

INSTITUTET
FÖR RÄTTSVETENSKAPLIG FORSKNING
[XXIII]

HJALMAR KARLGREN

KUTYM
OCH RÄTTSREGEL

STOCKHOLM

P. A. NORSTEDT & SÖNERS FÖRLAG

EX LIBRIS



Knut Rodhe

Juridikbok.se

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

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

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att:

- Kopiera och 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>

*Hon Professor m. m. Dr Knut Rodhe
med hälsning från vännen - forf.*

INSTITUTET

FÖR RÄTTSVETENSKAPLIG FORSKNING

[XXIII]

HANDELSHÖGSKOLAN I STOCKHOLM
BIBLIOTEKET



10 0078065 5

KUTYM OCH RÄTTSREGEL

EN CIVILRÄTTSLIG UNDERSÖKNING

AV

HJALMAR KARLGREN

STOCKHOLM

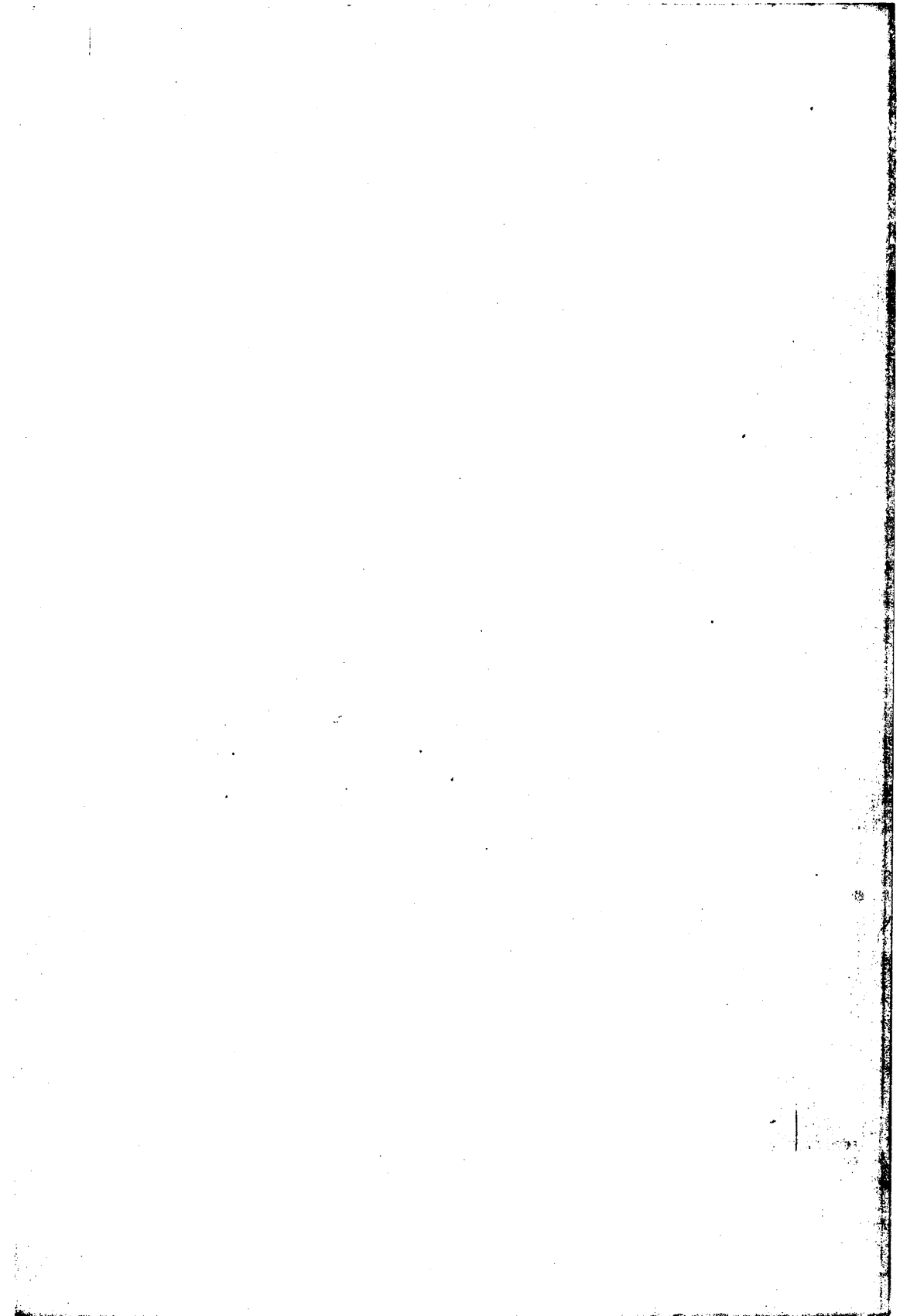
P. A. NORSTEDT & SÖNERS FÖRLAG

© *P. A. Norstedt & Söners förlag 1960.*

STOCKHOLM 1960. KUNGL. BOKTRYCKERIET P. A. NORSTEDT & SÖNER

INNEHÅLL

1 kap. Inledning. Förarbetena till stadgandet om kutymer i	
1 § köplagen. Nordisk doktrin i ämnet. Icke-nordisk rätt	7
2 kap. Kutymer och partsvilja	29
3 kap. Kutymer och sedvanerätt	45
4 kap. Kutym och rättsregel — några synpunkter och slutsatser	58
5 kap. Kutymer enligt yttranden av handelskamrarna. Domstolspraxis	78



F Ö R O R D

Med förevarande skrift avses att lämna ett bidrag till belysning av några huvudfrågor, som stå i samband med att civilrättsliga lagar tillerkänna handelsbruk och kutymmer i övrigt rättslig betydelse. En mera ingående och allsidig utredning rörande skilda kutymspörsmål åsyftas följaktligen icke; en sådan torde framdeles komma att presteras av annan författare. Den närmaste anledningen till skriften är, att jag känt ett behov av att vid den framställning av köprätten, med vars utarbetande jag varit och är sysselsatt, kunna bygga på en motiverad uppfattning i de här behandlade frågorna.

Även denna gång ber jag att till Institutet för rättsvetenskaplig forskning få framföra ett värdsamt tack för erhållet forskningsunderstöd.

Stockholm i december 1959

Hjalmar Karlgren

Uppdrag 341 om ansvarssambanden.

KAP I

INLEDNING. FÖRARBETENA TILL STAD- GANDET OM KUTYMER I 1 § KÖPLAGEN. NORDISK DOKTRIN I ÄMNET. ICKE- NORDISK RÄTT M. M.

Enligt 1 § köplagen skola de i lagen givna stadgandena om säljares och köpares rättigheter och skyldigheter lända till efterrättelse (allenast) såvitt ej annat är uttryckligt överenskommet eller eljest må anses avtalat eller ock följer av handelsbruk eller annan sedvänja. Det är alltså enligt lagtexten icke blott vad kontrahenterna uttryckligt eller tyst överenskommit — inbegripet vad de avtalat genom den på köprättens område ymniga »formularrätten» — som skall ha försteget framför de legala köpreglerna utan även sedvänjor, främst köpmännens sedvänjor eller handelsbruk. Denna lagregel kan i förstone synas oskyldig nog. Vad är naturligare, säger man kanske, än att i tvister mellan köpmän handelsbruk ha avgörande betydelse? Och varför skulle icke med handelsbruk böra jämsställas andra sedvänjor, i den mån sådana kunna påvisas? Lagstiftaren har ock, såvitt man kan se utan ingående överväganden, senare i olika civilrättsliga lagar inflickat motsvarande stadgande. Så i 1914 års kommissionslag (1 §; se ock dess 14 och 86 §§), i 71 § sjölagen (jfr 91 §) samt framför allt i 1915 års avtalslag (1 §). Särskilt faller i ögonen, att grundsatsen om att sedvänjor annullera rättsregler icke är inskränkt till handelsrättsliga sammanhang.¹

¹ »Sedvänja» har vidare enligt 10 § andra stycket avtalslagen rättsverkningar av synnerlig vikt. Stadgandet, som kanske först kunde synas leda i cirkel, torde, såvitt nu är av intresse, utsäga att en behörighet

Vid närmare eftersyn är dock ifrågavarande stadgande i 1 § köplagen allt annat än trivialt. Det måste, även med beaktande av köprättens i allmänhet dispositiva natur, vara märkligt att lagen skulle kunna sättas ur spel redan i och

som i och för sig bygger allenast på sedvänja skall, under förutsättning av den i lagrummet omförmälda anknytningen till tjänst eller annan ställning, tillika vara en rättslig behörighet, *samt att* denna rättsliga behörighet är en behörighet av fullmaktsnatur.

En familjerättslig regel, som grundar behörighet på vad som »sedvanligen» företages för vissa ändamål, nämligen den dagliga hushållningen eller barnens uppfostran, återfinnes i 5:12 GB.

Hänvisas må ytterligare till 10 § semesterlagen: sedvänja beträffande semestertidens längd är gällande t. o. m. i konflikt med tvingande lag. Angående förarbetena till stadgandet se NJA II 1939 s. 128 ff. och 1946 s. 356 ff. (på förstnämnda ställe intressant yttrande av lagrådet).

Till förevarande sammanhang hör däremot icke omedelbart 34 § försäkringsavtalslagen. Här är icke fråga om åsidosättande med hänsyn till sedvänja av dispositiv rätt — en bestämmelse härom saknas i sagda lag — utan om åsidosättande av *avtalsvillkor* (sc. från lagen avvikande avtalsvillkor), där sådant i fall av uppenbar obillighet »kan anses överensstämma med en god försäkringspraxis». Detta kunde synas innebära, att sedvänjans betydelse vore än mer ingripande än enligt 1 § köplagen och motsvarande lagrum. Emellertid är att märka, att sedvänjan enligt försäkringsavtalslagen icke utan vidare utövar berörda verkan. Det fordras att den skall vara »god», d. v. s. det hänger på en värdering rörande vad som bör tillämpas inom försäkringspraxis. Bedömningen av vad som är gott eller icke måste rimligen ankomma på domstolarna, icke på de försäkringsbolag som representera praxis. Under sådana omständigheter är det oklart vad åberopandet av försäkringsrättslig praxis eller sedvänja egentligen betyder. Domstolarna borde, kunde man tycka, göra sin bedömning av huruvida och i vad mån ett försäkringsvillkor bör på grund av obillighet underkännas utan att taga till hjälp föreställningar om vad som är gott eller dåligt enligt försäkringsrättslig sedvänja. Tanken är dock måhända, att försäkringsbolagens praxis, om än icke bindande för domstolarna, bör av dem ägnas särskilt beaktande härvidlag. I vilket fall som helst måste, såsom lagrådet vid försäkringsavtalslagens tillkomst påpekade (NJA II 1927 s. 413), försäkringsvillkor kunna åsidosättas även i fall, där någon sedvänja inom försäkringsväsendet i den ifrågavarande riktningen ej utbildat sig. Fullt klart torde icke heller vara vad som ligger i att paragrafen föreskriver, att prövningen av försäkringsvillkorets upprätthållande skall avse, icke direkt huruvida villkoret är försvarbart eller ej utan huruvida det bör kunna jämkas eller lämnas utan avseende (»sådant»). Slutligen kan man undra, varför till synes (jfr dock Hellner. Försäkringsrätt, 1959, s. 60 nederst) endast försäkrings-

med att ett avvikande bruk är vedertaget i köpmannakretsar eller en avvikande sed eljest är förhanden. Skulle verkligen positiva rättssatser — mödosamt utformade av våra lagförfattare och bottnande i skilda, mot varandra avvägda hänsyn — skjutas åsido så snart i samhället handlas och vandlas i strid mot reglerna på det sätt att en sedvänja kan anses föreligga? Och detta skulle gälla i själva centrum av vår privaträttsliga rättsordning: vid köp, uppdrag, avtalsslut i allmänhet. Så kan det väl icke förhålla sig? Här måste vara en hund begravnen. Flera hundar för resten.

Att en allmän regel om att lagstadganden, låt vara av dispositiv art, måste vika för handelsbruk eller andra sedvänjor med avvikande innehåll på intet sätt ligger i sakens natur, bekräftas av att representativa utländska rättsordningar, såsom nedan skall beröras, knappast erkänna en dylik radikal regel. Varken tysk eller schweizisk rätt har, såvitt man kan se (vissa tolkningssvårigheter föreligga dock), vågat sträcka sig så långt; ej heller engelsk rätt. Och av särskilt intresse är att, på sätt likaledes längre fram skall omtalas, 1956 års utkast till lag om internationella köp av lösören (*»projet d'une loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels»*) — där eljest på viktiga punkter gjorts koncessioner till förmån för nordisk köprätt — ingalunda tillerkänner handelsbruk eller annan sedvänja den omfattande rättsliga betydelse, som angives i 1 § köplagen.

villkor, som avvika från försäkringsavtalslagen, och ej tillika villkor, som avhandla i lagen icke reglerade ämnen, skulle vid uppenbar obilighet kunna underkännas, när sådant överensstämmer med en god försäkringspraxis.

Andra lagstadganden, som medgiva åsidosättande av avtalsvillkor med stöd av sedvänja, äro 8 § skuldebrevslagen (*»gott affärsskick»*), 8 § första stycket lagen om avbetalningsköp (samma uttryck; jfr däremot 2 § andra stycket samma lag), 3 kap. 43 § nyttjanderättslagen samt 3 § lagen om rätt för hyresgäst till nytt hyresavtal (*»god sed i hyresförhållanden»*). Jfr ock, på ett mera speciellt rättsområde, 9 § 1949 års lag om rätten till arbetstagares uppfinningar (*»god sed»*). Stadgandena giva i viss mån anledning till reflexioner liknande de nämnda.

Straffrättsligt har begreppet *»god affärssed»* betydelse bl. a. enligt 1931 års lag med vissa bestämmelser mot illojal konkurrens, se NJA 1957 s. 188 (utlåtande från *»Näringslivets opinionsnämnd»*).

Det visar sig nu också, att stor oklarhet råder om innebörden av denna köplagsparagraf. Låt oss först se på förarbetena till densamma.

I det följande sammanfattas handelsbruk och annan sedvänja under benämningen »kutym».

* *
 *

I hithörande bestämmelse i nya lagberedningens förslag till köplag (1894, 17 §) hette det endast, att säljares och köparens inbördes rättigheter och skyldigheter i följd av köpet skola, där ej annat avtalats eller »eljest kan anses vara bestämt», bedömas efter lagens stadganden. Av motiven² synes framgå, att därmed endast syftades på de fall, då avtalsviljan annorledes än genom uttryckligt tillkännagivande »kan av omständigheterna utletas». Kutymen omnämndes ej alls. Förmodligen ansågos de kunna i tillräcklig omfattning beaktas inom ramen för vad som konkludent avtalats. Ingen anmärkning framställdes häremot, vid granskning av lagförslaget, av den annars mot detsamma ganska kritiska högsta domstolen.

I de *svenska* motiven till köplagen³ underströks till en början, att man i allmänhet icke kunde åt ett köpavtals uttryckliga innehåll tillerkänna något rättsligt företräde framför andra omständigheter, av vilka kontrahenternas syfte och mening framginge; kontrahenternas inbördes rättigheter och skyldigheter måste städse bedömas efter vad med hänsyn till samtliga föreliggande omständigheter kunde anses dem emellan bestämt. Härefter säges det:

»Av synnerligen stor betydelse för bedömande av köpeavtalets rättsverkningar äro de sedvänjor, som särskilt inom den större handeln under tidernas lopp utvecklats. Även om dessa handelsbruk (usancer, kutymen) icke erhållit den allmänna utövning eller vunnit den stadga och fasthet, att de måste anses äga giltighet såsom sedvanerätt i egentlig mening, bör till dem tagas den största hänsyn. I all synnerhet gäller detta vid avgörande av handelsvister köpmän emellan. Av köpmannen kan det i allmänhet

² NJA II 1901:1 s. 54.

³ NJA II 1906:1 s. 6.

fordras, att han äger eller förskaffar sig kännedom om gällande handelsbruk inom den bransch, hans affär tillhör, och, i händelse ett sådant handelsbruk befinnes oförenligt med hans intressen, i förväg giver medkontrahenten tillkänna, att han ej vill låta det samma lända till efterrättelse. Underlåtes sådant tillkännagivande, måste det antagas, att köpmannen i de avseenden, varom särskilda bestämmelser icke träffats, underkastar sig de vid handel uti ifrågavarande bransch gällande bruk. Skulle han söka undandraga sig tillämpningen av ett handelsbruk på den grund, att uttrycklig överenskommelse om dess iakttagande ej blivit träffad, lär ett dylikt försök ej böra från rättsordningens sida vinna understöd.»

I fortsättningen yttras bl. a., förutom att riktigheten av det sålunda anförda »synes obestriddig», att det ej torde vara ur vägen att »hos oss, såsom i flera främmande lagar skett, fästa uppmärksamheten å den betydelse, som vid sidan av det uttryckliga avtalet tillkommer omständigheterna vid dess avslutande *och särskilt* (kurs. här) handelsbruk och andra sedvänjor»; en viss benägenhet att överskatta det formliga avtalet hade någon gång ej minst inom handelsståndet förspotts.

Det sagda, som ger intryck av att man väsentligen hade storhandels förhållanden i sikte, torde utvisa, att kutymernas rättsliga betydelse grundades — åtminstone om det icke föreläge »verklig sedvanerätt» (med för densamma utmärkande »*opinio necessitatis*», se nedan) — på kontrahenternas vilja att underkasta sig kutymerna. Ur de köprättsliga reglernas dispositiva karaktär härleddes omedelbart kutymernas förpliktande kraft. Betydde då detta att, bortsett från fall av verklig sedvanerätt, domstolarna icke skulle vara bundna av kutymerna med mindre in casu kunde åvägbringas stöd för dylik underkastelsevilja? Det är möjligt att detta var tanken.⁴ Men säkert är det icke. Påfallande är nämligen, om man får läsa motiven efter orden, att mera icke fordrades för att en kontrahents underkastelse skulle kunna antagas, än att en kutym är rådande inom branschen och att de avtalande ha tillfälle att förskaffa sig kännedom om densamma. Man kanske helt enkelt förutsatte, att kutymer —

⁴Märk det försiktiga uttryckssättet, att till handelsbruken borde »tagas den största hänsyn».

om de fylla kraven på »fasthet» och utbredning, se nedan — allmänt äga rättsligt bindande kraft, och var blott på jakt efter en teoretisk förklaring till detta förhållande. Någon tvekan om kutymernas rättsliga relevans som sådan skulle då aldrig ha förelegat. Med denna tolkning stämmer lagtexten väl överens. Ty denna måste ovillkorligen ingiva läsaren föreställningen, att (stadgade) kutymer skola lända till efterrättelse lika obetingat som uttryckliga eller tysta avtalsvillkor.

De *norska* motiven till köplagen⁵ bekräfta snarast sist-nämnda läsart:

»Ved siden af denne henvisning til saavel stiltiende som udtrykkelige aftaler er det maaske overflødigst særlig at framhæve, at ogsaa det, som 'følger af handelsbrug eller anden sedvane' gaar foran loven. Efter en opfatning, som er meget udbredt, har nemlig koutumernes retsvirkning sin grund deri, at parterne maa ansees ved aftalens afslutning stiltiende at have henholdt sig til dem, hvis intet andet fremgaar af forholdet. Efter denne opfatning er det 'indeholdt i aftalen', at koutumerne skal følges, og det trænger saaledes ikke udtrykkelig at siges. Naar komiteen alligevel har fundet grund til særlig at nævne handelskoutume og anden sedvane (ogsaa udenfor handelsforhold har jo koutumerne betydning), er det, fordi den nævnte opfatning ikke er uomtvistet. Man møder saaledes undertiden den opfatning, at koutumernes retsvirkning ikke ubetinget kan henføres til en saadan stiltiende aftale mellem parterne. Da udkastet ikke har villet tage standpunkt til spørgsmaal af denne art, har det valgt en udtryksmaade, som ikke gir bindende udtryk for nogen af de forskellige opfatninger.»

Alltså: kutymernas förbindande verkan står fast. Men olika förklaringar till denna verkan ha lanserats.⁶

Går man till de *danska* köplagsmotiven,⁷ blir emellertid bilden en annan:

»Fremgaar det altsaa af en udtrykkelig Aftale eller af Omstændighederne i øvrigt, f. Eks. af en mellem Parterne i tidligere Forretninger af lignende Art fulgt Forretningsbrug, at Parterne have ønsket Retsforholdet imellem sig ordnet paa en fra Udkastets Ordning forskellig Maade, bliver denne at opretholde. Særlig er

⁵ Motiver till Udkast til lov om kjøb, 1904, s. 9.

⁶ Liknande ett uttalande av Almén i TfR 1904 s. 382 (»av övervägande akademiskt intresse»).

⁷ Forslag til Lov om Køb, 1905, s. 33.

det i § 1 fremhævet, at ogsaa den Ordning af Retsforholdet, som følger af Handelsbrug eller anden Sædvane, gaar forud for Ud-kastets Bestemmelser. Der er dermed forbeholdt Sædvanen den samme Plads som hidtil: Ingen Sædvane, der allerede har udviklet sig, ophæves, og ingen Sædvanerets Dannelse udelukkes for Fremtiden. Sin største Betydning vil denne Regel have inden for de egentlige Handelsforhold. I disse Forhold møder man imidlertid ogsaa en med den egentlige Handelssædvane (Usancen) nær beslægtet, men i sin Fæstnelse som Retsnorm noget mindre fremskreden Retsdannelse, den saakaldte Handelsbrug eller Køpmandsskik. Idet nu Grænsen mellem den egentlige Retssædvane og Retsbrugen er ganske flydende, og det aldrig med Sikkerhed kan afgøres, naar det Tidspunkt er kommet, da Handelsbrugen har fæstnet sig som bindende Norm for Retsforholdets Afgørelse, tilsiger Forsigtigheden udtrykkelig at forbeholde Plads ogsaa for den Ordning af Retsforholdet, som 'følger af Handelsbrugen'. Hermed er det altsaa ingenlunde sagt, at enhver almindelig iagttaget Skik og Brug mellem Køpmænd — saa lidt som i øvrigt enhver saakaldet Sædvane — uden videre skal hævdes af Domstolene som retlig bindende. Der er alene forbeholdt Domstolene den samme Adgang som hidtil til at tage Hensyn til Handelsbrugen, naar de finde, at den bør udgøre en retlig forbindende Norm for Afgørelsen af det enkelte foreliggende Spørgsmaal. Ligeledes er det forbeholdt Domstolene i det enkelte Tilfælde at drage Grænserne for Anvendeligheden af Handelsbrug og Sædvane, naar disse i sig selv ere undergivne en Begrænsning, være sig i saglig, personlig eller stedlig Henseende.»

Vid sidan av kutymer med sedvanerättens ovillkorligt förbindande kraft omnämnas här alltså kutymer av lägre dignitet: faktiska »skick och bruk». Dessas roll vore på grund av domstolarnas fria prövningsrätt rörande deras tillämplighet relativt begränsad. De vore blott ett hjälpmedel för domaren i hans rättsutövande verksamhet; han finge taga den hänsyn till dem han funne påkallad. Till försvar för denna tolkning pressas lagtextens ordalag (»följer av»).

Oklarheten på området avspeglas i den rättsvetenskapliga litteraturen, både i och utanför Norden. Såvitt angår nordisk doktrin må i första hand uppmärksammas vad Stang, Lassen och Almén ha att förtälja. De äro ju, mer än andra, att anse som den nordiska köprättens »lagstiftare». Av nyare representativa författare i övrigt skola beröras Knoph och Ussing.

Utförligast är Stang.⁸ Hans ärende var att slå ett slag för kutymernas rättsliga betydelse. De behandlas med synnerlig veneration. Vältaligt skildras deras framsynthet och förträfflighet i övrigt.

Stangs avhandling i ämnet är emellertid bemängd med motsägelser.⁹ Inledningsvis säger sig förf. vilja försvara åsikten, att kutymer icke innefatta sedvanerätt. I så fall vore deras praktiska betydelse, framhålles det, liten eller ingen, bl. a. med hänsyn till det för sedvanerätt gällande kravet på »*opinio necessitatis*», d. v. s. föreställningen hos de handlande att de äro rättsligt förpliktade att förfara så som kutymen bjuder. Kutymer utgöra fastmera »tolkningsmedel», i det att kontrahenternas avtal måste anses hänvisa till dem. Fråga är icke om objektiva rättssatser utan om fakta av vikt för avtals tolkning. En konsekvens därav borde då vara, kunde man tycka, att kutymer tack vare dylik hänvisning äro lika bindande för domaren som kontrahenternas avtal i övrigt. Åtskilliga uttalanden i sådan riktning förekomma ock (t. ex. s. 313). Men tanken vidhålles ej. Under »tolkning» av avtal inbegriper nämligen Stang även *utfyllnad* därav med regler, som icke ha stöd i kontrahenternas vilja. I enlighet härmed vitsordas, att hänvisningen till partsviljan icke behöver vara annat än en fiktion, försvarlig visserligen på grund av att enligt förf:s mening rättsverkningarna här och i de fall då avtal verkligen slutits överensstämma. »Sædvanen har altsaa sin betydning, fordi den er sædvane, ikke fordi parterne har villet anvende den» (s. 299). Uppenbarligen måste en dylik uppfattning leda till väsentligt andra resultat än om kutymer anses utgöra moment i partsavtalen. Dylika resultat accepteras ock med viss frimodighet, utan att motsättningen till förstnämnda inställning hos förf. alls klaras upp. Domaren tillerkännes sålunda, när det kommer till kritan, avsevärd frihet vid kutymers handhavande, och en hel del betingelser uppställas för att desamma anses böra beaktas (s. 310 ff.).

⁸ Handelskutymen, i Tfr 1908 s. 249. Se ock Innledning til formueretten, 3 uppl. 1935, s. 462 ff.; här modifierade Stang i terminologiskt hänseende, men i det hela icke i sak, sin framställning i tidskriftsavhandlingen, vilken senare jag i texten uteslutande håller mig till.

⁹ Jfr kritiken hos Hagerup i Tfr 1915 s. 29 ff.

Beträffande särskilt kutymernas förhållande till de dispositiva lagreglerna äro Stangs uttalanden svävande (s. 323 ff.). De ge vid närmare granskning intet ordentligt besked.

L a s s e n s framställning¹⁰ hänger bättre ihop än Stangs men är på avgörande punkter svårtolkad. Han skiljer mellan kutymer, som äro av sedvanerättslig valör och i sådan egenkap gälla såsom objektiv rätt, å ena sidan, samt å andra sidan »skick och bruk», som icke kunna vara bindande för domstolarna med mindre det finns en anknytningspunkt i partsavtalet eller omständigheterna vid dess avslutande. Vilken anknytningspunkt? Ja, såvitt man kan se räcker det enligt förf., att vederbörande kontrahent eller kontrahenter bort känna till kutymens existens. Detta skulle kunna betyda, att skick-och-bruk-kutymernas kraft och giltighet grundades på »underkastelse», på att desamma konkludent utgjorde del av partsavtalet. Härför talar, att de av Lassen jämsställas med bl. a. av bolag regelbundet i kontrakt tillämpade »allmindelige Forretningsbetingelser» samt att det klart utsäges, att kutymer gå före dispositiv lag. Intet giver heller vid handen, att det enligt förf. icke skulle vara en generell regel, att skick och bruk under nämnda förutsättning äro bindande för domaren. En annan sak är att Lassen betonar, att *köplagen* icke kan åberopas som stöd för vare sig denna regel eller någon regel av avvikande innehåll (jfr de danska motiven ovan). Emellertid tyder bl. a. det sammanhang, vari Lassen behandlade ämnet, på att han hade klart för sig, att det innefattar en fiktion att anse en viljeförklaring om en kutyms tillämplighet given redan i och med sagda kännedom hos kontrahenterna om dess existens. Troligen var hans uppfattning — såsom belyses av vad som yttras s. 371 ff., jfr särskilt s. 374 överst — att grunden för kutymers giltighet är en annan än partsviljan.¹¹ Kutymer tänktes således ha viss giltighet som objektiv rätt *utan* att fördenskull innefatta sedvanerätt i vedertagen bemärkelse. Men om så förhål-

¹⁰ Haandbog i Obligationsretten, Alm. Del, 3 uppl. 1917—1920, s. 374 ff.

¹¹ Så ganska tydligt Grundtvig, Om Reklamation i Formueretsforhold, 1903, s. 46 ff., till vars framställning Lassen flera gånger hänvisar.

ler sig, undrar man, vilket stöd Lassen har för en så vittgående regel som den av honom uppställda. Kan man utan att bygga på *vare sig* lag eller lagmotiv *eller* på dylik sedvanerätt *eller* på avtalstolkning (d. v. s. omständigheter utvisande underkastelse under kutyerna å kontrahenternas sida) de lege lata komma fram till att kutymer äro (under berörda förutsättning) lika bindande som uttryckliga avtalsvillkor?

Oklarhet vidlåder även Almén's sparsamma yttranden om handelsbruks giltighet.¹² Han refererar till en början två huvuduppfattningar på området. Enligt den ena förkastas tanken att handelsbruk gälla objektivt såsom sedvanerätt, enär här saknas den för en sådan oundgängliga »*opinio necessitatis*»; hänsyn bör tagas till handelsbruk endast i den mån kontrahenterna uttryckligt eller tyst underkastat sig deras tillämpning. Enligt den andra uppfattningen åter utgöra handelsbruk däremot den typiska uppenbarelsereformen för sedvanerätten på handelsrättens gebit, varför desamma objektivt, oberoende av partsviljan, innefatta en verklig rättskälla. Härefter uttalar Almén helt enkelt, att denna meningsskiljaktighet näppeligen äger stor praktisk betydelse. Såsom belägg härför anföres bedömningen av ett specialfall: att handelsbruk åberopas gentemot utländsk man.¹³ — Åt-

¹² Kommentaren till köplagen, § 1 vid not 14 ff. (3 uppl. s. 28 ff.).

¹³ Exemplet torde för övrigt ha föga bevisvärde. Det är en sak för sig, att ett svenskt handelsbruk i fall av hithörande slag kan sakna betydelse helt enkelt på den grunden, att överhuvud icke svensk utan utländsk rätt är tillämplig å tvisten. Men skall svensk rätt eljest komma till användning vid fallets bedömande, låter sig svårigen inse varför, om man utgår från det objektiva betraktelsesättet, det utan vidare skulle dekreteras att handelsbruken här i landet äro utlänningen ovidkommande (jfr, vad den icke-nordiska rätten beträffar, t. ex. kommentaren till Handelsgesetzbuch av *Reichsgerichtsräte* [Godin], III:1, 2 uppl., 1953, § 346 anm. 12). Men från den subjektiva utgångspunkten kan det givetvis ställa sig helt annorlunda. — Det i detta sammanhang åberopade rättsfallet NJA 1917 A 526, som avsåg en tvist mellan två svenska parter, visar väl intet. Vad angår de tillika anmärkta två danska rättsfallen (sø- og handelsretsdomme), märkes att det förra gällde köp av en dansk från en svensk av varor i *England* samt att i det senare utgången motiverades med att icke »*lex loci contractus*» utan »*lex loci debitoris*» borde vara avgörande. — Jfr NJA 1912 s. 352 (svensk, som i Paris slutit avtal med utländskt, antagligen franskt bolag om

minstone såvida Almén icke redan förutsätter, vad som bör bevisas, nämligen *att* handelsbruk i och för sig äro bindande för domstolarna, och blott tänker på den teoretiska förklaringen till fenomenet, synes detta uttalande gåtfullt. Det förefaller svårbegripligt att, om handelsbruk måste respekteras allenast om på något sätt hänvisning gjorts till dem i kontrahenternas avtal, detta leder till ett lika vidsträckt erkännande av deras giltighet som om de gälla objektivt, d. v. s. utan att någon som helst partsunderkastelse är av nöden.¹⁴ För övrigt är den angivna motsättningen mellan de två huvuduppfattningarna mindre lyckad såtillvida, som det naturligtvis kan ifrågasättas såsom ett tredje alternativ, att handelsbruk äga objektiv giltighet och följaktligen icke kräva stöd i kontrahenternas avtal, utan att någon »*opinio necessitatis*» och överhuvud sedvanerätt i *klassisk* bemärkelse är förhanden. Detta var förmodligen just Lassens mening — en annan sak är, att densamma, såsom förut berörts, kan behöva motivering.

Alméns centrala yttrande i ämnet är sedan följande:

»Det finns också en förmedlande ståndpunkt, som allt flera författare intaga [hänvisning till Staub, Lassen och Grundtvig], nämligen att det gives handelsbruk, som hava karaktären av sedvanerätt, men andra, som endast gälla, om kontrahenterna kunna anses hava underkastat sig dem. För vår del tro vi, att denna mening innehåller en riktig kärna så till vida, att ju större fasthet och ju vidsträcktare utbredning ett handelsbruk erhållit, desto mindre behov har man att i omständigheterna i det särskilda fallet söka något stöd för handelsbrukets beaktande, under det att ju mera obestämt till sitt innehåll och begränsat till sin utbredning ett visst handelsbruk är, desto mera betänksam måste man vara att med ledning av detsamma bedöma rättsförhållandet mellan kontrahenter, vilkas uppträdande icke giver vid handen, att de underkastat sig handelsbruket. Däremot tro vi det vara förefelat, då man anser sig kunna uppdelat handelsbruket i två från varandra skilda grupper eller arter, av vilka den ena skulle äga, den andra sakna karaktären av objektiv rätt.»

leverans av pappersmassa från Sverige till Frankrike, ansågs bunden av franskt handelsbruk) ävensom NJA 1895 s. 27 och 1908 s. 471 (rättsfallen refererade nedan i sista kapitlet).

