

Egendomsförhållanden i internationella äktenskap

Om frihet att avtala om tillämplig lag samt om lagvalsfrihetens risker för make och borgenär

Av docent MAARIT JÄNTERÄ-JAREBORG

Alla som flyttar ut ur landet bör uppmanas att komma överens om vad som skall gälla innan själva utflyttningen sker. *Utlandssvenskarnas förening*

Ett avtal om tillämplig lag skall slutas mellan två jämstarka parter i en situation där man inte riskerar ett utnyttjande från någon av parterna. *Lunds domkapitel*

1. Inledning

Ingen torde ha undgått att märka hur internationella familjeförhållandena i Sverige blivit. Svenska medborgare flyttar utomlands, utländska medborgare slår sig ner i Sverige. Antalet utlandssvenskar i betydelsen svenska medborgare bosatta utomlands är ovisst, men torde överstiga 100 000 personer.¹ Många av dem är gifta med utländska medborgare. Vad antalet "utlänningar" i Sverige beträffar, brukar man räkna med drygt en miljon invånare med utländska rötter,² medan antalet utländska medborgare bosatta i Sverige uppgår till cirka en halv miljon personer.³ Många av de utländska medborgarna i Sverige har ingått äktenskap med en svenskfödd partner,⁴ men det finns också ett stort antal äktenskap

¹ Ingen statistik lär finnas tillgänglig om det totala antalet svenska medborgare bosatta utomlands. Enligt en undersökning utvandrade 104 200 svenska medborgare åren 1968–1982 varav 40 % återvände till Sverige inom samma period. Uppgifter saknas från tiden före 1968. Se SOU 1984:11, s. 205.

² Prop. 1989/90:87, s. 8. Denna grupp består av personer som själva eller vars föräldrar eller far- eller morföräldrar kommit till Sverige under efterkrigstiden.

³ Den 31 december 1991 uppgick antalet utländska medborgare bosatta i Sverige till 493 848 personer, dvs. 5,7 % av en befolkning på totalt 8 644 119 personer.

⁴ Enligt Statistiska Centralbyråns skrift Familjförändringar kring 1990, Statistiska meddelanden, 1993, fanns det år 1990 två miljoner kärnfamiljer i Sverige. Av dessa var 119 000 s. k. invandrarfamiljer i betydelsen att båda parterna var födda utomlands och 176 000 familjer, där den ena parten var svenskfödd och den andra utomlands född. I dessa siffror ingår både gifta och ogifta sammanboende par. Tabell 28:1 (sammanboende par, fördelning på kvinnans och mannens födelseland) i samma studie ger vid handen att det år 1990 fanns 139 000 gifta par där ena maken var född i Sverige, den andra född utomlands. Makarnas nuvarande medborgarskap framgår emellertid inte. Att observera är att lag (1990:272) om vissa internationella frågor rörande makars förmögenhetsförhållanden förutsätter att det rör sig om *makar*, dvs. personer som är eller varit gifta med varandra. Lagen omfattar således inte internationella samboförhållanden, men det är inte uteslutet att lagens regler ändå i stor utsträckning skulle kunna tillämpas analogt på dessa. Se också SOU 1987:18, s. 45.

där båda makarna är utländska medborgare.⁵ Enligt senaste skilsmässostatistik är skilsmässofrekvensen högre bland invandrare än i äktenskap mellan två svenskfödda makar.⁶

Mot denna bakgrund måste lagen (1990:272) om vissa internationella frågor rörande makars förmögenhetsförhållanden (nedan kallad för *LIMF*) betraktas som ett praktiskt sett mycket viktigt regelverk. Lagen gäller för makar som genom sitt hemvist, medborgarskap eller förmögenhet har anknytning också till något annat land än Sverige. Fråga är om autonom svensk lagstiftning, dvs. lagstiftning som inte grundar sig på en av Sverige ratificerad internationell konvention, varför lagen har full genomslagskraft endast i Sverige. Den har störst betydelse när makarna har hemvist i Sverige, men är av intresse även för svenska medborgare bosatta utomlands, särskilt om de har egendom i Sverige.

I lagen regleras svensk domstols behörighet att uppta frågor rörande makars förmögenhetsförhållanden och frågan om tillämplig lag för dessa. Lagen saknar däremot bestämmelser om erkännande av utländska avgöranden, vilket kan betraktas som en brist.⁷ Eftersom svensk rätt kännetecknas av stor restriktivitet vad gäller erkännande av utländska avgöranden utan stöd i lag, finns det en risk att svenska avgöranden enligt LIMF inte heller kommer att gälla utomlands när reciprocitet tillmäts betydelse. Resultatet kan bli kolliderande avgöranden från olika stater angående samma egendom.

2. Äldre reglering

Regleringen i LIMF avviker på mycket väsentliga sätt från vad som gällde enligt lagen (1912:69) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskaps rättsverkningar (*IÄR*). Denna lag upphörde att gälla den 1 juli 1990 då LIMF trädde i kraft. Således är makar, som ingick äktenskap medan den äldre regleringen gällde, numera underkastade bestämmelserna i LIMF. Enligt övergångs-

⁵ Den ovan i not 4 nämnda tabellen ger vid handen att det fanns 105 000 gifta sammanboende par där båda parterna var födda utomlands. Makarnas nuvarande medborgarskap framgår inte.

⁶ Se tabell 28:3 (isärflyttning och dödsfall bland sammanboende par, fördelning på kvinnans och mannens födelseland) i den i not 4 nämnda studien. Enligt Statistiska Centralbyråns pressmeddelande 1993-08-04, nr 1993:183, hade familjer från Sydamerika och Afrika dubbelt så hög separationsfrekvens som svenska familjer. Familjer där mannen var svenskfödd visade sig hålla bättre än invandrarfamiljer. Äktenskap och samboförhållanden mellan invandarmän och svenska kvinnor var däremot inte lika hållbara.

⁷ Departementschefen ansåg att det i och för sig hade varit önskvärt att även erkännandefrågan reglerats i lagen. På grund av dennas nära samband med erkännandefrågor på andra familjerättsområden, fick dess reglering dock anstå till en mer omfattande lagreform inom den internationella familjerätten. Se prop. 1989/90:87, s. 12.

bestämmelserna i LIMF skall dock äldre bestämmelser tillämpas, om talan om makars förmögenhetsförhållanden väckts före lagens ikraftträdande (4 p.). De äldre bestämmelserna skall också tillämpas vid bodelningen, när en för bodelning avgörande tidpunkt inträtt före ikraftträdandet (5 p.).⁸ Det senare undantaget kan komma att ha praktisk betydelse ett bra tag framöver, särskilt när äktenskapet upplösts genom ena makens död.⁹ Viktigt är vidare att en giltig rättshandling rörande makars förmögenhetsförhållanden inte förlorar sin giltighet genom den nya lagen (6 p.).¹⁰

Huvudregeln enligt IÄR var tillämpning av lagen i det land där mannen var medborgare vid äktenskapets ingående: "I brist av avtal bestämmas äktenskapets rättsverkningar i fråga om makars förmögenhetsförhållanden, i vad gäller såväl fast som lös egendom, av lagen i den stat, mannen vid tiden för äktenskapets ingående tillhörde. Ändring, som under äktenskapet skett beträffande makarnas eller enderas medborgarrätt, vare utan verkan i avseende, varom nu är sagt." (1 § 2 p.) Lagen i den stat mannen tillhört vid vigseln gällde under hela äktenskapet och bestämde också över egendomens fördelning vid bodelning. Makarna fick dock avtala om tillämpning av en annan stats lag om ett sådant avtal var tillåtet enligt lagen i det land där mannen var medborgare vid äktenskapets ingående, eller om avtalet ingicks under äktenskapet, enligt lagen i det land där båda makarna var medborgare (1 § 5 p.).¹¹ Svensk rätt synes ha sanktionerat en viss

⁸ Detta gäller dock inte frågor om bodelningens form eller frågor som avses i 6 § LIMF (tillämplig lag för bodelningsförfarandet), som således är underkastade de nya reglerna.

⁹ Komplicerade situationer kan uppstå särskilt i barnlösa äktenskap om exempelvis den avlidne maken, i det här fallet äkta mannen, var svensk medborgare vid sin bortgång men hade ingått äktenskap som utländsk medborgare. I så fall har kvarlåtenskapen i enlighet med 1 kap. 1 § i lagen (1937:81) om internationella rättsförhållanden rörande dödsbo, enligt vilken arvsstatutet är lagen i det land där den avlidne var medborgare, och 3 kap. 1 § ärvdabalken tillfallit den efterlevande maken. Förmögenhetsförhållandena i äktenskapet var emellertid enligt 1 § 2 p. IÄR underkastade lagen i det land där mannen var medborgare vid äktenskapets ingående. Vid förverkligandet av sekundosuccessorernas arvsrätt, när även den längstlevande maken gått bort, kan man långt framöver behöva först genomföra en bodelning i enlighet med den av 1 § 2 p. IÄR angivna lagen.

¹⁰ Observera, å andra sidan, att enligt departementschefen blir äldre rättshandlingar, som var ogiltiga när de företogs, inte giltiga även om de står i överensstämmelse med den nya lagen. De behåller med andra ord sin ogiltighet. Prop. 1989/90:87, s. 62. Med hänsyn till den föråldrade regleringen i IÄR och att lagen endast kunde tillämpas såsom "uttryck för allmänna internationellt privaträttsliga grundsatser" — se nedan not 13 — kan man ifrågasätta om det är meningsfullt att tolka övergångsbestämmelserna på detta sätt. Det är dessutom oklart var gränsen enligt tidigare gällande svensk internationell privaträtt gick för makars avtalsfrihet.

¹¹ Om tolkningen av 1 § 5 p. IÄR, se Jänterä-Jareborg, Partsautonomi och efterlevande makes rättsställning. En internationellt-privaträttslig studie, 1989, särskilt s. 281–283 och där angivna hänvisningar.

avtalsfrihet,¹² men det förblev oklart hur omfattande avtalsmöjligheterna var.

Under årens lopp utsattes reglerna i IÄR för allt hårdare kritik.¹³ Man fann lagen strida mot en modern syn på äktenskapet och strävandena mot jämställdhet mellan makar. Lagen tycks visserligen inte ha inneburit större problem i fråga om svenska makar bosatta utomlands — svensk lag fortsatte ju att vara tillämplig även efter ett hemvistbyte¹⁴ — men medförde mindre lyckade resultat i äktenskap där makarna var av olika medborgarskap.

Särskilt stötande upplevdes lagens tillämpning vara i äktenskap mellan svensk kvinna och utländsk man, när makarna var bosatta i Sverige. Man beförde dessutom att tillämpning av lagen i den stat mannen tillhört vid äktenskapets ingående ofta skulle komma som en total överraskning för makarna och upptäckas först vid bodelning. Vad förhållandet till tredje man beträffar kunde utländsk lag (och utomlands ingångna avtal om den äktenskapliga förmögenhetsordningen) åberopas mot honom endast under förutsättning att den utländska lagens (avtalets) tillämplighet skriftligen anmäls hos rätten (2 § IÄR). Eftersom en sådan anmälan i regel försumades blev följden att svensk lag gällde i makars förhållande till tredje man, medan utländsk lag var tillämplig makarna emellan.¹⁵ IÄR saknade bestämmelser om domsrätt och om erkännande av främmande avgöranden.

Det kommer att framgå av den efterföljande framställningen att LIMF i många hänseenden innefattar en väsentligen annorlunda reglering. I stället för nationalitetsprincipen och principen om egendomsstatutets oföränderlighet, dvs. att tillämplig lag bestäms

¹² Se NJA 1970 s. 420, NJA 1982 C 25 och NJA 1987 s. 815.

¹³ Särskilt problematiskt med IÄR blev med åren att lagen inte var direkt tillämplig i något fall. Lagen införlivade en Haagkonvention från 1905 med svensk rätt och skulle enligt sin ordalydelse tillämpas endast om regeringen under förutsättning av ömsesidighet förordnat om dess tillämpning i förhållande till ett visst land, dvs. en annan konventionsstat. Konventionen uppsades av Sverige år 1960 med verkan från 23 augusti 1962. Förordnandena om lagens tillämpning upphävdes genom förordning 1977:802. Trots detta fortsatte IÄR att spela en roll i rättspraxis. När fråga var om makars förmögenhetsförhållanden ansågs lagen vara tillämplig såsom uttryck för "allmänna internationellt privaträttsliga grundsatsar". Se NJA 1970 s. 420 och NJA 1982 C 25. Se närmare om denna problematik, Jänterä-Jareborg (not 11), s. 275–280.

