vilken tredje man under där angivna förhållanden kan förvärva rätt, trots att fullmakten återkallats. Att denna regel gäller även § 18-fullmakter erkänner USSING utan vidare. Tydligt är emellertid, att en dylik regel står dåligt tillsammans med den princip USSING gör gällande, då han i § 18-fullmakten icke vill se annat än en hänvändelse av fullmaktsgivaren till *fullmäktigen*. Såsom motivering för regeln anför också USSING² allenast, att det här föreligger »en rent praktisk begrundet Undtagelsesbestemmelse». Att bestämmelsen är otvivelaktigt »praktisk begrundet» kan emellertid icke fördölja det faktum, att denna praktiska motivering icke har något samband med utan tvärtom står i direkt strid mot den av USSING hävdade motiveringen av § 18-fullmakten. Har fullmakten ingen annan rättsgrund än det faktum, att fullmäktigen i förhållande till fullmaktsgivaren *är befogad* att företaga en viss rättshandling, så bör uppenbarligen fullmakten definitivt bortfalla i och med att dylik befogenhet icke längre är för handen. Annorlunda i viss mån om man väljer den motsatta utgångspunkten; för den som också i den muntliga fullmakten ser en till tredje man via fullmäktigen riktad förklaring av fullmaktsgivaren är det naturligt att låta fullmaktsgivaren se till, att denna förklaring, om den icke längre skall få gälla, blir så vitt möjligt effektivt neutraliserad även i förhållande till tredje man. Genom att ge den muntliga fullmakten har fullmaktsgivaren så att säga satt fullmäktigen i gång emot tredje man för att uppnå förbindelse med honom, han har satt en mänsklig kraft i rörelse i riktning

¹ Angående frågan om oåterkallelig fullmakt, se BENCKERT i TFR 1926 s. 170 not 23 samt fr. a. BJÖRLING i Festskrift för pres. Grotenfelt, Helsingfors 1929, båda med hänvisningar.

² A. a. s. 16.

mot tredje man, och det bör därför ankomma på honom att, om det ordinära medlet för ett hejdande av denna kraft visar sig otillräckligt, vidtaga även den extra ordinära åtgärd, som 19 § föreskriver. Någon mera avsevärd tyngd ha dock visserligen dessa skäl knappast heller under denna förutsättning, när det gäller verkliga § 18-fullmakter, det skall villigt medgivas.

Mot USSINGS teori kan vidare invändas, att en tredje man, som är i ond tro beträffande en ogiltighetsanledning med avseende å fullmaktsförklaringen, icke förvärvar någon rätt på grund av ett med fullmäktigen ingånget avtal, även om fullmäktigens bemyndigande i förhållande till fullmaktsgivaren har giltighet på grund av fullmäktigens goda tro. Oaktat bemyndigandet i och för sig skall utgöra grunden för fullmakten, kommer således denna i dylikt fall icke att överensstämma med bemyndigandet. Såsom skäl för denna avvikelse från huvudprincipen anför USSING,¹ att fullmaktsgivaren, eftersom fullmakten åsyftar ett tillvaratagande av hans intressen, icke bör drabbas av andra rättsverkningar, än sådana som verkliga motsvara hans vilja.

Emot denna sats i och för sig finns intet att invända. Såsom förklaring till den ifrågavarande regelns överensstämmelse med den av USSING hävdade huvudprincipen synes den däremot knappast övertygande. Är verkligen »Bemyndigelsen» *i och för sig* ett behörighetsgrundande faktum, så bör dess rättsverkan vara oberoende av vad tredje man insett om grunden till dess upphov. Vill man icke erkänna detta, så måste det bero på att bemyndigandet i själva verket innefattar en rättshandling, som ingalunda är indifferent i förhållande till tredje man utan som har *adress även till honom*. Att taga hänsyn till tredje mans onda tro för att förhindra ett bindande av fullmaktsgivaren mot hans vilja är sålunda väl »försvarligt», men det är detta just därför, att fullmakten icke är något som blott har avseende å det inre förhållandet mellan fullmäktig och fullmaktsgivare utan något som riktar sig utåt, mot tredje man.

Återstår härafter den kritik USSING² riktar mot den härskan-
de lärans uppfattning av övriga fullmakter. Denna del av kritiken är emellertid av väsentligt mindre vikt. Till en del har

¹ A. a. s. 19.

² A. a. s. 21 ff.

den samma innebörd, som vissa av de i det föregående refererade anmärkningarna beträffande muntliga fullmakter och är sålunda i stort sett bemött med vad förut i dessa delar anförts. Framför allt gäller detta frågan huruvida skriftliga fullmakter, ställningsfullmakter, offentligt kungjorda fullmakter o. s. v. kunna anses innefatta en till tredje man riktad viljeförklaring. Ett särskilt intresse tilldrager sig i detta sammanhang den i det föregående berörda frågan, huruvida en tredje man, med vilken en fullmäktig i fullmaktsgivarens namn avtalat, gentemot fullmaktsgivaren kan göra gällande ett anspråk på grund av detta avtal, även om fullmäktigen icke åberopat sin fullmakt och tredje man saknat kännedom om dess existens. Frågan har mindre betydelse beträffande s. k. ställningsfullmäktige; i och med att en person handlar i en viss ställning, framträder ju automatiskt för tredje man — medkontrahenten — själva det yttre faktum, som grundar behörigheten, och ett uttryckligt åberopande härav i varje särskilt fall kan icke erfordras. Annorlunda däremot beträffande skriftlig fullmakt, offentligen tillkännagiven fullmakt o. s. v. Frågan är i dessa fall omtvistad. Vad skriftlig fullmakt angår, torde enligt tysk rätt (BGB § 172) fullmaktens företeende för tredje man utgöra förutsättning för fullmaktsgivarens bundenhet. För vår rätts del synes ALMÉN,¹ liksom även HASSELROT,² snarast benägen att intaga den motsatta ståndpunkten. Denna intages deciderat i dansk doktrin, bl. a. av USSING,³ som härvid påpekar, att endast den förstnämnda, av USSING avvisade ståndpunkten är förenlig med den av honom kritiserade grunduppfattningen.

Detta USSINGS påpekande är givetvis i och för sig fullt riktigt. Utgår man från att grunden till fullmaktens specifika rättsverkan är den, att densamma innefattar en till tredje man riktad viljeförklaring, kan man icke förstå, hur en verkan av denna viljeförklaring för tredje mans del skulle kunna uppkomma utan att han ens ägde kännedom om densamma. En sådan rättsverkan vore i dylika fall icke mindre oförklarlig från tillitsteoriens än från den rena viljeteoriens synpunkt. Ty att en viljeförklaring kan åberopas av den, till vilken densam-

¹ ALMÉN a. a. s. 97 f.

² HASSELROT, Några spörsmål ang. fullmakt, Malmö 1927, s. 75—77.

³ A. a. s. 22.

ma är riktad, motiveras ju av tillitsteorien därmed, att viljeförklaringen hos adressaten framkallar en berättigad förväntan, att den som avgivit förklaringen vill vara bunden av densamma; men en sådan förväntan kan uppenbarligen icke uppstå utan att adressaten verkligen fått del av viljeförklaringen; ända till dess så skett kan ju också en anbudsgivare (enl. 7 § AvtL) återkalla sitt anbud. Detta utgör uppenbarligen ett starkt skäl för att anse den här ur principiella synpunkter försvarade uppfattningen även vara lagens. Med andra ord: när det är så, att ett anbud icke binder anbudsgivaren definitivt förrän anbudstagaren tagit del av anbudet, så synes konsekvensen fordra, att den med ett anbud fullt jämförbara viljeförklaring, som en fullmakt innefattar, icke heller skall binda fullmaktsgivaren i förhållande till en viss tredje man, förrän denne fått kunskap om fullmakten.

Det minsta man bör fordra blir således efter denna uppfattning, att fullmäktigen åberopat fullmakten. Och ifrågasätts kan, om man icke bör gå ännu längre och rent av fordra, att tredje man själv tagit del av fullmakten. Kravet på konsekvens synes medföra, att även denna fråga såvitt angår skriftlig fullmakt måste bejakas. Visserligen kan man icke, såsom stundom skett, göra gällande, att en fullmäktigs handlande i fullmaktsgivarens namn utan företeende av den av fullmaktsgivaren utgivna skriftliga fullmakten över huvud skulle vara helt verkningslöst. Uppenbart är nämligen, att tredje mans ställning i dylika fall icke kan bli så sämre, än om fullmäktigen hade en muntlig fullmakt; konsekvensen av att den skriftliga fullmakten icke blivit företedd måste vara den, att förhållandet betraktas som ett muntligt fullmaktsförhållande, men vid ett sådant är det ju tillräckligt, att fullmakten åberopats och att tredje man handlat i tillit till fullmäktigens försäkran om fullmaktens existens. Därutöver synes man emellertid icke kunna gå utan att komma i strid med de för lagens fullmactsregler grundläggande synpunkterna. Har den skriftliga fullmakten icke företetts, kan således tredje man åberopa dess existens allenast i den mån densamma icke är begränsad genom fullmaktsgivarens instruktioner till fullmäktigen eller tilläventyrs har helt upphört genom en till fullmäktigen riktad återkallelse.

Emot ett sådant följdriktigt bedömande av nu ifrågavarande spörsmål har man emellertid invänt,¹ att genomförandet av skillnaden mellan fall av företedd skriftlig fullmakt och fall av icke företedd sådan fullmakt skulle stöta på stora praktiska vanskligheter. Fullmaktsgivaren skulle, menar man, bliva frestad till att, i syfte att undandraga sig en av fullmäktigen avslutad ofördelaktig affär, påstå, att företeende av fullmakten icke ägt rum, ett påstående, som tredje man kunde hava svårt att motbevisa. Därtill komme, har man vidare framhållit, att det skulle vara svårt att avgöra, vilka närmare krav man borde ställa på ett företeende av fullmakten, för att detta skulle vara till fyllest, d. v. s. beträffande frågan, när fullmakten måste vara företedd och hur ingående tredje mans kännedom om dess innehåll måste vara.

Dessa anmärkningar synas dock knappast kunna tillerkännas avgörande betydelse så vitt angår skriftlig fullmakt. De ifrågavarande bevisvanskligheterna äro icke större än andra dylika vanskligheter som kunna möta en person, som blir tvungen att genomdriva sitt krav vid domstol. När det gäller offentligen kungjord fullmakt är det däremot visserligen annorlunda; i dylikt fall kan det icke rimligen av tredje man utkrävas någon bevisning i nu förevarande hänseenden, utan man måste utan vidare utgå från att en dylik fullmakt, så snart den blivit kungjord, kommit till vederbörandes kännedom; ett stöd för en dylik ståndpunkt utgör avtalslagens regler om återkallande av dylik fullmakt. När det gäller offentligen kungjord fullmakt äro förhållandena således sådana, att ett påstående av fullmaktsgivaren, att tredje man faktiskt icke ägt kännedom om fullmakten, icke kan förtjäna någon tilltro.

Är det nu beträffande nödvändigheten av den skriftliga fullmaktens återopande och företeende anförda riktigt, utgör detta uppenbarligen ett stöd för den här försvarade fullmaktsläran på samma gång som det talar emot den här kritiserade läran. De regler åter, som måste antagas gälla om ställningsfullmakt och om offentligen kungjord fullmakt, utgöra visserligen icke något direkt stöd för förstnämnda lära men stå å andra sidan knappast heller i strid med denna.

¹ Se motiven till den danska lagen s. 38 och 46, återgivna hos HASSELROT a. a. s. 76.

Av den kritik USSING i övrigt riktar mot den härskande åskådningen är särskilt att nämna den del, som avser frågan om grunden till att en fullmakt kan binda fullmaktsgivaren trots överskridande av instruktioner. USSING gör här gällande,¹ att den härskande läran bygger på en fiktion, då den t. ex. vid ställningsfullmakt utläser ett huvudmannens löfte ur anställandet eller i varje fall däri ser en omständighet, som väcker tillit; någon tillit till förefintligheten av en fullmakt att sälja till visst pris kunde exempelvis anställandet av ett biträde i en butik icke anses väcka, säger USSING, ty, om varorna icke äro prismärkta, måste kunderna normalt gå ut ifrån, att expediten har fått bestämda instruktioner beträffande priserna.

Mot detta synes emellertid bland annat kunna invändas, att man med ett dylikt argument kommer att förneka även att en skriftlig fullmakt kan väcka någon tillit hos den, som får den för sig företedd eller sig tillsänd, ty normalt måste ju tredje man även i dylikt fall säga sig, att fullmäktigen sannolikt erhållit inskränkande instruktioner. Inför ett sådant resultat måste man dock fråga sig, varför just fullmakten, ensam bland alla viljeförklaringar, skulle sakna förmågan att väcka tillit. Enligt USSING beror nu detta på att tredje man aldrig kan hava någon grundad tillit till att fullmäktigen, då han handlar med stöd av sin fullmakt, håller sig *inom ramen för sin befogenhet*. Därom är det väl emellertid icke frågan rör sig, utan vad det gäller är frågan, huruvida tredje man i fullmakten kan hava en grund för sin tillit till att fullmaktsgivaren *skall stå vid* den förklaring den av honom utfärdade fullmakten enligt en objektiv tolkning innehåller. Och en sådan tillit kan onekligen väckas icke blott av en skriftlig eller en offentligt kungjord fullmakt utan även av exempelvis en ställningsfullmakt. Förutsättningen för att ställningsfullmakten skall ha dylik verkan är visserligen, att man över huvud erkänner möjligheten av att sluta sig till en persons vilja av annat än direkta skriftliga eller muntliga uttryck för densamma. Erkänner man emellertid en dylik möjlighet att även av andra mänskliga handlingar än skrift och tal sluta sig till en människas vilja, finnes ingen anledning att förneka, att man också i en persons placering i

¹ A. a. s. 27³ samt s. 21 f.; jfr LUNDSTEDT o. a. st. samt SINDBALLE a. a. s. 267 ff. och HULT o. a. a. s. 72 ff.

en viss ställning kan och bör se ett uttryck för en vilja hos principalen, att den ifrågavarande personalen skall för hans räkning företaga sådana handlingar, som i allmänhet anses följa med en ställning sådan som den ifrågavarande. Och det finns då icke heller någon anledning att förneka, att principalens handlingssätt rent objektivt är ägnat att ingiva en tredje man tillit till, att den anställda har den behörighet han på grund av sin ställning synes hava.

Härmed torde det väsentligaste av USSINGS kritik så vitt angår andra än muntliga fullmakter vara beaktat. Åtskilliga detaljfrågor kunde dock ytterligare förtjäna uppmärksamhet men skola likväl här lämnas därhän. Detta kan ske med så mycket större skäl, som huvudvikten av USSINGS kritik ligger i den del, som avser de muntliga fullmakterna. Med avseende på övriga fullmakter är den härskande lärans ställning i själva verket så starkt grundad, att det för USSING framför allt kommer att gälla att försöka visa, att hans egen teori kan ersätta den bekämpade läran. Här är det nu framför allt, som skillnaden mellan de principiella utgångspunkter, varifrån de olika åskådningarna utgå, kommer till synes: när det gäller förklaringen av fullmaktsgivarens bundenhet, då fullmäktigen överskridit sin befogenhet, åberopar USSING blott det allmänna syftet att skapa säkerhet i samfärdseln, och när det gäller giltigheten av fullmakter utan uppdrag, hänvisar han till rätts-tekniska hänsyn, svårigheten att utforma reglerna så, att dessa fall komma utanför.

Denna argumentering innebär i själva verket, såsom ovan redan antytts, en principiell begränsning av rättsvetenskapens uppgift på förevarande område, inför vilken diskussionen måste avstanna. För den som icke blivit övertygad av den av USSING levererade kritiken mot härskande fullmaktslära, ter sig emellertid onekligen dennes avstående från varje försök att anföra positiva principenliga argument till motivering av de sist berörda, med USSINGS egen fullmaktslära dåligt harmonierande rättsreglerna snarast som en kapitulation. I viss mån synes även detta bestyrka, vad den ovan utvecklade motkritiken haft till syfte att visa: att ett uppgivande av den härskande fullmaktsläran trots de brister, som må vidlåda den, ännu icke är nödvändigt.

Verkan av omyndigs rättshandlingar utan erforderligt samtycke enligt förmynderskapslagens 5 kap. §§ 8 och 9.¹

Förmynderskapslagens 5 kap. 8 och 9 §§ giva regler om verkan av att omyndig ingår avtal utan att vara därtill behörig. 8 § anger, under vilka förutsättningar ett sådant avtal kan erhålla rättslig verkan eller tvärtom blir ogiltigt; 9 § anger närmare verkningarna av sådant avtals ogiltighet.

Med avseende å frågan om *rättsverkan av ett ömsesidigt förpliktande avtal, som en omyndig ingår med en myndig*, hava olika rättsordningar intagit olika ståndpunkt. Å ena sidan står t. ex. den romerska rätten, vars regel var den, att en omyndig gjorde sin motpart men däremot icke sig själv förpliktad. Å andra sidan står exempelvis den nuvarande norska rätten, som, åtminstone enligt AUGDAHLs tolkning,² innebär, att varken den

¹ Efterföljande uppsats innehåller en våren 1936 av förf. såsom sökande till en professur i civilrätt vid Stockholms högskola hållen provföreläsning över förelagt ämne. Texten återger utan ändringar förf:s föreläsningsmanuskript. Noterna hava tillagts efteråt.

² GJELSVIK, Norsk personret, 2 utg. ved PER AUGDAHL, Oslo 1934, s. 56 f. Jmfr RIKHEIM, Vergemålsloven, Oslo 1934, s. 75; jmfr emellertid även a. a., s. 73. Den nu gällande förmynderskapslagstiftningen i de tre skandinaviska länderna har i vissa delar, bl. a. de som innehålla här diskuterade regler, tillkommit efter gemensamma förarbeten. Förslaget till den norska lagen överensstämde ursprungligen i nu förevarande avseende med de svenska och danska förslagen och innehöll således en regel om att förmyndarens godkännande av den omyndiges avtal skulle binda dennes medkontrahent även när denne var i god tro med avseende å den omyndiges behörighet. Denna regel uteslöts emellertid av Justisdepartementet i dess till sist framlagda förslag. Kvar står emellertid i den norska lagen en regel om att en förklaring av medkontrahenten, att han vill gå ifrån avtalet, kan riktas till den omyndige själv. En sådan förklaring är ju emellertid, om medkontrahenten under alla förhållanden är obunden, fullständigt meningslös. Regeln därom står således i strid med den ordning man ville lagfästa genom att göra den ovan berörda ändringen. Med hänsyn till det tydligt tillkännagivna syftet med ifrågavarande förändring av det ursprungligen utarbetade förslaget, anser emellertid AUGDAHL, att sist berörda regel icke kan få stå i vägen för en tolkning av lagen i enlighet med lagstiftarens intentioner. Till samma åsikt synes RIKHEIM, a. a., s. 75 ansluta sig men gör dock, a. a., s. 73, dessförinnan uttalanden angående ratihabitionens betydelse, vilka icke kunna förenas med sagda åsikt.

omyndige eller hans motpart i minsta mån bliva bundna. Den förra ståndpunkten innebär erkännandet av ett s. k. *negotium claudicans*, den senare åter innebär ett rigoröst fasthållande vid huvudprincipen för de synallagmatiska avtalens bedömande. Emellan dessa ytterlighetsståndpunkter stå andra, förmedlande, enligt vilka avtalet för den omyndiges medkontrahent visserligen icke är utan vidare förbindande men kan erhålla full rättsverkan genom godkännande av förmyndaren eller av den omyndige själv, sedan han blivit myndig, eller genom faktiskt fullgörande. Dessa rättsordningar utmärkas sålunda av att frågan om avtalets rättsverkan tills vidare är svävande; den omyndiges medkontrahent kan, så snart han får kännedom om omyndigheten, frånträda avtalet, men innan så skett, föreligger möjligheten för att detta genom åtgärder av förmyndaren eller den omyndige själv blir för medkontrahenten förbindande.

En dylik förmedlande ståndpunkt har den svenska lagen intagit. *Huvudregeln* ges i 5:8 st. 1 p. 1. Där avses det fall, att en omyndig slutit avtal med en medkontrahent, som antingen var okunnig om omyndigheten eller väl kände till denna men hade anledning utgå från att den omyndige det oaktat, exempelvis på grund av förmyndarens samtycke, var behörig. Om i dylikt fall den omyndige ingår avtalet utan erforderligt samtycke, så äger hans medkontrahent frånträda avtalet, så länge det ej blivit godkänt eller behörigen fullgjort. Medkontrahenten kan således åberopa, att han utgått från en felaktig förutsättning, och äger på grund därav frånträda avtalet. Han behöver icke finna sig i att läget förblir svävande. Om emellertid, innan han ännu frånträtt avtalet, detta blir godkänt eller behörigen fullgjort och det svävande rättsläget därigenom fixerat, så kan han icke längre göra avtalets ogiltighet gällande.

Från denna huvudregel gör emellertid lagen i 2 p. av 8 § 1 st. ett *undantag*. Detta avser det fall, att medkontrahenten visste, att avtalet slöts med en omyndig, och saknade anledning antaga, att den omyndige trots sin omyndighet ägde behörighet att sluta avtalet. När medkontrahenten, dessa omständigheter till trots, slutit avtalet, måste man antaga, att han förutsatt, att förmyndarens samtycke skulle inhämtas och att han velat lämna erforderligt rådrom därför. I dylikt fall blir därför medkontrahenten i likhet med varje person, som lämnar annan ett anbud,

bunden under så lång tid, som antingen avtalsvis bestämts för godkännande eller eljest skäligen kunde beräknas åtgå därför.

