

Spel och osedliga avtal

Av jur.dr TORBJÖRN INGVARSSON

Avtalsfriheten är en av förmögenhetsrättens grundvalar. Friheten är dock begränsad på vissa områden genom lagregler om ogiltighet och genom allmänna rättsgrundsatser. Till de okodifierade ogiltighetsgrunderna hör att avtal om spel och vad samt avtal i strid med goda seder inte kan göras gällande. Ogiltigheten i båda dessa fall brukar motiveras med att avtal av detta slag inte förtjänar rättsordningens stöd. Läran om osedliga avtals ogiltighet har traditionellt använts även för att komma från stötande resultat av andra rättsregler genom att fränkänna moraliskt tvivelaktiga handlingar rättsverkan. I artikeln undersöks innehållet i båda dessa läror och det berättigade i att hålla fast vid reglerna. Resultatet av undersökningen är att regeln om spelskulders ogiltighet fortfarande har sitt berättigande medan regeln om ogiltigheten av avtal i strid med goda seder bör utmönstras eftersom de problem den traditionellt löst hanteras bättre genom tillämpning av andra rättsregler.

1. Inledning

Avtal slutna mellan privatpersoner är i svensk rätt underkastade ganska få begränsningar och i stort sett kan avtal slutas om vad som helst. Begränsningar finns visserligen i uttrycklig lag, men dessa legala förbud är relativt lätta att identifiera. Härutöver finns andra, okodifierade begränsningar. Till inskränkningarna hör läran att krav som har sin grund i förhållanden som inte förtjänar rättsordningens stöd inte kan genomdrivas i domstol och till dessa sägs fordringar på grund av spel, vad och brottslig verksamhet höra.¹ Principen har flera undantag och bland annat fordringar på grund av spel som godkänts av staten är undantagna.

Avsikten med denna artikel är dels att beskriva innehållet i läran om avtal i strid med goda seder och konsekvenserna av att spelskulder som princip är ogiltiga, dels värdera i vilken mån det ännu finns anledning att hålla fast vid dessa traditionella läror. Som en del av denna undersökning kommer även frågan om relationen mellan de två läror att behandlas för att utröna hur nära sammanbundna de är.

Eftersom frågan i de situationer som behandlas nedan är om det verkligen föreligger ett avtal, är det oegentligt att tala om ett avtal och om prestationer. Terminologin leder dock knappast till några missförstånd i detta sammanhang och med avtal avses i det följande en överenskommelse oavsett om rättigheter kan härledas från denna eller inte.

¹ Se exempelvis Adlercreutz Avtalsrätt 1, 12 upplagan Lund 2002, s. 282 och Ramberg & Ramberg Allmän avtalsrätt, 6 upplagan Stockholm 2003, s. 76.

2. Spelskulder

Spel har ofta betraktats som syndiga och onyttiga tidsfördriv och frågan om spelskulder är präglad av detta synsätt. Äldre svenska rättsregler om spel har ofta haft tydlig karaktär av ordningsregler och haft till huvudsakligt syfte att stävja det utbredda spelandet.² I några fall nämns i dessa äldre stadganden även civilrättsliga effekter, men detta hör till undantagen. Svensk lagstiftning har fortsatt utvecklats efter detta mönster. I 16 kapitlet i brottsbalken (BrB), vilken bär rubriken *Om brott mot allmän ordning*, finns i 14 § och 14 a § bestämmelser som förbjuder dobbleri respektive grovt dobbleri och i 17 § straffbeläggs försök och förberedelse till grovt dobbleribrott. Med *dobbleri* avses olovligt anordnande av äventyrligt spel för allmänheten om pengar eller penningvärde. Regeln kompletteras slutligen med en bestämmelse i 16 kap. 18 § BrB enligt vilken medhjälpsreglerna i 23 kap. BrB görs tillämpliga bland annat då någon upplåter en lokal och genom detta främjar brottet.³ I dessa straffrättsliga regler finns inget stadgat om de civilrättsliga effekterna av brott mot bestämmelserna. Grunden för den civilrättsliga ogiltigheten av skulder som uppkommit till följd av spel och vad måste alltså sökas på annat håll.

Läran om att spelskulder inte är civilrättsligt bindande är i gällande rätt inte knuten till något enskilt stadgande. Det kan därför finnas anledning att inledningsvis slå fast vad läran om att spelskulder är ogiltiga anses innebära:

”Spelskulder och fordringar som grundar sig på vadslagning är inte bindande för någon av parterna. Om en skuld som uppkommit genom spel eller vad har betalats, kan det erlagda inte krävas tillbaka. En talan som går ut på att någon skall betala en sådan skuld, betala ut en vinst eller att ett vederlag som utgivits skall återfås skall avisas och inte prövas materiellt. Domstolens uppgift är endast att avgöra huruvida skulden grundar sig på spel eller vad.”⁴

Regeln motsvarar i stort vad som gäller i våra grannländers rättsordningar. För finsk civilrätts del är rättsläget detsamma som för svensk. I dansk rätt finns en regel kvar från Danske Lov enligt vilken ingen är

² Redan Magnus Erikssons gårdsrätt, tryckt i Småstycken på fornsvenska 1 1868–81 s. 55, har i fl. 8 en regel som förbjuder spel. Även Gustav Vasas gårdsrätt (1544) § 21 och Hertig Karls gårdsrätt (1590) § 38, båda tryckta i Schmedemans Justitiwerck Stockholm 1706, innehåller ordningsregler som förbjuder spel. Förutom dessa förordningar bör nämnas att även Magnus Erikssons stadslag (MEST) innehåller regler om spel i dobblerebalken. MEST gällde fram till ikraftträdandet av 1734 års lag och trycktes om så sent som 1618. MEST har utgivits i textkritisk utgåva av Schlyter Stockholm 1865.

³ Regeln i 16 kap. 14 § BrB överfördes, med någon språklig jämkning, från den tidigare gällande regeln i strafflagen 11 kap. 12 §. Bestämmelserna i 16 kap. 14a § och 17 § infördes genom SFS 1972:222 och medhjälpsregeln i 18 § genom SFS 1980:892. Vad som i straffrättsligt hänseende är att betrakta som äventyrligt spel diskuterades bland annat i prop. 1972:96 s. 4–5. Jfr NJA 1944 s. 256 och NJA 1960 s. 339 där frågan hur pokerspel vore att bedöma avgjorts.

⁴ Jfr Lennander Kontoristen Wilzén med medskick på Solvalla i Rättsfall att minnas, Stockholm 1997, s. 141–151, s. 145.

skyldig att betala en skuld som uppkommit genom spel.⁵ Denna lagregel var också tidigare gällande i norsk rätt, men är numera upphävd. Regler med motsvarande innehåll finns numera i 12 § i lov nr 11 af den 22 Mai 1902 om den almindelige borgerlige Straffelovs Ikrafttræden (strl. ikrl.).

2.1 Huvudregeln om ogiltighet

Rättsfallen i svensk praxis som direkt rör spelskulder eller vad är få. Frågan har dock indirekt avgjorts i fallet NJA 1989 s. 768. I domskälen formulerar HD regeln på följande sätt:

”Det är sedan gammalt erkänt att spelskulder inte kan drivas in på rättslig väg. Den som vunnit i spel har nämligen inte ansetts förtjänt av rättsordningens stöd för att tvinga förloraren att infria den skuld han ådragit sig genom spelet.”⁶

Regeln tas alltså för given fastän den saknar lagstöd och någon närmare motivering än att regeln är sedan gammalt erkänd ges inte. HD hade emellertid inte i detta fall anledning att gå närmare in på regeln, eftersom huvudproblemet i fallet var huruvida spelinsatser från ett spel som avbrutits kunde tas i mät.