¹⁴ Endast om man tänkte sig att förhandenvaron av underkastelsevilja i praktiken *fingerades* så hejdlöst, att resultaten bleve desamma som enligt den objektiva »teorin», bleve Alméns uttalande begripligt.

Almén skiljer således, med hänsyn till om handelsbruk äro bindande för domstolarna eller ej, mellan handelsbruk som ha större fasthet och vidsträcktare utbredning, å ena sidan, samt handelsbruk av mera obestämt innehåll och begränsad utbredning, å den andra.¹⁵ I de förra fallen skulle man ha mindre behov av partsunderkastelse än i de senare. Enligt orden kunde detta betyda, att handelsbruk *aldrig* hade karaktären av objektiv rätt utan genomgående för sin giltighet förutsatte en viss — större eller mindre — förankring i partsviljan. Men så får det citerade säkerligen icke läsas.¹⁶ Det skulle ju bl. a. innebära, att förf. blankt förnekade den objektiva giltigheten av handelsbruk t. o. m. då dessa finge antagas ha egenskapen av sedvanerätt i klassisk bemärkelse, d. v. s. då tillämpningen är uttryck för en uppfattning hos utövarna om brukets rättsliga nödvändighet («*opinio necessitatis*»). En sådan tanke var nog Almén helt främmande. Det framgår tillika av hans framställning,¹⁷ att enligt hans åsikt även andra handelsbruk än de i klassisk mening sedvanerättsliga kunna vara objektivt bindande för domstolarna. Då förf. nu bestrider, att man bör göra skillnad mellan olika handelsbruk allt efter deras egenskap av att innefatta objektiv rätt eller icke, måste meningen, tvärtemot vad nyss med stöd av ordalagen ifrågasattes, vara den att handelsbruk, förutsatt att de ha vederbörlig fasthet och utbredning, *alltid* gälla objektivt. En anknytning till partsviljan kräves endast beträffande de mindre stadgade och mera obestämda handelsbruken.¹⁸

¹⁵ Såsom synes haltar indelningen i viss mån: i det ena ledet talas om handelsbrukets innehåll (dess »obestämdhet»), i det andra icke.

¹⁶ Att meningen ej var denna antages även av Lassen i TfR 1916 s. 3 ff.

¹⁷ Vid not 20 b under § 1.

¹⁸ Vid kommenterandet av andra bestämmelser i köplagen än 1 § har dock Almén — vid sidan av uttalanden som snarast bekräfta denna tolkning — även några uttalanden, som icke otvetydigt låta sig förena därmed. I bekräftande riktning går vad som anföres under § 17 vid not 94 a («naturligen»), § 43 vid not 66 och § 66 vid not 36 (likaledes »naturligen»). Men under § 14 i not 4 överraskar Almén med att, beträffande eventuella handelsbruk rörande viss tids kredit för köparen, på ett nästan extremt sätt ansluta sig till den subjektiva uppfattningen i ämnet. (Framställningen visar inom parentes sagt att, *om* verkligen

Emellertid måste då även här ställas frågan, varpå man kan grunda detta påstående om att alla (stadgade och utbredda) handelsbruk måste av domaren tagas till efterföljd, ehuru alltså någon anknytning till partsviljan icke är erforderlig och ehuru kraven på sedvanerätt i klassisk mening ej behöva vara uppfyllda. Ja, i motsats till Lassen och Stang har verkligen Almén ett visst svar på denna fråga. Han hänför sig nämligen, låt vara mycket försiktigt och reserverat, till själva ordalagen i 1 § köplagen. Lydelsen av detta lagrum — som i hithörande del enligt Almén icke *enbart* kan avse egentlig sedvanerätt¹⁹ — giver, heter det, »snarare» stöd för den objektiva »teorin». Samtidigt vitsordas dock, vad Lassen och för övrigt även Stang²⁰ understrukit, att lagstiftaren velat hålla det diskuterade spörsmålet öppet och alltså valt lagens formulering just därför att man i sak icke menat något alls! Lagstödet är som synes skröpligt.²¹ Det må tilläggas att av Alméns ståndpunkt måste följa att, när i 1 § stadgade handelsbruk på området föreligga, se härom nedan i kap. 5, skillnaden mellan den subjektiva och objektiva uppfattningens resultat är, i motsats till vad Almén som nämnt menade, genomgripande.) Endast i den mån ett handelsbruk angående lämnande av kredit »bevisligen fått karaktären av ett avtalsmoment» skulle det enligt förf. äga någon betydelse gentemot stadgandet i 14 § köplagen. Detta är dock kanske, trots att hänvisning göres till de allmänna uttalandena under 1 §, så att förstå, att spörsmålet om skyldighet att betala kontant skulle stå i en särställning vid tillämpning av handelsbruk. (»Att en säljare utlämnar sin vara utan att samtidigt fordra betalning eller säkerhet, förutsätter väl alltid ett visst mått av förtroende till vederbörande köparens betalningsförmåga»; liknande Winroth nedan a. a. s. 58.) Alméns ståndpunktstagande till frågan om handelsbruks verkan skulle således enligt hans egen mening icke äga allmän giltighet.

¹⁹ Angående detta argument — som enligt Lassen a. st. är »for spids» — se nedan s. 54.

²⁰ A. a. s. 286 med not 1.

²¹ Förhållandet synes ha varit likartat vid tillkomsten av den äldre Handelsgesetzbuch i Tyskland. Se nedan anmärkta avhandling av Laband, där förf. inledningsvis klagar över att förarbetena till lagboken och protokollen vid den s. k. Nürnbergkonferensen icke lämnade någon ledning för förståelse av vad som menas med »Handelsbräuche», enär oklarhet rådde om innebörden av de hithörande rättsbegreppen och nämnda uttryck vunnit majoritetens gillande blott av det skälet att »jeder mit demselben denjenigen Sinn verbinden konnte, der seiner Ansicht entsprechend war»!

talas om handelsbruk, därmed icke åsyftas andra handelsbruk än sådana som uppfylla berörda starka krav på stadga och utbredning. Ty fölle jämväl »svagare» handelsbruk inom lagrummets räjong, borde ju även de på grund av lagtextens formulering gälla oberoende av partsviljan. Men en sådan giltighet skulle de enligt Almén icke ha.

Från de olika av Stang, Lassen och Almén representerade ståndpunkterna²² skiljer sig ansenligt Knophs mening.²³ Knoph driver hårt tesen, att domstolarna i vidsträckt omfattning ha handlingsfrihet vid sina ställningstaganden till handelsbruk och övriga kutymer. Hans uppskattning av kutymerna är måttlig.

Knoph hävdar, att om än kutymer till en del ha betydelse ur tolkningssynpunkt — för förståelse t. ex. av vissa handelsrättsliga termers innebörd — deras betydelse i största utsträckning ligger på ett annat plan. De utgöra medel att *utfylla* avtal, alltså lämna ledning i de fall där kontrahenterna icke träffat något avgörande utan det föreligger ett »avtalens tomrum». Väl bör en sådan utfyllnad i *viss* mån ske med utgångspunkt från avtalets »anda». Men i övrigt och principiellt böra domstolarna vid utfyllnaden låta sig vägledas av andra hänsyn än hänsynen till kontrahenternas tänkta inställning; det gäller att finna normer, som objektivt sett äro lämpliga och rättfärdiga.²⁴ Kutymers utnyttjan-

²² Även Winroths åsikt (Köp av lös egendom, 1917, s. 9 f.) kan förtjäna nämnas. Enligt honom skulle regeln om handelsbruk och annan sedvänja i 1 § köplagen blott vara en tillämpning av grundsatsen, att i främsta rummet kontrahenternas vilja skall vara bestämmande. Kutymers företräde framför dispositiv lag borde ju därmed, kunde man mena, vara säkrat. Icke dess mindre hade Winroth den uppfattningen, att de legala, till »*naturalia contractus*» hänförliga rättsverkningarna måste gälla framför äldre »rättssed», förutsatt att denna vore allmän och icke partiell. Lagens regler i dessa hänseenden finge nämligen anses ge uttryck åt den allmänna rättsseden (?).

För finländsk rätt kan hänvisas till Ekström, Privaträttens allmänna läror, 1921, s. 16—32. Se ock Strenge i JFFT 1933 s. 1.

²³ »Nogen ord om dommerens stilling til kutymene», i UfR 1923 B s. 177.

²⁴ Varvid märkes, att ordet »rättfärdig» enligt norskt och danskt språkbruk icke torde vara ett så högtravande och naturrättsligt färgat ord som hos oss.

de för utfyllnad förutsätter för övrigt icke, att kontrahenterna ha kännedom om deras existens, än mindre att utövningen uppbäres av någon »*opinio necessitatis*». Men kutymerna utgöra icke — så torde man få förstå förf. — det enda utfyllnadsmaterialet. Och framför allt böra kutymen underkastas kritisk bedömning och kontroll. Omoraliska, godtyckliga, oförnuftiga, orimliga och kanske även rigorösa²⁵ kutymen skola domstolarna icke böja sig för. T. o. m. kutymen, som in abstracto äro nöjaktiga, böra lämnas obeaktade, om med hänsyn till desamma resultatet blir otillfredsställande in casu. — Det sagda hänför sig närmast till fall, då någon mot kutymen stridande lagbestämmelse icke finnes. Men konsekvensen av Knophs åsikter blir, att i händelse av dylik lagkonflikt kutymen bör behandlas synnerligen snävt. Knoph går ända därhän att såsom huvudregel hävda, att en kutym, även om den är fast, icke tager över en dispositiv lagregel med mindre det står klart för domstolen, att kutymen betecknar ett framsteg i förhållande till lagregeln och tjänar samhällets behov bättre än denna (varjämte kräves att tillämpningen av kutymen icke är betänklig in casu). En kutym kan dock uppnå sådan fasthet att den »överskrider gränsen mot sedvaneretten, og som saadan er i sikkerhet overfor dommerens kontroll». Knophs uppfattning om domarens ställning till kutymerna anser han vara uttryck för gällande rätt »i allfall i Norge», låt vara att de norska domstolarna ha viss benägenhet att vid underkännande av kutymen såsom grund härför åberopa bevishänsyn, d. v. s. otillräcklig utredning om deras existens. 1 § köplagen innehölle intet mot Knophs mening stridande, då stadgandet borde tolkas i enlighet med de danska motiven (se ovan).

Ussing²⁶ följer Knoph ett stycke på väg. Hans principiella inställning till kutymers uppgift vid utfyllnad av avtal samt till behovet av en prövning å domstolarnas sida, huruvida de förtjäna rättsordningens erkännande, synes vara densamma. Emellertid går han i dessa hänseenden knappast lika långt som Knoph, och uttryckssättet präglas av på-

²⁵ I allt fall böra, när det gäller rigorösa kutymen, enligt Knophs mening ställas särskilda betingelser för tillämpningen.

²⁶ Aftaler, 2 uppl. 1945, s. 437 ff.; Køb, 1939, s. 7.

taglig återhållsamhet och försiktighet. Särskilt framträder detta, när han direkt yttrar sig om hur man skall ställa sig vid en konflikt mellan kutymmer och dispositiva lagbud. Här förklarar Ussing t. o. m. att, om avtalsstöd saknas för vederbörande kutyms tillämplighet, det icke är möjligt att ange någon allmän regel om hur konflikten skall lösas. Blott så mycket vore klart, att det förekomme fall, då kutymmer rent objektivet undantränga lagbestämmelser. I övrigt äro Ussings uttalanden i den delen vaga. Det understrykes, att domstolarna böra »lägga vikt vid» såväl kutymmens som lagregelns art och kvalitet.

* *

*

Det återstår att säga några få ord om den icke-nordiska rätten på området. I det hela synes man där, såsom ovan anmärkts, icke utan vidare vara beredd att i avsaknad av stöd i partsavtalet tillerkänna handelsbruk eller andra kutymmer så vidsträckt giltighet på bekostnad av dispositiv rätt, som skulle följa av 1 § köplagen och liknande lagbud enligt deras avfattning. För t. ex. både anglosaxisk och fransk rätt torde härskande mening vara, att handelsbruk visserligen kunna — när de härför uppställda, delvis ganska stränga betingelserna äro uppfyllda — utgöra en bindande sedvanerätt, som skjuter lagbestämmelser åt sidan, men att handelsbruk merendels icke ha denna vittgående rättsverkan utan för sin giltighet äro beroende av att de på ett eller annat sätt ha stöd i parternas avtal.²⁷ I realiteten torde dock

²⁷ Se redogörelsen och litteraturhänvisningarna hos Luithlen, *Einheitliches Kaufrecht und autonomes Handelsrecht*, 1956, s. 38 ff.

Beträffande *engelsk* rätt må ock hänvisas till en helt nyligen publicerad artikel av B. A. Wortley (»*Mercantile usage and custom*», i *Zeitschrift f. ausländisches und internationales Privatrecht* 1959 s. 259).

Mycket talar för att, såsom Luithlen antager, det sagda även överensstämmer med *fransk* rättsåskådning. Litteraturen är dock ganska torftig och icke entydig, och det är svårt att bestämt yttra sig om fransk rättspraxis. I läroböckerna plägar betonas, att »*les usages*» icke ha karaktär av objektiva rättsregler utan att deras betydelse inskränker sig till att kontrahenterna »presumeras» ha tyst anslutit sig till dem. (Man räknar även med kutymmer av viss speciell art, som ha kraf-

de praktiska resultaten i *viss* mån modifieras av att man säkerligen har att räkna med en del fiktioner om konkludent avtalsvilja i sådant hänseende.

Av särskilt intresse äro ställningstagandena i tysk lag, praxis och doktrin, enär de torde ha avsevärt påverkat uppfattningen i de nordiska länderna. Redan tidigt utvecklades av berömda tyska rättsvetenskapsmän — grundläggande utredningar gjordes bl. a. av Goldschmidt och Laband — att man hade att skilja mellan två slag av kutymer: sådana som innefatta sedvanerätt i klassisk mening (präglade av »*opinio necessitatis*») och sådana som äro av blott »faktisk» natur, jfr talet i dansk doktrin om »skick och bruk».²⁸ Dessa senare, lärde man, spelade en viktig roll om och i den mån de konkludent upptoges som beståndsdel av kontrahenternas avtal — så att avtalen, rätteligen tolkade, kunde anses innebära en hänvisning till dem — men vore eljest icke avgörande. Även för den nu gällande tyska rättens del upprätthåller man denna skillnad, ehuru på ett i högsta grad suddigt sätt. Begreppet tolkning tages i detta och andra sammanhang i en ganska vidsträckt bemärkelse; man laborerar i viss omfattning med hypotetisk partsvilja m. m. och bygger alltså icke enbart på en i verkligheten uttryckt partsvilja. Resultatet blir följaktligen, att »faktiska» kutymer komma att anses relevanta även i åtskilliga fall, då talet om »tolkning» icke har något verklighetsunderlag (jfr Stang a. a.). Sätillvida är man beredd att på objektiva grunder, utan stöd av viljeförklaringar å kontrahenternas sida och utan att det föreligger sedvanerätt i klassisk bemärkelse, tillerkänna kutymer rättsverkningar i konflikt med dispositiv lag, låt

tigare verkan; härom bl. a. i en, likaledes helt färsk, artikel av Roger Houin, a. tidskrift 1959 s. 252.)

Kutymer uppmärksammas i Code civil art. 1159 och 1160. Enligt den förra skall vid tolkning av sådant som är tvetydigt tillämpas kutymer i det land där avtalet är slutet. Enligt den senare bör man utfylla (suppléer) avtalet med klausuler som äro i bruk, även om de icke funnit uttryck däri. Än vidare förekommer i art. 1135 ett allmänt uttalande av innehåll, att avtal förplikta icke blott till vad som där är uttryckt utan även till »les suites, que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature».

²⁸ Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts, I, 2 uppl. 1874, s. 316 ff., särskilt s. 329 ff.; Laband, Die Handelsusancen, i Zeitschrift f. Handelsrecht, 1872, s. 466 ff. — Knophs uttalanden a. a. om Labands uppfattning äro ej fullt riktiga, då där icke beaktas att Laband liksom Goldschmidt gjorde i texten angivna distinktion. Ej heller Stang ger någon korrekt föreställning om den icke-nordiska rättens innehåll härvidlag.

vara att tolkningsterminologi användes. Det blir med andra ord ett tredje alternativ av det slag som förut omnämnts.

Likafullt innebär detta knappast, att kutymer äga sådan allmän relevans i strid mot dispositiv rätt, som synes lagfäst i 1 § köplagen och liknande lagrum. Ty när fråga är om att genom tolkning i denna utvidgade mening bereda »faktiska» kutymer spelrum, torde man icke — om än tysk rätt och rättstillämpning i detta avseende är svårtolkad — redan med konstaterandet av att vederbörande kutym existerar (och är eller bör vara känd för kontrahenterna) obetingat ha nått fram till att tolkningsvägen betrakta densamma som avtalsbeståndsdel. I 346 § handelslagen, som anses handla om avtalstolkning, säges nämligen allenast, att »unter Kaufleuten ist in Ansehung der Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche *Rücksicht zu nehmen*». Kutymer skola således beaktas vid tolkningen men icke förden skull ovillkorligen respekteras som om de vore bindande avtalsvillkor. Av enahanda innebörd är regeln om kutymer i 157 § BGB, jfr även 133 och 242 §§ i samma lagkodifikation. Kutymer äro icke, när reell avtalsvilja ej kan framtolkas, den *enda* utslagsgivande tolkningsfaktorn; märk särskilt hänvisningen i de angivna bestämmelserna i BGB till »Treu und Glauben», en hänvisning som på olika områden av tysk rättstillämpning plägar utnyttjas, för rättssystemets utbyggande, i en omfattning som ej har någon motsvarighet för svensk rätts del. Vad nu påpekats bidrager utan tvivel till att förklara, att man i Tyskland synes vara villig att tillägga även sådana kutymer, som icke uppfylla sedvanerättens kriterier, viss objektiv rättsverkan, trots att samma kutymer allenast ha, såsom det något motsägende försäkras, »faktisk» natur. Vilken roll i rättstillämpningen här avsedda reservation beträffande erkännande av »faktiska» kutymer spelar, vågar jag emellertid icke uttala mig om.

I den mån alltså på grund av avtalstolkning relevans tillkommer »faktiska» kutymer, borde rimligen, eftersom avtal bryter dispositiv rätt, dessas försteg framför dylik rätt vara uppenbart. Detta är också den övervägande meningen inom tysk doktrin. En del kända författare (t. ex. von Tuhr, Oertmann) hävda dock, just med hänsyn till tolkningens ifrågavarande hypotetiska natur, att faktiska kutymer, när de icke reellt omfattas av partsviljan, kunna komma att vika för dispositiva lagregler. Vad åter angår kutymer av klassiskt sedvanerättslig art är man numera överens om att dessa gå före dispositiv rätt, medan tidigare i allt fall stadgandena i handelslagboken gällde oavsett dylika kutymer.

På ett egenartat sätt har ämnet reglerats i nämnda »projet d'une loi uniforme sur la vente internationale». Enligt art. 14

äro kontrahenterna (»les parties») bundna: a) »par les usages auxquels elles se sont référées expressément ou tacitement»; b) »par les usages que les personnes se trouvant dans la situation des contractants considèrent généralement comme constituant une clause de leur contrat». Härjämte föreskrives i artikeln, *dels* att sagda slags »usages» gälla framför den föreslagna internationella köplagens regler *dels* att klausuler eller formulär, som brukas i handeln, böra tolkas i överensstämmelse med »usages» i denna. Slutligen framgår av art. 12, att lagförslaget bl. a. icke befattar sig med frågan om själva giltigheten (»validité») av *vare sig* avtalet eller däri innefattade klausuler *eller* av åberopade »usages»; förmodligen åsyftas här de regler om särskilda ogiltighetsgrunder, som kunna vara erkända enligt respektive länders lagstiftning eller rättspraxis.

Hur skall nu detta förstås? Att kutymer, till vilka kontrahenterna uttryckligt eller tyst hänvisat och som de sålunda underkastat sig, skola gälla framför den dispositiva köprätt varom här är tal, är naturligt. Men därutöver skall åt kutymer förlänas ett slags objektiv giltighet enligt mom. b) här ovan. Innebörden av denna bestämmelse är emellertid ej särskilt klar.²⁹ Tanken är tydligen att, även om icke just de

²⁹ Enligt ett tidigare förslag (projet 1951) skulle med stöd av motsvarande art. 13 mom. b) de kutymer vara gällande, som personer i de avtalsslutandes läge »considèrent généralement comme applicables». Efter orden torde detta utsäga, att en rättstillämpning i enlighet med kutymer skulle vara beroende av vad nämnda intressenter i allmänhet anse om samma rättstillämpning! Motiveringen (s. 60) ger ingen klarhet. Man får endast veta, att »c'est la méthode de l'interprétation typique», som kommit till användning, här som annorstädes i lagförslaget. Om kontrahenterna icke räknat med tillämpligheten av en viss kutymer, »jouent les usages généraux du commerce ainsi que ceux particuliers à telle branche». Uttryckssättet tyder här, även om det tillika upplyses vara underförstått, att kutymer för att respekteras bl. a. måste vara »raisonnable», på ett mycket vidsträckt erkännande av kutymer bindande kraft. Ett sådant återfinnes ock i ett ännu tidigare förslag, där det hette, att kontrahenterna äro bundna av de kutymer, vilkas existens de ha eller böra ha kännedom om (med visst undantag för en icke »raisonnable» kutymer). Se Zeitschrift f. ausländisches u. internationales Privatrecht, 1935, s. 11, med motiv av Rabel s. 53 f. Jfr även Luit h l e n a. a. s. 23.

I motiven till 1956 års »projet» s. 50, jfr s. 30 f., upplyses att mom.

ifrågavarande kontrahenterna underkastat sig, uttryckligt eller tyst, en kutym, så skall denna bliva gällande, på bekostnad av dispositiv köprätt, om kontrahenter *typiskt* i ett läge av förevarande art underordna sig kutymen. Men det räcker synbarligen icke, att kontrahenter typiskt utgå från kutymen, att de förutsätta att på området gäller en regel överensstämmande med denna (och än mindre att det är normalt, att kontrahenter ha kännedom om kutymen). Vad som fordras är att det är typiskt att kontrahenter anse kutymen utgöra en beståndsdel av, en klausul i, avtalen. De avtal, som kontrahenter på området i allmänhet sluta, skola ha sådant innehåll, att kutymen *på grund därav* länder till efterrättelse. Härefter ligger, såvitt man kan förstå, en så vittgående begränsning, att det förefaller som om utrymmet för kutymtillämpning, när allt kommer omkring, enligt lagförslaget blir tämligen litet. Att kontrahenter med uttryckliga ord eller eljest klart och tydligt hänvisa till en kutym,³⁰ torde icke vara vanligt.³¹ Det skulle alltså ändå kunna antagas, att kontrahenter typiskt anse kutymen utgöra beståndsdel i vederbörande avtal — emedan det för kutymtillämpning som sagt ej är tillfyllest, att kontrahenter typiskt föreställa sig, att kutymen har giltighet utan avtalsstöd. I vilken utsträckning kan ett dylikt antagande ha fog för sig? Knappast i någon större utsträckning. I vilket fall som helst blir gränsdragningen — vartill jag nedan i annat sammanhang återkommer — ytterligt vanskelig. Den kan knappast bemästras utan hjälp av fiktioner.

b) enligt art. 13 i 1951 års projet reglerade, enligt vederbörande kommissions åsikt, de fall då kontrahenterna icke tänkt på kutymerna. Det finns kutymer, säges det, som kunna vara okända för kontrahenterna — till vilka de alltså icke kunna hänvisa — och som »doivent s'imposer aux personnes qui se trouvent dans la situation des contractants». Sedan betonas blott, att »usages» omfatta även icke kommersiella kutymer.

³⁰ Ett exempel härpå, i svensk praxis, erbjuder rättsfallet NJA 1929 s. 563 (bestämmelse i certeparti om lastning i enlighet med kutym i viss hamn).

³¹ Att uttrycklighet fordras är säkerligen ej heller meningen. Enligt ett av västtyska regeringen avgivet yttrande över lagförslaget skulle detsamma dock vara oklart därutinnan.

Den angivna begränsningen har märkliga konsekvenser. En kutym, som är av sedvanerättslig valör i klassisk bemärkelse, d. v. s. som uppbäres av en allmän föreställning om att den i sin egenskap av att ha rättslig giltighet måste åtlydas, lär enligt lagförslaget, om den strider mot ett stadgande i detta, icke skola respekteras. Ty tack vare denna rättsövertygelse bleve kutymen gällande »av egen kraft», icke på grund av att kontrahenter i allmänhet tänka sig densamma ha karaktär av klausul i avtal. Kutymen berövas alltså sin verkan bl. a. i sådana fall, där de enligt härskande uppfattning i särskilt hög grad ha anspråk på beaktande. Att detta underkännande av sedvanerätten såsom rättskälla varit åsyftat, råder det emellertid knappast någon tvekan om.³²

Till sist är det ett spörsmål, om icke i de lägen, då jämlikt mom. b) i art. 14 kontrahenter tänkas typiskt anse en kutyms tillämpning följa av avtalet, kutymen är gällande redan enligt mom. a), nämligen därför att då också måste anses föreligga en avtalshänvisning till densamma. Har alltså icke mom. b) en så inskränkt räjong, att stadgandet ej säger något utöver vad som föreskrives i mom. a)? Kanske har man menat, att en avtalshänvisning enligt det senare momentet ej är tänkbar, om de ifrågavarande kontrahenterna eller endera av dem vid avtalet saknat kännedom om kutymen (trots att denna typiskt av kontrahenter behandlas såsom avtalsbeståndsdel). Ätminstone med utgångspunkt från nordisk avtalsrätt är slutsatsen dock förhastad. Därest den ene kontrahenten A är okunnig om kutymen men den andre B icke, kan ju B, under den tänkta förutsättningen att kontrahenter i allmänhet tillägga kutymen egenskap av avtalsklausul, sägas ha fog för att även i detta fall inlägga i avtalet, att kutymen skall gälla. Avtalet inrymmer alltså, enligt sin objektiva innebörd, en kutymhänvisning, varför redan

³² Se t. ex. Riese i Zeitschrift f. ausländisches u. internationales Privatrecht 1957 s. 37 f. Förhållandet bekräftas ock av en på uppdrag av justitiedepartementet utarbetad promemoria av Gunnar Lagergren (s. 12), där det för övrigt framhålls att berörda regel i 1 § köplagen »uppmjukats» därigenom, att sedvänjor sägas binda parterna allenast för den händelse personer som befinna sig i enahanda belägenhet som parterna allmänt anse dem som delar av avtalet.

mom. a) är tillämpligt. Och måhända bör avtalet, under samma tänkta förutsättning, tillerkännas enahanda objektiva innebörd, även om bägge kontrahenterna saknat vetskap om kutyman.

KAP. II

KUTYMER OCH PARTSVILJA

Såsom bestyrkes av det ovan anförda är läget på det område som här upptagits till undersökning mycket oklart. Med hänsyn till ämnets vikt är olägenheten därav — både teoretiskt och praktiskt — icke ringa. Det måste ju, såsom inledningsvis framhölls, anses vara en central köprättslig och allmänt avtalsrättslig fråga, huruvida i samhället rådande kutymer äro bindande för domaren, när de avvika från lagbestämmelser sådana som köplagen, avtalslagen och andra laggar innehålla.¹

I förbigående må understrykas, att nu icke direkt skall diskuteras betydelsen av kutymer i sådana fall, där lagen tiger och ej heller genom domstolspraxis utbildats bestämda regler. Att kutymer här ha en viktig uppgift, till ledning för domstolarnas »utfyllande» verksamhet, säger sig självt. »Landssed, som ej har oskäl med sig, må han [domaren] ock rätta sin dom efter, där beskriven lag ej finnes», heter det, efter förebild i domarreglerna, i 1: 11 äldre RB. Men även i den delen kan det vara ett problem, huruvida kutymer överlag äro avgörande. Eller om man så vill: huruvida för kutymer måste vika andra regler, som domstolarna skulle vilja hellre tillämpa och kanske enligt vedertagna rättsprinciper i och för sig skulle känna sig pliktiga att tillämpa. Ty i grund och botten är skillnaden mellan kutymers lagkorrigering och lagutfyllande verksamhet skenbar såtillvida, som ju även när lag eller stadgad rättspraxis saknas domstolarna *måste* komma till ett avgörande och de i dylika fall i första hand ha att, efter erkända riktlinjer, utnyttja analogi- eller motsatsslut från lagbestämmelser eller i rättspraxis utkristalli-

¹ Uttrycket »bindande för domaren» användes givetvis här icke i någon metafysisk mening!

serade normer. Skola de regler, som följa av dessa analogi- eller motsatsslut, utmönstras till förmån för kutymer, när sådana finnas?

En naturlig utgångspunkt för ämnets behandling torde vara att undersöka, huruvida icke en tillämpning av kutymer såsom bestämmande för avtals innehåll helt enkelt följer av riktiga principer för *avtalstolkning*. Detta är också, såsom skymtar i det föregående, en i doktrinen ständigt återkommande frågeställning. Det är för övrigt en frågeställning, som har ärevärdiga traditioner — den har förekommit i alla tider, såsnart man alls diskuterat verkan av handelsrättsliga eller andra sedvänjor. Ligger det icke redan i kontrahenternas avtal, om än blott konkludent, att i samhället rådan- de kutymer, på det område det gäller, skola vara normerande? Är icke kutymernas relevans en omedelbar följd av lag- reglernas dispositiva karaktär, av den omständigheten att vad kontrahenternas avtal tolkningsvis kan anses uttala för- mår sätta systemet av dispositiva lagregler ur funktion?

En sådan uppfattning kan icke generellt avfärdas som grundad på en fiktion. Men det är tveksamt i vilken utsträck- ning den är bärkraftig.

Med tolkning av en viljeförklaring synes böra förstås en fastställelse av den betydelse, som är att tillägga den förkla- randes ord, tecken, uppträdande eller uttrycksmedel i övrigt. Under vissa förhållanden (jfr testamentsrätten m. m.) är för denna betydelse direkt avgörande vad den förklarande kan antagas ha avsett att uttrycka, hans i förklaringen ut- tryckta »vilja».² Inom förmögenhetsrätten tillämpas däremot som bekant icke en sådan tolkningsprincip, utan innebörden av de ifrågavarande orden etc. fastställs efter en mera ob- jektiv måttstock, i första hand med utgångspunkt från vad folk i allmänhet eller inom de för språkbruket eljest bestäm- mande kretsarna³ har för uppfattning om ordens betydelse.

² Avgörande är däremot icke vad som motsvarar hans »vilja» i me- ning av önskingar, inställning o. d. Skillnaden är viktig — även utan- för testamentsrätten — men icke alltid lätt att upprätthålla. Se t. ex. NJA 1950 s. 637, jfr SvJT 1959 s. 596 f.

³ Hur sagda objektivering närmare besett är att företaga skall här icke dryftas.

Närmast tänker man sig kanske, att genom tolkning skall utrönas vad enligt antydda objektiva bedömning »varit uppe i den handlandes medvetande och föremål för hans beslut» (vad han uttryckligt eller tyst »ment å legge i sine ord», Knoph). Detta är dock alltför snävt. Ord eller uttryck kunna ha en viss betydelse — vilken normalt blir bindande såsom täckt av viljeförklaringen — utan att bedömaren kan räkna med att den varit present för den förklarande just i avtalsögonblicket. Det väsentliga är vad orden enligt det allmänna språkbruket eller annan jämförlig bestämmande norm anses utsäga. Man kan givetvis ha en föreställning om den företeelse, som avses med ett ord eller begrepp, fastän först i efterhand låter sig närmare fixera vad som omfattas av föreställningen. I vissa fall torde t. o. m. den »lexikaliska» betydelsen av ett ord eller en term böra läggas till grund, något som bl. a. kan vara av intresse när det är vanskligt för domaren att fastställa vad folk i allmänhet eller inom de för språkbruket utslagsgivande kretsarna plägar inlägga i ordet eller termen.

Under sådana omständigheter kan det genast sägas, att vid köp och andra avtal förekommande speciella ord och uttryck, termer, formler o. s. v. principiellt få sin innebörd, sin betydelse, bestämd just av vad man i allmänhet — eller inom den eller den branschen e. d. — inlägger däri. Det är då uppenbart, att kutymer, både handelsbruk och andra sedvänjor, måste tillerkännas relevans med hänsyn till den innebörd, som de ifrågavarande orden, uttrycken, formlerna etc. skola anses ha. Domstolarna kunna icke underlåta att tolka dessa i överensstämmelse med kutymerna. I detta avseende ha kutymerna anspråk på att lända till efterrättelse. Med allt fog har ju också i det internationella köplagsförslaget upptagits en regel om att klausuler och formulär, som brukas i handeln, böra tolkas i enlighet med de »usages», som förekomma i denna.

