Pactum turpe — en rekonstruktion och ett försvar*

Av fil.dr Marcus Agnafors

Ska rättsordningen ha som sitt uppdrag att pröva och eventuellt fastställa avtal som innebär att ett gift par ska skiljas? Är det en domstols uppgift att pröva en fullgörelsetalan rörande ett avtal som kräver att en kvinna ska aborterа sitt foster? Rättsinstitutet pactum turpe innebär att olagliga eller omoraliska avtal ibland kan lämnas utan avseende. Principen är inte klart definierad och rörande avtal som anses "osedliga" lämnas ett mycket stort tolkningsutrymme åt domstolarna. I den här artikeln försvaras pactum turpes relevans och kriterier för dess tillämpning utvecklas och försvaras.[1]

Pactum turpe är det rättsinstitut som innebär att en tvist rörande ett avtal i strid med lag eller goda seder ska lämnas därhän av rättsordningen. Rättsinstitutet är dock knapphändigt beskrivet både i förarbeten, doktrin och praxis.[2] Några tydliga rekvisit för när *pactum turpe* föreligger saknas.[3] Flera rättsvetare har dessutom ifrågasatt om det finns en gemensam moralisk standard att utgå från och även ställt sig tveksamma till rättsinstitutets relevans.[4]

I den här artikeln kommer jag därför att avhandla två huvudfrågor: Huruvida *pactum turpe* överhuvudtaget är relevant i en modern rättsordning och hur *pactum turpe* bör förstås i den svenska rättsordningen. Rörande den första frågan så kommer jag att argumentera för att *pactum turpe*, tvärtemot vad flera kommentatorer har hävdat, har allt större relevans. Som svar på den andra frågan ska jag försöka åstadkomma en kritisk rekonstruktion. Jag kommer att argumentera för att

* Denna artikel har genomgått kvalitetsgranskning genom s.k. peer review (granskning av jämlike).
[1] Författaren vill framföra följande: Föreliggande text har förbättrats avsevärt genom kritiska kommentarer från två anonyma granskare. Ett tidigt utkast har också lästs och kommenterats av Jakob Heidbrink och Violetta Altamirano Ponce. Kvarvarande felaktigheter och tokigheter bär författaren själv ansvar för.
[2] Se t.ex. Christina Ramberg, "Avtal om abort — Pactum turpe?", i Boel Flodgren, Lars Gorton, Eva Lindell-Frantz, Per Samuelsson (red.), *Avtalslagen 90 år: Aktuell nordisk rättspraxis* (Stockholm: Norstedts, 2005), s. 307–315, på s. 309, och Ola Svensson, *Avtalsfrihet och rättvisa. En rättsfilosofisk studie* (Lund: Juristförlaget i Lund, 2012), s. 482 f.
[3] Jmf. beskrivningen av *pactum turpe* i exempelvis Axel Adlercreutz och Lars Gorton, *Avtalsrätt I*, 13:e uppl. (Lund: Juristförlaget i Lund, 2011), s. 298; Torbjörn Ingvarsson, "Spel och osedliga avtal", SvJT 2004 s. 750–758, på s. 750; samt Peter 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", i Marianne Eliason, Göran Regner och Hans-Heinrich Vogel (red.), *Festskrift till Rune Lavin* (Lund: Juristförlaget i Lund, 2006), s. 271–283, på s. 272.
[4] Se t.ex. Ramberg, "Avtal om abort — Pactum turpe?"; Ingvarsson, "Spel och osedliga avtal".

pactum turpe föreligger om vissa rekvisit är uppfyllda. Särskilt fokus kommer att läggas på de moraliska grunderna för *pactum turpe*. Avslutningsvis kommenteras relationen mellan *pactum turpe* som processhinder och *pactum turpe* som ogiltighetsgrund, samt institutets relation till 36 § avtalslagen.[5]

1 En framtid för *pactum turpe*?

Flera jurister och rättsvetare har ifrågasatt relevansens av *pactum turpe* i en modern, svensk rättsordning. Bland kritikerna återfinns Christina Ramberg. Hon menar att *pactum turpe* inte är ett gångbart rättsinstitut eftersom det inte finns någon entydig samhällsmoral att utgå från.[6] Det kan dock ifrågasättas om den moraliska pluralismen är så genomgående som Ramberg hävdar. Ramberg har helt rätt då hon skriver att normer kring abort är under förändring — frågor kring sexualitet och reproduktion är typiskt sett kontroversiella och föränderliga. Men förekomsten av fall där olika moraliska (och, får vi anta, lika rationella) uppfattningar kommer i konflikt betyder inte att *all* moral i samhället är ifrågasatt på ett sådant genomgripande sätt att det saknas något som kan betecknas som just samhällsmoral.

Låt säga att X, som råkar vara gravid, avtalar med Y om att hon ska genomgå en abort om fostret är en flicka; detta i utbyte mot en rejäl summa pengar. Även många som skulle acceptera ett avtal om abort, rätt och slätt, börjar sannolikt tveka när ett misogynt element förs in i ekvationen.[7] Vill man spetsa till det ytterligare kan vi tänka oss Z, X:s rasistiske far, som avtalar med dottern att hon ska genomgå en abort om fadern till ett eventuellt foster är mörkhyad. Här torde finnas en än bredare och djupare moralisk konsensus mellan rationella parter.[8]

Även Torbjörn Ingvarsson förordar *pactum turpes* snara avskaffande.[9] Argumentationen är i huvudsak densamma som hos Ramberg, men Ingvarsson tar även upp frågan om hur innehållet i ”goda seder” skulle kunna identifieras. Någon slags enkätundersökning förs på tal

[5] Några inledande anmärkningar av fotnotskaraktär: I den rättsvetenskapliga diskussionen rörande *pactum turpe* talas ibland om ”osedlighet”. Termer som ”osedlighet” eller ”i strid med goda seder” är ålderstigna och för tankarna till en mer konservativ samhällsmoral. De är därför illa valda för en modern diskussion. Jag kommer istället att använda termen ”moralisk otillbörlighet”. Någon etymologisk utläggning kommer inte att göras. För den intresserade finns en sådan utläggning i Torbjörn Ingvarssons artikel ”Pengar luktar inte — eller gör de det?”, SvJT 2011 s. 1019–1035).

[6] Ramberg, ”Avtal om abort — Pactum turpe?”

[7] Jmf. t.ex. fallet med aborterna av flickfoster vid Mälarsjukhuset i Eskilstuna; se *Svenska dagbladet*, ”Omöjligt hindra könsurval vid abort”, 11 maj (2009), www.svd.se/omojligt-hindra-konsurval-vid-abort (hämtad 2015-11-28).

[8] Se även *Pla och Puncernau v. Andorra* (69498/01 ECHR, 2004). Frågan gällde huruvida högsta domstolen i Andorra hade gjort en *tolkning* som medförde diskriminering i strid med art 14 EKMR av en adopterad son (para. 44–45). Fallet är visserligen inte direkt applicerbart på exemplen ovan, men är intressant därför att Europadomstolen där kräver att en tolkning av ett avtal ska, där det är möjligt, ske konventionskonformt; något som också kan få bäring på frågan om *pactum turpe* föreligger eller inte.

[9] Torbjörn Ingvarsson, ”Spel och osedliga avtal”.

men avfärdas eftersom allmänhetens uppfattning sällan anses utgöra en god grund för lagstiftning. Dessutom sägs att ”[s]om grund för en så ingripande följd som ogiltighet krävs uppenbart en mer stabil grund än tillfälliga opinioner”.[10] Enkätundersökningar och dylika instrument för att identifiera samhällsmoral resulterar dock i det som filosofen Michael Walzer kallar för ytliga tolkningar; tolkningar som bygger på uttryckta åsikter snarare än djupt förankrade attityder.[11] Att uttryckta åsikter inte så sällan saknar genklang i de värderingar människor bekänner sig till och ofta uppvisar innebär att ett sökande efter samhällsmoral måste ske på ett djupare historiskt och sociologiskt plan. Walzer föreslår — och enligt min mening helt rimligt — att ett sådant sökande förutsätter en tolkning av samhället i stort; både dess nuvarande och dess historiska uttryck.[12]

Enligt både Ramberg och Ingvarsson har uppfattningar om vad som är moraliskt eller omoraliskt en allt mindre roll att spela i rättsordningen. Man bör dock förhålla sig skeptisk till en sådan hållning. Det är snarare rimligt att rättssystemet kan förvänta sig fler och mer intrikata fall där domstolens auktoritet påkallas för att avgöra tvister med tvivelaktigt innehåll. Två anledningar ska framhävas här.