¹⁴ Det har varit en allmän trosföreställning i Sverige att utomlands bosatta svenska medborgare vill vara underkastade den svenska lagen i sina person- och familjerättsliga förhållanden. Som skäl brukar anges bl. a. att svensk rätt kommit långt på familjerättens område vad jämställdhet beträffar och att svenska medborgare utomlands känner sig trygga i medvetande om att svensk lag gäller. Så resonerade exempelvis Fredrika Bremer-förbundet i sitt remissyttrande angående familjelagssakkunnigas förslag i SOU 1987:18 (Internationella familjerättsfrågor). Prop. 1989/90:87, s. 75 (sammanställning av remissvaren).

¹⁵ I utomprocessuell bodelningspraxis tycks bodelningen dock i regel ha grundats på svensk lag, antingen av okunskap om reglerna i IÄR eller p. g. a. en överenskommelse mellan parterna.

med hänsyn till omständigheterna vid äktenskapets ingående, gäller frihet för makar att avtala om tillämplig lag (s. k. partsautonomi). Om tillämplig lag inte bestämts genom avtal, gäller lagen i det land där båda makarna har sitt hemvist. Lagreformen har påtagligt utvidgat svensk lags tillämplighet i alla de fall där makarna, oavsett medborgarskap, har hemvist i Sverige. För utlandssvenskarna, däremot, innebär lagreformen att de numera enligt svensk rätt i sina äktenskapsförmögenhetsrättsliga relationer anses vara underkastade den utländska hemviststatens lag, om de inte avtalar om annat.

3. Uppsatsens syfte och uppläggning

Syftet med denna uppsats är att fästa uppmärksamhet vid 1990 års lag, särskilt vad gäller makars rätt enligt lagen att avtala om tillämplig lag för förmögenhetsförhållanden i äktenskap. Enligt denna lag gäller avtalsfrihet (lagvalsfrihet, partsautonomi) som huvudregel. Mycket talar för att parterna i s. k. internationella äktenskap bör göra bruk av rätten att avtala om tillämplig lag. Å andra sidan är ett avtal om tillämplig lag en rättshandling med mycket långtgående följder, vilket aktualiserar frågan om en makes och tredje mans rättsskydd mot avtalets verkningar. Denna fråga har särskild relevans när i Sverige bosatta makar avtalar om tillämpning av en främmande stats lag som innehållsmässigt klart avviker från svensk rätt.

Enligt min mening är lagvalsfrihetens fästande i lag en klar förbättring jämfört med äldre rätt där lagvalsfriheten och framför allt dess räckvidd förblev oklar. Avtalsfrihetens omfattning enligt LIMF får i sig betraktas som invändningsfri: Makarna får endast avtala om tillämpning av lagen i en sådan stat där någondera av dem är medborgare eller har sitt hemvist, när avtalet ingås. Däremot är jag skeptisk mot att skriftlighet är det enda krav som ställts i fråga om avtalets giltighet till formen. Det är här en fara ligger att lagvalsfriheten på olika sätt missbrukas. Det finns inte heller någon kontroll eller insyn över vad som överenskomms makarna emellan.

Eftersom LIMF varit i kraft knappt fyra år, finns det endast begränsad erfarenhet om hur lagen fungerar i de äktenskap den avser att reglera. Det finns, exempelvis, ännu inte tillgång till publicerade HD- eller hovrättsavgöranden där lagen tillämpats. För att få en uppfattning om vilken roll avtalsfriheten hittills spelat i form av registrerade äktenskapsförord har jag gått igenom bouppteckningsprotokollen vid Uppsala tingsrätt från och med den 1 juli 1990, då lagen trädde i kraft, till och med den 30 juni 1993. Jag

redogör för resultaten av denna genomgång i lämpliga sammanhang i uppsatsen.

I den följande framställningen innehåller avsnitt 4 en kort presentation av vilka frågor som regleras i LIMF. De nästföljande avsnitten 5–7 utgör uppsatsens kärna. Här studeras avtalsfrihetens innebörd, dess för- och nackdelar, begränsningar enligt LIMF i utländsk lags tillämplighet och inte minst vad de låga formkraven kan få för följder. Uppsatsen avslutas med diskussion om huruvida informationen om lagen varit tillräcklig (avsnitt 8).

4. Lag (1990:272) om vissa internationella frågor rörande makars förmögenhetsförhållanden — en kort presentation

LIMF består av femton paragrafer som, pedagogiskt, är inordnade under fem olika rubriker.

Lagens tillämpningsområde slås fast i 1 § LIMF:

”Denna lag är tillämplig på frågor om makars förmögenhetsförhållanden som har anknytning till en främmande stat. Lagen gäller dock inte i den mån något annat följer av en annan lag.”

Vad som avses med makars förmögenhetsförhållanden definieras klokt nog inte, eftersom uppfattningen härom varierar en hel del inom olika rättsordningar. Viss vägledning hittar man dock i propositionen.¹⁶ Till den äktenskapliga förmögenhetsrätten anges, typiskt sett, höra indelningen av makars egendom i olika kategorier för vilka det under äktenskapet gäller särskilda bestämmelser om rådighet, förvaltning och skuldansvar samt regler som är bestämmande för det materiella utfallet vid en bodelning eller en motsvarande uppgörelse enligt en utländsk lag. Det påpekas att gränsdragningsproblem kan uppstå när det gäller avtal mellan makar,¹⁷ underhåll till make när en make i samband med skilsmässa skall utge ett engångsbelopp till den andra maken enligt en utländsk lag¹⁸ samt när det gäller förhållandet mellan materiell

¹⁶ Prop. 1989/90:87, s. 34–35.

¹⁷ Enligt svensk rätt anses makar kunna träffa två sorters förmögenhetsrättsliga avtal med varandra: dels familjerättsliga avtal, såsom äktenskapsförord och avtal om bodelning, dels allmänna förmögenhetsrättsliga avtal, såsom avtal om köp. Mellan de båda huvudgrupperna går inte någon tydlig gräns. Ett avtal anses också kunna ha delad karaktär, så att det betraktas delvis som ett familjerättsligt avtal och delvis som ett allmänt förmögenhetsrättsligt avtal. Se prop. 1989/90:87 s. 34; Agell, Äktenskaps- och samboenderätt enligt 1987 års lagstiftning, tredje upplagan, 1989, s. 76. — Detsamma torde gälla enligt de flesta rättsordningar, låt vara att de familjerättsliga restriktionerna (modifikationerna) rörande makars avtalsfrihet kan avvika en hel del från den svenska rätten.

¹⁸ ”Tvekan kan då råda om detta belopp skall anses som ett engångsunderhåll och följa de internationella reglerna om underhåll eller om det avser en sådan utjämning av makarnas förmögenhetsförhållanden som skall följa bestämmelserna i förevarande lag. Avgörande för denna gränsdragning bör vara det huvudsakliga syftet med utbetalningen och de omständigheter under vilka den betalas ut. Grunderna för beräkningen

rätt och förfaranderegler.¹⁹ Som ytterligare ett exempel kan anges den i internationella förhållanden ofta besvärliga gränsdragningen mellan äktenskapsförmögenhetsrättsliga rättigheter och sådana rättigheter som endast en efterlevande make är berättigad till och som således har tydliga arvsrättsliga drag. Denna praktiskt sett viktiga fråga kommer i skymundan i LIMF, som visserligen är tillämplig på frågor rörande bodelning med anledning av en makes död men inte omfattar arvsrättsliga frågor. De arvsrättsliga frågorna skall i stället bedömas enligt lag (1937:81) om internationella rättsförhållanden rörande dödsbo.

LIMF gäller inte ”i den mån något annat följer av en annan lag”. Med denna begränsning i lagens tillämplighet vill man markera, att lagen inte påverkar bedömningen av sådana rättsförhållanden som regleras särskilt i den svenska internationella privaträtten.²⁰ I praktiken innebär detta framför allt att makars förmögenhetsförhållanden i *vissa internordiska förhållanden* är underkastade regleringen i förordningen (1931:429) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap, adoption och förmynderskap (nedan NÄF), i stället för LIMF.²¹ Begränsningen

av beloppets storlek får därmed stor betydelse. Det typiska för underhållet är att det syftar till att tillgodose mottagarens löpande försörjning genom att ersätta eller komplettera en inkomst. En ersättning som hänför sig till makarnas förmögenhetsförhållanden syftar däremot i princip till att åstadkomma en utjämning mellan makarna enligt grunder där försörjningsaspekten typiskt sett är av underordnad betydelse.” Prop. 1989/90:87, s. 35. — Det bör påpekas att EG-domstolen i Luxemburg i flera mål haft att ta ställning till gränsdragningen mellan makes rätt till underhåll och den äktenskapliga förmögenhetsrätten, när det gäller tillämpning av Brysselkonventionen om domstols behörighet och om verkställighet av domar på privaträttsens område. Denna konvention, som gäller mellan EG-staterna, omfattar nämligen underhållsfrågor men inte äktenskapsförmögenhetsrättsliga spörsmål. Se Pålsson, Luganokonventionen, 1992, s. 42–44. Av betydelse för Sveriges del sedan Luganokonventionen trädde i kraft i Sverige den 1 januari 1993 är att EG-domstolens avgöranden rörande den i sak huvudsakligen identiska Brysselkonventionens tolkning är att beakta vid Luganokonventionens tillämpning. Detta följer av de förklaringar som avgavs vid Luganokonventionens antagande och gäller avgöranden fram till 16 september 1988, då konventionen antogs. Se närmare Pålsson, a a, s. 29–30.

¹⁹ Som förfaranderegler kvalificeras enligt svensk rätt bestämmelserna om bodelningsförrättare, bouppteckning, vård och förvaltning av makes egendom, möjlighet att verkställa utmätning när bodelning skall ske och egendomen är satt under förvaltning samt konkursbos förvaltningsrätt över en makes egendom. Prop. 1989/90:87, s. 49.

²⁰ Se prop. 1989/90:87, s. 36.

²¹ NÄF grundar sig på konventionen mellan Danmark, Finland, Island, Norge och Sverige innehållande internationellt privaträttsliga bestämmelser om äktenskap, adoption och förmynderskap (Stockholm 6.2.1931) och gäller endast i förhållande till konventionsstaterna (nedan: nordisk stat). NÄF äger tillämplighet på makars förmögenhetsförhållanden endast under följande förutsättningar: (a) båda makarna var nordiska medborgare vid äktenskapets ingående, (b) *då* tog hemvist i samma nordiska stat, samt (c) fortfarande när lagvalsfrågan uppstår är nordiska medborgare. Se 3 och 4 §§ NÄF. Vidare måste krävas att det finns en *internordisk anknytning*, dvs. att mer än en nordisk stat är eller har varit inblandad på ovan angivet sätt. Förmögenhetsförhållandena i ett äktenskap mellan två svenska medborgare som redan vid äktenskapets ingående var medborgare i Sverige och då tog hemvist i Sverige är inte underkastade regleringen i NÄF, om makarna flyttat från Sverige t. ex. till England, dvs. en utomnordisk stat. Av de

har också viss betydelse i förhållande till lagen (1937:81) om internationella rättsförhållanden rörande dödsbo, (nedan IDL). Denna lag innehåller ett antal bestämmelser rörande bodelning och bodelning i anledning av en makes död. Vid en kollision med bestämmelserna i LIMF skall reglerna i IDL tillämpas.²²

Svensk domstols behörighet regleras i lagens 2 §. Enligt 2 § 1 st. får en fråga om makars förmögenhetsförhållanden tas upp av svensk domstol, om (1) frågan har samband med ett äktenskapsmål i Sverige, (2) svaranden har hemvist i Sverige, (3) kändan har hemvist i Sverige och svensk lag enligt 3 eller 4 § är tillämplig på makarnas förmögenhetsförhållanden, (4) frågan rör egendom i Sverige, eller (5) svaranden i en uppkommen fråga har godtagit att saken prövas i Sverige eller har gått i svaromål i saken utan invändning om domstolens behörighet. Domsrätt i frågor rörande bodelning med anledning av en makes död regleras särskilt i 2 § 2 st. Enligt ett propositionsuttalande är katalogen över domsrättsreglerna i 2 § LIMF inte uttömmande.²³

För framställningen i denna uppsats har behörighetsreglerna endast en indirekt betydelse och kommer därför inte att beröras närmare. De anger när svenska domstolar kan pröva frågor rörande makars förmögenhetsförhållanden och anger på så sätt också, när lagvalsreglerna (kollisionsreglerna) i LIMF blir tillämpliga. Avsikten vid utformningen av 2 § LIMF har varit att svensk domsrätt skall föreligga i alla de situationer där det finns ett praktiskt behov av eller ett rimligt intresse av att frågan kan prövas i Sverige.²⁴ Svensk domstols behörighet påverkas inte av huruvida avgörandet kan förväntas bli erkänt utomlands. Däremot är det att rekommendera att parterna tar reda på vilken verkan ett svenskt avgörande har i ett annat land, där det finns egendom, innan de väljer att föra process i Sverige.