För åtskilliga fall har nu detta visserligen intet omedelbart intresse för vårt ämne. Till betydande del fungera kutymer på angivna sätt i situationer där lagen (resp. domstolspraxis) lämnat oreglerad den fråga som kutymerna befatta sig med; det rör sig alltså icke, eller icke direkt, om deras verkan att

upphäva dispositiv rätt. Emellertid: även bortsett från vad nyss anfördes gentemot förevarande distinktion förhåller det sig ingalunda alltid så, att kutymmer här blott ha »utfyllande» och ej omedelbart lagkorrigerande effekt. Ords och uttrycks betydelse kan ju vara fastslagen i eller framgå av dispositiva lagregler, under det innebörden av orden eller uttrycken enligt kutymerna är en annan. Domstolarna för-anledas då, i enlighet med det sagda, att lägga kutymminne-börden till grund. Jfr sådana termer som »faran» för godset, »fritt» järnvägsvagn eller kaj, »kontant» betalning. Via kutymers beaktande i tolkningshänseende bli andra rättsregler gällande än de i köplagen eller övrig dispositiv lagstiftning meddelade. Likgiltigt är därvid i allmänhet, såsom följer av det anförda, huruvida Per eller Pål reflekterat över den ifrågavarande termens innebörd och verkan att skjuta lagen åt sidan. Termens »betydelse» blir ändock utslagsgivande — och detta t. o. m. om endera kontrahenten, eller eventuellt bägge, saknat kännedom om kutymen. En sak för sig är, att under särskilda betingelser, med stöd av bevisning om föreliggande »motfakta» (Olivecrona), domstolen kan finna anledning frånga vad i första hand utgör tolkningsresultat. Det kan t. ex. styrkas, att den ene kontrahenten miss-tagit sig beträffande viss terms eller visst uttrycks objektiva innebörd och att medkontrahenten insett eller bort inse miss-taget (32 § första stycket avtalslagen).⁴

⁴ För att det skall bli fråga om tillämpning av misstagsregler — varvid förutom 32 § avtalslagen kommer i betraktande bl. a. 6 § andra stycket samma lag; se härom och om en del hithörande dissensspörsmål min »Avtalsrättsliga spörsmål», 2 uppl., s. 42—62 — erfordras alltså, att först tolkningsvis fastställs vad som kan anses vara avtalets »objektivt» riktiga innehåll. Däri ligger att, när kontrahenterna ha olika föreställningar om vad avtalet innebär, det tages ståndpunkt till villkendera kontrahenten som kan sägas ha haft fog för sin mening och villkendera som åter icke kan sägas ha haft sådant fog utan begått ett misstag (förklaringsmisstag). Vid nämnda fastställelse måste självfallet läget bedömas från bägge kontrahenternas synpunkt; påståendet hos Schmidt i en uppsats i SvJT 1959 s. 497, att man enligt den i de nordiska länderna härskande tillitsteorin — liksom understundom även i rättspraxis — skulle bedöma den ena kontrahentens handlande för sig utan att den andres handlande föres in i bilden, är uppenbart oriktigt, hart när oförståeligt. Det må tilläggas, att man naturligtvis kan,

Att i nu avsedda fall säga, att kontrahenterna underkas såsom ock emellanåt skett, beskriva berörda tolkningsprocedur så, att undersökningen avser vilkendera kontrahenten som vid sin bedömning av avtalet gjort sig skyldig till culpa (in contrahendo) och vilkendera icke, resp. vilkenderas culpa varit den mest grova. Men detta innefattar ej något mer än en omformulering. Ett spörsmål av sakligt intresse är däremot, huruvida den gamla tanken, att i fall av här åsyftad art uppkommande skada bör kunna *fördelas* mellan kontrahenterna (jfr t. ex. det kända, i mitt a. a. s. 26 not 29 återgivna lagrådsyttrandet av Wilhelm Sjögren), kan vara något att taga fasta på. Tillgripes en sådan fördelning, uppkommer emellertid en osäkerhet i rätts-samfärdseln på förevarande centrala punkt, beträffande själva avtalsmekanismen, som ej har någon riktig motsvarighet när det gäller jämningsreglerna inom den utomobligatoriska skadeståndsrätten. — Det kan nu som sagt hända, att även den kontrahent, som stöder sig på en objektivt sett felaktig tolkning av avtalet, likväl förmår hävda sig gentemot sin (icke godtroende) medkontrahent, nämligen på grund av misstagsreglerna, vare sig misstaget sedan föranleder att avtalet anses ogiltigt eller att detsamma blir gällande i enlighet med misstagskontrahentens mening. En möjlighet är givetvis också, ehuru fallet är mindre vanligt, att bägge kontrahenterna ha lika mycket eller lika litet fog för sin uppfattning rörande avtalets innebörd. Detta förorsakar emellertid ingalunda, såsom Schmidt tyckes mena, något synnerligt bryderi. Ty det är sedan länge allmänt erkänt, att i dylikt läge ett bindande avtalsslut överhuvud icke kan anses ha kommit till stånd. Avtalet strandar, helt naturligt, på dissensen (repliken häremot s. 512 ö. är, med förlov sagt, ett »god-dag-yxeskaft»).

I överensstämmelse med vad nu sagts lär man ock, medvetet eller omedvetet, förfara i rättstillämpningen, något som under senare tid t. o. m. då och då markerats i rättsfallsrubrikerna. Av rättsfall, som härvidlag äro av vikt, kunna nämnas: NJA 1916 s. 583, 1921 s. 511, 1922 s. 389, 1949 s. 664, 1951 s. 282, 1955 s. 544, 1957 s. 69; se ock rättsfallsredogörelsen i mitt a. a. s. 57 ff. (Vad angår 1957 års rättsfall, som Schmidt uppehåller sig vid, må blott anmärkas att med hänsyn bl. a. till det sätt varpå O. »hoppade in» i de ifrågavarande avtalsförhandlingarna, under dessas slutskede, den omfattning som avtalsobjektet enligt dessa förhandlingar hade ansågs böra läggas till grund för avtalets innehåll, på sätt HD:s motivering även ger vid handen, se särskilt andra stycket första punkten mot slutet; frågan om det befogade i O:s tolkning hade således icke, vilket skulle ha varit groteskt, »utelämnats» vid prövningen.)

Ett bemötande i övrigt av Schmidts uppsats, i vad den gör anspråk på att komma med något nytt, är här icke på sin plats, allra minst som uppsatsen i flera hänseenden förefaller mig oklar (så beträffande begreppet avtalstolkning, där förf. för övrigt håller öppet vad som väl måste vara ett huvudproblem, se s. 508 not 31 in fine).

tat sig kutymen är näraliggande. Men detta är vilseledande såtillvida, som domstolarna givetvis icke kräva någon utredning om en förefintlig underkastelsevilja. Det räcker att det använda ordet eller uttrycket enligt allmänt eller t. ex. kommersiellt språkbruk har den eller den betydelsen. Kontrahenternas underkastelse är därmed a priori given. De bli bundna i enlighet med ordets eller uttryckets betydelse, förutsatt som sagt att ingen motbevisning hänförande sig till eventuella motfakta förebringas.

Kan man då icke fortsätta på denna väg och mera generellt göra gällande att, om vissa regler enligt rådande kutymer allmänt iakttagas vid en avtalstyp, t. ex. köp, kontrahenterna genom avtalet måste anses ha konkludent förklarat sig vilja tillämpligheten av reglerna? Det skulle alltså icke blott med hänsyn till särskilda ord, formler eller termer utan överhuvud antagas, att kutymer bestämde innehållet, betydelsen, av kontrahenters ord och andra uttrycksmedel; man skulle tolkningsvis vara berättigad att inlägga det för avtalstypen — jämlikt förekommande kutymer — normala i kontrahenternas viljeförklaringar. Tillämpligheten av kutymerna måste, kunde man säga, i dessas egenskap av »*naturalia negotii*» anses överenskommen. Detta är en tankegång, som helt visst är ägnad att slå an på praktiska jurister. Och även inom doktrinen finnes det många, som mena att detta är Columbi ägg.

Ett dylikt resonemang lär emellertid innefatta en uttänjning av den positiva rättsregeln, att inom privaträtten viljeförklaringar och avtal äro bindande — »*pacta sunt servanda*» — vida utöver vad man plägar anse, och har fog för att anse, att regeln utsäger. Så långt sträcker sig icke, redan på grund av avtalstolkning, ansvarigheten för en utfästelse eller annan viljeförklaring.

Till belysning därav är det nödvändigt att i någon mån, utöver vad redan skett, ingå på spørsmålet hur mycket av ett avtals eller annat rättsärendes rättsverkningar som kan anses omfattat av kontrahenternas viljeförklaringar, hur mycket som alltså tolkningsvis kan sägas utgöra avtalets eller rättsärendets innehåll.

Här kan emellertid strax tänkas den invändningen, att

hela denna frågeställning är förfelad. Det innebär, menar man kanske, ett rent godtycke att, om ett avtal enligt gällande rättsregler medför vissa rättsverkningar, anse blott vissa av dem, såsom de mera centrala, »förklarade» av kontrahenterna, under det andra och mera perifera antagas inträda direkt på grund av rättsordningens bud, utan omedelbar anknytning till partsviljan. Envar som företager en rättshandling, vilken enligt gällande rätt föranleder vissa rättsverkningar, har i och med detta, kunde det argumenteras, förklarat sig vilja *alla* dessa. De inträda samtliga, om han rättshandlar, och utebliva, om han icke gör det. Att skilja mellan sådana rättsverkningar som täckas av hans viljeförklaring och sådana som ligga utanför densamma vore principiellt oriktigt. Tack vare rättsordningen, vars fungerande är den primära faktorn över hela linjen, utlöser förklaringen, enligt vad den handlande har anledning att räkna med, samtliga för avtalstypen utmärkande rättsverkningar, oavsett dessas mer eller mindre centrala natur. — Om således en kutym av rättsordningen tillerkänts bindande verkan, är dess tillämplighet i nu angivna bemärkelse »förklarad», eljest icke. Men eftersom diskussionen nu just gäller, huruvida kutymer ha denna rättsliga betydelse, och man därför icke på förhand känner avtalets rättsverkningar i förevarande hänseende, hade det ingen mening att ställa frågan huruvida i avtalet, i kontrahenternas förklaringar, ligger konkludent innesluten en hänvisning till kutymerna.

Resonemanget skulle alltså, ytterligare något utfört, vara följande. Avtal eller andra viljeförklaringar vore meningslösa, om icke i samhället fungerade ett normsystem, såvitt nu är i fråga ett rättssystem, ett rättsmaskineri. Förklaringarna utgöra, i de delar av rättssystemet som nu intressera, en betingelse för att maskineriet skall träda i verksamhet. Det är, för att anknyta till en av *Olivecrona*⁵ använd bild, som att trycka på olika knappar i en apparat konstruerad så, att allt efter den knapp man trycker på en ask av den ena eller andra sorten kommer fram. Askarna som finnas på lager motsvaras här av de komplex rättsverkningar, vilka gå under namnet »*naturalia negotii*», och kontrahenternas vil-

⁵ Penningenhetsens problem, 1953, jfr SvJT 1955 s. 266 f.

jeförklaringar framkalla dessa rättsverkningar lika automatiskt som trycket på knapparna askarna. Redan i och med att en kontrahent säger t. ex., att han »säljer» viss sak, har han *förklarat* sig vilja alla de rättsverkningar, som följa av rättssystemets köpregler. Han har tryckt på knappen, och mer behöves icke för att rättsmaskineriet skall sättas igång. Någon undersökning om att den handlande verkligen avsett dessa rättsverkningar företager domstolen icke (såvida icke, i andra upploppet, med stöd av särskilda motfakta tillämpas misstags- eller andra ogiltighetsregler). Den handlande har genom köpförklaringen »underkastat sig» eller hänvisat till *alla* de enligt rättssystemet med köp förbundna rättsverkningarna, vare sig dessa äro centrala eller mera perifera till sin natur.

Ofrånkomligt är emellertid, att de avtalsrättsliga lagbestämmelser som förekomma i allmänhet icke utgå från ett så vidsträckt viljeförklaringsbegrepp som det nu skisserade, likaväl som att detsamma merendels är främmande för uppfattningen om avtalsmekanismen i doktrin och praxis. Härifrån kan — även om förhållandet eljest icke utgör något avgörande argument mot nyss skisserade tankegång — i detta sammanhang näppeligen bortses. När i gängse rättspråk, i överensstämmelse med uppfattningen under förarbetena till skilda privaträttsliga lagar, talas om kontrahenternas viljeförklaringar och avtal, använder man dessa begrepp i en vida snävare bemärkelse. Det plägar icke hävdas, att alla till »*naturalia negotii*» hörande rättsverkningar av avtal eller andra rättsärenden omfattas av partsviljan. Så mycket anses icke täckt av kontrahenternas förklaringar. Fastmera tänkes rättsordningen komplettera eller utfylla med legala rätts effekter vad kontrahenterna icke upptagit i sina viljeförklaringar utan lämnat oreglerat. De rättsverkningar som hänföras till *naturalia negotii* inträda, såsom det plägar heta, »omedelbart» på grund av lag, varvid visserligen självfallet underförstås, att även det av kontrahenterna direkt utsagda erhåller verkan tack vare rättsordningen, nämligen på grund av dess erkännande av regeln »*pacta sunt servanda*». Hur mycket av rättsverkningarna därvid tänkes vara täckt av kontrahenternas viljeförklaringar och alltså ernå giltighet

redan enligt sagda regel — till skillnad från de rättsverkningar som icke omfattas av avtalet utan inträda såsom naturalia negotii omedelbart i kraft av rättsordningen — är visserligen ej så klart.⁶ Vissa grundläggande rättseffekter ingå helt visst i hithörande allmänna begrepps betydelse, medan de flesta andra, mindre centrala, falla utanför. Man torde alltså icke få resonera så, att även om hela massan av naturalia-negotii-rättsverkningar icke varit (eller icke, objektivt bedömt, må antagas ha varit) uppe i kontrahentens medvetande och utgjort föremål för hans beslut, samma rättsverkningar likväl inbegripas i de ifrågavarande rättsbegreppens »lexikaliska» betydelse (se ovan s. 31) — därvid »lexikonet» skulle utgöras av lagboken och andra sammanfattningar av gällande rättsregler — och av det skälet täckas av begreppens objektiva innebörd. Det är nämligen obestriddigt, orsaken må vara vilken som helst, att folk i allmänhet eller inom de kategorier vilkas språkbruk skall vara avgörande icke plägar tillägga här avsedda begrepp (»säljer», »uthyr» etc.) en så vittgående, allsköns naturalia-negotii-rättsverkningar omspännande »betydelse» som det antydda resonemangets förutsätter. Läget är följaktligen här ett annat än när det rör sig om betydelsen av sådana speciella ord eller uttryck varom förut varit tal. Vad skillnaden beror på må som sagt lämnas därhän. Måhända sammanhänger den med att inträdet av det stora flertalet till naturalia negotii hänförliga rättsverkningar aktualiseras i så jämförelsevis begränsad omfattning, att förbindelsen mellan desamma och de åsyftade allmänna begreppen icke blir verkligt levande.

Gränsen mellan det »förklarade» och det av rättsordningen »utfyllda» är visserligen vid sådant förhållande ganska vag. Det finns emellertid, såsom Knoph och andra författare understrukit, en viktig reell grund för distinktionen. De hänsyn, som föranleda att det i anmärkta mening omedelbart förklarade blir rättsligt verksamt, äro blott delvis desamma som de hänsyn, vilka förestava de av rättsordningen kompletteringsvis med viljeförklaringarna förbundna rättsverkningarna. Vål kräves för att rättsordningens syfte med avtalsmekanismen skall kunna tillgodoses, att åt de enskilda

⁶ Jfr min »Avtalsrättsliga spørsmål», 2 uppl., s. 193.

tillhandahålles möjligheten att framkalla rättsverkningar som i *centrala* avseenden överensstämma med vad de önska. Man måste bjuda dem »askar» i så stor sortering och av det innehåll, att i allmänhet var och en kan förskaffa sig en ask, som åtminstone ger något väsentligt av vad han eftertraktar. Det är just därför grunden till att det i inskränkt mening förklarade erhåller rättslig verkan tänkes på ett speciellt sätt vara hänsynen till partsviljan *in casu*.⁷ Men den som begagnar sig av viljeförklaringsredskapet får på köpet finna sig i rättsverkningar, vilka visserligen äro anknutna till förklaringen men icke behöva bottna i hänsyn till kontrahenterna *in casu*. Det kan gälla hänsyn som äro av mera allmän art eller som i allt fall blott genomsnittligt tjäna intressena hos kontrahenter av ifrågavarande typ. Den förklarande kan få en ask med ett innehåll, som i *viss* mån icke är önskat utan kanske tvärtom är honom motbjudande.

Det sagda innebär, att man kan ha skäl för att anse det följa av olika rättsregler, att giltighet tillkommer det i trängre bemärkelse förklarade, å ena sidan, och de till förklaringen anslutna rättsverkningarna av *naturalia-negotii*-typ, å den andra. I båda fallen utgör naturligtvis den fungerande rättsordningen grundvalen för giltigheten. Funnes ej denna, vore det (om här bortses från andra regelsystem än det rättsliga) oförnuftigt att avgiva några viljeförklaringar. Men i det för-ra fallet räcker det att såsom grund för giltigheten åberopa den allmänna, som sådan icke omtvistade regeln, att privat-rättsliga avtal och andra rättsärenden äga rättsverkan i enlighet med sitt innehåll. I det senare fallet är detta däremot icke tillfyllest. Upplysning om vad som utgör *naturalia negotii* måste sökas i annan ordning. Någon överensstämmelse med partsviljan *in casu* kan därvidlag icke utan vidare antagas. — Förevarande distinktion har bl. a. positivrättslig betydelse för tillämpningen av reglerna om misstag och missförstånd vid privaträttsliga rättsärendens tillkomst. Antag att bägge kontrahenterna vid ett köp, enligt vad som kan utredas, haft annan föreställning om vad som gäller beträffande »faran» för godset än den som överensstämmer med

⁷ Detta gäller för övrigt även när rättsverkningarna äro atypiska, alltså icke utgöra »*naturalia*» för något visst *negotium*.

köplagen. Redan detta förhållande lär icke kunna tagas till intäkt för påståendet att avtalet — om det saknar en speciell klausul om faran (se härom ovan) — inbegriper en fareregel avvikande från de legala köpreglerna. Ej heller torde den omständigheten att blott den ene kontrahenten haft en oriktig föreställning om lagens innehåll i nämnda ämne, i förening med att medkontrahenten insett eller bort inse detta hans misstag, vara tillräcklig för att den förre skall anses ha avgivit en viljeförklaring, som i följd av misstag å hans sida fått annat »innehåll» än åsyftat varit (32 § avtalslagen). Skall avtalet bli ogiltigt i dylika fall, måste — det torde ock vara härskande mening — till stöd härför kunna åberopas andra misstagsregler, såsom reglerna om verkan av kontrahenters oriktiga förutsättningar.

Tages hänsyn till det nu anförda, måste slutsatsen bliva, att man icke med utgångspunkt från själva avtalets innehåll når fram till en allmän giltighet av rådande kutymer, även om dessa aldrig så mycket utgöra »*naturalia*» vid rättsärenden av ifrågavarande art. Skall avgörande vara vad som är »förklarat» i gängse trängre bemärkelse, kommer man ej längre än till att kutymernas tillämpning *kan* ha varit avtalad. Spörsmålet om tillämpningen *kan* ha varit uppe vid avtalsslutet på sådant sätt, att man utan någon fiktion kan finna att parterna åtminstone konkludent hänvisat till kutymerna (se vidare härom strax nedan). Men att så alltid eller ens i regel skulle vara förhållandet har man icke rimligen fog för att påstå. Enbart på regeln om att avtal, rätteligen tolkade, skola lända till efterrättelse kan man alltså icke bygga giltigheten av kutymer, ej ens mycket utbredda och i rättslivet sedan lång tid praktiserade kutymer. Det fordras en annan »rättsgrund» för att domstolarna skola vara bundna av desamma.

Men å andra sidan: Även om kontrahenter icke, ens med en extensiv avtalstolkning, utan vidare kunna anses ha *förklarat* sig vilja allt som enligt rådande kutymer är brukligt, är det lika säkert att kontrahenter i största utsträckning — ja, väl i de flesta fall — antingen medvetet antaga att rådande kutymer skola äga tillämpning å deras mellanhavanden eller ock, utan att närmare reflektera över sa-

ken, utgå därifrån. Kutymernas tillämpning är med andra ord en ytterst vanlig gemensam *förutsättning* för kontrahenterna vid avtalsslutet, antingen en medveten eller dock en omedveten förutsättning. Likaså kan det naturligtvis mycket ofta förekomma, att åtminstone endera kontrahenten handlat på grundval av dylik förutsättning, medan detta till följd av bristande kännedom om kutymen eller eljest icke är händelsen för medkontrahentens del. Under sådana omständigheter kan det förefalla rimligt att kutymen, trots att stöd saknas för att dess tillämplighet avtalats, skall respekteras, d. v. s. behandlas såsom beståndsdel av avtalet. Kutymen framträder som en naturlig »Geschäftsgrundlage». Att endera kontrahenten varit okunnig om kutymen behöver, kunde det sägas, icke föranleda ett annat bedömande. Ty om skäliga anspråk ställas på att kutymen varit »stadgad» m. m. (jfr nedan), kan det hävdas att vederbörande i allt fall »bort» känna till och räkna med densamma; hans okunnighet bör icke gå ut över medkontrahenten. Mellan det förhållandet att i samhället ett handlande i enlighet med kutymen är allmänt och att denna därför utgör en naturlig grundval för kontrahenternas mellanhavande, å ena sidan, och det förhållandet att kutymen är något som icke behöver vara och merendels icke heller är täckt av kontrahenternas avtal, varför enligt gängse regler dispositiva lagbestämmelser skulle gripa in, å andra sidan, måste det uppkomma en viss »spänning», för att tala teologspråk. Skall förutsättningen, det icke överenskomna, gälla eller skola lagens regler tillämpas, här som eljest då ett ämne ej är avtalsmässigt reglerat? Det är kort sagt förutsättningslärans problem, som här träda en till mötes, om än i sådan form att man kanske icke omedelbart känner igen dem.

Men innan vi gå vidare i den riktningen, bör ytterligare undersökas, om det dock icke är möjligt att på annat sätt försvara uppfattningen, att tillämpningen av kutymer är något som ordinärt kan anses konkludent avtalat. Det skulle då i enlighet med en i litteraturen mycket spridd tankegång⁸ resoneras som följer. Man bör hålla fast vid att, när kontrahenter ej taga avstånd från en, på det område deras avtal

⁸ Se redan Goldschmidt och Laband a. a.

avser, allmänt känd och tillämpad kutym, detta som nyss framhölls *kan* vara uttryck för deras vilja att kutymen skall gälla. Möjligheten av att avtalsviljan täcker kutymens användning föreligger alltså; detta är ingen fiktion. Då nu kutymen just innebär, att det är vanligt att det ifrågavarande förfarandet iakttages, måste man i brist på utredning i motsatt riktning presumera — eller om man så vill: enligt gängse bevisregler finna utrett — att kontrahenternas vilja har angivna innehåll. Ej heller denna processuella slutsats innebär, kunde man säga, något fiktivt. Man sluter, i bevisbörde- eller eventuellt i bevisvärderingshänseende, från det in abstracto brukliga till läget in casu. Alltså äger man tolkningsvis, med utgångspunkt från partsavtalens enligt antydda bevisregler antagna innehåll (och icke från kutymerna i deras egenskap av sedvanerätt), anse att kutymer, om icke särskild motbevisning kan presteras, äga tillämplighet även i strid mot dispositiva lagregler. Avtal går ju före dispositiv lag.

Resonemanget kan verka bestickande. Det håller dock icke stånd vid en kritisk granskning. För det första torde vara tveksamt om det är möjligt att så schematiskt som här sker hävda, att enbart den omständigheten att ett visst förhållande är vanligt måste godtagas såsom presumtion (eller utgör fullt bevis) för att förhållandet förekommer jämväl i det till bedömande föreliggande speciella fallet. Det skulle kanske ha icke godtagbara konsekvenser, om man allmänt tillämpade en sådan princip. Härom må hänvisas till diskussionen rörande den s. k. sannolikhetsteorin inom bevisrätten. Vad man är berättigad att mera generellt påstå är måhända, att vanligheten som sådan har ett *visst* bevisvärde, men icke mera. Detta betyder bl. a. att, för att motbevisning skall kunna eliminera ett blott å vanligheten grundat antagande att förhållandet föreligger jämväl in casu, denna motbevisning icke behöver ha den tyngd, som gemenligen förbindes med uttrycket »fullt» bevis. Vid denna invändning skall dock icke här läggas avgörande vikt. Men för det andra är att märka, att åberopade bevisregel icke, även om den accepteras, leder till målet. Vad som med fog kan sägas vara vanligt är allenast, att kontrahenter *förutsätta* tillämpning av rådande ku-

tymer. Däremot måste bestridas, att det är brukligt att kontrahenter avtalsvis, låt vara blott konkludent, hänvisa till dylika kutymer. Man kommer såsom redan anmärkts icke längre än till att det *kan* vara så, att vid avtalets tillkomst frågan om en kutyms användbarhet varit uppe i kontrahenternas föreställning på sådant sätt som enligt vedertagen åskådning åsyftas när en avtalsvilja säges vara förhanden. Passiviteten, underlåtenheten att taga avstånd från en kutym vars existens är känd, *kan* vara att fatta som en viljeförklaring av det innehåll att kutymen skall gälla. Så ligger det till, när kontrahenterna — eller endera kontrahenten enligt vad medkontrahenten förstått resp. bort förstå — haft kutymen i tankarna och med hänsyn till dess förekomst avhållit sig från att träffa en med densamma förenlig avtalsbestämmelse, vilket eljest skulle ha skett. Passiviteten ger i detta läge uttryck för en faktisk inställning hos vederbörande till kutymen, och den verkan den då utövar är icke en »passivitetsverkan» utan en ordinär viljeförklaringseffekt.⁹ Vore det följaktligen ett »naturale» vid avtalsslut, att kontrahenterna icke blott ägna uppmärksamhet åt gängse kutymer utan även med hänsyn till desamma uraktlåta en kontraktsreglering i ämnet, skulle man verkligen kunna tala om stor sannolikhet (den må räknas som »fullt bevis» eller icke) för att avtalet jämväl i det konkreta fall varom fråga är innefattar en hänvisning till kutymen. Men så ligger det i verkligheten — det må upprepas — icke till. Något dylikt avtalsmässigt ställningstagande å kontrahenternas sida förekommer merendels ej. Man tvingas nöja sig med konstaterandet, att det är vanligt och typiskt, att kontrahenter *förutsätta* att det kutymenliga skall tillämpas, liksom kanske även att, om de icke utgått från att kutymerna utan vidare vore gällande, *skulle* ha genomfört en kontraktsreglering i överensstämmelse med deras innehåll.

Men därmed är man på nytt tillbaka vid spørsmålet, huruvida vad som icke blivit avtalat utan blott är förutsatt skall kunna åstadkomma en så kraftig verkan som den var på lagtexten i 1 § köplagen och jämförliga stadganden pekade. Om avtalet mellan kontrahenterna ej utan fiktion kan

⁹ Jfr mina uttalanden i SvJT 1940 s. 529 f.

sågas hänvisa till rådande kutymer, måste det vara en märklig regel, som förvandlar vad som allenast utgör förutsättning till avtalsvillkor. En kontrahent kan ju av olika skäl sakna kännedom om den ifrågavarande kutymen, och även om det som sagt må kunna hävdas att, när kutymen är stadgad, han »bör» äga eller förskaffa sig kunskap om densamma, innebär det ett strängt krav, att han skall ägna uppmärksamhet åt, eventuellt företaga undersökning rörande, vilka kutymer som må förekomma på området. Att en kutym är känd för vederbörande behöver för övrigt icke betyda, att han i avtalsögonblicket haft den i tankarna. Även från den synpunkten kan det understundom vara hårt nog att lägga en kontrahent till last underlåtenheten att, när en kutym är oförenlig med hans intressen, genom förbehåll i avtalet skydda sig mot densamma.

Kanske kan här väntas det inkastet att, om det antages vara typiskt, att kontrahenter gemensamt förutsätta tillämpligheten av på området rådande kutymer, dessas relevans, när allt kommer omkring, icke ens ur allmänt avtalsrättslig synpunkt innebär något så påfallande. Att en *individuell* förutsättning ej allenast på den grund att den är gemensam för kontrahenterna medför avtalets utbyggnad i enlighet med förutsättningen, råder det visserligen knappast någon meningsskiljaktighet om. Men med *typförutsättningar* vore det annorlunda bestämt. Från den synpunkten behövde det icke förvåna, att 1 § köplagen, när den gemensamma förutsättningen hänför sig till kutymer, uttalade en regel som passade för typförutsättningar i allmänhet. Det finnes emellertid intet tillräckligt stöd för antagandet, att typförutsättningar generellt ha berörda relevans. De äro relevanta i viss omfattning, nämligen i första hand såvitt framgår av de på olika områden genom lag och rättspraxis utbildade reglerna om »*naturalia negotii*». Men i övrigt kunna även utpräglade typförutsättningar — exempelvis de som gälla prestations möjlighet eller nyttan för förvärvaren av det till honom överlåtna, understundom även vederlagsförutsättningar — sakna rättslig betydelse.¹⁰

¹⁰ Hänvisas må i den delen till U s s i n g, Bristende Forudsætninger, 1917, särskilt kap. 8.

Uppgiften blir då närmast att tillse, vilka vägande skäl som — i avsaknad av stöd i partsavtalet och utan anknytning till allmänna förutsättningsgrundsatser — skulle kunna åberopas för en så vittgående regel om verkan av kutymer som den enligt ordalagen i 1 § köplagen och motsvarande bestämmelser lagfästa.

KAP. III

KUTYMER OCH SEDVANERÄTT

En bärande »rättsgrund» för den genomgripande verkan av kutymer i strid mot dispositiv lag, som här är under diskussion, skulle naturligtvis föreligga, om man i sammanhanget kunde åberopa sedvanerättens grundsatser. Det kan därför vara lämpligt att anknyta till vad i allmänhet läres om sedvanerätt, i tanke att detta, eventuellt i modifierat skick, skulle kunna ge underlag för en användbar regel om kutymers rättsverkan.

Närmar man sig spørgsmålet från den sidan, är det naturligt att särskilt uppmärksamma kutymernas »historiska» verksamhetsfält, det som också lagstiftaren vid köplagens tillkomst främst intresserade sig för: området för de (fasta och relativt utbredda) merkantila kutymerna, handelsbruken. Vilken stor roll handelsbruken historiskt sett spelat är välbekant. Och även om deras självständiga betydelse under senare tider reducerats, bl. a. därför att åtskilliga handelsbruk funnits böra införlivas med modern lagstiftning, är denna betydelse alltjämt avsevärd. Det har ofta understrukits, att förekomsten inom köpmannakretsar av hela detta nätverk av handelsbruk — av köprättslig, sjörättslig och annan natur — innebar att inom handelslivet fungerade ett regelsystem i viss mån vid sidan om och oberoende av de i lagar och domstolspraxis utformade rättsreglerna. Det var ett normkomplex, som enligt vad erfarenheten visade hade kraft att i väsentlig omfattning skjuta vederbörande rättsordning eller rättsordningar åt sidan. Tidigt kunde, inom en vidsträckt räjong, talas om en kommersiell rättslig »autonomi». Handelns folk skapade och tillämpade sina egna normer; man förfor i enlighet med undan för undan utbildade »usancer», vilkas överensstämmelse med eller avvikelse från lag-

stadganden och judiciell rättstillämpning i respektive länder — så relativt sällan som de underkastades domstolarnas skärskådande — oftast icke för intressenterna i hithörande kretsar var en fråga av större vikt. Detta autonoma regelsystem, särskilt iögonenfallande vid internationella köp och andra internationella handelsrättsliga transaktioner samt överhuvud vid avtal inom storhandelns domäner, utgjorde en realitet, varmed även nyare lagstiftning på hithörande rättsområden måste räkna. Man kunde icke lämna dessa i varaktig faktisk tillämpning beprövade regler utan avseende, helst som legala bestämmelser enligt sakens natur äro relativt generella och därför icke kunna tillgodose de speciella behov, som med hänsyn till de inom de olika branscherna rådande förhållandena pocka på beaktande. I olika länder ställde man sig alltså, liksom hos oss vid köplagens tillkomst, välvillig till den självständiga kommersiella regelutbildningen. Respekten för densamma är så mycket mindre något att förundra sig över som hela den moderna handelsrätten i största omfattning går tillbaka på extrajudiciell sed, på normer och bruk förekommande i köpmannakretsar.

