JURIDISKA FÖRENINGENS I FINLAND
PUBLIKATIONSSERIE
Nr 34

Y. J. HAKULINEN

Familjerätt

SÖDERSTRÖMS

Juridikbok.se

Denna digitala version av verket är nedladdad från juridikbok.se.

Den licens som tillämpas för de verk som finns på juridikbok.se är **Creative Commons CC BY-NC 4.0**. Licensvillkoren måste följas i sin helhet och dessa finner du här https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/legalcode.sv

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att:

• Kopiera och vidaredistribuera materialet oavsett medium eller format

• Bearbeta och bygga vidare på materialet

Villkoren för tillståndet är:

• Att användaren ger ett korrekt erkännande, anger en hyperlänk till licensen och anger om bearbetningar är gjorda av verket. Detta ska göras enligt god sed.

• Att användaren inte använder materialet för kommersiella ändamål.

• Att användaren inte tillämpar rättsliga begränsningar eller teknik som begränsar andras rätt att gör något som licensen tillåter.

Se även information på
https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv

http://urn.kb.se/resolve?urn=urn:nbn:se:juridikbokse-f453a

JURIDISKA FÖRENINGENS I FINLAND
PUBLIKATIONSSERIE
Nr 34

JURIDISKA FÖRENINGENS I FINLAND
PUBLIKATIONSSERIE Nr 34

RÄTTELSER OCH TILLÄGG

S. 221 — 224. Överrubrikerna avse *21 § VI* (icke V).

S. 224. Rad 6 uppifrån skall börja med siffran *VI bis* och lyda: VI bis. 1. På äldre äktenskap äga de ovan anförda reglerna.

S. 282. Efter raden 22 uppifrån tillägges:

Regeln om förvärv av adoptantens släktnamn gäller givetvis icke då adoptivbarnet är en gift person. Denne behåller sitt förra släktnamn (AdoptL 5 §).

S. 290. Lag om ändring av äktenskapslagen — ny 40 a § — har utfärdats d. 13 mars 1964.

En av författaren utarbetad framställning av finsk äktenskapsrätt ingår i samlingsverket *Leske — Loewenfeld,* Rechtsverfolgung im internationalen Verkehr (1964).

I ett särskilt band av samlingsverket *Zivilgesetze der Gegenwart* skall utkomma författarens framställning av finsk familjerätt.

FAMILJERÄTT

AV

Y. J. HAKULINEN

SÖDERSTRÖM & C:o
FÖRLAGS AB
Helsingfors

© *Y. J. Hakulinen 1964*

TAMMERFORS 1964
Tammerfors Handelstryckeri

FÖRETAL

Förevarande arbete innehåller en systematisk framställning av gällande familjerätt. Däri behandlas såväl äktenskapsrätten som rättsställningen av barn i och utom äktenskap.

I fråga om äktenskapsrätten har hänsyn tagits ej blott till äktenskapslagen av år 1929 utan även till de äldre lagar som fortfarande vinna tillämpning i avseende på äktenskap vilka ingåtts före äktenskapslagens ikraftträdande. Dessa äldre rättsregler hänföra sig till makars egendoms- och gäldförhållanden. Vid äktenskapslagens tillkomst underkastades makar i tidigare äktenskap bestämmelserna i den nya lagen såvitt angår deras personliga förhållanden och upplösning av det äktenskapliga bandet, varemot reglerna rörande den äktenskapliga förmögenhetsrätten blevo i det stora hela vid det gamla. Detta förklaras av att den nya lagens automatiska utsträckande till tidigare äktenskap skulle ha gjort intrång i makars rätt mot varandra och borgenärers rätt mot makar. Kännedom om de äldre lagreglerna är alltjämt av stor betydelse för det praktiska rättslivet. Vid framställande av dessa har i arbetet den historiska metoden följts såtillvida att i avsnitten beträffande makars förmögenhetsförhållanden under äktenskapet de äldre äktenskapen beaktats före de nya. I vad angår äktenskaps upplösning är ordningen däremot den motsatta, vilket beror på att äktenskaps upplösning ur äktenskapslagens synpunkt primärt lyder under den nya lagen även om vid avvittring de äldre reglerna kunna komma i betraktande.

Under den tid av över trettio år som förflutit efter äktenskapslagens ikraftträdande har denna lag undergått betydelsefulla ändringar särskilt beträffande upplösning av äktenskap. Reglerna om makars förmögenhetsförhållanden ha däremot blott i mindre mån blivit omgestaltade, ehuru vägande anmärkningar kunna riktas mot lagen i

detta hänseende. Kritiska betraktelser ha därför i många punkter visat sig påkallade. Det arbete rörande omdaning av äktenskapsrätten vilket som bäst pågår i Sverige följer man här med uppmärksamhet och de reformer som nyligen genomförts i Västtyskland kunna ej heller lämna oss oberörda. För att kunna med framgång skrida till en revision av äktenskapslagstiftningen är det emellertid en förutsättning att innehållet av gällande rätt blir utrett.

Vid framställandet av reglerna rörande barns rättsliga ställning har hänsyn tagits till stadganden som ingå i äktenskapslagen och vissa delar av förmynderskapslagen samt i lagarna om äktenskaplig börd, utomäktenskapliga barn och adoptivbarn. Genom lagstiftningen om blodundersökning — 1946 års lag och den nya lagen av år 1963, enligt vilken domstol även av eget initiativ kan förordna om sådan undersökning — ha bestämmelserna i 1922 års lag beträffande barn utom äktenskap medelbart blivit modifierade i vad det gäller fastställande av faderskap såsom betingelse för underhållsskyldighet.

Arbetets fullbordan har understötts av statens samhällsvetenskapliga kommission och delegationen för den svenska litteraturens främjande.

Helsingfors i februari 1964.

Författaren.

INNEHÅLLSFÖRTECKNING

Inledning

1 §. Familjerättens begrepp 1
2 §. Rättskällor 3

1 kap.

Trolovning

3 §. Trolovnings rättsliga natur 7
4 §. Ingående av trolovning 9
5 §. Brytande av trolovning 15

2 kap.

Förutsättningar för äktenskap

6 §. Allmän äktenskapskapacitet 25
7. §. Äktenskapshinder 30

3 kap.

Formen för ingående av äktenskap

8 §. Lysning 39
9 §. Vigsel 45

4 kap.

Äktenskapets personliga verkningar

10 §. Livsgemenskap 48
11 §. Underhållsskyldighet 53

5 kap.

Äktenskaplig förmögenhetsrätt

12 §. Det legala egendomssystemet 68

13 §. Giftorätt 72
14 §. Egendomsförvaltning 88
15 §. Avvikelser från det legala egendomssystemet 103
16 §. Inbördes rättshandlingskapacitet 111
17 §. Gäld 134

6 kap.

Upplösning av äktenskap

18 §. Äktenskaps återgång 157
19 §. Äktenskapsskillnad 176
20 §. Hemskillnad 196

7 kap.

Avvittring av makars egendom

21 §. Avvittringens förutsättningar och genomförande 209
22 §. Vederlag 228
23 §. Boskillnad 243

8 kap.

Barns rättsliga ställning

24 §. Äktenskapliga barn 249
25 §. Utomäktenskapliga barn 264
26 §. Adoption 276

Bihang I—V 288
Sakregister 299

FÖRKORTNINGAR

A. Litteratur

Andersen, Ernst ... Ægteskabsret I—II. København 1954, 1956.
Arnholm ... Laerebok i Familierett, 3 utg. Oslo 1958.
Beckman, Nils . . . Svensk familjerättspraxis, 2 uppl. Stockholm 1960.
Beitzke ... Familienrecht, 10 Aufl. München und Berlin, 1962.
Borum, Foraeldre ... Familieretten I, Foraeldre, Børn, Dansk Navneret, 2 Udg. København 1945.
Borum ... Familieretten II, Ægteskabs Indgaalse, Opløsning, Retsvirkninger. København 1941.
Brusiin ... Zum Ehescheidungsproblem. Hyvinkää 1959.
Calonius ... Praelectiones in jurisprudentiam civilem, ediderunt Wilhelm Chydenius et Väinö Nordström. Helsingforsiae 1908.
Chydenius ... Lärobok i finsk äktenskapsrätt, 2 uppl. Helsingfors 1922.
Chydenius, ArvR ... Finsk arfs- och testamentsrätt, 3 uppl. Helsingfors 1920.
Grönvall ... Den nya äktenskapslagstiftningen, 2 uppl. Helsingfors 1930.
Hakulinen, Avioliittolainsäädäntö ... Avioliittolainsäädäntö kiinteistön luovutusta ja maanmittaustoimitusta silmälläpitäen. Maanmittaushallituksen julkaisuja n:o 24, Helsinki 1933.
Hakulinen, Kiinteistön luovutuksen muodosta ... Kiinteistön luovutuksen muodosta sekä julkisen kaupanvahvistajan asemasta ja tehtävistä. 2 pain. Vammala 1949.
Hakulinen, Muutettu avioliittolaki ... Muutettu avioliittolaki, Eripainos Defensor legis lehdestä. Hämeenlinna 1948.
Hakulinen, Obligationsrätt I ... Obligationsrätt I. Allmänna läror. Helsingfors 1962.
Hakulinen, Perusteettoman edun palautus ... Perusteettoman edun palautus. Siviilioikeudellinen tutkimus. Helsinki 1931.
Huttunen ... Avioliittolaki ynnä siihen littyvät lait ja asetukset, 2 pain. Porvoo 1945.
Lehmann ... Deutsches Familienrecht. 3 Aufl. Köln 1960.
Malmström ... Föräldrarätt. Stockholm 1956.
Massfeller ... Das gesamte Familienrecht. Band 1. Das innerstaatliche Recht der Bundesrepublik Deutschland. 2 Aufl. Frankfurth am Main — Berlin 1962.
Melander ... Asumusero. Vammala 1949.
Melander, Avioeron vaikutuksesta ... Avioeron vaikutuksesta lapsen huoltoon. Vammala 1940.

Melander, Lapsen huollosta ... Lapsen huollosta. Yksityisoikeudellinen tutkimus. I. Vammala 1939.

Melander, Utomäktenskapliga barn ... Om utomäktenskapliga barns rättsliga ställning. Bilaga 5 till Forhandlingerne på det attende nordiske Juristmøde i København den 26.—28. August 1948. København 1949, särtryck Helsingfors 1948.

Nylander, Ivar ... Studier rörande den svenska äktenskapsrättens historia. Uppsala 1961.

Rautiala ... Avioliitto-oikeus. 2 pain. Helsinki 1959.

Rautiala, Perillisen lakiosa ... Perillisen lakiosa. Perintökaaren uusitun 17 luvun selitykset. Helsinki 1957.

Schmidt, Folke ... Äktenskapsrätt. Stockholm 1963.

Walin ... Föräldrabalken. Stockholm 1952.

Westring ... Den nya giftermålsbalken. 2 uppl. ombesörjd av Birger Ekeberg och Einar Stenbeck. Stockholm 1933.

Winroth ... Svensk civilrätt. I. Lund 1898. II. Malmö 1900.

Wolff ... Lehrbuch des bürgerlichen Rechts von Enneccerus, Kipp und Wolff. II, 2. Das Familienrecht (Eherecht). 4. Bearbeitung. Marburg 1923.

B. Lagar, tidskrifter, samlingar av rättsfall m.m.

AdoptL	Lag om adoptivbarn (1925)
AvtL	Avtalslagen, dvs. Lag om rättshandlingar på förmögenhetsrättens område (1929)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
C. civ.	Code civil
Cod. civ.	Codice civile
d.	dom
D	*Defensor legis, avdelning för rättsfall*
DL	Defensor legis, textavdelning
DödförkL	Lag om försvunnen persons förklarande för död (1901)
FfS	Finlands författningssamling
FörmL	Lag om förmynderskap (1898)
FörmånsF	Förordning om förmånsrätt (1868)
FörsAvtL	Lag om försäkringsavtal (1933)
GB	Giftermålsbalk (1734)
GåvoL	Lag om gåvoutfästelser (1947)
HB	*Handelsbalk* (1734)
HD	Högsta domstolen (vid hänvisning till rättsfall avser I redogörelse och II meddelande i publikationen Redogörelser och meddelanden angående HD:s avgöranden
HovR	Hovrätt

HyresL	Hyreslag (1961)
IntFamL	Lag angående vissa familjerättsliga förhållanden av internationell natur (1929)
JB	Jordabalk (1734)
JFT	Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland
KS	Konkursstadga (1868)
Lagb	Lagberedningen
LagfL	Lag om lagfart och tiden för klander av fastighetsfång (1930)
LM	Lakimies, tidskrift utgiven av Suomalainen Lakimiesyhdistys
MakEgendL	Lag om makars egendoms- och gäldförhållanden (1889)
NJA	Nytt juridiskt arkiv (samling av svenska rättsfall)
OlycksFL	Lag om olycksfallsförsäkring (1948)
PreskF	Förordning om preskription i fordringsmål och om årsstämning (1868)
pt.	punkt
RB	Rättegångsbalk (1734)
RF	Regeringsform för Finland (1919)
SBL	Lag om skuldebrev (1947)
Sen.	Senatens justitiedepartement
SL	Strafflag (1889)
SOU	Statens offentliga utredningar (i Sverige)
SvJT	Svensk juristtidning
TF	Förordning angående tillämpning av äktenskapslagen och lagen om dess införande (1929)
u.	utslag
UL	Utsökningslag (1895)
UpphovsL	Lag om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk (1961)
UrarvaF	Förordning om gälds betalning vid dödsfall samt om urarvagörelse (1868)
UÄktL	Lag om barn utom äktenskap (1922)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ÄB	Ärvdabalk (1734)
ÄktBördL	Lag om äktenskaplig börd (1957)
ÄL	Äktenskapslag (1929)
ÄPL	Lag angående införande av äktenskapslagen (1929)

INLEDNING

1 §. Familjerättens begrepp.

I. Till familjerätten hänföras de privaträttsliga regler som avse familjeförhållandet, särskilt i vad angår äktenskapet varigenom en familj bildas mellan mannen, hustrun och deras barn. De familjerättsliga stadgandena reglera äktenskaps ingående, de rättigheter och skyldigheter äktenskap medför för makar samt det äktenskapliga bandets upplösning, vartill ansluta sig regler om makars och barns inbördes förhållande. Området för familjerätten sträcker sig dessutom till rättsförhållandet mellan föräldrar och barn utom äktenskap ävensom till adoptionen. En familj anses jämväl i dessa fall föreligga, ehuru den är av annan omfattning och har en annan rättsgrund än i fråga om äktenskap.

Arvsrätten har flera anknytningar till familjerätten men bör likväl behandlas som ett skilt rättsgebit. Utanför familjerätten falla ock stadgandena om en persons allmänna rättshandlingsförmåga. Dylika bestämmelser ingå i lagen om förmynderskap vari regleras förutsättningarna för rättshandlingsförmågan samt i anslutning härtill det bistånd vid egendomsförvaltning som en person utan rättshandlingsförmåga har behov av. Med hänsyn till utgångspunkten för det förmynderskapsrättsliga skyddet är rättsområdet snarare att hänföra till personrätten såsom innefattande normer för uppkomsten, utövningen och upphörandet av en persons kapacitet att företaga rättshandlingar. Dock är att bemärka att mellan familjerätten och förmynderskapsrätten finnas beröringspunkter, vilket skönjes framför allt därav att föräldrar intaga ställningen av sina barns förmyndare omedelbart på grund av lag. Dessutom innehåller förmynderskapslagen bestämmel-

ser som ej avse den rättsliga handlingsförmågan utan vårdnaden om myndlingens person. Enär vårdnaden i regel ankommer på föräldrar oaktat de icke vore förmyndare, bilda dessa stadganden icke en oskiljaktig del av förmynderskapsrätten utan kunna lika väl anses falla under familjerätten, vartill också reglerna om underhållsskyldighet enligt gällande lag höra.

Att förmynderskapsrätten bör principiellt åtskiljas från familjerätten och helst betraktas som en del av personrätten är en ståndpunkt som torde vara förhärskande i dansk och norsk doktrin. Se *Borum,* Personrätten, s. 1 f., *Arnholm* s. 10. Denna uppfattning har följts i förf. lagbok (Lakikirja, 5 uppl. 1963).

II. Familjerätten kännetecknas av etiska principers fullföljande. Rättsreglerna äro avsedda, såvitt fråga är om äktenskap, att skydda personer i varaktig livsgemenskap med avseende på de olika skedena av förhållandet, dess uppkomst, fortbestånd och upplösning, och syftet är att härvid förverkliga de sedliga idéer som äro rådande inom samhället. Detsamma gäller om stadgandena rörande föräldrars förhållande till barn i eller utom äktenskap. Vad beträffar lagens regler om makars egendom, åsyftas med dessa, i den mån de innehålla inskränkningar i förfoganderätt, att stävja sådant rättsmissbruk som kan lända familjen till förfång. Jämväl härutinnan kommer till uttryck familjerättens etiska grundval.

III. Äktenskap är ett privaträttsligt institut. Det äktenskapliga bandet har sin grund i ett avtal mellan de trolovade. Men deras blotta överenskommelse om samlevnad är icke tillfyllest för att framkalla den familjerättsliga relation som benämnes äktenskap. Det är utmärkande för gällande familjerätt att allenast vigsel, som är ett formbundet förfarande under medverkan av offentlig myndighet, kan bringa till stånd ett lagligt äktenskap mellan man och kvinna. Ej heller åtnjuta deras avkomlingar förmånen av äkta barn utan att ett äktenskapligt band blivit sålunda stiftat. De rättsverkningar en trolovning utlöser för kvinna och barn ge visserligen uttryck åt ett familjerättsligt förhållande men motsvara icke den verkan som framkallas av äktenskap.

Enligt tidigare lag förekommo även icke vigselfästa äktenskap. Uti giftermålsbalken av 1734 års lag, vilken i denna del var gällande

alltintill utgången av år 1929, stadgades att om en man hävdar sin fästekvinna, så är det ett äktenskap som skall fullkomnas med vigsel (s.k. ofullkomnat äktenskap). Rätten ägde dessutom befogenhet att, därest mannen undandrog sig vigsel, förklara kvinnan för hans äkta hustru med påföljd att hon njöt full giftorätt i hans bo (GB 3:9). Liknande regler gällde för det fall att kvinna hävdats under äktenskapslöfte (3:10). I dessa stadganden återspeglades katolska kyrkans lära därom att nupturienternas blotta överenskommelse är tillfyllest för att stifta äktenskap (consensus facit nuptias). Enligt denna lära är vigsel icke en akt som grundlägger äktenskap utan den innebär allenast ett fastställande av att äktenskap kommit till stånd genom nupturienternas formfria avtal före vigseln. Numera har kyrkan såtillvida ändrat sin ståndpunkt att äktenskapskonsensus skall förklaras inför präst, varigenom helt hemliga äktenskap uteslutits. Inom evangelisk-luterska kyrkan tillmätes vigseln sedan 18. århundradet betydelsen av en akt genom vilken äktenskap stiftas.

Före 1734 års lag var vigsel icke heller en nödvändig form för äktenskap även om den av katolska kyrkan redan under senare medeltiden och av luterska kyrkan genom 1571 års kyrkoordning påbjudits vid äventyr av kyrkotukt.

I landskapslagarna gjordes skillnad mellan trolovning och giftermål. Dessa skedde i närvaro av vittnen. Sedan trolovning ingåtts förrättades *gipt,* vilken bestod i ett tal, *giptarmal,* varigenom kvinnans giftoman överlät henne åt mannen. Till denna rättsakt slöt sig sängliggningen eller bilägret, som bestod i att de trolovade bestego den äktenskapliga bädden. Äktenskapet ansågs först härigenom ha blivit fullkomnat. Stadgandena i 1734 års lag om stiftande av äktenskap genom hävd i fästom hade således viss anknytning till tidigare rätt.

Beträffande den äldre rätten före 1734 års lag se *Calonius,* Praelectiones cap. 7 § 30, *Winroth,* Äktenskaps ingående, 1892, s. 68 ff., *Chydenius* s. 2 ff. Om hävd i fästom och under äktenskapslöte enligt 1734 års lag se samma författare, *Calonius* a.a. cap. 7 § 59 ff., *Winroth,* Svensk civilrätt I s. 15 ff., *Chydenius* s. 34 ff.

Enligt tidigare germansk rätt på kontinenten slöts äktenskapet medelst *Trauung,* varvid brudens *Muntwald* i och för uppfyllandet av det föregående trolovningsavtalet (Verlöbnis) överlät bruden åt fästmannen (traditio puellae). Se *Wolff* § 81 I.

2 §. Rättskällor.

I. Ända till utgången av år 1929 gällde i Finland giftermålsbalken av 1734 års lag, med de undantag som föranletts av partiella revisio-

ner beträffande lagstiftningen om äktenskap. Den mest betydelsefulla lagändringen hade genomförts medelst lagen om makars egendoms- och gäldförhållanden d. 15 april 1889. Denna lag trädde i stället för giftermålsbalkens 10 kap., som innehöll bestämmelser om giftorätt i bo, och 11 kap. med stadgandena om förvaltning av makars egendom och gäldansvar, varjämte den i 9 kap. ingående bestämmelsen om mannens målsmanskap överflyttades till nämnda lag. En annan viktig delreform hade förverkligats medelst en d. 27 juni 1878 utfärdad lag beträffande stadgandena om morgongåva i giftermålsbalkens 9 kap. vilka då upphävdes. Giftermålsbalkens 2 kap. hade undergått ändringar genom förordningen d. 4 nov. 1872 vilken avskaffade skyldskapshindret för syskonebarn samt genom förordningen d. 18 sept. 1882 vilken upphävde de svågerlagshinder som avsågo svågerlag å sidone och äktenskap i andra svågerlag. De återstående delarna av giftermålsbalken upphävdes genom 1929 års äktenskapslag.

Bestämmelser rörande föräldrars och barns familjerättsliga förhållande funnos i ärvdabalken som innehöll i 8 kap. regler om legitimation genom äktenskap, barn i trolovning och oäkta barn samt i 20 och 22 kap. regler om föräldrars ställning och skyldigheter såsom förmyndare, även vad vårdnaden om myndlingens person beträffar. Ett stadgande om barns äktenskapliga börd fanns dessutom i 5 kap. av giftermålsbalken. Dessa stadganden ha blivit ersatta med särskilda nyare lagar, nämligen lagen om förmynderskap d. 19 aug. 1898, lagen om barn utom äktenskap d. 1 juni 1922 samt, såvitt angår regler om barns äktenskapliga börd, lagen om införande av äktenskapslagen d. 13 juni 1929 och lagen om äktenskaplig börd d. 12 dec. 1957.

Borgerlig vigsel, varom ej funnos stadganden i tidigare lag, infördes såsom valbar form för vigsel medelst förordningen d. 2 nov. 1917, som var gällande tills äktenskapslagen blev tillämplig.

Äktenskapslagen d. 13 juni 1929 bildar grundvalen för gällande äktenskapsrätt. Den trädde i kraft d. 1 jan. 1930 och ersatte giftermålbalken av 1734 års lag, försåvitt denna balk då ännu var gällande, samt upphävde 1889 års lag om makars egendoms- och gäldförhållanden. Vid införandet av äktenskapslagen gick man ut ifrån att dess

stadganden principiellt ej skola äga retroaktiv verkan på tidigare äktenskap. Denna grundsats gäller dock ej utan viktiga undantag. Den är i främsta rummet tillämplig på makars egendoms- och gäldförhållanden, medan deras personliga förhållanden, inklusive upplösning av äktenskap, i huvudsak lyda under äktenskapslagen (ÄPL 3, 4 §).

Den nya äktenskapslagen har i sin tur redan undergått betydelsefulla ändringar. Den viktigaste av dessa härrör från lagen d. 23 sept. 1948 varigenom vinnande av hemskillnad möjliggjordes och förutsättningarna för äktenskapskillnad utvidgades.

I samband med denna lagändring ägnade lagstiftaren uppmärksamhet åt frågan om de otillfredsställande konsekvenserna av lagens regler beträffande makars egendomsförhållanden och gäldansvar, vilka, om än baserade på makars likställighet och oberoende, leda till stötande resultat vid äktenskaps upplösning i det make kan bli skyldig att intill hälften av sin egendoms värde utge s.k. utjämning till andra makens borgenärer eller fjärmare släktningar. Några genomgripande ändringar av äktenskapslagen ha hittills ej skett för att råda bot på olägenheten, även om beaktansvärda lagförslag, understödda av den förnämsta författaren av äktenskapslagen, utkommit redan på 1930-talet. Dröjsmålet har föranletts delvis av att man gjort upprepade försök att uppnå en lösning med tillhjälp av regler om makars »proportionella» arvsrätt, vilket alternativ i betraktande av grundvalen för den äktenskapliga förmögenhetsrätten dock möter oövervinneliga svårigheter. Mest naturligt vore det att själva äktenskapslagen, som tack vare det misslyckade utvecklandet av den riktiga utgångspunkten bär skulden till de oantagbara konsekvenserna i förmögenhetsrättsligt hänseende, underkastas en omdaning. Anledning är att även de nyaste äktenskapslagarna i utlandet uppmärksammas när det gäller att tillgodose det nutida dynamiska samhällets reformkrav med avseende på makars rättsliga likställighet och självständighet.

Den interna familjerättsliga lagstiftningen kompletteras av regler hörande till den internationella privaträtten, vars uppgift är att anvisa huruvida intern eller utländsk lag skall tillämpas när ett familjerättsligt förhållande har anknytningar till olika länders lagar. Dessa regler, s.k. kollisionsnormer, ha sammanfattats i en särskild lag angående vissa familjerättsliga förhållanden av internationell natur, given d. 5

dec. 1929. Lagen har hittills ej blivit ändrad, men en betydelsefull revision lärer vara förestående i en nära framtid. Nationalitetsprincipen, som lagen bygger på, har i praktiken visat sig otillfredsställande särskilt beträffande finsk medborgares möjlighet att vinna äktenskapsskillnad när andra makens nationella lag ej tillerkänner makar rätt till upplösning av det äktenskapliga bandet. Ett ändringsförslag har utarbetats och överlämnats till statsrådet av kommittén för internationell privaträtt.[1]

[1] Se *Bihang III*

1 kap.

TROLOVNING

3 §. Trolovnings rättsliga natur.

I. Trolovning är ett avtal varigenom man och kvinna förplikta sig att träda i äktenskap med varandra (ÄL 6 §). Avtalet grundlägger mellan de trolovade ett rättsförhållande. Bundenheten innebär icke att ena parten finge genom talan vid domstol tvinga den andre till äktenskap. Men brytande av trolovning kan medföra skadeståndsskyldighet.

Denna skadeståndsskyldighet, varom stadgas i ÄL 8 och 9 §, utgör icke tecken på att brytande av trolovning vore att anse som en lagöverträdelse (delikt). Trolovning kan när som helst brytas av endera parten och denna uppsägningsåtgärd är icke i och för sig en lagstridig handling. Någon skadeståndsskyldighet kunde ej uppstå utan att ett särskilt rättsförhållande mellan kontrahenterna framkallats genom trolovningsavtalet. Förhållandet innefattar en ömsesidig förpliktelse att sluta äktenskap och denna plikt medför att vardera parten bör avhålla sig från sådant som är ägnat att försvåra eller omöjliggöra avtalets uppfyllelse. Jfr nedan 5 §.

Mot uppfattningen att skadeståndsskyldigheten vilar på ett avtalsförhållande kan icke åberopas stadgandet om minderåriga i ÄL 6 § 2 mom. Jfr härom nedan 4 § IV.

Vore trolovning enbart ett rent faktiskt förhållande, så skulle någon skillnad icke kunna göras mellan giltiga och ogiltiga trolovningar. Trolovning mellan personer som till följd av ett absolut äktenskapshinder ej kunna ingå äktenskap med varandra vore av samma natur som en trolovning mellan personer för vilka något äktenskapshinder ej föreligger. En sådan assimilering är emellertid icke förenlig med lagen. Skillnaden mellan giltiga och ogiltiga trolovningar träder fram bl.a. vid behandling av skadestånds- och återbäringsanspråk.

Jfr *Borum* s. 5, *Ekeberg*, Äktenskaps ingående och upplösning, 1916, s. 14 ff.

II. Trolovning är ett förberedande avtal men icke ett föravtal

(pactum de contrahendo) i egentlig bemärkelse. På grund av ett föravtal äger part utverka rättens dom som träder i stället för det definitiva avtalet, om detta icke frivilligt ingås. En sådan möjlighet åtföljer icke trolovning, numera ej ens i det fall att fästmannen lägrat fästmön.

Med hänsyn till att trolovning ej har karaktären av föravtal innefattar äktenskaps ingående icke en uppfyllelse av trolovning, en solutionsakt. Äktenskap som slutes under lagbestämda former utgör rättsligt sett ett fristående kontrakt. Dess giltighet är icke beroende av att trolovningen är giltigt sluten. Har trolovning slutits under visst villkor som strider mot god sed och därför gör avtalet ogiltigt, kan part, om äktenskap ändock ingåtts, ej få detta förklarat för ogiltigt enbart med motiveringen att trolovningsavtalet saknat giltighet. Att trolovning och äktenskap äro juridiskt fristående avtal framgår också därav att äktenskap kan giltigt ingås utan att någon trolovning därförinnan ens ägt rum.

III. Den bundenhet som skapas genom trolovningsavtal varar blott så länge någondera parten ej förklarar sig vilja bryta trolovningen. Från sin befogenhet att bringa rättsförhållandet till upphörande kan part icke avsäga sig och även villkor, som endast avser att göra avtalet under viss tid oåterkalleligt, saknar giltighet. Stipulationer om avtalsvite äro otillåtna. Den fria återkalleligheten betingas av förhållandets högstpersonliga natur samt den synpunkten att något tvång till äktenskaps ingående ej får förekomma.