Rubriken *Tillämplig lag* omfattar §§ 3–5. Den viktigaste bestämmelsen i sammanhanget är 3 § 1 st., enligt vilken makar eller blivande makar inom där angivna gränser får avtala om tillämplig lag för förmögenhetsförhållandena i äktenskapet. Som huvudregel gäller således *lagvalsfrihet*. Om tillämplig lag inte bestämts genom avtal, gäller lagen i det land där makarna tog hemvist när de gifte sig (4 § 1 st.). Byter makarna hemvist under äktenskapet byts också

nämnda kriterierna följer att även en del "inomnordiska" äktenskap faller utanför den äktenskapsförmögenhetsrättsliga regleringen i NÄF, exempelvis om ena maken (makarna) först under äktenskapet blivit medborgare i en nordisk stat eller om makarna, som visserligen ingick äktenskap som nordiska medborgare, inte då tog hemvist i *en* nordisk stat. I dessa fall gäller i stället reglerna i LIMF.

²² Se prop. 1989/90:87, s. 36.

²³ Prop. 1989/90:87, s. 35.

²⁴ Prop. 1989/90:87, s. 28.

tillämplig lag, förutsatt att båda makarna varit bosatta i den nya hemviststaten i minst två år. Tvåårsrekvisitet gäller dock inte om båda makarna under äktenskapet haft hemvist i den staten eller om båda makarna är medborgare i den staten. I så fall tillämpas det nya hemvistlandets lag så snart makarna tagit hemvist där (4 § 2 st.). Det finns ingen särskild bestämmelse för sådana idag inte helt ovanliga fall där makarna aldrig under äktenskapet haft hemvist i samma stat. I dessa fall får tillämplig lag (när den inte bestäms genom avtal) enligt förarbetena bestämmas med hänsyn till vilken stat makarna har starkast anknytning till.²⁵

Lagens 5 § reglerar giltigheten av rättshandlingar mellan makar avseende deras förmögenhetsförhållanden. Enligt 5 § 1 st. är en rättshandling mellan makar avseende deras förmögenhetsförhållanden giltig, om den stämmer överens med den lag som är tillämplig på makarnas förmögenhetsförhållanden när rättshandlingen företas. Företas rättshandlingen före äktenskapet är den giltig, om den stämmer överens med den lag som blir tillämplig när makarna ingår äktenskap. Om sålunda makarna under äktenskapet upprättar ett äktenskapsförord angående egendomsordningen i äktenskapet, bedöms förordets giltighet (innehåll, m. m.) enligt tillämpligt egendomsstatut som kan vara en avtalad lag (3 §) eller, när lagvalsavtal saknas, hemviststatens lag (4 §).²⁶ Enligt 5 § 2 st. anses en rättshandling vidare vara giltig till formen, om den uppfyller formkraven enligt lagen i den stat där den företas eller där makarna då hade hemvist.²⁷ Alternativen beträffande exempelvis ett äktenskapsförords giltighet till formen är således något fler än när det gäller bedömningen av den materiellrättsliga giltigheten enligt 5 § 1 st. Är det emellertid fråga om äktenskapsförord mellan makar som har hemvist i Sverige när rättshandlingen företas, blir

²⁵ I brist på gemensamt hemvist anges ett gemensamt medborgarskap kunna vara att betrakta som den starkare anknytningen som avgör lagvalet. Se prop. 1989/90:87, s. 43–44. Värdet av denna vägledning är mycket begränsat i sådana "sanna" internationella äktenskap där makarna varken är medborgare i samma stat eller har hemvist i samma stat. Enligt min mening borde 4 § LIMF kompletteras med en bestämmelse avsedd att tillämpas i sådana fall. I stället för att ange att tillämplig lag bestäms med hänsyn till vilken stat makarna har närmast anknytning till (dvs. någon sorts individualiserande lagvals metod) borde denna regel i möjligaste mån bygga på så kända fasta lagvalsanknytningar. Som exempel på denna sorts lösning kan anges art 54 i den schweiziska lagen från 1987 (Bundesgesetz über das internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987) enligt vilken, när tillämplig lag inte bestäms genom avtal, i första hand skall tillämpas lagen i den stat, där båda makarna har hemvist eller senast samtidigt haft hemvist. Om makarna aldrig haft hemvist i samma stat, skall lagen i den stat tillämpas där båda makarna är medborgare. I detta fall krävs att medborgarskapet var gemensamt för makarna redan före äktenskapet. När ingetdera av dessa rekvisit uppfylls skall egendomsskillnad ("Gütertrennung") enligt schweizisk lag anses gälla mellan makarna.

²⁶ Se närmare prop. 1989/90:87, s. 46–47 och SOU 1987:18, s. 266–267.

²⁷ Ordet "vidare" ger vid handen att giltigheten till formen kan prövas antingen enligt den lag som anges av 5 § 1 st. eller enligt de lagar som anges av 5 § 2 st.

det enligt 5 § 3 st. gällande i Sverige först när det registrerats här enligt bestämmelserna i äktenskapsbalken. Likaså föreskrivs det att gåva mellan makar som har hemvist i Sverige när gåvan ges blir gällande mot givarens borgenärer endast om vad som föreskrivs för sådan giltighet i 8 kap. 1 § ÄktB har iakttagits.

Det kan tyckas vara något förbryllande att den inskränkning rörande partsautonomins omfattning som görs i 3 § 1 st. 2 p. ("något annat inte följer av 5–12 §§") även innefattar regleringen i 5 §. Friheten att ingå avtal om tillämplig lag och kraven angående giltigheten till formen av sådana avtal regleras, nämligen, uteslutande i 3 § LIMF. För att utesluta eventuella missförstånd om saken understryks det i propositionen till LIMF att om makarna träffat ett enligt 3 § giltigt avtal skall avtalet tillämpas oavsett vilken inställning man har till sådana avtal i den stat vars lag makarna valt som tillämplig.²⁸ Mot denna bakgrund skulle det förefalla naturligt att anse hänvisningen till 5 § få betydelse huvudsakligen i sådana fall där parterna kombinerar ett äktenskapsförord med sitt avtal om tillämplig lag eller där de väljer att upprätta sitt lagvalsavtal i form av ett äktenskapsförord för att ge det publicitet eller av andra skäl.²⁹ I dessa fall måste äktenskapsförordet, om det upprättas medan makarna har hemvist i Sverige, registreras här i enlighet med bestämmelserna i ÄktB (5 § 3 st. LIMF). Det skulle vidare kunna tänkas att ett avtal om tillämplig lag kan få sådana följder beträffande förmögenhetsförhållandena i äktenskapet att det är att betrakta som en gåva mellan makarna och måste registreras (se nedan 7.3).

Särskilda bestämmelser om bodelning i lagens 6–10 §§ innebär ett antal begränsningar i utländsk lags tillämplighet vid bodelning i Sverige, när egendomsförhållandena är underkastade en främmande stats lag. Begränsningarna syftar till att i vissa hänseenden ge en make samma skydd som följer av svensk rätt i rent interna fall. Det saknar betydelse i sammanhanget om det rör sig om en avtalad utländsk lag eller en lag som är tillämplig vid avsaknad av avtal om tillämpligt egendomsstatut.

Övriga bestämmelser, 11–15 §§ LIMF, innehåller bl. a. några ytterligare inskränkningar i utländsk lags tillämplighet i

²⁸ Prop. 1989/90:87, s. 40.

²⁹ En annan tolkning är att hänvisningen från 3 § till 5 § innebär bl. a. att frågan om huruvida en giltig överenskommelse om tillämpning av visst lands lag kommit till stånd på grund av tvång, svek, villfarelse, eller dylikt, skall bedömas enligt lagen *i detta land*, dvs. i enlighet med den avtalade lagen. I så fall skulle det vara fråga om samma lösning som gäller allmänt inom den internationella handeln, när ett lagvalsavtals materiella giltighet skall bedömas. Se 3 § 2 st. i lag (1964:528) om tillämplig lag beträffande internationella köp av lösa saker. Denna lösning har också valts i Schweiz beträffande avtal om tillämplig lag för makars förmögenhetsförhållanden; se nedan not 72.

Sverige. I 11 och 12 §§ är det fråga om tredje mans skydd mot äktensksrättsliga begränsningar i utländsk rätt angående en makes rätt att förfoga över sin egendom, skuldsätta sig eller med sin egendom svara för sina skulder, när dessa begränsningar saknar motsvarighet i svensk rätt. Lagens 15 § innehåller en i internationellt privaträttsliga sammanhang vanlig ordre public-regel. Enligt 13 § skall en fråga rörande makars förmögenhetsförhållanden tas upp av Stockholms tingsrätt, om det inte finns någon behörig domstol när svensk domsrätt föreligger enligt LIMF. I 14 § anges hur hemvist skall bedömas vid tillämpningen av LIMF.³⁰

5. Avtalsfrihet som huvudregel

”Har makar eller blivande makar skriftligen avtalat att en viss stats lag skall tillämpas på deras förmögenhetsförhållanden, skall det gälla om

(1) avtalet avser lagen i en stat där någon av dem hade hemvist eller var medborgare när avtalet ingicks, och

(2) något annat inte följer av 5–12 §§.

Är ena maken död, får den efterlevande maken ingå ett avtal enligt första stycket med den avlidnes arvingar och universella testaments-tagare.” (3 § LIMF.)

5.1 Allmänt

Som huvudregel enligt LIMF gäller *partsautonomi*, dvs. att makar och blivande makar har rätt att avtala om tillämplig lag för förmögenhetsförhållandena i äktenskapet. Denna avtalsfrihet gäller även efter äktenskapets upplösning fram till det att bodelning (eller motsvarande) ägt rum. Är ena maken död får den efterlevande maken och den avlidnes rättsägare ingå ett lagvalsavtal.³¹ Den sistnämnda situationen kommer dock inte närmare att behandlas i denna uppsats.

Avtalsfriheten är begränsad på så sätt att åtminstone någon av makarna, *när avtalet ingås*, skall ha hemvist eller vara medborgare i det land vars lag makarna vill skall vara tillämplig som egendomsstatut. Är ena maken medborgare i flera stater har makarna en valrätt mellan dessa länders lagar. Även när det ena medborgarskapet är svenskt, står det makarna fritt att underkasta förmögenhetsför-

³⁰ Denna bestämmelse är likalydande med bestämmelsen i 7 kap. 2 § 1 lag (1904:26 s. 1) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap och förmynderskap, som ansetts innehålla en i svensk internationell familjerätt allmänt gällande definition på begreppet hemvist. Vad gäller val av tillämplig lag för förmögenhetsförhållandena i äktenskapet när tillämplig lag inte bestämts genom avtal följer det av 4 § 2 st. första meningen att det normalt inte blir aktuellt att bedöma huruvida ett hemvistbyte ägt rum förrän tidsfristen på två år löpt ut. På så sätt minskas olägenheterna av att begreppet hemvist är vagt. Se prop. 1989/90:87, s. 22.

³¹ Angående denna möjlighet, se prop. 1989/90:87, s. 43.

hållandena lagen i den andra medborgarskapsstaten.³² Avtalets giltighet påverkas inte av om anknytningen till den avtalade rättsordningen senare upphör.

