



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Mariella Hillälv

Pactum Turpe

Examensarbete
20 poäng

Christian Dahlman

Avtalsrätt

VT 2007

Innehåll

SAMMANFATTNING	4
ABSTRACT	5
FÖRORD	6
FÖRKORTNINGAR	7
Terminologi	7
1 INLEDNING	8
1.1 Syfte	8
1.1.1 Frågeställningar	8
1.2 Avgränsningar	8
1.3 Metod och Material	9
1.4 Disposition	9
2 HISTORIK	11
3 DE LEGE LATA	14
3.1 Avtalsfrihet	14
3.2 Paternalism	14
3.3 Pactum turpe	15
3.3.1 Contra legem	16
3.3.2 Contra boni mores	16
3.3.2.1 Typer av avtal som står i strid med god sed	16
3.4 Ogiltighet som rättsföljd	19
4 SKÄLEN I DOKTRINEN	22
5 TEORIER OM SKÄLEN	25
5.1 Dygdeetik	25
5.2 Utilitarism	26
5.3 Liberalism	27

6	SKÄLEN I PRAXIS	29
6.1	RH 2004:41 Abortfallet	29
6.2	NJA 2002 s. 322 Den halvsvarta fakturan	30
6.3	T 11813-98 Bankkonton i Grekland	31
6.4	T 330-98 Äktenskapsförmedlingsfallet	31
7	SLUTSATS	33
	BILAGA – RÄTTSFALL	34
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	2

Sammanfattning

Pactum turpe eller med andra ord osedliga avtal kan delas in i två undergrupper. De som strider mot lag och de som står i strid med goda seder. Gemensamt för de båda är att avtalsinnehållet är otillåtet. Denna uppsats fokuserar på vad som egentligen utgör goda seder och hur dessa begränsar avtalsfriheten samt skälen bakom detta. Den traditionella rättsdogmatiska metoden har använts för att gå igenom ett mycket varierande och tyvärr till viss del bristfälligt material. Fyra grupper av typiska avtal som strider mot goda seder har, trots ett mycket osäkert rättsläge, identifierats; undandragande av skatt, spel och vadhållning, otillåtna näringsverksamheter samt familjerelationer. De vanligaste skälen bakom avtalstyperna är samhällsnyttan, ekonomisk effektivitet, personlig integritet, distributiv rättvisa, värderingar och moralföreställningar samt skydd för de svaga. Dessa sex argument har också kritiskt prövats. De tre moralfilosofiska skolorna dydetik, utilitarism och liberalism har sedan jämförts med domskäl från praxis vilket visade på häpnadsväckande brister i de senare.

Abstract

Public policy can be ordered into two distinct subsidiary groups, one where an agreement is looked upon as contrary to good morals and one where it is in breach of law. The common element here is that the content of the agreement or contract is illicit. The focus of this essay is what good morals really mean and how these limit the freedom of contract. The reasons behind this are also closely examined. Although varied and unfortunately to some extent insufficient material, the traditional dogmatic method has been applied onto this. Despite the uncertain legal status four groups of typical agreements contrary to good morals can be identified. These are taxavoidance, gaming, illicit businesses and family relations. The most common reasons behind these kind of agreements are the common benefit, economic efficiency, personal integrity, distributive justice, judgement, moral imagination and protection of the weak. These six arguments are critically examined. Finally the three theories virtue ethics, utilitarianism and libertarianism is compared with case law. The cases show an astonishing lack of motivation.

Förord

Först vill jag faktiskt passa på att skicka en vänlig tanke till dem som har skrivit om pactum turpe tidigare – utan den grunden hade jag inte kunnat bygga ihop denna uppsats. Jag vill tacka min handledare, Christian Dahlman, som gav mig den frihet jag behövde för att kunna tänka samt kloka råd och synpunkter. I god ordning bör också min man Fredrik och min mor få ett stort tack för att de lyssnat på många yra tanketrådar. Tack också till Tina Vide som verkligen har visat mig hur stor nytta man kan ha av någon som är duktig på att korrekturläsa.

Förkortningar

HD	Högsta domstolen
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
AvtL	Avtalslagen (1915:218)

Terminologi

Pactum turpe	- osedligt avtal
Boni mores	- goda seder
In fraudem legem	- i strid med lagens anda

1 Inledning

1.1 Syfte

Idén om vad vi ska göra med denna uppsats är att analysera vad pactum turpe egentligen innebär. Fokus kommer att ligga på vad som egentligen utgör goda seder, hur dessa begränsar avtalsfriheten samt skälen bakom detta. Vi kanske till och med kan gå så långt som att säga att vi kommer att behandla skälen till varför rättsordningen ser ut som den gör i Sverige just angående pactum turpe, vilket leder till följande frågeställningar.

1.1.1 Frågeställningar

- Vilka typer av avtal strider mot god sed?
- Vilka skäl ligger bakom detta?

1.2 Avgränsningar

Titeln på denna uppsats är på sätt och vis lite missledande eftersom den egentligen handlar om de avtal som strider mot god sed och inte så mycket om de som strider mot lag. Detta beror bl.a. på att avtal som står i strid med lag dels inte är särskilt svåra att identifiera samt dels att lagstiftaren i dessa fall har tagit en aktiv ställning. Vad gäller avtal in fraudulam legem kommer vi att utgå från att vi kan se dessa som en sorts analogi av avtal contra legem.

Vi kommer bara att ta upp dygdetik, utilitarism och liberalism som exempel på teorier bakom argumenten kring den begränsning i avtalsfriheten som pactum turpe fatiskt utgör. Detta av den enkla anledningen att det helt enkelt inte finns obegränsat utrymme för denna uppsats.

Inte heller alla begränsningar i avtalsfriheten kommer att behandlas, inte ens alla paternalistiska sådana. Exempelvis inte de som rör omyndigheten hos barn eller andra sådana inskränkningar som hos allvarligt psykiskt störda m.fl.

Ett närliggande område som likaledes kommer att ligga utanför vår här uppställda ram är de processrättsliga reglerna som omgärdar pacta turpia. Med detta avses framför allt regeln i rättegångsbalken i kap. 42: 4 § om avvisning ex officio om det är uppenbart att det rör sig om ett pactum turpe. 36 § avtalslagen skulle kunna spela en central roll beträffande att ett mål rörande pactum turpe tas upp till prövning men ogiltigförklaras eller jämkas helt eller delvis. Denna aspekt är något som har ett nära sammanhang med avvisningsreglerna och lämnas därför också utanför.

Eftersom vi inte ska ägna oss åt att studera skälen för att ha eller inte ha pactum turpe blir det inte fråga om en diskussion de lege ferenda. I det innefattas även diskussionen som flera tidigare uppsatser runt pactum turpe har tagit upp, nämligen huruvida det borde finnas en lagregel, som i flera av våra grannländers avtalslag eller dylikt.

1.3 Metod och Material

Vi kommer att använda oss av den traditionella rättsdogmatiska metoden för att kunna realisera syftet som nyss beskrivits. Pactum turpes karaktär av allmän rättsgrundsats gör dock åtminstone att lagar inte finns att tillgå. Förarbeten återkommer vi till nedan. Ämnesvalet för med sig ett fåtal rättsfall från de högre instanserna, men även övrig praxis är skral. I doktrinen är begreppet pactum turpe ofta omnämnt i de större avtalsrättsliga verken men sällan synat i sömmarna på ett mer djupgående sätt. Högsta domstolens spelfall har visserligen uppmuntrat till några artiklar som inte heller når fram till skälen bakom institutet pactum turpe. Undantag från denna dystra beskrivning finns så klart som alltid. Det vi istället gör, är att ta vägen via avtalsfriheten och rättsfilosofin, för att kunna få en mer djuplodad insikt i de bakomliggande argumenten och teorierna kring dessa.

1.4 Disposition

Vi börjar med en historisk tillbakablick i kapitel 2 för att ge en problembakgrund. Dessutom ger denna en bra utgångspunkt när vi ska beskriva och analysera vår tids syn på avtal i strid med god sed.

I kapitel 3 ska vi, som rubriken anger, försöka utreda gällande rätt. Det sker bl.a. genom katalogisering av den rättspraxis som finns och ett försök till att reda ut vilka typer av problem vi brottas med bland de överenskommelser som utgör pactum turpe och pudelns kärna; god sed. Det centrala i detta kapitel är dock att med hjälp av den doktrin som finns klarlägga rättsläget.

För att vi ska få en ökad förståelse för varför praxis ser ut som den gör och varför god sed ser ut som den gör ska vi i kapitel 4 bena ut argumenten bakom pactum turpe som de framställts i doktrinen.

I avsnittet (kapitel 5) som handlar om de 3 skolorna vi har valt för att belysa hur olika teorier har bildats kring begränsningar i avtalsfriheten. Här möter vi dygdetik, utilitarism och liberalism. Anledningen till att det är just dessa 3 är att de är de som står kanske längst ifrån varandra vad gäller avtalsfriheten och sålunda även gällande institutet pactum turpe.

Kapitel 6 är till för att belysa hur vi med de tre skolorna kan analysera hur pactum turpe har motiverats i rättspraxis från 1900-talet. Vi kan uttrycka det på så vis att vi ska kalkera över skälen från den högsta dömande instansen i varje mål på var och en av det tre teorierna och se vilken bild vi får.

Slutsatsen ger förhoppningsvis svar på de frågeställningar som ovan angivits.

