



JURIDISKA FAKULTETEN

vid Lunds universitet

Sebastian Norrby

Pactum turpe

- En kritik av processhindrets roll och funktion i
svensk processrätt

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Kandidatuppsats på juristprogrammet

15 högskolepoäng

Handledare: Anna Zemskova

Termin: HT 2023

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING.....	2
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING.....	4
1.1 Bakgrund.....	4
1.2 Syfte och frågeställningar	5
1.3 Metod och material.....	5
1.4 Avgränsning	6
1.5 Disposition.....	7
2 RÄTTSLIGA UTGÅNGSPUNKTER.....	8
2.1 Avtalsfrihet och avtalsrättslig ogiltighet	8
2.2 Något om domstolarnas rättskipande funktion	9
3 RÄTTEN TILL DOMSTOLSPRÖVNING ENLIGT ARTIKEL 6	
(1) EKMR	10
3.1 Tillämpningsområdet för artikel 6 (1) EKMR	11
3.1.1 Reell och seriös tvist	11
3.1.2 Civila rättigheter och skyldigheter	11
4 FORMELLA OCH MATERIELLA PRÖVNINGAR INOM	
PROCESSRÄTTEN	14
4.1 Domstolens handläggning av talan och processhinder	14
4.1.1 Närmare om formell och materiell rätt.....	15
4.2 Olika former av processhinder	16
4.3 Frågor i gränslandet mellan formell och materiell rätt.....	17
4.3.1 Talerätt, dubbelrelevanta rättsfakta och påståendedoktrinen.....	17
5 PACTUM TURPE	19
5.1 Pactum turpe som avtalsrättslig ogiltighetsgrund	19
5.2 Pactum turpe som processhinder	21
5.2.1 RH 2004:41 – Avtal om abort.....	22
5.2.2 RH 1988:130 – Avtal om skilsmässa	22

5.2.3	Närmare om god sed som rättskälla	23
5.3	Sammanfattning	23
6	ANALYS OCH DISKUSSION.....	25
7	KÄLLFÖRTECKNING.....	29

Summary

Pactum turpe is a Swedish legal principle concerning the question of contracts in violation of law or good customs. The principle is comprised of two parts, one being a contract law-based rule of invalidity, the other being a procedural barrier against access to court. The underlying rationale for the existence of the principle is that the legal system needs to be able to distinguish contracts in violation of law or good customs in order to avoid that the immoral nature of such contracts taint the legal system. The application of the principle as a procedural barrier precludes an individual from an access to court concerning a claim based on a pactum turpe.

While the application of pactum turpe as a procedural bar constitutes a serious restriction on an individual's access to court, the conditions necessary for such an application are highly uncertain. The dismissal of a claim before the court on the grounds that it is based on a contract in violation of good customs necessitates the court to ascertain the substantive content of such customs. The appropriateness of a court independently determining moral principles and subsequently employing them in restricting applications of the law is questionable.

Sammanfattning

Pactum turpe är en svensk rättsprincip som berör frågan om hur avtal i strid med lag eller goda seder ska hanteras. Principen består av två delar, en avtalsrättslig ogiltighetsregel och ett processrättsligt processhinder. Motiven bakom principens existens är att rättsordningen har ett behov av att kunna avvisa lagstridiga och osedliga avtal för att undvika att rättsordningen befläckas av ett sådant avtals omoraliska natur. Tillämpningen av principen som processhinder utesluter möjligheten för en individ att få ett anspråk med grund i ett pactum turpe prövat i domstol.

Samtidigt som tillämpningen av pactum turpe som processhinder utgör en allvarlig inskränkning i individens tillgång till domstolsprövning råder det stor oklarhet kring förutsättningarna för en tillämpning av processhindret. En avvisning av en talan till följd av att grunden för anspråket utgörs av ett avtal i strid med god sed förutsätter att domstolen fastställer det materiella innehållet av god sed. Lämpligheten i att en domstol självständigt ska fastställa moraliska grundsatser för att sedan använda dessa vid kraftigt inskränkande rätts-tillämpning kan ifrågasättas.

Förkortningar

EKMR	Den europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
HD	Högsta domstolen
JT	Juridisk Tidskrift
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv
RB	Rättegångsbalken
RH	Rättsfall från Hovrätterna
SvJT	Svensk Juristtidning

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Den svenska processrätten bygger på en uppdelning av domstolsprocessen där domstolens ställningstagande i den materiella sakfrågan föregås av en formell prövning av processförutsättningarna för domstolsprocessen.¹ Om domstolen finner att det brister i processförutsättningarna och att det föreligger processhinder ska talan avvisas utan att domstolen tar ställning i sakfrågan. Denna uppdelning och prövningsordning av formella och materiella frågor går dock inte att tillämpa när en domstol stöter på ett avtal i strid med lag eller god sed, ett pactum turpe. Enligt principen om pactum turpe är avtal som strider mot lag eller god sed civilrättsligt ogiltiga. Förutsatt att avtalet kan ogiltigförklaras enligt principen så utgör det omoraliska i talan en form av processhinder varför domstolen ska avvisa talan.²

Motivationen till varför talan avvisas i stället för att ogillas i dom är att omoraliska avtal inte förtjänar rättsordningens stöd och att domstolen inte ska befatta sig med det omoraliska.³ En tillämpning av principen avseende avtal i strid med god sed förutsätter emellertid att innehållet i god sed kan fastställas av domstolen. Användningen av god sed som rättskälla vid tillämpningen av pactum turpe har kritiserats av flera författare.⁴ Problematiken kring pactum turpe är emellertid större än så. En avvisning av en parts talan enligt principen medför i praktiken att parten nekas tillgång till domstolsprövning av sitt anspråk. Frågan bör därför lyftas om en sådan ordning är förenlig med partens rätt till domstolsprövning enligt artikel 6 (1) i den europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (EKMR).

¹ Lindblom (1974) s. 92.

² Ekelöf, Edelstam och Pauli (2015) s. 15.

³ Svensson (2012) s. 483 f.; Westberg (2006) s. 272.

⁴ Ingvarsson (2004) s. 756; Ramberg (2005) s. 311 f.

1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med denna uppsats är att utreda uppdelningen av domstolars formella processhindersprövning och den materiella prövningen av sakfrågan, särskilt utifrån principen om pactum turpe. Vidare syftar uppsatsen till att utreda i vilken mån en domstols avvisning av en talan med grund i ett osedligt avtal är förenligt med artikel 6 (1) EKMR. Med denna utgångspunkt är målsättningen att ifrågasätta domstolars befogenhet att neka individers rätt till domstolsprövning utifrån moraliska och normativa uppfattningar. Uppsatsen kommer besvara följande frågeställningar:

- Vid vilka förutsättningar ska domstolar avvisa en talan enligt principen om pactum turpe?
- I vilken utsträckning prövar domstolar materiella omständigheter i formella processhindersprövningar?
- Hur förhåller sig en avvisning av en talan enligt pactum turpe till rätten till domstolsprövning i artikel 6 (1) EKMR?

1.3 Metod och material

Uppsatsen är skriven utifrån en rättsdogmatisk metod. Den rättsdogmatiska metoden syftar till att utreda vad som är gällande rätt med utgångspunkt i auktoritära rättskällor.⁵ Uppsatsen stöter på ett antal utmaningar från ett metodologiskt perspektiv.