För det första pågår en generell *kommodifieringsprocess* i samhället. Begreppet ”kommodifiering” förknippas vanligen med Marx och avser den process genom vilka olika fenomen går från att främst ha ett *bruksvärde* (det värde som ett fenomen har i kraft av dess nytta) till att ha ett *bytesvärde* (det värde av *x* som kan sägas vara ekvivalent med värdet av *y*). Marx knyter begreppet till kapitalismens utbredning: profithungern får konsekvensen att allt fler och nya marknader skapas; att fenomen som tidigare inte varit föremål för vinstdrivande handel görs till handelsvaror.[13] En sådan växande marknad kan tänkas stöta på patrull i form av moraliska gränser. Flera filosofer har försökt klargöra och systematisera de gränser som oftast tillskrivs den fria marknaden.[14] Det kan diskuteras exakt var en ”gräns” ska dras, men

[10] *Ibid.*, s. 757.
[11] Michael Walzer, *Interpretation and Social Criticism* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1987), s. 29.
[12] Se, förutom *Interpretation and Social Criticism*, även Walzers *The Company of Critics: Social Criticism and Political Commitment in the Twentieth Century* (New York: Basic Books, 1988 [2002]) och *Thick and Thin: Moral Argument at Home and Abroad* (Notre Dame, Indiana: University of Notre Dame Press, 1994). Det kan även noteras att Walzers metod bär tydliga likheter med John Rawls välkända — och mer accepterade — reflektiva ekvilibrium (se t.ex. Marcus Agnafors, ”Reassessing Walzer’s Social Criticism”, *Philosophy and Social Criticism* 38:9 (2012), s. 917–937.
[13] Karl Marx, *Kapitalet: första boken* (Lund: Arkiv Förlag, 2013 [1867]). Se framför allt bokens första kapitel.
[14] Se t.ex. Margaret Radin, *Contested Commodities: The Trouble with Trade in Sex, Children, Body Parts and Other Things* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1996); Michael Sandel, *Vad som inte kan köpas för pengar. Marknadens moraliska gränser* (Göteborg: Daidalos, 2014 [2012]); Elizabeth Anderson, *Value in Ethics and Economics* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1993) och Michael Walzer, *Spheres of Justice: A Defense of Pluralism and Equality* (New York: Basic Books, 1983). För ett försvar av marknader med inga eller få gränser, se t.ex. Jason Brennan och

poängen är att ju mer en marknad breder ut sig, ju fler fenomen som kommodifieras, desto fler sammanstötningar med dess moraliska gränser kan komma att ske och rättsordningens uppmärksamhet påkallas.

En ytterligare anledning att förvänta sig en ökad tillströmning av potentiella *pactum turpe*-fall är tendensen till förskjutning mot en alltmer individ- och äganderättsfokuserad samhällsdiskurs. Det innebär i korthet att medborgare i större utsträckning anser sig vara fria och ha rätt att förfoga över sin person, sin kropp och sina ägodelar.[15] En sådan individualism betyder inte nödvändigtvis att det därmed saknas en samhällsmoral eller att moralen utgörs av en långtgående relativism. Det är ett inte orimligt antagande att en långtgående individualism hör till de ytliga snarare än till de djupa moraliska övertygelserna. Det individ- och äganderättsfokuserade perspektivet är snarare en diskurs som krockar med just en underliggande och mindre individualistisk moral. Naturligtvis kan den individ- och äganderättsfokuserade strömningen slutligen komma att genomsyra samhället till den grad att något samhälleligt *ethos* mot vilket *pactum turpe* kan ta spjärn inte längre existerar. Där är vi inte än, om vi nu någonsin skulle komma dithän. Just fasen mellan total individualism och kompakt kollektivism — där vi sannolikt är nu — torde snarare vara den period där konfliktbenägenheten är som störst och ett tydliggörande av *pactum turpes* funktion och gränser torde vara mest relevant.

Kommodifieringstendenserna och en allt starkare fri- och äganderättscentrerad diskurs pekar mot att vi inte kommer att se en minskning av potentiella *pactum turpe*-fall, utan tvärtom en ökning. Ett avfärdande av *pactum turpe* som en rättsfigur med avtagande relevans verkar således vara förhastat.

2 Pactum turpe i praxis

Den praxis som rör *pactum turpe* är relativt sparsam. Följande urval består av de fall som mest frekvent diskuterats eller omnämnts i doktrin eller praxis, samt andra fall där *pactum turpe* diskuterats förhållandevis ingående. Eftersom praxis från HD är begränsad så har även flera intressanta fall från hovrätterna inkluderats.

NJA 1992 s. 299 rörde ett avtal som bland annat angav vilken part som skulle betala mervärdesskatt; en tvist som hovrätten tidigare avvisat. HD såg annorlunda på saken och uttalade samtidigt några villkor som gäller för en avvisning grundad på *pactum turpe*. Avtalet ska anses ”civilrättsligt ogiltig[t] enligt allmänna rättsgrundsatser”. Eftersom det i svensk rätt inte finns någon uttalad regel om att avtal i strid med lag eller moral är att anse som ogiltiga, hänvisas man således till de aningen diffusa ”allmänna rättsgrundsatserna”. Implicit i formule-

Peter M. Jaworski, *Markets without Limits: Moral Virtues and Commercial Interests* (New York: Routledge, 2016).

[15] Se t.ex. World Values Survey (www.worldvaulessurvey.org, wave 2015).

ringen ligger även att det krävs ett avtal. Det sista villkoret var att ”[…] det otillbörliga syftet uppenbart framgår antingen av grunderna för yrkandet eller av utredningen i målet”.

I NJA 1997 s. 93 adderas ett ytterligare villkor. Fallet rörde avtalsenlig ersättning till en part vilken var belagd med näringsförbud — avtalet var således lagstridigt och frågan var om den andra parten skulle tvingas prestera enligt avtalet eller om talan skulle avvisas. HD klargjorde att avtalets innehåll måste vara av ”otillbörlig karaktär” för att *pactum turpe* skulle föreligga. I linje med NJA 1992 s. 299 sades att otillbörligheten klart måste framgå av yrkande eller utredning. Till detta lades sedan villkoret ”[…] att det står klart att avtalet är ogiltigt och saknar rättsverkan, därför att det strider mot lag eller goda seder.” Som närmare förklaring sades rörande ogiltigheten att

> [h]uruvida 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.[16]

Notera att HD:s resonemang här rörde ett avtal som stod i strid med ett legalt förbud; rörande avtal i strid med goda seder ges ingen närmare förklaring av vad som kan krävas för ogiltighet.

NJA 1997 s. 93 går dock inte riktig hand i hand med NJA 1992 s. 299. I det senare fallet sägs att det är det otillbörliga *syftet* som ska vara tydligt; i NJA 1997 s. 93 menar man istället att det är avtalets *innehåll* som lika tydligt ska vara otillbörligt. Någon åtskillnad mellan ett avtals otillbörlighet och dess innehålls otillbörlighet görs således inte; inte heller mellan innehåll och syfte. Distinktionerna är inte utan relevans; jag ska återkomma till det nedan.[17]

Ett välkänt fall där frågan om avvisning på grund av *pactum turpe* aktualiserades är NJA 2002 s. 322. En entreprenör hade åtagit sig att bygga ett hus varpå en del av betalningen skulle, enligt avtalet, ske utan faktura. När kunden därefter vägrade betala konfronterades domstolen därmed med frågan huruvida rättssystemet skulle ta upp eller avvisa en fullgörelsetalan. Domstolen gjorde bedömningen att om en sådan talan inte skulle prövas av domstol, det förmodade skatteundandragandet till trots, så skulle det innebär att en mer korrupt avtalspart alltid skulle kunna göra en vinst genom att helt sonika vägra betala.[18] Någon klar ogiltighet förelåg således inte och tvisten återför-

[16] För en utläggning av rättsfallet, se Jan Kleineman, ”Allmänna principer för ogiltighetspåföljdens inträde”, JT 1997–98 s. 808–813.
[17] Notera att ”syfte” här inte avser tolkningsdesiderata (åsyftat innehåll), utan vilka effekter och vilken användning av avtalet som sådant som avsågs (avtalets syfte).
[18] Jämför även med resonemangen i RH 2018:44 och NJA 1989 s. 768.

visades till hovrätten för behandling.[19] Tvisten bedömdes vara ”reell och seriös”, vilket innebar att EKMR art. 6 aktualiserades till förmån för domstolsprövning.

Praxis från hovrätterna är även den av visst intresse. I RH 1988:130 hade en man lovat en kvinna att han skulle skilja sig från sin hustru inom tre månader; om så inte gjordes, skulle kvinnan ifråga erhålla 100 000 kronor. Det hela formaliserades i ett skuldebrev. Mannen skilde sig inte från hustrun, varvid kvinnan gick till domstol för att få de 100 000 kronorna. Hovrätten ansåg dock inte att löften att upplösa äktenskap var av det slag som kunde ligga till grund för en betalningsskyldighet och besväret lämnades utan bifall. Ett av hovrättsråden var skiljaktigt med motiveringen att skilsmässor numera saknar de moraliska konnotationer de en gång hade, och ett löfte att göra något som är moraliskt neutralt bör rimligen inte anses utgöra *pactum turpe*. Domen kan dock tolkas så att hovrätten ansett att skuldebrevet tangerat ett alltför personligt område, oavsett skilsmässors moraliska status.[20]

Det kanske mest omtalade fallet är det så kallade ”abortfallet” (RH 2004:41):

> [X:s] käromål grundar sig på en revers. Enligt den förband sig [Y] att senast den 31 oktober 2001 betala 25 miljoner kr till [X] under förutsättning att hon dessförinnan genomfört abort av de tvillingfoster hon bar på. Frågan i målet är om den åberopade reversen är av sådant slag att [X] skall vägras domstolsprövning av sitt anspråk.