Liksom när det gäller spel saknas för närvarande avgöranden från högsta instans där frågan huruvida ett krav grundat på vadslagning kan göras gällande bedömts. I ett äldre publicerat hovrättsfall, SvJT 1921 rf s. 3, har dock den rättsliga bundenheten av ett vad prövats. Fallet handlar om ett arbetslag som skulle ombesörja flottning av timmer. Förmannen för flottningsarbetet sade till arbetslaget att den som kunde dra upp pålar som höll fast massaved skulle få 100 kronor. En av arbetarna hade då gått fram, vrickat på pålarna och sedan dragit upp dem och på detta sätt fått loss veden. Förmannen vägrade trots att uppdraget utförts att utge de utfästa pengarna. Tvisten togs upp av häradsrätten, som ogillade kravet på den grunden att fordringen grundade sig på ett vad. Avgörandet överklagades, men hovrätten fann inte anledning att ändra häradsrättens dom.⁷

2.2 Slump och samhällsnytta

Regeln om spelskulders ogiltighet så som den utlagts ovan träffar en rad överenskommelser vilkas utfall är beroende av slumpen. Att resultatet av en handling är beroende av slumpen anses dock inte nödvändigtvis innebära att en därav beroende vinst eller förlust alltid bör träffas av regeln om spelskulders ogiltighet. Det praktiska livet erbjuder många exempel på uppdrag som kräver både tur och skicklighet för att kunna genomföras. Även egentliga spel uppvisar ofta en

⁵ DL 5–14–55 lyder: ”Ingen er pligtig til at betale hvis hand i Dobbelt taber og der skyldig bliver.”

⁶ NJA 1989 s. 768, HD:s domskäl, referatet s. 772.

⁷ Jfr avgörandet från Østre Landsret i U 1944.936 Ø som gällde ett vad om när Andra världskriget skulle ta slut.

blandning av skicklighet och tur. Utsikterna att vinna på exempelvis Stryktipset ökar högst avsevärt om den spelande har goda kunskaper om fotboll. Framgång i spel som bridge och schack bygger till största delen på hur skicklig en spelare är i förhållande till motståndarna, medan inslaget av skicklighet har en mer underordnad roll i roulett och tärningsspel. När ett tillräckligt stort moment av kunskap eller skicklighet krävs för att kunna vara framgångsrik och spelets utgång alltså inte huvudsakligen beror av turen är det inte självklart att avtalet skall träffas av ogiltighet.

Behovet av att ha fasta kriterier för när regeln om spelskulders ogiltighet skall tillämpas kan visa sig i olika sammanhang. Ett särskilt problematiskt område i detta avseende är handel med finansiella instrument. Frågan har kommit att bedömas av RegR i RÅ 1990 ref 32. I ett förhandsbesked hade Riksskatteverket ansett en viss typ av terminsaffärer vara vadslagning. Riksskatteverket yttrade att det standardiserade terminskontrakt frågan gällde till sin egentliga innebörd inte var att betrakta som ett avtal om köp eller avyttring av fondandelar per termin "utan ett vad om utvecklingen av OMX-index".⁸ Regeringsrätten ändrade inte förhandsbeskedet på denna punkt. Man kan även peka på avgöranden från dansk rätt där handel med terminer i visst fall skatterättsligt betraktats som vadslagning och vinst till följd därav beskattats i enlighet med reglerna om inkomster från lotteri, spel eller annan vadslagning.⁹

I svensk doktrin har frågan bara diskuterats vid enstaka tillfällen.¹⁰ Ett huvudargument för att undanta värdepappershandel är att domstolarna står fria "att göra en distinktion mellan moraliskt tvivelaktig vadhållning och kommersiellt betingade avtal om risktagande" och att man säkerligen kan utgå från att "sedvanlig handel med finansiella instrument och liknande inte kan anses som ogiltig vadhållning i svensk rätt".¹¹ Denna argumentationslinje för att handel med finansiella instrument skulle vara helt undantagna från regeln att avtal om spel och vad inte är gällande förefaller mig emellertid inte helt övertygande. Problemet är inte, enligt min mening, att skilja moraliskt tvivelaktig vadslagning från kommersiellt betingade avtal, utan att tala

⁸ RÅ 1990 ref 32, s. 118.

⁹ Avgöranden från danska Landsskatteretten refererade i TfS 1989.246 och TfS 1989.313. Fallen har kommenterats av Lykke Nielsen Futures, terminskontrakter og andre (ugyldige?) væddemål i TfS 1989 s. 583–587. Angående swap-handel i dansk rätt Federspiel Finansielle derivater — karakteristik og retlig regulering i UfR 2004 B s. 196–203. Jfr även det engelska rättsfallet *Hazell v. Hammersmith and Fulham L. B. C.* [1990] 2 LR (Q B) 697 och [1992] 2 LR (A C) 1, särskilt s. 34H.

¹⁰ Se Agell Om spelvinster, hedersskulder och väntjänster i Festskrift till Nial Stockholm 1966 s. 1–29, omtryckt i De Lege 1993 s. 327–352 med en efterskrift s. 352–353, s. 15 särskilt fotnot 37 och 38, Berggren Nya finansiella instrument — normer och aktörer i NJM 1996 s. 185–223, s. 199 f. och Lennander [Recension av] Arne Tjaum: Valuta- og renteswaper. En rettslig studie i JT 1996–97 s. 188–190.

¹¹ Lennander Recension s. 189. Jfr Berggren *ibid.*

om vad som menas med "moraliskt tvivelaktig vadslagning". Varför skulle ett vad som går ut på att någon skall betala en summa pengar om räntan går upp vara så pass *moraliskt* mer högtstående än ett vad om att någon skall få en summa pengar om en viss person vinner en tävling att det motiverar olika rättsverkningar av vadet. Bättre skiljelinje än den moraliska halten i vadslagningen krävs för att motivera skillnaden. Frågan blir alltså vad som skiljer handel med finansiella instrument från avtal om spel och vad.¹²

Granskar man skälen till att fränkänna spelskulder rättsliga verkningar återkommer ofta åsikten att de inte tjänar något samhällligt nyttigt syfte. Detta framstår i förstone som en utmärkt vattendelare. Närmare besett utesluter dock inte ett nyttighetskriterium att vissa former av handel med finansiella instrument ändå skulle träffas av regeln om ogiltighet. Handel med finansiella instrument kan visserligen fylla en viktig samhälllig funktion, men det är ett välkänt faktum att viss typ av handel med finansiella instrument snarare skadar än gagnar företagen och samhället i stort. Givetvis är dessa avtal nyttiga i den meningen att de genererar vinst för någon, men det gör även avtal om spel och vad. Om ett krav på att bara samhällsnyttiga avtal skall kunna göras gällande på rättslig väg, bör regeln om ogiltighet träffa även vissa typer av handel med finansiella instrument.

Ett alternativ till uppdelningen i samhällsnyttiga transaktioner och andra är att istället dela in transaktionerna i sådana som innebär ett säkerställande av en annan förpliktelse och sådana som endast innebär spekulation.¹³ En transaktion som innebär ett säkerställande av en annan transaktion skulle erkännas av rättsordningen medan spekulationsavtal inte skulle förtjäna detta stöd. Även med denna utgångspunkt har de ofta komplicerade finansiella uppläggen gjort det svårt att finna objektiva och tillräckligt entydiga bedömningskriterier för att göra indelningen praktiskt användbar. I själva verket erbjuder uppdelningen ingen bättre utgångspunkt för att lösa problemen att skilja spel från handel med vissa finansiella instrument, utan riskerar tvärt om att öka osäkerheten på marknaden om vad som är att betrakta som en juridiskt bindande transaktion.¹⁴

Vid en närmare granskning visare det sig alltså att det är svårt att finna goda och entydiga kriterier för att avgränsa vad som bör träffas av huvudregeln om spelskulders ogiltighet. Om rättssystemet över huvud taget skall ha en regel av sådant innehåll är det en oundviklig konsekvens att även avtal som inte omedelbart varit tänkta att träffas av regeln kan komma att anses ogiltiga.

¹² Det bör anmärkas att det enligt min mening saknar betydelse huruvida regeln är lagfäst eller inte. Om man över huvud taget accepterar att en okodifierad regel kan göra ett avtal ogiltigt, kan inte en grupp avtal undantas endast med hänvisning till att regeln saknar lagstöd.

¹³ Se redogörelsen hos Tjaum Valuta- og renteswaper, Oslo 1996, s. 106–122.

¹⁴ Se Tjaum a.a. s. 119.

