



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Viktor Engholm

Att ha rätt och att få rätt

En rekonstruktion av rättsinstitutet pactum turpe

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Kandidatuppsats på juristprogrammet
15 högskolepoäng

Handledare: Niklas Selberg

Termin: HT 2021

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Bakgrund	5
1.2 Syfte och frågeställningar	6
1.3 Metod och material	6
1.4 Avgränsningar	8
1.5 Forskningsläge	8
1.6 Disposition	9
2 PACTUM TURPE – FINNS DET REKVISIT?	10
2.1 (1) Avtalsrekvisitet	10
2.2 (2) Otillbörlighetsrekvisitet	11
2.3 (3) Tydlighetsrekvisitet	13
2.4 (4) Ogiltighetsrekvisitet	13
2.5 Rättsverkan av pactum turpe – avvisning eller ogiltighet?	14
3 PACTUM TURPE – REKONSTRUERAD TILLÄMPNING	17
3.1 Lagliga avtal – Ölvatalet	17
3.1.1 (1) Avtalsrekvisitet	17
3.1.2 (2) Otillbörlighetsrekvisitet	18
3.1.3 (3) Tydlighetsrekvisitet	20
3.1.4 (4) Ogiltighetsrekvisitet	20
3.1.5 Avvisning eller ogiltighet?	21
3.2 Halvt legalt avtal – Köp av sexuell tjänst	22
3.2.1 (1) Avtalsrekvisitet	22
3.2.2 (2) Otillbörlighetsrekvisitet	23
3.2.3 (3) Tydlighetsrekvisitet	24
3.2.4 (4) Ogiltighetsrekvisitet	24

3.2.5	Avvisning eller ogiltighet?	25
3.3	Olagliga avtal – Anställningsavtal med papperslösa	26
3.3.1	(1) Avtalsrekvisitet	27
3.3.2	(2) Otillbörlighetsrekvisitet	27
3.3.3	(3) Tydlighetsrekvisitet	28
3.3.4	(4) Ogiltighetsrekvisitet	29
3.3.5	Avvisning eller ogiltighet?	30
4	AVSLUTANDE DISKUSSION OCH SLUTSATER	31
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	34
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	38

Summary

The purpose of this thesis is to examine the legal institute *pactum turpe* and the legal effects that may follow. The purpose is fulfilled by examining case law, doctrine, and a practical application of the legal institute. At the end of the thesis there is a discussion regarding problems that can occur when applying an unregulated legal institute.

One definition of *pactum turpe* is unlawful or morally wrong agreements. Case law shows that there are four prerequisites for when a claim can be *pactum turpe*. 1. An agreement must be at hand. 2. The agreement must be undue. 3. The undueness must be obvious. 4. The undueness must render invalidity. The case law has shown it is not common for all the prerequisites to be fulfilled.

The analysis is based on three different agreements in different “parts” of the definition of *pactum turpe*. The first agreement is the so called “beer agreement”, which is a lawful agreement. The second agreement is a sex purchase agreement, which is half lawful. The third agreement is an employment agreement between a company and an undocumented immigrant. The analysis shows that the first two mentioned agreements is *pactum turpe*, but with different legal effects. The beer agreement is partially invalid, and the sex purchase agreement should be dismissed by the court. The third agreement should not be invalid nor dismissed when the court shall decide upon salary in the context of the employment agreement. Thusly it is not *pactum turpe*.

What morality is cannot be answered by general regulation. Nor is it obvious to invalidate or dismiss an agreement just because of it’s immoral nature. A regulation of *pactum turpe* should not be done without careful consideration. And although the institute is rarely applied it serves a good purpose that should not be overlooked.

Sammanfattning

Syftet med denna uppsats är att undersöka rättsinstitutet *pactum turpe* och dess rättsverkningar. Syftet uppnås genom en undersökning av praxis, doktrin samt en praktisk tillämpning av institutet. Uppsatsen avslutas med en diskussion avseende den problematik som kan uppstå vid tillämpning av ett oreglerat rättsinstitut.

En definition av *pactum turpe* är avtal som strider mot lag eller god sed. Praxis har visat att det går att urskilja rekvisit för när ett anspråk utgör *pactum turpe*. 1. Det ska finnas ett avtal. 2. Avtalet ska vara otillbörligt. 3. Otillbörligheten ska vara tydlig. 4. Otillbörligheten ska göra avtalet ogiltigt. Praxis har även visat att det är mycket ovanligt att alla rekvisit är uppfyllda.

Analysen i uppsatsen har sin utgångspunkt i tre olika avtal. Det första avtalet är det så kallade "ölavtalet" som är ett lagligt avtal. Det andra avtalet är ett avtal om köp av sexuell tjänst som är ett halvt olagligt avtal. Det tredje är ett anställningsavtal mellan en arbetsgivare och en papperslös vilket är ett helt olagligt avtal. Dessa tre avtal befinner sig i olika delar av definitionen av *pactum turpe*. Analysen visar att "ölavtalet" och avtal om köp av sexuell tjänst utgör *pactum turpe*. Rättsverkan av dessa två avtal har däremot visat sig olika. Medan ölavtalet delvis bör ogiltigförklaras ska mål avseende köp av sexuell tjänst avvisas. Däremot utgör mål avseende lön inom ramen för anställningsavtal för papperslösa inte *pactum turpe*.

Slutsatsen i uppsatsen är inte självklar. Vad som är moraliskt går inte att svara på genom allmänna regler. Inte heller är det självklart att ett omoraliskt avtal ska avvisas eller helt ogiltigförklaras. Vad som däremot kan sägas är att rättsläget inte helt är klart och att en reglering av lagstiftare inte bör göras utan eftertanke. Rättsinstitutet, även om det används sällan, har användbara funktioner som inte ska förbises endast för att praxis är skral.

Förord

”Ni kommer aldrig att vara mer engagerad i ett skolarbete och ni kommer aldrig hata ett skolarbete så mycket som när ni skriver uppsats” – Per Nilsén.

De orden har följt mig genom hela processen. Det visade sig att de stämde rätt så bra. En berg- och dalbana som slutade med den brantaste av backar.

Jag vill rikta ett stort tack till min sambo Angelica och mina nära vänner som läst, kommenterat och peppat mig genom berg-och dalbanan. Utan er hade jag suttit i ett hål med 2000 ord för mycket och ingen väg att gå än att starta om.

Jag vill även tacka min handledare Niklas Selberg för, om än korta, bra och effektiva handledningsmöten.

Denna berg-och dalbanan har varit nyttig och jag ser fram emot att sätta mig i den igen, engagerad och med hat, när det blir dags för examensarbete.

Lund den 4 januari 2022,

Viktor Engholm

Förkortningar

Avtalslagen	Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
HD	Högsta domstolen
Lönelagen	Lag (2013:644) om rätt till lön och annan ersättning för arbete utfört av en utlänning som inte har rätt att vistas i Sverige
NJA	Nytt juridiskt arkiv
Prop	Proposition

1 Inledning

1.1 Bakgrund

En liberalare syn på avtalsfrihet och föränderliga skyddsvärden, skapar fler situationer där individer vill använda sig av domstolarna för rättslig prövning. Det kan beröra tvister som kan ses bagatellartade, stötande eller olagliga. Är det rimligt att ha ett rättssystem som upprätthåller och prövar alla typer av tvister? Det är dessa situationer som denna uppsats har för avsikt att studera genom rättsinstitutet *pactum turpe*.

Pactum turpe är ett oreglerat rättsinstitut som kortfattat betyder avtal i strid med lag och god sed som vid förekomsten i domstol resulterar i avvisning av talan eller ogiltighet av avtal. Ordningen upprätthålls för att rättsordningen inte vill bidra till användningen av *pactum turpe*.¹

Eftersom lagreglering saknas och praxis är knapphändig saknas det större vägledning för vad som utgör *pactum turpe* i praktiken. Forskningen är inte enig kring vad som utgör *pactum turpe* eller vad institutet har för rättsverkan.² Rättsverkan bör vara annorlunda beroende på vilken typ av avtal som bedöms samt vilken del av definitionen som bedömningen utgår ifrån, i strid med lag eller i strid med god sed.