Till stöd för nu nämnda regler har i motiven till lagen¹ åberopats en analogi från de grundsatser, vilka anses gälla angående ratihabition av rättshandlingar, som i annans namn företagits av en ställföreträdare, vilken överskridit sin fullmakt eller helt saknat sådan. Även i detta fall antagas olika regler gälla allteftersom medkontrahenten insett eller icke insett den bristande behörigheten. Visste han icke om att behörighet saknades, kan han frånträda avtalet, så länge icke ratihabition ägt rum. Men kände han till rätta förhållandet, så blir han bunden av avtalet under så lång tid, som skäligen kan beräknas åtgå för inhämtande av godkännande.

Emot en dylik analogi har emellertid AUGDAHL² anfört, att den är oberättigad, så vitt den innebär, att godkännande av en omyndigs avtal bör avskära medkontrahenten från möjligheten att frånträda avtalet. Emellan avtal med en omyndig och avtal med en falsus procurator föreligger nämligen, framhåller AUGDAHL, den avsevärda skillnaden, att i sistnämnda fall *fullmäktigen* är ansvarig, därest icke den uppgivna fullmaktsgivaren är det. I detta fall föreligger således, liksom eljest vid synallagmatiska avtal, förpliktelse mot förpliktelse, låt vara att den förpliktade är en annan än den medkontrahenten tänkt sig.

Dessa anmärkningar äro onekligen icke utan fog. Detta framstår särskilt klart, om man tager i betraktande den ytterligare skillnaden mellan de jämförda båda fallen, vilken består däri, att i fullmaktsfallen hela frågan om parternas bundenhet förfaller i och med att medkontrahenten av den föregivne fullmäktigen erhåller den utlovade prestationen, medan åter vid avtal med omyndig frågan om bundenheten upprullas oberoende av att de ömsesidiga prestationerna utväxlats. Detta är en högst väsentlig skillnad. Den innebär nämligen, att vid avtal med omyndig enligt ifrågavarande regler medkontrahenten är utsatt för att den omyndige och förmyndaren spekulera

¹ Se Nytt juridiskt arkiv, avd. 2 (nedan cit. NJA II), 1924, s. 340 f.

² GJELSVIKS o. a. a., s. 58. Samma uppfattning uttalade ursprungligen även BENTZON, Personretten, København 1916, 18. Annorlunda i 3 Udg., s. 78. Emot BENTZONS äldre uppfattning se EKEBERG i Svensk Juristtidning (nedan cit. SvJT) 1919, s. 265.

på hans bekostnad, en möjlighet som däremot icke föreligger i de återopade fullmaktsfallen. Om exempelvis en omyndig köpt aktier av en mäklare, som icke känner till omyndigheten, så kan förmyndaren godkänna köpet, om aktierna stiga, men yrka på dess ogiltigförklarande, om aktierna sjunka; hur konjunkturen utvecklar sig, så är den omyndige på den säkra sidan i sin spekulation.

Att sålunda på grund av den svenska lagens regler en spekulationsmöjlighet otvivelaktigt är för handen torde emellertid till sist dock icke föranleda, att dessa regler borde anses mindre tillfredsställande än den norska lagens. Tvärtom har den svenska lagens ordning ett bestämt företräde därigenom, att den dock ger ett medel i handen att åtminstone i någon mån förebygga de otillfredsställande resultat, som vid varje sådan ordning, enligt vilken medkontrahenten icke är av sitt avtal utan vidare förbunden, bliva följden därav, att han, när han faktiskt känt till omyndigheten redan vid avtalets ingående eller sedermera fått kännedom om den, kan slingra sig från avtalet, när detta senare visar sig vara för honom ofördelaktigt, i det valda exemplet sålunda när aktierna stiga.¹ Enligt den svenska ordningen har den omyndige åtminstone en viss möjlighet att förebygga detta genom att underrätta förmyndaren om avtalet och förmå denne till godkännande, innan medkontrahenten hunnit frånträda.

Den nu berörda möjligheten för medkontrahenten att komma ifrån ett ofördelaktigt avtal med en omyndig ter sig emellertid trots allt så stötande, särskilt i de fall, då avtalet blivit å medkontrahentens sida uppfyllt, att den frågan blivit framställd, huruvida icke trots lydelsen av 5: 8 man borde såsom tillfyllest godtaga även ett godkännande från förmyndaren, som avgäves omedelbart efter medkontrahentens frånträdande. KARLGREN,²

¹ Så ock BENTZON, Personretten, 3 Udg. noget ændret under Medvirkning af POUL PLATE, København 1930, s. 78.

² KARLGREN, Studier i allmän avtalsrätt, Lund 1935, s. 127, not 277. — Jmfr däremot WINROTH, Förmynderskap och kuratel, Stockholm 1903, s. 361, som bekräftar förut gällande rätt utan modifikation förklarar att förmyndarens godkännande saknar rättslig betydelse, när det gives först sedan den omyndiges medkontrahent »låtit förmyndaren känna sin vilja», d. v. s. frånträtt avtalet. I detta uttalande behöver ju emellertid icke ligga något ståndpunktstagande till den ovan diskuterade frågan, åtminstone icke för det fall, att av medkontrahenten presterad egendom kommit i förmyndarens besittning. Helt allmänt uttalar W. nämligen ytterligare: »I det hela kan saken uppfattas så att med den slutna rättshandeln det

som är den, vilken framställt detta spörsmål, har satt i fråga, huruvida icke åtminstone i det fall, att den presterade egen- domen befinner sig i förmyndarens besittning, man borde kunna ex analogia tillämpa regeln i AvtL 8 §. Detta skulle innebära, att liksom en anbudsgivare, vilken uttryckligen eller enligt vad av omständigheterna framgår förklarat sig icke påfordra uttryckligt svar å sitt anbud, är bunden därav tills vidare men har *interpellationsmöjlighet* — d. v. s. kan bli fri från sin bundenhet, om icke anbudstagaren på förfrågan ger besked — så skulle den omyndiges medkontrahent i det åsyftade fallet vara bunden av sitt avtal men kunna bli fri därifrån, om icke förmyndaren efter interpellation godkände detsamma.

En sådan regel vore onekligen rationell och skulle även, så vitt angår det mest praktiska fallet, att medkontrahenten redan vid avtalets ingående visste om omyndigheten och ej blivit vilseledd av den omyndige genom sanningslösa uppgifter om förmyndarens samtycke, motsvara den regel exempelvis den tyska civillagen¹ givit angående detta ämne. Emot densamma synes emellertid onekligen tala svårigheten att bringa en dylik regel i samklang med den uttryckliga normering av medkontrahentens bundenhet i motsvarande fall, som 5:8 stipulerar genom stadgandet, att medkontrahenten skall vara bunden »under den tid, som vid (avtalets) ingående må hava blivit bestämd

tillkommit ett av den omyndiges medkontrahent avgivet anbud till förmyndaren att ingå avtalet. Det finnes dock icke någon tid, varefter anbudet förfaller men varinom å andra sidan dess avlåtare är förpliktad att stå vid detsamma eller dock ej kan rygga det utan att komma i skadeståndsskyldighet.»

¹ BGB § 109 jmf d med § 108. Dessa lagrum hava följande lydelse:

§ 108. »Schliesst der Minderjährige einen Vertrag ohne die erforderliche Einwilligung des gesetzlichen Vertreters, so hängt die Wirksamkeit des Vertrags von der Genehmigung des Vertreters ab.

Fordert der andere Theil den Vertreter zur Erklärung über die Genehmigung auf, so kann die Erklärung nur ihm gegenüber erfolgen; eine vor der Aufforderung dem Minderjährigen gegenüber erklärte Genehmigung oder Verweigerung der Genehmigung wird unwirksam. Die Genehmigung kann nur bis zum Ablaufe von zwei Wochen nach dem Empfange der Aufforderung erklärt werden; wird sie nicht erklärt, so gilt sie als verweigert.

Ist der Minderjährige unbeschränkt geschäftsfähig geworden, so tritt seine Genehmigung an die Stelle der Genehmigung des Vertreters.»

§ 109. »Bis zur Genehmigung des Vertrags ist der andere Theil zum Widerruf berechtigt. Der Widerruf kann auch dem Minderjährigen gegenüber erklärt werden.

Hat der andere Theil die Minderjährigkeit gekannt, so kann er nur widerrufen, wenn der Minderjährige der Wahrheit zuwider die Einwilligung des Vertreters behauptet hat; er kann auch in diesem Falle nicht widerrufen, wenn ihm das Fehlen der Einwilligung bei dem Abschlusse des Vertrags bekannt war.»

för godkännande eller eljest skäligen kunde beräknas åtgå därför».

Likvisst torde man icke böra ställa sig helt avvisande till den ifrågasatta analogien. Man får komma ihåg, att ifrågasatt varande regel i 5:8, så vitt medkontrahenten angår, icke är tvingande. Medkontrahenten kan således hava åtagit sig en längre gående ensidig bundenhet, än vad lagen förutsätter, liksom han naturligen ock kan hava ytterligare begränsat sin bundenhet. Intet hindrar heller, att här liksom eljest en viss ordning anses avtalad även utan att uttrycklig överenskommelse träffas. I detta avseende förtjänar nu särskilt erinras att lagberedningen själv i sina motiv till lagen¹ vid sin redogörelse för den vid lagförslagets avgivande gällande rätten, vilken måste anses hava i princip överensstämt med den nu gällande, såsom en näraliggande möjlighet med avseende å tolkningen av medkontrahentens utfästelse till den omyndige, i fall när han visste om omyndigheten, framhållit, att medkontrahenten får anses hava åtagit sig just en sådan bundenhet, som nyss nämndes. Lagberedningen framhäver först, att i sådana fall, då medkontrahenten haft vetskap om omyndigheten, det ofta låge nära till hands att antaga, att han velat åtaga sig en ensidig bundenhet under en tid ungefärligen motsvarande acceptfristen vid vanliga anbud. Efter att hava utvecklat denna grundsats, som tydligen i princip motsvarar regeln i 5:8 p. 2, fortsätter beredningen: »Förhållandet kan emellertid i nämnda fall även vara det, att medkontrahenten väl ej utan vidare motser ett uttryckligt godkännande men dock icke velat avskära sig möjligheten att förskaffa sig visshet, huruvida sådant kan vinnas. Den situation, som då föreligger, erinrar mycket om den i 8 § avtalslagen avsedda, då omständigheterna utvisa, att den, som avgivit ett anbud, icke förväntar uttryckligt svar därå. Det kan därför synas riktigt att jämlikt grunderna för nämnda lagrum anse medkontrahenten vara bunden tills vidare men berättigad att när som helst hos förmyndaren kräva besked, huruvida han vill godkänna avtalet, vid äventyr att detta anses förfallet, om svar ej gives utan oskäligt uppehåll». Här har således lagberedningen, med avseende å tolkningen av ett avtal med omyndig enligt tidigare gällande rätt, själv pekat på ana-

¹ Se NJA II 1924, s. 338.

logien från AvtL 8 §. Samma resonemang, som därvid förts, lär emellertid kunna föras även med avseende å nu gällande rätt. Att denna ställt sig avvisande till interpellationsregeln är visserligen sant, men detta har skett av skäl, som i förevarande fall, när fullgörande å medkontrahentens sida skett, icke hava någon tillämpning.¹ Slutsatsen synes därför böra bli va den, att en analogi från AvtL 8 § i förevarande fall regelmässigt måste anses befogad, i varje fall vid vetskap om omyndigheten.

Godkännande och behörigt fullgörande äro enligt det nu sagda de rättsfakta, varigenom det svävande rättsförhållandet mellan den omyndige och hans medkontrahent erhåller sin rättsliga fixering. För att ett *godkännande* skall erhålla rättslig verkan, måste det hava riktats till medkontrahenten och jämväl kommit honom till handa. Alldeles klart är detta, så vitt angår frågan om medkontrahentens *bundenhet*. Ett allenast till den omyndige riktat godkännande kan således icke betaga medkontrahenten rätten att frånträda avtalet. Detta uttalas visserligen icke uttryckligen men ligger som en tydlig förutsättning under lagens stadganden;² rätten att frånträda avtalet förlorar medkontrahenten, sedan han fått visshet om att avtalet blir gällande, men dylik visshet kan ju endast ett meddelande, som kommit honom till handa, förskaffa honom. Vad åter angår frågan om medkontrahentens *rätt att taga fasta* på ett godkännande, ha olika meningar gjorts gällande. Enligt lagberedningens motiv³ äger medkontrahenten icke till sin förmån åbe-

¹ Angående dessa skäl se motiven till lagen i NJA II 1924, s. 340. Man utgick från att en enkel och enhetlig regel borde givas men fann att interpellationsförfarandet, upptaget såsom en dylik *allmän* regel, skulle te sig för uppfattningen i vårt land främmande och skulle kunna vålla svårigheter på den grund, att stundom ingendera kontrahenten vore betjänt med att avtalet utan vidare förfölle genom interpellationsfristens försummande. Intetdera skälet torde kunna anföras mot en ordning, som för ett speciellt fall — det då fullgörande skett av den omyndiges medkontrahent — med hänsyn till de föreliggande speciella förhållandena binder medkontrahenten i den mån allmänna avtalsprinciper därtill föranleda, oaktat något stöd för en dylik ordning icke kan hämtas ur den allmänna regel förevarande stadgande i förmynderskapslagen innehåller. Anmärkas må att lagberedningen själv pekat på att här kunna möta många olika fall, vilka, om det lagtekniskt låte sig genomföra, kunde förtjäna en särskild behandling; se NJA II 1924, s. 339 in fine.

² Jmfr motiven i NJA II 1924, s. 341.

³ NJA II 1924 s. a. st. Det heter där: »Förslagets mening är däremot, att allenast ett godkännande, som kommit medkontrahenten tillhanda, skall äga rättslig betydelse. Denne behöver ej räkna med ett till den omyndige riktat godkännande och äger ej heller till sin förmån åberopa ett sådant. Att detta är för-

ropa ett godkännande, som icke riktats till honom utan till den omyndige. Detta uttalande har KARLGREN¹ gjort till föremål för kritik. Enligt KARLGRENS mening måste medkontrahenten hava rätt att åberopa sig på även »ett till honom icke riktat eller utgivet godkännande». Hur långt KARLGREN syftar blir emellertid av hans framställning icke fullt klart. Såsom exempel på vad han avser anför han de fall, då avtalet är av medkontrahenten uppfyllt och förmyndaren, sedan den presterade egendomen kommit i hans besittning, ådagalägger sin vilja att godkänna avtalet genom att för den omyndiges ändamål förfoga över egendomen eller genom att under långa tider iakttaga passivitet. Att ett dylikt förhållande av förmyndaren skall kunna åberopas av medkontrahenten torde emellertid med all sannolikhet även lagberedningen hava ansett. I varje fall hyllas denna åsikt av den av dess ledamöter, STENBECK, som i kommentarens form behandlat förevarande kapitel. Enligt STENBECK,² därpå har KARLGREN själv fäst uppmärksamheten, hindrar nämligen den ståndpunkt lagberedningen här intagit icke, att ett *tyst* godkännande från förmyndarens sida kan åberopas av medkontrahenten. »Om ett godkännande framgår av omständigheter, som äro uppfattbara även av tredje man, t. ex. konsumtion med förmyndarens samtycke, får godkännandet anses hava en sådan riktning utåt, att det kan åberopas av medkontrahenten», framhåller STENBECK. Detta överensstämmer också med vad som beträffande norsk³ rätts motsvarande regel uttalas av AUGDAHL.⁴ Det överensstämmer vidare också med vad WINROTH⁵ lärde beträffande vår förut gällande rätt. I själva verket innefattar det ju icke heller något annat än ett erkännande av att man också på detta rättsområde liksom på andra områden har att taga hänsyn till en persons vilja även i den mån den icke yttras uttryckligen utan framgår av konkludenta handlingar.

slagets tankegång säges väl ej uttryckligen men lär med erforderlig tydlighet framgå av det sätt varpå rätten att frånträda avtalet bestämmes. Den sålunda valda ståndpunkten har enkelhetens företräde och gör det överflödigt att uppställa regler om interpellation, motsvarande den tyska lagens.»

¹ KARLGREN, a. a., s. 127 ff.

² STENBECK & LINDHAGEN, Den nya förmynderskapslagen, Sthlm 1924, s. 81.

³ Beträffande motsvarande stadgande i dansk rätt jmf. BENTZON, Personretten, 3 Udg., s. 75.

⁴ GJELSVIK o. a. a., s. 55, likaså RIKHEIM a. a., s. 73.

⁵ WINROTH o. a. a., s. 362.

Likvisst ligger naturligen i förnekandet av att ett till den omyndige riktat godkännande har någon betydelse en viktig begränsning: rättshandlingar, som företagas *i ensamhet*,¹ måste här som i de flesta andra fall fränkännas rättslig betydelse. Innebörden av denna distinktion har kanske icke alltid kommit fullt till sin rätt vid behandlingen av förevarande spörsmål. Det synes dock knappast kunna bestridas, att den kommer till synes redan i STENBECKS nyss citerade kortfattade yttrande. Och i WINROTHS framställning fasthålls den med all kraft. WINROTH yttrar:² »Såväl frånträdande som godkännande kunna ske tyst, d. v. s. komma till uttryck i ett görande eller låtande, som, utan att omedelbart gå ut på det ena eller det andra, dock ger till känna, att vederbörande i saken gjort sitt val. Det hänger allenast därpå, att vad sålunda kan anses vara av honom beslutat också blivit för den andra parten känt och bör hava av honom rätt uppfattats.» I betonandet av att omständigheterna måste vara sådana, att de giva till känna, att förmyndaren »gjort sitt val», d. v. s. träffat ett definitivt beslut, samt att detta beslut erhållit en viss offentlighet, ligger tydligen ett klart avsöndrande av det »i ensamhet» företagna godkännandet.

Behörig att godkänna den omyndiges avtal är regelmässigt förmyndaren, antingen ensam eller tillsammans med överförmyndaren eller förmynderskapsdomstolen. Sedan den omyndige uppnått myndig ålder, kan han själv, och han allena, godkänna avtalet. Särskilt för dylika fall måste emellertid den nyss berörda frågan om godkännande genom konkludenta handlingar bedömas med största försiktighet, eljest kan lätt nog omyndigskyddet i avsevärd mån eluderas. Särskilt måste man akta sig för att i den omständigheten, att den omyndige efter myndigblivandet förhållit sig passiv, se ett godkännande av avtalet. Denna grundsats synes icke alltid hava med tillräcklig styrka fasthållits i vår rättspraxis.³ Ett exempel på alltför snar benägenhet att antaga ett godkännande föreligga synes det i *SvJT* 1932 s. 1 refererade målet erbjuda. I detta

¹ Angående dylika rättshandlingar se USSING, *Aftaler paa Formuerettens Omraade*, København 1931, s. 43 ff. samt KARLGRENS ovan citerade arbete.

² S. a. st.

³ Också i dansk rättspraxis har samma förhållande framträtt; se BENTZON, *Personretten*, 3 Udg., s. 75.

fall blev en flottningsarbetare, som vid 19 års ålder köpt en kavajkostym för 275 kronor, å vilken han strax efter köpet avbetalat 150 kronor, efter uppnådd myndig ålder stämd på betalning av resten, 125 kronor, och av hovrättens majoritet dömd att betala detta belopp, enär, med hänsyn till att kostymen finge anses hava varit för honom nödig(!) och att han vid tiden för beställningen innehaft arbetsanställning ävensom därtill, att han icke efter uppnådd myndig ålder genom kostymens återlämnande eller annorledes givit tillkänna sin avsikt att på grund av sin omyndighet vid avtalets ingående frånträda det samma, han måste anses hava efter myndigblivandet godkänt avtalet. Motsatt utgång fick däremot ett annat av hovrätten avdömt mål, *SvJT* 1929 s. 65, vilket gällde betalning för vissa varor, huvudsakligen modeartiklar, vilka inköpts av en 18-årig dansös utan föräldrarnas vetskap och för vilka säljaren, efter det den omyndiga köparen uppnått myndig ålder, krävde betalning. Även i detta mål kom emellertid den här kritiserade åsikten till synes, i det en dissident ville utdöma betalning, enär svaranden icke genom att efter uppnådd myndig ålder återlämna varorna eller eljest tillkännagiva sin avsikt att frånträda köpet, måste anses hava godkänt detta.

Samma betydelse som ett godkännande har såsom redan nämnts den omständigheten, att avtalet »*behörigen fullgjorts*». Ett sådant fullgörande, som därmed avses, kan naturligen i första hand förmyndaren åstadkomma; detta får emellertid tydligtvis vid sidan om regeln angående förmyndarens godkännande icke någon praktisk betydelse. Självständig innebörd får ifrågavarande stadgande däremot med avseende å ett fullgörande av den omyndige. Därvid ligger det vikt på att betona ordet »*behörigen*». Detta innebär, att fullgörandet skall vara för den omyndige förbindande, så att medkontrahenten icke kan bli utsatt för att det presterade återfordras; avtalet skall, som det heter i den danska lagen, vara »bindende opfyldt». En sådan förbindande prestation kan emellertid en omyndig åstadkomma blott med sitt eget arbete eller med egendom, varöver han själv äger råda, d. v. s. främst självförvärv. Huruvida åter den omyndige »*behörigen fullgjort*» avtalet även i den bemärkelsen, att hans prestation varit fullt kontraktsgill, är icke av någon

i och för sig avgörande betydelse för frågan om själva avtalets giltighet.