2.3 Överenskommelser som anknyter till spel eller vad

De hittills behandlade fallen har gällt krav riktade direkt mot någon som förlorat eller vunnit ett spel eller ett vad. Frågan inställer sig där- efter vilka verkningar regeln om spelskulders ogiltighet har för andra rättsförhållanden som anknyter till spelet eller vadet.

Praxis från HD erbjuder flera äldre fall där frågan huruvida krav i anledning av en försträckning som givits för att mottagaren skall kunna delta i spel kan göras gällande bedömts. Samtliga dessa fall, NJA 1920 s. 280 I & II och NJA 1921 s. 151, gällde försträckningar genom utställande av växel.¹⁵ Växelansvaret är i allmänhet mycket strängt och är som huvudregel frikopplat från den förbindelse som utgjorde anledning till att växeln utställdes. Det är emellertid inte fråga om ett ovillkorligt ansvar och bland annat avtalslagens starka ogiltighetsgrunder bryter igenom växelansvaret. HD fann i både NJA 1920 s. 280 I & II och NJA 1921 s. 151 att växeln inte kunde göras gällande då grunden för växelns utställande var en spelskuld. Det abstrakta växelansvaret genombröts alltså med hänvisning till den okodifierade principen om spelskulders ogiltighet. Som förklaring till denna något oväntade utgång kan flera faktorer nämnas.

Enligt regeln i 17 § VxL får den som skall betala i anledning av ett växelkrav inte mot innehavaren göra invändningar som grundas på den krävdas särskilda förhållande till utställaren eller till tidigare växel innehavare om inte innehavaren vid växelns förvärvande ”upp- såtligen handlat till gäldenärens förfång”. Formuleringen avser att uttrycka en särskilt kvalificerad ond tro som enligt uttalanden i förarbe- tena föreligger bland annat då växelförvärvaren handlat i strid med goda seder.¹⁶ I de avgjorda fallen hade inte växlarna överlåtits, men självklart kan invändningen även göras gällande mot den omedelbart berättigade om den kan göras gällande mot förvärvare.

En annan möjlig förklaring till domslutet är att domstolen låtit sig influeras av en regel motsvarande den som kommit till uttryck i BGB § 762 Abs. II enligt vilken ett skuldebrev eller en växel som utställts i anledning av en spelskuld inte kan göras gällande. Regeln hör samman med den allmänna bestämmelsen om spelskulders ogiltighet och står därmed utanför den egentliga växelrätten. Med tanke på de starka intryck svensk rätt tagit av tysk rätt, är det inte särskilt djärvt att anta att domstolens ledamöter känt till regeln och låtit den komma till uttryck i de svenska avgörandena.

Regeln, att försträckning som givits för att någon skall kunna delta i spelet skall behandlas på samma sätt som själva spelskulden, framstår som konsekvent eftersom spelskulder annars lätt kunde förkläs till

¹⁵ Den lagstiftning som gällde då fallen avgjordes var den tidigare växellagen, men sakligt är skillnaderna mellan lagarna inte avgörande i dessa fall.

¹⁶ Se SOU 1931:14 Förslag till växellag s. 99. Jfr Eberstein Den svenska växelrätten, Stockholm 1934, s. 74. Märkligt nog omtalas inte rättsfallen varken hos Eberstein eller i SOU:n i detta sammanhang. Se vidare angående växelansvar och goda seder NJA 1968 s. 351 behandlat nedan.

ordinära försträckningar. För att regeln skall kunna tillämpas är det dock en nödvändig förutsättning att försträckningsgivaren kände till att medlen skulle användas i spel. Hur nära sambandet mellan spel och försträckning måste vara för att ogiltigheten skall inträda är dock inte klart. Frågeställningen illustreras väl av NJA 1912 s. 45 där ledamöterna i HD uttalade inte mindre än fyra olika meningar. Dessa svårbemästrade frågor om verkan av försträckningsgivarens vetskap skall emellertid inte vidare dryftas i detta sammanhang.

I två fall har frågan huruvida uppdrag att spela för annan kan ge upphov till ersättningskrav mot uppdragstagaren bedömts. I det välkända fallet NJA 1964 s. 80 var huvudfrågan om uppdragstagaren kunde anses skyldig att ersätta uppdragsgivaren för utebliven spelvinst.¹⁷ Fallet gällde, starkt förenklat, ett uppdrag som givits till Wilzén av Knutsson att satsa på hästar i ett lopp på Solvalla. Wilzén erhöll en summa pengar och skriftliga instruktioner om hur han skulle satsa i lopp 5 och lopp 9. När Wilzén väl kom till Solvalla satsade han inte i enlighet med instruktionerna i lopp 5, enligt egen uppgift på grund av att trängseln runt luckorna varit så stor att han inte kunnat satsa i loppet. Wilzén satsade sedan inte heller pengar i lopp 9 på det sätt som Knutsson instruerat honom om. När Knutsson senare bad att få ut den vinst som Wilzén borde ha erhållit, erbjöd Wilzén honom endast att återfå insatsen. I anledning av detta stämde Knutsson Wilzén på de uteblivna vinsterna i loppet. Samtliga domstolar ansåg Wilzén vara ersättningsskyldig för den uteblivna vinsten i lopp 9. Underrätterna ansåg Wilzén även vara ersättningsskyldig för lopp 5, men HD ansåg att Wilzéns handlande inte hade varit oförsiktigt i sådan grad att detta kunde läggas honom till last. I denna bedömning vägde HD även in att det var fråga om en väntjänst och att Wilzén inte erhållit någon ersättning för att utföra uppdraget.

Rättsfallet NJA 1986 s. 402 liknar i flera avseenden NJA 1964 s. 80. Tio personer vid en arbetsplats kom överens om att de skulle spela på Stryktipset. Pengar samlades in och en av spelarna, Tomas S, satte ihop ett system. Vid ett tillfälle hade Tomas S inte lämnat in tipskupongen och den vinst som raderna skulle ha inbringat om kupongen lämnats in uppkom därför inte. Övriga spelare stämde i anledning av detta Tomas S på den uteblivna vinsten. HD:s majoritet ansåg i och för sig ersättningsskyldighet föreligga. Med hänvisning till arten av uppdraget och till de förutsättningar som gällde för uppdraget jämkades emellertid skadeståndet till noll med en hänvisning till regeln i 2 kap. 14 § 1 st. andra meningen HBL. Ett JustR var skiljaktigt vad gällde själva motiveringen, men ansåg i likhet med majoriteten att Tomas S inte kunde åläggas att utge ersättning till övriga spelare.¹⁸

¹⁷ Se kommentarer till fallet Agell Spelvinster i Festskrift till Nial med omtryck i De Lege 1993 och Lennander Kontoristen Wilzén, båda anförda ovan.

¹⁸ Skiljaktigheten mellan majoritet och den skiljaktige förefaller i första hand ha bestått i formuleringen av jämkningsgrunden. Majoriteten använder uttrycket "hänsyn till arten av Tomas S:s uppdrag och till de förutsättningar som gällde för

Både NJA 1964 s. 80 och NJA 1986 s. 402 rörde uppdrag som knutits till spel vilka bedrivs med statligt tillstånd. Som påpekats i den rättsvetenskapliga litteraturen är det inte lätt att avgöra om nedsättningen av ansvaret i NJA 1964 s. 80 berodde på att det var fråga om en väntjänst eller om den omständigheten att det rörde sig om spel utgör huvudanledningen till utgången.¹⁹ Samma typ av oklarhet vidlår även avgörandet i NJA 1986 s. 402; med hänvisningen till uppdragets art torde HD:s majoritet ha avsett just att det var fråga om spel.²⁰ Eftersom dessa spel brukar undantas från regeln om ogiltighet är det alltså inte förvånande att skyldighet att ersätta förlust som uppkommit på grund av att uppdraget inte utförts enligt instruktionerna ansågs föreligga, utan tvärt om är det förvånande att uppdragstagaren inte fick betala fullt ut.