IV. Under den tid bundenheten varar äro parterna skyldiga att respektera sina äktenskapslöften. Om någon trolovar en annan utan att först slå upp den tidigare trolovningen, begår han ett avtalsbrott. Den senare trolovningen är icke i och för sig ogiltig, ty den tidigare trolovade äger icke rätt, såsom förhållandet var enligt 1734 års lag, att hindra äktenskapet med den andre. Men så snart den nya trolovningen kommit till den tidigare trolovades kännedom, är den med denne ingångna trolovningen att anse som bruten. Hade den senare trolovningen därförinnan brutits, fortbestår dock den tidigare trolovningen såframt ej endera parten genom viljeförklaring bringar jämväl den att upphöra.

Enligt 1734 års lag var den konkurrerande senare trolovningen ogiltig

även om den nya trolovade hade varit i god tro. Om denne visste av den förra trolovningen, ansågs en straffbar handling föreligga. Jfr *Chydenius* s. 31.

4 §. Ingående av trolovning.

I. Trolovningsavtalet kommer till stånd genom anbud och jakande svar. Reglerna rörande anbud till köp eller annat förmögenhetsrättsligt avtal (AvtL 1 kap.) äro dock ej tillämpliga, ty trolovningsanbudets primära syfte ligger på det personliga planet. De synpunkter, som förestavat regeln att anbud mellan frånvarande är under viss tid bindande, göra sig icke gällande här.

Trolovningsanbud som gjorts i brev kan alltså innan jakande svar inkommit när som helst återkallas utan att anbudsgivaren blir skadeståndsskyldig enligt de regler som angå brytande av trolovning. En motsatt mening har dock uttalats av *Chydenius* s. 18.

II. Trolovningsavtalet är formfritt. Det kan slutas muntligen eller skriftligen. Vid avtalsslutet behöva parterna icke vara tillstädes utan kunna befinna sig på skilda orter, i vilket fall det är tillfyllest att de ena sig om trolovningen genom korrespondens eller telefonsamtal. Någon offentlighet för avtalsslutet fordras icke. Det är sedvanligt att parterna till tecken av trolovningen utväxla ringar. Men detta är icke enligt lag en nödvändig form för avtalet. Meningen kan dock stundom vara att ringväxlingen skall utgöra en betingelse för trolovningens giltighet och i så fall är utväxlingen av ringar en s.k. konventionell form för avtalsslutet, som därförutan icke anses ha kommit till stånd.

I 1734 års lag stadgades att fästning (trolovning) skall ske i närvaro av giftoman (fästmöns fader eller moder eller annan frände) och fyra vittnen. Därjämte tillerkändes en skriftlig äktenskapsförbindelse giltighet. Lagen berörde alls icke obevittnat muntligt avtal. Den förhärskande meningen gillade emellertid även en sådan överenskommelse som laga trolovning. Fordom gjordes skillnad mellan fästning och trolovning. Giftomannen fäste genom en särskild akt mön åt mannen (fästning), medan fästehjonen lovade varandra tro (trolovning). Jfr ovan 1 § III.

I olikhet med vad som stadgats för slutande av äktenskap (ÄL 25 §) meddelar lagen icke något förbud mot anlitande av fullmäktig vid trolovning. Principiellt hinder möter således ej för ett avtalsslut genom befullmäktigat ombud. Dock kan man icke godkänna fullmakt

med en så vidsträckt behörighet att ombudet finge efter eget gottfinnande välja fästman eller fästmö. Ombudet äger endast befogenhet att överbringa partens viljeförklaring.

Anlitande av fullmäktig torde med sagda begränsning ha varit tillåtet redan enligt tidigare rätt. Jfr *Chydenius* s. 26. Ombudet är förklaringsfullmäktig, icke viljefullmäktig. Han äger endast frambefordra parts beslut att ingå trolovning med viss annan person, icke däremot själv fatta beslut därom, huruvida och med vilken trolovning skall ingås. Förklaringsfullmakt vid trolovning godkännes även i tysk rätt. Se *Wolff* § 5 II, *Lehmann* s. 28.

III. I sakligt hänseende skall avtalet motsvara trolovningens begrepp. Det måste innehålla en ömsesidig förpliktelse att ingå äktenskap. Ingen trolovning kommer till stånd utan ett allvarligt menat äktenskapslöfte. Om avsikten varit att umgås med varandra som äkta man och kvinna utan att dock förvandla förbindelsen till ett äktenskap, kan förhållandet icke betraktas som trolovning.

Kohabitation, dvs. den omständigheten att man och kvinna bo tillsammans som om de vore gifta, utgör i vissa fall ett indicium om trolovning. Har förhållandet emellertid fortvarit under en längre tid utan att äktenskap slutits, bör äktenskaps- och tillika trolovningsavsikten anses uppgiven, såframt ej annat framgår av omständigheterna.

Enligt 1734 års lag ägde kvinna, som hävdats under äktenskapslöfte eller som därförinnan varit trolovad, genom rättegång påyrka äktenskap. En sådan talan tillkommer henne icke enligt ÄL, som även låter det bero på omständigheterna huruvida trolovning blir ingången enbart därigenom att kvinna till ett äktenskapslöfte ej avger annat svar än sitt samtycke till lägersmål. Jfr ovan 1 § III.

IV. Trolovning kan slutas av personer, som icke uppnått äktenskapsålder, alltså av man under 18 och av kvinna under 17 år. Någon minimiålder har icke angivits i lag. Det ligger emellertid i sakens natur att avtalet blir utan rättslig betydelse, om ej båda kontrahenterna nått en sådan mognad att de äro i stånd att bedöma innebörden av den bundenhet som åtföljer trolovningen. Lagen förutsätter att minderåriga, som icke fyllt 21 år, inhämta till trolovning samtycke av föräldrar, förmyndare eller annan vars samtycke utgör en betingelse för äktenskapet (ÄL 3, 6 §). Trolovningens giltighet är dock icke beroende av att samtycke erhållits. Men brytande av trolovning, som ingåtts utan samtycke, medför mindre omfattande ekonomiska påföljder än eljest i det att skadeståndsskyldighet då inträder allenast för den som lägrat sin fästmö (6, 9 §).

Stadgandet i ÄL 6 § 2 mom. har fått en något missvisande avfattning. Enligt detsamma medför trolovning, om samtycke därtill saknas, »ej andra påföljder» än de i 7 och 9 § nämnda. I den finska texten motsvaras 'påföljder' av 'velvoituksia' (förpliktelser). Tolkas stadgandet i belysning härav, skulle lagen innebära att till en trolovning utan samtycke ej anknyta andra förpliktelser än de som angivits i sagda paragrafer, varför även den primära förpliktelsen, äktenskapsobligationen, skulle utebli. Detta vore liktydigt med att någon trolovning icke kommit till stånd. Så bör lagen emellertid ej uppfattas. Stadgandet avser endast att inskränka de påföljder som inträda vid brytande av trolovning. Själva trolovningsförhållandet är fullt giltigt.

Den skadeståndsskyldighet som åvilar minderårig man, vilken ingått trolovning utan samtycke, ger visst stöd åt en sådan uppfattning att trolovnings giltighet skulle förutsätta att mannen fyllt minst 15 år. Enligt allmän lag saknar en yngre minderårig helt och hållet förmögenhetsrättslig dispositionsförmåga. Icke ens över sin egen arbetsförtjänst äger han råda, vare sig genom avtal, gåva eller testamente (FörmL 16 §, ÄB 16:1). I regel ådrager han sig ej heller skadeståndsskyldighet till följd av olovlig handling (SL 9:5); allenast billighetsansvar inträder under särskilda förutsättningar (se förf. Obligationsrätt I § 31 V 2 b). Även om den minderåriges skadeståndsplikt på grund av trolovning kan åstadkomma en väsentlig minskning i hans förmögenhet enär ansvaret drar med sig också andra tillgångar än arbetsförtjänsten, torde nämnda åldersgräns dock icke kunna uppställas. I ÄL 6 § 2 mom. finnes ingen antydan om att skadeståndsskyldighet jämlikt 9 § skulle i något fall utebli i anledning av att mannen vid trolovningens ingående ej hade uppnått viss förutbestämd ålder. Detta utesluter dock icke att i förekommande fall avseende fästes vid mannens ålder vid tidpunkten för lägersmålet, ty ifrågavarande ersättningsplikt har i lagen uttryckligen betecknats som ansvar på grund av billighet (9 §: »skälig gottgörelse»). Jfr nedan 5 §.

V. 1. Trolovningsavtal är ogiltigt, om part vid dess ingående saknat rättshandlingsförmåga eftersom han varit sinnessjuk eller sinnesslö. I enlighet med vad som gäller om äktenskaps återgång är avtalet att anse som ogiltigt också i fall då part befunnit sig i tillfällig sinnesförvirring eller i annat jämförligt tillstånd (t.ex. berusning) som nedsatt hans förmåga att bedöma rättshandlingens betydelse (nedan 18 § III 2 a).

Om vid avtalsslutet otillbörligt inflytande på parts vilja utövats av andra parten eller tredje person, uppstår intet giltigt avtal. Härtill höra tvång och svek samt påtryckning som utan att innebära direkt tvång dock i väsentlig mån inskränkt parts möjlighet att fritt fatta sitt beslut.

Det är icke nödvändigt att det otillbörliga inflytandet inneburit en straffbar handling.

Ett speciellt fall av svek omnämnes i strafflagens stadgande därom att någon förleder annan till trolovning genom att ge sig ut till namn eller stånd för annan än man är (SL 18:1). Jfr nedan 17 § II 2 b *in fine.*

Felskrivning eller annat misstag vid viljeförklaringens avgivande hindrar tillkomsten av ett giltigt trolovningsavtal, även om misstaget icke framkallats genom svek. I motsats till vad som gäller inom förmögenhetsrätten får misstaget åberopas också gentemot den som icke kunnat varsebli villfarelsen.

Jämväl en villfarelse i bevekelsegrunderna, utan att svikligt förledande föreligger, kan medföra trolovnings ogiltighet. Har part av vilken anledning som helst underlåtit att före avtalsslutet yppa en sjukdom, vana eller böjelse eller annan hans person rörande synnerligen viktig omständighet som bort avhålla andra parten från trolovningen, är avtalet, såframt misstaget ej kunnat därförinnan varsnas, ogiltigt. Detta följer redan därav att i motsvarande fall även äktenskap, om villfarelsen kunnat upptäckas först efter vigseln, bör återgå på yrkande av part (ÄL 68 § 2 mom.). Är misstaget av mindre betydelse eller har en omständighet, som bort avhålla part från trolovning, uppkommit först under trolovningstiden, blir trolovningen icke ogiltig men part äger träda tillbaka enligt de regler som gälla trolovnings brytande i allmänhet (jfr nedan 5 §).

På grund av viljebrist och villfarelse i bevekelsegrunderna får ogiltighet påyrkas endast av den som blivit tvungen eller förledd eller som misstagit sig.

2. Om part med uppsåt eller av oursäktlig oaktsamhet föranlett trolovnings ogiltighet och sålunda gjort sig skyldig till vållande vid avtalsslut (culpa in contrahendo), blir han skadeståndsskyldig. Är handlingen straffbar, bedömes skadeståndspliktens omfattning med ledning av stadgandena i SL 9 kap., men ersättning för undgången vinst kan dock ej fordras. Skadeståndet omfattar således det negativa intresset och även detta med den begränsningen att endast kostnad, som blivit onyttig, eller minskning av inkomst, som föranletts av anställningsavtals uppsägning till följd av trolovning, skall ersättas, däremot ej den skada som består i att part i förlitan på trolovningens giltighet avslagit ett ekonomiskt fördelaktigare trolovningsanbud. Vidkommande immateriell skada skall hänsyn tagas såväl till stadgandet i SL 9:2, 3 pt. som till ÄL 9 § (jfr nedan 5 § III 4). Är handlingen icke straffbar, torde samma skadeståndsregler böra tillämpas som gälla i avseende på trolovnings brytande (nedan 5 § III, IV).

Gåvor som de trolovade givit varandra återställas i dessa fall i främsta rummet enligt reglerna om obehörig vinst, ty trolovnings ogiltighet som härrör enbart av bevekelsegrunden (motivet) till gåvan medför i regel icke själva gåvoaktens nullitet, Viljebristen eller brottet kan dock stå i så nära samband med gåvan att även denna omfattas av ogiltigheten, i vilket fall återkravet sker i första hand medelst vindikation. Jfr nedan VI 2.

3. Enär den bundenhet som åtföljer ett trolovningsavtal icke hindrar part att när som helst ensidigt bryta trolovningen, är frågan om trolovnings ogiltighet i regel av mindre praktisk betydelse. Det kan dock ligga i parts intresse att åberopa ogiltighet exempelvis om den andre efter trolovningens brytande framställer ett skadeståndsanspråk på grund av otrohet. Förmår part ådagalägga ogiltighet, förfaller anspråket utan vidare. Därjämte kan han fordra skadestånd på grund av vållande vid avstalsslut utan att något slags kvittning av ömsesidiga vållanden kommer att äga rum.

VI. Med trolovningsavtal kan ej förknippas villkor varigenom förpliktelsernas uppkomst blir uppskjuten till en senare tidpunkt. Då lagen stadgar att man och kvinna betraktas som trolovade så snart de överenskommit att ingå äktenskap med varandra (ÄL 6 §), stode det i strid härmed om trolovningsavtal finge slutas med villkor att parterna först från och med en senare tidpunkt skola anses som trolovade. Icke heller äro tillåtna resolutiva villkor, innebärande att trolovningen utan vidare återgår om viss händelse inträffar eller uteblir, såsom att trolovad tager emot en icke önskvärd befattning eller att mannen eller kvinnan ej ernår nödiga inkomster. Det överensstämmer icke med god sed att parterna på förhand begränsa bundenhetens varaktighet. Deras intressen tillgodoses i tillräcklig mån därigenom att vardera äger vid yppad anledning ensidigt bryta trolovningen. Villkoret gör hela avtalet ogiltigt. Vid frågans bedömning bör likväl beaktas huruvida ett äkta villkor avsetts eller meningen endast varit att på förhand ange vissa omständigheter vilka komme att godkännas som brytningsskäl. I sistnämnda fall utgör villkoret blott en av parterna fastställd tolkningsnorm som kan tillmätas betydelse vid prövning av eventuellt skadeståndsanspråk. Själva trolovningen är då ovillkorlig.

För den tidigare rättens vidkommande ha villkorliga trolovningar ansetts tillåtna av *Chydenius* s. 26. Genom en sådan tolkning uppmjukade man den stränga regeln att trolovad, om den andre utan skäl slog upp, kunde hindra denne att ingå äktenskap med tredje person.

VII. 1. Om parterna till följd av äktenskapshinder sakna rätt att ingå äktenskap, blir även ett dem emellan ingånget trolovnings-

avtal utan rättslig verkan. De av trolovningsavtalet härflytande förpliktelserna skulle i så fall vara ouppfyllbara och avtalet skall därför i enlighet med allmänna principer angående omöjlig prestation betraktas som ogiltigt. Följaktligen är trolovning ogiltig exempelvis då mannen och kvinnan äro så nära släkt att äktenskap dem emellan är uteslutet eller endera redan är gift. I sistnämnda fall är trolovningen tillika straffbar (SL 19:6).

Även om äktenskapshindret är blott övergående, kan trolovning icke ingås förrän hindret upphört till följd av dispens eller annorledes. Enär trolovningsförhållandets uppkomst icke får göras beroende av villkor, är det ej tillåtet att sluta trolovning med förbehåll att den skall automatiskt träda i kraft i och med hindrets upphörande. Ett nytt trolovningsavtal, uttryckligt eller tyst, är trots förbehållet av nöden sedan hindret bortfallit.

Äktenskapshindret, som beror på att trolovad är gift med en annan person, medför trolovnings ogiltighet även i det fall att trolovad hade vunnit hemskillnad i det tidigare äktenskapet. Trots hemskillnaden fortbestår äktenskapet och hemskillnaden förfaller om makarna flytta tillsamman. Strafflagens stadgande om tvegifte har icke undergått ändring till följd av hemskillnadsinstitutets införande. Icke heller trolovning med suspensivt villkor är i dessa fall tillåten. Jfr *Melander* s. 77, *Borum* s. 5 ff.

God tro hos part avlägsnar icke ogiltighet. Men i fråga om den rättsställning som skall tillkomma barn avlat under den ogiltiga trolovningen bör parts goda tro tillmätas den betydelsen att barnet åtnjuter trolovningsbarns rätt. Jfr nedan 25 § II 2.

2. Då trolovning i följd av äktenskapshinder är ogiltig äger part kräva skadestånd enligt reglerna om vållande vid avtalsslut (culpa in contrahendo). Den av parterna som haft vetskap om hindret men uppsåtligen eller av oursäktlig oaktsamhet förtegat det, skall utge ersättning till den andre som varit i god tro.

Enligt strafflagen inträder både straff och ersättningsskyldighet för den som uppsåtligen förtegat äktenskapshinder (SL 18:1 o. 9 kap.). Ersättningsskyldigheten kan dock icke begränsas enbart till detta fall utan den bör kunna komma i fråga städse då någon vid ingående av trolovning gjort sig skyldig till vållande med avseende på yppande av äktenskapshinder.

För skadeståndsskyldighetens omfattning äga de regler motsvarande tillämpning som ovan under V 2 anförts.

5 §. Brytande av trolovning.

I. Trolovningsavtal kan hävas såväl genom överenskommelse som genom ensidig viljeförklaring av endera parten. I det senare fallet anses trolovning bruten, så snart viljeförklaringen kommit till den andres kännedom. Har brev använts för viljeförklaringens befordrande, blir trolovningen icke bruten redan genom brevets avsändande utan först i det ögonblick brevet kommit mottagaren till handa så att denne kunnat ta del av dess innehåll. Avsikten att träda tillbaka behöver icke uttalas i ord utan det är till fyllest att den framgår av omständigheterna. Trolovar fästmannen eller fästmön en annan, blir den tidigare trolovningen bruten så snart den nya trolovningen kommit till den övergivnes kännedom (jfr ovan 3 § III).

II. 1. Har trolovning hävts genom överenskommelse, är ingendera parten på grund av lag skyldig att genom penningprestation ersätta den eventuella skada den andre lidit i följd av trolovningen. Endast avtalsvis fastställda ersättningsanspråk kunna komma i betraktande. Har däremot trolovning brutits medelst *ensidig* viljeförklaring, kan *skadeståndsskyldighet* inträda för den av de trolovade som önskar träda tillbaka oaktat den andre är villig att fortsätta med trolovningen. Genom denna reglering manas parterna till eftertanke på det att rätten till trolovnings brytande icke skall missbrukas. Skadeståndsskyldighet kan också åligga part som utan att själv bryta trolovningen givit den andre giltig anledning att träda tillbaka samt undantagsvis även oskyldig part om ingendera bär skuld (ÄL 8 §).

Regeln är att skadestånd skall utgå om trolovning av endera brutits *utan giltig orsak*. Den som med stöd av denna regel vill utfå ersättning behöver ej närmare utreda de omständigheter av vilka saknaden av giltig orsak framgår, utan det åligger den som trätt tillbaka att motivera sitt handlingssätt. Har emellertid denne anfört skäl som i och för sig äro ägnade att utgöra en tillräcklig grund för tillbakaträdandet, kan den andre ofta icke undgå att närmare utveckla de motskäl som stå till buds och som utvisa att skulden till brytningen i själva verket ligger hos den förstnämnde.

Att bevisbördan i främsta rummet åligger den som ensidigt trätt tillbaka och är svarande i skadeståndsprocessen, antages även i dansk doktrin och

praxis. *Borum* s. 8. Likaså BGB 1298, ZGB 92. Enligt »klassiska» regler rörande bevisbördans fördelning skulle väl käranden, som påyrkar skadestånd, vara bevisskyldig, enär skadestånd endast utgår om svaranden utan giltig anledning brutit trolovningen. Men beaktar man att ansvaret icke bygger på delikt utan på underlåtenhet att uppfylla trovlovningsavtalet, förefaller det dock mera naturligt att tillämpa den för kontraktsobligationer utmärkande regeln enligt vilken den som lämnat avtalet ouppfyllt bör leda i bevis att han härtill haft giltig orsak. Trolovningsavtal åsidosättes genom att man träder tillbaka och detta bör motiveras av den tillbakaträdande då skadestånd yrkas på grund av att han ensidigt hävt avtalet.

2. Den grannlaga frågan huruvida giltig orsak till trolovnings brytande funnits skall bedömas efter omständigheterna i det föreliggande fallet. Härvid erbjuda reglerna om hemskillnad och äktenskapsskillnad samt återgång av äktenskap en viss ledning. Otillbörlig handling eller beteende eller annan omständighet som är av den art nämnda regler avse, utgör alltid en tillräcklig grund för trolovnings brytande (t.ex. otro, obotlig könssjukdom, svår misshandel, missbruk av rusgivande medel). Men det är naturligt att även långt ringare orsak kan vara till fyllest. I betraktande komma överhuvud alla sådana omständigheter som äro ägnade att framkalla tvivel om lämpligheten av det tillärnade äktenskapet. Trolovads personliga egenskaper spela en avgörande roll och kunna utgöra ett giltigt brytningsskäl icke blott då fråga är om moraliskt förkastliga karaktärsdrag utan även då trolovad endast visat sig mindre skickad att handha en inkomstbringande syssla eller sköta ett hem. En brytning bör anses fullt motiverad på grund av långvarig sjukdom, som drabbat endera av de trolovade och som vore ägnad att utsätta makes eller barns hälsa för fara.

Stridighet i lynne och tänkesätt vilken ådagalägger att de trolovade icke passa för varandra är i moraliskt hänseende den allra viktigaste anledningen till tillbakaträdande. Mot dess erkännande som lagligen giltigt brytningsskäl kan emellertid anmärkas att skadeståndsreglerna därigenom skulle bli så gott som illusoriska. Dylikt motiv till brytning är nästan alltid för handen och den som fordrar skadestånd har föga utsikt att kunna bevisa sitt påstående om motsatsen som är stridande mot en faktisk presumtion. Det kan därför dragas i tvivelsmål huruvida den mot vilken skadeståndkravet riktats får till sitt försvar åberopa sig på en sådan generell anledning till brytning.

I svensk rätt synes man icke göra undantag för detta fall. *Westring* s. 20. Tysk lag tolkas däremot så, att dylik brytningsanledning icke utesluter skadeståndsanspråk mot den som utan annan giltig orsak brutit trolovningen. *Lehmann* s. 29.

Skadeståndsskyldighet är i viss mån beroende av hur länge förhållandet hunnit bestå. Om trolovningen varat endast en kort tid eller parternas förhållande eljest kännetecknats av ovisshet eller oklarhet torde den part som i följd av trolovningen ådragit sig särskilda kostnader icke kunna påyrka skadestånd om ej den andre, som brutit trolovningen, gjort sig skyldig till ett synnerligen klandervärt beteende. Har däremot förhållandet stabiliserat sig så att parterna med stor säkerhet kunnat räkna med äktenskaps avslutning och bryter ändock endera trolovningen, kan skadeståndsskyldighet i regel ej undvikas, om den andre i förlitan på förhållandets normala utveckling vidtagit åtgärder som innebära ekonomisk uppoffring.

3. Enligt den primära regeln åvilar skadeståndsskyldighet den av parterna som förklarat sig träda tillbaka. Att alltid befria den andra parten från nämnda skyldighet låter sig emellertid ej göra. Har parts förklaring om trolovnings brytande föranletts av att den andre i handling begått ett trolovningsbrott eller eljest av omständighet som berott av andra parten, bör han icke enbart därigenom att han förklarat trolovningen bruten gå miste om möjligheten att fordra ersättning. I lagen har därför, såsom redan antytts, upptagits en bestämmelse om att i dylika fall den av kontrahenterna, som givit sin medkontrahent giltig anledning till trolovnings brytande, skall utge ersättning åt denne (8 § 2 mom.). Det är härvidlag fråga om ett medelbart brytande av trolovning. Den som bär skulden till brytningen och sålunda ger den andre giltig anledning att träda tillbaka, åvilar naturligtvis likaledes skadeståndsskyldighet därest han själv och icke den andre, som är oskyldig, genom sin viljeförklaring brutit trolovningen. Detta gäller även i fall då den skyldige som slagit upp kunnat åberopa en giltig anledning som varit en följd av hans ursprungliga skuld (t. ex. könssjukdom som han ådragit sig genom otrohet).

Föreligger å ömse sidor sådan skuld som ger giltig anledning till trolovnings brytande, förfalla skadeståndsanspråken. Om båda parterna i sådant fall förklarat sig önska träda tillbaka, har trolovningen blivit bruten genom överenskommelse, som utesluter de på lag grundade ersättningsanspråken.

Om åter endast ena parten kommit fram med brytningsförklaring och fordrar ersättning, äger den mot vilken anspråket riktats ej framställa skadeståndskrav men han kan befria sig genom att ådagalägga den andres skuld. Lagen förutsätter att ersättning kan påyrkas endast av endera av de trolovade, då trolovning brytes, och en och samma trolovning kan ej brytas två gånger.

En avvägning av skuldgraderna, då å ömse sidor sådan skuld föreligger som utgör giltigt brytningsskäl, kommer icke i fråga. Även om den enes skuld kunde förefalla större än den andres, är skadeståndsanspråk uteslutet. Annorlunda svenska GB 1:3, enligt vilken den »huvudsakliga» skulden är avgörande. Likaså dansk rätt, *Borum* s. 8 f. Tysk lag har åter tolkats så, att jämväl ömsesidiga skadeståndsanspråk vore tillåtna, se *Wolff* 6 § III 4.

III. 1. Ersättning kan fordras endast för direkt skada. Härunder falla kostnader i anledning av att möbler eller husgeråd anskaffats eller hyreskontrakt ingåtts, i den mån dessa åtgärder bli onyttiga, så ock minskning av inkomst, som orsakats av att trolovad kvinna för äktenskapet lämnat en avlönad syssla. Enär i betraktande komma såväl av det tillärnade äktenskapet som av själva trolovningen föranledda åtgärder, kan ersättning erhållas också för utgifter som förorsakats av att de trolovade, vilka kanske bott i skilda länder, företagit resor för att träffa varandra. För utebliven fördel av det tillärnade äktenskapet kan ersättning icke fordras, ej heller för den förlust som trolovad anser sig ha lidit därigenom att trolovningen hindrat antagandet av ett fördelaktigt äktenskapsanbud från tredje persons sida.

2. Utdömande av skadestånd beror i sista hand på en skälighetsprövning. Även om förutsättningar för ersättningsskyldighet enligt det ovan sagda vore för handen, äger domstol jämka eller helt ogilla anspråket, såvida med hänsyn till förhållandets särskilda natur skadeståndet skulle te sig obilligt (ÄL 8 § 1 mom.).

3. Skadestånd kan, såsom redan antytts, komma i fråga även om ingendera av parterna bär skulden till brytningen. Det fordras dock att synnerligen vägande skäl påkalla en sådan kompensation (ÄL 8 § 3 mom.). Ersättning kan således utdömas allenast i sällsynta undantagsfall såsom exempelvis där en medellös kvinna trolovats och denna för äktenskapet lyckats erhålla nödigt penninglån som hon hunnit förbruka. Som skada kommer härvidlag i betraktande endast direkt förlust liksom i övriga fall, men lagen stadgar därutöver att skadan skall ersättas blott delvis.

4. I ett särskilt fall bör ersättning utgå även för immateriell skada, dvs. såsom gottgörelse för det lidande trolovningens brytande förorsa-

kat. Härom stadgas i ÄL 9 § att mannen, om han lägrat sin trolovade, skall åt henne utge skälig gottgörelse därest trolovningen sedermera brytes utan att kvinnan bär skulden därtill. Även i det fall att trolovningen upphör genom mannens död, kan kvinnan, om synnerlig anledning därtill finnes, tilläggas sådan gottgörelse, dock ej mer än som motsvarar hälften av den behålla kvarlåtenskapen. Stadgandet utgör en specialregel till kvinnans förmån och därmed avses gottgörelse för det psykiska lidande kvinnan undergår då hennes framtida äktenskapsutsikter väsentligen minskas till följd av att lägersmål ägt rum och trolovningen därefter brutits. Hade kvinnan före trolovningen till den grad vanvårdat sitt rykte att nämnda omständigheter ej kunna anses nedsätta hennes utsikter i förhållande till vad som även eljest hade varit fallet, kan ersättning icke tilldömas. Däremot blir gottgörelsen icke utesluten enbart på den grund att kvinnan före trolovningen hade haft samlag med annan och kanske framfött ett barn, försåvitt denna omständighet icke varit orsaken till trolovningens brytande (HD 1952 II 34). Stadgandet förutsätter att trolovningsförhållandet brutits ensidigt. Har förbindelsen varat så länge att parterna måste anses ha ömsesidigt uppgivit tanken på äktenskap, kommer ersättning icke i fråga, enär trolovningen i så fall upphört på grund av överenskommelse. I händelse trolovning brutits med anledning av att kvinnan varit otrogen eller undandragit sig vigsel eller av annan skuld på hennes sida, utgår ej heller ersättning för immateriell skada.

Någon jämförelse mellan mannens och kvinnans skuldgrader kommer ej att anställas. Bär kvinnan skulden till brytningen, inträder ingen ersättningsplikt för mannen, även om dennes klandervärda beteende överträffade kvinnans skuld. Att mannen, om hans skuld är huvudsaklig i förhållande till kvinnans, skall gottgöra immateriell skada, antages dock av *Vihma* LM 1948 s. 1. Så ock uttryckligen svensk lag, GB 1:3.

Enligt svensk lag tillerkännes kvinna gottgörelse endast i fall då barn avlats i trolovning (GB 1:3).