Regleringen av de inhemska processrättsliga frågorna uppsatsen ämnar utreda går inte att återfinna i lagtext. Uppsatsen har därför till stor del baserats på den doktrin som existerar gällande processhinder och särskilt då Per Henrik Lindbloms doktorsavhandling från 1974.⁶ Relevansen av ståndpunkter presenterade i doktrin måste dock bedömas utifrån hur övertygande argumentationen bakom doktrinen är. På detta område är dock doktrinen samstämmig i

⁵ Kleineman (2018) s. 21 ff.

⁶ Lindblom (1974).

uppfattningen om rättsläget och argumentationen och ståndpunkterna mellan författarna stämmer överens.

Principen om pactum turpe finns inte heller reglerad i lag och är endast knapphändigt omnämnd i förarbeten. Den praxis som finns på området berör i huvudsak endast behandlingen av avtal i strid med lag och frågan om avtal i strid med god sed har inte varit föremål för prövning i HD. Uppsatsen utgår därför i stället från två hovrättsavgöranden och rättskällevärdet i vägledningen dessa avgöranden erbjuder kan därför ifrågasättas. Till följd av denna bristande vägledning i lag och praxis finns det inte heller mycket doktrin gällande tillämpning av principen avseende avtal i strid med god sed. Många författare har i stället fokuserat på att analysera och problematisera begreppet god sed. Denna oklarhet i såväl praxis som doktrin gällande avtal i strid med god sed har dock kunnat utnyttjas i de delar av uppsatsen som utgör fördjupande analys av den inhemska processrättens förhållande till EKMR.

Förhållandet mellan avtal i strid med god sed och artikel 6 (1) EKMR har inte varit föremål för större behandling i doktrin. Denna del av uppsatsen bygger i stället på en mer fri juridisk argumentation. Argumentation baseras till stor del på de principerna kring artikel 6 (1) etablerade av Europadomstolen i sin praxis. Dessa principer tillämpas sedan på den rättsliga formen pactum turpe har beskrivits bära i doktrinen.

1.4 Avgränsning

Uppsatsen kommer primärt behandla och analysera avtal som står i strid med god sed. Avtal i strid med lag kommer endast behandlas i den utsträckning en redogörelse för dessa innehåller aspekter relevanta för hanteringen av avtal i strid med god sed. Uppsatsen behandlar vidare endast processhinder som föreligger vid talans väckande varför regelverket och den praktiska behandlingen av processhindarsinvändningar från parter lämnas obehandlat. Eftersom pactum turpe utgör en så pass särskild form av processhinder inom kategorin talerätt kommer uppsatsen inte behandla processhindarskategorin i stort. Övriga processhinder behandlas endast i den utsträckning som krävs för att förstå förekomsten och effekten av processhinder på en domstolsprocess.

Regeln i 42 kap. 5 § rättegångsbalken kommer inte heller behandlas dels av utrymmesskäl, dels då den praxis relaterad till regeln inte är direkt tillämplig på de frågor uppsatsen ämnar besvara.

Uppsatsen kommer inte fördjupa sig i de specifika avtalsrelaterade områdena av pactum turpe eller spekulera i vilka avtalsområden som kan tänkas träffas av principen utan fokus är i stället på pactum turpe som processrättslig princip. Vidare utgör en tillämpning av 36 § avtalslagen på osedliga avtal ett ämne som i och för sig är relevant att beröra men ligger tyvärr utanför syftet med denna uppsats. Även om Kristian Torp nyligen publicerat ett omfattande verk gällande motsvarande rättsprincip inom dansk rätt saknar uppsatsen tyvärr utrymme för komparativa inslag.⁷

1.5 Disposition

Uppsatsen inleds i följande kapitel 2 med en förklaring av vissa rättsliga utgångspunkter nödvändiga för en senare förståelse av pactum turpe och vikten av en rätt till domstolsprövning. I kapitel 3 presenteras den rättsliga statusen av artikel 6 (1) EKMR i den svenska rättsordningen och förutsättningarna för dess tillämplighet. I kapitel 4 förklaras uppdelningen av formella och materiella frågor inom processrätten samt hur dessa frågor är avhängiga varandra. I kapitel 5 förklaras den rättsliga konstruktionen av pactum turpe som ogiltighetsgrund och processhinder. I kapitlet problematiseras även användandet av god sed som rättskälla. I kapitel 6 kommer avslutningsvis en analys och diskussion gällande pactum turpes plats i den inhemska rättsordningen och principens förhållande till artikel 6 (1) EKMR.

⁷ Torp (2023).

2 Rättsliga utgångspunkter

2.1 Avtalsfrihet och avtalsrättslig ogiltighet

Avtalsfrihet är en grundläggande och vidsträckt princip inom den svenska civilrätten och utgör ett nödvändigt element för en fungerande marknadsekonomi.⁸ Avtalsfriheten brukar beskrivas bestå av tre delar; rätten att välja att ingå eller att inte ingå ett avtal, rätten att välja vem man ingår avtal med och rätten att gemensamt med motparten själv bestämma avtalsinnehållet och avtalets omfattning.⁹ Individens faktiska utövande av avtalsfriheten sker genom att en part med rättshandlingsförmåga avger en viljeförklaring med syftet att grundlägga, förändra eller upphäva ett rättsförhållande.¹⁰

Avtalsfriheten är negativt definierad utan uttrycklig reglering i lag, samtidigt är avtalsfriheten inte obegränsad.¹¹ I lagstiftning och allmänna principer finns det positivt definierade inskränkningar av avtalsfriheten. Dessa positiva inskränkningar utgår till stor del från skyddsprincipen som bygger på idén om att vissa avtalsrelaterade intressen behöver ett särskilt skydd, exempel på sådant intresse är partsskyddet. Lagstiftaren har uppmärksammat att styrkeförhållandet mellan avtalsparter inte alltid är jämlikt och att en vidsträckt avtalsfrihet möjliggör för en starkare part att missbruka sin ställning gentemot motparten.¹²

En annan kategori av inskränkningar i avtalsfriheten av partsskyddshänsyn är den klassiska ogiltighetsläran i 28–33 §§ Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område.¹³ Dessa regler bygger inte på en tanke om skydd för svagare part utan existerar istället för att förhindra avtalsbundenhet när en part agerat otillbörligt vid avtalets tillkomst.¹⁴ Reglerna utgör en grund för part att stå på när det förekommit omständigheter

⁸ Taxell (1997) s. 36.

⁹ Ibid. s. 36.

¹⁰ Adlercreutz (2002) s. 20.

¹¹ Taxell (1997) s. 36.

¹² Ibid., s. 40; NJA II 1976 s. 246 f.

¹³ Även kallad Avtalslagen.

¹⁴ Svensson (2012) s. 235.

”vilka uteslutit viljans frihet eller åt densamma givit ett uttryck, som icke överensstämmer med den verkliga viljan”.¹⁵ Lättare uttryckt föreligger det möjlighet att förklara ett avtal ogiltigt när det förekommit omständigheter som orsakat att en parts viljeförklaring inte gav uttryck för dennes sanna rättsbildningsvilja.