LIMF bygger på principen att egendomsförhållandena skall bedömas enhetligt enligt *en viss stats lag*, varför även ett lagvalsavtal skall avse makarnas egendom i sin helhet oavsett när och hur makarna fått egendomen. Det finns således inte möjlighet att uppdelat egendomen så att olika delar av den skulle vara underkastade olika staters lagar.³³ Intressant nog verkar begränsningarna beträffande utländsk lags tillämplighet i LIMF, särskilt i lagens 9–10 §§, i viss utsträckning för ett motsatt resultat: När utländsk lag är tillämplig på förmögenhetsförhållandena i äktenskapet, får den inte alltid full genomslagskraft vid bodelningen i Sverige. I stället ”ersätts” eller ”kompletteras” regleringen där med vissa grundläggande bestämmelser i svensk rätt. Andra begränsningar följer av lagens 11 och 12 §§ av hänsyn till tredje mans rättsskydd.

Ett lagvalsavtal enligt 3 § 1 st. LIMF är bindande mellan makarna och gäller även i deras förhållande till tredje man. Avtalet reglerar makarnas förmögenhetsförhållanden under äktenskapet och ligger också till grund för egendomens delning vid bodelning eller annan motsvarande uppgörelse. Avtalet kan inte ensidigt återkallas av ena maken. Ingenting hindrar dock att makarna senare gemensamt upphäver avtalet eller träffar ett nytt avtal med ett annat innehåll.

5.2 Lagvalsfrihetens innebörd och fördelar

Avtalsfriheten rörande tillämplig lag innebär betydligt längre gående dispositionsmöjligheter angående förmögenhetsförhållandena i äktenskapet än vad som gäller i rent interna fall. I stället för att få disponera över förmögenhetsordningen inom ramen för de dispositiva bestämmelserna i *en stats lag*, ger lagvalsfriheten makarna möjlighet att välja den enligt deras tycke lämpligaste lagen bland två eller flera rättsordningar, beroende på vad det finns för internationell anknytning i det äktenskapet. En svensk som ämnar ingå äktenskap med en brasilianska kan med henne avtala om tillämpning av svensk eller brasiliansk lag för egendomsförhållandena i det planerade äktenskapet.³⁴ Ett äkta par med

³² Prop. 1989/90:87, s. 42.

³³ Om en del av makarnas egendom eller ett bestämt egendomsobjekt uttryckligen undantagits från en bestämmelse om tillämplig lag i avtalet, får man genom tolkning av avtalet avgöra om avtalet är giltigt eller inte. Om undantaget gäller endast en mindre del av egendomen, tycks det vara rimligt att avtalet tillämpas fullt ut och undantaget således lämnas utan avseende. Se prop. 1989/90:87, s. 42.

³⁴ Frågan kan ställas om de blivande makarna även kan välja såsom tillämplig lagen i en tredje stat där de vid äktenskapets ingående ämnar tar hemvist. Formuleringen i 3 §

hemvist i Sverige, varav hustrun är belgisk medborgare, mannen tysk medborgare, kan välja mellan tillämpning av svensk, belgisk och tysk lag. En lagvalsöverenskommelse som träffas under äktenskapet (eller efter dess upplösning) kan mycket väl innebära att den dittillsvarande egendomsordningen ersätts med något helt annat. Genom att avtala om tillämpning av lagen i en utländsk stat, där ena maken är medborgare, kan makarna, kanske, införa fullständig egendomsgemenskap innebärande samäganderätt till all egendom, när tidigare giftorättssystemet enligt svensk rätt gällt. Avtalet har då samma verkan som en egendomsöverföring från den ena maken till den andra maken och liknar både gåva och makars disponeringsmöjligheter vid bodelning enligt äktenskapsbalken.

Men varför skall makarna behöva intressera sig för frågan om tillämplig lag för förmögenhetsförhållandena i äktenskapet till och med till den grad att de ingår ett avtal om saken? Det är ju en utbredd uppfattning att alla länders lagar beaktar både makarnas intressen och tredje mans rättsskydd. Varför inte nöja sig med vad som följer av lagen?

5.2.1 S. k. individuell rättvisa

Redan elementära rättsjämförelser ger ett svar på frågan. Reglerna angående förmögenhetsförhållanden i äktenskap har väsentligt olika innehåll, när världens alla rättsordningar tas i beaktande. Även i nära besläktade rättsordningar, i kulturellt och geografiskt närstående länder, såsom de nordiska länderna, kan reglerna avvika från varandra på centrala punkter.³⁵ Klart är att om parterna skaffar sig kunskap om vilka regler som gäller i olika stater, kommer de att upptäcka att de föredrar reglerna i en stat framför reglerna i en annan stat. Det kan vara den legala egendomsordningen i en viss stats lag som de finner särskilt tilltalande, men det kan också vara friheten enligt en viss lag att avtala om andra, i lagen angivna egendomsordningar. Finner parterna innehållet i en viss stats lag som särskilt lämpligt med tanke på deras förhållanden, finns det normalt också goda skäl för dem att avtala om denna lags

1 st. "vid avtalets ingående" talar emot en sådan tolkning. Problemet med sådana i förväg träffade lagvalsavtal är att avtalet kan bli verksamt först från och med att den relevanta anknytningen förverkligats, förutom att även det planerade äktenskapet måste komma till stånd. Den planerade flyttningen kanske inte blir av. Dessutom följer det av 4 § 1 st. LIMF att lagen i det land där makarna tar hemvist vid äktenskapets ingående skall tillämpas, vilket minskar behovet av en sådan överenskommelse. Sammanfattningsvis förefaller det inte vara ändamålsenligt att öppna vägen för sådana här lagvalsavtal. Jfr Jänterä-Jareborg (not 11), s. 304–305.

³⁵ Detta illustreras träffande i skriften *Ægtefællers formueordning og arveret. Retstilstanden i Danmark, Finland, Norge og Sverige med diskussioner omkring en skitse till fællesnordisk model*. Det 8. Nordiske Familierettsseminar den 9. och 10. november 1992. Københavns Universitet, Retsvitenskapligt institut, 1992.

tillämpning. Detta argument till stöd för partsautonomi kallas stundom för *individuell rättvisa*.³⁶ Det måste ses mot bakgrund av att andra lagvalsgrunder — enligt LIMF makarnas hemvist — nödvändigtvis är schematiska på så sätt att de passar bra i vissa fall (förhoppningsvis de flesta), men inte i andra.³⁷

5.2.2 Förutsebarhet om tillämplig lag

Ett annat starkt argument till stöd för makars avtal om tillämplig lag är att, sett från makarnas synpunkt, *förutsebarheten* påtagligt ökar jämfört med vad som gäller när ingen lagvalsöverenskommelse har träffats. En regel motsvarande 3 § 1 st. LIMF finns numera i flera utländska rättsordningar.³⁸ Utsikterna är därför goda att ett lagvalsavtal enligt LIMF även kommer att godtas utomlands, såsom förenligt med det landets internationella privaträtt, eventuellt efter vederbörlig registrering där. Såsom i Sverige gäller det allmänt att ett lagvalsavtals giltighet inte påverkas av om anknytningen till den valda rättsordningen senare upphör. Vidare: har parterna avtalat om tillämplig lag anses avtalet avse tillämpning av de interna materiellrättsliga reglerna i den avtalade rättsordningen. Härav följer att s. k. *återförvisning* (*renvoi*) normalt inte kan aktualiseras, vilket naturligtvis ytterligare ökar förutsebarheten om tillämplig lag i de rättsordningar där *renvoi* i princip godtas.³⁹

³⁶ Se Jänterä-Jareborg (not 11), s. 184. Den bakomliggande tanken är att det är parterna själva som bäst kan avgöra vilken reglering som är lämpligast just i deras förhållande.

³⁷ I det internationella samarbetet, exempelvis inom Haagkonferensen för internationell privaträtt där en konvention om tillämplig lag för makars förmögenhetsförhållanden antogs 1978, har partsautonomi vunnit gehör framför allt som det enda sättet att sammanjämka nationalitetsprincipen och domicilprincipen. En del av konferensens medlemsstater håller nämligen fast vid nationalitetsprincipen, medan en del andra prioriterar domicilprincipen (hemvistprincipen). "Whichever wins the day as the objective connecting factor, it is a great consolation to the losing states that the spouses may by their own choice subject themselves to the law which those states think the more appropriate", skrev Philip i uppsatsen Hague Draft Convention on Matrimonial Property, *American Journal of Comparative Law* 1976, s. 309. Se närmare om detta, Jänterä-Jareborg (not 11), s. 94 och s. 96.

³⁸ Som exempel kan anges Tyskland och Schweiz som på 1980-talet reviderade sin lagstiftning på området på ett sätt som har flera likheter med regleringen i LIMF. I sammanhanget kan också nämnas 1978 års Haagkonvention om tillämplig lag för makars förmögenhetsförhållanden, som i stil med 3 § 1 st. LIMF ger möjlighet för makar att inom vissa gränser avtala om tillämpligt egendomsstatut. En frihet för makar att avtala om tillämpligt egendomsstatut finner stöd också i engelsk och amerikansk (USA) rätt, förutom i ett antal kontinentaleuropeiska rättsordningar.

³⁹ Rör det sig om en av parterna vald lag är den allmänna presumptionen att lagvalsavtalet avser endast de materiella reglerna i den valda lagen varför lagvalsreglerna där är irrelevanta. Se Jänterä-Jareborg (not 11), s. 183–184. I motsats till många andra rättsordningar, exempelvis i ett flertal kontinentaleuropeiska länder, har svensk internationell privaträtt en avisande inställning till *renvoi*. Se plenimålet NJA 1939 s. 96 och NJA 1969 s. 163. För tydlighets skull bör det dock nämnas att ett lagvalsavtal i enlighet med 3 § LIMF kan få betydelse i ett land som inte självt godtar partsautonomi på området just genom *renvoi*-doktrinen, om *renvoi* tillämpas i det landet. Om en tvist om makars förmögenhetsförhållanden kommer till prövning i det landet och lagvalsreglerna där

Utan avtal om tillämplig lag riskerar makarna att lagvalet faller olika beroende på i vilket land frågan prövas. Denna risk är mycket påtaglig i äktenskap med utlandsanknytning, eftersom sannolikt flera länders domstolar på grund av anknytning till den egna staten anser sig vara behöriga att pröva frågor rörande makarnas förmögenhetsförhållanden. De subsidiära lagvalsreglerna, dvs. de bestämmelser som tillämpas utan avtal om tillämplig lag, skiljer sig ofta mellan olika länder, och parterna har sällan tillräckliga kunskaper om dessa regler. Avgörande vikt kan läggas på så olika anknytningar som parternas medborgarskap, hemvist (i varierande bemärkelser) och egendomens läge i en viss stat. Oklarhet kan råda om hemvist föreligger i en viss stat, när denna anknytning subsidiärt avgör tillämplig lag. Av betydelse är vidare att enligt vissa staters internationella privaträtt kan tillämplig lag för förmögenhetsförhållandena i äktenskapet inte ändras till en annan stats lag under äktenskapet, utan bedöms på grundval av omständigheterna vid äktenskapets ingående (s. k. oföränderlighetsprincip) om inte makarna upprättar ett lagvalsavtal om en annan lags tillämpning. Andra länder godtar däremot ett byte av tillämpligt egendomsstatut, när det för lagvalet avgörande objektiva anknytningsmomentet ändrats (s. k. föränderlighetsprincip). Finns det ett avtal om tillämplig lag, gäller det dock normalt tills makarna upphäver det eller avtalar om annat.

Med hänsyn till de nyss berörda fördelarna skulle man kunna tänka sig att inte en enda svensk numera ingår äktenskap med en utländsk medborgare, utan att seriöst överväga ett avtal om tillämplig lag för förmögenhetsförhållandena i äktenskapet, åtminstone om någon av parterna har någon egendom av betydelse eller räknar med att i framtiden få sådan egendom. Likaså borde alla gifta svenska medborgare utomlands och utländska medborgare bosatta i Sverige överväga, om det i deras äktenskap finns anledning att träffa en överenskommelse om tillämplig lag. Anledning saknas att betrakta partsautonomi som "the rich man's law".⁴⁰ Det är fråga om ett juridiskt redskap för var och en som är intresserad av och sköter sina ekonomiska angelägenheter.

