

De lege

JURIDISKA FAKULTETEN I UPPSALA

ÅRSBOK 2003

Familjerättsliga studier

Vänbok till Åke Saldeen

IUSTUS FÖRLAG

Ett tack riktas till Emil Heijnes stiftelse för rättsvetenskaplig forskning för generöst bidrag till produktionskostnaderna

© Författarna och Iustus Förlag AB, Uppsala 2003

Redaktör: Nils Jareborg

Sättning: Harnäs Text & Grafisk Form

ISSN 1102-3317

ISBN 91-7678-536-X

Layout omslag: IdéoLuck AB, Stockholm

Tryck: Elanders Graphic Systems, Göteborg 2003

Förord

Åke Saldeen är känd inom Uppsala universitet som tidigare prefekt vid den juridiska institutionen och numera dekanus vid den juridiska fakulteten. Hans kloka handlag med administrativa och ibland kontroversiella frågor – för sådana är inte helt obekanta vid ett universitet – har sålunda kommit väl till pass. Detsamma har skett även utanför universitetet, eftersom Åke Saldeen varit en ledande kraft i Sveriges Professorers Förening och samma förenings ordförande under ett antal år.

Det är emellertid insatser av annat slag, nämligen Åkes verksamhet som rättsvetenskapsman och lärare i familjerätt och arvsrätt, som föranlett denna vänbok i anledning av hans 65-årsdag. I doktorsavhandlingen "Skadestånd vid äktenskapsskillnad. En rättssociologisk och jurimetrisk studie" (1973) bröt Åke ny mark genom användning av sociologisk och statistisk metod för en analys av hur juridiska regler faktiskt tillämpades i praktiken. Användningen av jurimetrisk metod för kontroll av rättstillämpningen fullföljde han genom boken "Fastställande av faderskap" (1980). Även hans fortsatta rättsvetenskapliga arbete har i mycket präglats av en inriktning på biomedicinska metoder och möjligheterna till statistisk bearbetning av familjerättsliga data. Dessutom har han publicerat läroböcker i barnrätt och arvsrätt liksom återkommande rapporter utomlands om den svenska rättsutvecklingen.

Denna bok visar glimtar av Uppsalafakultetens verksamhet inom familjerätten och arvsrätten, ofta med anknytning till ett nordiskt samarbete. I dessa olika hänseenden har Åke haft en betydelsefull ställning. Sällskapligheten i hans väsen i tillägg till hans rättsvetenskapliga verksamhet gör att denna bok blivit inte bara en uppsatssamling utan också en verklig vänbok, som vittnar om goda personliga relationer.

Uppsala i mars 2003

Anders Agell

Maarit Jänterä-Jareborg

Innehåll

Professor emeritus ANDERS AGELL	
Bör kusiner få ärva?	9
Professor HÅKAN ANDERSSON	
Rättspolitiskt inkorrekt – en bra början. Mobbningsproblemet som exempel	25
Adj. professor SVEND DANIELSEN	
Fremtidsfuldmagter – et nyt retsinstitut	45
Generaldirektör ANDERS ERIKSSON	
Några frågor med anknytning till ärvdabalkens regler om efterarv	63
Professor MAJA KIRILOVA ERIKSSON	
Några folkrättsliga aspekter på reproduktionsrelaterat, könsbaserat våld	81
Professor MAARIT JÄNTERÄ-JAREBORG	
Utlandsanknytning, äktenskapsförord och lagvalsavtal – Självklarheter och oklarheter	111
Professor BERT LEHRBERG	
Återgång av gåva. Särskilt i familjerättsliga relationer	131
Verkställande direktör GÖRAN LIND	
Rättsföljden vid jämkning enligt ÄktB 12:1	161
Professor emeritus PETER LØDRUP	
Noen farskapspørsmål – biologiens seier i norsk rett	189

Universitetslektor ANNA SINGER

Umgängesrätter

207

Docent LARS-GÖRAN SUND

”Måste man gulla med sin karl (kvinna)”.

Några familjerättsliga betraktelser kring temat
familjestabilitet

223

Anders Agell

Bör kusiner få ärva?

Varför ställs frågan?

Nästan varje år brukar det motioneras i den svenska riksdagen om återinförande av den arvsrätt för kusiner som avskaffades genom tillkomsten av 1928 års lag om arv. Motionerna avslås regelbundet med en motivering, som antingen anknyter till de skäl som på sin tid åberopades för avskaffandet, eller som innebär att ingenting nytt framkommit som föranleder en omprövning.

Frågan om kusiners arvsrätt har så till vida liten praktisk betydelse att en arvlåtare vanligen har närmare släktingar. Detsamma gäller i än högre grad den existerande arvsrätten för en arvlåtares farbröder, fastrar, morbröder och visar för att inte tala om arvsrätten för en avlidens persons far- och morföräldrar. Arvsrätten inom den tredje arvsklassen, till vilken de nämnda släktingarna hör, aktualiseras dock ibland och kan naturligtvis då ha praktisk betydelse för de berörda personerna. Frågan om arvsrättens gränser har dessutom stort principiellt intresse.

På uppdrag av den s.k. nordiska ministerkommittén har det under flera år bedrivits en akademisk undersökning för klarläggande av möjligheterna att harmonisera familjerätten och successionsrätten i de fem nordiska länderna.¹ Arbetet har hittills resulterat i två böcker, en om äkten-

¹ Uppdraget lämnades ursprungligen till mig samt professorerna Peter Lødrup, Oslo, och Linda Nielsen, Köpenhamn. För bevakning av finsk rätt har professor Urpo Kangas, Helsingfors, varit adjungerad ledamot och även professorn m.m. Svend Danielsen i Köpenhamn har engagerats i arbetet.

skapsrätt,² en annan om successionsrätt.³ Om man vill göra allvar av harmoniseringstanken, hör kusiners arvsrätt till ämnet.

Kusiners arvsrätt har avskaffats i Danmark år 1963 och i Finland år 1966 liksom även på Island. Efter mångåriga diskussioner följde man i dessa länder det svenska exemplet. I Norge har denna arvsrätt däremot behållits; kusiners barn har dock ingen arvsrätt. Avgörande synpunkter i Norge har varit att arvsrätt för kusiner bara är aktuell, när närmare släktingar saknas, och att det då vanligtvis finns en sådan kontakt som motiverar arvsrätt. Ett annat argument var att de flesta arvlåtare föredrar att deras kvarlåtenskap får tillfalla deras kusiner hellre än staten, liksom att arvet då går till yngre människor och också eliminerar olikheter mellan släktlinjer.⁴

Önskemålet om rättslikhet inom Norden kan motiveras av bl.a. det otillfredsställande i att ett arvfall kan komma att bedömas enligt andra regler än tidigare, såvida en arvlåtare före sin död flyttat från ett nordiskt land till ett annat. På grundval av en nordisk konvention avgörs nämligen lagvalet för arvsrätt, såvitt gäller medborgare i ett nordiskt land, av hemvistprincipen.⁵ Kusiner kan sålunda få arvsrätt respektive mista arvsrätt om en arvlåtare före sin död flyttat inom Norden, antingen till Norge eller från Norge.⁶ Givetvis finns det arvsrättsliga regler där nordisk lagharmonisering har större praktisk betydelse, men den mycket speciella lagvalsfrågan angående kusiners arvsrätt har ändå ett visst intresse.

Är det möjligt att på rationella grunder motivera att arvsrätt för kusiner har bättre skäl för sig än avsaknaden av arvsrätt? Ur nordisk synpunkt

² Anders Agell, Nordisk äktenskapsrätt. En jämförande studie av dansk, finsk, isländsk, norsk och svensk rätt med diskussion av reformbehov och harmoniseringsmöjligheter, TemaNord 2003:2.

³ Peter Lødrup, Nordisk arverett. En sammenlignende studie av dansk, isländsk, finsk, norsk och svensk rätt med drøftelser av harmoniseringsmöjligheter og reformbehov, TemaNord 2003:3.

⁴ Se Lødrup a.a. under 2.7.

⁵ Se lagen (1935:44) om dödsbo efter dansk, finsk, isländsk eller norsk medborgare, som hade hemvist här i riket m.m.

⁶ Dock gäller följande, kompletterande reglering för åstadkommande av en övergångsperiod innan bytet av tillämplig lag slår igenom. Där den döde inte vid dödsfallet haft hemvist i det nya landet under fem år, skall lagen i hans hemland tillämpas, om det yrkas av någon arvinge eller testamentstagare, vars rätt därav beror (1§). Ett sådant yrkande om tillämpning av hemlandets lag skall i princip väckas inom sex månader från dödsfallet (3§).

blir frågan, om länderna kan ena sig om en gemensam grundsyn. Efter-
som kusiners arvsrätt avskaffats i alla länderna utom Norge, kan det
tyckas som om den norska linjen inte gärna kan läggas till grund för lag-
harmonisering. Som förhoppningsvis skall framgå av det följande, och
som aktualiseras redan genom de nämnda synpunkterna från den norska
debatten, är sakfrågan dock ganska komplicerad.

I lagberedningens betänkande med förslag till lag om arv m.m. (SOU
1925:43) återgavs statistik för den beloppsmässiga fördelningen av av-
lidna personers kvarlåtenskap på olika kategorier av arvingar under åren
1919 och 1920. Kusiners arvsrätt tycks för dessa år ha omfattat på sin
höjd en halv procent av summabeloppen för respektive år. Andelstalen för
kusinernas föräldrar, dvs. arvlåtarens farbröder, fastrar, mostrar och mor-
bröder, var ungefär hälften så stor. Till arvlåtarens far- och morföräldrar
utgick ännu mycket mindre i arv; det rörde sig om promille av de totala
kvarlåtenskaperna.⁷ Även om fördelningen av kvarlåtenskaper i dag kan
se något annorlunda ut, kan man lugnt anta att arv ytterligt sällan tillfal-
ler en avlidne persons far- eller morföräldrar eller syskon till den dödes
föräldrar. Man kan dock inte bortse från förekomsten av sådana fall,
t.ex. efter trafikolyckor, då först föräldrarna till ett barn och därefter bar-
net självt avlider och arvet efter barnet tillfaller någon i tredje arvsklassen.
I sammanhanget kan noteras en upplysning från Finland av innebörd att
under år 1993 endast en promille av alla kvarlåtenskaper fördelades mel-
lan arvingar i tredje arvsklassen.⁸

Frågan om kusiners arvsrätt lämpar sig väl för argumentationsanalys,
bland annat därför att så många olika synpunkter anfördes av lagbered-
ningen. Tanken på nordisk lagharmonisering medför en extra stimulans
för uppmärksammande av den rättspolitiska frågan. I den bok om nor-
disk successionsrätt, som skrivits av Peter Lødrup, har det bl.a. betonats
att hela tredje arvsklassen har särskilt liten praktisk betydelse om kusiner
utesluts från arv.⁹

En rättspolitisk diskussion av kusiners arvsrätt kan inte isoleras från
de allmänna skälen för arvsrätt för arvingar i olika parentel. Ur denna
synpunkt präglades lagberedningens nämnda betänkande (SOU 1925:43)

⁷ Omdömena i texten bygger på tabellen i SOU 1925:43 s. 100.

⁸ Jag tackar professor Urpo Kangas, Helsingfors, för den statistiska upplysningen som
kommer från hans bok "Perinnöt ja testamentit", Helsingki 1996, s. 104.

⁹ Jfr not 4 ovan.

av ett rikt innehåll och en hög ambitionsnivå. Betänkandet innehåller en ingående rättsjämförande undersökning av arvsrättens historiska utveckling, av olika teoribildningar om arvsrättens grund och lämpliga avgränsning – med Bentham, 1734–1832, som en föregångare till moderna ekonomiska analyser – och ett stort antal tilläggsargument som verkar ha kommit från lagberedningen själv. I det följande skall jag söka sortera bland argumenten för att finna vad som har större eller mindre övertygelsekraft angående arvsrätten för kusiner.

Det måste naturligtvis också uppmärksammas att människor numera vanligtvis har ett färre antal kusiner än som var fallet under förra delen av 1900-talet. Det är det främsta *nyttillkomna* skälet för en eventuell omprövning av den arvsrättsliga regleringen. Samtidigt skall av det följande framgå att lagberedningens resonemang knappast var invändningsfria ur principiell synpunkt, även om avskaffandet av kusiners arvsrätt lät sig motiveras.

Omläggningen av det arvsrättsliga systemet genom 1928 års arvslag

Innan framställningen går vidare bör, i klarhetens intresse, erinras om innebörden av den sedan 1928 gällande arvsordningen, som 1958 fördes över till den nya Ärvdabalken. Den *första* arvsklassen utgörs av arvlåtarens barn och deras avkomlingar, den *andra* består av föräldrar, syskon och syskons avkomlingar, den *tredje* – som redan berörts – av far- och morföräldrar och deras barn, dvs. arvlåtarens farbröder, fastrar, morbröder och mosttrar. Därefter dras gränsen eftersom dessas barn – kusinerna – utesluts från arv. Här gäller alltså inte den s.k. istadarätt (avkomlingsrätt att träda i avliden arvinges ställe) som utan begränsning gäller i första och andra arvsklassen.

När det gäller första och andra arvsklassen gällde samma regler redan före 1928 års lagstiftning. Det var redan då fråga om ett, som lagberedningen uttryckte saken, ”ett med representationsrätt förenat parentelsystem”. Därutöver var emellertid arvsrätten obegränsad för övriga släktingar, vilka bildade den tredje och sista arvsklassen. Det var nu inte längre fråga om ett parentelsystem med representationsrätt utan om ”en gradual beräkning, enligt vilken rätten till arv i första hand blir beroende av närheten i led med arvlåtaren”. Efter en redogörelse för de tillämpliga principerna, vilka enligt lagberedningens beskrivning inte verkar helt lättbe-

gripliga för en nutida läsare, fortsatte beredningen med att konkretisera rättsläget:

I enlighet härmed ärva, om skyldeman tillhörande första eller andra paren-
teln ej finnes, främst far- och morföräldrar (andra led), därefter farbror,
faster, morbror och moster (tredje led), därefter arvlåtarens förfäder i tredje
led, därefter kusiner (fjärde led) o.s.v. Representationsrätt förekommer icke.¹⁰

Den sista meningen berörde en särdeles betydelsefull sak, nämligen att, om någon arvinge avlidit (t.ex. någon nämnd person i ”tredje led”), arvet inte gick till hans eller hennes avkomlingar utan att den lediga lotten ökade andelarna för övriga arvsberättigade inom samma led. Rättsläget var alltså härvidlag ett annat än när det gäller arvingar i första och andra arvsklassen. Kusiner hade visserligen arvsrätt, men eftersom det inte gällde någon istadarätt, kunde en kusin, vars arvsberättigade förälder, t.ex. en farbror, redan avlidit, inte få något arv så länge det fanns någon levande farbror eller faster till arvlåtaren.

Efterlevande make fick först 1920 rätt till arv enligt särskilda regler, som inte behöver dras in i en rättsteknisk diskussion av kusiners arvsrätt, men som i praktiken ytterligare minskat den praktiska betydelsen av arvsrätten för personer inom den tredje arvsklassen. Fanns det enbart arvingar i tredje arvsklassen, tog den efterlevande maken hela kvarlåtenskapen enligt de då nyinförda reglerna. Rättsläget har förblivit detsamma på grundval av den nya konstruktionen av efterlevande makens arvsrätt (”fri förfoganderätt” i vissa fall) som infördes 1928. Den först avlidne makens arvingar i tredje arvsklassen har med andra ord aldrig någon rätt till efter-
arv efter sin släkting, när den efterlevande maken avlidit.

Arvsrättens gränser enligt lagberedningens betänkande 1925

I lagberedningens utförliga framställning underströks den allmänna synpunkten att arvsrätten (och för den delen kanske än mera testamentsrätten) kan ses som ett utflöde av den privata äganderätten och som en stimulans för en arvlåtare att skaffa sig tillgångar. Främst antogs arvsrätten kunna främja sambandet mellan olika generationer inom en familj. En person har ofta sin familj att tacka sin uppfostran och utbildning lik-

¹⁰ SOU 1925:43 s. 62.

som för ett begynnelsekapital i livet. Det vore då naturligt att hans kvarlåtenskap fick övergå till hans släkt i följande generationer.¹¹ Den reformering av arvsrätten som beredningen förberedde borde emellertid "från arvsrätt utesluta sådana skyldemän, vilka i förhållande till arvlåtaren regelmässigt kunna antagas sakna den ekonomiska och sociala samhörighet, som är arvsrättens grund".¹²

De närmare resonemangen för prövning av gränserna för arvsrätten kan enklast återges från regeringens proposition (prop. 1928:17) till riksdagen, eftersom lagberedningens omfattande utläggningar – ibland så synpunktsrika att det är svårt att väga värdet av olika argument – i propositionen sammanfattas på ett utmärkt sätt. Inledningsvis torde det enligt propositionen "helt allmänt kunna sägas att den (dvs. gränsen för arvsrätten, min anm.) bör dragas så, att ej en allmänare reaktion mot begränsningen uppstår genom upprättande av testamenten till förmån för de uteslutna arvingarna".¹³ En så hård insnävning av arvsrätten vore naturligtvis inte bra.

I fråga om första arvsklassen ansågs arvsrätten enligt propositionen så självklar att det blott konstaterades: "Att arvsrätt bör tillkomma *bröstarvingar* är otvivelaktigt."¹⁴

Med tanke på andra arvsklassen ansågs även *föräldrars och syskons* arvsrätt vila "på säker grund". För föräldrarnas arvsrätt framhölls bl.a. att de gjort insatser för ett barns uppfostran och underhåll, liksom att deras arvsrätt kunde betyda "endast, att de återfå egendom, som omedelbart kommit från dem". Också syskonens arvsrätt härleddes till "samhörigheten inom familjen, grundad under uppväxten i det gemensamma hemmet". En rad delargument tillfogades, bl.a. att det vid arvskifte efter en förälder kunde hända att ett av flera syskon fick överta en gård på billiga villkor. För den händelse att detta syskon avlider, vore det enligt beredningen stötande om inte egendomen skulle tillfalla de övriga syskonen utan gå till det allmänna.

I fråga om *syskons avkomlingar*, vilka också ingår i andra arvsklassen, anfördes att den samhörighet som vanligen finns mellan syskon vanligen också är för handen i förhållandet mellan ett syskon, som själv saknar

¹¹ SOU 1925:43 s. 104.

¹² SOU 1925:43 s. 109.

¹³ Se till detta citat liksom vad som i övrigt nu skall återges från regeringens förslag prop. 1928:17 s. 54 f.

¹⁴ Prop. 1928:17 s. 54.

bröstarvingar, och hans *syskons avkomlingar*. Även om arvlåtaren och arvingen i regel inte haft gemensamt hem ”kan förhållandet mellan dem i viss mån jämföras med förhållandet mellan föräldrar och barn, särskilt då avkomlingen (dvs. syskonbarnet, min anm.) vid tidig ålder blivit föräldralös”. ”De starka skälen för bröstarvingars arvsrätt hava alltså här en viss motsvarighet.”

Det är först när man kommer till *den tredje parentelen*, som, enligt det fortsatta resonemanget, ”tvekan uppkommer” om det finns en sådan samhörighet som uppbär arvsrätten. Vad först angår *far- och morföräldrar* skulle det dock i de sällsynta fall, då ett arvfall till dem kan bli aktuellt, ”för visso uppfattas såsom stötande, i fall kvarlåtenskapen (barnbarnets, min anm.), som kanske kommit från dem skulle tillfalla det allmänna”.

Mera tveksamt ansågs det vara om arvsrätt bör tillkomma *föräldrars syskon* (farbror, faster, morbror, moster). Man hänvisade emellertid till sådana fall då arvlåtaren, som inte har föräldrar i livet, uppfostrats hos exempelvis en farbror; då ”gälla till förmån för farbroderns arvsrätt i viss mån de skäl, som anförts för föräldrars arvsrätt. Och då arvlåtaren avlidit i tidig ålder, kan arvsrätten efter honom i vissa fall framstå som ett naturligt komplement till syskonarvsrätten.”¹⁵

I lagberedningens framställning fanns dock ytterligare ett argument till stöd för arvsrätt för farbror, faster, morbror och moster. Det framhölls att en sådan person kanske tidigare fått för ett billigt pris från sina föräldrar (alltså arvlåtaren far- eller morföräldrar) utlösa en fastighet med försteg före sina syskon. ”Med hänsyn särskilt till uppfattningen hos den jordbesittande befolkningen synas sistnämnda skyldemän icke böra uteslutas ur arvsordningen.”¹⁶

Varför avskaffades kusiners rätt att ärva?

Därmed är vi framme vid frågan om kusiners arvsrätt. Om den frågan anfördes följande i 1928 års proposition till riksdagen:

”Visserligen består samhörighet ofta mellan kusiner under uppväxtåren, men den torde sedan de nått myndig ålder regelmässigt ej kunna anses vara nog stark att bära upp en legal arvsrätt. Arvfall till kusiner förekommer vanligen blott vid dödsfall i sådan ålder, då de gemensamma ascendenterna dött

¹⁵ Prop. 1928:17 s. 55.

¹⁶ SOU 1925:43 s. 112 f.

bort. I den mån samhörighet mellan kusiner i äldre år förekommer, är testamentet den naturliga successionsformen. Denna utvisar nämligen, att då kusiner äro närmaste arvingar från dem borttestamenteras ända intill 80 % av sammanlagda kvarlåtenskapssumman. Mot kusinarvsrätten talar vidare, att den leder till resultat, som ur ekonomisk synpunkt måste betraktas som mindre önskeliga. Då kusinkretsen ofta är stor och det i dessa fall, då testamente ej föreligger, vanligen är fråga om små kvarlåtenskaper, kommer nämligen arvet att splittras i smådelar.”¹⁷

Lagberedningen hade i sitt betänkande anfört många ytterligare synpunkter, som förtjänar begrundande även om de inte återgavs i propositionen. Enligt beredningen kunde avskärandet av kusiner från arvsrätt visserligen anses innefatta en viss godtycklighet ”från parentelprincipens ståndpunkt”. Om nämligen arvsordningen upphör efter farbror, faster, morbror och moster ”medför detta en kumulering av arvet hos den eller de efterlevande av dem, medan, om någon av dem avlidit, hans barn, som äro arvlåtarens kusiner, ej få någon del av arvet.”¹⁸

Beredningen fortsatte emellertid omedelbart med att fränkänna den citerade meningens betydelse, eftersom, vilket påpekats ovan, parentelprincipen inte tillämpades för den tredje arvsklassen enligt de regler som då gällde. Visserligen kunde en kusin få ärva, men detta gällde dock aldrig om det fanns något kvarvarande syskon till kusinens förälder (dvs. arvlåtarens farbror, faster, morbror eller moster). Rättsläget skulle sålunda på just denna punkt förbli oförändrat. Lagberedningen tillade att ”parentelprincipen icke är en grund ur vilken rättssatser oberoende av deras ändamålsenlighet kunna härledas, utan en i nyare tid uppställd teoretisk regel för vinnande av viss följriktighet i arvsordningen”.¹⁹

Av viss betydelse för bortskärandet av arvsrätten för kusiner var vidare de resonemang som ledde fram till inrättandet av Allmänna arvsfonden genom 1928 års lagstiftning. Lagberedningen diskuterade bl.a. om staten borde ha ett direkt arvsanspråk. Tanken avvisades dock med hänvisning till att arvsbeskattningen var det medel som kunde användas för att ge staten en andel i kvarlåtenskaperna, särskilt de av större omfattning. I stället inrättades Allmänna arvsfonden som mottagare av äldre s.k. dana-arv, som tillföll staten när arvingar saknades. Förmögnare arvlåtare förut-sattes i allmänhet komma att upprätta testamente. Arvsrättens begräns-

¹⁷ Prop. 1928:17 s. 56.

¹⁸ SOU 1925:43 s. 113.

¹⁹ SOU 1925:43 s. 113.

ning antogs främst komma att drabba sådana avlägsna släktingar till den døde, vilka själva befinner sig i små omständigheter.

Sambandet mellan arvsrättens begränsning och inrättande av Allmänna arvsfonden kommer bl.a. till uttryck i följande synpunkt i lagberedningens betänkande: ”Då från social synpunkt de små arvets främsta ändamål torde vara att bereda bidrag till det uppväxande släktets underhåll och uppfostran och då de medel, varom här är fråga, alltid härröra från personer, som saknat egna barn, synes intet ändamål för fonden vara närmare än åtgärder till förmån för ensamstående fattiga barn, vilka samhället måste omhändertaga”.²⁰ Sambandet uttrycks kanske ännu tydligare i regeringens proposition: ”Att det från sådana arvlåtars synpunkt framstår såsom vida mindre stötande, om arven gå till ett ändamål, vilket för dem kunde hava tett sig naturligt att tillgodose genom testamente, än om arven indragas till staten, förefaller uppenbart.”²¹

Den nya lagen om allmänna arvsfonden fick en utformning som harmonierade med de återgivna synpunkterna. Enligt lagens 1 § skulle de medel som tillföll fonden ”utan sammanblandning med andra medel” utgöra ”en särskild fond för främjande av barns och ungdoms vård och fostran”.

Analys av de olika skälen för avskaffandet av kusiners arvsrätt

Som framgått byggde borttagandet av kusiners arvsrätt på argument av olika slag, låt vara att den centrala tanken var den förmodade avsaknaden av en närmare social eller ekonomisk gemenskap mellan kusiner i allmänhet.

Som redovisats ovan utgick lagberedningen liksom regeringen från att en hård begränsning av kretsen av arvingar kunde frammana ett stort antal testamenten till förmån för de uteslutna släktingarna. Detta är säkert en riktig grundtanke; leker man exempelvis med tanken att arvsrätten skulle behållas enbart för första arvsklassen, dvs. en arvlåtars avkomlingar, finge man naturligtvis räkna med många testamenten av barnlösa personer till förmån för föräldrar, syskon och syskonbarn. Däremot kan man

²⁰ SOU 1925:43 s. 117.

²¹ Prop. 1928:17 s. 67.

knappast dra någon slutsats av det omvända förhållandet, dvs. att det förekommer endast få testamenten till förmån för en viss kategori av släktingar. En sådan iakttagelse kan knappast vara ett skäl för att dessa släktingars arvsrätt lika gärna kan avskaffas.

Det verkar dock som om man i förarbetena till arvslagen kanske gjorde ett motsatsslut från den första iakttagelsen angående verkan av en mycket långtgående begränsning av kretsen av arvingar. I varje fall framhölls det, som också framgått ovan, att – då kusiner var närmaste arvingar enligt gällande rätt – intill 80 procent av den sammanlagda kvarlåtenskapssumman borttestamenterades till andra. Resonemanget om avsaknaden eller förekomsten av testamenten tycks visserligen bygga på den riktiga tanken att arvsrätten bör avgränsas med ledning av bl.a. arvlåtares typiska önskemål i förhållande till olika kategorier av släktingar. Man bör emellertid inte fästa särskilt stor vikt vid eventuell testamentspraxis till nackdel för kusiner. Det kan naturligtvis för de flesta människor finnas angelägnare mottagare av deras kvarlåtenskap än kusiner. Testamenten av motsvarande innehåll har däremot inget bevisvärde i fråga om en avliden persons inställning till sina kusiner (eller för den delen andra släktingar i vilken arvsklass som helst), när något testamente inte upprättats.

Alldeles särskilt saknar det argumentationsvärde för frågan om arvsrättens gränser, att en arvlåtare *kan* upprätta testamente för att gynna en släkting utan arvsrätt. Visst, testamente kan alltid upprättas. Diskussionen gäller dock inte detta förhållande utan arvsrättens utformning, när något testamente inte föreligger. På liknande sätt innebar uttalanden i lagförarbetena, att förordnanden i testamente var den "naturliga formen" för gynnande av kusiner, att man förutsatte vad som skulle bevisas. Den relevanta frågan är en annan: *bör* kvarlåtenskapen tillfalla kusiner eller Allmänna arvsfonden, alternativt staten? Från möjligheten att upprätta testamente bör man på det hela taget kunna bortse vid en diskussion av vad som är den lämpligaste arvsregeln; utgångspunkten är ju att den skall tillämpas bara om det inte finns något testamente.

Tyngdpunkten i lagberedningens resonemang om kusiner låg ändå i rent arvsrättsliga synpunkter. Den grundläggande synpunkten, att social eller ekonomisk gemenskap vanligen inte antogs finnas mellan kusiner, kompletterades med iakttagelsen att det ofta fanns så många kusiner, att kvarlåtenskapens fördelning bland dem kunde innebära en långtgående splittring av redan begränsade kvarlåtenskaper; dessutom kunde det vara svårt att uppspåra alla kusiner, eftersom Sverige på den tiden var ett emigrationsland.

Lagberedningens genomgång av skälen för och emot arvsrätten för släktingar i de olika arvsklasserna är i sig intressant. Ur rättssystematisk synpunkt är det dock något egendomligt att resonemanget inriktades på om olika grupper av släktingar borde uteslutas från arvsrätt, även när det var fråga om släktingar vilkas arvsrätt inte satts ifråga och som befann sig så att säga mitt i arvsordningen. Detta gällde exempelvis arvsrätten för en arvlåtares syskon liksom för syskons avkomlingar, dvs. redan på tal om andra arvsklassen. Som lagberedningen själv påpekade (jfr ovan), utgör parentelsystemet endast ett medel för ”vinnande av en viss följdriktighet i arvsordningen”. Parentelsystemet säger ingenting om arvsrättens gränser. Ändå diskuterade lagberedningen gränsdragningsfrågan parentel för parentel.

För min del menar jag att en annan tankemodell har bättre förutsättningar att beskriva hur kretsen av arvingar bör avgränsas för att tillgodose ett gott ändamål för arvsrätten. Frågan om arvsrättens gränser kan på ett naturligare sätt än vad lagberedningen gjorde ställas med tanke på vilken totalgrupp av släktingar som alls bör kunna ärva. I fråga om arvsrättens gränser innebär den ordning, som infördes 1928, i realiteten att man sätter samhörigheten inom en familjekrets bestående av far- och morföräldrar och deras avkomlingar i centrum. Man kan tänka sig andra kulturmönster där arvsrätten utsträcks till alla dem som hör samman genom ytterligare ett tidigare släktled, men för moderna förhållanden i de nordiska länderna är den tanken främmande.

Särskilt central är visserligen arvsrätten för avkomlingar till en avliden person, dvs. vad som regleras i första arvsklassen. Men tanken på familjen som en enhet, bestående av far och morföräldrar men inte längre tillbaka, innebär att man håller dörren öppen för ”bakarv”, dvs. att far och mor liksom far- och morföräldrar kan ärva sina avkomlingar inom ramen för andra och tredje arvsklassen. Vidare kan personer inom den andra och tredje arvsklassen också ha rätt till ”sidoarv”, som när någon tar arv efter ett syskon.

Arvsrättens ändamål kan med ledning i mitt resonemang sägas vara att tillgodose den sociala och ekonomiska gemenskap som typiskt sett antas finnas inom den berörda familjekretsen utgående från far- och morföräldrar. Den tredje arvsklassen handlar visserligen om ”bakarv” och ”sidoarv” som aktualiseras mycket sällan. Ibland kan den dock få betydelse som uttryck för att de berörda personerna ingår i den familjegemenskap över ett par generationer som kan motivera arvsrätt mellan alla dem som hör till kretsen. Ur principiell och rättssystematisk synpunkt är det,

som frågan om arvsrättens gränser presenterats här, svårt att se skäl till ett uteslutande av kusiner från arvsrätt.

Det finns emellertid en annan svaghet i lagberedningens resonemang och dess effekter för frågan om kusiners arvsrätt. Beredningen nämnde över huvud taget inte existensen av den s.k. *istadarätten* – en avkomlings rätt att få träda i en avliden arvinges ställe – som en allmän princip av stor betydelse. Principen aktualiserades dock genom vissa exempel (jfr ovan), som när beredningen illustrerade lämpligheten av att arv bör kunna tillfalla ett syskons avkomlingar, om ett syskon har avlidit, liksom en farbror eller faster till arvlåtaren, när hans farfar eller farmor inte finns i livet.

Istadarätten innebär en utjämning mellan olika grenar inom familjen, eftersom det inte spelar någon roll i vilken ordning arvingar avlider. Om ett barn avlider, tar hans avkomlingar hans del, om ett syskon avlider, tar efterlevande syskonbarn motsvarande arvsandel etc. En ordning, som innebär att t.ex. att arvlåtarens syskonbarn inte får träda i stället för ett avlidet syskon, skulle medföra oacceptabla slumpeffekter. Om arvlåtaren som närmaste släktingar har en bror och en syster, både med egna barn, vore det naturligtvis otillfredsställande om arvlåtarens kvarlåtenskap slutligen hamnar hos endera kretsen av syskonbarn, beroende på om antingen arvlåtarens bror eller hans syster har avlidit före honom. Denna otillfredsställande effekt är särskilt påfallande såvida en arvlåtares kvarlåtenskap härstammar från egendom, som han i sin tur ärvt, och som därför kan sägas ha representerat ett gemensamt intresse för alla tänkbara arvingar.

När istadarätten inom den tredje arvsklassen begränsas till farbröder, fastrar, morbröder och mostrar (när far- och morföräldrar är döda) kan detta medföra slumpeffekter av just det nämnda slaget för olika kusiner, beroende på vems förälder som kan ha avlidit före arvlåtaren. Principiellt är detta en olycklig effekt.²² Denna berördes visserligen av lagberedningen som uttryck för en viss godtycklighet (jfr ovan). Beredningen avvisade dock denna betänklighet med hänvisning till att kusiner *enligt dåvarande rätt* visserligen hade arvsrätt, men att kusiner aldrig fick ärva om arvlåtaren hade något syskon i livet. Enligt min mening borde dock inte existensen av ett äldre rättsläge hindra en omläggning, såvida man finner goda skäl för en ändring.

²² Som berörts ovan vid not 4 har synpunkten betonats i Norge.

Det som jag nu anført talar i och för sig för att kusiner, ja t.o.m. kusiners avkomlingar borde ha arvsrätt, eftersom de hör till den familjegrupp som utgår från far- och morföräldrar till en avliden person. Emellertid kan lagstiftaren dock inte bortse från mera praktiska överväganden. På 1920-talet var det naturliga iakttagelser att en arvlåtare ofta hade så många kusiner att en arvsrätt för dem kunde leda till obetydliga arvsandelar, liksom att det kunde vara besvärligt att lokalisera åtskilliga kusiner på grund av utvandringen till Amerika. Just dessa förhållanden kunde naturligtvis också motivera den centrala tanken, att det vanligtvis inte råder en så nära social eller ekonomisk gemenskap mellan kusiner att arvsrätt bör gälla dem emellan.

De ändrade demografiska och sociala förhållandena

I dag är den demografiska och sociala situationen i de nordiska länderna, liksom på andra håll i västvärlden, annorlunda än för 80 år sedan. Då var det inte ovanligt med syskonkretsar om 6–10 personer; antalet kusiner på en arvlåtares fäderne- eller mödernesida kunde som en konsekvens uppgå till 20–30 personer. De som är födda under andra hälften av 1900-talet har sällan mera än två syskon, ofta har de bara ett eller är sina föräldrars enda barn, och kretsen av kusiner på fädernet eller mödernet begränsas till kanske 3–6 personer. En arvsrätt för kusiner behöver under sådana sociala förhållanden inte medföra någon fragmentering av kvarlåtenskaper.

Därtill kommer att nedgången i kusinantalet sannolikt medfört starkare sociala band mellan kusiner. I sammanhanget kan noteras den redan berörda synpunkt som har spelat en roll i Norge.²³ Den avgörande frågan bör inte vara om kusiner i allmänhet har en någorlunda nära social kontakt. Arvsrätten enligt tredje arvsklassen aktualiseras ju nämligen bara när en arvlåtare varken har föräldrar, syskon eller syskonbarn i livet. Det är sådana arvlåtares samhörighet med sina kusiner som bör vara avgörande, inte kusinrelationerna för en person som har närmare släktingar.

En viss betydelse för arvsrättens avgränsning kan det också ha vilka presumtioner som kan uppställas för olika arvlåtares egna önskemål. Det skulle kunna ha intresse att undersöka i vad mån personer, som saknar närmare släktingar och som inte upprättat testamente, skulle föredra att

²³ Ovan vid not 4.

kvarlåtenskapen tillfaller Allmänna arvsfonden eller deras kusiner. Enligt 5 § lagen om Allmänna arvsfonden är fondens ändamål ”att främja verksamhet av ideell karaktär till förmån för barn, ungdomar och personer med funktionshinder”. Inom denna ram ges bland annat bidrag till en rad olika organisationer och verksamheter. Lagberedningens vackra tanke – att fonden skulle tillgodose ett för de flesta arvlåtare naturligt ändamål, stöd till behövande barn – har inte numera samma konkreta stöd av fondens ändamål som när den inrättades 1928.

Att det i dag föds färre barn i en familj än för hundra år sedan förstärker för övrigt tanken att arvsrätten i vår kulturella och sociala miljö kan ha ett naturligt ändamål inom ramen för en familjekrets, som utgår från far- och morföräldrar och deras avkomlingar och som ger möjlighet till ”bakarv” och ”sidoarv”. De mindre antalet medlemmar i en sådan familjegrupp har antagligen medfört att de olika generationernas dagliga liv kan uppvisa en större gemenskap än förr i världen, något som kommer till uttryck när far- och morföräldrar numera kan spela en viktig roll som hjälpredor för att ta hand om sina barnbarn.

Slutsatser

Lagberedningens omfattande resonemang till stöd för avskaffande av kusiners arvsrätt byggde på nästan väl många olika argument. Vissa argument var knappast alls hållbara, som hänvisningarna till testamentspraxis och testamentsmöjligheterna. Andra var för kasuistiska som vid den i och för sig intressanta diskussionen av arvsrättens gränser. Samtidigt försummade beredningen att uppmärksamma den principiella betydelsen av istadarätten för åstadkommande av likabehandling av olika släktgrenar oberoende av i vilken ordning som arvingar kan ha avlidit före en arvlåtare. Kvar som skäl för avskaffandet av kusiners arvsrätt fanns emellertid det förhållandet på 1920-talet, att antalet kusiner kunde vara mycket stort. Detta gjorde både att den sociala gemenskapen mellan kusiner kunde vara svag och att det vid ett arvfall kunde vara svårt att lokalisera alla kusiner, eftersom Sverige var ett emigrationsland.

Vid en omprövning av regleringen i dag talar alltså principiella skäl för att kusiner bör ha arvsrätt eftersom de hör till en familjegrupp som utgår från far- och morföräldrar. Därtill kommer att nedgången i antalet barn i varje familj, med en än starkare nedgång av antalet kusiner, gör att gemenskapen mellan kusiner kan antas ha ökat. Särskilt gäller detta i de fall då en arvsrätt kan vara aktuell, dvs. det finns inte närmare släktingar.

De stora praktiska svårigheter som på 1920-talet talade för ett avskaffande av kusiners arvsrätt torde knappast uppkomma i framtiden, även om det än så länge kan finnas ganska stora kusinkretsar.

Arvsrätten för släktingar i tredje parentelen, dvs. för närvarande en arvlåtares far- och morföräldrar samt hans farbröder, fastrar, morbröder eller mostrar, har en mycket begränsad praktisk betydelse. I de fall då det finns arvingar av detta slag är det en principiell svaghet att det inte gäller istadarätt för kusiner. Det blir i så fall, om en av flera arvingar inom kretsen har avlidit före arvlåtaren, beroende på en slump var kvarlåtenskapen till sist kommer att hamna i nästa generation.

Arvsrätten för den tredje arvsklassen skulle få en något större praktisk betydelse om kusiner fick arvsrätt. Ett alternativ vore möjligtvis att avskaffa rätten till arv över huvud taget för den tredje arvsklassen. Som tidigare utvecklats utgör emellertid en avgränsning av arvsrätten med ledning av den personkrets som utgår från generationen av far- och morföräldrar naturlig i vår kulturmiljö för att arvsrätten skall kunna fylla ett naturligt ändamål inom en familjekrets vars medlemmar typiskt sett har en social gemenskap och ibland också ekonomiska tillgångar med ett gemensamt ursprung, som kan ha intresse för alla personer inom kretsen. Att arvfall sällan inträffar till förmån för någon i den tredje arvsklassen är inte något skäl för ett avskaffande av denna arvsklass, eftersom den har principiella skäl för sig. I stället är det önskvärt att den rättstekniska utformningen av regelsystemet görs så konsekvent och rättvist som möjligt.

Allt vägt och mått tycks det finnas goda, principiella argument för återinförande av en arvsrätt för kusiner. Att för följdriktningens skull medta även kusinbarn inom kretsen skulle väl dock vara att gå onödigt långt. Ett arv i motsatt riktning – från kusinbarn till kusiner – skulle för övrigt leda arvslinjen tillbaka fyra generationer, innan den får så att säga gå neråt igen. Det verkar svärmotiverat.

Det måste dock medges att den här genomförda analysen inte är tillräcklig för ett slutligt ställningstagande. Det behöver också undersökas i vad mån som ett återinförande av arvsrätt för kusiner skulle medföra praktiska svårigheter att klarlägga släktförhållandena efter en arvlåtare. I vår tid, med effektiva datoriserade metoder för folkbokföring, behöver kanske inte släktutredningarna bereda större problem i de flesta fall.

Som redan betonats har frågan om nordisk lagharmonisering också ett egenvärde. Frågan är man i de andra nordiska länderna – liksom för den delen i Sverige – alls villig att så allsidigt som möjligt analysera frågan om kusiners arvsrätt.

Håkan Andersson

Rättspolitiskt inkorrekt – en bra början

Mobbningsproblemet som exempel

1 Rättspolitik och ambivalent etik

1.1 Konsensus och rätt

Du har själv varit med om det. En dagsaktuell fråga med etiska implikationer diskuteras runt fikabordet på arbetsplatsen – som kanske är en akademisk, räddhågsen miljö – och genast är dagordningen satt: En uppslutning kring stora, oklanderliga idéer och en upplevelse av gemenskap i värdegrunderna. ”Självklart är detta den goda synen och alla goda krafter bör samverka för denna lösning.” Lika lätt uppnås den trygga förvisningen i modiga, rättrådiga förkastanden. ”Detta är ju fullständigt totalt oacceptabelt.” Du har själv varit med om det.

Du minns också enstaka beklämmande upplevelser när förväntade konsensusregler inte efterlevts, kanske till och med ifrågasatts. Någon – i ett hörn, säkert lätt tillbakalutad – ger uttryck för en icke förankrad åsikt, säger en obehaglig sanning eller ser helt enkelt ett problem där andra bara vill se lösningar. Du minns det. Och du ryser – särskilt om det var du.

Moralbildning, normalisering, konformism, inordnande, kontroll, repression – beteckningarna skiftar liksom därmed upplevelsen. Vad som händer är likväl att ramar för acceptans – och dess motsats – produceras. När den moderna människan skapade den moderna världen och reglerade sina mellanhavanden handlade det onekligen om en frigörelseprocess gentemot religionens påbudande moral. Inga gudomliga oföränderliga lagar, men förvisso skulle själva förnuftet vara det eviga och yttersta riktmärket. I denna människoskapade värld intar de rättsliga regleringarna

en rangplats. Reformen, handlingsdirigering, moralförstärkning, teleologi-predikningar; kanske kan brygden till och med kryddas med en skopa intolerans. Rätten legitimerar sig själv via sin förnuftstillvaro. Åtminstone en tid. Men insikten smyger sig fram, att förnuft och rationalitet inte förmår frambringa det enhetliga, gemensamma och universella ramverket för frågor om gott och ont – rätt och fel. Och där står vi med fanan fladdrande i alla riktningar som i ett intellektuellt korsdrag.

I en tid då utopierna inte längre har riktigt samma glöd – då inte ens dystopierna på allvar osar svavel – blir det allt svårare att vinna stor uppslutning kring generella etiska program. Över huvud taget kännetecknas det idémässiga klimatet av en viss misstro mot stora, enhetliga och allmänt tillämpningsbara värderingar med åtföljande styrsystem. Det betyder förvisso inte att samtalet tystnar; det kan tvärtom tillta, men i andra tonfall. Den enda motorvägen mot det enda målet kan bytas mot idealet med många små slingrande landsvägar utan en bestämd centralort som destination – och varför inte göra en avstickare ut i skogen? Ja, om problemen verkligen diskuteras från olika utgångspunkter kan man mångsidigt börja behandla dem, ej bara söka de verifierande frågorna till de färdiga svaren.

Fast det är klart att man i denna motstridiga mångfald blir ambivalent. Å ena sidan misstron mot det universella och givna, å andra sidan en tilltagande likriktning där svart och vitt alltmer ”färgar” diskussionen. Vi bevittnar en journalistiskt bekräftelseinriktad dagligvaruåsikternas kampanj där det privata – att över huvud taget framföra en rättrådig och polemisk åsikt – tenderar att ta över debattklimatet. Går det alls att framföra ett inlägg utan att först doppa pennen – eller tungan – i vitriol? Nå, alla är åtminstone ense om att politikens frågor heter ”skola-vård-omsorg” med tillägget ”integration”, och alla betygar såväl vikten av dessa frågor som att man själv står på rätt sida (precis som alla andra också gör). Man är oklanderligt godhjärtad i TV-studio-soffan. Man sitter vid fikabordet. Du har själv varit med om det.

1.2 Rättspolitisk debatt – mobbningsproblemet som exempel

Samma möjligheternas vankelmod kan appliceras på den rättspolitiska debatten. Aktuella frågor kan fångas upp, problematiseras och ges en flerdimensionell belysning. Men vi kan också hamna i mys-soffan hos de stora modernistiska förbättrarivarna, med deras gemenskap och värnande

om fina, höga, abstrakta värden. Och huvudstupa handlar debatten om vem som vill allra mest väl, vem som med största darr på rösten är mest politiskt – rättspolitiskt – korrekt.

Familjerätten och skadeståndsrätten är två civilrättsliga områden som kan ge upphov till heta rättspolitiska ställningstaganden. Vi kan utan svårighet iscensätta ett teatraliskt drama med ett antal behjärtansvärda hjälpbäövande roller, kanske till och med så kallade svaga grupper. Familjerätten är ett av de områden som allra tydligast är föremål för rättspolitik och politiska tillämpningar. Regleringarna motsvarar olika tiders krav och idéklimat, vilket får till följd att varierande styrmedel och skyddssyften ger ett brokigt intryck. Olika problem aktualiseras vid olika tider och akuta regleringar åtgärdar dessa, varför det kan bli besvärligt att överblicka helheten.¹ Å andra sidan vore kanske inte en ensidig, monolitisk grund att föredra. I vilket fall som helst kan familjerätten tjäna som exempel på ett rättsområde med en påtaglig interaktion mellan politisk vilja och rättsligt sjösättande.

De goda reformisterna vill förstås värna de som värnas bör: Svaga och drabbade, skadelidande, barn, ensamstående mammor, ja alla mammor och varför inte alla barnfamiljer. Man är god. Man vill så väl. Det är lätt att bli engagerad. Samhället och rättssystemet måste hjälpa till med nya regleringar.² Bidrag, försäkringslösningar, sänkt respektive höjd skatt – fantasin får inte ha någon gräns, alla bör väl dra sitt strå till den rättspolitiska stacken. Och om vi kombinerar skadeståndsrätten och barnrätten bör vi troligen följa en korrekt, rak väg som utan besvärande juridiska hinder kan tillerkänna drabbade barn ersättning – och antagligen förhindra att skadegörande barn blir ersättningsskyldiga. I bakgrunden kunde i så fall en hänvisning eventuellt göras till en rättslig grundsats om ”barnets bästa”.³

Ett problem som på senare år kommit upp till ytan är mobbning av barn i skolan. Diskussionen har därvidlag handlat om vilka krav man kan ställa på skolorna att ta itu med problematiken. Dels generellt

¹ Jfr Agell, Den svenska familjerättslagstiftningen. En resa utan mål (FJFT 1978) s. 1 ff; dens, Familjeformer och lagstiftningsideologi (SvJT 1998) s. 518 ff; dens, Individ, familj, stat (SvJT 1984) s. 715 ff; Singer, Föräldraskap i rättslig belysning (Uppsala 2000) s. 35 ff.

² Jfr Hydén, Normvetenskap (Lund 2002) s. 24 ff, 42 ff och 198 ff om regeletiken och de intervenerande reglerna som nu, i det sena industrisamhället, nått sin kulmen för att eventuellt avlösas av en period med avregleringar respektive självregleringar.

³ Jfr allmänt om detta begrepp, Saldeen, Barn och föräldrar (4. uppl, Uppsala 2001) s. 24; Schiratzki, Vårdnad och vårdnadstvister (Stockholm 1997) s. 50 ff; Singer, Föräldraskap i rättslig belysning s. 48 ff; SOU 1997:116 s. 125 ff.

genom förebyggande åtgärder, dels konkret i enskilda fall genom att uppmärksamma och hjälpa de barn som utsatts för dessa kränkningar. Strax nedan ska mer detaljerat behandlas det första fallet där HD hade att ta ställning till en skolas ansvar för mobbning, NJA 2001 s. 755. Utgången i domen blev att skolan gick fri då det ansågs att den gjort vad den kunnat göra. Ett sådant domslut väcker förstås debatt och många hårda ord. I medierna kunde man veckorna efter domen iakttä en strid ström av tämligen eniga, kritiska synpunkter.⁴ Uppenbarligen blev den primära korrekta reaktionen, bland såväl vanliga ”tyckare” som rättspolitiska ”debattörer,” att detta förnekande av rättsskydd för mobbningens offer synliggjorde en brist i rättssystemet – en brist som borde åtgärdas genom en reform av något slag, exempelvis införande av strikt ansvar.

1.3 Ett tankeexperiment

Låt oss nu – för tankens skull – genomföra en polarisering där både positiva och redan nämnda negativa responser kan tillåtas bli exponerade. Tänk om vi till och med skulle tvinga oss att tjänstgöra som ”djävulens advokat” och försöka se det konstruktivt tilltalande i en rättslig argumentation som leder fram till ett för den skadelidande negativt resultat. Ibland kan det nämligen vara tankeväckande att, som alternativ till den ”rättspolitiskt korrekta” ståndpunkten, söka förstå en till synes betänklilig företeelse. Utan engagemangets färdiga omdöme får man därmed undersöka vad domen faktiskt säger, vilka frågor den tar upp, hur argumentationen genomförs samt vilken berättelse som på så vis frambringas. Utan en entydig och ”god” värdegrund får man söka absorbera de olika rättsliga och etiska hållpunkter som innehållet förmedlar. Kanske kan ur skuggorna träda fram en gestalt som vi inte såg i den första svartvita bilden.

Det framhålls ofta, att i en värld utan en fast moral står det etiska valet mellan solidaritet och likgiltighet (eller kanske till och med cynism).⁵

⁴ På samma sätt som skadeståndsbejakande domar i underinstanser väckt gillande. Jfr om en dylik positiv respons i finsk media, Wilhelmsson, Senmodern ansvarsrätt (Helsingfors 2001) s. 286 f.

⁵ Se exempelvis Wilhelmsson, Senmodern ansvarsrätt s. 16 ff. För en allmän introduktion till vår tids etikdebatt, se Bauman, Postmodern etik (svensk översättning, Göteborg 1995); dens, Skärvor och fragment. Essäer i postmodern moral (svensk översättning, Göteborg 1995). För en översikt över de rättsliga implikationerna, se Minda, Postmodern Legal Movements (New York 1995) s. 189 ff; jfr även H Andersson, Diversity and Unity. In Search of a Pluralistic View on Problems in Tort Law (Scandinavian Studies in Law, vol 41, 2001) s. 11 ff.

Uttrycker man valsituationen på det sättet förordar man gärna solidaritetens väg – dvs att i avsaknad av universella anspråk ändå söka värna gemensamhetsskapande aktiviteter som på olika mikroplan öppnar möjligheter för nya, icke totalitetskrävande, former av solidaritet och stöd åt svagare etc.⁶ Om man så vill kan man se detta som ett mångsidigt tillvägagångssätt för att rädda det ”goda” i modernitetens samhällsbygge.

Men tänk om vi, i vårt experiment, skulle drista oss till att välja likgiltighetens väg. Vi skulle då stå utan reträttmöjligheter tillbaka in i det moderna projektets reformverkstad. Vi skulle stå utan moralisk-solidarisk vägvisare och själva tvingas ut i rättens kulna frostnatt, för att där bli varse iskalla spår och mönster. Vi skulle inte få skotta undan eller rända brasor, utan kylan – likgiltigheten – skulle bli vår vän som lärde oss att ta saken som den är, inte nödvändigtvis primärt tala om hur det hellre borde vara. Inom rätten – utan att behöva ta till rättspolitiken – finns eventuellt redan de redskap och de möjligheter som medger en initierad diskussion av problemet. Kort sagt, tankeexperimentet kan måhända på ett ”lugnare” sätt visa möjligheterna inom systemet och kanske just därför vara mer pragmatiskt och konstruktivt än dessa ständiga ”praktikens krav” på förändringar de lege ferenda.

Likgiltighet har dock en negativ klang – och inte undra på det, då betecknandet ju härrör från det språkspel som dominerat vår upplysta, rationella, linjärt progressiva kultur. Törs man utan risk för missförstånd likväl föreslå ett bejakande av en ”vänlig likgiltighet”, ett förståelseinriktat undersökande som fördomsfritt skulle söka skåda livets och rättens realiteter? Kan det accepteras? Troligen inte. Att orörd notera rättens problemformuleringar och tillkortakommanden – men också möjligheterna inom systemet – är inte en strategi som gillas i det polemiska och ofta politiskt korrekta klimat som utbildats i svensk juridisk debatt. En ”vänlig likgiltighet” skulle därför naturligtvis bli misstolkad och misskrediterad.⁷

⁶ Wilhelmsson, Senmodern ansvarsrätt, passim samt särskilt s. 16 ff och 164 ff.

⁷ Jag vill dock återigen påminna om att detta blott är ett tankeexperiment. Den polemiker som felciterar syftet kommer därför att få en replik bestående i en hänvisning till denna fotnot. Dessutom kan jag lika gärna nämna att uttrycket ”vänlig likgiltighet” lånats från Albert Camus, då han i slutet av ”Främlingen” låter den dödsdömda huvudpersonen finna en frid i insikten om livets absurda meningslöshet. Utanförskapet i förhållande till människornas letande efter mening vänds nu till ett lugn i förvissningen om futiliteten i dessa strävanden. ”Liksom om denna stora vrede hade rensat ut det onda hos mig, öppnade jag nu inför denna natt, så full av stjärnor och tecken, för första gången mitt sinne för världens vänliga likgiltighet.”

I det följande görs likväl försöket att vara rättspolitiskt inkorrekt och därmed, utan bestämda dogmer om hur rätten borde vara, söka bokföra frågorna och möjligheterna i HD:s mobbningsdom. Som uppsatsrubrikens titel antyder kan det vara en bra början; domen kan också, trots den mediala kritiken, vara en bra början på något. Segern vinnns inte alltid i ett enda slag, men om slutet ligger begravt i begynnelsen borde även den korrekta kunna bejaka avstampet.

2 Mobbning i skolan – de rättsliga frågorna

2.1 Vad mobbning är och vilka regler som gäller

Den sakfråga som denna artikel pendlar kring, mobbning i skolan, är en djupt kränkande och dessutom alltför vanligt förekommande realitet.⁸ Tankeexperimentet – att initialt ”likgiltigt” juridiskt spåra de inomrättsliga möjligheterna – får inte skymma detta faktum. Frågan är bara vilken debatt som bäst gagnar såväl faktiska åtgärder som rättsliga infallsvinklar på problemet. Och sedan måste det medges att den rättsliga dimensionen verkligen inte är den enda eller ens mest betydelsefulla. Liksom så ofta i livet får vi jurister finna oss i att bara kunna tillföra rättskulturens fernissa och ytpolering – när alla tårar redan fallts. Som att hålla ett ljus i det kalla novemberregnet.