Ifrågavarande ersättningsskyldighet förutsätter att samlaget ägt rum under trolovningstiden. Tidigare samlag medför, under förutsättning att barn framfötts, endast skyldighet att utge underhållsbidrag enligt UÄktL.

Ersättningsbeloppet bestämmes efter skälig prövning varvid hänsyn må tagas till parternas förmögenhetsvillkor. Gottgörelsen är icke avsedd att tjäna som fortlöpande underhållsbidrag åt kvinnan utan

den syftar endast till att ge en viss penningekvivalent för psykiskt lidande. Härav följer att ersättningen skall bestämmas att utgå på en gång och icke periodvis.

Jfr *Vihma* LM 1948 s. 50.

I anseende till att gottgörelsen avser att bereda kvinnan skydd för högstpersonliga intressen, hennes sexuella ära och därmed förbundna framtida äktenskapsutsikter, samt att ersättningen i sin egenskap av tröstepenning tjänar som motvikt till det lidande hon fått utstå, ankommer det på kvinnan personligen att göra fordringen gällande. Så länge hon icke väckt talan vid domstol, kan fordringen icke tillgodogöras av hennes borgenärer, och om hon avlidit innan talan väckts, övergår fordringen ej till hennes arvingar. Men efter talans anhängiggörande behandlas fordringen i likhet med vanliga fordringsrättigheter.

Så snart talan väckts äger kvinnan tillgodogöra sig ersättningsfordringen efter gottfinnande t. ex. därigenom att hon medelst cession förvandlar den i pengar eller bortgiver den till en närstående. Hur hon förfar med fordringen eller pengarna, är hennes ensak. Trösten, *solatium,* består däri att henne tillförsäkras en fordringsrätt såsom gottgörelse för ideell skada. Om hon tydligen visat att hon vill göra bruk av denna fordringsrätt, förblir fordringen en beståndsdel av hennes förmögenhet även om hon dör under rättegången vilken fortsättes av hennes arvingar.

Samma verkan som rättegångens anhängiggörande måste tilläggas en förlikning som ingåtts mellan parterna. Däremot är det icke tillfyllest för fordringens utsöndrande från kvinnans personliga rättssfär att hon utfärdar fullmakt för talans anhängiggörande eller utan att väcka talan cederar fordran till tredje man.

Jfr SL 9:8, förf. Obligationsrätt I § 36 X samt artikel Succession i rätten till ersättning för ideell skada, Festskrift Henry Ussing 1951, s. 141 ff. Beträffande den i SGB 10:9 uttalade principen se nedan 18 § III *in fine.*

IV. Principiellt är skadeståndsskyldighet gällande endast de trolovade emellan. Detta förklaras av att nämnda skyldighet anknyter till det avtalsförhållande som framkallats genom trolovningen och som innefattar ömsesidig förpliktelse att ingå äktenskap. Om part utan giltig orsak frånträder avtalet, missbrukar han den kontrahenterna inrymda rätten att bryta trolovningen och begår sålunda ett kontraktsbrott. Av avtalsförhållandet kan icke härledas ansvar för skada som lidits av tredje man. Lagen har dock ej stannat härvid. Genom ett särskilt stadgande har trolovads skadeståndsskyldighet ut-

sträckts att gälla även till förmån för den andres föräldrar och annan tredje person, om skada för dem uppstått av åtgärder som de vidtagit i anledning av trolovningen eller för det tillärnade äktenskapets skull (ÄL 8 §). Med annan tredje person än föräldrar avses den vilken på egen bekostnad handlat i föräldrarnas ställe eller vilken eljest såsom andra parten närstående person vidtagit ifrågavarande åtgärder, däremot icke leverantör som åt dessa sålt varor eller bank som lånat medel för ändamålet. Ersättning skall utgå för bröllops-, medgifts- och andra dylika kostnader som vidkänts i förlitan på att äktenskapet skall komma till stånd, dock endast såvitt utgiften till följd av trolovningens upplösning blir onyttig. Storleken av ersättningen bestämmes efter skälig prövning. Hänsyn bör tagas till den trolovades och den tredjes förmögenhetsvillkor samt även därtill huruvida den tredjes kostnader hållit sig inom ramen för vad som kunnat förutses.

Ifrågavarande skadeståndsskyldighet låter sig icke förklaras av möjligheten att sluta ett avtal till förmån för tredje man. Att föräldrar och andra fästmön närstående personer träffat anstalter för bröllopet är visserligen en till trolovningen anknuten följdföreteelse, men något kontraktsansvar som skulle åvila fästmannen eller fästmön är det icke fråga om. De trolovade ha icke jämsides med trolovningen ingått ett avtal till förmån för tredje man, ett avtal som innebure att de förplikta sig att ersätta dennes utgifter i följd av trolovningen. Ersättningsskyldigheten är en rent legal förpliktelse, vilken dock ej kan betecknas som en deliktsobligation utan som en speciell familjerättslig förpliktelse. I fråga om medgiftskostnader företer ersättningsskyldigheten likhet med förpliktelsen att återbära en obehörig vinst, såvitt gåvan redan överlämnats. Jfr nedan V 2.

I svensk lag har icke upptagits någon bestämmelse om skadeståndsskyldighet gentemot tredje man utan frågan har lämnats beroende på tillämpningen av allmänna rättsgrundsatser. *Westring* s. 22. En uttrycklig bestämmelse ingår däremot i BGB 1298, som dock gäller endast föräldrar och deras ställföreträdare. *Wolff* § 6 III 2. Lika långt som ÄL går den schweiziska civillagen art. 92.

V. 1. När trolovning brytes, skola *gåvor* som de trolovade givit varandra återbäras. Denna skyldighet inträder oberoende av orsaken till brytningen. Upplöses trolovningen genom enderas död, åligger återbäringsskyldighet dock allenast arvingarna; den efterlevande får behålla vad han av den andre erhållit (ÄL 7 §). I detta undantagsstadgande tages hänsyn till den efterlevandes affektionsintresse på det att denne skall kunna behålla gåvan som minnesföremål.

Återbäringsreglerna hänföra sig omedelbart endast till gåva av lösöre, såsom smycken, konstalster och möbler. Av den nyssnämnda

undantagsregeln beträffande dödsfall framgår att gåvan förutsättes vara av den art att den är ägnad att bevaras som minnesföremål.

Enligt lagens motiv borde även sedvanliga fästningsringar återbäras (Förslag till ny giftermålsbalk jämte motiv, Lagb 1924:1, kap. 2 § 9). Lagtexten ger emellertid icke tillräckligt stöd åt en sådan tolkning, ty ringens främsta uppgift är icke att rikta mottagaren utan endast att tjäna som bevis på trolovning och detta syfte har fullständigt nåtts därigenom att trolovning ingåtts. Handpenning som givits uteslutande i bevissyfte behöver icke heller återbäras om avtalet sedermera ryggas. Blott i händelse ringens värde väsentligen överstiger det normala, är den att betrakta hellre som gåva än som bevismedel och återbäringskravet verkar då icke stötande. För att utsträcka återbäringsskyldigheten till normala fästningsringar hade man bort i lagtext jämsides med gåvor uttryckligen omnämna föremål som givits till t e c k e n på trolovnings slutande (så BGB: was er ihm geschenkt oder zum Zeichen des Verlöbnisses gegeben hat). Jfr anmärkningen i förf. Perusteettoman edun palautus, s. 209 not 18. Fästningsringarna bruka visserligen lämnas tillbaka då trolovning brytes. Men sedvänjan är icke så tvingande att man enbart på grund därav kunde medge talerätt inför domstol för genomförande av ett anspråk som måhända sårar den andre och som icke är av nämnvärt ekonomiskt intresse för käranden.

Den restitutionsskyldighet som vid trolovnings upplösning inträder med avseende på gåvor, innebär en utvidgad tillämpning av principerna om återbäring av obehörig vinst. Äktenskapslöftets fullföljande utgör icke en särskild rättsgrund jämsides med själva gåvoavsikten utan blott en bakomliggande bevekelsegrund (motiv) till överlåtelsen. Denna bevekelsegrund är emellertid av en så väsentlig betydelse för rättshandlingen att löftets bristande uppfyllelse måste skäligen jämställas med de fall då överlåtelsens rättsgrund bortfallit. Talan om återbäring är av relativ natur i likhet med talan om restitution av obehörig vinst (kondiktionstalan).

Detta framgår av bestämmelsen i ÄL 7 § 3 mom., enligt vilken restitutionsyrkandet går ut på en penningersättning i händelse gåvoföremålet ej längre finnes i behåll hos mottagaren.
Jfr förf. Perusteettoman edun palautus s. 209 f.

Av den legala regleringen av återbäringsskyldigheten kan man icke sluta sig till att i övriga fall dylik skyldighet ej skulle åligga mottagaren. Bank- och bostadsaktier som trolovad givit den andre äro knappast ägnade att bevaras som minnesföremål, men icke förty bör återbäring äga rum. Dessa representera oftast ett vida högre värde än de sedvanliga minnesföremålen och motivet till gåvan har varit detsamma som i fråga om smycken eller möbler vilka givits med

anledning av trolovning. För återbäring kunna därför enligt lagens analogi anföras ännu större skäl än i de fall på vilka ovannämnda speciella regler äro tillämpliga. Den av affektionsintresset förestavade undantagsregeln enligt vilken gåvan icke behövet återställas till avliden trolovads dödsbo gäller ej här, utan återbäringsskyldigheten är ömsesidig.

Restitution i enlighet härmed kan principiellt jämväl påkallas i fall då gåvan består av pengar eller föremål avsedda att förbrukas under trolovningstiden.

Även fast egendom kan vara föremål för gåva till egen trolovad. Då trolovning brytes, skall fastigheten i behörig ordning överlåtas tillbaka till givaren eller dennes dödsbo.

Frågan därom huruvida gåva av fast egendom är tillåten mellan trolovade ansågs enligt tidigare rätt tvistig till följd av att lagen, F d. 20. 6. 1864 om otillämpliga förbehåll vid fastighetsköp, 2 §, förbjuder att överlåta, vare sig vederlag betingats eller ej, fast egendom under villkor av framtida äktenskap (frågan besvarades nekande av *Chydenius* s. 33). Sedan ÄL 45 § tillåter trolovad att till sin trolovade giva egendom att tillfalla honom vid äktenskapets ingående, vilken befogenhet omfattar också fast egendom, finnes det icke skäl att frånkänna överlåtelsen giltighet blott på grund av att äganderätten skall övergå genast och icke först vid tidpunkten för vigseln. Den eventuellt förefintliga avsikten att genom gåvan beveka den, med vilken givaren ingått trolovning, till äktenskapets slutande, kan i det senare fallet icke betraktas som mera förkastlig än i det förra fallet. Då fastighet till trolovad överlåtits med suspensivt villkor på sätt ÄL 45 § förutsätter, uppkommer ingen fråga om återbäringsskyldighet, om äktenskap icke avslutes. Äganderätten har i så fall ej övergått. Har däremot egendomen omedelbart överlåtits till trolovad, måste den återställas till givaren därest trolovningen brytes. Visserligen är det förbjudet enligt nyssnämnda F d. 20. 6. 1864, 2 §, att anknyta till överlåtelsen ett resolutivt villkor innebärande att äganderätten återgår omedelbart och med verkan mot tredje man om trolovningen blir uppslagen. Men givaren måste ha rätt att med personlig talan fordra egendomen tillbaka av mottagaren.

Är gåvan icke i behåll, äger rätten pröva huruvida dess värde skall ersättas (ÄL 7 § 3 mom.). Härvid bör viss hänsyn tagas till skuldfrågan. Den som genom sitt beteende givit giltig anledning till trolovnings brytande kan åläggas strängare ersättningsskyldighet än den oskyldiga parten. Annars torde man kunna gå ut ifrån att gåvans förbrukade värde icke behöver återgäldas.

Vid mottagarens konkurs bevakas ersättningsfordran enligt reglerna om oprioriterade fordringar.

Mottagarens borgenärer äga icke motsätta sig gåvoföremålets avskiljande

ur gäldenärens bo, om föremålet finnes i behåll (jfr betr. kondiktionstalan i allmänhet förf. Obligationsrätt I 38 § V).

2. Ovan har varit fråga om återbäring av gåvor som de trolovade givit varandra. Återbäringsskyldighet kan dock inträda jämväl i förhållande till tredje man, som vederlagsfritt givit trolovad föremål avsedda att användas under det tillärnade äktenskapet. Berättigade att påkalla restitution äro blott trolovads föräldrar eller andra honom närstående personer. Är gåvan icke i behåll, kan efter vad som finnes skäligt ersättning utdömas i pengar.

ÄL 8 §. Jfr ovan IV samt förf. Perusteettoman edun palautus s. 200 ff.
Gåva av fast egendom, som av tredje man givits under villkor av framtida äktenskap, är ogiltig (F d. 20.6. 1864, 2 §).
Har tredje man endast bekostat en gåva som av trolovad givits den andra trolovade tillkommer den förstnämnde inget restitutionskrav i förhållande till gåvans mottagare.

VI. 1. För de anspråk av ekonomisk natur som tillkomma trolovad i anledning av trolovnings brytande gäller en legal frist av sex månader, inom vilken tid anspråket måste göras gällande medelst talan vid påföljd att det eljest förfaller (ÄL 26 §). Under fristbestämmelsen inbegripas både skadestånds- och återbäringsanspråk.

Denna frist måste anses gälla ej blott för de på lagens uttryckliga stadganden grundade anspråken utan även för dem som tillkomma trolovad enligt lagens analogi.
2. För skadestånds- och återbäringsanspråk som föranledas av trolovnings ogiltighet är ej någon särskild frist föreskriven. Det förblir alltså vid den allmänna tioårspreskriptionen samt den fristförlängning som eventuellt kan följa därav att ogiltighetsgrunden innefattar ett brott (SL 9:6). Är ogiltigheten sådan att den ej kan beaktas utan att part framställer yrkande därpå och vill part hellre bryta trolovningen som om den hade varit giltig, är det uppenbart att han i så fall måste iakttaga de kortare fristerna.
I händelse den viljebrist eller det brott som medför trolovnings ogiltighet står i så nära samband med den rättshandling varigenom gåva givits åt trolovad att även den måste anses som ogiltig, kan återbäring i första hand yrkas medelst äganderättstalan som ej är underkastad preskription.

2 kap.

FÖRUTSÄTTNINGAR FÖR ÄKTENSKAP

6 §. Allmän äktenskapskapacitet.

I. Lagen uppställer både allmänna och särskilda betingelser för en persons rätt att ingå äktenskap. Med de allmänna betingelserna avses omständigheter som hindra äktenskap, såframt de ej äro för handen. De speciella betingelserna åter bestå av omständigheter, vilkas förhandenvaro utgör hinder för äktenskap. Till den förra gruppen hör exempelvis den betingelsen att personen i fråga uppnått viss minimiålder. Uppfyller han icke denna (positiva) betingelse, saknar han allmän kapacitet. Till den senare gruppen hör exempelvis betingelsen att personerna i fråga icke få vara nära blodsförvanter. Är denna (negativa) betingelse för handen, tillåtes icke äktenskap. Sistnämnda betingelser sammanfattas under benämningen äktenskapshinder, emedan deras förhandenvaro (icke frånvaro) utgör hinder för äktenskaps ingående.

Under förevarande paragraf behandlas de allmänna betingelserna eller en persons allmänna äktenskapskapacitet. De övriga betingelserna eller äktenskapshindren upptagas till behandling under nästföljande paragraf.

Mot uttrycket »äktenskapshinder» kan anmärkas att det leder till en dubbel negation: personen får ingå äktenskap därest sådan omständighet icke föreligger som icke berättigar honom att göra så. Att termen kommit i bruk förklaras av det faktum att äktenskap i allmänhet äro tillåtna såframt ej särskilda hinder föreligga.

Skillnaden mellan allmänna förutsättningar och äktenskapshinder verkar för sin del konstlad, ty en »allmän förutsättning» går över till ett äktenskapshinder blott förutsättningen beskrives negativt: äktenskap får icke ingås av den som

icke uppfyllt visst antal år. Svenska GB känner icke till nämnda tudelning utan behandlar alla förutsättningar under titeln »hinder mot äktenskap». I flera utländska lagar åtskiljas dock allmänna förutsättningar och äktenskapshinder. Detta är riktigt ur den synpunkten att en sådan allmän rättssats icke förefinnes enligt vilken äktenskap i princip kunde ingås utan att ifrågavarande personer behöva ha några särskilda kvalifikationer utöver det att den ene är en man och den andra en kvinna.

Vår ÄL följer tudelningsmetoden. Detta framgår av kapitelrubrikerna och paragrafindelningen, däremot icke av stadgandenas utformning. Allmänna förutsättningar omtalas under lagens 1 kap. med rubriken »allmänna stadganden» och de speciella betingelserna i 3 kap. med rubriken »äktenskapshinder». I de i 1 kap. ingående paragraferna användes negativt uttryckssätt på samma sätt som i 3 kap., t.ex. 2 §: »Man under aderton år och kvinna under sjutton år må ej träda i äktenskap — —». Att fråga ändock är om en allmän förutsättning framgår av sakinnehållet. Meningen är att man eller kvinna måste ha uppnått nämnda ålder för att ha äktenskapskapacitet. Åldern utgör en positiv omständighet som skall vara för handen; saknas den, föreligger inkapacitet. Med de egentliga äktenskapshindren förhåller det sig annorlunda. Stadgandet att nära anförvanter icke må gifta sig (ÄL 10 §) bygger på tankegången, att dylik släktskap är en negativ omständighet som alltså *icke* får förefinnas för att äktenskap skall kunna ingås.

II. Allmän äktenskapskapacitet förutsätter att person som vill gifta sig uppnått viss minimiålder och äger eljest tillräcklig rättshandlingsförmåga samt att, i fråga om kvinna som redan varit gift, stadgad väntetid förflutit efter det tidigare äktenskapets upplösning.

1. Ålder. Den lagbestämda äktenskapsåldern är 18 år för man och 17 år för kvinna. Äktenskapskapaciteten inträder alltså tidigare än den allmänna myndigheten, som uppnås först vid 21 års ålder eller undantagsvis, om omyndigheten (minderårighetstiden) på begäran av förmyndare förlängts, vid den tidpunkt som fastställts av rätten, i intet fall dock senare än vid 25 års ålder (FörmL 16, 17 §).

Till åtskillnad från den allmänna civilrättsliga myndigheten benämnes den särskilda myndighet, som är en förutsättning för äktenskaps ingående, äktenskapsmyndighet.

Även om någon ännu icke uppnått äktenskapsmyndighet, äger han ingå äktenskap om republikens president meddelar tillstånd därtill (äktenskapsdispens, ÄL 2 §).

Då man eller kvinna gifter sig före 21 års ålder eller under tiden för den förlängda omyndigheten, upphör omyndigheten (FörmL 18 §). Befrielse från förmynderskap inträder och den sålunda vunna myndigheten fortfar även om äktenskapet bleve upplöst innan myndighetsåldern nåtts.

Äktenskapsmyndighet uppnås tidigare än i de övriga nordiska länderna, vilkas lagar bestämt äktenskapsåldern för mannen till 21 och för kvinnan till 18 år. Enligt tysk rätt fordras likaså att mannen uppnått myndighetsåldern 21 år, men kvinnan kan gifta sig redan som 16-årig. I Schweiz är mannens äktenskapsålder 20 och kvinnans 18.

Så länge man och kvinna äro minderåriga äga de oavsett vunnen äktenskapsmyndighet icke ingå äktenskap utan föräldrars eller annan giftomans samtycke (ÄL 3 §). Härvid förutsättes att han eller hon icke förut varit gift, ty i så fall har omyndigheten, såsom nyss nämndes, helt och hållet upphört. Från inhämtande av samtycke kan befrielse (dispens) icke erhållas. Giftomans samtycke är således erforderligt även i händelse republikens president meddelat åldersdispens.

Giftomannaskap utövas i första hand av föräldrarna gemensamt. Är den ene av föräldrarna död, ankommer det på den efterlevande att ge samtycke. Från fordran av gemensamt samtycke bortses även i det fall att dess iakttagande icke kan ske utan märklig omgång eller tidsutdräkt. Den av föräldrarna med vilken förbindelse ej kan utan olägenhet nås behöver icke tillfrågas utan det är den andres sak att tillåta äktenskapet. Behörigheten att ge samtycke är vidare beroende av delaktigheten i barnets vårdnad. Tillkommer vårdnaden endast den ene av föräldrarna, skall allenast dennes samtycke inhämtas. Ett sådant fall föreligger då endera av föräldrarna är sinnessjuk eller sinnesslö eller då han genom rättens dom skilts från vårdnaden, så ock då fråga är om utomäktenskapligt barn vars vårdnad enligt lag handhas av modern ensam. Äro båda föräldrarna döda eller kan samtycke icke utan olägenhet inhämtas av någondera eller möter motsvarande hinder eller svårighet för inhämtande av dens samtycke som har att ensam vårda barnet, utövas giftomannaskapet av annan förmyndare, där sådan finnes eller utses, eller av en på anmälan tillförordnad god man (3 § 1 mom.).

Den som är omyndigförklarad skall till äktenskap ha förmyndarens samtycke (2 mom.). Denna regel vinner tillämpning då någon, som uppnått myndighetsåldern, i följd av slöseri eller dryckenskap eller ock av ålderdomssvaghet, annat försvagat sinnestillstånd, kroppsligt lyte eller långvarig sjukdom är ur stånd att taga vård om sina angelägenheter och därför ställts under förmynderskap (FörmL 19 §). Därest omyndighetsförklaringen beror på att ifrågavarande person

lider av sinnessjukdom, är förmyndares samtycke givetvis utan betydelse eftersom äktenskapskapacitet saknas.

Lagen omnämner icke det fallet att förmyndare vill ingå äktenskap med sin myndling. Han kan därvid icke uppträda som giftoman, enär intressekonflikt föreligger mellan honom och myndlingen, och god man bör särskilt förordnas för att fatta beslut om avgivande av samtycke (jfr FörmL 65 §).

Giftoman får återkalla sitt samtycke så länge vigsel ej ägt rum. Jfr *Borum* s. 23. Har samtycket framkallats genom tvång eller svek, är det ogiltigt.

Vägran av giftomans samtycke utgör icke definitivt hinder för äktenskap under den tid omyndigheten varar, utan frågan kan underställas rättens prövning. Detta kan göras av den omyndige personligen, utan att god man behöver förordnas. Finner rätten att samtycke vägrats utan giltigt skäl, äger den meddela tillstånd till äktenskap (3 § 3 mom.).

Saken behandlas av rätten som ett ansökningsärende (jfr ÄL 40 §, svenska GB 2:4). Enär det åligger giftoman att tillvarataga myndlingens intresse, är han även berättigad att anföra besvär hos hovrätt, om underrätt bifallit ansökningen. Mot hovrätts utslag äger han ej mer föra talan hos högsta domstolen (29 §). Däremot kan den, som anhängiggjort ärendet, söka ändring i hovrätts utslag varigenom hans ansökan avvisats.

2. Jämte föreskriven äktenskapsålder fordras att den som vill ingå äktenskap befinner sig i sådant sinnestillstånd eller utvecklingsstadium som är en allmän förutsättning för rättshandlingsförmåga. Att lagen ej uttryckligen nämnt denna betingelse beror på att äktenskaps ogiltighet kan bli en följd även av sådan sinnessjukdom eller sinnesförvirring som icke utesluter den rättsliga handlingsförmågan, vilken således blott är att beteckna som ett från lagens stadganden härlett minimikrav för en persons kapacitet att ingå äktenskap.

Jfr nedan 7 § III, 18 § III 1 a.

3. Väntetid. Kvinna som redan varit gift får ej ingå nytt äktenskap innan lagstadgad väntetid är tilländalupen (ÄL 4 §). Väntetiden utgör tio månader och den räknas normalt från äktenskaps upplösning. Ingen väntetid behöver dock iakttagas om det visas att kvinnan icke var havande då äktenskapet upplöstes. Har åter kvin-

nan under väntetiden framfött barn, förkortas väntetiden så, att hon får gifta om sig genast efter barnets födelse. En ytterligare avvikelse från huvudregeln består däri att väntetiden får räknas redan från den tidpunkt då makarnas samlevnad upphörde, därest tidpunkten fastslagits i rättens dom angående hemskillnad eller äktenskapsskillnad.

Dispens kan beviljas med avseende på väntetidens längd.

De nu gällande stadgandena om väntetid avse att förebygga oklarhet beträffande barns äkta börd. Man vill förekomma en sådan situation i vilken det är svårt att utröna huruvida den förre eller den nye äkta mannen är fader till barnet. En så lång tid efter äktenskaps upplösning (genom död eller skillnadsdom) måste alltså ha förflutit att barn från det tidigare äktenskapet ej mer är att vänta.

Har kvinnan före väntetidens utgång gift om sig och under väntetiden framfött barn, avgöres barnets rättsliga ställning med tillhjälp av tvenne presumtioner, den ena gällande till förmån för det tidigare giftet enligt normala beräkningsregler och den andra, undantagspresumtionen, gällande till förmån för det nya giftet, såframt kvinnan ingått sitt nya äktenskap före barnets födelse (ÄBördL 1 § 2 mom.). Jfr nedan 24 § II 3.

Enligt äktenskapslagen i dess ursprungliga lydelse kunde varken man eller kvinna ingå nytt äktenskap inom sex månader efter det tidigare äktenskapets upplösning. En särskild väntetid om tio månader var därjämte gällande för kvinna, därest det icke styrkts att hon vid äktenskaps upplösning ej var havande eller därest hon icke sedermera hade framfött barn.

Sin nuvarande lydelse fick ÄL 4 § genom L 22. 12. 1949.

Att *avvittring* förrättats efter upplösningen av det tidigare äktenskapet är hos oss ej längre, sedan GB 12: 1 upphävts, förutsättning för omgifte. Annorlunda dansk lag, se *Borum* s. 40 ff.

Om förmynderskapsnämndens initiativ till avvittring då efterlevande make träder i nytt gifte och omyndiga barn finnas, se nedan 21 § II.

III. Lysnings- och vigselmyndigheter skola beakta att de trolovade uppfylla de allmänna äktenskapsbetingelserna eller att dispens blivit beviljad. Ett förbiseende härutinnan medför dock icke äktenskaps ogiltighet, såframt fråga är om äktenskapsålder eller väntetid (ovan II 1, 3). Brist i rättshandlingsförmåga (II 2) kan däremot föranleda tillämpning av de regler som gälla återgång av äktenskap på grund av sinnessjukdom, sinnesslöhet eller tillfällig sinnesförvirring (ÄL 67, 68 §). Jfr nedan 18 §.

IV. I fråga om äktenskap som skall ingås genom kyrklig vigsel komma även andra omständigheter än de i statlig lag nämnda i betraktande såsom förutsättningar för äktenskapet eller såsom äktenskapshinder. Ett religionssamfund är icke skyldigt att förrätta vigsel såframt ej de trolovade uppfylla de villkor som samfundet från religiös-

sedlig synpunkt anser sig böra uppställa (ÄL 15 § 2 mom.). Ett sådant villkor är skriftskolan enligt kyrkolagen för den evangelisk-luterska kyrkan.

7 §. Äktenskapshinder.

I. Oavsett förhandenvaron av betingelserna för en persons allmänna äktenskapskapacitet kan ingående av äktenskap hindras av att speciella omständigheter föreligga vilka av lag betecknas som (egentliga) äktenskapshinder. Till grund för stadgandena beträffande dessa hinder ligga etiska och rashygieniska synpunkter.

De viktigaste äktenskapshindren äro oeftergivbara, indispensabla. Från övriga hinder kan vinnas befrielse medelst dispens som beviljas av republikens president. Dessa hinder benämnas därför eftergivbara eller dispensabla.

En del äktenskapshinder kunna medföra ogiltighet av äktenskap som i strid mot hindret blivit i behörig ordning slutet. Hinder av denna art kallas upplösande (*impedimenta dirimentia*). De övriga hindren äro enbart uppskjutande (*impedimenta impedientia*). I sistnämnda fall föranleder hindret att äktenskap uppskjutes eller uteblir, ty lysning och vigsel äro förbjudna, men har äktenskap likväl under laga former slutits, så förblir det gällande.

II. 1. Bigamihindret. Enligt protestantisk och katolsk uppfattning utgör bestående äktenskap hinder för varje annat äktenskap. Denna monogamiska princip bildar grundvalen för äktenskapslagstiftning. Man och kvinna äro icke berättigade att under den tid äktenskapet fortbestår träda i nytt gifte. Om vigsel det oaktat ägt rum, bör det nya äktenskapet förklaras ogiltigt på talan av allmän åklagare eller andra maken i det nya eller tidigare äktenskapet (ÄL 67, 83 §). För att tvegifte icke skall föreligga måste det tidigare äktenskapet vara definitivt upplöst. Har skillnadsdom utverkats bör domen frånsett biansprâken vara lagakraftvunnen, varvid är att märka att skillnadsdom som ej överklagas anses ha medfört äktenskapets upplösning redan genom domens avkunnande och icke först vid utgången av tiden för ändringssökande. Där äktenskapsskillnad föregåtts av hemskillnad, är det icke nog med att den föreskrivna särlevnads-

tiden av ett år därefter förflutit utan en formell skillnadsdom måste ha utverkats.

Bigamihindret är indispensabelt och upplösande.

Se vidare nedan 18 § III 2.

Dödförklaring av make utplånar icke helt och hållet det tidigare äktenskapets betydelse i förhållande till det nya äktenskap som andra maken därefter ingått. Den omgifta maken äger nämligen, såframt den dödförklarade senare befinnes vara vid liv, frånträda sitt nya äktenskap för att fortsätta samlevnaden med sin förra, därtill villiga make (DödförklL 15 §). Det tidigare äktenskapet utgör dock ej ett äktenskapshinder, enär det nya äktenskapet blir bestående därest den omgifta maken så önskar. Reglerna beträffande tvegifte äro därför överhuvud otillämpliga i detta fall.