2 Historik

Det är nu dags för oss att ge oss ut på en resa, från antikens Rom till nutid och på detta vis beskriva den faktiska utvecklingen som lett fram till hur institutet *pactum turpe* ser ut idag i svensk rätt.

Under republikens tid i det romerska imperiet fanns en uppdelning av konsekvenserna av att ett avtal stred mot lag. Detta berodde på att det fanns tre typer av lagstiftning;

- *legem imperfectae*
- *legem minus quam perfectae*
- *legem perfectae*

Bara avtal som *legem perfectae* blev utan verkan initialt och *legem minus quam perfectae* ledde till sanktioner. *Legem imperfectae* däremot, gjorde varken att ett avtal automatiskt blev ogiltigt eller att någon sanktion aktualiserades.¹

Den romerska rättens klassiska period brukar anges från ca 100 f Kr till slutet av 200-talet.² Från denna period kom *leges perfectae* att bli accepterade som ett mer modernt och effektivt sätt att förverkliga lagstiftarens intentioner. Detta ledde i realiteten till en ökad inskränkning av avtalsfriheten.³

Fram till Roms delning och fall, dvs. under den post-klassiska eran, uppvisade lagstiftningen en ökad tendens till att ingripa i individens frihet och i dennes privata sfär. Vid tidpunkten för Codex Theodosius år 438, ledde alla typer av avtal som stred mot lag, till ogiltighet (nullitet) och på grund av detta frånföll också distinktionen mellan de olika formerna av *lex*.⁴ Bland de historiska källor vi känner till finns det omnämnt i Codex Theodosius att även de avtal som stred mot lagens anda var ogiltiga. Syftet med ett stadgande skulle inte kunna kringgås med hjälp av t.ex. en omformulering.⁵

Avtal som inte överensstämde med *boni mores* under antiken betraktades också som ogiltiga.⁶ Från och med 100-talet finns de goda sederna med i det bevarade källmaterialet som en ogiltighetsgrund i den romerska klassiska rätten. Det finns dock ingen definition men Papinianus skrev: ”pliktkänslan och vår naturliga kärlek till gudar, föräldrar eller andra nära släktingar, den respekt eller högaktning en person åtnjuter i samhället och den medfödda

¹ Zimmernann, *The Law of Obligations*, s. 697f.

² Tamm, *Romersk rätt och europeisk rättsutveckling*, s. 14.

³ Tamm, *Romersk rätt och europeisk rättsutveckling*, s. 17 & Zimmernann, *The Law of Obligations*, s. 700.

⁴ *Ibid.*

⁵ Zimmernann, *The Law of Obligations*, s. 702.

⁶ Zimmernann, *The Law of Obligations*, s. 706.

känslan av skam, är det som sedan urminnes tider sammanhållit samhället i stort”. Familjelivets moraliska integritet i dess vidaste bemärkelse utgjorde kärnan i vad som ansågs vara giltiga avtal. Dock tillämpades ogiltighetssanktionen även i vissa andra fall då ett avtal stred mot god sed utanför privatlivets sfär som t.ex. vid friskrivning från dolus.⁷

Rättsutvecklingen följde under medeltiden på den romerskrättsliga traditionen i formen av *ius commune*, den allmänna eller generella rätten. Denna benämning härstammar från den bearbetning av den justinianska rätten som uppkom i Bologna. *Ius commune* blev sedan grunden för rättsvetenskapen fram tills de stora kodifikationerna trädde i kraft. Den romerska rätten genomgick stora förändringar för att anpassas till lokal rätt i Europa som tiden efter 1200 i allt större utsträckning började få skriftlig form.⁸ Även i de nordiska länderna skedde detta och t.ex. landskapslagarna från 1200 och 1300-talet har delvis romersk rätt som förebild.⁹ Sedan gammalt har Sverige och dess grannländer hyst en viss ovilja men har ändå varit föremål för en reception av romersk rätt från och med 1100 och 1200-talen eftersom nordiska studenter i någon utsträckning utbildades vid de italienska universiteten.¹⁰ Givetvis har vi också kopplingen till kyrkans kanoniska rätt som tillsammans med *ius commune* bildade de två universella rättssystemen – *utrumque ius*. Denna koppling bidrog också till den romerska rättens spridning. Trots att Norden och England tillsammans med övriga Europa inte betraktade *ius commune* som en subsidiärt gällande rättskälla gjorde den nya rättsvetenskapliga metoden och forskningen, om vi nu kan tala om en sådan i detta fall, inom den romerska rätten att även vi influerades starkt.¹¹

Under 1700 och 1800-talen blev den generella regeln att alla avtal som stred mot god sed var ogiltiga. Detta var anledningen till att reglerna om *pactum turpe* kodifierades i franska Code civil år 1804 och tyska BGB år 1900. Dessa influenser har lett fram till dagens rättsläge vilket vi återvänder till nedan. Vi bör i detta sammanhang även nämna Svensk rätts påverkan av speciellt tysk rätt på 1800-talet och början av 1900-talet.

Vad som i synnerhet utgör god sed har genomgått en förändring över tiden. Många överenskommelser, som tidigare generationer ansåg strida mot god sed, upprätthålls nu av domstolarna och vice versa. *Pactum turpe* varierar inte heller bara över tiden utan också mellan olika länders rättsordningar.¹² Resultatet blir därför att regeln kvarstår men tillämpningen varierar beroende på vilka principer som för tillfället styr det allmänna rättsmedvetandet.¹³

⁷ Papinianus D. 28, 7, 15 & Zimmermann, *The Law of Obligations*, s. 712.

⁸ Tamm, *Romersk rätt och europeisk rättsutveckling*, s. 256.

⁹ Tamm, *Romersk rätt och europeisk rättsutveckling*, s. 276.

¹⁰ Tamm, *Romersk rätt och europeisk rättsutveckling*, s. 278.

¹¹ Tamm, *Romersk rätt och europeisk rättsutveckling*, s. 256.

¹² Eriksson, *Arbitration and the Contracts Involving Corrupt Practices: the Arbitrator's Dilemma*, s. 378.

¹³ Zimmermann, *The Law of Obligations*, s. 713f & Stein, *Roman Law in European History*, s. VIII.

Goda seder har alltså helan tiden varierat. Hur kan det komma sig om det nu är de mest grundläggande moralnormer som detta utgår ifrån? Detta problem har säkert många författare brottats med under årens lopp och vi ska inte göra några anspråk på att kunna besvara detta här och nu. Trots allt är det ändå mycket märkligt att några situationer från tid till annan har dansat in i rättssystemets trygga sfär för att sedan dansa ut igen.

3 De lege lata

I förarbeten till Avtalslagen sägs att ett lagstadgande ”icke skulle äga något värde”.¹⁴ Frånsett att vi kan ha olika synpunkter på detta finns det ingen skriven regel om pactum turpe i svensk rätt. Våra nordiska grannländer Norge och Danmark har särskilda stadganden där avtal som strider mot lag eller god sed regleras. Även Tyskland och Frankrike har i BGB och Code Civil dessa paragrafer. Pactum turpe är alltså i Sverige en allmän rättsgrundsats som förekommer i praxis i de mest skilda situationer. Gemensamt för dessa är trots detta att det handlar om begränsningar i individens rätt till att sluta avtal.

3.1 Avtalsfrihet

Generellt kan sägas att det relativt sett finns ganska få begränsningar när det gäller avtal mellan privatpersoner i Sverige.¹⁵ Avtalsfrihet är tillsammans med pacta sunt servanda ett av ledorden i vårt rättssystem. Vi kan också dela upp avtalsfriheten i, i sin tur olika slag av frihet: frihet att ingå avtal eller låta bli att göra det, välja med vem och på vilket sätt samt att parterna bestämmer avtalets innehåll.¹⁶ Den sista, innehållsfriheten traditionellt uppfattats som den viktigaste.¹⁷ Alla ogiltighetsregler och jämningsregler är av tvingande karaktär och utgör därför en yttre ram för avtalsfriheten.¹⁸

Det vi hittills talat om är den legala avtalsfriheten. Denna är en s.k. negativ frihet. Den positiva friheten eller faktisk avtalsfrihet däremot innebär att en person har möjligheten eller förmågan att göra något eller att avstå från att göra något (t.ex. sluta avtal). Det är alltså inte bara legala hinder som inskränker en persons handlingsmöjligheter.¹⁹

3.2 Paternalism

Alla inskränkningar i friheten att välja sitt avtalsinnehåll som vi beskrivit nyss är en form av paternalism. Paternalism (från latinets pater, fader) innebär att samhället, t.ex. genom lagstiftning, begränsar medborgarnas frihet ”i deras eget intresse”.²⁰ Det förutsätter i princip att det finns marknadsimperfectioner som gör att de vars frihet begränsas inte har möjlighet att göra helt rationella val.²¹ Vi skulle dock som sagt göra ett misstag om vi antog att en enda princip styr all form av paternalism. Ett

¹⁴ Prop. 1915:83 s. 120 & Kommittébetänkandet 2 saml. 2 avd. 1 band, s. 103.

¹⁵ Ingvarsson, Spel och osedliga avtal, s. 739.

¹⁶ Taxell, Avtalsrättens normer, s. 32.

¹⁷ Nybergh, Avtalsfrihet – rätt till avtal, s. 74.

¹⁸ Grönfors, Avtalslagen, s. 182.

¹⁹ Svensson, Avtalsfrihet, s. 222f.

²⁰ <http://www.ne.se>, 2007-05-28.