Hovrätten konstaterade att någon explicit lagregel som ogiltigförklarade avtalet inte fanns, varpå man försökte utröna huruvida någon princip gick att skönja inom närliggande områden. Med stöd av explicita förbud mot ersättning vid adoption och organdonationer slöt man sig sedan till att avtalet var att anse som ogiltigt. Därtill konstaterade man att avtalet var moraliskt otillbörligt och av den anledningen skulle avvisas:

> En prövning av [X:s] anspråk, som avser en ersättning för avbrytande av havandeskapet, skulle således innebära att rättsordningen medverkade till att de etiska och medicinska överväganden som bör föregå ett beslut om utförande av abort reducerades till en fråga om ekonomisk ersättning för själva ingreppet. En sådan ordning är inte förenlig med de grundläggande *etiska* värden som svensk rätt vilar på. (författarens kursivering)

Käromålet avvisades således.

[19] Som Westberg noterar, så verkar HD behandla ogiltighetsfrågan delvis utifrån vilka rättsverkningar som skulle uppkomma eller försvinna; i det tidigare NJA 1997 s. 93 förefaller HD anta att ogiltighetsfrågan skulle behandlas separat från frågan om rättsverkningar (”Ett fall om kärlek och ett om pengar”, s. 283).

[20] Jmf. även mål T 330-98 (Malmö tingsrätt) vilket rörde äktenskapsmäkleri och som finns utförligt beskrivet i Westberg, ”Ett fall om kärlek och ett om pengar”, s. 273-276.

I överklagandet Ö 6907-16 fastslog Svea hovrätt Solna tingsrätts avvisande av ett mål som bär vissa likheter med ”abortfallet”. Enligt avtal skulle en kvinna efterskänkas ett ”lån” i utbyte mot att hon genomgick en embryotransfer om en tidigare genomförd IVF-behandling misslyckades. Det var uppenbart att ”lånet” var avsett att täcka en del av kostnaderna för IVF-behandlingen. Kvinnan vägrade embryotransfern och mannen gick således till domstol för att få sina pengar tillbaka. Solna tingsrätt avvisade målet (FT 1648-16) med motiveringen att avtalet gav kvinnan ett ”ekonomiskt incitament” att utföra ett integritetskänsligt ingrepp, med hänvisning till RH 2004:41. Man konstaterade att ”[d]et är inte förenligt med den respekt för kroppslig integritet som generellt upprätthålls i svensk lagstiftning och det faktum att denna inte får göras till föremål för köpslående”. Hovrätten fastslog avvisandet utan vidare kommentarer.

I överklagandet Ö 525-16 vid Göta hovrätt ville ena parten kräva betalning med stöd av ett skuldebrev. Skuldebrevet härrörde dock uppenbart från en affärsuppgörelse som både syftat till och *de facto* inneburit ett kringgående av då gällande FN- och EU-sanktioner mot Iran. Otillbörligheten var enligt hovrätten därmed både av rättslig och moralisk karaktär. Ogiltigheten bedömdes som rimlig och några beaktansvärda rättsverkningar skulle en sådan ogiltighet inte få, varpå talan avvisades.

De fall som på ett eller annat sätt behandlat *pactum turpe* ger knappast någon entydig bild. De yngre fallen refererar dock återkommande till NJA 1992 s. 299, NJA 1997 s. 93 och NJA 2002 s. 322 — dessa kan således med viss försiktighet sägas utgöra kärnan i HD:s tolkning av *pactum turpe*.[21] Med fallen som utgångspunkt kan *pactum turpe* sägas kännetecknas av en uppsättning mer detaljerade rekvisit för när en talan ska avvisas:

(i) Det finns ett *avtal*
(ii) Avtalets innehåll är *otillbörligt*
(iii) Otillbörligheten ska *uppenbart framgå* av yrkande eller utredning
(iv) Otillbörligheten genererar *ogiltighet enligt allmänna rättsgrundsatser*

Inget av de fyra rekvisiten är dock tydligt, varpå jag härnäst ska diskutera hur de bör förstås.

3 En rekonstruktion

Den rekonstruktion och de förtydliganden som föreslås här och i nästkommande avsnitt består av generella riktlinjer och utgör på intet sätt en uttömmande eller detaljerad handbok. Det finns dock en poäng även med sådana riktlinjer. Ökad tydlighet, vare sig det handlar om lag, rättsprinciper eller praxis, ska normalt eftersträvas. Det utesluter naturligtvis inte att det lämnas utrymme för bedömningar och

[21] Se t.ex. RH 2004:41, NJA 2004 s. 682, RH 2007:78, NJA 2008 s. 861 och Ö 525-16.

möjligheter för att hantera oförutsedda situationer, men ett sådant utrymme bör hållas inom tydliga ramar och vad som sker inom dessa måste tydligt motiveras utifrån principiella grunder. Tydlighet är inte bara en rättssäkerhetsfråga i det att medborgarna måste veta vilka förhållningsregler som gäller och att godtyckligheten i domslut reduceras, utan även på så sätt att parterna, för att ta tillvara sin rätt, måste kunna argumentera för och emot en viss tolkning. Detta blir speciellt viktigt i de fall där avvisning kan bli aktuellt eftersom en avvisning innebär att chansen att föra talan för sin sak nekas. I dagsläget utgör hänvisningen till *pactum turpe* en ”black box”; en dold logik (om någon) som utestänger ena parten från att få sin talan prövad. Genom tydligare riktlinjer får parterna inte bara insikt om vilket skydd deras avtal kan tänkas åtnjuta från rättsordningens sida, utan även en reell möjlighet att vid ett överklagande av en avvisning ge goda skäl för att få sin sak prövad. Samma sak då *pactum turpe* ligger till grund för att ett avtal förklaras ogiltigt. Om tydliga skäl inte anges inskränks avtalsfriheten på ett till synes godtyckligt sätt, vilket knappast torde vara acceptabelt i en liberal rättsordning.[22]

I vad som följer tänker jag rekonstruera *pactum turpe* genom att utveckla rekvisiten (i)–(iv). Är rekvisiten uppfyllda *får*, och *bör*, en domstol avvisa talan. Att göra en sådan rättsföljd obligatorisk vore alltför starkt och skulle rimma illa med den otillbörlighetsgrundande samhällsmoralens föränderliga natur — därav ”får och bör”, istället för ”ska”. Är (iii) *inte* uppfyllt, men väl de övriga rekvisiten, får och bör avtalet ogiltigförklaras efter erforderlig prövning.

3.1 Ett avtalsrekvisit

Avtalsrekvisitet kräver att en *prima facie* bindande överenskommelse föreligger. Rekvisitet utgör en viktig avgränsning mot andra scenarion där helt andra principer och resonemang gör sig gällande. I NJA 2008 s. 861 aktualiserades exempelvis frågan huruvida stöld av pengar influtna från brottslig verksamhet kan vara skadeståndsgrundande. Gärningsmannen bakom den sist begångna stölden bestred nämligen det skadeståndsanspråk som riktades mot honom, med motiveringen att de pengar han stulit i sin tur var utbyte av brott begånget av offret och att rättsordningen således inte borde vara behjälplig i att skydda den senares innehav. Domstolen avhandlade frågan huruvida *pactum turpe* förelåg och kom fram till slutsatsen att så inte var fallet. Enligt mitt förmenande är dock NJA 2008 s. 861 inte ens ett potentiellt *pactum turpe*-fall. Något avtal föreligger inte ens närmelsevis och HD var därför nödgad att hävda att ”[p]rincipen kan emellertid inte anses begränsad till osedliga avtal utan får betydelse också för otillbörliga

[22] I prop. 1975/76:81, s. 34, anges en mer pragmatisk hållning rörande den föreslagna 36 § avtalslagen: ”Å ena sidan är det viktigt att vägledande principer utbildas [för fall där en klausul eller ett helt avtal ska lämnas utan avseende]. Generalklausulen kan då spela en roll utan att de fall där dess tillämpning ifrågasätts regelmässigt går till domstol.”

utomobligatoriska skadeståndskrav". "Principen", i det här fallet, är den att "anspråk" i strid med lag och goda seder inte ska ges rättsordningens skydd. Det är visserligen en rimlig princip, men det ska noteras att den är betydligt bredare än *pactum turpe*. Faktum är att "anspråk" är en så bred kategori att någon heltäckande principiell lösning knappast är att vänta — något som också HD påpekar.

Givet den rimliga utgångspunkten — och den i rättsordningen solitt förankrade principen — att samtycke spelar en viktig roll i både sociala och rättsliga relationer, så intar de avtalsgrundade *pactum turpe*-fallen en särställning. Avtalsrekvisitet bör därför tillämpas strikt. Det som bedöms vara ett avtal kan potentiellt vara ett *pactum turpe*, medan andra relationer — såsom anspråket i NJA 2008 s. 861 — inte kan utgöra ett sådant. En diskussion rörande omoraliska utomobligatoriska anspråks rättsliga behandling torde visserligen kunna hämta en betydande mängd material från de mer renodlade fallen, men det är långt från säkert att generella analogislut därmed kan göras.