Rättsläget kan alltså inte sägas vara särskilt klart vad gäller verkningarna av avtal som bundits till ett avtal om spel eller vad. De äldre fallen om spelskulder där försträckningen har dokumenterats i en växel kan förefalla hårda, men är helt konsekventa om den underliggande spelskulden skall betraktas som ogiltig. De senare fallen om uppdragsavtal förefaller i detta ljus som svårförenliga med huvudprincipens undantag om giltighet av spel som bedrivs med statligt tillstånd. Ett sätt att förena de olika ståndpunkterna vore att hänföra fallen till gruppen av avgöranden om skadeståndsskyldighet för väntjänster. Tolkade på detta sätt har varken NJA 1964 s. 80 eller NJA 1986 s. 402 särskilt mycket med regeln om spelskulders ogiltighet att skaffa.²¹ Mot en sådan tolkning av avgörandena talar att det då blir nödvändigt att tona ned betydelsen av vissa formuleringar i domskälen som tycks antyda att den omständigheten att det var fråga om ett avtal som anknöt till spel ändå påverkat målens utgång.

2.4 Återkrav av insatser eller prestationer

Regeln att vinst inte kan utkrävas och att heller inte spelinsatser kan återkrävas kompletteras på så sätt att om skulden ändå betalas, så kan prestationen inte återkrävas. Regeln skulle kunna rättfärdigas med att domstolarna annars skulle bli tvungna att hantera spelskulder materiellt. Regelns ursprung är dock ett annat än dessa praktiska hänsyn och står att finna i den på romersk rätt grundade läran om misstagsbetalningar (*condictio indebiti*).

Den romerska rätten byggde inte på materiella rättigheter, utan på talerätter. I Corpus Iuris Civilis talas om ett senatsbeslut genom vilket spel om pengar förbjudits när utgången av spelet beror av turen, men uppdraget”, medan den skiljaktige betonar uppdragets privata natur och att Tomas S inte erhöll någon ersättning för uppdragets fullgörande.

¹⁹ Agell Spelvinster s. 3, omtrycket s. 329.

²⁰ Lindskog Lagen om handelsbolag och enkla bolag, Stockholm 2001, s. 435 och Agell Spelvinster, efterskriften i De Lege s. 353.

²¹ Lennander Kontoristen Wilzén s. 144 och s. 148–150 antar att utgången i NJA 1964 s. 80 bör förklaras utifrån frågeställningen culpakrav vid skadeståndsansvar vid utförande av benefika väntjänster.

motsatsvis kan utläsas att andra spel och vad inte var förbjudna.²² Spelskulder torde närmast ha tillhört antingen den grupp av avtal som betecknades *pacta nuda* eller *obligatio naturalis*. Enligt romersk rättsuppfattning saknade visserligen inte *pacta nuda* och *obligatio naturalis* rättsliga verkningar, men de hade inga taleformer knutna till sig. Detta innebar att en spelskuld inte kunde utkrävas med rättsordningens hjälp. Om spelskulden betalades kunde dock inte den betalande återkräva vad som utgivits. En betalning av detta slag har stora likheter med misstagsbetalningar. Skillnaden mot en verklig misstagsbetalning utan att en skuld förelåg är att den som presterat gjort det med faktisk vetskap om att det inte förelåg någon rättslig skyldighet att prestera. Härvid kan "misstaget" liknas vid en gåva. Innan gåvan är fullbordad är den ofta inte utkrävbar, men när den väl överlämnats kan den inte krävas åter. Detta tankemoment renodlades i den romerska rätten och medveten prestation när ingen rättsligt genomdrivbar förpliktelse förelåg hade samma rättsföljd som en fullbordad gåva.²³ När senare rättsordningar tagit över den romerska rättens regler, ofta i förenklad eller förändrad form, kom dessa tankemoment att leva vidare som *materiella* regler utan hänsyn till den romerska rättens uppdelning i materiell rätt och talerätt.

Den regel som beskrivits ovan kan sammanfattas på följande sätt: Om någon satsat i ett spel är det inte längre möjligt att återfå pengarna och om en spelskuld betalats kan det utgivna inte återkrävas. Förutsättningen för regelns tillämpning är givetvis att det verkligen är fråga om spel. Den som på gatan sett spelet med askar där det gäller att peka ut under vilken ask kulan finns inser ganska snabbt att det rör sig om rent lurendrejeri. Regeln om spelskulders ogiltighet kan knappast anses träffa arrangemang där det aldrig varit möjligt att vinna något. Pengar som lämnats under sådana förhållanden kan givetvis återkrävas med rättsordningens hjälp.

Regeln att betalning av en spelskuld inte kan återkrävas förefaller enkel att tillämpa, men som rättsfrågan i NJA 1989 s. 768 illustrerar kan tvister uppkomma även om redan lämnade spelinsatser.²⁴ I fallet hade Jan-Olof A arrangerat ett mästerskap i poker. Mitt under spelets gång avbröts detta av polisen. De satsade pengarna togs i beslag och kronofogden framställde krav på att få ta medlen i anspråk för att täcka Jan-Olof A:s skatteskulder.

HD fann att utmätning inte kunde ske eftersom Jan-Olof A inte själv var ägare till insatserna utan endast innehade dessa som redo-

²² Paul. D 11, 5, 2, 1. Se vidare Kurylowicz Die Glücksspiele und das Römische Recht i Studi Sanfilippo bd 4, Milano 1983, s. 267–282, s. 279 f.

²³ Se angående läran om *condictio indebiti* i romersk rätt Schwarz Die Grundlagen der *condictio* im klassischen römischen Recht, Münster och Köln 1952, särskilt angående denna fråga s. 115.

²⁴ Fallet har kommenterats av Agell Rätten till spelinsatser, som lämnats till arrangör av pokerspel i JT 1989–90 s. 627–631.

visningsmedel enligt reglerna i lag (1944:181) om redovisningsmedel (RVL). Utgången i fallet motiverades på följande sätt:

”I det uppkomna läget måste Jan-Olof A anses ha varit skyldig att återbetala pengarna till de personer som satsat dem. Dessa personers krav på återbetalning får också anses ha varit sådant att det kunnat genomdrivas med rättsliga medel. Om anspråk av detta slag inte rättsligt erkändes, skulle nämligen resultatet bli att rättsordningen underlättade för den som i likhet med Jan-Olof A mottagit insatser med redovisningsskyldighet att göra en helt omotiverad vinst genom att motsätta sig utbetalning av ifrågavarande penningbelopp. Att den princip som hindrar indrivning av spelskulder skulle ges en så långtgående tolkning framstår inte som godtagbart.”²⁵

Resonemanget kan synas bestickande, men innehåller ett par oklarheter. Av domskälen framgår inte om spelinsatser alltid mottas som redovisningsmedel eller om det faktum att alla satsade pengar skulle återgå till spelarna, om än efter andra beräkningsgrunder, varit avgörande för utgången. Rekvisiten i 1 st. RVL torde dessutom endast med en hårdhänt tolkning vara uppfyllda annat än då insatserna ligger kvar i potten. I de vanligaste fallen, då spelarrangören är bank och spelet är konstruerat så att det skall vara större sannolikhet att banken vinner än en enskild spelare, har spelarrangören knappast en skyldighet att redovisa de mottagna insatserna i RVL:s mening.

Om spelanordnaren endast innehar insatserna som redovisningsmedel bör den enskilde spelaren enligt reglerna i RVL ha rätt att få tillbaka pengarna åtminstone fram till dess att spelet är avslutat. Frågan inställer sig om en enskild spelare mitt under spelets gång kan avbryta och kräva pengarna tillbaka. Om spelarrangören avtalat med spelarna att spelinsatserna inte kan återfås eller om ett sådant villkor kan intolkas ställer sig naturligtvis frågan annorlunda. Av situationen framgår nästan alltid att satsade pengar inte kan återfås och många spel har regler när insatsen anses definitiv. Principen i NJA 1989 s. 768 bör, enligt min mening, förstås så att spelarrangören visserligen kan inneha insatserna som redovisningsmedel, men vanligtvis under det uttryckliga eller underförstådda avtalsvillkoret att spelinsatser inte kan återfås.