För att undvika en allt för generell redogörelse ämnar uppsatsen utreda särskilda avtalstyper som är aktuella i tiden. Uppsatsen avser att undersöka följande avtalstyper. Anställningsavtal med papperslösa, köp av sexuell tjänst från den prostituerades perspektiv samt det så kallade ”ölavtalet”. Detta mot bakgrund av den debatt kring migration,³ debatt kring legalisering

¹ Westberg (2006), s. 272.

² Jmf. Westberg (2006), s. 272; Svensson (2012), s. 483; Ramberg & Ramberg (2019), s. 239.

³ Se bl.a. Andersson & Götmark (2020); Tobé (2020); Europaparlamentet (2021).

av köp av sexuell tjänst⁴ samt Norrlands Gulds reklamkampanj som väckt stort intresse.⁵

Det är av intresse att utreda vad som utgör *pactum turpe* och dess rättsverkningar samt utreda om det finns skäl för lagstiftning för att skapa lättare vägledning.

1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med undersökningen är att fastställa gällande rätt avseende *pactum turpe* och dess rättsverkan. Uppsatsen använder sig av följande frågeställningar:

1. Vad är *pactum turpe* i svensk rätt?
2. Vilka avtal ska inte upprätthållas av rättsordningen?
3. På vilka sätt upprätthålls inte avtal av rättsordningen?
4. Hur förhåller sig ersättningsanspråk inom ramen för ölavtalet, avtal om sexuell tjänst samt anställningsavtal med papperslösa till rättsinstitutet *pactum turpe*?

1.3 Metod och material

Undersökningen avser att fastställa gällande rätt och använder sig därför av rättsdogmatisk metod.

Rättsdogmatisk metod analyserar de allmänt accepterade rättskällorna (lagstiftning, rättspraxis, förarbeten samt doktrin.⁶) för att tydliggöra och visa en rättsregels uppbyggnad och tillämpning. Rättsdogmatisk metod kan även användas för analys av en rättsregel för att finna svar på tillämpning i ett konkret fall.

⁴ Se bl.a. Carlsson (2017); Amnesty (u.å.); Wikland (2021).

⁵ Spendrups Bryggeri (2019); Guldägget (2021); Nilsson (2021).

⁶ Kleinman (2018), sid. 21; Jareborg (2004), s. 8.

Även rättsanalytisk metod används i syfte för att reflektera och analysera den gällande rätten från olika perspektiv. I uppsatsen används ett kritiskt perspektiv. Rättsanalysen ämnar kritiskt granska institutet och finna eventuell problematik. Jareborg anser att den rättsdogmatiska metoden kan omfatta analyserande inslag.⁷ Sandgren menar däremot att rättsanalytisk metod bör stå för sig själv.⁸ Den rättsanalytiska metoden är mer fri och möjliggör användandet av material som inte ingår i den traditionella rättskällehierarkin.⁹

För att avgöra vad som utgör *pactum turpe* används Agnafors rekvisitmodell.¹⁰ Agnafors rekonstruktion ges mer utrymme i följande avsnitt, men kort kan sägas att de olika avtal som valts ut för analys analyseras utifrån specifika rekvisit för när *pactum turpe* föreligger. Dessa rekvisit är baserade på praxis och har utvecklats med ett rättsvetenskapligt tillvägagångssätt.¹¹

De avtal som analyseras är tre exempel på avtal som 'befinner sig' i olika delar av definitionen av *pactum turpe*; 1. Ett avtal i strid mot lag. 2. Ett avtal i strid mot god sed. 3. Ett avtal som halvt strider mot lag.

Eftersom *pactum turpe* i svensk rätt är oreglerat, saknas lagstiftning och förarbeten.¹² De rättskällor som därmed kommer analyseras är rättspraxis från HD och doktrin. Den praxis som analyseras i undersökningen har hittats via doktrin samt informationsdatabaserna JUNO och InfoTorg. Den doktrin som används är rättsvetenskapliga böcker och artiklar. Urvalet av doktrin har gjorts genom hänvisningar i praxis och annan litteratur.

⁷ Jareborg (2004), s. 4.

⁸ Sandgren (2018), s. 51 ff.

⁹ Ibid, s. 51 ff.

¹⁰ Agnafors (2019), s. 962.

¹¹ Ibid, s. 962.

¹² Ibid, s. 956.

1.4 Avgränsningar

Av skäl för plats och omfattning görs avgränsning till ett urval av rättsfall och exempel. Avgränsningen avseende exemplen görs med utgångspunkt i en samtida debatt och intressen. Endast ersättningsanspråk från ena medkontrahenten berörs. Andra ogiltighetsgrunder än de som härstammar från *pactum turpe* belyses inte.

På grund av undersökningens omfattning kommer inte europa- och unionsrätt att beröras.

1.5 Forskningsläge

Forskningen kring *pactum turpe* är begränsad. Trots detta har forskare inom civilrätten belyst rättsinstitutet i flera avseenden, vanligen som kortare förklaringar av institutet. Förmodligen är anledningen att det inte tillämpas ofta i domstolarna eller orsakar mycket problematik inom civilrätten.

Agnafors har skrivit artikeln *Pactum Turpe – en rekonstruktion och ett försvar*. Agnafors menar att även om tillämpning sällan sker, har rättsinstitutet en framtid och kan användas brett, både när det kommer till att avvisa talan och ogiltigförklara avtal. Agnafors ställer även upp rekvisit för rättsinstitutet, som inte har gjorts på samma vis tidigare. Ramberg i sitt kapitel *Avtal om abort – pactum turpe?* intar en annan position till institutets användning, och menar att rättsinstitutet kan vara överflödigt.

I övrigt är forskarna eniga om grunddefinitionen av rättsinstitutet och vilka rättsfall som är väsentliga. Svensson belyser problematiken kring institutet i *Avtalsfrihet och rättvisa – en rättsfilosofisk studie*. Westberg gör en genomgång av rättsinstitutet i ljuset av avtal om äktenskap samt skattefri betalning i sitt kapitel *Ett fall om kärlek och ett om pengar – Om pactum turpe och alldeles för långa och krokiga vägar till beslut om att vägra rättskipning*.

Vidare används kortare genomgångar av *pactum turpe* i läroböcker. Dessa inkluderar Jan Rambergs och Christina Rambergs *Allmän avtalsrätt*, Axel Adlercreutz, Lars Gortons och Eva Linell-Frantz *Avtalsrätt I* samt även Peter Westbergs *Civilrättskipning I*.

Vad denna undersökning kan bidra till den redan existerande forskningen är en genomgång över den praktiska delen av *pactum turpe* och inte endast de teoretiska problemen som finns. Likt Agnafors är denna uppsats en exemplifierande rekonstruktion.

1.6 Disposition

Avsnitt två inleds med en genomgång av *pactum turpe* med hjälp av Agnafors rekonstruktion, relevant doktrin och rättsfall. I avsnitt tre analyseras de utvalda avtalen mot bakgrund av tidigare redogörelser.

I avsnitt fyra diskuteras den problematik som upptäckts vid analys av den praktiska tillämpningen av *pactum turpe* samt redovisas svar på frågeställningarna.

2 Pactum turpe – Finns det rekvisit?

Pactum turpe är ett rättsinstitut som saknar reglering i lag och som sällan förekommer i praxis och därför saknas allmänt erkända rekvisit.¹³ Det är svårt att uppställa rekvisit för när *pactum turpe* föreligger.

En utgångspunkt i diskussioner kring *pactum turpe* är att veta om hela eller endast delar av avtalet ska bedömas. *Pactum turpe* existerar som rättsinstitut för att rättsordningen inte ska hjälpa till att genomdriva eller upprätthålla vissa typer av avtal, med andra ord utgår bedömningen utifrån kärandens yrkanden.¹⁴ Precis som avtalstolkning ska anspråket tolkas i ljuset av avtalet.¹⁵

Agnafors ställer upp fyra rekvisit för när det föreligger avvisningsgrund med anledning av *pactum turpe*. (1) Krav på avtal, (2) avtalet är otillbörligt, (3) det ska uppenbart framgå av yrkande eller utredning att avtalet är otillbörligt, samt att (4) otillbörligheten ska leda till ogiltighet enligt allmänna rättsgrundsatser.¹⁶

2.1 (1) Avtalsrekvisitet

Avtalsrekvisitet avgränsar tillämpligheten av ersättning baserad på lagöverträdelse eller osedlighet. Som resultat omfattas därmed inte anspråk baserade på utomobligatoriska grunder.¹⁷ HD har behandlat *pactum turpe* i ljuset av utomobligatoriska ersättningsanspråk i ett rättsfall. I rättsfallet behandlades frågan om huruvida en person kan ha skadeståndsanspråk vid

¹³ Agnafors (2019), s. 956.