Mobbning handlar om kränkning och kan ta sig många olika uttryck, såsom trakasserier, fysiskt eller psykiskt våld samt uteslutande ur en gemenskap.⁹ Mobbning i egentlig mening synes förutsätta ett visst repetitivt beteende som föreligger under en tidsrymd; en enstaka handling bör normalt inte kunna konstituera mobbning, men kan däremot utgöra ett led i en kränkande behandling. De nämnda exemplen visar vad som skulle kunna kallas handlingssidan. Resultatsidan innefattar, för den utsatte, verkningar av främst psykisk karaktär, såsom utanförskap, vanmakt, depressiva tillstånd samt negativ självbild. Handlingssidan är vad vi kan se och bedöma, men allvaret i det vi värderar är således beroende av den mer svårgripbara resultsidan.

Man kan tänka sig ett flertal subjekt såsom potentiellt ansvariga för mobbning. Den enskilde mobbaren, respektive gruppen av sådana, bör betraktas som det primära ansvarssubjektet. Dock kan det ibland vara

⁸ Prop 1992/93:220 s. 20 anger som en uppskattning att cirka 10 procent av grundskole-eleverna kan vara utsatta för mobbning.

⁹ Se vidare skriften *Kränk mig inte* (Skolverket 1995).

svårt, om än inte omöjligt, att visa att en viss individ deltagit på ett sådant sätt att denne är ansvarig för resultatet. Om vi lämnar de subjekt som direkt utför mobbningshandlingarna kan olika vuxna tänkas bli ansvariga, nämligen de som på olika sätt har möjlighet att förhindra de mobbade ungdomarnas framfart.

Föräldrar ansvarar enbart för konkreta försummelser avseende tillsynen över sina barn,¹⁰ och eftersom inget krav kan uppställas på ständig övervakning är det svårt att göra en mobbares föräldrar skadeståndsskyldiga. Ansvar för den konkreta tillsynen över barn övertas av kommunen då barnen vistas inom barnomsorgen, och även i skolan finns ett dylikt ansvar,¹¹ men eftersom kraven på tillsyn sjunker med barnets ökande ålder är det inte direkt på denna grund man kan etablera ett praktiskt genomförbart skadeståndsansvar för mobbning.

Skolan har dock, genom skollagen, ett eget ansvar för att aktivt motverka mobbning.¹² I korthet kan man säga att programförklaringen i skollagen 1:2 medför ett uttryckligt erkännande av att mobbning verkligen är ett allvarligt problem som skolan har ett ansvar för.¹³ Denna regels ord om aktning för varje människas egenvärde och om att aktivt motverka alla former av kränkande behandling, såsom mobbning och rasistiska beteenden, kompletteras av läroplanernas betoning av individens frihet och integritet.

Mer detaljerade bestämmelser om hur mobbning ska kunna motverkas ges via läroplanerna, vari stadgas att rektorerna ska upprätta handlingsprogram för dessa frågor; det handlar oftast om rutiner för skolpersonalens hantering av mobbningsituationer, inklusive hur kommunikationen mellan skolpersonal, elever och föräldrar ska gå till. Konkretiseringen kompletteras av grundskoleförordningen som innehåller än mer detaljerade

¹⁰ Se allmänt om vårdnadshavares skadeståndsansvar, Agell, Föräldrars skadeståndsansvar (Vänbok till Erland Strömbäck, Stockholm 1996) s. 1 ff; Dufwa, Flera skadeståndsskyldiga (Stockholm 1993) s. 866 ff; Saldeen, Barn och föräldrar s. 75 f; Sund, Tillsyn över barn (Uppsala 1989) s. 176 ff. Jfr även Strömbäck, Föräldraansvaret – är lagen riktig? (Festskrift till Bertil Bengtsson, Stockholm 1993) s. 459 ff.

¹¹ Sund, Tillsyn över barn s. 260 ff. Jfr även NJA 1984 s. 764 om tillsynsplikt för kommunalt fritidshem.

¹² För en mer detaljerad framställning av regelverket, se Singer, Bestämmelser rörande mobbning (Promemoria, Riksförbundet BRIS, mars 2001); Tersmeden/Verner, Skollagstiftningens grunder (Stockholm 1995).

¹³ Det handlar således om en legislativ programförklaring. Jfr Strömholm, Rätt, rättskällor och rättstillämpning (5. uppl, Stockholm 1996) s. 263 ff.

bestämmelser om exempelvis elevvård och stödinsatser; denna förordning ger även rektorerna vissa påtryckningsmedel, såsom disciplinpåföljder.

De nu nämnda regleringarna innehåller i sig inte några skadeståndsrättsliga sanktioner. Ansvarsbedömningen enligt skadeståndslagen kan dock påverkas av dessa regler; i ett enskilt fall kan arbetet med handlingsprogram, genomförandet av elevvårdskonferenser etc således ha betydelse för frågan om skolan brustit i den aktsamhet man kan kräva för att motverka skador till följd av mobbning. Liknande indirekt betydelse kan arbetsmiljölagstiftningen ha. Men för att grunda ett skadeståndsanspråk måste vi gå vägen över skadeståndslagen och reglerna om ansvar för egen eller anställdas culpa.

2.2 Johanna-målet

Genom NJA 2001 s. 755 kom för första gången frågan om skolornas ansvar för mobbning till Högsta domstolens prövning. En elev, Johanna, hade under högstadietiden utsatts för trakasserier i form av nedsättande kommentarer från pojkar i hennes klass samt blivit utfryst från gemenskapen. Hon mådde på grund av denna mobbning så dåligt att hon ofta uteblev från skolan och så småningom fick avbryta skolgången. Den skadeståndsrättsliga kärnfrågan i målet var huruvida kommunen (genom skolan) gjort sig skyldig till ansvarsgrundande fel eller försummelse genom att inte i rätt tid och på rätt sätt ingripa mot mobbningen. Utredningen om vad som skett var i de tre dömande instanserna mycket omfattande. Ingen kännande människa kan lämnas oberörd – och likgiltig – inför den ingående beskrivningen av vad denna elev tvingats genomlida. Uttrycket "livets hårda skola" synes tyvärr bekräftat i detta fall. HD fann emellertid, vid en sammanvägande bedömning, att skolan gjort vad som rimligen kunnat begäras av den. Därmed kunde kommunen inte åläggas någon skadeståndsskyldighet.

Vi ska nu närmare granska de olika delfrågor som målet gav upphov till. Och om man söker vänta med omdömet och förslagen på reformer, som skulle göra domen omöjlig att upprepa, kan man kanske finna en inomrättslig diskurs som visar att den nekande domen inte är så negativ som den kan tyckas. Allt är inte vad det synes vara. Eller tvärtom, allt är bara vad det synes vara – men synen är alltså beroende av beskrivningen och betecknandet.

2.3 ”Myndighetsutövning”

En första fråga att ställa är på vilken grund skolan (kommunen) kan göras ansvarig. Det har betydelse för bedömningen huruvida man ska inrikta prövningen på enskilda handlingar respektive underlåtenhet inför vissa tecken på mobbning eller om man ska syna brister i det övergripande ansvaret för att skolpersonalen har kunskap och beredskap att möta mobbningsproblematiken.

Den ansvarsgrund som kom att prövas i HD var 3:2 skadeståndslagen, dvs regeln om ansvar för ”fel eller försummelse vid myndighetsutövning”. Begreppet ”myndighetsutövning” avser beslut och åtgärder som ger uttryck för samhällets maktbefogenheter mot enskilda.¹⁴ HD fann, att när skolplikt föreligger har verksamheten, bortsett från den rena undervisningen, ofta en påtaglig karaktär av myndighetsutövning.¹⁵ De åtgärder – respektive uteblivna åtgärder – det var fråga om i detta mål kunde under alla omständigheter bedömas såsom vållande ”vid myndighetsutövning”. Med prepositionen ”vid” innefattar ansvaret enligt 3:2 även åtgärder som i sig inte innebär några maktbefogenheter, men som vidtas i anslutning till förehavanden där dessa befogenheter kan aktualiseras. Huruvida det rör sig om en allmän eller privat skola bör i sammanhanget inte ha någon betydelse: myndighetsansvaret följer delegationskedjan.

Genom denna domskrivning klargörs positivt att åtgärder respektive underlåtna åtgärder i samband med mobbning är att klassificera såsom ingående i sfären för myndighetsutövning. Klassificeringen kan förvisso sägas vara en andrahandsfråga, emedan även den vanliga culparegeln avseende personskada (3:1) troligen kunnat tillämpas. Likväl kan inordnandet inom myndighetssfären tillägga hanteringen en extra vikt genom att denna beteckning aktualiserar övergripande åtgärder och strukturer inom ramen för det offentliga maktanvändning. Ansvaret knyts till maktfrågan – avseende möjligheter att ingripa eller initiera övergripande planer etc – och är därmed inte enbart ett ansvar för vissa enskilda handlingar vilka måste utpekas som startpunkten för en culpabedömning. Eventuellt kunde dessa aspekter ytterligare betonats om HD istället explicit gjort ansvarsprövningen utifrån principen om ”culpa in eligendo”, dvs om

¹⁴ Se vidare Bengtsson, Skadeståndsansvar vid myndighetsutövning I (Stockholm 1976) s. 53 ff; Hellner/Johansson, Skadeståndsrätt (6. uppl, Stockholm 2000) s. 452 ff.

¹⁵ Se vidare om myndighetsutövning inom utbildningsväsendet, Bengtsson, Skadeståndsansvar vid myndighetsutövning I s. 166 f; Bengtsson/Strömbäck, Skadeståndslagen (Stockholm 2002) s. 90.

prövningen inriktats på huruvida skolans huvudmän varit culpösa då man inte tillsett att det fanns bättre kunskap om alternativa lösningar av mobbningsproblemet etc.¹⁶ Under alla omständigheter visar HD att mobbning kan diskuteras rättsligt utifrån regleringen av myndighetsansvaret, och att man således inte behöver nyttja diverse konstlade ansvarsskärpningar via analogier till depositionsansvar, presumtionsansvar etc.

2.4 ”Fel eller försummelse”

Den skadeståndsrättsliga svårigheten låg i culpaavgörandet, dvs frågan om skolan gjort sig skyldig till fel eller försummelse avseende hanteringen av situationen. Enligt skollagen har skolan en skyldighet att främja aktning för varje människas egenvärde, och enligt förarbetena innebär detta bland annat att alla former av mobbning kraftfullt ska motverkas.¹⁷

De åtgärder skolan vidtagit innefattade samtal med såväl Johanna som med de mobbade pojkarna, utarbetande av ett individuellt schema, ordnande av undervisning i mindre grupp samt i hemmet, fortlöpande kontakter med föräldrarna, kontakt med kuratorer, skolpsykolog och psykoterapeut med mera.¹⁸ Av de mer allmänna åtgärderna kan nämnas att skolan vid en elevvårdskonferens beslutade att utarbeta ett handlingsprogram mot mobbning samt att man på skolan anlidade kamratstödjare (de så kallade KIS-arna – ”kamrat i skolan”). För Johanna var detta dock inte till någon hjälp – hon fortsatte att vantrivas i skolan.

En för mobbning typisk problematik uppmärksammades i HD, nämligen fenomenet att den utsatte i stor utsträckning kan reagera med att tåga. De lärare, kuratorer och andra som sökte hjälpa Johanna fick, vid efterfrågande hur hon mådde, ofta beskedet att det var bra. De hade därutöver svårt att få mer precisa uppgifter om vad som förevarit, vad som plågade henne eller vilka som var aktiva i mobbningen.

Mot bakgrund av de nu nämnda åtgärderna och den omtalade problematiken tog HD sig an ansvarsbedömningen. Det fastställdes, att i culpaansvaret ligger ett ”krav på att skolan skall ha gjort vad som rimli-

¹⁶ Se vidare Schultz, Om skadestånd vid mobbning (JT 2001-02) s. 919 ff och 924 f, som särskilt betonar denna aspekt.

¹⁷ Prop 1990/91:18 s. 30.

¹⁸ Detaljerna är främst redovisade i de två lägre instansernas domar, och som framgår där har en tämligen diger åtgärdslista kunnat presteras – dock, som sagt, utan motsvarande framgång vad gäller prestationen att lösa det aktuella problemet.

gen kan begäras.” Genom förhör med sakkunniga experter framgick i de lägre instanserna att ett antal olika metoder utarbetats på olika håll i landet (och i utlandet). Vidare framkom att flera skolbildningar utvecklats avseende hur man bäst motverkar mobbning. Det finns därvidlag olikartade betoningar på åtgärder avseende offer respektive förövare samt ett antal allmänna åtgärdsprogram mot förekomsten av mobbning. HD konstaterade i anslutning härtill, att ”när det gäller ett komplicerat och psykologiskt fenomen som mobbning kan det vid en skadeståndsbedömning inte heller krävas att skolan skall ha tillämpat en viss bestämd teori eller handlingsmodell och att åtgärderna skall ha satts in i en viss bestämd ordning.” HD godtar med andra ord att olika skolor ska få nyttja olika metoder för att söka åtgärda problemen. ”Det avgörande i skadeståndshänseende måste vara huruvida skolan har tagit problemet på allvar och gjort vad den kunnat för att komma till rätta med det.”

Det viktiga är således att skolan på allvar uppmärksammar problemet och söker ta reda på vad som hänt samt sätter in åtgärder som kan vara lämpliga i det enskilda fallet. Culpaaavgörandet innefattar därmed såväl ett beaktande av riskbilden som en värdering av vilka motåtgärder som kunnat vidtas, inklusive frågan om man också med hänsyn till fallets enskildheter och möjligheter kan anse det oaksamt att inte vidta dessa åtgärder.¹⁹ Men eftersom det handlar om ett culpaansvar är det just ”fel eller försummelser” avseende dessa åtgärder som blir det centrala temat, inte huruvida åtgärderna verkligen lett till positivt resultat. Om enbart det senare spørsmålet, huruvida verkan uppnåtts, hade varit utslagsgivande skulle det istället varit fråga om ett strikt ansvar. ”Det kan inte ställas något reservationslöst krav på att åtgärderna varit framgångsrika.” HD kom därmed, efter att ha undersökt skolans åtgärder och dess försök att få reda på vad som hänt, fram till slutet: ”Vid en sammanfattande bedömning finner Högsta domstolen, på samma sätt som hovrätten, att skolan gjort vad som rimligen kunnat begäras av den. Kommunen kan således inte åläggas någon skadeståndsskyldighet.”

¹⁹ Se allmänt om dessa avvägningar inom ramen för culpabegreppet, Agell, Samtycke och risktagande (Stockholm 1962) s. 86 ff; H Andersson, Skyddsändamål och adekvans (Uppsala 1993) s. 271 ff; Hellner/Johansson, Skadeståndsrätt s. 130 ff. Se vidare Bengtsson, Det allmännas ansvar (2. uppl, Stockholm 1996) s. 57 ff och 63; Bengtsson/Strömbeck, Skadeståndslagen s. 91 ff om den speciella bedömningen av fel och försummelse i myndighetsfall.

2.5 ”Kausalitet”, ”skada” och ”ersättning”

Som en bakgrund till fallet måste också beaktas det grundläggande skadeståndsrättsliga problemet med handling kontra underlåtenhet. Ansvar för handlingar som föranlett skada är till sin natur lättare att konkretisera; handlingen och dess farliga egenskaper kommer i fokus.²⁰ Vid underlåtenhet tillkommer frågor om vad som kunnat göras och vilken kausalitet som i så fall skulle utspelats.²¹ Vidare måste etableras de undantagssituationer då handlingsplikt föreligger samt avgöras huruvida underlåtenheten i det enskilda fallet kan anses culpös.²²

Vare sig ansvarsgrunden bygger på handling eller underlåtenhet måste således en kausalitetskedja etableras mellan de culpagrundande momenten och skadan. En problematik som därvid kan aktualiseras är att ytterligare förklaringar till elevens psykiska ohälsa kan vara möjliga; det kan röra sig om att andra yttre omständigheter, vilka skolan inte råder över, har påverkat utvecklingen. Ansvar förutsätter förvisso inte att skolmiljön varit huvudorsak, utan det räcker att de ansvarsgrundande omständigheterna bidragit på ett relevant sätt.²³ Men det kan tänkas situationer där elevens egna förhållanden i övrigt är av sådant riskkvalificerat slag att man kan ifrågasätta om eventuell mobbning i skolan alls varit en orsaksfaktor. Vidare kan kausaliteten bli problematisk om verkningarna inträffar senare i livet eller om andra traumatiska övergrepp, som skett i barn domen, också skulle kunna vara en förklaring till de psykiska skadorna.²⁴

²⁰ Se allmänt Hellner/Johansson, Skadeståndsrätt s. 130 ff.

²¹ Jfr H Andersson, Kausalitetsproblem – kausalitet eller problem? (Festskrift till Anders Agell, Uppsala 1995) s. 31 f; Dufwa, Flera skadeståndsskyldiga s. 941 f. Jfr även Schultz, Om skadestånd vid mobbning s. 921 ff, som presenterar en modell för att se underlåtenheten – exempelvis underlåtenheten att tillse att lärarna hade lämplig kompetens att hantera mobbningsproblem – som ett faktiskt nödvändigt element i det komplex av betingelser som förde fram till skadan. Vid det slutliga testet blir likväl kausalitetsfrågan beroende av att man hypotetiskt frågar sig om Johanna skulle drabbats av samma skador även om personalen erhållit den aktuella kompetensen (jfr Schultz s. 924); någonstans sätter man således in den tänkta ”rätta” åtgärden – i detta exempel åtgärden att bibringa lärarna en kompetens i frågorna, en kompetens som alltså underförstått skulle medfört att de agerat annorlunda så att Johanna ej drabbats såsom nu blev fallet.

²² Jfr Hellner/Johansson, Skadeståndsrätt s. 104 ff.

²³ Problemet med kausalitet, adekvans och skyddsändamål kan inte närmare utredas här. Se exempelvis H Andersson, Skyddsändamål och adekvans s. 407 ff och 490 ff om faroförverkligande och om omständigheter på den skadelidandes sida. Se även Hellner/Johansson, Skadeståndsrätt s. 195 ff.

²⁴ Se exempelvis RG 1996 s. 1663, där skadestånd förvägrades på grund av bristande kausalitet. Jfr dock Oslo tingsrett 29.4.2002, där skadestånd utgick till en elev som

Om man väl nått fram till bedömningen att skolan borde agerat annorlunda och att kausalitet föreligger skulle nästa fråga – som HD i detta fall alltså inte behövde ställa – ha blivit vilken typ av skada som Johanna drabbats av och vad hon kunnat få ersättning för. De psykiska besvären hade säkert, utan alltför starka krav på bevisning, kunnat uppfylla kriterierna på personskada. En allt större beredvillighet att erkänna de psykiska komponenterna kan iakttas,²⁵ och HD har till och med i ett fall presumerat en personskada då bevisningen om psykosomatisk inverkan varit bristfällig.²⁶ Någon inkomstförlust är inte aktuell för skolelever, men ersättning för förlorade studieår kan vara ett sätt att kompensera för skador som fördröjer utträdet i arbetslivet.²⁷ Vidare kan ideell ersättning bli aktuell, främst för det psykiska lidande som kan inordnas i kategorin ”sveda och värk”. En eventualitet är också att yrka på ideell ersättning för kränkning genom brott – men då förutsätter det i praktiken att talan riktas mot mobbaren.

3 Och sedan då?

3.1 Att leta fel eller öppningar

Om vi nu, efter denna positivrättsliga redogörelse för fallet och de frågor det lyfter fram, återvänder till rättspolitikerna och tankeexperimentet kan vi ställa frågan ”Än sen då?”. Inte i negativ mening – ”Strunt samma!” – utan i reflekterande positiv mening, såsom ”Och vad får vi ut av detta?”, ”Vad händer sedan?” etc.

I den allmänna debatten har, som nämnts, domen klandrats och det har hävdats att skolan inte kan ha gjort vad som rimligen krävts eftersom eleven faktiskt utsattes för mobbning. Den engagerade rättspolitiska de-

många år efter avslutad skolgång krävde ersättning. Kausalitetsproblemet bestod i att avgöra vad som föranlett de senare i livet uppträdande problemen – tänkbara alternativa förklaringar var tidigare sexuella övergrepp, fysiskt handikapp mm. Om det norska rättsläget, se vidare Jens Carlström, Mobbningsansvaret inom skolan (Stencil, Juridicum Uppsala 2002) s. 15 ff.

²⁵ Hellner/Johansson, Skadeståndsrätt s. 396. Se även H Andersson, Trepartsrelationer i skadeståndsrätten (Uppsala 1997) s. 257 ff om den rättsliga synen på psykiska skador.

²⁶ Se NJA 2000 s. 521 där HD lättat på beviskraven för personskada av psykisk karaktär, åtminstone vid så kallade chockskador till följd av anhörigs död. Se vidare H Andersson, Juridisk verklighetsbild – realitet eller simulacrum? (JT 2000–01) s. 897 ff.

²⁷ Se vidare om beräkning av skadestånd för barn, Bengtsson/Strömbäck, Skadeståndslagen s. 157; Hellner/Johansson, Skadeståndsrätt s. 388 f.

battören kan indignerat utpeka alla brister i domen och samtidigt framföra reformförslag som ska lösa problemet – dvs se till att skolorna aldrig ska kunna undkomma skadestånd även om de försökt, men misslyckats med, att åtgärda problemet. Man kan förvänta sig diverse trumpetstötter om ”barnets bästa” som övergripande ”rättsprincip”.²⁸ En mindre engagemangsinriktad analys kan emellertid fokusera på vilka komponenter domen redan i rådande rättsläge faktiskt innehåller och vilka frågor den lyfter fram. Ett rättspolitiskt positivt framförande av åsikter om bättre lösningar kan lätt få något negativt över sig, nämligen genom att rättsläget ensidigt belyses så att de egna reformförslagen framstår som nödvändiga.²⁹

Genom betonandet av en allsidig diskurs i rätten introduceras tanken på juridiken som arena för samtal, diskussion och inläring. Rätten, inklusive det praktiska rättslivet, ger ständigt upphov till ett antal berättelser i etiska frågor. Partsombud, rättsfunktionärer och rättsvetenskapare söker från olika infallsvinklar bygga upp förståelse för skildringar där dessa frågor aktualiseras. Syftet med verksamheten bör vara att berättelserna görs alltmer nyansrika och att de därmed förmår fånga upp väsentliga problem och angreppssätt på dessa. På så vis ges bidrag till rättens och samtalets utveckling. Kort sagt, målet med samtalet är att det ska fortsätta.

I den dagsaktuella rättspolitiska debatten är det dock lätt hänt att framgång enbart mäts i domstolsutslagens direkta ja eller nej – dvs frågan om det önskade utfallet nås och den värnade parten vinner. En polariserad debatt där det bara finns svart och vitt leder gärna till att varje dom som går det ”rätta” – läs rättspolitiskt korrekta – emot leder till något av moralpanik. Vi har alla erfarenhet av hur vårt ytliga debattklimat i samhället just tenderar till sådana reaktioner. Vi har fått en grupp legitimerade åsiktsmänniskor som med indignation kan skapa en indoktrinerad ”upprördhet” och se ”orättvisor” i allt.

Man kan emellertid också bedöma rättsfallet utifrån hur det lyckas belysa och konkretisera vissa krav, och hur vi därigenom kan vinna nya insikter i rättsliga och argumentativa frågor. Diskursrationalitet handlar

²⁸ Frågan om ”barnets bästa” kan dock, istället för dylika entoniga trumpetanden, faktiskt nyttjas som en rättslig tematisering, där olika aspekter uppmärksammas. Se för en sådan mångfacetterad behandling av begreppet och dess olikartade implikationer för den rättsliga synen på förhållandet mellan barn och föräldrar, Singer, Föräldraskap i rättslig belysning, passim samt särskilt s. 25 ff, 48 ff, 381 ff och 521 ff.

²⁹ Till rättspolitikens försvar ska dock tillfogas den ironiska, eller cyniska, självinsikten att det man själv definierar som blott ”rättspolitik” ofta är detsamma som ”vad andra tycker” medan ”juridik och rätt” är vad man själv tycker. Vad tycks om det?

i första hand om att finna former för hur värderingar tas upp och hur de görs till föremål för giltighetsanspråk samt hur dessa infrias inom den rättsliga argumentationen. Ett rättspolitiskt målrationalt betraktelsesätt, som endast räknar ”segrar”, utvecklar inte på samma vis dessa diskursformer.

Inom rättsvetenskapen har – genom inspiration från den allmänna idédebatten och filosofin – frågan om de ”stora” kontra de ”små” berättelserna blivit ett tema på senare tid.³⁰ Gentemot välfärdsstatens och modernitetens stora program ställs därmed – delvis på grund av insikten att utvecklingspotentialen inte längre förverkligas via ytterligare regleringar och offentliga åtgärder – de ”små” berättelserna, som kan fånga upp de etiska frågorna och värna solidariteten även i en tid av avreglering och privatisering.³¹ Man kan dock i dessa små berättelser om solidaritet stundtals faktiskt se en viss återkoppling till den stora berättelsen om välfärdsstaten.

I vårt tankeexperiment där vi sätter, vad man kan kalla, likgiltigheten istället för solidariteten kan vi kanske lättare skönja nya mönster i väven. Vi låser oss inte heller vid att bekräfta den stora berättelsen om solidariteten etc.³² Konkret betyder det att vi inte låter barnrättens stora berättelse om ”barnets bästa” bli den provosten, som abstrakt förkastar alla enskilda avgöranden som inte har barnet som ”vinnare”. Barnrätten bör således vara något annat än att alltid ge barn rätt, liksom skadeståndsrätten bör vara något annat än att alltid ge skadelidande ersättning – istället ska de nämnda rättsområdena tematisera de utslagsgivande omständigheter som, positivt eller negativt, berör rättsliga aspekter på barn respektive ersättning.

³⁰ Om tillbakagången för de stora berättelserna – ”The Grand Narratives” – se exempelvis Lyotard, *The Postmodern Condition* (Manchester 1984) s. 18 ff, 27 ff och 37 ff.

³¹ Jfr ovan, avsnitt 1.3. Se vidare Wilhelmsson, *Senmodern ansvarsrätt* s. 191 ff; dens, *Private Law 2000: Small Stories on Morality through Liability* (Wilhelmsson/Hurri, ed, *From Dissonance to Sense: Welfare State Expectations, Privatisation and Private Law*, Aldershot 1998) s. 221 ff. Jfr även H Andersson, *Kritisk pluralism – utmaningar för rättsvetenskapen vid millennieskiftet* (FJFT 2000) s. 22 ff.

³² Återigen upprepas att likgiltighetens tankeexperiment är just ... ett tankeexperiment, och således inte en kritik av den kritiska civilrättsteori som exempelvis Thomas Wilhelmsson representerar. Tvärtom är förhoppningen att detta lilla anspråkslösa experiment också – på sitt sätt – kan ses som en ”liten berättelse” av kritiskt-teoretiskt slag, nämligen dubbelkritiskt genom att även den ”goda, alternativa” rättspolitiska sidan nagelfars.

3.2 Medvetenhet om mobbningsproblemet

Johanna förlorade förvisso målet, men hennes modiga kamp hela vägen upp till HD kan likväl ha medfört en vinst för de tusentals barn som varje dag utsätts för mobbning i skolorna. Fallet har bidragit till att medvetandegöra och föra upp en problematik på den rättsliga agendan – en problematik som många, bland såväl drabbade som skolpersonal, helst velat tiga, eller i vart fall tala tyst, om. Domen slår fast att det verkligen är skolans ansvar att uppvisa och med aktiva insatser åtgärda mobbningsproblem.

I det aktuella målet hade, som ovan nämnts, en rad åtgärder vidtagits och det torde vara svårt att konkret peka på något genomförbart handlingsalternativ som, med någon grad av säkerhet, skulle ha medfört att flickans problem upphört. Däremot kan ingen skola ta denna dom som ursäkt för att negligera mobbningsproblemet eller förhålla sig passiv. Domen och den uppmärksamhet på olika behandlingsåtgärder, som blivit följden av detta mål och dess mediala genomslag, torde förhoppningsvis stärka medvetenheten och beslutsamheten att motverka mobbning. Med ökad medvetenhet påverkas även den rättsliga synen på vilka åtgärder som rimligen kan krävas.³³ Och i den meningen kommer domen säkert att bära frukt, även om HD i just detta fall – med hänsyn till den rad av åtgärder som faktiskt vidtagits – inte fann att skolan eftersatt sina skyldigheter.

Kravet som HD uppställer är att skolan ska göra allt som rimligen kan begäras för att motverka detta för många elever så plågsamma och hälsovådliga fenomen. Det är till och med möjligt att detta resonemang inom culpaparegelns domäner på lång sikt är till mer hjälp än ett – i dagsläget debattklimat säkert politiskt korrekt – krav på strikt ansvar för skolan. Ett starkt målande om svaga grupper är givetvis lovvärt, men frågan är om inte ett frångående av culpapareln till förmån för ett strikt ansvar skulle kunna vara kontraproduktivt. Genom denna dom klargörs ju att mobbningsfrågan inte kan gömmas och vidare ges incitament till lämpliga åtgärder, vilket aktualiserar och vitaliserar debatten om just åtgärdernas natur och innehåll. Om skolorna skulle bli ersättningskyldiga trots att de lagt ned mycket arbete, men i det enskilda fallet ändå inte lyckats förhindra mobbning, kunde eventuellt en lätt defaitistisk attityd,

³³ Jfr Agell, Samtycke och risktagande s. 97f om aktsamhetskravets påverkan av exempelvis ett tidigare uppmärksammande.

eller åtminstone en viss uppgivenhet, etableras. Om enbart det uteblivna positiva resultatet av åtgärderna räknas kan känslan infinna sig, att det inte tjänar något till att försöka åtgärda problemet och att man därmed kan förvandla det hela till en fast kostnad för det strikta ansvar som blir följden. HD:s dom inskräper behovet av åtgärder, men uttrycker också att dessa insatser verkligen kan fungera och därför bör uppmuntras – istället för att bara instifta ett strikt ansvar utan att ge skolorna en chans att undkomma skadeståndsskyldigheten genom att vara konstruktiva. I ett längre perspektiv bör budskapet "Skolan ska utveckla antimobbningsarbetet och motverka att barn blir mobbade" vara viktigare än budskapet "Skolan ska ersätta mobbade barn."

Utöver dessa synpunkter bör också integritetsfrågan beaktas. Vid valet att verkställa ett myndighetsingripande kommer alltid någon att bli utsatt för integritetsstörande åtgöranden. Vid en avvägning inom ramen för culpaparekvisitet får sådana hänsyn för och emot en insats bedömas. I mobbningsfall kan integritetsaspekten avse såväl offer som förövare. Offret kanske inte alltid vill bli föremål för alltför inträngande frågor och göranden. Och ett ingripande mot mobbarna kan inte heller grundas enbart på förmodanden, vilket är särskilt bekymmersamt i de fall offret inte vill eller orkar berätta närmare detaljer om vad som hänt och vilka som varit aktiva. Om ett strikt ansvar infördes finns risken att skolan, med bortseende från integritetsaspekten, för att undgå skadestånd tvingas ta till hårda tag, kontrollåtgärder³⁴ och tvångsmedel mot den grupp problematiska elever som kan tänkas utgöra presumtiva mobbare. Det är alltså inte alltid säkert att ett strikt ansvar otvetydigt leder till "barnets bästa".

Att fästa avseende vid dessa omständigheter är inte detsamma som att "skuldbelägga" eller överföra ansvaret på offret. Istället handlar det om att inom ramen för en avvägning av risker och mothänsyn utträna huruvida skolan handlat "fel"; denna avvägning inkluderar frågan huruvida ett annat handlande hade kunnat vara aktuellt och om man i så fall kunnat kräva att denna alternativhandling borde ha utförts. Avseende myndighetsansvaret vid underlåtenhet är det viktigt att inte enbart vara efterklok och presumera ansvar redan därför att skada inträffat inom det område där myndigheten formellt kunnat ingripa.³⁵

³⁴ Jfr Bengtsson/Strömbäck, Skadeståndslagen s.95 om culpaansvarets hänsyn till att skolan inte kan kontrollera allt vad eleverna gör under skoldagen.

³⁵ Se vidare Bengtsson, Det allmännas ansvar s.91 f; dens, Skadestånd vid myndighetsutövning I s. 292 ff.

Med HD:s dom inskräps möjligen tydligare att skolorna, för att undvika skadeståndsskyldighet, måste ta problemet på största allvar och göra allt som går för att motverka mobbning. Vid detta arbete kan ett antal alternativ stå till förfogande; angående detta val förekom en intressant dissens i HD. Ett justitieråd var skiljaktigt och anförde att åtgärderna varit ensidigt inriktade på den utsatta eleven, vilket medfört en klar särbehandling som närmast understrukt hennes utanförskap. ”Genom att inte angripa mobbningssituationen utan endast söka undanröja följderna av den har kommunen genom skolan förfarit felaktigt.” Detta avvikande votum kan öka förklaringsvärdet av majoritetens ställningstagande. Tydligt har man i HD diskuterat frågan om hur man ska värdera olika metoder för antimobbningsarbetet. Olika syn på åtgärder riktade mot offer respektive mobbare,³⁶ inbegripet inställningen till medlingsinstitutet, förekommer i målet.³⁷ Majoritetens betonande av att man inte kan kräva tillämpning av en viss handlingsmodell får läsas i belysning av dessa divergerande synsätt. Man kan uppenbarligen inte i culpabedömningen ensidigt låsa sig vid en specifik åtgärdsmetodik. HD:s dom ger i vart fall uttryck för en uppmaning, att man på olika nivåer ska försöka utveckla olika åtgärdsprogram. Om man istället infört strikt ansvar eller låst sig vid den i målet åberopade expertens metodik hade budskapet kunnat läsas: ”Alla ska göra det enda rätta, i enlighet med professor NN:s metod, och även om man försöker göra det så blir man ansvarig om man misslyckas.” Kanhända är öppenheten för olika metoder en uppmuntran till kreativitet i försöken att åtgärda problemet. Med viss pinsam ironi kan man i sammanhanget stämma upp i det alltid politiskt korrekta budskapet ”Låt tusen blommor blomma.”³⁸

³⁶ Vad gäller synen på mobbare och offer kan man jämföra med amerikansk rätt, där ansvaret knyts till skolans plikt att tillse att elever inte skadar varandra; därmed kommer bedömningen av offrets möjlighet att skydda sig själv in i aktsamhetsfrågan huruvida skolan särskilt bort agera för att undsätta den aktuella eleven. Se vidare om det amerikanska synsättet, Carlström, Mobbningsansvaret inom skolan s. 27 f; Evans, *School Crime and Violence: Achieving Deterrence through Tort Law* (Journal of Law, Ethics and Public Policy 1988) s. 501 ff och 507 ff.

³⁷ Ett antal experter inom psykologiområdet hördes i de lägre instanserna, varför målet innehåller en omfattande dokumentation av dessa aspekter.

³⁸ Ironin ligger alltså i att uttrycket härstammar från diktatorn och massmördaren Mao Zedong; för övrigt har uttrycket ”politiskt korrekt” sitt upphov i den förväntade responsen hos diktatorn och massmördaren Josef Stalin. Vem kan egentligen vara likgiltig i längden?

3.3 Tankeexperimentet slutfört

Efter experimentets slutförande kan det försiktigt yppas att också författaren kan ha förmåga till inlevelse. Men han vill inte sitta vid de klanderfrias fikabord – hellre i ett hörn. Och där kan han iakttä hur de inomjuridiska frågorna, som fallet aktualiserat, faktiskt innehåller frön till de öppningar som annars kanske enbart skulle eftersökts i den fria rättspolitiska debatten de lege ferenda – som reformförslag.

Rättsliga framgångar bör inte enbart mätas utifrån segrar i domstolar. En seger kan vara en Pyrrhusseger; om skolorna skulle få bära ett strikt ansvar kan detta leda till den ovannämnda defaitismen, vilket inte alltid lär vara det rätta incitamentet för skolorna att utveckla positiva program. Vad som i förstone kan upplevas som ett slutligt nederlag kanske istället kan utgöra en Thermopyleförlust; trots motgången i Johannas fall får skolorna, genom HD:s rättsliga resonemang och budskapet om skolornas ansvar, en stark signal om att problemet nu är medvetandegjort och att försvarsverken gentemot mobbning ska byggas så att man kan skydda skolbarnen bättre i framtiden.

Och vad som experimentellt kunde ses som kall likgiltighet var istället en tilltro till rättens mångfacetterade diskurs som tillåter utveckling – ej bara svartvita förkastanden respektive reformförslag. Rättspolitisk inkorrekthet kan vara en bra början. Om rättsdebatten och rättsvetenskapen inte bara söker ”lämpliga” lösningar utan istället bemödar sig om att väva mönster får vi mer och mer att se – och tänka på. En diskussion på dagens ytplan tenderar att förlora kontakten med rättens inre djup och dess enda eviga inslag – utvecklingen. Det kyliga tankeexperimentet kan kanske vara en kontemplativ tillbakadragenhet från ytans korrekta svarsangivande – och därmed utgöra det konstruktiva tänkande som kan kallas en av de ”små berättelserna”, framförd med en ”vänlig likgiltighet”.

Svend Danielsen

Fremtidsfuldmagter – et nyt retsinstitut

1 Indledning

Senil demente og andre handicappedes retsstilling er et vigtigt aktuelt emne i de nordiske lande. Befolkningen bliver stadig ældre, og dermed øges antallet af dem, der ikke længere er i stand til at varetage egne anliggender. Et nyt juridisk emne "ældre- eller handicapret" er ved at udvikle sig med personretlige grundelementer, men med betydelige grænseflader til social- og sundhedsretten. Der er nylige privatretlige love i Danmark og Finland, henholdsvis værgemålsloven fra 1995 og lagen fra 1999 om formynderverksamhet samt friske lovgivningsinitiativer i Norge og Sverige. I Sverige er f.d. hovrättspresident Bo Broomé i foråret 2002 blevet udpeget som utredare om förmyndare, gode män og förvaltare til at vurdere reformen fra 1995. Jeg er blevet bedt om at bistå som ekspert. Dette er baggrunden for denne artikel, som beskæftiger sig med en ny fuldmagtsmulighed. Dermed har jeg nærmet mig Åke Saldeens særlige interessefelter og ønsker hermed at sende ham en hilsen med tak for mange års samarbejde, gæstfrihed og gode stunder.

Titlen "fremtidsfuldmagter" er opfundet af den svenske sekretær og taget fra udsendt materiale til det første møde med utredaren. Jeg har selv forsøgt mig med ordene "vedvarende fuldmagter", som er anvendt i direktiverne til det norske vergemålsutvalget. De dækker det, der på engelsk kald "continuing powers of attorney", forkortet CPAs, "durable powers of attorney" eller "enduring powers of attorney", forkortet EPAs, og i den australske enkeltstat New South Wales betegnes som "protected powers of attorney". I Skotland er nu yderligere indført "welfare powers of attorney", forkortet WPAs. I Tyskland er begrebet "Vorsorgevollmacht".

Det er fuldmagter, som skal have virkning, efter at udstederen er blevet ude af stand til at handle fornuftmæssigt og dermed er afskåret fra selv at varetage sine anliggender. I en række engelsktalende lande findes der lovregler om sådanne fuldmagter. De er et alternativ til offentligt udpegede repræsentanter, svarende til de svenske förvaltare og gode män.

I de senere år har jeg i en række artikler beskæftiget mig med emnet, herunder efter studier af engelsk ret, se litteraturlisten nedenfor. Baggrunden for, at jeg tager emnet op igen, er, at jeg senere har samlet skotsk og australsk materiale, at jeg ønsker at udbrede kendskabet til ordningen i Sverige, og at jeg har fundet det hensigtsmæssigt at sammenfatte de udenlandske erfaringer, jeg har læst om, samt mine overvejelser med henblik på svenske reformovervejelser.

I det følgende afholder jeg mig fra at behandle en række materielle dispositioner, der kan træffes med henblik på tiden efter, at man har mistet evnen til at træffe beslutninger. Det gælder de såkaldte livstestamenter, organdonation og transplantation. Heller ikke de legale bemyndigelser til familiemedlemmer til at give samtykke, som findes f.eks. i den danske lov om patienters retsstilling, omtales.

2 Argumentation

Når vedvarende fuldmagter efter min opfattelse er interessante i nordiske sammenhænge, er baggrunden, at det forekommer rimeligt at udstrække selvbestemmelsesadgangen eller viljesprincippet til dette vigtige område. I dag er muligheden knapt lovreguleret i de nordiske lande, og retstilstanden er ikke afklaret, se nedenfor under pkt. 3. Meget taler for at give ældre og syge mulighed for og måske en opfordring til selv i private rammer at tilrettelægge, hvad der skal ske, når de ikke længere kan varetage deres anliggender. Adgangen kan også udnyttes som en forsigtighedsforanstaltning med henblik på uventede sygdomme eller ulykker. Dermed vil der blive mulighed for at bestemme over egne interesser også i denne situation. Navnlig er det betryggende for den, der udpeger en sådan fuldmægtig, at vide, at det er en person, vedkommende kender, har tillid til, og som må påregnes loyalt at varetage vedkommendes interesser. Der kan udpeges en eller flere blandt de nærpårørende eller en professionel, som måske hidtil har virket som rådgiver. I forbindelse med oprettelsen kan fremtiden drøftes med den udpegede, f.eks. med henblik på at sikre en ægtefælle eller samlever. Samtidig undgås, at formuen skal anbringes og forvaltes efter de særlige regler, der gælder, hvis det offentlige

iværksætter en repræsentationsordning. I australsk teori fremhæves som en yderligere fordel, at formularerne er let tilgængelige samt forsynet med oplysende noter og anvisninger, så udpegningen sædvanligvis kan ske uden advokatbistand.

Med dokumentet kan fuldmægtigen disponere, straks tilstanden er indtrådt, og når det bliver aktuelt at træffe beslutninger, uden at det er nødvendigt at afvente en sagsbehandling samt en offentlig myndigheds beslutning, herunder om der er behov for en foranstaltning. Fuldmagten giver udadtil den fornødne dokumentation, som fuldmægtigen kan forevise i pengeinstitutter og andetsteds.

Udnyttelsen af ordningen giver udstederen større sikkerhed for ikke at blive inddraget under en offentlig ordning, fordi fuldmagten kan og sikkert ofte vil opfylde behovet. De pårørende undgår at skulle tage et måske for dem ubehageligt initiativ over for myndighederne og at skulle gennem en sag for at få udpeget en til at disponere.

Andre slagord som privatisering og besparelser har også vægt. Det danske værgemålsudvalg skønnede, at den potentielle danske målgruppe i begyndelsen af 1990-erne var 25–30 000 svært demente, 10–15 000 sindssyge, hovedsageligt skizofrene, og et tilsvarende antal psykisk udviklingshæmmede. Det skønnedes således, at over 40 000 danske opfyldte betingelserne for at få en værge, medens det kun var omkring 4 000, der havde det. Dermed anså udvalget det for givet, at antallet af værgemål ville stige. Skønnene varierede mellem en fordobling og en femdobling. Antallet af nye sager skønnedes at ville stige til 1 700–2 800 om året, se værgemålsbetænkningen nr. 1247/1993 s. 367–68. Udviklingen i de første år under den nye værgemålslov har ikke været så dramatisk som spået. Af to publikationer, Værgemål i praksis 1997–98 og 1999, udsendt af Civilretsdirektoratet, fremgår, at der omkring 1990, og dermed før værgemålslovens ikrafttræden var ca. 620 sager om året, hvoraf nogle dog ikke blev til noget. De nye tal viser, at det samlede antal iværksatte værgemål efter den nye lovs §§ 5–7 var 774 i 1997, 1034 i 1998 og 1076 i 1999, se statistikkerne som findes på direktoratets hjemmeside www.civildir.dk. Alligevel må det forudses, at udgifterne til at iværksætte og kontrollere værgemål vil stige også i de kommende år. Med den nye danske lov blev der også indført en ordning med faste værger, der i nogen udstrækning betales af det offentlige, og udgifterne til disse værger i 1998 var omkring 750 000 kr. Hertil kom 250 000 kr. til lægeerklæring under sagerne. Der bliver en besparelse ved at overlade det til folk selv at iværksætte administrationsordninger uden offentlig indblanding.

Naturligvis er der også ulemper ved vedvarende fuldmagter – uformelle ordninger har deres pris. Navnlig er den, der udpeges som beslutningstager trods udstederens dårlige helbred, ikke underkastet det tilsyn, som er fundet nødvendig over for værger og forvaltare. Der skal ikke indsendes regnskab til myndighederne, der er ikke pligt til at anbringe formuen i sikre aktiver, og usædvanlige dispositioner skal ikke forelægges til godkendelse. Der kan være risiko for, at den svage ved udstedelsen udsættes for utilbørlig påvirkning fra den, der ønsker at blive fuldmægtig for dermed at få rådighed over aktiverne. Forholdene kan senere have ændret sig på en måde, som ikke var forudset, uden at fuldmagtsgiveren har eller har kunne tage skridt til en ændring eller tilbagekaldelse af fuldmagten. Det kan, når spørgsmålet bliver aktuelt, vise sig, at der ikke er interesse-sammenfald, eller at fuldmægtigen handler på en måde, som fuldmagtsgiveren ikke ville have godtaget. Generelt kan der være en fare for, at fuldmagten misbruges, samt at dette står på over længere tid, uden at nogen har haft reel mulighed for at gribe ind. Et erstatningskrav mod fuldmægtigen er ikke meget værd, hvis der ikke er nogen til at anlægge sag, eller hvis pengene er brugt.

Alt i alt må de generelle overvejelser om lovgivning indebære en afvejning af ønsket om en uformel, simpel, smidig, effektiv og billig ordning over for den nødvendige beskyttelse af de svage gruppers interesser. Min holdning til en nyordning er ikke overraskende positiv. Om overvejelserne i de konkrete tilfælde se nedenfor under pkt. 7.

3 Nordisk ret

Ved en gennemgang af de sparsomme oplysninger om gældende ret i Danmark, Norge og Sverige er det naturligt at tage udgangspunkt i de almindelige fuldmagtsregler. De findes i den danske lov fra 1917 om aftaler og andre retshandler på formuerettens område, i den norske lov fra 1918 om avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer og i den svenske lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område. I lovene findes som § 22 bestemmelser, der minder meget om hinanden. I den danske regel 1. pkt., som ændret i forbindelse med værgemålsloven fra 1995, anføres, at kommer fuldmagtsgiveren under værgemål med fratagelse af den retlige handleevne, jf. værgemålslovens § 6, erhverver tredjemand ikke ved retshandel med fuldmægtigen anden retsstilling over for den, der er under værgemål, end tredjemand ville have erhvervet, hvis retshandelen var foretaget med denne selv. I

den tilsvarende norske regel er det afgørende, om fuldmagtsgiveren bliver gjort umyndig, og i den svenske om fuldmagtsgiveren får en förvaltare.

I hvert fald i Danmark er retsstillingen sikkert den, at en fuldmagt ikke falder bort, fordi fuldmagtsgiverens tilstand senere forværres, selv om denne bliver tiltagende senil, eller fordi vedkommende mister evnen til at handle fornuftmæssigt, se Lynge Andersen og Jørgen Nørgaard: Aftalelovskommentaren, 1993, s. 118. Dette støttes af en række domme fra landsretterne og en enkelt højesteretsdom, hvor det er forudsat, at en fuldmagt bestod trods fuldmagtsgiverens forværrede tilstand. I UfR 1979.637 Ø og i en utrykt dom også fra Østre Landsret fra januar 1980 blev det fastslået, at en såkaldt generalfuldmagt i denne situation kunne bruges til dispositioner under behandlingen af et dødsbo. Ifølge to nyere domme indebar tilstedeværelsen af en fuldmagt, at der ikke var behov for et værgemål, se UfR 1994.581 Ø og T:FA 1999.156 Ø. Endelig toges der i højesteretsdommen stilling til et erstatningskrav i anledning af et groft misbrug af en sådan fuldmagt, se UfR 1999.1566 H. Det er min vurdering, at der i praksis i Danmark udfærdiges fuldmagter med henblik på fremtidige svagheder, men i hvor stort et omfang det sker, vides ikke.

Det danske udvalg gik i værgemålsbetænkningen (nr. 1247/1993) s. 58–59, 126, 136 og 245–46 under henvisning til § 22 og dommen fra 1979 ud fra, at fuldmagter ikke bortfalder på grund af fuldmagtsgiverens inhabilitet, blot der ikke er gennemført en sag om en legal repræsentant. Der pegedes på denne baggrund på fuldmagter som et frivilligt alternativ. Udvalget, der ikke havde udstrakt sin retssammenligning ud over de nordiske lande, foreslog ikke nogen lovgivning.

Retsstillingen i Norge og Sverige er mere usikker. Det er således ikke afklaret, hvilken tilstand, fuldmagtsgiveren skal være i, for at fuldmagten falder bort. På et parallelt område, nemlig rettergangsfuldmagter, er det i et par svenske domme, NJA 1970 s. 550 og NJA 1981 s. 857, antaget, at fuldmagten ikke ophørte, selv om hovedmanden var blevet forstands-rubbet.

4 Internationale instrumenter

I et par nyere internationale instrumenter er der henvisninger til de særlige fuldmagter. I Europarådsrekommandationen fra 1999 om ”Principles concerning the legal protection of incapable adults”, No R (99) 4, anføres i princip 2 (7), at det skal overvejes, om der er behov for at regulere ordning, hvorefter en person, som stadig er habil, kan træffe beslutninger

om, hvad der skal ske ved efterfølgende inhabilitet. I princip 5 (2), nævnes, at når der skal træffes beslutning om graden af beskyttelse, skal mindre formelle ordninger tages i betragtning. I den forklarende rapport pkt. 33 anføres som eksempel "continuing powers of attorney" og forhåndstilkendegivelser på helbredsområdet. Det nævnes, at der er et øget brug af sådanne særlige fuldmagter i visse retssystemer, men at de skaber særlige vanskeligheder i forhold til almindelige fuldmagter. Meget afhænger af, om der er regler, som muliggør, at de fortsat er i kraft uanset fuldmagtsgiverens habilitet. I så fald er der behov for at overveje, hvilke sikkerhedsforanstaltninger der er nødvendige.

I Haagerkonventionen fra 2000 om international beskyttelse af voksne er art. 15–17 regler af internationalprivatretlig natur om "powers of representation". I professor Lagardes halvofficielle rapport om konventionen pkt. 95 nævnes, at medens denne form for fuldmagter er ganske almindelige i visse stater, navnlig i Nordamerika, er de ukendte i en række europæiske lande, hvor fuldmagter nødvendigvis ophører at have virkning, hvis udstederen bliver inhabil.

5 Andre landes lovgivning

I England og Wales gælder en særlig "Enduring Powers of Attorney Act 1985". Reglerne og praksis har jeg udførligt beskrevet i en artikel fra 1999: "Enduring Powers of Attorney – En dansk analyse". Her er der også en oversigt over engelsk litteratur, se dog tillige nedenfor. England er i øvrigt det eneste sted, hvor jeg har fundet statistiske oplysninger. Fra 1990 til 1995 blev antallet af anmodninger om registreringer, se herom nedenfor under pkt. 6.4, fordoblet. Det skønnes, at der for få år siden var mere end 47 000 registrerede fuldmagter, hvilket ville svare til knap 8 000 efter svenske forhold. Det er også oplyst, at det årlige antal registreringer overstiger antallet af tilfælde, hvor der ved en myndighedsbeslutning udpeges en legal repræsentant.

Medens engelske reformforslag fra England fra slutningen af 1990-erne ikke har ført til en ny lovgivning, har tilsvarende skotske overvejelser ført til "Adults with Incapacity (Scotland) Act 2000", hvor der en hel Part 2 med section 15-24 om "Continuing Powers of Attorney and Welfare Powers of Attorney".

I Australien, Canada og U.S.A. er området et enkeltstatsanliggende, men der er lovgivning i alle staterne i de nævnte lande. Lovene varierer i detaljerne, men der gøres i U.S.A. forsøg på at skabe ensartethed med en

”Uniform Durable Powers of Attorney Act”. I nogle stater er der særskilt lovgivning, f.eks. i British Columbias ”Representation Agreement Act”. I andre er reglerne indsat i bredere lovgivning, f.eks. section 163 og 163 G i ”Conveyancing Act” i New South Wales. Der er også som f.eks. i Victoria eksempler på, at de formueretlige og personlige fuldmagter reguleres i to forskellige love. I New Zealand omhandler section 97 i ”Protection of Personal and Property Rights Act 1988” formueretlige fuldmagter og section 98 fuldmagter om personlig omsorg og velfærd.

Den sidste udvikling er, at fuldmagtstanken har bredt sig ud over engelsktalende lande. I 1998–99 er der både i Tyskland og Japan vedtaget lovregler herom. De tyske regler, der er trådt i kraft den 1. januar 1999, findes i BGBs fjerde bog om familieret § 1896, § 1904 og § 1906 og omhandler såkaldte ”Vorsorgevollmacht”, som har forrang for myndighedsbestemte ordninger. I Japan er der gennemført en lov om en frivillig værgemålskontrakt (1999/150), som trådte i kraft i april 2000. Af mange grunde omtaltes disse lovændringer ikke her.

6 Enkeltspørgsmål

Med de erfaringer, jeg har indhøstet ved studier af engelsk ret og indtryk, jeg har fået fra redegørelser om skotsk og australsk ret m.v., redegøres der uden at gå i detaljer og uden dybtgående henvisninger til de enkelte landes regler i det følgende for nogle områder, hvor der kan hentes udenlandsk inspiration, for en række spørgsmål der må overvejes, hvis fuldmagter at denne karakter skal indføres i de nordiske lande, og for hvorledes der i givet fald kan lovreguleres. Der er stor forskel på detaljeringsgraden i de enkelte landes lovgivninger. I New Zealand og New South Wales nøjes man med to bestemmelser i anden lovgivning, i Skotland er der ti paragraffer hvoraf nogle er ganske omfattende, medens der er en selvstændige engelsk lov. Jeg har tidligere i en artikel fra 1999 ”Vedvarende fuldmagter – en lovskitse” på et mere ufuldstændigt grundlag forsøgt at udforme fem danske paragraffer, men det er måske for lidt.

6.1 Fuldmagternes indhold

Den første overvejelse er, om der skal være en obligatorisk formular. I England er dette tilfældet, og de anviste variationer er få. Der er dog mulighed for andre individuelle tilføjelser. I nogle australske enkeltstater er der også formularer, undertiden således at individuelt udformede

fuldmagter i det væsentlige skal svare til standardformularen. Fordelen ved en standardisering er, at en offentlig formular kan forsynes med vejledning om retsvirkningerne. I den australske stat Victoria udleveres samtidig med formularen en hel mappe, "A do-it-Yourself Kit", med informationsmateriale om kravene til oprettelsen, vidnepåtegningen, konsekvenserne af oprettelsen og muligheden for tilbagekaldelse.

Dernæst må det kræves, at det af fuldmagtens titel eller af indholdet klart fremgår, at det er udstederens mening, at fuldmagten skal have virkning, efter at vedkommende er blevet ude af stand til at varetage sine anliggender, hvilket bekræftes med underskriften. Samtidig må der tages stilling til, om fuldmagten skal træde i kraft straks og vedvare efter den indtrufne inhabilitet, eller om den først skal have virkning fra dette tidspunkt, og dermed være det der kaldes springende. Er dette tilfældet, bliver konstateringen af, at betingelserne er opfyldt, særlig vigtig, se herom nedenfor under pkt. 6.4. På det personlige område kan den naturligt nok først få virkning, når fuldmagtsgiveren ikke længere selv kan træffe beslutninger, f.eks. om lægelig behandling eller flytning til plejehjem.