Verkan av godkännande resp. behörigt fullgörande är ju att avtalet blir *giltigt*. Innebörden härav överensstämmer med innebörden av en ratihabition av avtal, som slutits av en falsus procurator: godkännandet har tillbakaverkande kraft, och avtalet bedömes således, som om det haft giltighet från dess avslutande. Denna uppfattning, som överensstämmer med både äldre och nyare doktrin, har ock bekräftats av rättspraxis; så t. ex. i det i *SvJT* 1926 s. 33 refererade fallet: En person, som under omyndighetstillstånd sålt sin fastighet till ett bolag, hade efter uppnådd myndighetsålder godkänt försäljningen. Under tiden mellan köpet och godkännandet hade utfärdats en lag, enligt vilken det var bolaget förbjudet att förvärva fastighet av ifrågavarande slag. Enär emellertid rättsverkningarna av det godkända avtalet vore att anse såsom uppkomna vid den tidpunkt, då köpekontraktet utfärdades, ansågs den nämnda lagen icke kunna utgöra hinder för förvärvet.

Helt utan inskränkning kan dock denna princip icke göras gällande; den gäller allenast i förhållandet parterna emellan, däremot icke i förhållande till tredje man, som, medan frågan om avtalets giltighet är svävande, förvärvar ett med endera partens rätt konkurrerande anspråk.

Kan efterföljande godkännande av förmyndaren förläna giltighet åt en omyndigs avtal, så är det klart, att ett *föregående samtycke* skall hava motsvarande verkan. Ett sådant samtycke gör principiellt avtalet lika giltigt, som om förmyndaren själv slutit det, detta framgår redan av 5:8, vars huvudregel blott gäller, därest avtalet slöts »utan erforderligt samtycke». Därmed är emellertid icke sagt, att varje samtycke i och för sig utan vidare gör avtalet giltigt. Omtvistad är tvärtom frågan, under vilka förutsättningar samtycket får avsedd verkan. Framför allt gäller tvisten frågan, huruvida samtycket behöver hava åberopats vid avtalet eller åtminstone hava varit för medkontrahenten känt. Enligt en mening, vilken uttalas i motiven till lagen,¹ skulle samtycket förläna avtalet giltighet, även om det ej åberopats vid avtalets ingående. Mot denna åsikt har

¹ NJA II 1924 s. 316.

KARLGREN¹ rest kritik och framhållit, att det blott interna samtycket väl må åberopas av medkontrahenten men icke av den omyndige och hans förmyndare.

Enighet råder således om att medkontrahenten kan taga fasta på ett den omyndige av förmyndaren lämnat samtycke, även om detta icke åberopats vid avtalets slutande. Detta synes också rimligt. Visserligen lär man knappast, såsom KARLGREN förmenar,² kunna erhålla stöd för denna åsikt i reglerna angående muntlig fullmakt. Men åsikten synes ändå fullt motive-rad, nämligen redan av det skäl, att något behov av att bereda den omyndige skydd i dylikt fall icke är för handen. Det måste emellertid förutsättas, att samtycket, såsom KARLGREN uttrycker saken, varit uttryck för en »äktta rättsverkningsvilja», d. v. s. att omständigheterna berättiga till antagandet, att detsamma givit uttryck åt förmyndarens definitiva beslut och att icke, enligt vad han måste antagas hava förutsatt, med hänsyn till det avsedda avtalets beskaffenhet ett särskilt meddelande till medkontrahenten varit erforderligt.

Vanskligare att avgöra är frågan om samtyckets betydelse för medkontrahentens bundenhet. Likväl synes 5:8 i själva verket giva ganska god ledning för avgörandet. Av regeln i 2 p. angående medkontrahentens ställning, då han *visste*, att han avtalade med en omyndig, framgår, att den där avsedda temporära bundenheten inträder, »med mindre [medkontrahenten] hade anledning antaga, att den omyndige ägde behörighet». Att den omyndige hade samtycke är således något, vartill man enligt detta lagrum skall taga hänsyn blott om särskild »anledning» att antaga dylik behörighet förelåg. Därmed kan onekligen sägas vara antytt, att förekomsten av samtycke icke, såsom däremot lagberedningen i sina motiv³ gör gällande, är något, varmed medkontrahenten in dubio är skyldig räkna.

¹ KARLGREN o. a. a., s. 131.

² KARLGREN o. a. a., s. 132. KARLGREN hänvisar till USSINGS avhandling i Tidskrift för Rettsvidenskap 1930, s. 9 ff. (särskilt s. 10 nederst och s. 12 överst) och förklarar, att USSING där uppvisat oriktigheten av den av obligationsrättskommittén och ALMÉN hävdade uppfattningen, att en fullmakt under alla förhållanden utgör en till tredje man riktad viljeförklaring av huvudmannen. Huruvida USSINGS kritik är i allo befogad och huruvida hans egen teori är riktigare än den av honom kritiserade torde man dock kunna diskutera. Här om se närmare ovan s. 1 ff, särskilt s. 8—10, 19—21.

³ NJA II 1924, s. 316.

Klart är i varje fall, såsom STENBECK¹ framhållit, att i det fall, att »anledning verkligen ej funnits för medkontrahenten att antaga, att samtycke givits av förmyndaren», regeln i 5:8 p. 2 bör erhålla analogisk tillämpning, d. v. s. medkontrahenten vara bunden under den där avsedda tiden men sedan kunna frånträda oberoende av att samtycke från början faktiskt förefunnits. Och i analogi härmed bör väl även det fall behandlas, att medkontrahenten icke känt till omyndigheten: han kan således frånträda, så länge han ej från förmyndaren fått meddelande om samtycket; beträffande sistnämnda spörsmål har emellertid USSING² med avseende å den danska lagen hävdatt uppfattningen, att medkontrahenten måste giva den omyndige tillfälle att styrka samtycket. Denna uppfattning har emellertid sin grund i äldre dansk praxis och synes svårigen kunna förenas med 5:8.

Bland avtal, som en omyndig kan tänkas ingå, intaga *arbetsavtalen* en särställning. Visserligen erfordra även dylika avtal för sin giltighet ofta samtycke av föräldrar eller förmyndare, men den omyndige har dock här en icke ringa självständig rätts-handlingsförmåga. Härmed sammanhänger, att lagen även så vitt angår dylika avtal, vilka ingåtts utan erforderligt samtycke, ansett sig böra giva en särskild regel, helt avvikande från den beträffande andra avtal gällande ordningen. I 5:8 p. 3 stadgas således, att den, hos vilken omyndig tagit tjänst eller annat arbete, icke äger frånträda avtalet härom, så länge detta fullgöres av den omyndige. Detta innebär ett principiellt avsteg från huvudregeln och ett erkännande av ett »haltande avtal»; arbetsgivaren är bunden, den omyndige däremot icke. Regeln har sin motivering däri, att en dylik ordning, åtminstone när arbetsgivaren känt till omyndigheten, kan antagas motsvara, vad han åsyftat vid avtalets slutande, och i övrigt i varje fall icke kan antagas ingiva några betänkligheter.

De regler i 5:8, för vilka nu redogjorts, ha allenast avseende å avtal med omyndig. De avse således icke frågan om verkan av *ensidiga rättshandlingar*, vilka företagas av en omyndig eller mot honom, exempelvis uppsägning, reklamation, krav o. s. v.³

¹ STENBECK & LINDHAGEN o. a. a., s. 83.

² USSING i Ugeskrift for Retsvæsen 1923, s. 133.

³ Härom se närmare en uppsats av TAUVOH i SvJT 1922 s. 393—397 samt randanmärkningar till samma uppsats av EKEBERG a. a., s. 397—399.

Därom finnas inga motsvarande uttryckliga regler. Dylika frågor äro helt naturligt icke heller så vanliga i rättspraxis, att de påkalla särskilda bestämmelser. Endast för sådana fall, när åtgärden ifråga avser egendom, varöver den omyndige äger råda, har frågan någon egentlig betydelse; åtminstone gäller detta beträffande underåriga. Icke heller för dessa fall behöves emellertid någon särskild bestämmelse, i det rätten att råda över egendomen givetvis innefattar även rätt att företaga eller mottaga alla förekommande ensidiga rättshandlingar med avseende å denna. Beträffande andra fall torde gälla, att ensidig rättshandling av omyndig helt saknar verkan, därest icke vid handlingens företagande den omyndige styrker sig hava förmyndarens samtycke till åtgärden. Åtgärd mot den omyndige åter blir städse överksam, därest icke denne varit av förmyndaren befullmäktigad att mottaga den förklaring, varom det är fråga.

Om enligt nu genomgångna regler ett avtal blir *ogiltigt*, uppstår frågan, vilken *verkan* detta har. Härom ger lagen regler i 5:9.

Huvudregeln är den, att vardera parten i avtalet skall återbära vad han mottagit eller, om det ej kan ske, utgiva ersättning för dess värde. Så vitt angår *medkontrahenten* är enligt motiven till lagen¹ denna regel undantagslös. God tro hos medkontrahenten skall således enligt denna åsikt aldrig kunna grundläggas något godtroshång, så att medkontrahenten kunde vägra att återlämna egendomen utan att få lösen. Detta överensstämmer med den allmänna satsen, att god tro angående statusförhållanden icke kan åberopas. I själva verket går det emellertid därutöver, i det att det innebär, att god tro icke heller kan åberopas, när medkontrahenten vid förvärfv från omyndig utgår från att vad den omyndige avytttrat var självförvärvat gods eller att han hade tillstånd till föryttringen. Denna åsikt, till vilken i senare doktrin BENCKERT² anslutit sig, är emellertid icke obestridd. Emot densamma har nämligen BJÖRLING³ gjort gällande, att godtroshång borde erkännas,

¹ NJA II 1924, s. 346.

² BENCKERT, Om exstinktiva förvärfv av lös egendom i god tro, Sthlm 1925, s. 244 f.

³ SvJT 1933, s. 401 ff.

åtminstone när medkontrahenten med skäl trott, att vad den omyndige förtyttade var gods, varöver han oberoende av tillstånd från förmyndaren ägde förfoga. Att denna åsikt, som även omfattades av WINROTH,¹ har vissa skäl för sig, kan icke bestridas. Icke minst kan man åberopa, att godtrosförvärv i vissa likartade fall inom äktenskapsrättens område allmänt anses böra erkännas. Nyligen har NIAL² med beaktansvärda skäl hävdad, att godtrosförvärv på sistnämnda område t. o. m. bör erkännas i ett visst fall, då den goda tron avser ett statusförhållande. Huruvida godtrosförvärv av *omyndigs* egendom i nyssnämnda fall bör erkännas synes emellertid detta oaktat synnerligen tvivelaktigt; det skulle, synes det, innebära ett ganska betänkligt ingrepp i det skydd, som rättsordningen avser att bereda den omyndige, utan att påkallas av något verkligt betydelsefullt omsättningsintresse. Det torde sålunda icke för närvarande åtminstone finnas skäl att överge den härskande uppfattningen.

När ett avtal blir ogiltigt, uppstår icke sällan frågan om ogiltighetens inverkan med hänsyn till frågan om casusansvaret, om rätt till ersättning för kostnader och om rätt till avkastning. Härom säger lagen intet. Av själva huvudregeln torde dock böra följa, att medkontrahenten bär ansvaret för sakens skadande genom olyckshändelse.³ Ersättning för nödiga kostnader bör medkontrahenten hava anspråk på, däremot kan han icke fordra att få nyttiga kostnader ersatta. Avkastning, som fallit, medan medkontrahenten innehaft saken, lär han vara skyldig utgiva.⁴

Vad härafter angår den närmare innebörden av *den omyndiges* återbäringsskyldighet, så är det klart, att den nyssnämnda huvudregeln måste vidkännas väsentliga modifikationer. Utan begränsning gäller visserligen regeln, att han måste återbära sådant, som finnes i behåll, när ogiltigheten göres gällande. Därvid lär han liksom medkontrahenten även hava skyldighet att utgiva eventuellt skördad avkastning⁵ samt hava rätt att

¹ WINROTH O. a. a., s. 359.

² SvJT 1936, s. 85.

³ Så ock BENTZON, Personretten, 3 Udg., s. 83, som emellertid finner denna konsekvens något hård gentemot medkontrahenten, samt RIKHEIM a. a., s. 78.

⁴ Annorlunda betr. norsk rätt RIKHEIM a. a., s. 77.

⁵ Annorlunda också här RIKHEIM s. a. st.

fordra ersättning för nödiga men icke för nyttiga kostnader. I motsats till medkontrahenten är han däremot icke ansvarig för casus.¹ Detta senare följer av lagens regel om den omyndiges ersättningsskyldighet vid oförmåga att återbära.

I motsats till vad som med stöd av rättspraxis kunde fastställas som förut gällande rätt har förmynderskapslagen ålagt den omyndige *ersättningsskyldighet* vid oförmåga att återbära, vad han mottagit. Givet är emellertid, att denna ersättningsskyldighet icke kunnat göras oinskränkt; en sådan regel skulle ju praktiskt taget innebära ett eluderande av omyndigskyddet. I likhet med vad som gäller flerstädes utomlands och även hävdades såsom riktigt åtminstone av vissa äldre svenska rättslärare,² har lagen byggt ersättningsregeln på begreppet »obehörig vinst». Det är dock icke den allmänna läran om obehörig vinst man adopterat. I stället har man givit en i väsentliga stycken förenklad regel. Denna går ut på, att den omyndige icke blir ersättningsskyldig »i vidare mån än vad han mottagit använts till skäligt underhåll eller eljest finnes hava för honom medfört nytta». Detta innebär, att ersättning skall givas, så snart t. ex. gods, som den omyndige mottagit,³ kommit till användning för ett ändamål, som under alla förhållanden skäligen bort tillgodoses, eller så snart pengar, som han mottagit, använts för en utgift, som under alla förhållanden skäligen bort göras. Av stadgandet följer vidare, att om den omyndige för mottagna penningar köpt något föremål, som alltjämt finnes i behåll, han är skyldig utlämna detta eller, om han föredrager det, dess värde.

Vid denna huvudregel om den omyndiges ersättningsskyldighet har emellertid lagen icke stannat. Under särskilda förutsättningar kan den omyndige ådraga sig ett längre gående skadeståndsansvar. Detta kan bliva fallet, därest han vilselett sin medkontrahent med avseende å sin behörighet att ingå avtalet med denne. Därom ger lagen en särskild regel i 5: 9

¹ Så ock RIKHEIM a. a., s. 79.

² Se hänvisningar till NORDLING, WINROTH, ESCHELSSON i NJA II 1924, s. 345.

³ Enligt BENTZON, Personretten, 3 Udg., s. 84 (jmf. USSING i Ugeskrift for Retsvæsen 1923 s. 134 f) gäller motsvarande regel i den danska lagen allenast beträffande gods, som mottagits på grund av avtal som »hjemler Forbrug», alltså icke beträffande t. ex. lånat gods. Detsamma torde kunna antagas gälla även beträffande den svenska lagens regel.

st. 2. Där är således fråga om ett rättsstridigt förfarande av den omyndige, å vilket, därest annat icke vore stadgat, allmänna skadeståndsregler bleve tillämpliga. En tillämpning av dessa regler skulle emellertid i flera avseenden komma i strid med de principer för omyndigskyddet, vilka lagen fastslagit. Därtill har man vid uppställandet av den nämnda regeln i 5: 9 st. 2 tagit hänsyn.

Att märka är för det första, att skadeståndsskyldighet för den omyndige inträder allenast, därest han vid avtals ingående »genom falska uppgifter» vilselett sin medkontrahent. Det förutsättes således, att den omyndige uppsåtligen lämnat veterligen oriktiga uppgifter. Ett blott förtigande av den bristande behörigheten är icke tillräckligt, även om det varit uppsåtligt; en motsatt regel skulle ju tydligen göra de till den omyndiges skydd givna reglerna så gott som värdelösa.

Vidare är att märka, att även skadeståndsskyldighetens omfattning genom regeln i 5: 9 st. 2 underkastats en viktig begränsning. Lagen skiljer härvid mellan olika fall, allteftersom den omyndiges handling är straffbar eller icke. Är den straffbar, gäller utan inskränkning¹ regeln om skadestånd i SL 6: 1. Detta innebär, att full ersättning för det negativa kontraktintresset skall utgå, d. v. s. medkontrahenten skall försättas i samma ekonomiska läge, som om han aldrig ingått avtalet. Han skall således först och främst ha ersättning för direkta utgifter och kostnader av olika slag, såsom transportkostnader, kostnader för förvaring, försäkring etc., kostnader för en av den omyndige betingad förändring å inköpt föremål o. s. v. Dessutom skall han emellertid ha ersättning för förlust, som kan uppkomma därigenom, att han gått förlustig möjligheten att i stället för det ogiltiga avtalet med den omyndige sluta ett annat, vinstbringande avtal, i vilket fall det ersättningsbara intresset tydligen faktiskt kommer att motsvara det positiva kontraktintresset.² Är åter den omyndiges handling icke straff-

¹ Utan inskränkning dock visserligen allenast om dess förutsättningar äro uppfyllda, d. v. s. om den omyndige fyllt femton år och icke är otillräckelig enligt SL 5: 5; i motsatt fall kommer regeln i 6: 6 i tillämpning med påföljd att frågan om och i vad mån skadeersättning skall utgå blir beroende på en skälighetsprövning med beaktande av de i lagrummet angivna omständigheterna: den omyndiges »sinnesart, gärningens beskaffenhet och omständigheterna i övrigt».

² Så motiven i NJA II 1924, s. 349, STENBECK & LINDHAGEN a. a. s. 93, BENTZON, Personretten, 3 Udg., s. 87 f.

bar, så skall allenast en efter skälighet reducerad ersättning utgå. Den yttersta gränsen markeras av det negativa kontraktsintresset. Inom denna gräns skall emellertid vid skadeståndets utmätande tagas hänsyn till bl. a. den nytta den omyndige kan ha haft av det ogiltiga avtalet, svårighetsgraden av hans svikliga förfarande, motiven för medkontrahenten att inlåta sig med den omyndige o. s. v.

Av de frågor, vartill tillämpningen av 5:9 kan giva anledning, återstå härafter de, som uppkomma, därest gods, som skall återbäras, förvärvats från medkontrahenten eller den omyndige av godtroende tredje man. Dessa frågor hava emellertid ett relativt lösligt samband med förevarande stadgande och skola därför här lämnas åsido.

Bidrag till frågan om gränsen mellan bolag, föreningar och stiftelser.

Bland nutidens många sammanslutningar och inrättningar av olika slag ha under senare tid icke minst vissa till industri- eller handelsföretag knutna »kassor», kallade än sparkassor, än pensionskassor eller något liknande, tilldragit sig uppmärksamheten, i det tvivelsmål uppstått rörande dessas juridiska natur. För ledningen av flera sådana kassor ha vissa händelser aktualiserat frågan, huruvida en dylik kassa kan utan vidare anses som juridisk person eller huruvida kassan genom inregistrering i vederbörligt register kan vinna rättskapacitet.

Såsom ett typiskt exempel på en sådan kassa, som här åsyftas, må anföras en sparkassa, vilken inrättats av ett av vårt lands större handelsföretag och för vilken gälla bestämmelser av i huvudsak följande innehåll.