²¹ <http://plato.stanford.edu/entries/paternalism/>, 2007-05-20.

gemensamt drag för alla former av paternalism är, trots att alla försöker skydda löftesgivaren eller tredjeman från konsekvenserna av sina egna överenskommelser, att de har olika syften och gör det på olika sätt.²²

När det kommer till kritan är alltså alla former av pactum turpe en paternalistisk inskränkning i vår rätt att välja avtalsinnehåll. Om det är rätt eller fel försöker de tre moralfilosofier vi kommer att möta i nästa kapitel att försöka besvara. Något vi dock kan sluta oss till att denna typ av begränsningar i avtalsfriheten har ökat, också under de senaste decennierna. Detta har framför allt skett genom utökad lagstiftning inom de områden som redan tidigare hade tvingande regler för avtal.

3.3 Pactum turpe

Pactum turpe innebär att avtalets innehåll är otillåtet. Det kan strida mot lag eller goda seder.²³ En sådan här överenskommelse behandlas inte såsom ickeexisterande, men fullgörelse kan inte framtvingas i domstol eller på annat sätt få rättsordningens stöd och avvisning skall i uppenbara fall ske ex officio.²⁴ Somliga författare i doktrinen menar dock att denna allmänna rättsgrundsats endast är tillämplig på avtal som strider mot lag.²⁵ Oavsett torde det i alla fall finnas en möjlighet för domstolen att ta upp frågor om avveckling eller återgång om endera av parterna redan utfört sin prestation.²⁶

Det tvistas alltså i doktrinen om pactum turpe fortfarande har någon plats i vårt rättssystem eller om det helt enkelt handlar om vilken rättsföljd denna ska ha bl. a. just eftersom en mer flexibel lösning än ogiltighet eller avvisning uppenbarligen behövs. Flera rättsfall som återspeglar situationer som säkert återkommer ofta i verkliga livet tyder på detta.

Den reglering av avtal som inte överensstämmer med god sed och förvisso pactum turpe generellt i Sverige idag är minst sagt oklar. En del uppsatser som har behandlat pactum turpe tidigare menar att en lagparagraf skulle hjälpa upp situationen. Detta kan inte vara riktigt. Om nu regeln finns som en allmän rättsgrundsats och får samma innehåll i en paragraf innebär det ingen förändring av rättsläget. Rättssäkerheten är ingalunda räddad bara för att vi får en uttrycklig lagregel. Sedan är det en annan sak att regeln kanske får en tydlighet som den nu saknar eftersom vi i det läget skulle få lagstiftaren att ta en aktiv ställning. Veterligen har inte de länder som faktiskt har en bestämmelse fått en bättre reglering av de besvärliga och ofta kontroversiella mål som aktualiserar pactum turpes rättsföljder.

²² Kronman, *Paternalism and the Law of Contracts*, s. 765.

²³ Adlercreutz, *Avtalsrätt I*, s. 287.

²⁴ Adlercreutz, *Avtalsrätt I*, s. 231 & Ingvarsson, *Spel och osedliga avtal*, s. 739.

²⁵ Jmf Ramberg & Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, s. 204, Ramberg, C, *Avtal om Abort – Pactum Turpe*, s. 314. & Ingvarsson, *Spel och osedliga avtal*, s. 758.

²⁶ Adlercreutz, *Avtalsrätt I*, s. 287.

3.3.1 Contra legem

Många olika slag av lagstiftning innehåller en eller annan form av begränsning i avtalsfriheten, från tvingande konsumentskydd och dylikt, konkurrenslagstiftning och fastighetsreglerna till avtal om brottslig handling. Som exempel på denna typ av strafflagstiftning skulle vi kunna ta avtal om aktiv dödshjälp eller köp av sexuella tjänster.

Något som i detta sammanhang också bör nämnas är, att något som skiljer fallet contra legem från contra boni mores, är att då en överenskommelse strider mot en lagregel har lagstiftaren markerat sitt ställningstagande, till skillnad från då en situation av en eller annan anledning förblivit oreglerad.²⁷

3.3.2 Contra boni mores

Till skillnad från vad som gällde i gångna tider är rättsläget idag ytterst oklart med några få undantag för vissa mycket specifika situationer som HD har tagit upp till prövning.²⁸ Detta återkommer vi till lite närmare strax. Redan nu kan vi dock konstatera att det som är innehållet i goda seder inte kan fastställas med hjälp av tillfälliga opinioner. Om vi exempelvis skulle jämföra skatteflykt med stora avgångsvederlag, s.k. fallskärmar, dvs. vad som beivras med det allmänna rättsmedvetandet, får vi troligen två olika resultat.²⁹ Vi kan också ställa oss den kontroversiella frågan om vems åsikt som ska ligga till grund för vad som utgör god sed.³⁰ Frågan om vad god sed egentligen bör innefatta, med tanke på rättssäkerheten, är en politisk sådan som kan nå rättssystemet genom lagstiftning av riksdagen.³¹ Det som lämpar sig för en juridisk analys är däremot vad goda seder står för i gällande rätt. Som sagt är rättsläget emellertid ovisst.

En sak som vi trots allt kan slå fast är att bortsett från att rättsgrundsatsen om avtal i strid med god sed kompletterar ofullständiga förbudsstadganden, utgör denna en självständig ogiltighetsgrund, som träder in när det inte finns ett samband med ett stadgande.³²

3.3.2.1 Typer av avtal som står i strid med god sed

Vad betyder då egentligen lokutionen god sed eller vedertagna moralnormer? Doktrinen har inte riktigt lyckats svara på denna fråga och det finns cirka tjugo svenska rättsfall av varierande kvalitet från 1900-talet och framåt. En del författare har till och med gått så långt som att säga att det

²⁷ Ramberg, C, Avtal om Abort – Pactum Turpe, s. 311.

²⁸ Ramberg & Ramberg, Allmän avtalsrätt, s. 204.

²⁹ Ingvarsson, Spel och osedliga avtal, s. 756.

³⁰ Ramberg, C, Avtal om Abort – Pactum Turpe, s. 311.

³¹ Ramberg, C, Avtal om Abort – Pactum Turpe, s. 313.

³² Ingvarsson, Spel och osedliga avtal, s. 751.

förmodligen inte är möjligt att svara på denna fråga.³³ I de cirka tjugo fallen från praxis innefattas ungefär hälften som *contra legem*. I bilagan till denna uppsats återfinns vi en lista på dessa. Vi kan snabbt konstatera att det inte är en homogen samling, snarare tvärtom. Rättsfallen ger inget heltäckande svar på innehållet i goda seder men viss ledning ger de ändå. Trenden verkar, på senare år, vara att avtal med osedligt eller lagstridigt innehåll inte avvisas.³⁴ För övrigt är det bara i ett fåtal fall som invändning om att ett avtal strider mot goda seder framställts.³⁵ Några enstaka fall tar upp vad som inte är att betrakta som god sed och det finns inget som tar upp vad som positivt menas med uttrycket goda seder.³⁶

Det är följaktligen inte helt lätt att svara på vad god sed innebär. Kanske kommer vi fram till svaret någon gång i en avlägsen framtid men förmodligen inte under en överskådlig tidsperiod. Innehållet verkar vara för spretigt för att det i nuläget ska gå att göra något med generell räckvidd utav det. Om vi istället antar ett fågelperspektiv på begreppet goda seder och samtidigt koncentrerar oss på svensk praxis kring ämnet finner vi grupperingar av fall. Att skatteflykt ses på med oblidiga ögon av *fiscus* är ingalunda en överraskning. Däremot kan inställningen till spel förefalla paradoxal. De s.k. hedersskulderna var inte indrivningsbara och den som gav sig in i leken fick leken tåla, medan staten tjänade allt större summor varje år på svenskarnas spelande. Detta något skeva rättsläge har dock slätats ut till en viss grad av HD:s praxis. Här har vi också ett givet exempel på förändringen av våra moralnormer. Spel ansågs förr som något fult och skamligt, men det stämmer inte idag.

En annan grupp av fall som utkristalliserats kan vi exemplifiera med situationen när en näringsidkare har näringsförbud av en eller annan anledning men inte respekterar detta. Svårigheten i dessa fall är hur mycket en ovetande tredjepart ska kunna drabbas.

Avtal som kan stå i strid med goda seder, rör sig från att lova att rösta på ett visst politiskt parti till arbetsavtal som ligger på gränsen till slaveri eller varför inte s.k. kast med dvärg.³⁷ En faktor som bidragit till att goda seder har ändrats är att lagstiftning tillkommit på en del områden som var oreglerade i detta avseende tidigare.³⁸

Vi kan göra en grovskalig uppdelning av vilka typer av mål det rör sig om när *boni mores* aktualiseras. Ett område som genererar förhållandevis många HD-avgöranden är undandragande av skatt. Spel och kanske också vadhållning har utkristalliserats som en egen sorts fall. En åsikt är att spel inte utgöt *pactum turpe* längre.³⁹ En annan är att det inte går att ställa upp

³³ Ingvarsson, Spel och osedliga avtal, s. 758.

³⁴ Ramberg, Avtal om Abort – *Pactum Turpe*, s. 310f.

³⁵ Ingvarsson, Spel och osedliga avtal, s. 752.

³⁶ Ingvarsson, Spel och osedliga avtal, s. 758.

³⁷ Andersen, Aftaler og mellemmand, s. 235.

³⁸ Jmf Ingvarsson, Spel och osedliga avtal, s. 750.