6. Avtalsfrihetens risker

6.1 Allmänt om farhågorna

Det har framgått (5.2) att ett avtal om tillämplig lag kan ha mycket långtgående verkningar som vida överträffar vad som kan avtalas

hänvisar till svensk rätt, beaktas de svenska lagvalsreglerna i LIMF med följden att lagvalsavtalet godtas.

⁴⁰ Se Pålsson, Utvecklingslinjer och aktuella problem i svensk internationell privaträtt, SvJT 1984, s. 859–860.

enligt äktenskapsbalken.⁴¹ En så långtgående avtalsfrihet är inte utan risker för en lättmanipulerbar make eller tredje man. Enligt min mening ökas dessa risker av att det inte ställs krav på registrering av avtalet. Det enda som enligt 3 § 1 st. LIMF gäller är att avtalet skall vara skriftligt.

I Sverige hade redan *familjerättskommittén* i sitt år 1969 utgivna betänkande Internationell äktenskaps- och arvsrätt (SOU 1969:60) föreslagit en viss frihet för makar att avtala om tillämplig lag för förmögenhetsförhållanden i äktenskap, ett förslag som genomfördes först genom LIMF men i modifierad form.⁴² Från början av 1970-talet gav rättspraxis visserligen vid handen att en viss lagvalsfrihet fanns enligt svensk rätt, men det förblev oklart hur långt avtalsfriheten sträckte sig.⁴³ I betänkandet Internationella familjerättsfrågor (SOU 1987:18) föreslog också en ny utredning, *familjelagssakkunniga*, att lagvalsfrihet skulle råda. Det är på detta förslag som regleringen i LIMF huvudsakligen bygger.

När man studerar remissinstansernas yttranden angående familjelagssakkunnigas förslag till reglering av förmögenhetsförhållanden i äktenskap, slås man av att flera av remissinstanserna var negativa beträffande friheten för makarna att avtala om tillämplig lag. Man befarade att en avtalsmöjlighet skulle gå stick i stäv mot andra målsättningar med en lagreform på området. Dels skulle makarna, trots långvarigt hemvist i Sverige, kunna avtala om tillämpning av en lag vars innehåll klart stred mot svensk rätt.⁴⁴ Dels fanns det en uppenbar risk att lagvalsfriheten i invandraräktenskap i Sverige skulle komma att utnyttjas av den starkare parten (=mannen) till den svagares (=kvinnan) nackdel.⁴⁵ En remiss-

⁴¹ Det bör understrykas att ett lagvalsavtal enligt LIMF skall avse all makarnas egendom. Ett äktenskapsförord enligt äktenskapsbalken kan mycket väl avse endast en del av makarnas egendom. Likaså kan jämkning av ett äktenskapsförord enligt äktenskapsbalken eller makars avtal om att inkludera i bodelning sådan egendom som gjorts enskild genom äktenskapsförord begränsas till att gälla viss egendom, även om äktenskapsförordet skulle avse all makarnas egendom.

⁴² Se 2 kap. 5 § i familjerättskommitténs förslag till lag om internationellrättsliga förhållanden rörande äktenskap, SOU 1969:60: "Om makar genom äktenskapsförord avtalar att deras egendomsordning skall bestämmas av lagen i viss stat till vilken finns anknytning genom någondera makens medborgarskap eller hemvist eller att lagen i stat till vilken funnits sådan anknytning allttjämt skall gälla, skall förordet lända till efterrättelse oavsett om främmande lag medger sådant förord eller ej."

⁴³ Se t. ex. NJA 1970 s. 420, NJA 1982 C 25, NJA 1987 s. 815, som mot bakgrund av reglerna i IÅR kommenteras av Jänterä-Jareborg (not 11), s. 283–287. Se också Pålsson, Svensk rättspraxis i internationell familje- och arvsrätt, 1986, s. 75.

⁴⁴ Se Svenska sparbanksföreningens yttrande i prop. 1989/90:87, s. 78–79 (Sammanställning av remissyttranden över familjelagssakkunnigas slutbetänkande Internationella familjerättsfrågor SOU 1987:18, såvitt avser makars förmögenhetsförhållanden).

⁴⁵ Se särskilt Lunds domkapitel, s. 81, Folkpartiets Kvinnoförbund, s. 83 och Sveriges Socialdemokratiska Kvinnoförbund, s. 83 i den ovan i not 44 angivna sammanställningen i prop. 1989/90:87.

instans — Svenska Bankföreningen — ansåg avtalsfriheten också kunna innebära risk för dispositioner som är skadliga för tredje man.⁴⁶ Men eftersom ett lagvalsavtal enligt familjelagssakkunniga skulle registreras i Sverige, om det ingicks medan makarna hade hemvist här, ansåg Svenska Bankföreningen denna risk ändå vara begränsad. — Såsom tidigare påpekats, ställer inte LIMF krav på registrering av lagvalsavtal i Sverige.

I det följande kommer jag att diskutera huruvida lagvalsfriheten kan innebära särskilda risker för den make som kunskapsmässigt, ekonomiskt eller socialt (i betydelsen integrationsgrad i det svenska samhället) kan betraktas som den svagare parten i äktenskapet. Därefter kommer jag att beröra huruvida lagvalsmöjligheten kan äventyra tredje mans rättsskydd. I dessa sammanhang förs också diskussion om huruvida formföreskrifterna enligt LIMF för ett giltigt lagvalsavtal kan betraktas som tillräckliga med hänsyn till de nämnda personernas behov av skydd.

6.2 Lagvalsfriheten kan skada den svagare parten i äktenskapet?

Påståendet att avtal om tillämplig lag kan skada den av makarna som kunskapsmässigt, ekonomiskt eller på annat sätt är att betrakta som den "svagare parten" i äktenskapet kan förefalla otidsenligt. I svensk rätt ses ju makar sedan länge som två likställda parter med stor frihet att bestämma över sina inbördes förmögenhetsförhållanden. Varför skulle avtalsfriheten mellan utländska makar bosatta i Sverige bedömas annorlunda än när det gäller svenska makar?

Det förefaller naturligt att jämföra ett avtal om tillämplig lag enligt 3 § LIMF med ett äktenskapsförord enligt ÄktB, eftersom det i de båda fallen rör sig om avtal om egendomsordningen i äktenskapet. Enligt 7 kap. 3 § ÄktB kan makar eller blivande makar genom äktenskapsförord bestämma att egendom som tillhör eller tillfaller någon av dem skall vara dennes enskilda egendom. Genom nytt äktenskapsförord kan makar bestämma att egendomen skall vara giftorättsgods. Äktenskapsförordet skall upprättas skriftligen och undertecknas av båda parterna. Förordet skall vidare registreras hos domstolen.

Det förhållandet att ena maken på angivet sätt är svagare än den andra maken innebär inte enligt svensk rätt att han eller hon skulle sakna rätt att upprätta ett äktenskapsförord, som vid jämförelse med vad som skulle gälla enligt den legala

⁴⁶ Svenska Bankföreningen, s. 82 i den i not 44 angivna sammanställningen i prop. 1989/90:87.

egendomsordningen är oförmånligt för honom eller henne. Läget är likadant i de flesta rättsordningar. Bedömningen påverkas inte heller av att initiativet till upprättande av ett sådant äktenskapsförord ofta kan antas komma från den ”starkare parten”. Det saknas anledning att anta att hänsyn till den ”svagare maken” allmänt skulle väga tyngre, när det gäller frihet att avtala om tillämplig lag än när fråga är om rätt att upprätta ett äktenskapsförord. Även ett äktenskapsförord kan ha mycket långtgående följder och kan t. ex. innebära att en make avstår från alla anspråk på att vid bodelningen få del av den andra makens egendom.

Under remissbehandlingen av familjelagssakkunnigas förslag påpekade flera remissinstanser att kvinnan i många invandrarfamiljer lever förtryckt i äktenskapet. I sådana fall skulle avtalsmöjligheten kunna öppna en möjlighet för mannen att välja som tillämplig en lag som missgynnar kvinnan. Sådana farhågor kan utan tvekan vara välgrundade dock utan att lagvalsfriheten behöver stranda på dem. Även i rent interna fall (där lagvalsfrihet inte finns) finns det alltid en risk att avtalsfriheten missbrukas. Som motvikt finns tillgång till ett antal rättsskyddsmedel, bl. a. möjlighet till jämkning av avtal.

Remissinstansernas kritik medförde att lagvalsfriheten enligt LIMF blev mera begränsad än vad familjelagssakkunniga föreslagit. Den anknytning till en viss stat som berättigar att dess lag får väljas som egendomsstatut, skall enligt 3 § 1 st. LIMF föreligga *vid tiden för avtalets ingående*. Familjelagssakkunniga hade föreslagit att man även skulle kunna avtala om tillämpning av lagen i en stat där båda makarna tidigare under äktenskapet haft hemvist.⁴⁷ Departementschefen påpekade dessutom att om ett avtal träffats under otillbörlig påverkan, bör det vara möjligt att med stöd av allmänna rättsprinciper få avtalet jämkat eller helt ogiltigförklarat.⁴⁸

6.2.1 Inskränkningar i utländsk lags tillämplighet vid bodelning

Av betydelse i sammanhanget är vidare de särskilda bestämmelserna om bodelning i 6–7 och 9–10 §§ LIMF, som på olika sätt begränsar utländsk lags tillämplighet. Makarna emellan får ett lagvalsavtal normalt den största effekten just vid bodelning — ofta träffas avtalet först då — varför det är av intresse, i vilken utsträckning en avtalad utländsk lag ”slår igenom” vid en bodelning i

⁴⁷ Se SOU 1987:18, s. 260–261. Ett liknande förslag hade tidigare gjorts av familjerättskommittén i SOU 1969:60. Se ovan not 42.

⁴⁸ Prop. 1989/90:87, s. 24. Detta uttalande synes ge vid handen att frågan om otillbörlig påverkan bedöms enligt svensk lag, dvs. *lex fori*. I så fall är tolkningen ovan i not 29 inte förenlig med det.

Sverige. Jag skall nedan nöja mig med att kommentera de viktigaste begränsningarna i sammanhanget. För klarhets skull bör påpekas att dessa begränsningar gäller även när utländsk lag är tillämplig enligt 4 § LIMF, dvs. när tillämplig lag inte bestämts genom avtal och makarna har sitt hemvist utomlands.

Enligt 6 § 1 st. LIMF skall på begäran av make eller en dödsbodelägare svensk lag tillämpas på *förfarandet* vid bodelning, även om utländsk lag är tillämplig på makarnas förmögenhetsförhållanden. Bestämmelsen är i och för sig ingen nyhet, eftersom enligt allmänt vedertagen uppfattning svenska förfaranderegler får användas oavsett vilken lag som är tillämplig i materiellt hänseende. Att detta även lagfästs beträffande bodelning var dock motiverat på grundval av utgången i *NJA 1968 s. 126*.⁴⁹ Bestämmelsen har stor praktisk betydelse inte minst på så sätt att en make, oavsett tillämplig lag för förmögenhetsförhållandena i äktenskapet, kan vända sig till domstol och få bodelningsförrättare förordnad, när den andra maken vägrar att medverka vid den ekonomiska gemenskapens avveckling.⁵⁰ Den ger också makarna möjlighet att själva förrätta bodelning, när det utländska egendomsstatutet kräver myndighetsmedverkan. Att observera är att lagrummet endast ger möjlighet att underkasta själva bodelningsproceduren den svenska lagen, medan *de materiellrättsliga frågorna* — vilken egendom som skall ingå i bodelningen, hur makarnas andelar skall beräknas, lottläggningen, eller dylikt — skall bedömas enligt tillämpligt utländskt egendomsstatut.

Bestämmelsen i 6 § 2 st. LIMF skall ses mot bakgrund av att rätten att erhålla bodelning kvalificeras som en materiellrättslig fråga. Enligt detta lagrum får bodelning enligt 9 kap. 1 § 2 st. ÄktB förrättas bara under förutsättning att den tillämpliga utländska lagen på motsvarande sätt tillåter makarna att förrätta bodelning under äktenskapet när de är ense. Denna begränsning kan lätt "kringgås" genom att makarna i samband med bodelningen avtalar om tillämpning av svensk lag.