¹⁴ Adlercreutz et al (2016), s. 319.

¹⁵ Ramberg & Ramberg (2019), s. 208.

¹⁶ Agnafors (2019), s. 962.

¹⁷ Ibid, s. 963 f.

stöld av pengar som utgör utbyte av brott. HD bedömde att principen om anspråk som strider mot lag eller sed inte endast bör avse avtal, utan även utomobligatoriska anspråk. I sakfrågan ansåg HD inte att förevarande fall utgjorde *pactum turpe* även om stöldgodset influtit från brottslig verksamhet.¹⁸

Baserat på rättsfallet går det att anföra att *pactum turpe* utvidgades att även omfatta utomobligatoriska anspråk. Agnafors menar att det inte är fallet. Ett rättsinstitut är nämligen inte helt detsamma som en rättslig princip. HD använder sig av principen anspråk i strid med lag eller god sed som är bredare än det mer renodlade institutet om inomobligatoriska anspråk, *pactum turpe*.¹⁹

Ett alltför brett rättsinstitut är inte effektivt eller önskvärt då det blir svårtillämpat. Utom- och inomobligatoriska anspråk framställs på olika grunder. Samtycke är en grundpelare i inomobligatoriska förhållanden. Vid analys av *pactum turpe* bör därför en tolkning av avtalsrekvisitet göras strikt.²⁰

2.2 (2) Otillbörlighetsrekvisitet

Otillbörlighetsrekvisitet utgår från praxis av HD där de uttalade att otillbörligheten ska framgå av avtalets syfte och avtalets innehåll.²¹ Även om HD:s uttalande i NJA 1997 s. 93 att otillbörligheten ska utgå från avtalsinnehåll tillkommit senare, bör det inte stå emot det tidigare avgörandet från 1992. HD för inte en argumentation om att grunderna för avvisning ändrats, utan hänvisar endast till NJA 1992 s. 299, vilket fastställer praxis.

¹⁸ NJA 2008 s. 861.

¹⁹ Agnafors (2019), s. 964.

²⁰ Ibid, s. 964.

²¹ NJA 1992 s. 299; NJA 1997 s. 93.

Viktigt att framhålla är att begreppet god sed inom ramen för en bedömning av *pactum turpe* kan skilja sig från andra rättsområdets användning av begreppet. God sed förekommer i flera olika rättsområden, oftast inom ramen för beskrivning av en viss standard som ska upprätthållas inom en bransch. Som exempel kan lyftas god revisorssed som regleras i 19 § revisorslag (2001:883). Inom ramen för *pactum turpe* tolkas begreppet som det samhället anser stötande och moraliskt osedligt.²² Något som utgör större problematik med begreppet är att det inte finns tydliga riktlinjer kring vad moral är samt vem som bestämmer dess innehåll.²³ Visserligen korsas olika definitioner av moral då rättsordningens fundamentala värden till stor del sammanfaller med vad samhället anser rätt och gott, både sett till lagstiftning och samhällsdiskurs.²⁴ Det går inte med säkerhet att säga vad som anses vara sedligt i ett samhälle, speciellt områden som är under konstant förändring, varvid en bedömning i varje enskilt fall bör göras.²⁵

Avtal kan vara diffusa och det kan vara svårt att se vad det är i ett avtal som är otillbörligt. Agnafors menar att otillbörlighet finns i tre olika led för ett avtal.²⁶ Det första är att otillbörligheten återfinns i innehållet av ett avtal. Agnafors menar att det innehåll som kan vara otillbörligt är dels skyldigheten eller underlåtenhet att göra *x* som tillskrivs en part, dels att *x* i sig självt är otillbörligt.²⁷ Det andra ledet i avtal rör principen av att avtala om något, alldeles oavsett om innehållet är otillbörligt i sig. Exempel på dessa är avtal som inskränker den personliga integriteten och friheter. Det tredje ledet är när ett avtal som till sina skyldigheter eller prestationen i sig inte är att anse som otillbörligt, men att rättsordningen inte bör bidra till upprätthållandet, exempelvis anspråk vid pokervinster.²⁸

²² Svensson (2012), s. 484.

²³ Jmf. C. Ramberg (2005), s. 312; Westberg (2006), s. 272; Svensson (2012), s. 284.

²⁴ Agnafors (2019), s. 964.

²⁵ NJA II 1915 s. 235.

²⁶ Agnafors (2019), s. 964.

²⁷ Ibid, s. 964.

²⁸ Ibid, s. 965.

Enligt definitionen av *pactum turpe* ska otillbörligheten vara av rättslig eller osedlig karaktär. Om ett avtal uttryckligt strider mot en föreskrift bör bedömning om dess sedlighet anses överflödig.²⁹

2.3 (3) Tydlighetsrekvisitet

Av både NJA 1992 s. 299 och NJA 1997 s. 93 framgår tydlighetsrekvisitet. I dessa fall framgår det att det otillbörliga syftet eller innehållet i avtalet ska uppenbart framgå av utredningen i målet eller grunderna för målet.³⁰ Inte i något av fallen utvecklar HD vad uppenbart närmare innebär. Inte heller gör HD det i senare fall.³¹

Skulle ett avtal strida mot lag eller uttryckligt förbud enligt en föreskrift bör detta anses som uppenbart. En djupare tydlighetsbedömning bör alltså inte ske.

Däremot bör en sådan bedömning ske om ett uttryckligt förbud för avtalet inte finns. Det blir en bedömning som görs i varje enskilt fall då det borde anses svårt att ge en generell regel för när något anses uppenbart.

Bedömningen får även en processrättslig påverkan som närmare kommer diskuteras nedan.³²

2.4 (4) Ogiltighetsrekvisitet

Det sista rekvisitet som Agnafors ställer upp är att otillbörligheten i avtalet ska generera en ogiltighet enligt allmänna rättsgrundsatser.³³ Detta har framkommit som ett rekvisit när HD framförde ” [...] måste gälla, att det

²⁹ Agnafors (2019), s. 966.

³⁰ Jfr. NJA 1992 s. 299; NJA 1997 s. 93.

³¹ Jfr. NJA 2002 s. 322.

³² Se avsnitt 2.5.

³³ Agnafors (2019), s. 967.

står klart att avtalet är ogiltigt och saknar rättsverkan, därför att det strider mot lag eller goda seder.”³⁴

Det räcker alltså inte att avtalet är otillbörligt enligt rekvisit (2), utan det krävs även att otillbörligheten genererar någon typ av ogiltighet. Precis som med rekvisit (2) och (3) där otillbörligheten framgår av lag är detta oftast inte problematiskt. Ofta framgår den civilrättsliga ogiltigheten direkt i lagtext. Däremot är det inte klarlagt om samtliga legala förbud genererar civilrättslig ogiltighet. Till exempel när det inte framgår av lagtexten att rättsverkan av förbudet är ogiltighet.³⁵ Desto svårare blir det när ogiltigheten är en konsekvens av en bedömning av osedlighet.

Vid strikt sedlighetsbedömning, dvs. när det inte finns någon typ av lagstiftning överhuvudtaget att utgå ifrån, bör bedömningen i stället utgå ifrån otillbörlighetsbedömningen enligt rekvisit (2) tillsammans med en bedömning av huruvida en ogiltighetspåföljd är nödvändig och eventuella konsekvenser av den. Eftersom det inte finns en lagstiftning eller syfte att utgå ifrån är det därmed upp till domstolen själva att avgöra i det enskilda fallet. En enhetlig regel och bedömning vore därför svår att utforma.