3.2 Ett otillbörlighetsrekvisit

Tillämpningen av *pactum turpe* kräver att överenskommelsen är att anse som otillbörlig antingen på rättslig eller moralisk grund. Rekvisitet är centralt men också svårast att formalisera och tillämpa. Svårigheten består främst i att identifiera en lämplig moralisk måttstock. HD och hovrätterna verkar även vara öppna för att otillbörligheten, vare sig den är rättslig eller moralisk till sin natur, kan återfinnas på flera platser och förstås på olika sätt.

Det kan sägas finnas tre tolkningsspår rörande var otillbörligheten återfinns:[23]

A) Avtalets *innehåll* är otillbörligt i det att
(a) X har skyldigheten/rättigheten att S, eller
(b) S
B) Att *avtala om* innehållet är otillbörligt
C) Att *rättsligt genomdriva* avtalet är otillbörligt

Att ett avtals innehåll är otillbörligt kan förstås på (minst) två olika sätt. Ett innehåll kan vara otillbörligt på så sätt att det är *skyldigheten eller rättigheten att S* — vilken följer av avtalet — som är otillbörlig (Aa). Ett innehåll kan också vara otillbörligt genom att själva handlingen eller underlåtenheten *S* är omoralisk (Ab). För att illustrera moralisk otillbörlighet av typen (Aa): Göran avtalar med Gunnel om att den senare ska misshandla Göran, även om han kommer att protestera och försöka undkomma slagen. De flesta skulle sannolikt säga att Göran inte har gjort något moraliskt fel som ingått avtalet (det är onekligen hans kropp) och inte heller är våld nödvändigtvis något moraliskt fel i sig (istället är omständigheterna och samtycket avgörande).

[23] Kategorierna kommer i praktiken ofta att överlappa varandra. Den strikta åtskillnaden görs här främst av analytiska skäl.

Men Gunnels avtalsgrundade skyldighet kan i sig ses som moraliskt oacceptabel eftersom Göran frånhänt sig rätten att protestera och dra tillbaka sitt samtycke.[24] Rättslig otillbörlighet av typen (Aa) kan exempelvis föreligga då ett avtal, som inte är explicit förbjudet, tillskriver en aktör skyldigheter eller rättigheter som inte aktören ifråga kan tillskrivas, på grund av ålder eller ställning.

I (Ab) är det själva handlingen eller underlåtenheten som anses omoralisk eller rättsligt otillbörlig. Att avtala om att utföra svartarbete mot betalning torde vara ett exempel, då svartarbete vanligen anses omoraliskt, eller i vart fall olagligt. I praktiken kommer dock (a) och (b) ofta att flyta samman: om det är omoraliskt eller illegalt att göra S är även skyldigheten eller rättigheten att S oftast moraliskt eller rättsligt otillbörlig.

Vissa saker kan även vara otillbörliga *att avtala om* (B). ”Abortfallet” (RH 2004:41) kan här tjäna som exempel: aborter är enligt rådande samhällsmoral inte moraliskt klandervärda, men att avtala om att utföra en sådan i utbyte mot pengar uppfattas ofta som moraliskt tveksamt. RH 1988:130, där en man avtalade att betala 100 000 kr om han inte skiljde sig inom en viss tidsrymd, kan rimligen också sorteras in under (B): skilsmässor i sig anses inte längre omoraliska; att avtala om att betala en tredje part pengar om man inte skiljer sig är en annan sak.

Fall av typen (C) kan illustreras med följande exempel:

> X är god vän med Y, som i sin tur är ovän med Z. Y avtalar med X om att X ska försöka förföra Z:s hustru W; i utbyte mot förförelsen ska Y donera 10 000 000 kr till Barncancerfonden.

I det förevarande fallet är det sannolikt moraliskt tillåtet att ingå avtalet. Avtalet innebär att X förbinder sig att göra något som han är juridiskt fri att göra även utan avtal. Givet att W är en vuxen och rationell person, och givet den stora donationen till det goda ändamålet, är varken förförelseförsöket eller den avtalsgrundade skyldigheten att försöka förföra W moraliskt förbjudet.[25] Däremot menar jag att frågan huruvida rättsordningen ska befatta sig ett sådant avtal kvarstår.

Otillbörligheten i kategori (C) är extern i förhållande till avtalet. Spelskulder kan sägas vara typiska för kategorin. Pokerspel om pengar kan numera svårligen anses som moraliskt tveksamt i sig, inte heller att avtala om detsamma (vilket görs konkludent genom en insats). Däremot bör rättsordningen av olika etiska skäl kanske ändå inte spendera sina resurser på att fastställa och genomdriva spelskulder.

[24] Det ska påpekas att i verkligheten är liknande fall sällan något problem eftersom man enligt praxis inte anses kunna samtycka till misshandel annat än i mycket speciella fall (boxningsmatcher och kirurgiska operationer torde vara de vanligaste exemplen).

[25] Notera att om det bara rört sig om ett avtal om att X ska förföra W, utan att en stor summa pengar kommer behövande tillgodo, så hade situationen varit en annan och avtalet hade istället hamnat i kategori A och/eller B.

Givet ett avtal, där otillbörlighet kan vara antingen rättslig eller moralisk, och givet de tre varianterna (A)–(C) ovan, kan *pactum turpe* analyseras enligt strukturen i figur 1.

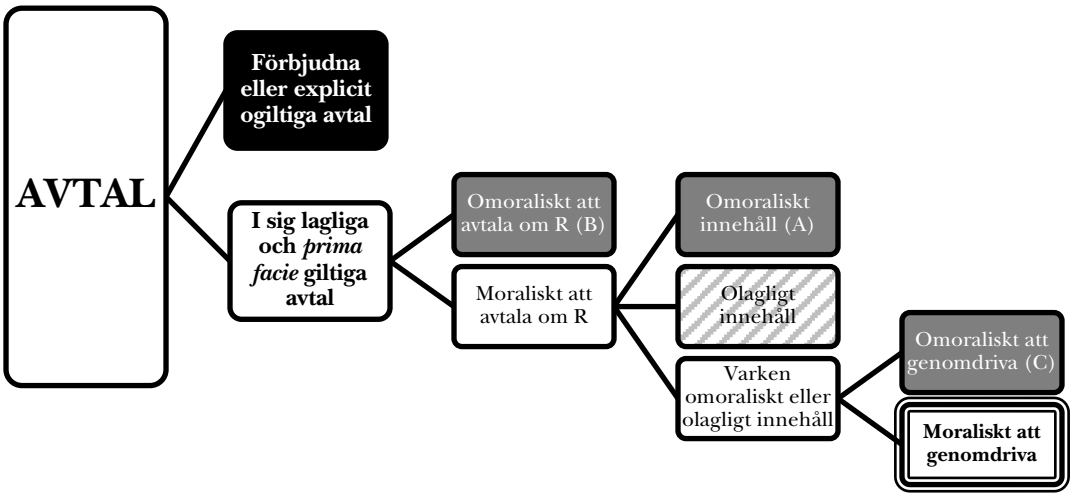

Fig 1. De gråa fälten visar fall som kan utgöra *pactum turpe*. Den svarta rutan visar avtal vilka är rättsligt förbjudna eller explicit ogiltiga (såsom muntliga avtal om köp av fast egendom). Den streckade rutan innehåller de fall där avtalet visserligen inte är olaglig i sig, men som innehåller en olaglig komponent och vars grund för avvisning måste bedömas från fall till fall. Dessa fall kan också utgöra *pactum turpe*.

Enligt min mening bör *pactum turpe* således endast föreligga i fall som rör *i sig lagliga och prima facie giltiga* avtal. Om det omtvistade avtalet är explicit förbjudet enligt lag, eller anges i lag som ogiltigt, så är avtalet utan tvekan civilrättsligt ogiltigt. Någon bedömning av lagligheten i övrigt eller av avtalets moraliska aspekter är i sådana fall överflödig. Avtal som inbegriper en olaglighet men som inte i sig är olagliga bör däremot bedömas utifrån de kriterier som anges i NJA 1997 s. 93.

3.3 Ett tydlighetsrekvisit

I NJA 1992 s. 299 krävs det att ”[…] det otillbörliga syftet uppenbart framgår antingen av grunderna för yrkandet eller av utredningen i målet”. Man kan fråga sig om det är syftet som ska vara uppenbart, eller otillbörligheten, eller båda två. Mer problematiskt blir det då otillbörligheten inte konsekvent handlar om just syftet. Att kräva ett ”uppenbart” otillbörligt syfte då otillbörligheten inte ligger i avtalets syfte blir då en smula ansträngt.

Enligt min mening är tydlighetsrekvisitet centralt. Dess funktion är dels att förhindra en alltför utsvävande tolkning av otillbörlighetsrekvisitet, dels (vilket jag kommer att återkomma till) att skilja mellan

pactum turpe som processhinder och *pactum turpe* som ogiltighetsgrund. Är en relevant otillbörlighet inte uppenbar, så ska talan inte avvisas.