Dermed opstår spørgsmålet om fuldmagternes omfang. Som nævnt ovenfor er nordisk fuldmagtslovgivning i dag begrænset til formueretlige spørgsmål. Det samme er tilfældet med de engelske "enduring powers of attorney" og de skotske "continuing powers of attorney". I England er der længe arbejdet med forslag om en udvidelse til også at omfatte personlig velfærd og helbredsområdet, samtidig med at navnet foreslås ændret til "continuing powers of attorney". Det har givet anledning til omfattende overvejelser om begrænsninger i, hvilke beslutninger der skal kunne træffes på helbredsområdet, med forslag til lovreguleringer. Fuldmægtigen skal således aldrig kunne tillade en tvangsmæssig behandling under "the Mental Health Act 1983". Der kan heller ikke træffes beslutning om ophør med kunstig madtilførsel, medmindre der er givet udtrykkelig og speciel bemyndigelse hertil. I Skotland er der indført regler om "welfare powers of attorney" vedrørende spørgsmål om personlig velfærd. En fuldmagt af denne art kan ikke anvendes til at indlægge på en psykiatrisk hospitalsafdeling mod patientens vilje, og der kan ikke gives samtykke til en række særligt opregnede lægelige behandlinger. I nogle australske enkeltstater er fuldmagtsområdet udvidet til alle former for personlig beslutningstagen, herunder tilladelse til lægebehandling. Ifølge "Illinois Power of Attorney Act" § 4-2 er det muligt uden begrænsninger at overlade beføjelserne til at blive orienteret om og give samtykke til, at afslå eller at tilbagekalde alle typer af helbredsmæssig behandlinger for enhver

fysisk eller mental tilstand og at indlægge på og udskrive fra et hospital, hjem eller institution.

Der må også tages stilling til, om fuldmagten skal kunne begrænses til bestemte aktiver eller anliggender. I England omfatter så godt som alle fuldmagter "all my property and affairs". Dermed undgår man, at der er et beslutningsmæssigt tomrum, som det offentlige må udfylde ved at udpege en til at disponere på de områder, fuldmagten ikke omfatter. Der kan også i en formular eller i retningslinjerne være en opregning af en række mulige dispositioner, fuldmagten skal omfatte, med afkrydsnings- eller udstrekningsmuligheder. Omvendt kan der, som anvist i amerikansk lovgivning, indbygges indskrænkninger i generelle fuldmagter. Der kan også opstilles betingelser for, at fuldmægtigen kan angå bestemte opregnede dispositioner.

I lovgivningen eller fuldmagten kan det være hensigtsmæssigt at tage stilling til en række praktiske, men måske kontroversielle anliggender. Ifølge en engelsk lovregel kan fuldmægtigen begunstige sig selv eller andre, men kun i den udstrækning udstederen kunne forventes at sørge for deres behov. Der er også en bestemmelse om fuldmægtigens mulighed for at give gaver. Det kan ske, hvis værdien af hver gave ikke er urimelig under hensyntagen til alle omstændigheder og særligt størrelsen af fuldmagtsgiverens formue. Yderligere kræves, at gaverne skal være til slægtninge eller personer, fuldmagtsgiveren er knyttet til, og de skal være sæsonmæssige eller gives i en speciel anledning. Gaver kan tillige være til velgørende formål, forudsat at fuldmagtsgiveren tidligere har givet eller måtte forventes at ville give gaver af denne karakter. Begge muligheder kan begrænses i fuldmagten ved brug af individuelle klausuler. Gaveadgangen kan også udvides i den enkelte fuldmagt.

Det er rimeligt at få afklaret, om fuldmægtigen kan tage sig betalt for sit arbejde. Selv uden en udtrykkelig tilkendegivelse antages i engelsk ret, at fuldmægtigen kan kræve refusion for udgifter og udlæg. Hvis fuldmægtigen er professionel, kan denne kræve arbejdet honoreret, hvilket dog udtrykkeligt bør reguleres i fuldmagten, evt. med en betingelse om at størrelsen skal godkendes af en udenforstående.

Det må overvejes, som foreskrevet i skotsk lovgivning, at pålægge fuldmægtigen at føre regnskab og som anført i amerikanske regler at opbevare bilag og kvitteringer samt at holde midlerne adskilte fra sine egne. Der kan indbygges en kontrol ved at kræve, at regnskabet skal sendes til en tredjemand, f.eks. fuldmagtsgiverens advokat eller revisor eller en slægtning.

6.2 Fuldmægtigvalget

Der må i lovgivningen eller i fuldmagten tages stilling til, om der kan være mere end en fuldmægtig. Hvis der udpeges flere, opstår spørgsmålet, om de kun kan handle i forening, eller om de skal kunne disponere hver for sig, eller som udtrykt på engelsk "joint eller several". I en tredjedel af de engelske fuldmagter er der mere end en fuldmægtig, og i størstedelen af tilfældene kan de handle hver for sig. Flere samtidigt virkende fuldmægtige kan være en hensigtsmæssig sikring mod misbrug og til familiens enhed. Ulempen ved et krav om, at de kun kan handle i fællesskab, er bl.a., at der kan være risiko for handlingslammethed, og at fuldmagten falder bort, blot en af fuldmægtigene ikke længere kan udfylde sin opgave. Kan de handle hver for sig, forbliver fuldmagten i kraft, selv om en dør. Der er mange kombinationsmuligheder. Det kan f.eks. foreskrives, at en beslutning fra en af fuldmægtigene normalt er nok, men at der skal være enighed om eller to af tre fuldmægtiges underskrift til vigtigere, særligt opregnede beslutninger, f.eks. salg af en fast ejendom. Opgaverne kan også opdeles.

Endelig er det et spørgsmål, om fuldmægtigen skal udføre hvervet personligt, eller om denne selv kan benytte en fuldmægtig. I engelsk ret er generel delegation ikke tilladt, ligesom en fuldmægtig ikke kan udpege en afløser eller en efterfølger. Det er også et spørgsmål, om der kan antages bistand.

6.3 Oprettelsen

Når henses til, at fuldmagterne skal have virkning på et tidspunkt, hvor fuldmagtsgiveren ikke længere selv kan gribe ind, er det naturligt at omgærde oprettelsen med sikkerhedsgarantier. Det kan være nærliggende at drage paralleller fra kravene ved testamentsoprettelse. Dermed vil det i Danmark være naturligt at kræve, at underskrivelsen sker for en notar, idet næsten alle danske testamenter oprettes på dommerkontoret, hvilket yderligere har den fordel, at en genpart kan opbevares i notarialarkivet. Dermed sikres, at en offentlig ansat med træning i at vurdere habiliteten medvirker, og at der kan gives den fornødne mundtlige vejledning.

Efter nogle lovgivninger kræves, at både fuldmagtsgiveren og fuldmægtigen underskriver. Dermed bekræfter fuldmægtigen at være villig til at påtage sig opgaven. I England er det tillige et tilsagn om at anmode om registrering, se herom nedenfor under pkt. 6.4. I de fleste lande kræves, at oprettelsen overværes af vidner, der skal medunderskrive fuldmagten,

og det må vel også være den svenske løsning, når der skeles til reglerne om testamentsoprettelse. Ifølge den skotske lov skal en advokat eller en person med særligt opregnede kvalifikationer medvirke. I Australien varierer kravet fra en til to vidner. Vidnerne skal være uafhængige, og det må derfor ikke være fuldmægtigen selv eller en slægtning af fuldmagtsgiveren, i nogle stater heller ikke en slægtning af fuldmægtigen. I nogle australske stater kræves, at vidnet eller en af dem skal være domstolsansat eller advokat.

Et næste spørgsmål er, hvilke krav der skal stilles til opretterens åndsevner. Ifølge en ledende engelsk dom kræves, at fuldmagtsgiveren er klar over, hvem der skal være fuldmægtig, at dennes beføjelser vil bestå, efter at udstederen selv er blevet ude af stand til at handle, og at fuldmagten da ikke kan tilbagekaldes uden domstolens medvirken. Er fuldmagten generel, skal udstederen have forstået, at fuldmægtigen kan træffe beslutninger på alle områder og over hele formuen på samme måde som fuldmagtsgiveren. I australsk teori anføres, at udstederen generelt må forstå, at der udpeges en anden til at træffe juridiske beslutninger, og at udpegningen vil fortsætte efter at vedkommende mister evnen til selv at træffe beslutninger. Derimod er det ikke nødvendigt, at udstederen forstår enkelthederne. I skotsk ret kræves, at den medvirkende advokat bekræfter, at denne ikke har grund til at antage, at udstederen handler under utilbørlig påvirkning, eller at der er andre ugyldighedsgrunde.

I nogle retssystemer kræves, at udstederen orienteres om retsvirkningerne. Det kan ske ved, at det er en betingelse, at vidnerne skal forklare dem. Som eksempel skal medvirkende i et ledsagende dokument bekræfte, at de har udspurgt udstederen umiddelbart før underskrivelsen, og at de er overbevist, enten på grund af deres eget kendskab til fuldmagtsgiveren eller fordi de har orienteret sig hos andre navngivne personer, som kender udstederen, om, at denne forstod karakteren og udstrækningen af dokumentet. Ifølge andre lovgivninger skal vidnerne afgive erklæring om, at udstederen har forstået dokumentets betydning. I British Columbia kræves, hvis fuldmagten omfatter mere væsentlige spørgsmål, at udstederen har fået juridisk rådgivning.

Er der tvivl om opretterens habilitet, anbefales i udenlandsk ret, at der indhentes en erklæring fra en læge. Nogle steder tilføjes, at lægen enten bør være til stede ved oprettelsen eller have tilset underskriveren inden for 24 timer efter oprettelsen. Et engelsk reformforslag vil indebære, at der altid skal være en lægeerklæring om habiliteten vedhæftet eller påført fuldmagten.

6.4 Ikraftsættelsen

Navnlig for så vidt angår reglerne om, hvorledes en fuldmagt, der først skal have virkning ved indtrådt inhabilitet, bliver virksom, er der store forskelle. Kravene varierer fra det meget formelle med en offentlig registrering og kontrol til det helt uformelle.

I England er det en betingelse for, at fuldmagten kan få eller vedblive at få virkning, efter at fuldmagtsgiveren er blevet inhabil, at den registreres offentligt. Forinden skal fuldmægtigen have orienteret fuldmagtsgiveren om, at det er hensigten at anmode om registrering. Dernæst skal mindst tre af fuldmagtsgiverens slægtninge underrettes. I loven er der en opregning i grupper af, hvilke familiemedlemmer der kan komme på tale. I forarbejderne anføres, at registreringen normalt vil være en simpel administrativ opgave. I praksis er der dog i mange sager problemer med overholdelse af kravene ved oprettelsen af dokumentet og i endnu flere med den foreskrevne registreringsprocedure. Et af formålene med underretningen er, at de pågældende kan gøre indsigelse. Mulighederne herfor er opregnet i loven. Det kan gøres gældende, at fuldmagten ikke er gyldig, at den er tilbagekaldt, at den er blevet til ved svig eller utilbørlig påvirkning, eller hvad der er det hyppigste, at fuldmægtigen er uegnet til at varetage hvervet, hvilket der efter praksis er et bredt spektrum af eksempler på. Under nyere reformovervejelser foreslås den obligatoriske registrering bevaret, men det anføres, at underretningsreglerne har vist sig utilstrækkelige. I stedet foreslås, at formularen skal give udstederen mulighed for at opregne bestemte personer, som skal underrettes før registreringen, ligesom det skal kunne besluttet, at ingen skal orienteres.

I Skotland skal fuldmagten også registreres, for at den kan anvendes. Forudsætningen er, at myndigheden får klarhed over, at fuldmægtigen er villig til at påtage sig opgaven. Det kan i fuldmagten bestemmes, at registrering ikke kan ske, før en bestemt situation foreligger, og i sådanne tilfælde kan registrering ikke finde sted, medmindre det er godtgjort, at begivenheden er indtrådt. Ved registreringen sendes en kopi til fuldmagtsgiveren, og, hvis det er foreskrevet i fuldmagten, til højst to angivne personer eller indehavere af bestemte embeder eller funktioner.

I et par australske enkeltstater kræves altid registrering, når der skal gøres brug af fuldmagten, men der er, så vidt det har kunnet konstateres, ikke særlige procedurer herfor. I andre skal der ske registrering, hvis der skal træffes beslutning om salg af fast ejendom. I atter andre stater er der krav om en lægeerklæring om, at fuldmagtsgiveren ikke længere er i stand til at træffe beslutning. I staten Victoria er der mulighed for at få en erklæ-

ring om inhabiliteten fra den offentlige myndighed, der administrerer værgemål.

Hvilke krav, der skal opstilles i nordisk ret, må overvejes. Spørgsmålet vil f.eks. opstå ved tinglysning af et skøde, hvor fuldmagten forevises som legitimation, og kan blive aktuelt, hvis der disponeres over en bankkonto. Det kan overvejes at skabe lovhjemmel for, at fuldmægtigen kan indhente en lægeerklæring for at komme ud over tavshedspligten. En tanke til overvejelse er at opstille underretningskrav i lighed med de engelske for at give nærstående mulighed for at rette henvendelse til myndighederne om indgreb. Et sådan pligt for fuldmægtigen vil være vanskelig at sanktionere, men manglende overholdelse af forskriften kan vise noget om fuldmægtigens egnethed.

6.5 Brugen

Om brugen af fuldmagten fremhæves i nogle australske lovgivninger udtrykkeligt, at fuldmægtigen skal beskytte fuldmagtsgiveren, og at tab skal erstattes, hvis pligten ikke opfyldes. Der er også regler, som forbyder dispositioner, hvis der er interessekonflikter mellem fuldmægtigen og fuldmagtsgiveren.

I den skotske lov er der en udtrykkelig bestemmelse om, at fuldmægtigen ikke har pligt til at gøre noget omfattet af fuldmagten, hvis det under hensyn til værdien eller nytten vil være for byrdefuldt eller bekosteligt.

6.6 Ophør

Fuldmagtsgiveren må kunne tilbagekalde fuldmagten, forudsat at denne fortsat har den fornødne evne hertil, hvilket muligt bør fremgå af en lovregel for at tilkendegive, at fuldmagter af denne karakter ikke kan gøres uigenkaldelige. Ved overvejelser om formkravene må der kunne indhentes inspiration fra reglerne om tilbagekaldelse af testamenter.

Spørgsmålet om, hvorledes en fuldmagt kan bringes til ophør på anden måde, er væsentligt. Der må være mulighed for indgriben i tilfælde af misbrug eller mistillid til fuldmægtigen.

I det engelske reformforslag foreslås den gældende ordning bevaret, hvorefter domstolen kan bringe fuldmagten til ophør, hvis fuldmægtigen har vist sig uegnet, herunder fordi vedkommende ikke handler i fuldmagtsgiverens interesse.

I de australske lovgivninger er der forskellige muligheder for indgri-

ben. I et par enkeltstater kan fuldmægtigen fjernes, uden at fuldmagten bringes til ophør, og myndigheden må i så fald udpege en ny. I en anden stat kan der udstedes direktiver til fuldmægtigen, herunder om at denne skal foretage eller afholde sig fra bestemte dispositioner. Ifølge loven i New South Wales kan domstolen fjerne fuldmægtigen og udpege en anden, ligesom fuldmagtens område, andre bestemmelser og fuldmægtigens beføjelser kan ændres. Det kan tillige pålægges fuldmægtigen at forsyne retten med regnskaber og andre oplysninger, og fuldmagten kan bringes til ophør. I lovene er det også fastlagt, hvem der kan indbringe spørgsmålet for myndighederne. Nogle steder er det fuldmægtigen, i andre kræves rettens tilladelse, og i atter andre er det tilstrækkeligt, at vedkommende har retlig interesse.

Den skotske lov giver the Sheriff, byretsdommeren, vidtgående muligheder for indgriben. Forudsætningen er, at det godtgøres, at fuldmagtsgiveren er ude af stand til at varetage sine interesser eller til at handle for så vidt angår formuen, økonomiske anliggender eller personlige spørgsmål, omfattet af fuldmagten, og at det er nødvendigt at beskytte eller fremme disse interesser. Det kan bestemmes, at fuldmagten skal underkastes kontrol af den sædvanlige tilsynsmyndighed eller for så vidt angår personlige spørgsmål af lokale myndigheder i et nærmere beskrevet omfang. Fuldmægtigen kan pålægges at indlevere regnskaber til tilsynsmyndigheden for en bestemt angivet periode. Ved personlige fuldmagter kan det pålægges at indgive indberetning til dommeren om den måde, hvorpå hvervet er varetage i en bestemt periode. Endelig kan fuldmagten tilbagekaldes, eller fuldmægtigen kan fratages hvervet.

Lovgivningen i New Zealand er endnu mere detaljeret, og den gengives som en yderligere illustration af indgribensmulighederne. Domstolen kan afgøre tvivlsspørgsmål om forståelsen af fuldmagten og kan afgøre, om dokumentet er eller ikke er ophørt at have virkninger. Der kan gives direktiver om bestyrelsen af fuldmagtsgiverens formue og anliggender, om at der skal indleveres regnskaber, om refusion af fuldmægtigens udgifter og dennes honorar samt om alle spørgsmål vedrørende fuldmagtsgiverens personlige omsorg og velfærd. Domstolen kan også ændre rækkevidden af fuldmagten, det kan pålægges fuldmægtigen at give oplysninger og fremlægge dokumenter eller effekter, som er i hans besiddelse, og der kan gives tilladelse eller autorisation til handle, som fuldmagtsgiveren ellers ville have givet. Domstolen kan vurdere, om fuldmagten er blevet til ved utilbørlig indflydelse eller svig, og det kan konstateres, om fuldmægtigen er uegnet. Domstolen kan tilbagekalde udpegningen af fuld-

mægtigen, hvis det godtgøres, at denne ikke har handlet eller ikke har til hensigt at handle ud fra, hvad der er i fuldmagtsgiverens interesser.

I de nordiske lande er det muligt, at overvejelserne må gå på, om op-hørsvejen går over udpegning af en offentlig repræsentant. Konstruktion-en bliver da, at udpegning af en værge, en förvaltare eller en god man automatisk bringer fuldmagten til ophør. Dermed må det behovskrav, der opstilles i dansk ret, udvides til at omfatte tilfælde, hvor formålet alene er at erstatte fuldmægtigens rådighed med en legal repræsentants. Bevisførelsen får da en anden karakter, idet der udover en godtgørelse af, at de medicinske og retlige betingelser er opfyldt, gennem vidneførsel eller på anden måde må bevises, at fuldmægtigen har misbrugt sin stilling, eller at der er en berettiget mistillid til denne. Der opstår da yderligere det spørgsmål, hvem der kan indbringe en sådan sag for myndigheder-ne. I den gældende danske værgemålslov § 16 er der visse begrænsninger i, hvem der kan tage initiativ til en værgemålssag. Det kan de nærtstående samt visse opregnede myndigheder. Jeg har tidligere foreslået, at også en fuldmægtig skal kunne indlede en værgemålssag, men det er et spørgs-mål om det er tilstrækkeligt.

7 Konkrete overvejelser

Fuldmagtsgivere og deres rådgivere må forud for oprettelse af en konkret fuldmagt nøje overveje, om de nødvendige forudsætninger er til stede for, at selvbestemmelsesmuligheden kan udnyttes med rimelig sikkerhed for, at den får den tilsigtede virkning efter fornuftmanglens indtræden, og om et sådant dokument er den rigtige løsning under de givne omstæn-digheder. Som det er anført af en af de bedste kendere af den engelske ordning er en vedvarende fuldmagt i de forkerte hænder, i de forkerte familier og med den forkerte rådgivning som en Pandoras æske. Fuld-magtsgiverens forhold og familierelationer må tages i betragtning, lige-som det må vurderes, hvorledes de pårørende kan tænkes at ville reagere, når fuldmagtsgiverens helbred bliver så dårligt, at det er aktuelt at an-vende fuldmagten. Sådanne fuldmagter er ikke en egnet ordning i kon-fliktfyldte eller mistroiske familier, og den er ikke løsningen på slægtens potentielle tvister, heller ikke selv om der udpeges en neutral udenforstå-ende som fuldmægtig.

Endvidere er det en forudsætning, at den rigtige fuldmægtig kan fin-des. Denne må være absolut pålidelig, og det er vigtigt, at denne har familiens eller andre familiemedlemmers tillid. Det er afgørende, at der

ikke er risiko for, at fuldmagten misbruges, og at der ikke senere opstår tvivl om fuldmægtigens egnethed i vid forstand. Fuldmægtigen må have den fornødne integritet og skal kunne modstå et måske samlet ønske fra familien om brug af pengene udover fuldmagtens grænser og forudsætninger.

Endelig må de interesserede gøre sig retsvirkningerne af en vedvarende fuldmagt klart. De er anderledes end ved den legale repræsentation, et værgemål indebærer, idet lovreglerne herom ikke finder anvendelse. Navnlig er fuldmægtigen, som nævnt ovenfor under pkt. 2, ikke undergivet beskyttelsesforanstaltningerne. Der er ikke noget offentligt tilsyn, ingen godkendelsesforskrifter ved usædvanlige beslutninger og ingen pligt til at indsende noget regnskab til en offentlig myndighed. Selv en større formue forvaltes efter fuldmægtigens anvisninger uden særlige krav om bestyrelse eller anbringelsesmåde. Det eneste værn mod misbrug ud over efterfølgende offentlig indgriben er de almindelige erstatningsregler, hvad de så måtte være værd. I Danmark er der en højesteretsdom om et skrækindjagende eksempel på misbrug af en vedvarende fuldmagt og om et større erstatningskrav, se UfR 1999.1566 H. Muligheden for at erstatte fuldmagten med et værgemål har heller ikke megen effekt, hvis skaden er sket og pengene brugt. Endnu en vigtig pointe er, at fuldmagtsgiveren bevarer sin retlige evne til at indgå aftaler, og der er risiko for indgåelse af uhensigtsmæssige aftaler og måske også for såkaldte kolliderende retshandler.

Fuldmagter af denne karakter er således navnlig eller måske kun brugbare i de heldigvis fleste tilfælde, hvor der er harmoniske familieforhold med indbyrdes tillid, og hvor der er en utvivlsom egnet fuldmægtig, som vil påtage sig opgaven.

8 Nordiske perspektiver

Inden for de sidste år er der både i Norge og i Sverige taget skridt til revision af reglerne om legal repræsentation for personer, der ikke er i stand til at varetage deres egne anliggender. I det norske vergemålsudvalgets mandat fra 2001 findes et særligt afsnit h med overskriften ”vedvarende fullmakter”, hvori anføres: ”Utvalget bør vurdere om det bør innføres særlige regler om såkalte ’vedvarende fullmakter’, som innebærer en privatrettslig adgang til ved fullmakt å arrangere representasjonsordninger på forhånd, med tanke på en situasjon der man selv ikke lenger er i stand til å ivareta sine interesser.”

I de svenske kommittedirektiver fra 2002 omtales fuldmagter af generel karakter som et muligt alternativ til godmans- eller förvaltarinstituttet. Der henvises til, at der i flere anglosaksiske lande findes lovgivning på området, og at der også findes regler om sådanne fuldmagter i Haagerkonventionen. Videre anføres: "Utredaren skall ta ställning till om fullmakter av detta slag kan vara ett gangbart komplement till stödformerna i föräldrabalken. Om utfallet i denna del blir positivt, skall utredaren överväga om ett sådant institut bör formaliseras och ge förslag till nödvändig lagstiftning på området."

Med dette perspektiv bliver det interessant at erfare, om der bliver norsk-svensk tilslutning til mine tanker om indførelse af det nye retsinstituttet, og om der kan opnås et samarbejde mellem de to udvalg med nogenlunde ens forslag som resultat, forhåbentlig også med ensartet terminologi. Skulle det lykkes, er der efter min vurdering gode udsigter til at man fra dansk side vil følge trop, og forhåbentlig vil det samme blive tilfældet i Finland og Island med nordisk retsenhed som et attraktivt resultat.

Dansk litteratur

- Buss, Dorthe: Dementes retsstilling, 1999, kap. 13, Generalfuldmagter, s. 235–48.
- Juristen 1997 s. 345–51.
- Danielsen, Svend: Vedvarende fuldmagter – en lovskitse, i Juristen 1999 s. 1–13.
- Enduring Powers of Attorney – en dansk analyse, i Generationsskifte i ret og praksis, Festskrift til Taksøe-Jensen, 1999, s. 296–320.
- Vedvarende fuldmagter i dag, i Tidsskrift for Familie- og Arveret, 1999, s. 361–65.

Engelsk litteratur

- Ashton: The Elderly Client Handbook, The Law Society's Guide to Acting for Older People, 1999, kapitel 9.
- Cretney, Stephen og Lush, Denzil: Enduring Powers of Attorney, 4th ed., 1996.
- Making Decisions, The Government's proposal for making decisions on behalf of mentally incapacitated adults, oktober 1999, kapitel 2, Continuing Powers of Attorney.

Om yderligere engelsk litteratur, herunder betænkninger, henvises til Generationsskifte i ret og praksis, 1999, s. 319–20.

Skotsk litteratur

Patrick, Hilary og Ward, Adrian: Greens Annotated Acts, Adults with Incapacity (Scotland) Act 2000, 2001, s. 178 og 199–208.

Report on Incapable Adults, Scottish Law Commission (Scot Law Com No 151), Cm 2962, 1995, part 3 s. 28–45.

Managing the Finances and Welfare of Incapable Adults, A consultation paper, 1997, afsnit 3, s. 16–27.

www.scotland.gov.uk/justice/incapacity.

Australsk litteratur

Collier, Berna: Enduring powers of Attorney in Australia: A Comparative Analysis, i (1994) Australian Property Law Journal, s. 44–67.

– and Lindsay, Shannon: Powers of Attorney in Australia and New Zealand, Chapter 6, Enduring Powers of Attorney, 1992.

Creyke, R.: Who Can Decide? Legal Decision-Making for Others, Chapter 5: Decisions made by agents or attorneys under Enduring Powers of Attorney, Canberra: Department of Human Services and Health, 1995, s. 92–114.

– Privatising guardianship – the EPA alternative, i Adelaide Law Review 15 (1) 1993 s. 79–103.

– Abuse of Enduring Powers of Attorney – Lessons from the Australian Tribunal Experiment?, i New Zealand Universities Law Review, december 1999, s. 481–508.

Anders Eriksson

Några frågor med anknytning till ärvdabalkens regler om efterarv

Inledning

Reglerna om arvsrätt i ärvdabalken (ÄB) reformerades i slutet av 1980-talet (se prop. 1986/87:1, LU 18, rskr 159). Syftet med reformen var framför allt att stärka efterlevande makes ställning. Reformen innebar bland annat att bröstarvingars arvsrätt fick stå tillbaka för efterlevande makes arvsrätt, men att bröstarvingarna i stället fick efterarvsrätt. Det gjordes dock undantag för sådana som var bröstarvingar bara efter arvlåtaren men inte efter den efterlevande maken. Dessa (som kom att benämnas "särkullbarn") behöver inte vänta med att få ut sitt arv till dess att också den efterlevande maken har avlidit. De skall i stället, om de så önskar, kunna få ut sitt arv genast vid arvlåtarens död.

Samtidigt med ändringarna i ärvdabalken gjordes det också omfattande ändringar i äktenskapsrätten. En ny balk, äktenskapsbalken, tillkom. I den ingick också nya regler om bodelning, som bl.a. förstärkte en efterlevande makes ställning vid bodelning med anledning av den andra makens död.

Arvsordningen

När kvarlåtenskapen efter en avliden person (arvlåtaren) skall fördelas gäller idag följande regler.

Närmaste arvingar på grund av släktskap är arvlåtarens avkomlingar (bröstarvingar). Arvlåtarens barn får lika stora lotter. Om ett barn har avlidit, skall det barnets avkomlingar (i första hand barn) träda i det barnets ställe och dela på det avlidna barnets lott (2 kap. 1 § ÄB). I lagtex-

ten uttrycks detta som att varje gren (varmed avses ett barn till den avlidne och det barnets avkomlingar) skall få lika lott. Detta är en princip som också kan tillämpas ifall något av det avlidna barnets barn skulle ha avlidit och efterlämnat egna avkomlingar. De nu nämnda arvingarna sägs ingå i första arvsklassen.

Om det inte finns några bröstarvingar (arvingar i första arvsklassen), tar arvlåtarens föräldrar hälften var av arvet. Om någon av dem är avlidne, delas den avlidna föräldrarnas lott mellan arvlåtarens syskon. I ett avlidet syskons ställe träder dess avkomlingar in och varje gren skall få lika stor lott. Om det inte finns några syskon, men en av föräldrarna lever, skall den föräldern ärva allt (2 kap. 2 § ÄB). Det finns särskilda regler beträffande halvsyskon till arvlåtaren. Arvlåtarens föräldrar, syskon och syskons avkomlingar bildar andra arvsklassen.

Om det varken finns några arvingar i första eller i andra arvsklassen, går arvet till arvingarna i tredje arvsklassen. Där ärver i första hand far- och morföräldrarna. De får lika stora lotter. Om någon av dem är avlidne, träder den dödes barn i den dödes ställe och delar dennes lott lika. Saknar den döde barn, skall den andre av far- respektive morföräldrarna (eller om också denne är död dennes barn) ta hand om den avlidna far- respektive morföräldrarnas lott. Saknas arvinge på den sidan, skall hela arvet gå till arvingarna på den andra sidan (2 kap. 3 § ÄB).

Inga andra släktingar än sådana som nu har nämnts har arvsrätt (2 kap. 4 § ÄB). Det innebär bl.a. att arvlåtarens kusiner saknar arvsrätt.

Det som nu har anförts innebär således att arvingarna i andra arvsklassen kan komma i fråga för arv endast om det saknas arvingar i första arvsklassen. Det innebär också att arvingarna i tredje arvsklassen kan komma i fråga för arv bara om det inte finns någon arvinge i vare sig första eller andra arvsklassen.

Efterlevande makes arvsrätt

Den ovan beskrivna arvsordningen gäller oinskränkt bara om arvlåtaren inte efterlämnar en make. Om arvlåtaren vid sin död var gift, tillkommer nämligen några regler som syftar till att skydda efterlevande make. Dessa regler, som återfinns i 3 kap. ÄB, innebär att bröstarvingar får stå tillbaka för den efterlevande makens arvsrätt.

Om arvlåtaren var gift, skall kvarlåtenskapen som huvudregel tillfalla den efterlevande maken. Om det vid sidan av den efterlevande maken finns arvingar endast i tredje arvsklassen, får maken genom arvet kvarlä-

tenskapen med äganderätt. Därmed avskärs arvingarna i tredje arvsklassen från all rätt till kvarlåtenskapen.

Om det däremot finns arvingar i första eller andra arvsklassen, ärver den efterlevande maken kvarlåtenskapen med fri förfoganderätt (3 kap. 2 § första stycket ÄB). Denna rätt skiljer sig från äganderätten på det viset att den efterlevande maken inte får förfoga över egendomen genom testamente. Däremot kan den efterlevande maken under sin livstid i övrigt disponera över egendomen på samma sätt som om han eller hon ägt den, t.ex. sälja den eller förbruka den. När den efterlevande maken i sin tur dör, skall den egendom som den efterlevande maken ärvt efter den först avlidna maken ärvas av den först avlidna makens arvingar i första eller andra arvsklassen. Detta arv kallas efterarv (eller sekundosuccession) och arvingarna benämns då efterarvingar (eller sekundosuccessorer).

Normalt skall hälften av den efterlevande makens bo anses härröra från den först avlidna maken och resten anses komma från den efterlevande maken. Efterarvingarna till den först avlidna maken skall alltså normalt dela på hälften av kvarlåtenskapen i den efterlevande makens bo medan den efterlevande makens arvingar delar på den andra hälften.

Med kvarlåtenskap avses, i fall då arvlåtaren var gift, vad som finns kvar på arvlåtarens sida efter bodelning eller sedan det konstaterats att bodelning inte skall ske.

Undantag för särkullbarn

Efterlevande makes arvsrätt är försedd med ett viktigt undantag. Det gäller till förmån för bröstarvingar till den först avlidna maken som inte är bröstarvingar också till den efterlevande maken. Dessa brukar, som tidigare nämnts, kallas "särkullbarn". Efterlämnar arvlåtaren någon bröstarvinge som inte är den efterlevande makens bröstarvinge, omfattar nämligen makens rätt till kvarlåtenskapen en sådan arvinges arvslott endast om arvingen har avstått från sin rätt att få ut sitt arv vid arvlåtarens död (3 kap. 1 § första stycket ÄB). Särkullbarn har således rätt att få ut sitt arv genast vid sin förälders död. Särkullbarnet är emellertid inte tvingat att utnyttja sig av den rätten utan kan välja att avstå från det. I så fall blir särkullbarnet i stället en efterarvinge på samma sätt som arvlåtarens andra arvingar i första arvsklassen.

Det är viktigt att skilja ett arvsavstående av nu berört slag från ett vanligt arvsavstående. Det sistnämnda medför att arvsrätten helt förloras. Ett avstående som ett särkullbarn gör enligt den nu berörda regeln

medför däremot inte det utan endast att särkullbarnets arvsuttag skjuts upp till dess att också den efterlevande maken har avlidit. Eftersom ett avstående som ett särkullbarn gör enligt den nämnda regeln således medför helt andra rättsverkningar än ett vanligt arvsavstående, är det viktigt att särkullbarnet vid avståendet tydligt markerar att det är fråga om ett sådant avstående som avses i 3 kap. 1 § första stycket ÄB. Det bör framgå uttryckligen i avståendeförklaringen.

Basbeloppsregeln

I syfte att skapa ett ytterligare skydd för efterlevande make vid dödsbon med liten behållning finns det i ÄB en särskild basbeloppsregel (se 3 kap. 1 § andra stycket). Enligt denna skall den efterlevande maken ha rätt att erhålla så mycket av kvarlåtenskapen att det tillsammans med makens bodelningsandel och eventuell enskild egendom motsvarar fyra gånger basbeloppet enligt lagen (1962:381) om allmän försäkring. Det är basbeloppet vid tiden för arvlåtarens död som avses. Denna rätt för den efterlevande maken gäller även mot särkullbarn och testamentstagare.

Närmare om efterarv

Som nyss har nämnts skall efterarvet normalt anses utgöra hälften av egendomen i den sist avlidna makens bo. Det finns dock vissa undantag.

Ett sådant gäller om den efterlevande maken, medan han eller hon innehaft arvet med fri förfoganderätt, har utan tillbörlig hänsyn till den först avlidna makens arvingar minskat sin egendom väsentligt genom gåva eller annan jämförlig handling. I så fall skall efterarvingarna kompenseras för det (3 kap. 3 § ÄB). På liknande sätt kan den sist avlidna makens arvingar få tillgodoräkna sig en värdestegring på boet som beror på att den maken efter den andra makens död t.ex. har arvt egendom eller fått den i gåva eller skapat tillväxten genom eget förvärvsarbete (3 kap. 4 § ÄB).

En inte ovanlig anledning till en snedfördelning av boet efter den efterlevande maken mellan å ena sidan dennes arvingar och å andra sidan efterarvingarna till den först avlidna maken är att de egendomsmassor som vid den först avlidna makens död kommit från den maken inte har varit lika stora som de som då tillhört den sist avlidna maken. Om det som den efterlevande maken erhöll i arv av kvarlåtenskapen efter den

först avlidna maken utgjorde annan andel än hälften av summan av detta arv och den efterlevandes egendom efter bodelningen, skall nämligen arvingarna efter den först avlidna maken (efterarvingarna) ta samma andel i den efterlevande makens bo (3 kap. 2 § tredje stycket ÄB).

Följande exempel kan belysa det.

Om någon avlider och efterlämnar sin make och en syster som enda då levande släkting samt det i boet utöver gemensamt giftorättsgods till ett nettovärde av 2 miljoner kr bara finns den efterlevande makens enskilda egendom på 1 miljon kr, skall vid den efterlevande makens död av dennes bo $\frac{1}{3}$ tillfalla efterarvingen (systemen) och $\frac{2}{3}$ tillfalla den sist avlidna makens arvingar. Det kan förstås tänkas att systemen avlidit efter att under den efterlevande makens livstid ha fått egna avkomlingar. I så fall träder dessa i systemens ställe. Om hon avlidit utan att efterlämna någon egen avkomling inträffar ett fall som kommer att behandlas i det följande.

Basbeloppsregeln kan vara en orsak till att en snedfördelning skall ske av behållningen i boet efter den sist avlidna maken. Följande exempel kan belysa det.

En person avlider och efterlämnar sin make samt ett särkullbarn som enda släkting. Särkullbarnet vill få ut sitt arv genast. Antag att basbeloppet vid dödsfallet är 50 000 kr. Nettobehållningen i boet uppgår till 220 000 kr (allt gemensamt giftorättsgods). Enskild egendom finns inte. Bodelningen medför att vardera sidan erhåller 110 000 kr. Till följd av basbeloppsregeln skall då efterlevande maken ärva 90 000 kr. Resten skall särkullbarnet få ut genast, dvs. 20 000 kr. Tillämpningen av basbeloppsregeln har således medfört att särkullbarnet inte har kunnat få ut hela sitt arv genast vid sin förälders död. Särkullbarnet får därför efterarvsrätt i stället såvitt avser det som brister. När den efterlevande maken i sin tur dör, skall av behållningen i den makens bo $\frac{11}{20}$ gå till den makens arvingar och $\frac{9}{20}$ gå till den först avlidna makens efterarvinge (särkullbarnet; har särkullbarnet avlidit inträder dess eventuella avkomlingar i särkullbarnets ställe).

Fördelningen av efterarvet

Efterarvet skall fördelas bland efterarvingarna enligt arvsordningens regler. Det innebär att arvingar i andra arvsklassen är uteslagna från efterarv, om det finns någon efterarvinge kvar i första arvsklassen. I en och samma arvsklass fördelas arvet efter principen att varje gren ärver lika. Det finns dock ett undantag.

Om en bröstarvinge redan vid den först avlidna makens död har fått ut sitt arv efter denne helt eller delvis, skall den bröstarvingens andel i den efterlevande makens bo minskas i motsvarande mån (3 kap. 2 § andra stycket ÄB).

Följande exempel kan belysa det.

En person avlider och efterlämnar sin make samt som släktingar endast ett barn och ett särkullbarn. Det sistnämnda barnet får ut sitt arv genast vid sin förälders död. Vid den efterlevande makens död är det då bara det andra barnet som får ta hand om efterarvet. (Beträffande det fallet att makarnas gemensamma barn avlider före den efterlevande maken utan att efterlämna egna avkomlingar, jfr nedan.)

Allmänna arvsfondens arvsrätt

Om det inte finns någon släkting eller efterlevande make som har arvsrätt, skall arvet i stället tillfalla Allmänna arvsfonden (5 kap. 1 § ÄB). Fonden företräds av Kammarkollegiet.

Den särskilda regeln i 3 kap. 8 § ÄB

Om det vid den efterlevande makens död finns arvsberättigade efter endast en av makarna, skall dessa arvingar enligt 3 kap. 8 § ÄB ärva allt. Om det vid den efterlevande makens död bara finns arvingar efter denne, innebär detta inget nytt. Att dessa arvingar ärver hela boet följer då redan av arvsordningens regler i 2 kap. ÄB. Den efterlevande maken har ju då innehåft hela boet med äganderätt.

Om det däremot finns arvingar efter den först avlidna maken men inte efter den sist avlidna maken (bortsett från Allmänna arvsfonden) kan regeln i 3 kap. 8 § få betydelse. Om dessa arvingar efter den först avlidna maken är "arvsberättigade", får de hela den efterlevande makens bo.

Den nu berörda regeln i 3 kap. 8 § har varit föremål för mycket diskussion i den rättsvetenskapliga litteraturen m.m. (se t.ex. Anders Agell i SvJT 1990 s. 1 ff och Gösta Walin, Kommentarer till Ärvdabalken, del I, 4 uppl., 1993, s. 102 ff samt samme författare i SvJT 1989 s. 717 ff; jfr även mina egna artiklar i SvJT 1989 s. 321 ff och 1990 s. 268 ff).

En första fråga gäller vad uttrycket "arvsberättigade" i lagtexten avser att markera. Enligt förarbetena till den ifrågakvarande lagregeln (se prop. 1986/87:1 s. 238) är det såvitt gäller den först avlidna makens släktingar

endast de av dem som har efterarvsrätt som är arvsberättigade när den efterlevande maken dör. Övriga släktingar till den först avlidna maken har således ingen arvsrätt i det läget enligt förarbetena.

Det torde således stå klart att lagstiftarens avsikt varit att det endast – såvitt gäller den först avlidna makens arvingar – är arvingar i första och andra arvsklasserna som kan komma i fråga för arv med stöd av regeln i 3 kap. 8 §. Det synes också vara den tolkning av lagrummet som vunnit ett i det närmaste enhälligt stöd (se Agell, SvJT 1990 s. 34, Eriksson, SvJT 1989 s. 326 och NJA 1993 s. 145; jfr dock Walin, Kommentar till Ärvdabalken, del I, 4 uppl. 1993, s. 102 ff och 5 uppl. 2000, s. 105 ff).

Vad som däremot väckt debatt är frågan om det krävs att en arvinge till den först avlidna maken också har en konkret efterarvsrätt i det enskilda fallet för att kunna komma i fråga för arvet med stöd av 3 kap. 8 §.

Följande exempel kan belysa problemställningen.

En person A avlider och efterlämnar sin make B samt två särkullbarn C och D. Maken B har en syster E som enda släkting. C väljer att ta ut hela sitt arv genast vid sin förälders död. D däremot väljer att vänta med att ta ut sitt arv till dess att även B har avlidit. Det innebär enligt 3 kap. 2 § andra stycket ÄB att C inte har kvar någon efterarvsrätt medan D som valt att skjuta upp sitt arvsuttag har kvar sin efterarvsrätt. D har alltså konkret efterarvsrätt medan C – som visserligen tillhör första arvsklassen och därför ingår i efterarvingekretsen – saknar konkret efterarvsrätt. Om nu E avlider före B utan att efterlämna egna avkomlingar uppstår vid B:s död den situation som beskrivs i 3 kap. 8 §. Det finns då vid den efterlevande makens död arvsberättigade efter endast en av makarna. Enligt den nämnda paragrafen skall då ”dessa arvingar ärva allt”. Avses då med ”dessa arvingar” – som syftar på det tidigare i lagtexten använda ordet ”arvsberättigade” – bara de som har konkret efterarvsrätt eller också andra som ingår i första och andra arvsklassen? Avses alltså i vårt exempel endast D eller omfattas också C?

Walin har ansett (se Kommentar till Ärvdabalken, del I, 5 uppl. 2000 s. 105 f; jfr 4 uppl. 1993 s. 103 ff) att någon konkret efterarvsrätt inte borde krävas. Som utgångspunkt för denna ståndpunkt har han framhållit att han anser att orden arvsberättigade och arvingar är synonyma. Walin anser att regeln i 3 kap. 8 § är en självständig arvsföljdsregel eftersom den utesluter Allmänna arvsfonden från arv. Han anser också att ett krav på konkret efterarvsrätt kan ge stötande resultat. Som exempel tar han en jämförelse mellan två fall. I det ena fallet har den efterlevande maken inte ärvt något efter den först avlidna maken. I det andra fallet

har den efterlevande maken ärvt egendom till ett mycket litet värde efter den först avlidna maken. När den efterlevande maken avlider utan att efterlämna egna arvingar kommer i det första fallet den först avlidna makens arvingar i första eller andra arvsklassen inte att ärva något med stöd av 3 kap. 8 § medan de i det andra fallet ärver hela kvarlåtenskapen med stöd av den regeln. Walin anser det stötande.

Agell har hävdad att det krävs en konkret efterarvsrätt. Som grund för det har han anfört bl.a. att regeln i 3 kap. 8 § enligt förarbetena skall vara en utväxt av rätten till efterarv. Som ett skäl för att inte följa Walins uppfattning har Agell anfört att den skulle "tillskapa andra egendomligheter och utvidga den allmänna arvsordningen utan att den frågan alls diskuterats i lagstiftningsarbetet" (se Agell, SvJT 1990 s. 38).

Min egen uppfattning tar sin utgångspunkt i lagstiftarens avsikt med lagregeln. Av uttalanden i förarbetena (se prop. 1986/87:1 s. 96 f) får man klart för sig att den politiska avsikten varit att undanröja en viss effekt som de tidigare gällande reglerna medfört. Om det vid den efterlevande makens död fanns kvar arvingar efter endast den sist avlidna maken, ärvde dessa arvingar enligt de äldre reglerna liksom enligt de nya hela den makens bo. Om det däremot fanns arvingar kvar efter endast den först avlidna maken, ärvde dessa bara den del av den efterlevande makens bo som denne innehade med fri förfoganderätt på grund av arv efter den först avlidna maken. Den andra delen av den efterlevande makens bo ärvdes av Allmänna arvsfonden. Av förarbetena till 3 kap. 8 § ÄB i dess nuvarande lydelse framgår att detta uppfattades som en "irrationell" ordning, särskilt om makarna avled med kort mellanrum. Därför gjordes den ändring i lagtexten som nu gäller.

I förarbetena framhölls i det sammanhanget att de släktingar till den först avlidna maken som berördes "enligt gällande rätt endast" var "arvingar i andra arvsklassen", dvs. de som då var de enda som hade efterarvsrätt. Några andra än efterarvingar torde således inte ha avsetts. Vidare framhölls att dessa efterarvingar i fortsättningen borde ärva inte "i princip hälften av boet" utan hela boet, när den ifrågavarande situationen uppstått.

Enligt min mening visar dessa uttalanden att lagstiftarens avsikt inte varit att skapa någon ny arvsföljdsregel utan i stället en regel om fördelningen av egendomsmassorna mellan personer som redan på grund av andra regler är arvsberättigade. Enligt min mening stöds detta också av lagtextens utformning. Att lagstiftaren använt ordet "arvsberättigade" i stället för det i övrigt i lagtexten använda ordet "arvingar" tyder på att

lagstiftaren inte avsett att med det förstnämnda ordet uttrycka detsamma som med det sistnämnda. Om man ser till regelns funktion, så som den framstår i förarbetena, blir det enligt min mening tydligt att ordet arvsberättigade avser endast sådana arvingar som i det enskilda fallet är berättigade till arv (på grund av andra regler). Det krävs alltså en konkret efterarvsrätt (se även min artikel i SvJT 1989 s. 326)

Högsta domstolen har i ett rättsfall NJA 1993 s. 145 också slagit fast att denna förutsättning gäller. I fallet fanns ett inbördes testamente enligt vilket den efterlevande maken skulle med "full äganderätt" erhålla den andra makens kvarlåtenskap. Domstolen fann att den först avlidna makens arvingar då inte med stöd av 3 kap. 8 § ÄB hade någon rätt till den sist avlidna makens kvarlåtenskap.

Det torde således numera vara klarlagt att det krävs en konkret efterarvsrätt för att en arvinge efter den först avlidna maken skall vara arvsberättigad enligt 3 kap. 8 § ÄB.

En fråga som också tilldragit sig uppmärksamhet är om efterarvingen i dessa fall erhåller en eller två lotter. Enligt förarbetena till 3 kap. 8 § ÄB (se prop. 1986/87:1 s. 238) skall det som efterarvingen ärver med stöd av den regeln läggas ut som endast en lott. Som skäl härför anförts där att efterarvingen bara kan vara arvsberättigad efter sin egen släkting och inte efter dennes make. Arvet skall därför i sin helhet anses härröra endast från den ena maken. Vad som händer när efterarvingarna till den först avlidna maken får hela boet tycks således vara att de ärver detta som ett arv efter enbart den först avlidna maken. Jag har av detta tidigare dragit slutsatsen att regeln i 3 kap. 8 § inte är en regel som skapar någon ny arvsrätt utan en regel som anger hur fördelningen av boets egendom skall ske bland dem som redan är arvsberättigade (se min artikel i SvJT 1989 s. 326 f).

I de ändringar i arvs- och gåvoskattelagstiftningen som följde på reformeringen av de nu berörda reglerna i ÄB finns en bestämmelse som har ett visst intresse i detta sammanhang. I nuvarande lydelse av 15 § 2 mom. lagen (1941:416) om arvs- och gåvoskatt finns bestämmelser om hur man vid skattläggningen skall beräkna den andel av den efterlevande makens bo som tillkommer efterarvingarna. Huvudregeln är att denna andel skall beräknas som hälften av boet. I lagrummet anges sedan ett antal undantag från denna huvudregel. Ett av dessa undantag (se 15 § 2 mom. fjärde stycket) lyder: "Ett ytterligare undantag från första stycket följer av 3 kap. 8 § ärvdabalken."

Den sistnämnda lagregeln tillkom på förslag av lagrådet som yttrade

(se prop. 1987/88:61 s. 98) att den sakliga innebörden av bestämmelsen i 3 kap. 8 § ÄB gjorde det självklart att den arvsskatterättsliga konsekvensen måste bli att den först avlidna makens arvingar skulle anses ha fått den totala kvarlåtenskapen som en enda på intressenterna uppdelad lott.

En sammantagen bedömning av lagtexterna i ÄB och lagen om arvs- och gåvoskatt samt de förarbetsuttalanden till de båda lagarna som jag nu nämnt visar enligt min mening att effekten av regeln i 3 kap. 8 § ÄB för efterarvingarnas del blir den som lagrådet framhållit (annan mening, se Walin, Kommentarer till Ärvdabalken, del I, 5 uppl. 2000, s. 107f; jfr Agell, SvJT 1990 s. 41). Det arv som efterarvingen erhåller med stöd av 3 kap. 8 § ÄB utgör således ett arv efter enbart den först avlidna maken och skall läggas ut som en enda lott (jfr min artikel i SvJT 1989 s. 327). Det synes också vinna stöd av den omständigheten att det ingenstans i lagstiftningen finns någon regel som säger att en släkting till den först avlidna maken är arvinge till den efterlevande maken. Något sådant antyds inte heller i förarbetena till lagstiftningen. Det får därför anses uteslutet att något sådant avsetts med lagregeln i 3 kap. 8 §, särskilt som förarbetena uttryckligen anger motsatsen.

Även om det således av vad jag nu anfört framgår att tolkningen av regeln i 3 kap. 8 § ÄB i vart fall numera tycks vara relativt väl klarlagd, kan det finnas anledning att något beröra vissa tillämpningssituationer. Det kommer att göras i det följande.

Vissa särskilda situationer vid tillämpningen av 3 kap. 8 § ÄB

Efterarvinge avlider före efterlevande make

Det inträffar att en efterarvinge avlider före den efterlevande maken. Om efterarvingen efterlämnar egna avkomlingar träder dessa i efterarvingens ställe enligt de vanliga arvsordningsreglerna i 2 kap. ÄB. Om efterarvingen inte efterlämnar några egna avkomlingar, fördelas den efterarvingens andel i efterarvet på övriga efterarvingar. Om en efterarvinge (som saknar egna avkomlingar) är ensam efterarvinge, upphör efterarvsrätten i och med denne efterarvinges död. Efterlevande maken anses därefter inneha kvarlåtenskapen efter den först avlidne maken med full äganderätt. När den efterlevande maken dör, får dennes arvingar hela boet. Om det inte finns några arvsberättigade släktingar till den efter-

levande maken och denne inte heller gift om sig eller förordnat om sin kvarlåtenskap genom testamente, innebär det att arvet går till Allmänna arvsfonden.

Det finns dock ett särfall som kan belysas med följande exempel. Antag att A avlider och efterlämnar sin make B samt två särkullbarn C och D. D tar sitt arv genast medan C väljer att skjuta upp sitt arvsuttag till dess att även B har avlidit. D får alltså ut hela sitt arv vid A:s död och har alltså i det läget ingen konkret efterarvsrätt. C har däremot kvar konkret efterarvsrätt.

Antag nu vidare att C avlider före B utan att efterlämna någon egen avkomling. Den lott som skulle ha tillkommit C i den efterlevande makens bo vid dennes död tillkommer nu i stället D. Denne är nu nämligen, om man bortser från efterlevande makes arvsrätt, ensam arvinge till den kvarlåtenskap som finns efter A. Hälften av den kvarlåtenskapen har D redan fått ut vid A:s död. Den andra hälften har han efterarvsrätt till vid B:s död (se 3 kap. 2 § ÄB; jfr prop. 1986/87:1 s. 235).

Ett särkullbarn som till synes har fått ut hela sitt arv vid den först avlidna makens död kan således ändå få en konkret efterarvsrätt om det inträffar dödsfall bland övriga bröstarvingar före den efterlevande makens död. Förutsättningen är att dödsfallet avser en bröstarvinge som har kvar del i efterarvet och som saknar egna avkomlingar.

Omgifte

En make till den avlidne kan vara en sådan arvsberättigad som avses i 3 kap. 8 § ÄB (jfr prop. 1986/87:1 s. 353). Om t.ex. A avlider och efterlämnar sin make B och en syster C samt B (som saknar egna arvsberättigade släktingar) senare gifter om sig med D och dör före D, kommer efterarvingen C inte att få hela boet efter B utan endast vad som härrör från A, eftersom B nu vid sin död har en arvsberättigad make D. Mer komplicerad blir situationen om den efterlevande maken i det första äktenskapet gifter om sig men överlever maken i det nya äktenskapet. Följande exempel kan belysa det.

Om A avlider och efterlämnar sin make B och som enda släkting sin syster C, ärver B kvarlåtenskapen efter A med fri förfoganderätt. C har efterarvsrätt.

B gifter sedan om sig med D. D har som enda släkting en bror E. D avlider. B ärver kvarlåtenskapen efter D. E har efterarvsrätt.

B avlider sedan och saknar då egna arvsberättigade släktingar.

Om såväl C som E lever vid B:s död har de båda efterarvsrätt och delar på boet. Andelsbestämningen får ske med tillämpning av bestämmelserna i 3 kap. 4 och 6 §§ ÄB. Med hjälp av dessa paragrafer kan den del av boet som utgör motsvarigheten till det som B förvärvat efter A bestämmas. Därefter skall vad som återstår anses utgöra den egendom som motsvarar det som skulle ha bodelats med anledning av D:s död. Motsvarigheten till det som vid den bodelningen skulle ha tillfallit den avlidne D:s sida skall nu ärvas av efterarvingen E. Men vad gör man med motsvarigheten till det som vid den bodelningen skulle ha tillfallit B? Det är ju B:s egendom (kvarlåtenskap). B saknar egna arvsberättigade. Däremot finns det ju arvsberättigade efter B:s make A i första äktenskapet och efter B:s make D i andra äktenskapet. Enligt 3 kap. 8 § skall då dessa arvingar ärva allt.

Det finns ingen regel i lagen som säger att rätten enligt 3 kap. 8 § utsläcks om efterlevande maken gifter om sig. Det är visserligen så att efterlevande makens nya make blir arvinge till den efterlevande maken och under sin livstid då genom sin existens kan förhindra att den efterlevande makens kvarlåtenskap går över till den först avlidna makens arvingar med stöd av 3 kap. 8 §. Frågan är vad som händer om den nya maken dör före den efterlevande maken i det första äktenskapet. Den situationen bör jämföras med det fallet att den efterlevande maken inte gift om sig och att någon annan ensam arvinge till den efterlevande maken, t.ex. en syster, dör före den efterlevande maken utan att efterlämna några avkomlingar. I båda fallen kan den först avlidna makens efterarvingar använda sig av 3 kap. 8 § för att få ta hela boet vid den sist avlidna makens död.

Enligt min mening kan man därför inte låta efterarvingar till maken i det andra äktenskapet gå före efterarvingar till maken i det första äktenskapet. I stället får det anses rimligast att tillämpa regeln i 3 kap. 8 § så att motsvarigheten till det som vid den nyssnämnda bodelningen skulle ha fallit på den efterlevande makens lott delas mellan efterarvingarna till maken i det första äktenskapet och efterarvingarna till maken i det andra äktenskapet. I vårt exempel bör alltså C och E få dela på detta.

