

Värderingar, domaren och ett abortavtal

1 Värderingar och lagstiftning

Att politiker ska arbeta utifrån sina värderingar tar vi för givet. Vi vill också att de ger uttryck för dessa värderingar. Sedan vet vi att på vägen mot politiska partiers program och särskilt vid kompromisser över partigränserna i riksdagen så kan texterna komma att luddas till. Politikerna äger lagstiftningsmakten. Både allmänheten och rättstillämparna vill ha lagar baserade på redovisade värderingar som ligger till grund för lagtexten och utvecklas i förarbetena. Inte minst på straffrättens och kriminalpolitikens område är detta något centralt. Detta behöver sannerligen inte påpekas för Sten Heckscher, jfr Nytt straffsystem Idéer och förslag, BRÅ Rapport 1977:7.

Men det händer att lagstiftaren skyggar för begreppet ”värderingar” och istället talar om ”neutralitet”. Under beredningen av 1994 års lag om registrerat partnerskap anförde lagutskottet bl.a.:

Det bör inte ankomma på samhället att – genom lagstiftningen eller på annat sätt – ge uttryck för några värderingar när det gäller människors sätt att ordna sin samlevnad.

Men var det inte just värderingar samhället gav uttryck för när den lagen beslutades? Det tycks också lagstiftaren ha varit medveten om några år senare, 2002, när det i en proposition om partnerskap och adoption skrevs:

Liksom annan lagstiftning är partnerskap och adoption i grunden en fråga om värderingar, här framför allt synen på familjebildning och föräldraskap, som samtidigt skall avgöras sakligt och rationellt. I detta fall skall bedömningen utgå från vad som kan antas vara bäst för barnen.

Ändå återkommer civilutskottet 2009 och ansluter sig uttryckligen till lagutskottets uttalande när utskottet tar initiativ till en ny reglering för ingående av äktenskap till ersättning för partnerskapsregleringen (ändringar i 1 kap. 1 § äktenskapsbalken).

När ett samhälle bestämmer sig för att likabehandla sär- resp. samkönade äktenskap mellan två parter så är det att uttrycka en värdering. Fullständig neutralitet från samhällets sida i samlevnadsfrågor är ju principiellt något som skulle kunna gå mycket längre, i vart fall om libertarianerna skulle få som de vill.

Deras ideala lösning är förstås att helt privatisera äktenskapet och låta människorna lösa sina varierande samlevnadsfrågor genom privata avtal. Också tre personer kan väl samtycka till att gifta sig med varandra. Ja, en person kan väl få gifta sig med sig själv. Om nu någon ställer upp på att förrätta ceremonin.

En sådan argumentation kan i förstone förefalla absurd och irrelevant. Men tänk då på att det var några remissinstanser i det svenska lagstiftningsärendet 2009 om ingående av äktenskap som varnade för framtida konsekvenser om könsneutrala äktenskap skulle införas i Sverige. Några religiösa remissinstanser framhöll då att en utvidgning av äktenskapsbegreppet till att innefatta samkönade par skulle kunna leda till krav på ytterligare ändringar, t.ex. att ”syskon av samma kön eller månggifte ska godtas.” – Det första ledet i det citerade uttalandet är språkligt sett något oklart – men det är väl en oro för bl.a. samkönade syskonäktenskap som avses.

Så låtsad neutralitet ska vi inte gå på. Den amerikanske rättsfilosofen Michael Sandel, *Justice – What’s the right thing to do?*, 2009, uttrycker det så här med den i USA djupt splittrade abortfrågan som exempel:

Those how would defend the right of women to decide for themselves whether to terminate a pregnancy should engage with the argument that the developing fetus is equivalent to a person, and try to show why it is wrong. It is not enough to say that the law should be neutral on moral and religious questions. The case for permitting abortion is no more neutral than the case for banning it. Both positions presuppose some answer to the underlying moral and religious controversy.

Lagstiftande politiker har till uppgift att uttrycka sina värderingar och de är ansvariga inför väljarna för dessa när de går till val och riskerar att röstas bort.