Den monogamiska principen återspeglas i viss mån i stadgandena om lysning till äktenskap. Lysning medför såtillvida en övergående begränsning i trolovads äktenskapskapacitet att den förelyste i allmänhet ej kan få ny lysning till äktenskap med någon annan innan sex månader förflutit från den tidigare lysningen (19 §). Jfr nedan 8 § IX.

2. Släktskapshindret. Äktenskap mellan nära blodsförvanter har sedan gammalt varit förbjudet både av etiska och av rashygieniska skäl. Ju mera de sistnämnda skälen, som gå ut på att motverka degeneration, trätt i förgrunden, desto mera har hindrets omfattning minskats. Enligt 1734 års lag var äktenskap förbjudet mellan personer i rätt upp- och nedstigande släktskap samt mellan sidoskylda, då endera kom omedelbart från den gemensamma stammen, t.ex. farfarssyster, morbroder, syster och systerdotter och hennes avkomlingar, samt dessutom, såvitt dispens icke beviljades, mellan syskonebarn (GB 2:1, 2, 3). Det sistnämnda hindret blev avskaffat redan före äktenskapslagens tillkomst (genom F 4.11.1872). I nu gällande lag har hindret mellan sidoskylda ytterligare inskränkts. Äktenskap är numera förbjudet, förutom mellan släktingar i rätt upp- och nedstigande led, blott emellan syskon samt emellan personer av vilka den ene är avkomling av den andres broder eller syster (ÄL 10 § 1 mom.). Hindret i sidoskyldskap sträcker sig således icke längre än till s.k. onkeläktenskap i trängre mening.

Enligt de övriga nordiska ländernas lagar omfattar hindret i sidoskyldskap blott syskon. Onkeläktenskap äro tillåtna.

Hindrets utsträckning överensstämmer med strafflagens regler om bestraffning av s.k. blodskam (SL 20:1, 3, 4).

Någon skillnad mellan halvskyldskap och helskyldskap göres icke. Hindret avser således jämväl äktenskap med halvsyster eller hennes dotter. Likgiltigt är också huruvida äktenskaplig eller utomäktenskaplig börd ligger till grund för släktskapen. Äktenskap med systerdotter är förbjudet även om hon vore ett barn utom äktenskap.

Släktskapshindret är indispensabelt och upplösande.

3. Svågerlagshindret. Av etiska (icke rashygieniska) skäl är äktenskap förbjudet mellan personer vilka stå i nära svågerlagsförhållande till varandra. Svågerlag är en frändskap som uppkommer genom äktenskap. Därmed avses förhållandet mellan ena maken och släktingarna till andra maken men icke förhållandet mellan dem som äro makarnas släktingar. Hindret omfattar rätt ned- och uppstigande svågerlag och äktenskap är således förbjudet om den ene varit gift med den andres släkting i rätt upp- eller nedstigande led (ÄL 10 § 2 mom.). Svågerlag å sidone, varmed avses förhållandet till andra makens sidoskylda, exempelvis till avliden hustrus syster, utgör icke äktenskapshinder såsom fallet var enligt 1734 års lag (GB 2:5, som upphävdes genom L 18.9.1882).

Stadgandet angående svågerlagshindret har i sikte det fallet att mannen eller kvinnan efter äktenskapets upplösning vill gifta sig med en person inom den andres släkt. Till hindrets uppkomst medverka två äktenskap, det upplösta och det tillärnade. Det tidigare äktenskapet har framkallat det frändskapsförhållande med avseende på vilket det nya äktenskapets tillåtlighet skall bedömas. Äktenskapshinder föreligger i fall då det nya äktenskapet skulle slutas med andra makens släkting i upp- eller nedstigande led, vare sig det tidigare giftet upplösts genom död eller skillnadsdom. Mannen får icke gifta sig exempelvis med sin styvdotter eller svärmoder eller hustruns oäkta dotter och kvinnan icke med sin styvson eller svärfader. I dessa fall göres ej skillnad mellan hel- och halvskylda inom den andra makens släkt, eller mellan äktenskaplig och utomäktenskaplig börd. Mannen får lika litet äkta sin förra hustrus moder

som hennes styvmoder och äktenskap med styvdotter eller styvsons dotter är för honom förbjudet oavsett om hon fötts i eller utom äktenskap.

Svågerlagshindret utesluter äktenskap mellan make, vars äktenskap upplösts, och andra makens ascendent eller descendent, medan hinder ej möter för äktenskap mellan makarnas släktingar, såvitt släktskapshindret ej föranleder annat. Ha makarna barn från tidigare äktenskap, stå dessa s.k. sammanbragta barn ej i svågerlag till varandra och äktenskap mellan dem är tillåtet.

Av svågerlagshindrets natur följer att den släktskap på vilken svågerskapen beror måste ha förefunnits redan vid den tidpunkt, då det äktenskap blev upplöst varigenom svågerskapen grundades. Hinder mot äktenskap föreligger ej om någon vill träda i äktenskap med sin förra makes barn i ett senare gifte.

Frågan är omstridd. Under åberopande av ordalydelsen i ÄL 10 § 2 mom. har det påståtts att svågerlagshinder kan uppkomma i kraft av äktenskap som ej längre äger bestånd. Om en kvinna varit gift två gånger och fått barn i båda äktenskapen, vore giftermål förbjudet såväl mellan den förre mannen och barnen i andra äktenskapet som mellan mannen i detta äktenskap och barnen i det första (*Westrin* s. 38, jfr vidkommande tidigare rätt *Chydenius* s. 52). Det är sant att begreppet »svågerlag» icke förekommer i lagens ordalaydelse och att det använda uttryckssättet »varit gift med den andres släkting» täcker också det fallet att släktskapet uppkommit efter upplösningen av det tidigare äktenskapet. Att inlägga i lagen en så vid innebörd betingas emellertid icke av lagbudets syfte. Meningen har varit att med hinderstadgandet, såvitt det angår äktenskap med andra makens barn, motarbeta sexuella förbindelser mellan maken och styvdottern eller makan och styvsonen, vilka relationer även belagts med straff i SL 20:2, varemot skäl ej förefinnes att låta hinderstadgandet gälla även relationer mellan make och barn som framfötts i andra makens senare äktenskap. Dylika barn äro ej den förstnämnda makens styvbarn och omfattas ej heller av SL 20:2 som endast talar om »styvbarn» och dennes avkomlingar. För att lagen ej skall gå längre än vad som är förenligt med dess syfte, bör stadgandet i ÄL 10 § 2 mom. tolkas restriktivt så, att därunder endast verkliga svågerlagshinder inbegripas, varigenom även harmonin mellan civillag och strafflag upprätthålles.

Jfr om begreppet svågerlagshinder enligt tysk rätt *Wolff* § 13 I 3 b.

Äktenskap som till följd av väsentligt fel vid vigselförrättningen är att anse som ogiltigt grundlägger icke svågerlagshinder i förhållande till andra makens släktingar. Huruvida detsamma bör gälla även äktenskap som icke är en absolut nullitet utan endast kan dömas att återgå enligt 67 eller 68 §, är en mera vansklig fråga, som dock med hänsyn till grunden för hinderstadgandet torde böra besvaras nekande. Om exempelvis äktenskapet dömts att återgå på grund av makas fördolda sjukdom, äger icke mannen i detta äktenskap ta till hustru sin styvdotter. Denna tolkning förordas även av *Westring* s. 38.

Könsumgänge utom äktenskap grundlägger ej svågerlag. Annorlunda dansk rätt, enligt vilken illegitimt svågerlag utgör äktenskapshinder, se *Borum* s. 36.

Det för lägersmål stadgade straffhotet i SL 20:2 täcker, såsom redan påpekats, de fall vilka inbegripas under svågerlagshindret.

I SL 20:5 stadgas straff även för lägersmål med person i svågerlag å sidone, t.ex. med broders hustru. Ett sådant svågerlag innebär icke något äktenskapshinder. I stadgandet omnämnes endast broders tidigare hustru, vilket vinner sin förklaring i att lägersmål med hustru i ett bestående äktenskap var förut straffbart som hor. Sedan bestämmelserna om horsbrott genom ändring av SL 20 kap. (L 23.9.1948) blivit upphävda, finnes i lagen ej något stadgande om straff för det sistnämnda fallet. Härav måste anses följa att numera ej heller lägersmål med broders tidigare hustru, som utgör ett lindrigare fall, är straffbart. Då en så viktig del av paragrafen faller bort, synes den även i övrigt ha blivit otillämplig. Jfr om dubierna vid stadgandets tillkomst *Forsman*. De särskilda brotten, 3 uppl., s. 68 f.

Svågerlagshindret är numera eftergivbart. En ovillkorlig förutsättning för dispens är emellertid att den andra maken, med vars släkting det nya äktenskapet skall ingås, redan avlidit.

Dansk, norsk och svensk lag tillåta dispens jämväl under andra makens livstid.

Svågerlagshindret var oeftergivbart intill L d. 23. 3. 1944 som gjorde det möjligt att bevilja dispens under förutsättning dels att andra maken i det tidigare äktenskapet avlidit, dels att barn från detta äktenskap ej voro vid liv. Genom L d. 19. 11. 1954 fick ÄL 10 § sin nuvarande lydelse enligt vilken det ej längre fordras att barn från tidigare gifte ej finnas till när det nya äktenskapet skall ingås. Betingelsen att andra maken i det tidigare äktenskapet avlidit fortfar däremot att gälla.

Det av svågerlag föranledda hindret är ej upplösande oaktat äktenskap slutits utan att dispens varken beviljats eller kunnat beviljas (ÄL 67 §).

Före L d. 19. 11. 1954 var hindret upplösande om icke dispens meddelats jämlikt nyssnämnda lag av år 1944.

4. Adoptionshindret. I laga ordning företagen adoption grundlägger mellan adoptant och adoptivbarn ett rättsförhållande, motsvarande förhållandet mellan föräldrar och barn. Fördenskull är äktenskap förbjudet mellan adoptant och adoptivbarn så länge adoptionsförhållandet fortbestår (AdoptL 6 §).

Det på adoptionsförhållandet beroende hindret är ej dispensabelt, men adoptant och den adopterade, som uppnått myndig ålder, äro i tillfälle att på grund av överenskommelse åstadkomma adoptions-

förhållandets upphävande genom att ansöka därom hos domstol (AdoptL 10 §).

Hindret är ej upplösande (ÄL 67 §).

III. Av rashygieniska skäl är äktenskap förbjudet för den som lider av en viss sjukdom eller defekt.

1. Sinnessjukdom eller sinnesslöhet. I tidigare lag hade ingenting stadgats om detta hinder, varför frågan om äktenskaps tillåtlighet var beroende av huruvida sinnestillståndet berövade den sjuke eller underutvecklade rättslig handlingsförmåga. Den medicinska forskningen har emellertid ådagalagt att dylik psykisk abnormitet icke med nödvändighet utesluter sådan bedömningsförmåga som förutsättes av civilrättslig kapacitet. För att tillgodose rashygieniska syftemål, som måste vara allena utslagsgivande, har man därför i nu gällande lag tillmätt sinnessjukdom och sinneslöshet betydelsen av ett självständigt äktenskapshinder (ÄL 11 §). Detta innebär att äktenskap är för den sjuke eller sinnesslöe förbjudet jämväl i de undantagsfall där rättshandlingsförmågan kunde anses finnas kvar hos denne.

Lagens ståndpunkt har påverkats av det utlåtande, som medicinska fakulteten i Uppsala avgivit vid förberedande av den nya svenska giftemålsbalken. *Westring* s. 33.

Sinnessjukdom är en pågående sjuklig process i hjärnan. I lagen avses dock endast egentlig sinnessjukdom (dementia), men däremot ej lindrigare psykoser.

Sinnesslöhet betecknar själslig undermålighet. Därmed avses sådana grader av hämmad psykisk utveckling, vilka ligga under den intellektuella utvecklingsnivå som normalt uppnås vid fyllda 15 år. Hit höra idioti och högre grader av imbecillitet. De lindrigare fallen av imbecillitet, vilka stå på gränsen till den svaga begåvningen utan abnorm karaktär, utesluta icke äktenskapskapacitet.

Jfr *Westring* s. 33.
Den tidigare SteriliseringsF 13.6.1935 betecknade som imbecillitet en utvecklingsnivå som icke överstiger det normala vid fyllda 14 år. Enligt nya F 5.5.1950 anses den, vilkens intellektuella utveckling icke höjer sig över ett tolvårigt barns, vara i SteriliseringsL 1 § avsedd själsligen undermålig person. Härav kan icke slutas att man numera vid bedömande av äktenskapskapacitet borde nöja sig med att personen i fråga icke överskridit det utvecklingsstadium som barn vid 13 års ålder normalt uppnå.

Sedliga defekter såsom etisk imbecillitet (moral insanity), sexuell perversitet e.d. äro icke äktenskapshinder.

Enligt dansk rätt kan hänsyn tagas även till defekter i känslo- och viljeliv (psykopati av högre grad). *Borum* s. 29.

Har sinnessjukdomen blivit överstånden, kan den omständigheten att sådan sjukdom förefunnits icke vidare åberopas som äktenskapshinder, men den till hälsan återställde är dock skyldig att med läkarintyg styrka upphörandet av sjukdomen (TF 6 § 1 mom.).

Sinnessjukdom och sinnesslöhet äro oeftergivbara och upplösande hinder (ÄL 67 §).

2. Fallandesot. Denna sjukdom utgör äktenskapshinder såframt den ej härrör av övervägande yttre orsaker (ÄL 12 § 1 mom.). Epileptikern får alltså icke ingå äktenskap, om sjukdomen är att hänföra till huvudsakligen inre orsaker. Fallandesoten beror då vanligen på ärvda anlag vilka i tidigare släktled framträtt oftast som fallandesot men stundom även som annan nervsjukdom eller sinnessjukdom. I dessa fall förefinnes fara att sjukdomen går i arv på epileptikerns avkomma. Härrör däremot fallandesoten av s.k. yttre orsaker, är den icke ärftlig. Om både inre och yttre orsaker medverkat till sjukdomen, beror äktenskapskapaciteten av huruvida de yttre orsakerna äro till den grad övervägande att fara för ärftlighet ej föreligger. Sjukdomens art måste i varje förekommande fall utrönas. Den som lider av fallendesot och vill ingå äktenskap skall med läkarintyg styrka att sjukdomen uteslutande eller huvudsakligen härrör av yttre orsaker (TF 6 § 2 mom.).

Hindret är eftergivbart. Detta innebär att epileptiker även i händelse sjukdomen beror på övervägande inre orsaker äger ingå äktenskap, om dispens beviljas. Dispens kan dock komma i fråga endast då faran för efterkommandes hälsa måste anses utesluten exempelvis till följd av att kontrahenterna äro så ålderstigna att de ej äro i stånd att erhålla avkomlingar.

Har trots hindret vigsel ägt rum, kan återgång av äktenskapet påyrkas av den make som vid äktenskapets ingående ej haft kännedom om att den andre led av fallandesot och som därför handlat under inflytande av villfarelse (ÄL 68 § 1 mom. 2 pt.).

3. Könssjukdom. Äktenskapshinder är för handen om sjukdomen

befinner sig i smittosamt skede (ÄL 12 § 1 mom.). Att trolovad icke lider av sådan sjukdom skall av honom skriftligen försäkras vid anhållan om lysning (16 § 2 mom.). Läkarintyg behöver ej företes. De könssjukdomar som i lagen avses äro syfilis, enkelt veneriskt sår och gonorré (ÄLP 15 §).

Från hindret kan beviljas dispens, dock i allmänhet blott under förutsättning att kontrahenternas ålder utesluter möjligheten av att erhålla barn.

Om hindrets upplösande verkan gäller detsamma som i fråga om fallandesot.

4. Dövstumhet. Detta lyte utgör äktenskapshinder, när båda kontrahenterna äro därmed behäftade och enderas dövstumhet är ärftlig (ÄL 12 § 2 mom. enl. L 23.3.1944). Lytets ärftlighet presumeras och bör alltså trolovad vid anhållan om lysning utreda att enderas dövstumhet icke är ärftlig (TF 6 § 3 mom.). Enligt lagens ursprungliga lydelse var hinderstadgandet strängare i det man fordrade att enderas dövstumhet icke var medfödd. Men enär erfarenheten hade visat att vid födelsen uppträdande dövstumhet icke alltid gick i arv från föräldrar till barn, underkastades lagen den ändringen att endast sådan medfödd dövstumhet hos endera kontrahenten som är att betrakta som ärftlig utgör hinder för äktenskap mellan dövstumma. Dövstumhet som först efter födelsen uppträtt såsom följd av sjukdom eller olycksfall var ej ens efter lagens ursprungliga lydelse att anse som hinder.

Hindret är dispensabelt och ej upplösande.

Stadganden om hinder mot äktenskap mellan dövstumma förekomma ej i övriga nordiska länders lagar.

Om också endast förenämnda sjukdomar och defekter utgöra äktenskapshinder och skola på föreskrivet sätt beaktas vid lysning och vigsel, ligger det dock i trolovads intresse att före äktenskapet upplysa sin trolovade jämväl om annan svår sjukdom eller abnormitet han lider av. Underlåter han detta, kan den andre på grund av villfarelse påyrka återgång av äktenskap samt skadestånd (ÄL 68, 69 §).

Jfr nedan 18 § III 2 b.

IV. Make som gjort sig skyldig till äktenskapsbrott, vilket åberopas som skillnadsskäl, kan av domstol förbjudas att ingå nytt gifte inom ett år från det tidigare äktenskapets upplösning (ÄL 70 § 2 mom.). Hindret är ej eftergivbart men dock ej upplösande.

V. Den som hålles häktad för rannsakning eller undergår frihetsstraff får endast med justitieministerns tillstånd vigas till äktenskap (TF 23 §).

3 kap.

FORMEN FÖR INGÅENDE AV ÄKTENSKAP

8 §. Lysning.

I. 1. Äktenskap kan icke ingås utan myndighets medverkan. Då lagen uppställer vissa betingelser för kontrahents äktenskapskapacitet, är ett särskilt förfarande av nöden för att deras förhandenvaro skall kunna konstateras. Erforderligt är också att ett visst mått av publicitet iakttages och att äktenskapets slutande förverkligas genom en akt av solenn karaktär. Åtgärder av myndighet äro följaktligen oumbärliga. De förrättningar genom vilka äktenskap kommer till stånd och vilka ankomma på offentlig myndighet innefatta *lysning* och *vigsel.*

Till slutande av äktenskap kunna medverka antingen *kyrkliga* eller *borgerliga* (civila) myndigheter, beroende på huruvida kontrahenterna önska kyrklig eller borgerlig vigsel. I senare fallet brukar äktenskapet vanligen kallas civiläktenskap.

2. Principiellt tillkommer kontrahenterna valfrihet mellan den kyrkliga och borgerliga formen för ingående av äktenskap. Understundom är dock endast civiläktenskap tillåtet. Så är förhållandet, om de trolovade eller endera av dem icke tillhör något religionssamfund eller om endera eller båda tillhöra religionssamfund inom vilket vigsel ej får äga rum. Vidare är det stadgat att endast borgerlig lysning och vigsel kan komma i fråga, därest av de trolovade den ene tillhör kristet och den andre icke-kristet religionssamfund eller båda höra till olika icke-kristna religionssamfund,

även om dessa samfund eller någotdera av dem har vigselrätt (ÄL 5 § 2 mom.).

3. Berättigade att anordna kyrklig vigsel äro omedelbart på grund av lag den evangelisk-luterska kyrkan och det ortodoxa kyrkosamfundet (tidigare grekisk-katolska kyrkan). Men på grund av statsrådets beslut kan sådan rätt tillkomma även annat religionssamfund. Vigselrätt har förlänats bl.a. den katolska kyrkan i Finland, den biskopliga metodistkyrkan, baptistkyrkan och frikyrkan i Finland, de mosaiska församlingarna i Helsingfors och Åbo samt den mohammedanska församlingen i Helsingfors.

II. *Lysning* är ett förfarande varigenom de trolovades äktenskapsavsikt offentliggöres. Därjämte innefattar lysningsförfarandet hinderlöshetsprövning, nämligen fastställande av förhandenvaron av allmänna förutsättningar för äktenskap samt rannsakan av äktenskapshinder.

III. 1. Lysningsmyndighet inom den evangelisk-luterska kyrkan är kyrkoherde, inom det ortodoxa kyrkosamfundet ävenledes kyrkoherde och inom annat religionssamfund med vigselrätt församlingsföreståndare eller styrelsemedlem som av församlingsstyrelsen därtill bemyndigats (ÄL 13 §, F om det ortodoxa kyrkosamfundet 15.5.1953, 125 §).

Till civiläktenskap utfärdas lysning på landet och i köping av häradshövdingen eller, under pågående ting, av ordföranden i häradsrätten; vid behov kan även en särskild lysningsmyndighet tillsättas av högsta domstolen. I stad med egen rättsvård ankommer utfärdandet av lysning på magistratens ordförande eller, enligt magistratens förordnande, på någon av dess lagfarna ledamöter (ÄL 13 § 2 mom.). I städer av nyare typ vilka höra till häradsrättens domkrets utövas dessa befogenheter av ordningsrättens ordförande eller dess lagfarna ledamot i analogi med vad om magistrat är stadgat (L om ordningsrätt i stad 23.1.1959).

ÄL 13 § 2 mom. nämner endast ordförande i ordningsrätt. Stadgandet måste emellertid ses mot bakgrunden av den äldre lagstiftningen, varför det icke kan betraktas som en specialföreskrift vilken skulle utesluta en sådan tolkning att allt det som är stadgat om magistrat såsom lysningsmyndighet numera äger tillämpning jämväl på de ordningsrätter vilka tillsättas enligt de nya reglerna i 1959 års lag.

2. För den territoriella behörigheten gäller regeln att lysning skall begäras hos lysningsmyndighet i den ort där kvinnan är införd i kyrkobok eller motsvarande register, varmed avses församlingsregistret i vigselberättigat religionssamfund och civilregistret (ÄL 14 §). Det är alltså kvinnans registreringsort som är avgörande. Är kvinnan icke införd i dylikt register i Finland, skall lysning begäras där hon vistas (27 § L 21.9.1944). Har kvinnan varken registrerings- eller vistelseort här i landet, kan lysning icke beviljas. Enligt tidigare rätt kunde lysning ej heller äga rum, när mannen ej var bokförd eller vistades här i landet, men denna begränsning har bortfallit i samband med lysningsreformen, enligt vilken även lysningens tillkännagivande skall ske allenast i kvinnans registrerings- eller vistelseort (nedan VI 1).

I civilregistret införas finska medborgare samt i Finland bosatta utlänningar, som icke tillhöra evangelisk-luterska kyrkan eller det ortodoxa kyrkosamfundet eller annat i religionsfrihetslagen avsett trossamfund. Registret föres av häradsskrivaren, särskilt för varje till hans distrikt hörande kommun, och det omfattar födelseregister, äktenskapsregister, dödsfallsregister, in- och utflyttningsregister samt personregister. F om förande av civilregister 22.12.1917, 1 § (enl. F 17.11.1950).

IV. Lysning skall av bägge de trolovade begäras hos lysningsmyndighet (ÄL 14 §). Detta kan också ske genom befullmäktigat ombud, som kan vara den ene av de trolovade enär fråga är om gemensam sak (RB 15:6).

I och för hinderlöshetsprövning skola de trolovade förete nödig utredning om äktenskaps tillåtlighet. Har lysningsmyndighet icke tillgång till det register vari trolovad är inskriven, skall den trolovade vid anhållan om lysning förete *äktenskapsbetyg,* upptagande vad sagda register innehåller angående hans kapacitet att ingå det tillärnade äktenskapet samt vad därom eljest kan vara för registermyndigheten kunnigt. Äktenskapsbetyget skall vara avfattat enligt föreskrivet formulär. Betyget är giltigt under tre månader efter dess utgivande; det får ej för trolovad utfärdas med mindre samtycke därtill givits av den andra trolovade (TF 1 §).

Är trolovad icke införd i kyrkobok eller motsvarande register i Finland, skall han förete sådant intyg av utländsk registermyndighet som kan erhållas. Intyget skall i vad angår myndighetens behörighet

vara styrkt av diplomatisk eller konsulär tjänsteman i finsk eller det ifrågavarande landets tjänst, såframt den ej är för lysningsmyndigheten känd, och officiellt bestyrkt översättning skall vid behov bifogas (TF 2 §).

Närmare bestämmelser om utredande av utlännings äktenskapskapacitet ingå i IntL samt den nordiska äktenskapskonventionen.

Utöver de uppgifter som stå i äktenskapsbetyget eller det register som man har tillgång till skall lysningsmyndighet i vissa fall fordra särskild utredning. Sålunda är föreskrivet att, om ur betyget eller registret icke framgår att trolovad redan uppnått eller före lysningstidens utgång kommer att uppnå stadgad äktenskapsålder och detta ej eljest är uppenbart, trolovad skall på anmodan lämna erforderlig utredning därom (TF 3 §).

Att giftomans samtycke erhållits, skall likadeles vid behov särskilt utredas (4 §). Har trolovad förut varit gift, skall på anmodan nödig tilläggsutredning bringas därom att det tidigare äktenskapet blivit upplöst genom makens död eller annorledes eller att maken i Finland blivit förklarad för död. Detsamma gäller om utredande av de omständigheter som skola beaktas vid beräknande av den för kvinnan stadgade väntetiden (5 §).

I fråga om vissa sjukdomar som kunna utgöra äktenskapshinder gäller följande.

Finnes anledning antaga att trolovad är sinnessjuk eller sinnesslö eller har han veterligen tidigare varit sinnessjuk, skall lysningsmyndighet fordra läkarintyg därom att sinnessjukdom eller sinnesslöhet icke kan hos honom påvisas (TF 6 § 1 mom.).

Är trolovad känd för fallandesot, skall han förete läkarintyg att sjukdomen härrör av övervägande yttre orsaker (2 mom.).

Dövstum. som vill ingå äktenskap med annan dövstum. skall med läkarintyg styrka att enderas dövstumhet icke är ärftlig (3 mom. enl. F 10.2. 1950).

Utredning om hinderlöshet kommer givetvis icke i fråga såframt hindret bortfallit till följd av dispens (TF 7 §).

Förutom ovannämnda utredning skall en var av de trolovade ingiva till lysningsmyndighet en egenhändigt undertecknad skrift, innehållande dels en *försäkran* att de trolovade ej äro i sådan släktskap eller svågerskap vari äktenskap är förbjudet och att han ej lider av sjukdom som utgör hinder mot äktenskap, dels en uppgift om huruvida han tidigare varit gift (ÄL 16 § 2 mom., TF 8 §). Där försäkran icke överlämnas av trolovad personligen, skall den vara bestyrkt av kända och trovärdiga vittnen (TF 8 §). Falsk försäkran är straffbar (ÄPL 13 §).

Det är naturligt att ej heller hinderlöshetsförsäkran hänför sig till omständigheter som på grund av dispens icke längre äga betydelse för kapaciteten (ÄL 16 § 3 mom.).

V. Skall äktenskap ingås genom kyrklig vigsel, gäller såsom vill-

kor för lysning jämväl vad därom är föreskrivet i vederbörande religionssamfund (ÄL 15 § 2 mom.). I enlighet härmed skola de särskilda villkor för ingående av äktenskap som kunna vara uppställda i religionssamfundets stadgar lända till efterrättelse försåvitt lysning begäres hos kyrklig myndighet som representerar ifrågavarande samfund.

Enär lysning alltid skall begäras hos myndighet i den ort där kvinnan är inskriven i kyrkobok, följer därav att hänsyn skall tagas uteslutande till det samfunds stadgar kvinnan tillhör, men ej vad som eventuellt kan gälla inom mannens religionssamfund. *Grönvall* s. 127.

Ett exempel på ifrågavarande villkor är att trolovad skall ha genomgått skriftskola.

VI. 1. Efter hinderlöshetsprövningen skall lysningsmyndigheten, såvida äktenskap enligt lag får ingås, utfärda lysning medelst lysningssedel, som utgör underlag för det vidare förfarandet (TF 9 §). Om den beviljade lysningen skall sedan *kungöras.* Detta sker i fråga om kyrklig vigsel genom att lysningen uppläses en söndag i den församlings kyrka som kvinnan hör till. Kungörelsen skall samma dag anslås i kyrkoherdeämbetet för en tid av sju dagar. Om lysning till borgerligt äktenskap kungöres enbart genom att lysningen för nämnda tid anslås på anslagstavlan för kommunala kungörelser i den kommun där kvinnan är införd i kyrkobok eller motsvarande register (ÄL 17 §).

Detta kungörelseförfarande infördes genom L 21.9. 1944. Enligt tidigare rätt var dubbel lysning av nöden om mannen och kvinnan tillhörde olika församlingar. Vidare var det föreskrivet att lysning skulle kungöras tre söndagar å rad. Däremot fattades bestämmelsen om anslag i kyrkoherdeämbetet. I fråga om civiläktenskap var förfarandet detsamma som nu blott med den skillnaden att anslagstiden utgjorde fjorton dagar. Jfr ovan III 2.

2. Undantag från det regelmässiga lysningsförfarandet tillåtas för de fall då trolovad är livsfarligt sjuk eller under krigstid i krigstjänst eller därtill inkallad eller då eljest allvarliga skäl tala för att vigsel bör äga rum med minsta möjliga tidsspillan. I fråga om kyrklig vigsel fordras ej annat än att lysningen avkunnas i kyrkan, varefter de trolovade få vigas omedelbart, och civiläktenskap kan i sagda fall ingås utan lysning (ÄL 20 § L 21.9.1944).

Beträffande civiläktenskap ankommer således hinderlöshetsprövningen i dessa fall uteslutande på vigselförrättaren (nedan 9 § III 2).