HD utgick i sin dom från att RVL:s regler verkligen är tillämpliga i den aktuella situationen. Även denna bedömning kan dock ifrågasättas. RVL reglerar i första hand frågan om innehavarens förhållande till dennes borgenärer och avgörandet NJA 1989 s. 768 bör läsas utifrån denna förutsättning. Om läran att spelskulder inte är bindande skall ha något innehåll, bör en domstol även avvisa alla tvister hänförliga till skulder som uppkommit genom spel. Enligt min mening är därmed inte påståendet att spelarna kunnat kräva tillbaka insatserna med domstols hjälp korrekt; eftersom det inte *obligationsrättsligt* finns

²⁵ NJA 1989 s. 768, HD:s domskäl referatet s. 772.

något krav,²⁶ kan det knappast heller finnas någon *sakrättsligt* skyddad rättighet i RVL:s mening.²⁷

Möjligen kan utgången i NJA 1989 s. 768 försvaras utifrån antagandet att ogiltigheten så att säga är starkare när spelet är olagligt och att domstolarna i dessa fall bör medverka till att insatser kan återkrävas.²⁸ Den något märkliga situationen skulle i så fall uppkomma att domstolarna skulle bli tvungna att hantera tvister om klart olagliga spel, medan tvister om spel som inte är olagliga, men heller inte bedrivs med statligt tillstånd, skall avisas. Detta framstår knappast som rimligt. Hela regelns rättfärdigande sägs ju vara att rättsordningen inte alls skall befatta sig med tvister av detta slag.

3. Avtal i strid med goda seder

Uttrycket *god sed* leder tanken till någon form av standard för beteenden eller handlanden. Lagregler som anknyter till god sed som en standard finns i flera svenska lagar. Läran om avtal i strid med goda seder anknyter dock inte till god sed i samma mening som i dessa lagar. Regeln tar istället sikte på att avtal som strider mot moraliskt grundade uppfattningar om vissa beteendens sedlighetsårande eller stötande karaktär inte skall kunna göras gällande. Läran om ogiltigheten hör därmed som idé närmare samman med regeln i 33 § AvtL om avtal slutna i strid med tro och heder än lagregler som knyter rättsföljder till uttryck som god marknadssed och liknande.

Idén att vissa avtal genom sin osedlighet inte bör kunna göras gällande kan spåras genom rättssystem och århundraden tillbaka åtminstone till den klassiska romerska rätten. I den klassiska romerska rätten gjordes, liksom i modern rätt, en uppdelning i avtal i strid med legala förbud och avtal i strid med goda seder.²⁹ Enligt uppfattningen i klassisk romersk rätt var ett avtal som gick ut på att någon skulle utföra en handling vilken stred mot ett legalt förbud inte i sig ogiltigt, eftersom lagregeln endast förbjöd själva handlingen.³⁰ Grunden för att ogiltigförklara sådana avtal var istället att dessa ansågs strida mot goda seder. Dessa seder, eller *boni mores*, ansågs vara ett uttryck för tra-

²⁶ Den klassiska invändningen mot detta konstaterande är att det skulle föreligga en naturlig fordran i denna situation. För egen del har jag svårt att se hur en fordran som inte kan göras gällande i rättslig väg skulle vara en fordran i rättsligt hänseende. Ett accepterande av förekomsten av en naturlig fordran i dessa situationer skulle göra en spelskuld kvittningsbar mot en vanlig rättsligt erkänd fordran. Jag har tidigare diskuterat en närliggande fråga i Borgensliknande säkerhetsrätter, Stockholm 2000, s. 200–202.

²⁷ Se angående frågan när obligationsrättslig redovisningsskyldighet föreligger Hellner Redovisningsskyldighet i kontraktsrätten i Festskrift till Hessler Stockholm 1985 s. 233–257.

²⁸ Jfr Lennander Kontoristen Wilzén s. 145.

²⁹ Se angående den klassiska romerska rätten Kaser Über Verbotsgesetze und verbotswidrige Geschäfte im römischen Recht, Wien 1977 och Mayer-Maly Contra bonos mores i Festgabe Kaser, Wien 1986, s. 151–167.

³⁰ Se Kaser Über Verbotsgesetze s. 69 och samme författares tidigare enligt egen utsago alltför långtgående textkritiska framställning i Rechtswidrigkeit und Sittenwidrigkeit ZSS Rom 60 (1940) s. 95–150.

ditionen från fäder och förfäder.³¹ Det är denna lära som genom förmedling av kontinentala rättssystem, i första hand det tyska, har flutit in i svensk rätt.³² Med sig bär läran vissa grundläggande beståndsdelar från den klassiska romerska rätten.³³ För nu gällande svensk rätt kan lärans innehåll preliminärt beskrivas på följande sätt:

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 parten 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 avisas 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.

En regel med motsvarande innehåll anses även gälla i finsk rätt.³⁴ I norsk och dansk rätt finns regler kvar från Danske respektive Norske Lov och domstolarna avgör fortsatt tvister med hänvisning till stadgandena i DL 5-1-2 respektive NL 5-1-2.

3.1 Avtal i strid med legala förbud och avtal i strid med goda seder

En hastig blick på andra rättssystem än de nordiska visar att ogiltighetsgrunden avtal i strid med goda seder ofta använts som en allmän väg att komma till rätta med orimliga avtal. Avtal som syftat till att sätta arvsregler ur spel, mycket långtgående konkurrensklausuler och arbetsavtal som närmast sig slaveri är alla exempel på överenskommelser som ansetts strida mot goda seder. I dessa situationer är alltså *i strid med goda seder* liktydigt med *oskäligt*. I gällande svensk rätt kan oskälighet angripas med hjälp av reglerna i avtalslagens tredje kapitel, i första hand 36 § AvtL. Även om denna typ av avtal i en mening kan sägas stå i strid med goda seder konsumeras ogiltighetsgrunden av lagfästa principer om oskäliga avtalsvillkor. Det intressanta området för en undersökning av innehållet i begreppet goda seder i gällande svensk rätt blir därför endast det som faller utanför jämningsregeln i 36 § AvtL och som heller inte omfattas av tillämpningsområdet för övriga ogiltighetsregler i AvtL.

Avtal som syftar till lagstridiga handlingar och därmed utgör avtal i strid med legala förbud står naturligtvis också i strid med goda seder, men omvändningen gäller inte nödvändigtvis. Ett avtal som för dess

³¹ Angående förhållandet mellan sedvana, goda seder och rätt i romersk rätt, se Kaser Über Verbotsgesetze s. 70, dens. Die Beziehung von lex und ius und die XII Tafeln i Studi Donatuti, Milano 1973, s. 523-546, särskilt s. 537-539.

³² Se angående receptionshistorien för tysk rätt Schmidt Die Lehre von der Sittenwidrigkeit der Rechtsgeschäfte, Berlin 1973. I gällande tysk rätt återfinns regeln att rättshandlingar i strid med goda seder (das gegen die guten Sitten verstößt) är en nullitet i § 138 BGB Abs. I.

³³ Se angående de enskilda fallen som återfinns i de romerskrättsliga källorna Kaser Rechtswidrigkeit passim.

³⁴ Se exempelvis Bärlund, Nybergh & Petrell Finlands civil- och handelsrätt, Helsingfors 2000, s. 264.

uppfyllande förutsätter ett lagbrott är inte omedelbart ogiltigt. I dessa situationer kan läran om avtal i strid med goda seder användas för att komplettera de ofullständiga förbudsstadgandena. Lärorerna om avtal i strid med legala förbud och om avtal i strid med goda seder har därmed delvis samma tillämpningsområde. Läran om avtal i strid med goda seder är emellertid också en självständig ogiltighetsgrund som kan användas när det inte finns ett samband med överträdelsen av ett legalt förbud. Avtal som står i strid med den personliga frihet vi tillförsäkras genom grundlag och internationella konventioner brukar anföras som exempel på när regeln om avtal i strid med goda seder skulle kunna komma till självständig användning.³⁵