2.2 Något om domstolarnas rättskipande funktion

En av grundpelarna för den demokratiska rättsstaten är domstolarnas rättskipande verksamhet.¹⁶ Staten har ett ansvar att tillhandahålla domstolar dit parter kan vända sig för att få sina rättsliga anspråk prövade och avgjorda.¹⁷ Det är genom domstolens rättskipande verksamhet som materiella rättsregler får genomslagskraft i samhällslivet och genom vilken rättsordningen upprätthålls.¹⁸ Det processuella regelverket utifrån vilket domstolens rättskipande verksamhet sker präglas till stor del av rättsskyddsprincipen.¹⁹ Rättsskyddsprincipen bygger i stort på att den enskilde har ett rättsskyddsanspråk gentemot staten om en rätt att få sina materiella anspråk prövade i domstol. Rättsskyddsprincipen kommer även till uttryck i artikel 6 (1) EKMR där den enskilde garanteras rätten att få sina rättigheter och skyldigheter materiellt prövade.²⁰

¹⁵ Förslag till lag om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, lag om avbetalningsköp m.m., s. 119.

¹⁶ Westberg & Maunsbach (2021) s. 60.

¹⁷ Maunsbach (2015) s. 87.

¹⁸ Maunsbach (2015) s. 88; Ekelöf m.fl. (2016) s. 13–20.

¹⁹ Maunsbach (2015) s. 96.

²⁰ Maunsbach (2015) s. 85.

3 Rätten till domstolsprövning enligt artikel 6 (1) EKMR

Sedan 1995 gäller den europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (EKMR) som lag i Sverige.²¹ Enligt 2 kap. 19 § regeringsformen (1974:152) får de normgivande organen i Sverige inte meddela lag eller föreskrifter som strider mot EKMR. Föreskrifter som är i strid med konventionen betraktas således som grundlagsstridiga. Även om det är lagstiftaren som bär det huvudsakliga ansvaret för att konventionens fri- och rättigheter respekteras inom svensk rätt, kan konventionens artiklar även direkt åberopas och tillämpas i domstol. Detta innebär att konventionens bestämmelser har direkt rättslig relevans och domstolar är ofta obenäpna att tillämpa inhemsk lag på ett sätt som riskerar att vara konventionsstridigt.²²

I artikel 6 EKMR stadgas en rätt till rättvis rättegång. Europadomstolen har i *Golder-fallet* tolkat artikel 6 (1) på ett sätt så att den innehåller en processuell garanti för den enskildes rätt till domstolsprövning.²³ Denna rättighet garanterar en part en generell rätt att väcka talan vid domstol för prövning av sina civila rättigheter och skyldigheter. Vad som utgör civila rättigheter och skyldigheter kommer vidare redogöras för nedan. Följden av att artikeln garanterar en rätt till domstolsprövning är att en nationell rättsregel som inskränker denna rättighet på ett konventionsstridigt sätt kan komma att åsidosättas.²⁴ Rätten till domstolsprövning omfattar emellertid inte alla former av anspråk en part framför vid domstol. Europadomstolen har i sin praxis stadgat att artikel 6 (1) aktualiseras först när det är fråga om en reell och seriös tvist gällande civila rättigheter och skyldigheter.²⁵

²¹ Lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

²² Jermsten, *Regeringsformen (1974:152) 2 kap. 9 §*, Lexino 2023-07-01 (JUNO); Danelius (2015) s. 42 f.

²³ *Golder v. the United Kingdom* (4451/70) dom den 21 februari 1975.

²⁴ Danelius (2015) s. 181 f.

²⁵ *Boulois v. Luxembourg* [GC] (37575/04) dom den 3 april 2012.

3.1 Tillämpningsområdet för artikel 6 (1) EKMR

3.1.1 Reell och seriös tvist

En grundläggande förutsättning för att rätten till domstolsprövning ska aktualiseras är att den sökandes tvist anses vara ”reell” och ”seriös”. Europadomstolen har i sin praxis etablerat en extensiv tolkning av rekvisitet. Om en sökande har ”rimlig grund” för ett anspråk avseende en civil rättighet eller skyldighet anses det därför i regel föreligga en reell och seriös tvist. Även i fall där den sökande endast haft bräckligt stöd för sitt anspråk har tvisten ansetts vara reell och seriös.²⁶ Det krävs alltså inte att den rätt eller rättighet sökanden gör anspråk på *faktiskt* existerar och tillfaller denne utan det krävs endast att denne har *rimlig grund* för ett sådant anspråk.²⁷

3.1.2 Civila rättigheter och skyldigheter

Inledningsvis kan nämnas att artikel 6 (1) endast omfattar tvister om rättigheter och skyldigheter som anses vara av ”civil” karaktär. Begreppet ska tolkas autonomt enligt konventionen och har i praxis fått ett brett tillämpningsområde varför de flesta former av civilrättsliga anspråk omfattas.²⁸ Mer komplicerad är dock frågan om vilka ”rättigheter och skyldigheter” som omfattas av artikeln.

Artikel 6 (1) är endast menad att erbjuda en processuell rättighet och artikeln innehåller själv inga materiella garantier eller definitioner av rättigheter och skyldigheter. Artikelns tillämplighet hänger i stället på att den rättighet som sökanden gör anspråk på har en rättslig grund i den berörda staten. När frågan om sökanden har rimlig grund för sitt anspråk på rättigheten i fråga ska dom-

²⁶ Danelius (2023) s. 189.

²⁷ Rolf Gustafson v. Sweden (23196/94) dom den 1 juli 1997, Benthem v. the Netherlands (8848/80) dom den 23 oktober 1985.

²⁸ Ringeisen v. Austria (2014/65) dom den 16 juli 1971; Schabas (2015) s. 273.

stolar utgå från den berörda statens materiella rätt och dess nationella domstolarnas tolkning av denna.²⁹ En fråga som uppstår till följd av att artikel 6 (1) endast tillämpas när en rättighet erkänns enligt nationell rätt är vad för rätt till domstolsprövning en sökande har avseende en rättighet när rättsläget kring rättighetens existens är oklart.

I målet *Z and Others v. the United Kingdom* gjorde de sökande anspråk på skadeståndsansättning för lokala myndigheters oaktsamhet vid omhändertagande av barn.³⁰ Europadomstolen fann att skadeståndsansvar till följd av oaktsamhet inom Storbritannien till stor del utvecklas genom praxis från den nationella översta instansen. Båda parter angav framför Europadomstolen att det vid tillfället för sökandens anspråk fanns andra prejudicerande mål rörande skadeståndsanspråk vid lokala myndigheters oaktsamhet, men att det saknades entydig praxis rörande specifikt omhändertagande av barn. Europadomstolen fann mot bakgrund av detta att de sökande, till följd av det oklara rättsläget och hur den nationella skadeståndsrätten utvecklas, hade rimlig grund för sitt anspråk. Tvisten var därför reell och seriös och artikel 6 (1) var tillämplig varför de sökande hade en rätt till domstolsprövning avseende skadeståndsanspråket vid de nationella underrätterna.³¹

Frågan om rättighetens existens hade senare avgjorts i högsta instans där man efter en formell prövning kom fram till att en sådan skadeståndsgrund inte existerade inom den nationella rättsordningen varpå talan därefter avvisades utan att prövas materiellt. Europadomstolen klargjorde att de sökande hade haft rimlig grund för sitt anspråk till dess att rättsläget klargjordes. Efter att högsta instans underkände rättighetens existens saknade dock de sökande rimlig grund för anspråket varför det därefter inte var fråga om en reell och seriös tvist. De sökandes talan omfattades då inte längre av artikel 6 (1) varför högsta instans avvisning av talan inte var konventionsstridigt.³²

²⁹ *Regner v. the Czech Republic* [GC] (35289/11) dom den 19 september 2017; *Roche v. the United Kingdom* [GC] (32555/96) dom den 19 oktober 2005.

