



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Hilda Cangemark

Avtal om abort
- en kvinnas privilegium?

LAGF03

Rättsvetenskaplig uppsats på juristprogrammet
15 högskolepoäng

Handledare: Joel Eriksson

Vårterminen 2018

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Bakgrund	5
1.2 Syfte	6
1.3 Frågeställningar	6
1.4 Avgränsningar	6
1.5 Metod och perspektiv	7
1.6 Material	8
1.7 Forskningsläge	8
1.8 Disposition	9
2 FRI ABORT	10
3 CIVILRÄTTSLIGA AVTAL	12
3.1 Inledning	12
3.2 Avtalsbundenhet	12
3.2.1 Löftet och rättvisan	13
3.2.2 Bundenhetens intressen	14
3.3 Allmänna ogiltighetsregler	15
3.3.1 Inledning	15
3.3.2 I strid med lag eller god sed	16
3.3.3 Inskränkningarnas intressen	17
4 CIVILPROCESSRÄTT	18
4.1 Pactum turpe	18
4.2 Goda seder	19
5 MORAL OCH VÄRDERINGAR	21

5.1	Rättsväsendet	21
5.2	Liknande gränsområden	23
5.2.1	Fosterdiagnostik och abort	23
5.2.2	Organdonation	24
5.2.3	Adoption	26
5.2.4	Spelskulder	27
6	ANALYS	29
7	SLUTORD	33
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	34
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	37

Summary

The freedom of contract and the right to judicial review are restricted by Swedish law through *pactum turpe*. This means that agreements contrary to law or good practice are not considered to merit legal protection. The purpose of contractual invalidity aims to protect the weaker party in the contractual relationship, while the principle of *pactum turpe* aims to protect the moral perception of the society.

The case of *RH 2004: 41* raises the question of whether an agreement regarding abortion should be admissible in court. The Court of Appeal concluded that the agreement was contrary to moral perceptions in Swedish law, and rejected the case. The distinguished problem in the case regarding the relationship between contractual freedom, the need to protect women from the commercialization of their bodies, and a woman's free choice to undergo an abortion has been discussed by a few limited number of prominent experts on Swedish law. Much like the District Court and the Court of Appeal, these experts have different opinions on the matter, and are not in agreement on which conclusions should be drawn. The fact that the Supreme Court did not grant leave to appeal for judicial review is thus regrettable.

The concept of good practice is directly connected to a general moral perception. The process of establishing what is or what is not good practice is not defined under Swedish statutory law. The question of is therefore assessed on the basis of case law. Because of the specific character of the cases, the court is required to make an assessment based on '*common sense*'. This means that the individuals representing the court expresses personal values and moral perceptions in the interpretation of the law. This is contrary to the requirement of the courts' objectivity. The representatives of the court's personal values is not necessarily in line with values of the general public, which raises the question of who should be entitled to decide what is morally wrong and contrary good practice. During the thesis arose the question of why

the woman in the light of her free abortion is not granted the right of a judicial review regarding a decision she has taken herself- namely the decision to enter into an agreement.

Sammanfattning

Avtalsfrihet och rätt till domstolsprövning inskränks i svensk rätt genom principen om *pactum turpe*. Det innebär att avtal som strider mot lag eller goda seder inte anses förtjäna rättsordningens skydd. Avtalsrättsliga ogiltighetsregler syftar många gånger till att skydda den svagare parten i avtalsrelationen, medan *pactum turpe* civilprocessrättsligt syftar till att skydda samhällets moraluppfattning.

I rättsfallet RH 2004:41 behandlas frågan om huruvida ett avtal om abort kan upptas till rättslig prövning eller ej. Hovrätten kom fram till att avtalet strider mot moraluppfattningar i svensk rätt och avvisade talan. Problematiken som framställs i rättsfallet avseende förhållandet mellan avtalsfrihet, behovet att skydda köpslående med kroppsdelar och kvinnans fria val att genomgå abort har diskuterats sparsamt inom doktrin. Liksom tingsrätten och hovrätten företräd olika åsikter och slutsatser i litteraturen. Detta visar ännu tydligare hur önskvärt ett prövningstillstånd av Högsta domstolen i det aktuella fallet hade varit.

Begreppet ”goda seder” är tätt sammanflätat med den allmänna moraluppfattningen, och det är inte uttryckligen reglerat hur begreppet ska tolkas rättsligt. Frågan blir därför bedömd utifrån praxis, som i sin tur bygger på omständigheter i de enskilda fallen. Bedömningen kan således sägas baseras på ett slags sunt förnuft, vilket innebär att de som representerar rätten således ger uttryck för sina personliga värderingar och moraluppfattningar. Detta kan sättas i kontrast med kravet på domarens objektivitet som anses gälla. De personliga värderingar som rättens representanter företräder sammanfaller inte nödvändigtvis med allmänhetens, vilket väcker frågan om vem som har rätt att avgöra vad som är moraliskt rätt och fel. Under uppsatsens gång uppstod även frågan varför kvinnan, i ljuset av den fria aborten, inte tillerkänns rätten till domstolsprövning av ett beslut hon tagit helt själv - nämligen beslutet att ingå ett avtal.

Förkortningar

AbortL	Abortlag (1974:595)
Art.	Artikel
AvtL	Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
BrB	Brottsbalk (1962:00)
EKMR	Lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
EU-stadgan	Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna
FB	Föräldrabalk (1949:381)
HD	Högsta domstolen
JB	Jordabalk (1970:994)
NJA	Nytt juridiskt arkiv
Prop.	Proposition
RB	Rättegångsbalk (1942:740)
RF	Regeringsform (1974:152)
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk juristtidning

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Följande framställning tar utgångspunkt i ett rättsfall avseende en tvist gällande ett avtal om abort.¹ En man hade erbjudit en kvinna 25 miljoner kronor i ersättning om hon aborterade de tvillingfoster hon var gravid med. Mannen var gift med en annan kvinna och hade två barn. Han led dessutom av en ärftlig sjukdom vilken han inte önskade föra vidare till ytterligare två barn. Ett avtal upprättades och kvinnan utförde aborten utan att erhålla den avtalade ersättningen. Kvinnan stämde mannen i Stockholms tingsrätt och ville att domstolen skulle förpliktiga mannen att utge till henne den avtalade ersättningen. Mannen invände att avtalet var av en sådan karaktär att det inte kunde prövas av domstol eftersom avtalet stred mot goda seder. Tingsrätten hade därmed att avgöra om avtalet som sådant kunde prövas men att talan skulle ogillas på grund av avtalsogiltighet, eller om talan skulle avvisas på grunden att tvisten inte var reell och seriös samt att tvisten var av karaktär *pactum turpe*. Tingsrätten fann att talan skulle tas upp till prövning då det inte var helt *uppenbart* att avtalet stred mot goda seder. Mannen överklagade till Svea hovrätt varpå kvinnan anförde att en avvisning av talan skulle strida mot hennes rätt till rättvis prövning enligt art. 6 EKMR. Hovrätten konstaterade att ett avtal om abort förvisso inte är lagstridigt, men att det är en fråga om moralnormer och goda seder. Genom att se till abortlagstiftningens syften konstaterade domstolen att abort är ett val som tillfaller kvinnan ensam. Hon ställs inför en svår beslutssituation där hon personligen måste ta ställning till intresse motsättningarna och det vore oetiskt att låta ekonomiska faktorer påverka hennes beslut. Hovrätten jämförde avtalet med uttryckliga förbudsregler mot ekonomisk kompensation för bland annat organdonation och adoption. Hovrätten ville inte medverka till att de överväganden som bör föregås av medicinska och etiska perspektiv istället påverkas av ekonomiska

¹ RH 2004:41.

incitament, eftersom det skulle strida mot de grundläggande etiska värden som genomsyrar svensk rätt. Talan avvisades med hänvisning till att avtalet var av otillbörlig karaktär samt att avtalet var ogiltigt och därmed saknade rättsverkan då det stred mot goda seder. Fallet överklagades till Högsta domstolen men blev inte beviljat prövningstillstånd.

1.2 Syfte

Syftet med uppsatsen är att utreda vilka omständigheter som enligt svensk rätt kan medföra att ett avtal anses stå i strid med goda seder och därför inte anses förtjäna rättsordningens skydd.