³⁹ Ramberg & Ramberg, Allmän avtalsrätt, s. 204.

någon generell regel utifrån HD:s praxis.⁴⁰ Både spel och vadslagning är hedersskulder och regleringen av dessa är sedvanerättslig.⁴¹ Några fall har temat att näringsidkare ägnar sig åt ljusskygga affärer. Det finns en grupp med övriga fall, som i brist med ett bättre begrepp, går att summera under familjerelationer. Det kan vara frågan om äktenskapsförmedling eller avtal om aborter. Detta är ungefär så långt vi kan komma här.

En del av svårigheten att fastställa innehållet i goda seder är beroende av att den allmänna moraluppfattningen skiftar över tid och kulturgränser. För att belysa föränderligheten, som vi diskuterade tidigare, av vad som anses vara goda seder, kan vi ta ett fall från 1975 i Tyskland, där ett avtal ogiltigförklarades såsom stridande mot god sed eftersom ett ogift par skulle hyra ett dubbelrum på ett hotell.⁴²

Fortfarande tycks avtal rörande familjerelationer betraktas som moraliskt förkastliga. Exempel på områden där detta kan aktualiseras, som veterligen inte finns någon svensk praxis på, är insemination, in vitro befruktning, spermadonatorer (och deras avtal med doktorer) samt surrogatmammor.⁴³ Ett väldigt gammalt avgörande från Storbritannien (Pearce v. Brooks, 1886) handlar om en droska som en man byggt åt en prostituerad. Kravet på betalning ogillades i domstol eftersom droskan skulle användas, med hans vetskap, i syftet att den prostituerade skulle locka till sig män. Effekten av domen är att den prostituerade slapp betala droskan, trots att det var hennes beteende som ledde till ogillandet.⁴⁴ Sexuell moral och allmänt uppförande är något som berör många.⁴⁵ Även områden som i första hand rör kvinnor som t.ex. prostitution och barnförsäljning är mycket omstridda.⁴⁶ Den s.k. dubbla bundenheten innebär att kvinnors integritet står mot deras frihet att bestämma över innehållet i överenskommelser.⁴⁷

Denna grupp som vi sammanfattar under etiketten familjerelationer är den grupp som är klart sämst motiverad ur moralsynpunkt. Här hamnar vi en genusfråga vare sig vi vill eller ej. Om vi ser till vilka typer av fall som HD trots allt beviljat prövningstillstånd för står det klart att det handlar om fall där anknytning till skatt, och andra typer av otillåten näringsverksamhet. De fall som verkar stanna i tingsrätten och avvisas är de som har en mer ”privat” karaktär. Denna privata sfär befinner sig kvinnor i, traditionellt sett, i större utsträckning än män. Det kan vara fråga om abort, äktenskapsförmedling etc. Det verkar nästan som om vi inte har kommit längre än att detta är ”kvinnoangelägenheter” och trots att det säkert är ett praktiskt dvs. vanligt förekommande problem tar inte rättsväsendet hand om det. Starkast vinner verkar vara det som gäller istället för att tvisten prövas materiellt. Något som också är ytterst kontroversiellt är när en fråga handlar

⁴⁰ Agell, Rätten till spelinsatser, som lämnats till arrangör av pokerspel, s. 631.

⁴¹ Adlercreutz, Allmän avtalsrätt I, s. 287.

⁴² Zimmermann, The Law of Obligations, s. 715.

⁴³ Zimmermann, The Law of Obligations, s. 714.

⁴⁴ Ramberg & Ramberg, Allmän avtalsrätt, s. 205.

⁴⁵ Zimmermann, The Law of Obligations, s. 714.

⁴⁶ Radin, Contested commodities, s. 131.

⁴⁷ Radin, Contested commodities, s. 123.

om pengar i den privata sfären. Vi kan önska oss att verkligheten inte ser ut på så vis att t.ex. kvinnor gör abort på grund av ekonomiska överväganden, men det framstår som naivt. Borde inte domstolarna utgöra ett forum där det finns plats för samhällets behov och problem? Vi kan ta detta ett steg till och ställa detta att saker som berör kvinnor i synnerhet hamnar utanför rättsmaskineriet, bredvid rätten till avtalsfrihet och då särskilt att bestämma över avtalsinnehållet.

3.4 Ogiltighet som rättsföljd

Det finns som bekant några olika ogiltighetsgrunder inom avtalsrätten. Osedliga avtal är en utav dem. Ett avtal som står i strid med goda seder leder inte, som antytts ovan, till ogiltighet ab initio. I NJA 1997 s. 93 uttalade HD att man i fall av rättshandlingar som strider mot lag måste beakta både ifall en ogiltighetspåföljd är påkallad, syftet med lagregeln samt konsekvenserna av den. När det gäller ett sådant legalt förbud mot ett visst avtal aktualiseras olika sanktioner beroende på vad lagen i fråga anger, exempelvis ogiltighet, skadeståndsskyldighet eller straffansvar.⁴⁸ När det inte finns något stadgat kommer den allmänna rättsgrundsatsen pactum turpe in.

Eftersom en överenskommelse som innefattar brottslig verksamhet inte automatiskt blir civilrättsligt ogiltig ogiltigförklaras den på samma sätt som andra pacta turpia.⁴⁹

Det finns egentligen ingenting som närmar sig en definition av ogiltighet i den civilrättsliga lagstiftningen.⁵⁰ Olika uppdelningar av ogiltighet har förekommit i diskussionen i doktrinen. Det finns ingen generell vedertagen, utan tvärtom flera olika. En ofta förekommande uppdelning följer här:

- Nullitet
- Angriplighet

Skillnaden på dessa två är att vid nullitet är ogiltigheten absolut, beaktas ex officio, är oläkbar samt verkar även mot en godtroende medkontrahent. Vid angriplighet är det precis tvärt om dvs. att den inte är absolut, beaktas inte ex officio, är läkbar och verkar alltså inte mot tredje man i god tro.⁵¹ Traditionellt har pactum turpe medfört nullitet. Numera är läget ett helt annat, nämligen att det inte går att ställa upp en generell princip för rättsföljden av ett avtal som inte överensstämmer med vedertagna moralnormer.⁵² Här följer likväl ett exempel:

”Avtal i strid med goda seder är inte bindande för någon av parterna. Ett avtal som syftar till något osedligt kan inte genomdrivas. Även om ena

⁴⁸ Lehrberg, Avtalsrättens grundelement, s. 192.

⁴⁹ Lehrberg, Avtalsrättens grundelement, s. 194 & Grönfors, Avtalslagen, s. 181.

⁵⁰ Grönfors, Avtalslagen, s. 177.

⁵¹ Adlercreutz, Avtalsrätt I, s. 231.

⁵² Almén & Eklund, Lagen om avtal, s. 103.

parten har presterat i enlighet med överenskommelsen finns ändå ingen skyldighet för motparten att utföra motprestationen. En tvist där avtalet går ut på en osedlig prestation skall avvisas av domstolen och alltså inte prövas materiellt. Om prestation skett i enlighet med överenskommelsen, medför ogiltigheten att prestationerna skall återgå. Domstolen har därvid att avgöra hur prestationerna skall återbäras.”⁵³

Som framgår av denna formulering av en allmän regel kan därför följden av en överenskommelse som inte överensstämmer med vedertagna moralnormer antingen vara civilrättslig, vari innefattas ogiltighet, eller processrättslig, dvs. avvisning eller materiell prövning.⁵⁴

Pactum turpe har en ganska brokig historia som vi skisserade i kapitel 2. Vi kan göra en intressant jämförelse mellan regleringen under republikens tid i Rom av de olika typerna av lex och dagens olika former av ogiltighetssanktionen. I mellantiden, dvs. nära 2000 år, har pactum turpe behandlats på ett mycket strikt sätt. Allt eller inget har varit normen fram till början av 1900-talet.

Det har varit uppe till förslag att införa pactum turpe i tredje kapitlet avtalslagen, men så har ännu ej skett. Det återstår att se hur det blir när vi får en ny avtalslag så småningom. Rättsfallet NJA 1997 s. 93 spred ljus över fall där en överenskommelse strider mot lag eller lagens syfte. Vi kanske kan sträcka oss så långt som att säga att de kriterier som presenterades där även kan användas i fall där avtal strider mot vedertagna moralnormer. Några justeringar i formuleringen är dock av nöden. Visst kan vi bedöma dessa fall med hjälp av om en ogiltighetspåföljd är påkallad, syftet med normen samt konsekvenserna av den. Normen är alltså lika med den moralregel som aktualiseras in casu.

Det försök till en generell regel som Ingvarsson gav sig in på nyss för avtal contra boni mores står sig väl om vi antar att avvisning är den väg domstolarna väljer. Alternativet att domstolen faktiskt tar upp fall till prövning istället skulle förmodligen främja om inte annat rättsäkerheten och vi skulle inte heller riskera att alla inte får en rättvis rättegång i enlighet med europakonventionen för mänskliga rättigheter (art. 6).

Ett rimligt antagande är att ett avtal contra boni mores inte bör träffas av mer ingripande rättsföljder än ett contra legem, inte minst för att det i vissa situationer inte går att klart utrona vilken typ av pactum turpe vi har att göra med.⁵⁵

Utifall prestation i enlighet med avtalet som står i strid med god sed har skett, t.ex. om naturaprestationen utförts men inte betalningen, kanske vanliga avtalsrättsliga regler aktualiseras och då särskilt läran om non lucri cum damno eller s.k. obehörig vinst. I annat fall kan det gå så illa att ena

⁵³ Ingvarsson, Spel och osedliga avtal, s. 751.