³⁰ *Z and Others v. the United Kingdom* [GC] (29392/95) dom den 10 maj 2001.

³¹ *Ibid.*, punkt 88–89.

³² *Z and Others v. the United Kingdom*.

Resonemang liknande det i *Z and Others v. the United Kingdom* har förts av Europadomstolen även i andra mål. I *Markovic and Others v. Italy* uttalade Europadomstolen än en gång att en sökande har rätt till domstolsprövning gällande ett rättighetsanspråk kring vilket rättsläget är oklart förutsatt att den sökandes anspråk är byggt på rimlig grund.³³

³³ *Markovic and Others v. Italy* [GC] (1398/03) dom den 14 december 2006, Punkt 100–101.

4 Formella och materiella prövningar inom processrätten

4.1 Domstolens handläggning av talan och processhinder

Om två parter inte kan nå en frivillig överenskommelse angående deras rättsliga förhållanden kan en part välja att väcka talan vid domstol. Målet parten vill uppnå med en domstolsprövning blir då att få fastställt i en dom att denne är materiellt berättigad i något avseende i förhållande till sin motpart.³⁴ När en stämningsansökan inkommer till domstolen och talan anhängiggjorts uppstår en skyldighet för domstolen att besluta i målet och fränksilja sig ärendet enligt reglerna i rättegångsbalken (1942:740).

Den typiska ordningen för domstolarnas rättskipande verksamhet är att pröva de yrkanden och omständigheter som parterna presenterar i målet för att sedan genom dom ta ställning i den *materiella* sakfrågan i målet.³⁵ Innan domstolen prövar talan enligt denna ordning och tar ställning i sakfrågan ska dock domstolen göra en formell prövning av om det föreligger processhinder.³⁶ Processhinder är av antingen tvingande eller dispositiv karaktär där de tvingande ska beaktas ex officio av domstolen medan de dispositiva behöver åberopas av part.³⁷ En klar majoritet av processhindren är tvingande.³⁸

Frågan om tvingande processhinder föreligger eller om processförutsättningarna är uppfyllda ska handläggas och avgöras innan domstolen gör materiell prövning av sakfrågan.³⁹ Om det föreligger processhinder utgör detta ett for-

³⁴ Nordh (2019) s. 12; Ekelöf, Edelstam och Pauli (2011) s. 20.

³⁵ Domstolsprocessen involverar ofta även flera andra steg samt att en domare ofta verkar ofta för en förlikning mellan parterna.

³⁶ Inom doktrin är det vedertagna begreppet ”processhinder” men i rättegångsbalken be-
gagnas begreppet ”rättegångshinder”. Se exempelvis Ekelöf, Edelstam och Pauli (2015) s.11;
Lindblom (1974) s. 12.

³⁷ 34 kap. 1 § RB.

³⁸ Lindblom (1974) s. 92.

³⁹ Lindblom (1974) s. 93.

mellt hinder för domstolen att genom dom göra ett materiellt ställningstagande i sakfrågan och domstolen ska i stället genom ett slutligt beslut avvisa talan.⁴⁰ Om domstolen prövar den materiella frågan i talan och meddelar en dom i vilket domstolen gör ett ställningstagande i saken trots att ett tvingande processhinder föreligger utgör det ett grovt rättegångsfel och grund för resning.⁴¹

Prövningsordningen med tvingande processhinder och processförutsättningar kan motiveras dels av processekonomiska överväganden, dels av hänsyn till domstolens auktoritet. Genom att fastställa att förutsättningarna för processen är uppfyllda redan vid starten av en domstolsprocess minskar man risken för att frågan om avvisning ska uppstå efter att domstolen och parterna har investerat betydande resurser i processen.⁴² Dessutom bidrar denna ordning till att upptäcka och behandla processhinder som annars hade kunnat utgöra grund för domvilla och resning. Parterna kan i stället inrätta sig efter domslutet och domstolens rättskipande auktoritet går oskadad.⁴³

4.1.1 Närmare om formell och materiell rätt

Indelningen mellan formell och materiell rätt är grundläggande för den svenska processrätten. Trots detta är separationen av de två regelsystemen inte helt okomplicerad. En lite klumpig definition av skillnaden mellan begreppen är att den materiella rätten etablerar handlingsregler för samhällets medborgare. Ett exempel på detta är att den som vårdslöst orsakar person- eller sakskada bär ett skadeståndsansvar vilket framgår av 2 kap. 1 § Skadeståndslagen (1972:207). Denna regel påtvingar individen ett visst handlande och skapar en skyldighet att ersätta skada som denna orsakat en annan.

Den formella rätten fastställer inte regler som styr medborgarnas beteende i samhället på samma sätt som den materiella rätten. I stället kan den formella rätten betraktas som det ramverk som en part använder för att ta vara på sina

⁴⁰ Lindblom (1974) s. 93 f.; Ekelöf, Edelstam och Pauli (2011) s. 282.

⁴¹ Ekelöf, Edelstam och Pauli (2015) s. 19.

⁴² Ekelöf, Edelstam och Pauli (2011) s. 224.

⁴³ Lindblom (1974) s. 97 f.

rättigheter enligt den materiella rätten.⁴⁴ Ur perspektivet av processhindersinstitutet förhindrar detta att en materiell prövning äger rum när de formella förutsättningarna inte är uppfyllda. Om en part exempelvis gör en materiell invändning, eller s.k. sakinvändning, innebär detta att parten invänder mot själva påståendet motparten har som grund för sin talan. Om en part i stället gör en formell invändning, eller s.k. processinvändning så invänder parten exempelvis att processen som sådan är otillåten på grund av att det föreligger processhinder.⁴⁵

4.2 Olika former av processhinder

Processhindersinstitutet är komplicerat och omständigheter som utgör processhinder kan variera kraftigt. Samtidigt är dessa omständigheter inte uppräknade i lagtext.⁴⁶ I doktrin brukar processhinder i stället kategoriseras i fyra huvudgrupper; hinder relaterade till talans väckande, domstolen, parterna eller saken.⁴⁷ Många processhinder existerar redan innan talan väcks medan andra kan uppstå under processens gång. Alla processhinder är inte nödvändigtvis permanenta på det sätt att processhindret för all framtid kommer förhindra den specifika talan som avses. Ett processhinder kan nämligen vara avhjälpt, ibland redan under pågående process. Eftersom avvisningsbeslut saknar rättskraft finns det inget hinder mot att en ny talan väcks efter att processhindret avhjulpts, om talan tidigare avvisats.⁴⁸

Det är emellertid långt ifrån alla processhinder som kan avhjälpas och komplexiteten samt omfattningen av domstolens processhindersprövning varierar beroende på vilket processhinder domstolen står inför. Generellt sett är processhinder relaterade till forumreglerna relativt lätthanterade, särskilt då käranden i sin stämningsansökan ska uppge de omständigheter som gör domstolen behörig att pröva tvisten.⁴⁹ De processhinder som är att hänföra till saken eller parterna och främst då frågor om talerätt är ofta mer komplexa och

⁴⁴ Ibid. s. 19 f.