2 Värderingar och domare

Men hur är det med domarna? De står inte till svars inför väljarna. I stället avgränsas domarens uppgift genom det konstitutionellt grundade kravet på lagbundenhet. I Montesquieus värld betydde det att domaren tjänstgjorde som "lagens mun" och strikt uttalade endast dess innehåll genom domen. Men hur skulle det kunna förenas med de krav på upplysning och humanitet som snart ställdes på rättskipningen? Och inte heller då kunde väl domarskönet undvaras? Därför utvecklades en lagstiftningsteknik med begrepp och avvägningsnormer samt med ett latitudsystem i straffrätten, som gav domaren ett tolknings- och bedömningsutrymme inom lagens ramar. Hos oss hölls sedan rättighetstänkande och naturrättsliga föreställningar tillbaka i Uppsalaskolans anda. Men den skolan inspirerade till utvecklingen av den teleologiska lagtolkningsmetoden.

En strikt rättspositivism förenad med ett omfattande användande av lagförarbeten och en idé om bundenhet till dessa samt utrymme för ändamålstolkning på objektiva grunder blev den modell som under den andra hälften av 1900-talet har präglat den svenska domaren. Detta har varit framgångsrikt. Domarens har i denna ordning inte förväntats uttrycka sina egna värderingar och uppgiften har framstått som i hög grad rättsteknisk.

Nu i början av 2000-talet har det tillkommit några faktorer som påverkar och kanske förändrar domarens uppgift. Jag ska inte utveckla detta här utan bara erinra om slagorden "europeisering" och "judikalisering" som också kan belysas med geografiska begrepp: Luxemburg och Strasbourg. Härmed kommer bl. a. en ökad tonvikt på rättighetsfrågor och överordnade eller allmänna rättsliga principer.

Den här förändringen speglas också av ett ökat intresse av att söka formulera värden utifrån föreställningar om samhällets och medborgarnas förväntningar på en domare. Ett exempel är en rapport 2009-2010 från European Network of Councils for the Judiciary (ENCJ); dvs. ett nätverk för domstolsverk och andra nationella domstolsorganisationer inom EU som har ansvar för att stödja en oberoende rättskipning. Här framhålls värden för en domare såsom oavhängighet, integritet, opartiskhet samt respekt och förmåga att lyssna men också dygder som bidrar till förtroendet för rättsväsendet såsom vishet, humanitet och kurage.

Domaren utövar makt och den ansvarsfulla uppgiften framstår mot den

här bakgrunden som alltmer betydelsefull och svår. Gränsdragningen mellan politik och juridik, lagstiftaruppgift och rättstillämpningsuppgift framstår som allt viktigare och känsligare. Föreställningen om domaren som en ren tekniker, eller med skämtsamma eller vanvördiga ord ”den värdelöse domaren”, framstår som alltmer verklighetsfrämmande. Medborgarna kräver mer av sina domare. Men vill de ha domare med ”väl utvecklade moraliska kompasser”?

Under förutsättning att det begränsas med kravet på att domaren håller sina subjektiva eller privata värderingar utanför sin rättstillämpning och agerar objektivt inom lagens ram kan sådana domare framstå som önskvärda. Men det gäller att se upp. Christina Ramberg uttrycker varningen så här i uppsatsen *Avtal om abort – Pactum turpe?*, i *Avtalslagen 90 år, 2005*:

Om våra folkvalda anser att avtal om abort med ekonomisk kompensation skall förbjudas bör förbudet införas genom lagstiftning och inte genom att enskilda domare pådyvlar hela svenska folket sin egen moraluppfattning med en oflexibel avvisningssanktion.

3 Allmänt om målet om ett abortavtal

Detta generella uttalande har viss utgångspunkt i ett enda specifikt rättsfall från Svea hovrätt, refererat som RH 2004:41 och som tas upp i hennes uppsats. Jag deltog i hovrättens avgörande och anser för min del inte att domstolens ledamöter här sysslade med något ”pådyvlade av egen moraluppfattning”. För att tala i egen sak och naturligtvis endast för mig själv menar jag i stället att det här är fråga om en rättstillämpning grundad på objektiva värderingar med stöd i rättsordningen även om det inte finns någon uttrycklig lagbestämmelse som är omedelbart tillämplig på situationen.