Undantagets tillåtlighet i fråga om kyrklig vigsel prövas av kyrklig lysningsmyndighet, icke av vigselförrättare, och om den beviljade avvikelsen bör omnämnas i lysningsbeviset. *Huttunen* s. 51.

3. Vigselförrättaren skall under tjänsteansvar se till att stadgad lysning ägt rum och han bör förvägra vigsel om så ej är fallet (SL 40:12). Äktenskaps civilrättsliga giltighet är emellertid ej beroende av att föreskriven lysning skett.

VII. Tredje person som vill hindra tillärnat äktenskap äger uppgiva sina skäl för lysningsmyndigheten (ÄL 18 §). Detta bör ske innan lysningsbevis efter lysningens fullbordande utgivits. Senare kan jävsanmärkning göras hos vigselförrättare (23 §).

Den som gör jävsanmärkning har icke någon vetorätt utan anmärkningen prövas självständigt av myndigheten. Finnes anmärkningen ogrundad, tillkommer den som anmält jävet ingen besvärsrätt. Har däremot myndigheten avslagit lysningsansökan, äger trolovad anföra klagan. Jfr nedan VIII 1.

VIII. 1. Har efter lysningens utfärdande hinder mot äktenskap blivit anmält och styrkt eller eljest kunnigt, skall lysningsmyndigheten, såvitt ske kan, vidtaga åtgärd om lysningens avbrytande. När lysning sålunda avbrutits anses den förfallen (TF 11 §).

Vägras lysning, skall myndigheten utfärda åt trolovad, som vill överklaga beslutet, skriftligt bevis därom med angivande av skälen för vägran (TF 28 §).

Över förvägrad lysning får trolovad klaga hos den myndighet, vilken äger pröva mål om tjänstefel som begåtts av lysningsmyndigheten (ÄL 28 §).

Klagan anföres hos domkapitel inom evangelisk-luterska kyrkan, hos kyrkostyrelsen inom det ortodoxa kyrkosamfundet samt hos vederbörande härads- eller rådstuvurätt, då fråga är om annat kyrkosamfunds präst som lysningsmyndighet. Då häradshövding eller ordförande eller ledamot i magistrat eller ordningsrätt vägrat lysning till civiläktenskap, prövas klagan av hovrätt.

På sätt nyss sagts äger trolovad även klaga däröver att lysning avbrutits eller att lysningsbevis efter fullbordad lysning (nedan 2) icke utgivits. *Grönvall* s. 136, *Huttunen* s. 49.

2. Om hinder mot äktenskap ej blivit anmält och styrkt eller eljest kunnigt, skall lysningsmyndigheten, på anhållan, åt de trolovade utfärda lysningsbevis (TF 12 §). Utan sådant bevis får vigsel icke förrättas av annan än den som utfärdat lysningen (ÄL 23 §).

Är trolovad ej inskriven i register vartill lysningsmyndigheten har tillgång, bör myndigheten inom trettio dagar efter lysningens fullbordande om lysningen anmäla hos vederbörande registermyndighet (TF 13 §).

IX. Den som blivit förelyst till äktenskap kan ej, med mindre dispens beviljas, erhålla lysning till annat äktenskap, innan sex månader förflutit från lysningen. Detta gäller dock endast under förutsättning att hans trolovade icke därförinnan avlidit (ÄL 19 §). Fristbestämmelsen är en ordningsföreskrift varmed avses att förebygga ett sådant oskick att någon skulle samtidigt eller med korta mellanrum uttaga lysningar till äktenskap med olika personer.

Fristen räknas från dagen för lysningens fullbordande. Avgörande är således anslagstidens utgång, icke kungörandet i kyrkan, ehuru lysningens kungörande redan utesluter ny lysning. Jfr *Huttunen* s. 50.

Har den tidigare lysningen på grund av uppdagat hinder avbrutits torde fristbestämmelsen ej vara tillämplig, enär nämnda lysning i så fall anses ha förfallit (jfr ovan VIII 1). Men om lysningen icke avbrutits, uteslutes stadgandets tillämpning ej av den omständigheten allena att det äktenskap, för vilket den tidigare lysningen skett, till följd av legalt hinder (med undantag för den trolovades dödsfall) icke kunnat ingås. Jfr *Grönvall* s. 131.

9 §. Vigsel.

1. Äktenskap är ett avtal som kan slutas allenast medelst en formbunden akt, *vigsel.* Kontrahenterna ha valrätt mellan kyrklig och borgerlig vigsel. I vissa undantagsfall är borgerlig vigsel dock obligatorisk (ovan 8 § I 2). Dubbel vigsel har ej för något fall föreskrivits, men lagen hindrar icke att ett religionssamfund enligt där vedertaget bruk helgar äktenskap som redan slutits genom borgerlig vigsel (KyrkoL 71 §).

II. 1. Kyrklig vigselmyndighet är präst (ÄL 21 §). Dennes behörighet förutsätter att han är präst inom det religionssamfund kvinnan tillhör (22 §). Därjämte fordras att prästen tillhör ett religionssamfund med vigselrätt samt att han enligt detta samfunds stadgar och de särskilda bestämmelser, som tilläventyrs meddelats vid beviljande av vigselrätt åt samfundet, är berättigad att viga (TF 16 §). Huruvida en präst, som har vigselkompetens, är icke blott berättigad utan även skyldig att förrätta vigsel, beror av vad därom inom samfundet är gällande enligt dess stadgar eller nyss-

nämnda bestämmelser. Den evangelisk-luterska kyrkans präst är, om vigsel överhuvud kan äga rum enligt kyrkans stadgar, berättigad att viga trolovade, av vilka kvinnan tillhör sagda kyrka, varemot skyldighet att förrätta vigsel förefinnes blott om kvinnan är medlem av den församling prästen tillhör (KyrkoL 73, 155 §).[1]

Nyssnämnda regler angå prästens funktionella kompetens. Därjämte förutsätter prästens vigselrätt att han handlar inom gränserna för den i lag utstakade sakliga kompetensen så att han icke viger andra än sådana personer vilkas äktenskap får avslutas genom kyrklig vigsel. Jfr ovan 8 § I 2.

Borgerlig vigsel ankommer på myndighet som är berättigad att utfärda lysning till civiläktenskap (ovan 8 § III 1). Denna vigselmyndighet är berättigad att förrätta vigsel också utom sitt allmänna verksamhetsområde, men skyldighet till vigsel åligger honom endast inom ämbetsdistriktet (ÄL 21, 22 §, TF 16 §).

2. Har vigsel förrättats av person som icke äger behörighet därtill ådrager han sig straff enligt SL 16: 14, 2 mom. I det fall att vigselförrättaren överhuvud saknat vigselrätt kan något äkteskap ej anses ha kommit till stånd. Har åter vigselmyndigheten allenast överskridit sin behörighet frånkännes äktenskapet ej giltighet.

Så uttryckligen Lagb. försl. 1924: 1 motiv s. 83.

III. 1. Vigsel är förbjuden om vigselförrättaren vet att äktenskapet ej får äga rum (ÄL 23 §). Därför skall denne beakta jämväl sådana hinder mot äktenskap som yppa sig efter lysningen. Förrättas vigsel av annan än den som utfärdat lysningen, skall lysningsbeviset företes (2 mom., TF 12 §).

Har från lysningen förflutit mer än sex månader, får vigsel på grund av densamma ej vidare äga rum (ÄL 23 § 3 mom.).

Med hänsyn till hinderlöshetsprövningen som företages i samband med lysningen är det fullt naturligt att lysning icke kan äga verkan utan tidsbegränsning. Den föreskrivna tiden räknas från dagen för lysningens fullbordande, således från anslagstidens utgång. Jfr ovan 8 § IX.

2. I de undantagsfall, där civiläktenskap ej behöver föregås av lysning, ankommer hinderlöshetsprövningen helt och hållet på vigselförrättaren (ovan 8 § VI 2). Åt denne skall då lämnas sådan utredning och försäkran som är betingelse för lysning (ÄL 24 §).

[1] Angående den nya kyrkolagen se *Bihang I.*

3. Över förvägrad vigsel kan trolovad klaga hos vederbörande myndighet på samma sätt som i fråga om lysningsvägran (ÄL 28 §, jfr ovan 8 § VIII 3).

IV. 1. Till vigsels *form* hör (ÄL 25 §):

att de trolovade äro samtidigt och personligen tillstädes inför vigselförrättaren;

att vigselförrättaren till en var av dem ställer frågan, huruvida han (hon) vill ingå äktenskap med sin trolovade;

att en var av de trolovade svarar jakande på nämnda fråga; samt

att vigselförrättaren därefter förklarar de trolovade för äkta makar.

Har vigseln ej skett i enlighet härmed, är den utan verkan och något äktenskap har ej kommit till stånd (jfr nedan 18 § II 1).

2. Vidare erfordras iakttagande av den ordningsföreskriften att släktingar och andra vittnen skola närvara vid vigselförrättningen (25 § 2 mom.). Härigenom avses att tillägga vigselakten ett visst mått av publicitet. Åsidosättande av denna föreskrift medför dock icke vigselns ogiltighet.

Vid kyrklig vigsel skall jämväl iakttagas vederbörande tros- eller religionssamfunds bruk. För borgerlig vigsel har fastställts ett särskilt formulär (TF 19 §).

3. Om vigseln skall vigselförrättaren på anhållan utfärda bevis åt makarna (TF 20 §). Därjämte skola nödiga registeranteckningar göras.

Äro makarna ej vardera inskrivna i register, som föres av vigselmyndigheten, åligger det denne att inom trettio dagar till den registermyndighet, i vars böcker make är inskriven, översända meddelande om vigseln. Om borgerlig vigsel skall städse uppgift om vigseln tillställas jämväl civilregistermyndigheten i det distrikt där kvinnan vid äktenskaps ingående hade sitt hemvist. Inom samma tid skall vidare, där vigseln förrättats av annan än den som utfärdat lysningen, ett meddelande om vigseln översändas till lysningsmyndigheten (TF 21 § enl. F 7. 9. 1935).

4 kap.

ÄKTENSKAPETS PERSONLIGA VERKNINGAR

10 §. Livsgemenskap.

I. Genom äktenskap grundlägges mellan man och hustru ett *fullständigt livsgemenskap*, som principiellt skall bestå under hela livstiden. Livsgemenskapen omfattar makarnas skyldighet att leva tillsammans och stödja varandra samt därjämte deras sexuella umgänge. Regelmässigt åsyftar äktenskapet jämväl att alstra och uppfostra barn.

De som ingått äktenskap bilda tillsammans en *familj* i inskränkt bemärkelse. Detta familjebegrepp, som användes i äktenskapslagen, förutsätter icke med nödvändighet att barn finnas (ÄL 30, 36 §).

II. Makar äro i sitt förhållande till varandra *rättsligt likställda* (ÄL 31 §).

1. Enligt tidigare lag var mannen hustruns »rätta målsman». I denna egenskap ägde mannen att söka och svara för hustrun samt råda över boet och belasta det med gäld, försåvitt undantag icke hade stadgats i lag. Målsmanskap var ett uttryck för mannens representationsbefogenhet gentemot tredje man, men det innefattade tillika en bestämmanderätt i makarnas inbördes förhållande beträffande åtgärder som mannen ville vidtaga med stöd av sitt målsmanskap. Den inre sidan av målsmanskapet kallades husbondevälde. Härtill hörde jämväl den bestämmanderätt som kunde betingas av grundsatsen att hustrun följer mannens stånd och villkor. Även om denna sats närmast blott innebar att mannen skall behandla hustrun såsom jämlike ingick däri också en skyldighet för hustrun att iakttaga de mannens anvisningar vilka syftade till att få hustrun att foga sig efter mannens samhällsställning. Det var således mannen som hade att bestämma om makarnas hemvist, bostad och levnadsordning.

2. Grundsatsen om makarnas likställighet har trätt i stället för

den äldre rättens regler rörande mannens målsmanskap. Även om den nya principen i lag uttalats närmast med avseende på makarnas inbördes förhållande, framträda dess verkningar jämväl i deras förhållande till tredje man.

Likställigheten i inbördes förhållande innebär att ingendera maken tillkommer bestämmanderätt gentemot den andre. Makarna äro självständiga sinsemellan. Men lagens mening är att de skola i *samråd* besluta i familjens gemensamma angelägenheter (ÄL 30 §). Av likställigheten följer således en förpliktelse att såvitt möjligt sträva till enighet i alla viktigare frågor som äro av betydelse för livsgemenskapen. Är detta icke görligt och kan frågan ej lämpligen få förfalla, återstår dock blott att makarna följa var sin egen uppfattning. Någon möjlighet att omedelbart hemställa en viss tvistefråga rättens prövning finnes i allmänhet icke. Men rör oenigheten en så väsentlig punkt att förutsättningar för fortsatt samlevnad ej längre äro för handen, så kan tvistens art och vikt komma under rättslig behandling när det gäller att avgöra huruvida hemskillnad eller äktenskapsskillnad skall beviljas eller huruvida make bör förpliktas att till andra maken utge underhållsbidrag eller skadestånd.

Från regeln att makarna ej kunna omedelbart hänskjuta sina tvistefrågor till domstol finnes ett undantag. Det är möjligt att erhålla rättens dom på underhållsbelopp som skall betalas under den tid makarna fortfarande leva tillsammans (ÄL 49 §). Jfr nedan 11 § IV.

Av likställigheten blir det en följd att makarna kunna ingå avtal med varandra (ÄL 33 § 2 mom.).

Jfr närmare nedan 16 § III.

I förhållande till tredje man innebär likställigheten för båda makarna en självständig avtalskapacitet (33 § 1 mom.). Endast i fråga om vissa förmögenhetsrättsliga dispositioner medför äktenskapet den inskränkningen att kontrahenten skall inhämta sin makes samtycke därtill.

Jfr närmare nedan 14 § V.

Avtal med tredje man medför principiellt ansvar endast för den

kontraherande maken. Blott i fråga om avtal som avse tillgodoseende av familjens underhåll kan ansvaret sträcka sig jämväl till den make som icke deltagit i rättshandlingen, vilket vinner sin förklaring i att underhållsskyldigheten åligger båda makarna gemensamt (52 §).

Jfr nedan 17 § III.

En ytterligare följd av likställigheten består däri att båda makarna äga självständigt kära och svara inför domstol (33 § 1 mom.).

Makes rätt till självständigt handlande gentemot tredje man frikallar icke honom från den inbördes skyldigheten att såvitt möjligt i samråd med andra maken träffa sitt beslut om angelägenhet som är av betydelse för familjens bästa.

3. Makarnas likställighet sträcker sig till förmynderskapet för och vårdnaden om *barn*. Dessa uppgifter skola handhas av båda föräldrarna gemensamt (FörmL 23 §). Dock är den ene av makarna, i regel mannen, ensam behörig att företräda barn inför domstol eller annan myndighet samt att förvalta barns särskilda förmögenhet (FörmL 23, 37 §). I fråga om annan barns angelägenhet, t.ex. val av skola, kan föräldrarnas meningsskiljaktighet hänskjutas till förmynderskapsnämnd, vars beslut får överklagas hos domstol (FörmL 37, 46 §). Jfr nedan 24 § VIII 1.

4. Vid äktenskapslagens införande upphävdes mannens målsmanskap också med avseende på *äldre äktenskap*. Detta skedde dock icke undantagslöst. I fråga om egendomsförvaltning förbehållas mannen i stort sett alla de befogenheter som tillkommo honom enligt äldre rätt och inom ramen härav är han alltjämt berättigad att ensam ingå rättshandlingar samt föra talan angående sådan egendom som står under hans förvaltning (ÄPL 3 §). Men såvitt dessa förvaltningsregler ej stå i vägen ha båda makarna, även hustrun, numera rätt att fritt sluta avtal med tredje man. Den tidigare rättens regel om hustruns kapacitet att göra gäld, enligt vilken detta var för henne utan mannens samtycke tillåtet endast om hon rådde över sitt fasta gods eller efter behörig anmälan drev näring (MakEgendL 2:5), gäller ej mer. Däremot har i makarnas inbördes förhållande avtalsfrihet ej fullständigt genomförts (närmare nedan 16 § II 2). Målsmanskapets verkningar i det rent personliga inre förhållandet

ha upphävts på samma sätt som i fråga om nya äktenskap. Därjämte ha makarna erhållit möjlighet att genom ett särskilt offentligt förfarande underkasta äktenskapet också i förmögenhetsrättsligt hänseende den nya äktenskapslagens system (jfr nedan 12 § V).

III. Vissa av de skyldigheter och rättigheter som härleda sig av livsgemenskapen skola nu särskilt beröras.

1. Samboende (kohabitation). Livsgemenskapen innebär för makarna skyldighet — och tillika även rättighet — att bo i det gemensamma hemmet. Detta framgår indirekt av stadgandet enligt vilket make äger påyrka äktenskapsskillnad om den andre utan giltig orsak undandrager sig samlevnaden eller genom sitt beteende giver den förstnämnde giltig orsak att undvika densamma (ÄL 76 § 3 mom.). Stadgandet kompletteras av en bestämmelse om skadeståndsskyldighet för den make som undviker samlevnad (78 §). Samma princip kommer till uttryck i stadgandena därom att i allmänhet endast den av makarna som bär skulden till särlevnad kan åläggas att utge underhållsbidrag till andra maken (51, 79 §).

Rätten och plikten till samboende äro av personlig art och kunna följaktligen i allmänhet icke tvångsvis genomföras. Make som undandrager sig eller försöker undvika samlevnad kan icke under vitesäventyr förpliktas att flytta till hemmet eller att avhålla sig från avflyttning. Reglerna om besittningskydd äga däremot tillämpning. Den av makarna som av den andre egenmäktigt hindras att vistas i det gemensamma hemmet åtnjuter skydd enligt civil- och straffrätt lika väl som varje annan person som obehörigen avstänges från besittningen av en bostad till vilken han har nyttjanderätt (UL 7:14, SL 16:14).

Jfr dock *Borum* s. 162 f., som framhåller att den av mannen utstötta hustrun ej har någon rättslig möjlighet att bli återinsatt i sambesittningen av det gemensamma hemmet och anför som exempel att mannen bortjagat sin otrogna maka efter att ha ertappat henne hemma på bar gärning i äktenskapsbrott. I dylikt fall kan mannen avvärja makas anspråk genom att under åberopande av äktenskapsbrott omedelbart påyrka hemskillnad och tillika anhålla om domares förordnande därom att den otrogna makan förständigas att avflytta från hemmet (ÄL 69 a § 2, 3 mom., 81 §). Även eljest då hemskillnadsskäl föreligger kan mannen motsätta sig återinflyttning. Men är ett sådant fall icke för handen, innebure det en alltför stor obillighet mot hustrun om denna icke finge åtnjuta omedelbart besittningsskydd utan vore nödsakad att å sin sida inleda rättegång om hemskill-

nad för att därigenom eventuellt erhålla av domaren ett förständigande för mannen att lämna hemmet på det att detta skall kunna tillsvidare bebos uteslutande av henne.

Makar äga överenskomma därom att de skola bo åtskilda. Detta kan betingas av att makarna ha var sin anställning på skilda orter. Om det efter omständigheterna är att betrakta som en förnuftig lösning att makarna för tjänstens skull bo åtskilda, ha de att foga sig därefter ehuru uttrycklig överenskommelse saknas. Men plikten till samlevnad skall även i dessa fall i görligaste mån uppfyllas. Frikallelse från denna skyldighet kan erhållas endast genom rättens dom om hemskillnad.

2. Trohetsplikten. Makar äro skyldiga att iakttaga äktenskaplig trohet mot varandra. Könsumgänge med tredje person är visserligen enligt gällande rätt icke längre straffbart sedan bestämmelserna i SL 19: 1—3 blivit upphävda (L 23.9.1948). Men den civilrättsliga skyldigheten att avhålla sig från dylikt umgänge fortbestår och pliktförsummelsen, äktenskapsbrottet, berättigar andra maken att yrka hemskillnad och äktenskapsskillnad (ÄL 69 a § 2, 3 mom., 70 §) samt att göra gällande vissa påföljder av ekonomisk art (78 §). Mot den tredje person med vilken äktenskapsbrottet begåtts kan make enligt förhärskande mening ej framställa anspråk på ersättning. Av trohetsplikten följer ytterligare att make icke får under bestående äktenskap ingå trolovning med tredje person. Överträdelse av detta förbud är straffbar (SL 19:6).

3. Plikter av ekonomisk art. På grund av äktenskapet bli båda makarna pliktiga att bidraga till familjens underhåll. Denna ömsesidiga skyldighet skall behandlas under nästföljande paragraf.

4. Enhetligt familjenamn. Till tecken av livsgemenskapen erhåller hustrun genom äktenskapet mannens släktnamn. Från denna regel tillåter lagen det undantaget att hustrun äger bära det släktnamn hon hade såsom ogift, sålunda förenat med mannens namn att hennes namn föregår mannens. För att få rätt härtill skall hustrun dock anmäla sitt önskemål hos vigselförrättaren (ÄL 32 §).

Då lagen icke utsträckt undantaget till det fallet att hustrun vid omgifte vill behålla det genom tidigare äktenskap erhållna släktnamnet i förening med den nuvarande mannens namn, äger hustrun icke genom blotta anmälan hos vigselförrättaren vinna en sådan rätt. Har det tidigare äkten-

skapet upplösts genom mannens död eller är hustrun, då makarna låtit skilja sig, berättigad att fortfarande bära det genom äktenskapet erhållna namnet, torde hinder dock ej möta för att hustrun i den ordning som gäller för ändring av släktnamn i allmänhet tillerkännes rätt till ett sålunda sammansatt släktnamn, där viktiga skäl sådant påkalla (t.ex. hustrun har under det tidigare äktenskapliga släktnamnet blivit känd som konstnär eller affärsidkare). SläktnamnsL 9, 14 §.

I äktenskap födda barn erhålla faderns släktnamn (ÄL 32 § 2 mom.). Liknande princip gäller för legitimerade barn (nedan 24 § VII 1).

5. Enhetligt medborgarskap. Utländsk kvinna som gifter sig med finsk man erhåller därigenom finskt medborgarskap (RF 4 §). I överensstämmelse härmed förvärvas finskt medborgarskap även av barn i äktenskap, som av finsk man ingåtts med utländsk kvinna (ibid, MedborgarskapsL 1 §).

Enligt lagarna i övriga nordiska länder förvärvar numera utländsk kvinna icke omedelbart genom äktenskapet mannens medborgarskap utan härtill fordras att kvinnan på grund av ansökan antages till landets medborgare (naturalisation). Sådan ansökan kan dock godkännas utan att de förutsättningar äro för handen som eljest fordras för naturalisation.

Finsk kvinna som gifter sig med utlänning förlorar sitt medborgarskap om hon blir medborgare i främmande stat samt har sitt bo och hemvist utom Finland; bor hon i Finland, förloras medborgarskapet vid bortflyttning (MedborgarskapsL 10 §). I detta fall kunna alltså enligt finsk rätt makarna ha olika medborgarskap.

Nämnda regler utesluta icke att hustru i ett annat land betraktas såsom dess medborgare även om hon enligt finsk lag alltjämt åtnjuter medborgarskap här i landet.

11 §. Underhållsskyldighet.

I. Makar äro skyldiga att efter förmåga bidraga till familjens underhåll (ÄL 46 §). Med familj förstås i detta sammanhang närmast makarna själva samt deras gemensamma barn. Längre än till denna krets sträckte sig underhållsskyldigheten efter äktenskapslagens ursprungliga lydelse överhuvud icke. Men då detta ej stod i överensstämmelse med den offentligrättsliga underhållsskyldigheten, har lagen senare ändrats sålunda att jämväl den civilrättsliga underhållsplikten fått en vidare omfattning. Enligt nu gällande lag är make skyldig att bidraga även till underhållet av styvbarn, nämligen andra makens minderåriga barn som fötts före makarnas äktenskap

och omhändertagits att i deras gemensamma hem eller på annat sätt gemensamt underhållas. Detsamma gäller om andra makens minderåriga adoptivbarn, då adoptionen ägt rum före äktenskapet samt de för styvbarn stadgade villkoren eljest äro för handen (46 § 3, 4 mom. enl. L 23.9.1948).

Såsom av det sagda framgår blir make icke skyldig att bidraga till underhållet av andra makens barn såframt han icke samtyckt till att dessa skola gemensamt underhållas. En längregående underhållsskyldighet kan följaktligen icke av andra maken påtvingas honom. Samtycke som givits är ej återkalleligt, såframt annat icke följer av reglerna om rättshandlingars ogiltighet.

Någon skyldighet finnes icke att lämna underhåll åt sådant makans barn, som denna under äktenskapet avlat med tredje person (jfr 24 § II). Men i övrigt är det utan betydelse huruvida barnet fötts i eller utom äktenskap.

Ifrågavarande underhållsskyldighet medför icke ändring i den plikt att utgöra underhållsbidrag vilken kan åligga den andre av barnets föräldrar (3 mom.). För barnet skall alltså underhåll presteras även av tidigare make som är dess fader eller moder, och stadgandena om underhåll ur dennes dödsbo kunna åberopas. Likaledes kvarstår den underållsskyldighet som har sin grund i stadgandena om utomäktenskapliga barn, varvid det är utan betydelse huruvida den underhållspliktiges faderskap fastställts eller dennes skyldighet beror på lägersmålet allena. Då flere underhållsskyldiga sålunda finnas, inträder solidarisk ansvarighet och den nya maken är berättigad att anställa regresstalan mot den vars underhållsskyldighet bestod redan före äktenskapet. Jfr förf. Muutettu avioliittolaki s. 51 f. *Melander* s. 136 f.

II. 1. Till familjens underhåll räknas vad som enligt makarnas villkor erfordras för den gemensamma hushållningen och barnens uppfostran samt för tillgodoseende av vardera makens särskilda behov (46 § 2 mom.). Att underhållet skall motsvara makarnas villkor, dvs. deras levnadsstandard, utgör en allmän förutsättning för bestämmande av skyldighetens omfattning. Levnadsstandarden beräknas med hänsyn till vad båda makarna sammanlagt kunna antagas vara i stånd att prestera samt till makarnas ställning i samhället, dock med iakttagande av att utgifterna böra hållas inom rimlighetens gränser så att fortsatt uppehälle blir tryggat.

Gemensam hushållning omfattar icke blott vad som erfordras för familjens bostad och annan försörjning i hemmet utan även vad make behöver till bostad och föda då han för förvärvsverksamhet eller hälsans vårdande eller av annan giltig orsak vistas på annan ort. I den underhållsskyldighet som avser barnens uppfostran eller makes särskilda behov inbegripas åter de utlägg som enligt familjens villkor erfordras till klädsel, utbildning, studier, rekreation, läkarkost-

nad och annat som icke direkt omfattas av gemensam hushållning men som dock tjänar familjens bästa.

2. Underhållsplikten fullgöres genom tillskott i pengar, genom verksamhet i hemmet eller annorlunda (1 mom.). Med verksamhet i hemmet avses närmast den underhållsskyldighet som åligger hustrun. Såsom bidragssätt vilka icke i lagen uttryckligen omnämnts komma särskilt i betraktande tillhandahållande av naturaförmåner och biträdande av andra maken i förvärvsverksamhet (jordbruk, hantverk).

3. I inbördes förhållande fördelas underhållsplikten enligt vardera makens förmåga (46 § 1 mom., 88 § 2 mom.). Hänsyn skall tagas till bägges inkomster, kapital och arbetskraft. Såvitt makarnas ekonomi är grundad på mannens inkomster, anses hustrun fullgöra sin förpliktelse därigenom att hon ägnar sig åt vården av hemmet och barnen samt drar försorg om det arbete eller den arbetsledning som därav betingas. Vill hon hellre ta anställning utom hemmet och behöves till följd härav främmande arbetskraft för hushållningen, är det i första hand hennes sak att med sin lön bekosta denna, såvitt annat icke avsetts eller följer av makarnas ekonomiska förhållanden.

4. Vilken av makarna som har att ombesörja anskaffningen av förnödenheter eller eljest vidtaga de praktiska åtgärder som innebära utgifter för familjens underhåll, skall i främsta rummet avgöras med ledning därav vad som med hänsyn till makarnas levnadsvillkor motsvarar rådande sed (47 §). Den dagliga hushållningen och de därmed förknippade inköpen ankomma i regel på hustrun. Hon har att besluta om vad som skall anskaffas för hushållningen samt hur anskaffningen skall äga rum. Detsamma gäller om förnödenheter som tjäna barnens uppfostran. För att hustrun skall kunna självständigt handha sitt husfrudöme, är mannen pliktig att, såframt hustrun ej har sådana egna tillgångar som skola användas för ändamålet, i lämpliga poster tillhandahålla henne erforderliga medel (48 §). I fråga om beklädnadsartiklar och annat som skall tillgodose makes personliga behov, är vardera maken berättigad att för sin del dra försorg om anskaffningen, men andra maken är på grund av sin underhållsskyldighet pliktig att vid behov avstå egna medel för ändamålet.

III. 1. Över de penningmedel, som make på grund av sin underhållsskyldighet tillhandahåller andra maken för att användas vid anskaffning av förnödenheter, äger mottagaren självständigt råda. Denne kan sammanblanda dem med sina egna pengar eller insätta dem på sitt bankkonto. I regel är väl mottagaren också berättigad att för sig behålla vad av dagliga eller månatliga hushållspengar eller av de medel, som bort användas för mottagarens personliga behov, kan uppsparas. Annat får naturligtvis avtalas, men förutsättas kan icke att meningen i allmänhet varit att förmena mottagaren handlingsfrihet i nyssnämnda avseende. Sådan frihet står ej heller i strid med det legala gåvoförbudet (ÄL 45 §), ty det är här fråga om mindre belopp vilka i allmänhet ej stå i missförhållande till givarens villkor och vilkas överlämnande till andra maken såsom ett slags gottgörelse för insatsen i familjens underhåll även överensstämmer med rådande god sed.