Antag nu att C avlidit före B utan att efterlämna någon avkomling. B anses då vid sin död ha innehaft egendomen efter A med full äganderätt. I så fall får enligt min mening regeln i 3 kap. 8 § tillämpas så att hela boet efter B ärvs av E.

Om det i stället är E som avlidit före B, har B därmed vid sin död innehaft egendomen efter D med full äganderätt. I så fall får enligt min mening C ärva hela boet efter B med stöd av 3 kap. 8 §.

Testamente

De arvsrättsliga reglerna kan helt eller delvis sättas ur spel genom att arvlåtaren har upprättat ett testamente. Testamentet gäller framför de arvsrättsliga reglerna. Det finns dock två undantag. Det ena avser bröstarvingar. Dessa har alltid rätt till s.k. laglott. Laglotten utgör halva arvslotten. Om en bröstarvinge vill få ut sin laglott, måste bröstarvingen påkalla jämkning i testamentet (se 7 kap. 1 och 3 §§ ÄB).

Det andra undantaget gäller efterlevande make. Om ett testamente inkräktar på efterlevande makes rätt enligt den tidigare nämnda basbeloppsregeln, är testamentet utan verkan i den mån som ett sådant inkräktande föreligger (se 3 kap. 1 § tredje stycket ÄB).

Testamente som sätter efterlevande makes arvsrätt ur spel

Om en testator som bara har någon i andra arvsklassen (t.ex. ett syskon) som enda arvinge vid sidan av efterlevande maken i sitt testamente har bestämt att denna arvinge i andra arvsklassen skall få ut sitt arv genast vid testators död och därmed har uteslutit efterlevande make från arvsrätt, har arvingen i andra arvsklassen ingen efterarvsrätt. Efterlevande maken har ju inte ärvt något efter den först avlidna maken. Även om den efterlevande maken vid sin död saknar arvsberättigade släktingar och inte har gift om sig, finns det således ingen på den först avlidna makens sida som med stöd av 3 kap. 8 § kan ärva boet. I det läget blir det Allmänna arvsfonden som ärver det boet.

Testamente till förmån för andra makens släktingar

Det förekommer att en make upprättar ett testamente till förmån för den andra makens släktingar. Följande exempel kan belysa den situationen.

A avlider och efterlämnar sin make B samt en systerdotter C. Några andra släktingar till A eller B finns inte längre i livet. I ett testamente har B förordnat att arvet efter henne skall tillfalla A:s systerdotter C.

B ärver hela A:s kvarlåtenskap. C får efterarvsrätt. När B dör, ärver C hälften som efterarv efter A och får C hälften som testamentsförvärv efter B. C får alltså två lotter som beskattas var för sig. Någon tillämpning av 3 kap. 8 § ÄB blir inte aktuell.

Hade något testamente inte funnits, hade skillnaden blivit att C fått hela boet efter B som en enda lott (efter A) med stöd av 3 kap. 8 §. Testamentet har således haft betydelse för framför allt beskattningen.

Testamente som utesluter efterarvingekretsen

Regeln i 3 kap. 8 § kan sättas ur spel genom ett testamente. Den först avlidna maken kan genom ett testamente utesluta sina efterarvingar från rätten till efterarv. Däremot kan den efterlevande maken inte genom ett testamente utesluta den först avlidna makens efterarvingar från rätten till efterarv (jfr NJA 1993 s. 145).

Om den först avlidna maken genom ett testamente förordnar att kvarlåtenskapen efter honom med full äganderätt skall tillfalla den efterlevande maken, har den först avlidna makens släktingar ingen efterarvsrätt. Det blir i stället den sist avlidna makens arvingar som ärver hela boet efter den maken. Om det vid den efterlevande makens död saknas arvsberättigade släktingar efter den efterlevande maken och denne inte heller har skrivit något testamente eller gift om sig, tillfaller hela boet efter den sist avlidna maken Allmänna arvsfonden.

Om en efterarvinge är bröstarvinge kan han mot ett testamente av nu berört slag göra gällande sin rätt till laglott (jfr prop. 1986/87:1 s. 86.)

Testamente med annan bestämning av efterarvingekretsen

Situationen kan emellertid bli mer komplicerad, om den först avlidna maken i sitt testamente har uteslutit bara vissa efterarvingar men inte andra. Följande exempel kan belysa det.

A avlider och efterlämnar sin make B samt som enda släktingar sina systrar C och D. Genom ett testamente har A förordnat att hela arvet efter honom skall med fri förfoganderätt gå till efterlevande maken B samt att kvarlåtenskapen efter båda makarnas död skall tillfalla systern C. Genom testamentet har A således uteslutit D från rätten till efterarv. Om maken B vid sin död inte har gift om sig samt saknar egna arvsberättigade släktingar, skall således hela boet efter B ärvas av C ensam, eftersom D då inte har någon konkret efterarvsrätt.

Låt oss nu komplicera detta exempel. Låt oss anta att C avlidit före B men efterlämnat ett barn E. Här uppstår nu en testamentstolkningsfråga. Enligt grundregeln i 11 kap. 1 § ÄB skall testamentet tolkas på det sätt som bäst kan antas överensstämma med testators vilja. I första hand skall man således försöka utröna hur testator avsett att testamentet skulle tillämpas i den uppkomna situationen (jfr Walin, Kommentarer till Ärvdebalken, del I, 5 uppl. 2000, s. 264 ff; se också om testamentstolkning

Anders Agell, Testamentsrätt, 2 uppl. 1999, s. 68 ff). Om det inte går att få fram det, kan "hjälpregeln" i 11 kap. 6 § ÄB användas. Dör en testamentstagare innan hans eller hennes rätt inträtt, skall enligt 11 kap. 6 § testamentstagarens avkomlingar träda i hans eller hennes ställe, om de i fråga om arv efter testator varit berättigade till det. Tillämpat på vårt exempel innebär det att E träder i C:s ställe och får hela B:s bo som en enda lott efter A (jfr Walin a.a. s. 280 f).

Om vi ändrar exemplet något genom att i stället anta att C avlidit före B utan att efterlämna någon egen avkomling kompliceras bilden betydligt. Vid A:s död levde då C. Hon hade med stöd av testamentet en konkret efterarvsrätt. D var däremot utesluten från arv efter A till följd av testamentet. D saknade alltså konkret efterarvsrätt. Maken B fick till följd av testamentet egendomen med fri förfoganderätt.

Hur förändras bilden till följd av C:s död? Kommer B nu att inneha kvarlåtenskapen efter A med full äganderätt, därför att det inte längre finns någon efterarvinge kvar? Eller kommer D nu att få en konkret efterarvsrätt till följd av C:s död?

Här liksom i föregående fall skall testamentet i första hand tolkas med utgångspunkt i vad som kan utrönas om testators vilja. Ofta finns emellertid ingen ledning att hämta här. Andra tolkningsdata än testamentets ordalydelse saknas helt enkelt. Inte heller finns det i 11 kap. ÄB någon "hjälpregel" för testamentstolkningen som kan användas i detta fall.

Enligt min mening bör man i en sådan situation utgå från att testators avsikt med testamentet varit att bestämma kretsen av efterarvingar på ett annat sätt än lagen gjort. Testator har således med ändring av lagens efterarvingskrets begränsat denna krets till att bara omfatta C. När C dör, bör rättsläget bedömas på samma sätt som om i ett fall, då testamente saknas, alla efterarvingar avlidit, dvs. rätten till efterarv försvinner och efterlevande maken B anses därefter inneha kvarlåtenskapen efter A med full äganderätt (jfr Walin a.a. s. 307 ff). D kan således enligt min mening inte genom C:s död förvärva någon efterarvsrätt. Syftet med testamentet måste, i avsaknad av andra tolkningsdata, anses ha varit att utesluta D från rätten till efterarv.

Det blir således enligt min mening B:s arvingar som får hela boet vid B:s död. Om B vid sin död saknar egna släktingar och inte heller gift om sig, blir det således, i avsaknad av testamente av B, Allmänna arvsfonden som ärver hela boet.

(Beträffande den situationen att den ensamma sekundosuccessorn avlidit före båda makarna, se NJA 1980 s. 451. Vid bedömningen av ut-

gången i det fallet måste dock beaktas att det avsåg förhållanden under tiden före de ändringar i bl.a. reglerna om makes och bröstarvingars arvsrätt som genomfördes per den 1 januari 1988.)

En situation som liknar den nu beskrivna är om make A i sitt testamente har förordnat att make B skall ärva egendomen med fri förfoganderätt och att den efter bådas död skall tillfalla en namngiven förening samt det visar sig vid B:s död att föreningen upphört att existera. Testamentet går då inte att verkställa. I avsaknad av andra tolkningsdata än testamentets ordalydelse synes det mig då ligga närmast till hands att på samma sätt som i det nyss angivna exemplet utgå från att testator genom testamentet har haft för avsikt att utesluta sina egna släktingar från efterarv och att egendomen därför vid B:s död får anses innehavas med full äganderätt av B, varför hela boet efter B bör tillfalla B:s arvingar.

Testamente som bestämmer efterarvingekretsen till ”våra närmaste arvsberättigade släktingar på ömse sidor”

Antag att A avlider och efterlämnar sin hustru B samt A:s särkullbarn C som enda släkting. Makarna har genom äktenskapsförord gjort all egendom i boet till enskild. Genom ett inbördes testamente har de vidare förordnat att den efterlevande av dem skulle erhålla all den först avlidnes kvarlåtenskap med efterarvsrätt för ”våra närmaste släktingar på ömse sidor”. Vid A:s död har B flera släktingar i livet. Vid B:s död är emellertid samtliga dessa döda. Hur skall man i detta fall se på frågan om C vid B:s död kan ha rätt till hela boet efter B med stöd av 3 kap. 8 §?

Kammarkollegiet har i ett fall av liknande slag (se kollegiets skrivelse 2002-06-28, dnr 30-9778-01) funnit att bestämmelsen i 3 kap. 8 § satts ur spel genom det inbördes testamentet. ”Genom äktenskapsförordet och testamentet har makarna tydligt gett uttryck för sin önskan att vardera makens egendom skulle vara åtskild från den andres och att en fördelning mellan vardera makens sida skulle göras efter bådas död”, ansåg kollegiet. På grund av att kontakten mellan efterlevande maken och den först avlidna makens särkullbarn varit i stort sett obefintlig efter den först avlidna makens död och att efterlevande maken sagt att ”det var klart och uppgjort” med särkullbarnet, fann kollegiet att det inte fanns stöd för att efterlevande makens förordnande i testamentet skulle tolkas så att – om släktarvingar på hennes sida saknas vid hennes död – även hennes andel av boet skulle tillfalla särkullbarnet. ”Inget tyder på att en sådan tolkning skulle överensstämma med hennes yttersta vilja”, tillade

kollegiet. Kollegiet fann därför att den efterlevande makens andel i boet skulle tillfalla Allmänna arvsfonden.

I det aktuella fallet har man haft en del särskilda tolkningsdata som hjälp för att komma fram till ett avgörande. Besvärligare blir det i fall sådana särskilda tolkningsdata helt saknas. Eftersom testamentet inte ändrar efterarvingekretsen (i vart fall inte i inskränkande riktning) bör man nog vara försiktigare med att i avsaknad av sådana särskilda tolkningsdata utgå från att testator avsett att utesluta en tillämpning av 3 kap. 8 §. Det är ju helt klart att den omständigheten att makarna genom äktenskapsförord gjort egendomen till enskild inte utesluter en tillämpning av 3 kap. 8 §. Enligt min mening bör man i sådana fall – i avsaknad av särskilda tolkningsdata – i stället utgå från att testamentet inte lägger hinder i vägen för en tillämpning av 3 kap. 8 §.

Avslutning

En utredning, Ärvdabalksutredningen, har i sitt betänkande (SOU 1998: 110) Makes arvsrätt, dödsboförvaltare och dödförklaring behandlat bl.a. bestämmelserna om efterarvsrätt i 3 kap. ÄB. Utredningen har i allt väsentligt kommit fram till att de nuvarande reglerna i sak bör behållas. Utredningen har dock föreslagit att en efterarvsrätt skulle införas för testamentstagare när efterlevande make utnyttjat basbeloppsregeln och detta medfört ett intrång i testamentstagarens rätt. Också på en annan avgörande punkt har utredningen föreslagit en förändring. När 3 kap. 8 § tillämpas vill utredningen att arvet skall anses utgöra en lott från den först avlidna maken och en lott från den sist avlidna maken. Utredningen föreslår en uttrycklig regel om det. Utredningens förslag i dessa delar har dock inte genomförts. I övrigt har utredningen förklarat att 1988 års ändringar i arvsordningen synes stå väl i överensstämmelse med allmänhetens rättsuppfattning och att dessa ändringar har fått önskat genomslag (se utredningens betänkande s. 89, 140 och 169).

Maja Kirilova Eriksson

Några folkrättsliga aspekter på reproduktionsrelaterat, könsbaserat våld

I INTERNATIONELLA SAMFUNDETS MOBILISERING KRING KVINNORS MÄNSKLIGA RÄTTIGHETER

Mänsklig värdighet är den fundamentala rättsgrundsatsen för det internationella människorättsskyddet och den internationella humanitära rätten. Kontrollen över den mänskliga reproduktionen,¹ dvs. individens rätt och möjlighet att kontrollera sitt barnafödande, är ett essentiellt, integrerat element i denna princip. Våld mot kvinnor och i synnerhet könsbaserat våld² är ett av de effektivaste hindren för principens realisering i människors liv. Sexuellt våld är mångskiftande och innebär, förutom kränkning av den mänskliga värdigheten, brott mot rätten till liv och/eller rätten till fysisk och psykisk integritet. Det könsbaserade våldet kan ta sig olika uttryck, kvinnofooster fördrivs, flickebarn dödas, flickor utsätts för könsstympning och andra sexuella övergrepp. Möjliga allvarliga följder av de sexuella övergreppen, och som är relaterade till de

¹ Kajsa Sundström definierar begreppet "mänsklig fortplantning" som "den biologiska förmågan och den sociala möjligheten att sätta barn till världen". Se Reproaktiv hälsa i individuellt och globalt perspektiv, i Kön och ohälsa, Lund 1996, s. 77.

² Könsbaserat våld har i FN:s kvinnodiskrimineringskommittés (CEDAW-kommittén) rekommendation nr. 19 från 1992 definierats som våld riktat mot en kvinna därför att hon är en kvinna eller som får oproportionerliga konsekvenser just därför att hon är en kvinna. En handling som tillfogar fysiskt, psykiskt eller sexuellt lidande eller skada anses enligt denna tolkning av artikel 1 i FN:s kvinnokonvention från 1979 även utgöra könsdiskriminering om den riktas mot en kvinna på ovanstående grunder. Att våld mot kvinnor är ett hinder för jämställdhet bekräftades ånyo i 1993 års FN:s deklaration om avskaffande av våld mot kvinnor.

reproduktiva fri- och rättigheterna, inbegriper oönskad graviditet, påtvingat moderskap och aversion mot sexuellt umgänge.

Den mest allvarliga formen av sexuellt våld – massvåldtäkten – har varit ett ständigt återkommande inslag (organiserad taktik) i väpnade konflikter världen över. Trots att den internationella humanitära rätten inkluderar skydd mot våldtäkt ansågs inte sexuella brott *per se* åtalbara såsom folkrättsbrott fram till andra världskrigets slut. Det omfattande könsbaserade våldet och dess globala spridning har i verkligheten förtigits eller dolts. Det bör framhållas att denna marginalisering av kvinnors erfarenheter när det gäller svårartade reproduktionsrelaterade brott har varit och är alltjämt ett allvarligt hinder för att uppnå jämställdhet mellan män och kvinnor. Sexuella övergrepp av olika slag är brott som uteslutande/speciellt kan rikta sig mot kvinnor. Under sådana omständigheter är detta brott mot stadgandena i FN:s konvention om avskaffande av all slags diskriminering av kvinnor.³ Rädsla för repressalier av religiösa och kulturella skäl (kvinnor och flickor som utsatts för sexuellt våld och som tillhör en viss kulturkrets riskerar att bli utstötta från familjen och den egna sociala omgivningen om kränkningen blir känd) har även bidragit till att sådana brottsliga handlingar ej synliggjorts och därmed accepterats som en sorts gråzon i den folkrättsliga regleringen. Den allmänna opinionen började betrakta våldtäkt med ett växande allvar först efter det att den ofattbara brutaliteten i de storskaliga övergreppen på kvinnor och flickor som förövats i en rad väpnade konflikter under 1990-talet blev känd, då våld mot kvinnor fick en plats på den globala och regionala politiska agendan och uppmärksammades på ett sätt, som det inte gjorts tidigare, dvs. uttryckligen relaterades till det internationella människorättskyddet⁴ och den humanitära rätten. I slutdokumentet av Wienkonferensen om mänskliga rättigheter (MR härafter) från 1993 intar kvinnors mänskliga rättigheter en framträdande, central plats. I dokumentets huvudavsnitt betonas att skyddet av kvinnor mot våld, inklusive

³ Könsbaserat våld måste därför enligt art. 2 i konventionen och enligt kvinnokommitténs rekommendation nr. 19 behandlas av konventionsstaterna. Ett tilläggsprotokoll till Kvinnokonventionen vilket ger enskilda kvinnor rätt att klaga för brott mot konventionsregler, inklusive reproduktiva rättigheter, trädde i kraft den 22 december 2000.

⁴ FN:s deklaration från 1968 som antogs vid en konferens i Teheran betonar att det är en mänsklig rättighet för män och kvinnor att bestämma om, när och hur ofta de vill ha barn. Se CEDAW, General Recommendation No. 24 (1999); CESCR General Comment No. 14 (2000) UN Doc. E/C.12/2000/4, § 12; *M.K. Eriksson*, Reproductive Freedom in the Context of International Human Rights Law and Humanitarian Law, The Hague 2000, s. 18.

sexuellt våld i det offentliga och privata livet utgör en mänsklig rättighet.⁵ FN:s MR-kommission har därefter antagit en rad resolutioner som kräver eliminering av våld mot kvinnor. De kommittéer som upprättats inom FN för att övervaka efterlevnaden av de främsta sju MR-konventionerna har i olika utsträckning (främst vid granskning av konventionsstaternas rapporter) tagit itu med viktiga aspekter när det gäller reproduktionsrelaterat, sexuellt våld. FN:s specialrapportör om våld mot kvinnor (Radhika Coomaraswamy) har i sin sjunde rapport från 2001 sammanfattat information som hon inhämtat om sådana övergrepp i väpnade konflikter under perioden 1997–2000.⁶ Denna och hennes övriga rapporter ger en förfärande bild av mäns våld mot kvinnor.

Sexualbrott kan även falla inom ramen för tortyrförbudet vilket man påträffar såväl i globala som i regionala människorättstraktater. Internationella domstolar vilka etablerats för att övervaka iakttagandet av dessa MR-instrument har vid prövningen av individuellas klagomål uppmärksammat att våldtäkt kan under vissa omständigheter konstituera tortyr (exempelvis Europadomstolen i *Aydın*-målet⁷ och interamerikanska MR-kommissionen i *Egocheaga*-målet⁸). Rättsutvecklingen har således förts vidare genom de regionala MR-organens användning av dynamisk och ändamålsenlig traktattolkning.

Flera avgöranden från *ad hoc*-tribunalerna i Haag (Jugoslavientribunalen⁹) och Arusha (Rwandatribunalen¹⁰) har även de bidragit till en

⁵ I handlingsplanen från 1995 års FN:s kvinnokonferens i Peking återfinns följande avsnitt om kvinnors mänskliga rättigheter: § 96 "The human rights of women include their right to have control over and decide freely and responsibly on matters related to their sexuality, including sexual and reproductive health, free of coercion, discrimination and violence".

⁶ UN Doc. E/CN.4/2001/173. Se också UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2001/29.

⁷ *Aydın v. Turkey*, 50 ECHR 1997.

⁸ *Mejía Egocheaga and another v. Peru*, Case 10.970, Report 5/96.

⁹ Den 25 maj 1993 upprättade FN:s säkerhetsråd *ad hoc*-tribunalen för f.d. Jugoslavien (ICTY) genom res. 827. Dess uppgift är att rannsaka de personer som kan ha gjort sig skyldiga till brott mot den internationella humanitära rätten på det forna Jugoslaviens område sedan den 1 januari 1991.

¹⁰ Rwandatribunalen (ICTR) tillkom på initiativ av FN:s säkerhetsrådet genom res. 955 av den 8 november 1994. Det grundläggande syftet med tribunalen är att utreda händelseförloppen kring en av århundradets största tragedier då mellan 500 000 och 1 000 000 rwandeser, främst tutsier fick sätta livet till under massakern mellan april och juli 1994 i Rwanda samt att åtala och ställa till ansvar de gärningsmän, vilka gjort sig skyldiga till allvarliga folkrättsbrott. Tribunalen har sedan den bildades den 8 november 1994 hunnit med ett tiotal fällande domar. 60 av 75 åtalade är fängslade och väntar ännu på dom. Press Briefing by the ICTR Spokesman, ICTR/INF-9-13-021, Arusha, 25 March 2002, s. 1.

progressiv rättsutveckling. Dessa tribunaler har jurisdiktion över följande brottskategorier som också kallats kärnbrotten: folkmord,¹¹ krigsförbrytelser¹² och brott mot mänskligheten.¹³ Sexuella brott, däribland våldtäkt, kan beroende på omständigheterna rymmas under flera bestämmelser i *ad hoc*-tribunalernas stadgor. De kan inbegripas i bestämmelser som berör exempelvis folkmord, slaveri, tortyr och omänsklig och grym behandling. Våldtäkt och andra sexuella övergrepp kan åtalas som någondera av de ovannämnda tre brottskategorierna.¹⁴

Den successiva utvidgningen och förstärkningen av det folkrättsliga skyddet gentemot det könsbaserade, sexuella våldet kan sägas ha nått sin höjdpunkt i och med antagandet av ett betydelsefullt instrument i kam-

¹¹ Folkmord definieras på samma sätt i båda tribunalernas stadgor, dvs. som gärningar begångna med avsikt att förinta, helt eller delvis, en nationell, etnisk, rasrässig eller religiös grupp, och återfinns i art. 4 (ICTY) och art. 2 (ICTR). Definitionen överensstämmer med FN:s 1948 års folkmordskonvention. Se också artikel 6 i internationella brottmålsdomstolens stadga (härefter ICC-stadgan).

¹² Listan på krigsförbrytelser i tribunalernas stadgor är endast exemplifierande och innefattar bl.a. svåra överträdelse ("grave breaches") av 1949 års Genèvekonventioner, inklusive vissa brott mot TP I från 1977. Denna brottskategori inkluderar ett ehuru begränsat skydd mot sexuellt våld. Artikel 27 i fjärde Genèvekonventionen fastställer exempelvis att: "Women shall be especially protected against any attack of their honour, in particular against rape, enforced prostitution, or any form of indecent assault". Se också ICTY-stadgan art. 2 och ICTR-stadgan art. 4. Jag har argumenterat att sexuellt våld inkluderas under flera av Genèvekonventionernas kategorier för krigsförbrytelser. *M.K. Eriksson*, *Reproductive Freedom*, s. 364–405.

¹³ Brottskategorin "brott mot mänskligheten" har genom tiderna varit kontroversiell då det saknats en allmänt godkänd definition. Med brott mot mänskligheten avses enligt art. 5 i ICTY-stadgan brott begångna i en väpnad konflikt, oavsett dess internationella eller nationella karaktär. Sedvanerätten har dock frångått kravet på att brott mot mänskligheten måste ha skett i en väpnad konflikt. ICTY har senare i sin rättspraxis fastställt att sådana brott kan begås utan att det förekommer ett samband med väpnad konflikt. Enligt Rwandatribunalens stadga krävs inte att något samband med en väpnad konflikt föreligger. Däremot måste brotten utgöra en del av en utbredd eller systematisk attack riktad mot någon civilbefolkning på nationella, politiska, etniska, rasrässiga eller religiösa grunder. Det krävs således en diskriminerande avsikt för samtliga förbrytelser inom brottskategorin "brott mot mänskligheten". Brott mot mänskligheten definieras i den internationella brottmålsdomstolens stadga (art. 7) som gärningar som utgör en del av en utbredd eller systematisk attack riktad mot någon civilbefolkning med vetskap om attacken, om denna medför någon av de handlingar, bl.a. våldtäkt, sexuellt slaveri, påtvingad sterilisering, påtvingad graviditet m.fl., som uppräknats i punkterna a–k. Sexuellt våld har därmed kodifierats för första gången i en multilateral traktat som brott mot mänskligheten.

¹⁴ *M.K. Eriksson*, *Reproductive Freedom*, s. 361–450.

pen mot dessa brott, nämligen 1998 års Romstadga för den internationella brottmåldomstolen. I skrivande stund har 72 stater ratificerat denna traktat. Domstolen (ICC härafter) inrättades den 1 juli 2002 i Haag och därmed har, med FN:s rättschef Hans Corells ord, ett blad i mänsklighetens historia vänts. Det förefaller sannolikt att domstolen kan inleda sin verksamhet i början av år 2003. ICC kommer att utreda brott som folkmord, krigsförbrytelser och brott mot mänskligheten begångna efter den 1 juli 2002. ICC-stadgan fastslår att våldtäkt och könsrelaterat våld är en separat kategori inom brott mot mänskligheten och krigsförbrytelser. Stadgan går mycket längre än dittills existerande folkrättsliga bestämmelser på rättsområdet i sin mer detaljerade och omfångsrika definition av sexuellt våld, dvs. med beaktande av antalet enskilda brott som kan utgöra brott mot mänskligheten och krigsförbrytelser. De utvidgade formuleringarna i ICC-stadgan medför en identifiering av en mångskiftande kvinnodiskriminering och namnger nu förutom våldtäkt också sexuellt slaveri, påtvingad prostitution, påtvingad graviditet, tvångssterilisering och utesluter inte någon annan form av sexuellt våld av en jämförbar allvarlighetsgrad som folkrättsbrott (art. 7(1)). Detta är ett anmärkningsvärt framsteg i kodifieringen när det gäller förbudet mot könsbaserat, reproduktionsrelaterat, sexuellt våld. Huruvida ICC-stadgan är en tillräcklig grund för att upprätthålla kvinnors reproduktiva fri- och rättigheter samt ett effektivt skydd mot framtida former av sexuellt våld framstår ännu som ovisst.

II DEFINITION AV BEGREPPET ”SEXUELLT VÅLD”

Uttrycket ”sexuellt våld” är ett samlingsbegrepp för de olika former av våld som kvinnor och flickor utsätts för såsom våldtäkt, tvångsprostitution, etc. FN:s deklaration om våld mot kvinnor från 1993 var det första globala instrument, som specifikt behandlade detta ämne. Den omfattar fysiskt, sexuellt eller psykologiskt våld mot kvinnor i familjen, inklusive inomäktenskaplig våldtäkt,¹⁵ kvinnlig könsstympning, etc. Det saknas emellertid en i folkrätten allmänt vedertagen definition av begreppet ”sexuellt våld”. En genomgripande utveckling av detta begrepp har skett i och med antagandet av *ad hoc*-tribunalernas stadgor och den praxis de skapat på området.

¹⁵ Se även *S.W. v the UK*, 335-B ECHR 1995.

Rättegångskammarens uttalande vid Rwandatribunalen i Jean-Paul Akayesu-målet¹⁶ har idag accepterats som det första, auktoritativa klargörandet av sexuellt våld, inklusive våldtäktsbrottet. Man fäste särskild vikt vid att brottsrekvisiten innefattar, förutom sexuell aktivitet av visst slag, ett krav på tvång, med andra ord: "The Tribunal considers sexual violence, which includes rape, as any act of a sexual nature which is committed on a person under circumstances which are coercive".¹⁷ Vidare gav rättegångskammaren uttryck för att "(s)exual violence ... is not limited to physical invasion of the human body and may include acts which do not involve penetration or even physical contact". Detta prejudiciella avgörande kan på grund av detta ställningstagande anses utgöra grundstenen för reformativa och långtgående prejudikat samt bredare tillämpbarhet när det gäller sexuellt våld.

Som redan nämnts, har ytterligare en vidgning och konkretisering av den samtida uppfattningen av begreppet "sexuellt våld" som innefattas av brott mot mänskligheten åstadkommit genom ICC-stadgans artikel 7(g). Denna omfångsrika bestämmelse inkluderar förutom våldtäkt andra alternativa gärningar som inte nödvändigtvis uppfyller kriterierna för våldtäkt. De specifika elementen för envart brott i de enskilda brottskategorierna definieras i ett särskilt supplement till stadgan med benämningen "brottslementen",¹⁸ dvs. fastställande och förtydligande av ett brotts rekvirit. Hänvisningen till alternativa gärningar talar dock för att definitionen är exemplifierande och att dess formulering torde inverka expansivt på tolkningen av vilka handlingar som förbjuds.

¹⁶ Akayesu stod åtalad för flertalet allvarliga folkrättsbrott. Det rörde sig om folkmord, brott mot mänskligheten samt brott mot artikel 3 i TP II till 1949 års Genèvekonvention. Akayesu var under tiden 7 april och slutet av juni 1994, då sammanlagt över 2 000 tutsier massakrerades av hutuextremister, borgmästare i kommunen Taba. Han försökte först hindra det pågående folkmordet på tutsibefolkningen men deltog så småningom aktivt i och beordrade avrättningen av flertalet tutsier och uppmuntrade till massvåldtäkter av åtskilliga tutsikvinnor. Tribunalen fann Akayesu skyldig beträffande nio av de femton åtalpunkterna, bl.a. våldtäkt. Påföljden fastställdes till livstids fängelse och bekräftades av appellationskammaren år 2001. Se *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, No. ICTR-96-4-A, Judgment 1 June 2001.

¹⁷ *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, No. ICTR-96-4-T, §§ 597, 690, Judgment of 2 September 1998, § 275.

¹⁸ Elements of Crimes, UN Doc. PCNICC/1999/L.5/Rev.1/Add.2.

1 Våldtäkt

1.1 Våldtäkt som folkmordshandling

Våldtäkt har varit förbjuden i egenskap av krigsförbrytelse ända sedan mitten av 1800-talet såväl på nationell nivå, exempelvis i den amerikanska Lieberkoden från 1863, som i multilaterala avtal, i bl.a. Haagkonventionerna från 1899 och från 1907 där brottet nämns i ett flertal bestämmelser. Av stor betydelse för bekräftandet av våldtäkt som ett brott mot accepterade internationella humanitärrettsliga regler, är också 1949 års Genèvekonventioner och deras tilläggsprotokoll från 1977.¹⁹

Av betydligt senare datum men likväl betydelsefulla i sammanhanget är stadgorna för *ad hoc*-tribunalerna. Det enda sexuella våldsbrott som uttryckligen figurerar i ICTY-stadgan är våldtäkt (art. 5(g) under rubriken brott mot mänskligheten) och i ICTR-stadgan (art. 3(g), även här under rubriken brott mot mänskligheten) utan att man i dessa bestämmelser närmare anger brottets element.

Ändock har det saknats en allmän definition av våldtäktsbrottet i internationell rätt. Rwandatribunalen nödgades därför att i det banbrytande *Akayesu*-målet konstruera en sådan genom att dra vissa paralleller från tortyrdefinitionen i enlighet med FN:s konvention som förbjuder tortyr. Existerande mänskliga rättighetsinstrument har följaktligen fungerat som en inspirationskälla för tolkningen av ICTR:s stadga, något som, enligt min mening, är värdefullt för upprätthållandet av det folkrättsliga systemets koherens och samstämmighet. Rättegångskammaren understryker att: "(t)he central elements of the crime of rape cannot be captured in a mechanical description of objects and body parts", "sexual violence, which includes rape, (is) ... any act of a sexual nature which is committed on a person under circumstances which are coercive." ICTR visar följaktligen viss känslighet för ordalydelsen i sin definition genom att framhålla att våldtäkt kan ta sig olika former och att det centrala elementet i brottet ingalunda är fokuserat på penetrering. Ovanstående visar också att tribunalen givit våldtäktsbegreppet en vid tolkning.

¹⁹ I *The Prosecutor v. Delalic et al*-målet, Case No. IT-96-21-T, 16 November 1998, § 476 hänvisar åklagaren till flera bestämmelser där delar av brottet våldtäkt ingår. Våldtäkt och andra former av sexuellt våld inkluderas således i flera av Genèvekonventionernas kategorier för krigsförbrytelser. Våldtäkt ses dock i dessa bestämmelser som ett brott mot kvinnans heder och ära och inte som det brott det är, dvs. ett våldsbrott mot den mentala och fysiska integriteten.

Akayesu-målet är dessutom unikt därför att brottet folkmord enligt 1949 års FN:s folkmordskonvention inte heller hade prövats tidigare inför en internationell tribunal. ICTR klargjorde att våldtäkt kan utgöra en folkmordshandling på samma sätt som andra handlingar, dvs. om det uppsåt som krävs för folkmord är inriktat på att helt eller delvis förinta en specifik grupp som sådan, i det här fallet tutsi-gruppen.²⁰ Rättegångskammaren fann vidare att folkmord inte behöver betyda att en folkgrupp har förintats. Det räcker med att handlingarna utförts med detta syfte. I fråga om sexuellt våld konstaterades att brotten var en integrerad del av dessa intentioner och att övergreppen var systematiska och endast riktade mot kvinnor som tillhörde folkgruppen tutsis; "(s)exual violence was a step in the process of destruction of the Tutsi group – destruction of the spirit, of the will to live, and of life itself" (§ 289). Den viktiga anmärkningen görs att åtgärderna också kan ta psykiska uttryck. Rättegångskammaren konkluderade följaktligen att våldtäkt kan förhindra födselar inom en bestämd grupp, om offret/gruppen genomgår ett sådant trauma att hennes/deras reproduktionsvilja helt eller delvis utplånas, "(f)or instance, rape can be a measure to prevent births when the person raped refuses subsequently to procreate" (§ 208).²¹ Sådana handlingar bryter ner den biologiska grunden för framtida generationer. Man nämner där emot inte en annan viktig omständighet, nämligen det faktum att våldtäkt kan medföra sterilitet – på så sätt kan de våldtagna kvinnorna "radera ut" sin egen folkgrupp. Våldtäkt kan med andra ord användas som ett medel att förgöra motståndaren/fienden genom att på biologisk väg förstöra den etniska sammansättningen. Den åtalade Akayesu befanns skyldig inte på grund av det egna handlandet utan p.g.a. att han kände till att sexuellt våld förekom och inte gjorde något för att förhindra det. Han snarare uppmuntrade sexuellt våld och beordrade själv ett antal, två dussin, våldtäkter (§ 452).

²⁰ Artikel 2(2) i ICTR:s stadga definierar begreppet folkmord. Våldtäkt var inte ursprungligen inkluderad i åtalet mot Akayesu. Efter påtryckningar av kvinnoorganisationer och den enda kvinnliga domaren i ICTR, sydafrikanskan Navanethem Pillay, inkluderades denna åtalspunkt av chefsåklagaren Louise Arbour. Se också § 12 (punkterna A och B) i åtalet. Tribunalen betonar att "in the absence of this intent, whatever the degree of atrocity of an act and however similar it might be to the acts described in the Genocide Convention, that act could still not be called genocide". *Akayesu* Judgment, at 87.

²¹ Aktuell psykoanalytisk forskning har påvisat sambandet mellan intensiva, massiva traumatiska upplevelser i ens tidiga liv, exempelvis hos barn som upplevde andra världskrigets fasor, och oviljan till barnafödande. S. Kaplan, *Children in the Holocaust*, Stockholm 2002, s. 39–64.

Akayesu-målet har fått en särskild dimension, och domslutet är utan motstycke historiskt. Det är det första och alltså det enda i sitt slag genom ICTR:s extensiva tolkning av begreppet folkmord. I den utförliga folkmordsdefinitionen inkluderas förutom våldtäkt också "sexual mutilation, sterilization, separation of the sexes or forced birth control" (§ 86). Dessa brott kan således användas som instrument för att förrinta offren, söndra deras familjer och ödelägga deras grupps möjligheter till reproduktion. Ett dylikt klagande utgör i sig ett värdefullt bidrag till den pågående moderniseringen av internationell straffrätt och därmed av den samtida folkrätten.

I flera mål som därefter behandlats av Rwandatribunalen och som rör sexuellt våld har man i allt väsentligt följt den argumentation och de slutsatser som lades fast i det ovan refererade fallet, dvs. samma slutsats har nåtts att den avgörande faktorn vid bedömning av en handlings art är förekomsten av *dolus specialis*, vilket är karakteristiskt för en folkmordshandling.

Nyiramasuhuko-målet²² förtjänar att här särskilt omnämnas då för första gången en kvinna, som under inbördeskriget var kvinno- och familjeminister, står åtalad för folkmord, bl.a. våldtäkterna i Butare-provinsen i centrala Rwanda. Pauline Nyiramasuhuko är misstänkt för att ha beordrat och uppmuntrat systematiskt sexuellt våld mot tutsikvinnor tillsammans med sin son Chalome Ntahobati.

Inom doktrinen har framförts synpunkten, att, eftersom man genom våldtäkterna i det forna Jugoslavien strävat att förstöra kvinnornas möjlighet och vilja att föda barn, dvs. man ville komma åt deras reproduktiva förmåga, dessa våldtäkter kan uppfylla brottsrekvisitet för folkmord.²³ Våldtäkterna har omtalats som "folkmordsvåldtäkter".²⁴

ICTY har dock varit betydligt återhållsammare än Rwandatribunalen i sina resonemang och har ännu inte behandlat några mål som rör våldtäkt i kontexten av folkmord. Detta bekräftas bl.a. av åtalerna när det gäller Meakic,²⁵ Karadzic och Mladic²⁶ samt avgörandet i Foca-målet (se

²² *The Prosecutor v. Pauline Nyiramasuhuko*, Case ICTR-97-21-AR72.

²³ K.D. Askin, *War Crimes Against Women: Prosecution in International War Crimes Tribunals*, The Hague 1997, s. 339.

²⁴ C. Niarchos, *Women, War and Rape: Challenges Facing the International Tribunal for the Former Yugoslavia*, HRQ 1995, Vol. 17, s. 651.

²⁵ *The Prosecutor v. Meakic et al.*, Case No. IT-95-4. Meakic och andra fem befälhavare över ett läger åtalades för sexuellt våld, inklusive våldtäkt som utförts av deras underordnade, för brott mot mänskligheten.

²⁶ *The Prosecutor v. Karadzic and Mladic*, Case No. IT-95-5.

nedan). I dessa mål gjordes bedömningen att brottet våldtäkt faller under rubriken ”brott mot mänskligheten”. ICTY följer alltså inte Rwandatribunalens argumentation i Akayesu-målet i de mål som avgjorts hitintills. Det bör noteras att bevisningen av sambandet mellan folkmordsuppsåt och handling är en ytterst svår process.²⁷ ICTY har valt att tillämpa *mens rea*-rekvisitetet (dvs. det speciella uppsåtet som krävs), vilket är särskilt problematiskt, med största försiktighet, vilket tydligt framgår av tribunalens uppfattning i *Jelusic*-målet.²⁸

1.2 Brott mot mänskligheten

Det är viktigt att bära i minnet att inte alla våldtäkter har ett specifikt, förintande syfte eller avsikt att förfölja en hel grupp människor, dvs. de sker inte alltid som ett led i ett folkmord. ICTY ansåg exempelvis i *Foca*-målet²⁹ att våldtäkterna i fråga uppfyller kriterierna för brott mot mänskligheten men hänförde inte dessa till folkmordsstadgandet.

I ett betydelsefullt mål inför Rwandatribunalen prövades frågan om den åtalade (Alfred Musema)³⁰ kunde hållas ansvarig för brott mot mänskligheten³¹ genom bl.a. de av honom personligen genomförda våldtäkterna på två tutsikvinnor samt uppmuntrandet och beordrandet av

²⁷ ICTR påpekar i *Akayesu*-målet att ”intent is a mental factor which is difficult, even impossible, to determine” och om den åtalades medgivande saknas så kan *mens rea* endast härledas från ”a certain number of presumptions of fact”. Id. § 523.

²⁸ Rättegångskammaren bestämde sig för att fria Goran Jelusic för folkmord, då domarna ansåg att åklagaren inte lyckats i sin bevisning i fråga om den tilltalades uppsåt att förinta en specifik grupp ”beyond any reasonable doubt”. *The Prosecutor v. Jelusic*, ICTY-I-95-10, Judgment of 5 July 2001, § 75.

²⁹ *The Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic*, Case No. IT-96-23-T and IT-96-23/1-T, Judgment of 22 February 2001. Foca är namnet på staden i sydöstra Bosnien där brotten begicks 1992. Tribunalen avvisade den 12 juni 2002 ett överklagande från de tre bosnienserbiska befälhavarna som fällts för våldtäkt och sexuellt slaveri.

³⁰ Se exempelvis *The Prosecutor v. Musema*, ICTR 96-13-T Judgment of 27 January 2000. Musema, som var en inflytelserik direktör för Gisovu tefabrik i Kibuye, dömdes till fängelse på livstid för bl.a. våldtäkt såsom folkmord.

³¹ Den 2 april 2002 påbörjades rättegången mot Bagosora med andra (*T. Bagosora*, Case No. ICTR-96-7-T; *A. Nsengiyumva*, Case No. ICTR-96-12-I; *A. Ntabakuze*, Case No. ICTR-97-30-I och *G. Kabiligi*, Case No. ICTR-97-34-I). Samtliga tilltalade har anklagats för deltagande i folkmordet på tutsier samt för brott mot mänskligheten inklusive våldtäkter. Detta fall förväntas få principiellt betydelse i ansvarsfrågan då de anklagade personerna är militärer med hög rang.

andra att begå sexuella brott. Musema dömdes till livstids fängelse den 27 januari 2000 efter det att han befunnits skyldig till en rad brott, inklusive sexuellt våld. Vid diskussionen kring personligt straffansvar för civila personer lyfte rättegångskammaren särskilt fram den omständigheten att "A civilian superior may be charged with superior responsibility only where he has effective control, be it *de jure* or merely *de facto*, over the persons committing violations of international humanitarian law" (§ 141).³² Som synes visade ICTR genom detta uttalande flexibilitet. Det innebär också att man utvidgade tillämpligheten av straffansvarsprincipen och därmed stärkte möjligheten till ett bredare skydd mot sexuella övergrepp under internationell straffrätt.

Intressant att notera är att Jugoslavientribunalen inte övertog ICTR:s definition av våldtäktsbrottet utan själv tog ställning till brottets definition. I *Furundzija*-målet³³ görs en ingående analys av våldtäktsbegreppet och man framställde en sådan genom att uppställa ett antal kriterier. Denna definition ansågs kort tid därefter alltför snäv i förhållande till vad som fick anses gälla i den moderna folkrätten, nämligen att våldtäkt kan begås i situationer där tvång, våld eller hot om våld inte förekommit, men där offret inte heller lämnat något frivilligt samtycke till den sexuella handlingen. Tribunalens ställningstagande modifierades därför något i *Foca*-målet, vilket var det första målet inför ICTY som nästan uteslutande handlade om sexuella övergrepp, och där man försökte att reflektera över alla aspekter av brottet våldtäkt. Det presumerades vidare att medgivande till samlaget saknas, om samtycket inte är att anses såsom frivilligt. Rättegångskammaren anslöt sig i *Kvocka et al*-målet³⁴ till den definition som fastslagits i *Foca*-målet och framhöll i det förevarande målet att våldtäkt utgör en kränkning av den sexuella självbestämmanderätten. Argumenteringen vilar således på idén att våldtäkt kränker kvinnans rättighet att kontrollera sin egen kropp och sin sexualitet. Trots

³² Se också resonemangen kring individuellt straffansvar för en civil person (borgmästaren i kommunen Mabanza) för brott mot mänskligheten genom bl.a. våldtäkt i fallet Bagilishema. *The Prosecutor v. Bagilishema*, ICTR-95-1A-T, Judgment 7 June 2001.

³³ *The Prosecutor v. Anto Furundzija*, Case No. IT-95-17/1, 10 December 1998. Bosnienkroatiska militärledaren Anto Furundzija dömdes till 10 års fängelse för att han inte förhindrat utan snarare uppmuntrat våldtäkten av en bosnisk-muslimsk kvinna. I detta mål behandlades brottet våldtäkt som en del av brottskategorin krigsförbrytelser och som allvarlig överträdelse av 1949 års Genèvekonventioner.

³⁴ *The Prosecutor v. Kvocka et al*, Case No. IT-98-30/1-T, Judgment 2 November 2001. I detta mål dömdes fem serber för en rad brott inklusive brott mot mänskligheten genom våldtäkter som begicks i lägren Omarska, Keraterm och Trnopolje.

denna något positiva förändring av rättspraxis från tribunalen, bl.a. avståndstagande från traditionellt stereotyp tänkande, när det gäller offrens medverkande i våldshandlingen, så har ICTY:s definition av våldtäktsbrottet alltså begränsad tillämplighet, eftersom den i alltför stor grad har fokus på penetrering och motvilja. Denna definition har dessutom tillämpats på ett könsspecifikt sätt, dvs. i feminin form, vilket i och för sig hänger samman med att tribunalen dömer *in casu*, dvs. dömer i ett enskilt mål. Samtidigt måste det medges att *Foca*-målet alltså är det mest unika till dags dato och kan tänkas få juridiska verkningar bortom detta enskilda fall som prövats. Det rör uteslutande sexuellt våld (merparten av anklagelsepunkternas utgör av våldtäkt) och dessutom sådant i mycket stort omfattning. Fakta ger här vid handen att våldtäkt inte skedde vid enstaka tillfällen utan systematiskt i form av bordeller och som en utbredd företeelse, då dessa brott förekom på flera olika platser. Under sådana förhållanden utgör våldtäkt brott mot mänskligheten. *Foca*-målet rör åtta bosniska serber vilka hållit kvinnor fångna i interneringsläger och bostäder, våldtagit dem och utsatt dem för andra former av sexuellt våld. ICTY fann tre av de åtalade (Kunarac, Kovac och Vukovic) skyldiga till brott mot mänskligheten genom tortyr och våldtäkt. De tilltalade dömdes till fängelsestraff varierande från 12 till 28 år. Domslutet är prejudicerande, då ICTY för första gången utredde sexuellt våld (våldtäkt) i syfte att få detta brott erkänt som brott mot mänskligheten, dvs. ett brott oberoende av krigets lagar. Tidigare har åtal väckts för sexualbrott (våldtäkt) som krigsförbrytelse. De systematiska våldtäkterna var enligt tribunalens uttalande i *Foca*-målet ett led i ett mönster att fördriva muslimer från området, trots att dessa sexuella brott inte ingick i den normala krigföringen utan ansågs utgöra ett terrorinstrument. Vad beträffar vissa av kvinnorna som tvingades till sexuellt slaveri byggde tribunalens domare sin argumentation på existerande sedvanerätt och folkrättsliga traktater som förbjuder slaveri. Även detta är en anmärkningsvärd rättsutveckling.

Både brott mot mänskligheten och folkmord innefattar omfattande och förödande handlingar, men det finns några få skillnader även om folkmord är att betrakta som en speciell kategori av brott mot mänskligheten. Den väsentliga skillnaden står att finna i förövarens motiv/uppsåt vid handlandet, dvs. brottens subjektiva element – *mens rea*.³⁵ Förutom

³⁵ För en mer ingående diskussion se *M. Cherif Bassiouni, Crimes Against Humanity in International Criminal Law, The Hague 1999.*

att folkmord betraktas som ett av de svåraste brotten i internationell rätt, dvs. "the crime of crimes",³⁶ så är en viktig skillnad mellan en folkmordshandling och övriga brott mot mänskligheten att förbudet av folkmord som sådant anses ha uppnått *ius cogens*' "maximala" status (dvs. absolut och tvingande).³⁷

1.3 Tortyr

Rwandatribunalen konstaterade i *Akayesu*-målet att ett stort antal våldtäkter kan stämplas som tortyr eftersom sådana handlingar orsakar ett mycket svårt och grymt lidande för offren samt att förövarna använde "intimidation, degradation, humiliation, discrimination, punishment, control or destruction of a person".³⁸ Detta innebär bl.a. att det internationella samfundet idag har möjlighet att döma för våldtäkter som uni-versellt våldsbrott.

Samma slutsats nåddes av ICTY i *Celebici*-målet³⁹ i vilket man ansåg att våldtäkt och andra former av sexuellt våld utgjorde tortyr enligt stadgandena om grova brott i 1949 Genèvekonventionerna. Rättegångskammaren fann tre av de fyra åtalade personerna (Delalic, Mucic, Delic och Landzo), vakter i Celebicilägre, skyldiga till könsrelaterade våldsbrott, inklusive våldtäkter och sexuella övergrepp. Omständigheterna kring förövandet av det sexuella våldet var enligt tribunalens domare sådana att de resulterat i tortyr. Delic dömdes till 15 års fängelse för våldtäkt (upprepade, påtvingade samlag) på en bosniskserbisk kvinna. Domens rättsliga betydelse består i att man fastställde att våldtäkt kan utgöra tortyr samt att överordnade kan ställas till ansvar för könsrelaterade brott. I det här fallet fann domstolen att Zdravko Mucic var skyldig till ansvar som befälhavare.

³⁶ Rwandatribunalen använder sig av denna fras i sitt domslut rörande *Kambanda*-målet (ICTR-97-23-S) av den 4 september 1998, där Rwandas premiärminister under inbördeskriget dömdes för folkmord till livstids fängelse.

³⁷ Alla rättsnormer som idag av världssamfundet har erkänts ha *ius cogens*-karaktär är av sådan fundamental betydelse att staterna ej kan göra avsteg från dessa, inte ens genom ömsesidig överenskommelse. Dessa normer har med andra ord tilldelats högre valör och status.

³⁸ *The Prosecutor v. Akayesu*, §§ 6.4 och 7.7. Se också *M.K. Eriksson*, Reproductive Freedom, s. 379.

³⁹ *Celebici Camp*, Judgment of 16 November 1998. Se också *The Prosecutor v. Gagovic and Others*, Case IT-96-23. *M.K. Eriksson*, Reproductive Freedom, s. 369–375.

2 Tvångsäktenskap

Enligt 1956 års FN:s konvention om avskaffandet av slaveri och slavhandel och institutioner och gärningar liknande slaveri, är tvångsäktenskap en gärning som är att jämställa med slaveri.⁴⁰ Mot bakgrund av den senaste utvecklingen inom folkrätten kan argumenteras att tvångsäktenskap, dvs. att en person bortlovas emot betalning till någon annan person eller grupp, utan möjlighet att emotsätta sig detta, eller att en persons make eller makens släkt har rätt att utan samtycke överföra personen till någon annan, oavsett betalning, eller att en person vid makens död är skyldig att gå i arv till någon annan, utgör brott mot förbudet mot slaveri (en *ius cogens*-rättsnorm) samt mot de bestämmelser i en rad MR-traktater vilka garanterar envar rätten att med sin fria vilja ingå äktenskap. I *Akayesu*-målet beskrevs och inkluderades i Rwandatribunalens domslut fall som rörde bl.a. tvångsäktenskap som en form av sexuellt våld, men samtidigt påpekades att det också förekommit fall då män gift sig med kvinnor just för att förhindra våldtäkt.⁴¹

Trots denna starka markering från det internationella samfundets sida är exemplen av brott som begåtts mot dessa rättsnormer talrika även under vår tid, såväl i fredstid som i väpnade konflikter.⁴² Därtill tenderar tvångsäktenskap ofta vara barnäktenskap. I Burkina Faso är det exempel-

⁴⁰ Se UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2001/30, § 87. FN:s arbetsgrupp angående samtida former av slaveri kommer att behandla frågan om tvångsäktenskap och barnäktenskap som "a matter of priority" vid sitt 28:e möte år 2003. FN:s tilläggsprotokoll för att förhindra, undertrycka och straffa människohandel, särskilt handel med kvinnor och barn från 2000 omfattar tvångsäktenskap i begreppet människohandel (trafficking). Se nedan avsnitt 6. Ett regionalt folkrättsligt dokument, SAARC-konventionen, om förebyggande av handel med kvinnor och barn, som signerades av samtliga sju asiatiska länder i detta samarbete den 6 januari 2002, hänvisar till barnäktenskap och tvångsäktenskap som moderna former av slaveri. Barnäktenskap är endast förbjudet om det ingåtts med syftet prostitution, dvs. om barnäktenskap ingås på grund av social/kulturell praxis men där det kommersiella elementet saknas *per se* så inkluderas det inte i konventionens förbud. Barnäktenskap är dock enligt min mening att anses som exploatering av barn och deras grundläggande mänskliga rättigheter oavsett syfte. A. Lansink, Preliminary Report, Women and Migration, ILA, Committee on Feminism and International Law, April 2002, s. 19.

⁴¹ Domslut i *Akayesu*-målet, § 430.

⁴² Det kan påpekas i sammanhanget att tvångsäktenskap existerar i Sverige och att de ibland till och med varit oavsiktligt legaliserade (1904 års lag om äktenskap ingångna i utlandet). Svensk lagstiftning förbjuder i princip ingåendet av äktenskap om de tilltänkta makarna är under 18 år och är svenska medborgare.

vis vanligt att flickor i 12–13-årsåldern gifts bort med äldre män. Ibland lovas de bort redan före födelsen. FN:s barnkommitté har definierat barnäktenskap som ”discriminatory social attitudes and harmful practices”.⁴³ I Pekingdeklarationen från 1995 (handlingsplanen, del XII) understryks vikten av att en lägsta ålder för giftermål måste finnas och höjas där så krävs. Kvinnokommittén rekommenderar, i sin General Recommendation No. 21, 18 år för både flickor och pojkar som minimiålder för ingåendet av äktenskap.⁴⁴

Det skall också påpekas att barnäktenskap ofta leder till oönskat sex, våldtäkt och tidiga graviditeter (samt gör den reproduktiva perioden i ens liv lång⁴⁵), något som utgör en risk för de unga flickornas mentala och fysiska hälsa. FN:s kommitté om medborgerliga och politiska rättigheter har uttalat att detta står i strid med artikel 24 i FN:s konvention om medborgerliga och politiska rättigheter från 1966.⁴⁶

I svenska media uppmärksammades i mitten av juli 2002 det pakistanska rättsfallet i Punjab-provinsen då åtta unga flickor skulle giftas bort med mordoffrens anhöriga, i utbyte mot frigivning för fyra dödsdömda mördare. Den 24 juli 2002 hölls två bröllop med en 14-årig respektive 18-årig flicka som giftes bort med en 55-årig respektive 77-årig man som en del i uppgörelsen. Äktenskapen förklarades dock av Högsta domstolen ogiltiga samma dag. Systemet att dömda kan undgå sitt straff genom en uppgörelse med de drabbade är lagligt och vedertaget i Pakistan. Däremot är det olagligt att använda kvinnor/flickor vid en sådan handel.

⁴³ CRC, Concluding Observation, India, UN Doc. CRC/C/15/Add. 115, §§31–33. Tillkomsten av art. 8 i utkastet till TP till den afrikanska stadgan om människans och folkens rättigheter, vilket uttryckligen förbjuder barnäktenskap har bl.a. motiverats med utgångspunkt i liknande argument. Human Rights – A review of the office of the UNHCHR, Spring 2000, Special issue on women's rights, s. 23.

⁴⁴ M.K. Eriksson, Family Rights and the United Nations Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Article 10(1), i A. Chapman & S. Russell (eds.), Core Obligations: Building a Framework for Economic, Social and Cultural Rights, Oxford 2002, s. 121.

⁴⁵ FN:s rapportör om våld mot kvinnor kommenterar i detta sammanhang att ”While women (girls) are used as child producers, their reproductive cycle is not given much attention”. UN Doc. E/CN.4/2002/83, §91.