1.3 Frågeställningar

För att uppnå syftet med uppsatsen kommer följande frågeställningar besvaras:

- Hur definieras *goda seder* i svensk rätt?
- Hur resonerar domstolen för att komma fram till vad som är *i strid med goda seder*?
- Vad är skillnaden mellan ogiltighet på grund av *strid mot goda seder* och processhinder på grund av *pactum turpe*?
- Hur skulle de inblandade parterna och samhället påverkas om ett avtal av nämnda slag skulle erkännas rättsordningens skydd?

1.4 Avgränsningar

Uppsatsen fokuserar på att utreda problematiken i relationen mellan avtalsrätt, civilprocessrätt och moraliskt komplicerade områden i svensk rätt. Då uppsatsen utgår från ett rättsfall angående avtal om abort har framställningen begränsats till att huvudsakligen utreda de moraliska

frågeställningarna inom de rättsområden som hänvisas till i rättsfallet: *abort*, *spelskulder*, *organdonation* och *adoption*. Utöver dessa har *fosterdiagnostik* undersökts för att ställa moral och etik på sin spets. Arbetet håller sig inom svenska rättsregler, där exempel finns på både regler som har utarbetats enligt den svenska rättsordningen och regler som har införlivats i svensk rätt. Analysen har huvudsakligen avgränsats till domstolens argument i ljuset av avtalsfriheten, kvinnors självbestämmanderätt och lagreglernas syften.

Avtalsrättsligt begränsas utredningen till avtalsbundenhet och ogiltighet med fokus på osedligt innehåll samt två olika tolkningsmetoder för avtal, nämligen avtalet som löfte och avtalet som rättvisa. Civilprocessrättsligt begränsas utredningen till den del av *pactum turpe* som avser goda seder. Lagstridigheten som *pactum turpe* avser utreds därmed inte ingående.

1.5 Metod och perspektiv

För den del av arbetet som utreder innehållet i gällande rätt har en rättsdogmatisk metod använts. Detta innebär framför allt att förarbeten, rättspraxis samt viss relevant doktrin används för att tolka och utreda vad som är gällande rätt.² Den doktrin som jag har ansett vara av relevans för uppsatsen är framförallt sådan litteratur de som behandlar moralisk problematik inom rättsområdet. Den analyserande delen av arbetet är skrivet med ett rättsfilosofiskt perspektiv, rättssäkerhetsperspektiv och genusperspektiv, eftersom stora delar av uppsatsen behandlar moral och goda seder inom rättsväsendet.³

² Korling & Zamboni (2017) s. 21 ff.

³ Ibid. s. 423 ff.

1.6 Material

Det material som huvudsakligen ligger till grund för beskrivningen av gällande rätt är lagförslaget till avtalslagen från 1914⁴, propositionen för lagen fosterdiagnostik och abort⁵ och propositionen för lagen om transplantationer och obduktioner m.m.⁶. Propositionerna ger en inblick i lagarnas syften vilket underlättar tolkningen av dessa.

För att undersöka rättstillämpningen och vilken eventuell problematik som kan uppstå, har ledning sökts i praxis, utskottsbetänkanden, statliga utredningar, doktrin, artiklar och lagkommentarer. För att lyfta genusfrågor och moraldiskussioner i uppsatsen har särskilt framställningen *Avtal om abort- pactum turpe?* av Christina Ramberg använts, samt *Avtalslagens generalklausul och den rättvisebaserade kontraktsuppfattningen* av Sacharias Votinius. Den senare sätter ramarna för definitionerna av begreppen under avsnitt 3.2.1.

1.7 Forskningsläge

Avtal om abort är oreglerat i svensk rätt och är ännu ett tämligen outforskat område. Det finns inga avhandlingar inom det specifika området, men problematiken är omdiskuterad i doktrin av bland annat professor Christina Ramberg och före detta hovrättspresidenten Johan Hirschfeldt. Utöver dessa framställningar saknas forskning inom det direkt aktuella området. Ledning får sökas inom ramen för andra närliggande rättsområden som under vissa specifika omständigheter har bedömts utgöra moraliskt förkastliga handlingar.

⁴ Förslag till AvtL (1914).

⁵ Prop. 1994/95:142 Fosterdiagnostik och abort.

⁶ Prop. 1994/95:148 Transplantationer och obduktioner m.m.

1.8 Disposition

Uppsatsen undersöker systematiskt de argument som framförs i rättsfallet och även syftet bakom relevant gällande rätt. I kapitel två ges en kortfattad sammanställning av aborträttens utveckling samt abortlagens mest grundläggande regler. I kapitel tre behandlas den avtalsrättsliga aspekten i form av vad som utgör ett bindande avtal, avtalsogiltighet och intressebegränsningarna som uppstår mellan dessa två. I kapitel fyra behandlas den civilprocessrättsliga aspekten med fokus på *pactum turpe* som processhinder, i synnerhet vad som utgör goda seder i svensk rätt. I kapitel fem behandlas den moraliska och etiska aspekten med en jämförelse av liknande områden, antingen på grund av moraliska konflikter eller ett liknande rättsområde. Analysen i kapitel sex problematiserar de olika aspekterna i förhållande till varandra och hur parterna, i synnerhet kvinnan, och samhället påverkas av olika bedömningar av det aktuella avtalet.

2 Fri abort

Rätten till abort är globalt en kontroversiell debatt och Sverige är inte undantaget.⁷ I Sverige har varje kvinna en lagstadgad rätt till abort, oberoende av om hon är svensk medborgare eller ej och oavsett var hon har sin egentliga bosättning.⁸ Lagen ger uttryck för kvinnans självbestämmanderätt avseende abort, som inte får utföras utan hennes samtycke.⁹ I propositionen till lagen, som båda tillkom på 1970-talet, anges som argument för behovet av en ny lagstiftning bland annat kvinnors självmordsrisk om de tvingas föda ett barn mot sin vilja. Den då gällande lagstiftningen ansågs förlegad, och lagändringen kom till som ett led i anpassningen till den allmänna samhällsutvecklingen.¹⁰ Den då gällande lagen grundade sig på äldre straffrättsliga bestämmelser som utgick från att kvinnor som norm ville ha barn och familj. En kvinna som ofrivilligt var gravid och genomgick en abort straffades enligt den lagstiftningen med böter eller fängelse.¹¹ Graviditeter har genom åren alltid stått under samhällets kontroll i någon form, med ett första stadie i form av förbud mot abort, följt av krav på makes godkännande för abort, för att sist ersättas av en kontroll utövad av sjukvården.¹² Kvinnors fria val till abort är en relativt ny rättighet i Sverige, en rättighet som inte än idag finns överallt internationellt.

Skyddet mot kroppsliga ingrepp finns grundlagsstadgat i Sverige och människans rätt till fysisk integritet regleras i EU-stadgan.¹³ EU-stadgan belyser särskilt att inom området för medicin och biologi ska förbud råda mot att använda människokroppen som en källa för ekonomisk vinning. Samtidigt

⁷ Se till exempel när en kommittémedlem motsatte sig fri abort i prop. 1974:70 s. 48 ff.

⁸ Lagkommentar till AbortL 5 §, Karnov (2016); prop. 2006/07:124.

⁹ Lagkommentar till AbortL 1 §, Karnov (2016).

¹⁰ Lag (1938:318) om avbrytande av havandeskap; prop. 1974:70 s. 34.

¹¹ Lag (1938:318) om avbrytande av havandeskap.

¹² Atkins & Hoggett (1989) s. 83.

¹³ RF 2 kap. 6 §; EU-stadgan art. 3.

stadgas att den berörda individens fria och informerade samtycke ska respekteras enligt de villkor som föreskrivs i lag.¹⁴

Abort efter artonde veckan kräver godkännande av socialstyrelsen, ett godkännande som inte får ges om det kan antas att fostret är livsdugligt.¹⁵ Här beaktas således fostrets rätt till liv som tillförsäkras individer genom åtskilliga regleringar i svensk rätt.¹⁶ Abort måste utföras av en behörig läkare för att vara laglig, om så inte är fallet kan den som utfört aborten straffas.¹⁷ Ekonomisk ersättning som mottagits för utförande av en illegal abort förverkas om det inte är uppenbart oskäligt, vilket innebär en mer långtgående möjlighet än den allmänna regeln om förverkande i brottsbalken.¹⁸

¹⁴ EU-stadgan art. 3. punkt a och c.

¹⁵ AbortL 3 §.

