

Pengar luktar inte — eller gör de det?¹

Av docent TORBJÖRN INGVARSSON

Krav som grundar sig i sådant som uppfattas vara osedliga förhållanden avvisas närmast reflexmässigt av domstolar, utan någon närmare prövning i sak. För att kunna avvisa talan, måste domstolen emellertid först slå fast att talan verkligen grundar sig i osedliga förhållanden. Osedligheten syns inte, den luktar inte och den kan inte fastställas med naturvetenskapliga metoder. Den närmast intuitiva bedömningen, att ett krav grundar sig i osedliga förhållanden, har trots detta sådan kraft, att domstolen kan vägra att ta befattning med kravet. Utvecklingen i Högsta domstolens praxis tyder dock på att synsättet är på väg att överges. I artikeln undersöks stödet för att avvisa en talan som grundar sig i osedliga förhållanden och hur människans förmåga att tillskriva föremål egenskaper de inte har spelar en betydelsefull roll för avvisningsregelns ställning i rättssystemet.

Inledning

Det mänskliga psyket har en märklig förmåga att fästa egenskaper vid föremål som de egentligen inte har. Den gröna keramikburken som varje gång man går förbi den framkallar tankar på mormor eller manschettknapparna efter svärfar som varje gång får en att för ett ögonblick sakta ner i förberedelserna inför mötet eller festen. Egenskapen är i många fall positiv, men har en skugga. Likaväl som föremål kan förknippas med positiva minnen och egenskaper, kan de vara förbundna med negativa. Uttrycken ”svarta pengar” och ”blodspengar” är bara två exempel. På något sätt är det som att de ohederligt erhållna pengarna kunde skiljas ut i en hög av sedlar och mynt, som om det skändliga vidhäftade själva pengarna. Men så är det förstås inte. Ändå kan man fråga sig om inte sådana tankar influerar juridiska bedömningar.

Förhållandet mellan rätt och moral måste sägas vara komplicerat. Detta visar sig bland annat i hanteringen av osedliga avtal eller om man så vill *pacta turpia*. Några exempel på uppmärksammade avgöranden från Högsta domstolen, där kravet i processen har påståtts grunda sig i osedliga förhållanden, har gällt betalningar som syftat till

¹ Uttrycket *pecunia non olet* tillskrivs ofta den romerske kejsaren Vespasianus, men är en fri ombildning från en händelse som återberättas i *Suetonius* Kejsarbiografier. Vespasianus klandrades av sin son Titus för att ha infört en urinskatt. Vespasianus tog då ett mynt från den första inbetalningen och höll det under sonens näsa och frågade om han for illa av lukten. Sonen svarade att han inte gjorde det och Vespasianus sade då: ”Och ändå kommer det från urin.” Vespasianus 23, återgivet efter översättningen av *Lagerström*, Stockholm 2001, s. 367.

skatteundandragande, betalning för tjänster utförda av personer som vid utförandet var belagda med näringsförbud och rätt att få ersättning grundad i stöld av pengar som intjänats genom olaglig verksamhet.² Avtal om ersättning för en genomförd abort och krav på ersättning för utebliven skilsmässa kan läggas till listan, om man börjar leta bland publicerade hovrättsdomar.³ De flesta jurister reagerar närmast reflexmässigt på situationer av det här slaget: Talan bör avvisas!

Generationer av nordiska jurister har fått lära sig att rätt och moral måste skiljas åt. Det som uppfattas som ett moraliskt korrekt ställningstagande behöver inte vara en rättsligt sett riktig lösning på ett juridiskt problem. Genom vår skolning har vi lärt oss att inte ta hänsyn till vår privata moraluppfattning, utan bara beakta realiteterna i fallet. Reaktionen på *pactum turpe* passar inte alls in i detta mönster. Men frågar man sig vad som ligger till grund för denna känsla att domstolen inte ens skall ta i det osedliga kravet, utan skjuta det från sig, så är det inte alldeles lätt att finna några skäl. Det är ju en sak att ett krav kan ogillas, men känslan att kravet skall avvisas går uppenbarligen djupare än den juridiska bedömningen att kravet är materiellt oberättigat.

De uttryck som används för att legitimera regeln om avvisning av krav som har sin grund i osedliga förhållanden ger en fingervisning om de mytiska rötter som sticker fram i frågan. Domstolen skall inte medverka till att upprätthålla det osedliga, den skall inte smutsas av den byk parterna vill tvätta och det osedliga skall inte få orena rättssalen. Beskrivningarna slår an en nästan religiös ton.⁴

De frågor som denna artikel avser att besvara är dels på vilken grund principen vilar att osedliga avtal och andra krav som stödjer sig på osedliga förhållanden skall avvisas, dels om rättsutvecklingen möjligen har kommit till en punkt där principen bör överges till förmån för materiell bedömning och eventuellt ogillande av talan istället. Ytterst är syftet med artikeln att påvisa att det inte är rättsligt betydelseöst om föremål tillskrivs egenskaper som de egentligen inte har.

För att få en bra utgångspunkt för resonemangen om *pactum turpe*, finns det anledning att först något utveckla vad uttrycket betyder och sätta in det i ett språkligt och historiskt sammanhang. Därefter följer en kort redogörelse för stödet i rättegångsreglerna för att avvisa en talan. I syfte att illustrera osedlighetens vidhåftningsförmåga, diskuteras därefter två rättsfall, nämligen NJA 2008 s. 861 och det norska fallet Rt 2006 s. 328. Utgången i fallen är helt olika, trots att osedligheten som sådan nog var värre i det svenska än i det norska fallet. Efter dessa mer materiella reflektioner, görs ett försök att knyta

² NJA 1992 s. 299, NJA 1997 s. 93 och NJA 2008 s. 861.

³ RH 2004:41 och RH 1988:130.

⁴ Det är frestande att göra en koppling till Titusbrevet 1:15 i Bibeln: "För de rena är allting rent, men för dem som lever i orenhet och otro är ingenting rent, de är orena både i sinne och samvete."

samma utvecklingstendensen i gällande rätt med Uppsalaskolans syn på rätt och myt.

Låt oss fixera begreppen!⁵

I Juridikens termer står under uppslagsordet *pactum* följande:

”*Pactum* (plur. *pacta*; med försvenskad skrivning *paktum*), avtal; i speciell betydelse äktenskapsförord. — *P. de contrahendo*, förkontrakt. — *P. reservati domini*, ägarförbehåll vid köp mot avbetalning, enl. vilket äganderätten inte övergår till köparen, förrän godset helt betalats. *P.* gäller, trots köparens besittning av godset, även mot dennes borgenärer. — *P. turpe*, avtal, som strider mot goda seder.”⁶

Strax ovanför detta uppslagsord står den välkända sentensen *pacta sunt servanda*, med förklaringen att uttrycket betyder att avtal skall hållas, med ett tillfogat ”jfr. *Pactum*”.

Denna till synes oskyldiga förklaring rymmer ett intressant problem som rör skillnaden mellan bindande avtal och andra överenskommelser. Ett avtal är definitionsmässigt bindande. En överenskommelse däremot behöver ju inte vara i juridisk mening bindande.⁷ Till de klassiska exemplen hör väl överenskommelser inom familjen av slaget ”kärleksfull omvårdnad och skjuts till kyrkan varje söndag”. Ofta sorteras dessa överenskommelser bort från diskussionen om bindande avtal med hänvisning till att de inte är förmögenhetsrättsliga.⁸

Återvänder man nu till förklaringen i Juridikens termer, så är det iögonfallande att samtliga anförda exempel, med viss reservation för äktenskapsförordet, rör överenskommelser som inte är bindande. Hänvisningen vid uttrycket *pacta sunt servanda*, skulle ju lätt kunna få

⁵ Uppmaningen lär ska ha inlett de seminarier som kretsen kring Hägerström höll. Se *Marc-Wogau* Studier till Axel Hägerströms filosofi, Uppsala 1968, s. 7. Angående den fundamentala ställning Hägerström gav åt just begreppsbestämningen, se *Das Prinzip der Wissenschaft I. Die Realität*, Uppsala 1908, och särskilt slutsatsen på s. 123.