I rättsfallet uppkommer frågan hur en domstol förhåller sig till en tvist där en fråga om god sed i vårt samhälle kommer upp och där domaren har att behandla detta begrepp. Jag vill därför i det följande redovisa domskälen i hovrättens avgörande och sedan ytterligare kommentera dessa.

Helt kort handlar rättsfallet om en kvinnas anspråk i målet på en man att uppfylla en ingången ekonomisk förpliktelse grundad på att hon förbundit sig att utföra en abort. Mannen gjorde nu invändning om *pactum turpe*, dvs. att kvinnans fordran inte var av karaktär att kunna prövas rättsligt, eftersom den stred mot goda seder. Han yrkade därför att målet skulle avvisas. Tingsrätten fann att målet skulle prövas i sak, vilket fordrade framläggande av bevisning etc. Hovrätten avvisade målet, sammanfattningsvis såsom stridande mot goda seder. Högsta domstolen medgav inte prövningstillstånd.

Det bör nämnas att kvinna krävde betalning på grund av ett skuldebrev

som mannen ställt ut på 25 miljoner kronor och att mannen ifrågasatte om aborten faktiskt hade ägt rum. Kvinnan anförde att den genomförts i USA. Av handlingarna i målet framgår också att det inte var stridigt mellan parterna att en abort, genomförd vid den av kvinnan angivna tidpunkten, inte längre var möjlig att genomföra i Sverige; därmed åsyftas tillståndskravet för abort efter utgången av den adertonde graviditetsveckan, jfr 3 § abortlagen (1974:595).

4 Några referenser

I hovrättens domskäl finns hänvisningar till doktrin och rättspraxis i fråga om pactum turpe. Till dessa hänvisningar bör här läggas endast referenser till, förutom Christina Rambergs nämnda artikel, Peter Westberg, Ett fall om kärlek och pengar – Om pactum turpe och alldeles för långa och krokiga vägar till beslut om att vägra rättskipning, i Festskrift till Rune Lavin, 2006, samt Torbjörn Ingvarsson, Spel och osedliga avtal, SvJT 2004 s. 739 och Pengar luktar inte – eller gör de det?, SvJT 2011 s. 1019.

5 Hovrättens domskäl i abortmålet

Här redovisar jag hovrättens domskäl steg för steg. Kvinnan kallas här A. och mannen B. Domskälen anges in extenso här med styckena nummerade. Några synpunkter och allmänna kommentarer följer sedan i avsnitt 6.

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

2. Av rättspraxis framgår att en talan i anledning av en tvist om ett avtal i undantagsfall kan avvisas, därför att sökandens anspråk inte sanktioneras av rättsordningen och domstolen av denna anledning vägrar att ta befattning med det framställda yrkandet. En avvisning på sådan grund förutsätter att avtalets innehåll är av otillbörlig karaktär och att detta uppenbart framgår antingen av grunderna för yrkandet eller av utredningen i målet. Som ytterligare förutsättning för att talan skall kunna avvisas gäller, att det måste stå klart att avtalet är ogiltigt och saknar rättsverkan, därför att det strider mot lag eller goda seder (se NJA 1992 s. 299 och NJA 1997 s. 93).

3. I svensk rätt saknas allmänna regler om ogiltighet av avtal som strider mot lag eller goda seder. Det har i stället överlämnats till domstolarna att efter omständigheterna i det särskilda fallet avgöra om ett avtal skall

anses ogiltigt enligt allmänna rättsgrundssatser och svensk rätt har därvid intagit en liberal hållning till avtal som strider mot lag eller goda seder (se Axel Adlercreutz, *Avtalsrätt I*, 12 uppl. 2002, s. 287 f.). Frågan huruvida ett sådant avtal är ogiltigt får avgöras i varje uppkommande typfall efter en analys av syftet med förbudet, konsekvenserna av en ogiltighetspåföljd och behovet av en sådan påföljd (se Kurt Grönfors, *Avtalslagen*, 3 uppl. 1995, s. 181, samt – beträffande överträdelser av lagregler – NJA 1997 s. 93 och 2002 s. 322).