Det framstår som rimligt att anta att ett avtal i strid med goda seder inte bör träffas av mer ingripande rättsföljder än avtal i strid med legala förbud, särskilt som reglerna delvis går i varandra. Läran om avtal i strid med legala förbud har behandlats vid flera tillfällen.³⁶ Enligt den förhärskande meningen är det i första hand fyra hänsyn som måste vägas mot varandra när man i allmänhet vill ange rättsverkningarna av att ett legalt förbud överskridits. Dessa fyra är förbudets syfte, förbudets effektiva upprätthållande, vad som mellan parterna framstår som billigt och om god eller ond tro bör påverka rättsföljderna.³⁷ Modellen utgör en pragmatisk lösning på de svåra problem som ofta är förknippade med att ett legalt förbud överskridits. Rättsfallet NJA 1997 s. 93 tjänar väl att illustrera svårigheterna.³⁸ Vid en ombyggnation hade en underentreprenör hyrt in ett danskt företag för att utföra delar av arbetet. Den som faktiskt utförde arbetet och som dessutom var verkställande direktör var emellertid belagd med näringsförbud i Sverige. När det danskregistrerade företaget ville ha betalt för det utförda arbetet invände underentreprenören att detta inte kunde ske eftersom avtalet stred mot ett legalt förbud och därmed var ogiltigt. Vid sin bedömning huruvida uppdragsavtalet var giltigt uttalade HD följande:

”Huruvida ett avtal som strider mot lag är ogiltigt, trots att detta inte angivits i lagen, beror på om den lagregel som överträtts bygger på sådana hänsyn som gör att en ogiltighetspåföljd är påkallad. Detta får avgöras i varje uppkommande typfall, efter en analys av syftet med lagregeln, behovet av en ogiltighetspåföljd för att sanktionera den och de olika konsekvenser som en sådan påföljd kan medföra, t.ex. för godtroende medkontrahenter. I de fall

³⁵ Se Westerberg *Privaträttsliga kontrakt och regeringsformen* i *Festskrift till Strömberg*, Lund 1992 (även utgiven som FT 1992:1–3), s. 309–328, där förhållandet till grundlagsskyddade rättigheter diskuteras.

³⁶ Se allmänt om avtal i strid med legala förbud Andersson *Legala förbud och ogiltighet* i TfR 1999 s. 533–752, Karlgren *Ett gammalt tvisteämne: nullitet och angräplighet* i *Festskrift till Ussing*, Köpenhamn 1951, s. 247–266 och Nial *Om förvärv i strid med legala förbud* i TfR 1936 s. 1–77.

³⁷ Nial TfR 1936 s. 7 och Andersson TfR 1999 s. 694.

³⁸ Kleineman har kommenterat fallet i *Allmänna principer för ogiltighetspåföljdens inträdande* JT 1997–98 s. 808. Se även uttalanden av Andersson TfR 1999 s. 563.

där ogiltigheten motiveras av ett allmänt intresse skall den beaktas ex officio.”³⁹

HD:s beskrivna modell innebär att varje avtal skall bedömas efter sin typ och inte som en enskildhet.⁴⁰ I övrigt motsvarar de olika delarna i modellen i stort vad som tidigare antagits i doktrinen. I ett första steg har alltså domstolarna att bedöma huruvida en överträdelse av ett legalt förbud bör leda till avtalets ogiltighet. Härfter vidtar den andra delen i bedömningen, nämligen vilka effekter ogiltigheten bör leda till. I HD:s domskäl uttalas följande om rättsföljden av att avtalet i och för sig är ogiltigt:

”Att ett avtal är ogiltigt innebär inte med nödvändighet att det saknar rättsverkan. Regelmässigt gäller att avtalets efterföljd inte kan framtvings på rättslig väg. Om emellertid prestation har skett i enlighet med ett avtal, som strider mot lag eller goda seder, saknar den presterande i vissa fall laglig rätt att kräva tillbaka det han utgivit, medan i andra fall en uppgörelse mellan parterna kan tillåtas ske, vilken också kan prövas i domstol.”⁴¹

I det aktuella fallet innebar denna ståndpunkt att det danska företags talan inte borde ha avisats och målet återförvisades därför till tingsrätten för materiell bedömning.⁴²

3.2 Rättspraxis om avtal i strid med goda seder

Om man gör en genomgång av Högsta domstolens praxis sedan 1960, i avsikt att undersöka hur invändningar om att ett avtal stått i strid med goda seder har hanterats, visar det sig att invändningen andragits endast i ett fåtal fall. I växelålet NJA 1968 s. 351 anfördes i ett sakkunnigutlåtande av Karlgren som stöd för växelnehavarens anspråk att uttrycket ”upsåtligen handlat till gäldenärens förfång” i 17 § VxL kunde tolkas i ljuset av bland annat regeln om avtal i strid med goda seder. Frågan kom emellertid aldrig att ställas på sin spets i fallet. Rättsfallet NJA 1972 s. 29 gällde villkor för överlåtelse av aktier. Enligt överlåtelseavtalet förbehöll sig överlåtaren för resten av sin livstid rösträtt för de överlåtna aktierna. Enligt avtalet skulle hela försäljningen vara förfallen om köparen bröt mot rösträttsförbehållet och köparen blev skyldig att, mot återfående av köpeskillingen, återställa aktierna. HD ansåg det inte stå i strid med goda seder att begränsa

³⁹ NJA 1997 s. 93, HD:s domskäl referatet s. 95 f.

⁴⁰ Det ligger nära till hands att anta att HD avsett en lära om avtalstyper så som den presenteras av Grönfors, särskilt som en uttrycklig hänvisning till dennes kommentar till avtalslagen görs i domskälen. Se angående läran Grönfors *Tolkning av fraktavtal*, Göteborg 1989 s. 54–62. Jfr Kleineman *Allmänna principer* s. 813 och Andersson *TfR* 1999 s. 694.

⁴¹ NJA 1997 s. 93, HD:s domskäl referatet s. 96.

⁴² Den modell som nu beskrivits förefaller att vara ett utflöde av den allmänna utvecklingen av avtalsrätten i Norden. Jfr från norsk rätt Rt 1993 s. 312 om utlåning i strid med reglerna i verdipapirhandelloven och från dansk rätt U 1999.305 V, U 2000.1164 H och U 2001.2374/2 H som alla gäller upplägg som stod i strid med sommerhusloven där linjerna är snarlika de som dras upp i NJA 1997 s. 93.

innehavarens rösträtt på detta sätt. I det välkända rättsfallet NJA 1977 s. 717 var rättsfrågan om en gåvoutfästelse kunde ogiltigförklaras eller jämkas. Fallet är så till vida överspelat att tvisten idag hade lösts med hjälp av den allmänna jämkningsregeln i 36 § AvtL. Den jämkning som skedde i fallet grundade sig på grunderna för 8 § SkbrL och inte på läran om avtal i strid med goda seder. I fallet NJA 1987 s. 167, som handlade om ett fastighetsköp där köpesumman i verkligheten var betydligt högre än den som angavs i köpehandlingen, ogiltigförklarades ett skuldebrev på den överskjutande penningssumman. Fallet är i första hand ett exempel på domstolars rätt att ange grunden för sitt domslut på annat sätt än vad parterna angivit, men kan uppfattas som ett exempel på bedömning av *pacta turpia*. I målet kopplades ogiltigförklaringen till det effektiva upprätthållandet av bestämmelsen i 4 kap. 1 § JB och inte till läran om avtal i strid med goda seder.

En särskild frågeställning som kommit att diskuteras är om avtal som går ut på skatteundandragande skulle kunna tänkas stå i strid med goda seder. I NJA 1992 s. 299 var rättsfrågan om ett konkursbo kunde kräva betalning av mervärdesskatt i anledning av en tidigare försäljning. Försäljningen var enligt gällande skattelagstiftning undantagen från mervärdesskatt eftersom den avsåg omedelbar vidareförsäljning till Norge. Tvisten gällde huruvida köparen utfäst sig att ändå betala ett belopp som skulle ha motsvarat mervärdesskatten till säljarens konkursbo. Det extra belopp köparen enligt säljarens konkursbo hade utfäst sig att betala skulle dock inte ha orsakat köparen någon förlust, eftersom denne hade rätt att i sin tur göra avdrag för ingående mervärdesskatt. Då det fanns borgenärer med bättre förmånsrätt i säljareföretagets konkursbo, skulle staten emellertid inte kunna göra anspråk på beloppet om det inbetalats.