⁶ Förklaringen har varit densamma i alla upplagor av Juridikens termer, från den första från 1958 till den senaste från 2002.

⁷ Någon vill kanske göra gällande, att begreppet *överenskommelse* är ett överbegrepp som innesluter alla avtal. Eftersom bundenhet kan uppkomma utan att parterna i någon faktisk mening kommit överens om något, förefaller mig en sådan beskrivning inte som helt korrekt. Exempelvis anses avtalsbundenhet kunna uppkomma genom passivitet. Bara genom en långt driven fiktion kan passivitet omtolkas till en partsvilja och därigenom utgöra en del av en ”överenskommelse” mellan avtalets parter. Ett annat tydligt exempel är avtalsbundenhet utan gemensam partsvilja. I NJA 1995 s. 586 och NJA 1999 s. 35 konstaterade Högsta domstolen att fastän det helt saknades gemensam partsvilja, så hade ett bindande avtal uppkommit. Avtalsbundenhet kan alltså mycket väl uppkomma, trots att parterna inte kommit överens på den punkt som tvisten gäller.

⁸ Redan rubriken till avtalslagen, där lagen sägs vara tillämplig på avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, ger en antydning om problemet. Vad som skall förstås med förmögenhetsrätt är inte helt klart, eftersom sådana för parterna ekonomiskt viktiga avtal som äktenskapsförord och redovisning av förmynderskap samt hela testamentsrätten sägs falla utanför. Se angående avtalslagens tillämpningsområde *Grönfors Avtalslagen*, 3 upplagan Stockholm 1995, s. 41–43.

läsaren att tro att det som räknas upp under ordet *pactum* skulle vara bindande, men så är inte fallet. Skälen till att överenskommelserna inte är bindande är emellertid helt andra än att de inte skulle vara förmögenhetsrättsligt relevanta.

En ledtråd till varför *pacta turpia* inte är bindande ligger faktiskt i själva ordformerna.⁹ *Pactum* med pluralformen *pacta* i uttrycket, betyder ursprungligen *överenskommelse* och inte bindande avtal. En bindande överenskommelse heter däremot i klassisk romersk rätt *pacta* i singular och *pactæ* i plural. Genom ordlikheten mellan *pactum* och *pacta*, trots att de egentligen är olika ord, är det lätt gjort att blanda samman dem. Betydelseskilnaden är ju inte heller så stor och uttrycken blandades samman ganska tidigt. Med tiden har skillnaden helt försvunnit. Detta är förklaringen till att *pacta* i uttrycket *pacta sunt servanda* är plural till just *pactum*. I romersk rätt fanns ingen allmän regel om att avtal skulle vara bindande, utan sentensen uppstod först med kanonisternas bearbetning av romerskrättsliga källor.¹⁰ Först under sexton- eller sjuttonhundratalet kom *pacta sunt servanda* att accepteras som civilrättslig regel. Sentensen hör alltså varken till innehållet eller formuleringen till den romerska rätten i betydelsen romarnas rätt. Denna förståelse av ordet *pactum*, som ett ursprungligen oförbindande löfte, gör förklaringen i Juridikens termer mer begriplig. Det till synes oskyldiga ”jfr. *Pactum*” vid uttrycket *pacta sunt servanda* i Juridikens termer bör alltså helst förstås så att *pactum* är något annat än bindande avtal, åtminstone om man ser till de exempel som ges under uppslagsordet *pactum*. Avtal skall hållas, överenskommelser behöver inte göra det.

Varför likhetstecken skulle sättas mellan *pactum*, om än i ”speciell betydelse”, och äktenskapsförord är inte lätt att omedelbart förstå. Det uttryck som ligger i botten är *pactum antenuptiale*.¹¹ Att benämna äktenskapsförord som *pactum* förefaller dock höra till äldre tidens

⁹ *Pactum* härleds från *pacisci* eller *pacere* och hör även etymologiskt samman med orden för fred, *pax* eller *pacis*. Se Ulp. D. 2, 14, 1,1: ”*Pactum autem a pactione dicitur (inde etiam pacis nomen appellatum est)*” [*Pactum* kommer av *pactio* (och ordet *pax* har samma ursprung)]. Den antika litteraturen är full av oriktiga etymologier, men denna förefaller vara helt korrekt. Begreppet förlorar sig i historiens dunkel, men det finns trådar ner i äldre romersk rätt och de tolv tavlornas lag. Enligt åttonde tavlan, som innehåller straffrättsliga bestämmelser, har den som blivit stympad av någon rätt att tillfoga den andre samma skada, om man inte lyckas göra upp i godo (*ni cum eo pacit*). Enligt antika källor, främst *Gellius Noctes Atticæ* 20.1.51 f., gjorde skadevällaren och den skadade alltid upp genom förlikning och möjligheten att tillfoga samma kroppsskada verkar inte ha utnyttjats. Se vidare *Watson Rome of the XII Tables*, Princeton 1975 s. 113–114 med där anförd litteratur i ämnet.

¹⁰ Se angående den historiska utvecklingen *Zimmermann Law of Obligations*, Oxford 1996, s. 537–544.

¹¹ Så tillägger *Björling Civilrätt*, 1 upplagan Lund 1910, på s. 239 att ett avtal mellan blivande makar om egendomsfördelning som avviker från äktenskapslagstiftningens ”kallas äktenskapsförord — i dagligt tal ofta »*pactum*« (med adjektivet »*antenuptiale*« underförstådt)”. I upplagor efter ikraftträdandet av 1920 års giftermålsbalk lämnas inte denna förklaring och ordet *pactum* har utmönstrats ur texten.

vardagsspråk, låt vara med viss medvetenhet om juridiken.¹² Avtal mellan makar har alltid betraktats med viss skepsis och bilden av pactum som oförbindande, eller i vart fall försett med större begränsningar än avtal i allmänhet, gör sig alltså påmind även här.¹³ Före ikraftträdandet av 1920 års giftermålsbalk ansågs inte gåvor eller ens onerösa avtal mellan makar vara giltiga. I senare lagstiftning är sådana avtal giltiga, men underkastade begränsningar som förts vidare till nu gällande lagstiftning. Äktenskapsförord är däremot i sig inte oförbindande, även om de enligt 7 kap. 3 § 2 & 3 st. ÄktB är underkastade vissa formkrav för att vara gällande. Denna speciella användning av ordet pactum är väl mest intressant som historiskt faktum och ingen kallar väl ens i vardagslag äktenskapsförord paktum idag.¹⁴

Förkontrakt, föravtal eller *letters of intent*, som alla är vanligt förekommande benämningar för olika avsiktsförklaringar, är ofta inte avsedda att binda parterna i juridisk mening. Avsiktsförklaringen kan få viss betydelse och gränsen mot egentliga avtal är oklar, men syftet med förklaringen är ofta att ange färdriktning, inte att binda parterna i annat än moraliskt hänseende.¹⁵