⁴⁵ Ibid. s. 89.

⁴⁶ Ibid. s. 20 f.

⁴⁷ Ekelöf, Edelstam och Pauli (2015) s. 14.

⁴⁸ Ibid. s. 21.

⁴⁹ Ekelöf, Edelstam och Pauli (2011) s. 224; 42 kap. 2 § 2 st. 1p. RB.

kan ge upphov till större svårigheter för domstolen både i bedömningen och hanterandet av processhindret.⁵⁰

4.3 Frågor i gränslandet mellan formell och materiell rätt

Som jag diskuterat ovan har uppdelningen av den formella och materiella rätten till stor del skett av hänsyn till att domstolen endast ska göra ett ställningstagande i den materiella frågan först när processförutsättningarna är för handen. Även om syftet med processhindersinstitutet är att uppnå en sådan ordning så existerar det problem med denna prövningsordning avseende vissa processhinder. Jag kommer kort redogöra för problematiken gällande rättskraft nedan för att sedan beröra talerätten i nästa avsnitt.

De formella omständigheter som utgör processförutsättningarna för talan är alltid i viss mån sammankopplade med det materiella anspråket som görs gällande. När det gäller specifikt frågor om talerätt och rättskraft är dock sambandet mellan de formella och materiella frågorna särskilt starkt.⁵¹ Om det uppkommer en fråga om processhinder till följd av att kärandens talan omfattas av en tidigare doms rättskraft kräver ett beslut i frågan att domstolen granskar parternas tidigare processer för att fastställa vad som ansågs utgöra ”saken” i dessa fall. Dessutom måste domstolen undersöka vad som utgör saken i det aktuella fallet för att sedan jämföra och avgöra om det aktuella målet omfattas av rättskraften från det tidigare. En sådan prövning kan betyda att domstolen tar ingående befattning med sakfrågan för att sedan komma fram till att talan ska avvisas.⁵²

4.3.1 Talerätt, dubbelrelevanta rättsfakta och påståendedoktrinen

⁵⁰ Lindblom (1974) s. 168 ff.

⁵¹ Lindblom (1974) s. 101.

⁵² Ekelöf, Edelstam och Pauli (2015) s. 19; Till följd av att en sådan prövning ofta är väldigt belastande för domstolen sker därför i praktiken en sådan prövning endast om en part gör en sådan processinvändning.

När domstolen står inför ett processhinder i form av bristande talerätt uppstår dock särskilda svårigheter. Bristande talerätt är ett tvingande processhinder och med talerätt avses *behörighet att vara part i en rättegång rörande den ifrågavarande saken*.⁵³ I frågor om talerätt blir den formella prövningen nära sammankopplad med den materiella varför ett och samma rättsfaktum kan ha relevans för såväl den formella som den materiella prövningen, ett s.k. dubbelrelevant rättsfaktum.⁵⁴ Om det dubbelrelevanta rättsfaktumet är omtvistat kommer domstolen i sin formella prövning att göra ett ställningstagande i den materiella frågan innan det är säkert att processförutsättningarna är uppfyllda.

Normalt förekommer inte talerättsprövningar vid fullgörelsetalan i dispositiva tvistemål varför denna problematik normalt sett inte uppstår.⁵⁵ När det gäller tvister i skiljeförfarande uppstår denna problematik oftare då skiljeklausulen som grundar skiljenämndens behörighet utgör ett dubbelrelevant rättsfaktum. Denna problematik löses dock genom påståendedoktrinen som bygger på att domstolen ska presumera att de omständigheter som käranden lägger till grund för sin talan föreligger och endast konstatera om det finns ett påstående om en materiell rättighet mot svaranden. Frågan om denna materiella rätt verkligen föreligger prövas först senare inom ramen för sakprövningen.⁵⁶

⁵³ Lindblom (1974) s. 171.

⁵⁴ Heuman (2011/12) s. 650.

⁵⁵ Fitger m.fl., Rättegångsbalken (8 dec. 2023, Version 95, JUNO), kommentaren till 13 kap. under rubriken Talerätt.

⁵⁶ Ekelöf, Edelstam och Pauli (2015) s. 72.

5 Pactum Turpe

Det finns en gammal rättstradition om avtal som strider mot lag eller goda seder, *pactum turpe*, kan anses vara ogiltiga.⁵⁷ Principen om *pactum turpe* finns inte reglerat i lag och är endast knapphändigt återgivet i förarbeten. I ett förarbete till avtalslagen uttalar lagstiftaren att frågan om en rättshandling ska anses ogiltig på grund av sitt omoraliska innehåll ska överlämnas till domstolarna att avgöra i det enskilda fallet.⁵⁸ Om en domstol kommer fram till att anspråket i en kärandes talan har sin grund i ett *pactum turpe*, samt att vissa andra förutsättningar är uppfyllda, så ska talan avvisas.⁵⁹ *Pactum turpe* är ett annorlunda rättsinstitut som bär karaktären av både en materiell avtalsrättslig ogiltighetsregel samt en karaktär av ett formellt processhinder. HD med efterföljande doktrin har vidare valt att dela principen om *pactum turpe* i två delar där behandlingen av avtal i strid med lag skiljer sig från avtal i strid med god sed.⁶⁰ Jag kommer nedan inledningsvis förklara *pactum turpe* som avtalsrättslig ogiltighetsregel och därefter förklara *pactum turpe* som processhinder med fokus på avtal i strid med god sed.

5.1 *Pactum turpe* som avtalsrättslig ogiltighetsgrund

Lagstiftaren har valt att delegera bedömningen av ogiltighet vid *pactum turpe* till domstolarna, vilket tyder på att det inte var möjligt att på förhand bedöma om ett avtal i strid med lag eller god sed ska anses ogiltigt.⁶¹ I stället grundar sig läran om *pactum turpe* som ogiltighetsregel på den praxis som succesivt utvecklats i domstol. HD har uttalat att avtal i strid med lag eller goda seder kan vara ogiltiga enligt allmänna rättsgrundsatser.⁶² Det är viktigt att notera att praxis från HD endast behandlat den aspekt av *pactum turpe* som rör avtal

⁵⁷ Linskog (2009) s. 204; Svensson (2012) s. 482.

⁵⁸ Förslag till lag om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, lag om avbetalningsköp m.m., s. 235.

⁵⁹ Ekelöf, Edelstam och Pauli (2015) s. 15.

⁶⁰ Linskog (2009); Ramberg (2005).

⁶¹ Förslag till lag om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, lag om avbetalningsköp m.m. s. 235.

⁶² NJA 1992 s. 299; NJA 1997 s. 93.

i strid med lag. Frågan om avtal som strider mot god sed har ännu inte prövats och att HD endast uttalat att avtal i strid med goda seder *kan* vara ogiltiga.