Enligt svensk rättsuppfattning bör en bodelning i princip omfatta makarnas samtliga tillgångar och skulder både i Sverige och utomlands (universalitetsprincipen). Detta gäller också enligt 7 § 1 st. LIMF, om inte något annat följer av den lag som är tillämplig på

⁴⁹ I detta mål ogillades den f. d. hustruns yrkande om förordnande av bodelningsförrättare enligt 11 kap. 21 § GB, emedan förmögenhetsförhållandena i äktenskapet jämlikt 1 § 2 p. IÄR var underkastade tysk lag och den legala egendomsordningen i Tyskland sedan 1958 ("Zugewinngemeinschaft") inte ansågs medföra att egendomsordningen i äktenskapet var att jämställa med giftorättsgemenskap enligt GB! Avgörandet har kritiserats hårt i svensk doktrin. Se t. ex. Pålsson, (not 43), s. 71–72.

⁵⁰ Bakgrunden till det mål som avgjordes genom *NJA 1968 s. 126* (not 49) var just den ena makens vägran att medverka vid en bodelning.

makarnas förmögenhetsförhållanden. Vid lottläggningen bör en make, enligt lagrummet, i första hand tilldelas egendom som tillhör honom eller henne utomlands, en lösning som hänger samman med att det kan vara svårt att komma åt egendom utomlands eller att värdera utländsk egendom och omvandla den i pengar.⁵¹ Makarna har dock rätt att avtala om en annan fördelning

Enligt 7 § 2 st. får bodelningen begränsas till att gälla en viss del av makarnas egendom, när det finns egendom i ett främmande land och det kan antas att den svenska bodelningen inte kommer att gälla i det landet. En förutsättning härför är att ingen av makarna *med rimliga skäl* motsätter sig en sådan begränsning.⁵² Begränsas bodelning till att endast omfatta egendomen i Sverige, innebär detta inte att de utländska tillgångarna lämnas obeaktade. Enligt lagförarbetena kan en sådan bodelning resultera i att den ena maken tilldelas all egendom i Sverige, vilket måste anses förutsätta att den andra maken beräknas bli tillgodosedd genom de utländska tillgångarna.⁵³

En principiellt och även praktiskt sett viktig begränsning beträffande utländsk lags tillämplighet finns i 9 § LIMF: ÄktB:s bestämmelser om förfogande över makars gemensamma bostad och bohag och om en makes rätt att vid bodelning överta sådan egendom skall alltid tillämpas, om bostaden och bohaget finns i Sverige. De nu aktuella reglerna i ÄktB inskränker den ägande makens rätt att förfoga över gemensam bostads- och bohagsegendom och ger vid bodelning den make, som har störst behov av egendomen, rätt att mot avräkning överta den. Det är fråga om regler med utpräglad skyddskaraktär, vilket ansetts motivera deras tillämpning även när förmögenhetsförhållandena är underkastade en utländsk lag.⁵⁴ Eftersom begreppen "gemensam bostad", "gemensamt bohag" har en särskild innebörd enligt ÄktB och de ifrågavarande inskränkningarna i viss utsträckning är beroende av att egendomen är giftorättsgods och inte enskild egendom, får enligt förarbetena vid tillämpning av 9 § LIMF den egendom, som enligt det utländska egendomsstatutet skall ingå i bodelningen, i regel jämnställas med giftorättsgods och återstoden anses motsvara enskild egendom.⁵⁵ Det utesluts dock

⁵¹ Se prop. 1989/90:87, s. 51.

⁵² Rimliga skäl anges föreligga, exempelvis, när egendomen i Sverige har ett nära samband med egendom som finns utomlands med den följd att det inte är lämpligt att låta bodelningen endast omfatta den i Sverige belägna egendomen. Prop. 1989/90:87, s. 52.

⁵³ Se prop. 1989/90:87, s. 51 och s. 53.

⁵⁴ Se prop. 1989/90:87, s. 54.

⁵⁵ Prop. 1989/90:87, s. 54. Att observera är att den grund på vilken egendomen är enskild egendom tillmäts särskild betydelse i sammanhanget enligt ÄktB.

inte att avvikelser från denna huvudregel kan förekomma, och bedömningen i det enskilda fallet har överlämnats åt rättstillämpningen.

Viktiga begränsningar följer vidare av 10 § LIMF, enligt vilken jämkning får ske enligt 12 kap. ÄktB även om utländsk lag är tillämplig på makarnas förmögenhetsförhållanden. En make får sålunda möjlighet — i enlighet med förutsättningarna i 12 kap. 1 § ÄktB — att avstå från en mindre del av sin egendom till den andra maken än vad som skulle följa av tillämplig utländsk lag.⁵⁶ Finns det ett oskäligt äktenskapsförord eller ett oskäligt föravtal, får det jämkas under de förutsättningar som anges i 12 kap. 3 § ÄktB. Syftet är att undvika från svensk synpunkt sett oskäliga bodelningsresultat. Genom kopplingen till 12 kap. ÄktB förblir detta skydd enligt min mening begränsat.

I detta sammanhang bör också nämnas 15 § LIMF. Enligt den får en bestämmelse i en utländsk lag inte tillämpas, om det skulle vara oförenligt med grunderna för den svenska rättsordningen att tillämpa den. Här rör det sig om en traditionell typ av ordre public-förbehåll, som endast skyddar grundläggande principer i den svenska rättsordningen och skall tillämpas restriktivt. Förutsättningarna för tillämpning av 15 § LIMF har överlämnats åt rättstillämpningen att avgöra i det enskilda fallet. I förarbetena antyds dock att bestämmelsen kan komma att tillämpas, om det utländska egendomsstatutet inte ger möjlighet att erhålla bodelning i anledning av äktenskapets upplösning.⁵⁷

Sammanfattningsvis torde kunna konstateras att de nyss berörda bestämmelserna i LIMF ger en make visst grundskydd, förutsatt att omständigheterna är sådana att han eller hon kan komma i åtnjutande av detta skydd. En make har, exempelvis, mycket begränsad glädje av möjligheten att underkasta bodelningsförfarandet svensk lag om det enligt tillämpligt egendomsstatut inte finns någon egendom att dela. Skyddet enligt 9 § LIMF förutsätter att den gemensamma bostaden (det gemensamma bohaget) finns i Sverige. Detta krav torde sällan uppfyllas, när makarna har hemvist utomlands.⁵⁸ ÄktB ger dessutom den bäst behövande maken

⁵⁶ Enligt lagförarbetena bör jämkning enligt 12 kap. 1 § ÄktB kunna äga rum även när svensk lag blivit tillämplig som egendomsstatut p. g. a. att makarna under äktenskapet bytt hemvist till Sverige och den ena maken enligt tidigare tillämpligt egendomsstatut hade fått behålla mer av sin egendom. Prop. 1989/90:87, s. 55.

⁵⁷ Prop. 1989/90:87, s. 48.

⁵⁸ Vad som avses med uttrycket gemensam bostad definieras i 7 kap. 4 § ÄktB. Egendomen skall vara avsedd som makarnas gemensamma hem och också huvudsakligen innehas för detta ändamål. Enligt 7 kap. 4 § 3 st. räknas till makars gemensamma bostad inte egendom som används huvudsakligen för fritidsändamål. Detta innebär att en övernattningslägenhet, som en utomlands bosatt svensk familj har i Sverige för tillfälliga besök i landet, inte omfattas av 9 § LIMF.

endast rätt att *mot avräkning* överta egendomen i fråga — det är således inte fråga om en rättighet man får ”gratis”. Även skyddet enligt 10 § LIMF kommer till korta när det gäller att tillvarata den minst ägande makens intressen (jfr 12 kap. 1 § ÄktB). Undantaget är fall där det finns ett oskäligt äktenskapsförord eller föravtal (se 12 kap. 3 § ÄktB) och, troligen, även fall där det finns ett lagvalsavtal, när förutsättningarna för jämkning föreligger. Man torde ändock kunna hävda att lagvalsfriheten *i sig* inte kan anses äventyra en makes rättsskydd, låt vara att han eller (normalt) hon kan få betydligt mindre av egendomen än om giftorättssystemet enligt svensk rätt gällt.

6.2.2 Styrker de registrerade äktenskapsförorden farhågorna?

I inget vid Uppsala tingsrätt registrerat äktenskapsförord under tiden 1 juli 1990–30 juni 1993 hade makarna avtalat om tillämpning av utländsk rätt. Där utländsk anknytning fanns, var det utslutande fråga om avtal om tillämpning av svensk lag. Härav kan man dock inte dra den slutsatsen att avtal om tillämpning av utländsk lag för förmögenhetsförhållanden i äktenskap skulle vara ytterst sällsynta. Det krävs ju inte att lagvalsavtal skall upprättas i äktenskapsförordets form, varför ingen vet hur många lagvalsavtal som ligger i byråådor eller i bankfack. Enligt min mening, vilket jag kommer att utveckla närmare i avsnitt 7.2, är det här riskmoment föreligger. Avtal kan ingås förhastat utan full kännedom om deras följder. Bevis om vad som överenskommits kan i många fall vara obefintligt. När den solennitet som ett avtals registrering innebär saknas, är det lätt att ”glömma bort” vad som en gång överenskommits. Ändå är det så att ett lagvalsavtal gäller tills det gemensamt upphävs av båda makarna eller ersatts av ett nytt avtal.

6.3 Lagvalsfrihet och borgenärsskydd

Som utgångspunkt måste gälla att ett lagvalsavtal saknar återverkande kraft till förfång för tredje man. Detta torde idag gälla som allmän rättsprincip, när partsautonomi godkänns.⁵⁹ I annat fall skulle borgenärerna riskera, exempelvis, att en skuldsatt make genom en lagvalsöverenskommelse med den andra maken minskar sin egendom, så att hans förmåga att betala sina tidigare skulder försämras väsentligt.

Ett argument mot makars frihet att avtala om tillämplig lag har varit att avtalet kan komma att avse tillämpning av en lag som på ett betydelsefullt sätt avviker från vad som gäller i den stat där

⁵⁹ Se Jänterä-Jareborg (not 11), s. 194 och s. 299.

makarna har hemvist, (fast) egendom, etc. Tredje man anses ha särskilt behov av skydd mot tillämpning av sådana regler i en annan lag, som innebär andra och mer långtgående äktenskapsrättsliga begränsningar rörande makes rätt att ingå rättshandlingar eller skuldsätta sig än den lag, vars tillämplighet han utgått från.⁶⁰

I LIMF beaktas tredjemansskyddet genom bestämmelserna i lagens 11 och 12 §§. Något förenklat kan dessa bestämmelser sägas gå ut på att man inte får åberopa sådana begränsningar *mot* tredje man i tillämpligt utländskt egendomsstatut angående en makes rätt att förfoga över sin egendom, skuldsätta sig, eller med sin egendom svara för sina skulder, som saknar motsvarighet i svensk rätt.

De enda bestämmelserna av denna karaktär i svensk rätt är reglerna i 7 kap. 5–9 §§ ÄktB. Enligt dessa får en make inte utan den andra makens samtycke disponera över framför allt makarnas gemensamma bostad och bohag. Enligt en utländsk lag som bestämmer över förmögenhetsförhållandena i äktenskapet kan dessa begränsningar vara betydligt mer långtgående.

Starkast rättsskydd har tredje man beträffande den rättshandlande maken tillhörig fast egendom eller tomträtt i Sverige. I detta fall får endast sådana bestämmelser åberopas mot honom som motsvarar de ovan nämnda svenska reglerna. Beträffande annan egendom, dvs. all makes lösa egendom och fasta egendom utomlands, förutsätts för att utländsk lag inte skall kunna åberopas, att tredje man och maken befann sig i Sverige när rättshandlingen företogs och att tredje man inte kände till eller borde ha känt till inskränkningen. Enligt ett förtydligande av departementschefen bör tredje man betraktas ha handlat i god tro så länge som de ifrågavarande inskränkningarna inte var kända för honom och han inte heller, på grund av särskilda omständigheter, hade skäl att misstänka förekomsten av sådana inskränkningar.⁶¹

En viktig fråga som i detta sammanhang måste ställas är huruvida tredjemansskyddet enligt 11 och 12 §§ LIMF kan betraktas som tillräckligt.