Det tredje exemplet under uppslagsordet pactum i Juridikens termer är äganderättsförbehåll. Uttrycket *pactum reservati dominii* är inte romersk rätt i meningen romarnas rätt. Ett äganderättsförbehåll konstruerades i klassisk romersk rätt som en kombination av köp och hyra

¹² Ännu i *Östergren* Nusvensk ordbok band 5, spalt 10, bandet tryckt 1938, förklaras paktum på samma sätt. Ur skönlitteraturen går det att hämta flera exempel på användningen av ordet, men de är alla gamla. *Bremer* låter i första brevet i romanen *Grannarne*, (Svenska Vitterhetssamfundets utgåva, Lund 2000 s. 19) som ursprungligen trycktes 1837, berättaren Fransiska beskriva hur henne makes styvmor "blott genom paktum" lyckades att freda sin egen förmögenhet från att dras in i svärfaderns oordnade affärer. *Almqvist* låter i *Amalia Hillner I* s. 179 (Samlade verk 23 s. 132), ursprungligen tryckt 1840, Ortolan och Elbers närmast som en övning diskutera frågan vilken juridisk betydelse det skulle ha om det mellan make och hustru "existerat paktum". *Strindberg* skriver i *Bland franska bönder från år 1889* (Samlade verk 23 s. 58) på, får det väl sägas, karaktäristiskt sätt, att den omständigheten att "hustrun genom paktum får undandraga sina inkomster från husets utgifter är en artighet från den ridderlige mannens sida, men att hon nu vill ha denna bestämmelse lagstadgad genom Gift kvinnas äganderätt är en oblyghet från hennes".

¹³ Se framför andra *Wallin* Om avtal mellan makar, Lund 1958. Se även *Krüger* Hva er særegent ved avtaler mellom nærstående? *Fs Walin*, Stockholm 2002, s. 227–249, särskilt s. 238–231, där de olika lösningarna i de nordiska länderna jämförs.

¹⁴ Det är värt att notera att efterledet i ordet äktenskapsförord också är ovanligt. Det finns få andra exempel på levande användningar av ordet *förord* istället för de vanligaste avtal och kontrakt. Kanske är det så enkelt att ett avtal ingånget före giftermålet hellre bör heta äktenskapsförord än äktenskapsavtal, eftersom det senare uttrycket väl snarare skulle leda tanken till själva bandet mellan makarna och inte regleringen av deras förmögenhetsförhållanden.

¹⁵ Exakt hur avsiktsförklaringar skall förstås får närmast betecknas som ett trätoämne. Här hänvisas endast allmänt till *Adlercreutz* Rättsverkan av brutna avtalsförhandlingar och andra fall av ofullständiga avtal (om "letters of intent", principöverenskommelser m.m.) SvJT 1987 s. 493–514 och *Gomard* "Letters of intent" (hensigtserklaringer) NJM 30 (1984) s. 245–312, trots att litteraturen i ämnet är omfattande.

och hade alltså stora likheter med det vi idag kallar leasing.¹⁶ Uppdelningen i *pacta* och *pactum* suddas med tiden långsamt ut och hos de författare som under sexton- och sjuttonhundratalet behandlade romersk rätt som *ius commune*, spelade den inte längre någon egentlig roll. När dessa författare betecknade äganderättsförbehållet som ett *pactum reservati dominii*, avsåg de att beskriva ett bindande avtal. Som av en händelse är emellertid just ett äganderättsförbehåll, så som det konstrueras med utgångspunkt i två sammanlänkade avtal om köp respektive hyra i klassisk romersk rätt, ett exempel på att överenskommelserna inte var fullt bindande. Hyrestagaren, tillika köparen, har enligt avtalet en skyldighet att betala hyran, men kan inte förpliktas att betala hela köpesumman direkt. Uthyraren, tillika säljare, kunde emellertid inte göra sin rätt gällande enligt hyresavtalet, eftersom köpeavtalet ansågs utesluta möjligheten att rikta en sådan talan mot hyrestagaren. Resultatet kom alltså att bli ömsesidigt haltande rättsförhållanden fram till dess att hela köpeskillingen var betald i form av hyresbetalningar. När betalning skett, bortföll hyresavtalet helt och därmed uthyrarens äganderättsanspråk.¹⁷

Slutligen återstår så *pacta turpia* i uppräknningen. Osedliga överenskommelser anses inte enligt en vanligt företrädd uppfattning vara bindande för parterna.¹⁸ När det gäller *pactum turpe* brukar det till och med sägas, att en talan om att få ut något som har sin grund i brottsligt förfarande eller handlande som strider mot goda seder skall avvisas av domstolen.¹⁹ Söker man förklaringen till att talan skall avvisas, så brukar man inte framhålla att det skulle vara för att grunden är ett *pactum*, en oförbindande överenskommelse, utan för att överenskommelsen är brottslig eller på annat sätt osedlig. Skälet till att överenskommelsen inte är bindande skulle alltså inte vara själva formen, *pactum*, utan det materiella innehållet. Förenklat kan man alltså säga att *pacta turpia* alltid har varit rättsligt oförbindande, men med tiden har tyngdpunkten i förklaringen till att det skall vara så flyttats från

¹⁶ Se angående utvecklingen från romersk rätt till moderna äganderättsförbehåll *Meinhart Dogmengeschichtliches und Dogmatisches zum Eigentumsvorbehalt* ZSS Rom 1988 s. 729–736.

¹⁷ Detaljerna i upplägget beskrivs ingående av *Knütel Kauf und Pacht bei Abzahlungsgeschäften im römischen Recht* i *Studien im römischen Recht*, (Fs Kaser), Hamburg 1973, s. 33–56.

¹⁸ Se exempelvis *Westberg Privaträttsliga kontrakt och regeringsformen* Fs Strömberg, Lund 1992 s. 309–328, som på s. 313 i bidraget skriver: ”Det omoraliska avtalets totalt sanktionslösa tillstånd ses juridisktekniskt som en ofrånkomlig följd av att avtalet är en nullitet (en intighet). För juristen betyder nullitet att det som verkligen hänt inte har hänt rättsligt sett, och åt det som inte rättsligt har hänt, finns intet att göra.”

¹⁹ Se exempelvis avgörandet från Svea hovrätt publicerat som RH 2004:41. Fallet har kommenterats av bland andra *Ramberg Avtal om abort — pactum turpe* i *Avtalslagen 90 år*, Stockholm 2005, s. 307–315. Se även *Westberg* Fs Strömberg s. 313 som utan vidare hänvisningar uttalar att regeln om avvisning har stöd i ”ortodox processrättslig teori”.

pactum till turpe.²⁰ I själva uttrycket *pactum turpe* ligger två idéer sida vid sida som båda var för sig kan motivera att ett avtal som rör osedliga förhållanden inte skall ges verkan mellan parterna. Det är spänningen mellan dessa olika idéer som skall undersökas i det följande.

Avvisning av osedliga avtal

Att en talan avvisas är en markering om att det inte föreligger skäl att pröva den anhängiggjorda tvisten i sak. I perioden före nu gällande rättegångsbalk, gjordes inte alltid en skarp åtskillnad mellan avvisning och ogillande.²¹ Utrymmet att helt avvisa en talan med stöd av gällande processregler är begränsat och möjligheten bör begagnas i första hand om handlingarna är så ofullständiga att målet inte kan avgöras. Med tanke på hur tvärsäkert jurister hävdar att en talan som grundar sig i osedliga avtal kan avvisas, kan det tyckas märkligt att det inte finns någon uttrycklig regel om detta i rättegångsbalken. Regeln kan i någon mening säga vara mer traditionell än legal.