Väl är det klart, att jordmånen för utbildande av dylika självständiga normer inom handelslivet numera, sedan på skilda håll köprätten och andra viktiga partier av handelsrätten reglerats i lag, icke är lika fruktbar som tidigare. Det är svårt att bestämt uttala sig om i vad mån det fortfarande finnes fog för talet om »autonomi» av sagda art; en del påstående härom förefalla i alla händelser överdrivna.¹ Men såvitt det alltjämt förekommer, att rättssamfärdseln inom handelslivet, betjänande sig av extrajudiciell regelutbildning, försiggår utan närmare kontakt med lag och domstolspraxis, är detta givetvis en omständighet som, när dock rättstillämpning å domstolarnas sida ifrågakommer, med särskild styrka talar för att reglerna tagas till efterföljd oaktat de icke överensstämman med i lag eller annorledes utformad disposi-

¹ En hänvisning i detta sammanhang till den stora utbredningen av skiljedomsväsendet är knappast i och för sig avgörande. Mycket beror på i vilken utsträckning rättstillämpningen genom skiljedomar är självständig i förhållande till de av domstolarna tillämpade rättsreglerna.

tiv rätt. Detsamma gäller för övrigt, därest på andra områden än handelsrätten en jämförlig kutymbildning skulle kunna påvisas, en möjlighet som dock köplagens författare tydligen icke ansågo ha större aktualitet.

Särskilt med nu antydda förhållanden som bakgrund kan det ligga nära till hands att söka via sedvanerättens principer nå fram till en från olika synpunkter försvarlig regel om kutymers verkningskraft. Det innebär ju, kunde man säga, icke något singuljärt, att rättsordningen faller undan för faktiskt genomförda regler av i och för sig icke rättslig beskaffenhet. Ytterst torde det här röra sig om samma fenomen som att en lagregel trots dess imperativa natur — dess natur av att »böra» eller »skola» efterföljas — i längden icke kan upprätthållas, när genom stadig domstolspraxis en annan regel, kanske på grund av hänsyn till moral eller sed eller av praktiska skäl, faktiskt tillämpas. Lagregeln upphör därmed att vara levande rätt; dess egenskap av rättsregel går till spillo. Om vid bestämning av rättsbegreppet, såsom ofta sker, uteslutande fästes avseende vid de ifrågavarande reglernas natur av imperativ, blir bilden av rättens verkliga innebörd ofullständig. Det kräves tillika, att reglerna faktiskt fungera, såsom i första hand ett handlande å domstolars (eller andra statsmyndigheters) sida. Obsoleta rättsregler äro icke några rättsregler. Visserligen föreligger i nu avsedda fall den oerhört stora skillnaden, att det från lagen avvikande beteendet icke emanerar från domstolarna utan utgöres av ett extrajudiciellt faktiskt handlande. Genom att inom vissa kretsar i samhället handlas annorlunda än lagreglerna föreskriva skulle dessa i hithörande delar förlora sin realitet. Det gemensamma kan dock sägas vara, att i konflikten mellan imperativet och det faktiskt tillämpade, mellan »Sollen» och »Sein», det förra har benägenhet att komma till korta. Att så förhåller sig har erfarenheten i olika sammanhang givit vid handen. Erinras må t. ex. om »passivitetsverkningsarnas» under senare tid alltmer stegrade betydelse. I linje härmed skulle alltså ligga, att sedvänjans, kutymens, fakticitet undanträngde lagregelns »böra». Rättsordningen skulle resignera inför denna fakticitet, på sätt 1 § köplagen och jämförliga stadganden utvisa. Det brukar ju

också läras, att icke blott stadig domstolspraxis utan även på extrajudiciell sed grundad sedvanerätt upphäver verkan av skriven rätt.

Finns det då någon möjlighet att på sedvanerättslig basis vinna en rimlig avgränsning av kutymers relevans? Och vilka skulle i så fall förutsättningarna för dessas lagkorrigande verkan vara?

Om grunden till att kutymmer anses bindande ligger på det plan som nu berörts, böra till en början stränga krav ställas på så att säga deras kvalitet. Det måste under alla omständigheter, för att en kutym skall utöva här dryftade rättsverkan, fordras att densamma är »stadgad», d. v. s. utmärker sig för verklig fasthet och varaktighet; jfr *Almén*s ovan citerade uttalanden i det avseendet. Eljest kan omöjligen sägas, att kutymen och icke lagregeln representerar »levande rätt» på området. Ytterligare är det frestande att, likaledes i enlighet med *Almén*s mening, ställa krav på att kutymen skall ha något så när betydande utbredning. Detta medför dock svårigheter med hänsyn till att givetvis även lokala handelsbruk och övriga till viss ort begränsade sedvänjor måste kunna beaktas. — I detta sammanhang må understrykas, att det relevanta naturligen icke är enbart den omständigheten att inom de kretsar det gäller råder en samstämmig *uppfattning* om att en från lagen avvikande regel är tillämplig å rättsförhållanden av ifrågavarande art. Uppfattningen måste tillika ha omsatts i ett faktiskt — och som sagt »stadgat» — handlande på området. Det är *utövningen* av regeln, den stadgade utövningen, som är avgörande, icke än så enhetliga och stabiliserade föreställningar hos köpmän eller andra intressenter om hur i förekommande fall *bör* handlas.² Och självfallet får denna utövning, om den skall ha förevarande rättsverkan, ej grunda sig på något slags avtal om att det kutymenliga skall tillämpas. Det saknar därvidlag betydelse, att inom hithörande kretsar är kutym, att kontra-

² Jfr a. kommentar till Handelsgesetzbuch av *Reichsgerichtsräte* (anm. 6 till § 346): för uppkomsten av en handelssed eller usance »bedarf es eines gewissen Zeitraumes, durchgehender Zustimmung der Beteiligten, tatsächlicher Übung», med hänvisningar till domar av Reichsgericht.

henter ingå avtal med innehåll som skiljer sig från vad lagen bestämmer. Att sådana avtal slutas visar ju snarast tvärtom, att man har klart för sig att lagregeln kommer till användning, om icke något särskilt åtgöres för att sätta den ur kraft. En annan sak är, att en kutym kan uppkomma på det sättet att, sedan det blivit vanligt att i avtal upptaga en viss från lagen skiljaktig regel, folk så småningom lever sig in i uppfattningen, att denna regel utan vidare gäller, och sedermera utan stöd av avtal handlar i överensstämmelse med regeln.

Att nu angivna betingelser beträffande kutymers kvalitet m. m. äro uppfyllda kan emellertid ingalunda vara tillräckligt för att det skall tillerkännas dem verkan att upphäva dispositiv rätt. Så lättvindigt anses icke någon för domstolarna bindande extrajudiciell sedvanerätt uppstå. Ytterligare ifrågakommer det välkända kravet på »*opinio necessitatis*», varom flerstädes varit tal i framställningen här ovan. Vad ligger häri och kan det, tolkat på det ena eller andra sättet, göra tjänst för ändamålet?

Alltså för det första: Man kan icke gärna, därest en allmän grundsats om kutymers rättsverkan skall uppställas, tänka sig att en lagbestämmelse måste skjutas åt sidan redan i och med att inom affärslivet eller på det område det eljest kan gälla låter sig påvisa ett med lagbestämmelsen oförenligt bruk, även om detta beträffande stadga och utbredning uppfyller alla rimliga anspråk. Man undgår icke att därjämte kräva, att de som utöva bruket i allmänhet behärskas av föreställningar om att deras förfarande »bör» eller »måste» iakttagas. *Enbart* fakticiteten räcker ej. Det måste för ändamålet föreligga en sed icke blott i mening av ett regelbundet handlande, en vana, utan tillika i mening av något normerat. De som följa vanan måste principiellt själva uppfatta densamma som ett i den ena eller andra bemärkelsen förpliktande rättesnöre för sitt beteende. Underlåtenheten att ställa sig sedvänjan till efterrättelse måste, annorlunda uttryckt, framstå som »oriktig» eller t. o. m. som otillbörlig. Därmed reduceras räckvidden av kutymers verkningskraft i ofantlig grad.

Utan en begränsning av förevarande art skulle man drivas

till slutsatser, som måste verka avskräckande även å de mest entusiastiska förespråkarna för en för kutymer lyhörd rätts-skipning. Att varje i handelslivet eller andra områden av rättssamfärdseln utbildad sed eller vana som förestavas blott av *praktiska* skäl — lämplighetshänsyn m. m. av strax här nedan antydd art — skulle via 1 § köplagen och motsvarande lagstadganden äga verkan av en rättsregel som korrigerar gällande lag, måste anses uteslutet. Det har t. ex. knappast någonsin hävdats, att affärsmäns låt vara med allra största regelbundenhet visade »tillmötesgående» mot kunder giva upphov till rättsanspråk, så att skadeståndsskyldighet och juridiska påföljder i övrigt skulle drabba vederbörande, om tillmötesgåendet in casu utebleve. Det kan överhuvud av många skäl vara lämpligt att förfara på ett sätt som bereder en medkontrahent förmåner utöver de i lagen stadgade — och förfarandet kan inom den räjong det rör sig tillämpas så konsekvent, att kravet på stadgat bruk helt visst är tillgodosett — utan att därför plägar bestridas rätten att hålla sig till lag, om saken skulle ställas på sin spets. Det ligger t. ex. nära till hands att, av konkurrenshänsyn eller andra praktiska skäl, på vissa håll må kunna utbildas sådana sedvanor som *att* säljaren, när fel i godset kan ådagaläggas, icke avvisar köparens klagomål blott genom åberopande av att denne försummat att reklamera på sätt lagen föreskriver, *att* i en del rättsförhållanden avseende ej fästes vid om förfallotiden för en skuld överskrides endast med någon eller några dagar, *att* ränteskyldigheten, särskilt beträffande mindre belopp, ej utkräves i den omfattning lagen berättigar till o. s. v. Men knappast skulle domstolarna, om en kontrahent fordrar vad enligt lagen tillkommer honom, ogilla hans anspråk endast med hänvisning till att lagens regler på grund av avvikande kutymer satts ur kraft. Icke heller skulle väl en bevisning om att försäkringsbolag i den eller den situationen konsekvent pläga visa »kulans» föranleda, att eljest tillämpliga lagbestämmelser lämnades utan avseende. Ytterligare exempel: det är säkerligen i åtskilliga sammanhang fast sedvana, *att* legitimation icke avkräves en borgenär i den utsträckning lagens bestämmelser i och för sig auktorisera, *att* butikskunder få genom byte av varan eller i annan ord-

ning rygga ingångna köp (även om ryggandet icke sker i samma andedrag som köpet), ja kanske även att borgenärer, som i sina handelsböcker avskrivit fordringar, icke därefter indriva desamma hos gäldenärerna. Men att detta utan vidare skulle medföra, att lagens bestämmelser på grund av avvikande kutymer ansåges upphävida, våga väl de flesta icke påstå. Exempler kunna mångfaldigas. Det kan för övrigt vara mycket varierande lämplighetshänsyn, som föranleda kutymer av ett från lag avvikande innehåll. Bl. a. märkes kutyrbildning förestavad av intresset att ernå organisatorisk förenkling, av bekvämlighetsskäl m. m.³ Än vidare kan naturligtvis en sedvana, även en mycket stabiliserad sedvana, utveckla sig genom ren slentrian, alltså utan att några medvetna bevekelsegrunder spela in.

Nu bekräftas visserligen av erfarenheten, att ett handlande som från början förestavas av lämplighetsskäl eller som utgör en mer eller mindre själlös vana *kan* övergå till att hos de handlande efterlevas såsom en förpliktande sed, som ett normbundet förfarande. Under vilka förhållanden denna övergång kommer till stånd torde vara ett psykologiskt-sociologiskt spörsmål, som författaren av denna skrift icke har kompetens att uttala sig om. Men så länge denna övergång icke skett, och för det fall att den alls icke sker, är skillnaden mellan regelbundenheter av den ena typen (normhandlingar) och regelbundenheter av den andra (vanemässiga förfaranden av mera »faktisk» natur) en skillnad av synnerlig betydelse.

Så långt har man till synes en hållbar grund att stå på rent principiellt. Men hur förhåller det sig praktiskt? Är denna distinktion mellan kutymer bottnande i lämplighetsskäl, slentrian etc., å ena sidan, och kutymer som uppfattas såsom förpliktande normer, å den andra, juridiskt brukbar för föreliggande syfte? Detta måste betvivlas. Distinktionen tager fasta på en realitet av stor vikt, men juridiskt lämpar den sig knappast för en regelbildning av den art varom nu är tal. Naturligtvis kunna i många fall finnas möjligheter att bilda

³ Jfr redan Goldschmidt a. a. s. 332: utövningen av en sedvana kan bero på »Convenienz, Artigkeit, Gefälligkeit, auf dem Wunsche Weiterungen (vidlyftighet, krängel) zu vermeiden u. dgl.»

sig en mening i frågan till vilken kategori en viss kutym är att hänföra; understundom ger sakens natur klart utslag. Men ofta måste svårigheterna vid denna gränsdragning bliva domstolarna övermäktiga. Att med någon säkerhet avgöra, under vilka förhållanden och vid vilken tidpunkt pliktföreställningar uppkomma hos utövarna av en tidigare endast på lämplighetsskäl eller på slentrian baserad sedvänja, lär i talrika fall vara ogörligt. En juridisk regel i ett så viktigt ämne som det förevarande — skall lagen tillämpas eller icke? — kan näppeligen anknytas till ett så otillgängligt eller dock svårtillgängligt förhållande som det angivna. Man behöver för att inse detta endast göra tankeexperimentet, att en domstol för att erhålla vägledning ålade handelskamrarna att utlåta sig i föreliggande hänseende. Helt visst skulle dessa, på goda grunder, anse det icke kunna begäras av dem, att de skulle gå i land med en dylik uppgift, så mycket mindre som utövarna av kutymerna själva ofta måste vara ovissa om *varför* deras handlande präglas av den vanemässighet som är förhanden. Uttalanden om att den eller den kutymen dikteras av pliktföreställningar hos de agerande, medan den eller den kutymen är av annan och lägre valör, kunna i största omfattning icke bliva annat än svagt underbyggda spekulationer.

Vare emellertid härmed hur som helst. Försöket att på grundval av en sedvanerättslig tankegång lösa kutymproblemet möter ytterligare svårigheter, delvis av liknande delvis av annan art.

En allmän regel rörande kutymers giltighet i strid mot dispositiv lag kan nämligen icke, på sagda grundval, upprätthållas ens med den stora begränsning som nyss utvecklades. Appliceras den vedertagna läran om sedvanerätt räcker det icke, att kutymer uppbäras av föreställningar hos deras utöware om att det »bör» förfaras så som kutymen bjuder, utan det fordras därutöver, att förfarandet uppfattas som något vartill de handlande äro *rättsligt* förpliktade. Även detta ligger inneslutet i det hävdvunna kravet på »*opinio necessitatis*» — synonymt användes, betecknande nog, termen »*opinio juris*» — och denna sida av sedvanerättens innebörd plägar markeras med särskilt eftertryck. Principen

om att sedvanerätt är bindande för domstolarna och sätter lagen ur spel gäller alltså icke, om regeltillämpningen ej grundar sig på *rättsövertygelse* utan på hänsyn till moral eller sed: vederbörande vilja icke bryta mot det konventionellt påbudna, mot vad anständigheten kräver o. s. v.

Mot denna distinktion kunna med ökad styrka anföras betänkligheter ur praktikabilitetssynpunkt i stil med de ovan berörda. Det lär oftast vara ogörligt för domstolarna, om de icke skola förfalla till lösliga bedömanden, att fastställa i vad mån ett extrajudiciellt handlingsätt väsentligen bestämmes, medvetet eller omedvetet, av rättsliga motiv. Det måste ständigt förekomma, att kutymer respekteras helt enkelt därför, att de handlande känt sig »böra» göra detta; huruvida hänsynen till rättsliga konsekvenser därvid medverkat eller överhuvud ett rättsligt inflytande hos kutymutövarna gjort sig gällande, skulle dessa icke ens vid närmare eftertanke kunna klarlägga för sig. Vidden av det rättsliga inflytandet är, även inom affärsvärlden, mycket omtvistlig; det är så många andra faktorer än de rättsliga som, visserligen mer eller mindre intimt förknippade med dessa, äro kausala till upprätthållande av regelbundenheter i folks handlande. Domstolar kunna svårligen bilda sig en välgrundad uppfattning i dessa stycken. Och att det i första hand skulle komma att hänga på handelskamrarnas åsikter i dessa subtila ämnen gör saken icke bättre. Hela frågeställningen är juridiskt sett alltför ogripbar. Hur skulle en bevisning om förefintligheten eller frånvaron av »*opinio juris*» se ut? Juridiken kommer helt enkelt i detta fall till korta. Den förstår icke bemästra sådana gränsdragningar som denna; de kunna angripas blott med sociologins eller andra vetenskapsgrenars verktyg. Naturligtvis kunna domstolarna liksom handelskamrarna ha vissa föreställningar om hur det förhåller sig med uppfattningen hos kutymutövarna i förevarande hänseende, och givetvis kunna dessa föreställningar ofta nog vara riktiga. Men att en lagregel av ifrågavarande centrala innehåll skulle vila på en så obestämd grundval som här sagts måste innebära en oformlighet.

Även materiellt förefaller vidare distinktionens värde diskutabelt och resultaten anmärkningsvärda. Redan i och för

sig är det, åtminstone i nutiden, en underlig betingelse för verkan av en kutym, som står i strid — kanske uppenbar strid — med lag eller erkänd rättspraxis, att de som tillämpa kutymen likvisst utgå från att den är uttryck för gällande rätt. En regel, vilken i sig själv ej är en rättsregel, blir en sådan genom att vederbörande *tro* att regeln har denna karaktär! Endast i den mån handelslivets ovan omtalade »autonomi» alltså fungerar, kan detta möjligen tänkas gå ihop. Eljest möter betingelsen ansenliga tankesvårigheter. I vilket fall som helst måste, därest densamma på allvar upprätthålles, de fall där kutymerna kunna göra anspråk på giltighet bli av relativt begränsad omfattning. Stadgandet i 1 § köplagen (och motsvarande lagbud) skulle alltså få en jämförelsevis blygsam räckvidd. Huruvida detta skulle vara lyckat kan man ha olika åsikter om. Att man därmed komme i konflikt med de låt vara ganska diffusa intentionerna i ämnet å lagstiftarens sida är i alla händelser uppenbart. Väl innebär det en kraftig överdrift, när Almén hävdar att det rent av skulle varit onödigt att göra förbehåll för kutymers förmåga att undantränga dispositiv rätt, om ej andra kutymer åsyftats än de som vore att hänföra till sedvanerätt i klassisk bemärkelse; sedvanerättens giltighet på bekostnad av lag vore en självklar sak. Ty då det såsom här är fråga om verkan, icke av stadig domstolspraxis utan av extrajudiciell sedvanerätt, hade det sannerligen ej varit en överflödsgärning att fastslå, att kutymer av sedvanerättslig art — även sådana som framdeles må uppkomma! — skola gälla framför lagens bestämmelser; märk det motsatta ställningstagandet ej blott i äldre tysk handelsrätt utan även i förutnämnda förslag till internationell köplag. Det kan emellertid knappast råda någon tvekan om att vid köplagens tillkomst ej enbart siktades på sedvanerätt i klassisk mening. Att kutymer som icke, med hänsyn till frånvaron av »*opinio necessitatis*» (»*juris*»), uppfylla betingelserna för dylik rätt *även* gå in under stadgandet i 1 § köplagen är man ock i doktrinen (förutom Almén även Lassen, Ussing m. fl.) ense om. Det är för övrigt troligt, att lagstiftaren menade att kutymer av klassiskt sedvanerättslig art i själva verket förekomme sparsamt, varför tyngdpunkten måste ligga på faktiskt »skick

och bruk». — Mot åberopandet av köplagsförfattarnas intentioner kan visserligen replikeras, att då 1 § köplagen i förvarande hänseende icke bygger på något sammanhängande juridiskt tänkande och avfattats på sätt som skett för att nödortfiktigt dölja denna tankebrist, det egentligen icke är av större vikt vilket tillämpningsområde som bäst motsvarar vad lagstiftaren må ha tänkt sig. Helt kan väl dock detta senare icke nonchaleras.

Nu skulle visserligen kunna göras gällande, att man kunde tillvarataga det berättigade i läran om »*opinio juris*» utan att drivas till konsekvenser av sagda oantagliga art. Man skulle kunna eftergiva kravet på en rättslig inställning hos kutymens utövare som en så att säga *positiv* betingelse för dess giltighet och förmåga att undanskjuta dispositiv rätt. Allenast negativt borde fasthållas vid att frånvaron av syftet att rättsligt binda sig skulle betaga kutymen dess verkan. Om det nämligen kunde påvisas, att kutymens utövare i allmänhet taga avstånd från tanken på rättslig bundenhet — de känna sig visserligen pliktiga att bete sig såsom sker men endast därför att moral eller sed ålägger dem detta, icke såsom en juridisk skyldighet — borde kutymen fränkännas här dryftade relevans. Någon annan syftning än att betona detta skulle läran om »*opinio juris*» i grund och botten icke ha. Det vore samma distinktion, som även eljest möter inom avtalsläran: har en viljeförklaring avgivits, undersöker ingen domstol, såframt ej särskilda motfakta förebragts, huruvida den förklarande haft vilja att binda sig rättsligt. Men har han, enligt vad dylika fakta utvisa, tagit avstånd från att bli rättsligt förpliktad, ådrager han sig icke heller sådan förpliktelse, jfr NJA 1932 s. 400.

Enligt denna ståndpunkt får dock omvänt sedvanerätten, och i följd av densamma kutymerna, giltighet och verkan att sätta lagregler ur funktion i en så vidsträckt omfattning, att det måste inge allvarliga betänkligheter. Man utsöndrar visserligen från området för sedvanerättsligt bindande kutymer de fall, där en medveten vilja hos kutymens utövare att icke vara rättsligt bundna kommit till uttryck, då med andra ord ett slags disposition i den riktningen kan på mer eller mindre pålitliga grunder antagas. Men i alla andra fall, då

det handlas under intryck av moral- eller sederegler *utan* att därmed förenas något verkligt ståndpunktstagande till frågan huruvida man velat binda sig även rättsligt, skulle kutymerna gälla. Dessa fall äro säkerligen de ojämförligt vanligaste.⁴ Kan man då vara beredd att, med nämnda snäva undantag, upphöja allsköns moral- och sederegler till rättsligt förpliktande, lagupphävande normer? Det skulle nog vara mer än dristigt. En sådan ståndpunkt *kan* icke genomföras, 1 § köplagen och jämförliga lagbud må dekretera vad som helst. Man komme ohjälpligt ut på gungflyet.⁵ — Måhända genmåles, att från kutymer tillämpningsområde ytterligare skulle kunna utsöndras de fall, då betryggande bevisning kunde föras om att enbart (eller väsentligen?) hänsynen till moral eller sed, och icke rättsliga hänsyn, ligga till grund för den ifrågavarande kutymnormen. Ett sådant bevisstema är dock, såsom förut framhållits, ett juridiskt oting. Bevisning av denna art kan näppeligen, om man icke skall hamna i rena lösligheten, lyckas.

Konklusionen blir alltså, att man icke heller med sedvanerättslig motivering, när anknytning sökes till den klassiska läran om sedvanerätt, når fram till en allmän regel om kutymerns giltighet på bekostnad av dispositiv rätt — om regeln skall fylla anspråken på användbarhet.

⁴ Märk, vad nyss återopade allmänt avtalsrättsliga distinktion beträffar, att den omständigheten att någon *utgår från* att en av honom avgiven viljeförklaring blott grundlägger en till moral eller sed hänförlig förpliktelse icke lär hindra, att förklaringen blir rättsligt verksam. Avståndstagandet från den rättsliga bundenheten torde kräva en disposition å den handlandes sida.

⁵ Ett exempel: Det torde vara stadgad »god sed», att affärsmän stå fast vid de prisuppgifter m. m. å en vara, vilka förekomma i deras annonser, cirkulär, skyltfönster o. s. v. Men enligt vad som allmänt antages vara gällande rätt i Sverige är en dylik uppgift att fatta, icke såsom ett anbud utan allenast såsom uppfordran till sådant; uppgiften blir alltså icke bindande enligt 1 § avtalslagen (jfr Almén, *Lagen om avtal*, 1916, s. 52, vilken ej ens under de betingelser som angivas i 9 § samma lag anser bundenhet inträda för vederbörande). Skulle detta vara en rättsregel blott på papperet? Det är en sak för sig, att man ur *juridisk* synpunkt kanske kan ifrågasätta, om icke i vårt land, liksom på många håll i utlandet, en annan grundsats borde upptagas i rättssystemet i förevarande hänseende.

Slutligen kan det kanske i sammanhanget åberopas, att med sedvanerättslig utgångspunkt är svårt att förklara, varför icke kutymer skulle åsidosätta t. o. m. tvingande rättsregler, något som uppenbarligen aldrig varit avsett.^{6 7}

⁶ Ätminstone på sina håll i utlandet ha dock försök gjorts att hävda, att skiljemäns behörighet att i domstols ställe döma i uppkommande tvister skulle kunna grundas icke blott på avtal utan även på handelsbruk. Detta strider för svensk rätts del mot ifrågavarande processrättsliga reglers klara innehåll. Undantag från domstols exklusiva behörighet förutsätter i regel avtal, och undantaget får, av offentligrättsliga skäl, icke utan stöd i lag vidgas till fall av handelsbruk eller annan kutym.

⁷ Under tiden för korrekturläsningen har jag blivit uppmärksamgjord på — vad jag oförsvarligt nog råkat förbise — att hos R o s s, Om ret og retfærdighed, 1953, s. 107 ff., förekomma intressanta uttalanden om kutymer och sedvanerätt. Jag får måhända tillfälle att i annat sammanhang återkomma till dessa uttalanden.

KAP. IV

KUTYM OCH RÄTTSREGEL — NÅGRA SYNPUNKTER OCH SLUTSATSER

Läget är onekligen märkligt. En vägledande rättsregel — och tjänliga anknytningspunkter för en sådan — saknas där den mest skulle vara av behovet påkallad. Det kan ej betvivlas, att kutymen i viss omfattning måste tillerkännas verkan i strid mot dispositiv rätt även då det icke utan fiktion låter sig göra att påvisa några kontrahenternas viljeförklaringar om deras användning. Det är också tydligt, att denna objektiva tillämpning av kutymen icke kan inskränkas till de fall, där man i anslutning till den klassiska läran om sedvane-rätt må kunna anse betingelserna för sådan rätt uppfyllda. Vad som behöves är ett kriterium för att uppdraga en gräns mellan kutymen, som ha verkan att sätta rättsregler ur funktion, och regler, som ej ha dylik verkan. Men ett sådant kriterium har veterligen aldrig uppdragats.¹

¹ Att med hänsyn till den olika naturen hos ifrågavarande dispositiva stadganden uppdraga en brukbar gränslinje lär icke vara möjligt. I några speciella fall kan det visserligen sägas, att en kutymtillämpning synes alldeles särskilt påkallad, nämligen då lagstiftaren varit relativt ointresserad av lagbestämmelsens innehåll, i det hans intresse huvudsakligen gått ut på att överhuvud en regel skulle finnas som kunde tillgripas in dubio. Exempel härpå ger 8 § köplagen (skall köpeskillingen beräknas efter godsets vikt, avräknas förpacknings- eller taravikten) och kanske även 19 § samma lag (köp av aktie skall anses omfatta rätt till ännu ej förfallen utdelning för såld aktie ävensom aktien åtföljande teckningsrätt). Men det vanliga är naturligtvis, att en lagbestämmelse fått sitt innehåll därför, att detsamma befunnits i och för sig vara det mest rationella. Därvidlag äro olika schatteringar urskiljbara, utan att någon klar uppdelning synes vara genomförbar. Till grund för ett dispositivt stadgande ligger ofta eller oftast uppfattningen, att den meddelade regeln åtminstone på lång sikt är bäst ägnad att tillgodose intressena hos kontrahenter av ifrågavarande typ (ovan s. 38). Det förekommer emellertid också, att vid en dispositiv lag-

Svårigheterna sammanhånga med icke blott att man i förevarande fall ställes inför förutsättningsspörsmål (se ovan kap. 2) utan även att dessa på särskilda grunder här få större betydelse och räckvidd än eljest. Redan den omständigheten att man är inne på förutsättningsbedömanden gör det mindre överraskande, att det är så vanskligt att ge ett upplysande och mera allmängiltigt besked om när kutymer förmå bryta igenom lag- och rättsregler och när de icke ha denna förmåga. Ty som bekant har hela förutsättningsläran — alla ansträngningar till trots och oaktat den berikat rättsvetenskap och praxis på ett sätt som icke kan nog värderas — ej generellt avsatt några fasta regler, till vilka domstolarna ha att hålla sig. Det föreligger i den delen avsevärt utrymme för dessas »utfyllande» verksamhet. Men framför allt få förutsättningar i detta sammanhang, formellt alltså inom ramen för 1 § köplagen och liknande lagbud, ett vida större spelrum än i vanliga fall. Det är av flera skäl anledning att här i en helt annan utsträckning än i allmänhet kan ifrågakomma tillägga förutsättningar relevans.

I sådan riktning verkar redan den omständigheten att det nu icke är fråga om att på grund av en kontrahents förutsättningar underkänna giltigheten av ett *avtal* eller att tillägga detsamma förändrat innehåll. Vad förutsättningen skall åstadkomma är ju i stället att sätta en dispositiv rättsregel ur kraft, med verkan att avtalet får samma innebörd som om det förutsatta utgjort avtalsvillkor. Men att med

regels tillkomst tagits hänsyn av mera allmän art, ehuru man icke fördenskull vågat sig på att göra regeln tvingande. Och även om det blott gäller att främja de genomsnittliga kontrahentsintressena, kunna olikheter framträda såtillvida, att rättsordningen (lagstiftaren resp. de rättstillämpande myndigheterna) understundom med visst ogillande ser på kontrahenternas avvikelser från lagen, medan man i andra fall visserligen som sagt varit angelägen om att ge den legala regeln ett i och för sig tillfredsställande innehåll men något dylikt ogillande i händelse av kontrahenternas eliminerande av densamma icke kommer till uttryck. — I doktrinen har i förevarande hänseende gjorts försök med formeln, att handelsbruk icke få gälla gentemot dispositiva regler i de lägen, då det väl är förenligt med lagens anda att reglerna frångås i det enskilda fallet men ej att de mera allmänt åsidosättas (se Zeitschrift f. Handelsrecht, 1924, s. 201). Men den formeln är med säkerhet svårhanterlig.

hjälp av kontrahenters förutsättningar undanskjuta dispositiva lagregler möter otvivelaktigt icke samma motstånd som att med dylikt verktyg komma slutna avtal till livs. Avtalets »helgd» slår man i rättspraxis alltså jämt intensivt vakt om.

Men vidare — och detta är en kärnpunkt — har den omständighet som i förutsättningshänseende skall utnyttjas här en mäktighet, vartill man eljest i de flesta förutsättningsfall icke har något motstycke, nämligen den faktiska, stadgade utövningen (jfr ovan kap. 3). Att en annan regel än den dispositiva upprätthålles i folks faktiska handlande är något, som på ett särskilt sätt är ägnat att från förutsättnings-synpunkt kräva respekt. Det är en faktor, vars betydelse inom »förutsättningsläran» knappast med tillräcklig styrka brukar understrykas men som är av eminent kraft. Har folk stadigvarande funnit sig tillrätta med viss regeltillämpning, är det mycket, kunde man tycka (jfr dock nedan s. 67 ff.), som talar för att regeln är lämplig eller dock godtagbar. Det är en »naturlig» tendens, att domstolarna göra vad de kunna för att ett stabiliserat tillstånd förblir gällande, i den mån icke rätt starka skäl kunna åberopas för motsatsen. En »objektiv» giltighet av kutym är alltså verkligen av sådan orsak motiverad, om än icke så måttlös som köplagens och jämförliga stadgandens avfattning kunde synas auktorisera. Sätillvida kan med andra ord en kutymtillämpning, när allt kommer omkring, stödjas på sedvanerättsliga hänsyn, ehuru det icke rör sig om sedvanerätt i klassisk mening. Även med denna utgångspunkt är det för övrigt tydligt, att för ändamålet stora anspråk måste ställas på kutymernas kvalitet. Om kutymutövningen skall spela den roll vid relevansbedömningen som nu åsyftas, måste den i allmänhet uppfylla förut berörda krav på »stadga» m. m. Lika hårt som enligt den klassiska läran torde dock dessa krav knappast behöva urgeras.