⁴⁶ UN Doc. A/53/354, §19. FN:s rapportör om våld mot kvinnor gör staterna uppmärksamma på effekterna av tidiga äktenskap, bl.a. att ”the husband and his family can control a young girl more easily” och att många bortgifta flickor tvingas att lämna skolan. UN Doc. E/CN.4/2002/83, §56.

⁴⁷ Human Rights Watch, Shattered Lives: Sexual Violence During the Rwandan Genocide and Its Aftermath, 1996, s. 56–62. Se också UN Doc. E/CN.4/2001/73/Add.2.

Särskilt utsatta har kvinnor och flickor varit under väpnade konflikter då de tvingats att gifta sig med soldater i Afrika, bl.a. i Rwanda.⁴⁷ Uppenbart är att det rör sig om äktenskap som i själva verket döljer sexuellt slaveri inbegripet sexuellt våld (våldtäkter). Unga flickor har rekryterats i både regeringsstyrkor och gerillaförband i över 30 länder. Det har förekommit att de i sådana sammanhang kidnappats och ”gift sig” med soldater. I folkrätten gäller alltså i allmänhet att de rättsliga vägarna är för få för offren av dylika brott att söka sin rätt.

3 Påtvingad graviditet och påtvingad abort

Vid tillämpningen av definitionen av olika folkrättsbrott tas hänsyn, förutom till själva handlingen och omständigheterna kring förbrytelseerna, också till konsekvenserna av det enskilda brottet. En av de mest traumatiserande följderna av sexuella övergrepp är utan tvivel påtvingad graviditet. För första gången fastslogs uttryckligen i det slutdokument, som antogs av FN:s kvinnokonferens i Peking 1995, att påtvingade graviditeter i krig är krigsförbrytelser och att förövarna skall straffas som krigsförbrytare. Själva begreppet ”påtvingad graviditet” har inte preciserats i de få folkrättsliga dokument, förutom i ICC-stadgan (påtvingad graviditet inkluderades i ICC-stadgan såsom brott mot mänskligheten (art. 7(1)(g)) och krigsförbrytelse (art. 8(b)(xxii) samt art. 8(c)(vi)), där brottet omnämnts. Obesträtt är dock kravet på att kvinnan måste ha blivit gravid på ett sätt som är folkrättsstridigt, exempelvis genom våldtäkt eller påtvingad insemination.⁴⁸ Artikel 7(2)(f) i ICC-stadgan, som definierar brott mot mänskligheten, inkluderar uttryckligen en hänvisning till tvångsgraviditet. Det subjektiva elementet inbegriper ett krav på att kvinnan ska ha blivit gravid genom tvång, med avsikt att påverka den etniska sammansättningen av någon befolkning. Vidare föreskrivs att denna bestämmelse inte på något sätt ska tolkas som om den påverkar nationella lagar som avser graviditet.

I ljuset av ICC-stadgans hänvisning till nationell lagstiftning, så skulle också i rekvisitet ingå att hinder uppställs för kvinnan att avbryta en sådan graviditet, om hon önskar, i de stater där abort är laglig. Under Romkonferensen, då ICC-stadgan utarbetades, förekom meningsskiljaktigheter kring de ovannämnda kriterierna. Man begrundade de nationella rättsordningarnas syn på abort, och det rådde oenighet om huruvida detta

⁴⁸ K.D. Askin, s. 399.

brott överhuvudtaget bör ingå i domstolens jurisdiktion eller ej. Representeranterna för ett litet antal länder, däribland Vatikanstaten, uttryckte oro över "that including the crime of forced pregnancy may impact upon domestic laws relating to abortion".⁴⁹ Kompromisslösningen fann man i formuleringen om en hög tröskel för uppsåt i den del av bestämmelsen som rör brottets element. Enligt ordalydelsen i artikel 7(2)(f) i själva stadgan är påtvingad graviditet: "(t)he unlawful confinement of a woman forcibly made pregnant, with the intent of affecting the ethnic composition of any population or carrying out other grave violations of international law. This definition shall not in any way be interpreted as affecting national law relating to pregnancy".

Varierande slag av åtgärder för att förhindra påtvingad graviditet/påtvingat moderskap, däribland legala metoder att avbryta en oönskad graviditet, har debatterats inom FN. Frågan om möjlighet till laglig och säker abort för flickor/kvinnor som blivit våldtagna diskuterades exempelvis senast av FN:s barnkommitté under behandlingen av Tchads rapport år 2000⁵⁰ och av FN:s kommitté för ekonomiska och sociala rättigheter vid behandlingen av Kongos rapport samma år.⁵¹ Regeringsrepresentanterna för båda regeringar medgav att situationen för de drabbade blir ännu värre av det faktum att abort är tillåten endast i fall då graviditeten utgör en allvarlig hälsorisk. Man aviserade intresse för hur andra afrikanska länders, exempelvis Kameruns, lagstiftning har reglerat tillgång till abort i fall av våldtäkt. Att anmärka i detta sammanhang är att det idag är få länder i världen som upprätthåller ett totalt förbud mot abort.⁵² Abortsituationen (lagstiftning och praxis) i ett land har använts som en indikator på kvinnans ställning och hennes möjlighet att kontrollera sin sexualitet och fortplantning.⁵³

I doktrinen har ytterligare krav uppställts när det gäller brottskategorin påtvingad graviditet, nämligen att förövaren ska ha uppsåt att göra kvinnan gravid. Som tecken på uppsåt har i doktrinen nämnts upprepade våldtäkter eller uttalanden om syftet med våldtäkterna.⁵⁴ Sexuell fången-

⁴⁹ H. Durham, Women and Civil Society: NGOs and International Criminal Law, i K.D. Askin & D.M. Koenig (eds.), Women and International Human Rights Law, New York 2001, Vol. 3, s. 830.

⁵⁰ UN Doc. CRC/C/SR.548.

⁵¹ UN Doc. E/C.12/2000.SR.17.

⁵² M.K. Eriksson, Reproductive Freedom, s. 291.

⁵³ K. Sundström, s. 99.

⁵⁴ K.D. Askin, s. 399.

skap förekom i stor utsträckning under Balkankonflikten. Vittnesmål uppger att syftet med våldtäkterna var att göra kvinnorna gravida så att de kunde föda serbiska barn.⁵⁵ Serbiska soldater placerade våldtagna kvinnor och barn (vissa flickor var endast 12 år gamla) i speciella läger och fortsatte att våldta dem tills graviditet åstadkoms. Kvinnorna och flickorna hölls kvar där tills det var för sent för dem att genomgå en säker och laglig abort. Det tidigare refererade *Kunarac*-målet illustrerar detta. Tvångsgraviditet är alltså i sådana fall ett medel för att öka den egna befolkningstillväxten.

Rwandatribunalen klargjorde sin syn på påtvingad graviditet i *Akayesu*-målet genom att fastslå att påtvingad graviditet också kunde utgöra ett väsentligt element av folkmord. ICTR konstaterade således att i patriarkala samhällen där barnets grupptillhörighet bestäms genom dess fader, kan en tvångsgraviditet genom våldtäkt, genomförd av en man tillhörande en annan folkgrupp än modern, utgöra en åtgärd att förhindra födsel inom gruppen och därför är att anse såsom en folkmordshandling och omfattas av artikel 2 i tribunalens stadga.⁵⁶ I doktrinen har också argumenterats att eftersom kvinnor som blivit gravida genom våldtäkter ibland inte kan eller vill behålla sina barn, så kan brottet även ses som ett led i att överföra barn (resultatet av påtvingad graviditet) från en befolkningsgrupp till en annan.⁵⁷

I fråga om påtvingad abort lämnar existerande folkrättsliga instrument inte några hållpunkter för de bedömningar som skall göras. Det kan dock göras gällande att även om en sådan handling inte explicit omnämnts i exempelvis ICC-stadgan så kan denna aspekt av sexuellt våld omfattas av öppna uttryck som exempelvis "any other form of sexual violence of comparable gravity" (art. 7(g)). Resonemangen leder också fram till att ett påtvingat avbrott av graviditet i ett sådant fall innebär att kvinnan tvingas att göra abort eller att hon misshandlas i syfte att framkalla missfall. När det gäller det subjektiva kännetecknet för brottet förutsätts att förövaren måste veta eller bör veta att kvinnan är gravid. Att

⁵⁵ UN Commission of Experts' Final Report, UN Doc. S/1994/674, s. 7.

⁵⁶ Enligt en av Rwandas familjeministerium genomförd studie 1995 blev 472 av de 716 våldtagna och intervjuade kvinnorna gravida. Andra uppgifter talar om att antalet "enfants non-désirés", dvs. antalet oönskade barn, som föddes efter våldtäkterna, ligger mellan 2 000 och 5 000. Se Stockholm International Forum, A Conference on Truth, Justice and Reconciliation, Stockholm 23–24 April 2002, s. 116.

⁵⁷ C.M. Chinkin, Rape and Sexual Abuse of Women in International Law, EJIL 1994, Vol. 5, s. 333.

genom en extensiv tolkning fånga upp handlingar som inte explicit skrivits ut i definitionerna av de olika brottskategorierna står enligt min mening inte i strid med andemeningen i ICC-stadgan.

4 Tvångssterilisering

Man kan med fog hävda att tvångssterilisering, påtvingade preventivmedel och separation mellan könen kan påverka en befolkningsgrupps levnadsvillkor på ett sätt som leder till en specifik grupps hela eller partiella fysiska förintelse. Enligt Rwandatribunalens rättspraxis kan sådana åtgärder under vissa förutsättningar uppfylla kriterierna för att klassificeras som folkmord då dessa handlingar är avsedda att förhindra födslar inom en bestämd grupp.⁵⁸ Dessa brott kan således användas som instrument för att förrinta offren, söndra deras familjer och ödelägga en specifik grupps möjlighet till reproduktion. Artikel 7(1)(h) i ICC-stadgan definierar tvångssterilisering som en form av sexuellt våld, dvs. offret förlorar sin fortplantningsförmåga genom tvång eller våld, och är därmed att anse såsom brott mot mänskligheten.

Tvångssteriliseringar av ett stort antal individer som berövat dem möjligheten att få barn och därmed aktualiserar MR-kränkningar av bestämmelser rörande skyddet av den fysiska och psykiska integriteten samt reproduktiva fri- och rättigheter, har även förekommit i fredstid och i utvecklade, demokratiska länder såsom Sverige och Norge. Kvinnor/flickor som utsatts för sexuella övergrepp har dessutom ända fram till sena 60-talet själva fått bära skulden för övergreppen.⁵⁹ Många har betraktats som sinnesslöa och vårdats under tvång. Sterilisering/kastrering ställdes som ett villkor för utskrivning. Sedan den svenska lagen om ersättning till offer för tvångssterilisering trädde i kraft den 3 november 1999 och fram till början av år 2001 har 1742 ansökningar om ersättning från staten inkommit. Man kan följaktligen urskilja en märkbar attitydförändring bland välutvecklade länder och som följd därav en trend att på nationell nivå vilja ta itu med konsekvenserna av en av de förkastligaste och allvarligaste formerna av sexuellt våld – tvångssterilisering.

⁵⁸ Se *The Prosecutor v. Rutaganda*, ICTR-96-3-T.

⁵⁹ I Sverige steriliserades omkring 63 000 personer, majoriteten av dem kvinnor, under perioden 1935–1975. Svenska forskare uppskattar att omkring 93 procent av operationerna utfördes på kvinnor och 43 procent av dessa genom någon form av påtryckning. Motiveringen kunde exempelvis lyda att en utåtriktad, fattig flicka som umgicks med tvetydiga pojkar inte fick lov att reproducera sig. Se Steriliseringsfrågan i Sverige 1935–1975, SOU 1999:2; SOU 2000:20 samt slutbetänkandet SOU 2000:22.

5 Sexuell stympning

Utifrån den rättspraxis som föreligger kan konkluderas att Rwandatribunalen inkluderar sexuell stympning i begreppet sexuellt våld och i fall då detta är avsett att förhindra födslar inom en bestämd grupp (*Rutaganda-fallet*⁶⁰) innefattas av folkmordsdefinitionen dvs. en sådan handling faller under art. II(d) i FN:s folkmordskonvention och ICTR-stadgans art. 2.

Sexuell stympning av olika slag har begåtts i stor skala mot både kvinnor och män under Balkankonflikten som den första krigsförbrytar-rättegången sedan andra världskriget, *Tadic*-målet,⁶¹ illustrerar. Denna typ av brott har dock inte jämförts med övriga sexuella brott i ICC-stadgan. Motstånd mot dess inkluderande har framförallt kommit från vissa afrikanska stater där stympning är vanligt förekommande. Kvinnlig könsstympning (engelskans "female genital mutilation" (FGM)), en kulturell sed, utgör dock en del av det vidare begreppet "våld mot kvinnor".⁶² Enligt FN:s 1993 års deklaration om våld mot kvinnor inkluderas i termen våld mot kvinnor sexuellt utnyttjande av flickebarn i hushållet, kvinnlig könsstympning och inomäktenskaplig våldtäkt (art. 2(a)). Deklarationen är icke juridiskt bindande men likväl betydelsefull då *soft law*-dokument kan utgöra en del av den bas, på vilka internationella övervakningsorgan låter sina beslut och allmänna kommentarer (se exempelvis Kvinnokommitténs General Recommendation No. 24 från 1999, § 15(d)) vila, därmed utgörande viktiga tolkningsmedel.

Könsstympning är vidare att betrakta som ett människorättsbrott (kränkning av den personliga, fysiska integriteten och säkerheten) då den vanligtvis utförs utan personens godkännande. De flesta flickor genom-

⁶⁰ *Rutaganda*-målet, §§ 49–53.

⁶¹ *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, Case No. IT-94-1, Judgment 14 July 1997. Överklagandekammaren avgav den slutgiltiga domen den 26 januari 2000. Tadic dömdes till mellan 6 och 20 år i fängelse för brott mot mänskligheten och brott mot krigets lagar och sedvanerätt för handlingar som inkluderar övergrepp begångna i lägren Omarska och Trnopolje. Åklagaren var dessvärre tvungen att lägga ned några av punkterna i åtalet, inklusive den punkt som rörde den sexuella stympningen av fången Harambasic av medfångar på grund av att huvudvittnet inte ställde upp för vittnesmål.

⁶² Enligt FN:s deklaration om våld mot kvinnor från 1993 är våld som förekommer inom familjen och samhället och traditionella seder som är skadliga för kvinnor inbegripna i begreppet "våld mot kvinnor". Slutdokumentet vilket antogs vid 1995 års FN:s kvinnokonferens i Peking (Beijing-deklarationen) fastslår att kvinnlig könsstympning utgör en del av begreppet våld mot kvinnor (§ 113 (a)). Se också UN Doc. E/CN.4/1995/42; UN Doc. E/CN.4/2002/83, §§ 12–20 samt art. 5 i utkastet till TP till den afrikanska stadgan om människans och folkens rättigheter, se ovan not 43.

går FGM mellan fyra och åtta års ålder, och utan att det föreligger någon medicinsk orsak till detta. Ingreppet kan ha allvarliga fysiska komplikationer och t.o.m. leda till döden för en tredjedel av de flickor som genomgår de mer omfattande formerna av könsstympning.⁶³ Ofta leder FGM till ofruktsamhet och därför kan det sägas att denna tradition utgör ett hinder för realiseringen av kvinnors reproduktiva fri- och rättigheter. Att såsom bland Gikuyu-folket i Kenya ha FGM som krav för ingåendet av äktenskap strider dessutom mot rätten att ingå äktenskap enligt gällande folkrätt.

Kvinnlig könsstympning har varit på FN:s agenda sedan 1950-talet och har lyfts fram särskilt inom MR-kommissionen genom ett antal rapporter presenterade av en specialrapportör för skadliga, traditionella seder som hotar barns och kvinnors hälsa.⁶⁴ Kvinnokonventionen garanterar kvinnor ett antal rättigheter relaterade till reproduktiv hälsa. Flera länders regeringar har följt FN-kvinnokommitténs rekommendation No. 14 (1990) att vidtaga åtgärder för att utplåna könsstympning och har stiftat lagar som förbjuder den. Ingen folkrättslig konvention innehar en specifik regel som skyddar mot könsstympning, men FN:s barnkonvention (art. 24(3)) förbjuder traditionella sedvänjor som är skadliga för barnets hälsa. FN:s kommitté för medborgerliga och politiska rättigheter (Human Rights Committee) har dessutom i den allmänna kommentaren, GC No. 28 (2000), hållit före att stater som ratificerat FN:s konvention om medborgerliga och politiska rättigheter bör garantera att traditionella, historiska, religiösa eller kulturella traditioner inte används till att stävja kvinnors/flickors rätt till jämlikhet.⁶⁵

Även andra MR-rättsnormer skulle kunna åberopas mot kvinnlig könsstympning, enkannerligen sådana som behandlar rätten till liv, frihet och personlig integritet och säkerhet eller genom att man placerar ett sådant förbud inom kontexten av rätten till reproduktiv hälsa. Klassificeringen av könsstympning som tortyr eller omänsklig behandling ter sig däremot mer komplex men utesluter inte att argument baserade på relevanta folkrättsnormer med tiden kan vinna större acceptans.

Fall som rör könsrelaterad förföljelse (inklusive offer för sexuell våld) kan bedömas enligt såväl 1951 års Genèvekonvention om flykting-

⁶³ K. Lee, Female Genital Mutilation – Medical Aspects and the Rights of Children, *International Journal of Children's Rights* 1994, Vol. 2, No. 1, s. 39.

⁶⁴ Se UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1991/6; UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1994/10Add.1; UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1996/6; UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/10.

⁶⁵ HRC, GC No. 28, 29 March 2000, CCPR/C/21/Rev. 1/Add.10, § 5.

ars rättsstatus som Europakonventionen, FN:s konvention mot tortyr, m.fl. I Kanada och Australien har ett antal kvinnor från exempelvis Nigeria och Somalia erhållit asyl på grund av att de fruktat förföljelse i form av kvinnlig könsstympning.

Vad angår svenska rättsförhållanden kan nämnas att Utlänningsnämnden i sin tidigare rättspraxis kommit fram till slutsatsen att tvångsmässigt utförd könsstympning utgör grym, omänsklig och förnedrande behandling, och att den därmed kan utgöra ett brott mot gällande folkrättsliga normer på området.⁶⁶ Våldshandlingen utmärks i sådana fall av att det potentiella offret utsätts för risk för en sådan behandling, som en annan stat bär ansvaret för. I ett aktuellt fall, som i skrivande stund ligger hos Europadomstolen i Strasbourg, har de svenska myndigheterna funnit risken för tortyr/omänsklig behandling i destinationslandet (Tanzania) vara otillräcklig för att den minderåriga flickan Irene Kenes, som ansökt om asyl på grund av hot om könsstympning och tvångsgifte, skall erhålla skydd i Sverige. Flickan har uppgett att könsstympningen är ett sätt att få ett bra ”pris” för henne i Tanzania, då hon skall giftas bort av sina släktingar. Europadomstolen fann nyligen ärendet vara av principiell betydelse och man begärde inhibition av Utlänningsnämndens avvisningsbeslut.

Ett gott exempel på att frågan om könsstympning alltjämt utgör en kontroversiell och politiskt känslig fråga på det globala planet är den nyligen avslutade FN-konferensen om hållbar utveckling som ägde rum i Johannesburg i september 2002. En ovanlig och oväntad allians mellan USA, Vatikanstaten och en rad muslimska länder vållade en allvarlig kris i förhandlingarna, då detta block vägrade att acceptera en hänvisning till gällande MR-standarder i slutdokumentets paragraf angående kvinnors rättigheter, inklusive kvinnors reproduktiva hälsa. Man ville därmed låta hälsovårdssystemen i tredje världen organiseras och utformas enbart med utgångspunkt och i enlighet med nationella lagar och kulturella och religiösa värden, dvs. även om detta skulle medföra rättfärdigande av användningen av könsstympning. Majoritetens syn att kultur och religion ej får inkräkta på fundamentala mänskliga fri- och rättigheter blev dock den ledande tanke, som återspeglas i det antagna handlingsprogrammet.

⁶⁶ Se fall UN 94/12198, beslut av den 12 februari 1996. Den reviderade versionen av Utlänningslagen innehåller en särskild underkategori som innebär skydd för personer som riskerar förföljelse på grund av sitt (sociala) kön. Att ges uppehållstillstånd med grund i art. 3:3 UtlL ger dock ett sämre skydd än vad som skulle ha skett om den asylsökande hade fått stanna som konventionsflyktning enligt art. 3:1 i UtlL.

6 Sexuell exploatering

6.1 Tvångsprostitution

Sexuellt slaveri inklusive tvångsprostitution är en av de värsta formerna av människoförtryck, dvs. företeelsen ingår i begreppet könsbaserat våld⁶⁷ och det kan därför också ses som ett hinder för utövandet av kvinnors reproduktiva fri- och rättigheter.

Redan under första delen av 1900-talet tillkom flera internationella överenskommelser om åtgärder mot åtskilliga former av det som kunde betecknas som slaveri i egentlig mening.⁶⁸ Brott som tvångsprostitution⁶⁹ förbjuds i såväl specifika internationella dokument mot sexuellt slaveri som i allmänna MR-traktater såsom FN:s kvinnokonvention och FN:s

⁶⁷ Detta framgår av UNHCR:s Guidelines on international protection av den 7 maj 2002. Enligt punkten 18 "The forcible or deceptive recruitment of women or minors for the purposes of forced prostitution or sexual exploitation is a form of gender-related violence or abuse that can even lead to death."

⁶⁸ Några exempel på sådana traktater är 1904 års konvention om åtgärder mot den vita slavhandeln, 1921 års konvention för undertryckande av handeln med kvinnor och barn, 1926 års Genèvekonvention om slaveriets avskaffande, 1950 års konvention om förhindrande av handel med människor och annans prostitution. Inte att förglömma är det stora antalet bestämmelser i de centrala MR-traktaterna, vilka innehåller ett uttryckligt förbud mot slaveri. Det kan i detta sammanhang tilläggas att FN:s arbetsgrupp angående samtida former av slaveri i sin senaste rapport framhöll att "slavery, in its various forms and practices, is a crime against humanity and that any acquiescence by a State in such practices, irrespective of whether it has acceded to the conventions on slavery or any other relevant conventions, is a violation of basic human rights". UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2001/30, § 132.

⁶⁹ I en rad internationella dokument antagna under 1990-talet görs uppdelningen mellan frivillig och påtvingad prostitution. Det går en skiljelinje även inom Europa mellan de stater som vill legalisera prostitutionen och reglera bordellernas verksamhet och de stater som menar att prostitution måste motarbetas eftersom den utgör en form av sexuellt utnyttjande. Den dominerande uppfattningen i Sverige vad gäller prostitution är att den utgör sexualiserat våld, främst riktat mot kvinnor, och att det inte finns någon uppdelning mellan frivillig och påtvingad prostitution som är fallet i de relevanta internationella instrument.

Även bland de feministiska analytikerna finns uppfattningen att det inte finns någon "non-coerced prostitution". Man hänvisar att våldtagna kvinnor under väpnade konflikter "are forever tainted and trapped in a lifestyle of female sexual subjugation". *D.A. Nebesar*, Gender-based violence as a weapon of war, University of California 1998, Davis School of Law (icke publicerat material) s. 9.

barnkonvention.⁷⁰ Sexuellt slaveri anges uttryckligen i art. 7(1)(g) i ICC-stadgan som ett folkrättsbrott. I denna bestämmelse definieras tvångsprostitution och sexuellt slaveri som brott mot mänskligheten. Därtill är art. 7(1)(c) i ICC-stadgan det senaste i raden av folkrättsdokument som syftar till att bekämpa tvångsprostitution och handel med kvinnor och barn (trafficking⁷¹).

Sexuellt slaveri har även varit en aktuell fråga inför ICTY. Våldtäkter i krig har uppfattats som en extra förmån för soldater. Den omfattande tvångsprostitueringen tyder på att våldtäkt kan ha fungerat som en form av betalningsmedel för soldaterna. I några fall som prövats inför tribunalen har det framkommit att främst muslimska kvinnor använts som ofrivilliga prostituerade under konflikten på Balkan. Mest utförligt har frågan behandlats i *Kovac-målet*⁷² då man kunde bevisa att kvinnorna som till en början hållits fångna i den tilltalades lägenhet såldes vidare med den fulla medvetenheten om att de även fortsättningsvis skulle bli våldtagna och systematiskt utnyttjade. Våldtäkterna förekom på flera olika platser,

⁷⁰ Ett tilläggsprotokoll till barnkonventionen som handlar om handel med barn, barnpornografi och barnprostitution antogs i maj 2000 och är i kraft sedan januari 2002. FN:s MR-kommission uppmanade samtliga medlemsstater att vidtaga förebyggande åtgärder och att utrota handel med barn, barnprostitution i en omfattande resolution år 2001. Se också European Parliament, Committee on Citizens' Freedoms and Rights, Justice and Home Affairs, *J. Swiebel*, Draft report on respect for human rights in the EU (2001), 2001/2014(INI), 27 August 2002, s. 32.

⁷¹ Ordet "trafficking" används numera i det svenska språket och innefattar både smuggling av och handel med människor. FN:s specialrapportör om våld mot kvinnor Radhika Coomaraswamy använder som utgångspunkt i sina rapporter följande definition: "Trafficking är smuggling av personer, främst kvinnor och flickor, som förs bort med eller mot sin vilja till ett annat land eller annan ort där de säljs och tvingas arbeta under slavliknande förhållanden, exempelvis som prostituerade". UN Doc. E/CN.4/2001/73/Add.2.

Protokollet till FN:s konvention mot gränsöverskridande organiserad brottslighet från år 2000 (UNGA Res. 55/25 of 15 November 2000), *Protokoll för att förhindra, undertrycka och straffa människohandel, särskilt handel med kvinnor och barn*, innehåller dock den första internationellt accepterade definitionen av handel med personer. Dess lydelse är som följer: "Trafficking in persons' shall mean the recruitment, transportation, transfer, harbouring or receipt of persons, by means of threat or use of force or other forms of coercion, of abduction, of fraud, of deception, of the abuse of power or of a position of vulnerability or of the giving or receiving of payments or benefits to achieve the consent of a person having control over another person, for the purpose of exploitation of the prostitution of others or other forms of sexual exploitation, forced labour or services, slavery or practices similar to slavery, servitude or the removal of organs".

⁷² *The Prosecutor v. Kunarac*, Judgment of 22 February 2001.

och de anläggningar där kvinnorna hölls fångna fungerade som bordeller. ICTY baserade sin argumentation angående åtalspunkten sexuellt slaveri på traktaträtt och sedvanerättsliga regler som förbjuder slaveri.

6.2 Människohandel

Mycket talar för att människohandel är ett fenomen som ibland innefattar inslag av slavhandel, dvs. de berörda individerna behandlas som handelsvara av den gränsöverskridande industrin. Det utmärkande elementet i brottet människohandel är att förfarandet alltid syftar till någon form av efterföljande exploatering av offren. Det kan tilläggas att det huvudsakliga syftet med människohandeln idag är tvångsprostitution, men den kan också inkludera tvångsgiftermål. Att vara offer för människohandel innebär med andra ord att vara berövad sina mänskliga rättigheter.

Artikel 7(1)(g) i ICC-stadgan föreskriver att sexuellt slaveri innefattar någon eller alla av de maktbefogenheter som kan sammankopplas med äganderätt över en person. Detta inkluderar bl.a. utövandet av sådana maktbefogenheter i samband med människohandel. Enligt det fakultativa protokollet till barnkonventionen anses som handel med barn varje handling eller transaktion genom vilken ett barn överläts från en person eller grupp av personer till en annan mot någon form av ersättning. I första hand är det kvinnor och barn, dvs. människor som på något sätt befinner sig i en utsatt situation, som drabbas av denna form av hänsynslöst utnyttjande och som kan ha förödande effekter på dessa personers reproduktiva rättigheter, dvs. oönskade graviditeter, sterilitet orsakad av könssjukdomar, m.m.⁷³ Bedömare uppskattar andelen hiv/aids-smittade bland de involverade i tvångsprostitution till 70 procent. Den genomsnittliga åldern på flickorna som rekryterats till denna verksamhet i Sydasiens, där problemet är som störst, har under 1990-talet varit 10–14 år.⁷⁴ I de fall av människohandel som utretts i Sverige har offren varit i mycket dåligt fysiskt och psykiskt skick.

Handel med kvinnor och flickor har blivit en vinstgivande verksamhet för organiserade brottssyndikat med förgreningar i olika länder och har dessvärre ökat och blivit ett globalt problem trots att det internationella polissamarbetet blivit bättre.

Enligt beräkningar skördar sexhandeln enbart inom Europa 500 000

⁷³ C. García-Moreno & C. Watts, *Violence against women: its importance for HIV/AIDS*, AIDS 2000, Vol. 14 (suppl.3), s. 253–265.

⁷⁴ UN Doc. E/CN.4/2001/73/Add.2.

nya offer årligen. Inom EU antogs den 28 februari 2002 en övergripande strategi mot människohandel (*EU Council Framework Decision on Combating Trafficking in Human Beings*). Den europeiska strävan att begränsa och på sikt eliminera människohandeln kräver, enligt min mening, en europeisk konvention på området.

Till följd av ovannämnda EU-strategi kommer man att i samtliga medlemsländer införa förbud att tjäna pengar på att rekrytera, transportera och ta emot människor som bl.a. sätts i prostitution.⁷⁵ Personerna i fråga ska ha lockats, lurats eller tvingats in i prostitution eller slavarbete. Det förutsätts också att handeln utgör brott även om offren därefter säger sig samtycka. En del av kvinnorna och flickorna reser frivilligt till de utvecklade länderna, då de tror att de ska kunna få ett lagligt arbete eller för att medvetet prostituera sig. Alltför ofta lär kvinnorna våldtas av hallickarna som ett led i att bryta ner deras vilja.

I Sverige är gränsöverskridande människohandel straffbelagt sedan den 1 juli 2002. Värt att notera är att de nyligen av Anhörigkommittén framlagda del- respektive slutbetänkandena⁷⁶ ger till en viss del uttryck för det humanitära synsättet att de utsatta människorna ej är att betrakta som brottslingar som ska utvisas utan skall kunna ges tillfälliga uppehållstillstånd för att kunna vittna mot människohandlarna. Under vissa omständigheter skall även permanenta uppehållstillstånd kunna ges av humanitära skäl. Ändock är den kritik angående möjligheten att i Sverige till dem som utsatts för människohandel för sexuella ändamål erbjuda adekvat skydd (dvs. att offren för trafficking blir behandlade som asylsökande) och hjälp i enlighet med folkrättsliga rättsnormer, och som kommit i uttryck i reservationerna till ovannämnda slutbetänkande, berättigad.

Människohandel är mycket utbredd i de övriga världsdelarna och utvecklingen är oroande.⁷⁷ Som exempel kan nämnas att vietnamesiska barn säljs exempelvis till Kina och Taiwan för giftermål, som kan sluta med tvångsarbete i hushåll eller sexindustrin. Idag förekommer det i stor utsträckning att unga flickor i Bangladesh och Nepal säljs bort på grund

⁷⁵ I Sverige ses för närvarande de relevanta nationella reglerna, i bl.a. Utlänningslagen, över. De framlagda förslagen beräknas kunna träda i kraft den 1 juli 2003. Se SOU 2002:69, Människosmuggling och offer för människohandel.

⁷⁶ Vår anhöriginvandring, SOU 2002:13, samt Människosmuggling och offer för människohandel, SOU 2002:69.

⁷⁷ Se UN Doc. E/CN.4/2001/73/Add.2; UN Doc. E/CN.4/2001/78; UN Doc. E/CN.4/2001/78/Add.2. Dessa rapporter ger skrämmande fakta.

av traditionella sedvänjor av sina föräldrar till feodaltherrar som bihustrur eller till prostitution. I FN:s senaste rapporter om handel med kvinnor och barn uppges att fattigdom är den dominerande orsaken till den utbredda människohandeln. Barnäktenskap, polygami, avsaknaden av arvsrätt för kvinnor (det finns exempelvis ingen möjlighet att äga mark i ett stort antal länder), ensidigt beslutade skilsmässor, etc., gör flickorna/kvinnorna till lättfångade byten för människohandlare. En annan orsak till ökningen av handel med barn i Afrika anges bero på tron att sex med ett barn (oskuld) botar hiv-infektion/aids.⁷⁸ I Sverige vållade "Baby Tshepan"-fallet som avgjordes av en sydafrikansk domstol den 26 juli 2002 stor vrede och upprördhet. En 23-årig man dömdes till livstids fängelse för att ha våldtagit en nio månaders baby. Liknande fall rapporterades i KwaZulu-Natal ett par dagar senare. Enligt polisen utsätts varje dag 58 sydafrikanska barn för våldtäkt eller andra sexuella övergrepp.

Med avseende på vad beskrivits ovan kan sägas att den samtida folk-rätten ännu inte har mött utmaningar av denna art på ett effektivt sätt.

III TYSTNADENS SLÖJA KRING KÖNSBASERAT, SEXUELLT VÅLD LYFTS SAKTA – NÅGRA AVSLUTANDE KOMMENTARER

Avslutningsvis inställer sig frågan om det finns några ljusglimtar i den dystra världsbild som ovanstående framställning förevisar. Först kan anmärkas att en rad regelverk till skydd mot reproduktionsrelaterat, könsbaserat våld har instiftats och den flerhundraåriga tystnaden därmed har brutits. I redogörelsen ovan har relevanta folkrättsliga normer identifierats. Det är rimligt att mot denna bakgrund hävda att den folkrättsliga legitimiteten för brottskategorin "sexuellt våld" har förstärkts. I och med antagandet av ICC-stadgan har dessutom vissa former av sexuellt våld, exempelvis våldtäkt, fått en detaljrik definition, och därmed en mer konkret innebörd. Andra former av sexuellt våld, såsom påtvingad graviditet och påtvingat moderskap, har fått ett tydligt erkännande. De folkrättsliga ramarna för de förpliktelser staterna har att underställa sig när det gäller sexuellt våld har följaktligen ytterligare konkretiserats. Det kan konstateras att den traditionellt rådande okänsligheten och ointresset för kvin-

⁷⁸ Ofelia Calcetas-Santas rapport angående handel med barn, barnprostitution och barnpornografi, UN Doc. E/CN.4/2001/78. Rapportörens mandat förlängdes av FN:s MR-kommission under dess session år 2001 med ytterligare tre år, dvs. t.o.m. år 2004.

nors rättigheter har minskat något. Kränkningar av kvinnors och flickors mänskliga rättigheter och brott mot den internationella humanitära rätten har med andra ord fått en rättslig uppmärksamhet i det internationella samfundet som aldrig förr. Vissa icke obetydliga landvinningar har åstadkommits och detta är tveklöst en utveckling mot det bättre. Men även om den normativa utvecklingen har nått långt, så är de folkrättsliga regler som finns inte tillräckligt långtgående enligt min mening. Jag efterlyser därför en universell folkrättstraktat, specifikt inriktad mot våld (inklusive reproduktionsrelaterat, sexuellt våld) mot flickor/kvinnor. Ett sådant förslag har ännu inte sett dagsljuset.

Av betydelse är att *ad hoc*-tribunalerna har åstadkommit banbrytande resultat när det gäller att väcka åtal mot och döma förövare av sexuella våldshandlingar. Deras rättspraxis, som berör folkmord, brott mot mänskligheten och krigsförbrytelser, har bidragit till en progressiv utveckling av folkrätten, och vissa av avgörandena har tillskrivits ”a profound symbolic value”⁷⁹ även om dylika åtal inte kan förväntas att sätta stopp för det sexuella våldet. Att tillägga är också att rättspraxis vad beträffar vissa former av sexuellt våld, såsom påtvingad graviditet, påtvingat moderskap, tvångssterilisering, könsstympning m.fl., alltjämt är ytterst knapphändig, ja rentav obefintlig. Dessutom är *ad hoc*-tribunalernas mandat begränsade i tiden. Rwandatribunalens verksamhet förväntas bli slutförd år 2008, vilket innebär att inga nya undersökningar kommer att påbörjas efter år 2003.

Min förhoppning är därför att den första permanenta internationella brottmålsdomstolen i historien (ICC) kan göras till ett verkningsfullt instrument för att ge rättsligt eftertryck åt kampen för respekt för de grundläggande folkrättsliga regler som behandlats i denna framställning.⁸⁰ Dessvärre är USA:s pågående utspel⁸¹ och vägran att ratificera Romstadgan föga hoppningivande.

⁷⁹ R. Copelon, *Surfacing Gender: Reconceptualizing Crimes Against Women in Time of War*, i A. Stiglmeier (ed.), *Mass Rape: The War Against Women in Bosnia-Herzegovina* 1993, s. 211.

⁸⁰ Professor Richard Falk och Andrew Strauss finner också att den senaste rättsutvecklingen ger anledning till optimism. De uttrycker saken så ”Born in these difficult days, the court gives rise to a vision of a more hopeful future where the rule of law prevails over the rule of violence”. Se *People want a say*, i *International Herald Tribune*, 19 april 2002, s. 4.

⁸¹ USA hotar att dra in sitt militära bistånd till utländska regeringar om de ansluter sig till ICC-stadgan utan att först ingå avtal om att inte utlämna amerikanska medborgare till domstolen i Haag. Man uppger sig vara orolig för politiskt motiverade åtal.

Det är dock av särskild vikt att betona att grova överträdelser av 1949 års Genèvekonventioner, folkmord och övriga brott mot mänskligheten samt vissa typer av allvarliga MR-brott ger upphov till universell jurisdiktion, vilket innebär att alla stater kan åtala förövarna, oavsett deras medborgarskap, offrens medborgarskap eller platsen för brottet. För att kunna upprätthålla en allmän tilltro till folkrätten är det viktigt att brott mot dess rättsnormer beivras. Ändock har alltför många dylika handlingar alltför ofta förblivit obesträffade. Ett utmärkande särdrag för det stora flertalet MR-kränkningar och för vissa brott mot den humanitära rätten idag är att förövarna ofta varit män i deras egenskaper av privatpersoner, dvs. våldshandlingarna har inte utförts eller varit sanktionerade av representanter för statsmakten. Även om dikotomin offentligt/privat håller på att suddas ut i den samtida folkrätten, är den fortfarande problematisk, och det är fortfarande undantagsvis som MR anses ha horisontell verkan, eller s.k. *Drittwirkung*. Annorlunda uttryckt – individuellt straffansvar råder inom den humanitära rätten (dvs. individerna har vissa skyldigheter, och kränkningar av dessa i form av krigsförbrytelser och folkmord kan beivras vid såväl nationella som internationella domstolar) men har ännu inte till fullo accepterats när det gäller MR-kränkningar. Den interamerikanska konventionen om våld mot kvinnor är fortfarande den enda traktaten på området som utvidgat MR-skyddet till den privata sfären. Den traditionella uppfattningen inom folkrätten att MR-brott relaterar nästan uteslutande till rättsförhållandet statsmakt *versus* egna/främmande statsmedborgare eller statslösa personer har inte mist sin aktualitet. Det finns dock typer av situationer, i vilka privatpersoners handlingar ger upphov till juridiskt ansvar för staterna. Statsansvarsdoktrinen har utvidgats så att staten kan anses vara ansvarig för systematisk försummelse att exempelvis väcka åtal mot MR-kränkningar som begåtts av privatpersoner eller om staten inte vidtagit vederbörliga skyddsåtgärder att förebygga eller reagera/bestrafva MR-kränkningar.⁸² Kvinnors reproduktiva rättigheter nödvändiggör att man griper sig an den privata sfären jämsides med den offentliga. Tilläggsprotokollet till FN:s kvinnokonvention ökar möjligheterna att på ett effektivare sätt

⁸² Se härom *M.K. Eriksson*, Skydd av mänskliga rättigheter, det interamerikanska systemet, Uppsala 2002 (3:e upplagan), s. 19–20, 197. FN:s kvinnokommitté konstaterade i sin General Recommendation No. 19 från 1992 (§ 9) att en stat kan betraktas som ansvarig för privatpersoners handlingar ifall staten misslyckats med att vidta vederbörliga skyddsåtgärder ("exercise due diligence").

övervaka konventionens efterlevnad genom användningen av en internationell klagoprocedur och bereder marken för ytterligare modernisering av folkrätten. De stater som anslutit sig till detta protokoll⁸³ riskerar numera att bli ansvariga för MR-brott om de inte uppfyller sin konventionsplikt att förebygga och bestraffa sexuellt våld mot kvinnor/flickor på ett icke-diskriminerande sätt.

De hittills i stort sett svaga juridiska garantier som kan tillkomma när det gäller könsbaserat, reproduktionsrelaterat, sexuellt våld i enlighet med de i folkrätten förankrade normerna, dvs. försvaret av dessa rättsnormer i en konkret situation, kan delvis förklaras med att idén om att reproduktiva fri- och rättigheter är intimt förknippad med det förhållande att kvinnans rättsliga status, dvs. jämställdhet, ännu inte har slagit igenom globalt och nationellt. Ett rättsfall som illustrerar detta är den nigerianska kvinnan Safiya Hussaini, mamma till en nio månaders baby, som år 2001 dömdes av shariadomstolen i delstaten Sokoto i norra Nigeria för äktenskapsbrott och därmed till döden genom stening. Som bevisning anfördes att den man, som är far till barnet, nekade till att överhuvudtaget ha haft samlag med henne. Hon överklagade sin dom och efter omfattande internationella protester frigavs Safiya den 25 mars 2002. Hennes fall lär dock inte vara det sista. Redan i mitten av augusti 2002 rapporterade svenska nyhetsmedia om Amina Lawal, mor till fyra barn, som dömts till döden genom stening av en islamisk appellationsdomstol i norra Nigeria för att ha haft en utomäktenskaplig förbindelse och för vilket man funnit bevis i form av att ett barn fötts. Även Amina överklagade sin dom, men domstolen valde att i hennes fall enbart skjuta upp hennes avrättning.⁸⁴ Detta för att hon ska kunna ta hand om sitt nyfödda barn och amma färdigt innan hon stenas till döds. Exempelen kan mångfaldigas.

Trots denna påminnelse om den dystra verklighet vi lever i, där de folkrättsliga verktygen för att uppfylla de goda intentionerna alltså inte har varit kraftfulla nog, är det viktigt att hålla liv i visionen av en värld styrd av allmängiltig respekt för de mänskliga rättigheterna och den humanitära rätten och att försvara humanitetens bud.

⁸³ Se prop. 2002/03:19 Konventionen mot kvinnodiskriminering och frågan om ett individuellt klagomålsförfarande.

⁸⁴ Se *U.B. Andersson*, Stening strider mot mänsklig värdighet, Amnesty Press, Nr. 4, december 2002, s. 24–26.

Maarit Jänterä-Jareborg

Utlandsanknytning, äktenskapsförord och lagvalsavtal – Självklarheter och oklarheter

1 Inledning

Makars rätt att avtala om frågor som rör egendomsförhållanden i äktenskap har numera allt oftare en internationell dimension. Det är till exempel vanligt att makarna vid äktenskapets ingående är medborgare i olika stater. Vilket lands lag gäller då för egendomsförhållandena i äktenskapet och vad får makarna avtala om? Det händer också att makar, som är svenska medborgare, vid äktenskapets ingående eller senare flyttar till ett annat land och förvärvar hemvist där. Hur påverkar hemvistbytet lagvalet och makarnas avtalsfrihet? Makar kan också, utan att flytta från Sverige, förvärva en fastighet i utlandet. Gäller samma stats lag för denna fastighet som för makarnas egendomsförhållanden i övrigt? Kan makarna avtala att viss egendom skall bedömas enligt en annan stats lag?

I denna uppsats behandlas ett antal praktiskt viktiga rättsfrågor, som har aktualitet i situationer som de ovan nämnda:

- (1) Förhållandet mellan ett äktenskapsförord – t.ex. enligt 7 kap. 3 § äktenskapsbalken – och ett avtal mellan makar om tillämplig lag för egendomsförhållandena i äktenskapet (= s.k. *lagvalsavtal*) enligt 3 § lagen (1990:272) om internationella frågor rörande makars och sambors förmögenhetsförhållanden?
- (2) Vad får makar avtala om genom ett äktenskapsförord? Vilka frågor får ett lagvalsavtal avse?
- (3) Vilka formkrav gäller för äktenskapsförord respektive lagvalsavtal?

- (4) När kan ett äktenskapsförord och lagvalsavtal registreras vid svensk tingsrätt?
- (5) Hur påverkas ett i Sverige registrerat äktenskapsförord av att makarna senare flyttar till ett annat land eller att de, utan att byta hemvist, vill avtala att ett annat lands lag skall gälla för egendomsförhållandena i äktenskapet?
- (6) Behöver ett äktenskapsförord, som är giltigt till formen i det land där det upprättas, registreras i Sverige för att vara giltigt här i landet?

Som kommer att framgå är det i många fall osäkert vad som ”egentligen” gäller enligt svensk rätt. De aktuella frågorna har hittills fått liten uppmärksamhet i doktrinen, antingen på grund av att de inte tillhör ”vardagsjuridiken” eller för att de upplevts som alltför komplicerade att ta ställning till.¹ Också rättspraxis är mager, i vart fall i form av prejudikat från HD.

2 Huvudreglerna enligt 1990 års lagstiftning

En viktig modernisering av reglerna rörande makars egendomsförhållanden i utlandsanknutna situationer genomfördes den 1 juli 1990 då lagen (1990:272) om vissa internationella frågor rörande makars förmögenhetsförhållanden (*LIMF*) trädde i kraft. Lagen bygger i allt väsentligt på andra principer än de hittills gällande reglerna i lagen (1912:69) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskaps rättsverkningar. Målgruppen är makar som genom hemvist eller medborgarskap eller förmögenhet utomlands har anknytning också till ett annat land än Sverige. Genomslagskraften är störst när makarna har hemvist i Sverige och egendomen finns här. Lagen är av intresse även för svenska medborgare bosatta utomlands, särskilt om de har egendom i Sverige. Sedan den 1 februari 2002 omfattar lagen även sambor. Denna utvidgning av lagens tillämpningsområde lämnas dock därhän i denna uppsats.²

¹ Författaren vill rikta ett särskilt tack till rådmannen Karin Göransson, Uppsala TR, och tingsnotarien Yvonne Lundin, Stockholms TR, för värdefulla synpunkter och givande diskussioner kring olika i denna uppsats behandlade frågor.

² Se lagen (2001:1141) om ändring i lagen (1990:272) om vissa internationella frågor rörande makars förmögenhetsförhållanden. Genom lagändringen infördes även regler om erkännande och verkställighet av utländska avgöranden samt om konkurrerande förfaranden. Utvidgningarna har medfört vissa ändringar i lagens paragrafnumrering.

2.1 Avtalsfrihet finns angående tillämpligt egendomsstatut

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 testamentstagare. (3 § LIMF)

Enligt lagen skall man i första hand tillämpa den rättsordning som makarna har avtalat skall gälla för egendomsförhållandena i sitt äktenskap. Ett sådant avtal kallas för *lagvalsavtal*. Det kan ingås vid äktenskapets ingående, när som helst under äktenskapet och även efter äktenskapets upplösning fram till bodelningen. Avtalsfriheten är inte obegränsad utan förutsätter att åtminstone någon av makarna, när avtalet ingås, har hemvist eller är medborgare i den stat vars lag makarna vill skall gälla som egendomsstatut. Om makarna är medborgare i flera olika länder har de rätt att välja mellan dessa länders lagar, helt oavsett om makarna eller en av dem också är svensk medborgare. Det är inte tillåtet att underkasta olika delar av egendomen olika länders lagar, utan lagen utgår från att bara ett lands lag kan vara egendomsstatut.³ Det avtal som makarna har ingått gäller – både mellan makarna och i förhållande till tredje man – tills makarna upphäver det eller träffar ett nytt avtal med ett annat innehåll. Avtalets giltighet påverkas inte om anknytningen till den avtalade rättsordningen senare upphör, genom en ändring av medborgarskap eller hemvist.

2.2 Hemviststatens lag gäller utan avtal

Har tillämplig lag inte bestämts genom avtal, gäller lagen i den stat där makarna tog hemvist när de gifte sig.

Om båda makarna senare har tagit hemvist i en annan stat och varit bosatta där i minst två år, tillämpas i stället den statens lag. Har båda makarna tidigare under äktenskapet haft hemvist i den staten eller är båda makarna medborgare i den staten, tillämpas dock den statens lag så snart de har tagit hemvist i den staten. (4 § LIMF)

³ Se prop. 1989/90:87, s. 42.

När makarna avstår från att avtala om tillämpligt egendomsstatut, tillämpas lagen i den stat där makarna tar hemvist vid äktenskapets ingående. Där gällande lag upphör att vara tillämplig efter minst två års bosättning i ett annat land där makarna senare tagit hemvist. Tvåårskravet för byte av tillämplig lag bortfaller, om båda makarna tidigare har haft hemvist i den nya hemviststaten eller om båda makarna är medborgare där. Vid lagens tillämpning skall "den som är bosatt i en viss stat anses ha hemvist där, om bosättningen med hänsyn till vistelsens varaktighet och omständigheterna i övrigt får anses vara stadigvarande" (19 § LIMF).⁴

Av det ovan angivna följer att egendomsordningen i äktenskapet kan bli underkastad kontinuerliga ändringar, om makarna ofta byter hemvist under äktenskapet. Det enda sättet att undvika detta är att makarna gör bruk av sin rätt att avtala om tillämplig lag för egendomsförhållandena i äktenskapet. Ett lagvalsavtal kan vara att rekommendera också av det skälet att hemvistbedömningen kan vara förenad med viss osäkerhet och bli föremål för tvist. Ett lagvalsavtal kan också vara motiverat om makarna inte avser att flytta ihop efter äktenskapets ingående eller om en sådan flyttning av olika skäl inte blir av.⁵ Om makarna väljer att upphäva ett tidigare ingånget lagvalsavtal utan att ersätta det med ett annat (tillåtet) avtal, fastställs tillämplig lag enligt 4 § LIMF.

2.3 Egendomsstatutet styr över rättshandlingarna mellan makar

En rättshandling mellan makar avseende deras förmögenhetsförhållanden är 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.

⁴ En likalydande definition, som kom till vid en lagreform år 1973, finns i 7 kap. 2 § lagen (1904:26 s.1) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap och förmynderskap. Definitionen har ansetts gälla allmänt, i vart fall inom den autonoma svenska internationella familjerätten. Kriterierna lämnar utrymme för viss skönsmässighet och har, följaktligen, gett upphov till en hel del tvister om var hemvistet funnits vid den relevanta tidpunkten.

⁵ Om lagvalsavtal saknas skall man i sådant fall enligt ett propositionsuttalande fastställa tillämplig lag med utgångspunkt i till vilken stat makarna har starkast anknytning. Se prop. 1989/90:87, s. 43–44.

Rättshandlingen skall vidare anses vara giltig till formen, om den uppfyller formkraven enligt lagen i den stat där den företas eller där makarna då hade hemvist.

Äktenskapsförord mellan makar som har hemvist i Sverige när rättshandlingen företas blir dock gällande här i landet endast om registrering sker enligt bestämmelserna i äktenskapsbalken. 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 § äktenskapsbalken har iakttagits. (5 § LIMF)

Till de viktigaste rättshandlingarna mellan makar avseende egendomsförhållanden i äktenskap hör enligt äktenskapsbalken äktenskapsförord (7:3 ÄktB) och avtal om bodelning (9:5 ÄktB). Dessa rättshandlingar har motsvarigheter i utländsk rätt; vad makarna får avtala om kan dock variera mycket mellan länder. Det får därför stor betydelse vilket lands lag som är tillämpligt egendomsstatut. Som framgått bestäms detta antingen av makarna själva genom ett lagvalsavtal (3 § LIMF) eller, subsidiärt, av den gemensamma hemviststatens lag (4 § LIMF).

Giltighet till innehåll

Hur 5 § LIMF är avsedd att bli tillämpad kan illustreras med hjälp av ett exempel. Makarna, av vilka hustrun är svensk medborgare och mannen tysk medborgare, har avtalat om tillämpning av tysk lag för egendomsförhållandena i äktenskapet, i enlighet med 3 § 1 st. LIMF. Makarna har hemvist i Sverige. Makarna börjar senare överväga ett äktenskapsförord. Det följer av 5 § 1 st. LIMF att äktenskapsförordet, för att vara *giltigt till sitt innehåll*, måste följa tysk lag som är egendomsstatutet. Om makarna kommer fram till att de i stället föredrar ett äktenskapsförord enligt 7 kap. 3 § äktenskapsbalken, är det att rekommendera att de först uttryckligen upphäver avtalet om tillämpning av tysk lag.⁶ Svensk lag blir då tillämpligt egendomsstatut, förutsatt att makarna tagit hemvist här vid äktenskapets ingående eller har varit bosatta här i minst två år (4 § LIMF). Om dessa förutsättningar inte är uppfyllda men hemvist finns i Sverige, kan de göra svensk lag tillämplig genom att ingå ett lagvalsavtal enligt 3 § 1 st. LIMF. Därefter är det fritt fram för makarna att upprätta ett "svenskt" äktenskapsförord.

⁶ I annat fall kan tvist uppstå om det svenska äktenskapsförordet är att tolka som ett konkludent lagvalsavtal som upphäver avtalet om tysk lags tillämpning, eller om äktenskapsförordet skall tolkas inom ramen för det tyska egendomsstatutet.

Giltighet till form

Giltigheten till formen bedöms i första hand genom en kombination av bestämmelserna i 5 § 1 och 2 st. LIMF.⁷ Tre olika alternativ finns till förfogande, nämligen att rättshandlingen fyller formkraven enligt (1) tillämpligt egendomsstatut (5 § 1 st.), eller (2) lagen i den stat där rättshandlingen ingås (5 § 2 st.), eller (3) lagen i den stat där makarna då har hemvist (5 § 2 st.). Det räcker att formkraven är uppfyllda enligt *en* av dessa alternativt tillämpliga rättsordningar, *utom* i situationer som regleras i 5 § 3 st. LIMF. Om makarna upprättar ett äktenskapsförord medan de har hemvist i Sverige blir äktenskapsförordet gällande här i landet endast om det registreras i enlighet med ÄktB. Detsamma gäller gåva mellan makar som ges medan de har hemvist i Sverige. Sådan gåva blir gällande mot givarens borgenärer endast om det har registrerats i enlighet med ÄktB.

Om sålunda det tysk-svenska paret i exempel-fallet ovan i stället hade hållit fast vid tysk lags tillämpning och upprättat ett äktenskapsförord i enlighet med tysk lag, skulle det inte räcka med att paret rättar sig efter formkraven i tysk rätt. Detta gäller även om paret skulle upprätta äktenskapsförordet i Tyskland, t.ex. under en resa där. Eftersom makarna har hemvist i Sverige vid den relevanta tidpunkten måste äktenskapsförordet också registreras här i landet. Skulle äktenskapsförordet däremot ha ingåtts medan makarna hade hemvist i Tyskland behövs det inte registreras här, inte ens när makarna senare tar hemvist i Sverige (se nedan avsnitt 3.8).