Sparkassan har enligt sina stadgar till ändamål att bereda sina delägare vid avgång ur tjänsten eller, vid delägares frånfälle, deras rättsinnehavare en sparpenning. Berättigade att ingå i sparkassan äro vissa hos företaget anställda personer. Envar som ingått i sparkassan är skyldig att tillhöra denna, så länge han ännu hos nämnda arbetsgivare innehar fast anställning. Inbetalningar till sparkassan utgöras av dels delägarnas avgifter och dels arbetsgivarens bidrag. Vissa delägare kunna hava ingått i sparkassan med dem tillerkänd andel i ett till arbetsgivarens personal donerat kapital av 50,000 kronor. Delägare är skyldig att till sparkassan erlägga $\frac{1}{20}$ av sin fasta lön. Denna avgift erlägges sålunda, att arbetsgivaren varje gång lön förfaller till betalning av det till betalning förfallande beloppet avdrager $\frac{1}{20}$ och ställer denna till kassans förfogande. Arbetsgivaren bidrager med samma belopp som den för delägaren på nyssnämnda sätt bestämda och av honom

erlagda avgiften. Till kassan inbetalade medel skola av denna bokföras under två särskilda fonder, benämnda den ena avgiftsfonden, den andra bidragsfonden. Dessa fonder skola förvaltas var för sig och utan sammanblandning med varandra. Till avgiftsfonden föras delägarnas avgifter, ränteinkomsterna å fondens medel (räntevinst) samt eventuell kapitalvinst å fondens medel. Till bidragsfonden föras: arbetsgivarens bidrag, ränteinkomsterna å fondens medel, eventuell kapitalvinst å fondens medel samt vad av delägares andelar i denna fond på grund av bestämmelserna i stadgarna tillfaller kassan. Av bidragsfondens inkomster bestridas: alla förvaltnings- och andra omkostnader för såväl avgiftsfonden som bidragsfonden samt i mån av tillgång eventuellt å avgiftsfonden uppkommen kapitalförlust. Kassans medel skola genom dess styrelses försorg göras fruktbärande genom sådan placering, som innefattar full säkerhet. Beslut om placering skall underställas styrelsen för arbetsgivarens företag och får ej verkställas utan densammas gillande. Närmare regler givas angående räntebehållningens fördelning mellan delägarna. Varje delägare erhåller en kontrabok, vilken föres i överensstämmelse med ovan angivna regler. Utbetalning av delägares andel i kassan skall huvudsakligen ske i följande fall och omfattning: då manlig delägare efter uppnådda 60 levnadsår och kvinnlig delägare efter uppnådda 55 levnadsår på egen begäran avgår ur företagets tjänst eller därifrån avskedas, utbetalas till delägaren kontant hela hans andel i avgiftsfonden, varjämte efter företagets beslut delägares andel i bidragsfonden antingen kontant till honom utbetalas eller användes till inköp åt delägaren av en genast börjande livränta. På samma sätt förfäres jämväl bl. a. i det fall, då delägare före den nyss angivna tiden på grund av sjukdom eller försvagad hälsa erhåller avsked ur tjänsten. Avlider delägare, utbetalas till hans rättsinnehavare hans andel i avgiftsfonden. Hans andel i bidragsfonden åter skall i dylikt fall tillfalla hans make och/eller barn. Efterlämnar den avlidne ej make eller barn men föräldrar eller någon av dessa, skall hela hans andel tillfalla dessa efterlevande. Är icke något av nu nämnda fall för handen tillfaller hela andelen en särskild fond, understödsfonden, varur tillfälligt understöd eller begravningshjälp kan tilldelas delägare eller hans efterlevande. Upp-

hör delägares anställning hos arbetsgivaren på annan tid eller grund än ovan nämnts, utbetalas till delägaren kontant hela hans andel i avgiftsfonden samt, för så vitt delägaren ej avskedats för oredlighet eller grövre brott, hela andelen i bidragsfonden eller viss del därav allt efter längden av delägares anställningstid. Beträffande sparkassans organisation m. m. innehålla stadgarna åtskilliga bestämmelser, bl. a. om kassans styrelse, dess sammansättning och åligganden, om kassör och bokförare, om sammanträden med kassans delägare, om revision, om befattningshavares funktionstid, om de ärenden, som skola förekomma till behandling å ordinarie sammanträde, om tvisters avgörande genom skiljedom samt slutligen om ändring av stadgarna och om kassans upplösning. Av innehållet i dessa bestämmelser är särskilt att märka dels en föreskrift om att för ändring av stadgarna erfordras, förutom visst kvalificerat beslut av delägarna, godkännande av styrelsen för arbetsgivarens företag, dels ock en föreskrift om att kassan, så länge arbetsgivarens företag består, icke kan upplösas med mindre därom av sparkassans delägare fattat, på visst sätt kvalificerat beslut godkänts av företaget styrelse.

1. Ställer man frågan om en dylik sparkassas juridiska natur, torde man först hava att avgöra, huruvida den kan registreras såsom ekonomisk förening och därmed vinna rättskapacitet. Vid besvarandet av denna fråga gäller det först att avgöra, huruvida sparkassan kan hänföras under 1911 års lag om ekonomiska föreningar (föreningslagen). Denna lag är enligt sin 1 § tillämplig å »förening med ändamål att främja medlemmarnas ekonomiska intressen genom att... idka ekonomisk verksamhet». Frågan om föreningslagens tillämplighet å sparkassan är således beroende av dels huruvida den är en förening, dels huruvida dess ändamål är att främja delägarnas ekonomiska intressen genom att idka ekonomisk verksamhet. Av dessa båda frågor må den sist nämnda först upptagas till besvarande.

Beträffande sparkassans ändamål kan härvid till en början konstateras, att kassans syfte — att bereda delägarna en sparpenning — påtagligen är ett sätt att främja dessas ekonomiska intressen. Frågan är blott om detta syfte skall vinnas genom att idka »ekonomisk verksamhet». Är mottagandet av insatser

och deras förvaltande att anse såsom idkande av ekonomisk »verksamhet»? Att denna fråga bör besvaras jakande torde knappast kunna bestridas. En sådan verksamhet motsvarar i stort sett principiellt den verksamhet, som utövas av en försäkringsförening — angående en betydande, i detta sammanhang emellertid irrelevant skiljaktighet se dock nedan — och att en verksamhet av detta senare slag skall räknas som ekonomisk verksamhet enligt föreningslagen framgår tydligt därav, att lagen, då den från sitt tillämpningsområde velat undantaga sistnämnda föreningar, ansett en uttrycklig undantagsregel här för erforderlig; se föreningslagen 91 §.¹

Därmed är spørgsmålet om arten av sparkassans verksamhet dock ännu icke till fullo besvarat. Det återstår att avgöra, huruvida sparkassans verksamhet är av det speciella slag, som föreningslagen genom sin uppräknings i 1 § velat angiva. Enligt en uppfattning, som uttalats av socialstyrelsen i nedan omnämnda rättsfall,² borde föreningslagen så tolkas, att den vore tillämplig blott å konsumtions-, produktions-, bostads- och kreditföreningar. Då lagen vid sidan om de i 1 § särskilt uppräknade olika huvudtyperna av ekonomiska föreningar omnämner även »förening med ändamål att . . . idka annan ekonomisk verksamhet», så skulle därmed enligt socialstyrelsens mening allenast avses kreditföreningar. Till stöd för denna mening har socialstyrelsen åberopat motiven till lagen samt hävdvunnen praxis.

Denna tolkning av lagen torde dock näppeligen vara riktig. Anmärkas kan framför allt, att bland de uttryckligen nämnda arterna av föreningar upptagits även »föreningar med ändamål att . . . anskaffa lån åt medlemmarna». Denna art av föreningar torde i själva verket omfatta så gott som alla kreditföreningar, vilka icke särskilt undantagits genom stadgandet i 91 § föreningslagen. För så vitt föreningar förekomma, vilka

¹ Jmfr även motiven till 1890 års förslag till lagar om enkla bolag etc. samt om föreningar för ekonomisk verksamhet, s. 137 (cit. även av FALK, Om ideella föreningar, 1908, s. 42 f.): »Ehuru själva titeln å förevarande lagförslag angiver, att detsamma avser endast sådana föreningar, vilka hava en ekonomisk verksamhet till mål och uppgift, skulle det dock, enligt kommitténs uppfattning, vara att lägga en obehörig tonvikt på uttrycket 'verksamhet', om man ansåge förslaget icke kunna vinna tillämpning på sådana föreningar, som hava till syfte försäkring, vare sig i egentlig mening eller t. ex. beredande av sjuk- eller begravningshjälp.»

² RÅ 1920, s. 149.

hava till syfte »att bereda medlemmarna tillfälle till erhållande av kredit» på annat sätt än genom anskaffande av lån, lära sådana föreningar visserligen falla in under uttrycket »idka annan ekonomisk verksamhet», men knappast är det tänkbart, att lagen efter att omedelbart förut hava uttryckligen omnämnt de egentliga kreditföreningarna skulle med det citerade uttrycket syftat uteslutande å andra eventuellt förekommande kreditföreningar. Förarbetena utvisa också, att det ifrågavarande uttrycket enligt lagstiftarens mening har en långt vidsträcktare syftning. Sålunda har det exempelvis av lagutskottet vid 1910 års riksdag påpekats, att förening med ändamål att främja medlemmarnas ekonomiska intresse genom att avsätta alster av föreningens egen verksamhet inbegreps under vad uttrycket »idka annan ekonomisk verksamhet» åsyftade. I rättspraxis har också, tvärt emot vad socialstyrelsen gjort gällande, föreningslagen tillämpats på ett flertal typer av föreningar, som icke falla in under någon av de i lagen såsom exempel nämnda huvudformerna.¹ I det hela torde, såsom departementschefen år 1909 framhöll, »varje association med syfte att genom ekonomisk verksamhet främja medlemmarnas ekonomiska intressen» med de undantag, som uttryckligen stadgats, böra kunna vinna erkännande såsom ekonomisk förening. Samma uppfattning som här utvecklats har också KALLENBERG uttalat.²

Likvisst ligger i den exemplifikation 1 § innehåller en viss begränsning. Exemplen upptogs, såsom förarbetena till 1895 års föreningslag tydligt utvisa,³ i syfte att begränsa lagens tillämpning till sådana associationer, som verkligen utgjorde »föreningar» i detta ords egentliga, mera begränsade betydelse, d. v. s. associationer, vilka i motsats till bolagen icke hade sitt syfte i sig själva utan åsyftade »samverkan mellan per-

¹ Se t. ex. RÅ 1911 not F n:r 257; 1912 not F n:r 8, 1932 not S n:r 69.

² Se Nordisk familjebok, 2 uppl. Bd 9, sp. 401—02, varest KALLENBERG yttar: »Av förarbetena till lagen torde, om ock ej fullt otvetydigt, framgå, att den samma ansetts skola, bortsett från angivna undantag, äga tillämpning på alla personsammanslutningar, vilka under föreningsform driva ekonomisk verksamhet av den art, att den kan och bör under denna form utövas. Då § 1 i lagen närmare angiver olika syften, skulle meningen således ej vara att göra någon ytterligare begränsning av lagens tillämpningsområde utan endast att underlätta uppfattningen, huruvida en förening bör betraktas som en förening för ekonomisk verksamhet.» Jmfr även ett kompendium i bolagsrätt, utg. efter föreläsningar av professor BENCKERT, 1936, s. 139 f.

³ Se NJA II 1895 s. 116.

soner, vilkas egentliga verksamhet var riktad åt annat håll och som i denna samverkan hade allenast ett sekundärt intresse, så till vida som de därigenom hoppades stärka den ekonomiska ställning, vilken dock väsentligen vilade på annan grundval».¹ Man ville med andra ord, såsom man också uttryckte detta, skilja föreningarna från bolagen genom att framhålla, att föreningslagen allenast avsåge associationer, vilkas verksamhet vore »accessorisk» i förhållande till medlemmarnas egentliga verksamhet. Men då den sålunda åsyftade gränslinjen i verkligheten ofta måste bli va svävande, befanns det nödvändigt att genom en exemplifikation bättre klargöra, vad man åsyftade. I detta syfte formulerades 1 § i 1895 års föreningslag, vilken allenast gällde vissa uppräknade arter av förening, samtliga typiskt accessoriska, samt annan förening med syfte att på ett med de uppräknade föreningarnas verksamhet jämförligt sätt främja medlemmarnas intressen. Någon anledning antaga, att exemplifikationen i 1 § i 1911 års lag i detta avseende skulle hava ett annat syfte, finnes emellertid icke.

Frågar man huruvida en sådan verksamhet som den, vilken nu ifrågavarande sparkassa utövar, kan anses åsyftad av 1 § föreningslagen, borde svaret i enlighet med det nu sagda snarast bli ja, ty uppenbart är denna verksamhet accessorisk i förut angivna mening. Detta torde framgå redan därav, att sparkassan så till vida är sluten, att den blott upptager delägare bland de hos arbetsgivaren anställda personerna. Det är icke kassans syfte att driva någon självständig rörelse, varav delägarna hade fördel genom att bli va delaktiga i en därigenom uppkommande affärsvinst, utan syftet är blott att understödja delägarna i deras ekonomi.

Trots detta måste man emellertid konstatera, att just så vitt angår föreningar, som haft med sparkassans verksamhet likartat ändamål, rättspraxis vägrat registrering, enär dylik förenings ändamål ansetts icke motsvara något av de i 1 § föreningslagen åsyftade. Sålunda blev under 1895 års föreningslags giltighetstid registrering vägrad en förening med ändamål att åt medlemmarna genom obligatoriska månatliga inbetalningar samla kapital och bereda dem tillfälle till billiga lån.²

¹ Ovannämnda motiv till 1890 års förslag s. 134 f.

² Se RÅ 1909, s. 149.

Såsom skäl härför anfördes av K. Bef., att föreningen på grund av dess verksamhet vore att jämställa å ena sidan med en kapitalförsäkringsanstalt, å andra sidan med en låneanstalt för penningutlåning, varför verksamheten, även om den kunde sägas vara i viss mån ekonomisk, i allt fall icke vare sig i det ena eller andra hänseendet vore att hänföra till sådan ekonomisk verksamhet, som avsåges i föreningslagen. Till stöd för denna åsikt åberopade K. Bef. jämväl undantagsstadgandet i 70 §. Till denna uppfattning anslöt sig RR, som icke fann skäl till ändring i K. Bef:s beslut.

Samma ståndpunkt har RR även under nuvarande föreningslags giltighetstid intagit i ett likartat fall, i vilket var fråga om begärd registrering av »Fastmyra gårds, med underlydande självhjälpsförening u. p. a.».¹ Denna förening hade enligt stadgarna, så vitt här är av intresse, till ändamål att genom insatser av dels de vid Fastmyra och underlydande gårdar och dels de i ägarens eller innehavarens hushåll genom personliga avtal anställda manliga eller kvinnliga arbetare befordra sparsamhet hos dessa därigenom, att föreningens medlemmar till föreningen inbetalade viss andel av sin kontanta lön, som avsattes till en fond, varifrån medlemmarna, på sätt stadgarna närmare bestämde, kunde erhålla ett kapital som, jämte ränta å gjorda insatser och av gårdens innehavare till fonden överlämnade tillskott, kunde sätta dem i stånd att förvärva ett eget hem. Härjämte hade föreningen till ändamål att i övrigt tillvarata medlemmarnas ekonomiska intressen. Angående medlemmarnas ställning innehöllo stadgarna bl. a. följande: Medlem deltagar i föreningen med en insats av 1 kr., som erlägges vid inträdet, och är medlem dessutom skyldig att till fonden varje månad överlämna $\frac{1}{10}$ av den till honom från gården utgående kontanta lönen. Till de sålunda av medlem överlämnade månatliga insatserna tillskjuter ägaren eller innehavaren av Fastmyra gård ett minst lika stort belopp. Från den sålunda bildade fonden äger medlem, som varit anställd på gården minst 5 på varandra följande tjänsteår, uppbära dels egen insats jämte av gårdens ägare eller innehavare tillskjutet belopp, dels ock under denna tid upplupen ränta. Medlem, som under en sammanlagd tid av minst 20 kalenderår innehaft sta-

¹ RÅ 1920, s. 215.

digvarande tjänst hos gårdens ägare eller innehavare, är därjämte berättigad att vid tjänstetidens slut utan någon ersättning få åt sig upplåten tomtplats med en ägovidd ej understigande 0.25 har. Ägaren av Fastmyra gård äger ensam att bestämma belägenheten av tomten. Därest fondens tillgångar det medgiva och medlemmarnas angivna rättigheter icke trädas för nära, äger föreningen utdela understöd åt behövande medlemmar och deras barn. K. Bef. vägrade registrering av föreningen, enär dess ändamål icke vore sådant, att föreningen kunde registreras enligt föreningslagen. Sedan föreningen anfört besvär häröver, yttrade socialstyrelsen i infordrat utlåtande efter att hava utvecklat sin ovan relaterade uppfattning angående innebörden av uttrycket »idka annan ekonomisk verksamhet» i 1 §: Ifrågavarande sammanslutning syntes svåriligen kunna betecknas såsom kreditförening lika litet som bostadsförening utan syntes hava till ändamål att driva en verksamhet, som närmast vore att betrakta såsom understöds- eller försäkringsverksamhet. Föreningar, som bedreve sådan rörelse, vore jämlikt 91 § i lagen uttryckligen undantagna från lagens tillämpning. På grund av vad sålunda anfördes hemställdes, att besvären måtte lämnas utan bifall. Så skedde ock, i det RR ej fann skäl att göra ändring i K. Bef:s beslut.

Ehuru man, såsom av det ovan sagda torde framgå, har starka skäl att ifrågasätta riktigheten av den ståndpunkt praxis intagit i nu berörda båda fall, måste man likväl medgiva, att här är fråga om gränsfall, som icke kunna med full visshet föras på viss sida om gränsen, i det man nämligen kan hysa tvivel, huruvida icke, trots sammanslutningarnas karaktär av ekonomisk förening med »accessoriskt» ändamål, föreningslagen utesluter dem från sitt tillämpningsområde av *det skäl*, att de träffas av *undantagsregeln* i 70 § i 1895 års lag resp. 91 § i 1911 års lag.

Till stöd för sin ståndpunkt kan rättspraxis ock till synes, såvitt angår just nu ifrågavarande art av föreningar, åberopa ett uttalande under förarbetena till 1895 års föreningslag. I en av HAMMARSKJÖLD författad Redogörelse för den utländska bolags- och föreningsrättens utveckling yttrar förf.¹ följande: »Vad ... beträffar den närmare beskaffenheten av det under-

¹ S. 96.

stöd, som genom föreningsverksamheten kan komma medlemmarnas ekonomi till del, så kan detta understöd lämnas i tre huvudsakligen olika riktningar. Dels kan föreningsverksamheten underlätta medlemmarnas förvärv (produktionsföreningar i vidsträcktaste bemärkelse), dels förminska deras levnads-kostnader (konsumtionsföreningar i vidsträcktaste bemärkelse), dels fördela och därigenom mildra verkningarna av de olycksfall, som drabba deras tillhörigheter (försäkringsföreningar), vilket sistnämnda verkningssätt efter omständigheterna faller nära ettdera av de båda nyss förut omförmälda. De föreningar åter, vilkas verksamhet blott består däri, att medlemmarnas besparingar, vare sig med eller utan användande av någon av livförsäkringens eller närliggande försäkringsarters olika former, insamlas och göras fruktbärande, torde ej böra hit hänföras, således t. ex. ej sjuk- och begravningskassor, livförsäkrings-, ålderdomsförsäkrings- eller olycksfallsförsäkringsföreningar.» Även om, såsom förf:s exemplifiering synes bestyrka, han måhända icke haft i sikte sparkassor av den typ, varom här är fråga, kan detta uttalande synas stödja åsikten, att en dylik sparkassa skulle falla utanför föreningslagen redan av det skäl, att den icke motsvarade lagens begrepp »förening för ekonomisk verksamhet» resp. »ekonomisk förening». Att märka är emellertid att uttalandet anslöt sig till ett lagförslag, vilket icke, såsom däremot såväl 1895 års lag som 1911 års lag, preciserat begreppet ekonomisk förening genom att bl. a. i ett särskilt undantagsstadgande angiva de föreningar, som icke skola vara hänförliga under lagen. Efter tillkomsten av ifrågavarande undantagsstadganden måste däremot frågan om föreningslagens tillämplighet å en viss förening med ändamål att driva ekonomisk verksamhet av »accessorisk» natur bliva helt beroende av huruvida föreningen faller in under lagens undantagsstadgande eller icke.

Med avseende å nu ifrågavarande sparkassa kommer således frågan om föreningslagens tillämplighet, så vitt det gäller arten av kassans verksamhet, att bliva beroende av huruvida denna kan föras in under lagens undantag i 91 § för »sjukkassor, understödsföreningar eller andra försäkringsföreningar». Frågan blir således, huruvida sparkassans verksamhet kan betecknas såsom *försäkringsverksamhet*.

Denna fråga är i själva verket minst lika vansklig att besvara som den nyss behandlade. Någon definition av begreppet försäkring finnes ingenstädes i vår lag. Icke heller lämna förarbetena till hithörande lagar, framför allt lagen om understödsföreningar 1912, lagen om försäkringsrörelse 1917 och lagen om erkända sjukkassor 1931, någon nämnvärd ledning. Man har därför att utgå från det försäkringsbegrepp, som utbildats av doktrinen inom de av det allmänna språkbruket upptagna gränserna. Med denna utgångspunkt torde man, oaktat icke heller de rättslärda kommit till någon fullständig enighet om hur begreppet försäkring skall bestämmas, kunna fastställa som ett allmänt erkänt väsentligt moment i all slags försäkring, att denna förutsätter ett visst fare- eller åtminstone ovisshetsmoment, ett aleatoriskt moment. I enlighet härmed är det en allmän — dock ingalunda alldeles obestridd — uppfattning att man icke såsom en verklig försäkring kan betrakta exempelvis en s. k. sparförsäkring, d. v. s. ett avtal, varigenom en försäkringsgivare mot engångspremie eller årligen under hela försäkringstiden förfallande premier åtager sig att till försäkrigstagaren eller hans rättsinnehavare på viss bestämd tid utbetala en viss summa; i en dylik »försäkring» saknas nämligen helt och hållet det nyssnämnda aleatoriska momentet.¹

Detta moment i begreppet försäkring synes vara av betydelse även vid bedömandet av nu ifrågavarande kassas verksamhet. Då enligt kassans stadgar dess delägare under alla förhållanden skola återbekomma hela det av dem i kassan insatta sparkapitalet jämte all den faktiskt fallna avkastningen därå samt dessutom eventuellt skola erhålla ett kapital därutöver, avpassat i viss varierande relation till sparkapitalet, är det uppenbart, att kassan för fullgörande av sistnämnda åtagande icke kan basera sin rörelse på några egentliga försäkringsmässiga överväganden, d. v. s. några risk- och räntekalky-

¹ Här om se bl. a. EHRENBURG i *Versicherungslexikon*, hrsg. von A. MANES, spalt 209, LOEWY i samma arbete, spalt 1144, MANES, *Versicherungswesen*, 3 Aufl. Bd 2, s. 54 f., HAGER & BRUCK, *Reichsgesetz über den Versicherungsvertrag*, 5 Aufl. von E. BRUCK (= *Guttentagsche Sammlung deutscher Reichsgesetze* nr 83) s. 409, JAEGER, *Kommentar zum schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag*, Bd 3 s. 17, HEMARD, *Théorie et pratique des assurances terrestres*, II, s. 406 not 1, EHRENZWEIG, *Versicherungsvertragsrecht*, Bd 1 s. 103 f., Bd 2 s. 758.

ler med avseende å kassans delägare och deras insatser. Att det är mer eller mindre ovisst, huruvida något anspråk på ett dylikt extra kapitalbelopp till sist skall uppstå för den enskilde delägaren, utgör visserligen ett aleatoriskt moment i rättsförhållandet mellan kassan och dess delägare, i viss mån likartat med den risk en försäkringstagare övertager, men detta aleatoriska moment *motsvaras icke i kassans verksamhet av den för försäkringsverksamheten typiska organisationen*. Fullgörandet av sagda åtagande är över huvud möjligt allenast därför, att sparkassan erhållit en utomstående, arbetsgivarens, löfte att i förhållande till kassan fullgöra *allt* vad som erfordras för att sätta kassan i stånd till ifrågavarande prestation.