Ett jakande svar förefaller bäst motiverat, när förmögenhetsförhållandena i äktenskapet är underkastade lagen i makarnas hemviststat. Har makarna hemvist utomlands och tredje man känner till detta har han normalt också anledning att misstänka att en utländsk lag kan vara bestämmande. Ändå behöver han inte räkna med andra rådighetsbegränsningar beträffande fast egendom och

⁶⁰ Se SOU 1969:60, s. 112–113 och SOU 1987:18, s. 275.

⁶¹ Prop. 1989/90:87, s. 56–57.

tomträtt i Sverige än vad som följer av svensk lag. Har makarna däremot hemvist i Sverige torde tredje man normalt kunna utgå ifrån att svensk lag gäller fullt ut. Bestämmelsen i 4 § innebär då i regel att svensk lag är tillämplig, om inte makarna i enlighet med 3 § 1 st. LIMF avtalat om tillämpning av ett utländskt egendomsstatut. Härav följer att det är just möjligheten enligt lagen att avtala om tillämpning av en annan stats lag som gör att tredje man inte alltid kan förutse vilken lag som är bestämmande för förmögenhetsförhållandena i äktenskapet. Därför finns det också anledning att fråga sig om inte tredje man i denna situation borde åtnjuta skydd utöver det som följer av 11 och 12 §§ LIMF.

7. Kan kraven enligt LIMF beträffande ett lagvalsavtals giltighet till formen betraktas som tillfredsställande?

7.1 Allmänt

Jag har ovan försökt visa att en frihet att avtala om tillämplig lag *i sig* inte innebär sådana nackdelar för den s. k. svagare parten i äktenskapet eller för tredje man att lagvalsfriheten av den anledningen inte borde godtas. Vad jag däremot finner anmärkningsvärt är att det enda kravet enligt LIMF beträffande ett lagvalsavtals giltighet till formen är kravet på skriftlighet enligt 3 § 1 st. LIMF: "Har makar eller blivande makar *skriftligen* avtalat att en viss stats lag skall tillämpas på deras förmögenhetsförhållanden, skall det gälla om ..." (min kursivering). I sammanhanget finns anledning att understryka att ett lagvalsavtal gäller *både* mellan makarna *och* i förhållande till tredje man tills makarna gemensamt upphäver avtalet eller ersätter det med ett nytt avtal.

Familjelagssakkunniga hade föreslagit, förutom regler motsvarande 11 och 12 §§ LIMF, att ett lagvalsavtal, som makarna ingår *medan de har hemvist i Sverige*, blir gällande mot tredje man först när det har registrerats i Sverige. Detsamma skulle gälla för äktenskapsförord och gåvor.

Enligt LIMF (5 § 3 st) gäller kravet på registrering endast sådana äktenskapsförord som upprättas och gåvor som ges medan makarna har hemvist i Sverige. Departementschefen fann de sistnämnda rättshandlingarna ha stor betydelse från borgenärssynpunkt, medan borgenärernas intresse av att få avtal om tillämplig lag registrerade bedömdes vara begränsat.⁶² Det var också enligt henne svårt att motivera varför registreringskravet, som förmodligen lätt skulle förbises, skulle gälla för lagvalsavtal som ingås

⁶² Prop. 1989/90:87, s. 27.

medan makarna har hemvist i Sverige men inte för avtal som ingåtts medan de hade hemvist utomlands.⁶³

Departementschefens enligt min mening svårbegripliga resonemang synes endast avse borgenärsintressen. Frågan om registrering av lagvalsavtal torde dock ha minst lika stor betydelse av hänsyn till makarna själva.

7.2 Hänsyn till makarna

Ett lagvalsavtal borde komma till stånd först efter seriöst övervägande med hänsyn till avtalets långtgående verkningar i framför allt makarnas inbördes förhållande. Ställs det krav på registrering, såsom beträffande äktenskapsförord, markerar detta avtalets betydelse.⁶⁴ I annat fall är risken betydligt större att avtal ingås förhasat utan att båda makarna hunnit överväga avtalets innebörd och skaffa sig expertis. Det behöver dock inte vara fråga om otillbörlig påverkan från ena makens sida.

Bevis om vad som överenskommit kan i många fall vara obefintligt. En av båda makarna undertecknad papperslapp, där makarna förklarar sig vara ense om att förmögenhetsförhållandena i äktenskapet skall vara underkastade lagen i Thailand (där mannen är medborgare förutom i Sverige) och som sedan göms i skrivbordslådan, uppfyller utan tvekan formkraven enligt LIMF. Vad händer om maken litat på att lagvalsavtalet enligt 3 § 1 st. LIMF gäller i Sverige, men handlingen kommit bort och den andra maken vägrar att upprätta ett nytt dokument om saken och dessutom påstår att något avtal aldrig ingåtts? Om inte avtalets existens kan bevisas

⁶³ De båda utredningar, dvs. familjerättskommittén (SOU 1969:60) och familjelags-sakkunniga (SOU 1987:18), som haft i uppdrag att utarbeta nya regler angående makars förmögenhetsförhållanden i internationella fall, har gjort en skillnad beroende på om det rör sig om ett allmänt registreringskrav, när utländsk egendomsordning är tillämplig, eller ett krav på att registrera ett avtal, där makarna överenskommit om tillämpning av utländsk rätt för förmögenhetsförhållandena i äktenskapet. Båda kommittéerna ställde sig negativa till ett generellt krav på registrering, eftersom ett sådant system ansågs vara alltför ineffektivt. Risken ansågs föreligga att registreringen skulle förbises av både makarna och borgenärerna. En registrering av det förhållandet att ett visst lands lag gäller i ett äktenskap ansågs inte heller vara särskilt upplysande samtidigt som man måste ta hänsyn till att det inte går att belasta äktenskapsregistret med redogörelser för innehållet i främmande lag. Se SOU 1969:60, s. 112–113 och SOU 1987:18, s. 275. — Intressant nog gjorde båda kommittéerna en annorlunda bedömning när det gäller lagvalsavtal som ingåtts *medan makarna hade hemvist i Sverige*. Dessa avtal skulle registreras i Sverige för att bli giltiga. Däremot ansågs det vara föga motiverat att, av hänsyn till tredje man, kräva registrering av avtal ingångna mellan makar *innan* de tog hemvist i Sverige. Se SOU 1969:60, s. 124 och SOU 1987:18, s. 277.

⁶⁴ Hur formkrav beträffande familjerättsliga avtal mellan makar motiverats i rent interna fall, se Agell (not 17), s. 79–80. — Det kan ha sitt intresse i sammanhanget att enligt norsk rätt behöver endast sådana äktenskapsförord registreras, som innebär egendomsöverföring från den ena maken till den andra, dvs. gåvor. Äktenskapsförord där makarna endast disponerar över egendomsordningen i äktenskapet, dvs. *særeie* eller *felleseie*, är inte underkastade registreringskravet, även om makarna ofta föredrar att registrera även dem. Se Strøm Bull, *Avtaler mellom ektefeller*, Oslo 1993, s. 56–59.

gäller 4 § LIMF. Eller om ena maken hävdar att hon glömt bort att hon undertecknat en sådan handling som åberopas av den andra maken vid bodelningen i anledning av skilsmässa? Avtalet gäller, eftersom det inte kan ensidigt återkallas av ena parten. Det skydd som make erhåller enligt LIMF genom inskränkningarna i utländsk lags tillämplighet kan visa sig vara tämligen begränsat. Det går knappast att helt bortse från att i internationell jämförelse är vid bodelning giftorättssystemet enligt äktenskapsbalken normalt en mycket förmånlig egendomsordning för den mindre ägande maken.

Följande fråga måste ställas i anledning av departementschefens ovan angivna uttalande: varför utgå ifrån att ett krav på registrering lätt skulle förbises? Vill parterna att en överenskommelse om tillämplig lag skall gälla, måste de naturligtvis iaktta vad som följer av lag. Känner de till avtalsmöjligheten borde de också ha kunskap om vilka krav som ställs beträffande ett giltigt lagvalsavtal. Avtalsfriheten enligt LIMF är av helt annan karaktär än enligt IÄR. Erfarenheterna enligt IÄR måste därför betraktas som irrelevanta. Kännedom om IÄR har bland de berörda personerna förmodligen varit obefintlig, vilket delvis kan förklara varför utländsk lags tillämplighet sällan registrerades i Sverige enligt IÄR. Härtill kommer att IÄR enligt sin ordalydelse endast skulle gälla om regeringen under förutsättning av ömsesidighet förordnat om dess tillämpning i förhållande till en viss stat, dvs. en annan konventionsstat. Bestämmelserna i lagen var i stora delar svårtolkade och gav dessutom uttryck för principer som parterna, om de kände till dem, förmodligen ofta fann mindre lämpliga för sina förhållanden, särskilt efter byte av medborgarskap och hemvist. Under sådana omständigheter saknade de också intresse av att registrera en utländsk lags tillämplighet i Sverige. Det bör också påpekas att rätten att avtala om tillämplig lag för förmögenhetsförhållanden i äktenskap först under de senaste årtiondena vunnit allmänt erkännande i Europa.⁶⁵ Därför kunde det sällan under IÄR:s regi vara fråga om registrering av sådana *lagvalsavtal*, som avses i LIMF.

Argumentet att lagvalsavtal bör behandlas lika oavsett om de ingås medan makarna har hemvist i Sverige eller medan de har hemvist utomlands, har betydligt mer fog för sig. Parterna torde utan tvekan ha samma intresse av att avtalet gäller, oavsett när avtalet ingicks. (I annat fall skall de upphäva avtalet eller upprätta ett nytt avtal.) En naturlig slutsats skulle därför kunna vara att kravet på registrering skall utsträckas till att gälla *alla* lagvalsavtal, i stället

⁶⁵ Jänterä-Jareborg (not 11), s. 71 ff. och s. 109 ff.

för att lagvalsavtal helt undantas registreringskravet. En sådan lösning skulle dock förmodligen visa sig vara mindre praktisk. Det återstår då att, precis som familjelagssakkunniga föreslog, välja samma lösning som beträffande äktenskapsförord och gåvor mellan makar: ett lagvalsavtal skall registreras i Sverige om det ingås medan makarna har hemvist i Sverige. För denna lösning talar också att det är naturligt att ställa krav beträffande rättshandlingars giltighet när de ingås av i riket bosatta personer.

7.3 Hänsyn till borgenärerna

Av betydelse från *borgenärssynpunkt* är att makar, som är bosatta i Sverige, kan avtala om tillämpning av utländsk lag utan att det sker några ändringar i deras yttre omständigheter, såsom hemvist eller medborgarskap. I sådana fall finns det i regel inte anledning att misstänka att tillämplig lag för förmögenhetsförhållandena ändrats. Ett lagvalsavtal får visserligen inte inkräkta på den rättsställning som en tredje man redan fått, vartill kommer skyddet enligt 11 och 12 §§ LIMF. Ändå kan tredje man råka ut för obehagliga överraskningar, exempelvis när han gör nya affärer med maken ovetande om bytet av tillämplig lag. Det kan visa sig att den make som överlätit eller pantsatt viss egendom, inte är ensam ägare till egendomen enligt (numera) tillämpligt egendomsstatut vilket innebär ett antal komplikationer. Härtill kommer vad familjelagssakkunniga skrev som motivering för sitt förslag om registrering av bl. a. lagvalsavtal: "Det utgör ofta ett memento för borgenärer, när makar börjar disponera över sin egendom och en registrering ger stabilitet åt bedömningar av olika slag, t. ex. om make eftergivit sin rätt vid en efterföljande bodelning. Någon berättigad invändning mot att kräva registrering i Sverige av sådana rättshandlingar, när båda makarna har hemvist här anser vi inte föreligga."⁶⁶

Ett problem i sammanhanget är att det i vissa fall kan tänkas finnas anledning att fråga sig var gränsen går mellan avtal om egendomsordningen i äktenskapet och gåva. Antag att båda makarna enligt tillämpligt egendomsstatut ensam ägt sin egendom, men sedan avtalar om tillämpning av en lag som synes innebära samäganderätt mellan makarna beträffande all deras egendom. Ett sådant system gäller som den legala äktenskapliga förmögenhetsordningen i exempelvis Nederländerna och kommer enligt 3 § LIMF i fråga, om ena maken är medborgare eller har sitt hemvist där. Klart är att den fattigare maken drar ekonomisk fördel av överenskommelsen, vilket är kännetecknande för en gåva, men

⁶⁶ SOU 1987:18, s. 277.

kan gåvorekvisitet i övrigt anses bli uppfyllt? Själv är jag benägen att besvara frågan nekande. Man kan också tycka att det är helt överflödigt att dra gåvobegreppet in i resonemanget: ett lagenligt avtal om egendomsordningen i äktenskapet är en särskild kategori av avtal mellan makar och står således på egna ben. Nämnas skall att denna problematik inte alls berörs i lagförarbetena.