2. Om äganderätten till varor för underhåll, vilka endera maken skaffar med medel tillhandahållna av andra maken, stadgas att där make köper varor för tillgodoseende av sitt *särskilda behov* (beklädnadsartiklar o.d.) äganderätten förvärvas av denna make och icke av den som tillskjutit pengarna (ÄL 65 §). Även utan uttryckligt stadgande hade frågan om äganderätt bort lösas på samma sätt jämlikt äktenskapslagen. Enligt äldre lag gäller den s.k. sakrättsliga surrogationen, vilken kännetecknas av att äganderätten till gods som make anskaffar med andra makens enskilda medel tillfaller den sistnämnde. Principen är främmande för äktenskapslagen. I denna lag ingå vissa särregler till skydd för borgenärer, däribland förbudet mot gåvor mellan makar och den därtill hänförliga presumtionen om gåvoavsikt, men surrogationsprincipen hör ej till dessa regler (nedan 13 § II 15). Därför får det nyssnämnda stadgandet om inköp för köparens särskilda behov icke tolkas antitetiskt sålunda att man därur läser en rättssats av innehåll att i alla övriga fall pengarnas ursprung ensamt för sig, oberoende av i vilkens namn köpet ingåtts, skulle ge utslaget beträffande äganderättens övergång i förhållande till makarna. Då man å andra sidan — i vad angår inköp för underhåll — icke kan tillämpa omförmälda stadgande jämväl på köp som *icke* avser tillgodoseende av köparens särskilda behov,

så mycket mindre som det ofta beror på en tillfällighet vilken av makarna som verkställer dylikt inköp, måste följden bli den att äganderätten, när livsmedel, husgeråd eller andra varor anskaffas för familjens *gemensamma underhåll,* tillfaller båda makarna gemensamt. Slutsatsen står i överensstämmelse med den i ÄL 89 § uttalade presumtionen om samäganderätt.

Jfr 17 § III 5, 21 § VI 6.

För familjens intresse är det av vikt att makarna endast i samråd kunna bestämma om de för underhållet anskaffade varornas användning. Om äganderätten skulle tillkomma endera maken allena — vare sig den som gjort inköpet eller den som tillskjutit medlen — skulle denne ensam kunna föryttra godset till tredje man. En sådan maktbefogenhet vore synnerligen betänklig från familjens synpunkt, ty allenaägaren skulle bli i tillfälle att utan andra makens samtycke bortslumpa exempelvis ett matvarulager som anskaffats för förbrukning under längre tid eller sådana husgeråd eller möbler som äro nödvändiga för familjen. Det av giftorätt härflytande skyddet enligt ÄL 39 § beträffande bohag som är avsett att begagnas gemensamt eller beträffande makes nödvändiga arbetsredskap sträcker sig icke till alla konsumtionsvaror och skyddet bortfaller om giftorätt upphört. När det gäller varor som oundgängligen behövas för familjens underhåll blir familjens intresse icke tillgodosett enbart genom de schematiska giftorättsreglerna utan rättsskyddet måste ha en vidare grundval som icke är beroende av giftorättens förekomst. Då samäganderätt föreligger, har en var av ägarna blott rätt att förfoga över sin andel av godset, oavsett om giftorätt finnes eller ej, och andra makens andel är helt undandragen hans förfoganderätt. Är godset underkastat andra makens giftorätt, fordras härutöver att dennes samtycke inhämtas jämväl till förfoganden som endast hänföra sig till förfogarens egen andel.

ÄL 65 § tolkas antitetiskt av *Huttunen* s. 93, 121. Med tillhjälp av konstruktionen att make som gör uppköp med andra makens pengar är närmast att likställa med en kommissionär synes man i svensk doktrin även utan antitetisk tolkning vara beredd att komma till ett resultat liknande surrogationsprincipen, se *Westring* s. 89. Den antitetiska tolkningen kritiseras skarpt av *Borum* s. 170 f. Jfr vår kritik av läran, Avioliittolainsäädäntö, s. 36 ff.

3. I äldre äktenskap gäller surrogationsprincipen. Varor som anskaffats för familjens underhåll bli dock i regel samfällda, vilket följer av att man till inköp vanligen använder pengar som äro inkomst av arbete eller näring eller avkastning av egendom, således medel som enligt lag höra till det samfällda boet.

Undantagsvis äro makes penningmedel hans enskilda egendom (t.ex. köpeskilling för enskild fastighet). Surrogationsprincipen medför att föremål, som make anskaffar med dylika medel, äro hans enskilda (MakEgendL 1:5). Detsamma gäller, om make överlämnat enskilda pengar åt andra maken och denne i eget namn köpt föremålet. Någon ändring i äganderätt har icke skett mellan makarna. Detta bör anses följa av surrogations-

principens syfte. Därmed avses ju att skydda makes borgenärer och skyddet skulle avsevärt försvagas om make blott därigenom att han låter andra maken med hans pengar köpa föremål kunde åstadkomma enskild egendoms överflyttning till andra maken. Är rättshandlingen dock ej av större betydelse än vad man avser med sedvanliga skänker som ej stå i missförhållande till givarens villkor, torde hinder ej möta för att make med sina enskilda medel anskaffar eller låter andra maken anskaffa föremål för dennes personliga behov med verkan att föremålen bli den sistnämndes enskilda egendom.

IV. Enligt tidigare lag kunde make ej under äktenskapet genom rättegång indriva underhållsbidrag av andra maken. Äktenskapslagen intager en annan ståndpunkt. Underhållsberättigad make äger under vissa förutsättningar genomdriva sitt anspråk på underhåll medelst talan inför domstol änskönt talan om äktenskapets upplösande icke vore anhängig. Domen kan avse såväl makes framtida underhållsskyldighet (prestationstalan) som hans förpliktande att gottgöra käranden för de utgifter denne haft utöver vad han varit skyldig erlägga (regresstalan). Dessa regler äro tillämpliga jämväl på äldre äktenskap (ÄPL 4 §).

1. Prestationstalan. Talan förutsätter att make uppenbarligen försummat sin underhållsskyldighet (49 §). Erforderligt är i allmänhet att en mera väsentlig försummelse kan läggas denne till last antingen så, att familjen lämnats utan tillbörligt underhåll, eller ock så, att en obehörigt stor del av underhållsbördan förts över på andra maken. Men prestationstalan kan även väckas om make blott försummat sin skyldighet att tillhandahålla andra maken pengar för vissa utgifter som enligt sedvänja skola ombesörjas av denne. Ett sådant fall föreligger om mannen icke lämnar hustrun hushållspengar. Även om mannen själv anskaffat livsmedel och hushållsartiklar och således icke försummat sin underhållsskyldighet, kan hustrun, därest mannen till den grad inblandar sig i hushållningen att han (utan giltig anledning) hindrar hustrun att självständigt handha sitt husfrudöme påfordra mannens förpliktande att utge henne bidrag till de utgifter för hushållningen hon äger ombesörja.

Makes talan går ut på fortsatt prestation. Den försumlige kan åläggas att för månad, vecka eller annan lämplig tidrymd lämna bidrag till de utgifter för underhållet vilkas ombesörjande ankommer på käranden.

Även om talan i regel står den make till buds som enligt sedvänja har att ombesörja de ifrågavarande utgifterna, kan den också anställas av andra maken. Dennes talan avser då att medföra en ändring i ombesörjningsbefogenheten. Om mannen enligt sedvänja bör dra försorg om betalning av hyra men har visat sig slösaktig, så kan hustrun yrka att mannen förpliktas att till hennes disposition ställa även de medel som erfordras för erläggande av hyran.

På anhållan av käranden kan rätten i avvakten på dom meddela ett interimistiskt beslut om prestationsplikten (49 § 2 mom.). Beslutet går omedelbart i verkställighet, men det kan återkallas såframt omständigheterna därtill föranleda (114 §). Rättens slutliga dom är, oaktat ändring sökes, genast verkställbar som om den vunnit laga kraft (116 §). Domen kan senare även om den formellt vunnit laga kraft på endera makens yrkande genom ny dom ändras, i den mån väsentligen ändrade förhållanden sådant påkalla (114 §).

Har hustrun vanskött hushållet, kan mannen icke enbart på denna grund framställa prestationskrav mot henne.. Men om den försumliga hustrun har egna inkomster eller tillgångar, föreligger icke hinder för att hustrun förpliktas att med skäligt belopp deltaga i hushållskostnaderna. Jfr nedan under 2.

Makes underhållsfordran mot andra maken är i och för sig en på äktenskapet grundad, personlig rättighet, som icke kan överlåtas till tredje man. Men sedan bidragsbeloppen fastställts genom dom, kan fordringen i fråga om förfallna belopp tillgodogöras av make såväl genom cession mot vederlag som genom pantsättning, ty en sådan rättshandling står ej i strid med fordringens syfte.

2. *Regresstalan.* De utgifter som påkallas av familjens underhåll måste av makarna bestridas i den mån sådant behov yppar sig som bör tillgodoses. Detta kan leda till att om båda makarna äga tillgångar den enes prestationer komma att överskrida det proportionella belopp som egentligen skulle belöpa sig på honom med beaktande av makarnas inbördes prestationsförmåga. Ett sådant överskott kan bli en följd av olika omständigheter såsom därav att vid ett visst tillfälle endast den ena maken disponerar över kontanta medel eller därav att tredje man på grund av makarnas solidariska

ansvarighet för underållsskulden utsöker hela sin fordran hos en av makarna ehuru kravet lika väl kunnat riktas mot den andra jämväl betalningsföra maken. För att sådana omständigheter icke skola indirekt medföra en rubbning av den proportion som enligt likställighetsprincipen bör vara normgivande vid underhållspliktens fördelning, tillåter lagen make att mot den andre, som dragit oproportionerlig nytta av hans prestationer, framställa ett regresskrav som avser att återställa jämvikten i utgiftsbördan (50 §).

Om familjens ekonomi bygger på mannens inkomster och övriga tillgångar och hustrun bidrager till underhållet genom eget arbete i hemmet, förekommer ej anledning till regress. Men om båda makarna ha egna tillgångar och den ene av sina medel tillskjuter mera — vare sig i form av pengar eller naturaförmåner (bostad, lantbruksprodukter) — än vad som motsvarar den riktiga proportionen mellan varderas prestationsförmåga, kan ersättning fordras. Ersättningskravet förutsätter ett missförhållande mellan de ömsesidiga underhållsutgifterna. Talan kan ej grundas allenast därpå att hustruns arbetsprestationer i hemmet överskridit värdet av mannens utlägg. Men om hustrun utöver sitt arbete av egna tillgångar bestritt utgifter, så kan hon fordra ersättning därest utgifterna varit så stora att de tillsammans med arbetsprestationernas värde överskridit den riktiga proportionen. Mannen åter kan icke fordra ersättning av hustrun som äger egna tillgångar, där ej värdet av hennes husmoderliga verksamhet sammanlagt med vad hon å sin sida tillskjutit i pengar och naturaförmåner understiger den på henne belöpande andelen i underhållsbördan.

Regresstalan förutsätter att missförhållandet mellan de ömsesidiga utgifterna är betydande. Därjämte fordras att anspråket i anseende till omständigheterna bör anses som skäligt. Detta innebär bl.a. att den make, som fordrar ersättning, skall vara i behov därav samt att den andra maken skall kunna utan större svårighet erlägga summan med sina inkomster eller tillgångar. En ytterligare begränsning för talan består däri att den ej kan avse andra utgifter än sådana som make haft under det närmast föregående kalanderåret. Utgifter som hänföra sig till tidigare år kunna ej åberopas som grund för talan. Däremot kan svaranden för att avvärja anspråket hänvisa till att

hans tidigare utlägg väsentligen överskjutit den honom tillkommande underhållsandelen. Det kunde ej godtas att makes generositet och beredvillighet lämnades helt obeaktade när det gäller att avgöra huruvida det är skäligt att bifalla av andra maken för senare tid mot honom riktade anspråk på underhållsersättning.

Att svaranden tillkommer nämnda försvarsmöjlighet, uttalas av *Grönvall* s. 154. Man kan oftast antaga att makarna själva avsett att jämvikt uppnåtts genom de ömsesidiga, under skilda år uppkomna överskotten. Men av svaranden kan ej fordras att han skulle leda i bevis en faktisk viljeöverensstämmelse. Jfr dock *Westring* s. 95.

Lagen stadgar dels att ersättning får var gång krävas endast för ett kalenderår (50 § 1 mom.), dels att talan ej får väckas sedan ett år förflutit efter kalenderårets utgång (2 mom.). Sistnämnda bestämmelse statuerar ej en preskriptionsfrist i egentlig bemärkelse utan en preklusionstid. Talans förlust beaktas alltså icke blott om invändning göres utan även på tjänstens vägnar. Skulle fristen träda i kraft endast till följd av invändning, kunde makarna om de så vilja till domstol hänskjuta hur gamla underhållstvister som helst. Detta vore knappast förenligt med stadgandets syfte. Att svaranden får till sitt försvar åberopa tidigare års överskott, som uppkommit av hans utlägg, måste däremot, såsom ovan nämnts, av billighetsskäl tillåtas.

Fristens iakttagande på tjänstens vägnar har i litteraturen ibland motiverats med att man eljest gjorde det möjligt för makar att i samförstånd hopsamla till stora belopp uppgående överskottsfordringar för att därigenom skada andra makens borgenärer (*Rautiala* s. 313). En sådan fara finnes dock icke, ty makes ifrågavarande fordran hos andra maken står vid utmätning och konkurs tillbaka för varje annan borgenärs fordran hos denne (ÄL 57 §).

Genom dom eller avtal fastställd ersättningsfordran preskriberas enligt allmänna regler inom tio år från och med fastställandet. Jfr nedan VI 2.

Rätt till ersättning på grund av utgiftsöverskott får ej göras gällande av annan än den ersättningsberättigade maken själv (50 § 3 mom.). Maken kan alltså icke överlåta sin fordran till annan, sålänge den icke genom dom eller avtal fastställts (jfr nedan VI 2). Därav följer att den icke fastställda fordringen ej heller kan tagas i mät av hans borgenärer eller realiseras i hans konkurs.

3. Makes försummelse att fullgöra sin underhållsplikt kan ej blott ge upphov till prestations- eller regresstalan utan även föranleda hemskillnad, om underlåtenheten är att anse som grov (69 a §).

V. 1. Biträder ena maken den andre i hans *förvärvsverksamhet,* så är det arbete make för detta ändamål utför ägnat att främja familjens underhåll och denna make äger således — på samma sätt som hustru i fråga om hushållsarbete — till sitt försvar hänvisa till

arbetets värde om andra maken fordrar ersättning för utgiftsöverskott. Likaledes har han rätt att såsom grund för ersättningsanspråk räkna sig till godo nämnda värde, därest han haft så stora utlägg för underhållet att dessa tillsammans med arbetets värde utvisa ett överskott till hans förmån. Men han kan också — i olikhet med vad som gäller om hustrus hushållsarbete — lägga enbart värdet av sagda arbete till grund för ett ersättningsanspråk. En dylik talan om arbetslön förutsätter att ersättning på förhand betingats eller avsetts eller att dess erläggande med hänsyn till arbetets art och omständigheterna i övrigt bör anses skäligt (64 §).

Talan, såvitt den grundas på billighetsskäl och icke på avtal om ersättning, skall väckas inom ett år från utgången av det kalenderår under vilket arbetet utförts (64 § 2 mom.). Denna frist är till sin natur en preklusionsregel (jfr ovan IV 2). Har däremot avtal träffats om ersättningen, gäller den allmänna tioårspreskriptionen. Jfr nedan VI 3.

Därest ersättning, som icke betingats på förhand, erlägges efter utgången av den korta fristen, anses den som gåva (64 § 3 mom.).

Då gåvor mellan makar äro i princip förbjudna, kan den sentida betalningen i regel fordras tillbaka, försåvitt betalningen icke erlagts på grund av dom i en inom nämnda frist anhängiggjord rättegång. Jfr nedan 16 § IV 4.

2. I lag har icke stadgats att ÄL 64 § vore tillämplig på äldre äktenskap. Med hänsyn till det samband som stadgandet har med underhållsskyldighet och i synnerhet med regressanspråket enligt ÄL 50 §, som enligt uttrycklig föreskrift gäller även för make i äldre äktenskap, borde denne skäligen tillkomma rätt att fordra ersättning av andra maken för det arbete han utöver de normala underhållsprestationerna utfört till förmån för den andres förvärvsverksamhet.

Frågan synes dock knappast kunna besvaras jakande i vidare mån än att make äger fordra ersättning ur andra makens enskilda tillgångar. Jfr nedan 16 § II.

VI. 1. Makar ha rätt att genom *avtal* reglera sina underhållsförhållanden. De kunna överenskomma såväl om underhållspliktens grunder som om sättet för dess fullgörande. Även till det underhåll, som skall åtnjutas av barnen, kan ett sådant avtal utsträckas.

Underhållsavtalet kan på makes yrkande av rätten jämkas, om avtalet är uppenbart obilligt eller förhållandena senare väsentligen ändrats (115 §).

Avtalsvis fastställd underhållsfordran är vidkommande överlåtbarhet att likställa med ett domfäst underhållsanspråk.

2. Makarna äga också rätt att genom överenskommelse fastställa

storleken av den regressfordran som kan föranledas av missförhållandet mellan de ömsesidiga underhållsprestationerna. Den sålunda avtalade regressfordringen kan — i olikhet med en icke fastställd regressfordran — överlåtas och tagas i mät. Jfr ovan IV 2. Vid utmätning eller konkurs hos den ersättningsskyldige gäller regeln om makars inbördes fordringar tillkommande sämre rätt (57 §, se nedan 17 § IV). Fastställda fordringar preskriberas inom tio år enligt allmänna regler (PreskF 1 §). Fristen löper skilt för varje rat från och med dess förfallodag. Preskriptionen beaktas endast på grund av den betalningsskyldiges invändning.

Rätt att reglera regressfrågan genom avtal tillkommer icke makar i äldre äktenskap.

3. Där makarna på förhand fastställt ersättning för det arbete som ena maken utfört för att biträda den andre i förvärvsverksamhet, så länder ett sådant avtal till efterrättelse såframt det ej står i strid med gåvoförbudet (64 § jfd med 45 §). Jfr ovan V. En sålunda fastställd fordran lyder under den tioåriga preskriptionen.

VII. 1. Underhållsplikten bortfaller icke enbart till följd av att makar på grund av söndring *leva åtskilda.* Trots särlevnaden äro makarna fortfarande skyldiga att enligt sin förmåga bidraga till varandras och barnens underhåll (51 §). Bär emellertid ena maken den huvudsakliga skulden till samlevnadens hävande, kan andra maken ej förpliktas utgiva bidrag till hans underhåll, om icke synnerliga skäl äro därtill. Skyldigheten att bidraga till barnens underhåll är icke beroende av nämnda skuldfråga. Make bör lämna underhåll åt barn, som vårdas av honom, och andra maken skall, om underhållets ändamål det påkallar, utge bidrag till honom. Har ingendera av föräldrarna vårdnaden om barnet, äro de båda skyldiga att erlägga bidrag till barnets underhåll.

Vid bestämmande av bidragets storlek bör man gå ut ifrån att den tidigare levnadsstandarden skall så vitt möjligt kunna upprätthållas. Familjens delning i två särskilda hushåll torde emellertid oftast föranleda att underhållet fördyras, vilket i regel medför en sänkning av levnadsstandarden för att de ökade utgifterna icke skola överskrida tillgängliga medel.

Då således underhållsbidraget — i olikhet med vad som gäller om bidrag till underhåll efter äktenskapsskillnad (79 §) — avser upprätthållande av

familjens levnadsstandard med de modifikationer som följa av särlevnad, bör skäligt bidrag kunna utgå jämväl i det fall att makes nödvändigaste uppehälle icke är därav beroende (HD 1941 II 1).
Jfr *Melander* s. 139.

Make kan så snart samlevnaden är hävd vända sig till domstol för att få underhållsbidraget fastställt. Rättegången behöver icke föregås av en period under vilken andra maken försummat att fullgöra sin plikt. Talan om underhåll avviker i detta avseende från vad som enligt ÄL 49 § gäller i fråga om anhängiggörande av talan under den tid makarna leva tillsammans.

I och för underhållet under särlevnadstiden skall make även, såvitt familjens levnadsvillkor och övriga omständigheter sådant skäligen påkalla, till andra makens nyttjande överlämna lösören som ingå i det för makarnas gemensamma begagnande avsedda bohaget (möbler och husgeråd) eller utgör andra makens arbetsredskap eller är avsett för barnens personliga bruk. Har ena maken tillhörig egendom sålunda överlämnats till den andre, skall avtal, som ägaren måhända med tredje man träffar om egendomen, ej lända till inskränkning i andra makens nyttjanderätt (51 § 2 mom.).

Skyddet mot andra makens dispositioner såsom ägare innebär en avvikelse från vad som gäller enligt allmänna principer, ty enligt dessa tillkommer nyttjanderättshavaren skydd mot sakrättsliga förfoganden endast under förutsättning att nyttjandet upplåtits mot vederlag (jfr förf. Obligationsrätt I § 6 V). Avvikelsen förklaras dels av sociala hänsyn, dels därav att föremålens överlämnande blott avser att tillgodose ett övergående behov. Så snart samlevnaden återställts eller äktenskapet upplösts, upphör ock nyttjanderätten. Skyddet kan åberopas endast mot avtalsmässiga dispositioner, ej i fråga om utmätning eller konkurs i ägarens bo.
Nyttjanderätten är på nyssnämnt sätt skyddad oberoende av huruvida föremålen överlämnats på grund av frivillig uppgörelse eller efter rättens dom. Visserligen talas i lagtexten om makes »förpliktande» att överlämna lösören, men det är svårt att finna någon inre grund för en sådan distinktion att endast en genom rättens dom fastställd nyttjanderätt skulle åtnjuta nämnda skydd medan liknande rättsskydd skulle saknas om förpliktelsen fastslagits i avtal som frivilligt uppfyllts. För den snävare tolkningen dock *Huttunen* s. 99.

På yrkande av make äger rätten även meddela förordnande angående vårdnaden om makarnas barn under den tid föräldrarna på grund av söndring leva åtskilda (80 §).

Rättens dom om underhållsskyldighet, överlämnande av lösöre till andra makens begagnande och vårdnaden om barn går oaktat

ändring sökes omedelbart i verkställighet såsom om den vunnit laga kraft (116 §). Inträde av formell rättskraft hindrar å andra sidan icke, lika litet som i fråga om en dom på framtida underhållsprestationer under samlevnadstid (se ovan V 1), senare jämkning av domen på talan av make, där ändrade förhållanden sådant påkalla (114 §).

Det underhållsanspråk make riktar mot den särboende kan avse såväl framtida prestationer som ersättning för försummelse att utgöra bidrag. Jfr *Melander* s. 132 f. Den korta preklusionsfrist, som stadgas för regresstalan under samlevnadstiden, är icke här tillämplig (jfr ovan IV 2). Make kan alltså anställa sin talan under iakttagande av de normala preskriptionsreglerna (HD 1946 I 6).

Makes rätt till underhållsbidrag är jämväl i förevarande fall, trots att makarna leva åtskilda, en på äktenskapet grundad, personlig fordran. Den kan överlåtas till annan endast i vad angår behörigen fastställda, förfallna belopp samt allenast under förutsättning att överlåtelsen sker mot vederlag (jfr ovan IV 1).

2. Makar kunna sluta *avtal* för reglering av underhållsskyldigheten under särlevnadstiden. Detsamma gäller i fråga om makes skyldighet att till andra makens begagnande överlämna särskilda lösören. Avtalet kan genom rättens dom jämkas om det finnes obilligt eller om ändrade förhållanden sådant påkalla (115 §).

Även därom vilken av makarna som under särlevnadstiden skall ha vårdnaden om barn kan avtal träffas. Sådant avtal hindrar emellertid ej make att när som helst underkasta rättens prövning frågan, huru vårdnaden med hänsyn till barns bästa skall ordnas. Jfr nedan 24 § VIII 5.

VIII. För säkerställande av indrivningen av underhållsbidrag (under samlevnads- och särlevnadstiden) ha i lag meddelats särskilda föreskrifter.

1. Den allmänna regeln enligt vilken två tredjedelar av gäldenärens lön är befriad från utmätning (UL 4:6) — en regel som i arbetsgivarens intresse avser att trygga kontinuiteten i arbetsförhållandet — är ej tillämplig vid utmätning för underhåll som någon ålagts att till make eller barn utgiva (UL 4:8). Den underhållsskyldige får från dylik utmätning undantaga endast så mycket av lönen han till nästa betalningstermin nödvändigtvis behöver för sitt eget och sådana barns underhåll som icke avses i ifrågavarande dom.

2. En förenkling av det normala utmätningsförfarandet och tillika en förstärkning av skyddet för den underhållsberättigade innebära äktenskapslagens bestämmelser om införsel i den underhållsskyldiges lön. Utmätningsman äger förordna att en viss del av den underhållspliktiga makens lön skall, i den mån den förfaller till betalning, utbetalas till andra maken (ÄL 108 §). Denne blir därigenom berättigad att tills annorlunda förordnas själv hos arbetsgivaren lyfta ifrågavande lönebelopp (110 §). Införsel har dessutom den verkan att det innehållna lönebeloppet, då makarna på grund av söndring leva åtskilda, ej får utmätas för annan den underhållsskyldiges gäld, utan så är att borgenärens fordran eljest ej kan utgå och att andra maken och barnen ej äro beroende av beloppet för sitt underhåll (112 §). Behöves för underhållet minst en tredjedel av lönen, uteslutas således övriga borgenärer, vilka enligt UL 4:6 eljest skulle konkurrera i lönebeloppet, från delaktighet däri oaktat annan utmätningsbar egendom ej finnes. Detta införselprivilegium gäller icke underhållsfordran för den tid makarna bo tillsammans.

Införsel förutsätter icke att underhållsskyldigheten fastställts genom dom. Exekutionstiteln kan även bestå i ett skriftligt av vittnen bestyrkt avtal varigenom den underhållsskyldiga maken åtagit sig att till andra makens förfogande överlämna eller för dennes och barnens underhåll utge medel (108 §).

Vid tillkomsten av äktenskapslagen utgjorde införseln även såtillvida en nyhet att utmätning av lön innan den förfallit till betalning ej var tillåten av utsökningslagen. Denna lagens ståndpunkt hade dock ej vidhållits i praxis utan man ansåg sig kunna meddela arbetsgivaren betalningsförbud redan på förhand. Numera har detta förfaringssätt uttryckligen fastslagits i UL 4:6, 3 mom. (L 24. 8. 1955). Enligt lagrummet skall betalningsförbud som utfärdats för utbetalaren av lönen gälla utan avbrott tills den som förrättat utmätningen skriftligen meddelat utbetalaren att fordringen och förrättningsarvodet till fullo indrivits. Utmätningen anses för varje lönerats vidkommande ha ägt rum då utmätningsmannen omhändertagit den utmätningsbara delen därav. Efter lagändringen skiljer sig införsel från vanlig löneutmätning huvudsakligen i två punkter. Dels betraktas införsel som utmätning enbart på grund av det engångsförordnande som meddelats av utmätningsman, dels omhändertager utmätningsman ej i detta fall de enligt förordnandet innehållna lönebeloppen utan dessa uppbäras omedelbart av den underhållsberättigade. En ytterligare utmätningsåtgärd är av nöden endast i fall då arbetsgivaren i strid mot förordnandet utbetalat lönebeloppet till annan än den underhållsberättigade. Där så skett, skall beloppet utmätas hos arbetsgivaren (ÄL 110 §).

Införsel i lön kan i vissa fall förordnas jämväl av administrativ myndighet, då fråga är om underhållsbidrag till minderåriga barn.

Har make till följd av missbruk av starka drycker eller av annan likartad orsak uraktlåtit att underhålla barn under 16 år och har barnets underhåll och vård härigenom äventyrats, äger socialnämnden besluta att viss del av den försumliges lön skall utbetalas åt en av nämnden uppgiven person för att användas till barnets framtida underhåll (L om tryggande av underhållsbidrag åt barn i vissa fall, 20. 8. 1948, 15 §). Ett sådant administrativt ingripande är dock icke medgivet, om underhållsskyldigheten enligt ÄL 49 § (ovan IV 1) fastställts genom dom; denna skall då verkställas i vanlig ordning (18 §).

För det fall att makar på grund av söndring leva åtskilda har stadgats, att genom dom eller avtal fastställt underhållsbidrag kan på förordnande av länsstyrelse indrivas sålunda att den underhållsskyldige insättes i arbetsinrättning för att med sin lön fullgöra underhållsplikten (1—8 §§).

3. Fullgörelsen av underhållsskyldighet gentemot barn har säkerställts genom den offentligrättsliga garanti som nyligen införts. Förfallna bidrag från fader eller moder eller från den som enligt lagen om barn utom äktenskap är underhållspliktig förskotteras av allmänna medel, därest bidraget fastställts genom dom eller genom ett såsom exekutionstitel giltigt avtal. Vad sålunda kommer att utbetalas, återkräves i efterhand av den bidragsskyldige så långt detta är möjligt.

L om förskott på underhållsbidrag 7.6.1963. Jfr nedan 25 § IV 12.
Sverige fick sin första bidragsförskottslag redan år 1937. Jfr *Åke Malmström* s. 165.

IX. Med hänsyn till ändringar i penningens realvärde ha tidigare medelst dom eller avtal fastställda underhållsbidrag förhöjts genom särskilda lagstadganden vilka tillkommit i den ordning RO 67 § föreskriver.

Numera gäller L om förhöjning av underhållsbidrag d. 30 dec. 1963.

5 kap.