3 Förhållandet mellan äktenskapsförord och lagvalsavtal

3.1 Vad avtalar man om genom ett äktenskapsförord?

Ett äktenskapsförord enligt äktenskapsbalken är ett avtal mellan makar om egendomsordningen i äktenskapet. Makar eller blivande makar får 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 giftorätts-

⁷ Av relevans härvidlag är inte minst ordet ”vidare” i 5 § 2 st. LIMF som innebär att den lag som anges av 5 § 1 st. gäller även för rättshandlingens giltighet till formen, förutom för den materiella giltigheten.

gods (7:3 ÄktB). Äktenskapsförordet påverkar varken äganderätten till egendomen eller makes ansvar för skulder. Snarare är det fråga om ett slags ”etikettering” av makarnas egendom som varande ”enskild egendom” eller ”giftorättsgods”. Äktenskapsförordet har verkan på lång sikt, framför allt vid bodelning där endast giftorättsgods ingår. Det har även viss betydelse för en makes rätt att råda över fast egendom, liksom för krav på kompensation vid bodelning.⁸

I utländsk rätt kan upprättandet av ett äktenskapsförord få betydligt mer långtgående verkningar. Många rättsordningar, till exempel den tyska och den franska, erbjuder alternativa egendomsordningar mellan vilka makarna får välja.⁹ Om sålunda tysk lag gäller kan makarna åsidosätta den legala egendomsordningen – Zugewinnngemeinschaft¹⁰ – genom att i äktenskapsförord avtala om tillämpning av en alternativ egendomsordning. En sådan egendomsordning kan t.ex. innebära fullständig egendoms gemenskap eller fullständig egendomsskillnad mellan makarna. I det förra fallet inverkar äktenskapsförordet således omgående på äganderättsförhållandena i äktenskapet.

3.2 Vad avtalar man om genom ett lagvalsavtal?

Ett lagvalsavtal enligt 3 § 1 st. LIMF är en överenskommelse mellan makarna om vilken stats lag som skall vara tillämplig på egendomsförhållandena i äktenskapet. Man väljer alltså en viss rättsordning – t.ex. tysk eller fransk rätt – som egendomsstatut. Förutsatt att makarna vid tiden för avtalets ingående har relevant anknytning till den valda rättsordningen, gäller avtalet tills det upphävs eller ersätts av ett annat avtal.¹¹

⁸ Se A. Agell, Äktenskap, Samboende, Partnerskap, Andra upplagan 1998, s. 88–89.

⁹ Se Agell, ovan not 8, s. 85. För rättsjämförelser kan rekommenderas boken *Family Law in Europe*, Second Edition, Edited by Carolyn Hamilton & Alison Perry, London 2002. Åke Saldeen har skrivit bokens utförliga redogörelse för svensk familjerätt.

¹⁰ Denna innebär, förenklat, en likadelning av egendomens värdeökning under äktenskapet.

¹¹ Det finns anledning att understryka att rätten att ingå avtal om tillämplig lag och kraven angående giltigheten till formen av sådana avtal regleras i svensk rätt uteslutande av 3 § LIMF. För att utesluta eventuella missförstånd om saken påpekas det i propositionen att om makarna träffat ett enligt 3 § LIMF giltigt avtal skall avtalet tillämpas. Detta gäller oavsett vilken inställning man har till sådana avtal i den stat vars lag makarna valt som tillämplig. Prop. 1989/90:87, s. 40.

Ett lagvalsavtal bestämmer tillämplig rättsordning och utgör således det rättsliga underlaget för alla rättshandlingar avseende makarnas egendomsförhållanden i äktenskapet, se 5 § 1 st. LIMF.¹² I detta hänseende är det primärt i förhållande till ett äktenskapsförord. Vad makarna får avtala om genom ett äktenskapsförord bestäms av vilken stats lag som gäller och vilka alternativ det tillämpliga egendomsstatutet erbjuder. Om svensk lag är tillämplig, gäller ett "typtvång". För att kunna bli registrerat vid svensk domstol måste äktenskapsförordet hålla sig inom vissa i lagen angivna ramar.¹³ Om däremot utländsk lag är egendomsstatut, kan helt andra möjligheter öppna sig.

Ett äktenskapsförord är således intimt knutet till den lag som gäller. Därför är det inte helt ovanligt att makar, när en lagvalsmöjlighet finns, gör bruk av denna rätt i syfte att kunna utnyttja avtalsmöjligheterna i en viss stats lag. I sådana fall kombineras ett lagvalsavtal med ett äktenskapsförord som följer avtalsfriheten i det valda egendomsstatutet. Formellt utgör dessa dock två separata rättshandlingar.

3.3 Närmare om formkraven

Äktenskapsförord

Enligt äktenskapsbalken skall ett äktenskapsförord upprättas skriftligen, undertecknas av makarna och inges till tingsrätten för registrering (7:3 ÄktB). Det registrerade äktenskapsförordet vidarebefordras därefter av rätten för anteckning i det för hela landet gemensamma äktenskapsregistret.

Motsvarande formkrav gäller enligt utländsk rätt. I många länder krävs därutöver bevittning eller att äktenskapsförordet kommit till i en särskild ordning, t.ex. under medverkan av en notarie.¹⁴ Vilket lands lag som i ett utlandsanknutet fall bestämmer över formfrågorna anges av 5 § LIMF. Tre olika alternativ kan finnas till förfogande, såsom framgått av avsnitt 2.3. Om makarna har hemvist i Sverige medan äktenskapsförordet upprättas måste det dessutom alltid registreras här i landet för att bli gällande här.

¹² Om något avtal om tillämplig lag inte finns, utgör lagen i hemviststaten detta underlag.

¹³ Se Agell, ovan not 8, s. 88–89.

¹⁴ En sådan situation förelåg i rättsfallet NJA 1989 s. 199. Ett äktenskapsförord hade slutits i Polen mellan en svensk man och hans polska hustru med iakttagande av formkraven i svensk rätt men inte polsk rätt som krävde ett notariellt förfarande. Äktenskapsförordet ansågs av domstolen vara giltigt i Sverige.

Lagvalsavtal

Vad beträffar lagvalsavtal krävs enligt 3 § LIMF endast att makarna ”skriftligen avtalat att en viss stats lag skall tillämpas på deras förmögensförhållanden”.¹⁵ Avtalet blir då direkt gällande mellan makarna och mot tredje man. Med tanke på de långtgående rättsliga konsekvenser som ett avtal om tillämplig lag kan föra med sig, kan det förvåna att något krav på registrering inte ställs.¹⁶ Detta kan förtydligas med ett exempel.

I ett äktenskap där makarna har hemvist i Sverige är hustrun svensk medborgare och mannen nederländsk medborgare. Svensk lag gäller enligt 4 § 1 st. LIMF som lagen i den stat där makarna tog hemvist vid äktenskapets ingående. Efter några år ingår makarna ett avtal om tillämpning av nederländsk lag för egendomsförhållandena i äktenskapet. Enligt denna är all makarnas egendom samägd. Ett sådant avtal kan innebära en egendomsöverföring från den ena maken till den andra maken, men utan att avtalet behöver ges någon offentlighet.

Konkludenta lagvalsavtal i äktenskapsförord?

Ett lagvalsavtal behöver inte uttryckligen utpeka en viss stats lag som tillämplig, utan kan enligt propositionsuttalanden även framgå *konkludent* av en annan skriftlig handling mellan makar:

Huruvida en handling skall anses innefatta en överenskommelse om lagval 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 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.¹⁷

¹⁵ Förmodligen därför att ett lagvalsavtal antas ofta komma till uttryck i en annan – formbunden – rättshandling mellan makar, såsom äktenskapsförord, bodelningshandling eller inbördes testamente, krävs det inte särskilt att lagvalsavtalet skall ha undertecknats. Se prop. 1989/90:87, s. 41.

¹⁶ För motiveringen, se prop. 1989/90:87, s. 26–27. Familjelagssakkunniga, vars förslag i SOU 1987:18 i väsentliga hänseenden ligger till grund för LIMF, hade föreslagit en begränsad registreringsskyldighet av lagvalsavtal. Sådana avtal skulle registreras i Sverige om de ingicks medan makarna hade hemvist här i landet. – Vilka formkrav som i utländsk rätt ställs för lagvalsavtal avseende makars egendomsordning varierar mycket. Se närmare, M. Jänterä-Jareborg, ”Egendomsförhållanden i internationella äktenskap: Om frihet att avtala om tillämplig lag samt om lagvalsfrihetens risker för make och borge-när”, SvJT 1994, s. 462, not 72.

¹⁷ Prop. 1989/90:87, s. 41.

Uttalandets tyngd och räckvidd kan ifrågasättas. Drivet till sin spets skulle det innebära att ett äktenskapsförord som har ingåtts med utgångspunkt i en viss stats lag alltid innebär ett (konkludent) avtal om tillämpning av den statens lag.¹⁸ Ett avtal om tillämplig egendomsordning blir därmed också ett avtal om tillämpligt egendomsstatut, utan att en sådan konsekvens kommer till uttryck i själva lagtexten. Makar som i form av ett äktenskapsförord i enlighet med 7 kap. 3 § ÄktB avtalat om att viss egendom skall vara enskild egendom och senare flyttar till USA skulle fortsätta att i sina äktenskapliga förmögenhetsförhållanden vara underkastade svensk lag. Äktenskapsförordet, som kanske bara avser en liten del av makarnas egendom, hindrar då ett byte av egendomsstatut som annars automatiskt skulle ske efter hemvistförvärvet och en viss tids bosättning i det nya landet (4 § 2 st. LIMF).

I det verkliga livet finns det vidare gott om fall där ett äktenskapsförord upprättades medan 1912 års lag fortfarande gällde i Sverige och det var ovisst om någon lagvalsfrihet över huvud taget fanns.¹⁹ I synnerhet i sådana fall kan det vara en ren efterhandskonstruktion att hävda att äktenskapsförordet också innebär ett avtal om tillämpning av svensk lag. Makarnas intressen av kontinuitet och rättssäkerhet är tillräckligt beaktade genom övergångsbestämmelserna i LIMF. Enligt punkten 6 förlorar en giltig rättshandling rörande makars förmögenhetsförhållanden, som företogs innan lagen trädde i kraft, inte sin giltighet genom den nya lagen.²⁰ I exempelfallet bör den som enskild egendom kategoriserade egendomen således även i en annan rättsmiljö behålla sin enskilda karaktär och t.ex. hållas utanför en bodelning.

Rättsfallet NJA 1989 s. 199, som avser giltighet av ett äktenskapsförord som ingåtts i Polen men i enlighet med formkraven i svensk rätt, visar att även när det finns ett äktenskapsförord kan osäkerhet råda om vilket lands lag som avsetts vara egendomsstatut. Det aktuella äkten-

¹⁸ Se vidare om problematiken med konkludenta lagvalsavtal i äktenskapsförord, M. Jänterä-Jareborg, ovan not 16, s. 461–462.

¹⁹ Från början av 1970-talet gav visserligen rättspraxis vid handen att en viss lagvalsfrihet fanns enligt svensk uppfattning, men det förblev oklart hur långt avtalsfriheten sträckte sig. Se NJA 1970 s. 420, NJA 1982 C 25, NJA 1987 s. 815 och M. Jänterä-Jareborg, *Partsautonomi och efterlevande makes rättsställning: En internationellt-privaträttslig studie*, Uppsala 1989, s. 283–287.

²⁰ Se övergångsbestämmelserna i LIMF, punkten 6. Ytterligare några övergångsbestämmelser utfärdades genom lagen 2001:1141, som utvidgade LIMF till att även gälla för sambors förmögenhetsförhållanden.

skapsförordet mellan en polsk kvinna och en svensk man hade ett innehåll som motsvarade den polska lagens legala egendomsordning. Hovrätten ansåg därför att äktenskapsförordet hade en reell funktion bara om avsikten var att svensk lag skulle tillämpas. För detta talade enligt rätten även att förordet hade avfattats på svenska. – HD:s dom inskränkte sig däremot till en prövning av äktenskapsförordets formella giltighet.

3.4 NJA 1997 s. 37

De låga formkrav som ställs i svensk rätt för giltigheten av lagvalsavtal, liksom förhållandet mellan äktenskapsförord och lagvalsavtal, har skapat viss förvirring i rättstillämpningen. Frågorna ställdes på sin spets i rättsfallet NJA 1997 s. 37.

Fallet rörde två svenska medborgare som sedan länge hade hemvist i Tyskland. Två äktenskapsförord hade upprättats mellan makarna vid tidpunkter då reglerna i 1912 års lagstiftning fortfarande gällde i Sverige. Följaktligen var svensk lag tillämplig på förmögenhetsförhållandena i äktenskapet som lagen i den stat där mannen vid äktenskapets ingående var medborgare. Till sitt innehåll följde äktenskapsförorden svensk lag och de hade också registrerats här i landet. I det första äktenskapsförordet föreskrev makarna att viss egendom skulle vara enskild. I det senare äktenskapsförordet förordnade de att all egendom i äktenskapet skulle utgöra giftorättsgods. Två år efter ingåendet av det senaste äktenskapsförordet trädde LIMF i kraft. Lagen gjordes retroaktivt tillämplig. Det kan knappast förvåna att i Tyskland sedan länge bosatta svenska makar ansåg sig ha ett intresse av att upphäva de tidigare ingångna äktenskapsförorden och avtala om tillämpning av tysk lag.

Makarna ansökte om registrering av en som äktenskapsförord betecknad handling, enligt vilken de två mellan dem tidigare ingångna äktenskapsförorden skulle upphävas och tysk lag skulle tillämpas på förmögenhetsförhållandena i äktenskapet. Registrering vägrades av både TR och HovR under förevändningen att det inte rörde sig om en sådan handling som enligt 7 kap. 3 § äktenskapsbalken kan registreras som äktenskapsförord. Enligt domstolarnas tolkning var det i stället fråga om ett lagvalsavtal som för sin giltighet inte kräver registrering.

Registrering beviljades däremot av HD, som fäste vikt vid det övriga innehållet i handlingen. Enligt HD måste makarna generellt anses berättigade att genom äktenskapsförord träffa avtal om upphävande av tidigare äktenskapsförord beträffande förmögenhetsordningen. ”Det förhållan-

det att handlingen även innehåller avtal om lagval beträffande makarnas förmögenhetsförordning inverkar inte på denna bedömning”, fastslog HD.

HD:s avgörande får i vissa hänseenden ses som ett viktigt klarläggande. Det ger ett tydligt besked om att en rättshandling som endast består av ett avtal om tillämplig lag *inte* kan registreras som ett äktenskapsförord i Sverige. I propositionen till LIMF gjordes det däremot gällande att avtal om tillämplig lag väl kan slutas i formen för ett äktenskapsförord!²¹ Om handlingen däremot består av både ett äktenskapsförord och ett lagvalsavtal kan den bli registrerad som äktenskapsförord. Vidare synes avgörandet ge vid handen att ett äktenskapsförord, vars syfte är att upphäva tidigare enligt 7 kap. 3 § ÄktB upprättade äktenskapsförord, kan registreras vid svensk domstol.

I övrigt ger avgörandet inte någon vägledning för bedömningen av rättshandlingar avseende makars egendomsförhållanden i utlandsanknutna situationer. Makarnas utlandsanknytning framgår överhuvudtaget inte av rättsfallsreferatet i NJA. I stället är HD:s dom skriven som om fallet vore helt internt. Bedömningen av den som äktenskapsförord betecknade handlingen rör sig uteslutande inom äktenskapsbalkens slutna värld:

ÄktB innehåller visserligen inte någon bestämmelse om att ett tidigare äktenskapsförord, som har inneburit att all egendom skulle utgöra giftorättsgods, kan upphävas genom ett nytt äktenskapsförord; anledningen kan förmodas vara att ett sådant upphävande har förutsatts sakna betydelse med hänsyn till att lagen utgår från giftorättsgemenskap. Makar måste emellertid anses generellt berättigade att genom äktenskapsförord träffa avtal om upphävande av tidigare äktenskapsförord beträffande förmögenhetsförordningen. Det ankommer inte på domstolen att i ett registreringsärende pröva vilken verkan ett äktenskapsförord har; endast de formella förutsättningarna skall prövas. Det kan för övrigt inte bortses från att upphävande av ett äktenskapsförord som gått ut på giftorättsgemenskap i vissa situationer kan ha betydelse för förmögenhetsordningen.

²¹ Se prop. 1989/90:87, s.41. En sådan möjlighet avfärdades kategoriskt av HovR, till vars bedömning HD i denna del anslöt sig: "... uttalandet kan inte gentemot lagtexten läggas till grund för att behandla lagvalsavtal som äktenskapsförord i äktenskapsbalkens mening. Detta så mycket mindre som det inte finns något påtagligt behov av att på det viset tänja lagen. Lagvalsavtal är sålunda, till skillnad från äktenskapsförord, bodelningsavtal och gåvoavtal, direkt bindande inte bara mellan makarna utan också mot tredje man." Se även Ö. Teleman, Äktenskapsförord, 1997, s.52. Enligt Teleman har flera praktiker fått lagvalsavtal registrerade som äktenskapsförord i Sverige. Även om registrering således felaktigt skett är lagvalsavtalet giltigt eftersom det uppfyller kravet på skriftlighet enligt 3 § LIMF.

Parterna bör i utlandsanknutna situationer noga ta reda på vilka rättshandlingar de har rätt att ingå och vilka krav som ställs för rättshandlingarnas giltighet i de berörda länderna. Enligt tysk internationell privaträtt bestäms egendomsförhållanden i äktenskap av lagen i det land där båda makarna är medborgare, om inte makarna avtalar om annan lags tillämpning. Ett lagvalsavtal som ingås utomlands måste företas i formen för ett äktenskapsförord enligt den valda lagen eller enligt lagen på den ort där lagvalsavtalet ingås.²²

3.5 Hur påverkar ett tidigare äktenskapsförord lagvalet?

Avgörandet i NJA 1997 s. 37 ger inget svar på bl.a. frågan vad som skulle ha gällt om makarna inte hade upphävt de tidigare ingångna äktenskapsförorden och ingått avtal om tysk lags tillämpning.²³ I och med LIMF:s ikraftträdande kom ju hemvistprincipen att gälla. Innebär övergången till hemvistprincipen att tidigare enligt en annan stats lag upprättade äktenskapsförord numera skall tolkas enligt hemviststatens lag, i detta fall tysk lag? I så fall är innebörden i det andra äktenskapsförordet problematiskt eftersom det återställde den legala egendomsordningen enligt svensk rätt.²⁴ Eller kan de tidigare upprättade äktenskapsförorden i stället tolkas innefatta ett (konkludent) lagvalsavtal med följden att svensk lag fortsatte att vara tillämplig när den nya lagen trädde i kraft?

Samma ”metod” får framöver förväntas bli anlitad i andra motsvarande fall när makar som upprättat ett äktenskapsförord enligt svensk lag vill gå över till tillämpningen av en annan stats lag. Man upphäver först i form av ett äktenskapsförord det tidigare äktenskapsförordet och avtalar sedan (i samma handling) om tillämpningen av en annan stats lag. Metoden är tilltalande ur rättssäkerhetssynpunkt på så sätt att en registrerad rättshandling upphävs genom en ny registrerad rättshandling, som alltså får samma publicitet som den förra.

Rättsfallet ger samtidigt anledning att ställa frågan om inte ett avtal om tillämpning av tysk lag hade räckt för att upphäva de svenska äktenskapsförorden och för att säkerställa en fullständig övergång till tillämp-

²² Gesetz zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts vom 25.7.1986 art. 14.4, 15.3 och 16. Utdrag ur lagen finns i M. Jänterä-Jareborg, ovan not 19, s. 416–417.

²³ Det bör understrykas att registreringen av ett äktenskapsförord överhuvudtaget inte innebär någon bekräftelse på att äktenskapsförordet även i sak är giltigt.

²⁴ Ett sådant fall borde snarare behandlas som om något äktenskapsförord inte fanns. Följden blir då att tysk lag gäller enligt 4 § LIMF.

ning av tysk rätt. I vart fall i det aktuella fallet borde svaret vara jakande, eftersom det senare äktenskapsförordet återställde den legala egendomsordningen i svensk rätt. I andra fall – t.ex. sådana där äktenskapsförordet har ett innehåll som makarnas första äktenskapsförord – är bedömningen mer osäker. Klart är att ett (tillåtet) lagvalsavtal innebär en övergång till ett annat egendomsstatut.²⁵ Oklart är däremot om avtalets ingående innebär att ett tidigare äktenskapsförord automatiskt upphävs. Ett annat alternativ är nämligen att äktenskapsförordet skall fortsätta att gälla men nu inom ramen för den avtalade nya lagen.²⁶ Frågorna är viktiga men intrycket blir tyvärr att de inte blivit tillräckligt analyserade när LIMF kom till.²⁷

3.6 Endast en lag kan vara egendomsstatut

LIMF utgår från att vid varje tidpunkt endast en lag – avtalad lag eller hemviststatens lag – kan vara tillämplig som bestämmande för egendomsordningen i äktenskapet.²⁸ Ett lagvalsavtal mellan makarna kan så-

²⁵ Annars gör man avkall på en utgångspunkterna i LIMF, nämligen att bara en stats lag kan vara egendomsstatut. Se nedan avsnitt 3.6.

²⁶ Uttalanden i prop. 1989/90:87, s. 46–47, synes stöda denna tolkning. Den får stöd även av familjelagssakkunnigas uttalanden i SOU 1987:18, s. 267: ”en redan företagen rättshandling förblir giltig inom ramen för en ny lag”. Se även nedan, not 27.

²⁷ Belysande är propositionens specialmotivering angående 5 § 1 st. LIMF, se prop. 1989/90:87, s. 46–47. Bestämmelsen anges innebära att en rättshandling som är giltig när den företas behåller sin giltighet även om rättshandlingen inte stämmer överens med en lag som sedermera blir tillämplig. ”Om t.ex. makar i enlighet med en tidigare tillämplig lag genom ett äktenskapsförord har gjort ett tidsbegränsat förordnande eller bestämt att egendom skall ingå i bodelning vid dödsfall men inte vid skilsmässa, bör förordnandet kunna tillämpas enligt sin ordalydelse även efter en övergång till svensk rätt, trots att denna inte ger några motsvarande möjligheter.” Enligt min mening går ställningstagandet inte ihop med utgångspunkten att endast en lag vid varje tidpunkt kan vara egendomsstatut och att ett lagvalsavtal skall avse hela egendomsordningen, se nedan avsnitt 3.6. Ett resonemang som i propositionen måste betraktas som en artificiell tänjning av ”svensk rätt”. I sak är det fråga om tillämpning av två olika egendomsstatut!

²⁸ Noteras bör dock att vilken egendom som omfattas av den tillämpliga egendomsordningen kan variera mycket, t.ex. mellan olika rättsordningar. Utgångspunkten i svensk rätt är att all makarnas egendom utgör giftorättsgods och beaktas vid bodelningen, medan den legala egendomsordningen i många andra länder begränsar sig till sådan egendom som har förvärvats under äktenskapet. Övergången från svensk rätt till t.ex. fransk rätt innebär sålunda att egendom som makarna hade före äktenskapet inte ingår i en efterföljande bodelning, och inte heller egendom som de ärvt eller fått i gåva under äktenskapet.

ledes bara avse tillämpning av *en* stats lag. Skulle någon egendom uttryckligen ha undantagits, får man enligt propositionen genom tolkningen av avtalet avgöra om avtalet är giltigt eller inte. ”Gäller undantaget t.ex. endast en mindre del av makarnas egendom, förefaller det rimligt att avtalet tillämpas fullt ut och att undantagsregeln således lämnas utan avseende”, exemplifierar man.²⁹ Den svenska rättens svar på den inledningsvis ställda frågan om möjligheten att bedöma en utomlands belägen fastighet eller annan egendom enligt egendomsordningen (legal eller avtalad) i en annan stats lag är således negativt.³⁰

3.7 Kan man i Sverige registrera ett äktenskapsförord vars innehåll följer utländsk rätt?

Egendomsstatutet bestäms enligt 3 § LIMF i första hand av makarna själva. De får inom vissa gränser avtala om tillämpning av utländsk lag. Denna lag bestämmer då, enligt 5 § 1 st. LIMF, vad makarna får avtala om genom äktenskapsförord. Ett äktenskapsförord som är giltigt enligt utländsk lag enligt lagens 5 § 1–2 st. måste enligt 5 § 3 st. registreras i Sverige, om makarna vid tiden för dess företagande har hemvist i Sverige. Registreringen i Sverige kan således inte anses förutsätta att förordet till sitt innehåll följer bestämmelserna i ÄktB.

Domstolens uppgift vid registreringen inskränker sig till en prövning av de formella förutsättningarna, såsom HD också konstaterade i det tidigare berörda avgörandet i NJA 1997 s. 37.³¹ Ingen vägledning finns att tillgå vad detta mer konkret kan innebära när innehållet i ett äktenskapsförord följer ett utländskt egendomsstatut. När svensk rätt är egendomsstatut råder ett visst ”typtvång” enligt ÄktB som domstolen för-

²⁹ Prop. 1989/90:87, s. 42.

³⁰ I denna del avviker bedömningen enligt LIMF från tidigare gällande rätt. I rättsfallet NJA 1970 s. 420 hade makarna avtalat att vissa tillgångar skulle innehas ”såsom joint tenancy with the right of survivorship”. Förordnandet tolkades innefatta avtal om att den äktenskapliga egendomsordningen enligt svensk rätt, som i övrigt var tillämplig enligt 1912 års lag, inte skulle vara tillämplig på dessa tillgångar utan bedömas enligt lagen i en delstat i USA där makarna vid tiden för förordnandet var bosatta. Följaktligen ansågs tillgångarna inte ingå i den först avlidne makens kvarlåtenskap, utan hade direkt vid dödsfallet övergått i den efterlevande makens ägo. Två olika egendomsstatut gällde således.

³¹ Enligt tingsnotarien Yvonne Lundin (Stockholms TR) innebär detta att domstolen kontrollerar att ansökningsavgiften är betald, att handlingen inges i original, att det finns ett högst tre månader gammalt personbevis eller motsvarande som visar att parterna är gifta med varandra samt att äktenskapsförordet avser egendomsordningen i äktenskapet.

väntas slå vakt om också vid registreringen. När utländsk lag är tillämplig, kan helt andra avtalsmöjligheter stå till förfogande. För att ett sådant förord skall kunna registreras här bör det krävas att det klart framgår att en annan stats lag är tillämplig. Rättshandlingen måste vidare avse egendomsordningen i äktenskapet för att kunna bli registrerad som äktenskapsförord. Däremot kan det knappast förutsättas att domstolen undersöker om den är tillåten enligt tillämpligt egendomsstatut. Prövningen av vilken verkan ett äktenskapsförord får faller ju utanför domstolens uppgifter i ett registreringsärende.³²

Det är ingen nyhet att även "utländska" äktenskapsförord i vissa fall måste registreras i Sverige. Redan enligt 1912 års lag skulle av svensk medborgare utomlands ingångna avtal om egendomsförhållanden i äktenskap registreras i Sverige för att här gälla mot tredje man. Registreringsskyldigheten var i själva verket klart mer omfattande än enligt LIME, eftersom makarnas hemvist vid tiden för rättshandlingen saknade betydelse. Också enligt förordningen (1931:429) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap, adoption och förmynderskap måste ett äktenskapsförord, som formenligt ingåtts i ett annat nordiskt land, registreras i Sverige för att här kunna åberopas mot tredje man (4 § 2 st.).³³

Jag har intrycket att det är mycket sällsynt att äktenskapsförord i Sverige företas enligt utländsk lag.³⁴ En förklaring kan vara den osäkerhet som nästan varje jurist känner inför uppgiften att upprätta rättshandlingar

³² Enligt vissa rättsordningar, t.ex. i olika delstater i USA, är det vanligt med föravtal inför äktenskap (*prenuptial agreement*) som innehåller inte bara förordnanden om makars egendomsförhållanden under äktenskapet och vid dess upplösning, utan även om t.ex. underhållsskyldighet mellan makar. Med hänsyn till domstolens begränsade efterforskningsplikt vid registreringen av äktenskapsförord, liksom även innehållet i NJA 1997 s. 37, borde det inte stöta på några hinder att efter vigseln registrera sådana rättshandlingar i Sverige. Om avtalet däremot huvudsakligen handlar om annat än egendomsordningen i äktenskapet, kan innehållet bli ett hinder för registrering. Då kan det vara påkallat att dela upp avtalet i olika rättshandlingar. Betydelsen av registreringen inskränker sig i vart fall här i landet till den del som avser egendomsordningen i äktenskapet.

³³ I de fall där förordningen är tillämplig – se dess 3 § 1 st. – gäller den före bestämmelserna i LIME, se 1 § 3 st. LIME, såsom reviderad genom lagen (2001:1141). Med hänsyn till den begränsade registreringsskyldigheten enligt LIME kan registreringskravet enligt 1931 års förordning ifrågasättas.

³⁴ En genomgång av samtliga vid Uppsala TR registrerade äktenskapsförord under de tre första åren då LIME varit i kraft gav ett sådant resultat. Se M. Jänträ-Jareborg, "Egendomsförhållanden i internationella äktenskap: Om frihet att avtala om tillämplig lag samt om lagvalsfrihetens risker för make och borgenär", SvJT 1994, s. 461. Intrycket har senare stärkts av diskussioner med advokater och domare.

enligt en utländsk lag. Man föredrar att i stället göra bruk av avtalsmöjligheterna enligt ÄktB. Handlingssättet är ofta väl motiverat eftersom 7:3 1 st. ÄktB ger utrymme för en hel del kombinationsmöjligheter med effekter liknande legala egendomsordningar i utländska egendomsordningar.³⁵ Till saken hör att i de situationer, där det finns intresse av registrering i Sverige, har makarna hemvist här i landet eller annan sådan anknytning som enligt 3 § LIMF ger rätt att välja svensk lag som egendomsstatut. En annan förklaring kan naturligtvis vara en allmän brist på kunskap om de avtalsmöjligheter som finns enligt LIMF. Det är allvarligt om ett regelverk som berör hundratusentals människor i Sverige fortfarande tretton års efter dess ikraftträdande inte är allmänt känt.

3.8 När får registrering ske i Sverige?

Ett äktenskapsförord får enligt ÄktB inte avsedd verkan förrän det har registrerats. Ansökan kan göras hos vilken tingsrätt som helst i landet (16:2 ÄktB). Efter registreringen skall domstolen insända förordet för anteckning i det för hela landet gemensamma äktenskapsregistret.³⁶ Hur förhåller sig dessa bestämmelser till situationer med utlandsanknytning?

En skyldighet att registrera ett äktenskapsförord i Sverige finns enligt 5 § 3 st. LIMF endast när makarna har hemvist här vid tidpunkten för rättshandlingens företagande. Med registreringskravet avser man i dessa fall att slå vakt om borgenärsintressen. I andra situationer gäller i utlandet upprättade äktenskapsförord även utan registrering.³⁷ Detta är fallet även om makarna senare tar hemvist i Sverige. ”Det rättsläge som har etablerats genom sådana rättshandlingar utomlands bör enligt min mening även utan registrering gälla i förhållande till tredje man här i landet”, konstaterade departementschefen.³⁸ Giltigheten i Sverige måste dock anses för-

³⁵ Se L. Tottie, Äktenskapsbalken och promulgationslag m.m., 1990, s. 167–169.

³⁶ 16:1 ÄktB hänvisar inte bara till uppgifter som skall registreras enligt ÄktB utan även uppgifter som skall tas in i registret *enligt andra bestämmelser*.

³⁷ Se prop. 1989/90:87, s. 26–27. Se även SOU 1987:18, s. 268–269. Här är det således fråga om en principiellt viktig skillnad i förhållande till 1912 års lag. Se även NJA 1989 s. 199.

³⁸ Prop. 1989/90:87, s. 26. – Även i detta fall kan man fråga sig om inte den valda lösningen blivit för ”enkel” för att säkerställa rimliga krav på förutsebarhet. Om makarna senare tar hemvist i Sverige blir svensk lag tillämpligt egendomsstatut, utom när det finns ett uttryckligt eller konkludent lagvalsavtal med annan effekt. Vid en kommande bodelning i Sverige kan äktenskapsförordet få sådana effekter som borgenärer eller makar inte har förutsatt. Lösningen verkar inte heller vara förenlig med idén om att vid varje tidpunkt endast en lag kan gälla som egendomsstatut. Se kritiken ovan i avsnitt 3.5 och not 27.

utsätta att äktenskapsförordet uppfyller formkraven enligt 5 § 1 eller 2 st. LIMF, dvs. enligt det dåvarande egendomsstatutet, lagen i den stat där rättshandlingens företogs eller där makarna då hade hemvist (ovan avsnitt 2.3).

Makar som inte har hemvist i Sverige men som har anknytning hit genom medborgarskap eller egendom kan tänkas ha ett intresse av att registrera äktenskapsförord här, fastän de inte är skyldiga att göra det. En anledning kan vara att de har upprättat ett äktenskapsförord enligt 7:3 1 st. ÄktB och – uttryckligen eller konkludent – gjort svensk lag till egendomsstatut. Äktenskapsförordets giltighet kan i deras hemviststat vara beroende av att det har registrerats i enlighet med svensk lag. De kan också sakna möjlighet att få äktenskapsförordet registrerat i hemviststaten. Makar som har egendom i Sverige kan ha ett intresse av att borgenärerna i Sverige är informerade om det äktenskapsförord de företagit. Makar kan vidare tidigare ha registrerat äktenskapsförord i Sverige, såsom i NJA 1997 s. 37. Det kan också handla om fall där en person med hemvist (och medborgarskap) i Sverige ämnar ingå äktenskap med en utomlands bosatt (utländsk) medborgare. Även om de blivande makarnas avsikt skulle vara att ta hemvist utomlands, kan de av olika skäl föredra ett äktenskapsförord enligt svensk lag.³⁹ Skäl liknande dem som nyss angetts kan tala för att äktenskapsförordet registreras här i landet.

Är svensk domstol behörig att pröva sådana här registreringsärenden?

När registrering *får* ske vid svensk domstol i utlandsanknutna situationer har inte reglerats i lag. Bestämmelsen i 5 § 3 st. LIMF har inte tolkats *e contrario* så att svensk domstol skulle vara behörig endast när makarna har hemvist i Sverige. I NJA 1997 s. 37, exempelvis, hade makarna hemvist i Tyskland (ovan avsnitt 3.4–5). Den omständigheten nämns överhuvudtaget inte i det publicerade rättsfallsreferatet och makarnas ansökan godtog av HD. Mina diskussioner med domare har gett vid handen att makars anknytning till Sverige inte prövas i ett registreringsärende.⁴⁰ Om makar ingår ett äktenskapsförord enligt ÄktB under en vistelse i Sve-

³⁹ Detta förutsätter då enligt 5 § 1 st. LIMF att parterna också är överens om att svensk lag skall gälla som egendomsstatut. Se ovan avsnitt 2.3.

⁴⁰ I rättsfallet NJA 1989 s. 199 hade äktenskapsförordet slutits i Polen mellan en svensk man och en polsk kvinna med iakttagande av formkraven i svensk men inte polsk lag. Drygt sex månader efter äktenskapets ingående då makarna redan separerat och hustrun återvänt till Polen (efter två månaders bosättning i Sverige) registrerades äktenskapsförordet vid en svensk TR på ansökan av mannen. Inte heller i detta fall – som är från tiden före LIMF – stötte registreringen på behörighetshinder i Sverige.

rige får registreringen, som ingår i formkraven enligt ÄktB, stöd även av 5 § 1 och 2 st. LIMF. Ansökan om registrering bör även i dessa fall kunna inges till vilken tingsrätt som helst.⁴¹ Den gällande – liberala – ordningen synes vara väl motiverad i sak.

På mer formella grunder kan man naturligtvis invända mot att registrering sker, när det enligt svensk rätt inte behövs för äktenskapsförordets giltighet.⁴² Även bestämmelsen i 16 kap. 1 § ÄktB torde kunna åberopas i samma syfte: att det saknas bestämmelser om registreringskyldighet i dessa fall kan hävdas medföra att äktenskapsförordet inte heller kan medtas i det allmänna äktenskapsregistret. – Så länge som behörigheten inte stramas åt genom en uttrycklig regel bör dock en liberal praxis vidmakthållas.

4 Avslutande kommentar

Redovisningen ovan visar att regleringen i svensk rätt angående lagvalsavtal och äktenskapsförord i utlandsanknutna situationer inte alltid är genomtänkt. I många fall råder osäkerhet om vad som ”egentligen” gäller. Uppsatsen vill bidra till att frågorna ges större uppmärksamhet och att avtalsmöjligheterna enligt LIMF kommer till större användning. Önskvärt vore att advokater och andra tar tillfället i akt och börjar testa gränserna för det tillåtna. Klarhet om vad som är möjligt och vad som kan behöva ändras skapas bäst genom rättspraxis.

Ett ställningstagande till vilket egendomsstatut som är lämpligast i ett visst fall och vilka rättshandlingar som makar kan ha intresse av att företa kräver kunskap om utländska rättsordningar. Ett första steg till sådan kunskap kan vara att ta del av översikter över familjerätt i olika länder, skrivna för en utländsk publik av framstående experter i de aktuella länderna. Jubilaren Åke Saldeen har under lång tid lagt ner stor möda på redovisningar om svensk familjerätt i olika internationella publikationer.⁴³ För detta, säkert ofta slitsamma arbete, är han värd ett stort tack!

⁴¹ Något ”reservforum” finns således inte, såsom t.ex. i äktenskapsmål enligt 18 § LIMF.

⁴² Se även SOU 1987:18, s. 268 där man kom fram till att krav på registrering i Sverige inte heller kunde motiveras av hänsyn till den svagare makens skyddsintresse.

⁴³ Nämnas bör särskilt Åke Saldeens bidrag i de två upplagorna av boken *Family Law in Europe* (ovan not 9) och hans årliga redovisningar om den senaste utvecklingen i svensk familjerätt i publikationen *The International Survey of Family Law*.

Göran Lind

Rättsföljden vid jämkning enligt ÄktB 12:1

1 Inledning

Genom införandet av Äktenskapsbalken (1987:230) vidgades möjligheterna i svensk rätt att genom jämkning avvika från huvudregeln om likadelning vid bodelning mellan makar. Enligt ÄktB 12:1 blev det sålunda möjligt att vid bodelning under bestående äktenskap och vid äktenskapskillnad frångå de ordinära bodelningsreglerna om en tillämpning därav skulle framstå som *oskälig* med hänsyn särskilt till *äktenskapets längd* men även till *makarnas ekonomiska förhållanden* och *omständigheterna i övrigt*. En flora av liknande s.k. skevdelnings- eller jämningsregler har under de senaste 40 åren vuxit fram i de nordiska länderna.

Ett yttre karaktäristikon för denna typ av skönsregler är att de innehåller adjektiviska uttryck som exempelvis ”oskälig” eller ”åpenbart urimelig”, vilka uppställs som rekvirit för rättsreglernas tillämpning och vilka lämnar utrymme för skönsmässiga bedömningar som rymmer det eviga dilemmat mellan å ena sidan en förmåga att i enskilda fall åstadkomma materiell rättvisa och å andra sidan en oförmåga att skapa förutsebarhet och rättssäkerhet. Det är inte ägnat att förvåna att den obestämthet som präglar dessa skönsregler har skapat tolknings- och tillämpningsproblem i vidare mening, vilka hänför sig till såväl reglernas rättsfaktumsida som deras rättsföljdssida.¹

¹ Jfr NJA 1998 s. 467, vari tingsrätten och hovrätten hade olika uppfattningar om hur jämkning enligt ÄktB 12:1 skulle ske och vari det i HD förekom tre olika meningar i frågan.

Då det skulle föra för långt att inom ramen för förevarande artikel söka famna vidden av de doktorala frågor som det fria skönets svårångade väsen aktualiserar, begränsas ämnet till den något mer gripbara, men icke mindre betydelsefulla, materia som döljer sig i *rättsföljdens konstruktion* i ÄktB 12:1 och effekterna därav i fall då jämkning skall ske. Ett utmärkande drag hos den svenska rättsregeln är sålunda att jämkning endast kan ske till förmån för den ekonomiskt starkare maken, eller rättare sagt den make som har störst nettogiftorättsgods, aldrig till förmån för den ekonomiskt svagare maken.

Detta faktum väcker osökt frågan vilka motiv som bär upp denna ordning. Är en sådan rättsföjd förenlig med de ändamål som jämkningsregeln tjänar och hur förhåller den sig till Äktenskapsbalkens bärande idé om skydd för den ekonomiskt svagare maken och till strävandena mot ökad jämställdhet mellan kvinnor och män? Utgör denna konstruktion av rättsföljden en svensk innovation eller har den motsvarigheter på det nordiska planet och hur överensstämmer den med det särskilda skydd som jämkningsreglerna åtnjuter i den svenska internationella privaträtten? Förevarande artikel, som ägnas de nyssnämnda frågorna, leder fram till överväganden rörande behovet av en ny konstruktion av rättsföljden och till ett konkret förslag avseende ny utformning av jämkningsregeln såvitt nu är i fråga.

Då det i denna typ av rättsregler finns ett samband mellan rättsfakta och rättsföljder i så måtto att den oskälighet som utgör förutsättning för en tillämpning av rättsregeln skall upphävas av en rättsföjd som åstadkommer skälighet, beaktas, låt vara utan närmare analys, även de förutsättningar som skall vara uppfyllda för att jämkning skall kunna komma i fråga.

Jämkningsregeln i ÄktB 12:1 aktualiserar också mer övergripande frågor, vilka faller utanför ramen för denna artikel, men vilka förtjänar omnämnande. Samtidigt som jämkningsreglerna i de nordiska länderna tillkommit i det vällovliga syftet att i enskilda fall åstadkomma materiellt tillfredsställande resultat, kan framväxten härav utgöra ett symtom på att det inte står rätt till med det ordinära rättssystem från vars huvudregler om bodelning jämkningsreglerna utgör undantag. När symtomen blir starkare och patienten får svårigheter att skilja mellan vad som är huvudregel och vad som är undantag (se den norska rättsutvecklingen nedan) motiverar det undersökningar som omfattar inte bara jämkningsreglerna utan hela det system vari de ingår. I dessa hänseenden pågår på initiativ av nordiska ministerrådet och i syfte att uppnå en större nordisk harmo-

nisering en förtjänstfull översyn av de nordiska familjerättsliga och successionsrättsliga regelsystemen. Denna översyn, som även omfattar giftorättssystemen jämte de därtill knutna skevdelningsreglerna, har nyligen resulterat i två böcker och en sammanfattande rapport.²

2 Rättsföljdens konstruktion i de nordiska länderna

2.1 Jämkning möjlig till förmån för båda makarna

Norsk rätt, som rymmer de äldsta nordiska traditionerna avseende skevdelning, synes alltid ha konstruerat rättsföljden så att jämkning kunnat ske till förmån för båda makarna. Såväl den make som har störst som den make som har minst giftorättsgods (felleseje) har kunnat åberopa omständigheter till stöd för att från likadelningen kunna undanta egendom. Redan *Ekteskapsloven från 1918* innehöll en möjlighet att vid äktenskapsskillnad genom återgångsdelning avvika från likadelningen ”når hertil finnes grunn” (jfr §§ 37 och 54 fjerde ledd). Trots jämningsregelns generella avfattning tillämpades den i praxis endast för att förhindra klart orimliga resultat av en likadelning, särskilt efter kortvariga äktenskap.³ Anknytningen av rättsföljden till återgångsreglerna innebar att vardera maken innan likadelningen hade rätt att undanta egendom motsvarande det han eller hon fört in i boet då äktenskapet ingicks eller senare förvärvat genom arv eller gåva från annan än den andra maken. Systemet rymde dock en olägenhet i så måtto att delvis skevdelning inte ansågs möjlig.⁴

² Se Anders Agell, *Nordisk äktenskapsrätt. En jämförande undersökning av dansk, finsk, isländsk, norsk och svensk rätt med diskussion av harmoniseringsmöjligheter och reformbehov*, 2003; Peter Lødrup, *Nordisk arverett. En rettssammenlignende studie av dansk, finsk, isländsk, norsk og svensk rett med drøftelser av harmoniseringsmuligheter og reformbehov*, 2003; *Äktenskapsrätten och successionsrätten i de fem nordiska länderna. Om möjligheterna och nyttan av lagharmonisering. En sammanfattande rapport*, Nordiska rådet, maj 2002.

³ NOU 1987:30, Innstilling til ny ekteskapslov del II, s. 45; Carl Jacob Arnholm, *Privatret* IV, 1969, s. 162. Jämkning efter kortvariga äktenskap var före införandet av den nya *Ekteskapsloven* 1991 den viktigaste grunden för skevdelning, se Ot. prp. (1990–91) nr 28, Om lov om ekteskap, s. 63; NOU 1987:30, s. 80; RG 1954 s. 551 (1 år); Rt. 1969 s. 201 (3 år); RG 1951 s. 690 (4 år); RG 1966 s. 333 (6 år). Jämkning förekom dock efter långvariga äktenskap, se Rt. 1991 s. 447 (32 år, näringsverksamhet) och Rt. 1972 s. 773 (27 år); Peter Lødrup, *Materiell skifterett*, 7 utg. 1986, § 11 III.

⁴ NOU 1987:30, s. 80.

Valet mellan allt eller intet begränsade naturligtvis möjligheterna att i enskilda fall uppnå rimliga resultat. Även en fullständig skevdelning kunde dock gynna den ekonomiskt svagare maken, exempelvis i fall då dennes giftorättsgods utgjordes av enbart ett arv och den andra makens egendom utgjordes av giftorättsgods som förvärvats under äktenskapet och som därför blev föremål för likadelning.

När den *nya Ekteskapsloven* infördes i Norge 1991 utvidgades möjligheterna att genom skevdelning undanta egendom från likadelningen. Vad som tidigare varit undantag blev nu huvudregel.⁵ Enligt den nya lagen (§ 59) har sålunda en make vid bodelning i samband med äktenskapsskillnad rätt att utan återopande av jämkningsskäl begära skevdelning beträffande värdet av egendom som makarna hade vid äktenskapets ingående eller sedermera förvärvat genom arv eller gåva från annan än den andra maken. Den make som begär skevdelning måste visa att förmodningen ”klart kan föres tillbaka” på sådan egendom.

Rätten till skevdelning kan dock helt eller delvis falla bort om den leder till ett resultat som är ”ävenbart urimelig”. Vid bedömningen av rimligheten skall särskild vikt läggas vid äktenskapets längd och makarnas insats för familjen. Utöver de till återgångsdelningen anknutna grunderna fick en make rätt att från likadelningen även undanta värdet av annan egendom som förvärvats *under* äktenskapet förutsatt att ”sterke grunner” talar för det.

Den norska skevdelningen innebär undantagande av *värdet* av viss egendom, inte samtidigt en lottläggning av konkreta egendomsobjekt (naturalutlägg).⁶ Genom att skevdelning enligt de nya reglerna kan ske helt eller delvis fick den en elasticitet som gör det möjligt att bättre anpassa tillämpningen till omständigheterna i det enskilda fallet.⁷ Eftersom rätten till skevdelning även enligt det nya systemet tillkommer ”hver av ektefellene” har även den make som har minst giftorättsgods möjlighet att hålla viss egendom utanför delningen medan övrig egendom blir föremål för likadelning.⁸ Beroende på situationen i varje enskilt fall är det likadelning eller skevdelning som dominerar.⁹

⁵ I utredningen ville en minoritet att skevdelning skulle vara undantag medan en majoritet föreslog att den skulle vara huvudregel, se NOU 1987:30, s. 77 ff. Majoritetens förslag låg till grund för propositionen, se Ot. prp. (1990-91) nr 28, s. 66.

⁶ NOU 1987:30, s. 83.

⁷ NOU 1987:30, s. 80.

⁸ NOU 1987:30, s. 45. Även Agell gör bedömningen att en make med minst giftorättsgods i princip kan dra fördel av möjligheten till skevdelning, se a.a. kap. 15.

⁹ Peter Lødrup, *Familieretten*, 1991, s. 222.

I *dansk rätt* infördes 1963 i Skifteloven en möjlighet att genom skevdelning avvika från principen om likadelning vid bodelning i anledning av äktenskapsskillnad (SKL § 69 a). Även i Danmark stod reglerna om återgång (omstødelse) av äktenskap modell för reformen. Den nya bestämmelsen synes i hög grad ha tjänat syftet att förhindra att en make efter ett kortvarigt äktenskap skulle kunna "skille sig til en formue".¹⁰ Som förutsättning för skevdelning uppställdes att den ena maken infört "den væsentligste del" av giftorättsgodset vid äktenskapets ingående eller senare genom arv eller gåva eller omvandling av enskild egendom. Vidare krävdes det att en likadelning måste framstå som "åbenbart orimelig" med hänsyn till att äktenskapet varit kort¹¹ och utan ekonomisk gemenskap av betydelse. Rättsföljden innebär att en make har rätt att från likadelning värdemässigt helt eller delvis undanta sådan egendom "i det omfang, dette findes begrundet".

Kravet att den ena maken måste ha infört den väsentligaste delen av makarnas giftorättsgods kan tyckas innebära att skevdelning, på samma sätt som enligt svensk rätt, endast kan ske till förmån för den make som har mest giftorättsgods.¹² Emellertid synes vid en läsning av § 69 a tillsammans med § 69 kravet snarare vara att en make skall ha infört den väsentligaste delen av just giftorättsgods som utgörs av arv, gåva och egendom förvärvat före äktenskapet. Denna tolkning synes också ha stöd i förarbetena.¹³ Härav följer att skevdelning enligt dansk rätt bör kunna ske till förmån även för den ekonomiskt svagare maken, dvs. den make som har minst nettogiftorättsgods. Det torde kunna vara fallet om exempelvis den sistnämnda makens giftorättsgods i huvudsak utgörs av ett stort arv förvärvat strax före äktenskapsskillnaden i ett äktenskap som varit kort och den andra makens giftorättsgods är större, men är förvärvat med användning av arbetsinkomster under äktenskapet. Det bör dock erinras om att skevdelningsregelns krav att en likadelning måste

¹⁰ Lund-Andersen, m.fl., Familieret, 4 udg. 1996, s. 618.

¹¹ I förarbetena sägs det att man inte velat uppställa en bestämd tidsgräns men att skevdelning i allmänhet är utesluten när äktenskapet varat upp emot 5 år och däröver. Tidsfristen har alltså inte fått samma fasthet som i den svenska femårstrappan. Liksom enligt svensk rätt beaktas tid som makarna sammanbott före äktenskapet. Se 1957-utvg., Betænkning nr. 305 af 1962, Del I, Om skifte mellem ægtefeller, s. 22; Ufr 1975.318 Ø; Ufr 1975.849 B; Ufr 1980.463 Ø; Lund-Andersen, m.fl., a.a. s. 620.

¹² Se Agell, a.a. 15.2.1.

¹³ 1957-utvg., Betænkning nr 305 af 1962, Del I, Om skifte mellem ægtefeller, s. 40; Lund-Andersen, a.a. s. 619. Jfr Ufr 1980.463 Ø.

framstå som uppenbart orimlig medfört att den tillämpats endast i undantagsfall.¹⁴

Isländsk rätt innehåller sedan 1972 en jämningsregel (LÆL § 104 st. 1) enligt vilken reglerna om likadelning kan frångås om bodelningen "vil stå i misförhold til" en make. Detta gäller särskilt vid beaktande av makarnas ekonomi och äktenskapets längd samt om en make vid äktenskapets ingående infört betydligt mer i det gemensamma boet än den andra maken eller om en make senare erhållit arv eller gåva från någon annan än den andra maken. En tillämpning av jämningsregeln har ansetts förut-sätta att en likadelning framstår som "oskäligen".¹⁵ För våra syften är det dock anledning konstatera att den isländska jämningsregelns allmänna utformning inte synes lägga hinder i vägen för en jämkning till förmån för endera maken oavsett storleken på deras giftorättsgods. Endast i fall då grunden för jämkning utgörs av enbart olikheten i vad makarna fört in i boet synes regeln gynna enbart den ekonomiskt starkare maken.

Också i *finsk rätt* synes möjligheten till jämkning av bodelning vid äktenskapsskillnad kunna ske även till förmån för den ekonomiskt svagare maken. Enligt den jämningsregel som 1987 infördes i äktenskapslagen (ÅL 103 b § 1 och 2 st.) kan en bodelning jämkas om den skulle leda till "ett oskäligt resultat" eller till att den ena maken skulle få en "obehörig ekonomisk fördel". När jämkning övervägs skall särskilt beaktas "äktenskapets längd, makarnas verksamhet för den gemensamma ekonomin samt för förkovran och bibehållande av egendomen", ävensom andra därmed jämförbara omständigheter som hänför sig till makarnas ekonomi. Ett äktenskap anses enligt en tumregel vara kort om det varat mindre än fem år. Därvid beaktas även sambotid som föregått äktenskapet.¹⁶

Föreligger skäl till jämkning erbjuder finsk rätt tre olika rättsföljder. Den första liknar den svenska ordningen och föreskriver att den ena maken då inte med stöd av giftorätt "skall få egendom av den andra" eller att denna rätt skall begränsas. Den andra rättsföljden liknar mera den norska ordningen genom att det enligt denna kan bestämmas att viss egendom, som make förvärvat eller fått under den tid makarna bott åtskilda eller som en make har haft då äktenskapet ingicks eller som han under äktenskapet fått genom arv, gåva eller testamente, vid bodelning-

¹⁴ Per Holkman Olsen och Nils Viltoft, Skifteloven, 1986, s. 383.

¹⁵ Se Agell, a.a. 15.2.1, som studerat den isländska texten och som anser att det isländska uttrycket "bersýnilega ósanngjörn" motsvarar det svenska "oskäligen".

¹⁶ Aulis Aarnio och Urpo Kangas, Äktenskap, arv och testamente, 1995, s. 87.

en helt eller delvis skall vara egendom i vilken den andra maken inte har giftorätt. Av störst intresse för denna framställning är dock att rätten att från likadelningen undanta egendom på sätt nyss sagts tillkommer även den ekonomiskt svagare maken, dvs. den som har minst nettogiftorätts-gods. Den tredje rättsföljden innebär att enskild egendom behandlas som giftorättsgods genom jämkning av äktenskapsförord.

I *Sverige* uppmärksammades på 1960-talet behovet av jämningsregler först av *familjerättskommittén* som önskade möjliggöra jämkning av bodelning i första hand efter kortvariga äktenskap. Efter norskt mönster föreslog kommittén 1964 en vidgad tillämpning av återgångsdelningen. Denna skulle sålunda kunna komma i fråga i fall då talan om äktenskapsskillnad väckts inom fem år från äktenskapets ingående och särskilda skäl ej var däremot.¹⁷ Även i fall då äktenskapet varat mer än fem år föreslog kommittén en möjlighet till återgångsdelning om ”synnerliga skäl” förelåg. Sådana skäl kunde vara för handen exempelvis då båda makarna under äktenskapet genom arv, gåva eller testamente fått tillskott till sin förmögenhet, den ena som giftorättsgods men den andra som enskild egendom, eller då ena maken omedelbart före talans väckande erhållit ett betydande arv.¹⁸ Egendomen skulle då kunna behandlas som om den vore enskild egendom och därmed undantas från bodelningen. Återgångsdelning skulle även kunna tillämpas i jämkad form efter vad som finnes skäligt. Även denna utvidgade form av återgångsdelning skulle stå båda makarna till buds, alltså även den ekonomiskt svagare maken, eller rättare sagt den som hade minst behållet giftorättsgods.

Av den nordiska utblicken har framgått att övriga nordiska länder utformat skevdelningsreglerna så att jämkning kan ske till förmån för envar av makarna. Denna nordiska ståndpunkt delades även av den svenska familjerättskommittén i mitten på 1960-talet. Det förhållandet att de övriga nordiska länderna tillåtit jämkning till förmån för båda makarna synes ha sin förklaring i att skevdelningsreglerna där vuxit fram i nära anslutning till reglerna om återgångsdelning, vars rättsföljd, att *båda* makarna har rätt att behålla mer av sitt giftorättsgods förvärvat på visst sätt, levt kvar inom i övrigt förändrade skevdelningsregler.

¹⁷ SOU 1964:35, Äktenskapsrätt, II Motiv, s. 248 ff.

¹⁸ SOU 1964:35 s. 252.