Sammanfattningsvis torde kunna sägas att departementschefen starkt underskattade betydelsen av lagvalsavtal jämfört med hur hon såg på äktenskapsförord och gåvor mellan makar. Med hänsyn till ett lagvalsavtals långtgående verkningar, exempelvis en eventuell möjlighet att på detta vis ändra makarnas äganderättsförhållanden under äktenskapet, är det svårmotiverat att just denna rättshandling undantagits registreringskravet enligt LIMF. Ett krav på registrering, med innebörd att avtalet gäller först sedan ansökan om registrering gjorts, skulle vidare försvåra möjligheten att manipulera med datum för avtalets ingående. Det skulle också underlätta bedömningen av huruvida tredje man handlat i god tro, när denna omständighet tillmäts betydelse. Det borde i så fall kunna krävas åtminstone av banker och andra kreditinstitut att de kontrollerat huruvida en registrering skett.

7.4 Direkt avtal om tillämplig lag eller avtal som indirekt framgår av äktenskapsförord eller annan handling?

Enligt 3 § 1 st. LIMF skall makarna skriftligen ha avtalat om tillämpligt egendomsstatut för att lagvalsavtalet skall gälla. Formuleringen i lagrummet kan jämföras med familjelagssakkunnigas förslag: "Avtalet skall vara uttryckt i skrift eller otvetydigt framgå av äktenskapsförord eller annan handling."⁶⁷ Vid en jämförelse framstår familjelagssakkunnigas formulering utan tvekan som tydligare. Någon saklig skillnad är det emellertid inte fråga om. Enligt propositionen till LIMF kommer många makar, som ingår ett lagvalsavtal, sannolikt att använda sig av ett äktenskapsförord.⁶⁸ Men det påpekas också vara möjligt att den gemensamma viljan om tillämplig lag kommer till uttryck i ett inbördes testamente⁶⁹ eller

⁶⁷ Se SOU 1987:18, s. 261–262.

⁶⁸ Prop. 1989/90:87, s. 41. Observera att enligt familjerättskommitténs förslag skulle ett lagvalsavtal upprättas i form av ett äktenskapsförord, se ovan not 42.

⁶⁹ Om avtalet om tillämplig lag för förmögenhetsförhållandena i äktenskapet utgör en del av ett inbördes testamente uppstår den intressanta frågan huruvida avtalet är avsett att få verkan endast om äktenskapet upplöses genom ena makens bortgång. För en sådan tolkning skulle förefalla tala att avtalet kommer till uttryck just i ett inbördes testamente. I så fall skiljer sig den internationella privaträtten här markant från vad som enligt svensk rätt gäller i rent interna fall. Det är, exempelvis, inte möjligt enligt äktenskapsbalken att begränsa ett äktenskapsförords verkan till att gälla endast i dödsfall. Man får inte heller genom testamente disponera över förmögenhetsförhållandena i äktenskapet, utan ett testamente är endast ett instrument för förordnanden av testa-

bodelningshandling. Huruvida en handling skall anses innefatta en lagvalsöverenskommelse får avgöras efter en tolkning av ordalydelsen: "Denna kan direkt uttrycka att ett visst lands lag skall tillämpas på makarnas förhållanden. Det kan emellertid också framgå mer indirekt att makarna har varit överens om ett visst lagval. I ett sådant fall kan den enda rimliga tolkningen vara att makarna har avtalat att ett visst lands lag skall tillämpas. Enligt den förevarande bestämmelsen skall detta avtal då gälla."⁷⁰

En genomgång av samtliga äktenskapsförord som registrerats vid Uppsala tingsrätt från och med 1 juli 1990, då LIMF trädde i kraft, till och med 30 juni 1993, gav följande resultat:

Endast i två fall hade makarna *direkt* avtalat om tillämplig lag för förmögenhetsförhållandena i äktenskapet. I båda dessa fall utpekades svensk lag som tillämplig för egendomsordningen i äktenskapet och giftorätt avtalades bort beträffande viss egendom. Det framgick av äktenskapsförorden att den ena parten var utländsk medborgare. I ett betydligt större antal fall där det (förmodligen) fanns internationell anknytning genom ena partens utländska medborgarskap och/eller hemvist,⁷¹ nöjde sig parterna med att avtala att all egendom eller viss egendom skulle vara enskild, dock utan att uttryckligen ange tillämplig lag. Förmodligen får dessa äktenskapsförord tolkas så att de innebär ett avtal om tillämpning av svensk lag, åtminstone om äktenskapsbalkens terminologi — giftorättsgods respektive enskild egendom — använts på ett otvetydigt sätt. Senare rättstvister om saken kan dock inte helt uteslutas. Ett särskilt problem i sammanhanget är att makarna ofta har olika språk, men att äktenskapsförordet endast upprättas på det ena språket. Stundom registreras dock förordet på båda språken, eller på svenska och engelska. I de fall där jag i olika sammanhang kunnat ta del av äktenskapsförord mellan makar, som kommer från olika länder, har mitt intryck ibland blivit att parterna strävat efter ett allmänt giltigt arrangemang utan att ha avsett ett visst lands lag vara tillämplig för förmögenhetsförhållandena.

Under alla omständigheter är det att rekommendera att parterna, helst i form av ett äktenskapsförord, direkt utpekar vilken lag man avtalat skall vara tillämplig. Av betydelse i sammanhanget

torns kvarlåtenskap. Förordnanden om vilken egendom som är giftorättsgods och vilken som är enskild egendom förutsätter i stället upprättande av ett äktenskapsförord (7 kap. 3 § ÄktB) och de gäller sedan oavsett om äktenskapet upplöses genom dom eller genom ena makens bortgång. Eftersom den internationella privaträtten är nationell rätt brukar den normalt stå i överensstämmelse med den materiella rätten i samma lands lag och sålunda återspegla samma värderingar som där kommer till uttryck.

⁷⁰ Prop. 1989/90:87, s. 41.

⁷¹ Hur många fall det rör sig om förblir ovisst, eftersom personbevisen inte protokollförs och det ofta av äktenskapsförordet inte framgår var makarna är medborgare eller har hemvist.

är att en tvist om makarnas förmögenhetsförhållanden kan senare komma att prövas av domstol i ett annat land. Även om det landets lag skulle godta en lagvalsfrihet som motsvarar avtalsfriheten enligt 3 § 1 st. LIMF, är det långtifrån säkert att domstolen där tolkar uttryck såsom "private property" och "marital property right" såsom avseende tillämpning av just svensk lag. Varför vara tvetydig när det borde ligga i allas intresse att avtalet är klart och tydligt? Jag anser det också vara beklagligt att avtalet inte behöver träffas i äktenskapsförordets form.⁷²

8. Om informationen rörande LIMF

När fråga är om en reform av denna typ som direkt berör hundratusentals människor med svenska *och* utländska anknytningar, är det viktigt att man på ett effektivt sätt informerar de berörda personerna om den nya lagen. Annars kommer man alltid att riskera ett stort antal fall där lagens lösningar kommer som en överraskning: Reglerna i äktenskapsbalken kan te sig mycket främmande för i Sverige bosatta utländska makar från en mycket annorlunda kultur, särskilt om makarna planerar att i framtiden återflytta till sitt ursprungsland. Dessa makar kanske tar för givet att ursprungsstatens lag gäller. Likaså kan svenska medborgare som flyttar utomlands leva i den felaktiga tron att svensk lag fortsätter att gälla och av denna anledning avstå från att avtala om förmögenhetsförhållandena i äktenskapet. Utan tillfredsställande information kommer man inte heller att uppnå det kanske viktigaste syftet bakom lagvalsfriheten enligt LIMF, nämligen att det i första hand är makarna själva som bestämmer tillämplig lag.

⁷² Att detta krav inte ställs angav familjelagssakkunniga sammanhänga delvis med att det inte är säkert att i andra länder äktenskapsförord står till förfogande för denna typ av rättshandling. SOU 1987:18, s. 261. Jag anser förklaringen vara mindre träffande med hänsyn till att lagen — och således även lagvalsfriheten — främst har betydelse för makar som har hemvist i Sverige. Av större betydelse i sammanhanget har gissningsvis varit att det kan iakttas en allmän trend att mjuka upp kraven angående hur en lagvalsöverenskommelse skall ha kommit till uttryck för att kunna beaktas. Det har nämligen, särskilt vad gäller allmänna förmögenhetsrättsliga avtal, ansetts vara påkallat att i möjligaste mån respektera en överenskommelse om tillämplig lag, när sådan finnes framgå av avtalets innehåll (eller omständigheterna i övrigt). Denna trend syns även på andra områden. Som exempel beträffande makars förmögenhetsförhållanden kan anges den österrikiska lagen från 1978: "Das Ehegüterrecht ist nach dem Recht zu beurteilen, das die Parteien ausdrücklich bestimmen ..." (Bundesgesetz vom 15. Juni 1978 über das internationale Privatrecht, § 19). Ett annat exempel är den schweiziska lagen: "Die Rechtswahl muss schriftlich vereinbart sein oder sich eindeutig aus dem Ehevertrag ergeben. Im übrigen untersteht sie dem gewählten Recht." Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987, art 53(1). Klart hårdare formkrav gäller emellertid enligt den tyska lagen: "Die Rechtswahl muss notariell beurkundet werden. Wird sie nicht in Inland vorgenommen, so genügt es, wenn sie den Formerfordernissen für einen Ehevertrag nach dem gewählten Recht oder am Ort der Rechtswahl entspricht." Gesetz zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts vom 25.7.1986 art 14(4) och 15(3). Se även art 16 i denna lag. Utdrag ur dessa lagar återges i Jänterä-Jareborg (not 11), s. 415–419.

Vid remissbehandlingen av familjelagssakkunnigas förslag underströk flera av remissinstanserna betydelsen av effektiv information rörande de nya reglerna om förmögenhetsförhållanden i äktenskap. Information skulle riktas till invandrare i Sverige och svenska medborgare som flyttar utomlands eller redan är bosatta utomlands. Information ansågs av flera vara särskilt angelägen vad gäller friheten att avtala om tillämpligt egendomsstatut.

Även departementschefen fann den nya lagen medföra behov av information till allmänheten och förklarade sig vara beredd att medverka vid detta.⁷³ Enligt uppgift från justitiedepartementet lämnades vid lagens tillkomst information av massmedial karaktär.⁷⁴ Särskilda trycksaker om lagen, vilket önskats av bl. a. Utlandssvenskarnas förening, har dock inte utgivits. Utan att vidta omfattande efterforskningar går det inte att säkert uttala sig om i vilken utsträckning lagen kommit till den berörda allmänhetens kännedom. Utformningen av de äktenskapsförord som registrerats vid Uppsala tingsrätt under perioden 1.7.1990–30.6.1993 talar dock för, inte minst genom det tvetydiga innehållet i många av dem, att det brister i detta hänseende. Jag har även i övrigt fått detta intryck genom diskussioner med makar som berörs av LIMF. Det är min förhoppning att denna uppsats skulle kunna bidra till ett ökat intresse bland jurister för lagen (1990:272) om vissa internationella frågor rörande makars förmögenhetsförhållanden.

⁷³ Prop. 1989/90:87, s. 33.

⁷⁴ Telefonsamtal med rättschefen Anders Eriksson den 12 oktober 1993. Som exempel på information från justitiedepartementet kan anges departementsrådet Severin Blomstrands artikel "Anlita jurist när ni flyttar med utomlands" i tidningen Svensk i världen, nr 2/91, s. 14–15. Denna artikel hade föregåtts av en tämligen livlig debatt i tidningen angående den nya lagens betydelse för utlandssvenskarnas förhållanden.