En ytterligare omständighet i sammanhanget är följande. Frågan gäller som sagt, varför man här är benägen att tillerkänna kontrahenters på förefintlighet av kutym grundade förutsättningar ett så stort inflytande — varför man inom en vid räjong är beredd att behandla kutymerna som

om de vore avtalsvillkor. Jag återkommer då till vad tidigare framhållits om att, även när något stöd icke finnes för att spørgsmålet om kutyntillämpning varit uppe vid avtalsslutet och konkludent bestämt avtalets innehåll, *möjligheten* ju föreligger att så skett. Det *kan* förhålla sig så, att kontrahenterna med hänsyn till vederbörande kutyms existens funnit det onödigt att intaga en från den dispositiva lagregeln avvikande, med kutyten överensstämmande klausul i avtalet — i vilket fall, såsom ovan erinrats, det förvisso utan fiktion kan sägas vara tyst avtalat, att kutyten och icke lagregeln skall gälla. Däremot vet man i allmänhet icke med någon säkerhet, *att* förhållandet är det angivna. Bevissvårigheterna äro i den delen alltför stora. Att på grundval av eventuellt förebragt utredning bilda sig en pålitlig föreställning om hur mycket av det sedvanliga som omfattas av kontrahenternas tysta viljeförklaringar och hur mycket som åter befinner sig blott på förutsättningsstadiet, är en ofta hart när olöslig uppgift. Vad är då naturligare än att domstolarna kunna vara beredda att i dylika lägen — särskilt om konflikten med den dispositiva lagregeln är mindre djupgående, så att man ej är *helt* utan kännning med densamma (se vidare nedan) — såsom avtalsvillkor behandla vad som visserligen icke visats ha, men kan ha, sådan natur? Fiktionen avtalsvillkor är med andra ord icke renodlad: det är möjligt att det antagna är sant, även om det icke styrkts att så är fallet eller ens något mera nämnvärt stöd förebragts härför.² Ett *inslag* av avtalsmässig kutyntillämpning kommer man på detta sätt, trots allt, icke ifrån.

Förbises må ej heller, att domstolarna, enligt vad ovan utvecklats, ha att tolkningsvis lägga kutymer till grund i *de* fall, då fråga är om speciella ords, termers och uttrycks innebörd. Detta är visserligen, såsom vi funnit, något väsentligt annat än det som diskussionen här kretsar omkring. Men om kutymer i sådana fall bli direkt avgörande, måste detta pressa till att behandla dem med stor aktning även

² Beaktandet av kontrahenternas förutsättningar blir på ett särskilt sätt »ofarligt». Det går alltid att anföra till försvar, att domstolen haft möjlighet att »tolka» avtalet så, att kutyntillämplighet (konkludent) överenskommits.

när det göres gällande, att de inbegripas i avtalet i övrigt. Från reell tolkning i det ena avseendet är vägen kort till fingerad tolkning i det andra.

Till sist må för fullständighetens skull tillfogas, att i det föregående helt bortsetts från att man jämväl enligt allmänna förutsättningsregler³ — och således oberoende av det stöd som kan hämtas från 1 § köplagen och jämförliga lagbestämmelser — kan finna skäl att tillmäta betydelse åt att kontrahenter utgått från, men icke avtalsmässigt betingat sig, en kutyms tillämplighet å deras rättsförhållande. I vilken utsträckning så rimligen bör ske är en fråga, som leder in på förutsättningsläran överhuvud och därför icke kan utredas i denna skrift.⁴ Det kan naturligen förekomma, att en förut-

³ Det må blott parentetiskt framhållas, att de synpunkter som upp bära »förutsättningsläran» i realiteten spela större roll i rättsskipningen än man vid en genomgång av prejudikatsamlingarna skulle kunna tro. Detta beror på att, när domstolarna tillägga förutsättningar relevans — särskilt men icke enbart relevans i den formen, att avtalet ej förklaras ogiltigt utan blir verksamt i enlighet med förutsättningen — man sedan gammalt gärna föredrager att fiktivt hjälpa sig fram med »tolkning» av avtalet på sådant sätt att förutsättningen kommer till heders. Även de domare, som principiellt äro avogt inställda mot allt vad förutsättningslära heter, genera sig icke alls för att i denna ordning applicera förutsättningsbedömanden; man tolkar avtal med utnyttjande av en blott hypotetisk partsvilja, alltså bygger i realiteten på, icke vad kontrahenterna avsett att uttrycka utan vad de medvetet eller omedvetet utgått från eller förutsatt.

⁴ Under vissa förhållanden tala särskilt starka skäl för att, snarast i linje med den s. k. subjektiva förutsättningslärans syn på saken, tillerkänna förutsättningar relevans med utgångspunkt från en blott hypotetisk partsvilja. Låt oss antaga, att vad som utgör själva innehållet i avtalet skulle te sig inkonsekvent eller motsägende, därest detsamma icke kompletterades med en bestämmelse i enlighet med vad kontrahenterna förutsatt (antingen icke medvetet tänkt på eller i varje fall icke avsett göra till beståndsdel av avtalet). Här skulle säkerligen praxis vara benägen att utfylla avtalet i överensstämmelse med förutsättningen; man skulle då visserligen helst ge utfyllnaden benämningen tolkning. Förhållandena kunna t. ex. vara sådana, att ett för kontrahenterna gemensamt eller eljest för avtalet ostridigt normerande ändamål skulle förfelas med mindre viss omständighet, varmed ingendera kontrahenten räknat, tillmättes betydelse — om icke på annat sätt så, att avtalet i visst avseende jämkas. Eller det kan anorledes vara klart, att avtalsvillkoren ha till nödvändig eller åtmins-

satt kutymregel är av central vikt för vederlagsförhållandet mellan kontrahenterna eller att eljest underlåtenheten att beakta kutymen skulle rubba hela den grundval varpå avtalet bygger.

Det anförda leder närmast fram till att i de hänseenden som nu intressera stadgandet i 1 § köplagen och liknande lagbud rörande verkan av handelsbruk och annan sedvänja ha ett så obestämt innehåll, att det endast i ringa grad kan sägas föreligga en konkret rättsregel. Man kan uppfatta stadgandena så, att de allenast ge domstolarna ett allmänt bemyndigande att i förekommande fall, när anledning därtill anses vara förhanden, åsidosätta dispositiv rätt till förmån för rådande kutymer jämväl då dessas tillämplighet varken är konkludent avtalad eller följer av sedvanerätt i klassisk bemärkelse. Önska domstolarna begagna sig av en kutym, är det således icke nödvändigt att fingera en tyst överenskomelse om dess användbarhet. Men någon verkligt vägledande anvisning därom, när kutymer äro relevanta och när de icke äro det, kan man ej få fram ur lagen eller dess förarbeten, och ej heller ur svensk eller utländsk doktrin. Med en sådan gränsdragning, om den skall ha mera allmän räckvidd, äro också — bl. a. av juridiskt tekniska skäl enligt vad ovan visats — förbundna nästan oöverstigliga svårigheter, lika oöverstigliga som svårigheterna att finna en allmän förutsättningsregel inom avtalsrätten hittills befunnits vara.⁵

tone starkt påkallad konsekvens, att beaktande på visst sätt skänkes något för kontrahenterna oförutsett förhållande. *Analogier* eller *mot-satsslut* från avtalet kunna överhuvud, om icke rättstillämpningen skall bli oförnuftig eller dock materiellt oförsvarlig, framstå som ofrånkomliga; sammanhanget mellan vad kontrahenterna haft i tankarna och träffat dispositioner om, å ena sidan, och vad de icke tänkt på eller dock ej ansett nödigt reglera, å andra sidan, kan kräva att avtalet utbygges enligt sin »anda». Jfr G u l d b e r g i SvJT 1953 s. 1 samt härtill min »Avtalsrättsliga spörsmål», 2 uppl. s. 80 ff. (i noten), ävensom ur den utländska rättslitteraturen på denna punkt särskilt O e r t m a n n, *Rechtsordnung und Verkehrssitte*, 1914, s. 159 ff. Att varsamhet vid dylik avtalsutbyggnad är att anbefalla, säger sig självt, se bl. a. NJA 1936 s. 368, 1951 s. 625.

⁵ Till jämförelse må åberopas ställningstagandet under senare tid till spörsmålet om »passivitetsrättsverkningar». Att sådana måste erkännas utöver området för vad som reellt utgör konkludenta viljeför-

Offentliggjord svensk rättstillämpning ger intet klart besked om den inställning till kutymerna, som är förhärskande i vårt land. Man kan icke ens med full bestämdhet uttala sig om huruvida domstolarna pläga utgå från att kutymer — därest de fylla kraven på stadga etc. — äro för dem bindande eller huruvida de tillskriva sig handlingsfrihet beträffande deras utnyttjande. Emellertid tenderar nog rättsuppfattningen i Sverige, med stöd av lagtextens avfattning och väl även Alméns auktoritet, i den förra riktningen. I åtskilliga rättsfall är, såsom i översikten av rättspraxis i kap. 5 skall visas, uttryckssättet i domarna sådant, att man får intryck av att det ansetts givet att stadgade kutymer, när ej partsavtalen innefatta något från dem avvikande, ha anspråk på att obetingat komma till tillämpning. De enstaka hovrättsavgöranden, där såsom det kan tyckas utredningen om handelsbruk lämnats utan avseende, äro ej mycket att bygga på. Å andra sidan saknas belägg för att i de fall, som

klaringar är obestriddt och numera även obesträtt. Utvecklingen går också, på sätt förut framhållits, i riktning att skänka dem ökat beaktande. Hänvisas må bl. a. till rättsfallen NJA 1901 s. 29, 1908 s. 501, 1909 s. 195 och 508, 1910 s. 634, 1913 s. 315, 1930 s. 131, 1944 s. 174, 1948 s. 283, jfr även NJA 1922 s. 498, 1931 s. 412, 1951 s. 282 och 1953 s. 602. Men trots alla de objektiva hänsyn, ur förutsättningssynpunkt eller eljest, som kunna tala för att det faktiska tillståndet respekteras genom att den ådagalagda passiviteten får så att säga verka rättsändrande, lärär härskande mening vara, i synnerhet i rättspraxis, att detta kan ske endast till en viss grad — rätt obestämt vilken — och att man härvidlag måste gå fram med ganska stor försiktighet. Jfr bl. a. NJA 1946 s. 225 och 602, 1949 s. 609 och 1951 s. 468 (där, om man ser till domens avfattning, frågan om passivitetsrättsverkan ej ens diskuteras).

Som uttryck för ett slags passivitetsrättsverkan torde man understundom kunna anse även det förhållandet att, såsom ofta sker, ett avtal av domstolarna tolkas i enlighet med innehållet i tidigare avtal mellan samma kontrahenter; underlåtenheten att giva tillkänna, att vad förut praktiserats icke längre önskas tillämpat, lägges vederbörande kontrahent tolkningsvis till last även då en konkludent vilja icke gärna kan utläsas ur hans beteende, se t. ex. NJA 1947 s. 54. Men även här gäller det, att domstolarna icke hämningslöst inlåta sig på sådana »tolkningar» utan tvärtom ofta nog anse det tidigare mellanhavandet ej utgöra tillräcklig grund för att avvika från den bedömning man utan detsamma skulle ha kommit till.

förelegat till domstols skärskådande, spørsmålet tagits upp till principiellt avgörande. Noteras bör också, att lagrådet på sin tid varnade, visserligen i dunkla ordalag, för en alltför vidsträckt tillämpning av regeln om »sedvänjas» beaktande i 71 § sjölagen.⁶ Det kan förmodas, att man i praxis skulle rygga tillbaka för en mera djupgående och omfattande rubbning av lagregler såsom följd av kutymtillämpning, medan en mera periferisk sådan mera villigt anammas. De uttalanden av handelskamrarna rörande förekomsten av handelsbruk, varför en översiktlig redogörelse skall lämnas i nästföljande kapitel, tyda icke heller på att handelsbruk i allmänhet mera radikalt överkorsa rättsregler av större vikt. Det är nämligen att märka, att mot lagregler stridande kutymer i flertalet fall icke sätta reglerna fullständigt ur spel utan göra det blott i begränsad måtto. Konflikten med dispositiv rätt får därför i praktiken icke så stor portée som den i förstone synes äga. Kutymerna gå oftast — undantag finnas dock — ut mera på en partiell reducering av tillämpningsområdet för lagregeln eller på en modifikation därav än på en allmän annullering av densamma. Blevet det fråga om att kutymer på verkligt avgörande punkter skulle tendera att genombryta systemet av dispositiva normer, komme helt visst eljest förefintlig beredvillighet hos domstolarna att ägna dem uppmärksamhet att svalna. Även med utgångspunkt från den tolkning av 1 § köplagen och jämförliga lagbud som här kritiserats saknas för övrigt ej möjlighet att lämna en kutym, som av domstolarna av något skäl betraktas med ovilja eller misstro, obeaktad utan att detta behöver skrivas på papperet. I enlighet med vad Knoph för norsk rätts del framhållit kan man gå tillväga så, att för

⁶ NJA II 1936 s. 302. — Lagrådet, som närmast hade hamnkutymer i sikte och fäste sig vid deras ensidighet till nackdel för bortfrakternas, ansåg det »givet», att en kutym för att lända till efterrättelse måste vara av den fasthet »och i övrigt av den beskaffenhet att den får anses äga karaktären av verklig sedvänja». Vad som menades med »verklig sedvänja» och vilka dessa övriga krav skulle vara, upplyses icke, och det är ovisst huruvida lagrådet hade några mera konkreta föreställningar i ämnet. Kvar står emellertid, att man tydligen fann sedvänjeregeln, läst så som den var och är avfattad i lagtexten, icke kunna utan vidare tillämpas.

ändamålet kraftigt skärpas de krav på »stadga» hos kutymen som, enligt vad man är ense om, måste ställas för att den skall bli gällande. Det tillvägagångssättet ha säkerligen icke heller de svenska domstolarna i vissa fall underlåtit att anlita.

Även om man skulle räkna med att svensk rättspraxis icke i längden kan ställa sig på den ståndpunkten, att kutymer äro bindande för domstolarna på det generella sätt som omförmälda lagbud synas ge vid handen, kan i allt fall ifrågasättas huruvida icke rättspraxis kommer att gå längre i kutymvänlig riktning än till att i lagbuden se allenast ett be- myndigande till kutymanvändning i enlighet med vad nyss sagts. Regler som skänka domstolar fri prövningsrätt äro vanligen i behov av ett komplement i form av en anvisning om hur det bör förfaras in dubio. Med hänsyn till allt som enligt det föregående så att säga predestinerar till ett vidsträckt erkännande av kutymers verkningskraft ligger det nära till hands för domstolarna att åtminstone bygga på en *presumption* för kutymtillämpning. Kutymer skulle då visserligen lämnas utan beaktande såvitt de av ett eller annat skäl ansåges innefatta en i jämförelse med den dispositiva lagregeln mindre lämplig reglering av rättsläget i fråga; och härvid tänkes ingalunda blott på sådana fall, då ett slags »rättsmissbruk» kunde sägas föreligga (varom strax här nedan). Men tedde sig kutymernas innehåll icke från någon synpunkt anmärkningsvärt, skulle de tagas till efterföljd trots att de icke hade några förtjänster framför den legala regleringen.⁷

Det må här vara på sin plats att till förekommande av missförstånd understryka, att även när kutymer i och för sig må kunna antagas ha den verkan, att de sätta dispositiv lag ur funktion, man icke fördenskull har någon anledning anse, att de böra undergräva även *avtals* giltighet. I *detta* konfliktläge måste kutymerna i vilket fall som helst sättas i efterhand, såsom också kan sägas framgå av 1 § köplagen och korresponderande lagbud. Om »förord» bryter lag, bryter förord så mycket mera kutym (se t. ex. NJA 1954 s. 410). På sin höjd kan vid bedömningen huruvida ett avtal, som i

⁷ Annorlunda K n o p h enligt det ovan i kap. 1 refererade.

och för sig enligt domstolens uppfattning eventuellt ter sig otillbörligt och därför i enlighet med stadganden av typen 8 § skuldebrevslagen skulle kunna ifrågasättas sakna giltighet, denna otillbörlighet anses förstärkt genom att sådana avtal kutymmässigt undvikas (eller i vederbörande kretsar allmänt betraktas som oförenliga med god sed e. d.).⁸ Men längre torde man härvidlag icke få gå. I rättstillämpningen har spørgsmålet på ett markant sätt kommit upp i ett par sjörättsliga rättsfall. I rättsfallet *NJA 1951 s. 138* gällde det giltigheten av friskrivningsklausuler i ett konossement avseende befordran av gods med svenskt fartyg mellan utländska hamnar, då konossementet samtidigt innehöll en s. k. paramountklausul av innehåll att Haagreglerna skulle tillämpas. Klausulerna ansågos av HD ogiltiga närmast med hänsyn till att därigenom viss motsägelse skulle uppkomma i förhållande till den dominerande bestämmelsen om Haagreglernas tillämplighet. Resultatet kompletterades emellertid med det rätt uppseendeväckande uttalandet, att i målet icke föreläge någon utredning till upplysning i vad mån olika alltjämt förekommande friskrivningsklausuler numera överhuvud ansågos förenliga med gott affärsskick i sådan fart där Haagkonventionens bestämmelser ej äro tvingande samt att det likväl måste anses i målet berättigat att utgå från att dylika klausuler ej kunde leda till ansvarsfrihet annat än i begränsad omfattning. Detta skulle möjligen kunna tolkas så, att oförenlighet med gott affärsskick i och för sig kunde utgöra grund för att betaga ifrågavarande slags avtal giltighet. Ovisst är dock, om HD:s mening varit denna. I allt fall synes man taga avstånd från tankegången i rättsfallet *NJA 1958 s. 373*. Här polemiseras direkt i domskälen mot anmärkta tolkning: en viss friskrivningsklausul i fall där Haagreglerna icke ägde tillämpning kunde »oavsett om den strider mot gott affärsskick» icke fränkännas verkan.

* *
*

En särskild omständighet, som ökar betänkligheterna mot en allmän regel om kutymers företräde framför dispositiv

⁸ Jfr det ovan kap. 1 not 1 om 34 § försäkringsavtalslagen sagda.

rätt, är uppenbarligen att innehållet av kutymerna kan vara av beskaffenhet att möjliggöra vad som plägar betecknas som »rättsmissbruk». Vissa kutymer ha t. ex. vuxit fram i en bransch behärskad av blott ett enda eller ett fåtal företag och därigenom erhållit en ensidig utformning ägnad att läderna medkontrahenters »berättigade» intressen. Mot dylika med monopoliseringstendenser sammanhängande missbruk är det angeläget att rättsordningen reagerar. Och detta kan ju — om domstolarna ha klart för sig, att stadgandena om kutymtillämpning icke böra tagas så seriöst som deras avfattning synes påbjuda — lätt ske genom att det utan hänsyn till kutymerna dömes enligt lag.

Jämväl från den motsatta utgångspunkten — att bestämmelser i stil med 1 § köplagen anses förläna (stadgade) kutymer generell giltighet på bekostnad av dispositiv rätt — är det visserligen, kunde man säga, icke uteslutet att komma till rätta med berörda missbruk. Ingenting hindrar att trots principiellt erkännande av kutymernas rättsverkan stämpla dem som ogiltiga i sådana fall, där deras innehåll från allmän synpunkt, enligt domstolarnas åsikt, ej är godtagbart. »*O seder* bör ingen hjälpa, det är: ingen kan hjälpa sin sak därmed, att han säger många vara, som så göra som han gjort haver, efter det finnes vara emot lagen, det som han gjort haver», heter det i domarreglerna. Därmed skulle olägenheterna av ett schematiskt undanträngande, till förmån för kutymer, av den dispositiva rätten undanröjas åtminstone i *dessa* fall. Tankegången har under senare tid vunnit anslutning å skilda håll. I nordisk doktrin företrädes den, såsom vi funnit, bl. a. av K n o p h, vilken dock gick mycket längre i »kutymfientlig» riktning än nu närmast avses.

Denna metod att komma av rättsordningen ogillade kutymer till livs är dock kanske icke så effektiv. Väl bör även en kutym kunna kasseras med stöd av vedertagna ogiltighetsregler; att därvidlag tillägga kutymer *större* giltighet än avtalsvillkor kan under inga omständigheter vara motiverat. Men dessa ogiltighetsregler leda enligt härskande svensk rättsuppfattning knappast så långt som här skulle vara av nöden. Rättsregler om att ogiltighet vidlåder avtal, som strider mot »goda seder» eller med hänsyn till de däri upptagna vill-

koren är »otillbörligt» (jfr 8 § skuldebrevslagen), utnyttjas i praxis med synnerlig försiktighet (se t. ex. NJA 1951 s. 645, 1952 s. 440), och därom är intet annat än gott att säga. Det bleve nog endast i mera extrema fall fråga om att med åberopande av allmänna ogiltighetsregler så som dessa hittills tillämpats förklara kutymer ogiltiga i anledning av deras innehåll.⁹ Vad spørgsmålet nu gäller är emellertid, om det är rätta lösningen att beträffande kutymer använda ett vidsträcktare ogiltighetsbegrepp än eljest inom avtalsrätten. Detta innebure, att i allt fall partiellt uppgåves den här tänkta — men enligt det föregående icke riktiga — utgångspunkten, att kutymer i och för sig äga giltighet på sätt 1 § köplagen och jämförliga stadganden synas föreskriva. Samtidigt som kutymeras generella rättsverkan erkändes principiellt skulle genom adopterande av särskilda för kutymer avsedda ogiltighetsgrunder erkännandets praktiska betydelse reduceras i förevarande hänseende. Det är ovisst, om i svensk rättstillämpning denna dubbelbottnade ogiltighetslära skulle vinna anklång och hanteras på sådant sätt, att kutymer med för rättsordningen icke godtagbart innehåll motarbetades i önskvärd omfattning.

Men det är icke blott i fall av rena »rättsmissbruk», som de antydda hänsynen — att kutymer kunna vara utformade ensidigt till förmån för vissa intressenter, med undanskjutande av medkontrahenters skäligen anspråk — starkt tala för att kutymerna icke böra kritiklöst accepteras, även om det icke brister något i deras fasthet och utbredning. Ur förevarande synpunkt kunna anföras betänkligheter av än mer ingripande art. Beträffande de kommersiella kutymerna, handelsbruken, låter sig påvisa en utveckling, som i viss mån måste leda till att kutymproblemet framstår i en annan dager än tidigare. Historiskt sett torde, när handelsbruken kommo att tilläggas så stor rättslig betydelse, ha dominerat det betraktelsesättet, att utövningen av desamma representerade något så att säga naturvuxet, en spontan regelanvändning i handelslivet; det rörde sig om beteenden som veder-

⁹ Erinras må om att det i viss mån jämförliga stadgandet i 33 § avtalslagen spelar en ganska undanskymd roll i domstolspraxis, trots all den reklam som tidigare gjorts för detsamma.

börande intressenter uppfattade som naturliga, kanske självklart riktiga. Sedvänjorna tänktes närmast ha oförmedlat framsprungit ur den kommersiella rättssamfärdseln, anpassande sig efter dess behov; det kunde då vara försvarligt att ställa dem på samma plan som handelsrättsliga avtal. På sätt utvecklats bl. a. i en känd skrift av den tyske författaren Otto Schreiber¹⁰ motsvarar emellertid verkligheten ganska dåligt denna idealbild. I synnerligen stor utsträckning torde man få räkna med att handelsbruken ytterst äro produkter av en regelbildning, som uppkommit genom en medveten verksamhet och strävan att bereda vissa intressenter, vissa organiserade intressenter, förstärkt rättsskydd, ökade rättsliga fördelar, i avtalsrättsliga mellanhavanden med andra, på bekostnad bland annat av den oorganiserade »allmänheten». Ofrånkomligt är sålunda, att den s. k. formulärrätten — de allmänna leveransbestämmelser och övriga standardiserade avtalsvillkor som, ofta fixerade under medverkan av branschorganisationerna, tillämpas av köpmän och andra företagare och som i regel äro ensidigt utgestaltade till dessas favör — övar ett tryck inom affärslivet därhän att sedermera, när längre eller kortare tid förflutit, benägenhet föreligger att utan vidare tillskriva ifrågasvarande regler karaktären av bindande handelsbruk, alltså gällande utan att längre vara i behov av något avtalsstöd. Redan Almé¹¹ framhöll — efter att ha fäst uppmärksamheten på formulärrättens tendens att utbreda sig och på att hithörande standardbestämmelser i realiteten kunde komma att verka som ett slags lagbud — att man här hade en väg, på vilken handelsbruk kunde utveckla sig, liksom en kunskapskälla beträffande deras innehåll. Något ogillande av att handelsbruk tillskapas i denna ordning uttalade han för övrigt icke. Och under de senaste årtiondena har förvisso formulärrättens inflytande, överhuvud och med avseende å handelsbrukens utformning, i hög grad förstärkts, en konsekvens särskilt av organisationsväsendets ständiga tillväxt.

¹⁰ Handelsbräuche, 1922. — Skriften, som är liten till omfånget men innehållsrik och värdefull, grundar sig enligt uppgift på ett omfattande, bl. a. genom enquirer anskaffat praktiskt material.

¹¹ A. a. § 1 vid not 7 ff.

Såvitt nu handelsbruken direkt eller indirekt få sitt innehåll bestämt av formulärrätten, kan en grundsats om att de skola lända till efterrättelse så generellt som 1 § köplagen och liknande lagbud synas anbefalla ej gärna ses med blida ögon (jfr *K n o p h a. a.*). Den »rättvisa» reglering, som lagen tänkes syfta till — en reglering alltså som icke enbart skall tillgodose den ena sidans intressen utan åtminstone till en viss grad förutsätter avvägning och jämkning av motstående intressen — kan på nämnda väg bli en illusion. Organiserade säljarfirmor kunna, för att taga ett exempel, kraftigt inskränka påföljderna för säljaren av fel eller brist i godset resp. hårt skärpa köparens reklamationsplikt. Att i sådan formulärrätt bottnande handelsbruk ovillkorligen skola bli normerande, faller ingalunda av sig självt, även om »rättsmissbruk» här skulle vara ett alltför starkt ord. När handelskamrarna, såsom emellanåt förekommer, dekretera att vissa allmänna leveransbestämmelser, tillverkade av branschorganisationerna eller dock stående under deras hägn, efter tillämpning viss tid måste anses ha, i allo eller i vissa delar, övergått till att bli gällande handelsbruk,¹² böra dekreten enligt min mening bemötas med skepsis. Så »rätt» böra väl ändock bindande normer, gynnande vissa intressenter på andras bekostnad och stridande mot dispositiv lag, icke kunna åvägabringas.¹³ I själva verket äro dylika handelskam-

¹² I nästföljande kapitel omnämnda tryckta samlingar av handelsbruk ge en hel del exempel härpå. Se sålunda nr 50 (rörande »av Svenska pappersbruksföreningen antagna» allmänna handelsbruk vid affärer i papper och papp), nr 117 (rörande av Sveriges maskinindustrieförening fastställda allmänna leveransbestämmelser för den mekaniska verkstadsindustrin), nr 234 (en inom handeln med valsade rör nästan undantagslöst, på grund av allmänna försäljningsvillkor eller eljest särskilt gjorda förbehåll, förekommande begränsning av säljarens felansvar vore numera gängse handelsbruk; se *NJA* 1941 s. 337, där handelsbruket icke i någon instans väckte opposition), nr 380 (de av Nordiskt speditörförbund fastställda bestämmelserna hade tillämpats under så lång tid och i sådan utsträckning, att den princip för speditörs ansvar, som kommit till uttryck i bestämmelserna, måste anses utgöra allmänt gällande handelsbruk — enligt uppgift i referatet konfirmerat av Svea hovrätt i dom den 18 juni 1953). Se ock nr 403.

¹³ Drastiska belägg på det nära sambandet mellan formulärrätten och handelsbruk levererar *K ö e r s n e r* i en uppsats med titeln »Till

marresponsa belysande för på vilken svag grund handelsbruk, om man ser till deras innehåll, *kunna* vila.¹⁴

frågan om handelskamrarnas verksamhet för fixerande av handelskutymmer» (i Ekonomiska studier tillägnade Marcus Wallenberg, 1914). Förf. — enligt vilken kutymerna »som bekant» uppstå därigenom, att efterhand en viss likformighet inträder beträffande de leveransvillkor, som uppgöras mellan kontrahenterna — är emellertid ingalunda kritisk mot ifrågavarande förvandling av ensidigt utformade »allmänna leveransvillkor» o. d. till handelsbruk. Han skildrar entusiastiskt den verksamhet för sådan kutymfixering, som försiggått i Tyskland, och rekommenderar (s. 487) för svensk rätt det tillvägagångssättet *att*, sedan på initiativ antingen av handelskammaren eller av någon sammanlutning av affärsmän inom handelskammarens distrikt eller för hela landet förhandlingar förts angående nyupprättande eller reviderande av kutymmer för en viss bransch, förslag till dylika kutymmer uppsattes av representanter för handelskammaren och branschen närstående, med biträde av sakkunnig jurist, *samt att*, efter det detta förslag noggrant reviderats, desamma av handelskammaren antages provisoriskt med tillkännagivande att, om handelskammaren finner att kutymmerna i fråga efter någon tid kunna anses vara allmänt gällande inom gruppen, desamma skola av handelskammaren fastställas såsom handelsbruk för gruppen i fråga (!). Jfr skildringen s. 475 ff. av motsvarande »storartade arbete» från handelskammarens i Berlin sida, enligt vilken kammaren efter samarbete med branschintresserade offentliggör »Geschäftsbedingungen» för den ifrågavarande branschen, med anmodan till intressenterna att sprida dessa så mycket som möjligt och att alltid använda dem vid affärssuppgörelser, och tillika tillkännagiver sin avsikt att »nach geraumer Zeit» fastställa, om leveransbestämmelserna på grund av rekommenderad regelbunden användning blivit handelsbruk. (Enligt en annan av Köersner omtalad tysk handelskammare brukar en tid av *två år* förflyta, innan »vorbildliche Geschäftsbedingungen» av handelskammaren fastställas såsom handelsbruk.) Schreiber, vilken likaledes uppehåller sig vid dylika handelskamarmanövrer, betecknar desamma såsom »rechtswidrig» (s. 43 ff.). — S. 487 menar dock Köersner, att handelskammaren bör reagera mot »sedvänjor, vilka huru inrotade de än må vara dock innefatta ett alltför ensidigt skattande åt enskilda intressen eller t. o. m. måste anses vara att hänföra till orent affärsskick eller illojal och otillbörlig handel och vandel», varför det sakliga innehållet bör bli föremål för handelskammarens prövning.

Av intresse ur förevarande synpunkt är den tryckta publikationen av »Handelsbruk inom den kemiska industrien», 2 uppl. 1928. Här äro, såvitt man kan finna, om vart annat redovisade avtalade leveransbestämmelser och handelsbruk (se förordet).

¹⁴Ej heller i det internationella köplagsförslag varom förut talats synes något väsentligt vara åtgjort för att råda bot på de brister, som

Vad som manar till varsamhet, när fråga är om att anse en allmän regel om kutymers giltighet i strid mot dispositiv lag gällande för svensk rätts del, är slutligen, att den *utredning* om kutymers förefintlighet, som domstolarna ha att tillgå såsom basis för sina avgöranden, icke alltid kan sägas vara övertygande. Skall kutym bryta lag, bör åtminstone dess existens vara pålitligt fastställd. Genom att, vad handelsbruket beträffar, uppgiften att klargöra kutymers förekomst och innebörd numera främst åvilar handelskamrarna — vilka därvidlag torde få anses fungera som sakkunniga av den art som omnämnes i 40 kap. 7 § första stycket RB — äro svårigheterna att i en rättegång komma till klarhet om vad som kutymmässigt gäller icke undanröjda. Tvärtom finnes mycket som pekar på att den misstro, vilken efter vad jag förspott på många håll inom advokatvärlden råder gentemot handelskamrarnas responsaverksamhet, ej är helt oberättigad, vilket naturligtvis på intet sätt innefattar någon insinuation om att icke handelskamrarna göra sitt bästa för att nå fram till ett vederhäftigt resultat och ofta även lyckas därutinnan. Det är många omständigheter, som måste framkalla tvekan om huruvida det nu tillämpade förfarandet med utredning om handelsbruk via handelskamrarna kan anses rättsligt betryggande, i alla händelser om åt handelsbruk i nu angivna hänseenden äro förbundna med en allmän regel om handelsbruks relevans. Jfr kritiken av förslaget hos Luithlen a. a. s. 58 ff.

I anslutning till vad ovan utvecklats må framhållas, att man icke med fog kan invända att, om dock genom *avtal* en ekonomiskt eller organisatoriskt överlägsen kontrahent kan, på sätt formulärrättens existens utvisar, genomdriva sina intressen på en »svagare» medkontrahents bekostnad, det icke är så märkvärdigt, om han genom *handelsbruk* vinner samma effekt. Ty det är en fundamental skillnad mellan att låta avtal dispensera från en »rättvis» legal reglering och att låta sådant, som merendels blott ligger på förutsättningsnivå, göra det. Jfr den kända invändningen mot den s. k. subjektiva förutsättningsläran, att den för densamma utmärkande hypotetiska bedömningen av parternas inställning måste leda till att avgörandet av förutsättningsspörsmålet oftast måste gå till förmån för den kontrahent, som ekonomiskt, socialt eller annorledes är den andre överlägsen; detta vore »orättfärdigt», låt vara att vederbörandes övertag vanligen får tolereras, om det icke blott är fråga om något förutsatt utan om ett avtal, där riskfrågan reglerats.

skall tillerkännas en så utomordentligt vittgående verkan som den som i denna skrift är under diskussion.