Stödet för att avvisa en talan på grund av att den stödjer sig på osedliga förhållanden får sökas i allmänna processuella regler och närmast till hands ligger reglerna i 13 kap. RB om talerätt.²² Talerätten enligt svensk rätt är generellt mycket vid, men ramarna för institutet är vaga. Med talerätt avses behörigheten att vara part i en rättegång rörande frågan om ett käromål skall bifallas eller ogillas. Föreligger ingen talerätt, skall talan avvisas med stöd av 34 kap. 1 § RB.

Utifrån den ena utvecklingslinjen för *pactum turpe*, nämligen att överenskommelser av detta slag saknar taleform, så är en avvisning lätt att förklara. I moderna termer skulle man alltså säga att kändanden eller svaranden inte är behörig att vara part i ett mål där frågan är huruvida det på osedliga förhållanden grundade kravet skall bifallas eller inte. Men vad gör då att den *materiella* frågan att kravet har sin grund i osedliga förhållanden har den verkan att det ur *processuell* synvinkel saknas talerätt? Det saknas helt enkelt ett led i denna slutledning.

Förklaringen tycks ligga i synen på vad som är ett *rättsligt skyddat intresse*. Formuleringar som ofta framförs när *pactum turpe* kommer på tal — som att sådana överenskommelser inte förtjänar rättsordningens stöd eller att domstolarna inte skall medverka till att upprätthålla

²⁰ Det bör noteras att det i klassisk romersk rätt inte ansågs ligga något skamligt i avtal om spelskulder eller ens svikligt förledande, för att nu bara nämna två exempel. Krav som grundade sig i vad som enligt då gällande moraluppfattning utgjorde osedliga förhållanden kunde inte göras gällande, men då var det fråga om sådant som stred mot *boni mores*. Se angående frågan min artikel Spel och osedliga avtal SvJT 2004 s. 739–758 och särskilt vad angår *boni mores* s. 749 f. med hänvisningar.

²¹ *Lindblom* Processhinder, Stockholm 1974, s. 86 not 4.

²² I *Fitgers* kommentar till rättegångsbalken, 1 februari 2011 (t.o.m. supplement 69, Zeteo), behandlas i anslutning till reglerna om talerätt i 13 kap. RB de fall som finns om avvisande av talan som grundar sig på osedliga förhållanden.

det osedliga — visar tydligt på att inte alla krav är skyddsvärda.²³ Det är emellertid svårt att riktigt få fatt på vad som menas med rättsligt skyddat intresse.²⁴ Resonemanget om att talan bör avvisa på grund av brist på skyddsvärt intresse tycks gå i cirkel, där argumentet för att det saknas rättsligt skyddat intresse förefaller bygga på att rättegången i dessa fall inte skulle vara tillåten.²⁵ Accepterar man nu ändå denna vaga grund, så skall domstolen själv beakta om det föreligger skäl att inte ta upp målet. Föreligger inget processintresse, oavsett hur detta nu exakt definieras, utgör detta processhinder och målet skall avvisas *ex officio*

Möjligheten att avvisa talan på grund av att anspråket har sin grund i osedliga förhållanden kan möjligen också grundas på reglerna i 42 kap. RB.²⁶ Enligt dessa regler kan en talan avvisas om stämningsansökan är alltför ofullständig. Helt träffande är kanske inte detta stöd och de frågor som nämns i anslutning till reglerna om utfärdande av stämning är ofta av ett annat slag.²⁷

Parallellt med rättegångsbalkens regler har det rättighetssystem som kommer till uttryck i Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna (EKMR) fått allt större betydelse för frågan om någon kan få en tvist prövad i nationell domstol. Konventionen gäller sedan 1995 som lag i Sverige och enligt 2 kap. 19 § regeringsformen får inte lag eller föreskrift meddelas i strid med EKMR. I flera fall från Högsta domstolen har den rätt som stadgas i EKMR att få sin rätt prövad berörts, men utan att frågan om rätt att avvisa osedliga avtal helt av-

²³ Se exempelvis domskälen i Göta hovrätts dom i NJA 1992 s. 299, referatet s. 302 och domskälen i Svea hovrätts dom RH 2004:41. Liknande argument anförs i Högsta domstolens domskäl i både NJA 1997 s. 93 och NJA 2008 s. 861, trots att utgången slutligen blev att talan inte borde avvisas.

²⁴ *Lindblom* Processhinder s. 180.

²⁵ Jfr *Larsson* Om den allmänna fordringspreskriptionens natur Fs Olivecrona, Stockholm 1964 s. 405–417, s. 408: ”Verkan av processhinder är ju avvisning och det kan då te sig naturligt att säga, att motiveringen härtill — och till att viss omständighet är processhinder — är att den aktuella rättegången ej är tillåten; och detta då rimligtvis därför att förfarandet i något väsentligt hänseende är defekt, onödigt eller eljest ej önskvärt (utan att det ankommer på domstolen att undanröja sådan brist). Denna motivering för att viss omständighet är processhinder är självfallet vag, men den är dock ej så i avsaknad av konkret innehåll att den utan vidare kan avböjas.”

²⁶ Se exempelvis *Lindskog* Om goda seder och sedesvidriga avtal Fs Södermark, Stockholm 2009 s. 195–212, s. 208.

²⁷ I några mål har den närliggande frågan om rätten att ogilla talan utan att utfärda stämning avgjorts. Principerna för rätten att ogilla ett mål utan att utfärda stämning kommer kanske tydligast till uttryck i NJA 1998 s. 278. Fallet gällde en kvinna som drabbats av lungcancer och som stämde tobaksbolaget som tillverkat de cigaretter vilka hon rökt och som hon menade hade orsakat hennes cancer. Talan ogillades av tingsrätten utan att stämning utfärdades och den sökandes yrkande om rättshjälp avslogs också. Tingsrättens avgörande överklagades, men hovrätten fastställde tingsrättens domslut och lämnade begäran om rättshjälp utan bifall. Högsta domstolen undanröjde hovrättens dom i själva saken och återförvisade den för materiell behandling till tingsrätten. Avgörandet motiverades med att regeln i 42 kap. 5 § 1 st. andra meningen RB utgör ett undantag från en annars tydlig regel om att tvister skall prövas i sak. Möjligheten att ogilla talan med stöd av regeln bör därför användas med återhållsamhet.

gjorts. Den fråga som bör ställas är om det är förenligt med regeln i artikel 6 EKMR att avvisa en talan på grund av att kravet skulle grunda sig i osedliga förhållanden. Enligt artikeln har envar rätt att få bistånd av domstol för att få sina civila rättigheter och skyldigheter prövade inom skäligen tid. Enligt den praxis som utvecklats av Europadomstolen i anslutning till artikel 6 EKMR, har nationella domstolar skyldighet att ta upp en anhängiggjord talan om tvisten är reell och seriös (*genuine and serious*). Tröskeln för att anse en talan vara reell och seriös har gjorts låg för att skydda den enskildes rättsliga position.