Den omständigheten, att kassan icke med delägarnas bidrag allena utan först med stöd därutöver från en utomstående kan fullgöra sina utfästelser till delägarna utgör visserligen i och för sig icke något hinder för att betrakta kassans verksamhet som en art av försäkring. Såsom under förarbetena till lagen om understödsföreningar erinrades,¹ är en pensionskassa, som är inrättad för personer, anställda hos viss arbetsgivare, att betrakta som en understödsförening enligt 1912 års lag, därest inom kassan arbetarna själva i avsevärd mån bidraga till sin pensionering, även om kostnaderna för pensioneringen till största delen bestridas av arbetsgivaren eller genom avkastningen av en donerad fond. Förutsättningen härför måste emellertid vara, att kassan för fullgörande av sina åtaganden även när de från arbetsgivaren inflytande bidragen tagas i beräkning måste basera sin verksamhet på försäkringsmässiga överväganden, såsom fallet blir om kassan, såsom i det anförda exemplet, utfäster pensioner, liksom ock om den utfäster visst kapitalunderstöd att utgå med bestämt belopp vid delägares uppnående av viss ålder eller vid dödsfall eller sjukdom eller invaliditet eller liknande oviss händelse. Av sådan natur äro emellertid icke nu ifrågavarande sparkassas utfästelser. Kassan utlovar allenast att till delägarna under särskilt angivna, visserligen ovissa förutsättningar utbetala, till fullo eller till viss del, det kapitalbelopp, som vid utbetalningstiden faktiskt redan blivit av arbetsgivaren för varje särskild delägare inbetalat, d. v. s. ett *redan färdigbildat* kapital, jämte den behållna ränteavkast-

¹ Se NJA II 1913 s. 20 f.

ning å dylikt belopp, som kassan faktiskt kan hava ernått, sedan bruttoräntan belastats med de avdrag för vissa utgifter m. m., som stadgarna medgiva. Den rörelse kassan bedriver synes på grund härav i rättsligt hänseende rättast kunna karakteriseras som en sparkasserörelse, för vars uppmuntrande och inriktning på visst mål kassan blivit satt i stånd att till spararna utlova ett under vissa förutsättningar vid sidan av det sparade kapitalet utfallande större eller mindre men alltid i viss mån obestämt kapitalbelopp. Vad sparkassan åtager sig skiljer sig med andra ord knappast väsentligt från vad även en vanlig bank utan att den därför kunde anses driva försäkringsverksamhet skulle kunna åtaga sig, i det banken å en särskild räkning mottog insättningar *dels* från vissa anställda och *dels* från dessas arbetsgivare under förpliktelse att till de förstnämnda fullgöra utbetalningar under villkor motsvarande dem, som ifrågavarande sparkassas reglemente innehåller.

2. Det hittills sagda har givit till resultat, att sparkassan bör anses bedriva en verksamhet av den art, som avses i 1911 års föreningslag, men att rättspraxis — ehuru med orätt — torde betrakta en verksamhet motsvarande kassans såsom hänförlig under sådan understöds- och försäkringsverksamhet, som avses i 1912 års lag om understödsföreningar. Enligt rättspraxis torde det redan på grund härav icke vara möjligt att uppnå registrering av kassan vare sig enligt föreningslagen eller — eftersom kassans organisation icke motsvarar de härför uppställda förutsättningarna — enligt lagen om understödsföreningar. Enligt den här utvecklade åsikten borde åter i arten av kassans verksamhet icke möta hinder för dess registrering enligt föreningslagen men väl för registrering enligt lagen om understödsföreningar.

Med utgångspunkt från sistnämnda åsikt gäller det då att vidare undersöka, huruvida kassan uppfyller den andra ovan nämnda huvudförutsättningen för att kunna hänföras under föreningslagen, d. v. s. huruvida kassan verkligen är att anse såsom en *förening*. Även detta är en vanskelig uppgift. Det gäller att draga gränsen å ena sidan mellan föreningar och bolag, å andra sidan mellan föreningar och stiftelser. Klart är nu visserligen på grund av vad ovan sagts angående den i förhållande till delägarnas egentliga hushållning accessoriska na-

turen av kassans verksamhet, att kassan icke utgör någon bolagsbildning. Vad det gäller att avgöra är därför om kassan utgör en förening eller en stiftelse. Närmast till hands kan därvid synas ligga att antaga kassan utgöra en förening. I denna riktning pekar bl. a. det förhållandet, att kassan har delägare, att delägarna hava *dels* en viss bidragsplikt, *dels* vissa rättsanspråk mot kassan ävensom att de deltaga i val av styrelse och revisorer samt avgöra frågor om ansvarsfrihet för styrelsen och om fastställande av balansräkning m. m. Likväl torde övervägande skäl tala för att kassan bör anses icke såsom en förening utan som en *stiftelse*.

Med stöd av 1 § i 1929 års lag om tillsyn över stiftelser torde kunna fastställas, att en stiftelse skall anses grundad, då »någon anslagit egendom att såsom självständig förmögenhet fortfarande tjäna ett bestämt ändamål».

Stiftelses ändamål kan således vara vilket som helst, blott det icke är rättsstridigt eller osedligt.

Vad som kräves beträffande ansläendet av viss förmögenhet är åter mera ovisst. I ett förslag av 1903 förutsattes i detta hänseende, att egendom »överlåtits». Av skäl som i själva verket genom senare företagen begränsning av lagförslaget förlorade sin bärkraft, upptogs emellertid i lagen i stället för det citerade ordet uttrycket »anslagit».¹ Detta torde dock enligt härskande uppfattning icke innebära någon eftergift i kravet på att egendom faktiskt skall hava tillflutit stiftelsen. Stiftelseförmögenheten skall bestå av såsom »särskild förmögenhet» avskilda tillgångar, vilka av stiftelsen skola förvaltas för det därmed avsedda ändamålet.² Vad detta krav innebär synes emellertid i viss mån tvivelaktigt. Tydligt är, såsom i 1903 års förslag framhölls,³ att det för uppkomsten av en stiftelse icke är tillräckligt, »att egendom avsatts för ett uppgivet ändamål under sådana villkor, att den, som härom förordnat, fortfarande är ägare av densamma och kan återkalla bestämmelsen om dess användning», såsom t. ex. om »inom ett bolag visst belopp disponeras till en pensionsfond för bolagets arbetare utan

¹ Se NJA II 1929 s. 268 ff.

² Jmfr lagberedningens förslag till lag om aktiebolags pensions- och andra personalstiftelser, s. 41 f., 55 f. och 57 samt 1 § i lagen den 18 juni 1937 angående samma ämne.

³ Se NJA II 1929 s. 238.

att bolaget avstår från äganderätten till beloppet». Att genom ett dylikt »disponerande» någon stiftelse icke grundas följer redan därav, att detsamma icke för bolaget grundlägger någon verklig förpliktelse i förhållande till annat rättssubjekt. Frågan är emellertid, huruvida icke en stiftelse kunde tänkas grundad med en stiftelseförmögenhet, som uteslutande bestode i en *fordran* å stiftaren. Ordalagen i 1 § av 1929 års tillsynslag synas i varje fall icke lägga hinder i vägen därför. Anmärkas kan ock att i motiven till 1903 års förslag, som i sin definition å stiftelse krävde t. o. m. »överlåtelse» av stiftelseegendomen, uttryckligen framhölls, att »stiftelseförmögenheten kan omfatta varje slag av egendom, som är ägnat att tjäna befordrande av stiftelseändamålet»,¹ och att sålunda stiftelser finnas, »vilkas enda tillgångar utgöras av rätten till en ränta eller bidrag in natura från egendom, som är annans tillhörighet»; d. v. s. stiftelseförmögenheten kan, som det heter på annat ställe i samma motiv,² »bestå i endast en fordringsrätt å periodiskt återkommande prestationer av varor eller penningar».

Kan stiftelseförmögenheten över huvud bestå i en dylik fordran, så synes emellertid intet kunna hindra antagandet, att stiftelseförmögenheten även kan bestå i en dylik fordran riktad mot stiftaren. Förutsättningen härför måste emellertid vara, att stiftaren verkligen har rättsligt förpliktat sig i förhållande till stiftelsen, något som enligt lagen 1936 angående vissa utfästelser om gåva 1 § kan ske antingen genom att stiftaren utfäster fordringsbeloppet i ett skuldebrev eller annan urkund, som blir till stiftelsen överlämnad, eller genom att han gör utfästelsen med ett av omständigheterna framgående syfte att låta den komma till allmänhetens kännedom.

Emot antagandet av en sådan regel, som nu ifrågasatts, kan måhända med visst skäl det uttryckliga erkännandet av sådana stiftelser, som avses i den förutnämnda lagen om aktiebolags pensionsstiftelser, synas tala. Anmärkas må emellertid att ett argumentum e contrario med stöd av denna lag framstår såsom mindre befogat med hänsyn till att den ordning lagen stadfäster går väsentligt mycket längre än vad här ifrågasatts såsom förenligt med redan förut gällande rätt. Lagen var så-

¹ Se Förslag till lagar om — — — offentligen erkända stiftelser m. m. (1903) s. 90.

² Se s. 92.

ledes behöfvlig, även om redan förut det var möjligt att skapa stiftelser, vilkas förmögenhet blott bestod i en fordran hos stiftaren. Tilläggas må att stiftelseförmögenhet bestående i en fordran å stiftaren i schweizisk rättspraxis ansetts uppfylla den schweiziska civillagens med vår lags principiellt likartade krav i förevarande hänseende.¹

Beträffande slutligen den i tillsynslagens stiftelsebegrepp uppställda förutsättningen rörande stiftelsens varaktighet torde följande uttalande av departementschefen vid remissen av 1929 års förslag² kunna anses auktoritativt vägledande: »I stiftelsebegreppet ligger, att stiftelsen skall hava en viss varaktighet. Det är härvid icke nog, att stiftelseändamålet äger varaktig betydelse, utan själva stiftelsen, sådan den framträder i det yttre, alltså stiftelseförmögenheten, måste vara avsedd att fortfarande äga bestånd och tjäna främjandet av stiftelseändamålet. Den varaktighet, som alltså hör till stiftelsens natur, kan emellertid icke innebära, att stiftelsens tillvaro med nödvändighet skall sträcka sig över all framtid. Tvärtom röna vissa stiftelser inverkan av förändringar i bestående faktiska och rättsliga förhållanden samt kunna av många olika anledningar upphöra. Mot den fordran på varaktighet, som ställes på en stiftelse, torde icke ens strida, om de bestämmelser, som träffats rörande stiftelseändamålet och stiftelseförmögenhetens förvaltning, i sig själva innehålla en tidsbegränsning. En disposition, genom vilken egendom anslagits för ett syftemål, om vilket man kan förutse, att det i en framtid skall vara uppfyllt eller icke längre äga giltighet, strider alltså icke emot stiftelsebegreppet, likasom ej heller en förmögenhetsanordning av den art, att för stiftelsen användes mera än förmögenhetens avkastning och att således förmögenheten småningom förtäres. Den stiftelse enligt dess begrepp tillkommande varaktigheten är alltså till sin utsträckning ganska obestämd. Det torde icke vara lämpligt att härvid uppställa någon närmare begränsning än som ligger i ordet 'fortvarande'. Detta uttryck synes vara att föredraga framför det av kommittén använda 'stadigvarande'. Såväl det ena som det andra uttrycket avser emellertid

¹ Se EBERLE, Die Behandlung der Stiftungen im schweizerischen Recht, s. 20, 23, 30, 95.

² Se NJA II 1929 s. 239 f.

att angiva å ena sidan, att stiftaren skall hava åtsyftat en jämförelsevis lång tid för stiftelsens fortvaro och verksamhet, samt å andra sidan, att stiftelsen dock icke behöver vara avsedd att ständigt äga bestånd.»

Samtliga de moment, som enligt det nu sagda utmärka en stiftelse, torde känneteckna även nu ifrågavarande sparkassa. Arbetsgivaren har till den av honom grundade kassan successivt överlämnat ett allt större kapital, vilket av kassans styrelse skall såsom särskild fond fortvarande förvaltas för det i kassans stadgar angivna ändamålet. Att detta ändamåls förverkligande medför en partiell konsumtion av detta kapital torde i enlighet med tankegången i det nyss citerade uttalandet av departementschefen år 1929 icke utgöra något hinder för att betrakta kassan såsom en stiftelse. Så mycket mindre kan för övrigt något sådant antagas, som kassan, så länge övriga förutsättningar för dess verksamhet äro för handen, i följd av arbetsgivarens åtagna bidragsförpliktelse även för framtiden är tillförsäkrad allt det kapital, som erfordras för främjande av dess syfte och fullgörande av de i stadgarna avsedda utbetalningarna. Under förutsättning att arbetsgivarens bidragsförpliktelse är rättsligen utkrävbar, så att förpliktelsen motsvaras av en i kassans förmögenhet ingående fordran, innebär ifrågavarande förhållande i själva verket i enlighet med vad ovan anförts angående begreppet stiftelseförmögenhet, att kassan i varje ögonblick — bortsett från möjliga kapitalförluster — disponerar en förmögenhet, som är fullt tillräcklig för realiserandet av dess syfte i enlighet med stadgarna. Även under motsatt förutsättning torde dock i förevarande avseende icke möta något hinder för kassans erkännande såsom stiftelse. Den omständigheten, att stiftelseförmögenheten tilläventyrs i en framtid skulle kunna visa sig otillräcklig för ett fortsatt fullföljande av dess syfte i oinskränkt omfattning torde nämligen knappast kunna föranleda, att icke kassan i dess nuvarande gestaltning med det kapital den nu disponerar skulle erkännas såsom stiftelse.

Det nu sagda har givit vid handen, att sparkassan, samtidigt som den uppvisar vissa av de för föreningar karakteristiska dragen, har de kännetecken, som utmärka stiftelser. Detta sammanhänger med att någon klar gräns mellan föreningar och

stiftelser i själva verket icke kan uppdragas. Såsom en principiell skiljegräns dem emellan brukar i doktrinen framhållas, att föreningens grundval är en personsammanslutning, stiftelsens en förmögenhet. Denna distinktion kan närmare utvecklas i överensstämmelse med följande yttrande i motiven till 1903 års förslag:¹ »Ehuru även stiftelser äro beroende av personlig medverkan, äro de i förmögenhetsrättsligt hänseende självständiga. Deras förmögenhet kan visserligen bestå i endast en fordringsrätt på periodiskt återkommande prestationer av varor eller penningar, men deras ekonomiska ställning kan icke vara byggd på frivilliga bidrag. De vanliga pensions- och sjukkassorna, som äro grundade på avgifter av delägarna, äro icke stiftelser utan föreningar. Intet hindrar emellertid, att en dylik kassa delvis kan vara en stiftelse, t. ex. om den har en grundfond, vilken blivit given till sådant ändamål under villkor, som stå i överensstämmelse med stiftelsebegreppet. Det vanligaste torde dock vara, att även grundfonden tillhör den förening, för vilkens medlemmar kassan är avsedd.»

Då man drager gränsen på nu angivet sätt, tager man tydligen ur en viss synpunkt sikte på stiftelsens egenskap att, i motsats till föreningen, utgöra ett medel för ett *fortvarande* tillgodoseende av ett visst ändamål. Med samma allmänna karakteristikon i sikte har man ur en annan synpunkt preciserat gränsen mellan föreningar och stiftelser genom att framhålla, att föreningen själv bestämmer sitt ändamål, medan stiftelsens ändamål blir slutgiltigt bestämt av stiftaren. »Die Körperschaft regiert sich selbst, die Anstalten und Stiftungen werden nach fremdem Willen regiert.»²

Den faktiska verkligheten uppvisar emellertid en mångfald övergångsformer. Det finns föreningar, som mer eller mindre tydligt uppvisa de för stiftelser typiska dragen, stiftelser som mer eller mindre likna föreningar. Sålunda framhåller beträffande gränsdragningen mellan föreningar och stiftelser EGGER i sin kommentar till den schweiziska lagens med vår lags i stort sett överensstämmande stiftelsebegrepp:³ »Es gibt Übergangsgebilde. Die Körperschaft kann eine völlig zweckgebun-

¹ S. 92.

² REGELSBERGER, Pandekten, s. 296; se även EGGER, Personenrecht, 2 Aufl., s. 357, BENTZON, Personret, 3 Udg., s. 386 m. fl.

³ EGGER o. a. a., s. 357.

dene sein. Die Umwandlung des Vereinszweckes wird nicht nur erschwert (art. 74) sondern gänzlich ausgeschlossen, z. B. in Statuten körperschaftlich organisierter Fabrikkrankenkassen und ähnlicher Wohlfartsorganisationen . . . Umgekehrt kann bei der Stiftung der Zweck so weit gefasst sein, dass er ihren Organen eine grosse Freiheit eigener Willensbildung einräumt. — Die Körperschaft kann einer Mehrheit von Mitgliedern entraten: Zweiergesellschaft, Einmannsgesellschaft . . . Umgekehrt kann die Stiftung eine körperschaftliche Organisation aufweisen. Beitragspflichtigen, auch Destinatarén, können mitgliedschaftliche Rechte eingeräumt werden (Familienstiftungen, Wohlfahrtsanstalten, schweiz. Sanatorium universitaire).»

I dylika fall finns ingen annan möjlighet att träffa avgörandet än att efter ett bedömande av vilka drag som dominera söka fastställa *huvudkaraktären* hos den ifrågavarande rättsbildningen. »Im Zweifel entscheidet sich nach der Gesamtgestaltung, welche Züge überwiegen. Besondere Bedeutung kommt der Selbstbestimmung zu, der eigenen Zwecksetzung und der eigenen Auflösungsbefugnis. Fehlen beide, dann liegt eine Stiftung vor . . . (Gierke I 474, Regelsberger 296 . . .).»¹

Utgår man från en dylik syn på saken, torde man, såsom redan ovan gjorts gällande, komma till det resultat, att nu ifrågavarande sparkassa utgör en stiftelse. Kassan har visserligen delägare, vilka liksom medlemmarna i en förening betala vissa periodiska bidrag och kunna utöva en viss beslutanderätt. Från verkliga föreningsmedlemmar skilja sig dessa delägare emellertid i framför allt två väsentliga hänseenden: de kunna icke självständigt besluta om ändring av kassans stadgar och de kunna icke heller självständigt besluta om kassans upphörande. I båda avseendena erfordras samtycke från en utomstående, arbetsgivaren. Denne å sin sida kan icke heller blott genom sin vilja åstadkomma någon förändring av kassans stadgar eller bringa den att upphöra. Och genom båda dessa omständigheter i förening kommer sålunda till uttryck, att kassan verkligen utgör en för ett fortvarande främjande av ett visst ändamål tillskapad inrättning. Ytterligare kommer samma förhållande till uttryck därigenom, att kassan för det ifrågavarande ändamålets varaktiga främjande blivit försedd med ett av ar-

¹ EGGER, s. a. st.

betsgivaren överlämnat kapital, vilket gör den i förmögenhetsrättsligt hänseende självständig. För fullgörandet av utbetalningarna ur avgiftsfonden är kassan visserligen beroende av delägarnas periodiska bidrag, och det kunde sålunda kanske synas, som om i överensstämmelse med tankegången i det ovan citerade uttalandet i 1903 års motiv kassan, i det den vore beroende av medlemsavgifter, saknade den självständighet, som utmärker stiftelser. Detta är dock allenast skenbart. Delägarna i kassan hava visserligen att göra periodiska inbetalningar till denna, men dessa inbetalningar äro icke frivilliga, utan kassan kan i den mån sagda bidrag erfordras för fyllandet av dess ändamål alltid räkna med att erhålla dem. Dessa bidrag kunna därför icke betraktas såsom vanliga föreningsavgifter. Snarare kunde de anses vara att jämställa med bidrag av en krets personer, som förbundit sig att understödja en stiftelse. Då emellertid mot ifrågavarande inbetalningar svara alldeles bestämda förpliktelser till återbetalning av de inbetalade beloppen jämte ränta, torde det vara riktigast att i detta sammanhang helt bortse från dem; de utgöra helt enkelt led i ett slags sparkasserörelse, som kassan för fyllandet av sitt ändamål bedriver såsom en del av sin verksamhet. Erinras må härvid, att vanliga sparbanker enligt sannolikt härskande uppfattning äro att anse som stiftelser.¹

Kommer man sålunda till det resultatet, att det till kassan av arbetsgivaren överlämnade kapitalet utgör grundvalen för en stiftelse, kunde man emellertid till sist med hänsyn till kassans i mycket föreningsliknande organisation fråga sig, om icke kassan dock utgör en förening, som fått mottaga ifrågavarande kapital såsom osjälvständig stiftelse. Svaret på den frågan torde i första hand bero på vad stiftaren, arbetsgivaren, åsyftat. I detta avseende måste emellertid med hänsyn till stadgarna antagas, att arbetsgivarens avsikt varit, att det av honom överlämnade kapitalet för framtiden skall bibehållas såsom en särskild förmögenhet utan sammanblandning med de medel, som inflyta från delägarna. Därpå tyder ju bl. a. bestämmelsen i stadgarna, att dessa olika kapitaltillgångar skola

¹ Se t. ex. BJÖRLING, Lärobok i civilrätt, samt sparbankslagens definition å sparbank såsom en »inrättning»; jmf. emellertid även den motsatta uppfattning, som synes kunna utläsas ur undantagsregeln i 91 § i lagen om ekonomiska föreningar.

bokföras i två särskilda fonder, vilka skola förvaltas var för sig utan sammanblandning, samt framför allt bestämmelsen om att bidragsfondens *inkomster* få användas för bestridandet av dels alla slags förvaltningskostnader, dels även — i mån av tillgång — eventuellt å avgiftsfonden uppkommen kapitalförlust. Båda dessa regler motsäga ett antagande, att bidragsfondens medel enligt arbetsgivarens syfte överlämnats till kassan i egenskap av en förening för att sammansmälta med dess övriga förmögenhet. Ett sådant antagande skulle innebära, att bidragsfondens *kapital* skulle kunna tagas i anspråk för likviderandet av krav på återbetalning av inbetalda avgifter jämte ränta, något som klart strider mot stadgarnas bestämmelse, att av bidragsfonden endast fondens *inkomster* få tagas i anspråk för detta ändamål.