I första hand kan sådan tvekan motiveras med att handelskamrarna knappast kunna anses äga erforderlig kompetens för de vanskliga rättsliga bedömningar som det här gäller, lika litet som de företagare, vilka för ändamålet anlitas som upplysningskälla (i det följande kallade handelskamrarnas sagesmän). Visserligen heter det i stadgarna för handelskamrarna, att uttalande om förefintligheten av handelsbruk icke får röra frågor av huvudsakligen rättslig innebörd. Dunkelt är vad detta skall betyda. Meningen är väl bl. a., att handelskamrarna icke skola ge sig in på tolkning av förekommande lagbud eller avtal liksom kanske även att de i princip blott ha att yttra sig om vad som är kutym (tänkt såsom något enbart av faktisk natur!) men icke ha att utbreda sig om konsekvenserna därav för den konkreta tvistens avgörande. Helt visst kan det emellertid icke undgås, att handelskamrarna inlåta sig på rättsliga bedömningar av skilda slag. Ofta *måste* de göra detta på grund av förfrågningarnas beskaffenhet. Vad de ha att uttala sig om är ju i största omfattning sådana spörsmål som huruvida enligt handelsbruk kontrahenter i ett visst läge ha den eller den rättigheten, äga den eller den behörigheten,¹⁵ genom sin underlåtenhet, t. ex. i reklimationshänseende, utsätta sig för den eller den påföljden etc. Hanterandet av rättsliga begrepp och distinktioner kommer man alltså icke ifrån. De av handelskamrarna publicerade yttrandena visa också klart, att — för att säga det minsta — svårigheterna att upprätthålla förbudet mot uttalanden i rättsliga spörsmål äro utomordentliga. För övrigt är det, på sätt ovan visats, redan i och för sig ett rättsligt problem, vad med handelsbruk skall förstås, vilka fordringar som ur olika synpunkter måste ställas på en vana för att densamma skall kunna som handelsbruk anses. Överhuvud äro i förevarande avseende faktum och jus sammanvävda med varandra, och det fordras en god portion abstraktionsförmåga för att kunna skilja dem åt, om nu en sådan skillnad ens är möjlig. För alla de rättsliga

¹⁵ Såsom på grund av ställningsfullmakt — en verkligt besvärlig juridik!

ställningstaganden, som här må ifrågakomma, ha handelskamrarna som sagt näppeligen erforderlig juridisk sakkunskap, och än mindre naturligtvis deras sagesmän, de företagare av skilda slag och med växlande kvalifikationer, vilkas uttalanden utgöra basis för avgivna responsa om handelsbrukens existens och innehåll. Finns det, för att taga upp en viktig punkt, någon säkerhet för att icke blott handelskamrarna utan även deras sagesmän ha klart för sig, att avgörande för det rättsliga begreppet handelsbruk under inga omständigheter får vara allenast den *uppfattning*, som i vederbörande kommersiella kretsar råder om vad som är god sed i det föreliggande hänseendet och om vad som alltså *bör* iakttagas, utan hur det erfarenhetsmässigt faktiskt handlas på området (se ovan s. 48 och nedan s. 88 f.)? En glidning från det ena till det andra ligger många gånger snubblande nära,¹⁶ men sker den, blir hela underlaget för handelsbruket raserat eller anfrätt.

Det finns emellertid även andra frågetecken som måste ställas, när handelskamrarnas responsaverksamhet dryftas.¹⁷ Kan man icke hysa farhågor för att handelskamrarna, med hänsyn bl. a. till sin sammansättning, sakna erforderlig mot-

¹⁶ Jfr Kôersner a. a. s. 485: »Erfarenheter från utlandet giva nämligen vid handen, att branschintresserade i detta hänseende [sc. vid avgörandet av 'huruvida vissa kontraktsvillkor så allmänt begagnas, att de måste anses hava övergått till att gälla såsom allmänna kutymmer inom branschen, även om kontrahenterna icke direkt godkämt dem i det speciella fallet'] ej sällan kunna sägas förväxla vad de själva önska med verkligheten.»

¹⁷ Även i det följande har jag i mångt och mycket tillgodogjort mig Schreibers förträffliga arbete, givetvis med beaktande av att förhållandena i Sverige ej äro fullt jämförliga med dem i Tyskland. — Det kan nämnas att den kände handelsrättslige författaren Klau sing i en recension av Schreibers arbete (i Zeitschrift f. Handelsrecht 1924) vitsordade, att dennes kritik av de tryckta samlingarna av handelsbruk och av handelskamrarnas responsaverksamhet »låg i luften»: »Namentlich in Anwaltskreisen wurden die Übergriffe der Handelskammern auf Rechtsfragen, sowie auch sonst die Art und Weise der Gutachtenerstattung (mangelnde Begründung u. dgl. mehr), die Flut der Gutachtensammlungen, aber auch die zum Teil törichte und überflüssige juristische Erörterungen heraufbeschwörenden Anfragen vieler Gerichte bei den Kammern, das blinde Vertrauen der Gerichte in den Inhalt der Gutachten u. s. w. lebhaft beklagt und kritisiert.»

ståndskraft mot tendensen att med stadgat handelsbruk identifiera vad som allmänt praktiseras på grund av formulär-rätt (jfr härom ovan)? I varje fall är det begripligt, om sådan motståndskraft esomoftast är ringa i vad angår handelskamrarnas sagesmän. Föreligga vidare tillräckliga garantier för att, vid undersökningen av huruvida visst handelsbruk utbildats, skälig hänsyn toges till andra kategorier av företagare än dem under vilkas medverkan den återopade sedvänjan uppkommit? (Här tänkes på motsättningar mellan importörer och exportörer, mellan redare och befraktare, mellan fabrikanter, grossister, detaljhandlare, den oorganiserade köpande allmänheten o. s. v.) Brister det i sådant avseende, måste en högst allvarlig snedvridning bli följden. För riskerna att in casu obehöriga synpunkter (kanske konkurrenshänsyn o. d.) göra sig gällande, när handelskamrarnas sagesmän lämna sina uppgifter, kan väl icke heller blundas. En ömtålig sak är än vidare, hur handelskamrarna, när uppgifter som inflyta från respektive sagesmän icke äro fullt överensstämmande, sammanställa och bearbeta desamma, innan ett sammanfattande besked rörande det ifrågavarande handelsbrukets existens avgives.¹⁸

¹⁸ En ytterligare synpunkt i sammanhanget — som framhåves av Schreiber a. a. s. 35 ff. — är, att den omständigheten att handelsbruk publiceras i tryck kan i sig själv vara ägnad att åstadkomma snedvridning. Inflytandet av publiceringen — scriptum est! — påverkar lätt bedömningen i riktning att handelsbruket »gäller», även om dess faktiska underlag från början varit bräckligt eller, vilket är än viktigare, en förändring sedermera ägt rum. Det är visst icke självklart, såsom många förmena, att en fixering av kutymer (eller av avtalsvillkor) med åtföljande publicering är av godo.

Även följande, som framhållits för mig av just.r. Gunnar Bomgren, kommer starkt i betraktande: »Det föreligger ofta en markant skillnad mellan vad en köpman anser sig juridiskt pliktig att göra och vad han anser sig böra göra för att bibehålla sitt anseende med tanke på affärsförbindelser. Det är från den synpunkten icke alltid lätt att skilja mellan en 'moralisk' och en juridisk bedömning. Risken är att det sättes likhetstecken mellan handelsbruk och en kulans, som en stor och ansedd firma finner sig böra visa eller som den önskar tillämpad av sina förbindelser och konkurrenter. Man får en glidning från kulans till gott handelsskick och därifrån till handelsbruk. Det kan bli ett föregripande av utvecklingen, i det att som handelsbruk uppfattas ett förfarande, som ännu icke hunnit bliva sådant bruk.»

Vad nu kritiskt anförts skulle våga mindre tungt, om blott domstolarna (och parternas ombud i tvisten) hade möjligheter att utöva kontroll rörande det material varpå handelskamrarna stödja sina slutsatser, om alltså, vad särskilt sagesmännen beträffar, tillfälle funnes att vederbörligen granska de skäl och de förutsättningar, som varit för dessas upplysningar bestämmande. Härom blir i det hela aldrig tal. Proceduren i responsaförfarandet — vilket utmynnar i ett skriftligt besked från handelskammarens sida rörande frånvaron eller förekomsten av handelsbruk, i regel utan någon närmare redovisning av sagda, enligt sakens natur ej alltid förstklassiga material — är principiellt undandragen domstolarnas insyn. Någon möjlighet att, genom förhör eller annorledes, känna handelskamrarnas sagesmän på pulsen och eventuellt åstadkomma förtydliganden eller kompletteringar finnes icke. Domstolarna veta icke ens vilka sagesmännen äro. Dessa handla ej heller, när de göra sina uttalanden, under ämbetsmannaansvar eller överhuvud under något juridiskt ansvar alls.

KAP. V

KUTYMER ENLIGT YTTRANDE AV HANDELSKAMRARNAS DOMSTOLSPRAXIS

Som bekant publiceras successivt uttalanden av handelskamrar¹ om i Sverige förekommande² handelsbruk (hittills sex häften, avseende tiden 1923—1956). Ett studium av dessa uttalanden kan i viss mån bidra till att belysa de spörsmål som dryftats ovan. Här skall emellertid detta material icke mera fullständigt redovisas. Avsikten är blott att i anslutning till detsamma helt kort beröra några mera väsentliga punkter av intresse för nämnda spörsmål.

De ämnen, som regleras av handelsbruken, äro naturligen av mycket skiftande beskaffenhet. I stor utsträckning rör det sig om tolkning av en mängd i handelsvärlden förekommande termer och uttryck, i synnerhet av köprättslig och sjörättslig art. Delvis äro dessa av tämligen speciell natur.³ Men delvis gälla de frågor av för köp och andra rättsförhållanden central art. Talrika uttalanden avse sålunda betydelsen enligt handelsbruk av sådana köprättsliga termer som

¹ Handelsbruk. Uttalanden av svenska handelskamrar, 1923—1956. I—VI (tr. 1926, 1931, 1937, 1944, 1951, 1957).

² Jfr Handelsbruk nr 352, där handelskammaren förklarade sig förhindrad att uttala sig om beskaffenheten av utländskt handelsbruk.

³ Se t. ex. nr 12, 32, 93—101 (alla om köpeskillings »approximativa indragande»; i allmänhet vore det ingen förutsättning för sådant indragande, att de för leveransen avsedda varorna avskilts för köparens räkning, men väl att varor till i kontraktet stadgad mängd och beskaffenhet stått till säljarens förfogande, jfr NJA 1928 s. 621 nedan), 37 (om »current rate» enligt Baltconcertepartiet; jfr NJA 1914 s. 338, 1926 A 230), 55—57 (om lastning »i regelbunden tur»; jfr 1914 s. 342), 104, 135 och 397 (samtliga om »stem», jfr NJA 1929 s. 556 nedan), 171 och 378, jfr 368 och 394 (om »vagnslast» m. m., se NJA 1934 A 227), 183—184 (om garanti för »ensamlossning»), 257 (om »prompt» och »snarast» inom läderbranschen).

fob,⁴ cif,⁵ banfritt resp. fritt eller franco,⁶ cirka,⁷ kontant.⁸ Den omständigheten att i köplagen upptagits bestämmelser rörande dylika termers innebörd har icke gjort det umbärligt att via handelsbruk söka klargöra vad därmed i handelslivet förstås.⁹

⁴ Se nr 6 (om verkan av sådan klausul när den förekommer endast i samband med betalningsvillkoren), 40 (fråga huruvida säljaren vid förtyttring av styckegods för skeppning med reguljär ångbåtslinje hade försändningsplikt; jfr nr 228, med där anmärkt hovrättsdom, ävensom NJA 1923 s. 609), 51 (vid försäljning av tackjärn fob exporthamn vore enligt vad allmänt ansåges utlossningsvikten, icke inlastningsvikten i exporthamnen och ej heller, i brist på avtal härom, »brukets» vikt avgörande), 58, 157 (kompletterat i Meddelanden från handelskammaren i Göteborg 1957 s. 56), 393, 417, 421 (samtliga om fördelning av lastningsbestyren och lastningskostnaderna mellan säljaren och köparen, jfr ock nr 73, 377), 66 (hamnnumgälder för godset åvilas det säljaren att betala; överensstämmande där anmärkt hovrättsdom, jfr emellertid beträffande försäljning med klausulen »fas» [»free alongside ship»] nr 423, där skiftande uppfattningar om motsvarande spörsmål redovisas), 252 (intet handelsbruk inom den internationella kaffehandeln om att säljarens hemort vore avlämningsort när godset sålts fob med angivande av viss annan ort), 276 (in dubio ej försäkringsplikt).

⁵ Se nr 375 (om fördelning av lossningskostnaderna; olika regler i Stockholm vid befraktning på linjevillkor och med trampfartyg).

⁶ Se nr 91 (om olika betydelser av »fritt å banvagn», eventuellt även »banfritt», allt eftersom den angivna orten är den, där järnvägstransporten skall taga sin början, eller den, där samma transport skall sluta — med skilda konsekvenser i fråga om skyldigheten att erlagga tullavgift), 110 (om »fritt på strand» vid vedleverans), 227 (innebörden av »fritt banvagn» med hänsyn till sättet för lastning å järnvägsvagnar), 361 (om frakt- och lossningskostnader m. m. vid försäljning »franco» viss ort). Jfr även, beträffande skyldighet för köpare av varor »fritt kylhus» i Göteborgs frihamn att betala tull, hamnavgift m. m., nr 303 och NJA 1949 s. 129. (Angående klausulen »fritt banvagn» i rättspraxis se särskilt NJA 1912 s. 57, 1913 s. 280, 1921 s. 267, 1922 s. 511, SvJT 1921 rf. s. 52).

⁷ Se nr 29, 67 (»about»), 76 (bestämmanderätt för säljaren eller köparen?), 111, 137 (»im Bogen»), 349. Se vidare Stockholms handelskammarers cirkulär angående klausulen »cirka» i prisbestämmelser, återgivet i Handelsbruk V, s. 60. Jfr även beträffande avvikelse från 68 § köplagen nr 346.

⁸ Se nedan vid not 16.

⁹ Erinras må dels om Internationella handelskammarens verksamhet för precisering av olika handelsrättsliga termers innebörd (se ock i det-

Lika vanliga äro emellertid handelsbruk som omedelbart, utan anknytning till speciella termer av antydda art, bestämma rättsverkningarna av köp och andra avtal. En del av dessa handelsbruk kunna sägas närmast ha förutnämnda utfyllande funktion, d. v. s. funktionen att komplettera rättssystemet på punkter, där några lagregler icke meddelats. Andra handelsbruk åter syfta uppenbarligen direkt till korrigering av gällande rätt. Huruvida denna skillnad principiellt är av genomgripande art kan, såsom ovan berörts, diskuteras.

Det skulle naturligtvis föra för långt att här närmare utreda, i vilken riktning de av handelsbruken föranledda avvikelserna från dispositiva lagregler merendels gå. Några få ord härom kunna dock vara på sin plats, till belysning av den handelsbrukens relation till gällande rätt, varom i förevarande skrift är fråga.

Vad köprätten angår märkas särskilt handelsbruk, som begränsa säljarens legala ansvar för fel eller brist i godset.¹⁰ Sålunda förekommer det inom en del branscher, såväl att säljaren enligt handelsbruk icke svarar för fel i vidare mån än att han är pliktig att, vanligen inom viss garantitid,¹¹ antingen avhjälpa felet eller leverera gillt gods i det felaktigas ställe — alltså ingen eller dock ingen omedelbar hävningsrätt för köparen — som ock att, om säljaren likväl är ersättningsskyldig, skadeståndets storlek enligt handelsbruk

ta sammanhang en artikel i SvJT 1955 s. 121 rörande »fob» och »fas») dels om »Incoterms» 1953.

¹⁰ Talrika handelsbruk gälla frågan huruvida fel eller brist i godset kan anses föreligga; de ha dock ur förevarande synpunkt begränsat intresse. Se sålunda nr 23—24, 26 och 106 (ej ansvar för »inre beskaffenheten» av torra hudar), 113, 132, 136, 151, 172, 191 (även då, vid leverans av mjölk till Stockholm, faran undantagsvis övergår å köparen tidigare än mjölkens ankomst till mejeriet, är denna senare tidpunkt avgörande för mjölkens fetthalt och beskaffenhet i övrigt), 207 (garanti, vid standardiserade varubeteckningar, för varans överensstämmelse med beteckningen?), 235, 286 och 322 (angående handelsbruk och »god handelssed» vid försäljning av begagnade bilar och motorbåtar; upplysningsplikt?), 372, 379, 387, 402, 405, 406, 410. Att märka är även nr 15—16 (enligt skeppningsdokumenten annan avlastare än den avtalade, se NJA 1926 A 263, 264) samt 408 (under 1).

¹¹ Märk t. ex., vad särskilt bilhandeln beträffar, nr 293, 322, 370.

inskränkes på det ena eller andra sättet.¹² Vid avgörandet av om fel eller brist vidlåder godset utgöra understundom vissa i handeln förekommande bevis »conclusive evidence» till säljarens förmån.¹³ I stor omfattning begränsas å andra sidan genom handelsbruk köparens undersöknings- och reklamationskyldighet.¹⁴ Men inom särskilda branscher kan åter

¹² Se nr 234, jfr NJA 1941 s. 337 nedan (bl. a. fråga om begränsning av skadeståndskravet till godsets fakturavärde), 300, 358, 430, jfr 117 och 275, samt ytterligare Meddelanden från handelskammaren i Göteborg 1957 s. 95 resp. i Stockholm 1957 s. 42. Angående »indirekta skador» se i synnerhet nr 293, 345 och 403 (i sistnämnda fall handelskammarens uttalande dock oklart. Rörande särskilda inskränkningar av skadeståndsskyldigheten inom handeln med blomsterlökär märkes nr 310 (med där omtalade hovrättsdom: säljarens ersättningsskyldighet för felet vore, »i vart fall enligt rådande handelsbruk», begränsad till det för lökarna debiterade fakturavärdet). — Jfr emellertid även nr 431 (begränsningen hade ej vunnit sådan stadga och blivit så allmänt vedertagen, att den även utan stöd av överenskommelse därom ägde tillämpning).

Erinras må om att säljarens i texten berörda förpliktelse att avhjälpä felet från en annan synpunkt sett innefattar en viss utvidgning av hans legala felansvar, se bl. a. NJA 1924 s. 346.

¹³ Se nr 17 och 178—181 (om gruvcertifikat; jfr NJA 1935 s. 340 och 1939 s. 352 nedan), 154 (visst certifikat från produktionsorten angående kvaliteten av frukt), 222 (om ursprungsbevis inom kokshandeln), jfr dock nr 105. Av intresse äro ytterligare nr 5 (om verkan av intumning inom virkeshandeln; i där omförmälda hovrätts- och HD-domar, NJA 1926 A 140, föll man emellertid tillbaka på att köparen genom intumningen m. m. »måste anses hava medgivit» etc.) samt nr 367.

Dylika handelsbruk ge anledning till frågan huruvida kutymer rörande det sätt varpå fel i godset, för att kunna mot säljaren återopas, skall *bevisas* under alla förhållanden äro hänförliga till handelsbruk enligt 1 § köplagen. Nekande svar härpå i nr 433, jfr 426.

¹⁴ Se nr 7—10, 14, 260, 266, 413 (alla rörande begränsad undersökningsplikt beträffande manufakturvaror, jfr NJA 1923 s. 597 och 1944 s. 49 nedan), 19—21 (tillfyllest att reklamation beträffande cykeldäck sker inom garantitiden, även om felet kunnat upptäckas tidigare), 145 och 146 (vid köp av pappersved legala reklamationsregler ej tillämpliga; anmärkning rätteligen gjord genom tumsedlarnas översändande till säljaren), 160—161 (inskränkning av återförsäljarens undersöknings- och reklamationsplikt vid köp av takpapp, jfr NJA 1935 A 48), 224 (viss lindring av undersöknings- och reklamationsplikt vid köp av råull i balar; dock ej bestämt handelsbruk), 284 (motsvarande — enligt handelsbruk — beträffande ansjovisburkar; i där omförmäld hovrättsdom synes dock hänsyn ej ha tagits till handelsbruket), 328 och 395 (likaledes dylik lindring beträffande konfektionssyddä klänningar resp. paketerade bil-

samma skyldighet möjligen sägas vara extraordinärt skärpt.¹⁵ Mycket ofta ifrågasättes, att köparen med hänsyn till sin förpliktelse att prestera köpeskillingen skulle på grund av handelsbruk — angående rätt till viss tids kredit och till kassarabatt — vara gynnsammare ställd än köplagen stadgar. Handelskamrarnas uttalanden ge dock i jämförelsevis ringa utsträckning stöd för dylika antaganden.¹⁶

Märkligt är att sådana frågor som »faran» för godset och

tillhör. Se än vidare nr 313 (undersökningsplikt för återförsäljare blott under särskilda betingelser; begränsning av leverantörs felansvar), 392 (ifrågasatt inverkan, i begränsande riktning, å köparens undersöknings- och reklamationsplikt av viss garantiklausul; se vidare NJA 1956 s. 343 nedan) samt 399 (om betydelsen i sagda hänseende av kvalitetsbeteckning å godset, jfr nr 400). Relativt stränga krav ställdes på köparen i nr 281, med där anmärkta HD-dom, NJA 1946 s. 691. Se slutligen nr 251 (ingen skyldighet enligt handelsbruk att reklamera mot fakturaklausul rörande sättet för varans leverans).

¹⁵ Se nr 218 (annorlunda dock, som det förefaller, där anmärkt hovrättsdom), 274, 296, 311, 389, jfr ock nr 310 (med där refererad hovrättsdom) samt 331.

¹⁶ Se sålunda nr 18 och 376, nr 69 (jfr NJA 1929 A 157: »ej heller visat, att på grund av handelsbruk sådan rabatt tillkomme» etc.), 192 (tillämpandet av kassarabatt, utan att sådan överenskommit, varierande med hänsyn till omständigheterna i enskilda fall och till olika branscher — intet allmänt handelsbruk), 193, 253, 290, 385, 414. Märk å andra sidan nr 422 (om kassarabatt inom möbelhandeln), jfr ock nr 221 ävensom nr 254 (viss avvikelse från 70 § köplagen) och Meddelanden från handelskammaren i Stockholm 1958 s. 212. — Om kassarabatt hänförlig till fakturadatum se nr 256 samt om sådan rabatt å fraktkostnad inom trävarubranschen nr 320. — Av visst intresse är ytterligare nr 290 (med där anmärkt hovrättsdom; fråga huruvida klausulen »kontant vid framkomsten» innebure rätt för säljaren att genom försändelse mot efterkrav beröva köparen hans rätt att besiktiga varan, jfr NJA 1905 s. 28, 1945 s. 147, 1951 s. 600).

Behov av vägledning genom handelsbruk synes understundom föreligga i de fall då specifikation i den ena eller andra formen erfordras å köparens sida. Se sålunda nr 13 (jfr NJA 1923 A 538 nedan), 109, 162 (se nedan not 18) och 348, jfr nr 41. Såvitt angår specifikationsköp är ock köplagen, såsom Almén påvisat och även belyses av rättspraxis, otillfredsställande utformad, se NJA 1932 s. 440, jfr dock tillika NJA 1915 s. 158, där för övrigt utredning förekom om tysk affärskutym på området. — Likaså föreligger dylikt behov beträffande omfattningen av kontrahents försäkringsplikt, se nr 204, 276 (även om viss aviserings-skyldighet) samt, vad särskilt angår cifiköp, nr 47, 204, 216, 220, 271.

säljarens befrielse från ansvar vid force majeure och andra leveranshinder sällan synas vara reglerade genom handelsbruk.¹⁷ Förklaringen är förmodligen, vad sådan ansvarsbefrielse beträffar, att »formulärrätten» här i stället griper in.

Även när det gäller allmänt avtalsrättsliga spörsmål, och främst då sådana som avses i avtalslagens första kapitel, synas förfrågningar om handelsbruk i de flesta fall leda till att det icke kan påvisas kutymer som överkorsa de legala reglerna.¹⁸ Undantagslöst gäller dock icke detta.

¹⁷ Se dock nr 280 (arbetsinställelse vid lastning av malm under vissa förhållanden fast sedvänja; det lämnades öppet om den utgjorde force majeure), 309, med där anmärkta hovrättsdom (vid köp av hästar övergår faran redan med avtalet!), 355 (frågan huruvida återförsäljare inom trävarubranschen må åberopa leveranshinder, som tillverkare skulle ägt göra gällande i egenskap av säljare, besvarad jakande för den händelse tillverkaren angivits i avtalet eller eljest framginge av detta). Att en betalningsklausul förutsätter »varans mottagande» påverkar givetvis icke farans övergång, se nr 287 med där anmärkt HD-dom, jfr nr 6.

En indirekt reglering av spörsmålet om faran kan naturligen förekomma, t. ex. genom att enligt handelsbruk gods anses sålt fritt levererat, jfr nr 191, 347.

Angående rätt leveransort vid försäljning av byggnadssnickerier se nr 418, jfr NJA 1957 s. 239 nedan. Om fabriks eventuella rätt att med förbigående av grossist sälja klädestyger direkt till detaljist se nr 196 och NJA 1936 s. 368 nedan samt om skyldighet att betala mot bankgaranti såsom ersättning för konossement nr 198, med där anmärkt hovrättsdom. Rörande säljares rätt att vid leverans av pappersmassa erhålla betalning för större kvantitet än den vid varans skeppning fakturerade (alltså ett tilläggskrav, jfr frågeställningen vid *condictio indebiti*) se nr 118—124 ävensom NJA 1930 s. 268 nedan.

¹⁸ Se nr 59 (utbyte av slutsedlar visserligen vanligt vid leveransavtal inom spannmålsbranschen men icke nödvändigt för avtalsslut), 219 (liknande frågor), 139—142 (se NJA 1931 s. 412 nedan), 162 (köp av vara att »efter förekommande behov specificeras och uttagas» medför skyldighet för köparen att uttaga varan så snart objektivt sett behov för denne yppas, d. v. s. bedömes icke såsom öppet köp, där »köparens» bestämmanderätt i och för sig är fri; jfr bl. a. NJA 1893 s. 382, 1905 s. 117, 1909 s. 627, 1910 s. 397); se beträffande »årsbehovet» nr 77—78), 226 (avtalsslut enligt orderlista, ej hänförlig till slutsedelsblankett? — jfr där anmärkt hovrättsdom, som icke synes ha respekterat »inom köpmanskretsar i Göteborg gängse uppfattning»), 231 (avtalsslut genom mäklare, se NJA 1940 s. 687), 299 (om handelsagents behörighet på grund av »fast offert»), 324 (skriftlig bekräftelse av muntligen avslutat avtal erforderlig? — jfr NJA 1920 s. 317), 325 (om innebörden av »proforma-

I icke ringa omfattning anknyta handelsbruk till syssломannaskap och jämförliga rättsförhållanden. Sålunda förekomma ett otal yttranden av handelskamrarna rörande agenter, handelsresandes, mäklares m. fl. provisionsanspråk.¹⁹ Och överhuvud utgöra dylika och andra mellanhänders (t. ex. speditörers) behörighet och rättsställning i övrigt ämnen, som handelsbruken ofta befatta sig med.²⁰ Ej heller på dessa om-

faktura», jfr ock nr 408), 342 (fråga om anbudstids längd), 363 (om inverkan å leveranstiden av varas telegrafiska beställning), 408 (försäljning från svensk importör till företag i Sverige villkorad av utländsk tillverkares bekräftelse; inflytande å anbudsbundenheten därav?).

I viss mån i en särställning stå nr 250 (fråga om rätt för konsthandlare, som översänt föremål till påseende, att sedan viss tid förflutit mot kundens vilja återtaga föremålet, se där anmärkt hovrättsdom; även fråga om ställningsfullmakt) samt 156 och 283, jfr 334, vilka tyda på presumtioner för öppet köp. Märkligt är även handelskammarens utlåntande i nr 89, omförmålt i not 20 nedan, i vilken not ytterligare hänvisningar till handelsbruk på nu avsedda rättsområden göras.

En intressant avtals- och skadeståndsrättslig fråga av stor räckvidd avhandlas i nr 27 (märk handelskammarens reservation: »försåvitt leverantören... åtagit sig monteringen»).

¹⁹ Här märkas bl. a. nr 114—116 (som avses i rättsfallet NJA 1929 s. 661; se härom nedan not 26) samt nr 219, med där omnämnd hovrättsdom, i vilken efter vad det synes det uppgivna handelsbruket ej respekterades (fråga om rätt för mäklare att erhålla provision trots att det förmedlade avtalet, på grund av force majeure, ej fullgjorts).

²⁰ Se nr 89 (exportfirma, som är generalagent för fabrik i landsorten och från fabriken i *fast räkning* övertagit ifrågakomna varor, ej före varornas översändande till utlandet förpliktad att, ens genom stickprov, undersöka deras kvalitet), 150 (orderkopia bindande för köpare, lant-handlare inom kolonialvaruhandeln, jämväl utan dennes underskrift? — jfr hovrättsdomen därstädes, i vilken tidigare mellanhavanden mellan kontrahenterna åberopades), 164—167 och 175 (om mellanhands rätt till ensamförsäljning), 177 och 268 (om delcredereansvar, jfr NJA 1943 s. 348 nedan), 223 (agent skyldig att fästa huvudmannens uppmärksamhet på vissa utländska statliga restriktioner; vid underlåtenhet härutinnan anses uppdraget ej behörigen utfört), 231 och 299 (se ovan not 18), 308 (om »övertagande» vid spedition), 324 och 371 (om ställningsfullmakt, se beträffande det senare fallet NJA 1953 s. 566 nedan), 335 (bindande avtalsslut redan genom att köparen-återförsäljaren från handelsresanden utan invändning mottager slutsedel och icke hos huvudmannen avböjer köpet? — praxis »växlande alltefter ordernas storlek»), 352 (om speditörs resp. rederiombuds aviseringsskyldighet), 380 (om speditörs ansvar vid utfärdande av deliveryorder; jfr där anmärkta hovrättsdom), 382 (om »transitörs» ställning av, rättsligt sett, mellanhand eller icke

råden finner man emellertid några mera uppseendeväckande avvikelser från dispositiva rättsregler.

Av hithörande sjörättsliga handelsbruk kunna nämnas de som bestämma längden av fartygs liggetid.²¹

Vilka kriterier som enligt handelskamrarnas bedömning äro avgörande för förekomsten av handelsbruk framgår sällan med tydlighet och mera uttömmande av nyssnämnda material. Endast undantagsvis göres något definitionsförsök e. d.²² Påfallande är, att man ofta icke uttalar sig direkt om huruvida ett visst förfarande kan antagas eller icke antagas vara handelsbruk utan föredrager andra uttryckssätt. Det säges t. ex., att förfarandet är »gångse praxis» (resp. att det är »gällande» eller »tillämpad» eller »utbildad» praxis), att det är »allmänt vedertaget bruk», att det »alltid förutsättes», att det överensstämmer med »god köpmannased».²³ Det kan ibland vara osäkert, om detta innebär en kringgående rörelse, i det man icke velat bestämt binda sig för att ett verkligt handelsbruk föreligger, eller om nämnda uttryck begagnas som synonyma med handelsbruk. Många gånger framgår likväl av sammanhanget, att någon undermening av antydda art icke döljer sig bakom skrivsätten. Särskilt kan ju förklaringen till dem helt enkelt vara, att de använts redan i den fråga, som riktats till handelskamrarna. Någon gång kan omvänt klart skönjas, att man med uttalandet om praxis eller sedvänja på området ej velat slå fast förefintligheten av ett rättsligt gällande handelsbruk.²⁴

— visst handelsbruk »under utbildning»), 384 (om ställningsfullmakt vid exportförsäljning), 401 och 407 (om ställningsfullmakt för handelsresande beträffande reparation av tjänstebil). Jfr ytterligare nr 202, 259 (se NJA 1943 s. 699 nedan), 263, 292, 295 (se NJA 1947 s. 171 nedan), 351.

²¹ Se nr 33, 79—81, 102—103, 241, 249, 354, 386, 388, jfr 366. — I övrigt märkes bl. a. nr 246 (rörande plikt för de transoceaniska fartygslinjerna och deras representanter att avisera godsmottagare om fartygs ankomst).

²² »Såvitt med 'handelsbruk' får förstås en oskriven lag, som så småningom vuxit sig fram och vunnit hävd» (nr 145). Jfr ock nr 279 (»så självklart och hävdvunnet»).

²³ Se t. ex. nr 7—10, 13, 15—16, 23—24, 26, 51, 62, 67, 139—142, 182, 204 (»god kutym»), 208 (»rådande sedvänja»), 232, 235.