Under förutsättning att utgångspunkterna är korrekta — att köparen fått avräkna ingående mervärdesskatt, att exporten inte skulle mervärdesbeskattas och att staten inte kunde göra anspråk på det inbetalade beloppet — skulle överenskommelsen mellan köparen och säljaren innebära att staten indirekt betalade några av de förmånsberättigades fordringar. Ett avtal om att betala mervärdesskatt till konkursboet skulle alltså ha inneburit ett effektivt undandragande av skatt i en situation där köparen inte skulle komma att förlora på att utge beloppet. Köparbolaget ville enligt egen utsago inte medverka till ett sådant resultat. Det är i detta sammanhang HD formulerar vissa principer för bedömningen av avtal som syftar till undandragande av skatt:

”En särskild överenskommelse, som direkt syftar till att skatt skall undandras genom oriktig uppgift till skattemyndigheten, får anses civilrättsligt ogiltig enligt allmänna rättsgrundsatser. En förutsättning för att domstol av sådan orsak skall vägra att ta befattning med ett yrkande får emellertid anses vara

att det otillbörliga syftet uppenbart framgår antingen av grunderna för yrkandet eller av utredningen i målet.⁴³

HD fann att HovR:n, som avisat målet med hänvisning till att avtalet stod i strid med goda seder, borde ha behandlat frågan i sak eftersom det inte klart framgick att avtalet hade otillbörligt syfte. I det aktuella fallet torde detta ha inneburit att HovR:n borde ha tagit ställning till vad avtalet mellan köpare och säljare verkligen gick ut på istället för att avvisa det.

NJA 1992 s. 299 rör i grunden en kollision mellan förmånsrättsregler och regler om mervärdesskatt. Den fråga man måste ställa sig är om det verkligen står i strid med goda seder att genom en överflödigt mervärdesskattebetalning tillskapa en fördel för mottagarens borgenärer. Nyligen har frågeställningen huruvida avtal som syftar till skatteundandragande står i strid med goda seder ytterligare belysts genom rättsfallet NJA 2002 s. 322.⁴⁴ HD:s majoritet uttalar mycket tydligt att de principer som kom till uttryck i NJA 1992 s. 299 inte kunde tillämpas i det aktuella fallet utan att de principer som uttryckts i NJA 1997 s. 93 borde användas och uttalade att frågan huruvida talan helt eller delvis skulle avvisas fick avgöras ”efter en analys av syftet med den lagstiftningen, behovet av en sådan påföljd för att sanktionera den och de olika konsekvenser som påföljden kan medföra”.⁴⁵ Efter att ha angivit både skäl för och emot att avtal som syftar till skatteundandragande skall förvägras domstolsprövning konstaterar HD att svensk rätt intar en relativt liberal hållning vad gäller frågan om avtal som slutits i strid med lag och goda seder. HD:s majoritet beslutade på grund härav att frågan borde återförvisas till HovR:n för fortsatt behandling.⁴⁶

I brist på direkt vägledande svensk praxis kan frågeställningen om avtal i strid med goda seder belysas genom avgörandet av danska Højesteret som refereras i U 2000.631 H. Fallet är ett av de få från högsta dömande instans som avkunnats i Norden som mer renodlat tar upp frågan om avtal i strid med goda seder. Sakomständigheterna var i det väsentliga följande:

Henrik Hoppe Mørk slöt i början av 1980-talet ett samarbetsavtal med en dansk egendomsmäklarfirma. Samarbetet gick ut på att köpa och sälja egendom i Spanien och verksamheten riktade sig i första hand till skandinaver. Enligt spansk lagstiftning krävdes särskild auktorisation för att köpa och sälja egendom i Spanien och tillståndet kunde enligt gällande lagstiftning endast innehas av spanska med-

⁴³ NJA 1992 s. 299, HD:s domskäl referatet s. 303.

⁴⁴ Fallet har kommenterats av Kleineman ”Svarta pengar” i Högsta domstolen i JT 2002–03 s. 646–656.

⁴⁵ NJA 2002 s. 322, HD:s domskäl referatet s. 327.

⁴⁶ HD:s dom var inte enhällig och två av ledamöterna var skiljaktiga, JustR Gregow vad gällde motiveringen medan JustR Lennander var skiljaktig i sak. För dessa meningar hänvisas till referatet och kommentaren av Kleineman ”Svarta pengar” s. 654–656.

borgare.⁴⁷ Den verksamhet Mørk skulle bedriva var alltså att betrakta som olaglig enligt spansk rätt. Mäklarfirman och Mørk bedrev med hjälp av spanska mellanhänder trots detta verksamhet i enlighet med samarbetsavtalet under flera år. I juli 1989 lät emellertid Mørk meddela att han inte längre ville fortsätta samarbetet med hänvisning till att verksamheten inte var tillåten i Spanien. Mäklarfirman krävde i anledning av påstått avtalsbrott Mørk på ersättning uppgående till 821 000 DKK. Kravet grundades på samarbetsavtalets bestämmelser och var beräknat efter en tredjedel av de senast föregående årens bruttoförtjänst.

Højesteret konstaterade att Mørk inte hade någon möjlighet att verka som egendomsmäklare under den aktuella perioden och att mäklarfirman var medveten om detta. Vidare ansåg Højesteret det vara av betydelse att Mørk med mäklarfirmans goda minne skulle lägga verksamheten till rätta på ett sådant sätt att de spanska reglerna kunde kringgås. Under dessa förhållanden kunde Mørk inte åläggas att betala i enlighet med skadeståndsklausulen i samarbetsavtalet och Højesteret stödde domslutet på bestämmelsen i DL 5-1-2 om avtal i strid med lag eller ärbart leverne.

Rättsfallet U 2000.631 H visar på ett tydligt sätt hur regeln om avtal i strid med goda seder kan användas. Samarbetsavtalet som sådant var giltigt enligt dansk rätt, endast dess praktiska genomförande krävde ett lagbrott, men inte brott mot dansk lag. Det var alltså inte fråga om ett avtal i strid med ett legalt förbud i den egna rättsordningen, utan om ett objektivt faktum som gjorde efterlevnaden av avtalet praktiskt tvivelaktig. Genom att underkänna det formellt giltiga samarbetsavtalet med hänvisning till att avtalet strider mot goda seder, kan heller inte avtalade skadestånd utkrävas.

Det hade förmodligen varit möjligt för Højesteret att angripa samarbetsavtalet i U 2000.631 H med 36 § Aftaleloven istället, men bestämmelsens konstruktion i dansk rätt gör direkta jämförelser vanskliga.⁴⁸ Fastän svensk rätt har en okodifierad regel om avtal i strid med goda seder vore det emellertid, enligt min mening, att förvänta att en svensk domstol skulle ha jämkat den skadeståndsskyldiges ansvar med hänvisning till 36 § AvtL istället. Samma praktiska resultat skulle därmed kunna uppnås som med tillämpning av den okodifierade regeln om osedliga avtals ogiltighet. Den beskrivna situationen träffas därmed i svensk rätt av en lagfäst regel och det blir därmed inte ens i

⁴⁷ Se angående rättsläget under perioden U 2000.631 H, referatet s. 643–644. Reglerna i spansk rätt har senare ändrats för att stå i samklang med gemenskapsrätten.

⁴⁸ Enligt 36 § Aftaleloven kan avtalet jämkas eller helt lämnas utan avseende om det skulle vara "urimeligt eller i strid med redelig handlemåde" att göra avtalet gällande. Se angående generalklausulerna i de nordiska avtalslagarna von Post Studier kring 36 § avtalslagen, Stockholm 1999, s. 54–77.

ett fall som det nu beskrivna nödvändigt att tillgripa den undflyende regeln om avtal i strid med goda seder.⁴⁹

3.3 *Innehållet i goda seder*

Hjärtat i regeln att avtal i strid med goda seder är ogiltiga är betydelsen av begreppet *goda seder*. Begreppet har historiskt använts som en traditionsbärare, där måttstocken var tidigare generationers handlande. I dagens samhälle är det inte alltid säkert att detta är den bästa utgångspunkten för att fastställa önskvärda beteenden. Antag att fäderna i två familjer kommer överens om att dottern i den ena familjen skall gifta sig med sonen i den andra. Om giftermålet inte blir av skall sonens far betala ett omfattande skadestånd till den andra familjen. En sådan överenskommelse kan ge upphov till flera intressanta frågor, såsom under vilka förutsättningar skadeståndet skall utfalla, medvällande och förutsättningar för avtalets fullgörande, men dessa måste träda i bakgrunden för den övergripande frågan om en sådan överenskommelse alls är bindande. Genomdrivande av ett avtal av detta slag skulle säkerligen uppfattas som stötande av de flesta i Sverige. Det är dock inte säkert att detta ställningstagande är giltigt för alla tider och i alla kulturkretsar. Vad som menas med goda seder är föränderligt och man kan därför inte fixera det på ett sådant sätt att det har samma innehåll oberoende av tid, plats och kulturkrets.