2.5 Rättsverkan av pactum turpe – avvisning eller ogiltighet?

Som skrivet ovan kan rättsverkan av *pactum turpe* vara en avvisning av talan eller civilrättslig ogiltighet.³⁶ *Pactum turpe* utgör alltså antingen ett rättegångshinder eller ett avtal utan rättsligt bindande verkan. Grund för avvisning finns endast om otillbörligheten i avtalet uppenbart framgår av yrkandena eller utredning i målet samt att avtalet är ogiltigt enligt allmänna rättsgrundsatser.³⁷ HD har hittills inte avvisat något mål med hänvisning till

³⁴ NJA 1997 s. 93.

³⁵ Se NJA 1997 s. 93; Ingvarsson (2011), s. 1019.

³⁶ Ramberg & Ramberg (2019), s. 239.

³⁷ NJA 1997 s. 299.

pactum turpe.³⁸ Anledningen till detta går inte helt att svara på. En anledning kan vara att tydlighetsrekvisitet inte är uppfyllt.³⁹ Är otillbörligheten otydlig ska talan inte avvisas.⁴⁰ Westberg menar även att avvisning inte kan komma i fråga om ett avtal har rättsverkan trots att ogiltighet föreligger.⁴¹

Om tydlighetsrekvisitet inte är uppfyllt ska talan inte avvisas av domstol. Beaktat detta kan avtalet fortfarande vara lagstridigt eller strida mot god sed samt fortfarande ha rättsverkan. Därmed kan annan rättsverkan än avvisning vara lämpligt, såsom ogiltighet. Ogiltigheten kan ta sikte på hela avtalet i sig eller delar av det.⁴² *Pactum turpe* som ogiltighetsgrund delar många likheter med 36 § lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område ("avtalslagen"). Enligt 36 § avtalslagen kan oskäliga avtal jämkas eller lämnas utan avseende. Lagstiftaren menar att denna paragraf ska kunna användas som medel för att ogiltigförklara ett avtal fullständigt eller delar av ett, så kallad partiell ogiltighet.⁴³

Både Agnafors och Svensson menar att ogiltighetsverkan av *pactum turpe* görs genom tillämpning av 36 § avtalslagen.⁴⁴ Anledningen till användning av 36 § avtalslagen och inte rättsinstitutet är att HD uttalat att om en tillämplig lagregel existerar ska denna användas i första hand.⁴⁵

Ett problem är när domstol står inför ett avtal som inte bör upprätthållas av rättsordningen, men konsekvenserna av att inte upprätthålla avtalet kan motivera en materiell prövning. Oftast inträffar det när prestation redan skett och den andre parten inte presterar, med hänsyn till att deras avtal utgör *pactum turpe*.

³⁸ Ramberg & Ramberg (2019), s. 239.

³⁹ Se t.ex. NJA 1997 s. 299.

⁴⁰ Agnafors (2019), s. 966.

⁴¹ Westberg (2006), s. 272.

⁴² Ramberg & Ramberg (2019), s. 239.

⁴³ Prop. 1975/76:81, s. 35.

⁴⁴ Agnafors (2019) s. 977; Svensson (2012), s. 483.

⁴⁵ Se t.ex. NJA 2017 s.113.

HD prövade år 2002 huruvida avvisning av ett otillbörligt avtal bör prövas av domstolen. HD kom fram till att avtalet i sig innehöll otillbörliga element, men att en rättsosäkerhet kan uppstå om domstolen inte tar upp tvisten till prövning. HD menade på att det föreligger en risk att en avtalspart kan dra ekonomisk fördel och för enkelt undvika att genomföra avtal genom nyttjande av otillbörliga avtal.⁴⁶ HD undanröjde avvisningsbeslut och återförvisade målet till hovrätten för handläggning.⁴⁷

Det råder viss enighet att domstolar inte ska framtvinga naturaprestationer inom ramen för tjänsteavtal, då det anses otillbörligt att genomdriva vad någon annan gör med sin kropp, exempelvis lokalvård.⁴⁸ Ramberg och Ramberg teoretiserar vad som händer om huruvida det är möjligt att genomdriva ett skadeståndsanspråk i stället för fullgörelsetalan av avtal i de fall part som ska genomföra naturaprestation vägrar. De menar att en penningprestation inte är otillbörlig endast för att naturaprestationen skulle vara det.⁴⁹ Ett exempel kan vara avtal om massage eller entreprenadavtal. En vidare diskussion kan föras kring om samma sak gäller om otillbörligheten infinner sig på andra ställen av avtalet än genomdrivandet.⁵⁰

Ett annat problem som kan uppstå för domstolen vid avgörande om avvisning eller ogiltigförklaring är när otillbörlig naturaprestation skett men ersättning inte betalats. Ramberg och Ramberg menar att det är möjligt att få ersättning genom reglerna om obehörig vinst.⁵¹

HD uttalade i NJA 1997 s. 93 att även om ett yrkande och anspråk kan tvingas fram av domstol, kan domstolen ändå ta upp målet för prövning för att se huruvida andra former av avveckling av avtal kan ta form. Det för att förhindra att part som inte presterat ska kunna dra vinst av otillbörliga avtal.

⁴⁶ NJA 2002 s. 322.

⁴⁷ Observera att HD inte dömde i den materiella tvisten och uttalade sig därmed aldrig kring ogiltigförklaring av avtalet.

⁴⁸ Se t.ex. Ramberg & Ramberg (2019), s. 239; Svensson (2012), s. 484 ff.; Agnafors (2019), s. 970 ff.

⁴⁹ Ramberg & Ramberg (2019), s. 239.

⁵⁰ Se avsnitt 3.

⁵¹ Ibid, s. 239.

3 Pactum turpe – rekonstruerad tillämpning

I detta stycke kommer *pactum turpe* exemplifieras genom tre olika avtal. Till hjälp för analysen används Agnafors uppsatta rekvisit.⁵²

3.1 Lagliga avtal – Ölvatalet

”Ölvatalet” var en marknadsföringskampanj av Norrlands Guld med start sommaren år 2019. I korthet innebär kampanjen en lansering av en tjänst där två parter kan med hjälp av e-signering binda sig till att vid ett bestämt tillfälle dricka öl. Avtalet innehåller en vitesklausul som kan tillämpas vid avtalsbrott.⁵³

Idag finns det ingen reglering av huruvida det är tillåtet eller inte att avtala om förtäring av alkohol. Avtalet är därför inte lagstridigt. Därför bör avtalet, förutsatt att alla rekvisit för *pactum turpe* är uppfyllda, anses vara osedligt avtal.

Analysen utgår från ett ersättningsanspråk med grund i den vitesklausul som finns i avtalet.

3.1.1 (1) Avtalsrekvisitet

Analysen börjar med det första rekvisitet (1) avtal. En person anger ett anbud om att vid specificerat tillfälle förtära öl och den andre accepterar. Därmed har ett avtal uppstått.⁵⁴

⁵² Se avsnitt 2.1.

⁵³ Spendrups Bryggeri (2019).

⁵⁴ Se 1 § avtalslagen.

3.1.2 (2) Otillbörlighetsrekvisitet

Vid andra rekvisitet (2) otillbörlighet blir detta avtal mer problematiskt. En penningprestation kan i egen hand aldrig anses som otillbörlig.⁵⁵ För att analysera huruvida avtalet ändå kan vara otillbörligt krävs en analys av anspråket i ljuset av hela avtalet, inkluderat de prestationer som avtalats om. Om prestationerna som vitesanspråket grundar sig på är otillbörliga kan även vitesanspråket anses otillbörligt. Det kan även vara att en penningfordran är otillbörlig även om naturaprestationen är accepterad.

Det första som ska göras är att analysera vilket led av avtalet som kan anses otillbörligt.⁵⁶ Det första ledet är när skyldigheten/underlåtenheten att göra en viss handling är otillbörlig eller att handlingen som sådan är otillbörlig. Att bestämma att en person ska dricka öl bör anses som relativt harmlöst för myndiga människor. Visserligen är prestationen som ska utföras en naturaprestation, som skrivet ovan, inte bör framtvingas av rättsordningen.⁵⁷ Detta bör dock inte medföra att skyldigheten i sig är otillbörlig. Att naturaprestationer medför otillbörlighet skulle resultera i att tjänsteavtal där kroppsligt arbete är involverat skulle anses otillbörligt. Det förefaller svårt att se ett samhälle där en stor del av det ekonomiska kretsloppet baseras på avtal som rättsordningen inte anser moraliskt korrekt. Av denna anledning borde inte heller att dricka öl anses otillbörligt i sig, precis som massage inte är otillbörligt i sig. Eftersom båda parterna dessutom är myndiga blir skyldigheten inte heller otillbörlig.