²⁴ Se sålunda nr 63—64 (»det torde här mindre komma an på ett han-

Att, för att man skall äga tala om handelsbruk, stora krav måste ställas på frekvensen av vederbörande beteenden markeras flitigt i handelskamrarnas uttalanden. Det räcker icke, att något mycket ofta eller vida oftare än motsatsen förekommer, utan det skall röra sig om en verkligt »fast», »bestämd», »enhetlig» eller »obrutten» praxis. Och praxis skall tydligen icke blott i nuvarande stund vara av sagda beskaffenhet utan måste även ha viss ålder eller stadga.²⁵ En sedvänja får alltså icke, om den skall kunna betecknas såsom handelsbruk, vara helt färsk. Ideligen återkomma uttalanden av innebörd, att det ifrågavarande förfarandet visserligen har en avsevärd frekvens men ännu icke nått den fasthet och intensitet, att det utgör handelsbruk.²⁶ Egenskapen av handelsbruk kan

delsbruk i vanlig mening»), jfr ock nr 362 (vanligt, när fråga är om kontinuerliga affärsförbindelser, att även mycket sena reklamationer beaktas av säljaren) samt 392 (vanlig tolkning av garantiklausul; förevarande förhållanden vore emellertid av den — rättsliga? — art, att de icke kunde bli föremål för något uttalande om handelsbruk).

²⁵ Jfr t. ex. nr 307 (förfarandet hade förekommit endast sedan fem år tillbaka; med hänsyn härtill kunde något helt enhetligt handelsbruk icke påvisas) samt nr 380 (»under så lång tid»). Se även nr 234 och 310 (»sedan länge»).

²⁶ Ett åtskilliga gånger använt uttryckssätt är, att förfarandet för att vara handelsbruk måste ha sådan stadga och blivit så allmänt vedertaget (resp. sedan länge blivit så allmänt vedertaget), att det äger tillämpning även om överenskommelse härom icke träffats, se t. ex. nr 234, 310, 430, 431.

Se i övrigt nr 50 (vissa ifrågakommande regler hade otvivelaktigt fått sådan allmän tillämpning, att de erhållit innebörd av verkligt handelsbruk, andra icke), 65 (förfarandet förekomme ej i sådan utsträckning, att handelskammaren ansåge sig kunna konstatera handelsbruk), 70 (»i regel», men uttalande om handelsbruk avböjdes), 82 (»i övervägande antalet fall», men det kunde ej avgöras huruvida förfarandet vore så utbrett, att det antagit karaktär av handelsbruk), 92 (icke en undantagslös regel men förhållandet vore vanligt och för allmän köpmannapuffattning naturligt; slutsatsen blev viss avtalstolkning, alltså väl icke handelsbruk), 114—116 (»vanligast» men exempel saknades icke på motsatsen, varför något stadgat handelsbruk knappast kunde åberopas; »allt vanligare» men verksamheten hade ännu icke nått sådan omfattning och stadga att etc.; angående kommerskollegii yttrande om frånvaron av handelsbruk och om »viss praxis» som skulle finnas på området se NJA 1929 s. 661), 159 (»i betydande omfattning» men i allmänhet förhandsavtal och därför icke handelsbruk), 177 (vanligtvis förekomme en be-

sålunda vara utesluten genom att förfarandet, låt vara att det i stor utsträckning praktiseras, på sina håll föranlett protester och därför icke vunnit allmänt erkännande.²⁷ I övergränsning av ansvaret enligt viss norm, men någon enhetlig kutym vore ej förhanden), 236 (vanligt och i betydande omfattning men icke så allmänt vedertaget etc.), 258 (liknande), 268 (i regel, åtminstone vid försäljning till utlandet, men förhållandet hade icke den allmängiltighet att etc.), 319 (tillräckligt stor erfarenhet angående tillämpningen föreläge icke för att man skulle äga tala om något fast handelsbruk), 353 (»i viss utsträckning» men fallen hade icke förekommit i tillräckligt stort antal), 367 (utredningen hade ej givit entydigt svar på frågan om praxis vunnit den allmängiltighet, att den kunde anses ha karaktären av ett allmänt förekommande handelsbruk, varför särskilt med hänsyn till den korta tid praxis tillämpats förekomsten av handelsbruk ej kunde konstateras), 382 (fast praxis under utbildning men tveksamt om utvecklingen fortskridit så långt som till handelsbruk), 390 (vanligt men praxis icke så allmänt vedertagen att etc.), 400 (viss ståndpunkt hos flertalet firmor, men några större företagare av avvikande mening, varför enhetlig uppfattning ej kunnat konstateras inom branschen), 415 (brukligt men någon stadgad uppfattning hade ej utbildats; jfr hovrättsdomen därstädes, enligt vilken förhållandet varit »underförstått mellan parterna»), 419 (rätt vanligt men någon enhetlig uppfattning hade ej utbildat sig).

Värdefullt skulle vara, om i uttalandena klart angäves huruvida ifrågavarande praxis är allmän icke blott inom de kretsar, som i första hand varit verksamma för handelsbrukets tillblivelse och utformning, utan även hos dem som ha motstående intressen. Detta förekommer dock icke så ofta. Se emellertid nr 332 (olika ståndpunkter hos fabrikanterna och grossisterna, å ena sidan, samt handelsresandena och deras organisationer, å den andra; arbetsgivarnas uppfattning hade blivit bestämmande för praxis, men handelsbruket hade enligt den allmänna uppfattningen viss angiven begränsning). Jfr även nr 26 (in fine), 76 (å såväl säljare- som köparensidan), 93—101 (handelskammaren saknade vetskap om huruvida uppfattningen inom exportkretsar i allmänhet delades av och vore känd för de utländska köparna), 105 (svårt att bedöma huruvida exportörernas ståndpunkt allmänt godtoges av köparna, så att ett handelsbruk kunde antagas ha utbildat sig), 185—187 (från skeppsmäklarhåll bestredes, att sedvänjan föreläge, varemot från stuvarehåll i allmänhet en motsatt mening gjordes gällande), 401 (»både bland arbetsgivarna, handelsresandena och bilverkstädernas representanter»).

²⁷ Se t. ex. nr 43 (protester från varuägare), 50 (yppat missnöje), 354 (på grund av divergerande uppfattningar i ämnet intet entydigt handelsbruk), jfr även nr 273 (en »genomgående regel», varför förfaringsättet ägde för handelsbruk erforderlig allmängiltighet trots att enstaka uttalanden gått i annan riktning). Se även nr 91 och 104, där mot varandra stridande ståndpunkter redovisas.

ensstämmelse med det sagda står, att handelskamrarna pläga ställa sig avvisande mot att tala om handelsbruk i sådana fall, då den situation som med deras yttrande åsyftas relativt sällan förekommer, oavsett att, *när* situationen föreligger, det icke råder någon tvekan om hur intressenterna bruka handla.²⁸ Än vidare synes ofta förutsättas (lika klart kan dock detta ej beläggas), att en sedvänja för att gälla såsom handelsbruk måste ha erhållit en något så när betydande utbredning.

Av intresse är, att i ett flertal yttranden av handelskamrarna göres skillnad mellan att en viss regel överensstämmer med »allmän uppfattning» hos köpmän eller andra intressenter och att den därjämte är faktiskt tillämpad.²⁹ Det förra är icke tillfyllest för att regeln skall kunna sägas följa av handelsbruk, utan förfarandet måste ha vunnit hävd genom att praktiseras i affärslivet.³⁰ Att en regel tack vare dylik allmän

²⁸ Se sålunda nr 15—16 (viss uppfattning nästan undantagslöst gällande men ifrågakarande kontraktsbrott sällan förekommande), 45 (undantagsfall och därför ej möjligt att såsom handelsbruk fastslå viss underrättelseplikt, men det överensstämde med allmän köpmannauppfattning att förpliktelsen föreläge; jfr strax här nedan i texten), 68 (liknande), 105 (så sällsynt att man saknade för ändamålet nödig erfarenhet), 108 (försäljningsformen hade brukats i så ringa omfattning, att någon handelskutym icke kunde anses rådande), 114—116 (transaktioner av hithörande slag alltför sällan förekommande), 143 (ifrågakarande avtal tämligen sällsynta), 173 (klausulen hade icke den allmänna användning, att något handelsbruk kunde sägas föreligga, men enligt den inom köpmanskretsar gängse uppfattningen vore klausulen av viss innebörd; jfr nedan not 30), 323 (då vederbörande uppfattning icke legat till grund för några avgöranden i fall av förevarande, säkerligen sällan förekommande art, hade ett i enlighet med uppfattningen utbildat handelsbruk icke kunnat fastställas), 404 (endast ett fåtal yttranden från företagare och enskilda i ämnet föreläge och dessutom gällde det sällsynt företeelse, jfr hovrättsdomen därstädes, även refererad i FFR 1955 s. 254, som möjligen mera principiellt riktar sig mot att ifrågakarande underlåtenhet att utkräva ersättning toges till intäkt för påstående om handelsbruk), 432 (fel av åsyftade art sällsynta).

²⁹ Ibland utsäges dock eller framgår eljest klart, att talet om rådande uppfattning o. dyl. ansetts liktydigt med handelsbruk, se t. ex. nr 12, 279, 378, 401.

³⁰ Se t. ex. nr 45 (varom ovan i not 28), 85 (ej utbildat handelsbruk, men enligt den allmänna uppfattningen föreläge viss skyldighet), 88 (ingen handelskutym i egentlig mening men gängse uppfattning i affärskretsar), 147 (intet utbildat handelsbruk, men i köpmannakretser

uppfattning kan förväntas bli enhetligt tillämpad utgör nämligen icke — det är väl tanken — någon garanti för att den effektivt slår igenom, då den praktiskt ställes på prov (se ovan s. 48). Har man ej bevis för att en viss uppfattning föranlett motsvarande faktiska tillämpning, brister det ock gärna i det krav på frekvens, som enligt vad nyss nämndes är villkor för att det skall vara tal om handelsbruk. Vad nu sagts innebär dock icke, att handelskamrarna i sina uttalanden skulle underlåta att esomoftast ge informationer om vad som på området är härskande köpmannauppfattning, ehuru alltså icke därmed fastslås förefintligheten av ett handelsbruk. Då och då förekommer för resten, att i handelskamrarnas uttalanden lämnas vissa upplysningar om gällande rätts innehåll, något som naturligtvis i och för sig faller utom ramen för deras verksamhet.³¹

I de avgivna yttrandena pointeras ofta, naturligt nog, att ett beteende icke kan hänföras till handelsbruk, om dess regelbundna förekomst väsentligen beror på mellan kontrahenterna slutna avtal. Att dylika konstant förekomma inom branschen gör därvid ingen skillnad (jfr ovan s. 48 f. och NJA 1948 s. 701). Icke heller inverkar det, att de avtal till vilka beteendet kan återföras slutas konkludent.³² Först när kontrahenter utan stöd av något som helst avtal godtaga och i sitt handlande realisera regeln i fråga, kan det bli utrymme för att beteckna beteendet såsom handelsbruk.

I handelskamrarnas uttalanden skymtar många gånger förutsättningen att, om ett »verkligt» handelsbruk är förhanden, detta principiellt måste vara bindande för domstolarna.³³ hystes allmänt viss uppfattning), 173 (liknande), 289 (på grund av spörsmålets speciella karaktär ej gängse handelsbruk, men en i utlåtandet angiven mening vore inom affärslivet allmänt rådande), 353 (ej handelsbruk men det hade — enligt tilläggsyttrandet — visat sig föreligga en uppfattning av visst innehåll).

³¹ Exempel härpå i nr 48, 49, 112, 174, 252, 312, 324; jfr ock nr 91, 138, 295, 342.

³² Se t. ex. nr 253 (»tyst förutsatt»).

³³ Jfr t. ex. nr 25, 302, 346, 412 (»icke kan lösas med ledning av utbildat handelsbruk utan är av rättslig karaktär»). Märkligt är i detta sammanhang handelskammarens uttalande i nr 421: viss sedvänja vore rådande, men företag inom järn- och stålbranschen brukade uttryckligt fritaga sig från dess tillämpning!

Emellanåt kommer denna mening tämligen klart till synes. Däremot är det, begripligt nog, i allmänhet omöjligt att ur yttrandena utläsa, huruvida handelskamrarna utgått från att allenast sådana bruk, vilka uppfattas som »förpliktande» för deras utöware, böra tillerkännas handelsbruks dignitet eller om det tänkts vara tillfyllest, att ett fast bruk uppkommit (alltså även om beteendet förestavas av intresset att visa sig tillmötesgående, farhågan att en bestående affärsförbindelse ej skall fortsätta eller andra lämplighetsskäl; jfr ovan kap. 3). I vissa fall antydes dock, att det senare icke är tillräckligt för ändamålet.³⁴

* *

*

Den i NJA offentliggjorda rättspraxis beträffande handelsbruk och andra sedvänjor är icke särdeles rikhaltig, något som bl. a. sammanhänger med att över huvud taget handelsrättsliga tvister i så stor omfattning avgöras genom skiljedom och följaktligen gå de vanliga domstolarna förbi. Hithörande rättsfall från de fem å sex senaste decennierna³⁵ äro:

³⁴ Jfr nr 40 (»sannolikt av bekvämlighetsskäl»), 185—187 (en god skeppsklarerare eller mäklare brukade vara behjälplig i förevarande hänseende men de åtgärder han plägade vidtaga, »närmast av omsorg om sin rörelse», kunde icke anses ha grundlagt handelsbruk), 253 (kassarabatt ofta tillämpad — förutom på grund av konkludenta avtal — av »hänsyn till fortsatta förbindelser»), 317 och 376 (»tillmötesgående»).

³⁵ Av äldre rättsfall må anmärkas:

NJA 1893 s. 382: Med åberopande av slutsedel, varigenom ett varuparti sålts att levereras i fartyg å angiven ort »efter närmare order», yrkar säljaren, att köparen, som oaktat ett år förflutit efter köpslutet icke förfogat över en del av varupartiet, på grund härav och av vedertaget handelsbruk måtte förpliktas utgiva det resterande partiets värde. Invändning bl. a., att någon tid, inom vilken köparen skulle vara skyldig att giva order om avlastning, icke vid köpslutet stadgats. — Säljarens talan bifölls på visst sätt. I domarna åberopades vad genom vittnesbevisning utretts rörande »vanliga tillämpningen» av dylikt köpevillkor. Handelsbruket synes således ha varit avgörande.

NJA 1895 s. 27: Vid köpslut mellan en svensk och en firma i Hamburg rörande ett parti kaffe från Brasilien att av firman levereras i Stockholm har ostridigt förekommit, att kaffet skulle vara »enligt typ nr 6», men köparen uppgiver, att därutöver av honom betingats, att

NJA 1906 s. 109: Yrkande om ersättning för säckar, vari av en firma till ett bolag levererad säd förvarats och vilka brunnit upp innan de blivit återsända till firman. Invändning att firman, då säckarna lämnats såsom lån, borde såsom ägare av dessa själv svara för skadan. Grunderna för 11:1 HB? Handelsbruk? — Ett berömt tvisteämne är som bekant, huruvida en låntagare på grund av stadgandet i 11:1 HB (»ej må lån missfaras») bär casusansvar, och rättsfallet, som inom parentes sagts i doktrinen föga uppmärksammas, är av intresse redan ur denna synpunkt. Hovrätten tillämpade grunderna för stadgandet, i det man uppenbarligen tolkade det-

kaffet skulle till färgen vara gult. Fråga nu om skyldighet för honom att betala kaffet, som var grönt. — Köparen ålades betalningsskyldighet, varvid HD, som icke fann nämnda betingande styrkt, i enlighet med NRev:s betänkande åberopade att enligt gängse handelsbruk vid handeln med kaffe bestämmelsen om viss typ icke innefattade en utfästelse beträffande det försälda kaffets färg. En minoritet i HD ansåg liksom underinstanserna visat, att köparen förbehållit sig gul färg å kaffet, och kom fördenskull till motsatt slut. I målet hade för övrigt till stöd för käromålet hänvisats till ett annat, »inom hela handelsvärlden, jämväl i Stockholm, sedan gammalt antaget och allmänt gällande handelsbruk», enligt vilket tvister om kvalitetsdifferenser allenast kunde föranleda »arbitrage» i Hamburg eller London. Underinstanserna och minoriteten i HD menade emellertid, att detta handelsbruk i förevarande fall icke kunde mot bestridande enligt svensk lag medföra betalningsskyldighet för köparen (pluraliteten saknade med sin ståndpunkt anledning uttala sig härom).

I rättsfallet *NJA 1899 s. 139* avisade pluraliteten i HD hänsynstagande till visst handelsbruk helt enkelt under åberopande av att köparen icke ägt kännedom om handelsbruket. Detta låter så extremt, att man i enlighet med Almén (a. a. under § 1 i not 17) är frestad att söka en speciell förklaringsgrund. Alméns antydningar därvidlag ge dock knappast gåtans lösning, enär i domen icke, såsom i det av honom omnämnda rättsfallet *NJA 1905 s. 138*, säges något om att säljaren ej varit i god tro. (Att HD här skulle ha tillämpat ett slags viljeteori är osannolikt.)

NJA 1905 s. 143: Betydelsen vid köp av klausulen »kontant»? — En stark minoritet i HD fann, i överensstämmelse med NRev:s betänkande, i saken upplyst, att denna klausul »enligt vanligt handelsbruk» innebar att godset skulle betalas inom 30 dagar. Pluraliteten åter omnämnde icke, lika litet som underinstanserna, handelsbruket; huruvida detta berodde på att avtalet ansågs icke lämna utrymme för beviljande av kredit eller på att man ej var övertygad om att handelsbruket var tillräckligt stadgat e. d., framgår ej.

samma så att »missfarande» även innefattade kasuell händelse, och ålade alltså bolaget att ersätta firman säckarnas värde. HD kom till samma slut, men som motivering åberopades — då man hade en annan uppfattning i tolkningsfrågan, se numera NJA 1953 s. 409, eller i varje fall, det är också en möjlighet, ej ville binda sig för hovrättens mening därutinnan — »rådande handelsbruk vid spannmålshandeln» i Stockholm. HD- domen kan knappast läsas annorlunda än att handelsbruket, sedan dess förekomst »blivit upplyst», ovillkorligen måste lända till efterrättelse. Se ock NJA 1933 s. 323.

NJA 1908 s. 471: Sedan svensk man med utländsk mäklare genom dennes agent slutit ett s. k. terminsavtal om köp och försäljning av bomull i Liverpool samt den förre vägrat att, såsom ålegat honom, deponera uppkommen prisdifferens, har mäkklaren i följd därav omedelbart bragt affären till »avslutning» medelst upphandlande av bomull till täckning av det försålda partiet och försäljning av det inköpta. Yrkande nu av mäkklaren, att svensken åläggas ersätta honom den förlust, som uppkommit å affären. Invändning bl. a. att underlåtenheten att deponera icke tillskyndat mäkklaren någon förlust. Mäklarens talan bifölls. Hans befogenhet att företaga dylik avslutning grundades på gällande handelsbruk å Liverpools börs.

NJA 1912 s. 352: I ett i Frankrike upprättat kontrakt angående försäljning dit från Sverige av våt pappersmassa har priset angivits allenast till visst belopp »per 100 kg». Fråga nu om priset skulle beräknas per 100 kg våt massa eller per 100 kg massa torkad i luften. Verkan av franskt handelsbruk i sådant hänseende? — Det franska handelsbruket ansågs av HD desto hellre böra lända till efterrättelse, som det angivna priset eljest skulle bliva oskäligt. Omedelbart säger alltså rättsfallet icke så mycket. Det gällde ju en tolkning av de citerade orden, och om det ena alternativet på grund av oskäligheten kunde utmönstras, var ju det andra givet. Uttrycket »desto hellre» i HD- domen pekar emellertid på att utgången även utan förevarande särskilda tolkningsdatum skulle blivit densamma. Det ansågs kanske, att tillämpning av den franska rättsordningen även av andra skäl varit påkallad (i dennas egenskap av, förutom *lex loci contractus*, även *lex*

loci solutionis? -- jfr *Almén*s hänvisning till rättsfallet i a. a. under § 1 not 29), och det kan ha tänkts ligga i sakens natur, att i så fall med fransk rätt måste jämföras franskt handelsbruk.³⁶

NJA 1917 s. 54: Är vid leveransavtal med klausulen »successive efter order» köparen skyldig att fördela sina rekvisitioner någorlunda jämnt på hela leveranstiden, så att säljaren har hävningsrätt beträffande partier, å vilka order ej inkommit i rätt tid? Och om köparen har sådan skyldighet, när inträder vid eftersättande därav säljarens reklamationsplikt? — Ett representativt intyg om handelsbruk i bägge dessa hänseenden åberopades i målet. HD besvarade det förra spörsmålet jakande, vilket dock grundades redan på parternas avtal. I det senare hänseendet synes HD (med tre röster mot två) ha tillämpat en annan regel än den som skulle följa av det uppgivna handelsbruket. Måhända menade man, att uttalandena i den delen mindre upplyste om vad som i reklimationsfrågan faktiskt tillämpades än gäve uttryck för vad som ansågs böra gälla. — Jfr *NJA 1917 s. 556* (stridiga uppgifter om kutym) och *1923 s. 572*.

NJA 1917 s. 256: Fråga, i mål angående leverans av stenkol i särskilda (successiva) fartygslaster, om betydelsen av den i kontraktet beträffande godsets myckenhet använda beteck-

³⁶ Från åren 1910—1914 må ytterligare nämnas:

NJA 1910 s. 380: Avtal om cifleverans av vara har slutits med villkor att köparens betalningsskyldighet skulle fullgöras medelst 90 dagars sight rembours på bank i London. Fråga nu huruvida säljaren, som alltså haft rätt att fordra betalning mot konossement, tillika varit *pliktig* att inom en på ett eller annat sätt bestämd tid tillhandahålla banken konossement, så att underlåtenhet härutinnan medfört rätt för köparen att häva köpet oavsett huruvida varan i rätt tid framkommit till bestämmelseorten eller icke. Handelsbruk? — Märk särskilt dissensen av just.r. Grefberg.

NJA 1912 s. 213: Verkan av enbart mottagningskonossement (se numera 167 § sjölagen) vid det förhållande att konossementet, utfärdat för tyskt fartyg i och för resa mellan Rio de Janeiro och Hamburg, affattats i enlighet med »sed och bruk» hos i Rio de Janeiro antagna agenter för tyska rederier, vilka för trafik av ifrågavarande art i stor omfattning använde mottagningskonossement?

NJA 1914 s. 269: Innebörden, vid avtalsslut, av uttrycket »omgående svar»? Motsägende utredning angående köpmannauppfattning härom i Stockholm förekom i målet.

ningen »cirka», jfr 66 § andra stycket köplagen. Handelsbruk? — Enligt Almén var det här första gången yttrande angående förefintligheten av handelsbruk avgavs av svenska handelskamrar. Något stadgat bruk »med karaktär av handelsbruk» befanns emellertid i detta fall icke föreligga. Jfr avfattningen av HD:s dom, där med lag utan vidare jämfästades styrkt handelsbruk (»varken enligt lag eller, såvitt visats, på grund av handelsbruk»). Det förtjänar anmärkas, att Wilhelm Sjögren i ett särskilt yttrande i målet framhöll, att tillvaron av visst engelskt handelsbruk på området, om än icke bestämmande för svensk rättstillämpning, vore tillräcklig för att i förevarande fall säkerställa en av honom hävdad tolkning av »cirkaklausulens ändamål». Härmed kan sammanställas ett uttalande av Wilhelm Sjögren i rättsfallet NJA 1913 s. 315: motiveringen för viss avtalstolkning kunde, såvitt fråga vore om förhållandet köpmän emellan, »förstärkas» genom hänvisning till gott handelsskick.

NJA 1919 s. 451: Handelsbruk avgörande för tolkning av en betalningsklausul.³⁷

NJA 1921 s. 222: Vid försäljning av trävaror har säljaren, på grund av handelsbruk, ansetts pliktig att (ensam) till den som förmedlat försäljningen gälda provision, fastän sådan icke varit avtalad. — Underinstanserna ogillade provisionsanspråket främst med hänvisning till att förmedlaren icke

³⁷ Från åren 1919 och 1920 må ytterligare anmärkas rättsfallen:

NJA 1919 s. 84: Fråga huruvida, då i köpeavtal förekom klausulen »per extra kassa», köparen vore pliktig att prestera viss förskottslikvid eller bankgaranti. — Utredning om handelsbruk till stöd härför förbragtes. Ifrågavarande förpliktelse för köparen ansågs dock ej vara förhanden. Det uppgivna handelsbruket synes likvisst icke ha underkänts, utan domslutet byggde på att förpliktelsen ej var förenlig med leveransavtalets innehåll.

NJA 1919 s. 312: Skyldighet för speditör att utan särskild anmodan ombesörja godsets försäkring ansågs »varken jämlikt lag eller, såvitt visats, enligt handelsbruk» föreligga.

NJA 1920 s. 172: Fråga huruvida, när gods sålts att betalas per extra kontant mot järnvägsfraktsedel, säljaren ägde påfordra likvid å sitt kontor eller vore pliktig att inställa sig i bank för att där lyfta likviden. — Handelskutym till stöd för det senare alternativet åberopades. HD (plurariteten) godtog ock detsamma men under hänvisning till vissa i målet förekomna omständigheter.

styrkt uppdrag från säljaren att ingå avtalet. Avgörande blev ett av HD ex officio införskaffat, i anslutning till uttalanden av åtskilliga handelskamrar avgivet yttrande av kommerskollegium. Domsmotiveringen tyder på att man utgick från att i och med att full bevisning om handelsbrukets existens förebragts detsamma måste lända till efterrättelse. En dissident synes, i likhet med NRev, icke ha fäst något avseende vid utredningen om handelsbruk och ville därför fastställa hovrättens dom. En ytterligare dissidents votum saknar här intresse.

NJA 1921 s. 322: Fråga huruvida köpare, som köpt viss vara »kassa mot dokumenter», varit skyldig att såsom behörigt dokument godtaga handling innefattande transport från säljaren till köparen av den å säljarens tullnederlag liggande varan. Handelsbruk? — I målet besvarades nämnda fråga jakande utan att direkt åberopades något handelsbruk på området. Utredningen om handelsbruk (genom handelskamrar och kommerskollegium) var ej heller särskilt övertygande. Kommerskollegium hade sålunda icke haft något annat väsentligt att anföra än att handelsbruket anpassat sig efter det sätt, varpå vederbörande tullmyndigheter under någon mera avsevärd tidrymd tillämpat viss bestämmelse i tullstadgan, avseende försäljning av varor från tullnederlag.

NJA 1921 s. 326: Vid köp av vara att avseppas från Italien förband sig köparen att erlægga betalning »kassa mot dokumenter vid presentation». Var köparen på grund av handelsbruk betalningsskyldig mot erhållande allenast av, förutom faktura, viss förbindelse (»deliveryorder»)? — HD fann med hänsyn till den i målet vunna utredningen därom, att enligt handelsbruk förbindelse av ifrågavarande art, om den vore utfärdad av rederiet eller dess ombud, godtoges i stället för konossement, köparen ha utan fog undandragit sig att fullgöra sin betalningsskyldighet. Avgörandet baserades således, såvitt man kan se, direkt på det styrkta handelsbruket. (En dissident ville fastställa hovrättens dom, enligt vilken köparen ansågs ha ägt fog för sin vägran att erlægga betalning allenast mot deliveryorder.) Jfr *NJA 1923 s. 355*.

NJA 1921 s. 442: Å Malmöhus läns hushållningssällskaps kreatursmarknadsplats i Malmö har X, som med anlitande

av en utav sällskapetets förvaltningsutskott antagen kommissionär salufört en ko å platsen, med Y avtalat om försäljning av kon till Y mot visst pris per kilogram levande vikt, varefter kommissionären till X utbetalt köpesumman. Fråga nu, sedan efter kons nedslaktning köttet förklarats odugligt till människoföda, om skyldighet för Y att till kommissionären erlægga köpesumman utan avseende å det fel, varav kon lidit. Handelsbruk? — Enligt ett från kommerskollegium infordrat yttrande rörande handelsbruk vore det, vid försäljning av kreatur å sällskapetets nämnda marknadsplats i Malmö, »åtminstone regel», att köparen, där ej annan överenskommelse träffats eller garanti från säljarens sida lämnats, övertog ansvaret för s. k. dolt fel, medan något fast handelsbruk av sagda art ej kunde anses förefinnas å flertalet övriga i hithörande utredning angivna platser. Enligt HD:s dom finge, med hänsyn till det sätt, varpå å sällskapetets marknadsplats i Malmö försäljningen av kreatur vore anordnad och likvid för det sålda verkställdes, ifrågavarande ko anses ha av Y köpts med skyldighet för honom att till kommissionären erlægga köpeskillingen utan avseende å möjligen befintligt fel hos djuret. Domen grundades således icke direkt på handelsbruk utan på ett såvitt man kan förstå fingerat innehåll i köpeavtalet. I realiteten var det kanske ett förutsättningsbedömande, ur vederlagssynpunkt, som här fällde utslaget; kommissionären åtnjöt vid dylika avtal blott en obetydlig provision, som icke kunde täcka risken för att köpare på grund av fel i varan undandrog sig likvid, se s. 445 i referatet.

NJA 1922 s. 26: Fråga, vid försändningsköp (handelsköp) av ättiksyra med viss syrehalt, huruvida köparen varit skyldig att omedelbart efter partiets framkomst till bestämmelseorten vidtaga sådan undersökning av varan, att redan vid den tiden kunnat upptäckas en faktiskt först någon tid därefter vid kemisk analys av varan uppdagad brist i syrehalten. Handelsbruk? — Svaret blev nekande. Handelsbruk till stöd för begränsning av köparens undersökningsplikt åberopades i den av HD fastställda hovrättsdomen men detta allenast subsidiärt. I första hand hänvisades till en säljarens garanti rörande procenten av ren syra i det försålda. Utredningen om handelsbruk var ock i det torftigaste laget.

NJA 1922 s. 276: Skall svensk, som på uppdrag av tysk för dennes räkning här i landet i svenska kronor inkasserat ett tysken i dylikt myntslag tillkommande belopp, redovisa beloppet i svenska kronor? Handelsbruk? — Frågan om handelsbrukets existens blev icke avgörande för målets utgång. Överinstansernas motivering ger dock intryck av att meningen var, att det verkligen på grund av handelsbruk ålåg en dylik uppdragstagare att redovisa i det uppburna myntslaget (»måste» antagas, stod det i domen, icke »finge»). Detta är såtillvida anmärkningsvärt, som utredningen om handelsbruk var jämförelsevis mager. Måhända medverkade, att antagandet av dylikt innehåll i redovisningsplikten var väl motiverat ur förutsättningssynpunkt, med hänsyn till situationen på valutamarknaden vid tiden för avtalsslutet.

NJA 1923 s. 443: Köpare av frö (lökfrö), vilken erhållit och utsått annan sorts frö än som rekvirerats, yrkar ersättning för sin förlust genom den felaktiga leveransen. Säljaren invänder, att det är handelsbruk att säljare av frö icke är skyldig att med högre belopp än köpeskillingen ersätta köparens skada på grund av att levererat frö varit av annan sort än den rekvirerade. — Handelsbruket ansågs icke styrkt genom att meddelande i sagda hänseende plägade intagas i fröhandlarnas prislistor. Detta är ock helt naturligt: ansvarsbefrielsen i fråga grundas i så fall på särskilda avtal i ämnet, låt vara av standardiserad natur (formulärrätten), och någon »av egen kraft» gällande kutym föreligger ej (se ovan s. 89). Detta påpekades ock i ett i målet åberopat utlåtande av Skånes handelskammare, enligt vilket det fritagande av ansvar utöver köpeskillingsbeloppet, som säljare »ofta» betingade sig genom någon reservationsklausul i offerter eller utsända kataloger, icke torde ha nått omfattningen av handelsbruk. Hade det däremot kunnat påvisas, att i hithörande kretsar (i relationen mellan säljare och köpare av frö) varit brukligt, att förevarande slags begränsning av ersättningsskyldigheten praktiserades utan dylikt avtalsstöd, skulle väl ansetts betydelsefullt, att just *denne* köpare saknat kännedom om kutymen; han »borde» ju då ha varit underkunnig därom. Det förefaller som om domstolarna tagit för givet att, *därest* handels-

bruket styrkts, detta ovillkorligt skulle ha varit utslagsgivande i tvisten.

NJA 1923 s. 597 och 1944 s. 49: I rättsfallen, som gällde köparens undersöknings- och reklamationsplikt vid köp inom tyghandeln, fastslogs att köparen varit skyldig att, då vederbörande tygparti tillhandahållits honom, föranstalta åtminstone om sådan undersökning av detsamma, som kunnat ske utan tygstyckenas mera fullständiga utvecklande (ett utvecklande till någon del och därmed sammanhängande undersökning alltså nödvändiga). I de ifrågavarande domsmotiveringarna utsades ej, att den antydda men icke positivt uttalade inskränkningen i köparens undersöknings- och reklamationsplikt grundades på handelsbruk, varom emellertid åtskillig utredning förebragts.