ÄKTENSKAPLIG FÖRMÖGENHETSRÄTT

12 §. Det legala egendomssystemet

I. Makars förmögenhetsrättsliga förhållanden regleras i äktenskapslagen på grundvalen av mannens och hustruns rättsliga likställighet. Vardera maken har sin särskilda egendomssfär och deras egendomsförhållanden bedömas i princip på samma sätt som motsvarande rättsförhållanden mellan ogifta personer. Äktenskapet medför ej att egendom, som vid dess ingående tillhör make, förvandlas till båda makarnas gemensamma gods eller att egendom, som tillfaller make under äktenskapet, blir föremål för samäganderätt. Med det äktenskapsliga bandet ha inga sakrättsliga verkningar förknippats.

Detta lagens system kallas *egendomsskillnad.* Uteslutet är det visserligen icke att makar även ha gemensam egendom, men samäganderätten har icke sitt upphov i själva äktenskapet utan den uppstår på samma sätt som i fråga om rättssubjekt i allmänhet. Annorlunda förhåller det sig med makars egendomsförhållanden i äldre äktenskap. Härvid gäller som regel att deras egendom är samfälld. Detta system, som kallas *egendomsgemenskap,* är omfattat såväl i 1734 års lag som i lagen om makars egendomsförhållanden av år 1889 och det tillämpas alltjämt i äldre äktenskap. Tillåtet är att makar i dessa äktenskap även kunna ha enskild egendom, men ur lagens synpunkt bilda dessa fall ett undantag.

Olikheten mellan det äldre och nyare egendomssystemet utplånas icke till följd av reglerna om *giftorätt.* Enligt båda systemen åt-

njuta makar i förhållande till varandra »giftorätt» i egendom. I fråga om äldre äktenskap avser man med uttrycket den rätt som tillkommer en var av makarna i sådan egendom som är samfälld. Det är således samägares anspråk på grund av den gemensamma rätten som termen hänför sig till. När man i äktenskapslagen talar om makes giftorätt i egendom, är det däremot ej meningen att karakterisera en samägares rättsposition, ty någon samäganderätt uppkommer ju ej genom ifrågavarande äktenskap. Med termen åsyftas de befogenheter som make på grund av äktenskapet äger utöva med avseende på andra makens egendom trots att egendomen tillhör den sistnämnde enskilt. Om gemensam egendom finnes, är endast andra makens disponibla andel däri men icke hela egendomen underkastad giftorätt.

Den förväxling vartill den svenska terminologin kan ge anledning har i den finska lagtexten undvikits genom att använda termen *avio-oikeus* för giftorätt i äktenskapslagens mening. Den äldre giftorätten benämnes *naimaosa.*

II. Trots nyssnämnda olikhet i konstruktionen av makars rättsställning förete båda systemen likhet i det praktiska genomförandet av grundåskådningen. Även om make enligt äktenskapslagen ej har sådan andel i andra makens egendom som kännetecknas av sakrättsliga drag, tillkomma make befogenheter som i viss mån påminna om äganderättskonstruktionen. Framför allt visar sig likheten däri att make vid äktenskaps upplösning äger göra anspråk på delaktighet i behållningen av andra makens egendom på det att båda skola få på sin lott en lika stor andel av sådan makarnas egendom som är underkastad »giftorätt». Denna delning sker icke enligt sakrättsliga regler. Make framställer icke sitt anspråk som samägare utan närmast såsom fordringsägare, vilken är berättigad att avkräva den andre, som äger mera gäldfritt gods, ett sådant värdebelopp som fordras för att båda skola bekomma lika mycket. Med hänsyn till att makars egendom vid äktenskaps upplösning behandlas som ekonomisk enhet och att värdet delas jämt dem emellan, innebär även äktenskapslagens system ett slags egendomsgemenskap, som man kan kalla indirekt egendomsgemenskap eller värdegemenskap i motsats till den äldre rättens system vilket kan betecknas som direkt egendomsgemenskap.

Sammanfattningen av den gemensamma egendomen benämnes i den äldre rättens stadganden makarnas *bo*. Detta uttryck har ingen användning för de äktenskap som ingåtts under äktenskapslagens giltighetstid, enär en på själva äktenskapet grundad direkt egendomsgemenskap är för denna lag främmande.

Bruket av uttrycket bo i de äldre lagarna är ej helt följdriktigt. Merendels avses därmed makars gemensamma egendom, men uttrycket förekommer även i en vidsträcktare bemärkelse, omfattande såväl samfällt som enskilt gods (t.ex. MakEgendL 2:1).

III. Övergången till det nya egendomssystemet skedde icke helt utan svårigheter av lagteknisk art. Även om lagstiftaren hade uppställt som mål att makar bör tillförsäkras var sin oberoende egendomssfär, ville man icke utestänga makarna från delaktighet i varandras egendom. Fördenskull tillerkände man en var av makarna giftorätt i den andres egendom. För lagberedningen som utarbetade sitt första förslag år 1920 stod det från början klart att giftorättsgods icke utgör en motsats till enskild egendom och att begreppet giftorätt således till sitt innehåll avviker ej blott från motsvarande begrepp i äldre lag utan även från det likalydande uttryckssättet i den skandinaviska lagstiftningen vari giftorättsgods och enskild egendom bilda motsatser. Riksdagens lagutskott förordade en annan terminologi enligt vilken makes rätt till andra makens egendom skulle betecknas som hans »andel» däri. Detta förslag gav lagberedningen anledning till en skarp kritik vari det framhölls att lagberedningens ståndpunkt helt missförståtts av lagutskottet. Att beteckna makes rätt i andra makens gods som en andel däri vore lika obefogat som ett påstående att arvinge skulle äga andel i arvlåtarens egendom under dennes livstid. Makes giftorätt i andra makens egendom innebär icke, underströks av lagberedningen, att en andel däri skulle tillfalla honom vid avvittring, utan därmed avses blott att egendomen skall beaktas vid beräknande av makes utjämningsfordran, vilket förutsätter att man fastställer differensen mellan vardera makens behållna giftorättsgods. Trots giftorätten kan make således lika väl komma att själv utgiva egendom till den andre som att erhålla egendom av denne. Uttryckssättet »andel» i egendom skulle ha hänvisat till samägande-

rätt och varit helt vilseledande samt gjort det nya systemet svårtfattligt för allmänheten.

Lagb försl. 1924:1 motiv s. 86 f.

Begreppet giftorätt i äktenskapslagen är socialt betonat. Modifieringen av egendomsskillnad genom medgivande av giftorätt har i främsta rummet skett för att förebygga den eljest, där egendomsgemenskap icke är rådande, förekommande orättvisan att hustrun, som ofta icke medför någon mera betydande egendom och ej heller under äktenskapet är i tillfälle att förvärva sådan i det hon — såsom lagstiftaren förutsatte — ägnar all sin tid och arbetskraft åt hemmets skötsel, vid äktenskapets upplösning går lottlös från hemmet, ehuru förefintligheten av förmögenhet mången gång är att tillskriva hennes sparsamhet och omtanke.

Lagb försl. 1920 inledning, jfr *Grönvall* s. 34 f.

Däremot åsyftar giftorätten icke — såsom fallet är med giftorätten enligt äldre lag — att öka makes kreditunderlag. Enär giftorätten ej innefattar någon samäganderätt kan makes borgenär ej tillgripa andra makens egendom till betalning för sin fordran. I denna punkt har likväl makarnas oberoende icke följdriktigt förverkligats. Trots åtskillnaden av makarnas egendomsmassor, kan make vid äktenskaps upplösning eller vid hemskillnad bli ansvarig för andra makens gäld därigenom att han nödgas avstå sin egendom såsom utjämning åt den gäldbundna maken. Detta leder till obillighet särskilt i sådana fall där hustrun medfört eller under äktenskapet förvärvat egendom, något som ej behöver vara så sällsynt lagstiftaren måhända föreställt sig, och avsett att trygga sin utkomst med eget gods. Resultatet är oförenligt med lagens utgångspunkt.

Även andra bristfälligheter vidlåda äktenskapslagens giftorättssystem. Kretsen av avlidna makens släktingar som äga framställa krav på utjämning har utsträckts alltför långt. Härigenom uppstår det missförhållandet att make vid andra makens död måhända bör avstå hälften av sin egendom till personer vilkas intressen icke ligga honom om hjärtat.

Till nyssnämnda frågor återkomma vi ännu längre fram.

IV. Den i äktenskapslagen omfattade regleringen, enligt vilken makar ha var sin särskilda egendom, medför att vardera maken är berättigad att självständigt förfoga över sitt gods. Helt obegränsad är förfoganderätten likväl icke. För tillvaratagande av familjens bästa gälla inskränkningar som gå ut på att make skall inhämta andra makens eller rättens samtycke till vissa viktigare dispositioner. Makars likställighet blir härigenom icke rubbad, ty inskränkningarna äro i lika mån tillämpliga på dem båda. Häri ligger en olikhet i förhållande till äldre rätt.

V. Makar i äldre äktenskap har beretts möjlighet att i förmögenhetsrättsligt hänseende underkasta sig äktenskapslagens bestämmelser. Sådan ändring kan åstadkommas genom boskillnad som beviljas av rätten. Sedan boskillnad vunnits och boskillnadsdomen ingivits till rätten för att intagas i dess protokoll, skall, så snart skifte ägt rum, äktenskapslagen i dess helhet tillämpas på makarna. Boskillnad utlöser den verkan att ingendera maken tillkommer giftorätt i den andres egendom. Det inträder m.a.o. en fullkomlig egendomsseparation. Dock ha makarna rätt att genom äktenskapsförord göra en avvikelse härifrån sålunda att de tillägga varandra eller den ene av dem giftorätt i den andres egendom, antingen i hela egendomen eller i en viss del därav (ÄPL 4 § 3 mom.).

Förutom i de fall som anges i 1889 års lag 5 kap. kan boskillnad vinnas där makarna äro härom ense (ÄPL 4 § 3 mom.). Även om ingendera maken är gäldbunden eller har vanvårdat sin egendom, kan således anhållan om boskillnad bifallas.

Benämningen boskillnad har under äldre rätt fått en bismak av konkurs, varför makar icke i större utsträckning gjort bruk av den i lagen anvisade vägen för erhållande av egendomsseparation. Det hade varit lämpligare att man för de fall då egendomsseparation sökes utan att ett särskilt boskillnadsskäl åberopas skulle ha använt ett mera neutralt uttryck (egendomsreglering, övergångsreglering e.d.).

Se vidare om boskillnad nedan 23 §.

13 §. Giftorätt

I. 1. Med giftorätt avses i äldre äktenskap (ingångna före 1. 1. 1930) makes andel i den egendom som på grund av äktenskap är samfälld.

Enligt den i 1889 års lag omfattade regeln anses som samfällt (gemensamt) gods dels makars lösa egendom, dels fast egendom av visst slag, nämligen landsfastighet, dock med undantag av fastighet som make fått i arv eller som han förvärvat före äktenskapet (MakEgendL 1:2, 3). Boskap och åkerredskap, vilka i och för sig äro lösören, räknas härvid ej till fastighet oaktat de till sin natur äro avsedda att tillgodose fastighetens behov. Av dessa regler framgår att såväl *lös egendom* som *fastighet i stad* är samfälld egendom oberoende av fångets art och tidpunkten för förvärvet. I fråga om *fastighet på landet* äro däremot sistnämnda omständigheter av betydelse. På grund av fångets art faller ärvd landsfastighet städse utanför den gemensamma egendomsmassan (boet) såvitt fråga är om legal arvföljd (arvejord i trängre bemärkelse). Tidpunkten för förvärvet skall åter beaktas när fånget är av annat slag. Genom föryttringsavtal eller testamente förvärvad fastighet blir samfälld i händelse förvärvet skett under äktenskapet, men eljest är en sålunda förvärvad fastighet makes enskilda gods.

Enligt en allmän regel, vilken torde gälla även äldre äktenskap, omfattas egendom som är oöverlåtlig eller eljest av personlig art ej av giftorätt (nedan II 3).

Det surrogat för arvejord på landet, som arvinge vid arvskifte erhållit för såld arvejord eller ock till följd av att han vid skiftet till en medarvinge avhänt sig honom enligt legal arvföljd tillkommande arvslott i fast egendom, betraktas inom arvsrätten som arvejord då arvfallet skett före 1. 11. 1951 (ÄB 17:2). Men i fråga om giftorätt likställes surrogatet ej med ärvd fastighet. Sen. d. 1916 II 288, *Chydenius* s. 137.

Ej heller likställes med arv fast egendom vilken förvärvats på grund av testamente, som gjorts till förmån för en icke-arvinge eller som tillägger en arvinge mera fast egendom än honom enligt legal arvföljd skulle ha tillfallit. Detsamma gäller om dödsfallsgåva. Annan gåva likställes överhuvud ej med arv.

Genom förbehåll i testamente eller gåvobrev kan giftorätt städse uteslutas beträffande föremålet för rättshandlingen. Jfr nedan 15 § IV.

Administrativ åtgärd varigenom fastighetens natur under äktenskapet förändras är utan verkan på makars egendomsförhållanden. Sålunda förblir make vid äktenskapets ingående tillhörande landsfastighet hans enskilda egendom oaktat fastigheten under äktenskapet införlivas med stad. HD 1961 II 99.

2. Gränsen mellan samfälld och enskild egendom förskjutes ej till följd av att egendom under äktenskapet genom försäljning eller annorledes förvandlas i annat gods. Det som förvärvats i den ursprung-

liga egendomens ställe blir samfällt eller enskilt gods alltefter den rättsliga beskaffenheten av avhänd egendom (MakEgendL 1:5). Enligt denna *surrogationsprincip* betraktas även lös egendom, vilken trätt i stället för enskild fastighet, som makes enskilda gods, oaktat lösöre eljest ingår i det samfällda boet.

Surrogation förutsätter icke att den make blivit uttryckligen nämnd vid rättshandlingen vilkens enskilda egendom förvandlas i annat gods. Tillhandlar sig mannen i eget namn men med sin hustrus pengar ett föremål från tredje man, blir detta hustruns enskilda tillhörighet. Verkningarna av surrogationsprincipen kunna ej undgås därigenom att hustru skänker för köpeskillingens gäldande nödiga medel till mannen, som sedan i eget namn förvärvar föremålet. Gåvor mellan makar äro förbjudna. Mot tredje man som fått betalning av hustrus medel kan gåvoförbudet icke åberopas, men i stället medför surrogationsprincipen att hustrun till den del hon använt sina medel vid rättshandlingen blir ägare av det köpta föremålet. Har till betalning av köpeskillingen använts såväl samfällda som enskilda medel tillfaller äganderätten makarna så, att den som utgivit enskild egendom får en i motsvarande mån större andel i egendomen, varjämte bör beaktas att tilläggsandelen utgör makes enskilda egendom. Den del av egendomen som proportionellt motsvarar den med samfällda medel betalda delen av köpeskillingen, blir i sådant fall makarnas samfällda gods även om köpet skett allenast i ena makens namn.

Jfr HD 1959 II 37, förf. Avioliittolainsäädäntö s. 28, *Chydenius* s. 144, 179, *Rautiala* s. 184.

Surrogationsprincipen gäller ej *avkomst* som faller av enskild egendom. Avkomsten betraktas alltid som samfällt gods (1:6). Denna regel är tillämplig exempelvis på lantbruksprodukter och hyresbelopp. Köpeskilling för skogsavverkning på makes enskilda fastighet faller däremot ej därunder, utan den anses enligt surrogationsprincipen som makes enskilda egendom (Sen. d. 22.10.1900 T.B. 1901 nr 23, HD 1939 II 243). Visserligen utgör skog avkomst av fastighet när ägaren tillgodogör sig den genom rationell avverkning, men emedan växande skog är bestämmande för fastighetens värde skulle den lagregel varigenom viss fastighet på landet uteslutes från egendomsgemenskap icke tillbörligen beaktas därest make blott genom att försälja själva grunden eller ock genom skogsskövling kunde för enskilt bruk förbehålla sig skogens värde.

3. Makar ha enligt 1889 års lag giftorätt vardera till *hälften* i den samfällda egendomen.

Lika stor var andelen enligt F 27.6.1878. I giftermålsbalken i dess ursprungliga lydelse stadgades däremot att mannens giftorätt enligt landsrätt

utgjorde två tredjedelar och hustruns en tredjedel. Enligt stadsrätt hade vardera maken redan då giftorätt till hälften (GB 10 kap.).

Giftorätten hänför sig till konkreta föremål som ingå i det samfällda boet, icke till »boet» såsom ett särskilt egendomsobjekt. Visserligen använder lagen understundom uttryckssättet »giftorätt i boet», men härmed avses blott detsamma som med de preciserade uttrycken »giftorätt i boets lösa egendom» eller »giftorätt i fast egendom». Att boet ej utgör något rättsobjekt framgår tydligt därav att enligt äldre rätt giftorättens storlek antingen direkt på grund av lag eller jämlikt äktenskapsförord kunde variera med avseende på särskilda slag av egendom, vilket vore oförenligt med att giftorätten hänförde sig till ett enhetligt bo. Giftorättsandelar äro ej jämförbara med bolagslotter utan de utgöra samägares andelar i gemensam egendom.

Dock äger make icke genom köp, gåva eller annan rättshandling disponera över sin andel. Han kan ej överlåta andelen till tredje man med verkan att giftorätten med därtill hörande befogenheter skulle övergå till denne. Överlåter mannen jämlikt sin dispositionsbefogenhet hälften av en samfälld fastighet, så innebär detta icke att han gått förlustig sin giftorätt i avseende på fastighetens återstående del; denna del tillhör alltjämt makarna gemensamt, vardera i förhållande till storleken av giftorättsandelarna. Har åter giftorätt i visst gods vid överlåtelse uttryckligen nämnts som föryttringsobjekt, kan rättshandlingen tolkas sålunda att avsikten varit att överlåta, icke själva giftorätten som är oöverlåtbar, utan en sådan del av egendomen som på grund av giftorätt eventuellt tillfaller överlåtaren vid boskillnad eller vid skifte efter äktenskaps upplösning (överlåtelse med suspensivt villkor). Möjligt är också att man trots det använda uttryckssättet åsyftat omedelbar överlåtelse av en bestämd, mot giftorättsandelen svarande del av egendomen (men icke av själva giftorätten). Rättshandlingen har i sådant fall gått ut på direkt överlåtelse av en viss kvotdel (hälften) av egendomen, exempelvis för att inom ramen av giftorätten förskaffa pengar till betalning av överlåtarens gäld.

Jfr MakEgendL 4:1.

Om än det stadgas i lagrummet att till gäldens betalning skall i sista hand användas gäldenärens »giftorätt» i egendom som åtkommits under äkten-

skapet, kan man härav ej sluta sig till att makarna finge till tredje man överlåta själva giftorätten i nämnda egendom. Stadgandet innebär blott att den icke gäldbundna maken ej skall vara befogad att påyrka boskillnad, om till gäldens betalning icke använts en större del av sagda egendom än vad som motsvarar makes giftorätt i densamma (5:1). Lagrummet vilar på tanken att makes giftorätt hänför sig såsom en aktuell rätt till varje särskilt föremål i boet, men meningen är icke att själva giftorätten i avseende på detta föremål kunde avyttras. Det som överlåtes är ett visst giftorätten underkastat gods eller en i avtalet angiven andel däri. En annan sak är att giftorätten, då godset gått ur boet, i mosvarande mån slocknar. Detta är en medelbar följd av rättshandlingen.

4. Vid makes död övergår hans andel i det samfällda boet till arvingar eller testamentstagare.

5. Enär make anses som samägare av den giftorätt underkastade egendomen, är han berättigad att mot andra makens borgenärer göra sin giftorätt gällande då fråga är om gäld för vilken giftorätten ej kan tagas i anspråk. För att kunna undantaga giftorättsgods från utmätning eller konkurs fordras emellertid att ett särskilt utredningsförfarande (boskillnad) äger rum på förordnande av rätten.

Närmare om boskillnad nedan 23 §.

II. 1. Den giftorätt som äktenskapslagen tillförsäkrar make ger icke uttryck åt samäganderätt utan innefattar endast rätt att såsom utjämning få visst värdebelopp ur andra makens egendom, när äktenskapet genom död eller skillnadsdom upplöses eller hemskillnad äger rum.

Oaktat samäganderätt på grund av giftorätt är främmande för äktenskapslagen, utgör makarnas egendom dock, såsom tidigare påpekats, ett egendomskomplex som i viss mån tillhör dem gemensamt. Varderas egendom skall vid äktenskaps upplösning eller, där så yrkas, redan vid hemskillnad underkastas ett särskilt avvittringsförfarande. Härvid fastställes och sammanslås egendomsmassornas värden i och för delning av totalvärdet mellan makarna. Båda tillkommer *hälften* av det sammanräknade värdebeloppet i likhet med slutlikviden vid avveckling av ett samäganderättsförhållande då ägarnas andelar äro lika stora. Men medan skifte emellan samägare innebär att var och en av dem uttager sin lott ur egendomen såsom ägare, går delningsförfarandet enligt äktenskapslagen ut på att den av makarna vars nettoförmögenhet är mindre skall av den andre erhålla *utjämning*

såsom fordringsägare. Båda makarna bevara sin egendom såsom enskilt gods och någon ändring i äganderättsförhållandena inträder ej heller vid äktenskapets upplösning. Deras gods uppgå icke i en särskild ägomassa. Endast en sammanräkning av nettovärdena och en utdelning av ett utjämningsbelopp på grundvalen av denna värdeberäkning skall äga rum. Likviden består i erläggande av ett sådant belopp till den som äger mindre att vardera maken blir i lika mån delaktig i det sammanräknade nettovärdet (ÄL 35, 100 §).

Makes rätt att erhålla utjämning av andra maken har, såsom nämndes, närmast karaktären av en fordringsrätt. Rättigheten tillkommer den vars behållna egendom är mindre än den andres. Men icke ens den genom avvittring fastställda utjämningsfordringen medför ovillkorlig rätt för make att av den andres egendom uttaga vissa konkreta föremål, ty utjämningsgälden kan infrias med pengar (ÄL 103 §).

Delning av konkreta egendomsföremål vid avvittring förekommer blott såtillvida som makarna enligt allmänna regler blivit samägare av visst gods, men delningen försiggår icke efter äktenskapsrättsliga utan efter vanliga civilrättsliga normer (ÄL 85 § 2 mom.).

Finsk och svensk lagtolkning synas avvika från varandra. Enligt svenska GB 13:5 skall återstoden av makarnas giftorätt underkastade egendom alltid »delas» mellan dem. Därav har man dragit den slutsatsen att hälften av makarnas giftorättsgods tillhör den förstavlidna makens kvarlåtenskap. Om A vid sin död efterlämnat giftorättsgods till värde av 3000 och den efterlevande B har sådant gods till värde av 1000, innefattar kvarlåtenskapen hälften av det sammanslagda giftorättsgodset eller 2000 *(Lindhagen—Lind,* Den nya arvslagen, 1929, s. 25, *Walin,* Kommentar till ärvdabalken, 1963, s. 26). Enligt finsk rätt tillhör A;s giftorättsgods i sin helhet (3000) hans kvarlåtenskap, men B äger att såsom utjämning bekomma hälften av värdeskillnaden eller 1000. Detta belopp avskiljes icke ur kvarlåtenskapen såsom annans egendom utan det berör dödsboet blott såtillvida att, därest arvinge icke med egna medel infriar utjämningsgälden, den arvfallna egendomen efter avdrag av arvlåtarens skulder skall tillgripas för dess betalning. Även denna betalning kommer att utebli om den efterlevande eftergiver sin utjämningsfordran. I det fall åter att den efterlevandes nettoförmögenhet är större än den dödes och att dennes arvinge således blir berättigad till utjämning, bekommer arvinge utjämningen direkt av den efterlevande och icke ur den dödes kvarlåtenskap. Arvingen ärver sin arvlåtare men icke den efterlevande. Den dödes kvarlåtenskap består allenast av egendom som tillhörde honom och han var icke innehavare av arvinges utjämningsfordran som uppkommit först genom dödsfallet. Enligt svensk rätt däremot anser man att egendom, som arvinge skall erhålla av den efterlevande, är en reell beståndsdel av den förstavlidnes kvarlåtenskap *(Ekeberg - Guldberg - Bergendahl,* Lagen om boutredning s. 23). Men oklart är huru tolkningen låter förena sig med GB 13:14 som motsvarar ÄL 104 § (jfr här nedan).

Beträffande tolkningen av finsk rätt se förf. artikel DL 1935 s. 285 ff., *Rautiala,* Ositus s. 26, Perillisen lakiosa s. 53 f.

Det sakrättsliga inslaget i svensk giftorätt påverkar tolkningsresultat också i andra avseenden. Se nedan 18 § IV 2 c, 21 § III c.

Jfr om förhållandet mellan finsk och dansk resp. norsk rätt *Borum* s. 191, *Arnholm* s. 215.

2. Giftorätten som sådan är ej en subjektiv rättighet, vare sig en sakrätt eller en fordringsrätt. Den utgör allenast en objektiv rättsposition i likhet med arvsrätt så länge arvfallet ännu ej skett. Make kan ej överlåta sin giftorätt, han kan ej ensidigt avstå från den och rätten kan ej tagas i mät för hans gäld. Giftorätten utlöser visserligen verkningar redan före avvittringen. Make är pliktig att så vårda sin egendom, vari andra maken har giftorätt, att den ej otillbörligen minskas denne till förfång, och han måste i vissa fall inhämta andra makens samtycke till föryttring eller annan rättshandling som avser giftorättsgods (nedan 14 § V 2, 3). Men härigenom blir giftorätten icke en subjektiv rättighet.

Efter makes död göres giftorätten gällande av hans arvingar eller universella testamentstagare (ÄL 85 §). Men detta innebär icke att giftorätten övergått till dem som arv.

Arvinges rätt att vid avvittring erhålla utjämning av efterlevande makes egendom är lika litet som giftorätten ett arv efter den döde. Utjämningen ingår icke i kvarlåtenskapen utan den tillfaller arvingen direkt från efterlevande maken. Belysande för sakförhållandet är skyldigheten att på yrkan av efterlevande makens borgenär återbära utjämningen om den uppgått till ett alltför stort belopp exempelvis därför att värdet av den efterlevandes egendom fastställts utan att avdrag gjorts för dennes skulder. Ansvaret för denna återbäring åvilar arvingen och icke dödsboet (ÄL 104 §). Den dödes gäld inverkar ej på arvingens ansvar. Skulle det vara dödsboet som mottagit utjämningen, befriades arvingen, om den döde varit så gäldbunden och medellös att även utjämningen erfordrats till täckning av hans gäld. Men sådan ansvarsbefrielse tillkommer ej arvingen, ty ansvaret beror ej på vad arvingen lyft ur boet utan därpå vad han bekommit av den efterlevande.

Med arvinge likställes den dödes universaltestamentarie (ÄL 85 §). Hans förhållande till efterlevande maken är densamma som en lagbestämd arvinges,

vad utjämningen beträffar. Om universaltestamentet gjorts till förmån för efterlevande maken, har grunden till utjämningsanspråket bortfallit. Annat kan dock föranledas av dödsboets konkurs varigenom kvarlåtenskapen och den efterlevandes egendom åtskiljas från varandra eller också av reglerna rörande bröstarvinges laglott.

Om utjämningens inverkan på beräknandet av laglottsarvinges s.k. fiktiva arvslott finnes en särregel i ÄB 17:3.

Genom äktenskaps *upplösning* förvandlas giftorätten icke omedelbart till en subjektiv förmögenhetsrättighet. Make eller den avlidna makens arvinge blir visserligen berättigad att kräva förrättande av avvittring, varigenom giftorätten avvecklas och det belopp fastställes som skall i och för erläggande av utjämning uttagas ur endera makens egendom. Men befogenheten att påkalla avvittring ger icke uttryck åt en subjektiv förmögenhetsrättighet utan den är av rent personlig art. Avvittringsrätten kan icke tagas i mät av någondera makens borgenärer och den ingår icke i makes konkursbo. Borgenärerna ha i regel ej någon möjlighet att av egen drift få en avvittring till stånd. Initiativet ligger uteslutande hos make eller dennes arvinge (ÄL 85 §). Men så snart avvittring företages, förstärkes borgenärernas ställning. En inblandning i avvittringens gång är ej tillåten, men om make eller arvinge vid avvittringen i märklig mån eftergivit vad lagligen tillkommit honom, äro makes borgenär berättigade att enligt reglerna om återvinning väcka talan om avvittringens återgång (KS 46 § h). Kräves ej återgång, äga borgenärerna göra gällande gäldansvarets övergång beträffande den som vid avvittringen för mycket bekommit (ÄL 104 §).

Detta ger vid handen att makes giftorätt i gestalt av den rätt till utjämning, som genom en jämlikt lag eller äktenskapsförord verkställd avvittring skall förverkligas, betraktas som en förmögenhetsrättighet så snart avvittring företages. Eftergiver make eller hans arvinge fordran på utjämning ur andra makens egendom, anses en sådan benefik disposition över förmögenhet föreligga som i förhållande till makes borgenärer kan ge anledning till rättshandlingens ogiltighetförklaring eller till annan påföljd varmed borgenärernas betalningsanspråk betryggas.

Närmare om benefika dispositioner av detta slag nedan 16 § IV 8. Om makes rätt att fritt avstå från vederlagsanspråk se 22 § V 2.

Undantagsvis bli makes borgenärer parter i själva avvittringsförfarandet (UrarvaF 15 §), men härav blir icke en följd att den utjämning åt arvinge som möjligen skall utgå av den efterlevandes egendom skulle tillfalla konkursboet (jfr 21 § IV 1).

3. Giftorätt omfattar enligt den legala regeln principiellt *all* makarnas egendom (ÄL 35 §). Någon skillnad göres ej mellan lands- och stadsrätt eller mellan ärvt och förvärvat gods. Till egendom äro att hänföra de förmögenhetsrättigheter som en var av makarna innehar.