Syftet med att inskränka rätten till prövning till reella tvister, är att domstolen inte skall vara tvungen att ta upp rent hypotetiska fall. Föreligger ingen konkret tvist eller fara för att någons rätt till egendom eller möjlighet att kräva in fordringar går om intet, kan talan alltså avvisas. Ett kriterium som också tycks återkomma i Europadomstolens praxis är att den rättighet som talan grundar sig på skall vara erkänd enligt nationell rätt. Frågan är om den omständigheten att domstolarna vill avvisa krav som grundar sig i osedliga förhållanden också innebär att kravet inte alls existerar i materiell mening. Begreppet *civil rättighet* har visserligen i vissa fall ansetts vara självständigt från nationell rätt, men domstolen har också uttalat att den inte får skapa nya materiella rättigheter genom att tolka artikel 6.²⁸ Det föreligger inga konkreta avgöranden om rätten till prövning av krav som har sin grund i osedliga förhållanden från Europadomstolen. I den meningen får därför frågan anses vara öppen. Rent allmänt sett, förefaller det mig dock svårsmält, att Europadomstolen skulle kunna tvinga nationella domstolar att bedöma uppenbart osedliga avtal med hänvisning till att rättighetstypen, exempelvis äganderätt eller fordringsrätt, i och för sig vore erkänd i den aktuella rättsordningen. Europakonventionens regler bör alltså enligt min mening inte kunna utgöra grund för att sätta den traditionella regeln om avvisning av krav som grundar sig i osedliga förhållanden ur spel.

Vidhäftning

Även om möjligheten att avvisa krav som grundar sig i osedliga förhållanden har starkt traditionellt stöd, så går det inte att komma ifrån att den är praktiskt svår att hantera. En av de huvudsakliga svårigheterna utgörs av att bestämma vad som är osedligt. Det går visserligen att tala om uppenbara fall, men i många situationer är det varken uppenbart att kravet grundar sig i osedliga förhållanden eller att det som påstås vara osedligt verkligen skall anses vara det i rättslig mening. *Westberg*

²⁸ Se exempelvis *Roche mot Förenade Kungariket* [2008] ECHR 926 (19 oktober 2005) där Europadomstolen under punkt 117 i domskälen konstaterar att "the Court may not create through the interpretation of Article 6 § 1 a substantive right which has no legal basis in the State concerned [...]. Its guarantees extend only to rights which can be said, at least on arguable grounds, to be recognised under domestic law". Se även om artikel 6 och förhållandet mellan processrätt och materiell rätt *House of Lords avgörande 23 februari 2003 i Matthews v. Ministry of Defence* [2003] UKHL 4.

formulerar detta på ett pregnant sätt, när han skriver att det numera krävs "att domstolen ingående tar befattning med den aktuella överenskommelsen för att avgöra huruvida domstolen skall vägra ta befattning med den".²⁹

Man kan också formulera det så, att det inte är så lätt att säga hur uppenbar den uppenbara osedligheten måste vara för att den skall leda till avvisning. Detta problem är en nackdel som alla system som tillåter att talan avvisas på grund av osedlighet måste hantera. Invändningen att yrkandet inte skall bifallas för att grunden för kravet är ett osedligt avtal är ju lika mycket en processuell invändning om avvisning som en materiell invändning om ogiltighet.³⁰

Frågan om ett krav som grundar sig i osedliga förhållanden eller till och med brottslig verksamhet kan avvisas har prövats flera gånger under de senaste årtiondena. Det finns en tydlig tendens att domstolarna inte längre avvisar talan, utan istället prövar den materiellt. Skälen till detta ligger förmodligen i en typ av processekonomiskt tänkande. *Lindskog* uttrycker fördelarna med att pröva kravet materiellt på följande sätt:

"Det finns många skäl att föredra en materiell prövning framför en avvisning. Ett är att ett avvisande realiter normalt innefattar en materiell prövning. Ett annat skäl är att en avvisningsprövning kan i sig innefatta svårbedömda moment som domstolen kan undvika vid en materiell prövning. Ett ytterligare skäl är att vid en materiell prövning kan alternativa förklaringsmodeller, såsom jämkning enligt 36 § AvtL [...], bringas in i bedömningen (vilket också kan leda till mindre ingripande rättsföljder än total ogiltighet)."³¹

Trots dessa fördelar tycks det ändå föreligga enighet om att talan bör kunna avvisas i vissa fall. Frågan är bara var denna gräns går. I rättsfallet NJA 2008 s. 861 prövades om en narkotikahandlare kunde rikta en skadeståndstalan mot tidigare kumpaner som stulit pengar vid ett inbrott hos narkotikahandlaren. Pengarna hade intjänats på brottslig verksamhet. Fallet kommenterades snabbt av flera författare.³² Frågan är väl om pengar kan lukta mer än då de förvärvats genom direkt brottslig verksamhet. Trots det verkade inte osedligheten klibba vid pengarna i sådan omfattning att talan kunde avvisas.

²⁹ *Westberg* Ett fall om kärlek och ett om pengar — om pactum turpe och alldeles för långa och krokiga vägar till beslut om att vägra rättskipning, *Fs Lavin Lund* 2006 s. 271–283, s. 283.

³⁰ Se angående uppdelningen i formella och materiella handläggningsregler i rättegångsbalken *Lindblom* Processhinder s. 230–232 och *dens.* Processen — bara en formsak? i *Studier i Processrätt*, Stockholm 1993 s. 17–42, s. 22.

³¹ *Lindskog* Om goda seder och sedesvidriga avtal *Fs Södermark*, Stockholm 2009, s. 195–212, s. 209 not 37 (s. 210).

³² *Andersson* "Turpösa" krav inom skadeståndsrätten, *PointLex* 22 september 2008 och *Schultz* Skadestånd contra bonos mores? *JT* 2008–09 s. 465–485. *Schultz* publicerade redan då prövningstillstånd i målet beviljats i Högsta domstolen artikeln "Brottslingar förtjänar inte skadeståndsrättens skydd" *SvJT* 2007 s. 477–498 om samma fall.

En lite oroande fråga som inställer sig när man läser NJA 2008 s. 861 är om möjligheten att avvisa krav grundade i osedlig förhållanden nu helt försvunnit. Oron grundar sig i känslan av att det ändå finns fall där avvisning nog vore det bästa. Antag exempelvis att en professionell lönnmördare ges uppdraget att döda någon. Halva ersättningen erhålls då uppdraget ges och den andra skall utfalla när allt är utfört. Lönnmördaren visar sig emellertid vara klumpig och dödar inte offret utan ger honom eller henne svåra, men inte livshotande skador. När lönnmördaren nu begär återstoden av ersättningen, invänder uppdragsgivaren att tjänsten inte utförts på avtalsenligt sätt och att mer ersättning därför inte skall utgå. Kan denna oenighet mellan den klumpige lönnmördaren och uppdragsgivaren prövas av domstol?

Svaret som de flesta jurister skulle ge är nog tveklöst nej. Någon särskilt stor praktisk betydelse har det väl emellertid knappast om en sådan princip upprätthålls, eftersom avgöranden i allmän domstol av krav som grundar sig på uppdrag att lönnmörda någon knappast kommer att bli en vanlig företeelse ens om talerätt skulle tillåtas. Förmodligen kan inte heller NJA 2008 s. 861 anföras som stöd för att talerätt föreligger. Men kanske ställer sig saken annorlunda om både uppdragsgivare och den klumpige lönnmördaren redan lagförts för brotten? Samhället har redan visat sin reaktion mot brotten och om utbytet av brotten inte förverkats enligt de regler som anges i brottsbalken, kan kanske både uppdragstagaren rikta krav om att återfå hela eller delar av fullgjord betalning och lönnmördaren på att få full ersättning för uppdraget till den del det utförts. Hade det handlat om nästan vilken annan tjänst som helst, hade domstolen haft en skyldighet att pröva tvisten och NJA 2008 s. 861 ser väl ut att öppna dörren för denna möjlighet?