4. Det finns inte i abortlagen (1974:595) eller eljest i svensk lagstiftning någon uttrycklig bestämmelse som förbjuder avtal om avbrytande av havandeskap mot ersättning. Den överenskommelse som A. och B. har träffat och som kommit till uttryck i den utfärdade reversen strider således inte mot någon lagregel. Frågan är i stället om överenskommelsen står i strid med vedertagna moralnormer och goda seder på ett sätt som gör att den också får anses ogiltig och inte skall åtnjuta rättsordningens skydd.

5. Den abortlagstiftning som gäller nu bygger på den grundläggande tanken att en kvinna har en principiell rätt att själv välja om hon vill fullfölja en graviditet eller avbryta den. Emellertid är också det livsdugliga fostrets rätt till liv ett enligt lagstiftningen erkänt intresse. Lagstiftningen speglar därmed en konflikt mellan kvinnans intressen och fostrets intressen när frågan om att avbryta ett havandeskap aktualiseras. Den kvinna som överväger om hon skall genomföra en abort ställs inför en svår beslutssituation och hon måste ta personlig ställning till hur hon ser på denna intressemotsättning. Det ter sig helt främmande ur ett etiskt perspektiv och i strid med de värderingar som ligger till grund för lagstiftningen att låta en fråga om ekonomisk ersättning för ingreppet få inverka på det val som kvinnan måste göra.

6. Det finns i annan lagstiftning uttryck för närliggande värderingar. I 4 kap. 6 § andra stycket föräldrabalken stadgas att adoptionsansökan inte får bifallas, om det från någon sida har getts eller utlovats ersättning eller om det har avtalats om bidrag till barnets underhåll. I samma paragrafs tredje stycke stadgas också att ett avtal om ersättning är utan verkan. I förarbetena till lagen (1995:831) om transplantation m.m. talas om en självklar och grundläggande etisk princip om att en människas kroppsliga integritet inte får göras till föremål för köpsläende (se prop. 1994/95:148 s. 51 f.). Denna princip har kommit till direkt uttryck i 15 § transplantationslagen, som förbjuder kommersiell hantering av biologiskt material. Den finns för övrigt uttryckt även i den s.k. bioetikkonventionen (se betänkandet *Genetik, integritet och etik*, SOU 2004:20, s. 91 ff. och 343 ff.).

7. En prövning av A:s anspråk, som avser en ersättning för avbrytande av havandeskapet, skulle således innebära att rättsordningen medverkade

till att de etiska och medicinska överväganden som bör föregå ett beslut om utförande av abort reducerades till en fråga om ekonomisk ersättning för själva ingreppet. En sådan ordning är inte förenlig med de grundläggande etiska värden som svensk rätt vilar på.

8. Mot bakgrund av det anförda får det enligt hovrättens mening anses uppenbart att den revers som A. 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. Det förhållandet att B. har bestritt att förutsättningen för betalningsskyldighet är uppfylld föranleder inte någon annan bedömning av frågan om saken skall tas upp till prövning. På grund härav, och då A:s talan inte avser en reell och seriös tvist och således inte omfattas av rätten till domstolsprövning enligt artikel 6 i Europakonventionen, skall A:s käromål avvisas.

6 Några kommentarer i anslutning till domskälen

Frågan om ett avtal strider mot goda seder kan processuellt behandlas på två sätt. De begränsade förutsättningarna för att avvisningssanktionen ska kunna tillämpas tas upp i domskälens punkter 2 och 3. Om inte dessa förutsättningar föreligger ska målet prövas i sak och anspråket gillas eller ogillas av domstolen. Det anses möjligt att då kunna tillämpas den s.k. stora generalklausulen i 36 § avtalslagen om oskäligen avtalsvillkor där sanktionen ytterst kan bli jämkning till noll. I Fitgers Kommentar till Rättegångsbalken 13:12 ff. behandlas frågan om förbud mot talan i pactum turpe-fall. Där nämns att det numera inte behöver skilja så mycket när det gäller själva handläggningen av ogiltighetsfrågan mellan besluten om avvisning och ogillande.