Då kassan sålunda enligt den här utvecklade meningen är att betrakta som en stiftelse så följer därav, att kassan i denna sin egenskap, så snart den i enlighet med sina stadgar utsett styrelse, oberoende av att den icke kan registreras, äger rättssubjektivitet. Ytterligare följer därav — det må i förbigående anmärkas — att kassans styrelse, vid det äventyr, varom stadgas i lagen om tillsyn över stiftelser 19 §, är skyldig att anmäla stiftelsen hos K. Bef.; tveklaktigt kan däremot synas huruvida stiftelsen bör såsom främjande ett i lagens mening »allmännyttigt ändamål» av K. Bef. underkastas tillsyn enligt nämnda lag.¹ Huru därmed förhåller sig skall emellertid här icke närmare undersökas.

3. Av sparkassans egenskap av stiftelse följer vidare, att kassans styrelse genom att handla för kassans räkning icke ådrager sig själv utan allenast kassan ansvarighet.

Skulle åter kassan betraktas såsom en ekonomisk förening eller eventuellt såsom en understödsförening, skulle därav följa, att var och en som handlade å kassans vägnar, innan den blivit registrerad, eller som deltog i beslut om särskild dylik rättshandling, bleve personligen ansvarig för därigenom uppkommande förbindelser. Detta skulle, ehuru det åtminstone vad understödsföreningarna beträffar synes mindre egentligt,² gälla

¹ Jmfr lagrådsmajoritetens yttrande beträffande förslaget till tillsynslag NJA II 1929, s. 247.

² Jmfr motiven till 5 § i lagen angående dessa föreningar.

även om kassan med hänsyn till arten av sin verksamhet icke medgäves registrering vare sig enligt föreningslagen eller enligt lagen om understödsföreningar. Ty såsom ideell förening kan kassan icke betraktas, eftersom den otvivelaktigt har till syfte att främja delägarnas ekonomiska intressen genom ekonomisk verksamhet. Betraktad som ekonomisk förening i vidsträckt bemärkelse åter kan kassan vinna rättssubjektivitet allenast genom registrering i den mån förutsättningarna härför enligt föreningslagen eller någon av speciallagarna äro för handen. Just för att framtvinga dylik registrering stadgades emellertid ovannämnda regel om ansvarigheten för dem, som handla å oregistrerad förenings vägnar. Det kunde visserligen synas, som om med hänsyn till denna motivering den nämnda ansvarighetsregeln icke borde vinna tillämpning på en förening, som över huvud icke *kan* vinna registrering. I själva verket har emellertid lagstiftaren utgått från att några *verkliga* föreningar, som icke kunde registreras, *icke kunna* förekomma. Är kassan en förening men uppfyller den icke med hänsyn till arten av sin verksamhet förutsättningarna för dylik registrering, måste den sålunda för att vinna rättssubjektivitet omorganisera sig i annan form.¹ Också denna konsekvens talar väl till sist för den ovan utvecklade åsikten, att en kassa av ifrågavarande slag bör tillerkännas rättskapacitet såsom stiftelse.

¹ Upplysande är i detta hänseende följande uttalande av departementschefen vid remissen till lagrådet av det vid 1909 års riksdag framlagda förslaget till lag om föreningar (såväl ekonomiska som ideella): »Av (de föreslagna lagreglernas innehåll) . . . torde framgå, att lagen åsyftar att omfatta alla föreningar, vilka kunna vinna erkännande såsom särskilda rättssubjekt med undantag av vissa arter, som av lagen själv ställas utom dess tillämplighetsområde. En association, som ej faller under lagens bestämmelser och ej heller tillhör någon av nyssberörda arter, måste alltså för att bli erkänd som särskilt rättssubjekt anlita en annan med rättskapacitet förlänad associationsform än föreningsformen»; jmf även följande uttalande i motiven till 1903 års förslag till lag om ideella föreningar: »Av de förhandlingar, som sålunda föregått gällande lagstiftning angående ekonomiska föreningar, torde framgå, att densamma är avsedd att med vissa särskilt angivna undantag innehålla rättsregler för alla sammanslutningar, vilka under formen av föreningar och med syfte att främja medlemmarnas intressen bedriva sådan ekonomisk verksamhet, att den lämpligen kan och må under denna form utövas»; se f. ö. även ovan citerade uttalande av KALLENBERG. Denna uppfattning har ock kommit till uttryck i rättspraxis; se NJA 1899 s. 76. Jmf även FALK, Om ideella föreningar, s. 100 not 7 samt KARLGREN, Studier över privaträttens juridiska personer, s. 162 f.

Om avtalsklausuler angående ansvarsfrihet eller ansvarsbegränsning med avseende å personskada.

I sådana avtalsförhållanden, vari den ena avtalsparten utfäster sig till en prestation, vid vars fullgörande motpartens egendom eller person av en eller annan anledning kan komma till skada, betingar sig ofta den part, vilken på nämnda grund en skadeståndsförpliktelse kan komma att drabba, antingen fullständig befrielse från dylik skadeståndsplikt eller ock viss begränsning av sagda förpliktelse. Vanliga äro dylika klausuler om ansvarsfrihet eller ansvarsbegränsning icke minst i alla slags transportavtal, det må gälla sjöfrakt eller järnvägsfrakt eller befordran med luftfartyg o. s. v. Icke sällan förekomma de även i sådana fall, då någon i ett etablissement av ett eller annat slag, såsom ett tivoli eller annan dylik förlustelselokal, mottager besökande under förhållanden, som innefatta en viss risk för dessas skadande genom oaktsamhet eller försummelse från etablissementsinnehavarens eller hans personals sida.

Beträffande ifrågavarande klausuler har, så vitt de avse personskada, tvivelsmål uppstått, huruvida de verkligen kunna anses giltiga enligt svensk rätt.

Något allmänt stadgande härom i svensk lag finnes icke. I svensk doktrin åter har WINROTH¹ med avseende å utomobligatorisk skada uttalat, att samtycke till skadas tillfogande saknar verkan såvitt angår skada, som tillfogats genom brottslig kränkning av ett oförytterligt intresse. Allenast i sådana fall, då samtycke skyddar mot straff, kan det enligt WINROTHS mening lända till befrielse från ersättningsansvar. Till stöd för denna mening åberopar WINROTH två rättsfall, NJA 1897 s. 120 och 1900 s. 106. Slutligen tillägger WINROTH, med åberopande av

¹ WINROTH, Om skadestånd, 2 omarb. o. tillökta uppl., Uppsala 1907, s. 106.

bland annat 1886 års lag ang. ansvarighet för skada i följd av järnvägs drift § 5 st. 2 p. 2 och 1902 års lag om elektriska anläggningar § 7 st. 2, att man i svensk rätt synes hava benägenhet att fränkänna samtycke laga verkan vid all kroppslig förnärmelse eller för varje fall så snart det rör antingen liv eller kroppslig integritet.

Med avseende å WINROTHS ståndpunkt må till en början anmärkas, att den blott har avseende å utomobligatorisk skada. Vilken ståndpunkt WINROTH skulle intagit, om frågan gällt skada i avtalsförhållande, framgår icke av hans framställning. A priori är det ingalunda orimligt, att friskrivning av ansvarsskyldighet i ett avtalsförhållande, där friskrivandet fyller ett behörigt syfte att över huvud möjliggöra slutandet av avtalet, skall erkännas såsom giltigt även om motsvarande överenskomelse i utomobligatoriskt förhållande skulle fränkännas giltighet såsom saknande respektabelt syfte.

Huruvida svensk rätt ens i utomobligatoriskt förhållande kan antagas intaga den ståndpunkt WINROTH förfäktat är för övrigt tveksamt. Framhållas må till en början, att WINROTHS sats, att samtycke skyddar mot skadestånd blott om det skyddar mot straff, icke vinner något stöd i de av WINROTH åberopade rättsfallen. I det ena av dessa fall, NJA 1899 s. 106, var fråga om samtycke, som var irrelevant på grund av att det avgivits i tvångsläge. Och i rättsfallet 1897 s. 120 förelåg icke någon direkt på ansvarsfriskrivning riktad klausul utan en klausul om rätt att vräka utan att lita till myndighet. Denna klausul kunde icke i och för sig betaga gärningen dess rättsstridighet; och eftersom någon klausul om frihet från skadestånd trots gärningens rättsstridighet ej förefanns, måste naturligen skadestånd utdömas. Frågan hur det skulle gått i motsatt fall blev således ej avgjord.

Icke heller från de av WINROTH åberopade lagbuden lära några bestämda slutsatser kunna dragas beträffande svensk rätts ståndpunkt. Enligt stadgandet i 1886 års lag skall ägare av eldskadad egendom, trots åtagande att själv vidkännas skadan, kunna kräva ersättning, när skadan har sin orsak i vårdslöshet vid järnvägens drift. Stadgandet avser således allenast egendomsskada. Att samtycke med avseende å dylik skada *kan* hava rättslig giltighet torde emellertid vara obestridligt

och torde icke heller av WINROTH bestridas. Att ur ifrågasvarande stadgande draga några slutsatser e contrario beträffande egendomsskada lär sålunda icke kunna komma ifråga. Än mindre kan det emellertid vara rimligt att draga någon dylik slutsats beträffande kroppsskada, alldenstund hela 5 § allenast avser egendomsskada, varför någon anledning att i undantagsregeln i 2 st. särskilt uppmärksamma kroppsskada icke förefunnits.

Ikke heller av stadgandet i 1902 års lag torde några bestämda slutsatser kunna dragas. Enligt den därstädes givna regeln är ägare av egendom, som skadats genom inverkan av ström från elektrisk anläggning, även om han jämlikt åtagande eller på annan grund är pliktig att vidkännas den från anläggningen härrörande faran för skada å egendom, berättigad till ersättning, där skadan föranleddes av vårdslöshet vid anläggningens utförande eller skötsel. Det faller onekligen i ögonen, att denna regel blott avser egendomsskada. Då man icke rimligen kan antaga, att beträffande åtaganden att själv vidkännas kroppsskador i dylikt fall skulle gälla någon annan regel än beträffande egendomsskada,¹ kunde stadgandet synas giva vid handen, att man vid lagbudets formulering utgått från att dylika åtaganden beträffande kroppsskada över huvud vore överksamma och att således beträffande dem någon uttrycklig undantagsregel, sådan som den beträffande egendomsskada givna, icke vore av nöden.² Å andra sidan kan emellertid stadgandets begränsning finna en fullt naturlig förklaring redan däri, att åtaganden att själv vidkännas faran för kroppsskada ansetts — låt vara med orätt — utgöra ett i detta sammanhang opraktiskt fall. Måhända kan för övrigt stadgandets begränsning rent av förklaras därav, att man vid dess formulering tagit sin förebild i det ovan nämnda stadgandet i 1886 års lag § 5 st. 2 p. 2 utan att närmare besinna olikheten i lagbudens förutsättningar.³

I själva verket kan ock riktigheten av WINROTHS ovan anförda sats av principiella skäl ifrågasättas. Ty även om ett

¹ Jmfr DRAKENBERG i SvJT 1916 s. 342.

² Detta synes vara WINROTHS mening, s. a. st.; jmfr även DRAKENBERG s. a. st.

³ Jmfr förarbetena till 1902 års lag om elektriska anläggningar i NJA II 1904 nr 6 s. 40: »Vid avfattandet av dessa stadganden — — — kan lagen om ansvarighet för skada i följd av järnvägs drift d. 10 mars 1886 tjäna till ledning.»

på förhand givet samtycke till viss rättskränkning icke kan utesluta dennas rättsstridighet, kan det mycket väl, såsom en disposition över ett förmögenhetsrättsligt anspråk, utesluta skadeståndsansvar. Härom torde i själva verket de flesta vara eniga. Bland nordiska författare, som uttalat sig i denna riktning, kunna STANG och LASSEN m. fl. anföras.¹

Även där denna principiella utgångspunkt fasthålles, kan man emellertid i särskilda fall komma till resultatet, att avtal om avstående från rätt till skadestånd för framdeles inträffande skada blir utan verkan. Ett sådant avtal kan nämligen i vissa fall anses ogiltigt såsom stridande mot »goda seder» (l'ordre public).²

Ur denna synpunkt hava framför allt vissa överenskommelser av ifrågavarande slag, nämligen de i sjötransportavtalen ofta intagna s. k. negligenceklausulerna, satts under debatt. Genom sådana klausuler fritaga sig redarna från ansvar för skador, som kunna drabba transportgoods eller passagerare, varvid friskrivningen än avser allenast sjöfolkets culpa, än åter

¹ Sålunda uttalar exempelvis STANG i sina föreläsningar över Den norske obligationsrets almindelige del s. 386: »Den skadelidandes samtycke upphäver handlingens rättsstridighet för så vitt 'det krænkede retsgode' är förytterligt. Är det oförytterligt blir angreppet rättsstridigt i trots av samtycket. Emellertid kommer samtycket också i detta fall stundom att verka som ett fränfallande av eventuellt ersättningskrav». I samma riktning uttalar sig STANG även i Erstatningsansvar, Kristiania 1919 s. 113, där det heter: »Er kontraktsbruddet forsætlig eller uagtsomt, er det tillike retsbrud. Kontrakten kan imidlertid foreskrive, at ingen erstatning skal betales, selv om skyldneren begaar retsbrud, og slike aftaler treffes ofte; særlig pleier transportanstalter at fraskrive sig ansvar. En slik fraskrivelse er imidlertid ugyldig som stridende mot ærbarhed, hvis den gaar ud paa at skade, som forsætlig er voldt, ikke skal erstattes.» Om möjligt ännu tydligare uttalar sig LASSEN i sin Haandbog i Obligationsrettens almindelige Del, 3 Udg., Kjøbenhavn 1917—20, s. 278: »Samtykke fra den krænkedes til Retskrænkelsen kan udelukke Erstatningsansvar. Dette gjælder ikke blot, naar Samtykket udelukker Handlingens Retsstridighed, idet det krænkedes Retsgode hører til de afhændelige, hvis Krænkelse man kan forpligte sig til at taale, f. Eks. Formuerettigheder, eller dog til dem, som det er tilladt at krænke, saalenge der foreligger et ikke tilbagetaget Samtykke fra Rets haveren til Krænkelsen, f. Eks. Æreretten. Men det kan ogsaa gjælde, selv om Krænkelsen trods Samtykket er retsstridig, idet Retsgodet hører til dem, paa hvis Beskyttelse der ikke kan gives gyldigt Afkald, saasom Retten til Liv og Helbred, jfr Str. L. § 196. Erstatningsansvar vil ogsaa i saadanne Tilfælde kunne være udelukket, nemlig ifølge den Betragtning, at det eventuelle Erstatningskrav er en Formueret, som den paagjældende har fri Raadighed over som over andre Formuerettigheder, og at Samtykket indeholder et (dog ganske vist gjenkaldeligt) Afkald paa denne.» Likartade uttalanden även av flera andra författare skulle kunna anföras.

² Sålunda tillägger ock LASSEN s. a. st.: »Men ofte vil denna Betragtning ikke passe, jfr f. Eks. Str. L. § 303 med dens Henviisning til § 167, og Samtykket maa ofte anses for ugyldigt ifølge Reglerne om Løfter, som stride imod Lov og Ærbarhed.» Jmfr ALMÉN, Lagen om avtal ... Stockholm 1916 s. 149 f.

därutöver även egen culpa. Beträffande striden om dessa klausulers giltighet torde man numera kunna med KNOPH¹ fastslå, att »i næsten alle land (Italia danner visstnok en undtagelse. I nyere fransk praxis gjør det sig påny gjeldende en viss motvilje mot å anerkjenne klausulens gyldighed) har domstolene, ofte efter en del knurring og vakling, i hovedsaken bød sig for negligenceklausulen, og anerkjent dens gyldighed». Undantag har man emellertid naturligen gjort för så vitt redaren förbehållit sig ansvarsfrihet för egna dolösa handlingar. Icke sällan synes man däremot såsom giltiga erkänna även negligenceklausuler, som avse att fritaga redaren från ansvar för egna *grovt* culpösa handlingar.² Oftast torde man dock vilja göra undantag även för grov culpa.³

För svensk rätts del må ytterligare anföras, att — såsom motiven till 1891 års sjölag⁴ utvisa — man vid sjölagens tillkomst utgick från att negligenceklausuler vore principiellt giltiga. I den vid 1936 års riksdag genomförda nya lagstiftningen angående ändring i vissa delar av sjölagen har emellertid slutligen en viss begränsning av negligenceklausulernas giltighet genomförts. Beträffande skada å annat gods än levande djur och däckslast stadgas således i 122 §, att i inrikes fart förbehåll ej må göras om inskränkning i bortfraktarens ansvar, så vitt angår tiden från lastningen till lossningen, dock att bortfraktaren äger göra visst förbehåll om maximering av ansvarigheten samt om ansvarsfrihet för fel vid navigering m. m. Beträffande skada å person åter stadgas i 171 §, att i inrikes fart förbehåll ej må göras om annan inskränkning i bortfraktarens ansvarighet än viss maximering av denna. Också dessa

¹ KNOPH, Norsk sjørett, Oslo 1931 s. 242.

² Så uttalar t. ex. SCHAPS, Das deutsche Seerecht, Bd 1, s. 425, Anm. 60 till HGB § 606: »Es kommt vor dass der Verfrachter in die Negligence-Klausel eine Freizeichnung seiner eigenen Person einfügt ... was bis zur Grenze der eigenen Arglist zulässig ist»; jmf. KLÆSTAD, Ansvarsfraskrivelse i befragtningsforhold, Oslo 1924 s. 70 ävensom därstädes åberopade författare (CARVER, GRUNDTVIG, MØLLER).

³ Så t. ex. KNOPH a. a. s. 242, JANTZEN, Certepartier og konnossementer, 2 udg. Oslo 1920 s. 239; jmf. AUBERT, Den norske obligationsrets specielle del Bd 2 Udg. 2, Kristiania 1905, s. 37, PLATOU, Forelæsninger over norsk Sørret, Christiania 1900, s. 320. Med avseende å rättsutvecklingen beträffande negligenceklausulernas erkännande och inskränkningar däri må för övrigt hänvisas till den utförliga framställningen hos KLÆSTAD, a. a.

⁴ Betänkande och lagförslag avgivna den 22 februari 1887 av den komité, åt vilken ... uppdragits att granska sjölagen, Stockholm 1887, s. 110—112.

bestämmelser utvisa tydligen — framför allt genom begränsningen av deras tillämplighetsområde till inrikes fart^{1a} — att negligenceklausuler av såväl det ena som det andra slaget *principiellt* anses giltiga.¹

Vad hittills anförts har avsett verkliga negligenceklausuler, d. v. s. förbehåll om fullständig ansvarsfrihet. Ofta är emellertid fråga allenast om en s. k. ersättningsklausul, d. v. s. ett förbehåll om *begränsning* av ansvarigheten. Att dylika klausuler måste anses giltiga i den mån de icke strida mot uttryckliga tvingande regler eller goda seder torde i själva verket icke vara föremål för diskussion.²

Att en begränsning av ansvarigheten, därest icke ansvarsbeloppen bliva allt för ringa, icke kan anses utgöra något

^{1a} Att bestämmelserna i större eller mindre utsträckning kunna göras tillämpliga även å fart mellan Sverige och främmande stat förringar icke styrkan av ifrågavarande argument.

¹ Detsamma gäller tydligen även beträffande de nedan närmare omtalade bestämmelserna i lag 1937 om befordran med luftfartyg 22—25 §§.