Grunden för en normativ slutsats (avtalets otillbörlighet) ska finnas — helt eller till övervägande del — i yrkandet eller utredningen. Att grunderna ska finnas på plats är kanske självklart. Mindre självklart är *vilka* grunder som måste vara så tydliga att otillbörligheten blir uppenbar. Till att börja med måste deskriptiva fakta (”X är fallet”, ”X är Z”, eller ”X ger konsekvensen Y”) vilka ligger till grund för en normativ slutsats, framträda tydligt i yrkande eller utredning. Alla centrala deskriptiva premisser som krävs för den normativa slutsatsen bör vara vid handen.

Domstolen måste även ha en viss moralisk eller juridisk standard enligt vilken vissa fakta anses som premisser och enligt vilken otillbörligheten är uppenbar. För att ge två enkla exempel: för en hedonistisk konsekventialist utgör inte människovärdet en relevant faktor för att bestämma rätt och fel, medan den kantianska pliktetikern ställer sig kallsinnig för handlingens konsekvenser som relevanta hänsyn vid bedömningen av dess otillbörlighet. En sådan uttryckt standard eller tydliga uttryckta vägledande principer saknas i dagsläget. Finns ingen normativ måttstock, så kan varken relevanta deskriptiva premisser identifieras eller någon (uppenbar) normativ slutsats dras rörande otillbörligheten. Vad en sådan moralisk måttstock kan bestå av kommer jag att diskutera i mer detalj nedan. Är otillbörligheten av juridisk karaktär så torde dock inte några större svårigheter föreligga.

Vad gäller tydlighet, så menar jag att ett högt krav bör ställas. Anledningen är den allt-eller-inget-karaktär som präglar principen. I de fall då *pactum turpe* föreligger är jämkning inte aktuellt, utan endast ogiltighet eller avvisning. En så drastisk reaktion från rättsordningens sida bör då inte företas utan synnerligen goda och tydliga grunder.

3.4 Ett ogiltighetsrekvisit

Det fjärde rekvisitet (iv) som identifierades i praxis säger att otillbörligheten ska generera *ogiltighet enligt allmänna rättsgrundsatser*. Den formulering som användes i NJA 1997 s. 93 var att det ska ”stå klart” att otillbörligheten resulterar i ogiltighet. Grunden för en sådan slutsats rörande *lagstridiga* avtal sades ”avgöras i varje uppkommande typfall.” Som ovan noterats så tillämpades och utvecklades bedömningskriterierna i NJA 2002 s. 322, med följden att talan återförvisades till hovrätten för prövning. Jag har svårt att invända mot kriterierna som sådana: det förefaller klokt att avgöra en avvisningsfråga med hänsyn just till vilken typ av regel som har överträtts, dess syfte och konsekvenserna därav.

Rörande avtal där otillbörligheten istället är av *moralisk karaktär* finns ingen explicit vägledning för när ogiltigheten kan antas vara för handen. Eftersom alla moraliskt otillbörliga avtal inte dessutom är

rättsligt otillbörliga till syfte eller innehåll, så kan de moraliskt otillbörliga avtalen inte automatiskt bedömas utifrån samma metod som de avtal vilka anses otillbörliga på grund av lagstridighet. Enligt min mening bör *pactum turpe* sägas föreligga om den moraliska otillbörligheten är av en specifik karaktär, givet att övriga rekvisit är uppfyllda. I nästa avsnitt kommer jag därför att utlägga den moraliska otillbörligheten närmare.

4 Närmare om moralisk otillbörlighet

Ola Svensson noterar att ”[n]ågon mer preciserad teori om vad som kännetecknar osedliga avtal [inte har] utvecklats i svensk rätt”.[26] Det är naturligtvis en brist, eftersom just den moraliska otillbörligheten spelar en så central roll i rättsinstitutet *pactum turpe*. Hur *bör* då ”otillbörligheten” förstås? Den större och grundläggande frågan om vad som gör något moraliskt — till skillnad från juridiskt — otillbörligt kan sägas vara en av moralfilosofins huvudfrågor. Något komplett svar kan således inte ges här. Däremot kan man med fördel skissera generella principer vilka kan tjäna som utgångspunkter och stöd för rättskiparen.

Jag föreslår, för det första, en grund som utgörs av det jag kallar grundläggande rättigheter och intressen.[27] I generella termer kan en sådan grund sägas bestå av två ”lager”, om än intimt sammanbundna. Det första lagret utgörs av rättigheter och intressen vilka kopplas till människan som sådan. Till sådana räknas intressen och rättigheter kopplade till överlevnad, kroppslig integritet, grundläggande värdighet och autonomi; en ”tunn” uppsättning av mänskliga friheter och rättigheter.[28] Det andra lagret utgörs av rättigheter och friheter vilka måste förutsättas för möjligheten till ett effektivt deltagande i en demokrati. I liberal anda talar exempelvis John Rawls om ”the equal basic rights and liberties of citizenship […] such as the right to vote and to participate in politics, freedom of thought and of association, liberty of conscience, as well as the protections of the rule of law”.[29] En

[26] Svensson, *Avtalsfrihet och rättvisa*, s. 484. Svensson menar att den normativa måttstocken bör bestå av en ”fyllig teori om det goda”, alternativt en ”svag paternalism”. Med den förra teorin får förstås en rawlsianskt inspirerad teori om det goda. Svensson utlägger dock inte själv hur en sådan teori skulle se ut i praktiken.

[27] Med ”rättigheter” avses det som rimligen kan krävas oberoende av andras krav och situation. ”Intressen” har en svagare normativ grund: ett intresse utgör inte alltid ett legitimt krav, även om det bör beaktas. Man kan naturligtvis diskutera exakta definitioner, men det ovan sagda torde vara tillräckligt för att ge läsaren en adekvat förståelse.

[28] För teorier om en ”tunn” och minimalistisk rättighetsstandard, se t.ex. James Griffin, *On Human Rights* (Oxford: Oxford University Press, 2008); Michael Ignatieff, *Human Rights as Politics and Idolatry* (Princeton: Princeton University Press, 2000); John Rawls, *The Law of Peoples — with “The Idea of Public Reason Revisited.”* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1999); Henry Shue, *Basic Rights: Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy*, 2nd ed. (Princeton: Princeton University Press, 1996); Michael Walzer, *Thick and Thin: Moral Argument at Home and Abroad* (Notre Dame, IN: University of Notre Dame Press, 1994).

[29] John Rawls, *Justice as Fairness: A Restatement*, Erin Kelly (red.) (Harvard, Mass.: Harvard University Press, 2001), s. 28.

sådan lista är dock inte uttömmande: det handlar även om rättigheter och friheter som *möjliggör* användandet av sådana rättigheter och friheter. Som exempel på en sådan underliggande och möjliggörande rättighet kan man tänka sig rätten till grundläggande utbildning.

För det andra föreslås att moralisk otillbörlighet ska anses föreligga när vissa för samhället centrala värden och normer hotas eller kränks. Vilka dessa kollektiva värden är varierar mellan samhällen, och även inom ett samhälle, beroende på den enskilda kontexten. Två exempel som ligger nära till hands är *äktenskapet* såsom det traditionellt har förståtts och *demokrati* i dess grundläggande betydelse.[30] Äktenskapet som en frivillig och formaliserad gemenskap har traditionellt sett inte bara ansetts som ett samhälleligt familjeideal, utan även ansetts spela en viktig roll för stabila uppväxtvillkor för eventuella barn. Att demokratin är skyddsvärd är knappast kontroversiellt. Härtill kommer intimt förknippade värden som exempelvis jämlikhet, inkludering och yttrandefrihet. Det kan sägas ligga ett särskilt ansvar på lagstiftaren och rättssystemet att skydda sådana värden och normer.

Grundläggande rättigheter och intressen, tillsammans med kollektiva värden och normer, utgör en generell filosofisk grund som även verkar överensstämma med hur domstolarna resonerar i enskilda fall. En jämvikt mellan generella principer och övervägda resonemang i enskilda fall antas här tala för att ett normativt innehåll är rättfärdigat.[31] En närmare filosofisk grund bör dock inte utläggas i närmare detalj i relation till *pactum turpe*. De filosofiska teorier som behandlar en grundläggande moralisk standard utgör en brokig familj där varje medlem har sina respektive för- och nackdelar. Att binda sig vid en teori torde därför vara riskabelt, i synnerhet då samhällsmoralen sällan matchas perfekt av en viss filosofisk teori. Att i detalj avgöra vilka rättigheter, intressen och värden, och vägningar däremellan, som utgör relevanta hänsyn vid bedömningen av otillbörlighet bör utmejslas i praxis, i relation till enskilda fall.

För att det ska röra sig om en otillbörlighet av det slag som *pactum turpe* och det moraliska otillbörlighetsrekvisitet kan tänkas kräva, föreslår jag således att *minst ett av två normativa kriterier måste föreligga, samt två deskriptiva*. Först redogörs för de alternativa normativa kriterierna (I och II); därefter utvecklas de nödvändiga deskriptiva kriterierna (III och IV). När det i kriterierna talas om ”avtalet”, så ska det förstås

[30] Äktenskapets värde och samhälleliga betydelse är naturligtvis också något som är i förändring, varför exemplet ska ses som främst pedagogiskt.