⁵⁴ Ramberg & Ramberg, s 205.

⁵⁵ Ingvarsson, Spel och osedliga avtal, s. 751.

parten gör en omotiverad vinst på den andra partens bekostnad.⁵⁶ Ett mycket udda exempel på en omvänd situation är att en person som lovat att naken urinera på ett köksgolv under en filminspelning inte genomförde detta. Situationen är alltså omvänd på så vis att det här är naturaprestationen som inte har fullgjorts. Naturligtvis kan inte denna framtvingas, men hävning och skadestånd skulle kunna aktualiseras.⁵⁷

Som det ser ut idag med tanke på omotiverad vinst och eftersom många fall inte prövas materiellt torde ena parten i ett omoraliskt avtal ro hem alla fördelarna. Sällan är detta särskilt tillfredsställande när vi ser närmare på ett enskilt fall. Det finns ett skriande behov av en mer flexibel lösning än nullitet eller avvisning. Nu är det inte så att bara för att ett avtal granskas under en domstols lupp att det blir till alla delar gällande. Tvärtom skulle många troligen bli jämkade med stöd av 36 § avtalslagen om inte annat. Detta verkar också vara trenden, dvs. att domstolar i allt större mån tar upp fall som tidigare fått sin lösning på annat sätt än genom att tvisten slits i domstol. Vi kan också fråga oss, precis som i många andra rättsområden, hur många av de egentliga tvisterna som når tingsrätterna. Merparten ”löses” säkert på något annat sätt när vi talar om pactum turpe. Långt ifrån alla fall får nog samma lösning som om en dom i fallet skulle ha gett.

Ogiltighet, vare sig det är frågan om en ren nullitet eller angriplighet, något ”fyrkantigt” över sig. Det kan vi nog också konstatera rörande avvisning i samband med anhängiggörandet av en sådan här tvist vid domstol. Det torde räcka med straffrättsliga sanktioner för att få önskad effekt. Rättsutvecklingen medför i allt större utsträckning ett behov av mellanlösningar istället för allt eller inget-lösningar.⁵⁸

⁵⁶ Ramberg & Ramberg, s. 205 & Westberg, s. 11.

⁵⁷ Ramberg & Ramberg, s. 204.

⁵⁸ Westberg, Svarta pengar – inget för allmän domstol?, s. 11 & Grönfors, Avtalslagen, s. 178.

4 Skälen i doktrinen

När vi nu har rätt ut vad goda seder egentligen står för är det dags för oss att fördjupa oss i de skäl, som presenteras i doktrinen, vilka finns bakom de olika slagen av avtal.

Pactum turpe antas vanligen reflektera de fundamentala sociala, ekonomiska, legala och politiska normer i samhället som är så grundläggande att de måste upprätthållas till vilket pris som helst och utan undantag. Dock behöver det inte vara samma normer som gäller i en stat som en annan med ett annat rättssystem, t.ex. ränta i muslimska länder. Ett annat exempel är att skiljeförfaranden fortfarande anses som stridande mot ordre public i en del utvecklingsländer.⁵⁹ Bakom de legala förbuden finns en mängd syften; nationella, sociala, ekonomiska, statsfinansiella, hälsopolitiska, hygieniska etc.⁶⁰

Att avtalsinnehåll blir otillåtet innebär som vi kommit fram till i kapitel 3 en inskränkning i avtalsfriheten. En väg till otillåtet avtalsinnehåll är att detta inte överensstämmer med vedertagna moralnormer, boni mores. De skäl som framförts i doktrinen av Kronman respektive Ingvarsson är:

- Ekonomisk effektivitet
- Distributiv rättvisa
- Personlig integritet
- Värderingar och moralföreställningar

- Samhällsnytta
- Skydd av svaga

En typ av pactum turpe kan förklaras med ett av dessa argument eller en kombination av flera. Däri ligger problemets kärna. Eftersom varje typ av avtal som står i strid med vedertagna moralnormer eller lagstiftning oftast faller tillbaka på en kombination av dessa argument. Dessutom är ingen av dessa förklaringsmodeller heltäckande och de överlappar varandra i många avseenden.⁶¹ Vi hittade således sammanlagt sex olika argument bakom de olika avtalen som strider mot god sed. Vi ska gå in mer på djupet på dessa.

Ekonomisk effektivitet utgör ett skäl till varför vissa typer av avtal inte är tillåtna. Det finns två olika typer av ekonomisk effektivitet. ”Pareto-kriteriet är uppfyllt om åtminstone en individ får det bättre utan att någon annan individ får det sämre.”⁶² ”Kaldor-Hicks-kriteriet är uppfyllt om någon eller några individer får det bättre än vad övriga individer får det sämre.” Oftast

⁵⁹ Eriksson, Arbitration and the Contracts Involving Corrupt Practices: the Arbitrator's Dilemma, s. 378.

⁶⁰ Lehrberg, Avtalsrättens grundelement, s. 192.

⁶¹ Jmf Kronman, Paternalism and the Law of Contracts, s. 765.

⁶² Dahlman, Glader & Reidhav, Rättsekonomi, s. 54.

menar vi individens ekonomiska situation när vi uttrycker oss med bättre och sämre.⁶³ En del av de exempel som vi tagit upp, särskilt i föregående kapitel, är svåra att förklara med ekonomisk effektivitet. Arbetsavtal som gränsar till slaveri, prostitution eller avtal om aborter är några som i alla fall hypotetiskt skulle kunna vara ekonomiskt effektiva. Att dessa trots allt inte är tillåtna, hänvisas ofta till att det är det näst bästa sättet att komma åt och förebygga vissa former av bedrägeri och utnyttjanden, som vi inte annars kan stoppa. Några av de totala förbudena finns för att kunna hindra att människor t.ex. genom tvång ingår denna typ av avtal. Många skulle dock anse att slaveri inte kan tillåtas även om denna typen av icke önskvärda beteenden kunde stoppas på något annat sätt. Argumentet här är istället att vissa överenskommelser istället hotar löftesgivarens integritet och självrespekt. Detta blir särskilt tydligt när löftesgivarens värderingar ändras sedan avtalet ingicks.⁶⁴

Ekonomisk effektivitet som motivering till om ett avtalsinnehåll bör vara tillåtet eller inte är vanskligt. Det beror helt på vad vi lägger in i hur människor får det bättre och sämre. Bara rent monetära hänsyn räcker inte alltid hela vägen.

Några avtal som inte står i överensstämmelse med vedertagna moralnormer kan förklaras med distributiv rättvisa. Distributiv rättvisa definieras som ett sätt att fördela värden eller nyttigheter med olika kriterier som riktmärke. Dessa kriterier kan vara behov eller prestationsförmåga m.m.⁶⁵ Det finns två sätt att nå detta mål, antingen att ordna de skatterättsliga eller de privaträttsliga reglerna på så vis att det leder till att människor kan utbyta resurser mer effektivt.⁶⁶ Den distributiva rättvisan kan vara den tanke som ligger bakom t.ex. merparten av fallen om skattflykt eftersom rättsapparaten annars lånar sig till gå emot syftet med indrivning av skatt. De teorier som vi kommer in på i följande kapitel har dock olika uppfattningar om vad som konstituerar distributiv rättvisa. Detta ställer till det ordentligt för detta argument eftersom det gör att det blir osjälvständigt. Definitionen av distributiv rättvisa finns i lika många varianter som det finns teorier.

Argumentet om personlig integritet innebär att en person som ger upp en för stor del av sin frihet måste skyddas från sig själv, hur rationellt beslutet än är eller vilka tvingande omständigheter som än finns.⁶⁷

Personlig integritet är det som ligger närmast definitionen av paternalism. En individ skall beskyddas från sig själv och sina misstag. Ironiskt är risken att effekten blir motsatt som störst då. Detta eftersom frånvaron av friheten att välja sitt avtalsinnehåll gör intrång i den personliga integriteten på ett mycket ingripande sätt.

⁶³ Dahlman, Glader & Reidhav, Rättsekonomi, s. 56.

⁶⁴ Kronman, Paternalism and the Law of Contracts, s. 777.

⁶⁵ <http://www.ne.se>, 2007-05-28.

⁶⁶ Kronman, Paternalism and the Law of Contracts, s. 774.

⁶⁷ Kronman, Paternalism and the Law of Contracts, s. 775.

Argumentet, att vissa typer av avtalsinnehåll inte är tillåtet på grund av att det går emot våra värderingar och moralföreställningar, låter farligt likt ett cirkelresonemang. Vissa avtal tillåts inte just för att de går emot fundamentala värderingar. Frågan som genast gör sig påmind är vems värderingar som skall gälla och då är vi tillbaka i resonemanget som vi förde angående innehållet i goda seder.

Det har sagts mer än en gång att omoraliska avtal inte tjänar något samhällsnyttigt syfte.⁶⁸ Vi kan nog dock inte vara riktigt så kategoriska utan att det varierar beroende på vilken sorts omoraliskt avtal vi fokuserar på. Argumentet om samhällsnyttan är starkt förknippat med utilitarismen som vi kommer till i nästa kapitel. Samhällsnyttan, som den definieras av utilitarismen, är något som skulle kunna fungera som en måttstock för vilka avtal som bör tillåtas. Här hittar vi dock samma svaga punkter som när vi diskuterar kritik av utilitarismen. Risken för en felbedömning i det enskilda fallet eftersom det är svårt att se alla konsekvenser är förhållandevis stor. Om en sorts avtal kategoriskt anses som ett pactum turpe med påföljande ogiltighet finns risken för syndabockar som missgynnas för att samhället i stort ska vinna på det. Spelfallen är förmodligen de som är mest renodlade när vi ser till samhällsnyttan som argument. Ett inslag av skydd av t.ex. spelberoende finns dock med här också.