Viss praxis och uttalanden i doktrinen tycks stödja en regel, som tillåter återgångstalan när parterna har agerat som om det osedliga avtalet vore giltigt. Argumentet för att talan skulle vara tillåten, är att den som mottagit något med stöd av det osedliga avtalet annars skulle göra en obehörig vinst. Den obehöriga vinsten skulle på detta sätt alltså negra principen om att domstolen inte skall befatta sig med det osedliga avtalet. En liknande tankegång kommer till uttryck hos *Lindskog*:

”Enligt min uppfattning ligger det nära till hands att ett återkrav skall prövas och bifallas oavsett om den kriminella handlingen har utförts eller inte. Om så sker befrämjas inte det osedliga, snarare tvärtom. För att pröva om ett bifall till ett anspråk som reses i ett osedligt sammanhang verkligen befrämjar det osedliga kan det vara belysande att tänka sig att båda parter är i konkurs och att alltså striden står mellan två borgenärskollektiv.”³³

³³ *Lindskog* Fs Södermark, s. 208. Vid det citerade hänvisar Lindskog bland annat till sin egen kommentar till handelsbolagslagen, Stockholm 2001. Exemplet i *Lindskog* HBL s. 59 not 60 är om utjämning skall få ske mellan prostituerade som driver

Prövostenen för om talan skall få föras eller om den skall avvisas av domstolen skulle enligt resonemanget vara om talan befrämjar det osedliga. Med utgångspunkt i situationen i NJA 2008 s. 861 skulle den fråga som skall prövas alltså vara, om ett bifall till den bestulna narkotikahandlaren krav mot den som stulit de genom narkotikahandel intjänade pengarna befrämjar den osedliga aktiviteten att handla med narkotika utan tillstånd. En antydning till sådant resonemang finns också i domskälen när det uttalas att "ett bifall till käromålet skulle kunna uppfattas som att rättsväsendet bidrar till att den som begått brott får tillbaka utbytet av detta". I fallet lades betoningen på att reglerna om förverkande skulle vara de huvudsakliga för att motverka att den som begått brott vinner ekonomiskt på den brottsliga handlingen. Trots att beslut om förverkande av pengarna inte fattades i samband med att de inblandade i narkotikahandeln lagfördes, ansågs inte en avvisning av talan vara motiverad.

Enligt min mening kan utgången i NJA 2008 s. 861 rättfärdigas med att rätten att rikta talan om att få tillbaka de stulna knarkpengarna inte befrämjar det osedliga. Även om domstolen tillåter att saken bedöms materiellt, kommer detta knappast att befrämja olaglig narkotikahandel. Narkotikahandlare i gemen räknar nog redan med att få behålla vad de tjänat på handeln. Däremot undviks inte det svåra problemet att de stulna pengarna ändå i någon mening blir bärare av det osedliga. Om andra pengar, men en lika stor summa som den som intjänats genom den olagliga verksamheten, stulits, kan det knappast komma ifråga att diskutera huruvida en prövning av saken befrämjar det osedliga. I referatet till NJA 2008 s. 861 återges på flera ställen att pengarna låg i en väska och att de pengar som låg i väskan utgjorde utbyte av brottslig verksamhet. Antag att det istället funnits två väskor med lika stora summor pengar i lägenheten vid inbrotten. Den ena väskan innehöll pengar från narkotikahandel, den andra från aktieaffärer. Hade väskan med de hederligt intjänade pengarna stulits vid inbrottet, så hade det väl aldrig fallit någon in att diskutera avvisning av skadeståndsanspråket. Men om hederligt förtjänade pengar och svarta pengar blandats samman och sedan lagts i två väskor, hade väl invändningen kunnat aktualiseras? Hur man än vrider på frågeställningen, verkar pengar som intjänats på olagligt sätt trots allt på ett närmast metafysiskt sätt vara bärare av det osedliga och få jurister att börja diskutera avvisning, även om slutresultatet i just NJA 2008 s. 861 blev att kravet skulle prövas materiellt.

bordellverksamhet. Möjligheterna för de prostituerade att anhängiggöra krav mot kunderna sägs vara uteslutna, medan däremot krav mellan de prostituerade skulle vara tillåtna, även om kraven skulle ha sin grund i den i och för sig omoraliska verksamheten.

Ett fall som tydligt illustrerar hur pengarna verkar vara bärare av det osedliga är det norska fallet Rt 2006 s. 328.³⁴ Frågan i fallet var om en försäkringsgivare hade skyldighet att utge försäkringsersättning för en bil som den berättigade hade förvärvat genom lagstridig handling. Bakgrunden var att A, som var rallyförare, förvärvade en bil i Spanien. A sålde sedan bilen till ett norskt agenturbolag. Agenturbolagets köp finansierades genom att bolaget upptog ett lån i ett finansbolag. Lånet skrevs under av verkställande direktören B, tillika ensam aktieägare i agenturbolaget, och finansbolaget fick pant i bilen. Enligt avtal mellan A och agenturbolaget fick A disponera bilen mot att bilen hade reklam för agenturbolaget. Bilen försäkrades av B i försäkringsbolaget Vesta. A anmälde bilen som stulen i december 2001 och B skickade in begäran om utbetalning av försäkringsersättningen samma månad. Under våren 2002 försattes agenturbolaget i konkurs. Vesta kom senare att anmäla A för misstanke om penningtvätt och att bilen köpts för svarta pengar. Vid den senare utredningen visade sig detta vara riktigt och A fälldes 2004 av Oslos tingrett för bland annat grovt bedrägeri mot Vesta. På grund av dessa omständigheter vägrade Vesta att utge försäkringsersättning till agenturbolagets konkursbo eller finansbolaget, med hänvisning till att försäkringen avsåg ett olagligt intresse.³⁵

Høyesteret utgick i sin dom från att B förfarit oaktsamt då agenturbolaget förvärvade bilen. I målet var ostridigt att agenturbolagets konkursbo och finansbolaget hade samma rätt till försäkringsersättning som agenturbolaget skulle ha haft. I domskälen anmärktes särskilt att finansbolagets goda tro inte kunde tillmätas någon betydelse. Försäkringsavtalet ansågs ogiltigt med hänvisning till det nära samband som förelåg mellan köpet för de olagligt förvärvade pengarna och det försäkrade intresset. Utgången motiverades på följande sätt:

”Foranlediget av de ankende parters anførsler, bemerker jeg at det etter min mening klarligvis er uten betydning for gyldighetsspørsmålet at straffesak ikke er reist mot B, og at han eller hans selskap heller ikke har måttet tåle inndragning. Det kan være mange og ulike grunner til at straffbare forhold ikke blir etterforsket, og jeg kan ikke se noen sammenheng mellom dette faktum og spørsmålet om Vesta er forpliktet til å gjennomføre et for-

³⁴ *Hauge Ugyldighet*, Oslo 2009, behandlar frågan om principer för avvisning enligt norsk rätt på s. 507–511 och drar slutsatsen att avvisning inte kunde komma ifråga i detta fall, eftersom avtalets huvudförpliktelse inte avsåg att utföra något straffbart eller starkt omoraliskt. Jfr angående möjligheten att avvisa osedliga krav enligt dansk rätt U 1977.874 V och *Bryde Andersen Grundlæggende aftaleret*, 2 upplagan Köpenhamn 2005, s. 424.