HD besvarade i NJA 1997 s. 93 frågan om man bedömer om ett avtal i strid med lag är ogiltigt enligt allmänna rättsgrundsatser och uttalade följande:

”Huruvida ett avtal som strider mot lag är ogiltigt, trots att detta inte angivits i lagen, beror på om den lagregel som överträtts bygger på sådana hänsyn som gör att en ogiltighetspåföljd är påkallad. Detta får avgöras i varje uppkommande typfall, efter en analys av syftet med lagregeln, behovet av en ogiltighetspåföljd för att sanktionera den och de olika konsekvenser som en sådan påföljd kan medföra, t. ex. för godtroende medkontrahenter.”⁶³

Bedömningen av ogiltigheten av ett avtal i strid med lag bygger alltså på tre omständigheter: *syftet* med den aktuella lagregeln, *behovet* av en ogiltighetspåföljd samt de *konsekvenser* som en ogiltighetspåföljd kan innebära. Om man analyserar ogiltighetsregeln i syfte att finna vilket skyddsintresse som regeln representerar får man ett annorlunda svar. Konsekvensanalysen avseende godtroende medkontrahenter kan anses innefatta partsskyddsaspekter liknande de i den klassiska ogiltighetsläran omnämnd i avsnitt 2.1. Resterande delar av ogiltighetsregeln verkar dock beröra själva lagstiftningen eller rättsordningens genomslagskraft som skyddsobjekt. Att lagstiftningen eller rättsordningen skulle utgöra skyddsobjektet för denna ogiltighetsgrund förtydligas vidare nedan när man ser till avvisningsregeln i pactum turpe.

Ogiltigheten av avtal i god sed enligt allmänna rättsgrundsatser har som sagt inte varit föremål för prövning i HD. Det har dock i två hovrättsfall förekommit att avvisningsregeln i pactum turpe har tillämpats avseende avtal i strid med god sed. Resonemanget i hovrätterna har dock kretsat kring avvisningsregeln i pactum turpe utan vidare förtydligande av ogiltighetsaspekten av avtalet varför jag kommer redogöra för fallen under delen om pactum turpe som processhinder.

⁶³ NJA 1997 s. 93 (på s. 96).

5.2 Pactum turpe som processhinder

Pactum turpe, likt de flesta andra processhinder, finns inte reglerat i lagtext. Förutsättningarna för att ett pactum turpe ska utgöra ett processhinder återfinns i stället endast i praxis. Grunden för processhindret ligger i att en talan med sin grund i ett avtal i strid med lag eller god sed ska avvisas därför att ett sådant anspråk inte sanktioneras av rättsordningen och domstolen därför inte ska ta befattning med det.⁶⁴ Pactum turpe har i doktrin uppfattats som ett processhinder som utgör en regel om bristande talerätt, närmare bestämt att det existerar ett talförbud rörande pactum turpe.⁶⁵ En part som ingått ett avtal som står i strid med lag eller goda seder kan alltså inte vända sig till domstol för rättsskipning rörande rättsförhållandet.

HD har i sin praxis etablerat vissa förutsättningar som behöver vara uppfyllda för att avvisningsregeln i pactum turpe ska få tillämpas. Först måste det *uppenbart* framgå av kändens yrkande eller utredningen i målet att avtalet som ligger till grund för kändens talan är av *osedlig eller omoralisk karaktär*. Vidare måste det stå *klart* att avtalet är *ogiltigt och saknar rättsverkan* enligt allmänna rättsgrundsatser för att det strider mot lag eller goda seder.⁶⁶ Pactum turpe blir därmed annorlunda på så sätt att den processuella frågan om avvisning enligt pactum turpe är avhängig den materiella frågan om avtalet är ogiltigt och saknar rättsverkan enligt ogiltighetsregeln.

HD har som nämnt ovan prövat om avvisningsregeln kunnat tillämpas gällande avtal i strid med lag och däri etablerat en bedömningsordning för ogiltigheten avseende den kategorin av avtal. Tillämpningen av avvisningsregel vid avtal i strid med god sed har dock inte varit föremål för prövning i HD varför jag i stället nedan kommer redogöra för två hovrättsfall.

⁶⁴ NJA 1997 s. 93.

⁶⁵ Ingvarsson (2011) s. 1025; Nordh (2019) s. 224.

⁶⁶ NJA 1997 s. 93.

5.2.1 RH 2004:41 – Avtal om abort

Bakgrunden i målet var att AD och UJ ingått ett avtal enligt vilket AD skulle erhålla 25 miljoner kronor mot att denne genomförde en abort av parternas gemensamma foster. När AD väckte talan om fullgörande av avtalet valde Stockholms tingsrätt att inte avvisa målet. UJ överklagade avvisningsbeslutet till Svea hovrätt. Hovrätten konstaterade inledningsvis att det inte finns något legalt förbud mot avtal om abort och varför det i stället skulle prövas om avtalet stod i strid med vedertagna moralnormer och goda seder och därigenom var ogiltigt. Efter att ha sökt efter värderingar och etiska ställningstaganden på området i abortlagen (1974:595) och lagen (1995:831) om transplantation uttalar Hovrätten att en materiell prövning av målet hade orsakat att:

”rättsordningen medverkade till att de etiska och medicinska överväganden som bör föregå ett beslut om utförande av abort reducerades till en fråga om ekonomisk ersättning för själva ingreppet. En sådan ordning är inte förenlig med de grundläggande etiska värden som svensk rätt vilar på. Mot bakgrund av det anförda får det enligt hovrättens mening anses uppenbart att den revers som A.D. har åberopat till stöd för sitt anspråk är av otillbörlig karaktär samt att reversen är ogiltig och saknar rättsverkan därför att den strider mot goda seder.”⁶⁷

Hovrätten fann vidare att det eftersom avtalet mellan parterna var ogiltigt och utan rättsverkan inte förelåg någon reell och seriös tvist mellan parterna varför rätten till domstolsprövning enligt artikel 6 (1) EKMR inte aktualiserades.

5.2.2 RH 1988:130 – Avtal om skilsmässa

Bakgrunden i målet var att BS lovat att skilja sig från sin hustru GL inom tre månader och om BS inte uppfyllde löftet skulle GL erhålla 100 000 kronor. BS uppfyllde inte sin förpliktelse varpå GL stämde BS vid domstol och yrkade på fullgörande om 100 000 kronor. Tingsrätten avvisade talan med hänvisning till att förbindelser om att genomföra skilsmässa saknar rättslig verkan. Beslutet överklagades till hovrätten som gick på samma linje som tingsrätten och lämnade besväret utan bifall.

⁶⁷ RH 2004:41.

Hovrättens anförde inga skäl till sitt beslut men i doktrin har man tolkat Hovrättens agerande som att ett avtal om att utföra skilsmässa utgör ett pactum turpe.⁶⁸ Värt att notera är att EKMR inte hade status av lag när målet avvisades, något som enligt min uppfattning säkert påverkat domstolens resonemang.

5.2.3 Närmare om god sed som rättskälla

Avsaknaden av lagstiftning och praxis kring hanteringen av avtal i strid med god sed skapar oklarhet kring hur sådana avtal ska hanteras i domstol. En betydande del av problemet beror på bristen på vägledning om vad som utgör god sed. Uppgiften som lagstiftaren har delegerat till domstolarna i form av fastställandet av god sed är komplicerad. Flera författare är överens om att innehållet av god sed måste vara bundet till någon form av samhällelig moraluppfattning.⁶⁹ En sådan ordning blir dock problematisk, särskilt som det svenska samhället blir alltmer mångkulturellt och de religiösa och sedliga uppfattningarna i samhället varierar i allt större utsträckning.⁷⁰

Många författare ifrågasätter rättsinstitutets relevans och genomförbarhet i ett modernt och pluralistiskt samhälle, men Agnafors intar en annorlunda ståndpunkt och försvarar rättsinstitutets existens. I sin artikel presenterar han en tämligen komplex metod för fastställandet av moralisk otillbörlighet. Mot bakgrund av den bristande vägledningen i lag, praxis och doktrin får tillvägagångssättet för fastställandet av ett avtals förenlighet med god sed anses alltså oklart.⁷¹

5.3 Sammanfattning

Pactum turpes existens har motiverats för att domstolar ska ha möjlighet att undvika prövning av frågor som, om de prövas i sak, skulle undergräva domstolarnas auktoritet och förtroendet för rättssystemet.⁷² Att påstå att pactum

⁶⁸ Agnafors (2019) s. 961; Svensson (2012) s. 485.