¹⁶ Se till exempel RF 2 kap. 4 §; EU-stadgan art. 2; EKMR art. 2.

¹⁷ AbortL 9 §.

¹⁸ Se AbortL 11 § med lagkommentar, Karnov (2016); BrB 36 kap. 1 § 3 st.

3 Civilrättsliga avtal

3.1 Inledning

I motiven till Avtalslagen (1915:218) anförs att bestämmelserna i lagen endast ska tillämpas på rättshandlingar som faller inom förmögenhetsrättens område. Dock lämnar lagkommittén frågan om avtal som gränsar till familjerättens område öppen, men konstaterar att medkontrahentens goda tro för rättssäkerhetens skull ska tillmätas lika stor betydelse inom familjerättens område som inom renodlade förmögenhetsrättsliga avtal.¹⁹

3.2 Avtalsbundenhet

Principiellt sett krävs att parterna är överens om avtalsinnehållet för att ett civilrättsligt bindande avtal ska komma till stånd. Denna grundläggande förutsättning är genom löftesprincipen av bindande karaktär för parterna. I motiven till AvtL anförs att för det fall anbudsgivaren återkallar sitt anbud, kan denne bli ersättningskyldig för det negativa kontraktsintresset. Detta eftersom motparten har förlitat sig på anbudets giltighet.²⁰ Att ett anbud är oåterkalleligt innebär att det blivande avtalet är bindande när anbudet nått mottagaren, det uppstår då en avtalsbundenhet som riktar sig mot avtalets rättsverkningar. Avtalsrättens dispositiva karaktär kommer till uttryck genom att anbudets innehåll kommer att utgöra avtalets innehåll, förutsatt att accepten är samstämmig.²¹ Effekten av avtalsbundenheten är att en part kan kräva de avtalade prestationerna av sin motpart.²²

¹⁹ Förslag till AvtL (1914) s. 34.

²⁰ Ibid. s. 38.

²¹ Ramberg & Ramberg (2016) s. 84 ff.

²² Lagkommentar till AvtL 1 kap. 1 §, Zeteo (2016).

3.2.1 Löftet och rättvisan

Avtalet som löfte domineras av den liberala och individualistiska människosyn som uppstod under tidig modern tid, och betonar hederlighet och moral i form av att löften ska hållas. I det avseendet tas ingen hänsyn till sociala faktorer eller rättvisebetonade strukturer. Det är individens uppgift att själv ansvara för sina åtaganden och sin livssituation. Idén om avtalet som löfte uppställer en jämnstark partsrelation, där båda parter gynnas av villkoren uppställda i avtalet. Detta ger uttryck för den fria partsviljan vilken manifesteras genom avtalet ifråga. Parterna har haft möjlighet att påverka avtalsinnehållet utifrån sina respektive intressen och är då ansvariga för de prestationer och skyldigheter de åtagit sig. Med detta som utgångspunkt saknar rättsordningen grund för att påtvinga parterna andra villkor än de avtalade.²³

Enligt idén om avtal som ett rättvisebaserat verktyg har parterna en relation att ta hänsyn till för att båda parterna ska gynnas i enlighet med avtalet. Det förutsätter ömsesidig skyldighet för parterna att beakta varandras intressen vid ageranden som berör avtalet. Denna teori ger uttryck för lojalitetsprincipen och tillitsprincipen mellan parterna, och denna kommutativa rättvisa riktar sig även mot bakgrunden till avtalets innehåll. Ur denna rättvisebaserade aspekt kan rättsordningens prövning krävas för att få en för båda parter rättvis lösning av problemet i fråga.²⁴

Båda teorierna om avtalet som löfte eller rättvisa kommer delvis till uttryck i dagens svenska avtalsrätt, dock med löftesteorin i en dominerande ställning. Särskilt lyser den kommutativa rättvisan igenom i generalklausul i AvtL 36 §. Förutom flexibilitet i form av en möjlighet att undvika att avtalet får ett orimligt resultat, genom att frigöra en part helt eller delvis från de förpliktelser som annars hade gällt enligt avtalet, möjliggörs dessutom att positivt förpliktiga en part. Det innebär att en part kan åläggas en förpliktelse som inte

²³ Votinius (2005) s. 335 f.

²⁴ Ibid. s. 335 f.

tidigare fanns i avtalet. Detta kan jämföras med de övriga ogiltighetsreglerna som är av negativ karaktär, och alltså bara kan befria en part från förpliktelser. Votinius menar att generalklausulen kan ses som en lagstadgad skyldighet för parterna att tillvarata varandras intressen, en tydlig rättvisebaserad regel.²⁵

Resultaten av att tolka ett avtal utifrån löftesparadigmet eller rättviseparadigmet kan bli tämligen olika. Den löftesbaserade tolkningen utgår från det aktuella avtalsvillkoret och beaktas utan hänsyn till villkor som i övrigt upprätthåller avtalsrelationen. Särskilda regler reglerar de situationer när ett avtal får ogiltigförklaras och därmed frångå löften som avgetts av parterna. Avtal ingås av fri vilja och medför att parterna anser sig förmögna och villiga att stå för avtalsinnehållet även i framtiden. Att en domstol skulle tillåtas att ifrågasätta avtalets löften framstår då som kränkande och rättsosäkert. En rättvisebaserad avtalstolkning kräver istället att blicken lyfts från avtalet. För att uppnå ett rättvist resultat för avtalsrelationen i sin helhet måste avtalsvillkoren beaktas i förhållande till de omständigheter och sociala sammanhang som föreligger i det enskilda fallet. Ömsesidigheten kring att nytta hela tiden ska föreligga för båda parterna innebär således även att parterna låter rättsordningen bedöma avtalsvillkoren på nytt, när nya omständigheter föreligger eller för att agera till förmån för avtalsrelationen. Att rättsordningen *inte* skulle berättigas att ifrågasätta avtalet anses enligt denna teori istället som kränkande och rättsosäkert för den part som drabbas av de faktiska och verkliga effekterna av att enbart hänföra bedömningen till avtalsvillkoren.²⁶

3.2.2 Bundenhetens intressen

Avtalsbundenheten har i rättsfallet NJA 2015 s. 741 förlängts av HD. Fallet gällde ett avtalsvillkor om skadeståndsskyldighet även efter avtalets upphörande. HD menade att tolkningsdata så som avtalets systematik, villkorets samband med övriga avtalet, villkorets syfte, avtalsföremålets natur

²⁵ Votinius (2005) s. 337 ff.

²⁶ Ibid. s. 342 ff.

samt ibland parternas ställning skulle användas för att lösa frågan. HD resonerade vidare att det är rimligt att ”*utgå från att ett avtalsvillkor ska fylla en förnuftig funktion och utgöra en rimlig reglering av parternas intresse*”.²⁷ Avtalet fick därmed en kvardröjande effekt, det vill säga att avtalsvillkoren tillmättes betydelse trots att avtalet som sådant egentligen upphört att gälla.²⁸ Vad som också föreligger vid giltiga avtal är partsbundenhet och de medföljande avtalsverkningarnas subjektiva begränsning, vilket innebär en bundenhet som riktar sig mot subjekten för avtalet, det vill säga i princip alltid parterna ifråga. Att berättiga eller förpliktiga någon annan än parterna till avtalet är därmed i princip uteslutet.²⁹ Regleringen av avtalets ingående har en subjektiv utformning, vilket betyder att regleringen avser parternas avsikter eller vad de måste ha förstått och alltså inte enbart det objektiva innehållet i viljeförklaringen. Syftet med detta är att skydda grundläggande avtalsrättsliga principer som till exempel tillitsprincipen och god tro, som generellt är avgörande för att individer ska våga ingå avtal. Skyddsintresset är utmärkande för den svenska avtalsrätten. Många andra länder har lagar utan denna subjektiva utformning och klarar ändå av att skydda tillit och god tro utan att äventyra till exempel handeln. Det är här den svenska generalklausulen 36 § AvtL har sin allra viktigaste funktion, nämligen att korrigera oönskade resultat enbart grundande på ett subjektivt synsätt till att möjliggöra en bedömning på mer objektiva grunder utifrån just det specifika fallet.³⁰

3.3 Allmänna ogiltighetsregler

3.3.1 Inledning

Begreppet ogiltighet finns inte reglerat i lag. Ogiltighetsreglerna definieras bara som så att de reglerar verkningarna av vissa omständigheter som har till följd att en rättshandling inte blir gällande till sitt innehåll. När ett anbud har

²⁷ Min kursivering.