När det kommer till vitesklausulen i ljuset av avtalet bör detta inte anses otillbörligt. Diskussionen gäller fortfarande skyldigheten att utge vite och inte oskäligheten i medtagandet av klausulen. En skyldighet att betala för avtalsbrott mot en accepterad prestation bör inte ses som otillbörligt.

⁵⁵ Ramberg & Ramberg (2019), s. 239.

⁵⁶ Se avsnitt 2.1.1.

⁵⁷ Ramberg & Ramberg (2019), s. 239.

Vidare behöver det analyseras huruvida det är otillbörligt att överhuvudtaget avtala om att dricka öl samt tillhörande vitesklausul.

Det kan anses att, med tanke på det samhälle vi lever i och den kultur kring alkohol vi har, middagar, 'after-work' och andra alkoholrelaterade tillfällen bör anses omoraliskt. Det bör således inte anses otillbörligt att avtala om att förtära öl vid ett specificerat tillfälle.

Däremot kan penning prestationen, även om naturaprestationen är accepterad, anses otillbörlig. Det får anses att en civilrättslig bestraffning i form av skadestånd för att en person inte vill inta berusande medel är långtgående och omoraliskt. Om omständigheterna i övrigt varit annorlunda, till exempel att avtalet grundat sig som en tjänst, till exempel för skådespeleri eller dylikt hade frågan varit annorlunda. Förevarande omständigheter kan enligt undertecknad inte rättfärdiga att avtala om en vitesklausul. Otillbörlighet finns vid led två.

Det tredje ledet av otillbörlighet handlar om att det vore fel av rättsordningen att upprätthålla avtalet.

Eftersom en penningfordran inte är otillbörlig, måste domstolen avgöra om det är lämpligt att framtvunga penning prestationen. En rättsordning där legala avtal med naturaprestation inte kan utmynna i skadeståndsanspråk vore otänkbart. Ett exempel på bransch som skulle lida är entreprenadbranschen där naturaprestationer är vanligt.

Domstolen måste därmed göra en allsidig bedömning av huruvida anspråket, även om det vilar på accepterat innehåll, inte bör upprätthållas.

Det går att argumentera för att ett upprätthållande av skadeståndsanspråk grundat på underlåtenhet av alkoholkonsumtion är ett accepterande av alkoholkonsumtion. Vid accepterande av skadestånd accepterar även domstolen den grund som anspråket grundats på. Frågan är om detta är

förenligt med den svenska synen på alkoholkonsumtion och i linje med svenska statens försök att minska konsumtionen för en ökad folkhälsa.⁵⁸

Mot bakgrund av att ett upprätthållande av skadeståndsanspråk skulle gå emot en grundläggande värdering om folkhälsan samt att detta anspråk kan anses omoraliskt bör skadeståndsanspråket anses otillbörligt.

Ölavtalet är otillbörligt.

3.1.3 (3) Tydlighetsrekvisitet

Som redan skrivet har HD ställt upp ett tydlighetsrekvisit för att avvisning ska komma på tal.⁵⁹

Förevarande fall handlar närmast om en ren moralistisk bedömning om otillbörlighet. Den diskussion som förts ovan har tagit avstamp i politik rörande folkhälsan. Det får därför anses att detta avtal inte uppenbart, varken till syfte eller innehåll, är otillbörligt.

3.1.4 (4) Ogiltighetsrekvisitet

Som ovan skrivet krävs det även för avvisning att avtalet genererat någon typ av ogiltighet med grund i allmänna rättsgrundsatser. Det ska även stå klart att otillbörligheten genererat ogiltigheten.⁶⁰ Vid bedömning av legala avtal ska ogiltigheten ta avstamp i nödvändigheten med ogiltighet.

Nödvändigheten påverkas av hur otillbörligheten ser ut och till vilken nivå den är otillbörlig.

Det kan anses att vid detta fall blir det svårt att se hur en ogiltighet av avtalet är påkallat. Visserligen är anspråket otillbörligt att genomdriva, men avtalet i sig förefaller relativt harmlöst och att därmed lämna avtalet helt utan

⁵⁸ Prop. 2018/19:59, s. 53.

⁵⁹ Se avsnitt 2.1.3; NJA 1992 s. 299; NJA 1997 s.93.

⁶⁰ Se avsnitt 2.1.4; NJA 1997 s. 93.

rättsverkan borde inte anses proportionerligt. Givet de förutsättningar som finns står det inte klart att denna otillbörlighet genererar någon ogiltighet med grund i allmänna rättsgrundsatser.

3.1.5 Avvisning eller ogiltighet?

Vid kontroll av ovan rekvisit går det att konstatera att alla inte är uppfyllda. Ölavtalet är ett avtal som kan anses otillbörligt. Dock är otillbörligheten inte uppenbar och inte heller står det klart att otillbörligheten skulle generera ogiltighet. Därför kan inte en domstol avvisa skadeståndsanspråket som förts fram. Avtalet ska därmed tas upp till materiell prövning.

Som ovan skrivet kan avtalet fortfarande ogiltigförklaras efter en materiell prövning.⁶¹ Detta görs med hjälp av 36 § avtalslagen då oskäligheten i mångt och mycket kan sammanfalla med oskälighetsrekvisitet.⁶²

36 § avtalslagen kan som sagt användas som ogiltighetsgrund, men även som jämkning. Dessa två är inte synonymer. När ett avtal jämkas, även om det är ner till noll och därmed i praktiken ”ogiltigt”, har det fortfarande juridiskt sett en rättsverkan.⁶³ Däremot används begreppet partiell ogiltighet vid full jämkning av en klausul. Det vill säga när en del av ett avtal lämnas utan avseende.⁶⁴ Domstolen har tre val, varav det första är att bifalla kärandes vitesanspråk. Det andra alternativet är att ogiltigförklara hela avtalet. Det tredje är att jämka avtalet. Det första alternativet följer av att inget av de andra väljs. Analysen börjar därför med att se om det finns skäl för ett ogiltigförklarande av hela avtalet.

Enligt förarbetena till avtalslagen bör detta alternativ användas restriktivt.⁶⁵ Vidare bör det anses långtgående att ogiltigförklara avtal om träff endast för att en biklausul i form av vite kan anses otillbörlig. Precis som diskuterat

⁶¹ Se avsnitt 2.2.

⁶² Svensson (2012), s. 483.

⁶³ Adlercreutz et al. (2016), s. 261 f.

⁶⁴ Ibid, s. 262.

⁶⁵ Prop. 1975/76:81, s. 35.

ovan bör inte innehållet i avtalet, sett till prestationsdelen anses vara otillbörligt och därmed inte oskäligt. Även om partiell ogiltighet av vitesklausulen finns bör detta inte föranleda att ogiltighet av hela avtalet blir påkallat.

Som ovan skrivet sammanfaller otillbörlighet och oskälighet med varandra. Vid jämkning av vitesklausulen bör det ses till dess otillbörlighet samt skälighet. Det ska även göras i ljuset av hela avtalet. Otillbörligheten av klausulen har redan diskuterats varvid en ny diskussion är överflödigt. Klausulen har funnits otillbörlig i två led, varvid den även får anses som oskälig och mål för jämkning/ partiell ogiltighet.

För de fall vitesanspråk riktas mot avtalsbrott mot ölavtalet får det anses utgöra *pactum turpe* med rättsverkan partiell ogiltighet.

3.2 Halvt legalt avtal – Köp av sexuell tjänst

Nästa analyserande exempel rör köp av sexuell tjänst. Till skillnad från många andra exempel kring köp av sexuell tjänst utgår detta exempel från den prostituerades perspektiv. Eftersom köpet endast är sanktionerat för köparen, och därmed tillåtet för säljaren, utgör detta avtal enligt undersökningens definition ett halvt legalt avtal.⁶⁶ Exemplet utgår ifrån att en säljare ansöker om stämning på grund av avtalsbrott där köparen inte betalat ersättning för den tjänst som utförts.