2.2 Svensk rätt inför jämkning endast till förmån för den ekonomiskt starkare maken

Familjerättskommitténs ovan nämnda förslag ledde, trots en positiv remissbehandling, inte till lagstiftning såvitt nu är i fråga. Efter nya direktiv tillsattes 1969 *familjelagssakkunniga*, som 1972 lade fram ett nytt förslag till provisorisk jämkningsregel i Giftermälsbalken vilken tog sikte på de kortvariga äktenskapen. Enligt förslaget skulle jämkning av bodelning vid äktenskapsskillnad kunna ske om ekonomisk gemenskap av betydelse inte uppkommit mellan makarna på grund av att äktenskapet varat kort tid. I stället för hälftindelning skulle delning då kunna ske efter annan grund som kunde anses ”skälig” med hänsyn till vad makarna hade vid giftermålet eller därefter förvärvat genom arv, gåva eller testamente.¹⁹ De angivna omständigheterna liknar alltså i hög grad de som upptogs i den återgångsinspirerade danska lagstiftningen och i den svenska familjerättskommitténs förslag. Oskälighetskravet var dock lägre ställt än i den danska ordningen. Men rättsföljden innebar att envar av makarna kunde från bodelningen i större eller mindre utsträckning undanta egendom innan återstoden blev föremål för likadelning.

Detta förslag till utformning av jämkningsregeln avvisades emellertid av föredragande statsrådet (Carl Lidbom) som i stället för ett hänsynstagande till de efter nordiskt mönster återgångsinspirerade förvärvsgrunderna ville ha en jämkningsregel som lämnade utrymme för mera skönsmässiga bedömningar. Samtidigt proklamerade statsrådet vad som blev brottet med den nordiska rättsenheten vad beträffar rättsföljdens ömsesidiga konstruktion till förmån för båda makarna. Statsrådet anförde: ”Eftersom den allmänna riktpunkten för reformarbetet när det gäller äktenskapets ekonomiska rättsverkningar är att dessa skall begränsas bör det vidare inte i detta sammanhang komma i fråga att öppna möjlighet för make att med stöd av jämkningsregeln få större del av den andra makens giftorättsgods än han skulle ha fått om giftorättsgodset hade delats lika. Jämkning måste med andra ord gå ut på att ge en make möjlighet att behålla mer av sitt eget giftorättsgods än vad han skulle ha fått vid en likadelning”.²⁰

Rättsföljdens ensidiga inriktning till förmån för den make som har mest giftorättsgods kom även till uttryck i lagtexten i GB 13:12 a (Lag 1973:645), som stadgade att delningen kunde ske efter annan grund som

¹⁹ SOU 1972:41, Familj och äktenskap I, s. 25, 197, 230 f.

²⁰ Prop. 1973:32, Ändringar i Giftermälsbalken m.m., s. 125.

finnes skälig, om en likadelning skulle framstå som uppenbart obillig med hänsyn till makarnas ekonomiska förhållanden och den tid äktenskapet varat. Lagtexten stadgade vidare: *"På grund av denna bestämmelse kan make dock ej erhålla mera än vad som svarar mot hans giftorättsgods"* (vår kurs.). Effekten av denna konstruktion kom åter till tydligt uttryck i specialmotiveringen till regeln där statsrådet slog fast: *"Den av makarna som äger mest giftorättsgods kan genom jämkning försättas i ett gynnsammare läge än om likadelning hade skett. Den make som äger minst giftorättsgods kan däremot inte få någon fördel av jämkningsregeln"* (vår kurs.).²¹

När familjelagssakkunniga, åter tog sig an jämningsfrågorna, nu för att ersätta den provisoriska jämningsregeln med en permanent sådan i förslaget till Äktenskapsbalk föreslog man en uppdelning av jämningsmöjligheterna i två paragrafer, den ena avseende jämkning med hänsyn till äktenskapets längd och den andra avseende jämkning i särskilda fall. För det förra fallet föreslog man en möjlighet till jämkning efter skälighet med införandet av en successivt inträdande rätt till likadelning under de första 10 åren och för de särskilda fallen en möjlighet till jämkning efter skälighet med hänsyn till makarnas ekonomiska förhållanden och omständigheterna i övrigt.

Man kan tycka att uppdelningen av de två typerna av jämningsfall borde ha tydliggjort behovet av en rättsföljd för de särskilda fallen som gav möjlighet till jämkning även till förmån för den ekonomiskt svagare maken på sätt de sakkunniga tänkt sig i sitt förslag till provisorisk jämningsregel (se ovan). Efter Lidboms intervention avseende den provisoriska regeln betraktades emellertid nu den ensidiga inriktningen av rättsföljden till förmån för den ekonomisk starkare maken som självklar. De sakkunniga anförde: *"Självfallet skall en jämkning inte kunna innebära att make får avstå mer egendom till andra maken än som blir följden av en generell likadelning. Med en sådan möjlighet skulle likadelningsprincipen lätt kunna komma att framträda som blott en utgångspunkt, från vilken man skönmässigt skulle kunna avvika i ena eller andra riktningen"* (vår kurs.).²²

Genom införandet av Äktenskapsbalken (1987:230), som innebar omarbetningar av familjelagssakkunnigas förslag och en sammanslagning av

²¹ Prop. 1973:32, s. 151. Rättspraxis har följdriktigt avsett fall som gällt jämkning till förmån för den make som haft störst giftorättsgods. Se NJA 1980 s. 583, vari mannen ägde allt giftorättsgods vilket dessutom till stor del var förvärvat före äktenskapet. Han erhöll vid bodelningen 2/3 och hustrun 1/3 av behållningen. Jfr SvJT 1979 rf s. 14, RH 1988:124 och RH 1983:30.

²² SOU 1980:85, Äktenskapsbalk, s. 174.

de två jämningsreglerna till en, vidgades möjligheterna att genom jämkning avvika från huvudregeln om likadelning vid bodelning mellan makar. Kravet i GB 13:12 a att bodelningen måste framstå som "uppenbart obillig" ersattes med ett skälighetskrav. Enligt ÄktB 12:1 blev det sålunda möjligt att vid bodelning i samband med äktenskapsskillnad avvika från huvudprincipen om en likadelning skulle framstå som oskälig med hänsyn särskilt till äktenskapets längd men även till makarnas ekonomiska förhållanden och omständigheterna i övrigt. Den av utredningen i lagtext föreslagna tioårstrappan blev en i propositionen rekommenderad femårstrappa. Någon anknytning till förvärvsgrunderna i återgångdelningen upptogs inte i lagtexten, men återfanns som relevanta jämningsomständigheter vid en mera skönsmässig bedömning.

I förevarande sammanhang är det av intresse notera att den av Lidbom i det tidigare lagstiftningsärendet lanserade ståndpunkten nu tydligt framstod som så självklar att argumentation i frågan ansågs överflödigt. Departementschefen uttalade blott: *"Jämkning enligt förevarande paragraf kan ... aldrig medföra att en make får mer av den andre makens egendom än vid en likadelning utan innebär endast att en make får behålla mer av sin egen egendom än vid en likadelning"* (vår kurs.).²³

I ett internationellt perspektiv förtjänar det även observeras att den svenske lagstiftaren tydligen ansett möjligheten till jämkning endast till förmån för den ekonomiskt starkare maken vara så betydelsefull att *svensk internationell privaträtt*, när bodelning i Sverige skall äga rum enligt främmande utomnordisk rätt, gör den reservationen att jämkning dock måste ske enligt svensk rätt.²⁴ Skyddshänsyn synes ha motiverat detta undantag från att fullt ut tillåta tillämpning av den främmande rätten.²⁵ Det har vidare ansetts att som utgångspunkt måste gälla att de autonoma internationellt privaträttsliga reglerna bör stå i överensstämmelse med den interna materiella rätten.²⁶ I ljuset av det ovan anförda är

²³ Prop. 1986/87:1, om äktenskapsbalk m.m., s. 185, s. 48. Jfr den begränsade möjligheten som står den ekonomiskt svagare maken till buds att om det föreligger särskilda skäl från den andra maken erhålla engångsunderhåll efter äktenskapsskillnad (ÄktB 6:8).

²⁴ Se 10 § lag (1990:272) om vissa internationella frågor rörande makars förmögensförhållanden.

²⁵ Prop. 1989/90:87, om vissa internationella frågor rörande makars förmögensförhållanden, s. 1–2, 54–55. Se även Michael Bogdan, *Svensk internationell privaträtt*, 4 uppl. 1992, s. 180.

²⁶ Se Maarit Jänträ-Jareborg, *Efterlevande make, intern skyddslagstiftning och IP*, i *Festskrift till Anders Agell*, 1995, s. 286.

det tydligt att vad skyddet enligt ÄktB 12:1 faktiskt gäller är den ekonomiskt starkare makens skydd mot att i en bodelning behöva dela med sig av sin egendom. Det är anledning ifrågasätta om den internationellt privaträttsliga ståndpunkt som kommer till uttryck i 10 § IMF stämmer överens med de övergripande mål som bär upp Äktenskapsbalken, nämligen, såsom det sägs i portalen till regeringens proposition, ”att åstadkomma en bättre utjämning mellan en ekonomiskt starkare och en ekonomiskt svagare make när det gäller fördelningen av deras egendom vid äktenskapets upplösning genom äktenskapsskillnad.”²⁷ Det är mot bakgrund av det anförda svårt att frigöra sig från tanken att lagstiftaren vid införandet av 10 § IMF inte varit fullt medveten om den effekt av jämningsregeln i ÄktB 12:1 som förevarande artikel söker synliggöra.

3 Motiven bakom jämningsregeln

Motiven bakom jämningsregeln i ÄktB 12:1 har sin bakgrund i den omfattande giftorätt i varandras egendom som enligt svensk rätt tillkom makar enligt 1920 års Giftermålsbalk och som fortfarande utgör huvudprincip enligt den nya Äktenskapsbalken. Omfattningen härav utmärks inte minst av att likadelningen omfattar även egendom som makarna förvärvat före äktenskapet och egendom som de förvärvat genom arv, gåva och testamente. Eftersom sådan egendom inte kan sägas vara resultatet av makarnas gemensamma strävanden under äktenskapet är det i främmande rättsordningar vanligt att sådan egendom överhuvudtaget inte ingår i bodelningen. Då svensk rätt valt att låta sådan egendom ingå däri har i stället behov skapats av att genom jämkning kunna göra undantag från huvudprincipen. Motiven bakom jämningsregeln har också sin bakgrund i den kraftigt ökande skilsmäsofrekvensen. Medan 1920 års giftermålsbalk präglades av föreställningen om det livsvariga äktenskapet har den nya äktenskapsbalken måst anpassas till en verklighet som i dag innebär att många äktenskap upplöses genom äktenskapsskillnad och att denna i många fall sker efter relativt kortvariga förhållanden.²⁸

Ett huvudsyfte (1) med den nya jämningsregeln har därför varit att förhindra att en make efter ett *kortvarigt äktenskap* i oskäligen omfattning

²⁷ Prop. 1986/87:1, s. 1.

²⁸ Prop. 1986/87:1, s. 42. Se även Agell, a.a. 15.2.1.

s.a.s. ”skiljer sig till pengar”.²⁹ Jämkning kan då ske i syfte att skydda den ekonomiskt starkare maken eller rättare sagt den make som har det största nettogiftorättsgodset från att vid bodelningen behöva dela med av sin egendom i den omfattning som skulle ha varit fallet enligt övriga bodelningsregler. Det bör emellertid observeras att jämningsregeln också har ett *annat huvudsyfte* (2), nämligen att utgöra en *allmän jämningsregel* när bodelningsreglerna i övrigt ger oskäliga resultat. Hänvisningar till jämningsmöjligheten som korrektiv förekommer därför ofta i förarbetena i anslutning till helt andra stadganden än jämningsregeln.

De omständigheter som kan utgöra grund för jämkning kan hänföra sig till den make som begär jämkning och dennes ekonomiska förhållanden. Syftet att utgöra en allmän jämningsregel kan sålunda ge ett skydd för en make som före äktenskapet eller strax innan äktenskapsskillnaden genom arv, gåva eller testamente i betydande omfattning förvärvat egendom som det vore oskäligt att den andra maken fick del av i bodelningen.³⁰ Skyddet kan också gälla t.ex. rehabiliteringsersättning som en make uppburit och som det med hänsyn till ersättningens personliga natur är oskäligt att den andra maken får en del av.³¹

Omständigheterna kan också hänföra sig till den andra makens ekonomiska förhållanden. Det kan exempelvis gälla fall då denne fått skuldräckning för omfattande studieskulder (ÄktB 11:2),³² eller då denne genom illojala transaktioner, som inte faller in under vederlagsreglerna (ÄktB 11:4), minskat sitt giftorättsgods.³³ Den andra maken kan då, om

²⁹ Prop. 1986/87:1, s. 44 ff; SOU 1980:85, s. 169 ff. Också i norsk rätt har skevdelningsreglerna delvis tjänat syftet att hindra make att ”skille seg til penger”. Se NOU 1987:30, s. 79 och 81. Också den danska skevdelningsregeln har motiverats av en strävan att förhindra att en make kan ”skille sig til en formue”, se Lund-Andersen, m.fl., Familieret, 4 udg. 1996, s. 618.

³⁰ Prop. 1986/87:1, s. 186–187; SOU 1980:85, s. 388.

³¹ Prop. 1986/87:1, s. 187. Jfr möjligheten att enligt ÄktB 10:3 från bodelningen undanhålla rättigheten som sådan.

³² I prop. 1986/87:1, s. 168, s. 188–189, anför departementschefen, att en make vid bodelningen bör erhålla skuldräckning även för studieskulder, men att det ofta kan anses oskäligt att den skuldsatta maken – i vart fall om studieskulden har avsett ett i förhållande till makarnas sammanlagda giftorättsgods stort belopp – får vara med och dela på den andra makens giftorättsgods. I sådana fall bör det därför enligt departementschefen finnas skäl att enligt 12:1 ÄktB jämka det bodelningsresultat som en likadelning av det sammanlagda giftorättsgodset skulle medföra.

³³ I prop. 1986/87:1, s. 49, anför departementschefen att den omständigheten att en make avsiktligt har försämrat sin ekonomiska ställning inför äktenskapets upplösning kan, i fall då vederlag inte kan utgå enligt ÄktB 11:4, föranleda att en likadelning framstår

en likadelning av det återstående nettogiftorättsgodset framstår som oskälig, erhålla kompensation härför genom jämkning. Hänsyn kan även tas till att en make har betydande tillgångar som inte ingår i bodelningen, t.ex. enskild egendom eller pensionsförsäkringar.³⁴ Redan av lagtexten i ÄktB 12:1 framgår att exemplen av omständigheter som faller in under ”makarnas ekonomiska förhållanden och omständigheterna i övrigt” lätt kan mångfaldigas. Lagförarbetena ger ytterligare stöd för en extensiv tolkning. Det är för övervägandena nedan rörande rättsföljdens konstruktion av betydande relevans att hålla i sär de två huvudsyftena, låt vara att en samlad bedömning skall göras av samtliga faktorer och att jämkning skall ske endast i undantagsfall.³⁵

4 Rättsföljden enligt gällande rätt

I den mån det med hänsyn *särskilt till äktenskapets längd* men även till *makarnas ekonomiska förhållanden och omständigheterna i övrigt* är oskäligt att en make vid bodelningen skall lämna egendom till den andra maken i den omfattning som följer av 11 kap. ÄktB, skall enligt ÄktB 12:1 bodelningen i stället göras så att den förstnämnda maken ”*får behålla mer av sitt giftorättsgods.*” Eftersom en likadelning innebär att den make som har det största nettogiftorättsgodset skall lämna egendom till den andra maken och den förstnämnda maken vid jämkning får behålla mer av sitt giftorättsgods kan jämkning endast ske till förmån för den ekonomiskt starkare maken, dvs. den som har störst nettogiftorättsgods. Jämkning kan aldrig ske till förmån för den ekonomiskt svagare maken.³⁶

4.1 Rättsföljden och syftet att åstadkomma jämkning vid kortvariga äktenskap

En bedömning av rättsföljdens förhållande till jämningsregelns syfte att hindra att en make efter ett kortvarigt äktenskap s.a.s. ”skiljer sig till pengar” fordrar även ett beaktande av den i förarbetena till ledning för tillämpningen rekommenderade s.k. femårstrappan enligt vilken det är

som oskälig och därmed föranleda jämkning enligt ÄktB 12:1. Se även SOU 1980:85, s. 179.

³⁴ Jfr dock möjligheterna till vederlag enligt ÄktB 11:4.

³⁵ Prop. 1986/87:1, s. 184 ff.

³⁶ Prop. 1986/87:1, s. 185, s. 48; SOU 1980:85, s. 174.

tänkt att makarna under de första fem årens äktenskap får en successivt växande giftorätt.³⁷ Makarna får då efter två års äktenskap 2/5 giftorätt i varandras egendom, vilket innebär att endast 2/5 av vardera makens nettogiftorättsgods blir föremål för likadelning medan 3/5 undantas från denna etc. Tanken är därvid att man skall kunna räkna per månad så att makarna för varje månad de varit gifta erhåller ytterligare 1/60 giftorätt i varandras egendom. Härvid skall, trots att lagen talar om "äktenskapets längd", enligt förarbetena hänsyn tas även till tid som makarna varit samboende före äktenskapet.³⁸ Att ett äktenskap varat endast en kort tid bör enligt departementschefen vara ett skäl att inte göra en likadelning av allt giftorättsgods som makarna har, men schablonen bör kunna frångås om andra omständigheter föranleder annat. En helhetsbedömning rekommenderas av samtliga jämningsföresättningar.

Jämkning enligt trappan kan belysas med följande exempel.

Exempel 1 (jämkning, med hänsyn till äktenskapets längd)

Bodelning skall ske mellan en man och hans hustru efter ett äktenskap som varat i ett år och två månader. Parterna var dessförinnan samboende under 6 månader. Mannens giftorättsgods uppgår till 1 200 000 kr och hustruns till 400 000 kr. Mannens skulder uppgår till 300 000 kr och kvinnans till 100 000 kr. Med hänvisning till det korta äktenskapet begär mannen att bodelningen skall jämkas enligt ÄktB 12:1.

<i>Mannen</i>		<i>Hustrun</i>	
Giftorättsgods	1 200 000	Giftorättsgods	400 000
Skulder	<u>– 300 000</u>	Skulder	<u>– 100 000</u>
Nettogiftorättsgods	900 000	Nettogiftorättsgods	300 000
Jämkning 40/60	<u>– 600 000</u>	Jämkning 40/60	<u>– 200 000</u>
20/60	300 000	20/60	100 000
Likadelning		$\frac{300\,000 + 100\,000}{2}$	

³⁷ Prop. 1986/87:1, s. 46–48, 186–187. I SOU 1980:85, s. 173 och 383 f, föreslog familjelagssakkunniga för sin del en tioårstrappa, som upptogs i förslaget till lagtext.

³⁸ Prop. 1986/87:1, s. 186–187.

<i>Andelar</i>		<i>Andelar</i>	
Hälftenandel	200 000	Hälftenandel	200 000
Jämkningsandel	600 000	Jämkningsandel	200 000
Skuldtäckningsandel	<u>300 000</u>	Skuldtäckningsandel	<u>100 000</u>
Totalt	1 100 000	Totalt	500 000

Då makarnas äktenskap och samboende varat 20 månader skall enligt den s.k. femårstrappan (tillämpad per månad) i likadelningen ingå 20/60 av mannens nettogiftorättsgods på 900 000 kr, dvs. 300 000 kr och 20/60 av hustruns nettogiftorättsgods på 300 000 kr, dvs. 100 000 kr. Mannen får sålunda genom jämkning undanta 40/60 eller 600 000 kr vilka odelade tillägs hans andel i bodelningen. På motsvarande sätt undantar hustrun 40/60 eller 200 000 kr. Vid likadelningen erhåller vardera maken $(300\,000 + 100\,000)/2 = 200\,000$ kr (ÄktB 11:3). Sedan makarna därutöver tillagts en skuldtäckningsandel (ÄktB 11:6) på 300 000 kr respektive 100 000 kr erhåller mannen en total andel på 1 100 000 kr och hustrun 500 000 kr. Då de enskilda egendomsobjekten inte individualiserats fullföljs inte bodelningen genom lottläggning.

Av exemplet framgår att hustruns andel på grund av jämkningen begränsas till netto $200\,000 + 200\,000 = 400\,000$ kr. Detta bör jämföras med en ordinär likadelning då hon netto skulle ha erhållit $(900\,000 + 300\,000)/2 = 600\,000$ kr. Samtidigt är det notabelt att hon efter ett kort äktenskap och en kort samlevnad på endast ett år och åtta månader på grund av sin enligt trappan begränsade giftorätt genom bodelningen ändå ökar sin förmögenhet från netto 300 000 kr till 400 000 kr, vilket av många torde kunna anses skäligt. Mannen å sin sida erhåller netto $200\,000 + 600\,000 = 800\,000$ kr i stället för de 600 000 kr han netto skulle ha fått vid en ordinär likadelning, eller dubbelt så stor andel netto som hustrun. Jämkning enligt trappan gynnar sålunda den ekonomiskt starkare maken, dvs. den som har det största nettogiftorättsgodset. Tekniskt förklaras detta av att vardera maken från bodelningen undantar samma kvotdel av sitt nettogiftorättsgods, vilket är olika stort. Lagtextens formulering av rättsföljden, nämligen som en rätt för den make som skall lämna egendom till den andra att "behålla mer" av sitt giftorättsgods, är inte fullt adekvat med avseende på andelsberäkningen eftersom *båda* makarna vid tillämpning av trappan undantar en kvotdel av sitt giftorättsgods. Lagstiftaren synes emellertid med uttrycket "behålla mer" ha äsyftat den slutliga överföringen vid lottläggningen.

Trots dessa synpunkter avseende teknikaliteter leder det anförda till slutsatsen att konstruktionen av rättsföljden i ÄktB 12:1 framstår som ändamålsenlig vad gäller jämningsregelns första syfte (1) nämligen att förhindra att en make efter ett kortvarigt äktenskap i oskälig omfattning s.a.s. "skiljer sig till pengar". Jämningsregelns ensidiga konstruktion till förmån för den ekonomiskt starkare maken medför när jämkning sker enbart med hänsyn till äktenskapets längd inga uppenbara olägenheter. Samtidigt torde femårstrappan ge en välbehövlig fasthet i den skönmässiga bedömningen och i normalfallen ett resultat som framstår som skäligt.³⁹ Vid behov finns möjlighet att med hänsyn till även andra omständigheter än äktenskapets längd jämka mer eller mindre för att nå ett skäligt resultat.

4.2 Rättsföljden och syftet att utgöra en allmän jämningsregel

Jämningsregelns funktion att utgöra *en allmän jämningsregel* när bodelningsreglerna i övrigt ger oskäliga resultat erbjuder den ekonomiskt starkare maken en möjlighet att i stället för en likadelning av makarnas samlade nettogiftorättsgods behålla mer av sitt eget när en likadelning med hänsyn till *makarnas ekonomiska förhållanden och omständigheterna i övrigt* (ÄktB 12:1) framstår som oskälig. Rättsföljdens konstruktion som en rätt för make att "behålla mer" av sitt giftorättsgods ger den ekonomiskt starkare maken ett skydd för sin egendom i en rad olika situationer där *omständigheterna rörande dennes egendom* talar för en jämkning. Denne har sålunda vissa möjligheter att från likadelningen undanta värdet av egendom som han eller hon förvärvat före äktenskapet eller strax före äktenskapsskillnaden genom arv, gåva eller testamente.⁴⁰ Häri

³⁹ Eftersom tidsfaktorn alltid är relevant vid kortvariga äktenskap borde det vara naturligt att då alltid lägga ut trappan och att därefter väcka frågan om jämkning bör ske i större eller mindre utsträckning. Den uppfattningen har dock kommit till uttryck att så inte bör ske utan att skäligheten först bör konstateras och att trappan därefter blott kan utgöra ett mått på hur omfattande jämkning som bör vidtas, se Lars Tottie, Äktenskapsbalken, 1990, s. 420.

⁴⁰ Rättspraxis har följdriktigt avsett fall som gällt jämkning till förmån för den make som haft störst giftorättsgods. Se NJA 1998 s. 467, vari makarna varit gifta och samboende i drygt fyra år och vari allt nettogiftorättsgods ägdes av hustrun. Det var dessutom huvudsakligen förvärvat genom arv. Genom jämkning enligt ÄktB 12:1 fick hustrun undanta halva värdet av sitt nettogiftorättsgods, varefter återstoden hälftendelades. Hon erhöll sålunda $\frac{3}{4}$ och mannen $\frac{1}{4}$ av nettobehållningen i boet.

ligger dock inte någon automatik. Dessa omständigheter måste vid en samlad bedömning vägas mot alla andra omständigheter. Har äktenskapet varit kort och värdet av sådana förvärv betydande ökar möjligheterna till jämkning. Det fordras dock att det framstår som oskäligt att värdet därav ingår i bodelningen.⁴¹ Med hänsyn till de möjligheter som lagen erbjuder att jämka bodelningen mer eller mindre genom att från likadelningen undanta visst värde för att åstadkomma ett skäligt resultat framstår rättsföljdens konstruktion som ändamålsenlig för att till förmån för den make som har mest nettogiftorättsgods uppnå ett skäligt resultat.

Exempel 2 (arv till den ekonomiskt starkare maken)

Efter ett femårigt äktenskap ansöker hustrun om äktenskapsskillnad. Vid bodelningen uppgår mannens giftorättsgods till 1 000 000 kr och hustruns giftorättsgods till 200 000 kr. I mannens giftorättsgods ingår ett arv på 400 000 kr som han erhållit strax innan ansökan. Då mannen anser att det vore oskäligt om hustrun fick del av arvet begär han att bodelningen skall jämkas enligt ÄktB 12:1.

<i>Mannen</i>		<i>Hustrun</i>	
Giftorättsgods (arv)	400 000	Giftorättsgods	200 000
Giftorättsgods (övrigt)	600 000		
	<u>1 000 000</u>		<u>200 000</u>
Jämkning	<u>- 400 000</u>		
	600 000		

$$\text{Likadelning} \quad \frac{600\,000 + 200\,000}{2}$$

<i>Andelar</i>		<i>Andelar</i>	
Hälftenandel	400 000	Hälftenandel	400 000
Jämkningsandel	400 000		
Totalt	<u>800 000</u>	Totalt	<u>400 000</u>

En ordinär likadelning skulle ha inneburit att mannen och hustrun vardera skulle ha erhållit hälften av makarnas giftorättsgods, dvs. $(1\,000\,000 + 200\,000)/2 = 600\,000$ kr (ÄktB 11:3). Om det med hänsyn till att mannen

⁴¹ Prop. 1986/87:1, s. 186–187; SOU 1980:85, s. 388.

strax före ansökan om äktenskapsskillnad erhållit ett arv på 400 000 kr (motsvarande 40 procent av hans giftorättsgods) och med hänsyn till omständigheterna i övrigt befinnes oskäligt enligt ÄktB 12:1 att arvet ingår i likadelningen kan mannen från bodelningen maximalt få undanta ett belopp på 400 000 kr. Återstoden av mannens giftorättsgods på 600 000 kr och kvinnans på 200 000 kr delas lika varvid parterna erhåller vardera 400 000 kr. Mannens totala andel i bodelningen uppgår då till 800 000 kr och kvinnans till 400 000 kr. Han behövde således inte dela med sig av sitt arv. Han har att till kvinnan utge endast 200 000 kr.

Motsvarande rätt till jämkning tillkommer inte *den ekonomiskt svagare maken*, dvs. den som har minst nettogifto- rättsgods, även om de omständigheter som åberopas till stöd härför är alldeles desamma som de vilka enligt ovan kunnat föranleda jämkning till förmån för den ekonomiskt starkare maken. Även om den ekonomiskt svagare makens gifto- rättsgods utgörs av enbart egendom som denne förvärvat före äktenskapet eller av enbart egendom som denne strax före äktenskapsskillnaden förvärvat genom arv, gåva eller testamente och även om det skulle framstå som oskäligt skall ändå enligt gällande rätt sådan egendom full ut ingå i likadelningen. Detta förhållande kan många gånger leda till direkt stötande resultat. Om hustrun, som har minst nettogifto- rättsgods, strax innan mannen ansöker om äktenskapsskillnad erhållit ett betydande arv från sin moder har hustrun sålunda inte någon möjlighet att genom jämkning undanta värdet av arvet eller ens del därav. Arvet ingår i den likadelning som mannen får del av. Motsvarande gäller om hustrun erhållit en rehabiliteringsersättning. Hon har, så länge hon har minst nettogifto- rättsgods, inte samma möjlighet som mannen att från likadelningen undanta sådan ersättning som utfallit. Förklaringen härtill ligger i rättsföljdens konstruktion, vilken innebär att den make som har minst nettogifto- rättsgods inte har något att vinna på att i stället för en likadelning behålla mer av sitt eget gifto- rättsgods. Slutsatsen måste bli att rättsföljden inte är ändamålsenlig för att uppnå jämningsregelns andra syfte, dvs. att utgöra en allmän jämningsregel i fall då de ordinära bodelningsreglerna ger oskäligen resultat. Detta kan vara fallet i förhållande till envar av makarna. Svårigheten att jämkna en bodelning till förmån för den ekonomiskt svagare parten kan belysas med följande exempel.

Exempel 3 (arv till den fattigare maken)

Antag att det i stället är mannen som efter ett femårigt äktenskap ansöker om äktenskapsskillnad och att det är kvinnan som strax före ansökan erhållit ett arv på 400 000 kr. Hennes giftorättsgods inklusive arvet uppgår till 600 000 kr. Mannens giftorättsgods uppgår till 1 000 000 kr och innehåller inget arv. Då kvinnan tycker att det vore oskäligt att mannen får del av hennes arv begär hon jämkning enligt ÄktB 12:1.

<i>Mannen</i>		<i>Hustrun</i>	
Giftorättsgods	1 000 000	Giftorättsgods (arv)	400 000
		Giftorättsgods (övrigt)	200 000
	1 000 000		600 000

Likadelning	$\frac{1\,000\,000 + 600\,000}{2}$
-------------	------------------------------------

<i>Andelar</i>		<i>Andelar</i>	
Hälftenandel	<u>800 000</u>	Hälftenandel	<u>800 000</u>
Totalt	800 000	Totalt	800 000

Eftersom kvinnan är den "fattigare", dvs. har minst nettogiftorättsgods kan jämkning inte ske till hennes förmån. Hon har sålunda inte rätt att, på samma sätt som mannen gjorde i exempel 2, från likadelningen undanta arvet på 400 000 kr. Mannen får därmed vid en ordinär bodelning del av hennes arv, varvid mannen och hustrun vardera erhåller hälften av makarnas gemensamma nettogiftorättsgods, dvs. $(1\,000\,000 + 600\,000)/2 = 800\,000$ kr (ÄktB 11:3). Mannen får till hustrun utge 200 000 kr.

Lagtextens hinder mot att i exemplet på grund av arvet jämka bodelningen till förmån för hustrun ligger i formuleringen att det skall vara oskäligt att en make vid en likadelning "skall lämna egendom till den andra maken" och att bodelningen då i stället skall göras så att den förstnämnda maken får "behålla mer av sitt giftorättsgods". Trots att mannen i exemplet får del av hustruns arv är det fortfarande han som skall lämna egendom till henne. Därför är det bara han som vid en jämkning kan få behålla mer av sitt giftorättsgods.

Möjligheten för makarna att erhålla jämkning skiljer sig också om den make som begär jämkning åberopar omständigheter som hänför sig till *den andra makens förmögenhet*. Om exempelvis den ekonomiskt sva-

gare maken fått skuldräckning för omfattande studieskulder, kan den ekonomiskt starkare maken, om en likadelning av det återstående nettogiftorättsgodset skulle framstå som oskälig, erhålla kompensation härför genom jämkning. Här ligger naturligtvis inte någon automatik. Det fordras att vid en samlad bedömning en likadelning framstår som ”oskälig”. Rättsföljden innebär att den ekonomiskt starkare maken från sitt nettogiftorättsgods värdemässigt får undanta egendom maximalt motsvarande värdet av den andra makens studieskulder varefter likadelning sker av återstående giftorättsgods.

Rättsföljdens konstruktion i fall då den ekonomiskt starkare maken genom jämkning erhåller kompensation för den ekonomiskt svagare makens avräkning av studieskulder kan belysas med följande exempel.

Exempel 4 (kompensation för studieskulder)

Efter ett femårigt äktenskap ansöker mannen om äktenskapsskillnad. Vid bodelningen uppgår mannens giftorättsgods till 1 000 000 kr och hustruns giftorättsgods till 200 000 kr. Hustrun har studieskulder på 200 000 kr. Då mannen anser att det vore oskäligt att hustrun först får skuldräckning för studieskulder och sedan rätt till likadelning av hela hans giftorättsgods begär han att bodelningen skall jämkas enligt ÄktB 12:1.

<i>Mannen</i>		<i>Hustrun</i>	
Giftorättsgods	1 000 000	Giftorättsgods	200 000
	<u>1 000 000</u>		<u>200 000</u>
		Studieskulder	<u>– 200 000</u>
			0

Jämkning	<u>– 200 000</u>
	800 000

Likadelning	<u>800 000</u>
	2

<i>Andelar</i>		<i>Andelar</i>	
Hälftenandel	400 000	Hälftenandel	400 000
Jämningsandel	200 000		
	<u>600 000</u>	Skuldräkningsandel	<u>200 000</u>
Totalt	600 000	Totalt	600 000

En ordinär likadelning skulle ha inneburit att mannen och hustrun vardera erhållit hälften av makarnas nettogiftorättsgods, dvs. $(1\,000\,000 + 0)/2 = 500\,000$ kr (ÄktB 11:3). Om det med hänsyn till att hustrun erhållit täckning för sina studieskulder och omständigheterna i övrigt befinnes oskäligt enligt ÄktB 12:1 att likadelning sker har mannen möjlighet att värdemässigt genom jämkning från likadelningen maximalt undanta egendom motsvarande skuldavräkningen. Återstoden av mannens giftorättsgods på 800 000 kr delas lika varvid parterna erhåller vardera 400 000 kr. Mannens totala andel i bodelningen uppgår då till 400 000 kr plus hans jämningsandel på 200 000 kr dvs. 600 000 kr. Han behöver p.g.a. jämkningen till kvinnan utge endast 400 000 kr, i stället för de 500 000 kr han måst utge vid en normal likadelning. Hustruns andel utgörs av hennes hälftenandel på 400 000 kr och hennes skuldtäckningsandel på 200 000 kr (ÄktB 11:6), dvs. en total andel på 600 000 kr. Det bör dock observeras att hon av detta också skall betala sin studieskuld när den förfaller till betalning. De relevanta jämförelsetalen är sålunda att mannen netto får 600 000 kr och hustrun 400 000 kr.

Antag att det i stället är den ekonomiskt starkare maken, dvs. den som har störst nettogiftorättsgods, som har stora studieskulder. Denne är då, även om skulderna skulle vara mycket omfattande, berättigad till skuldavräkning upp till värdet av hans eget giftorättsgods innan likadelning sker (ÄktB 11:2). Även om den här maken genom skuldavräkning från likadelningen undandrar betydande värden så har inte den andra maken, dvs. den som har minst nettogiftorättsgods, någon rätt att genom jämkning erhålla kompensation härför på samma sätt som den ekonomiskt starkare maken hade i exempel 4 ovan. Den make som har minst giftorättsgods har inte rätt att undanta någon del av sitt giftorättsgods, vilket oavkortat ingår i likadelningen. Den ekonomiskt starkare maken, som först fått undanta egendom till täckning av omfattande studieskulder, får därefter del i kvinnans giftorättsgods.

Exempel 5 (ej kompensation studieskulder)

Efter ett femårigt äktenskap ansöker mannen om äktenskapsskillnad. Vid bodelningen uppgår hans giftorättsgods till 600 000 kr och hustruns giftorättsgods till 100 000 kr. Mannen har studieskulder på 500 000 kr. Då hustrun anser att det vore oskäligt att mannen genom skuldtäckning för sina stora studieskulder från likadelningen drar undan 500 000 kr och att han får vara med och dela på hennes 100 000 kr begär hon jämkning enligt ÄktB 12:1.

<i>Mannen</i>		<i>Hustrun</i>	
Giftorättsgods	<u>600 000</u>	Giftorättsgods	<u>100 000</u>
	600 000		100 000
Studieskulder	<u>- 500 000</u>		
	100 000		

Likadelning	<u>100 000+100 000</u>
	2

<i>Andelar</i>		<i>Andelar</i>	
Hälftenandel	100 000	Hälftenandel	100 000
Skuldtäckningsandel	<u>500 000</u>		
Totalt	600 000	Totalt	<u>100 000</u>

Mannen erhåller skuldtäckning för sina studieskulder (ÄktB 11:2), varefter hans nettogifrorättsgods uppgår till endast 100 000 kr. Eftersom jämkning endast kan ske till förmån för den make som har störst nettogifrorättsgods och hustrun inte har mer än mannen är hon inte berättigad till jämkning enligt ÄktB 12:1. Det behållna giftorättsgodset likadelas varvid makarna erhåller vardera 100 000 kr. Mannen erhåller därutöver en skuldtäckningsandel på 500 000 kr (ÄktB 11:6). På grund därav behöver han inte utge någon egendom till hustrun, men han har att betala sin skuld när den förfaller till betalning. En annan utformning av jämningsregeln hade kunnat ge hustrun samma rätt som mannen hade i exempel 4 att genom jämkning från likadelning undanta egendom upp till värdet av hennes eget giftorättsgods och att därefter delta i likadelningen av mannens återstående giftorättsgods.

5 Överväganden

Av framställningen ovan har framgått att motiven bakom den ensidiga utformningen av rättsföljden i svensk rätt varit påfallande magra. Den omständigheten att regeringens proposition med förslag till Äktenskapsbalk saknar diskussion i ämnet tyder närmast på att den av Lidbom i förarbetena till Giftemålsbalkens jämningsregel lanserade tanken att jämkning endast bör kunna ske till förmån för den make som har störst giftorättsgods uppfattats som mer eller mindre självklar. Självklarheten är dock en dålig upplysningskälla till klargörande av skälen bakom ett ställningstagande. Två argument är det trots allt möjligt att vaska fram.

Det ena argumentet, vilket framfördes av Lidbom och vilket anknyter till de direktiv som 1969 lades fram som grund för reformarbetet, går ut på att jämkning till förmån för endast den ekonomiskt starkare maken ligger i linje med målet att *begränsa de ekonomiska rättsverkningarna* av äktenskapet.⁴² Argumentet har visst fog för sig i den meningen att en betydande begränsning av de ekonomiska rättsverkningarna sannolikt kan minska behovet av jämningsregler överhuvudtaget. Argumentets relevans begränsas dock av att Äktenskapsbalken faktiskt inte kom att innebära några drastiska begränsningar av giftorätten. Vad det pågående nordiska samarbetet kan komma att leda till får väl framtiden utvisa.⁴³ Den helt avgörande svagheten i argumentet är emellertid att det är svårt att förstå varför detta syfte skulle utesluta jämkning till förmån för den ekonomiskt svagare men tillåta jämkning till förmån för den ekonomiskt starkare maken. Tvärtom innebär väl en möjlighet till jämkning även till förmån för den make som har minst giftorättsgods att också denne får undanta egendom från likadelningen och att därmed de ekonomiska rättsverkningarna i form av giftorätt begränsas.

Det andra argumentet, vilket framfördes av familjelagssakkunniga, gick ut på att jämkning även till förmån för den ekonomiskt svagare maken skulle kunna medföra att likadelningen lätt skulle kunna komma att framträda som blott en utgångspunkt, från vilken man skönsmässigt skulle kunna avvika ”i ena eller andra riktningen” (vår kurs.).⁴⁴ Mot detta argument kan till att börja med anföras att jämkning till förmån för den ekonomiskt svagare maken naturligtvis skulle vara underkastad samma

⁴² Prop. 1973:32, s. 125.

⁴³ Se Agell, a.a. passim.

⁴⁴ SOU 1980:85, s. 174.

restriktioner som jämkning till förmån för den andra maken. Jämningsregeln skulle även i denna tillämpning vara en undantagsregel som tillämpas restriktivt. Visst kan skönsmässiga bedömningar vara vanskliga, men de torde inte vara vanskligare åt det ena hållet än åt det andra. Det är förvisso samma typ av omständigheter som skall beaktas till förmån för den ena som för den andra maken. Om exempelvis den ekonomiskt svagare maken strax innan äktenskapsskillnaden erhållit ett stort arv (exempel 3 ovan) torde det inte vara svårare att bedöma vilken effekt detta bör få på bodelningen än om det är fråga om ett arv som tillfallit den ekonomiskt starkare maken (exempel 2 ovan).

Om de argument som anförts *mot* en jämningsmöjlighet för envar av makarna framstår som föga övertygande så är argumenten till stöd *för* en sådan möjlighet desto starkare.

En rättsregel vars funktion är att utgöra en *allmän jämningsregel* när bodelningsreglerna i övrigt ger oskäligen resultat bör erbjuda makarna likhet inför lagen enär oskälighet kan drabba även den ekonomiskt svagare maken. Alla de omständigheter som den ekonomiskt starkare maken i dag kan åberopa till stöd för jämkning är lika relevanta om de åberopas till förmån för den ekonomiskt svagare maken. Det kan naturligtvis framstå som lika skäligt att den ekonomiskt svagare maken får, på samma sätt som den andra maken, i vissa fall från likadelningen undanta egendom som han eller hon förvärvat före äktenskapet eller egendom som han eller hon strax innan äktenskapsskillnaden förvärvat genom arv, gåva eller testamente särskilt om detta skett i betydande omfattning. Att den ekonomiskt starka maken i dag genom jämkning skall kunna från bodelningen ta undan värdet av arvet efter sina föräldrar eller del därav medan den ekonomiskt svagare maken måste till bodelningen skjuta till arvet efter sina föräldrar måste många gånger framstå som stötande! I tanken att kunna undanta arv och gåva från likadelningen ligger, dels att arvet inte är ett resultat av makarnas gemensamma strävan att bygga upp en förmögenhet, dels att det ofta torde överensstämma med givarens och arvlåtarens vilja att egendomen inte skall delas vid mottagarens äktenskapsskillnad i fall då givare och arvlätare inte känt till möjligheten att uppställa särskilda villkor härom.⁴⁵ Detta gäller förvisso även den ekonomiskt svagare makens föräldrar. Även i fall då jämkning sker på grund av egendomens personliga natur gör sig skälen för jämkning gällande i lika hög grad åt båda hållen. Den omständigheten att enligt gällande rätt den

⁴⁵ NOU 1987:30, s. 81 f.; Agell, a.a. 15.5.

ekonomiskt starkare makens rehabiliteringsersättning genom jämkning sålunda skall kunna undantas från bodelningen, men inte den ekonomiskt svagare makens ersättning, kan förty framstå som stötande.

Den ekonomiskt svagare maken har naturligtvis samma behov som den andra maken att genom jämkning få kompensation för omständigheter som hänför sig till den andra makens förmögenhet. Den ekonomiskt svagare maken bör sålunda ha samma möjlighet som den ekonomiskt starkare maken att genom jämkning få kompensation för att den andra maken erhållit täckning för omfattande studieskulder etc. Sådana omständigheter och andra som faller in under "makarnas ekonomiska förhållande och omständigheterna i övrigt" väger lika tungt i båda riktningarna. En jämkning till förmån för även den make som har minst giftorättsgods bör givetvis kräva en samlad bedömning av samtliga omständigheter i det enskilda fallet och en lika restriktiv tillämpning som när jämkning i dag sker till förmån för den ekonomiskt starkare maken.

En jämkning till förmån för den ekonomiskt svagare maken bör vidare begränsas av storleken på dennes giftorättsgods så att han eller hon aldrig kan undanta mer än maximalt värdet därav. Det är därför inte fråga om en jämkning i ena eller andra riktningen hur långt som helst. Däremot får i en sådan ordning den make som undantagit egendom till visst värde delta i likadelningen av återstående giftorättsgods, även om detta enbart skulle utgöras av den andra makens egendom.

En möjlighet att jämka en bodelning även till förmån för den ekonomiskt svagare maken skulle i högre grad än den nuvarande utformningen av lagrummet stå i överensstämmelse med en av de bärande idéerna bakom Äktenskapsbalken, nämligen, såsom det sägs i portalen till regeringens proposition, "att åstadkomma en bättre utjämning mellan en ekonomiskt starkare och en ekonomiskt svagare make när det gäller fördelningen av deras egendom vid äktenskapets upplösning genom äktenskapsskillnad."⁴⁶ Eftersom kvinnorna fortfarande vanligen är den ekonomiskt svagare maken i ett äktenskap skulle en förändring av rättsföljden i jämningsregeln i enlighet med det anförda även kunna bidra till en ökat jämställdhet mellan kvinnor och män.

En lagändring som möjliggör jämkning till förmån för envar av makarna skulle vidare bidra till en ökad nordisk rättsenhet, låt vara att det i övrigt föreligger omotiverat stora skillnader i de nordiska jämnings- och skevdelningsreglernas utformning. Vad beträffar den svenska inter-

⁴⁶ Prop. 1986/87:1, s. 1.

nationella privaträttens vaktslående om jämkning enligt svensk rätt av hänsyn till skyddsbehov även när i övrigt främmande rätt tillämpas på en bodelning skulle en sådan lagändring även ge § 10 IMF en mera reell innebörd såvitt avser ÄktB 12:1. En underlåtenhet att ändra jämningsregeln synes påfordra en ändring av § 10 IMF.

6 Förslag till ändring av rättsföljden i ÄktB 12:1

En ändring av jämningsregeln i ÄktB 12:1 i enlighet med övervägandena ovan tar sikte enbart på rättsföljden, vilken bör konstrueras så att jämkning kan ske till förmån för envar av makarna. Förutsättningarna för jämkning berörs sålunda inte. Det innebär att allt vad som i förarbeten, rättspraxis och litteratur anförts till utveckling därav inte berörs av en ändrad rättsföljd utan blir genom ändringen i tillämpliga delar relevant även vid jämkning till förmån den ekonomiskt svagare maken. En ny utformning av stadgandet skulle jämfört med den i dag gällande utformningen kunna ges följande lydelse.

Nuvarande lydelse

I den mån det med hänsyn särskilt till äktenskapets längd men även till makarnas ekonomiska förhållanden och omständigheterna i övrigt är oskäligt att en make vid bodelning skall lämna egendom till den andra maken i den omfattning som följer av 11 kap., skall bodelningen i stället göras så att den förstnämnda maken får behålla mer av sitt giftorättsgods.

Föreslagen lydelse

I den mån en bodelning enligt 11 kap. med hänsyn särskilt till äktenskapets längd men även till makarnas ekonomiska förhållanden och omständigheterna i övrigt skulle framstå som oskälig skall delningen i stället ske så att en av makarna eller båda innan likadelning sker får från sitt giftorättsgods undanta egendom i den utsträckning som finnes skälig.

Såsom framgår av den föreslagna lydelsen tar denna som utgångspunkt för skälighetsbedömningen bodelningen i dess helhet och inte såsom är fallet enligt gällande rätt det förhållandet att den ena maken måste lämna egendom till den andra. Skulle bodelningen utförd enligt 11 kap. framstå som oskälig gentemot någondera maken har denne sålunda rätt att innan

likadelning sker begära att av sitt behållna giftorättsgods värdemässig undanta egendom i den utsträckning som finnes skälig. En alternativ formulering med samma innebörd är att den maken då "får behålla mer av sitt giftorättsgods". En mera allmän utformning av rättsföljden vid jämkning vore att stadgandet föreskrev att delning i stället skall ske "efter annan grund som finnes skälig". En sådan utformning har dock den bristen att den inte lika tydlig anger tekniken vid jämkning.

Sker jämkning enligt trappan undantar vardera maken viss kvotdel av sitt giftorättsgods på samma sätt som enligt gällande rätt (se exempel 1 ovan). Den föreslagna lagtexten beskriver här tydligare än den gällande texten tillämpningen av trappan. Sker jämkning på annan grund undantar den ena maken eller båda egendom i den utsträckning som finnes skäligt.⁴⁷ Inget hindrar att en make begär jämkning endast med hänsyn till ett arv som denne erhållit strax före ansökan om äktenskapsskillnad och att återstoden av giftorättsgodset likadelas.

Undantagandet sker från respektive makes nettogifrorättsgods sedan gäldstäckning ägt rum och eventuella vederlagsanspråk tillgodosetts. En makes rätt att undanta egendom begränsas dock av värdet på hans eget giftorättsgods. Han kan sålunda inte ta i anspråk den andra makens giftorättsgods. Däremot är den make till vars förmån jämkning gjorts berättigad att delta i likadelningen av makarnas återstående nettogifrorättsgods även om detta skulle utgöras av enbart den andra makens egendom.

Jämkningsen innebär ett undantagande av visst värde från likadelning och inte från bodelningen i stort. Vad make undantar behandlas ej som enskild egendom och behöver därför ej på samma sätt som vid traditionell återgångsdelning genom lottläggning konkretiseras i enskilda egendomsobjekt utan tillägges dennes andel i bodelningen. Härav följer att en makes nettoandel i bodelningen vid jämkning kommer att bestå av dels värdet av vad han eller hon undantar genom jämkning dels av dennes andel vid likadelningen. Jämkning och likadelning utgör sålunda element i andelsberäkningen. Härav följer att lottläggning därefter skall ske enligt gällande regler.

⁴⁷ jfr NJA 1998 s. 467, vari jämkning enligt ÄktB 12:1 tekniskt utfördes så att den make till vars förmån jämkningen företogs fick från sitt giftorättsgods *undanta* visst värde innan likadelning ägde rum av återstoden.

7 Slutord

Äktenskapsbalken har sedan den trädde i kraft 1988 varit föremål för ändringar på olika punkter. Det har bl.a. gällt behandlingen av pensionsrättigheter och vederlagsanspråk. Förevarande begränsade förslag till ändring erfordrar inte någon total översyn av balken eller ens av jämningsreglerna. Ingen ändring föreslås beträffande de jämningsföresättningar som kan grunda oskälighet.

Förslaget syftar enbart till att genom en justering av rättsföljden göra det möjligt att jämka en bodelning även till förmån för den ekonomiskt svagare maken eller rättare sagt den make som har minst nettogiftorättsgods och att därigenom undvika stötande resultat av den i dag ensidiga konstruktionen av rättsföljden. En sådan ändring skulle i högre grad än den nuvarande utformningen av lagrummet stå i överensstämmelse med en av de bärande idéerna bakom Äktenskapsbalken, nämligen, såsom det sägs i portalen till regeringens proposition, ”att åstadkomma en bättre utjämning mellan en ekonomiskt starkare och en ekonomiskt svagare make när det gäller fördelningen av deras egendom vid äktenskapets upplösning genom äktenskapsskillnad.”⁴⁸

Även om den i förevarande artikel föreslagna lagändringen vore ett litet steg för lagstiftaren så vore den ett stort steg för halva den mänsklighet av makar som är den ekonomiskt svagare. Då denna del ännu vanligen utgörs av kvinnor skulle en lagändring även vara ett steg mot ökad jämställdhet mellan kvinnor och män.

⁴⁸ Prop. 1986/87:1, s. 1.

Anna Singer

Umgängesrätter

En rätt med mångskiftande innehåll

Att umgås med föräldrarna anses vara viktigt för barn. Barnets intresse och behov av umgänge med båda sina föräldrar – i det följande umgängesrätt – har under de senaste decennierna allt oftare lyfts fram inom barn- och familjerätten som ett av barnets mest skyddsvärda intressen. Uppnåendet av barnets bästa som rättslig målsättning har i svensk rätt i många fall kommit att ses som nära förbundet med möjligheterna att tillgodose barnets behov av umgänge. Barnets bästa har blivit synonymt med umgänge. Detta gäller vid avgörande av frågor rörande såväl umgängesrätten som exempelvis rättsligt vårdnadsansvar eller adoptions beviljande. Nästan allt tycks idag ha med barnets behov av umgänge att göra. Men är det så? Trots variationen i frågeställningarna redovisas sällan någon analys av vad det är för intresse som skall tillgodoses genom att barnets behov av umgänge beaktas och hur det tillgodoses genom den valda rättsliga lösningen. Det anses tydligen obehövligt – umgänge är barnets bästa. Mångfalden av situationer där umgängesrätten kan få betydelse aktualiserar emellertid frågan om barnets behov av umgänge verkligen kan användas som ett enhetligt och okomplicerat begrepp vid avgörande av helt olika rättsfrågor.

”Det torde kunna diskuteras, om umgängesfrågan verkligen bör ha den stora betydelse den sålunda fått ...” skrev Åke Saldeen i en artikel år 1994 apropå umgängets betydelse vid avgörande av adoptions medgivande.¹ Frågan har fortfarande lika stor aktualitet och inte bara på adoptionsrättens område. I denna artikel skall närmare granskas några av de situa-

¹ Saldeen, Å., Något om faderns ställning i svensk rätt. I: Festskrift till Anders Agell, Iustus 1994 s. 569.

tioner där barnets behov av umgänge tillmäts avgörande betydelse vid bedömningen av vad som är barnets bästa. Flera frågor uppmärksammas. Vad är umgängesrätt och vad är det för intressen som tillgodoses i sammanhanget? Det är inte givet att samma syn på barnets behov av umgänge bör läggas till grund för ett vårdnadsavgörande som vid en fråga om adoption. Och i vems intresse skall umgänge utövas?

Kanske har vi här att göra inte bara med *en* umgängesrätt, utan flera umgängesrätter med olika karakteristik.

En internationellt erkänd rätt

Barns rätt till umgänge är en också i internationella sammanhang högst aktuell fråga. Ett flertal internationella konventioner berör barns rätt till umgänge och kontakt med en förälder barnet inte bor tillsammans med. Genomgående betonas att det är endast barnets rätt till umgänge som skall skyddas. Samtidigt ger konventionstexterna ett mer tvetydigt intryck – också andra intresse än barnets tillmäts stor betydelse. Några exempel ges i det följande.

Artikel 9:3 i FN:s konvention om barnets rättigheter anger att staterna skall respektera rätten för det barn som är skilt från den ena eller båda av föräldrarna att regelbundet upprätthålla ett personligt förhållande till och direkt kontakt med båda föräldrarna, utom när det strider mot barnets bästa. Det betonas att stor hänsyn skall tas till barnets egen vilja och till barnets bästa vid avgörandet av frågor om umgänge.² Samtidigt innefattar artikelns formulering ett antagande om att barnets intresse av umgänge upphör först när ett umgänge strider mot barnets bästa. Umgänge är med andra ord till barnets bästa om det inte visas att det är skadligt. Det kan ifrågasättas om ett sådant antagande motiveras enbart av hänsyn till barnets intressen. Konventionens allmänna utgångspunkter – inte minst den i konventionens preambel uttryckta övertygelsen om att familjen är den grundläggande enheten i samhället och den naturliga miljön för barns utveckling och välfärd och därför bör ges nödvändigt skydd och bistånd så att den till fullo kan ta på sig sitt ansvar – innebär en presumtion för att föräldrars rätt att ta hand om, och ha kontakt med sina barn, också skall skyddas. Synsättet är märkbart i flera

² Detrick, S., A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child. Martinus Nijhoff Publishers 1999 s. 176. Se också SOU 1997:116 Barnets bästa i främsta rummet s. 235 ff.

av konventionens artiklar.³ FN:s konvention om barnets rättigheter kan därmed sägas skydda också föräldrarnas rätt till umgänge; dock utan att närmare ange vad det mer precist uttryckt är som skall skyddas i det enskilda fallet.