²⁸ Lagkommentar till AvtL 1 kap. 1 § p. 9, Zeteo (2016).

²⁹ Förslag till AvtL (1914) s. 120; Grönfors (1961) s. 9 ff.

³⁰ SOU 1996:40 s. 121 ff.

mötts av en accept blir avtalet inte länge en ensidig rättshandling (anbudet) utan istället två rättshandlingar då det innebär förpliktelser och motprestationer.³¹ De i början angivna ogiltighetsreglerna i AvtL riktar sig till de omständigheter vid rättshandlingens tillkomst, där viljefrihet inte fanns eller då ena parten gett uttryck för vad som inte överensstämmer med den verkliga viljan. Dessa regler innebär att fullgörelse inte krävs då det förekommit *error in motivis* eller då förutsättningarna för avtalets ingående var oriktiga.³² En redan utförd prestation ska vid ogiltighetsförklaring återbäras, men det definieras inte i lag exakt hur återbäringen ska genomföras och området är omdiskuterat.³³

3.3.2 I strid med lag eller god sed

I motiven till AvtL anfördes att en rättshandling som ur viss synpunkt är lagstridig eller till och med straffbar inte är civilrättsligt giltig. Det diskuterades i motiven huruvida en bestämmelse skulle införas som reglerar avtal som strider mot goda seder då det återfanns i viss utländsk rätt, men kommittén anförde att någon allmänrättslig regel som reglerar varje rättshandling angående något moraliskt förkastligt eller innefattar vederlag för detta, inte borde uppställas. Frågan om huruvida ett avtal innehållande omoraliska rättshandlingar skulle anses som juridiskt ogiltiga lämnades istället åt domstolarna att avgöra i det enskilda fallet.³⁴ Svikligt förledande likställdes med tvång, och kommittén anförde självklarheten i att den förledda parten är skadeståndsberättigad, oavsett om rättshandlingen blir gällande eller ej.³⁵

³¹ Förslag till AvtL (1914) s. 115 f.

³² Ibid. s. 119.

³³ Jfr. t.ex. Vahlén (1967) s. 79 ff.; prop. 1981/82:165 s. 559.

³⁴ Förslag till AvtL (1914) s. 120.

³⁵ Ibid. s. 128.

3.3.3 Inskränkningarnas intressen

Bestämmelserna som tar sikte på rättshandlingarnas innehåll utgör inskränkningar i avtalsfriheten som är en rådande allmän civilrättslig princip. Syftet är att skydda den ekonomiskt svagare parten, då erfarenhet visar på ett missbruk inom just de områdena. I vissa fall kan det anses orimligt att ett helt avtal ogiltigförklaras, och det har därmed lämnats öppet för domstolarna att delvis jämka rättshandlingarna utifrån omständigheterna i det enskilda fallet. Vilka förutsättningar som skulle föranleda jämkning har inte tagits ställning till.³⁶ Ogiltighetsgrunderna i AvtL är inte uttömmande, och i motiven sägs att om det skulle uppstå omständigheter som strider mot rättskänslan, måste det finnas möjlighet att bedöma giltigheten utifrån omständigheterna i det enskilda fallet. Det förutsätts dock att rättshandlingen dels tillkommit under omständigheter som strider mot tro och heder att göra handlingen gällande, när man har vetskap om dessa omständigheter, dels att sådan vetskap måste antas ha funnits hos den mot vilken rättshandlingen företogs. Första kriteriet bedöms rent objektivt och det andra kriteriet är en ren bevisfråga. Vidare anförs att begreppet tro och heder är ett alltför svävande begrepp för att lämpligen utgöra grund till lagstiftning. Bedömningen ifråga ställer dock inte högre krav på domaren än andra frågor denne tar ställning till, och det anses därför inte äventyra rättssäkerheten.³⁷

³⁶ Förslag till AvtL (1914) s. 121.

³⁷ Ibid. s. 133 f.

4 Civilprocessrätt

4.1 Pactum turpe

För att domstolen ska pröva ett anspråk krävs att tvisten är av seriös och reell karaktär.³⁸ HD har genom praxis fastställt att bestämmelsen som tillåter ett avvisande på grund av en oseriös och icke-reell tvist ska tillämpas restriktivt.³⁹ Rätten till en rättvis domstolsprövning inskränks av reglerna om *pactum turpe*.⁴⁰ Överenskommelsen som är föremål för prövning ska vara omoralisk, anstötlig, skamlig eller otillbörlig för att inte kunna prövas. För att kunna avvisa talan med hänvisning till *pactum turpe* måste karaktären uppenbart framgå av parternas yrkanden eller utredningen i målet. Vidare måste det utredas vilka rättsverkningar som bör följa av det omoraliska, anstötliga, skamliga eller otillbörliga. Ett avtals ogiltighet innebär inte per automatik att avtalsvillkoren blir utan rättsverkningar, endast om det står *klart* att överenskommelsen är ogiltig och saknar rättsverkan kan talan avvisas. Bedömningen måste således göras utifrån varje enskilt fall. Domstolen kan således komma fram till att avtalet är ogiltigt, men att en rättsverkan ändå kan ligga för handen, och då är inte en avvisning aktuell.⁴¹ HD har genom praxis fastslagit ”[a]tt ett avtal är ogiltigt innebär inte med nödvändighet att det saknar rättsverkan. Regelmässigt gäller att avtalets efterföljd inte kan framtvingas på rättslig väg. Om emellertid prestation har skett i enlighet med avtal, som strider mot lag eller goda seder, saknar den presterande i vissa fall laglig rätt att kräva tillbaka det han utgivit, medan i andra fall en uppgörelse mellan parterna kan tillåtas ske, vilken också kan prövas i domstol”.⁴²

³⁸ RB 42 kap. 5 §.

³⁹ NJA 1998 s. 278.

⁴⁰ EKMR art. 6.

⁴¹ Westberg (2005) s. 271 f.

⁴² NJA 1997 s. 93, HD:s domskäl ref. s. 96.

Peter Westberg ställer sig kritisk till ett annat rättsfall kallat ”svarta pengar”.⁴³ Malmö tingsrätt anförde som domskäl: *“Enligt allmänna principer kan man inte lägga sina egna olagliga handlingar som grund för rättsliga krav mot en annan person. Detta är ett uttryck för att rättsordningen inte står till förfogande för att framtvunga förpliktelser som är oacceptabla från samhällets synpunkt. [Kärandens] krav mot [svaranden] rör s.k. svarta pengar och härrör från hennes olagliga handlingar. En domstol bör enligt tingsrättens uppfattning inte ta befattning med krav som rör svarta pengar. Ett annat synsätt skulle kunna medföra risk för att rättsväsendet kom att användas som instrument för s.k. penningtvätt.”*⁴⁴ Westbergs kritik pekar på att överenskommelsen mellan paret ifråga reglerade i sig inte något olagligt, utan domstolen tog ställning till pengarnas härkomst. Kärnan i pactum turpe är att karaktären av parternas överenskommelse, alltså innehållet i denna, ska utgöra det omoraliska. Hovrätten argumenterade kring ett kvalificerat sambandrekvisit mellan det omoraliska förfarandet och själva överenskommelsen och konstaterade att det ska föreligga en hög grad av omedelbart samband. Svaranden skulle göra en obehörig vinst på kärandens bekostnad om talan avvisades.⁴⁵

4.2 Goda seder

Goda seder är ett begrepp knutet till tid och samhälle, vilket ger en vag juridisk definition av pactum turpe. Förenklat handlar det om avtal som är klart oförenliga med eller hotar att underminera fundamentala värden som rättsordningen bygger på.⁴⁶ Rättsordningen vill inte befatta sig med det orena som utgör ett avtal i strid mot goda seder, och Torbjörn Ingvarsson gör närmast en liknelse till Titusbrevet i bibeln 1:15: *”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”*.⁴⁷ Ohederligheten ska vara så uppseendeväckande att

⁴³ Mål Ö 1496–99.

⁴⁴ Mål T 11813–98.

⁴⁵ Westberg (2009) s. 277 ff.

⁴⁶ Ibid. s. 272.