² KLÆSTAD a. a. s. 111, anför härom följande: »At parterne ved slike erstatningsklausuler med gyldighed kan træffe bestemmelse paa forhaand om størrelsen av eventuelle erstatningskrav, er ikke gjenstand for tvil. Avtalet om at erstatningen skal fastsættes til et bestemt beløb, eller at den ikke skal overstige en viss værdigrense, er bindende for alle vedkommende. Det er forsaavidt likegyldig hvilke retslige omstændigheder erstatningsansvaret i det enkelte tilfælde grunder sig paa. Ansvarsbegrænsningen er saaledes fuldt bindende ogsaa i tilfælde hvor erstatningspligten udspringer av forsætlige handlinger fra besætningens side eller skyldes skibets sjøudygtighed, eller hvor skaden kan føres tilbage til et uaktsomt forhold som bortfrakteren selv har gjort sig skyldig i. Kun naar den er voldt ved bortfrakterens egne forsætlige handlinger, maa det antas at ansvarsbegrænsningen er ugyldig, idet det i saa fald er rettest at forudsætte at den, paa samme maate som en fraskrivelse av hele ansvaret, strider mot 'ærlighed'. — Paa samme maate maa forholdet antas at stille sig i fremmed ret. Selv i Frænkrike, hvor skyldklausulerne har støtt paa saa megen motstand, har det vistnok aldrig vaeret bestridt at parterne har lovlig adgang til ved avtale at begrænse størrelsen av erstatningsbeløpet . . . Kun naar skaden er voldt ved bortfrakterens eget forsæt eller ved grov uagtsomhed fra hans side, som man i denna henseende har likestillet med forsæt, ansees en 'clause pénale' for ugyldig efter fransk ret. — Ogsaa i andre land blir gyldigheden av en kontraktsmæssig ansvarsbegrænsning anerkjendt (Se angaaende engelsk ret Carver s. 949—50, tysk ret Pappenheim III s. 21—2, italiensk ret Margheri s. 250 og nordamerikansk ret Poor s. 153—6 samt en amerikansk appelretsdom av 11. januar 1910 i Revue maritime XXV s. 824).»

I samma riktning som KLÆSTAD uttalar sig ock KNOPH a. a. (s. 245): »Föröfrig har ikke spørgsmålet om erstatningsklausulenes gyldighed vakt synderlig diskusjon. Man går gjerne ut fra at det ikke kan irrvendes noget mot dem, og som regel med rette. Dersom en erstatningsklausul imidlertid betegner en utvidelse av det legale ansvar, vil avtalel. § 36 sette en viss grense for dens rettsvirkning. Er det en innskrenkning av ansvaret klausulen tilsikter, vil det derimot i almindelighet ikke være noget grunnlag for å dra dens gyldighet i tvil, forutsatt at begrænsningen holder sig innenfor rimelige grenser. Men hvis erstatningen settes så lavt at den i virkeligheten er jevnod med ingenting, er en slik fordekt ansvarsfrihetsklausul naturligvis ikke gyldig under andre vilkår, enn en åpen avtale om fritagelse for ansvar vilde ha vært det.»

mot goda seder stridande, bekräftas ock icke minst därav, att lagstiftaren i flera fall givit rättslig sanktion åt dylika ansvarsbegränsningar. Ett exempel härpå utgör nyssnämnda nya stadganden i sjölagen. Ett annat utgör bestämmelsen i lagen 1937 om befordran med luftfartyg 22 §, enligt vilken, vid dylik befordran av passagerare, fraktförarens ansvarighet för envar av dem är begränsad till visst belopp, ävensom de i samma stadgande givna motsvarande bestämmelserna ang. ansvaret för resgods och fraktgods. Båda dessa regler, varigenom giltigheten av överenskommelse om viss maximering av ansvarigheten erkännes, måste anses gälla även sådana överenskomelser, vilka avse fraktförarens egen (icke grova) culpa. Beträffande lagen om befordran med luftfartyg framgår detta otvetydigt av 25 §, som uttryckligen blott gör undantag för dolus och grov culpa. Och beträffande sjölagens regler framgår detsamma av 171 § 2 st. jfrd med samma § 3 st.: undantagsregeln i 3 st. har avseende på all i 2 st. avsedd ansvarighet, d. v. s. såsom sistnämnda stadgande uttryckligen giver vid handen, även ansvarighet på grund av fraktförarens egen culpa. I motiven¹ framhålles visserligen, att förevarande stadgande lika litet som stadgandet i 122 § avser »sådana fall, där ersättning skall utgå på en av fraktavtalet oberoende (kurs. här) grund, t. ex. bortfraktarens brottsliga förfarande». Med sistnämnda exempel menas emellertid uppenbarligen ett förfarande, som är brottsligt oberoende av att det innefattat fel eller försummelse vid fullgörandet av den fraktföraren i 171 § ålagda förpliktelsen att sörja för passagerares säkerhet och tillse hans bästa, såsom t. ex. om passageraren skulle bli utsatt för uppsåtlig misshandel eller dylikt.

Antagas i enlighet med det ovan utvecklade ifrågavarande klausuler om ansvarsfrihet resp. ansvarsbegränsning hava giltighet, kan vidare den frågan uppstå, huruvida förbehållet kan åberopas även gent emot ersättningsberättigade efterlevande till en skadeståndsberättigad person, vilken drabbats av så svår skada, att han på grund därav avlidit.

Denna fråga synes mera tveksam. Åtskilliga författare framhålla, att sådana efterlevandes anspråk utgöra självständiga ersättningskrav, vilka icke kunna beröras av vad som eventuellt avtalats med någon annan än de ersättningsberätti-

¹ NJA II 1936 s. 555.

RTDCamm 1953, 801 ff. om efterlevandes rätt.

gade. Uttalanden i denna riktning göra exempelvis WINROTH¹ och KLÆSTAD.² Andra författare hava emellertid en motsatt åsikt. Sålunda uttalar KNOPH,³ att ifrågavarande tankegång hos KLÆSTAD »er svårt formell». Och KLÆSTAD har själv⁴ fäst uppmärksamheten på att i ett norskt lagstiftningsärende man synes hava utgått från att också de efterlevandes ersättningskrav, därest försörjares död vållats genom fartygssammansstötning, omfattas av en friskrivning från ansvar.

Till stöd för en sådan uppfattning torde ock vägande skäl kunna anföras. Såsom synnerligen vägledande vid denna frågas bedömande förtjänar här återgivas vad BERGENDAL utvecklat⁵ angående naturen av det skadeståndsanspråk, som enligt SL 6:4 kan tillkomma efterlevande till försörjare, vars död vållats genom ersättningsförpliktande gärning. BERGENDAL anför följande:

»Endast såvitt angår *begravningskostnad* för en till följd av annans rättsstridiga handling eller annat till ersättning förpliktande faktum avliden person är det uteslutet att antaga, att fordringen på ersättning för tredjemannens intresse är härledd från den omedelbart träffade personens förmögenhet. Ty denna person har aldrig lidit någon emot tredjemannens intresse svarande ekonomisk skada. Ifrågavarande ersättningsfordran är alltså från början självständig. Detta lärers gälla även om ersättningsfordringar, som enligt lag (strafflagen 6:4 samt viss ansvarighets- och försäkringslagstiftning) kunna i anledning av dödande tillkomma annan person än den dödade. De äro alltså bl. a. redan på denna grund oåtkomliga för dennes borgenärer. — Det är emellertid väl att märka att denna självständighet endast tillkommer ersättningsfordringen sådan⁶ den en gång uppkommit för tredjemannen. Ty det är även i detta fall fråga om en ersättningsfordran, som för sin uppkomst förutsätter, att en viss konkret skada, som träffat en annan per-

¹ WINROTH a. a. s. 106.

² KLÆSTAD a. a. s. 80 och 112; jmf. LASSEN a. a. s. 279.

³ KNOPH a. a. s. 244.

⁴ KLÆSTAD a. a. s. 80 not 3.

⁵ Uttalandet återfinnes i ett av BERGENDAL författat manuskript till en större monografi rörande »Ersättningskyldighet för ekonomiskt intresse» s. 333.

⁶ I BERGENDALS maskinskrivna manuskript står det visserligen icke: »ersättningsfordringen, sådan» utan i stället: »ersättningsfordringar, sedan»; detta måste emellertid bero på ett skrivfel.

son, är just i förhållande till denne rättsstridig. Innebörden härav är — då föregående samtycke till dödande överhuvud icke torde vara ägnat att låta dettas rättsstridighet bortfalla — närmast den, att oaktsam medverkan till skadan från den därav dödades egen sida skall i saknad av bestämt lagstadvande av motsatt innehåll, föranleda jämkning även av det en tredjeman tillkommande ersättningsbelopp (t. ex. enligt strafflagen 6:4).»

Den reservation BERGENDAL här gör med avseende å »föregående samtycke till dödande» kunde måhända synas innebära, att enligt BERGENDALS uppfattning en efterlevandes skadeståndsrätt enligt 6:4 alltid skulle fortbestå oberoende av varje samtycke av den dödade. Något sådant har emellertid BERGENDAL i själva verket icke uttalat. Det citerade yttrandet tager ju allenast sikte på samtyckets betydelse såsom en grund för *rättsstridighetens* eventuella bortfallande. Samtycke i form av överenskommelse angående en negligence- eller ersättningsklausuls upptagande i ett avtal kan emellertid, såsom det ovanstående givit vid handen, hava betydelse såsom grund till skadeståndsskyldighetens bortfallande resp. begränsning *oberoende av* att en i förhållande till den skadade *rättsstridig* gärning föreligger. Dessa fall har BERGENDAL icke tagit i betraktande. Ett konsekvent fullföljande av BERGENDALS tankegång måste emellertid leda till ett fastslående av att tredje mannens (den efterlevandes) självständiga skadeståndsrätt, såsom *bestämd genom en mot den dödade försörjaren förövad rättsstridighet*, icke kan göras gällande under andra förutsättningar än dem, varunder den förövade rättsstridigheten skulle kunnat få konsekvenser i förhållande till denne själv, d. v. s. allenast därest den timade konkreta skadan, den döden orsakande kroppsskadan, kunnat utgöra grund för ersättningskrav för denne själv. Grundvalen för tredje mans ersättningsrätt är väl nämligen, närmare besett, knappast den omständigheten i och för sig, att en mot försörjaren *rättsstridig* gärning förövats, utan i stället den omständigheten, att *över huvud taget* förutsättningarna för en försörjarens eget skadeståndsanspråk, om han levat, skulle hava förelegat. Sådana dessa förutsättningar genom dennes eget handlande kommit att gestaltas, böra de utöva sin verkan såväl för hans egen rätt till skadestånd som för hans efter-

levandes motsvarande rätt. Att dessas rätt är självständig betyder icke, att den till sina *förutsättningar* är oberoende av den konkret skadade personens förhållande, utan att den till sin *innebörd och omfattning* är oberoende av denne och beroende av den berättigade tredje mannens egen skada. Ur sistnämnda synpunkt framstår det berättigat, att den efterlevande t. ex. skall hava ersättning för begravningskostnaden, men omotiverat att han med avseende på anspråket på underhåll skall ställas på ett helt annat sätt, än om försörjaren icke avlidit men blivit invalid, så att hans försörjningsförmåga likväl gått fullständigt förlorad; skulle han själv såsom invalid på grund av en ersättningsklausul icke kunnat fordra mer än en begränsad ersättning, böra hans efterlevande vid hans död icke kunna kräva något därutöver. Särskilt klart framstår det berättigade i detta resonemang, om skadeståndsanspråket har sin grund i den ansvarighet, som uppkommit genom ett den dödade försörjarens *avtal* och genom den culpa vid fullgörandet av förpliktelsen *enligt detta avtal*, vilken kan läggas motparten i avtalet till last.

Såsom belägg för att den ovan i anslutning till BERGENDAL utvecklade tankegången icke är främmande för svensk rättspraxis må till sist anföras *dels* vissa fall, då efterlevandes ersättningsanspråk jämkats med hänsyn till den dödade försörjarens egen culpa (t. ex. NJA 1929 s. 487), *dels ock* vissa fall då den livränta, som tillerkänts efterlevande, förklarats skola, med hänsyn till den livslängd, som kunde beräknas hava återstått för den dödade, upphöra efter viss framtida dag (t. ex. NJA 1933 s. 459).

Ett bidrag till tolkningen av bokföringslagen

1 §.

Från och med slutet av 1800-talet hava åtskilliga länder på främmande handelsorter inrättat s. k. utländska handelskammare med ändamål att stödja det egna landets i utlandet verksamma affärsmän. Ofta äro dessa handelskammare organiserade i form av fria föreningar, stundom hava de en mera officiell karaktär.

Till de arbetsuppgifter, vilka dylika utländska handelskammare bruka upptaga på sitt arbetsprogram, lär icke sällan även höra att biträda egna medlemmar och andra medborgare i handelskammarens hemland med inkassering av fordringar samt att medverka för åstadkommande av förlikningar i handelstvister m. m. Där verksamhet av detta slag utövas, plägar kammaren stå sina medlemmar till tjänst utan att i allmänhet därför debitera dem någon särskild avgift, andra uppdragsgivare åter bruka hava att erlägga jämförelsevis obetydliga arvoden, avsedda att allenast täcka kostnaderna för verksamheten.

Beträffande dylika i föreningsform organiserade utländska handelskammare, vilka inrättats i Sverige, har den frågan uppkommit, huruvida en inkassoverksamhet av förutnämnda slag kan av dem lagligen bedrivas.

Svaret på den frågan beror i första hand på huruvida en sådan inkassoverksamhet är underkastad vår lags stadganden om bokförings- och registreringsplikt. Besvaras den frågan ja-kande, innebär det att en dylik handelskammare är att anse som ekonomisk förening enligt 1911 års föreningslag 1 § 2 st.; men därmed kommer handelskammaren, som i regel torde hava en utländsk ledning, i konflikt med stadgandet i 20 § 5 st. samma lag, enligt vilket ledamot av ekonomisk förenings styrelse,

så ock firmatecknare, som utom styrelsen utses, skall vara här i riket bosatt svensk medborgare, där ej Konungen för viss förening medgivit undantag. Utan sådant medgivande kan således en utländsk handelskammare, som bedriver bokföringspliktig verksamhet, icke vinna registrering, varför handelskammarens ledning, därest verksamheten det oaktat bedrives, blir underkastad ansvarsbestämmelsen i 4 § 2 st. och eventuellt även straffbestämmelsen i 1864 års näringsfrihetsförordning 31 § jmf'd med 18 §.

Huruvida åter under ovan angivna omständigheter en utländsk handelskammarens inkassoverksamhet är underkastad bokförings- och registreringsplikt beror på huruvida verksamheten är att anse som »yrkesmässigt» utövad. Vid denna frågas avgörande torde följande synpunkter vara att taga i betraktande.

Enighet torde råda om att kravet på yrkesmässighet åtminstone i främsta rummet innebär en fordran på »en under en viss tidsföljd *fortsatt och upprepad verksamhet*».¹ Enstaka, mera isolerade yttringar av förvärvsverksamhet falla utanför begreppet »yrkesmässig verksamhet».² Anmärkas må emellertid, att vid tolkningen av det i lagen visserligen särskilt definierade begreppet »yrkesmässig automobiltrafik» i motorfordonsförordningen 1930 23 §: — »Tillhandahålles allmänheten automobil mot ersättning (yrkesmässig trafik) . . .» — i underrättspraxis framträtt en tydlig tendens att anse kravet på yrkesmässighet uppfyllt så snart någon, låt vara blott en enstaka gång, uppburit betalning för tillhandahållande av automobil.³ Denna praxis torde emellertid knappast förtjäna gillande.

Mera tvivelaktigt är huruvida i kravet på yrkesmässighet också ligger en fordran på *vinstsyfte*. Detta skulle innebära, att begreppet »yrkesmässig verksamhet» vore liktydigt med begreppet »näring» (= tyska »Gewerbe»). Detta kan emellertid icke utan vidare antagas. I det allmänna språkbruket torde

¹ VON SETH, Subjektiva villkor för rätt att idka handel, enligt svensk rätt, Jönköping 1897, s. 12.

² Jmfr även EKLUND, Lagen om försäkringsavtal, Stockholm 1928, s. 7; BERGENDAL, Lärobok i rättskunskap för blivande landsfiskaler III, Straffrätt, Lund 1928, s. 660.

³ Se Betänkande med förslag till förordning ang. motorfordon, avgivet 1929, s. 194.

såsom näring allenast betecknas sådan verksamhet, som avser att bereda utövaren vinst, medan åter därutöver åtskilliga slag av regelbundet utövad verksamhet anses utgöra yrken.¹ Icke heller lagens språkbruk ger emellertid anledning att identifiera begreppen yrke och näring.

Att observeras förtjänar till en början uttrycket »näringsyrke» i näringsfrihetsförordningen § 4, vilket ju indicerar, att icke alla yrken betraktas som »närings».

Vidare må framhållas bestämmelserna i 1917 års lag om försäkringsrörelse §§ 1 och 265 jämförda med lagen om understödsföreningar 1912 § 1, av vilka framgår, att lagen skiljer mellan allenast »yrkesmässigt» utövad försäkringsrörelse och »affärsmässigt» bedriven försäkringsrörelse. Någon absolut klar gräns har därvid visserligen icke uppdragits. Av förarbetena till ifrågavarande lagstiftning torde emellertid framgå, att med affärsmässig försäkringsrörelse förstås en försäkringsrörelse, som utmärkes fr. a. därav, att den avser att bereda *vinst* på tillskjutet kapital eller i allt fall arbetar *under former*, som känneteckna merkantilt betonade försäkringsföretag.² Tvivelaktigt kan visserligen undantagsvis måhända vara, huruvida ej en icke affärsmässig försäkringsrörelse föreligger trots att av rörelsens överskott gäldas viss ränta eller ersättning till förlagsgivare. Säkert synes emellertid, vad som här är av intresse, att understödsförenings rörelse, *trots* att något vinstsyfte över huvud icke är för handen, kan utgöra en *yrkesmässigt* bedriven rörelse. Att understödsföreningar, trots att de icke driva affärsmässig rörelse, driva en *yrkesmässig* verksamhet bestyrkes av bland annat motiven till försäkrings-

¹ Jmfr RABENIUS i Nordisk familjebok 2 uppl. Bd 20 sp. 326 f.: »Med näring torde man böra förstå en i en viss riktning fortgående verksamhet, gemenligen bestående af ett visst slag af förrättningar och med timligt förvärf till ändamål. Näring kan innefattas under benämningen *yrke*. Många särskilda slag af verksamhet, enhvar likaledes bestående af enahanda slag af förrättningar och beredande åt sin idkare timligt förvärf, kallas nämligen yrken, ej näringar. Däremot kan hvarje näring benämnas yrke. Så betecknar man läkarens, konstnäre's, vetenskapsmannen's verksamhet med ordet yrke, men handtverkarens (skomakarens, skräddarens etc.), fabrikantens, landtbrukarens o. s. v. med såväl yrke som näring. Detta torde måhända ge till känna, att i det allmänna språkbruket yrke kan användas om hvarje, till följd af arten af sina förrättningar bestämd verksamhet, näring däremot om den, som egentligen har timligt förvärf till ändamål och hvarvid hufvudsakligast mekaniskt (kroppsligt) arbete kommer i fråga.»

² Se 1910 års betänkande och förslag till lag om understödsföreningar s. 60 ff., i här åsyftade delar även återgivet i SKARSTEDT, Lagen om försäkringsrörelse, Stockholm 1917, s 254 f.).

avtalslagen,¹ varest uttalas, att denna lag, som, enligt vad i motiven² även uttryckligen framhålles, avser allenast *yrkesmässig* försäkringsrörelse, äger tillämpning även å dessa förningars verksamhet.

Av intresse i detta sammanhang är slutligen vad som under förarbetena till 1930 års (i åsyftade del alltså gällande) motorfordonsförordning förekommit med avseende å fastställandet av begreppet »yrkesmässig automobiltrafik». I ett av särskilda sakkunniga upprättat förslag hade, till förebyggande av ovan berörda vidsträckta tillämpning av stadgandena om yrkesmässig trafik i 1923 års förordning ang. samma ämne, föreslagits att i definitionen å yrkesmässig trafik³ skulle inryckas orden »i förvärvssyfte». Förslaget *avböjdes* emellertid av departementschefen med följande motivering, till vilken även riksdagen anslöt sig: »I likhet med länsstyrelsen i Östergötlands län finner jag det mindre lämpligt, att syftet med fordonets tillhandahållande blir bestämmande för, huruvida trafiken är att betrakta såsom yrkesmässig eller ej. Syftet torde i allmänhet vara mycket svårt att konstatera, och för övrigt lär i flertalet fall, då automobil mot ersättning tillhandahålles annan, automobilägarens önskan att förskaffa sig någon inkomst av bilen medverka till hans beredvillighet att mot betalning ställa fordonet till förfogande, låt vara att detta måhända icke är huvudsyftet. Enligt min mening bör den omfattning, i vilken tillhandahållandet sker, vara avgörande, då det gäller att avgränsa begreppet yrkesmässig automobiltrafik. Därest en automobilägare vid något eller några enstaka tillfällen mot betalning utför körning åt en granne eller bekant eller annan, vilken icke kan sägas falla under begreppet allmänheten, synes detta icke böra betecknas såsom yrkesmässig trafik, även om det är uppenbart att jämväl hänsyn till inkomsten varit motivet för tillhandahållandet. Om däremot ett tillhandahållande av automobil sker vid ofta återkommande tillfällen eller mera regelmässigt torde trafiken böra anses såsom yrkesmässig och detta även om automobilägaren kan göra sannolikt, att tjänstvillighet mot grannar och be-

¹ Se Förslag till lag om försäkringsavtal (1927) s. 65.