[31] Jmf. t.ex. Norman Daniels, ”Wide Reflective Equilibrium and Theory Acceptance in Ethics”, *Journal of Philosophy* 76:5 (1979), s. 256–282; Bo Petersson, ”Wide Reflective Equilibrium and the Justification of Moral Theory”, i Wibren Van der Burg och Theodoor van Willigenburg (red.) *Reflective Equilibrium: Essays in Honour of Robert Heeger* (Dordrecht: Kluwer Academic, 1998), s. 127–134; John Rawls, *A Theory of Justice*, 2 utg. (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1999 [1971]); John Rawls, ”The Independence of Moral Theory”, *Proceedings and Addresses of the American Philosophical Association* 48 (1974–1975), s. 5–22; John Rawls, *Political Liberalism*, 2 utg. (New York: Columbia University Press, 1996 [1993]).

så att otillbörligheten gäller antingen själva handlingen (att avtala om), avtalets innehåll eller dess genomdrivande, eller någon kombination därav. Jag ska nu kommentera kriterierna närmare.

(I) Avtalet innebär, direkt eller som en rimligt förutsebar konsekvens, en betydande kränkning av grundläggande rättigheter eller intressen, eller en förlust av möjligheten att göra grundläggande rättigheter eller intressen gällande, för avtalspart eller tredje man.

Först bör det betonas att ”rättigheter” och ”intressen” inte nödvändigtvis uttöms av de rättigheter och intressen som erkänns explicit av rättssystemet. Att snäva av området till det juridiskt erkända skulle uppenbarligen gå på tvären med den bakomliggande tanken med *pactum turpe*. Däremot bör de rättigheter och intressen som avvisning via *pactum turpe* avser att skydda inte stå i konflikt med erkända juridiska rättigheter och intressen: den betoning på rättssäkerhet som ryms i kriterium (III) nedan innebär att de av rättsordningen erkända rättigheterna måste ges företräde.

Följande exempel får tjäna som illustration:

(a) A avtalar med B om att B ska låta gravera en mindre smickrande text på sin mors gravsten om en viss händelse *h* inträffar. *h* inträffar och A vill nu med rättsliga medel tvinga B att gravera in texten.

Oaktat de filosofiska svårigheterna i exemplet, så ter det sig i vart fall rimligt att modern eller hennes anhöriga skulle, om avtalet skulle genomdrivas, bli utsatta för en kränkning. Kränkningen bör vidare klassificeras som betydande. Inte bara rättighetens eller intressets tyngd bör vägas in vid en sådan bedömning, utan även huruvida tredje part är värnlös eller redan har svårigheter att tillvarata sina intressen i frågan, liksom om den kränkande handlingen var särskilt hänsynslös, om kränkningens effekter blir bestående, och så vidare. Tilläggas ska att det i exempel (a) inte bara är modern och de närmast anhöriga som drabbas, utan också en bredare grupp anhöriga kan ha ett starkt intresse av att ett avtal inte ska kunna genomdrivas på rättslig väg.

(b) C avtalar med gravida D om att D ska genomgå en abort om D visar sig ha en sexuell affär vid sidan av förhållandet med C. Det uppdagas att D har haft en affär med E, varpå C kräver att D ska abortera fostret.

(c) F träffar sin gamle vän G på krogen och dricker öl under ordnade former. Vid kvällens slut säger F att det här ska de definitivt göra om. G håller med och får raskt fram en app på sin mobiltelefon som ger möjligheten att enligt konstens alla regler ingå ett avtal om att inom en bestämd tidsrymd dricka alkoholhaltig öl tillsammans igen. Om avtalet inte följs ska den avtalsbrytande parten erlägga 1 000 kronor. F och G signerar avtalet. När tidsgränsen för fullgörelse närmar sig är dock F inte alls så pigg på att träffa G och dricka öl.[32]

[32] Exemplet är en version av det så kallade ”ölavtalet” (https://olavtalet.se, hämtad 2019-05-31).

Om (b) eller (c) skulle prövas av domstol och de klagande ges rätt, får det konsekvensen att D:s och F:s kroppsliga integritet — rätten till kontroll över reproduktion respektive nykterhet (och, som en konsekvens, förmåga att ta moraliskt ansvar) — kringskärs på ett icke obetydligt sätt. Ett rättsligt sanktionerat avtal innebär således att ena avtalsparten frånkänns en grundläggande rättighet.

(d) H avtalar med kortvuxne I om att I under en längre tid och mot medioker betalning ska arbeta som kastobjekt i så kallade dvärgkastningstävlingar. Tävlingarna går ut på att under festliga former se vem som kan kasta den kortvuxne längst. I ändrar sig dock då han känner sig förnedrad av tävlingen och därtill inser att hans arbete bidrar till att kortvuxna i allmänhet ses som objekt för storvuxnas leklust. H, mån om sin investering, beger sig således till domstolen för att kräva fullgörelse.[33]

Även om I frivilligt ingått avtalet, innebär en rättsligt sanktionerad plikt att fortsätta sin karriär eller erlägga skadestånd att I:s *de facto* ställning som fullvärdig medborgare skadas. Skadan kan här sägas vara både direkt och en konsekvens av avtalet: den är omedelbar eftersom det torde vara en kränkning i sig att bli betraktad som ett kastobjekt på grund av sin medfödda storlek (snarare än på grund av ihärdig träning) och än mer så att faktiskt bli (avtalsenligt) behandlad på det sättet eller få betala skadestånd för att slippa; skadan är också en konsekvens i det att avtalet och den underliggande praktiken sannolikt eroderar grunden för den självrespekt som rimligen tillkommer medborgarna i en demokratisk ordning.[34]

De rättigheter och intressen som avses i (I) måste vara *grundläggande*: till exempel rättigheter nära kopplade till den fysiska kroppen, självbestämmande eller vilka tydligt motiveras av effektivt demokratiskt medborgarskap.[35] Förlusten av grundläggande rättigheter, eller förlust av möjligheten att nyttja dem eller att göra sådana intressen gällande, måste också vara *betydande*. Ett kort avbräck i möjligheten att nyttja dem, eller en förlust av en rättighet som tydligt vägs upp av tillkomsten av andra rättigheter eller existensen av olika skyddsmekanismer, kan inte anses utgöra en betydande förlust.

(II) Avtalet skadar grundläggande kollektiva värden och normer på ett betydande sätt.

Om det första kriteriet för moralisk otillbörlighet är relativt klart, är det andra mer undflyende; något som dock inte förtar dess betydelse. Ett kollektivt värde eller en kollektiv norm, i den bemärkelse som avses här, är *ett värde eller en norm som erkänns, efter reflektion, av ett socialt*

[33] Exemplet är fritt konstruerat utifrån Svenssons utläggning om den märkliga sysselsättning som kallas ”dvärgkastning” (*Avtalsfrihet och rättvisa*, s. 489-491). Notera att några arbetsrättsliga hänsyn inte inkluderats i det hypotetiska exemplet.
[34] Jmf. Rawls, *A Theory of Justice*, 386 ff.
[35] Kopplingen mellan *pactum turpe* och bestämmanderätten över den egna kroppen noteras även av Ingvarsson, ”Ogiltighet och moralens eviga återkomst”, s. 299 f.

kollektiv. Erkännandet kan vara explicit eller implicit. Ett implicit erkännande kan vara för handen i de fall då det rimligen kan antas att en person *skulle* bejaka ett värde, givet koherens med hens övriga accepterade värden och normer. Tillägget ”efter reflektion” är också viktigt, eftersom många av oss har för vana att kommunicera värden och normer (eller avsaknad därav) utan någon nämnvärd eftertanke och att anpassa värden och normer efter kontext och diskurs (ofta med en viss skamsenhet som följd). Sociala kollektiv kan utgöras av mindre grupper eller hela kulturer; i det här sammanhanget ska det förstås som det samhälle vilket täcks av rättsordningen. I en sådan kontext blir ett erkännande alltid en bedömningsfråga, eftersom avvikande åsikter alltid förekommer. Inte desto mindre kan man tala om samhälleliga värderingar och normer som är bredare och djupare förankrade än andra.

Vad är då att ”skada” ett kollektivt värde? Det är uppenbart att värden och normer inte blöder i sedvanlig bemärkelse. Jag föreslår att skaderekvisitet ska förstås antingen som en *konflikt* eller som *undanträngning*. Att ett avtal står i konflikt med ett värde eller en standard torde inte kräva någon ytterligare förklaring, även om det i många fall kan vara svårt att skönja konflikten ifråga. Undanträngning vad gäller moraliska och demokratiska värden kräver dock en viss förklaring.[36] Ett numera klassiskt exempel på undanträngning (eller ”crowding out”) utgörs av en studie gjord av socialpsykologerna Uri Gneezy och Aldo Rustichini.[37] I experimentet studerades effekterna av att böter för sena hämtningar på en förskola infördes. Den förväntade effekten var naturligtvis att antalet sena hämtningar skulle minska, eftersom föräldrarna fick ett ekonomiskt incitament för att hämta sina barn i tid. Istället *ökade* antalet sena hämtningar. Förklaringen som framfördes var att införandet av böter hade gjort att relationen mellan personal och föräldrar, som byggde på ett ömsesidigt förtroende, ersatts av en ren affärsrelation, där böter istället betraktades som betalning för den ytterligare förskoletid man tagit i anspråk. En kollektiv norm hade sålunda trängts undan av en annan, förmodat sämre, norm.