Även om man inskränker försöken att fixera innehållet i goda seder till att avse endast Sverige i nutid kvarstår problemet att avgöra *vems* goda seder. Tillåter man sig för ett ögonblick att bortse från att Sverige inte har och kanske heller aldrig har haft en enda, gemensam kultur, är det ändå svårt att finna det sätt varpå innehållet i begreppet goda seder skall bestämmas. En möjlig utgångspunkt för att fastställa innehållet vore att ställa frågor till ett statistiskt representativt urval av befolkningen och därigenom erhålla en bild av allmänhetens uppfattning i en viss fråga. Innehållet i begreppet goda seder skulle därmed vara detsamma som den bredast omfattade uppfattningen om vad som är acceptabelt i Sverige vid en given tidpunkt. Detta sätt att fastställa rättens innehåll brukar dock avvisas i andra sammanhang. I de undersökningar som görs av allmänhetens inställning till dödsstraffet brukar uppfattningen vara att dödsstraff är en önskvärd påföljd för grova brott. Trots detta har svensk rätt ett uttryckligt förbud mot dödsstraff i 2 kap. 4 § RF. Ett mindre kontroversiellt exempel är inställningen till svart arbete. Enligt de beräkningar RRV gjorde 1998 motsvarade det svarta arbetet i Sverige omkring 3 procent av BNP och stat och kommun gick miste om skatteintäkter i storleks-

⁴⁹ Se även hanteringen av hela frågan om avtal i strid med goda seder hos Adlercreutz *Avtalsrätt* 1 s. 282–285, där grunderna för ogiltigheten går i varandra och ofta framstår som utbytbara.

ordningen 20 till 40 miljarder kronor per år.⁵⁰ En enkel fråga ställd i en statistisk undersökning skulle dock säkerligen visa att svart arbete inte anses vara särskilt allvarligt medan att förhandla sig till ett stort avgångsvederlag, en så kallad fallskärm, uppfattas som djupt omoraliskt.⁵¹ Trots detta har lagstiftaren valt att beivra undandragande av skatt, medan ett stort avgångsvederlag i de flesta fall knappast går att ogiltigförklara på rättslig väg eller ens jämka med hjälp av 36 § AvtL. Med dessa fakta klara för sig vore det minst sagt olämpligt att likställa goda seder med allmänhetens uppfattning i en viss fråga. Som grund för en så ingripande följd som ogiltighet krävs uppenbart en mer stabil grund än tillfälliga opinioner.

Det är oundvikligt att en lära om avtal i strid med goda seder får inslag av social eller offentlig kontroll och en bestämmelse av detta slag kan fyllas med olika innehåll efter samhällets krav.⁵² Själva lokutionen *i strid med goda seder* inbjuder till en tankemässig glidning från osedlig till osedvanlig och regeln lånar sig därför till att fördöma inte bara stötande avtal utan även sådana avtal som avviker från ett tänkt normalbeteende. Frågan är i själva verket om problemet att fixera innehållet i lokutionen *goda seder* alls är lösbart eller om läran om avtal i strid med goda seder istället bör ses som ett verktyg för domstolarna varigenom dessa kan komma till rätta med svårförutsebara problemställningar. Betraktad på detta sätt är regeln att avtal i strid med goda seder inte kan göras gällande bara en möjlighet att lämpa rättsföljderna efter vad domstolens ledamöter finner vara ett rimligt resultat i det enskilda fallet. Läran blir därmed en grund för domstolen att avvika från resultatet av andra, erkända rättsregler i ett enskilt fall.

4. Slutvärdering och slutsatser

Lärorna om att spelskulder inte kan krävas in med domstols hjälp och läran om ogiltigheten hos avtal som står i strid med goda seder nämns ofta i samma sammanhang. I gällande svensk rätt har lärorna emellertid sakligt litet gemensamt annat än att de båda rör frågor om avtals giltighet. Värdet av att behålla den ena läran kan därmed diskuteras relativt fristående från att behålla den andra.

Man kan fråga sig om regeln om spelskulders ogiltighet fortfarande fyller en funktion. De straffrättsliga bestämmelserna tyder på att det finns ett behov av att stävja vissa former av spelande. Många gånger

⁵⁰ RRV 1998:28 s. 50–52. Jfr Pedersen *The Shadow Economy in Germany, Great Britain and Scandinavia*, Köpenhamn 2003, som uppskattar det svarta arbetet till 2,3 procent av Sveriges BNP.

⁵¹ Angående fallskärmsavtal Grönfors *Fallskärmsavtal — en ny avtalstyp i Festschrift till Agell*, Uppsala 1994, s. 183–192 och dens. *Avtal och omförhandling*, Stockholm 1995, s. 54–59.

⁵² Se angående tillämpningen av § 138 BGB i Tyskland under Weimarrepubliken, nationalsocialismen och i östra Tyskland under DDR-tiden Wanner *Die Sittenwidrigkeit der Rechtsgeschäfte im totalitären Staate*, Ebelsbach 1996. Se även allmänt om generalklausulernas användning i Tyskland under nationalsocialismen Börner *Die Bedeutung der Generalklauseln für die Umgestaltung der Rechtsordnung in der nationalsozialistischen Zeit*, Frankfurt am Main 1989.

är det emellertid inte spelandet i sig som inte är önskvärt, utan illegal verksamhet såsom penningtvätt och utlåning till ockerränta. Dessa företeelser är straffbelagda i andra stadganden och reglerna i 16 kap. BrB om dobbel träffar ofta i situationer när även andra straffrättsliga regler är tillämpliga. Trots detta finns det, enligt min mening, anledning att som i gällande rätt ha begränsningar i att bedriva spelverksamhet. En möjlig väg mot en mer praktisk lösning vore att behandla spelskulder som uppstått i verksamhet som kräver tillstånd, men utan att sådant tillstånd erhållits, efter samma mönster som andra avtal i strid med legala förbud. Om regeln ändå skall kvarstå vore det under alla förhållanden bättre om den upprätthölls mer konsekvent än rättspraxis visar.

En regel om spelskulders ogiltighet kommer som utredningen visat att träffa även vissa former av finansiella transaktioner. Enligt min mening är problemet olösligt eftersom vissa finansiella instrument står närmare spel än börshandelns urtyp aktiehandel. Om ett rättssystem innehåller en regel om spelskulders ogiltighet kommer den därför även att träffa vissa typer av finansiella instrument.

Vad gäller läran om avtal i strid med goda seder är situationen en annan. Svensk rättspraxis erbjuder som genomgången visat inga fall där invändningen att avtalet stått i strid med goda seder varit framgångsrik. Detta bevisar självklart inte att läran skulle vara betydelselös. Rättspraxis ger emellertid endast svar i några enskilda fall om vad som inte är att betrakta som avtal i strid med goda seder, inte vad som positivt menas med lokutionen.

Även om läran om att avtal i strid med goda seder betraktas som ett verktyg för domstolarna att komma till rätta med orimliga resultat i vissa fall, förefaller det inte som om HD är särskilt benägen att använda sig av denna möjlighet. Avtal som förutsätter lagbrott kan ogiltigförklaras efter ett i rättspraxis utvecklat mönster där osedligheten inte är en faktor. En vidareutveckling och precisering av dessa principer skulle därmed till största delen fylla samma funktion som läran om avtal i strid med goda seder utan den i mitt tycke olyckliga kopplingen till goda seder. I övriga fall där läran traditionellt kommit till användning föreligger normalt oskälighet av sådant slag som gör jämkning eller ogiltigförklaring med stöd av avtalslagens regler möjlig och i en sådan bedömning behöver inte rättshandlingarnas eventuella osedlighet dras in. Rättsutvecklingen har därmed gjort läran om avtal i strid med goda seder överflödigt och de problem läran traditionellt löst kan i gällande rätt lösas på andra, mer flexibla sätt.