Rättsutvecklingen i frågan om utrymmet för avvisning på grund av pactum turpe går troligen mot en alltmer restriktiv hållning. Men det kan här finnas anledning att nämna att HD i det i punkt 2 nämnda rättsfallet NJA 1992 s. 299 inledningsvis har uttalat att en särskild överenskommelse som *direkt* (min kurs.) syftar till att skatt ska undandras genom oriktig uppgift till skattemyndigheterna får anses civilrättsligt ogiltig enligt allmänna rättsgrundsatser. Därefter fann dock HD på anförda skäl inte anledning att tillämpa avvisningssanktionen i det aktuella fallet.

Peter Westberg pekar i sin uppsats på att HD i 2002 års fall, se punkt 3, lanserat en behovs- och konsekvensanalys där syftet bakom en lagstiftning, behovet av en avvisningspåföljd för att sanktionera lagstiftningen och olika konsekvenser som avvisningspåföljden kan medföra läggs till grund för bedömningen i avvisningsfrågan. Därmed krävs enligt Westberg ingående och komplicerade tankeoperationer av huvudsakligen materiellt rättsliga

faktorer för att avgöra avvisningsfrågan. – Häri ligger naturligtvis att en spänning kan uppkomma i förhållande till det uppställda kravet på att det otillbörliga syftet med avtalet *uppenbart* (min kurs.) ska framgå.

Vid en överenskommelse om skatteundandragande är det liksom i ett fall med abortavtal fråga om ett kontrakt som inte endast har en civilrättslig dimension utan det finns också en tvingande och begränsande *offentlig-rättslig* (min kurs.) reglering som parterna har att i någon mening förhålla sig till. Det kan ge anledning till synpunkten, att när en offentligrättslig reglering berörs framstår domstolens skyldighet att ex officio bedöma om avvisningssanktionen ska tillämpas som starkare motiverad än när fråga är om ett kontrakt med endast renodlat civilrättsliga verkningar. I vart fall kan man väl säga att en behovs- och konsekvensanalys då kan medföra att allmänna intressen kan väga tyngre än den obilliga konsekvensen av en avvisning, nämligen att en part först ingår en förpliktelse och sedan slipper undan den.

I det följande kommer dock inte dessa frågor att kommenteras vidare. Här är huvudsaken inte avvisning eller ogillande. I stället behandlas frågan om vilka skäl som kan ha betydelse för frågan om ett abortavtal strider mot goda seder eller inte.

I punkt 4 av domskälen sker avstampet till behandlingen av den frågan. Vi har att göra med ett fall där någon uttrycklig lagbestämmelse som besvarar frågan inte finns. I stället uppkommer frågan om det finns någon allmän rättsgrundsats som ger svaret.

Det är i punkt 5 som kärnan i problemet behandlas. Hovrätten gör uttalanden om de syften och värderingar som ligger bakom abortlagstiftningen och de intressekonflikter som fordrar en bedömning. Domstolen har naturligtvis inte tagit denna redovisning ur luften utan uttalandena har sin grund i lagstiftningen och dess förarbeten. I 3 § abortlagen stadgas att abort efter utgången av den artonde havandeskapsveckan fordrar Socialstyrelsens tillstånd. Därvid får inte tillstånd lämnas om ”det finns anledning antaga att fostret är livsdugligt”. Den intressemotsättning som här föreligger behandlades ytterligare i förarbetena till 1995 års ändringar i abortlagen av regeringen, som i ett uttalande ansluter sig till ett resonemang fört av Medicinsk-etiska rådet när det gäller synen på fostrets respektive kvinnans intressen och där regeringen således anser ”att fostret har rätt till skydd under sin utveckling men att denna rätt måste vägas mot moderns rätt till självbestämmande” (prop. 1994/95:142 s. 16). Även i Europadomstolens praxis har denna princip där ett fostrets intresse som kan fordra olika avvägningar, erkänts. Och detta gäller inte bara i förhållandet mellan kvinnan och fostret. Så här uttrycks saken i punkt 80 i *VO v. Frankrike* (53924/00; dom den 8 juli 2004):