⁴⁷ Ingvarsson (2011) s. 1020.

det inte råder någon tvekan om avtalets karaktär och därmed berättigas ett förkastande av rättsordningen. Ett upptagande av tvisten ska således inte inledas med en utredning om huruvida saken borde förkastas, tvisten torde då inte vara av en tillräckligt tydlig otillbörlig karaktär.⁴⁸

HD återförvisade ett rättsfall till hovrätten, då hovrätten hade avvisat målet med hänvisning till att avtalet var av otillbörlig karaktär. HD menade att avtalet i fråga hade tillkommit i ett annat syfte, vilket då inte nödvändigtvis uppfyller uppenbarhetsrekvisitet och sambandsrekvisitet som otillbörligheten uppställer. Saken skulle alltså prövas.⁴⁹ Torbjörn Ingvarsson framhåller, förutom att begreppet är föränderligt, att frågan om *vems* goda seder man utgår ifrån kvarstår.⁵⁰ Ingvarsson framhåller vidare att vad som uppfattas som goda seder har sin grund i befolkningens värderingar, men att grunda rättstillämpning på tillfälliga opinioner är olämpligt. Läran om avtal i strid med goda seder kan betraktas på det sättet att domstolen får en möjlighet att jämka avtalet till rättsföljder som anses rimliga i det specifika fallet, ett verktyg för domstolen att komma tillrätta med svårförutsebara problemställningar som kan uppkomma genom andra erkända rättsregler.⁵¹ Ingvarsson riktar i sin utredning kritik mot begreppet och rättsläget, då praxis enbart visar på vissa specifika fall som innebar avtal i strid med goda seder och inte heller på ett särskilt framgångsrikt sätt. Ingenstans behandlas uttrycket goda seder i den svenska rättsordningen. I de fall då HD förklarat ett avtal i strid med goda seder hade handlingen i fråga kunnat behandlas i enlighet med jämningsregler eller andra ogiltighetsregler, vilket leder till Ingvarssons slutsats att rättsutvecklingen har gjort läran om avtal i strid mot goda seder överflödigt. Problem av denna karaktär kan lösas på enklare vis.⁵²

⁴⁸ Westberg (2005) s. 271 ff.

⁴⁹ NJA 1992 s. 299.

⁵⁰ Ingvarsson (2004) s. 756. Min kursivering.

⁵¹ Ibid. s. 757.

⁵² Ibid. s. 758.

5 Moral och värderingar

5.1 Rättsväsendet

Lagutskottet framhåller att rättsväsendet ska vara fritt från den beslutande maktens personliga värderingar och åsikter. Samhället ska inte genom lagstiftning ge uttryck för värderingar när det gäller människors val av livsstil.⁵³ Johan Hirschfeldt påpekar att det är just värderingar som lagstiftning ger uttryck för och problematiserar därmed domarens uppgift som dels bunden av lagen, dels bunden att följa kraven på humanitär och upplysande rättsskipning. Under 2000-talet har rättstillämpningen övergått till en något mer rättvisebaserad tillämpning och även ökad tonvikt på överordnande allmänna rättsliga principer, till skillnad från tidiga 1900-talets strikta rättspositivistiska tillämpning. Samtidigt som utvecklingen speglar en önskan att genom rättstillämpning möta befolkningens förväntningar på rättsskipningen, så betonas domarens oavhängighet, integritet och opartiskhet men även förmåga att stärka förtroendet för rättsväsendet genom att visa humanitet, kurage och vishet. Hirschfeldt, som var delaktig i avgörandet för det rättsfall som denna uppsats utgår från, är av åsikten att beslutsfattandet i detta fall inte handlade om något pådyvlade av ledamöternas egna moraluppfattningar. Beslutsfattandet var grundat enbart på objektiva värderingar tillförsett av rättsordningen, även om det inte finns någon tillämplig lagregel som träffar den i rättsfallet specifika situationen.⁵⁴ Christina Ramberg menar att frågan om moral och goda seder är högst politisk. I dagens samhälle finns det inte heller en tydlig enighet i vad som är moraliskt rätt eller fel.⁵⁵ Domstolar ska därmed undvika att skapa egna normer om vilka avtal som inte förtjänar rättsordningens skydd. Detta ska utredas av våra folkvalda politiker och ett eventuellt förbud mot avtal om

⁵³ 1993/94:LU28.

⁵⁴ Hirschfeldt (2012) s. 136 ff.

⁵⁵ Se till exempel skiljaktiga meningar i NJA 2002 s. 322.

abort ska då lagstiftas.⁵⁶ Genom att föreställa sig en motsatt situation i fallet där mannen hade fullgjort sin prestation och kvinnan inte fullgjort sin prestation, konstaterar Ramberg att det skulle innebära att kvinnan skulle ha fått behålla förskottsbetalningen utan att behöva göra aborten. Det finns i den situationen inget giltigt avtal och därmed inget avtalsbrott. Mannen hade fått stå sitt kast med de utbetalade 25 miljonerna till kvinnan. Frågan om obehörig vinst lämnas därhän. Genom att under en period undersöka människors inställning till de båda scenarierna konstaterar Ramberg vidare att det verkade mer angeläget enligt de tillfrågade männen att återbetalning till mannen ska ske om kvinnan valde att föda barnet, medan de tillfrågade kvinnorna var av en mer blandad uppfattning. Gällande scenariot i det aktuella rättsfallet uppskattade Ramberg åsikterna till ungefär 50/50 % avseende om kvinnan borde ha fått ersättningen enligt avtalet, utan någon specifik könsfördelning.⁵⁷ Jag vill här understryka att det inte var en vetenskaplig undersökning utan snarare observationer under diskussioner som Ramberg gjorde.

Innan nuvarande rättegångsbalk gjordes ingen större åtskillnad mellan ogillande och avvisning i domstolen, vilket gjorde frågan om osedlighetens karaktär som avtalsrättslig eller processrättslig tämligen obefintlig. Idag finns uppfattningen kvar att avtal som strider mot goda seder kan avvisas, trots att någon sådan regel inte uppställs i rättegångsbalken. Det får regeln att framstå som mer traditionsenlig än legal.⁵⁸ Gemensamt är att inskränkningarna i avtalsfriheten grundar sig i starka moraliska värden. Motsatta påföljdsargumentet anfördes som så att istället för att ogiltighet sanktioneras, så får avtalet bindande verkan som sanktion. Detta kan inte anses förenligt med viljeförklaringsmodellen.⁵⁹ Val utifrån värderingar grundat i personliga önskemål, så kallat kontingenta preferenser, innebär att den moraliska halten är *ceteris paribus* obefintlig. Domstolsavgöranden ska vara precis det motsatta.⁶⁰

⁵⁶ Ramberg (2005) s. 312 f.

⁵⁷ Ibid. s. 312 f.

⁵⁸ Ingvarsson (2011) s. 1025.

⁵⁹ Arvidsson & Samuelsson (2007) s. 12 f.

⁶⁰ Ibid. s. 32.

5.2 Liknande gränsområden

5.2.1 Fosterdiagnostik och abort

Samhället har utvecklats till att erbjuda individer fler valmöjligheter att styra sitt liv och sin framtid, det är abortlagstiftningen ett tydligt exempel på. Vad som uppstår i samband med samhällets utveckling är de moraliska och etiska aspekterna av den aktuella utvecklingen. Möjligheter vi idag ser som självklara har historiskt varit kontroversiella och stundvis ansetts orimliga, till exempel den kvinnliga rösträtten världen över. Argumenten mot kvinnlig rösträtt var både pragmatiska, till exempel att riksdagen skulle behöva byggas om för att de kvinnliga ledamöternas stora kjolar skulle få plats, och moraliska, till exempel att kvinnor inte kan åsidosätta sina känslor vilket skulle försumma rikets säkerhet.⁶¹

Fosterdiagnostik och abort är ett särpräglad område som ställer utveckling samt moral och etik på sin spets. När frågan utreddes av staten var fosterdiagnostiken kontroversiell, men ses idag i allmänhet som ett medicinskt accepterat ingrepp. Kritiken som förelåg i utredningen riktade sig mot att det var oetiskt då *”fosterdiagnostik kan komma att utgöra en kvalitetsbedömning och alltså medverka till ett slags utgallring av inte önskade individer”*.⁶² I inledningen till propositionen betonas kvinnans självständiga beslut.⁶³ Fosterdiagnostik används för att genom tester av fostervattnet upptäcka sjukdom eller utvecklingsstörning som till exempel kromosomavvikelse hos fostret. För det fall kromosomavvikelse skulle förekomma kan kvinnan välja att avbryta graviditeten genom abort. Det aktualiserar grundläggande existentiella frågor om människovärde och rätten till liv. Diagnostiken sker precis som vilken medicinsk diagnostik som helst,

⁶¹ En historisk debatt i sin helhet, se till exempel om suffragetterna i Storbritannien och artikel <http://www.folklore.se/Content/2149/folklore030.pdf>, hämtad 11 maj 2018.