² S. 64.

³ Återgiven ovan s. 74.

kanta varit det så gott som enda motivet för tillhandahållandet.»

De synpunkter departementschefen här utvecklat med avseende å begreppet »yrkesmässig automobiltrafik» torde i själva verket hava allmängiltighet och, om icke särskilda skäl tala däremot, böra anläggas även i andra fall, då det gäller att bestämma begreppet »yrkesmässig». Utöver kravet på en viss varaktighet hos rörelsen kan således enligt denna åsikt icke fordras mer än att verksamheten i fråga bedrivits självständigt, varit inriktad på allmänhetens betjänande och förutsatt erhållandet av betalning för utförda prestationer.

Emot den här utvecklade åsikten synes emellertid kunna anföras en mening, som uttalats av de sakkunniga, vilka år 1916 avgåvo det förslag till lag om ändrad lydelse i vissa delar av kungl. förordningen ang. handelsböcker och handelsräkningar den 4 maj 1855, vilket legat till grund vid utarbetandet av 1929 års bokföringslag. Enligt motiven till nämnda sakkunnigas betänkande¹ skulle det karakteristiska för den yrkesmässiga verksamhetsutövningen vara — förutom en viss grad av varaktighet — »att rörelsen drives *i syfte* att därav erhålla *vinst*».² Varpå de sakkunniga grunda denna sin uppfattning framgår icke av motiven. Anledningen till deras uppfattning torde dock vara, att de identifierat begreppen »yrke» och »närings»; de säga själva, att bokföringsplikten är knuten till sådan verksamhet, som »idkas såsom yrke eller närings». Sannolikt hava de för övrigt vid sin definition av begreppet yrkesmässig tagit intryck av den tyska Handelsgesetzbuchs definition av begreppet Kaufmann; denna definition bygger på begreppet »Gewerbe», vilket just motsvarar det svenska »närings», vari torde ligga krav på vinstsyfte. Någon större auktoritativ betydelse torde i varje fall icke kunna tillmätas detta icke motiverade uttalande.

Även om man godtager detsamma återstår för övrigt att avgöra vad som bör inläggas i det uppställda kravet på vinstsyfte. Något klart besked om vad i detta avseende skulle

¹ Betänkande med förslag till lag om ändrad lydelse i vissa delar av 1855 års förordning ang. handelsböcker och handelsräkningar (1916) s. 10; ifrågavarande del av motiven återgives även i HEMBERG & SILLÉN, Bokföringslagen, Stockholm 1930, s. 9 f.

² Jmfr även BERGENDAL a. st.

fordras hava de sakkunniga icke givit. Vad de härom anfört ger emellertid åtminstone vissa hållpunkter för frågans bedömmande. Sålunda yttra de följande:¹ »Den omständigheten, att vinsten på ett företag helt eller delvis går till allmänt eller oegennyttigt ändamål, inverkar ej på saken. Sålunda måste de svenska bolag för detaljhandel med brännvin, som bildas enligt brännvinsförsäljningsförfordningen, anses idka näringsverksamhet, liksom en del andra företag, med vars verksamhet uppkomsten av vinst är eller avses vara oskiljaktig, exempelvis sparbanker.»

Att de sakkunniga särskilt nämnt sparbanker är av intresse. Med sådan bank förstås enligt lagens definition »penninginrättning, som utan rätt för dess stiftare eller andra att njuta del i den vinst, som kan uppkomma å rörelsen, har till *ändamål* att befordra sparsamhet» genom att bedriva viss bankverksamhet. Sparbank anses således driva yrkesmässig rörelse, oaktat erhållandet av vinst å rörelsen icke är något egentligt syftemål för verksamheten. Yrkesmässig blir verksamheten i detta fall redan därför, att den för att över huvud kunna bedrivas måste så läggas, att inkomsterna kunna beräknas skola i viss mån överstiga utgifterna. (Om de faktiskt komma att göra det är naturligen likgiltigt.) Uppkomsten av vinst är således intet självändamål — och likväl är verksamheten yrkesmässig. Kravet på vinstsyfte får således tydligen redan enligt de sakkunnigas egen mening icke sträckas alltför långt. Det räcker att verksamhetens idkare står allmänheten till tjänst mot betalning och att han vid planläggningen av rörelsen måste inrätta denna så, att någon om och ringa marginal mellan inkomster och utgifter uppstår.

Antager man i strid med den ovan utvecklade meningen, att en verksamhet är yrkesmässig blott då *vinstsyfte* är för handen, torde detta således, såsom nu antytts och nedan skall ytterligare utföras, i själva verket icke innebära mer, än vad som är förenligt även med den ovan hävdade definitionen av begreppet »yrkesmässig», nämligen blott att verksamhet som bedrivs *utan* upptagande av *något vederlag* icke är yrkesmässig; ävensom att verksamhet som allenast avser att fylla utövarens *egna behov* icke heller är yrkesmässig.

¹O. a. st.

Det senare blir av särskild betydelse för en *förening*, i det verksamhet, som föreningen bedriver, under förutsättning att den icke sträcker sig utanför föreningsmedlemmarnas krets utan blott tillgodoser dessas egna behov, icke är att anse såsom yrkesmässig. Detta torde överensstämma med härskande uppfattning. Anmärkningsvärt är emellertid att den flera gånger ovan omnämnda bestämmelsen om yrkesmässig automobiltrafik av Högsta domstolen¹ tillämpats å trafik, som bedrivits av en ekonomisk förening — med ändamål bl. a. att tillhandahålla medlemmarna lämpliga fordon för person- och godsbefordran — vilken förening mot ersättning enligt vissa grunder transporterat *allenast medlemmarna* tillhörigt gods medelst en föreningen tillhörig automobilomnibus; medlemmarna i föreningen ansågos såsom »allmänheten», och trafiken bedömdes på grund därav såsom »yrkesmässig» enligt nämnda stadgande. Avgörandet torde även vad angår andra förhållanden än den yrkesmässiga automobiltrafiken kunna betraktas som en fingervisning om att också verksamhet utövad av en förening för tillgodoseende allenast av föreningsmedlemmarnas behov, om övriga förutsättningar äro uppfyllda, kan bli att anse såsom yrkesmässig, för så vitt icke föreningen har en viss grad av *slutenhet*.

Är icke något av nu nämnda fall för handen, d. v. s. har verksamhet utövats *mot betalning* för tillgodoseende av *andra* än på ovan angivet sätt begränsade behov — alltså, om den utövats av en förening, avsett att tillgodose även andra än föreningsmedlemmarnas behov — lär verksamheten vara att anse såsom yrkesmässig, oberoende av att i detta begrepp inlägges krav på vinstsyfte. Ett sådant syfte måste anses i tillräcklig grad konstaterat i och med att betalning fordrats. Huruvida betalningen är stor eller liten, huruvida den blott täcker omkostnaderna eller lämnar ett visst överskott, kan icke tillmätas någon betydelse. En i tysk doktrin² vid tolkningen av uttrycket »Gewerbe» i Handelsgesetzbuch § 1 uttalad, i motsatt riktning gående mening har intet stöd i svensk rätt.

Till en början må framhållas, att en i enlighet med en dylik mening avfattad regel i åtskilliga fall skulle visa sig im-

¹ Se NJA 1926 s. 494.

² Se t. ex. STAUB'S Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 14. Aufl., Berlin & Leipzig 1932, § 1 Anm. 7.

praktikabel. Så skulle bland annat bliva fallet med regeln, att viss bokföringspliktig verksamhet skall anmälas till handelsregistret. Vid tillämpningen av denna regel måste myndigheterna nödvändigtvis hava vissa objektiva faktorer att hålla sig till: att rörelseidkaren står allmänheten till tjänst mot betalning. Huruvida betalningen är tillräcklig för att täcka de direkta och indirekta kostnader, som böra påföras den idkade rörelsen, kan myndigheten icke gärna inlåta sig på att bedöma, ja, har den i regel över huvud icke tillfälle att pröva.

Att hänsynstagande till sådana synpunkter som den nu berörda icke är främmande för den svenska lagstiftningen torde framgå av bland annat vad ovan anförts rörande tolkningen av 23 § motorfordonsförordningen.

Ett starkt stöd för den här hävdade uppfattningen erbjuder emellertid främst bokföringslagen. Av densamma framgår nämligen, att hänsynen till den idkade rörelsens omfattning skall tillmätas betydelse för bokföringsplikten allenast i de fall och under de förutsättningar, som särskilt angivas i 2 §. Till de rörelser, beträffande vilka undantag från bokföringsplikten enligt detta stadgande kan komma i fråga, hör emellertid icke inkassoverksamhet. Därav torde böra slutas, att sådan verksamhet är förenad med bokföringsplikt, hur obetydlig verksamheten än är. Att avkastningens obetydlighet icke bör tillmätas någon självständig betydelse kan för övrigt så mycket hellre antagas, som lagstiftaren ur lagen uteslöt en ursprungligen föreslagen bestämmelse, enligt vilken vid bedömandet av om viss rörelse vore av ringa omfattning eller ej hänsyn bland annat skulle tagas även till huruvida rörelsens avkomst bedömd efter viss måttstock vore obetydlig eller icke. Orsaken härtill var främst att den prövning, som skulle ligga till grund för tillämpningen av en dylik regel, »måste bliva förenad med ganska betydande praktiska svårigheter».¹ Har lagstiftaren av bland annat detta skäl från beaktande vid prövningen av en rörelses omfattning och den därav beroende bokföringsplikten velat utesluta hänsynstagande till avkastens obetydlighet, lär man icke kunna få antaga, att denna om-

¹ Se NJA II 1929 s. 11.

ständighet det oaktat skulle kunna på en omväg tillmätas betydelse.

Vad nu utvecklats har gällt frågan om hänsynstagande till den *faktiska* avkastningens storlek. Är det därom sagda riktigt och är det således uteslutet att låta bokföringsplikten bli beroende på ett dylikt hänsynstagande, lär det väl emellertid än mindre kunna komma i fråga att låta bokföringspliktens inträdande bli beroende på den av rörelseidkaren *avsedda* avkastningens storlek. Att rörelseidkaren menar sig avpassa intäkterna så att de nått och jämnt böra komma att täcka omkostnaderna lär alltså icke fritaga honom från bokföringsplikten.

I betraktande av det nu anförda torde en sådan av utländsk handelskammare utövad inkassoverksamhet, varom ovan varit tal, vara bokföringspliktig och således icke kunna här i landet lagligen bedrivas utan att handelskammaren efter inhämtande av Konungens medgivande enligt 1911 års föreningslag 20 § 5 st. organiserat sig som en ekonomisk förening.

Därmed uppkommer en ny fråga, nämligen den, huruvida ens om Konungen lämnar sådant tillstånd, som i nämnda lagbud avses, en såsom fri förening organiserad utländsk handelskammare kan med hänsyn till sitt ändamål vinna registrering. Den frågan skall emellertid icke här bli föremål för undersökning. Det skall blott framhållas, att med hänsyn till den restriktiva hållning praxis intagit¹ man har anledning till tvivelsmål huruvida dylik registrering skulle komma att beviljas.

För sådana utländska handelskammare åter, vilka hava en mer eller mindre klart utbildad officiell karaktär och vilka således framstå såsom främmande staters organ, torde väl alltid möjligheten att vinna Konungens tillstånd till verksamhetens bedrivande stå öppen, oaktat eljest ansökningar från utländska juridiska personer om tillstånd till bedrivande av näringsverksamhet här i landet undantagslöst bruka avslås.

¹ Därom se ovan s. 45 ff.

Några ord angående likviderande handelsbolags representation.

Några uttryckliga regler angående frågan, vem som i förhållande till tredje man äger företräda ett likviderande handelsbolag, finnas icke i 1895 års lag om handelsbolag och enkla bolag, bortsett från det i 35 a § i sagda lag omnämnda fallet. Av 16 § i lagen jmf'd med 35 a § synes emellertid framgå, att även under likvidation samma regler, som eljest gälla, skola tillämpas. Envar bolagsman äger således, *där ej annat avtalats*, företräda bolaget. Genom enhällig överenskommelse kunna enligt denna regel bolagsmännen utesluta en eller flera i sin krets, eventuellt alla, från rätten att företräda bolaget, förutsett naturligen i sistnämnda fall, att någon utom bolagsmännens krets erhåller deras fullmakt att fungera som likvidator. Att en överenskommelse om likvidations verkställande genom en av bolagsmännen enhälligt utsedd likvidator är fullt giltig och verksam torde också framgå av 1887 års lag angående handelsregister, firma och prokura § 21 jmf'd med § 15. I sistnämnda stadgande förutsättes uttryckligen det fall, att rörelse »sättes — — — under förvaltning av syssloman (administratörer), med rätt för dem att teckna firman, eller under likvidation», och härom stadgas i 21 §, att om något av de i 15 § omnämnda fall inträffar, anmälan därom skall ske i den ordning, som stadgats för anmälan om firma. Härav torde framgå, att avveckling av en rörelse, såväl en enskild näringsidkares som ett handelsbolags, kan uppdragas åt särskild syssloman med rätt för honom att i rörelseidkarens resp. bolagsmännens ställe teckna firman.¹

¹ Såsom stöd för denna tolkning må åberopas SINDBALLES utläggning av de till vår lags ifrågavarande stadganden svarande bestämmelserna i den danska firmalagens 21 § jmf'd med 15 §. Beträffande nämnda bestämmelser, vilkas lydelse helt överensstämmer med den ursprungliga lydelsen av motsvarande paragrafer i den svenska lagen — de båda lagarna tillkommo efter gemensamt nordiskt förberedelse-

Är det nu sagda riktigt, torde därav följa, att ett uppdrag åt särskilt utsedd likvidator att i bolagsmännens ställe ombesörja bolagets likvidation bör tilläggas samma verkan som varje annan överenskommelse angående inskränkningar i bolagsmännens representationsrätt. I skenbar motsats¹ till vad som enligt 18 § gäller angående återkallands av prokura men i likhet med vad som stadgats angående återtagande av likvidationsförvaltningen från en av rätten enligt 35 a § utsedd likvidator, skulle således uppdraget åt likvidatorn icke kunna återkallas utan att samtliga bolagsmännen därom enade sig.

Gentemot vad nu anförts vill emellertid kanske någon göra den invändningen, att vår firmalags stadgande i 15 § numer i motsats till vad som var fallet enligt stadgandets ursprungliga lydelse och vad som alltjämt är fallet med motsvarande stadgande i den danska firmalagen, icke längre talar om särskilda likvidatorer utan blott om administratorer, i det uttrycket »likvidatorer» i samband med tillkomsten av 1895 års bolagslagstiftning utmönstrades ur detta stadgande. Så som detta nu lyder, kunde det därför synas allenast förutsätta, att »administratorer» för enskild idkares rörelse kunna utses, däremot icke att särskilda »likvidatorer» för handelsbolag kunna av bolagsmännen tillsättas.

En dylik invändning synes dock knappast befogad. Att ordet »likvidatorer» uteslöts ur 15 § berodde uteslutande på hänsyn till önskvärdheten av att genomföra en enhetlig terminologi i hithörande lagar. Ändringen skedde,² sedan inom HD

arbete — anför SINDBALLE, Dansk selskabsret I, København 1928, s. 164: »Ifølge F. L:s § 21, 1. Stk., jfr. § 15 er der Pligt til at anmelde, at Forretningen stilles under Bestyrelse af Tillidsmænd (Likvidatorer, Administratorer), — — —. Om Betydningen af, at Anmeldelse om, at Selskabet er traadt i Likvidation, registreres og kundgøres, gælder da Reglerne i F. L:s § 7. Den Trediemand, overfor hvem Likvidationens Indtræden herefter kan gøres gældende, vil ikke kunne støtte Ret mod Selskabet paa Retshandler, han indgaar med Personer, der hidtil har kunnet forpligte Selskabet, hvis ikke de paagældende er gjort til Likvidatorer eller paa anden Maade bemyndigede til vedblivende at optræde paa Selskabets Vegne.» — Beträffande verkan av en överenskommelse om utseende av likvidator tillägger SINDBALLE a. a. s. 166, att »den enkelte Interessent vil ikke kunne tilbagekalde Likvidatorers Fuldmagt, men naar samtlige Interessenter (disses Boer) er enige derom, vil Fuldmagten normalt kunne tilbagekaldes naarsomhelst, — — —».

¹ Att motsatsen är blott skenbar framgår därav, att prokuran kan återkallas blott av den, som icke är från förvaltningen utesluten, en förutsättning som emellertid i det här diskuterade fallet i motsats till de i stadgandet angående prokura i 18 § åsyftade tydligen är för handen.

² Se Kungl. Maj:ts proposition (nr 6) till 1895 års riksdag med förslag till lag om handelsbolag och enkla bolag — — — s. 182.

vid dess granskning av förslagen till bolagslagar gjorts följande erinran: »Därest förslaget till lag om handelsbolag, i vad det innefattar stadganden angående sådant bolags likvidation, antages, skulle ordet 'likvidatorer' komma att i den nya lagen om handelsbolag erhålla en annan betydelse, än sagda uttryck äger uti 15 § firmalagen. För undvikande av de förväxlingar och andra olägenheter, som skulle uppstå därigenom, att sålunda i två närbesläktade lagar förekomme samma uttryck för betecknande av olika begrepp, synes det vara lämpligt, att under ovan angivna förutsättning ifrågakomna ord uteslutes ur nämnda §, varigenom således de här avsedda sysslomän skulle erhålla endast benämningen administratorer.»

Såsom framgår icke minst tydligt av den sista satsen i det citerade yttrandet, avsåg ifrågavarande ändring i lydelsen av 15 § icke någon materiell förändring av den i paragrafen förutsatta ordning, enligt vilken åt särskilda sysslomän kan uppdragas att ombesörja avveckling även av ett handelsbolags rörelse. Ändringen företogs blott av det skäl, att 15 § måste hava avseende även å det regelmässiga fallet, att handelsbolag likviderar utan att särskilda sysslomän erhålla uppdrag att verkställa likvidationen, i vilket fall ju bolagsmännen själva äro »likvidatorer»; då man icke lämpligen kunde låta beteckningen »likvidatorer» avse såväl i visst fall särskilt utsedda sysslomän som de regelmässigt för avvecklingen av ett handelsbolag verksamma bolagsmännen själva, måste ifrågavarande *uttryck* utgå ur stadgandet och detta, så vitt angick likviderande handelsbolag, erhålla en mera indifferent formulering, täckande även det regelmässiga fallet, likvidation genom bolagsmännen själva. Förändringen innebar med andra ord, att man, såsom antydes i den sista satsen av berörda inom HD angivna yttrande, lät beteckningen administratorer för framtiden avse jämväl vad som förut tydligare angavs med beteckningen likvidatorer. Fortfarande liksom dittills skulle således oberoende av lagändringen likvidationen av ett handelsbolag kunna, därest bolagsmännen avtalade därom, uppdragas åt särskilda sysslomän, och fortfarande liksom dittills skulle i dylikt fall anmälan om förhållandet göras till handelsregistret.

Frågan huruvida ett likviderande handelsbolags delägare kunna utse *prokurist* torde med hänsyn till det nu sagda vara

av mindre intresse. Bäst överensstämmande med lagens regler synes det vara att besvara denna fråga nekande. Prokuristens fullmakt omfattar enligt firmalagen 25 § behörighet att »i allt vad till *bedrivande* av huvudmannens rörelse hörer» handla å hans vägnar och teckna hans firma, och enligt lagens 27 § kan denna behörighet icke med laga verkan mot tredje man, som är i god tro, begränsas. Men en högst avsevärd begränsning av ifrågavarande behörighet skulle ju ske, om prokuristen blott skulle hava fullmakt att *avveckla* rörelsen. Med hänsyn härtill synes det åtminstone kunna starkt ifrågasättas, huruvida det kan tillåtas ett likviderande handelsbolag att anmäla prokurist. En avvikande mening har dock på denna punkt, ehuru utan särskild motivering, uttalats av SINDBALLE.¹ Andra uttalanden i främmande doktrin stödjade åter den här hävdade åsikten.² Något avgörande i svensk rättspraxis torde icke föreligga. Vilken ställning åter administrativ praxis intagit är icke bekant.

¹ SINDBALLE a. a. s. 167.

² Se t. ex. STAUBS Kommentar zum Handelsgesetzbuch § 156 Anm. 3, varest beträffande ifrågavarande spörsmål uttalas: »*Prokura kann die Liquidationsgesellschaft nicht erteilen weil dem der Zweck der Liquidation entgegensteht.*» Härmed överensstämmer också tysk rättspraxis.

Förkortningar.

AvtL	= Lagen den 11 juni 1915 om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område.
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch (Tyskland).
HD	= Högsta domstolen.
K. Bef.	= Konungens befallningshavande.
KommL	= Lagen den 18 april 1914 om kommission, handelsagentur och handelsresande.
NJA	= Nytt juridiskt arkiv, utg. av Holm, Avd. I.
NJA II	= Nytt juridiskt arkiv, utg. av Holm, Avd. II.
RR	= Regeringsrätten.
RÅ	= Regeringsrättens Årsbok.
SL	= Strafflagen.
SvJT	= Svensk Juristtidning.
TfR	= Tidsskrift for Rettsvidenskap.
UfR	= Ugeskrift for Retsvæsen, Avd. 2.

Pris 3 kronor