It follows from this recapitulation of the case-law that in the circumstances examined to date by the Convention institutions – that is, in the various laws on abortion – the unborn child is not regarded as a "person" directly protected by Article 2 of the Convention and that if the unborn do have a "right" to "life", it is implicitly limited by the mother's rights and interests. The Convention institutions have not, however, ruled out the possibility that in certain circumstances safeguards may be extended to the unborn child. That is what appears to have been contemplated by the Commission in considering that "Article 8 § 1 cannot be interpreted as meaning that pregnancy and its termination are, as a principle, solely a matter of the private life of the mother" (see Brüggemann and Scheuten, cited above, pp. 116–17, § 61) and by the Court in the above-mentioned Boso decision. It is also clear from an examination of these cases that the issue has always been determined by weighing up various, and sometimes conflicting, rights or freedoms claimed by a woman, a mother or a father in relation to one another or vis-à-vis an unborn child.

Bedömningen i punkt 5 om att ekonomisk kompensation för ett abortingrepp framstår som oetiskt och rättsstridigt underbyggs av det som följer i punkt 6. Där används, analogivis, som stöd lagregleringar på i viss mån närliggande områden, adoption av barn och transplantation av kroppsdelar. Här finns uttryckliga förbudsregler mot ekonomisk ersättning. Det bör nämnas att dessa förbud gäller adoptionsåtgärden eller transplanterade organ som sådana. Syftet med reglerna i föräldrabalken om ersättning för adoption är inte att förhindra betalning av befogade kostnader t.ex. för intyg av myndighet, ersättning för en rimlig del av barnhemmets löpande kostnader etc.

Det får dock antas att det också *i anslutning till* (min kurs.) en abort, även om den offentliga sjukvårdens resurser här står till disposition i Sverige, kan uppkomma ekonomiska behov till stöd för en kvinna i en svår situation som rimligen, skäligen och i begränsad utsträckning bör kunna ersättas av mannen utan att därmed kvinnans beslutsfattande i frågan om avbrytande av havandeskapet eller inte kan anses ha påverkats otillbörligt. Då handlar det inte om en ersättning för ingreppet som sådant. En rättslig tvist om ett sådant annat anspråk måste rimligen kunna prövas i sak.

I punkterna 7 och 8 dras slutsatserna av de tidigare leden i domskälen.

7 Slutord

Hovrätten behandlade detta specifika och sannolikt mycket ovanliga fall och kom, enligt min mening, till sin mycket bestämda slutsats med sedvanliga rättsliga analysmetoder. I den mån det i domarbetet med målet tillförts värderingsunderlag har det varit byggt på sedvanligt och redovisat rättskällematerial.

Avgörandet har, som nämnts, diskuterats kritiskt i doktrinen med ett uttryckt önskemål om att HD borde ha gett prövningstillstånd i detta fall. Jag vill för min del ifrågasätta om detta fall verkligen lämpade sig för prejudikatbildning. Nu står det där som ett specifikt fall och med ett avgörande som refererats endast av hovrätten. Men därmed har det också kunnat uppmärksammas. Jag vet att rättsfallet tas upp i juristutbildningen.

En svår fråga kvarstår kanske hos läsaren. Har förekomsten av en synnerligen stor penningssumma någon relevans när en sådan här fråga ska avgöras i domstol? Kanske en jurist som sysslar främst med avtalsrätt kan vara benägen att svara nej på den frågan. Medborgarna ska ju ha sin rätt till avtalsfrihet. Men läggs också ett offentlighetsrättsligt perspektiv på saken (jfr ovan) och tillförs också andra centrala värden nedlagda i vår rättsordning blir svaret måhända ett annat om hur en domare bör handla. Mot avtalsfriheten står faktiskt att allt inte kan säljas och köpas för pengar. Så måste det vara i rättsordningen, åtminstone ska det vara så om vi vill leva i ett gott samhälle.