⁶² SOU 1989:51 s. 41. Min kursivering.

⁶³ Prop. 1994/95:142 s. 1.

det görs alltså ingen skillnad i lag när diagnostiken rör ett foster eller en vanlig kroppsdel till kvinnan. Här får hon samråda med läkaren.⁶⁴ Intressekonflikter och olika värderingar kan uppstå när ett blivande föräldrapar eller en blivande mamma ska ta ställning till frågan, och avvägningar med för- och nackdelar kommer med största säkerhet att genomgå. Här omfattas till exempel allmänt accepterade etiska principer som hänsyn till den personliga integriteten och självbestämmanderätten, samt principen att inte skapa lidande och åstadkomma gott. Självbestämmanderätten innebär varje individs rätt att själv bestämma över händelser i sitt liv, så länge det inte går ut över andras självbestämmande, välfärd eller annat relevant intresse. De etiska frågorna som kolliderar i frågan om fosterdiagnostik och abort är kvinnans, sekundärt blivande föräldrarnas, intressen och fostrets intresse. Vad som aktualiseras vid utredning av kvinnans intressen är frågor som hur familjesituationen kommer se ut om kvinnan föder barnet, de blivande föräldrarnas relation, hänsyn till andra barn i familjen, arbetslivet och det sociala livet i övrigt. Detta vägs sedan mot möjligheten för kvinnan och mannen att ta hand om ett handikappat barn, hur stora chanser barnet har till att leva ett fullgott liv utan lidande och vilka resurser det allmänna erbjuder för att uppfylla barnets behov. Ur fostrets perspektiv innebär en abort att denne förvägras rätten till liv på grund av sin missbildning. Frågan är om barnet skulle lida mer av att faktiskt leva.⁶⁵ Trots intressekonflikterna ges kvinnans självbestämmanderätt en övervägande betydelse när frågan väl ställs på sin spets, och fostrets intressen får ge vika.⁶⁶ Trots argumenten som talar för det oetiska är fosterdiagnostik med efterföljande abort tillåtet, och det är helt och hållet kvinnans val.

5.2.2 Organdonation

I det rättsfall som denna uppsats utgår från hänvisas till lagstiftning som berör kroppsliga ingrepp samt familjerätt. Angående kroppsliga ingrepp är

⁶⁴ Prop. 1994/95:142 s. 8.

⁶⁵ Ibid. s. 12 ff.

⁶⁶ Ibid. s. 15.

organ donation den mest framträdande, och i propositionen pålyses frågan om transplantation av vävnader från aborterade foster. Vävnad från aborterade foster får användas endast för medicinska ändamål och om det finns särskilda skäl. För att vävnad skall få tas tillvara fordras att den kvinna som burit fostret samtycker till detta. Dessutom krävs tillstånd från Socialstyrelsen.

De medicinskt etiska frågorna behandlas i förhållande till en avliden donator och en levande donator. Vad som är av vikt i den aktuella propositionen är kravet på att människor själva ska få ta ställning till frågor gällande deras egen kropp. Det belyses att Världsläkarsamfundet genom Helsingforsdeklarationen från 1960-talet har gett självbestämmanderätten en allt starkare ställning inom de etiska riktlinjerna för medicinsk forskning.⁶⁷ Kvinnans samtycke framställs som avgörande för medicinsk användning av vävnader från det aborterade fostret, mannens uppfattning i frågan får ge vika. Det anses vara en naturlig följd av kvinnans självbestämmanderätt gällande abortfrågan från första början. Hennes bakomliggande grunder för abortbeslutet kan vara avgörande för donation eller ej efter aborten.⁶⁸ Att befatta sig med ett aborterat foster för andra ändamål än medicinska är straffbart, och här omfattas kommersiell hantering av fostret, om motsvarande hantering gällande biologiskt material är straffbart från en människa.⁶⁹ Den som med vinningssyfte tar, lämnar, tar emot eller förmedlar biologiskt material från en människa eller vävnad från ett foster kan alltså dömas till böter eller fängelse.⁷⁰ Förhållandet att organ eller vävnader tillmäts ett ekonomiskt värde på grund av att tillgången inte motsvarar efterfrågan rättfärdigar inte köp eller försäljning.⁷¹ Kommersiell hantering av organ skulle riskera individers hälsa till förmån för ekonomisk vinning och skyddsintresset är här individer i ekonomisk nöd, internationellt innebär det främst individer från tredje världen.⁷² Varför till exempel en njurdonation mot

⁶⁷ Prop. 1994/95:148 s. 21.

⁶⁸ Ibid. s. 45.

⁶⁹ Ibid. s. 46.

⁷⁰ Prop. 1994/95:148, s. 51; Lag (1995:831) om transplantation m.m. 14–15 §§; Lag (2006:351) om genetisk integritet m.m. 8 kap. 6 §.

⁷¹ Prop. 1994/95:148 s. 52.

⁷² SOU 1989:98 s. 24.

ekonomisk ersättning och inte blodtransfusion eller hårtransplantation anses oetiskt är förutom vinningssyftet även bland annat att blod och hår är material som återbildas, det gör inte en njure. En donator låter sig då tillfogas en bestående skada. Civilrättsliga regler om köp och försäljning av lös egendom kan under alla omständigheter endast med betydande modifikationer tillämpas på överlåtelse av sådant biologiskt material som fortfarande är en del av överlåtarens kropp. Det innebär till exempel att förbudet mot påtvingande kroppsliga ingrepp förhindrar att sådant material tas från någon som efter försäljning inte frivilligt vill avstå från det.⁷³ Vad som anses acceptabelt är då donatorn vill donera enbart för den osjälviska önskan att hjälpa en medmänniska. Denna typ av uppoffring anses typiskt sett föreligga när donatorn och den behövande ifråga är besläktade eller av annan grund står varandra känslomässigt nära. Risken att donation sker med ekonomisk motivering anses då inte vara stor.⁷⁴

5.2.3 Adoption

En ansökan om adoption får inte bifallas av rätten om det mellan parterna har utgetts ekonomisk ersättning eller avtalats om bidrag till barnets underhåll. Skulle rätten vara ovetandes om ersättningen och ansökan bifalles, så är avtalet utan giltig verkan.⁷⁵ Bidrag till barnets underhåll kan dock vara acceptabelt men det förutsätter att den ekonomiska ersättningen disponeras av socialförvaltningen för att undgå ersättning för vinnings skull. Ett avtal om ekonomisk ersättning ska ha upprättats i sammanslutning till överenskommelsen om adoption. Ett avtal som ingåtts mellan parterna *efter* adoptionen har således en förmodad civilrättslig giltighet enligt vanliga förmögenhetsregler.⁷⁶

⁷³ SOU 1989:98 s. 256.

⁷⁴ Ibid. s. 260.

⁷⁵ FB 4 kap. 6 §.

⁷⁶ Lagkommentar till FB 4 kap. 6 §, Zeteo (2017).