NJA 1925 s. 50: Vid handelsköp av ett parti järntråd har, sedan partiet levererats och betalts, överenskommits, av det skäl att tråden på grund av alltför stor »tolerans» (ojämn grovlek) icke var leveransgill, att säljaren skulle återtaga partiet och i stället lämna gillt gods. Därefter meddelar emellertid säljaren, att han icke kan leverera tråd med mindre än viss uppgiven tolerans, vartill köparen utan oskäligt uppehåll svarar, att han icke kan godkänna sådan tråd. Fråga huruvida den erbjudna ersättningsleveransen varit felaktig samt huruvida i så fall köparen, vilken först flera månader efter säljarens meddelande och nämnda svar hävt avtalet, varit befogad därtill på grund av anteciperad mora å säljarens sida. — HD fann av utredningen i målet framgå, att ersättningsleveransens tråd, med hänsyn till det i avtalet angivna ändamål vartill tråden skolat användas, icke varit leveransgill. Enligt rubriken till rättsfallet skall detta tydligen, ehuru det ej framgår klart av domsmotiveringen, förstås så, att tråden hade större tolerans än den enligt handelsbruk tillåtna.³⁸ Vad hävningsfrågan beträffar godtogs köparens ståndpunkt.

³⁸ I rättsfallet *NJA 1923 A 538* baserades likaledes HD:s avgörande direkt på »gällande handelsbruk». Jfr ock *NJA 1923 A 535*.

I rättsfallet *NJA 1927 s. 135* var fråga bl. a. därom huruvida bankir, som på begäran av X öppnat rembours till förmån för Y, på grund av handelsbruk ägde, efter det vederbörande leveransavtal mellan X och Y hävts och remboursbeloppet därför icke i sin helhet kommit till användning, göra anspråk på viss annulleringsprovision. Anspråket godtogs av

NJA 1928 s. 621: Fråga bl. a., liksom i rättsfallet *NJA 1925 s. 151*, om förutsättningarna för rätt att indraga köpeskillingen för sålda trävaror mot »approximativ faktura». — HD lade i detta avseende, efter vad det synes, utredningen rörande handelsbruk omedelbart till grund för sitt avgörande. Påfallande är visserligen, att i domen talas, icke om handelsbruk utan om »gott handelsskick» och om »gällande åskådningar och bruk inom trävaruhandeln». Men det innebär kanske en obehörig pressning av ordalagen att fästa avseende vid detta, jfr rubriken till rättsfallet, där uttrycket handelsbruk förekommer.³⁹

NJA 1929 s. 556: Fråga om tillämpning, vid köp av kolbriketter fob tysk hamn, av visst handelsbruk (rörande »stem»), medförande en del modifikationer i de för fobköp gällande rättsreglerna. — HD återopade i sin dom förebragt utredning om »rådande bruk inom kolhandeln» men endast, tillika med vad i övrigt i målet förekommit, såsom motivering för att köpeavtalet haft visst mot handelsbruket svarande innehåll. Detta ställningstagande, som för övrigt är karakteristiskt för hur domstolarna ofta gå tillväga, var i förevarande fall rätt naturligt av det skälet att korrespondensen mellan kontrahenterna visade, att dessa bägge utgått från att »stem»-förfarandet skulle tillämpas. Handelskammarutlåtandet om handelsbruk var knappast heller så avfattat, att en omedelbart på sådant bruk grundad dom kunde meddelas. — Se vidare, angående innebörden av »stem», *NJA 1928 s. 12* och *1932 A 16*.

domstolarna, men utgången synes närmast ha grundats på innehållet i remboursavtalet.

³⁹ De betydelsefulla rättsfrågor, som i övrigt förelågo till bedömande i målet, falla utanför vårt ämne. Under vilka betingelser kan en köpare, som obehörigt avfordrats förskottslikvid och erlagt likviden till ett ombud för och förlagsgivare åt säljaren, vända sig med krav på återbetalning av det utan behörig rättsgrund inbetalta, icke mot säljaren själv utan mot nämnda ombud och förlagsgivare (alltså ett slags tredje man), vilken tillgodogjort sig beloppet under återopande av panträtt eller annan säkerhetsrätt till säljarens tillgodohavande? Rörde det sig om »kollusion» till köparens skada eller var detta eljest ett sådant fall, då en i och för sig blott obligatoriskt berättigad kontrahent (köparen med avseende å återkravet) åtnjuter rättsskydd mot tredje man? Jfr i detta sammanhang 13:2 HB samt *NJA 1906 s. 104* och *SvJT 1916 s. 308*.

Angående *NJA 1929 s. 661* se ovan not 26.

NJA 1930 s. 207: Fondkommissionär har såsom försäljningskommissionär för A och inköpskommissionär för B slutit avtal om försäljning av en aktiepost. Fråga nu huruvida kommissionären, vilken av B utöver sedvanligt kurtage bekommit provision med visst belopp för aktie, varit fritagen från skyldighet att till A redovisa vad han sålunda uppburit. Handelsbruk? — Enligt handelskammarens utlåtande var det fast utbildad sedvänja, att fondkommissionär för uppdrag, som vore förenade med särskild svårighet (såsom att för förvärv av aktiemajoritet i ett bolag inköpa svåråtkomliga aktier), uppbure särskild gottgörelse utöver kurtage, samt att i dylika fall den gottgörelse, som kommissionären betingat sig eller uppburit av köparen av aktierna, icke uppgåves för säljaren av dessa. Viss ytterligare utredning om praxis gick i samma riktning. Samtliga instanser ansågo emellertid fondkommissionären ha haft ifrågavarande redovisningsskyldighet gentemot säljaren av aktierna; någon rätt att på grund av kommissionärens underlåtenhet att redovisa och hans förtigande av att provision erhållits av köparen »avvisa» försäljningsavtalet tillerkände dock HD icke säljaren. I HD-domen, vars återgivande av utredningen om sedvänja på området näppligen till fullo korresponderar med det sätt varpå handelskammaren uttryckte sin uppfattning därutinnan, angavs såsom motivering för att kommissionären hade förevarande redovisningsplikt, att de beträffande B:s köp av aktierna förebragta omständigheterna icke vore av beskaffenhet att utbetalning till kommissionären av särskild ersättning för inköpsuppdraget utöver kurtage varit betingad med hänsyn till vad på grund av utredningen i målet finge anses vara inom fondkommissionärsrörelsen brukligt. (Jämväl en minoritet i HD, två ledamöter, hänvisade till att de omständigheter, under vilka försäljningen ägt rum, icke innefattade tillräcklig grund för att kommissionären skulle vara fritagen från det omtvistade redovisningsansvaret.) Hur sagda snirklade motivering skall tolkas är ej fullt klart. Meningen var kanske, att de i handelskammarens utlåtande angivna förutsättningarna för att kommissionären jämlikt handelsbruk skulle äga uppbära extra ersättning utöver kurtage här, trots vad i sådant hän-

seende förebragts i målet, ej förelåge. I vilket fall som helst synes HD ha gjort sig möda med att icke komma i konflikt med den presterade utredningen om en fast utbildad sedvänja i ämnet. — En dissident i hovrätten gick däremot i ett särskilt yttrande direkt till attack mot sedvänjan. Bl. a. gjordes gällande, att i rättsförhållanden, där en icke-köpmän är intresserad, måste erfordras ej blott att bruket är allmänt bekant utan även att det vunnit burskap bland den stora allmänheten »eller med andra ord antagit karaktären av allmän sedvanerätt» (?). Större tyngd har påpekandet, att seden med de extra provisionerna kunnat bli allmän endast genom det av handelskammaren intygade bruket att hålla provisionerna hemliga för provisionsbetalarnas motparter. Dissidenten synes här ha varit inne på tankegången, att ett handelsbruk kunde böra på grund av omständigheterna vid dess tillkomst (liksom på grund av dess av rättsordningen ogillade innehåll, ovan kap. 4) behandlas som ogiltigt; se även hans votum, där det talas både om 33 § avtalslagen och om kringgående av vissa tvingande bestämmelser i kommissionslagen. Jfr i detta sammanhang, rörande förment handelsbruk om s. k. fria mäklares rätt till självinträde, Kôersner, Ett och annat om handeln med värdepapper, 1916, s. 23: snarare en praxis från kommissionärens sida, som utövas utan kommittentens samtycke och varom denne aldrig underrättas, än en »verklig sedvanerätt».

NJA 1930: s. 268: Svensk tillverkare av pappersmassa har till svensk kommissionär för köpare i Amerikas förenta stater sålt ett parti dylik massa och vid avskeppningen utställt faktura å partiet men därefter, långt innan varan kommit till bestämmelseorten — enär enligt analys å prov som tagits före avskeppningen balarna varit tyngre än vid fakturans utställande beräknats — utställt tilläggsfaktura å övervikten. Föreligger skyldighet för kommissionären att betala jämväl tilläggsfakturan? Handelsbruk? — Utredningen kunde väl sägas närmast tala för att på grund av handelsbruk skyldighet *icke* förelåg för köparen att infria dylikt tilläggskrav. Otvetydig och helt övertygande var dock denna utredning knappast. HD:s pluralitet stannade också för att godtaga tilläggskravet, förmodligen i överensstämmelse med vad man då an-

såg förenligt med allmänna rättsgrundsatser. En dissident kom till motsatt resultat.

NJA 1931 s. 412: Agent för en firma åtog sig i eget namn leverans, vilken därpå av firman fullgjordes under meddelande till köparen (kronan), att firmans samtidigt översända faktura skulle likvideras till firman, icke till agenten. Då köparen, som lämnade brevet obesvarat och tillställde agenten likvid, emellertid förfogat över varan, dömdes han att till firman utgiva köpeskillingen. — Till stöd för firmans ståndpunkt åberopades av handelskamrar avgivna utlåtanden, enligt vilka köparens förfarande strede mot »god köpmannased». I HD:domens motivering berördes ej dessa, vilket kan förklaras av att man givetvis redan enligt allmänt avtalsrättsliga grundsatser måste komma till nämnda resultat (förfogande över en vara i strid mot de villkor, varunder densamma tillhandahålles; se strax här nedan i anslutning till rättsfallet *NJA 1938 s. 621*). Möjligen har HD även, såsom rättsfallshänvisningen under rubriken antyder, utnyttjat en analogi från cessionsreglerna. Jfr *NJA 1915 s. 617*.

NJA 1934 s. 685: X, skeppsklarerare och skeppsmäklare, har uppdragit åt stuvare att verkställa lossning av ett fartygs last. Sedan fartyget efter lossningen avgått utan att arbetet betalats, uppkommer fråga huruvida X på grund av sedvänja bör anses personligen betalningsskyldig för detsamma. — Frågan besvarades nekande. Av HD- domen lärers motsättningsvis framgå att, därest dylik sedvänja styrkts (utredningen här om förebragtes först hos Kungl. Maj:t), densamma skulle ha lagts till grund för avgörandet.

NJA 1935 s. 340: I rättsfallet, som gällde innebörden av en bestämmelse, i kontrakt om leverans av koks, att gruvcertifikat eller annat ursprungsbevis skulle vara avgörande för kvalitet, åberopades hos Kungl. Maj:t utredning om handelsbruk i ämnet. Denna gick i samma riktning som den tolkning av bestämmelsen, vartill redan underinstanserna anslutit sig. Något egentligt principiellt intresse kan detta rättsfall icke — lika litet som det beslätade *NJA 1939 s. 352* — anses ha.

I rättsfallet *NJA 1936 s. 368* — rörande en klädesfabrikant, vilken sedan han träffat avtal om successiv leverans av tyg

till grossist i branschen salubjöd, med frångående av tidigare tillämpad praxis, sina varor direkt till skrädderiidkare — tog HD hänsyn till i målet förebragt utredning om den uppfattning som »i köpmanskretsar råder angående god handelskultym i förhållandet mellan fabrikant och hans grossister». Avgörande blev emellertid icke enbart denna utredning utan domen vilar på bredare allmänt avtalsrättslig grundval; jfr kommentaren till rättsfallet i mitt a. a. »Avtalsrättsliga spörsmål», 2 uppl. 1954, s. 114, 139 f.

NJA 1938 s. 621: Fråga huruvida i den internationella juvelhandeln köpman (grossist), som till påseende erhållit ett i gemensamt kuvert inlagt parti ädelstenar med visst pris per karat angivet för partiet, varit berättigad att ur partiet uttaga och försälja en sten samt återsända de övriga. Påföljden, vid nekande svar, av sådant förfarande? Handelsbruk? — Den omfattande utredning om handelsbruk, som förebragtes i målet, blev icke, i varje fall ej omedelbart, avgörande i högsta instans (se däremot hovrättens dom). HD fann nämligen, att ifrågavarande parti måste med hänsyn till omständigheterna anses ha lämnats till påseende på sådana villkor, att vederbörande ägde köpa eller avvisa partiet allenast i dess helhet, och fastslog vid sådant förhållande och på vissa ytterligare skäl — se om verkan av att en tilltänkt köpare förfogar över en vara i strid mot de villkor under vilka säljaren tillhandahåller densamma min »Studier i allmän avtalsrätt», 1935, s. 115 f., jfr bl. a. *NJA 1946 s. 122* — att betalningsskyldighet inträtt för hela partiet. Det rörde sig alltså om en kontrakts- eller kvasikontraktsmässig grund, av allmänt avtalsrättslig innebörd, för betalningsansvaret. För övrigt förelåg uppenbarligen (se den s. 621 refererade brevväxlingen samt mitt a. a. s. 224) ett öppet köp enligt 60 § köplagen, fastän HD av någon anledning icke ville binda sig för att så förhöll sig.

NJA 1941 s. 337: Tillämpning inom handeln med valsade rör av handelsbruk, enligt vilket köparens skada av fel i godset ej (utöver fakturavärdet) ersättes? — I målet invändes, att handelsbruket ej kunde komma till användning, enär köparen icke var affärsman i branschen. Med allt fog förkastade HD denna invändning. I rubriken till rättsfallet betonas emellertid, att köpet var ett handelsköp (rören skulle använ-

das till köparens fabriksanläggning). Tankegången var möjligen, att köparen med hänsyn härtill stode på samma linje som de köpare, å vilkas mellanhavanden med säljarna den ifrågavarande inskränkningen i säljarens ansvar för fel i godset allmänt praktiserades; huruvida något stadgat handelsbruk av förevarande innehåll utvecklat sig även i relationen mellan säljare av rör och kunder av mindre »kommerciell» natur, vore ett spörsmål för sig. — Enligt handelsbruket fränkandes, vid fel i godset, köparen visserligen i lagen stadgad skadeståndsrätt men icke rätten att fordra leveransgillt gods i stället för det felaktiga. I enlighet härmed ansågs det icke strida mot handelsbruket att, då godset med fog avvisats men säljaren vägrat att fullgöra ersättningsleverans, köparen ägde rätt till gottgörelse för prisskillnad vid av honom företaget täckningsköp. Skadestånd motsvarande dylik prisskillnad utdömdes därför. Det kunde rent av tänkas, att säljarens obehöriga vägran att lämna gillt gods i det avvisades ställe skulle tillika ådraga honom ersättningskyldighet beträffande kostnader, som köparen innan felet upptäckts vidkänts för bockning, svetsning och provning av de levererade rören men som efter avvisandet och täckningsköpet blivit onyttiga. HD befriade emellertid under hänvisning till berörda handelsbruk säljaren från skadeståndsansvar i denna del. Ingenting tyder på att HD icke känt sig skyldig att respektera handelsbruket, på sätt detsamma rätteligen vore att tolka. Huruvida underinstanserna åter hade annan mening härutinnan framgår ej av den otydliga motiveringen (med dess fras om »sådana omständigheter» etc.).

Rättsfallet *NJA 1942 s. 660* avser beräkning av fartygs liggetid i visst fall. Avgörande blev förebragt utredning om kutym i ämnet. »Denna kutym bör, då ej annat särskilt avtalats, lända till efterrättelse».

NJA 1943 s. 348: Handelsagent har gentemot huvudmannen förbundit sig att ansvara för full betalning för affärer som agenten förmedlade. Fråga nu huruvida agenten vore, beträffande viss försäljning, fri från detta åtagande på grund av att huvudmannen icke inom skälig tid meddelat honom att betalning från köparen uteblivit. Handelsbruk? — Med stöd av utlåtanden av handelskamrar uttalade kommerskollegium, att

dylik underrättelseplikt åvilade huvudmannen samt att emellertid handelsbruk icke kunde påvisas av innebörd, att påföljden av försummelse härutinnan vore agentens befrielse från delcredereansvaret; äventyret inskränkte sig enligt kommerskollegium till skadeståndsansvar för huvudmannen. Även HD fann på grund av »gott handelsskick» (= gott handelsbruk?) huvudmannen ha underrättelseplikt, men påföljden bestämdes, med hänsyn till att huvudmannens försummelse försämrade agentens möjlighet att utfå betalning av vederbörande, till att agenten undslapp betalningsskyldighet enligt delcredereförbindelsen. I sistnämnda hänseende voro två ledamöter i HD, vilka egendomligt nog synas ha lagt bevisbördan i detta sammanhang på agenten, av annan mening.

NJA 1943 s. 699: Fråga om skyldighet för person, vilken såsom kommissionär för bortfraktaren mottagit gods för inlastning i ett fartyg, att gottgöra bortfraktaren vad denne nödgats utgiva till lastemottagaren på den grund att en del av godset å kaj vid Hammarbyleden lämnats oskyddad under en regnskur som föll sedan inlastningen påbörjats. Handelsbruk? — Den vidlyftiga utredning rörande handelsbruk, som förebragtes i målet, var i visst hänseende av säreget och intressant innehåll. Utredningen innefattade starka skäl för antagande, att enligt kutym kommissionären hade skyldighet att vidtaga åtgärder för skyddande av godset under nu avsedda förhållanden, när det gällde inlastning i Östersjöhamnarna vid ostkusten i allmänhet, medan i Stockholm och närliggande trakter någon sådan kutym — i allt fall att döma av de upplysningar om kutymtillämpning, som erhöles i underinstanserna — icke förefanns. Detta senare berodde emellertid på att ett enda bolag, som icke följde nämnda kutym, intog en helt dominerande ställning, så att bolagets tillvägagångssätt utan vidare blev bestämmande för praxis i Stockholmsområdet. Spörsmålet om den inverkan, som nämnda monopolisering kunde utöva när det gällde domstolarnas värdering av förevarande kutym (jfr ovan s. 68), kom emellertid till sist icke att ställas på sin spets. Hos Kungl. Maj:t förebragtes nämligen utredning, som talade för att kommissionären i fråga var kontraktsevenligt förpliktad att vidtaga sådana skyddsåtgärder beträffande godset som nyss sagts samt att hos det

av kommissionären innehavda bolaget plägade tillämpas ett förfarande i överensstämmelse härmed. Helt naturligt hakade HD på detta. Vårnadsplikt för kommissionären fastslogs »särskilt i betraktande av den . . . hos Kungl. Maj:t förebragta utredningen». Ordet »särskilt» kan vara en antydning om att det icke ansetts uteslutet att redan på grundval av materialet i underinstanserna komma till enahanda resultat.

NJA 1944 s. 237: Fråga om köparens skyldighet att, vid köp fraktfritt viss ort, på grund av viss forcemajeure-klausul gottgöra säljaren ett frakttillägg, som denne av särskild anledning nödgats vidkännas utöver ursprungligen avtalad fraktsats. — Säljaren åberopade till stöd för sin talan ett intyg av Stockholms handelskammare, vari upplystes att i jämförliga fall, som förekommit »i viss utsträckning», omförmälda frakttillägg, handelskammaren vederligt, brukat utan invändning betalas av köparna. Uppenbarligen innefattade intyget icke tillräcklig utredning om handelsbruk på området.

NJA 1947 s. 171: Den som för fabrikants räkning mot provision jämte ersättning i annan form upptagit order å varor ansågs i visst fall ha varit anställd i fabrikantens tjänst såsom handelsresande och betraktades alltså icke som handelsagent. Åtskillig utredning om handelsbruk förebragtes, delvis ex officio i högsta instans, såsom ett hjälpmedel vid bedömningen av nämnda spörsmål, vilket på grund av sin »rättsliga» natur väl egentligen icke var av beskaffenhet att utgöra föremål för handelskamrarnas responsaverksamhet.

NJA 1953 s. 566: Fråga huruvida föreståndare för aktiebolags avdelningskontor ägt behörighet att för bolagets räkning verkställa vissa inköp. — Utredning om handelsbruk på området genom handelskamrar och kommerskollegium förebragtes först hos Kungl. Maj:t. Den gick i det hela snarast i den riktningen, att nämnda fråga besvarades jakande. En av de handelskamrar som yttrade sig gjorde dock vissa förbehåll, och även kommerskollegium använde ett tämligen reserverat uttryckssätt. — HD förnekade, dock med knapp majoritet, behörigheten. Kanske ansågos konsekvenserna av annan utgång rätt vittgående. Möjlighet erbjöd sig ju också att på grund av berörda förbehåll och reserverade uttryckssätt anse

utredningen om handelsbruk icke innefatta »fullt bevis» för förekomsten av sådant.

NJA 1954 s. 410: Sedan ett skeppsvarv under medverkan av mäklare åtagit sig att leverera fyra fartyg till en av mäklaren anvisad beställare och varvet i samband därmed utfäst provision till mäklaren, har efter nya förhandlingar enbart mellan varvet och beställaren varvet åtagit sig att leverera ytterligare två fartyg. Krav av mäklaren å provision för sistnämnda leverans. Handelsbruk? — Det utlåtande av Stockholms handelskammare, som mäklaren åberopade i sådant avseende, innebar föga stöd för förekomsten av det påstådda handelsbruket. Det framhölls nämligen i utlåtandet bl. a., att fall i vilka fråga om provision av förevarande typ kunde uppstå icke förekommit i tillräckligt stort antal för att med ledning därav skulle kunna påvisas något handelsbruk i gängse mening, låt vara att inom hithörande kretsar av affärslivet visat sig föreligga den uppfattningen, att i en situation av antydda slag provision borde utgå under vissa angivna förutsättningar. — Ett utlåtande i målet av N i a l, avgivet till förmån för varvet, är i detta sammanhang av intresse såtillvida, att förf. synbarligen förutsätter att, om ett handelsbruk av omdiskuterade art kunde visas föreligga, detsamma måste tillämpas av domstolarna (naturligtvis såframt ej annat kunde anses framgå av överenskommelsen mellan parterna).

NJA 1956 s. 36: Försäkringsbolags ortsombud, som med anledning av ansökan om försäkring hos bolaget för en viss bil utfärdat trafikförsäkringsbevis enligt stadgat formulär, har antagits i regel vara behörig därtill på grund av ställningsfullmakt. — I målet förebragtes utredning — genom försäkringsinspektionen och försäkringsbolagens riksförbund — om praxis på området, vilken utredning åberopades i HD-domen.

I rättsfallet *NJA 1956 s. 274* utnyttjade HD en sjörättslig kutym icke blott för tolkning utan även för »utfyllnad» av vederbörande befraktningsavtal: »sett i belysning av och fullständigat av den i målet omförmälda kutym som gäller för handelsfartyg i Hongkongs hamn».

NJA 1956 s. 343: Garantiklausul vid avtal om leverans av konserver, avseende en tid av tre månader, har icke funnits innefatta någon begränsning (förkortning) av den i 54 § köp-

lagen stadgade ettåriga preskriptionstiden. — I målet förekom ett yttrande av handelskammaren i Göteborg om hur dylik garantiklausul vanligen tolkades och om att garantin icke ansågs innebära dylik förkortning. Tillika anmärktes dock, att ifrågavarande förhållanden vore av den art, att de icke kunde bli föremål för något uttalande om handelsbruk. Huruvida detta berodde på fallens relativa sällsynthet eller på att det här gällde ett »rättsligt» bedömande, som fölle utanför handelskamrarnas responsaverksamhet, kan ej ses. I domsmotiveringen anfördes, att med hänsyn till vad handelskammaren anfört (och i avsaknad av avtal i ämnet) köparens rätt att tala å fel som uppkommit under garantitiden icke vore underkastad annan begränsning än den som följde av 54 § (resp. 52 §) köplagen. Motsättningsvis torde framgå, att man var av den uppfattningen att, om ett handelsbruk kunnat påvisas som gått ut på en förkortning av den i 54 § stadgade preskriptionstiden, handelsbruket måst vinna efterföljd.

NJA 1957 s. 239: Bolaget N har av bolaget M köpt ett parti dörrar avsedda för byggnad, som byggmästaren E uppförde för stads räkning. Fråga, sedan dörrarna av bolaget V, varifrån bolaget M självt förvärvat dem, avlämnats å byggnadsplatsen utan att bolaget N på förhand underrättats härom, huruvida leveransen, för vilken leveransplats funnits ej vara avtalad, skulle på grund av handelsbruk anses ha rätteligen fullgjorts. — Handelsbruket, som innefattade en med hänsyn till sakens beskaffenhet rätt naturlig modifikation av köplagens regler om platsen för godsets avlämnande, fick utan vidare lända till efterrättelse.

CITERADE RÄTTSFALL

NJA

1893 s. 382	83, 90	1920 s. 172	94
1895 s. 27	17, 90	s. 317	83
1899 s. 139	91	1921 s. 222	94
1901 s. 29	64	s. 267	79
1905 s. 28	82	s. 322	95
s. 117	83	s. 326	95
s. 138	91	s. 442	95
s. 143	91	s. 511	33
1906 s. 104	99	1922 s. 26	96
s. 109	91	s. 276	97
1908 s. 471	17, 92	s. 389	33
s. 501	64	s. 498	64
1909 s. 195	64	s. 511	79
s. 508	64	1923 s. 355	95
s. 627	83	s. 443	97
1910 s. 380	93	s. 572	93
s. 397	83	s. 597	81, 98
s. 634	64	s. 609	79
1912 s. 57	79	A 535	98
s. 213	93	538	82, 98
s. 352	16, 92	1924 s. 346	81
1913 s. 280	79	1925 s. 50	98
s. 315	64, 94	s. 151	99
1914 s. 269	93	1926 A 140	81
s. 338	78	A 230	78
s. 342	78	A 263	80
1915 s. 158	82	A 264	80
s. 617	102	1927 s. 135	98
1916 s. 583	33	1928 s. 12	99
1917 s. 54	93	s. 621	78, 99
s. 256	93	1929 s. 556	78, 99
s. 556	93	s. 563	26
A 526	16	s. 661	84, 86, 100
1919 s. 84	94	A 157	82
s. 312	94	1930 s. 131	64
s. 451	94	s. 207	100

	s. 268	83, 101		s. 171	85, 106
1931	s. 412	64, 83, 102	1948	s. 283	64
1932	s. 400	55		s. 701	89
	s. 440	82	1949	s. 129	79
	A 16	99		s. 609	64
1933	s. 323			s. 664	33
1934	s. 685	102	1950	s. 637	30
	A 227	78	1951	s. 138	67
1935	s. 340	81, 102		s. 282	33, 64
	A 48	81		s. 468	64
1936	s. 368	63, 83, 102		s. 600	82
1938	s. 621	102, 103		s. 625	63
1939	s. 352	81, 102		s. 645	69
1940	s. 687	83	1952	s. 440	69
1941	s. 337	71, 81, 103	1953	s. 409	92
1942	s. 660	104		s. 566	84, 106
1943	s. 348	84, 104		s. 602	64
	s. 699	85, 105	1954	s. 410	66, 107
1944	s. 49	81, 98	1955	s. 544	33
	s. 174	64	1956	s. 36	107
	s. 237	106		s. 274	107
1945	s. 147	82		s. 343	82, 107
1946	s. 122	103	1957	s. 69	33
	s. 225	64		s. 188	9
	s. 602	64		s. 239	83, 108
	s. 691	82	1958	s. 373	67
1947	s. 54	64			

SAKREGISTER

(omfattar icke i noterna till kap. 5 berörda utlåtanden från handelskamrarna — vartill finnas utförliga sakregister i publicerade tryckta samlingar av handelsbruk — och ej heller i samma kapitel anmärkta rättsfall)

Autonomi, rättslig 45, 54

Avtalslagen, allmän avtalsrätt 7, 56 not 5, 68 f. med not 9, 83 med not 18; se ock Dissens

Avtalstolkning, avtals innehåll 30 ff., 61 f., 64 (noten)

Avtalsvillkor: därpå grundad regeltillämpning ej handelsbruk 48 f., 89, 97; ogiltighet av avtalsvillkor på grund av kutym 66 f., jfr 8 (noten); se även Ogiltighet

Dispositiva lagregler, olika slag 58 not 1

Dissens 32 not 4

Domarreglerna 29, 68

Faran för godset, se Köprätt

Formulärrätten 7, 70, 71 med not 13, 76, 97

Fransk och engelsk rätt 22 med not 27

Förklaring, se Avtalstolkning

Försäkringsavtalslagen 8 (noten)

Förutsättning 39 ff., 56 not 4, 59 ff.; subjektiva förutsättningsläran 62 not 4, 73 (noten)

Handelsbruks innehåll 78 ff.

Handelskamrarnas responsaförfarande 73 ff.

Hypotetisk partsvilja 23, 62 not 4

Internationella köp 9, 24 ff., 72 not 14

Konkludent viljeförklaring, se Avtalstolkning

Kulans 50

Köprätt: svenska, norska och danska motiven till köplagen 10 ff.; vissa köplagsregler samt särskilda köpklausuler och köpevillkor 58 not 1, 78 ff. — bl. a. angående »faran» 32, 38 f., 82, 83 not 17 samt innebörden av »kontant» 18 not 18, 32, 79, 82 med not 16

Lagberedningen, nya 10

Lagrådet 65

Lexikalisk betydelse 31, 37

Misstag 32 med not 1, 38 f.

Monopoliseringstendens 68

- Motfaktum 32, 34
Naturalia negotii 34 ff.
Ogiltighet av kutym med stöd av avtalsrättsliga regler 68 f.
Opinio necessitatis 11, 14, 17, 18, 21, 23, 49 ff.
Passivitetsrättsverkan 42, 47, 63 not 5
Presumption 41, 66
Responsaförfarande, se Handelskamrarnas responsaförfarande
Rättsmissbruk 68
Rättstillämpning rörande kutymer 64 ff. samt kap. 5
Sedvanerätt kap. 3; se även 10—24, 27, 41, 58, 60, 63, 101
Semesterlagen 8
Sjörätt 7, 65, 85
Skiljedom 46 not 1, 57 not 6
»Stadgat» handelsbruk 18 ff., 48, 60, 66, 86 ff.
Ställningsfullmakt 7 not 1, 74 not 15
Sysslomannaskap 84
Tysk rätt 23
»Utfyllnad» av avtal 14, 20 f., 29 f., 36 f., 59, 80
Utlänning bunden av svenskt handelsbruk? 16 not 13
Utredning om handelsbruk 73 ff.
»Utövning» av handelsbruk (ej enbart uppfattning om god köp-
mannased) 47, 48, 60, 75, 88 f.
Viljeförklaring, se Avtalstolkning

ke
1957

INSTITUTET
FÖR RÄTTSVETENSKAPLIG FORSKNING

har i sin skriftserie tidigare utgivit

I	HJALMAR KARLGREN: <i>Skadeståndsrätt</i>	Hft. 20:— Inb. 26:50
	1:a uppl. 1952. 2:a uppl. 1958	
II	HÅKAN NIAL: <i>Internationell förmögenhetsrätt</i>	Hft. 14:50
III	LARS WELAMSON: <i>Om anslutningsvad och reformatio in pejus</i>	Hft. 16:—
IV	KARL OLIVECRONA: <i>Rättegången i brottmål enligt RB</i>	Hft. 22:— Inb. 27:50
V	GUNNAR LAGERGREN: <i>Delivery of the goods and transfer of property and risk in the law on sale</i>	Hft. 16:50
VI	HJALMAR KARLGREN: <i>Avtalsrättsliga spörsmål</i>	Hft. 17:—
VII	HÅKAN NIAL: <i>Handelsbolag och enkla bolag</i>	Hft. 36:— Inb. 44:—
VIII	PER OLOF EKELOF: <i>Processuella grundbegrepp och allmänna processprinciper</i>	Hft. 19:—
IX	LARS WELAMSON: <i>Domvillobesvär av tredje man</i>	Hft. 22:—
X	HANS THORNSTEDT: <i>Om rättsvillfarelse</i>	Hft. 20:50
XI	KNUT RODHE: <i>Obligationsrätt</i>	Hft. 55:— Inb. 67:—
XII	TORE STRÖMBERG: <i>Åtalspreskription</i>	Hft. 22:—
XIII	PER OLOF BOLDING: <i>Skiljeförfarande och rättegång</i>	Hft. 22:—
XIV	ÅKE MALMSTRÖM: <i>Föräldrarätt</i>	Hft. 17:50 Inb. 22:—
XV	PER OLOF EKELOF: <i>Rättegång I</i>	Hft. 7:20
XVI	NILS REGNER: <i>Svensk juridisk litteratur</i>	Inb. 56:50
XVII	NILS HERLITZ: <i>Nordisk offentlig rätt I</i>	Hft. 12:—
XVIII	NILS HERLITZ: <i>Nordisk offentlig rätt II</i>	Hft. 22:—
XIX	PER OLOF EKELOF: <i>Rättegång II</i>	Hft. 13:—
XX	HJALMAR KARLGREN: <i>Säkerhetsöverlåtelse</i>	Hft. 29:—
XXI	FOLKE SCHMIDT: <i>Tjänsteavtalet</i>	Hft. 32:—
XXII	IVAR AGGE: <i>Straffrättens allmänna del</i>	Hft. 21:—