⁶⁹ Lindskog (2009) s. 205; Westberg (2006) s. 272.

⁷⁰ Ramberg (2005) s. 312; Svensson (2012) s. 484.

⁷¹ Ingvarsson (2004); Ramberg (2005) s. 312; Agnafors (2019).

⁷² Lindskog (2009) s. 209.

turpe tjänar rättsordningen genom att förhindra domstolen från att behandla det osedliga förefaller inte vara korrekt. Som förklarat ovan innebär en prövning av ett pactum turpe en allsidig prövning av det avtalet i fråga. Först måste domstolen fastställa förekomsten av det osedliga genom att genomföra en omfattande prövning av talan. Vidare krävs det att domstolen genomför en noggrann civilrättslig prövning av avtalet för att fastställa om det är ogiltigt enligt allmänna rättsgrundsatser.

6 Analys och Diskussion

En fundamental princip inom den svenska civilrätten är parterns möjlighet att genom sin avtalsfrihet reglera sina rättsliga förhållanden på det sätt som bäst tjänar deras intressen. Avtalsfriheten, och andra materiella rättsregler, får genomslag genom domstolarnas rättskipande funktion. En part kan förlita sig på att kunna vända sig till domstol för att få sina materiella anspråk prövade och fastställda i en dom. För att en domstol ska få pröva en parts materiella anspråk krävs det emellertid att de formella processförutsättningarna är för handen, varför en domstol vid bristande processförutsättningar ska avvisa talan. Denna separation i prövningen av formell och materiell rätt tycks ha motiverats av processekonomiska skäl, men också för att upprätthålla domstolens rättskipande auktoritet.

Om en domstol meddelar en dom, som i regel innehåller ett materiellt ställningstagande, trots att det föreligger tvingande processhinder så utgör detta grund för resning. Det faktum att den materiella prövningen är beroende av förekomsten av formella processförutsättningar betonas på så sätt genom att en överträdelse av prövningsordningen aktualiserar extraordinära rättsmedel. Denna åtskillnad mellan formella och materiella frågor måste rimligtvis upprätthållas i alla tidigare stadier av domstolsprocessen, även om inte alla överträdelser av prövningsordningen aktualiserar resning. Om en domstol inkluderar materiella omständigheter i processhindersprövningen och sedan avvisar talan har domstolen faktiskt gjort ett ställningstagande i den materiella frågan trots att processen var otillåten. Vid första anblick kan denna prövningsordning säkerställa separationen av formella och materiella frågor, men jag kommer nedan att ifrågasätta detta genom att visa att denna ordning blir svårtillämpad när mer komplexa anspråk behandlas.

Uppdelningen av det formella och materiella bygger på idén om att ett ställningstagande i den formella frågan kan genomföras utan inblandning av materiella omständigheter. Denna idé går dock att ifrågasätta. Processförutsättningarna för tillåtligheten av en talan är alltid i någon mån beroende av det materiella rättsförhållande i vilket kärandens anspråk grundar sig. Det går

därför att argumentera för att ett ställningstagande i den formella frågan alltid kommer att inkludera vissa mindre materiella element. Som jag påpekade i avsnitt 4.3 står dock vissa processhinder i särskilt stort beroendeförhållande till de materiella omständigheterna i en talan, vilket gör att en prövning av ett sådant processhinder i större utsträckning omfattar ställningstaganden i materiella frågor. Problematiken kring talerätt som processhinder avhjälpes till stor del genom tillämpning av påståendedoktrinen och frågor om rättskraft aktualiseras vanligtvis endast efter uppmärksammande av part. Om man i stället ser detta ur perspektivet av pactum turpe blir problematiken i idén om en uppdelning av det formella och materiella särskilt slående.

Tillämpningen av avvisningsregeln i pactum turpe förutsätter att det *står klart* att avtalet som utgör grunden för rättsförhållandet är ogiltigt enligt allmänna rättsgrundsatser och saknar rättsverkan för att det strider mot god sed. Vidare måste det vara *uppenbart* att avtalet som ligger till grund för talan är av osedlig eller omoralisk karaktär. För att talan ska få avvisas måste domstolen avgöra avtalets förenlighet med god sed, vilket i sin förlängning kräver ett fastställande av god sed. Som jag påpekat i avsnitt 5.2.3 är emellertid vägledningen för hur en domstol ska fastställa innehållet i god sed bristfällig. Många författare har dessutom ifrågasatt om det ens är möjligt att fastställa ett sådant begrepp i dagens samhälle. Jag anser att det finns skäl att ifrågasätta idén om att det går att bedöma någonting kring ett avtals förenlighet med god sed som *uppenbart*. Att en fråga om avtalets ogiltighets och rättsverkningar skulle kunna *stå klar* vid första anblick finns det ännu större skäl att ifrågasätta. En förutsättning för fastställandet av ogiltighetsfrågan och bortfallet av rättsverkningar i regel kräver en omfattande civilrättslig prövning av avtalets innehåll och parternas inbördes agerande.

Även om HD har målat pactum turpe med rekvisit som uppenbart och klart får processhindret anses ge upphov till prövningar med högre nivå av komplexitet och omfattning än vad man kan tro vid första anblick. Den formella processhindersprövningen av pactum turpe innefattar en, för avvisning avgörande, materiell prövning. Pactum turpe utgör därför ett kraftigt avsteg från den annars existerande separationen av formella och materiella frågor och det

finns därför skäl att ifrågasätta processhindrets nuvarande form, något jag återkommer till nedan.

Konsekvensen av att en parts talan avvisas som ett *pactum turpe* blir att parten nekas möjligheten att genom rättskipning i domstol ta vara på sitt materiella anspråk. Som förklarat i avsnitt 3 har Sverige en skyldighet att säkerställa att svensk rätt är förenlig med EKMR och att processuella regler som strider mot konventionen kan komma att åsidosättas i domstol. Det finns därför anledning att analysera frågan om *pactum turpes* förenlighet med artikel 6 (1) EKMR. För att en part ska ha rätt till domstolsprövning enligt artikel 6 (1) krävs att det är fråga om en reell och seriös tvist gällande civila rättigheter och skyldigheter.

Ett anspråk som vilar på förmögenhetsrättslig grund, så som ett avtal, omfattas i regel av konventionens tolkning av begreppet ”civil”. Den centrala frågan är därför i stället om en parts anspråk med grund i ett *pactum turpe* omfattar en ”rättighet” erkänd enligt svensk rätt. Att avtal kan skapa rättigheter och skyldigheter i den mening som avses i artikel 6 (1) är självklart. Om ett avtal träffas av en avtalsrättslig ogiltighetsregel innan avtalet gett upphov till någon rättsverkan så kan avtalet sägas inte gett upphov till någon materiell rättighet eller skyldighet enligt svensk rätt. Det samma gäller för avtal i strid med god sed. Om avtalet inte gett upphov till några rättigheter och skyldigheter enligt svensk rätt anses tvisten inte vara reell och seriös varför en avvisning av en sådan talan inte strider mot rätten till domstolsprövning enligt artikel 6 (1).