5.2.4 Spelskulder

Spel har i äldre svensk rätt betraktats som ett syndigt och onyttigt tidsfördriv, och frågan om spelskulder präglas ännu idag av detta synsätt.⁷⁷ I dagens BrB 16 kap. återfinns straffregler för relevanta spelförbud som till exempel dobbleri.⁷⁸ Civilrättsligt finns det ingen lagstadgad regel som ogiltigförklarar en spelskuld. HD har uttalat regeln indirekt; ”*Det är sedan gammalt erkänt att spelskulder inte kan drivas in på rättslig väg. Den som har vunnit i spel har nämligen inte ansetts förtjänt av rättsordningens stöd för att tvinga förloraren att infria den skuld han ådragit sig genom spelet*”.⁷⁹ Regeln togs för given av domstolen, och några andra motiv än att regeln sedan gammalt är vedertagen angavs inte.⁸⁰ Vadslagning anses falla inom samma kategori, och här har värdepappershandlingar ibland hamnat i kläm på så vis att det kan vara svårt att göra skillnad på de två olika skulderna.⁸¹ Det har ansetts fördelaktigt att lämna området relativt öppet för domstolen att fritt kunna göra en distinktion mellan moraliskt tvivelaktig vadslagning och kommersiellt betingade avtal om risktagande. Torbjörn Ingvarsson ställer sig kritisk till uttalandet och menar att själva problemet ligger i att definiera vad som är just *moraliskt tvivelaktigt*. Det krävs enligt hans mening en annan skiljelinje än den moraliska halten för att avgöra om en skuld utgör vadslagning eller handel med finansiellt instrument. Ingvarsson konstaterar att vid en granskning av skälen till varför spelskulder inte ska tillerkännas rättsligt skydd, så återkommer ofta argumentet att ett rättsskydd för spelskulder inte tjänar något samhällligt nyttigt syfte. Denna bemärkning kan dock leda till att viss handel med finansiella instrument skulle komma att fränkännas rättsskydd. De båda typerna genererar i regel vinst för den berörda personen, sällan tjänar handel med finansiella instrument samhället i stort. Frågan

⁷⁷ Ingvarsson (2004) s. 740.

⁷⁸ Med dobbleri menas olovligt anordnande av äventyrligt spel om pengar för allmänheten.

⁷⁹ Min kursivering. NJA 1989 s. 768, HD:s domskäl, ref. s. 772.

⁸⁰ Ingvarsson (2004) s. 743.

⁸¹ Se t.ex. RÅ 1990 ref. 32 s. 118.

framstår således som fortsatt osäker.⁸² Ingvarssons slutsats är att praxis är för inkonsekvent i frågan, och att frågan bör regleras som avtal i strid mot lag.⁸³

⁸² Ingvarsson (2004) s. 742 f.

⁸³ Ibid. s. 758.

6 Analys

Av ovanstående utredning följer enligt hovrättens referat att en tvist gällande avtal om abort anses så ohederlig att talan inte ska tas upp till prövning. Meningarna är dock delade vilket påvisas genom domstolarnas motsättningar samt diskussionen som förs i doktrin. Det finns inget i den svenska rätten som specifikt reglerar skiljelinjen mellan ett civilrättsligt ogiltigt avtal och ett processhinder i form av *pactum turpe*. Detta beror på att bedömningen avseende *pactum turpe* görs utifrån avtalsinnehållet, det vill säga att det företas en materiell bedömning som egentligen inte ska företas vid prövning för talans upptagande. Detta stärker Rambergs argument för prejudikatbehovet och hennes kritik mot HD som inte beviljade prövningstillstånd i rättsfallet.

Skyddet för den svagare parten är en vedertagen allmän regel i den svenska rätten. Avtalslagens ogiltighetsregler är ett tydligt exempel på detta och generalklausulen 36 § likaså. Syftet med generalklausulen är att kunna jämka de situationer som i enlighet med *pacta sunt servanda* skulle leda till orimliga eller oönskade konsekvenser i det enskilda fallet. Oönskade förhållanden i samhället är till exempel då en ekonomiskt svagare part börjar köpslå med kroppsliga ingrepp för att göra en ekonomisk vinning. Dyliga situationer har reglerats med förbud mot ersättning inom de mest relevanta områdena som organdonation, adoption och illegal abort. Avtal gällande ovanstående är således lagstridiga enligt lagar stiftade av folkvalda representanter. Domaren ska lämna sina personliga värderingar hemma, men ingenstans uttrycks i lag eller praxis vad som är omoraliskt eller i strid med goda seder. Det blir således helt och hållet en bedömning utifrån domarens värderingar. Detta är inte helt önskvärt ur ett rättssäkerhetsperspektiv.

Hovrätten bedömde avtalet genom att bland annat jämföra med dessa lagstridiga handlingar. Enligt min uppfattning måste bedömning av en moralisk fråga jämföras med en genom praxis fastslagen omoralisk handling.

En jämförelse med förbud enligt lag ger inte en likvärdig bedömning. Förbuden mot ekonomisk vinning för organdonation, adoption och illegal abort innebär ett skydd för den ekonomiskt svagare parten att utnyttjas av en ekonomiskt starkare part. Det skulle med tiden förmodligen bidra till ett avsevärt tydligare klassamhälle inom vård och hälsa. I det aktuella rättsfallet valde hovrätten att inte tillerkänna kvinnan den utlovade ersättningen, trots att hon aborterat sina tvillingfoster. Det leder mig till tanken att kvinnan i det läget är den svagare parten i avtalsrelationen och utifrån det ovan anförda är det ur ett långsiktigt perspektiv önskvärt att förhindra en samhällsutveckling som i det aktuella fallet. Frågan är hur det står i relation till avtalslagens syften. Kvinnan torde vara den skyddsvärda parten i tvisten då hon fullgjort en högst allvarlig men laglig prestation samt att det är just kvinnan som i en sådan samhällsutveckling skulle drabbas av 'kroppsligt köpsläende'.

Vad gäller hovrättens argument att en ekonomisk faktor inte ska påverka en kvinnas val vid abort, ställer jag mig frågande till varför. Samhället är idag pragmatiskt utvecklat genom livsval individer har möjlighet att göra. Val som påverkar individen och samhället ekonomiskt. Rätten till abort är ett exempel på ett sådant val. Det ger individer som inte har de bästa förutsättningarna möjlighet att fortsätta bygga en stabil framtid, till exempel fortsätta att arbeta, vilket inte bara gynnar individen ekonomiskt utan även samhällets sysselsättningsgrad, BNP, tillväxt osv. En abort är en avvägningsfråga kring vad en kvinna kan tänkas klara av med ett barn i sitt liv utifrån bland annat ekonomiska faktorer. För det fall hon väljer att utföra abort på den grund att hon inte har råd med ett barn i sin livssituation, så är denna typ av abort lika tillåten som vilken annan som helst. Att rättsordningen väljer att särskilja på val påverkat av ekonomiska faktorer av det slaget som dagligen företas i samhället och den i fallet aktuella ekonomiska faktorn i form av avtalet, ter sig från den aspekten som godtyckligt. Detsamma gäller då en abort företas då fosterdiagnostik har visat på en avvikelse hos fostret. I det fallet är den ekonomiska aspekten förmodligen fortfarande närvarande, men här tillkommer även frågan om barnets och föräldrarnas välbefinnande i framtiden vilket kan framstå som mer moraliskt berättigande än enbart en

ekonomisk faktor. Det går dock inte att undvika den moraliska och etiska tveksamheten i att abortera ett foster enbart på grund av att fostret inte lever upp till normerna. Det är enligt min mening mer moraliskt förkastligt än ett avtal om abort och ersättning för detta. I ljuset av samhällets utvecklande diskussioner om allas lika värde som en av våra mest grundläggande värderingar, ter sig då den här typ av moderna anpassning efter sitt liv rätt så paradoxal. Att en abort som är laglig tillsammans med ett civilrättsligt avtal utgör något omoraliskt, kan då ifrågasättas. En kvinna är lika kapabel till att besluta om hon vill göra abort för att fostret har en avvikelse eller för att hon ersätts för det. Båda besluten är av pragmatisk karaktär.

Vad som är önskvärt att förhindra är *dels* situationer då kvinnan känner sig pressad att utföra abort mot sin vilja med hänvisning till hennes självbestämmanderätt över sin kropp. Den situationen är sannolikt inte unik för fall när det föreligger en ekonomisk påtryckningsfaktor. Med det sagt så finns det ingenting i det aktuella fallet som tyder på att aborten utfördes enbart på grund av den utlovade ersättningen. Hon kanske hade gjort abort ändå. Det leder till frågan om ersättningen verkligen var nödvändig, och det menar jag borde vara upp till varje enskild individ att besluta om genom att upprätta avtal. Genom att en man erbjuder en kvinna ersättning för abort innebär det även en ersättning för hennes situation, på det sätt att hon bär barnet och drabbas fysiskt och psykiskt av graviditeten. Det torde inte tillhöra ovanligheterna att en kvinna lider av situationen. Att bli erbjuden kompensation av den part som medverkat till situationen kan det ur det perspektivet snarare ses som det moraliskt rätta att göra. Mannen ifråga kan egentligen inte bidra med så mycket mer, förutom stöd. Förvägrandet att sedan utge kompensationen utgör ur det perspektivet som omoraliskt eftersom avtalet som löfte har brutits. *Dels* är det inte önskvärt att män genom praxis ska få rätt att ”köpa sig loss” det ansvar som kommer med graviditet och barn. Vid en normalisering av det konceptet hade en oroväckande maktfördelning och ojämställdhet utvecklats i samhället. Män hade kunnat utnyttja en kvinnas ekonomiska situation genom att utge en mycket låg ersättning. Likväl hade en kvinna kunnat utnyttja en man genom att bli gravid

och kräva ersättning för att utföra aborten. Det första scenariot bygger på en normalisering över längre tid, då ersättningen för kvinnans lidande på något sätt urvattnats. Det andra scenariot bygger på att en enskilda individ utnyttjar ett system vilket förekommer inom rättsområden.