3.2.1 (1) Avtalsrekvisitet

Vad avser avtalsrekvisitet anger köparen ett anbud avseende att mot ersättning utföra sexuella tjänster. Den prostituerade accepterar. Avtal har uppstått.

⁶⁶ Se 6 kap. 11 § Brottsbalk.

3.2.2 (2) Otillbörlighetsrekvisitet

Av doktrin har det redan konstaterats att avtal om sexuell tjänst borde, även om det aldrig prövats, utgöra *pactum turpe* med grund i sin osedliga natur.⁶⁷ Svensson menar att detta var fallet redan innan förbud mot sexköp infördes i lagen.⁶⁸ För tydlighetens skull gås de tre leden ändå igenom. Återigen måste det riktade anspråket, fullgörelse av penningprestation, göras i ljuset av hela avtalet.

Det första ledet handlar om skyldigheten att ha sex eller betala ut ersättning, eller att ha sex eller betala ersättning. Skyldigheten grundar sig som sagt på personlig ställning eller ålder.⁶⁹ Inget i förevarande exempel tyder på att parterna i fråga inte får inneha en sexuell förbindelse. Inte heller bör sexuell förbindelse i sig vara otillbörligt, med tanke på hur människoarten förökar sig. Även i dagens samhälle kan inte tillfälliga sexuella förbindelser anses otillbörliga i sig.

Problematiken uppstår däremot vid penningprestation. Som tidigare upprepat kan detta inte vara otillbörligt på egen hand. Däremot finns det ett förbud att betala ersättning för sexuella förbindelser. Från den prostituerades sida har hen en ”rätt” att ta emot betalning, men medkontrahenten, som åläggs skyldighet att betala ersättning har ett förbud att inneha skyldigheten. Därmed får det även anses otillbörligt att betala ersättning.

Avtalet om ersättning för utförd sexuell handling är alltså otillbörligt i det första ledet.

Det andra ledet innebär en undersökning om det är accepterat att ens avtala om ersättning för sexuell tjänst. Återigen bör det klargöras att den prostituerade har all rätt att avtala om detta då förbudet inte träffar säljaren. Dock krävs det en medkontrahent som har ett legalt förbud. Eftersom det

⁶⁷ Svensson (2012), s. 483; Ramberg (2005), s. 307.

⁶⁸ Svensson (2012), s. 483.

⁶⁹ Se avsnitt 2.1.2.

inte går att få till ett avtal utan att en person begår brott bör det anses klart att det inte är accepterat att ens avtala om ersättning mot sexuell förbindelse. Synen på den moraliska otillbörligheten av sådana här avtal framgår även av förarbeten till paragrafen om köp av sexuell tjänst.⁷⁰ I det andra ledet är sådant här avtal att anse som otillbörligt.

En fråga är om rättsordningen ska kunna framtvunga anspråket som yrkas, det vill säga om en domstol ska framtvunga ersättning för prostitution. Precis som med minskad alkoholkonsumtion har politikerna, som företrädare för samhället, en uttalad politik för minskad prostitution. Något som rättsordningen inte bör gå emot.⁷¹ Det bör alltså vara i rättsordningens intresse att inte upprätthålla avtal som samhället aktivt vill minska. Sett till samhällets syn på prostitution och rättsordningens syfte bör det ses otillbörligt att framtvunga ett lagbrott. Ett civilrättslig framtvingande bör därmed ses som otillbörligt. Tredje ledet är även det otillbörligt.

3.2.3 (3) Tydlighetsrekvisitet

Alla tre led av ett avtal är otillbörliga. Detta talar starkt för att det även är uppenbart otillbörligt. Det finns dessutom en lagregel som förhindrar ett framtvingande av avtalet på laglig väg, utöver en moralisk otillbörlighet.

Tydlighetsrekvisitet får därmed anses uppfyllt.

3.2.4 (4) Ogiltighetsrekvisitet

Det sista rekvisitet har att göra med att otillbörligheten ska generera ogiltighet enligt allmänna rättsprinciper.

Det första som talar för ogiltighet är graden av otillbörlighet och det legala förbudet som omöjliggör ett för alla parter ett lagligt genomförande. Som tidigare skrivet har prostitution ansetts moraliskt förkastligt och bör

⁷⁰ Prop. 2010/11:77, s. 6 f.

⁷¹ Ibid, s. 6 ff.

motarbetas. Alla avtal kring prostitution bör enligt den synen alltid ses som ogiltiga.

HD ställer sig i fallet NJA 1997 s. 93 frågande till om legala förbud alltid bör utnyttas i ogiltighet. Om det inte är klart bör en domstol inte avvisa en talan. Som ovan skrivet ska man se till lagbestämmelsen som förbjuder avtalet och se om ogiltighet är påkallat. Till detta hör analys av syftet med förbudet och vilka konsekvenser som kan ske vid ogiltighet. Som utgångspunkt ska ingen part vinna på en ogiltighet.⁷² Som ovan skrivet är syftet med förbudet att motverka prostitution och den skada på samhälle och individ det kan medföra.⁷³ Det bör därmed anses att ogiltighet av avtal om sexuell tjänst är påkallat, även om en sådan innebär en utgång för den enskilde som kan anses problematiskt.

Rekvisitet om ogiltighet får därmed anses uppfyllt.

3.2.5 Avvisning eller ogiltighet?

Som ovan genomgång visar är alla uppställda rekvisit för avvisning uppfyllda. Därmed kan en domstol avvisa ett yrkande om ersättning för avtalsbrott vid avtal om sexuell tjänst där naturaprestation redan utgått.

Även om skäl för avvisning finns ska domstolen fortfarande avgöra om den bör avvisa talan. NJA 1997 s. 93 visar att även om yrkande inte går att framtvinga kan domstolen ändå ta upp avtalet till materiell prövning om andra alternativ till avvisning förefaller mer ändamålsenliga. Ett exempel är när naturaprestation utgått och det kan anses rättsosäkert att inte pröva avtalet.

Här kan övrig moralframställning komma att belysas. Exempelvis om det är rättsäkert att en prostituerad inte får ersättning? Det är lagligt för den prostituerade att sälja sexuella tjänster. Det borde vara problematiskt att

⁷² NJA 1997 s. 93.

⁷³ Prop. 2010/11:77 s. 6 ff.

neka denne hens rätt till ersättning, och likt NJA 2002 s. 322 kan en medkontrahent tillförskaffa sig en prestation utan att betala för den. Mer besynnerligt blir det nog om prestation utgörs av en sexuell tjänst.

Det borde inte vara på tal om en jämkning eller partiell ogiltighet, då anspråket är den legala delen av avtalet samt det som en viss moral borde skydda, nämligen den prostituerade. Inte heller borde ersättningsanspråket jämkas, hela avtalet i sådana fall handlar endast om att köparen erhållit en sexuell tjänst utan vederlag. Ersättningen är oftast det enda som kan anses som någon form av samtycke till den sexuella förbindelsen. Detta vore problematiskt av en rättsordning att göra.

Däremot kan det efter prövning anses helt ogiltigt. Detta bör ligga närmare till hands. Det kan anses att det bör föreligga en sådan otillbörlighet, enligt ovan diskussion, att avtalet bör ogiltigförklaras.

Enligt ovan föreligger det skäl för avvisning. Undertecknad anser att domstolen bör avvisa målet. Avtalet är tillräckligt otillbörligt att en civilrättslig prövning av anspråket inte bör göras överhuvudtaget.

Visserligen ser det problematiskt ut att en köpare tillförskaffat sig en sexuell handling på ett otillbörligt sätt. Däremot kan det anses att detta förfarande bör tas upp inom det straffrättsliga förfarandet och inom reglerna för våldtäkt eller sexuellt utnyttjande.

Med utgångspunkt i ovan anses det klarlagt att ett anspråk på ersättning för sexuell tjänst utgör *pactum turpe*.

3.3 Olagliga avtal – Anställningsavtal med papperslösa

Nästa avtal som analyseras är anställningsavtal mellan en person utan tillstånd att vistas eller arbeta i Sverige och ett företag. Vad som gör detta

anställningsavtal olagligt är att det finns ett förbud för båda avtalsparter att ingå anställningsrelation.⁷⁴

Omständigheterna i denna analys kommer vara att en person utan giltiga tillstånd tar anställning hos ett svenskt företag. Efter en tids arbete vägrar emellanåt arbetsgivaren att betala ut avtalsmässig lön. Arbetstagaren inlämnar stämningsansökan mot arbetsgivaren och yrkar på fullgörande av löneutbetalning.