En sådan bedömning av *pactum turpes* förenlighet med artikel 6 (1) bygger dock på en uppfattning om rättsläget är klart avseende omfattningen och tillämpningen av ogiltighetsregeln på osedliga avtal. Som förklarat i avsnitt 5.2.3 är den allmänna uppfattningen i doktrin att innebörden av god sed oklart och att flera författare därtill ifrågasätter begreppet går att fastställa. Det enda uttalandet som HD gjort kring osedliga avtal är att de *kan* vara ogiltiga vilket indikerar att man inte kategoriskt kan förklara osedliga avtal som ogiltiga.

Jag anser att det finns betydande oklarheter kring en eventuell tillämpning av ogiltighetsregeln och att rättsläget är osäkert avseende i vilken utsträckning en avtalsgrundad rättighets existens kan underkännas som ett pactum turpe. Mot bakgrund av Europadomstolens resonemang i *Z and Others v. the United Kingdom* anser jag att en part kan hävda att den har *rimlig grund* för att ett anspråk med grund i ett pactum turpe omfattar en rättighet erkänd enligt svensk rätt. Om en part kan hävda sin rättighet på rimlig grund har denne en rätt att få sitt anspråk prövat i domstol varför en avvisning av en sådan talan strider mot artikel 6 (1). Fram till dess att rättsläget klargjorts av HD finns det därför anledning till försiktighet vid behandlingen av pactum turpe för att undvika en konventionsstridig tillämpning av processhindret.

Vad jag belyst ovan är den problematiken pactum turpe i sin nuvarande form orsakar för den svenska processrätten. Att syftet med processhindret, att göra ett ställningstagande mot moraliskt förkastliga avtal genom att exkludera dem från rättsordningens skydd, verkligen uppfylls i processhindrets nuvarande konstruktion kan ifrågasätta. En avvisning av ett pactum turpe förutsätter att domstolen faktiskt befattar sig med det osedliga. Det finns därför anledning att lyfta frågan om domstolarna inte borde undvika att avvisa talan för att i stället göra en materiell prövning av ett pactum turpe och ogilla talan i en dom. Förhoppningsvis meddelar HD prövningstillstånd nästa gång ett avvisningsbeslut av ett pactum turpe överklagas, fram till dess får frågan om pactum turpes status inom svensk processrätt anses oklar.

7 Källförteckning

Litteratur

Adlercreutz, Axel (2002), *Avtalsrätt I*, 12 uppl., Studentlitteratur AB.

Danelius, Hans (2015), *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis – En kommentar till konventionen om de mänskliga rättigheterna*, 5 uppl., Nordstedts Juridik.

Danelius, Hans (2023), *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis – En kommentar till konventionen om de mänskliga rättigheterna*, 6 uppl., Nordstedts Juridik.

Ekelöf, Per Olof och Edelstam, Henrik och Pauli, Mikael (2011), *Rättegång – Femte häftet*, 8 uppl., Nordstedts Juridik.

Ekelöf, Per Olof och Edelstam, Henrik och Pauli, Mikael (2015), *Rättegång – andra häftet*, 9 uppl., Norstedts Juridik.

Ekelöf, Per Olof och Edelstam, Henrik och Heuman, Lars och Pauli, Mikael (2016), *Rättegång – Första häftet*, 9 uppl., Wolters Kluwer.

Kleineman, Jan (2018), 'Rättsdogmatisk metod', i: Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*. 2 uppl., Studentlitteratur AB.

Lindblom, Per Henrik (1974), *Processhinder - om skillnaden mellan formell och materiell rätt i civilprocessen, särskilt vid bristande talerätt*, Nordstedt.

Lindell, Bengt (2021), *Civilprocessen. Rättegång samt skiljeförfarande och medling*, 5 uppl., Iustus Förlag.

Lindskog, Stefan (2009), 'Om goda seder och sedesvidriga avtal', i: Wetterberg, Torgny m.fl. (red.), *Vänbok till Bertil Södermark*, Norstedts juridik, s. 195–212.

Maunsbach, Lotta (2015), *Avtal om rätten till domstolsprövning. Processuella överenskommelsers giltighet i svensk rätt*, Nordstedts Juridik.

Nordh, Robert (2019), *Praktisk process V: Rättegångshinder*, 2 uppl., Iustus Förlag.

Ramberg, Christina (2005), 'Avtal om abort – pactum turpe?' i: Flodgren, Boel m.fl. (red.), *Avtalslagen 90 år: aktuell nordisk rättspraxis*, Norstedts juridik, s. 307–315.

Schabas, William A (2015), *The European Convention on Human rights – A commentary*, Oxford University Press.

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

Taxell, Lars Erik (1997), *Avtalsrätt*, Juristförlaget.

Torp, Kristian (2023), *Ulovlige aftaler*, Djøf Forlag.

Westberg, Peter (2006), '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: Eliasson, Marianne m.fl. (red.) *Festskrift till Rune Lavin*, Juristförlaget, s. 271–283.

Westberg, Peter och Maunsbach, Lotta (2021) *Civilrättsskipning I: Tvistemål*, 3uppl., Nordstedts Juridik.

Artiklar

Agnafors, Marcus (2019), 'Pactum turpe – en rekonstruktion och ett försvar.', *SvJT* s. 956–978.

Heuman, Lars (2011/12), 'Bevisbördan för skiljeavtal och tolkningsresonemang som grund för skiljebundenhet', *JT*, s. 650–680.

Ingvarsson, Torbjörn (2004), 'Spel och osedliga avtal' *SvJT* s. 739–758.

Ingvarsson, Torbjörn (2011), 'Pengar luktar inte – eller gör de det?' *SvJT* s. 1019–1035.

Övrigt

Regeringsformen (1974:152), Lexino 2023-07-01 (JUNO).

Rättegångsbalk (1942:740), Nordstedts Juridik 2023-12-01 (JUNO).

Offentligt tryck

Lagförarbeten

Motiven till avtalslagen – Förslag till lag om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, lag om avbetalningsköp m.m.

NJA II 1976.

Rättsfall

Sverige

Högsta domstolen

NJA 1992 s. 299.

NJA 1997 s. 93.

NJA 2002 s. 322.

Hovrätterna

RH 1988:130.

RH 2004:41.

Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna (Europadomstolen)

Ringeisen v. Austria (2014/65) dom den 16 juli 1971.

Golder v. the United Kingdom (4451/70) dom den 21 februari 1975.

Bentham v. the Netherlands (8848/80) dom den 23 oktober 1985.

Rolf Gustafson v. Sweden (23196/94) dom den 1 juli 1997.

Z and Others v. the United Kingdom [GC] (29392/95) dom den 10 maj 2001.

Roche v. the United Kingdom [GC] (32555/96) dom den 19 oktober 2005.

Markovic and Others v. Italy [GC] (1398/03) dom den 14 december 2006.

Boulois v. Luxembourg [GC] (37575/04) dom den 3 april 2012.

Regner v. the Czech Republic [GC] (35289/11) dom den 19 september 2017.