Sista argumentet går ut på ett skydd för svagare avtalsparter. Genom att samhället helt enkelt inte accepterar vissa avtal kan de inte ingå skadliga avtal.⁶⁹ Innan vi fick en utökad skyddslagstiftning, som t.ex. 36 § avtalslagen, har regeln om god sed använts för att skydda en svagare part i avtalsförhållanden.⁷⁰ En del pacta turpia kan dock fortfarande förklaras med hjälp av anledningen att de svagare människorna i samhället skyddas genom en paternalistisk begränsning i deras avtalsfrihet.

⁶⁸ T.ex. Ingvarsson, Spel och osedliga avtal, s. 743.

⁶⁹ Yxklinten & Taxell, Avtalsrätt – en inledning, s. 12.

⁷⁰ Zimmermann, The Law of Obligations, s. 715.

5 Teorier om skälen

Nu har vi gått igenom den historiska utvecklingen, gällande rätt, vad innehållet i god sed är och vilka argument som ligger bakom den paternalistiska begränsningen i innehållsfriheten. Därför ska vi nu gå steget längre, nämligen till de teoribildningar som försöker ge ett sammanhang till argumenten, t ex. samhällsnyttan, ekonomisk effektivitet, personlig integritet, distributiv rättvisa, värderingar och moralföreställningar samt skydd av svaga.

5.1 Dygdetik

Dygdetik sätter individens handlingsbenägenheter i centrum. Tillvaron är dock så komplicerad att vi inte kan och det är heller inte möjligt att låta vårt handlande styras enbart med hjälp av några enkla moraliska principer. Istället bör varje individ fostras till olika dygder. Det innebär i sin tur att dessa dygder leder till en benägenhet att handla på ett moraliskt riktigt sätt i olika kontexter.

Under antiken diskuterade Aristoteles de olika dygderna. Andra moralläror som vi kan nämna i sammanhanget är Thomas av Aquinos och Immanuel Kants besläktade pliktetik. I anglosaxisk moralfilosofi har dygdetik tagit en större plats under de senaste decennierna.⁷¹ Mycket av detta material har hämtat inspiration från Aristoteles ideér.⁷²

Alasdair MacIntyres teori, om att etisk godhet är samma sak som en dygd, är representativ för den moderna dygdetiken. Precis som Aristoteles utgår MacIntyre från relationen mellan ”människa” och ”god människa”. Vi kan göra en jämförelse med ”schackspelare” och ”god schackspelare”. Andra verksamheter kan inte definieras lika bra som t.ex. schack men kan ändå beskrivas genom vissa underförstådda ändamål, förträfflighetsmått och interna värden. Kärnan i denna lära är att det finns en dygd för varje typ av situation. Människor ska besitta en ”etisk duglighet” som bestäms av de relationer en person har i samhället. De olika verksamheter vi bedriver påverkar varandra och bildar ett komplicerat system som ständigt utvecklas. Den etiskt duglige individen har förmågan att harmoniskt uppfylla de mål och förträfflighetsmått samt de värden som kännetecknar olika verksamheter. Denna individ besitter också förmågan och benägenheten att göra en korrekt avvägning mellan de ibland motstridande krav som olika verksamheter ställer. Det sista elementet i MacIntyres teori är att våra verksamheter är förankrade i samhälleliga traditioner. Varje person är en traditionsbärare. Dessa traditioner fungerar som ett ledljus för att finna det etiskt goda. Olika filosofers moralläror är traditioner enligt MacIntyre.

⁷¹ <http://www.ne.se>, 2007-05-28.

⁷² Slote, *Morals from Motives*, s. 3.

Den vanligaste kritiken mot MacIntyre och dygdetiken i största allmänhet är bristande klarhet och svårigheten i att definiera olika värde, förträfflighetsmått och ändamål och göra en korrekt avvägning i olika situationer.⁷³

Det är en vanlig uppfattning rörande dygdetik att den inte avslöjar hur vi bör handla. Vi kan uttrycka oss i termer av att dygdetiken vanligen uppfattas så att den handlar om ”varandet” och inte så mycket om våra ”göranden”. Nu är det nödvändigtvis inte på det sättet.⁷⁴ Om vi ger en handlingsnorm skulle den kunna se ut så här: ”En handling är rätt om den överensstämmer med vad en dygdig person normalt (alltså handlande enligt sin karaktär) skulle göra under samma förutsättningar”. Något som dygdetiker tar fasta på är att vi inte bara är egennyttomaximerare utan att vi också är homo socialis.⁷⁵ Dock kvarstår problemet med hur lokala traditionerna eller sedvänjorna får vara.⁷⁶

5.2 Utilitarism

På samma sätt som det finns många olika former av dygdetik finns det olika former av utilitarism t.ex. handlingsutilitarism och regelutilitarism.⁷⁷ Vi ska här koncentrera oss på de gemensamma dragen i utilitarismen. Själva ordet utilitarism kommer av latinets utilis, användbar eller nyttig. Det är också det mest centrala i denna samling av teorier. Den moraliskt mest korrekta handlingen är alltid den som maximerar nyttan. Det är definitionen på vad nytta egentligen är som varierar mellan olika utilitarister. Det kan vara t.ex. lycka, njutning eller tillfredsställelse av önskningar eller preferenser.⁷⁸ Nyttan kan uttryckas som fördelarna av en handling vägt mot kostnaderna.⁷⁹ Den klassiska utilitarismen föreskriver att vi ska välja det handlingsalternativ som ger det största nettoöverskottet av nyttan när vi ser till konsekvenserna av handlingen.⁸⁰ Jeremy Bentham brukar anses vara utilitarismens fader och han menade att endast lustupplevelser har ett egenvärde. En modern variant står R.M. Hare för som utgår från en logisk analys av det etiska språket i sin teori.⁸¹

För paternalismens del innebär utilitarismen att paternalism är godtagbar så länge den sammanlagda nyttan blir större av den än frånvaron av den.⁸²

⁷³ Peczenik, Juridikens teori och metod, s. 71f.

⁷⁴ Hursthouse, Normative Virtue Ethics, s. 184.

⁷⁵ Peczenik, Juridikens teori och metod, s. 70.

⁷⁶ Peczenik, Juridikens teori och metod, s. 72.

⁷⁷ Jmf Smart & Williams, Utilitarianism for and against, s. 9.

⁷⁸ Wolff, An Introduction to Political Philosophy, s. 53.

⁷⁹ Wolff, An Introduction to Political Philosophy, s. 56.

⁸⁰ Simmonds, Juridiska principfrågor, s. 25.

⁸¹ Peczenik, Juridikens teori och metod, s. 65.

⁸² Wolff, An Introduction to Political Philosophy, s. 56.

Den kritik som ofta har riktats mot utilitarismen är att den inte berättar hur vi ska mäta nyttan.⁸³ Nästa problem med utilitarismen är att vissa individer så att säga blir syndabockar. Låt oss belysa detta påstående med ett motexempel: vi antar att en person inte vill leva, dvs. har en svag preferens för att leva. Genom att döda denna individ kan vi transplantera kroppsdelarna till andra, som har en mycket stark preferens för att leva och som behöver dessa organ m.m. Bör vi då döda denna individ och verkställa transplantationerna? Nyttokriteriet ger kanske inget godtagbart svar i denna fråga.⁸⁴ Trots denna kritik är utilitarismen en av de mest inflytelserika moralfilosofierna, inte minst under 1900-talet.⁸⁵

5.3 Liberalism

För liberalismen är frihet från tvång ett absolut värde. Det spelar härvidlag ingen roll om tvånget utgår från en stat eller andra individer.⁸⁶ Det finns en stor delning inom denna skola brukar hänvisas till i termer av libertarianer och liberaler. Skillnaden dem emellan är synen på staten och egendomsfördelning. Libertarianerna vill ha en minimal stat. Robert Nozick menar t.ex. att beskattning endast får ske i syfte att skydda människor från varandra eller främmande krigsmakter och dylikt. Särskilt en gren inom liberalismen som kallas socialliberalism håller inte med om detta utan anser att staten har en uppgift att om distribuera egendom från de rika till de fattiga för att säkerställa jämlik frihet för alla. Den stora skillnaden utgår alltså från huruvida egendom ingår i en individs skyddade sfär eller inte.⁸⁷

Nozick som nämndes ovan är en av de ledande filosoferna inom liberalismen. Historiskt sett har John Lockes idéer spelat en viktig roll och en av dessa är att en överlåtelse är rättvis om den grundar sig på den berättigades fria vilja.⁸⁸ Enligt Nozick har en person exklusiva rättigheter till sig själv och inga rättigheter till andra personer. Ur detta härleds i sin tur rätten till frihet och egendomsrättigheter.⁸⁹ Liberalism fokuserar alltså på att vi har rätten att bestämma över oss själva. Något som är gemensamt för liberalerna och libertarianerna är att båda anser att alla fundamentala individuella rättigheter är äganderätter.⁹⁰ Nozicks inställning till paternalism är att ingen form är godtagbar. En person bör ha friheten att välja vad denne låter andra göra mot sig själv.⁹¹

En fråga som liberalismen ofta har svårt att svara på är hur samhället skulle se ut med frihet som ”en enda enkel princip”. En annan fråga som tillika vållar problem, särskilt för de som inte är libertarianer, är samhällets nya

⁸³ Wolff, *An Introduction to Political Philosophy*, s. 54.