3.3.1 (1) Avtalsrekvisitet

Vad avser avtalsrekvisitet erbjuder en arbetsgivare ersättning emot att en arbetstagare utför arbete. Arbetstagaren accepterar. Ett anställningsavtal har uppstått.

3.3.2 (2) Otillbörlighetsrekvisitet

Analysen utgår från löneklausulen i avtalet, men precis som alla avtal ska ses i ljuset av hela avtalet.

Första ledet handlar om skyldigheten att betala lön. Utlänningslag (2005:716) föreskriver ett förbud mot anställningsförhållanden mellan utländska medborgare och arbetsgivare. Därmed finns anledning att tro att de skyldigheter och rättigheter i avtalet är otillbörliga. Däremot finns det en lagstadgad skyldighet för arbetsgivare att betala ut uppuren lön till tillståndslösa personer i lag (2013:644) om rätt till lön och annan ersättning för arbete utfört av en utlänning som inte har rätt att vistas i Sverige ("lönelagen"). Eftersom det finns en skyldighet att betala ut lön till tillståndslösa borde det även anses som accepterat att faktiskt betala ut lön. Det ska sägas att det endast är fallet efter prestation från den tillståndslöse. Utan prestation finns ingen lagstadgad skyldighet för arbetsgivaren.

⁷⁴ Se 20 kap. 3 och 5 §§ Utlänningslag (2005:716).

Förvisso finns inget att grunda ett löneanspråk på. Led ett är därmed inte otillbörligt efter prestation.

Led två tar fasta vid att faktiskt avtala om viss skyldighet och rättighet. Eftersom det finns strikt förbud med fängelse i straffskalorna borde det därmed anses otillbörligt att avtala om anställningsförhållanden, därmed inkluderat löneutbetalningar. Syftet med lagstiftningen är även att motverka illegal invandring och deras uppehållande inom Europeiska unionen.⁷⁵ Anställningar som underlättar detta borde därför anses problematiska i det hänseendet. Avtalet är otillbörligt i led två.

Led tre bör se om rättsordningen överhuvudtaget ska upprätthålla det yrkade anspråket. Eftersom det finns en lagstadgad skyldighet för en arbetsgivare att utbetala löner borde det därmed vara tvunget av en domstol att behöva upprätthålla ett sådant anspråk, förutsatt att det är befogat.

Avtalet är inte otillbörligt i led tre.

3.3.3 (3) Tydlighetsrekvisitet

Som framgått ovan är avtalet otillbörligt då ingen prestation utgått. Det följer av led två. I förevarande fall har prestation utgått och avtalet och anspråket ses inte som otillbörliga i två led. Vidare framgår det av lag att ett sådant här anspråk inte är otillbörligt. Det framgår inte uppenbart att avtalet och anspråket är otillbörligt.⁷⁶

Tydlighetsrekvisitet är därmed inte uppfyllt.

⁷⁵ Prop. 2012/13:125 s. 19.

⁷⁶ NJA 1997 s. 93.

3.3.4 (4) Ogiltighetsrekvisitet

Sista rekvisitet för att avvisning ska komma på tals är att det står klart att avtalet renderar i ogiltighet.⁷⁷ Ett legalt förbud brukar peka mot att civilrättslig ogiltighet bör föreligga. Detta är dock inte helt klarlagt inom rättsordningen, som tidigare diskuterat. Därför behöver vi se till syftet med förbudet av anställningsförhållande med tillståndslösa, om ogiltighet är påkallat och eventuella konsekvenser.⁷⁸

Syftet med lagstiftningen är att uppnå kraven som unionsrätten ställer. I det direktiv som föranledde lagstiftningen är syftet att motverka illegal invandring och uppehälle.⁷⁹ Skyddsintresset är alltså på en samhällelig nivå och inte en individuell.

Att inte ogiltigförklara avtal som för båda parter är olagligt borde anses märkligt i den rättsordning vi har. Dock kan det fortfarande ha rättsverkningar, något som diskuteras nedan. Lagstiftaren har pekat på i förarbeten att en papperslös avtal med arbetsgivare bör anses ogiltigt.⁸⁰ Uttalandet får dock ses som problematiskt med hänsyn till rättsordningen och hur ogiltigförklaring av avtal går till. Eftersom lönelagen ger rätt att driva igenom prestation baserat på avtal kan det inte anses som att avtalet från början ska anses ogiltigt i alla situationer.

Vidare bör inte regelns skyddsintresse och syfte motivera ogiltighet i det enskilda fallet.

Ogiltighetsrekvisitet är inte uppfyllt.

⁷⁷ NJA 1997 s. 93.

⁷⁸ Ibid.

⁷⁹ Prop. 2012/13:125 s.19.

⁸⁰ Ibid, s. 80.

3.3.5 Avvisning eller ogiltighet?

Det står klart genom ovan diskussion att alla rekvisit inte är uppfyllda. Därmed är avvisning inte ett alternativ.

Frågan blir då om ogiltighet. Lagstiftaren har via förarbeten uttryckt att ett sådant här avtal bör ogiltigförklaras. Med det sagt innebär det inte att avtalet i det enskilda fallet ska ogiltigförklaras.⁸¹

Lagstiftaren tar hjälp av NJA 1997 s. 93 vid utformning av argument för lönelagen. De anser inte att en part bör kunna vinna på en ogiltigförklaring, vilket en arbetsgivare gör efter prestation av arbetstagaren. En arbetsprestation går inte att ”återta” på sätt som erfordras vid ogiltighet av ett avtal.⁸²

Vi har på ena sidan det allmänna skyddsintresset och på den andra sidan intresset av att anspråk med grund i avtal ska upprätthållas. Förarbetena, bortsett från ett problematiskt uttalande om ogiltighet, talar för att avtalet ska upprätthållas i den mån den avser penningprestationen.

Avtalet ska därmed varken avvisas eller ogiltigförklaras. Anspråk på lön av en tillståndslös ska inte anses utgöra *pactum turpe*.

⁸¹ Westberg (2006), s. 272.

⁸² Prop. 2012/13:125 s. 80 f.

4 Avslutande diskussion och slutsater

Ovan diskussioner ger upphov till en rad frågor och problematik kring *pactum turpe*.

En av de första frågorna en kan ställa sig är hur långt institutet bör gå och hur den förhåller sig till en av civilrättens absoluta hörnstenar *pacta sunt servanda*. Lagstiftaren har genom lagar begränsat denna grundläggande princip genom lagstiftning. En begränsning av principen bör därför inte anses kontroversiell. Mer kontroversiellt är det när domstolarna utan lagstöd ska begränsa *pacta sunt servanda*. En kan fråga sig om denna rättsskapande makt som domstolarna innehar verkligen är demokratiskt förankrad.

Genom förarbeten och lagstiftning syns vad lagstiftare anses moraliskt rätt. Genom praxis syns att domstolarna tar dessa i beaktning vid avgörande huruvida ett avtal är ogiltigt eller inte. Frågan är dock hur långt samhällets och statens moral ska gå utöver de enskilda avtalsparterna. Att två parter avtalat om något får väl ändå antyda på att de inte anser avtalet helt problematiskt. Det kan anses att det är upp till de enskilda parterna att avgöra vad som är rätt och fel för dem. Samhällsmoralen är under konstant förändring och att överlåta samhällsmoralen till domstolarna med egna personliga förhållningssätt kan vara uppseendeväckande.

Till viss del anser undertecknad att det kan behövas för att hålla rättsordningens förtroende intakt. Det skulle inte vara vare sig ekonomiskt eller anseendemässigt försvarbart att ta upp alla mål. Det skulle onekligen anses stötande att med skattemedel avgöra huruvida en kriminell har rätt till skadestånd på grund av att förvärvat narkotika inte höll avtalad standard. Likaså anses det problematiskt att inte ta upp mål där ett otillbörligt avtal behöver rättas till för att konsekvenserna inte ska blir allt för dystra.