³⁵ Notera att det av tradition ansetts vara möjligt att vägra att teckna försäkring om inte försäkringen avsåg ett lagligt intresse. Principen framgår i svensk rätt av 6 kap 1 § 1 st. FAL, där det sägs att ersättning kan betalas för varje lagligt intresse som omfattas av försäkringen. Se *Bengtsson Försäkringsavtalsrätt*, 2 upplagan Stockholm 2010, s. 304–305. I norska FAL uppställs inte detta krav uttryckligen, men kravet lever ändå kvar. Se *Bull Forsikringsrett*, Oslo 2008, s. 434–437. Rt 2006 s. 328 har även kommenterats i detta avseende av *Engström Forsikring av "ulovlig interesse"*, heleri og hvitvasking i *Tidsskrift for Erstatningsrett* 2006 s. 142–162.

sikringsoppgjør. Snarere er det slik at når inndragning kunne ha skjedd hos B, jf. straffelovens § 34, så underbygger det at vi har å gjøre med en forsikringsinteresse som ikke er ›lovlig‹, og at Vesta må være uforpliktet. For ordens skyld tilføyer jeg at heller ingen andre etterfølgende forhold kan få betydning for forsikringsavtalens gyldighet.”³⁶

Betoningen i fallet ligger på att förvärvet med svarta pengar så att säga smittar även finansbolaget. Försäkringsbolagets handlande kan inte heller avhjälpa den grundläggande ogiltigheten i detta fall, det vill säga handlandet från försäkringsbolaget kan inte tolkas som ett godkännande i efterhand. Ogiltigheten i detta fall förefaller alltså inte ens kunna botas genom faktisk och befogad god tro hos finansbolaget. Ogiltigheten får verkan fullt ut.³⁷

Grunden för Vestas rätt att vägra att betala ut försäkringsersättningen förtjänar en kort kommentar. Høyesteret grundar domslutet på att ogiltigheten inträder på grund av att avtalet strider mot lag eller goda seder.³⁸ När försäkringens föremål sägs vara olagligt, är det inte försäkringen som sådan som inte får tecknas. Det är lagligt att stöldförsäkra en bil och grundprincipen att försäkringen måste ha ett lagligt intresse som föremål brukar användas i andra sammanhang än det som var aktuellt i Rt 2006 s. 328.³⁹ I domen betonas att stora ansträngningar lagts ned på att motverka penningtvätt. I norsk rätt är penninghäleri (*hvitvasking*) straffbelagt i straffeloven § 317 och regeln motsvarar i stort 9 kap. 6 a § BrB. Rekvisten skiljer sig i vissa avseenden och det straffbelagda området är inte helt detsamma. Enligt norska straffeloven kan den straffas som hjälper till att säkerställa utbytet av penningtvätt. Som sådan hjälp avses enligt andra momentet första stycket bland annat att dölja eller förvandla utbytet. Det får antas att denna grund hade kunnat användas om Vesta vetat om att bi-

³⁶ Rt 2006 s. 328, førstevoterende dommer Rieber-Mohn, referatet s. 332.

³⁷ Verkningarna av ogiltighet är något säregna i försäkringsrätten. Visserligen sägs verkningarna vara desamma som enligt allmänna regler, men vid exempelvis svek vid försäkringens tecknande anses försäkringsgivaren ha rätt att behålla betald premie, fastän skyldigheten att betala försäkringsersättning inte föreligger. Regeln byggde tidigare på uttalanden i doktrinen, men framgår nu i svensk rätt uttryckligen av 5 kap. 6 § 2 st. FAL som genom hänvisning från 8 kap. 17 § FAL även är tillämplig vid företagsförsäkring. I Rt 2006 s. 328 sade sig försäkringsbolaget vara berett att återbetala försäkringspremien, men det är tveksamt om det hade skyldighet att återlämna premien. *Selmer* har i *Skadeforsikring og ulovlig virksomhet i Fs Brækhus*, Oslo 1988 s. 467–481, på s. 480 uttalat, att åtskilligt talar för att försäkringsgivaren skulle ha skyldighet att återbetala premien om försäkringsavtalet förklarats ogiltigt på grund av att inget försäkringsbart intresse förelåg, men han tar sedan inte slutlig ställning i frågan.

³⁸ Norske lov 5-1-2 lyder: ”Alle Contracter som frivilligen giøris af dennem, der ere Myndige, og komme til deris Lavalder, være sig Kiøb, Sal, Gave, Mageskifte, Pant, Laan, Leje, Forpligter, Forløfter og andet ved hvad Navn det nævnis kand, som ikke er imod Loven, eller Ærbarhed, skulle holdis i alle deris Ord og Puncter, saasom de indgangne ere.”

³⁹ Se *Hellner* Försäkringsrätt, 2 upplagan Stockholm 1965, s. 220 och *Bengtsson* Försäkringsavtalsrätt s. 290–291.

len köpts för svarta pengar och utbetalningen av försäkringsersättningen skulle ha försvårat upptäckten.⁴⁰

Avgränsningen av vad som vore att anse som ett lagligt intresse skulle förmodligen göras på annat sätt enligt svensk rätt än i det norska fallet. Kravet på lagligt intresse är i grunden en ogiltighetsregel. I fallet blev agenturbolagets borgenärer de konkreta förlorarna på att försäkringsbolaget inte kunde åläggas skyldighet att betala ut ersättning. Det är mycket svårt att se hur målet att förhindra penningtvätt realiserar genom att försäkringsbolaget gavs rätten att rygga sitt avtal. Givet samma sakförhållanden som i det norska fallet, vore det enligt min mening bättre att fälla avgörandet efter den faktiska omständigheten om åtgärder kunnat riktas mot agenturbolaget i egenkap av bilens ägare. Om bilen inte kan förverkas eller dras in med stöd av tvångsregler, är det svårt att se att den omständigheten att bilen en gång köpts för svarta pengar bör kunna "beivas" genom att neka ägaren möjligheten att teckna en försäkring mot stöld. Enligt min mening borde alltså ett motsvarande krav på försäkringsersättning enligt svensk rätt varken avvisas eller ogillas.

Myt och realism

Den som följt resonemanget ända hit börjar kanske vid det här laget fråga sig vad mina manschettknappar har med möjligheten att avvisa en talan som grundar sig i osedliga avtal att göra. Förhoppningsvis har det av det ovan förda resonemanget och av de anförda rättsfallen framgått, att regeln att en talan som grundar sig på förhållanden som är osedliga skall avvisas är irrationell och att den bygger på samma slag av mekanism som gör att vi tillskriver föremål egenskaper som de inte har. Den förutsätter också att en materiell omständighet, kravets osedliga grund, ges effekten att talan skall avvisas.

Osedligheten syns inte, den luktar inte och den kan inte fastställas med naturvetenskapliga metoder. Ändå har den så stark makt över oss, att tvister om föremål som förvärvats med svarta pengar inte säkert kan tas upp i domstol. Just fenomenet av detta slag var det som Uppsalaskolan reagerade som starkast på. Rätten har enligt skolbildningens företrädare ett irrationellt och mytiskt ursprung. Hägerström själv var av uppfattningen att det mytiska inte lämnat ens den moder-

⁴⁰ Den vid tidpunkten för avgörandet gällande norska lagen mot penningtvätt, lov 20 juni 2003 nr 41 om åtgärder mot vitvaskning av utbytte fra straffbare handlinger mv. (hvitvaskingsloven), hade ett bredare tillämpningsområde än den svenska lagen (1993:768) om åtgärder mot penningtvätt. Bland annat omfattades även sakförsäkrare av vitvaskingslovens bestämmelser enligt 4 § punkten 7. Se angående detta uttalandena i Ot. prp. 2002/03 nr. 72 s. 27. Senare lagstiftning har inte ändrat detta. Lagen innebär i första hand att försäkringsbolaget åläggs en skyldighet att rapportera misstänkt penningtvätt till ekobrottsmyndigheten. Personer som omfattas av lagens bestämmelser kan vägra att genomföra en transaktion med hänvisning till misstanken om penningtvätt. I svensk rätt omfattas inte sakförsäkring av lag (2009:62) om åtgärder mot penningtvätt och finansiering av terrorism, utan enligt 2 § 1 st. p. 2 endast livförsäkring. Fallet hade därför förmodligen inte fått samma utgång i Sverige med nuvarande lagstiftning.

na rätten och att det stod i vägen för en vetenskaplig behandling av rätten.