⁸⁴ Peczenik, *Juridikens teori och metod*, s. 67.

⁸⁵ Bergström, <http://www.ne.se>, 2007-04-06.

⁸⁶ <http://www.ne.se>, 2007-04-06.

⁸⁷ Wolff, *An Introduction to Political Philosophy*, s. 148f.

⁸⁸ Peczenik, *Juridikens teori och metod*, s. 69.

⁸⁹ Simmonds, *Juridiska principfrågor*, s. 63.

⁹⁰ Vallentyne, *Left-libertarianism and Its Critics*, s. 1f.

⁹¹ Nozick, *Anarchy, state and utopia*, s. 58f.

medlemmar, dvs. de som föds eller invandrar efter det att möjligheterna till att få del i egendom blivit begränsad. Bör inte de ha rätt till sin del av egendoms-kakan?⁹²

Philipp van Parijs har ställt upp tre villkor för ett samhälle där vi är så fria som möjligt, som svar på hur ett fritt samhälle skulle se ut;

1. Det finns en väl fungerande rättighetsstruktur (säkerhet).
2. Strukturen är sådan att varje person äger sig själv (självägandeskap).
3. Denna struktur är sådan att varje person har den största möjligheten att göra vadhelst hon vill göra (leximin möjlighet).⁹³

⁹² Peczenik, Juridikens teori och metod, s. 70.

⁹³ Van Parijs, Real-libertariansim, i: Left-libertariansim and Its Critics, s. 123.

6 Skälen i praxis

De rättsfall som vi tidigare tagit upp som exempel på vilka typer av avtal som aktualiserat pactum turpe i rättspraxis skall vi nu använda en gång till, fast på ett annorlunda vis. Tanken är att vi nu ska använda domskälen i den högsta instansen i varje fall och utkristallisera vilka argument som ligger till grund för att avtalet betraktas som stridande mot goda seder. I bilagan finns tolv rättsfall nämnda där vedertagna moralnormer har tagits upp till prövning. Tyvärr är det emellertid på det viset att i flera av dessa fall saknas motivering eller ens försök till motivering till varför avtalet är att betrakta som ett pactum turpe. I domskälen anges endast att avtalet strider mot goda seder och därför inte bör åtnjuta rättsordningens gillande eller en liknande formulering och punkt slut, inget mer. Därför vore det poänglöst att ta med de av de tolv fallen som saknar all form av argumentation. Fyra stycken av de tolv har en mer eller mindre utförlig motivering och nu ska vi ge oss i kast med dessa.

6.1 RH 2004:41 Abortfallet

I RH 2004:41 gav Ulf en revers till Alina på 25 miljoner kronor för att hon skulle abortera tvillingar. Hon gör abort och han vägrar betala. Hovrätten avvisar målet som uppenbart stridande mot goda seder men har en förhållandevis utförlig motivering. Kvinnors rätt att själva bestämma om de ska fullfölja en graviditet ställs mot att abort inte skall reduceras till en ekonomisk fråga, fostrets rätt till liv samt en analogi med förbudet mot försäljning av kroppsdelar och barn. Detta är ett uppenbart fall av paternalism. Konflikten med fostrets rätt till liv verkar snarast vara en förenklad form av abortdebatten så som den såg ut när det begav sig. Vad gäller analogin till försäljning av kroppsdelar och barn i sin tur, låter det som en fråga för lagstiftaren och inte för praxis att lösa.

Vi kan konstatera att, som vi beskrivit dygdetiken ovan, blir följdaktligen vad en god människa eller en dygdig person skulle göra i denna situation avgörande för om Alina borde få de 25 miljonerna eller inte. När ett avtal väcker frågan om det är omoraliskt eller ej för det därför direkt tankarna till dygdetikens kärna. Det är långt ifrån uppenbart att de olika argumenten gör att Ulf är en dygdig person som skrivit ut en revers som han sedan vägrar betala. Förmodligen är Alina en god människa när hon utövar sin självbestämmanderätt och frågan reduceras sålunda till huruvida det är dygdigt att abort är en ekonomisk fråga. Eftersom de flesta situationer när detta kommer upp är komplicerade säger dygdetiken inte kategoriskt vare sig ja eller nej. I detta enskilda fall, när naturaprestationen redan är utförd, torde Alina kunna bli tilldömd åtminstone en stor del av reversen.

Utilitarismens svar är som nämnts ovan att paternalism är godtagbart när det ger det största nyttoöverskottet. I just detta fall är det inte helt självklart

vilket alternativ som genererar den största nyttan för samhället. Förmodligen skulle självbestämmanderätten väga mycket tungt i nyttovägskålen och det lutar därför åt det hållet.

Eftersom frihet är ett absolut värde för liberalismen känns svaret givet att självbestämmanderätten segrar även i detta fall. Dock får vi inte glömma distinktionen mellan legal frihet och faktisk frihet som vi tog upp under avsnittet avtalsfrihet. I liberalismen och även bland libertarianer har den legala friheten traditionellt betonats och därför torde svaret ändå bli det givna, att Alina har rätt till de 25 miljonerna eftersom hon fullgjort sin del av avtalet.

6.2 NJA 2002 s. 322 Den halvsvarta fakturan

NJA 2002 s. 322 gällde ett entreprenadavtal för ett s.k. småhus. Halva betalningen skulle ske svart och halva vitt. Beställaren betalade inte den svarta halvan. HD upphävde hovrättens avvisningsbeslut och återförvisade målet till hovrätten. Argumenten för att ta upp saken till prövning var att det redan finns andra sanktioner mot skatteundandragande, att det finns en hög upptäcktsrisk, att en part inte ska kunna komma ifrån ett ofördelaktigt avtal eller slippa betala för en prestation om denna påstår att vissa bestämmelser i avtalet har tillkommit för att undandra skatt samt att enskilda saknar möjlighet att med bindande verkan träffa avtal om hur det ekonomiska resultatet av ett avtal som de ingår skall deklarerats till skatteverket. Det är främst de två sista argumenten som är av primärt intresse inom ramen för denna uppsats. Ett grundproblem som genast dyker upp i detta sammanhang är huruvida betalning av skatt är riktigt eller ej. De olika teoribildningarna har redan där en divergerad syn på saken. Redan nu kan vi nog konstatera att förutsatt att vi ska betala en viss skatt, faller det sig naturligt att vi inte kan avtala om hur något ska deklarerats till skatteverket. Om vi kunde det skulle vi förmodligen hamna i ett mycket märkligt rättsläge.

Att en part skulle kunna slippa att prestera sin del av avtalet så som nyss beskrivits är troligen inte något som ingår i etisk duglighet, vilken dygdetiker vi än frågar. Problemet i detta fall är att båda parter antagligen inte har handlat som en optimalt dygdig person skulle ha gjort i en likadan situation. Att beställaren skulle slippa att prestera det belopp som inte skulle redovisas verkar inte vara ett alternativ för vad en god människa skulle välja. Likadant blir det om vi utgår från att handlingen att betala skatt ligger i linje med dygdernas komplexa system, då entreprenörens ovilja att redovisa sina intäkter inte påverkas av vilket pris denna sätter för att utföra ett visst arbete.

Det torde vara samhällsnyttigt att betala skatt, naturligtvis beroende på skattesatsen. Vad som är mer relevant i detta fall är dock om det är samhällsnyttigt att ena parten, som presterat, inte skall kunna ta sitt krav på motprestation till domstol enbart på den grunden att det handlar om svarta

pengar. Det är svårt att tro att en sådan ordning skulle kunna vara den som ger det största nyttoöverskottet, totalt sett.

Den liberala hållningen till skatt är i allmänhet att denna skall hållas på en miniminivå. Många libertarianer anser dock att skatter är godtagbara. Beroende vilken sida vi ställer oss på inom liberalismen får vi olika svar. Detta gör i sin tur att det också blir motsatta svar på om vi bör kunna avtala om de ekonomiska efterverkningar ett avtal bör ha skattemässigt. En libertariansk hållning borde därför vara att vi kan avtala om detta. Medan det säkert finns de som håller med och de som inte gör det bland övriga liberaler.

6.3 T 11813-98 Bankkonton i Grekland

T 11813-98 handlade om ett sambopar (Marianne och Vassilios) som hade två bankkonton i Grekland till ett värde av ca 2 miljoner kronor. Vassilios tog ut pengarna. Marianne gjorde anspråk på halva beloppet på grunden att de härrörde från obeskattade medel från hennes frisörverksamhet. Tingsrätten hade bara ett argument förutom att det hela inte var acceptabelt ur samhällssynpunkt och det var att det fanns en risk för penningtvätt om man skulle ha tagit upp fallet till prövning eftersom det vara frågan om svarta pengar. De tre teoribildningarna som vi redovisat under föregående fall appliceras på samma sätt på detta fall eftersom det rör sig om skatteundandragande i båda fallen. Utgången i NJA 2002 s. 322 och T 11813-98 förefaller faktiskt vara motsatt, vilket i sig är häpnadsväckande. I det föregående fallet ansåg HD att det fanns andra avskräckande sanktioner än avvisning och att upptäcktsrisken var hög vid skatteundandragande, vilket talade emot en avvisning. Dessutom talade Vassilios obehöriga vinst för att det senare målet inte skulle avvisas.