Som sett ovan tyder mycket på att domstolarna har denna makt. Lagstiftaren har inte visat tecken på att förändring behövs. Institutet används tillräckligt sällan att en reglering borde anses överflödigt och bör även anses som ett bra instrument för att upprätthålla rättsordningens anseende.

Ovan analys har visat på att gränsdragning mellan *pactum turpe* gentemot den lagreglerade ogiltighetsgrunden 36 § avtalslagen kan vara svår. Diskussionen om gränsdragning mot oskäligt och otillbörlig kan bli svår och rörig. Dock bör det anses att alla otillbörliga avtal är oskäliga, men alla oskäliga avtal är inte automatiskt otillbörliga. Endast för att ett avtalsvillkor anses orimligt bryter det inte automatisk mot god sed. 36 § avtalslagen ger dessutom *pactum turpe* en genomslagskraft i lagstiftningen. Det får anses mer demokratiskt förankrat att ogiltigförklara ett avtal med grund i lag än domstolens sedvana.

Som diskuterat behöver domstolen ofta ta ställning till moral, vilket är svårt då en allmän definition av moral inte går att avgöra. Det är därmed de enskilda fallen och omständigheterna som får visa hur moral får genomslag. Ofta är denna enklare att peka ut, till exempel vid avtal om vite för inställd förtäring av alkohol och vid andra fall svårare, till exempel köp av sexuell tjänst. Avtalet är otillbörligt och syftet med avtalet gör en ogiltighet påkallad, men ur ett samhällsetiskt perspektiv kan detta ifrågasättas.

Sedan borde finnas en öppning via straffrättsligt förfarandet, men inte heller har detta prövats.

Slutligen för att svara på frågeställningarna kan sägas att *pactum turpe* är ett rättsinstitut där gällande rätt i praktiken är oklar. Syftet med institutet är att hindra lagstridiga och osedliga avtal att upprätthållas med statens hjälp. Domstol kan efter en bedömning av yrkandet eller utredning av avtalet finna att rättsordningen inte bör ta upp avtalet till prövning. Detta kan bero på att avtalet uppenbart strider mot lag och att anspråket därmed också gör det

eller att otillbörligheten kan skada anseendet hos rättsordningen. Domstolen kan ta upp avtalet till prövning för att sedan ogiltigförklara det. Det beror på att otillbörligheten inte är uppenbar enbart av yrkande eller initial prövning, eller att en korrigerande av detta otillbörliga avtal behöver göras.

Avtalen som inte upprätthålls går inte att generalisera. Omständigheter i de enskilda fallen gör det till en omöjlighet. Även om ett avtal strider mot lag behöver det nödvändigtvis inte avvisas eller helt bli utan rättsverkan.

Därmed kan alla avtal utgöra *pactum turpe* om omständigheterna talar för det.

Käll- och litteraturförteckning

Elektroniska källor

Amnesty, 'Mänskliga rättigheter för de som säljer sex', publicerad utan årtal, <https://www.amnesty.se/om-amnesty/amnesty-international-sverige/uttalanden-och-remissvar/uttalande-om-amnesty-internationals-policy-om-staters-ansvar-att-respektera-skydda-och-uppfylla-manskliga-rattigheter-dem-som-saljer-sex/> (besökt 2021-12-17).

Andersson, Malte, Götmark, Frank, 'Vi måste minska invandringen av lågutbildade – om vi ska klara välfärden', *Göteborgs-posten Debatt*, publicerad 2020-02-29, <https://www.gp.se/debatt/vi-m%C3%A5ste-minska-invandringen-av-l%C3%A5gutbildade-om-vi-ska-klara-v%C3%A4lf%C3%A4rden-1.24656852> (besökt 2021-12-17).

Carlsson, Christian, 'Bekämpa prostitution – legalisera inte sexköp', *Svenska Dagbladet Debatt*, publicerad 2017-09-15, <https://www.svd.se/bekampa-prostitution--legalisera-inte-sexkop> (besökt 2021-12-17).

Europaparlamentet, 'Bättre laglig arbetskraftsmigration ska minska den illegala invandringen', publicerad 2021-11-18, uppdaterad 2021-11-29, <https://www.europarl.europa.eu/news/sv/headlines/society/20211111STO17183/battre-laglig-arbetskraftsmigration-ska-minska-den-illegala-invandringen> (besökt 2021-12-17).

Guldägget, 'Vinnare – Ölavtalet', publicerad 2021, <https://guldagget.se/vinnare/olavtalet/> (besökt 2021-12-17).

Nilsson, Thomas, '12 000 juridiskt bindande bärs – "Ölavtalet" vinner effekt', *Resumé*, publicerad 2021-05-19,

<https://www.resume.se/kommunikation/tavling/12-000-juridiskt-bindande-bars-olavtalet-vinner-effekt/> (besökt 2021-12-17).

Spendrups Bryggeri, *Ses i baren - inte i domstolen*, publicerad 2019-06-03, <https://www.spendrups.se/media/nyheter/ses-i-baren-inte-i-domstolen/> (besökt 2021-12-07).

Tobé, Tomas, 'Folkets vilja: Minska invandringen till EU', *Aftonbladet Debatt*, publicerad 2020-09-22, <https://www.aftonbladet.se/debatt/a/7Klx8o/folkets-vilja-minska-invandringen-till-eu> (besökt 2021-12-17).

Wikland, Camilla, 'Prostitution står i vägen för ett jämställt samhälle', *Dagens juridik*, publicerad 2021-03-04, <https://www.dagensjuridik.se/kronikor/kronika-prostitution-star-i-vagen-for-ett-jamstallt-samhalle/> (besökt 2021-12-17).

Litteratur

Böcker

Adlercreutz, Axel, Gorton, Lars, Lindell-Frantz, Eva, *Avtalsrätt I*, uppl. 14, Lund: Juristförlaget i Lund, 2016.

Kleineman, Jan, 'Rättsdogmatisk metod', i Nääv, Maria, Zamboni, Mauro (red), *Juridisk metodlära*, uppl. 2, Lund: Studentlitteratur, 2018, s. 21–46.

Ramberg, Christina, 'Avtal om abort – Pactum turpe?', i Flodgren, Boel, Gorton, Lars, Lindell-Frantz, Eva, Samuelsson, Per (red), *Avtalslagen 90 år – Aktuell nordisk rättspraxis*, Stockholm: Norstedts Juridik, 2005, s. 307–315.

Ramberg, Jan, Ramberg, Christina *Allmän avtalsrätt*, uppl. 11, Stockholm: Norstedts Juridik, 2019.

Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare: ämne, material, metod och argumentation*, uppl. 4, Stockholm: Norstedts Juridik: 2018.

Svensson, Ola, *Avtalsfrihet och rättvisa – En rättsfilosofisk studie*, Lund: Juristförlaget i Lund, 2012.

Westberg, Peter, *Civilrättskipning I*, uppl. 3, Stockholm: Norstedts juridik, 2021.

Westberg, Peter, '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 Eliason, Marianne, Regner, Göran, Vogel, Hans-Heinrich (red), *Festskrift till Rune Lavin*, Lund: Juristförlaget i Lund, 2006, s. 271–283.

Artiklar

Agnafors, Marcus, 'Pactum Turpe – en rekonstruktion och ett försvar', *Svensk juristtidning*, 2019, s. 956-978.

Jareborg, Nils, 'Rättsdogmatik som vetenskap', *Svensk juristtidning*, 2004, s. 1-10.

Ingvarsson, Torbjörn, 'Pengar luktar inte – eller gör det?', *Svensk juristtidning*, 2011, s. 1019-1035.

Offentligt tryck

Propositioner

Proposition 1975/76:81 med förslag om ändring i lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, m.m.

Proposition 2010/11:77 Skärpt straff för köp av sexuell tjänst.

Proposition 2012/13:125 Genomförandet av direktivet om sanktioner mot arbetsgivare.

Proposition 2018/19:59 Reglering av alkoglass m.fl. produkter.

Rättsfallsförteckning

NJA II 1915 s. 235.

NJA 1989 s. 768.

NJA 1992 s. 299.

NJA 1997 s. 93.

NJA 2002 s. 322.

NJA 2008 s. 861.

NJA 2017 s. 113.