I konfliktfallet har ett viktigt värde eller en viktig norm helt enkelt åsidosatts i praktiken, med andra konsekvenser som resultat. I undanträngningsfallet har själva värdet eller normen trängts undan; det är således inte bara de praktiska effekterna av värdet eller normen som nekats. I båda fallen finns, om värdet eller normen är viktig, goda skäl för rättsordningen att gripa in; antingen genom avvisning eller ogiltighetsförklaring.

[36] Den mest välkända utläggningen återfinns i Sandel, *Vad som inte kan köpas för pengar*. Se även Anderson, *Value in Ethics and Economics*, och Walzer, *Spheres of Justice*, för liknande resonemang.

[37] Uri Gneezy och Aldo Rustichini, ”A Fine Is a Price”, *Journal of Legal Studies* 29 (2000), s. 1-17. Ett mer intrikat men oroande exempel är pengars inverkan på moraliska bedömningar; se t.ex. Armin Falk och Nora Szech, ”Morals and Markets”, *Science* 340:6133 (2013), s. 707-711.

Värdet, eller normen, måste vara *grundläggande*. Jag föreslår här att typiska sådana grundläggande värden och standarder är kopplade till vedertagna mänskliga rättigheter och demokratins grundförutsättningar. Exempelvis skulle avtal med starka misogyna eller rasistiska drag, men vilka inte påtagligt skadar någon enskild individs intresse eller rättigheter och därmed inte uppfyller kriterium (I), ses som otillbörliga på grund av oförenlighet med både mänskliga rättigheter och demokratiska hänsyn. Ett exempel:

(e) A:s moder B har starka rasistiska och homofoba böjelser. För att säkerställa att dottern A inte skaffar sig en mörkhyad eller kvinnlig partner, och istället hittar en vit man, så avtalar B med dottern — vars moraliska ryggrad är närmast obefintlig — om att A ska erhålla 100 000 kr om hon lägger ut en kontaktannons på en rasistisk, konservativ dejtingsida. När A så har gjort, vill B inte betala ut pengarna.

Det torde vara svårt att i exemplet identifiera en part vars rättigheter eller intressen kränks i någon betydande utsträckning. Någon förlust av förmåga att göra rättigheter eller intressen gällande verkar inte heller vara för handen. Icke desto mindre kan det hävdas att avtalet är otillbörligt eftersom det skadar ett synnerligen viktigt kollektivt värde. En viss undanträngande effekt finns säkert, men framför allt utgörs skadan av en direkt konflikt i och med att själva handlingsgrunden är rasistisk och homofob. Sexuell läggning och hudfärg är faktorer vilka kan kopplas till betydande orättvisor och reella angrepp, varpå skadan rimligen ses som kännbar för samhället; detta i kontrast till ett scenario där B istället försökt exkludera rödhåriga eller män med en akademisk examen.

Kriterium (II) kan, jämsides (I), med viss försiktighet jämföras med RH 1988:130, där en summa pengar utlovades om ena parten inte ansökte om skilsmässa. Äktenskap anses vara grundade i ömsesidig kärlek, eller bör så vara — i vart fall är de *inte* att jämställa med ekonomiska överenskommelser. Den på kärlek grundade äktenskapliga institutionen skulle således kunna sägas vara en sådan normativ ordning som rättsordningen borde skydda från att undanträngas av monetära incitament.[38]

(III) En prövning eller ett fastställande av avtalet inverkar menligt på rättsordningens legitimitet

För att en moralisk otillbörlighet ska sägas vara relevant krävs också att en rättslig prövning eller ett fastställande av avtalet skulle, på ett betydande sätt, erodera rättsordningens legitimitet.[39] En legitimitetsförlust — en minskad tilltro till rättsordningens förmåga att skapa och

[38] Som ett skiljaktigt hovrättsråd påpekade, så är synen på äktenskap och skilsmässa stadd i förändring, varpå fallet inte utgör ett entydigt exempel på (II).
[39] Jmf. Westberg, ”Ett fall om kärlek och ett om pengar”, som talar om ”[…] avtal som är klart oförenliga med eller hotar att underminera de fundamentala värden som rättsordningen bygger på eller främjar”. (s. 272)

upprätthålla rättvisa och lagenliga utfall — skulle i sin tur innebära minskad rättseffektivitet, både i termer av konfliktlösning och normbildning, då benägenheten att använda sig av rättsväsendet skulle sjunka medan benägenheten att hitta andra lösningar skulle öka.

Rörande moraliskt otillbörliga avtal innebär en prövning rimligen att rättsordningens legitimitet riskerar att minska. Det är dock inte fråga om ett generellt samband mellan otillbörlighet och legitimitetsskada. Någon praxis att luta sig mot finns här inte, men viss hjälp torde vi ha av NJA 2002 s. 322, som rörde ett i sig lagligt avtal men med ett olagligt syfte. HD framhöll att det var just legitimiteten som riskerade att bli lidande om frågan *inte* prövades, eftersom resultatet skulle vara en ”betydande rättsosäkerhet”. Det skulle

> […] öppna möjlighet för avtalspart, som vill komma ifrån en ekonomiskt ofördelaktig överenskommelse eller slippa betala för en prestation som han mottagit, att vägra fullgöra sin del av avtalet med hänvisning till bestämmelser i detta som han påstår har tillkommit i syfte att undandra skatt.

Det är ett rimligt påpekande av HD och därtill ett påpekande som ligger i linje med den modell av *pactum turpe* som jag förespråkar här. I målet hade prestationerna nästintill fullgjorts och otillbörligheten bestod i att halva arbetskostnaden enligt avtalet skulle betalas utan faktura, i syfte att undandra skatt. Avtalet i sig innebar inte att endera parten skulle underlåta att redovisa transaktionen. Tvisten gällde i grund och botten legitim betalning rörande legitima tjänster. Om nu det förmodade olagliga syftet istället är av omoralisk natur men någon legitimitetsskada rimligen inte är att vänta vid en prövning, så ska talan inte avvisas.

Det kan invändas att art. 6 EKMR kan kräva en prövning *oavsett* en eventuell legitimitetsskada.[40] En tvist ska som utgångspunkt prövas av domstol i enlighet med kraven som ställs i art. 6 EKMR om den bedöms vara reell och seriös (”genuine and serious”). För att prövas måste tvisten också, om den skulle prövas, leda till en avgörande (”decisive”) dom rörande en civil rättighet som är erkänd av gällande rätt.[41] Är de kraven uppfyllda kan det således hävdas att även ett omoraliskt avtal måste prövas. *Pactum turpe* som avvisningsgrund är i sådana fall uteslutet.

Att låta art. 6 EKMR ligga till grund för ett förkastande av *pactum turpe* i alla avseenden torde dock vara förhastat.[42] För det första framgår av Europadomstolens praxis att en tvist *får*, i de fall Europadomstolens kriterier inte är uppfyllda, avvisas. Om det då är *uppenbart* att ett avtal är otillbörligt enligt de kriterier som här anges (I–IV), så finns ingen ”rättighet som har en grund i den nationella rätten” och avvisning kan bli aktuellt. Det ska i sammanhanget påpekas att Euro-

[40] Jmf. NJA 2008 s. 861 och NJA 2002 s. 322.
[41] Se t.ex. *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, (7151/75; 7152/75 ECHR 1982).
[42] Jmf. Ingvarsson, ”Pengar luktar inte”, s. 1026 ff.

padomstolen har varit försiktig med att gå emot statens egen tolkning av huruvida en rättighet föreligger.[43] För det andra så utgör EKMR inget hinder mot att ett avtal som klassificeras som relevant otillbörligt enligt de rekvisit som presenteras här lämnas utan avseende *efter* prövning. Notera således att det kriterium som föreslagits här inte motsäger vare sig HD:s praxis eller de villkor som ställs av Europadomstolen.

(IV) Avtalet omgärdas inte av ett systematiskt rättsligt skydd

Ett nödvändigt villkor för *pactum turpe* är att den föreliggande otillbörligheten inte kompenseras av det jag kallar systematiskt rättsligt skydd, vilket är knutet till den typ av överenskommelser som är aktuella. Som utgångspunkt bör noteras att i ett liberalt samhälle försöker man vanligen maximera det tillåtna i syfte att skapa så mycket frihet som möjligt för medborgarna. En ”bred” frihet innebär dock att medborgarnas friheter, välmående och intressen kan komma att konkurrera med varandra *inom ramen för det tillåtna*. Ett typiskt exempel är en långtgående yttrandefrihet, vilket medför att vissa grupper måste tåla viss grad av provokation.