Det är inget tvivel om att Hägerström hade alldeles rätt i denna kritik, åtminstone vad gäller rättens ursprung, men gör detta verkligen även att en vetenskaplig behandling av rätten blir omöjlig?⁴¹ Hägerström står oberörd inför sådana invändningar och uttrycker på flera ställen att rätten är myt och övertro. Under ytan lurar alltid myten, det irrationella och detta måste hela tiden bekämpas:

”Den moderna kulturmänniskan viker av från den utstakade leden, genom att hon åtminstone teoretiskt förnekar magins kraft. Hon fullföljer inte sin egen känslotanke, eftersom hon hindras därtill av det på iakttagelse grundade tänkandet. Ändå närmar hon sig i vissa fall med avseende på magin den primitiva ståndpunkten, då hon drivs av starka affekter. Vem känner exempelvis inte till, hur man gripes av häftig vrede mot en frånvarande person, riktar vreden mot en närvarande bild av denna människa eller mot något som genom att vara nära förknippat med personen påminner om henne?”⁴²

Denna övertro är naturligtvis problematisk för en, åtminstone enligt självbilden, rationellt tänkande person, som vet att den människa som bilden föreställer inte påverkas av att avbilden krossas eller får ta emot slag och sparkar. Trots detta fortsätter vi i affekterade tillstånd att agera på detta ologiska sätt. Rationalitet verkar inte bita på dessa beteenden. Som samhällsvarelser förefaller vi vara fångade i en historiskt betingad primitivism.⁴³ Beteendet är emellertid inte skadligt i alla

⁴¹ Se den i mitt tycke träffande kritiken hos *Cassirer* Axel Hägerström s. 127, översättning Jakobsson, Stockholm 2005: ”Genetiskt sett är rätten visserligen mycket nära knuten till myten, men tycks aldrig helt uppgå i denna; den avgränsar ett område som det ›profana‹, där den kan röra sig relativt fritt och självständigt. Men därmed uppnår den förvisso ännu inte någon genuin ›autonomi‹. För om rätten så småningom lyckas frigöra sig från mytens obetingade herravälde, så hamnar den därmed i så mycket högre grad under herraväldet av en annan makt: språket. Rätten behöver nämligen språket för att konstitueras i sin egenart, för att gradvis frigöra sig från sed och bruk.” Ursprungligen publicerades texten på tyska i Göteborgs högskolas årsskrift, Bd. 45 1939, och den har nyligen återutgivits i Ernst Cassirer *Gesammelte Werke Hamburger Ausgabe* (ECW 21), Hamburg 2005. Originalcitaten finns på s. 102 i båda utgåvorna.

⁴² *Hägerström* Vergleich zwischen den Kraftvorstellungen der primitiven und der modernen Kulturvölker, Fs Grotenfelt, Helsingfors 1929 s. 63–84, s. 76 f. Min översättning. Originalcitaten lyder: ”Der moderne Kulturmensch weicht von der geraden Linie ab, indem er wenigstens theoretisch die Wirksamkeit der Magie verneint. Er denkt sein eigenes Gefühlsdenken nicht zu Ende, weil er hieran durch das auf Beobachtung gegründete Denken gehindert wird. Indes nähert er sich dem Standpunkt der Primitiven in Bezug auf die Magie in gewissen Fällen, wenn er durch starke Affekte angetrieben wird. Wem ist es z.B. nicht bekannt, wie man ergriffen von heftigen Zorn gegen einen abwesenden Menschen, diesen Zorn auf ein anwesendes Bild dieses Menschen oder auf etwas konzentrieren kann, das durch seine konstante Verbindung mit ihm an ihn erinnert?”

⁴³ Hägerström var långt ifrån ensam i denna uppfattning. Det är exempelvis knappast en slump att *Ross* i sin uppsats *Tû-Tû* i Fs Ussing, Köpenhamn 1951 s. 468–484, börjar med en berättelse om det fiktiva, men tydligt primitiva noît-kif-folket som sägs bo på de uppdiktade Tetgidpoöarna för att visa att samtidens användning av ord som ”fordring” och ”rättighet” har magiskt ursprung. Efter att ha låtit täckelset falla och identifierat oss själva med noît-kif-folket, sammanfattar han

avseenden. Hägerström ansåg att irrationella beteenden trots allt kunde vara nyttigt ur ett samhällsperspektiv:

”Då det mystiska [...] självt blir klart, förlorar man blicken för den superstitiösa historiska grunden till de egna föreställningarna. [...] [Mänsklighetens väg] går från grövre till finare, ”förandligad” superstition. Å andra sidan låter man rättskunskapen, som dock har den allra största sociala betydelse, uppträda i formen av ett system av vidskepelser. Lyckligtvis gör sig dock det sociala behovet på sådant sätt gällande, att den trots vidskepseln har kunnat tjäna samhället. Ja, man kan säga, att sådan vidskepselse [...] till och med har varit nyttig, ty människan som ingalunda, sådan hon framträtt i rättsliga och religiösa föreställningar, hör till släktet homo *sapiens* utan till släktet homo *superstitiosus*, och som för samhällets bestånd behöver brytas i sin egenvilja, fruktar intet så mycket som hemliga okända krafter. Om dessa själva blir socialiserade, såsom skett, får samhället ett mäktigt stöd.”⁴⁴

Frigörelsen från myten är, med detta synsätt, det som kan rädda rätten in i det rationella. Om domstolen vägrar ta befattning med en talan för att saken är oren eller befläckt av osedlighet, är det en eftergift för just detta irrationella. Hur sympatisk än principen om att domstolen inte skall låna sig till att medverka till att det osedliga upprätthålls än må förefalla, är det svårt att se hur avvisning verkligen skulle bidra till detta. Den givna slutsatsen borde vara att fjärma sig från obehagskänslan och döma i sak. Ett ogillande, särskilt efter en summarisk bedömning på handlingarna, är väl knappast en mindre stark markering än ett avvisande.

Avslutning

Uppsalaskolan gjorde sitt bästa för att rensa ut alla tecken på i ordets egentliga bemärkelse orealistiska förutsättningar för rättsliga bedömningar. Kanske har det krävt så här lång tid för att idén skall nå in även i de mörkaste vråna av rätten, att rättsliga avgöranden inte kan byggas på att vi tillskriver objekt egenskaper de inte har. Kanske är det en av de sista efterdyningarna som märks i avgörandena, när domstolarna frågar sig om en talan som har sin grund i osedliga förhållanden verkligen skall tas upp, men slutligen stannar vid att döma i sak istället för att avvisa talan helt. Det är inte längre gudarna som styr, utan en avmytifierad domstol som inte kan befläckas av det osedliga i en människas handlande. Allt som återstår är att bedöma om yrkandet skall bifallas eller ogillas.

på s. 475: ”På denne måde har, må det indrømmes, vor udtryksmåde og vore forestillinger en betydelig strukturel lighed med primitiv magisk tankegang om besværgelse af oversanselige kræfter, der igen udløser sig i reale effekter. Og den mulighed tør vel heller ikke benægtes, at denne lighed virkelig har sin rod i en tradition, der bundet til sproget og dets magt over tanken går tilbage til en urgammel arv fra vor kulturs barndom.”

⁴⁴ Hägerström Till frågan om begreppet gällande rätt, TfR 1931 s. 48–91, s. 82.