Utifrån mannens perspektiv är det intressant att lyfta kvinnans självbestämmanderätt över abort. Han står helt maktlös inför beslutet trots att det påverkar hans liv väsentligt. Precis som för en kvinna kan ett barn vara förödande för en mans livssituation. Man kan då ställa sig frågan om det verkligen är så omoraliskt att han försöker påverka beslutet för abort genom att erbjuda en fördel till kvinnan i form av till exempel ekonomisk ersättning. Hon har rätt att acceptera eller avvisa. Mannen i det aktuella rättsfallet bar dessutom på en ärftlig sjukdom, vilken han inte önskade föra vidare. Ur en moralisk synpunkt skiljer det sig inte enligt mig från förhållandet mellan fosterdiagnostik och abort.

Beslutet som kvinnan måste fatta vid abort kommer att vara en avvägning av olika intressen. Hovrätten menade i domskälen att det vore helt främmande och oetiskt för rättsordningen att låta en fråga om ekonomisk ersättning inverka på beslutet. Jag menar att en ekonomisk faktor är en av intressekonflikterna från första början, och inte något som nödvändigtvis svärta ner ett beslut till ohederlighet. Kvinnan är lika kapabel att säga ja eller nej till ett erbjudande om ekonomisk ersättning, som mannen är att erbjuda ersättningen. Genom att avvisa tvisten på grund av det aktuella avtalet anser jag att domstolen förminska kvinnans självbestämmanderätt och utövar en typ av moralisk kontrollmakt över något som hon är fullt kapabel till att värdera själv vid avtalets ingående. Hon är således tillåten att genomgå en abort, men hon ska inte åtnjuta några fördelar av det.

7 Slutord

Som i vilken partskonstellation som helst så krävs det att man ser till relationen i det specifika fallet. Det vore givetvis otänkbart att rättsväsendet skulle kunna ålägga en kvinna att utföra en abort om rollerna i tvisten varit ombytta. En så pass simpel och generell regel om att avtal om abort är tillåtet kan därmed inte finnas. Däremot är tanken om den avtalsrättsliga generalklausulen som ett jämningsmedel spännande, när utgångspunkten är att skydda den svagare parten och förhindra oönskade eller orimliga resultat. Det är min personliga åsikt att kvinnan i rättsfallet blev dubbelt kränkt - hon gjorde ett kroppsligt tufft beslut som rätten förkastar. Mannen ifråga behövde inte stå några konsekvenser för situationen - varken för att det föddes ett barn, för att det inte föddes ett barn eller för att han inte utförde sin prestation, det vill säga bröt sitt löfte. När man väljer att se avtalet som ett flexibelt verktyg för att reglera relationen mellan parterna måste varje enskilt fall studeras, särskilt partsstyrkorna eftersom det är den största indikatorn till vad som är rättvist eller inte. Jag är av uppfattningen att kvinnan i detta fall var den svagare parten, och detta var inget som hovrätten tittade närmre på. Jag menar att oavsett så är den analysen viktig för att avgöra vad som är avtalsrättsligt moraliskt och etiskt rätt eller fel, vilket måste fastställas för att förklara vad som är *pactum turpe* processrättsligt.

Käll- och litteraturförteckning

Källor

Offentligt tryck

Utredningsbetänkanden

SOU 1989:51 *Den gravida kvinnan och fostret- två individer.*

SOU 1989:98 *Transplantation- etiska, medicinska och rättsliga aspekter.*

SOU 1996:40 *Elektronisk dokumenthantering.*

Propositioner

Obligationsrättskommittén 1914; *Förslag till lag om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetens område.*

Prop. 1974:70 *med förslag till abortlag, m.m.*

Prop. 1981/82:165 *med förslag till konkurrenslag.*

Prop. 1994/95:142 *Fosterdiagnostik och abort.*

Prop. 1994/95:148 *Transplantationer och obduktioner m.m.*

Prop. 2006/07:124 *Abort för utländska kvinnor och förebyggande av oönskade graviditeter.*

Utskottsbetänkanden

1993/94:LU28 *om registrerat partnerskap m.m.*

Litteratur

Arvidsson, Niklas & Samuelsson, Per; *‘Om avtals uppkomst’*, i: Flodgren, Boel m.fl. (red.), *Vänbok till Axel Adlercreutz*. Lund 2007.

Atkins, Susan & Hoggett, Brenda; *‘Women and the law’*. Oxford 1984.

Grönfors, Kurt; *‘Ställningsfullmakt och bulvanskap’*. Stockholm 1961.

Hirschfeldt, Johan; '*Värderingar, domaren och ett abortavtal*', i: Hirschfeldt, Johan m.fl. (red.), *Vänbok till Sten Heckscher*. Uppsala 2012.

Ingvarsson, Torbjörn; '*Pengar luktar inte- eller gör de det?*', SvJT 2011.

Ingvarsson, Torbjörn; '*Spel och osedliga avtal*', SvJT 2004.

Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.); *Juridisk metodlära*, upplaga 1:6. Lund 2017.

Ramberg, Christina; '*Avtal om abort- Pactum Turpe?*', i: Flodgren, Boel m.fl. (red.), *Avtalslagen- 90 år!* Upplaga 1:1. Stockholm 2005.

Ramberg, Jan & Ramberg, Christina; '*Allmän avtalsrätt*'. Upplaga 10. Stockholm 2016.

Vahlén, Lennart; '*Avtal och tolkning*'. Stockholm 1967.

Votinius, Sacharias; '*Avtalslagens generalklausul och den rättvisebaserade kontraktsuppfattningen*', i: Eliason, Marianne m.fl. (red.), *Festskrift till Rune Lavin*. Lund 2005.

Westberg, Peter; '*Ett fall och kärlek och ett om pengar- Om pactum turpe och alldeles för långa och krokiga vägar till beslut om att vägra rättsskipning*', i: Eliason, Marianne m.fl. (red.), *Festskrift till Rune Lavin*. Lund 2005.

Elektroniska källor

<http://www.folklore.se/Content/2149/folklore030.pdf>, hämtad 11 maj 2018.

Lagkommentarer

Lagkommentar till AbortL 5 §; Charlotte Lönnheim, Karnov, uppdaterad 1 juli 2016.

Lagkommentar till AbortL 1 §; Charlotte Lönnheim, Karnov, uppdaterad 1 juli 2016.

Lagkommentar till AbortL 11 §; Charlotte Lönnheim, Karnov, uppdaterad 1 juli 2016.

Lagkommentar till AvtL 1 kap. 1§; Kurt Grönfors, Rolf Dotevall, Zeteo, publicerad 2016-06-23.

Lagkommentar till AvtL 1 kap. 1§ p.9; Kurt Grönfors, Rolf Dotevall, Zeteo, publicerad 2016-06-23.

Lagkommentar till FB 4 kap. 6 §; Gösta Wallin, Anna Singer, Staffan Vängby, Zeteo, uppdaterad 2017-05-23.

Rättsfallsförteckning

Högsta domstolen

NJA 1989 s.768.

NJA 1992 s. 299.

NJA 1997 s. 93.

NJA 1998 s. 278.

NJA 2002 s. 322.

NJA 2015 s. 741.

Hovrätten

Mål Ö 1496- 99, beslut 2001-11-23.

Tingsrätten

Mål T 11813- 98, Malmö Tingsrätt 1999-10-08.

Högsta förvaltningsdomstolen (tidigare Regeringsrätten)

RÅ 1990 ref 32.