Vissa bördor som andras friheter generar är betydligt mer problematiska — här räcker det inte med någon form av allmän tolerans. Istället omgärdar vi sådana ”betungande friheter” med juridiska regelverk i syfte att begränsa de bördor och nackdelar som kan uppkomma. Regleringar och tillhörande skyddsnät, då de är tillräckligt rättsligt utbyggda för att fungera behjälpligt, utgör *systematiska rättsliga skydd* som kompenserar en potentiellt skadlig men tillåten frihet. Ett exempel är de friheter som utgör den fria marknaden. Min frihet att etablera min verksamhet och att konkurrera med andra om marknadsandelar innebär att andra näringsidkare kan komma att slås ut i konkurrensen, med förlust av levebröd och kanske även livslång skuldsättning som följd. Marknadsfriheterna bedöms dock som så viktiga att vi får räkna med även de mindre tilltalande konsekvenserna. Däremot har välfärdsstaten utvecklat ett intrikat och komplext ramverk och skyddssystem som begränsar marknadseffekterna och som kan kompensera de skador som uppkommer. Som exempel kan nämnas konkurrenslagstiftning, arbetsrätt, konsumentskydd och arbetslöshetsförsäkring.

Ett mer avgränsat exempel, som diskuteras av Torbjörn Ingvarsson, är handel med värdepapper, vilken har klara inslag av vadslagning. Frågan är varför sådan handel — och avtalen däri — skulle åtnjuta rättsordningens skydd medan pokerspelandet i grannens källare inte skulle göra det.[44] Ingvarsson är tveksam till att det verkligen föreligger någon skillnad. Enligt den rekonstruktion av *pactum turpe* jag föreslår

[43] Se t.ex. *De Bruin v. the Netherlands* (9765/09 ECHR 2009), § 54, och *Károly Nagy v. Hungary*, (56665/09 ECHR 2017).

[44] Se Ingvarsson, ”Spel och osedliga avtal”, SvJT 2004 s. 750–758, på s. 742–743, för en mer ingående diskussion.

här skulle dock kriterium (IV) vara den relevanta skillnaden: handel med värdepapper är en starkt reglerad verksamhet, på ett sätt som pokerspel bekanta emellan knappast är.

5 *Pactum turpe*, moralisk otillbörlighet och 36 § avtalslagen

Det är på sin plats att påminna om att de rekvisit (I–IV) som utlagts ovan utgör förutsättningarna för vad vi kan kalla *relevant moralisk otillbörlighet*; de räcker inte för *pactum turpe* utan beskriver endast den moraliska otillbörlighet som krävs enligt (ii). För moralisk otillbörlighet krävs (I) eller (II); för att otillbörligheten ska ses som relevant så krävs även att (III) och (IV) är uppfyllda.

Vi kan, med distinktionerna och uppsättningarna rekvisit ovan, skilja mellan *pactum turpe* som ogiltighetsgrund och *pactum turpe* som avvisningsgrund. Det är inte oväsentligt, eftersom det råder en viss oklarhet rörande huruvida *pactum turpe* ska förstås som ett processhinder eller en materiell ogiltighetsgrund. Det verkar i nuläget finnas viss slagsida åt *pactum turpe* som avvisningsgrund; en uppfattning som vinner stöd i praxis.[45] Enligt min mening kan dock *pactum turpe* fylla båda funktionerna; det ena utesluter inte det andra. Hade *pactum turpe* endast utgjort ett processhinder hade man förlorat en möjlighet att rättsligt korrigera effekterna av otillbörliga avtal. Om *pactum turpe* istället ses endast som en strikt ogiltighetsgrund, så kan man tvingas lägga rättssystemets resurser på att pröva avtal som är så uppenbart omoraliska att utgången redan är säker och på en prövning som därtill skadar rättssystemets anseende.

Relevant moralisk otillbörlighet, alternativt rättslig otillbörlighet, utgör enligt mig en grund för ogiltighet i de fall där även (i) och (iv) är uppfyllda. En sådan grund ska fastställas inom ramen för en rättslig prövning. Relevant moralisk otillbörlighet, alternativt rättslig otillbörlighet, utgör också ett av de fyra rekvisiten för *pactum turpe* som avvisningsgrund, vilken också torde vara den innebörd som oftast tillskrivs *pactum turpe* i praxis. Det centrala rekvisitet för avvisning av ett otillbörligt avtal är enligt mig tydlighetsrekvisitet (iii). Föreligger ingen sådan tydlighet — eller ”uppenbarhet” — så ska talan inte avvisas och en prövning ska göras.

Kvar att reda ut finns dock förhållandet mellan *pactum turpe* och avtalslagens generalklausul för jämkning, 36 §. En sådan förklaring kan sägas vara motiverad då en ståndpunkt som torgförts är att 36 § gör rättsfiguren *pactum turpe* överflödig.[46] Givet utläggningen ovan och de nyss nämnda distinktionerna kan förhållandet mellan 36 § och *pactum turpe* dock förklaras på ett rimligt sätt.

36 § bär onekligen stor likhet med *pactum turpe*. Där anges att del av, eller hela avtal, kan jämkas eller lämnas utan avseende. Det finns inte något ond tro-rekvisit, och det område som paragrafen täcker är

[45] Se t.ex. Westberg, ”Ett fall om kärlek och ett om pengar”, s. 271.
[46] Se t.ex. Ramberg, ”Avtal om abort — Pactum turpe?”

synnerligen brett — den spänner (åtminstone i teorin) över de otillbörligheter som beskrivs i (I) och (II). Det påpekas ibland att 36 § fokuserar på jämkning, även om den vanligen läses så att ett avtal också kan jämkas ”ned till noll”.[47] *Pactum turpe* har traditionellt sett inga sådana nyanser. *Oskäliga* avtal, där prestationerna ses som orimligt ojämlika, kan med lätthet jämkas på det sättet, men inte alla *otillbörliga* avtal. Att något jämkas ”ned till noll” och därmed lämnas utan avseende är inte heller något som med lätthet kan jämställas med ogiltighet, även om utfallet i praktiken i många fall blir detsamma. Ett avtal jämkat ”ned till noll” innebär att innehållet är justerat och att något genomdrivande inte är aktuellt; jämkning utgör dock inget adekvat botemedel i det fall det moraliskt otillbörliga ligger i avtalets ingående.

Med det sagt ska det dock understrykas att 36 § avsågs fungera även som en ren ogiltighetsgrund; något som klart framgår av paragrafens förarbete.[48] Det verkar då rimligt att se 36 § som en parallell väg, eller i vart fall överlappande väg, för att nå ogiltighet.[49] Otillbörlighetsrekvisiteten som skisserats ovan (I–IV), tillsammans med (i), (ii) och (iv), kan då fungera som en möjlig *grund* för tillämpning av 36 §. *Pactum turpe* inom ramen för en rättslig prövning — *pactum turpe* såsom ogiltighetsgrund — får i sådana fall en tillämpning av 36 § som utflöde och form. Det innebär nu inte att *pactum turpe* därmed är redundant som rättsligt instrument. 36 § möjliggör jämkning och ogiltighetsförklaring, inte avvisning. I de fall där rekvisiten (i)–(iv) är uppfyllda föreligger *pactum turpe* såsom avvisningsgrund, oberoende av 36 §. Möjligheten att kunna avvisa en talan på grund av *pactum turpe* är inte utan betydelse, eftersom ett sådant avvisande utgör en tydlig markering av vad som rimligen kan förväntas hanteras av rättssystemet och dessutom har ett handlingsdirigerande eller ”fostrande” element.[50]

6 Avslutande reflektion

Idag är *pactum turpe* inte klart definierat vare sig i lag, praxis eller doktrin. Dess relevans har blivit ifrågasatt. Jag har här försökt visa att *pactum turpe* inte alls är en historisk rest som bör förpassas till skräphögen, utan tvärtom ett potentiellt svar på en problematik som rimligen kommer att öka. Utifrån den sparsamma praxis som finns att tillgå har jag även försökt rekonstruera en version av *pactum turpe* som bygger på de fyra rekvisit som kan urskiljas i praxis. Ett av dessa — otillbörlighetsrekvisitet — utlades i detalj och jag hävdade att otillbörlighet kräver att minst tre av fyra villkor, varav två var nödvändiga,

[47] Se t.ex. Torbjörn Ingvarsson, ”Ogiltighet och moralens eviga återkomst”, i Mats Bryde Andersen, Johan Bärlund, Boel Flodgren och Johan Giertsen (red.), *Aftaloven 100 år. Baggrund, status, udfodringer, fremtid* (Köpenhamn: DJØF Publishing, 2015), s. 279–304, på s. 281.

[48] Möjligheten att via 36 § ogiltigförklara ett avtal i sin helhet framgår tydligt av prop. 1975/76:81, s. 35.

[49] Se t.ex. prop. 1975/76:81, s. 34. Vad den moraliska otillbörligheten kan tänkas bestå i sägs dock inget om.

[50] Jmf. Westberg, ”Ett fall om kärlek och ett om pengar”, s. 272.

måste vara uppfyllda. Som en följd föreslogs att *pactum turpe* kan förstås, utan någon större konflikt, som både ogiltighetsgrund och som processhinder.

Rättsinstitutet förtjänar en dock en mer omfattande behandling som inte kan ges inom ramen för en tidskriftsartikel. Framför allt bör *pactum turpe* belysas ytterligare från moralfilosofiskt håll och dess relation till andra rättsliga regler om ogiltighet analyseras i mer detalj. Min ambition här var att skissera konturer och tänkbara linjer, inte att presentera en definitiv teori. Förhoppningsvis kan en sådan skiss utgöra ett steg på vägen.