6.4 T 330-98 Äktenskapsförmedlingsfallet

I tvistemålet 330-98 avvisade tingsrätten och Ralf slapp betala ett företag som förmedlat en utländsk kvinna åt honom. Tingsrätten hade fyra skäl till detta. För det första ska äktenskap och samboförhållanden bygga på ömsesidigt känslomässigt engagemang. Man bör alltså inte anskaffa en fru, man eller sambo. För det andra ska förhållandet bygga på frivillighet. För det tredje kan det endast ingås mellan de berörda parterna. För det fjärde beror förmedlingsuppdraget för tredjeman på tillfälliga omständigheter om det lyckas eller ej. Det sista argumentet har vi mer eller mindre gått igenom när vi diskuterade RH 2004:41. Då handlade det om den typen av paternalism där personen i fråga skyddas från sig själv. Nu är det tredjepart som skyddas från sitt eget äventyrliga handlande precis på det sättet som skedde tidigare i Sverige vid spel och vadhållning, de s.k. hedersskulderna.

Om tingsrättens första argument om ömsesidigt känslomässigt engagemang är ett förträfflighetsmått, vinner det kraft inom dygdetiken. Likadant gäller

för frivilligheten, att det endast kan ingås mellan de berörda parterna samt äventyrligheten för tredjeman. Dygdetikens gissel med hur lokal en sedvänja kan och får vara aktualiseras här. I verkligheten, särskilt om vi intar ett globalt perspektiv finner vi en mycket divergerad syn på äktenskap och andra relationer. Vi kan nog ändå med säkerhet säga att en sedvänja som täcker samma område som ett rättsystem kommer att vinna dess gillande.

Ett annat sätt att uttrycka utilitarismens ledord ”nytta”, som vi konstaterat ovan, i vart fall i de modernare varianterna, är som tillfredsställelse av preferenser. Om påståendet att förhållanden bör byggas på ömsesidigt känslomässigt engagemang uppfyller detta kriterium är det det som gäller. Vi kan se det som att detta alternativ konkurrerar med att förhållanden inte bör byggas på ömsesidigt känslomässigt engagemang eller att det inte spelar någon roll om det gör det eller ej. Frånvaron av ömsesidigt engagemang i varje förhållande kan vi nog räkna bort som nyttomaximerare. Vid en första anblick verkar det nyttomaximerande att förhållanden bygger på ömsesidigt känslomässigt engagemang, men frågan är om verkligheten ser ut så eller om det verkligen är nyttomaximerande. Här gör sig problemet med att mäta nyttan påmint. Med största sannolikhet är tingsrättens andra argument med frivillighet nyttomaximerande, eftersom det troligen leder till flest tillfredsställda önsknings. Samma sak gäller det tredje, att endast parterna kan ingå samboförhållanden och äktenskap.

Med frihet från tvång som ledstjärna spelar det antagligen ingen roll inom liberalismen om ett förhållande bygger på känslomässigt engagemang eller ej. Att det däremot också ska byggas på frivillighet är av yttersta vikt för både liberalister och libertarianer. Att det är den personliga friheten det handlar om gör också att tingsrättens tredje argument får samma resultat, eftersom det borde öka den personliga friheten på alla sätt att det endast är de berörda parterna som kan ingå ett samboförhållande eller ett äktenskap.

7 Slutsats

Vi kan avslutningsvis konstatera att det finns många typer av avtal som strider mot god sed och att dessa skiljer sig markant från varandra inbördes. De grupper vi har kunnat identifiera är; undandragande av skatt, spel och vadhållning, otillåten näringsverksamhet samt familjerelationer. Tyvärr är rättsläget till stora delar osäkert dels beträffande innehållet i boni mores och dels rättsföljderna därav. Vi har även funnit att samhällsnyttan, ekonomisk effektivitet, personlig integritet, distributiv rättvisa, värderingar, moralföreställningar och skydd av svaga är de vanligaste argumenten bakom avtalstyperna, som förekommit i doktrinen. Dessa skäl fångas upp i de tre skolorna dygdetik, utilitarism och liberalism. Vilka bevekelsegrunder som skall bejakas beror på vilken teori som konsulteras. Måttstockarna som gäller för de respektive teorierna kan uttryckas som etisk duglighet, tillfredsställelse av preferenser och/eller frihet. När vi applicerat detta på fyra fall från praxis har domskälen framstått som otillräckliga och mycket bristfälliga.

Bilaga – rättsfall

Contra legem:

NJA 1997 s. 93

NJA 1987 s. 168

NJA 1987 s. 167

NJA 1986 s. 741

NJA 1986 s. 258

NJA 1953 s. 99

NJA 1942 s. 614

NJA 1935 s. 631

NJA 1921 s. 373

NJA 1919 s. 371

NJA 1915 s. 468

Contra boni mores:

NJA 2004 s. 682

RH 2004:41

NJA 2002 s. 322

Mål nr. Ö 8466-99

Mål nr. T 11813-98

Mål nr. T 330-98 32

Mål nr. 4392-96

NJA 1992 s. 299

NJA 1989 s. 768

NJA 1972 s. 29

NJA 1968 s. 351

NJA 1912 s. 225

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck:

Proposition 1915:83

Kommittébetänkandet, 1915, 2:a samlingen, 2:a avdelningen

Nybergh, F, *Avtalsfrihet – rätt till avtal*, Nordiska ministerrådet 1997:10.

Litteratur:

Adlercreutz, A, 2002, *Avtalsrätt I*, 12:e upplagan, Lund: Juristförlaget.

Almén, T & Eklund, R, 1997, *Lagen om avtal*, 9:e upplagan, Stockholm: Nordstedts Juridik.

Andersen, L, 1997, *Aftaler og mellemmaend*, 4:e upplagan, Köpenhamn: Thomson/Gad Jura.

Dahlman, C, Glader, M & Reidhav, D, 2004, *Rättsekonomi - en introduktion*, 2:a upplagan, Lund: Studentlitteratur.

Grönfors, K, under medverkan av Dotevall, R, 1995, *Avtalslagen*, 3:e upplagan, Göteborg: Norstedts gula bibliotek.

Hursthouse, R, 2006, Normative Virtue Ethics, *Virtue ethics*, Darwall, S (ed.), Oxford: Blackwell Publishing.

Lehrberg, B, 2006, *Avtalsrättens grundelement*, 2:a upplagan, Uppsala: Institutet för Bank- och Affärsjuridik.

Nozick, R, 1974, *Anarchy, state and utopia*, New York: Blackwell.

Peczenik, A, 1995, *Juridikens teori och metod*, Stockholm: Norstedts juridik.

Papinianus, *D*, 28 7 15.

Radin, M J, 2001, *Contested commodities*, Cambridge Massachusetts: Harvard University Press.

Ramberg, C, *Avtal om Abort – Pactum Turpe*, 2005, *Avtalslagen 90 år: aktuell nordisk praxis*, Flodgren, B (red.), Stockholm: Norstedts Juridik.

Ramberg, J & Ramberg, C, 2007, *Allmän avtalsrätt*, 7:e upplagan, Stockholm: Norstedts Juridik.

Simmonds, N E, 1988, *Juridiska principfrågor – rättvisa, gällande rätt och rättigheter*, Stockholm: Norstedts Juridik.

Slote, M, 2001, *Morals from Motives*, Oxford: Oxford University Press.

Smart J J C & Williams B, 1973, *Utilitarianism for and against*, Cambridge: Cambridge University Press.

Stein, P, 1999, *Roman Law in European History*, Cambridge: Cambridge University Press.

Svensson, O, 2005, *Avtalsfrihet*, i: Studier i rättsekonomi – festskrift till Ingemar Ståhl, Lund: Författarna och Studentlitteratur.

Tamm, D, 1996, *Romersk rätt och europeisk rättsutveckling*, 2:a uppl, Stockholm: Nerenius & Santérus förlag.

Taxell, L E, 1987, *Avtalsrättens normer*, Åbo: Åbo Akademis förlag.

Vallentyne, P & Steiner; H (ed.), 2000, *Left-libertarianism and Its Critics*, Basingstoke: Palgrave.

Wolff, J, 1996, *An Introduction to Political Philosophy*, Oxford: Oxford University Press.

Yxklinten, U & Ahlgren, K, 2000, *Avtalsrätt – en inledning*, Malmö: Liber Ekonomi.

Zimmermann, R, 1996, *The Law of Obligations – Roman Foundation of the Civilian Tradition*, Oxford: Clarendon Press.

Tidskrifter:

Agell, A, *Rätten till spelvinster, som lämnats till arrangör av pokerspel*, JT 1989/90 s. 627-631.

Eriksson, M, *Arbitration and the Contracts Involving Corrupt Practices: the Arbitrator's Dilemma*, The American Review of International Arbitration, 1993/Vol. 4 No. 4, s. 371-411.

Ingvarsson, T, *Spel och osedliga avtal*, SvJT 2004, s. 739-758.

Kronman, A T, *Paternalism and the Law of Contracts*, The Yale Law Journal 1983/Vol. 92, s. 763-798.

Internet:

Westberg, P, Svarta pengar – inget för allmän domstol?, Lex Lundensis nr. 1/00, www.lu.se/internet/lexlundensis

www.ne.se

<http://plato.stanford.edu/entries/paternalism/>