Också Europarådets förslag till en konvention rörande umgänge, *The Draft Convention on Contact Concerning Children*, präglas av en tveksamhet när det gäller vems intresse som skall skyddas.⁴ Konventionen syftar bland annat till att åstadkomma allmänna principer för avgörandet av beslut rörande umgänge och att tillhandahålla adekvat skydd och garantier för att umgänge med barn utövas på ett riktigt sätt.⁵ En utgångspunkt för konventionens bestämmelser är medvetenheten om betydelsen av att erkänna inte bara föräldrar, utan också barn som innehavare av rättigheter. Samtidigt som det betonas att det är barnets rätt till umgänge som skall skyddas, något som anges markerat genom att termen "access to children" byts ut mot "contact concerning children", innebär formuleringarna i konventionens artiklar att också förälders egen rätt till kontakt skyddas. Som exempel kan nämnas artikel 4 som anger att ett barn och hans eller hennes föräldrar skall ha rätt att etablera och upprätthålla kontakt med varandra. Kontakt får begränsas eller uteslutas endast om det är nödvändigt med hänsyn till barnets bästa. I likhet med artikel 9 i FN:s konvention om barnets rättigheter är utgångspunkten här att umgänge är till barnets bästa och att det får begränsas endast om det visas att det strider mot barnets bästa.

Frågan om barns rätt till umgänge har vid ett flertal tillfällen varit föremål för Europadomstolens bedömning vid prövning av påstådda kränkningar av rätten till familjeliv enligt artikel 8 i den Europeiska konventionen om de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna

³ Se t.ex. artikel 7:1 där det slås fast att barnet har rätt att bli omvårdat av sina föräldrar och artikel 9:1 där konventionsstaterna åläggs en plikt att säkerställa att ett barn inte skiljs från sina föräldrar mot deras vilja utom när ett sådant åtskilljande bedöms vara nödvändigt för barnets bästa.

⁴ Sverige har ännu, november 2002, inte undertecknat konventionen.

⁵ Konventionens artikel 1 anger följande: "The objects of this Convention are: a. to determine general principles to be applied to contact orders, b. to fix appropriate safeguards and guarantees to ensure the proper exercise of contact and the immediate return of children at the end of the period of contact; c. to establish co-operation between central authorities, judicial authorities and other bodies in order to promote and improve contact between a child and his or her parents, and other persons having family ties with children."

(EKMR).⁶ Artikel 8 (1) i EKMR stadgar att alla har rätt till skydd för sitt privat- och familjeliv. Konventionen skyddar därmed både barns och föräldrars rätt till familjeliv, inbegripet umgängesrätt mellan barn och förälder som inte bor tillsammans. Något uttryckligt skydd för just barns rätt till umgänge ges inte. Domstolen har dock i ett flertal fall förklarat att en avvägning mellan barnets respektive föräldrarnas intressen måste ske. Särskild vikt skall härvid tillmätas barnets intressen som, beroende på karaktär och betydelse, kan få gå före föräldrarnas intressen.⁷ Europadomstolens praxis rör uteslutande kränkning av *föräldrars* rätt till umgänge. Där slås fast att föräldrarnas rätt till umgänge får begränsas eller uteslutas när det står klart att umgänget inte är till barnets bästa.

I samtliga ovan nämnda konventioner betonas att det är barnets rätt till umgänge som skall skyddas. Icke desto mindre präglas konventions-texterna och tillämpningen av dem i stor utsträckning av en syn på umgängesrätten som en rätt för föräldrarna snarare än som en rätt för barnet. Det kan ifrågasättas i vems intresse en presumtion ställs upp om att umgänge är till barnets bästa om inte motsatsen bevisas. Om frågan betraktas ur barnets perspektiv skulle kanske det grundläggande antagandet bli ett annat, nämligen att rätten till umgänge skall skyddas så länge umgänget är till barnets bästa. Ytterligare ett problem i sammanhanget är att man här laborerar med begrepp som inte har en given innebörd. Utan en tydlig angivelse av vad som avses med umgänge respektive barnets bästa finns en uppenbar risk för att andra intressen än barnets kommer att tillmätas stor betydelse vid avgörandet av enskilda fall.

Europarådets konvention om utövandet av barns rättigheter från år 1996 skulle möjligen kunna sägas ge uttryck åt ett mer konsekvent barnperspektiv. Konventionens syfte är att främja barns rättigheter och tillförsäkra dem processuella rättigheter genom att säkerställa att barnen, själva eller genom andra personer eller organ, informeras och tillåts delta i förfaranden som berör dem inför en judiciell myndighet. Barn kan under vissa förutsättningar ges möjlighet att begära att en särskild företrädare förordnas. Konventionen anger vidare att det skall övervägas att ge barn egen talerätt i vissa mål som rör barnet. Konventionen är avsedd att gälla

⁶ Se t.ex. Hokkanen mot Finland dom 23 September 1994 Serie a no. 299; Sommerfeld v. Germany, dom 11 oktober 2001, Appl. 31871/96; Sahin v. Germany, dom 11 oktober 2001, Appl. 30943/96; Hoffman v. Germany, dom 11 januari 2002, Appl. 34045/96.

⁷ Se förutom ovan nämnda fall t.ex. Elsholz v. Germany, Appl. 25735/94 och T.P. and K.M. v. the United Kingdom, Appl. 28945/95.

på familjerättens område. Sverige har ännu inte ratificerat konventionen men förslag finns att så skall ske.⁸ Enligt det svenska lagförslaget skall konventionens bestämmelser göras tillämpliga på bland annat mål rörande umgängesrätt. Förslaget innebär dock inte några påtagliga förändringar av rådande regelsystem rörande umgängesrätt. Den svenska regleringen anses i denna del redan överensstämma med konventionens bestämmelser. En sådan konservativ hållning innebär att en del av syftet med konventionen går förlorad. Den rättsliga reglering vi numera har av umgängesrätten bygger i stora delar på bestämmelser som utgick ifrån en syn på umgängesrätt som en rätt för föräldrar. En ratificering av Europarådets konvention tillhandahåller ett tillfälle att för första gången ordentligt granska umgängesrättens konstruktion ur barnets perspektiv. Möjlighet ges därmed att stärka barnets processuella ställning och att markera att det är *barnets* intressen som skall stå i fokus vid beslutsfattande rörande umgänge.

Umgängesrätt – barnets rätt

Den första regleringen rörande umgängesrätt infördes i 1915 års lag om äktenskaps ingående och upplösning. Syftet var att förhindra att en förälder som inte hade del i vårdnadsansvaret utan grund hindrades från personligt umgänge med barnet.⁹ I 1949 års FB slogs fast att ”fader eller moder som är skild från vårdnaden, må ej betagas rätt till umgänge med barnet, med mindre särskilda omständigheter föranleda därtill”. Även om avsikten var att tillförsäkra föräldern en rätt att träffa barnet, antogs umgänge vara till glädje även för barnet. I vart fall antogs det vara självklart att umgängesrätten skulle ges ett sådant innehåll att den inte var till men för barnet.¹⁰

Det skulle dock dröja fram till slutet av 1970-talet innan man vid avgörandet av umgänges mål på allvar började uppmärksamma *barnets* intresse av umgänge i det enskilda fallet.¹¹ År 1983 fick barnets intresse

⁸ Se Ds 2002:13 Utövatet av barnets rättigheter i familjerättsprocesser.

⁹ Lag om äktenskaps ingående och upplösning 6 kap. 23 § st. 3. Se vidare prop. 1915:18 s. 86–87.

¹⁰ 1LU 1949:34 s. 17.

¹¹ Se Ewerlöf, G., & Sverne, T., Barnets bästa. Om föräldrars och samhällets ansvar. 4:e uppl. Norstedts Juridik AB 1999, s. 55. Se även t.ex. NJA 1978 s. 181; NJA 1979 C 13 samt SvJT 1980 rf s. 34.

av umgänge med förälder uttryckligt erkännande i FB:s regler.¹² Det är numera barnet som, enligt FB 6:15, skall ha rätt till umgänge med en förälder som barnet inte bor tillsammans med. Båda föräldrarna har ett ansvar för att barnets rätt till umgänge så långt möjligt tillgodoses. Den förälder som barnet bor tillsammans med har även en skyldighet att hålla umgängesföräldern underrättad om barnets förehavanden på ett sådant sätt att umgänget kan underlättas.¹³

Det är barnets intressen som skall tillgodoses genom umgängesrätten.¹⁴ FB 6:2 a st. 2 anger att vid bedömningen av vad som är barnets bästa i frågor rörande umgänge skall särskilt avseende fästas vid barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna. Men hänsyn skall också tas till om umgänge på något sätt kan vara riskfyllt för barnet. Risker för att barnet utsätts för övergrepp, olovligen förs bort, hålls kvar eller annars far illa skall beaktas vid beslut i umgängesfrågor.¹⁵ Att det är barnets intressen som skall tillgodoses markeras också genom bestämmelsen i FB 6:2 b som anger att hänsyn skall tas till barnets egen vilja vid avgörande av dessa frågor.

Att barnets behov av umgänge särskilt skall beaktas vid avgörandet av umgängesfrågor innebär inte, som man först skulle kunna tro, att det är det enskilda barnets behov av umgänge som granskas. Stadgandet i FB 6:2 a ses istället som en markering av att barn typiskt sett har behov av umgänge och att detta skall tas till utgångspunkt vid bedömningen av umgänge i det enskilda fallet. I praktiken innebär detta en presumtion för att umgänge är bra för barnet som måste motbevisas i det enskilda fallet för att inte tillämpas. Det innebär att umgänge skall ske även om det föreligger vissa risker för barnets hälsa och välfärd.¹⁶ Synsättet känns igen från de ovan berörda konventionerna. En presumtion om att um-

¹² SOU 1979:63 Barnets rätt 2. Om föräldraansvar m.m., s. 81 ff; prop. 1981/82:168 s. 41 ff.

¹³ Det kan vara fråga om information om t.ex. barnets hälsa, skolgång, uppehållsort, feriarbete eller särskilda fritidsintressen. Se vidare Ds 1989:52 Vårdnad och umgänge, s. 61 ff och prop. 1990/91:8 s. 40 ff.

¹⁴ Se t.ex. prop. 1997/98:7 s. 59 ff.

¹⁵ I dessa fall finns det möjlighet att föreskriva att umgänget skall ske i närvaro av en kontaktperson som utses av socialnämnden. Det finns dock inte någon ovillkorlig skyldighet för socialnämnden att utse kontaktperson, varför beslutat umgänge inte alltid kan komma tillstånd. Prop. 1997/98:7 s. 75–76. Se också NJA 1987 s. 15.

¹⁶ Jfr Bergman, E. & Högberg, C. Vems är umgängesrätten – barnets eller föräldrarnas? Uppsats i tillämpade studier, juris kandidatprogrammet, Göteborgs universitet Ht 2001, s. 69.

gänge är till barnets bästa låter sig dock inte alltid förenas med målsättningen att det är det enskilda barnets intressen som skall tillgodoses genom umgänge. För att en sådan målsättning skall uppnås krävs först och främst att barnets intressen tydliggörs.

Umgängesrätt – barnets intressen

Regleringen av umgängesrätten vilar på antagandena att barnet har ett grundläggande behov av en relation till båda sina föräldrar och att ett umgänge med båda föräldrarna främjar barnets harmoniska utveckling.¹⁷ I grunden ligger här flera intressen som barnet antas ha. Umgängesrätten skall fungera som ett skydd för barnets redan existerande känslomässiga relation till båda sina föräldrar. Genom att barnet ges möjlighet att få hålla kontakt med en förälder också efter en separation förebyggs känslor av övergivenhet och bortstötning hos barnet, och barnet kan bibehålla en förmåga till tillit och förtroende för andra. Vi talar här om ett psykologiskt intresse av betydelse för barnets utveckling till en harmonisk vuxen.

Ett annat intresse som lyfts fram är av mer pedagogisk karaktär. Umgänge med en förälder av samma kön som barnet ger barnet erfarenheter att bygga sin egen utveckling till man eller kvinna på. Föräldrarna ses som roll-modeller som barnet kan forma sin egen person efter. Detta intresse har särskilt betonats till stöd för små pojkars behov av umgänge med fäder som inte bor med barnet.¹⁸

Ytterligare ett intresse som ibland anförs till stöd för en umgängesrätt är barnets intresse av att bibehålla en kontakt med sitt genetiska ursprung. Barn är alltid en biologisk och psykologisk produkt av sina föräldrar och det finns ett särskilt värde i att få behålla kontakten med dem. Detta intresse har anförts bl.a. till stöd för att barn tillkomna genom assisterad befruktning skall ha möjlighet att få kontakt med en eventuell donator och inte minst i diskussioner rörande adoption. Men detta intresse finns också med i diskussioner rörande umgängesrätt med båda föräldrarna när dessa inte längre bor tillsammans.

Trots att det således är möjligt att närmare särskilja olika intressen som skall skyddas genom umgängesrätten – ovan har endast några av dessa

¹⁷ SOU 1979:63 s. 81.

¹⁸ Båda dessa intressen behandlas utförligt i bl.a. Ds 1989:52, bilaga 1 Svedin, C.-G., Barn – skilsmässa, vårdnad och umgänge.

intressen berörts – används umgängesrätt i de flesta sammanhang som en samlande beteckning för barnets olika intressen. Oftast används umgängesrätt i betydelsen att få träffa och vara tillsammans med den förälder barnet inte bor med. Genom användningen av denna trubbiga beskrivning försvinner för barnet mycket viktiga distinktioner. Det skydd som umgängesrätten skall ge kan i många fall försvagas eller försvinna. Den kan i vissa fall till och med bli till skada. Umgängesrätten handlar inte bara om att få vara tillsammans med föräldern; den handlar i grunden om att skapa goda uppväxtförhållanden för barn, något som innefattar mycket mer än att bara vara tillsammans. Umgängesrätten är inte den barnsligt enkla sak den ofta beskrivs som; den har många olika dimensioner.

Umgängesrätt – förälders privilegium

I och med att umgängesrätten beskrivs som ett skydd för en känslomässig relation till någon vuxen i barnets närhet, faller det sig naturligt att inkludera även andra personer än föräldrar i den krets av personer som barnet har rätt att umgås med. Ambitionen att låta barnet ha kontakt med närstående återfinns också i den offentligrättsliga regleringen rörande vård om barn.¹⁹ Barnet skall ha rätt att träffa personer som barnet längtar efter, men också anhöriga som det är berikande för barnet att få vara tillsammans med.²⁰ I första hand avses umgänge med någon som barnet har en anknytning till som är lika stark som den till en förälder, såsom familjehemsföräldrar, men umgänget kan även avse avliden förälders släktingar.²¹

Barnets vårdnadshavare har ett ansvar för att barnets behov av umgänge med annan som står barnet nära tillgodoses.²² Den som, mot för-

¹⁹ Socialtjänstens arbete med barn skall vägledas av kontinuitets- och närhetsprinciperna, se t.ex. prop. 1979/80:1 s. 213 ff; prop. 1989/90:28 s. 46 ff; SOU 1994:139 Ny socialtjänstlag, s. 97 ff. Ett barn som omhändertagits enligt LVU har rätt till fortsatt samhörighet med föräldrar, syskon och andra för barnet viktiga personer, se vidare prop. 1989/90:28 s. 52. Familjehemsplacering hos släktingar kan övervägas för att skapa förutsättningar för en fortsatt samhörighetskänslan med familjen, se vidare t.ex. prop. 1996/97:124 s. 113 ff.

²⁰ Walin, G., Föräldrabalken s. 211.

²¹ SOU 1979:63 s. 83.

²² I FB 6:15 talas omväxlande om skyldigheter för barnets föräldrar respektive barnets vårdnadshavare. Någon skillnad i sak torde inte vara avsedd.

älderns vilja, vill få umgänge med barnet har dock mycket begränsade möjligheter att få detta till stånd. Den möjlighet som finns är att anmäla önskemålet om umgänge till socialnämnden. Socialnämnden prövar om umgänge är till barnets bästa. Om så befinns vara fallet kan nämnden föra talan om fastställande av umgängesrätt. I praxis förekommer detta mycket sällan.²³ Skälet synes vara att umgänge med annan än förälder inte anses vara till barnets bästa i de fall barnets föräldrar motsätter sig en sådan umgängesrätt.

Barnets umgängesrätt beskrivs i lagen som en rättighet för barnet.²⁴ Umgängesrätten är dock inte någon självständig legal ”rätt” för barnet, utan närmast en del av det rättsliga vårdnadsansvaret. Barnet har ett grundläggande behov av att få träffa båda sina föräldrar och barnets vårdnadshavare har en skyldighet att tillgodose detta behov, lika väl som barnets övriga behov. Talerätsreglerna understryker att det inte är fråga om en barnets rätt. Det är endast den förälder som inte bor med barnet som har möjlighet att påkalla umgänge och få till stånd beslut och verkställighet därav. Den förälder barnet bor tillsammans med har inte givits rätt att initiera ett rättsligt fastställande av umgänge, endast en möjlighet att få redan fastställt umgänge begränsat.²⁵ I processuellt hänseende synes det därför mer rättvisande att tala om en rätt för den med barnet icke sammanboende föräldern att umgås med barnet.

Den rättsliga regleringen rörande möjligheterna att få barns rätt till umgänge fastställt, återspeglar inte fullt ut de långtgående ambitioner att tillgodose barnets intressen som framförts i olika sammanhang. Det kan till och med sättas i fråga om de svenska talerätsreglerna i sin nuvarande utformning lever upp till de krav på rättvis rättegång som ges i artikel 6 i EKMR. Regleringen speglar i stor utsträckning en sedan lång tid rådande syn på umgängesrätt som en rätt för föräldern. Om det är barnets rätt som skall tillgodoses krävs utvidgade möjligheter att få umgängesfrågan prövad, inte bara för barnet närstående utan också för barnet självt.

²³ Se t.ex. Riesbeck, M., Möjlighet för annan än förälder att få umgänge med barn – en empirisk undersökning. Examensarbete i civilrätt, juridiska fakulteten, Uppsala universitet HT 2002.

²⁴ Se t.ex. SOU 1979:63 s. 81 f; prop. 1981/82:168 s. 41 ff; SOU 1995:79 s. 90 f; prop. 1997/98:7 s. 59 ff.

²⁵ NJA 1994 s. 128; RH 2000:99.

Vårdnad och umgänge

Rättsligt vårdnadsansvar och umgänesrätt har länge varit sammankopplade begrepp. Tidigare utgjorde umgänesrätten ett alternativ till vårdnadsansvar och innebar en skyldighet för vårdnadshavaren att tåla inskränkningar i rätten att bestämma var barnet skulle vara och med vem.²⁶ Ett sådant synsätt är inte längre riktigt hållbart eftersom beslut om umgänesrätt kan fattas oberoende av hur vårdnadsansvaret är fördelat. Men det finns fortfarande tydliga och intressanta kopplingar mellan vårdnad och umgänge.

Det rättsliga vårdnadsansvaret har till syfte att tillförsäkra barnet någon som kan åläggas en skyldighet att tillgodose barnets olika behov under uppväxten, i lagtexten beskrivet som barnets rätt till omvårdnad, trygghet och en god fostran. Det är vårdnadshavaren som bestämmer hur barnets behov skall tillgodoses, dvs. hur den faktiska vården om barnet skall gestalta sig. Har ett barn två vårdnadshavare skall de tillsammans och i samråd tillgodose barnets olika behov.

Huvudregeln i svensk rätt är att barnets båda föräldrar skall ha gemensamt vårdnadsansvar. I de fall detta inte anses möjligt kan vårdnaden ges till en av föräldrarna ensam. Vid bedömningen av vad som är bäst för barnet i en vårdnadstvist skall särskilt avseende fästas vid barnets behov av nära och god kontakt med båda föräldrarna.²⁷ Den bakomliggande tanken är att den förälder som bäst tillgodoser barnets behov av umgänge med den andra föräldern skall ges vårdnadsansvar. Barnets behov av umgänge har under senare år kommit att dominera debatten rörande det rättsliga vårdnadsansvarets syfte; att vårdnadsansvaret har till syfte att tillgodose många andra behov hos barnet har i motsvarande mån kommit i skymundan. Barnets bästa har i vårdnadsfrågor blivit synonymt med behov av umgänge. Synsättet manifesterades tydligt genom 1998 års reform av vårdnadsreglerna som innebar att det blev möjligt att förordna om gemensamt vårdnadsansvar för föräldrar även i de fall den ena föräldern motsätter sig detta. Reformen motiverades nästa uteslutande med hänvisning till barnets behov av umgänge med båda föräldrarna. Barn

²⁶ Se remissyttrande från Juridiska fakultetsnämnden, Uppsala universitet i prop. 1981/82:168 s. 161 för en analys av denna fråga.

²⁷ Prop. 1990/91:8 s. 60–62. Bestämmelsen finns numera i FB 6:2 a. Se vidare SOU 1995:79 s. 90 ff; prop. 1997/98:7 s. 59 ff.

har behov av nära och goda relationer med båda föräldrarna. Gemensam vårdnad främjar detta sägs det.²⁸ Men på vilket sätt har inte närmare beskrivits.

Eftersom ett barn genom reformen kan få två vårdnadshavare som inte är överens om hur vårdnaden skall utövas ansågs det finnas behov av en möjlighet för domstol att närmare reglera hos vem av vårdnadshavarna som barnets skall bo och när umgänge med den andra föräldern skall äga rum. Tillspetsat uttryckt kan sådana förordnanden, inte minst om umgängesrätt, ses som en anvisning om hur den faktiska vården av barnet skall fullgöras – hur barnets behov skall tillgodoses. Detta kan tyckas vara i sin ordning. Men med tanke på att vårdnaden om barnet skall tillgodoses många olika behov hos barnet framstår det som lite anmärkningsvärt att barnets behov av umgänge lyfts fram på det sätt som är fallet i gällande rätt. Förklaringen skulle kunna vara att umgänge ger möjlighet för den förälder som inte bor med barnet att utöva faktisk vård av barnet. Utvecklingen mot en ökad användning av gemensamt vårdnadsansvar för separerade föräldrar förutsätter att den faktiska vården av barnet frikopplas från det rättsliga vårdnadsansvaret.²⁹ Men eftersom faktisk vård av barnet är den kanske viktigaste aspekten i förhållandet mellan barn och föräldrar, sett både ur barnets och föräldrarnas synvinkel, är det inte förvånande att umgänget kommit att få den betydelse det har.

Sambandet mellan umgänge och faktiskt vård speglas i diskussionerna rörande umgängesrättens utformning. En målsättning i svensk rätt är att umgänge skall fastställas med utgångspunkt i det enskilda fallet och att det blir individuellt anpassat och flexibelt.³⁰ Formerna för umgänget har därför diskuterats. I andra rättsordningar, såsom i Danmark och Finland för att nämna några näraliggande exempel, finns möjlighet för domstol att föreskriva att kontakten mellan barn och föräldrar kan ske på annat sätt än genom direkt umgänge, exempelvis genom brev eller telefon. En sådan möjlighet skulle kunna användas när en direkt kontakt med förälder skulle kunna vara skadlig eller när barnet bor långt ifrån förälder. Sådana lösningar har dock än så länge avvisats för svenskt vidkommande. Skälen är att det anses finnas en risk för att alltför detaljerade föreskrifter skulle kunna minska samarbetsviljan hos föräldrarna. Man vet inte heller

²⁸ Prop. 1997/98:7 s. 49.

²⁹ För en närmare analys av detta förhållande se Singer, A., *Föräldraskap i rättslig belysning*. Iustus förlag 2000 s. 448 ff.

³⁰ Se t.ex. SOU 1995:79 *Vårdnad, boende och umgänge*, s. 95; NJA 1988 s. 559.

hur sådana regler skulle fungera.³¹ Mot bakgrund av den klart uttalade ambitionen att åstadkomma individuellt anpassade lösningar för umgängesrätten är det lite förvånande att diskussionen helt domineras av föreställningen att umgänge skall utövas genom fysisk samvaro. Om utgångspunkt togs i de intressen barnet har i sammanhanget skulle alternativa former för kontakt mellan barn och föräldrar kunna framstå som nog så tillfredsställande.

Att umgänge och faktisk vård hänger samman illustreras också genom möjligheten att fullgöra underhållsskyldighet mot barnet genom umgänge. FB 7:4 stadgar att en förälder som har haft barnet hos sig under en viss tid har rätt att vid fullgörandet av sin bidragsskyldighet tillgodoräkna sig ett avdrag för barnets vistelse av det underhållsbidrag som skall utges. Den bakomliggande tanken är att den förälder som har umgänge med barnet också står för barnets kostnader under denna tid och att den andra förälderns kostnader minskar. Förslag att avskaffa avdragsrätten har avvisats med hänvisning till vikten av att barnet har nära och goda kontakter med den förälder barnet inte bor tillsammans med. Ett borttagande av rätten till kompensation skulle framstå som ett steg i fel riktning.³²

Umgängesrätten har i flera avseenden kommit att ses som ett sätt att ge en förälder möjlighet att få utöva den faktiska vården om barnet och ett sätt att fördela en knapp resurs. Umgängesrätt innebär att dela barnet ljuvt och lett med någon annan. Det synes dock vara önskvärt att låta den faktiska vården återta sitt rätta namn och sin rätta plats i diskussionerna rörande den rättsliga vårdnaden. Att tala om umgängesrätt som en rätt för barnet när det är förälderns rätt att få utöva faktiskt vård om barnet, fördunklar resonemangen och försvårar bedömningen av vad som är barnets bästa i dessa sammanhang.

Adoption och umgänge

Ytterligare ett sammanhang där barnets rätt till umgänge har fått stor uppmärksamhet är vid bedömningen av om en adoption är till fördel för barnet. Det är särskilt vid s.k. styvbarnsadoption som umgängesrätten får betydelse. Med styvbarnsadoption avses fall när barnet adopteras av den ena förälderns make. Barnet blir rättsligt parets gemensamma barn.

³¹ Prop. 1997/98:7 s. 64.

³² Se t.ex. prop. 1997/98:7 s. 66.

För att adoption skall medges krävs att barnets vårdnadshavare ger sitt samtycke till adoptionen. En förälder som inte har del i vårdnadsansvaret behöver enligt gällande rätt inte samtycka till adoptionen utan endast höras. En förälder utan del i vårdnaden kan således inte genom att vägra sitt samtycke förhindra en adoption som bedöms vara till fördel för barnet. En styvbarnsadoption får till följd att de rättsliga banden till den ena ursprungliga föräldern upphör. Därmed antas också möjligheten att fastställa umgängesrätt i förhållande till den föräldern försvinna.³³ Barnets förlust av umgängesrätt har i vissa fall medfört att adoption inte ansetts vara till fördel för barnet.³⁴ Det är dock inte givet att umgängesrätten bortfaller. Som ovan berörts ger FB 6:15 möjlighet att fastställa barns umgängesrätt med annan person än förälder som står barnet särskilt nära, exempelvis mor- eller farföräldrar i egenskap av genetiska släktingar. Förarbetena till bestämmelsen berör inte uttryckligen en förälder vars barn adopterats men det föreligger inte något formellt hinder att inkludera också sådana i den krets som kan tillerkännas umgängesrätt.

Frågan om en icke vårdnadshavande förälders möjligheter att påverka adoptions medgivande har varit föremål för lagstiftarens uppmärksamhet vid flera tillfällen, senast i Ds 2001:53 Föräldrars samtycke till adoption.³⁵ I promemorian föreslås att om en förälder som är utan del i vårdnaden inte lämnar sitt samtycke till adoptionen skall ett uteblivet samtycke inte utgöra hinder för att tillstånd ges till adoption, om detta är uppenbart bäst för barnet. Skälet till att en icke vårdnadshavande förälder på detta sätt ges en mycket stark ställning vid adoption är att dessa frågor skall avgöras med beaktande av barnets bästa. Vid bestämmandet av vad som är barnets bästa har ledning hämtats från hur denna målsättning formulerats i vårdnadsmål. Eftersom de senaste reformerna på vårdnadsrätts

³³ Se vidare SOU 1979:63 s. 83 och prop. 1981/82:168 s. 42–43. Frågan har också berörts i NJA 1987 s. 628, dock utan att beslut fattades.

³⁴ Se t.ex. NJA 1952 s. 293 och NJA 1952 s. 521. Jfr dock NJA 1987 s. 116 och NJA 1987 s. 628 i vilka mål adoption medgavs trots förlusten av umgängesrätt med en biologisk förälder.

³⁵ Lagstiftningsarbetet hade sin upprinnelse i ett fall som prövades i Europadomstolen, Söderbäck vs. Sweden (113/1997/897/1109). I målet hade en styvfar tillåtit adoptera en flicka mot den biologiska faderns bestridande. Domstolen fann att den biologiska faderns rätt till skydd för familjeliv enligt EKMR artikel 7 inte kunde anses ha kränkts. Domstolen berörde inte uttryckligen frågan om umgängesrätts betydelse. Frågan om den icke vårdnadshavande förälderns ställning i adoptionsärenden har tidigare behandlats i SOU 1989:100 Adoptionsfrågor.

område har syftat till att understryka barnets behov av båda sina föräldrar och deras gemensamma ansvar för att barnet ges tillgång till båda föräldrarna anses det inte vara logiskt att medge adoption utan att båda föräldrarna samtyckt till det.³⁶ Barnets rätt till umgänge har varit avgörande för utformningen av nu gällande reglering av förälders vårdnadsansvar som innebär att vårdnadsansvaret som huvudregel skall vara gemensamt för båda föräldrarna. Den bakomliggande tanken är att båda föräldrarna därigenom tar ett aktivt ansvar för tillgodoseendet av barnets behov, inklusive behovet av umgänge – barnets bästa tillgodoses. Ett sådant synsätt på barnets bästa är dock inte direkt applicerbart vid bedömning av om adoption är till fördel för barnet.

Resonemanget om vilken betydelse som skall tillmätas umgänge vid adoptions medgivande illustrerar på ett gott sätt hur innebörden av målsättningen barnets bästa bestäms på ett närmast slentrianmässigt sätt med hänvisning till det som numera anses vara en djup sanning – barnets bästa är att vara bibehållen möjligheten till umgänge med förälder. Om man verkligen tog barnets intresse och behov av kontakt med en förälder till utgångspunkt för bedömningen av vad som är barnets bästa i den rättsfråga som är föremål för uppmärksamhet i det enskilda fallet skulle en mer sammansatt bild framträda. Det kan i det enskilda fallet finnas anledning att skydda barnets behov av att få upprätthålla en redan bestående relation. Finns inte någon sådan relation kan barnet ha ett intresse av att ges möjlighet att etablera en sådan relation. Dessa intressen måste dock vägas mot de andra intressen som kan föreligga, exempelvis intresset av att få rättslig bekräftelse på och trygghet i en redan existerande familjerelation. Det intresse barnet har av umgänge kan också ges ett skydd oberoende av frågan om adoption och familjerättslig status. Men användningen av barnets bästa i meningen rätt till umgänge förhindrar en sådan mer mångsidig bedömning och skyddet av barnets verkliga intressen riskerar i realiteten att bli mycket svagt.

Barnets bästa och rätten till umgänge

Barnets bästa i svensk rätt är idag på alltför många områden synonymt med rätten till umgänge. Istället för att konstatera att tillgodoseendet av barnets behov av umgänge är – tillsammans med tillgodoseendet av många andra behov – barnets bästa, förenklas det hela till att barnets

³⁶ Ds 2001:53 s. 85.

bästa är umgänge. Därmed läggs vad som skulle kunna liknas vid en våt filt över varje försök till en mer fördjupad diskussion om vad barnets intressen och behov är. Under denna våta filt döljs allehanda oklara resonemang som alltför ofta handlar om att avancera andra intressen än de barnet har.

Ett mer nyanserat synsätt på barnets behov krävs, men också en öppenhet för att också föräldrarna har intressen som måste skyddas i detta sammanhang. En differentiering av de olika intressen som skall tillgodoses med umgängesrätten måste utgöra utgångspunkten för lagstiftningen om syftet med regleringen skall kunna uppnås. Om det är barnets intresse av att under trygga och förtroendeskapande förhållanden upprätthålla en redan existerande relation med en förälder måste detta intresse ges ett skydd som garanterar just detta. Att slentrianmässigt fastställa umgänge med en förälder som barnet känner sig otryggt med riskerar att för lång tid framåt radera barnets tilltro till omvärlden – det som skulle skyddas. Om det är barnets intresse av att få upprätthålla kontakt med mormor kan inte skyddet av detta intresse göras beroende av om en förälder motsätter sig en sådan kontakt; det är ju just för dessa fall som skyddet behövs. Om barnet har ett intresse av att få etablera en kontakt med en förälder som barnet inte känner måste det ges möjligheter till just detta utan att barnets rätt till trygghet i sin existerande familj sätts åt sidan. Och så vidare ...

Det regelsystem vi har idag rörande umgängesrätten utformades i en annan tid för ett annat regelsystem och med utgångspunkt i en annan syn på förhållandet mellan barn och föräldrar. Att inte uppmärksamma dessa omständigheter kan i längden leda till kontraproduktiva resultat. Uppnåendet av barnets bästa som rättslig målsättning innebär att regelsystemet hela tiden måste omprövas i förhållande till den verklighet som skall regleras och de intressen som skall skyddas. Inte minst gäller detta regleringen av umgängesrätten och dess syfte. Att oreflektat sätta likhetstecken mellan barnets bästa och umgängesrätt begränsar på ett onödigt sätt möjligheterna att åstadkomma det skydd som eftersträvas – ett faktiskt skydd för det enskilda barnets intresse och behov av umgänge med föräldrar och andra viktiga personer i barnets liv.

Lars-Göran Sund

”Måste man gulla med sin karl (kvinna)”

Några familjerättsliga betraktelser kring temat familjestabilitet

I denna uppsats¹ behandlas familjebildningars stabilitet, dels med tanke på rättsliga drivkrafter att måna om ett parförhållandes bestånd och dels avseende vilka sådana incitament som skulle kunna föras in i systemet.

I könsneutralitetens tidevarv borde kanske rubriken lyda ”Måste man gulla med sin person”. Ordet person skulle då syfta på make, maka eller sambo. Det ter sig dock tillkrånglat och mindre slagkraftigt, särskilt med tanke vad som får ses som, kanske lite ålderstigna, folkliga uttryckssätt.

Vad åsyftas då med uttrycket ”Måste man gulla med sin karl (kvinna)”? Uttrycket ”gulla med” ter sig genast – av någon anledning – såsom centralt. Ett likartat uttryck inom rättsekonomin är ”rent seeking”, som används som motsats till ”profit seeking.” Ett rent seeking-beteende handlar inte om att skapa värden, som vid ett profit seeking, utan att genom olika åtgärder komma åt värden, t.ex. ett arv. En bröstarring kan exempelvis visa inställsamhet mot en potentiell arvlätare genom att bjuda denne på goda middagar eller berömma honom eller henne för framgångar i yrkeslivet m.m., allt i syfte att bli insatt såsom testamentstagare eller inte bli utesluten från arv genom att någon annan sätts in i ett testamente. Om bröstarringen, i stället för att använda tid och kraft till ett dylikt rent seeking-beteende, vill agera profit seeking, kan han eller hon

¹ Uppsatsen är en bearbetning av min docentföreläsning vid Internationella handels-högskolan i Jönköping, oktober 2001. Hustru Annika har läst och kommenterat texten. Tack för det Annika – och tack för allt det andra!

starta exempelvis en Kebab-bar. Det bidrar till den ekonomiska tillväxten i samhället, vilket ett rent seeking-beteende inte gör. Det sista skapar inga värden. Det sker inte heller när man "gullar" med någon. I fortsättningen förutsätts "gullande" mellan man och kvinna allmänt ske i syfte att måna om parförhållandet bestånd. Att det emellanåt även sker med mera specifika mål framgår av det följande.

Fenomenet "gulla med" kan även illustreras med vad som kan kallas ett frågeskämt, nämligen: "Vad finns det för likhet mellan en äkta man och huskatten?" Ja, svaret torde för de flesta vara givet, dvs. att "båda spinner om de stryks medhårs." Det får ända utvecklingen av uttrycket att "gulla med".

Vidare har i rubriken ordet "kvinna" placerats inom parentes, medan uttrycket "karl" får ståta utan parentestecken. Förklaringen därtill finns, förutom med tanke på gamla uttryck, i det statistiska faktum att när män och kvinnor lever i parförhållanden avlider mannen i närmare 70 procent av fallen först, vilket i det följande skall visa sig ha – eller i vart fall kan ha – ett visst inflytande på mänskliga attityder och beteenden.

Har då i rättsregler producerats incitament i detta avseende, dvs. "Måste man ..."? Med andra ord: Finns det bestämmelser som ger en make eller maka eller sambo skäl att "gulla med" sin livskamrat? Sökan-det efter, eller urvalet av, familjerättsliga bestämmelser av det slaget sker i det följande med avseende på dels ett parförhållandes upplösning, genom dödsfall eller skilsmässa/separation, och dels under förhållandets bestånd.

Jag börjar sålunda med den ena, så att säga, dramatiska änden av ett parförhållande, nämligen när en make eller sambo avlider. Som bekant ärver – sedan lagändringarna 1988 – en efterlevande make ensam den först avlidne maken, om det inte finns särkullbarn, vilket berörs närmare i det följande. Den efterlevandes legala arvsrätt omfattar även den först avlidnes enskilda egendom. Jämför vi med situationen för sambor, kan konstateras att en efterlevande sambo inte ärver den först avlidne. Det krävs testamente för att en efterlevande sambo skall kunna ta arv.

I syfte att först något beröra betydelsen av det nämnda för näringslivet kan konstateras, att den legala arvsordningen leder, för makar, till att en efterlevande ärver den avlidnes aktier i ett familjebolag och det även om de utgör enskild egendom. Om den efterlevande arbetar i företaget, kanske t.o.m. är delägare och kompanjon, är, sett ur bolagets synvinkel, förmodligen allt väl och ve. Den efterlevande kan, efter att ha ärvt den först avlidne makens aktier, med en förstärkt ägarposition fortsätta att utveckla företaget. Det kan

dock antas att dessa fall är relativt få. Förhåller det sig istället så, att den efterlevande inte tagit del i verksamheten, medför ett arv av ägande i familjebolaget knappast att företagets utvecklingsmöjligheter gynnas. Ett sådant system bidrar inte till näringslivsförnyelse. Generationsskiften av ägandet i familjeföretagen kompliceras, t.ex. genom att det krävs testamente eller arvsavstående för att gemensamma bröstarvingar skall ärva före efterlevande make, i stället för att underlättas, vilket så väl skulle behövas.

För att så övergå till vilka förutsättningar som måste vara uppfyllda för att en efterlevande make skall kunna, eller få, ärva, kan konstateras att främst tre krav framträder såsom avgörande:

1. Den först avlidne maken får inte bara efterlämna särkullbarn, dvs. bröstarvingar som inte jämväl är bröstarvingar till den efterlevande. Särkullbarn ärver nämligen före en efterlevande make (ÄB 3:1, 1 st.). Med andra ord skall makarna antingen helt sakna bröstarvingar eller också skall makarna ha, förutom eventuella särkullbarn, gemensamma barn (eller avkomlingar till barn) för att en efterlevande skall få ärva.
2. Äktenskapet måste bestå. Det är t.o.m. ett krav att den först avlidne maken inte hade lämnat in en ansökan om äktenskapsskillnad. Av ÄB 3:10 framgår nämligen att 3 kap. ÄB, om makes arvsrätt, inte gäller "om mål om äktenskapsskillnad pågick vid arvlåtarens död." (Jfr ÄktB 5:3.)
3. Den först avlidne får inte ha testamenterat sin kvarlåtenskap till annan än den efterlevande maken. En efterlevande make har nämligen, till skillnad från bröstarvingar, ingen laglottsrätt. Därmed har en efterlevande ingen rätt att få del i kvarlåtenskap som testamenterats till annan. Däremot finns en arvsrättslig bestämmelse om rätt till värden motsvarande fyra basbelopp, men den är av betydelse endast för makar med små tillgångar (ÄB 3:1, 2 st.).
4. För fullständighetens skull skall kanske tilläggas en fjärde förutsättning för att en efterlevande make skall kunna ärva enligt den legala arvsordningen. Den efterlevande får nämligen inget arv, om han eller hon tagit livet av sin livskamrat eller medverkat i ett sådant skeende (ÄB 15:1 och 3). Detta tillägg ter sig dock, i det aktuella sammanhanget, såsom överflödigt, eftersom ett sådant agerande inte rimligen faller under fenomenet att "gulla med."

Om vi så ser det hela ur en *makas* synvinkel och utgår från rubriken för uppsatsen, så har hon – om hon nu är en "economic woman", dvs. hon

vill ärva sin make – på statistiska grunder (mannen avlider i nära 70 procent av fallen först) goda skäl att ”gulla med sin karl”, i syfte att han inte:

- 1) skaffar barn med en annan kvinna,
- 2) lämnar in ansökan om äktenskapsskillnad, eller
- 3) skriver testamente till förmån för någon annan än sin maka.

Endast i detta avseende finns det – och då på tidigare nämnda statistiska grunder – större skäl för en *maka* att ”gulla” med sin karl än vice versa. Att båda i övrigt har goda skäl att ”gulla” med varandra skall visa sig i det följande. Det bör noteras, att nämnda incitament är indirekta. Syftet med bestämmelserna är inte att uppmuntra till ömsinhet mellan makar eller sambor eller att befrämja parförhållandets bestånd. Vidare bör sägas, att det inom familjerätten förmodligen finns fler indirekta incitament av nämnda slag. Jag begränsar dock uppsatsen till dessa tre.

Nämnda bestämmelser gäller, i tillämpliga delar, även för homosexuella i partnerskap (3 kap. lag (1994:1117) om registrerat partnerskap). Även relevanta bestämmelser som berörs i det följande gäller för homosexuella.

En efterlevande sambo har det, vad gäller arv, enklare. Han eller hon kan, så att säga, fokusera sitt ”gullande”, nämligen i syfte att förmå den andre att skriva testamente till den efterlevandes förmån.²

Låt oss övergå till den andra dramatiska änden av ett parförhållande, nämligen skilsmässan eller separationen. Finns det då, inför en sådan – i dagsläget frekvent – eventualitet, legala incitament att ”gulla med sin karl eller kvinna”? Det får konstateras att incitamenten därvidlag är svaga, kanske obefintliga, i vart fall i ekonomiskt avseende. Få eller ingen betalar mera underhåll – tvångsvis eller frivilligt – till en f.d. maka eller make eller sambo eller till gemensamma barn, efter en skilsmässa eller en separation, av det skälet att det förekommit ett nog så idogt ”gullande” under parförhållandets bestånd. Däremot kan goda relationer mellan föräldrarna samt mellan föräldrar och barn lättare leda till ett rimligt umgänge efter parförhållandets slut. Därvidlag torde dock andra drivkrafter vara mera avgörande för benägenheten hos, t.ex. en frånskild man, att behålla en god kontakt med barnen. (jfr FB 6:4–7, 15–15 b § och 20–21).

² Detsamma gäller även för homosexuella sambor enligt lagen (1987:813) om homosexuella sambor.

Möjligen förhåller det sig tvärtom, dvs. att det – med tanke på en hög äktenskapsskillnads- och separationsfrekvens – finns goda skäl för en individ i ett parförhållanden att ägna tid och möda åt att befrämja karriären, som en slags försäkring mot en potentiell uppsplittring av förhållandet, i stället för att måna om parförhållandet och dess bestånd.³ Denna aspekt utvecklas dock inte ytterligare.

Jag bortser i sammanhanget från kommunal familjerådgivning m.m. (socialtjänstlagen – 2001:453 – 5:3), eftersom den kommer in sent i ett parförhållande som, så att säga, redan har bekymmer. Legala incitament bör sättas in med verkan på ett väsentligt tidigare stadium.

Efter att sålunda ha penetrerat de legala drivkrafterna att ”gulla med sin karl eller kvinna” inför de två mest dramatiska slutet på ett parförhållande, låt oss slutligen vända blicken mot eventuella skäl att måna om parförhållandet som sådant och medan det hela pågår? Med andra ord: Finns det legala incitament för makar och sambor att slå vakt om sitt förhållande eller att, i vart fall, söka undvika skilsmässa respektive separation?

Först kan konstateras att prognosen för att i dag nyingångna äktenskap skall sluta i skilsmässa är c:a 50 procent. Separationsfrekvensen för sambor är högre. Vidare kan, för den som ännu lever i tron att ”gräset är grönnare på andra sidan”, konstateras, att äktenskapsskillnadsfrekvensen ökar vid andra äktenskapet och är, antagligen, några ytterligare snäpp högre vid ett eventuellt tredje försök.⁴

För att så återvända till frågan om det ges rättsliga drivkrafter att måna om parförhållanden, så kan det först noteras att statsmakten intar – eller i vart fall har intagit – en neutral inställning i förhållande till individers val av samlevnadsform. Neutralitetsideologin är dock en osäker historia och möjligen har den övergivits. För det andra finns inga rättsregler som ger skäl för makar och sambor att måna om – den ena eller andra typen av – parförhållandens bestånd. I rättsordningen saknas alltså direkta sådana incitament.

Jag bortser i sammanhanget från ÄktB 1:2 och 4 om att ”Makar skall visa varandra trohet och hänsyn. De skall gemensamt vårda hem och barn och i samråd verka för familjens bästa.” respektive ”Makar skall för-

³ Becker, 1991, s. 55.

⁴ För utförligare statistik, se vidare av Agell, 1998, s. 20 ff och Saldeen, 2001, s. 27 ff.

delat utgifter och sysslor mellan sig.” Dessa regler får ses som portalparagrafer. De saknar rättsverkningar. Reglerna utgör uttryck för statsmaktens moraliska uppmaningar, eller vädjanden, om samverkan mellan makar.

Det har, för övrigt, beräknats att den årliga samhällsliga kostnaden för skilsmässor och separationer är c:a tio miljarder kr.⁵ Kostnaderna består bl.a. i ökade bostadsbidrag och underhållsstöd. Vidare har det beräknats att det i Sverige finns närmare 1,9 miljoner enpersonhushåll.⁶ Likaledes hävdas att i Stockholms stad är c:a 55 procent av de vuxna individerna ensamboende.⁷ Skulle det sista vara korrekt, kan man bl.a. undra om bostadsbristen i den trakten skulle vara löst, om den kvoten i stället var tio procent? Det kan inte uteslutas att siffrorna är något överdrivna. De visar dock på en del av allvaret i situationen.

Vad slag av legala incitament skulle då kunna införas med avsikt att påverka individers värderingar och attityder i parförhållanden till att ”gulla med sin karl eller kvinna,” vilket i sin tur skulle ske i syfte att måna om parförhållandets bestånd. Låt mig ge några exempel:

1. Vi kan införa en frivillig äktenskaps- och samboendeskola, som kan administreras av t.ex. sociala myndigheter. I den skolan får varje par, under en kurstid på kanske en dag, lära sig grunderna i bl.a. familjeekonomi och familjerätt. Skolan kan följas upp med, i samband med första barnets födelse, ytterligare undervisning om barns rättigheter och den gemensamma föräldrarollen.

Sådana kurser är motiverade bl.a. eftersom en familjeekonomi kan vara nog så svår att hantera, åtminstone under åren efter det första barnets födelse. Vidare är det familjerättsliga systemet både ingripande och komplext. Likaledes kan föräldrarollen och barns behov i dag vara väsentligt mera komplicerade företeelser än under t.ex. jordbrukssamhällets tid. Det har skett mycket stora förändringar.

2. En av föräldrarna bör av samhället ges ekonomiska möjligheter att på heltid vara hemma hos varje barn under barnets c:a tre första levnadsår. Under dessa tre år är i regel föräldrakontakten allt för barnen. Deras

⁵ Svenska Dagbladet 1998-04-22.

⁶ SCB 2002:4 s. 21. Rapporten baseras på en urvalsundersökning, varvid svarsfrekvensen var sämst hos ensamstående. Folk- och bostadsräkning har inte skett sedan 1990. Uppgifter från avdelningsdirektör Åke Nilsson, SCB.

⁷ Muntliga uppgifter av statistiker Bo Nyman vid Stockholms stads Utrednings- och statistikkontor. Uppgifterna baseras på Bostads- och hyresundersökningen från 1997. Även den är en urvalsundersökning.

värld är liten och bör få förbli sådan. Först då – efter c:a tre års ålder – blir i regel lekkamraterna viktiga. Tiden hemma med barnen bör delas mellan föräldrarna. Det finns undersökningar som visar att det är av vikt att även pappan tar del i barnets uppväxt.⁸

3. Vi kan införa frivilliga samlevnadskontrakt i skriftlig form. Ett sådant avtal kan, av t.ex. sociala myndigheter, utformas som ett standardkontrakt med möjligheter att lägga till punkter och stryka vissa. Avtalet kan exempelvis innehålla punkter om fördelningen av hushållsarbetet, tillsynen av barnen och vården av gemensam egendom. Sådana avtalspunkter ger möjligheter till eftertanke före samlevnaden påbörjas eller under dess bestånd. Vidare kan inarbetas påtryckningsmedel – vars grunder man enats om i kontraktet – i syfte att kunna användas under det bestående parförhållandet.

I ett avtal kan parterna även reglera exempelvis hur den skall kompenseras som, i stället för att arbeta full tid på den öppna marknaden, i relativt hög grad väljer att sköta hem och barn. Kompensation kan ske genom "lön" från den andre parten eller genom att kontraktet ger möjligheter till kompensation, om parförhållandet en dag upphör genom äktenskapsskillnad eller separation.

Nu kan kontraktsskrivande te sig stötande för den som anser att ett parförhållande skall vila på känslomässiga band. Den inledande tidens amorösa kitt tycks dock ha en tendens att falna bort i takt med att hormonstormarna avtar samt antalet räkningar och vaknätter tilltar. Det sista ger i regel föga skäl att gulla med sin livskamrat. De åsyftade affekterna kan dock med tiden ersättas med andra former av gemensam uppskattning. Att ha gemensamma minnen, inte minst av barnens uppväxttid, och att ha en lojal livskamrat vid sin sida, som ställer upp när det behövs, t.ex. när det visar sig att också barnbarn är förenat med blöjbyten och vaknätter, kan vara fullt tillfyllest.⁹ Härvidlag kan ett samlevnadskontrakt hjälpa till att se och förstå det gemensamma projektet – för att nu låna ett amerikanskt uttryck – "to raise a family." Kontraktet kan bidra till att göra projektet väl värt att sträva för och enas kring.

Även om analogin haltar något kan vi jämföra med situationen för två kompanjoner som startar ett företag. De får i regel rådet att skriva ett konsortialavtal, i syfte att reglera sina mellanhavanden under den tid de förblir kom-

⁸ Se hänvisningar i Bruce, 1995, s. 59 f. Jämför a.a. s. 61 ff.

⁹ Se vidare om "enduring deplly intimate relationships" i Tabensky 1998 s. 308.

panjoner. Det har, om konsortialavtal, sagts att om det är skickligt utformat behöver det inte någonsin tas fram. Relationerna mellan kompanjonerna fungera ändock utmärkt. Ett starkt bidragande skäl till den framgången kan vara att avtalet gav parterna orsak att tänka igenom sina mellanhavanden i förväg. Det, så att säga, tysta avtalet blev en konfliktlösningsmekanism. Ett motsvarande kontrakt bör även kunna bidra till att befrämja makars och sambors gemensamma mellanhavanden.

4. Vi kan placera en av föräldrarna med hemmavarande underåriga barn i en förmånligare skatteklass. Med andra ord att inkomsten beskattas lägre för den ene. Det kan kanske ske för den – eller båda, i turordning – som är hemma på heltid under barnets första tre levnadsår. Under resterande tid, åtminstone fram till dess att ett barn fyllt 16 år kan det ges viss skattereduktion per barn.

Sådana skatteincitament kan bl.a. motiveras utifrån ekonomiska rättviseskäl. Föräldrar som båda bor ihop med sina barn har relativt lätt att klara normala levnadsomkostnader och kostar därmed samhället mindre i bostadsbidrag och andra transfereringar. Det är inte i alla avseenden helt rimligt att de par som månar om familjestabiliteten genom skattemedel skall behöva bidra till levnadsomkostnaderna för dem som väljer att gå skilda vägar.

Innan jag berör vilka effekter de fyra förslagen enligt ovan skulle kunna få, bör Ajzens "Theory of planned behavior" kort beskrivas.¹⁰ Enligt denna teori avgörs mänskligt beteende av en motiverande faktor (kallad "intention"), dvs. en faktor som avgör till vilken grad en individ är beredd att anstränga sig. Den motiverande faktorn påverkas i sin tur av tre faktorer, nämligen individens *dels* attityder ("attitudes"), dvs. den grad av positivt eller negativt förhållningssätt en person har i förhållande till ett visst beteende – här alltså avseende benägenheten att måna om ett parförhållandes bestånd – *dels* uppfattning av det sociala trycket att utföra eller avstå från ett visst beteende ("subjective norm") *och* *dels* bedömning av hur enkelt eller svårt det är att utföra ett visst beteende ("perceived behavioral control").

Även om teorin har visat sig ha ett gott förklaringsvärde för mänskligt beteende under olika förhållanden, t.ex. konsumentbeteende, så är den inte testad i det nu aktuella sammanhanget. Med andra ord kan inga slutsatser dras av modellen vad gäller makars och sambors benägenhet att

¹⁰ Se vidare i Ajzen, 1991, s. 181 ff.

samverka för att utveckla och bevara en familj. Det hindrar dock inte att här kan föras ett kort resonemang kring vilken inverkan de fyra förslagen skulle kunna få vad gäller de faktorer som påverkar den motiverande faktorn enligt Ajzens teori (dvs. till vilken grad en individ är beredd att anstränga sig). Påverkande faktorer är, som sagt, individers attityder och deras uppfattning om det sociala trycket samt individers uppfattning av om hur enkelt eller svårt det är att utföra ett visst beteende.

Legala incitament av nämnda slag – alltså äktenskaps- och samboendeskola, ekonomiska möjligheter för föräldrar att stanna hemma hos varje barn under dess första tre levnadsår, samlevnadskontrakt och skattelättnader för föräldrar – kan göra att samlevanden både ter sig enklare att hantera och att den de facto också blir det (perceived behavioral control). Vidare kan åtgärderna skapa ett visst socialt tryck, som befrämjar stabiliteten i parförhållanden (subjective norm). Slutligen kan de bidra till att värderingar förändras, t.ex. genom att det åter blir ett ideal att ha en familj eller, med nämnda amerikanska uttryck, "to raise a family". Sådana värderingar påverkar makars och sambors attityder, vilka i sin tur påverkar beteendet. Samtliga förslag torde bidra till benägenheten att "gulla med sin karl och kvinna" och att vart par därmed bl.a. mår om förhållandets bestånd.

För att så slutligen sammanfatta situationen i dag, vad beträffar legala incitament att "gulla med sin karl och kvinna," så kan det konstateras att det inte finns direkta sådana. Däremot finns regler av moraliskt slag. Vidare förekommer indirekta legala incitament. Här har framhållits vissa som har avseende på en makes frånfälle. Det är en av lagstiftaren alltför svag och begränsad (ÄktB 1:2 och 4) samt snedvriden (ÄB 3:1 och 10 m.fl.) ansats. Familjelivet är väl värt att uppmuntras med mera omfattande legala incitament, särskilt vad gäller benägenheten att måna om ett parförhållandes bestånd.

Litteratur

- Agell, A., Äktenskap, samboende och partnerskap. Uppsala 1998.
Ajzen, I., Theory of Planned Behavior. Organizational Behavior and Human Decision Processes. New York 1991.
Becker, G.A., A Treatise on the Family. London 1991.
Bruce, J. m.fl., Families in Focus. The Population Council. New York 1995.
Saldeen, Å., Barn och föräldrar. 4 uppl. Uppsala 2001.

Statistiska centralbyrån (SCB), Demografiska rapporter 2002:4. Befolkningsåret 2001.

Sund, L.-G., "Famijestabilitet – påverkan av ekonomiska faktorer och värderingar." Tfr 1999 s. 782–813.

Tabensky, P.A., Eudaimonia. The Supremely Happy Life. Perth 1998.