Fri från giftorättsanspråk är rättighet som ej kan överlåtas eller som eljest är av *personlig art,* såvitt tillämpning av bestämmelserna om giftorätt skulle stå i strid med vad om sådan rättighet särskilt är gällande (35 § 3 mom.). Är en rättighet överhuvud oöverlåtlig (personrätt i egentlig mening), omfattas den aldrig av giftorätt. Så är förhållandet exempelvis med uppfinnaräran (PatL 8 §) samt med upphovsmans s.k. moraliska rättigheter (UpphovsL 3 §). Beror däremot rättighetens oöverlåtlighet icke på skyddet för personligheten utan därpå att man genom avtal framkallat ett sådant rättsförhållande som betingar ett särskilt inbördes förtroende, bär rättigheten icke en sådan personlig prägel att giftorätt utan vidare vore utesluten.

I sistnämnda fall förhåller det sig oftast så, att rättigheten kan avyttras om den i vars intresse förtroendeförhållandet skapats medger förfogandet. I arbetsgivares intresse har föreskrivits att arbetstagare ej får överlåta sin lönefordran före förfallodagen (ArbAvtL 10 §). Härmed avses att förekomma en rättshandling som måhända vore ägnad att minska arbetstagares lust och förmåga att uppfylla avtalet, men ett absolut överlåtelseförbud föreligger emellertid icke, ty med arbetsgivarens begivande äger arbetstagaren överlåta en dylik fordran. Har ingen överlåtelse skett, åtnjuter arbetstagarens make giftorätt i lönefordran även om arbetsavtalet till följd av arbetstagarens död upphör före den förutsedda förfallodagen. Lönefordringen tillhör arbetstagarens dödsbo och oaktat han icke under sin livstid enligt den legala regeln kunnat överlåta sin fordran anses hans make ha förvärvat giftorätt i densamma, varav följer att denne äger påkalla fordringens beaktande vid giftorättslikviden.

Icke heller i övrigt blir giftorätten i viss egendom utesluten enbart därigenom att dess överlåtlighet är beroende av tredje mans samtycke. Detsamma gäller där överlåtelsens giltighet är betingad av det rättsliga villkoret att domstol eller annan myndighet meddelar tillstånd till överlåtelsen.

Enligt OlycksFL 63 § äger arbetstagare icke till tredje man överlåta personligt skadestånd på grund av obligatorisk olycksfallsförsäkring. Detta förbud är till den grad absolut att varken försäkringsgivare eller myndighet äger frikalla arbetstagaren från förbudet. Men härav kan näppeligen följa att arbetsgivares make, om arbetstagaren dör innan han hunnit lyfta försäkringsbeloppet, ej finge påkalla beloppets beaktande vid giftorättslikviden utan vore nödsakad att avstå detsamma oavkortat åt närmare eller fjärmare arvingar. Visserligen är giftorätt till arbetstagarens *fordringsrätt* utesluten eftersom fordran icke alls får överlåtas. Men vad av honom lyfts på grund av fordringsrätten faller under giftorätt. Därest beloppet uppburits före dödsfallet hade det vid avvittring ej kunnat lämnas ur räkningen. Det blotta faktum att beloppet som förfallit till betalning icke hunnit lyftas före arbetstagarens död kan knappast betaga hustrun hennes rätt att påkalla dess beaktande vid giftorättslikviden. Lagen antyder icke att surrogationsprincipen skulle vara tillämplig i sådana fall som lyda under 35 § 3 mom. (annorlunda 2 mom., se nedan 5). Då således giftorätten omfattar det som redan uppburits vore det för formalistiskt att icke på liknande sätt behandla ett förfallet belopp som står att lyfta men som ej hunnit utbetalas innan äktenskapet blivit upplöst.

I svensk rättspraxis synes man fästa avseende enbart därvid huruvida själva fordringsrätten varit överlåtbar eller ej (se översikter över rättspraxis ang. pensionsförsäkring: *Beckman* SvJT 1962 s. 609, *Hellner* SvJT 1961 s. 351). Men icke heller svensk lag påbjuder tillämpning av surrogationsprincipen på pengar som influtit genom indrivning av en oöverlåtbar fordran.

Även om ett absolut förbud för överlåtelse av rättighet skulle föreligga kan giftorätt tänkas uppstå därest förbudet ej avser skydd för person utan endast säkerställande av att rättigheten icke under ett visst övergångsstadium avyttras till tredje man. Om någon såsom innehavare av en oöverlåtlig besittningsrätt till fastighet enligt lag får genom lösen förvandla denna sin rätt till äganderätt som kommer att omfattas av hans makes giftorätt, är det ej skäl att icke tillerkänna den sistnämnde giftorätt jämväl i besittningsrätten. Eljest skulle följden bli den att giftorätt ej heller kunde göras gällande med avseende på äganderätten i händelse lösen skett först efter äktenskaps upplösning. Surrogationsprincipen är oförmögen att till giftorättsgods förvandla egendom som vid äktenskaps upplösning var giftorättsfri. Jfr HD 1955 II 145.

Med hänsyn till gåvogivarens befogenhet att genom en i gåvobrevet intagen uttrycklig klausul utestänga gåvotagarens make från giftorätt i gåvan (ÄL 35 § 3 mom., jfr nedan 15 § IV) kan man fråga sig huruvida samma verkan bör tillerkännas ett med gåvobrevet förknippat villkor därom att den bortgivna egendomen ej får av mottagaren överlåtas till tredje man. Ett sådant villkor är utan verkan mot tredje man, men det är bindande parterna emellan (jfr förf. JFT 1959 s. 288 ff.). Tolkningen ger måhända vid handen att gåvogivaren även avsett att mottagarens make ej skall njuta giftorätt i gåvan, men en allmän regel kan dock knappast uppställas utan man bör låta frågan bero på tolkningen av partsviljan i det särskilda fallet.

Den omständigheten allena att föryttring av viss egendom förutsätter att den sker i samband med en vidsträcktare överföring av förmögenhet, exempelvis samtidigt med en överlåtelse av rörelse eller en del därav (jfr UpphovsL 28 §), inverkar ej på giftorätt. Har det däremot föreskrivits att den till vilken en rättighet överlåtits ej får överlåta rättigheten vidare, uppkommer för hans make ingen giftorätt i egendomen (med undantag för rättighetens surrogat och avkomst, nedan 5, 6). Ett sådant rättsläge uppstår enligt den i UpphovsL 28 § uttalade regeln därom att den till vilken upphovsrätt överlåtits icke äger överlåta rätten vidare om ej annat avtalats.

Denna i lagen omfattade ordning medför att upphovsrätten står närmare personrättigheterna i ny innehavares hand än hos upphovsmannen själv därest denne ej vidtagit överlåtelsen. Överlåtarens intresse av medkontrahentens person blir härigenom skyddat mot dennes make, varemot arvingarna i regel äga göra gällande sin arvsrätt oberoende av att upphovsrätten i arvlåtarens (förvärvarens) hand är oöverlåtbar.

Giftorätt i viss egendom uteslutes icke enbart till följd av att denna enligt lag ej får tagas i mät. Är tillika frivillig överlåtelse av egendomen förbjuden, uppkommer ej giftorätt. Men om läget är sådant att frivillig överlåtelse tillåtes medan exekutivt tillgodogörande av egendomen är förbjudet, medför sistnämnda förbud ej i och för sig att denna egendom blir otillgänglig för giftorätt. Detta framgår av stadgandet i UpphovsL 42 § vari uttalas att upphovsrätten ej får tagas i mät hos upphovsmannen eller hos någon till vilken den övergått på grund av giftorätt. Stadgandet förutsätter att giftorätt kan äga rum oaktat upphovsrätten ej utgör en sådan beståndsdel av upphovsmannens förmögenhet att den skulle häfta för dennes skulder. På samma sätt bör rättsläget uppfattas då fråga är om utmätningsförbud beträffande pension, försäkringsbelopp e.d.

Detta förhållande är ägnat att bereda svårigheter vid avvittringens genomförande, ty stadgandena i äktenskapslagen gå ut ifrån att den egendom som beaktas vid giftorättslikviden även kan användas till täckning för makes skulder. Härom närmare nedan 21 § VI 2.

Oärftlighet av en rättighet kan påverka bedömandet av om den är att hänföra under giftorätt. Är en rättighet till gottgörelse för in-

trång som tredje man gjort i makes personlighetssfär så förbunden med rättighetshavarens person att den icke övergår till hans arvinge faller den ej heller under andra makens giftorätt. Vore rättigheten underkastad giftorätt skulle rättighetshavaren under sin livstid tillväventyrs kunna tvingas att avstå rättigheten eller motsvarande värde till förstavlidna makens arvinge såsom utjämning, oaktat rättigheten vid hans död ej får tillgodogöras av den som är hans arvinge. Men om rättighetshavaren själv skilt rättigheten från sin person genom att väcka talan mot den förpliktade, möter ej mer något hinder för anspråk på grund av giftorätt.

Rätten att påkalla gottgörelse för immateriell skada (psykiskt lidande) är i regel av nyssnämnda beskaffenhet. Jfr ovan 5 § III 4 *in fine* och förf. Obligationsrätt I § 36 X.

Pengar som i dessa fall erhållas genom frivillig betalning eller utmätning bli underkastade giftorätt, ty i och med betalningens mottagande har make skilt rättigheten från sin person. Detsamma gäller i fråga om äldre äktenskap. Egendomens personliga beskaffenhet som upphört genom betalningen kan ej återupplivas under åberopande av att det som betalats trätt i stället för den högstpersonliga rättigheten. Den i MakEgendL uttalade surrogationsprincipen är icke avsedd att utvidga kretsen av dylika personliga rättigheter. Jfr ang. tidigare svensk rätt *Winroth* II s. 149.

För frågan huruvida viss egendom med hänsyn till sin natur inbegripes under giftorätt är sättet för äktenskaps upplösning i allmänhet betydelselöst. Är egendomen att anse som giftorättsgods eller, tvärtom, som giftorättsfri då upplösning sker genom dens död vilken egendomen tillhör, förhåller det sig icke härmed annorlunda då äktenskapet blir upplöst genom andra makens död. Lika litet lyder svaret i princip olika för den händelse att äktenskap upplöses genom dom eller hemskillnad vinnes. Medelst giftorätt tillförsäkras den make som icke innehar egendomen vissa anspråk med avseende på dess värde och lagen går ut ifrån att dessa böra tillgodoses städse då äktenskap upplöses eller avvittring av annat skäl skall företagas (ÄL 35 §). Inskränkningar i giftorätt böra bedömas på liknande sätt. Annat kan dock följa av uttryckligt lagbud eller av omständigheterna i det särskilda fallet.

I det ovannämnda fallet (rätt till ersättning för immateriell skada) är giftorätt utesluten jämväl vid äktenskaps upplösning medelst dom eller vid hemskillnad, såframt ej den make mot vilken giftorätten åberopas genom sina

åtgärder (väckande av ersättningstalan) avlägsnat hindret för giftorättens uppkomst.

Beträffande upphovsrätt har giftorätten ordnats sålunda att den endast kan göras gällande efter upphovsmannens död men icke om äktenskapet upplöses genom andra makens död och ej heller i fall av äktenskapsskillnad eller hemskillnad (UpphovsL 41 §). Här föreligger en undantagsreglering även ur den synpunkten att upphovsrätten såsom överlåtbar och ärftlig rättighet ej till sin natur är en typisk personrätt.

4. Eftersom giftorätten ej utlöser några sakrättsliga verkningar mellan makar och makes äganderätt till visst gods således ej på något sätt undergår ändring till följd av andra makens giftorätt däri, intager make i förhållande till andra makens borgenärer ställningen av tredje man. Oavsett giftorätten kan han freda sin egendom mot andra makens borgenärer enbart genom att åberopa sin äganderätt (UL 4:10, KS 54 §). Dock är att märka, att borgenärerna äga till sitt skydd åberopa förbudet mot gåvor mellan makar samt den därmed förknippade presumtionsregeln beträffande gåvoavsikt (nedan 16 § IV).

5. I anseende till att giftorätten enligt den legala regeln hänför sig till all makarnas egendom och någon skillnad mellan samfällt och enskilt gods ej göres, finnes icke anledning att tillämpa en surrogationsprincip motsvarande den som gäller för äldre äktenskap (ovan I 2). En sakrättsligt verkande surrogation skulle i fråga om nya äktenskap rubba det underlag för makarnas kredit som är en följd av egendomsskillnaden. Tredje man har rätt att beträffande dessa äktenskap gå ut ifrån att gods som make i eget namn förvärvar blir hans och icke andra makens egendom. Om surrogationsprincipen tillämpades, skulle det blotta faktum att köpeskillingen härrör från den vid rättshandlingen icke synliga makens tillgångar medföra att det förvärvade godset vore att anse såsom den sistnämndes och icke såsom köparens egendom. Härigenom infördes ett osäkerhetsmoment som skulle undergräva betydelsen av makarnas rättsliga självständighet samt deras enskilda kreditvärdighet och vars skadliga verkningar skulle sträcka sig jämväl till offentliga äganderättsregister. Hemliga äganderätter vilka stå i strid med objektivt skönjbara rättsfakta skulle uppstå och kunde i svikligt syfte lätt tillskapas. Detta vore icke förenligt med den nya lagstiftningens ändamål som varit att tillerkänna vardera

maken en förmögenhetsrättslig ställning liknande den som åtnjutes av privata personer i allmänhet.

De stadganden i äktenskapslagen som gälla makes rätt till godsets *surrogat* avse icke en sakrättslig reglering av makars äganderätt. Denna surrogationsprincip är av helt annan innebörd, ty därmed bestämmes endast omfattningen av makes giftorätt, som i nya äktenskap saknar sakrättslig karaktär. I lag stadgas att, om giftorätt beträffande viss egendom uteslutits genom äktenskapsförord, gåva eller testamente, jämväl gods som trätt i dess ställe är undandraget giftorätt (ÄL 35 § 2 mom., jfr nedan 15 § III 1). På makars äganderätt har detta stadgande ej något omedelbart inflytande. Den bedömes enligt andra regler.

Sistnämnda surrogationsprincip avser ej sådana fall där en rättighet på grund av sin personliga art är undandragen giftorätt (35 § 3 mom., jfr ovan 3). Men hinder synes ej föreligga för äktenskapsförord varigenom surrogatet göres giftorättsfritt.

Försöket att med ledning av ÄL 45 § intolka i lagen en surrogationsprincip som vore förknippad med sakrättslig verkan har tillbakavisats ovan, se 11 § III 2.

Äktenskapslagens system bringar klarhet i båda makarnas rättsförhållanden, ty man behöver vid fastställande av makes äganderätt till förvärvat gods i allmänhet endast fästa avseende därvid vem som företagit rättshandlingen. Även om make tillhandlat sig gods med andra makens pengar, förvärvar han och icke andra maken äganderätt därtill, förutsatt att han icke vid köpet uppträtt som dennes fullmäktig. Likgiltigt är huruvida andra maken försträckt eller skänkt honom pengarna. I förra fallet blir han andra makens gäldenär på grund av försträckningsavtalet, i senare fallet, försåvitt det givna överskrider måttet av en sedvanlig skänk, i följd därav att gåvan såsom stridande mot det äktenskapsrättsliga gåvoförbudet är ogiltig och måste återbäras som obehörig vinst. Make som äger återfordra pengarnas värde har i vartdera fallet blott ett obligationsrättsligt anspråk mot lån- eller gåvotagaren, däremot ej ett på surrogationsprincipen beroende sakrättsligt anspråk med avseende på det gods som förvärvats från tredje man.

Om äganderätt till husgeråd o.d. se ovan 11 § III 2.

6. Egendomens *avkomst* (avkastning) är underkastad giftorätt trots att den fallit av giftorättsfritt gods. Annat kan dock bestämmas i äktenskapsförord, gåva eller testamente varigenom giftorätt till godset uteslutits (35 § 2 mom.).

Jfr nedan 15 § III 1.

Genom bestämmelse i äktenskapsförord torde giftorätt kunna uteslutas beträffande avkomst av sådan egendom som på grund rättighetens personliga art (35 § 3 mom.) är undandragen giftorätt.

III. Reglerna rörande giftorätt ha i äktenskapslagen utformats med beaktande av makars rättsliga likställighet. Härav förklaras det väl att giftorätten fått en obegränsad omfattning i det den utsträckts till all makarnas egendom. Man har gått så långt att vid äktenskapets upplösning genom makes död giftorätten får göras gällande av den avlidnes arvingar i samma omfattning som av maken själv. Detta kan medföra att efterlevande make, om hans egendom är värdefullare än den avlidnes, blir nödsakad att till den sistnämndes arvingar, som icke behöva samtidigt vara hans egna arvingar, avstå hälften av sin egendom. Giftorättsreglerna borde hellre vara så gestaltade att utjämningsanspråket omedelbart skulle lända endast de personer till godo vilka tillhöra den genom äktenskapet bildade familjen. Det nuvarande systemet tvingar makar i barnlösa äktenskap att träffa äktenskapsförord för att utesluta giftorätten, vilken efter upplösning av äktenskapet genom makes död måhända komme att mot den efterlevande åberopas av sådana personer utanför familjekretsen som denne ej alls velat ihågkomma.

Man kan ock fråga sig huruvida det överhuvud funnits anledning att trots införandet av egendomsskillnad ordna egendomens behandling vid äktenskapets upplösning efter de riktlinjer som följts. Med rättsuppfattningen i nutidens samhälle hade det varit mera överensstämmande att icke direkt på grund av lag medge anspråk på utjämning i vidare mån än beträffande förmögenhetsökning som skett under äktenskapet och vartill båda makarna kan anses ha bidragit.

Jfr förf. kritik av gällande rätt i DL 1935 s. 298. Se ock *Caselius* LM 1961 s. 260.

Vid omdaningen av den tyska äktenskapsrätten har man tillagt make andel blott i förkovran av andra makens egendom under äktenskapet (Zugewinn). Den make vars egendom förkovrats i mindre mån än andra makens har rätt att av denne få i utjämning ett värdebelopp motsvarande hälften av skillnaden. Makens rätt är en fordringsrätt såsom ock enligt vår äktenskapslag men i sakligt hänseende förefinnes den betydande olikheten att man utjämnar allenast differensen i förmögenhetens tillväxt under äktenskapet. Vad make ägt före äktenskapet underkastas icke avvittring såframt ej annat avtalats genom äktenskapsförord. BGB 1363 ff. enligt L. 18. 6. 1957 (Gleichberechtigungsgesetz). *Beitzke* s. 67 ff., *Lehmann* s. 81 ff., *Massfeller* s. 60 ff.

Med makes egendom vid tiden för äktenskaps ingående likställes enligt BGB 1374 gods som make under äktenskapet fått i arv eller gåva. Anspråket på utjämning av skillnaden mellan *Anfangsvermögen* och *Endvermögen* hänför sig således allenast till vad make genom eget arbete eller annan dylik

verksamhet förvärvat. Liknande regel gäller enligt vår ÄL 90 § för avvittring vid återgång av äktenskap (se nedan 18 § IV 2). Förebild för tysk rätt har varit den äldre ungerska sedvanerätten som iakttagits redan före 1811 då civillagboken för Österrike tillkom.

Vid äktenskaps upplösning genom makes död förverkligas utjämningsrätten enligt tysk lag i regel schematiskt så, att den efterlevandes legala arvslott efter den döde ökas med en fjärdedel oavsett om utjämning eljest bort tillkomma denne eller ej (BGB 1371). Arvslotten kommer sålunda att uppgå minst till hälften av den dödes egendom om barn efterlämnats och till 3/4 i det motsatta fallet. Efterlevande make blir aldrig skyldig att avstå *sin* egendom åt den dödes fjärmare arvingar, en märkbar fördel i förhållande till gällande finsk rätt.

Vid bedömandet av äktenskapslagens system i rättspolitiskt hänseende kan man ej heller förbigå de genomgripande avvikelser från principen om egendomsskillnad som avse ansvarighet för gäld. Egendomsskillnad innebär att makes egendom icke skall häfta för andra makens skulder, vilken grundsats även uttryckligen fastslagits i äktenskapslagen (ÄL 52 §). Trots detta innehåller lagen regler vilka förplikta make att åt den andres borgenärer avstå sin egendom ända till hälften av dess nettovärde (nedan 17 § I 4). Dylikt ansvar ter sig synnerligen hårt mot make som efter äktenskapets upplösning ej mer kan räkna på bistånd från andra makens sida och som således i en sådan situation har större behov av skydd mot andra makens borgenärer än under tiden för samlevnaden. Tillämpningen av dessa regler kan i allmänhet avvärjas blott genom äktenskapsförord.

Även äktenskapsförordet skulle förlora en del av sin betydelse enligt det förslag rörande makes arvsrätt som ingår i ett nyligen utkommet kommittébetänkande till ny ärvdabalk (kommittébet. 1962:7). Den i betänkandet förordade proportionalitetsprincipen skulle nämligen leda till att efterlevande make, om värdet av den förstavlidnes egendom gått förlorat genom slitning, eldsvåda, stöld, dåliga konjunkturer e.d., vore oförmögen att hindra att den förstavlidnes släktingar och deras borgenärer tillgodogöra sig måhända största delen av den efterlevandes egendom, alltefter förhållandet mellan makarnas egendomsmassor vid äktenskapets upplösning.

Förslaget gör sig till tolk för en till ytterlighet driven gemensamhetsidé (jfr svenska ÄB 3 kap.) och det lämnar bakom sig den tyska *fortgesetzte Gütergemeinschaft* vilken omfattar makarnas samfällda bo och efterlevande makens arv efter den avlidne men varken makens enskilda gods eller arvingarnas andel av kvarlåtenskapen. Vid ombildning av den tyska familjerätten har man funnit även denna mildare form av den patriarkaliska gemensamhetstanken oförenlig med det nutida samhällets dynamiska liv som icke gärna tål längre uppskov med avvittring, varför möjligheten till fortsatt bogemenskap begränsats till fall där makarna genom förord valt en sådan livsform (BGB 1483, 1518 enl. L 18.6.1957). Jfr *Beitzke* s. 98. Det rättsläge man härigenom uppnåtts motsvarar praktiskt taget gällande finsk rätt enligt vilken efter-

levande make ej inträder i bogemenskap med arvingar utan att så förordnats i testamente som han i behörig ordning godkänt. Se nedan 21 § III 2.

Jfr även kritiken i Lagb försl. till lagen om arv 1938:5 motiv s. 105.

De olägenheter som vidlåta det nuvarande giftorättssystemet skulle i väsentlig mån undanröjas om endast efterlevande make och icke andra makens arvingar skulle berättigas att lyfta utjämning när äktenskapet upplöses genom makes död. Detta har ock föreslagits av lagberedningen: Betänkande 1936:2 (Grönvall o. Ant-Wuorinen), Förslag 1938:5 (Hakulinen o. Ant-Wuorinen).

I gällande lag ingå ej regler om provisoriskt uppskov med avvittringen då synnerliga skäl sådant påkalla. Jfr förf. artikel DL 1963 s. 405 f.

Se *Bihang V.*

14 §. Egendomsförvaltning

Till egendomsförvaltning räknas dels egendomens faktiska besittning och vård, dels rättshandlingar vilka angå densamma. Som rättshandlingar tagas härvidlag i betraktande dispositioner över rättigheter samt ingående av gäldförbindelser. I det följande behandlas dispositionsregler medan stadgandena rörande makes gäld komma att utläggas i en senare paragraf (17 §).

I. 1. I äldre äktenskap intager mannen en privilegierad ställning i fråga om egendomsförvaltning. Oaktat mannens målsmanskap blivit upphävt, kvarstå i dessa äktenskap nästan oförändrade de honom tillkommande befogenheter på förvaltning som tidigare rätt förenat med målsmanskapet. Såvitt mannen är behörig att ensam företaga rättshandlingar gentemot tredje man eller föra talan beträffande samfälld egendom eller hustruns enskilda gods, har han fortfarande ställningen av hustruns legala representant.

2. Vid förvaltningens utövning är mannen i äldre äktenskap befogad att överlåta och pantsätta makarnas egendom, såväl samfällt som hustruns enskilda gods. Endast egendom av nedannämnda slag, som förvärvas av hustrun, är enligt den legala regeln undandragen mannens förvaltning, nämligen:

a. Arbetsförtjänst. Hustru råder självständigt över sin arbetsförtjänst — denna är till sin natur samfällt gods — samt över egendom i vilken arbetsförtjänsten är förvandlad. Detsamma gäller om egendomens avkomst (MakEgendL 2:3).

b. Upphovsrätt. Härövar råder alltid upphovsmannen själv, såle-

des hustru, då fråga är om alster av hennes andliga verksamhet (jfr UpphovsL 1927, 13 § 3 mom.). Har hustru förvandlat upphovsrätten i pengar eller annat gods, måste det antagas att hon råder även däröver i likhet med vad som gäller om surrogat för arbetsförtjänst. Om rättighetens avkomst gäller detsamma.

c. Arv och gåva. Egendom som hustru efter äktenskapslagens ikraftträdande — 1. 1. 1930 — förvärvat genom arv, testamente eller gåva står, vare sig den är samfälld eller enskild, under hennes förvaltning. Liknande norm gäller för egendomens avkomst (ÄPL 3 § 3 mom.).

Inskränkningar i mannens förvaltningsrätt kunna föranledas av äktenskapsförord, dels omedelbart sålunda att förordet utvidgar hustruns förvaltningsrätt med avseende på egendom av visst slag, dels medelbart sålunda att viss egendom förklaras vara hustruns enskilda gods, i vilket fall förvaltningen kommer att bestämmas enligt vad i lag eller förord sägs om förvaltning av sådant gods.

Om äktenskapsförord i äldre äktenskap se nedan 15 § II.
Även bestämmelse i gåvobrev eller testamente kan påverka förvaltningsrätten, jfr nedan 15 § IV.

I den mån förvaltningen tillkommer hustrun äger hon ock föra talan som avser ifrågavarande egendom (MakEgendL 2:3, ÄPL 3 §).

Detta gäller även arvskifte. Efter arvfallet, som äger rum vid arvlåtarens död, utövar make omedelbart de honom tillkommande befogenheterna med avseende på arvet. Hustrun råder alltså över sitt arv från och med dödsfallet och icke först efter arvskiftet. Mannen företräder ej hustrun vid skiftet. Har arvfallet ägt rum före 1. 1. 1930 (detta numera mindre praktiska fall bör beaktas på grund av dess principiella betydelse), förhåller det sig dock i regel annorlunda, enär hustrun icke direkt på grund av lag äger föra talan för sitt arv. Men om arvet enligt lag, äktenskapsförord eller testamente skall vara hennes enskilda tillhörighet och självständig förvaltningsbefogenhet tillagts henne med avseende på arvejord, äger mannen icke under förevändning, att man före skiftet ej vet om fast egendom därvid skall tilldelas hustrun, ensam föra talan vid arvskiftet.

3. Makes befogenhet att disponera över egendom som står under hans förvaltning har begränsats genom stadganden om andra makens *samtycke.* Begränsningen vinner tillämpning då egendomen är underkastad giftorätt, som i äldre äktenskap är uttryck för samäganderätt, eller då den utgör andra makens enskilda gods. Såtillvida vila de för

äldre äktenskap gällande reglerna rörande makes samtycke på sakrättslig grund. Men därjämte har hänsyn tagits till egendomens betydelse för familjens uppehälle och ekonomiska ställning. Kravet på samtycke gäller icke all den egendom till vilken andra maken har äganderätt på grund av giftorätt eller eljest, utan endast gods som i nämnda hänseende påkallar särskilt skydd mot missbruk från den förvaltningsberättigade makens sida.

Samtycke är erforderligt främst i fall då dispositionen går ut på föryttring eller pantsättning, men genom nyare lagstiftning har kravet på samtycke utsträckts att gälla även rättshandlingar av annat slag, nämligen uppsägning av hyresavtal.

4. I fråga om rättshandlingar som avse fast egendom är andra makens samtycke erforderligt i följande fall.

a. Mannen äger ej utan hustruns samtycke föryttra eller pantsätta fast egendom vari makarna ha giftorätt eller som tillhör hustrun enskilt men likväl förvaltas av mannen (MakEgendL 2:2).

Denna regel inskränker mannens befogenhet i jämförelse med 1734 års lag, enligt vilken hustruns samtycke var erforderligt allenast vid föryttring eller pantsättning av hennes enskilda fastighet, dvs. arvejord på landet eller sådan stadsfastighet som genom förord gjorts till enskild. GB 11:1, *Chydenius* s. 168.

b. Hustrun äger ej utan mannens samtycke föryttra eller pantsätta fast egendom som hon efter 1. 1. 1930 förvärvat genom arv, testamente eller gåva och vari makarna ha giftorätt (ÄPL 4 § 2 mom. enl. L 23. 9. 1948, ÄL 38 §).

Ingår egendomen icke i giftorättsgods, förfogar hustrun däröver självständigt.

Har egendomen tillfallit hustrun före 1. 1. 1930, står den under mannens förvaltning, såframt ej annorlunda bestämts i äktenskapsförord, testamente eller gåvobrev (jfr ovan 2 b). Mannens befogenhet bedömes då enligt regeln under a (här ovan).

Med fastighet likställes i nämnda fall (a, b) sådan anläggning på annans grund, som jämte besittningsrätten till grunden kan utan grundägarens hörande överlåtas till tredje man.

Detta har uttryckligen stadgats med avseende på fallet b (ÄPL 4 § 2 mom. jfd med ÄL 38 §), men samma regel bör anses gälla även i fallet a. Jfr *Chydenius* s. 175. För en ordagrann tolkning uttalar sig dock *Rautiala* s. 202.

Såsom föryttring betraktas varje rättshandling vilken avser överlåtelse av äganderätt till fastighet. Jfr nedan V 3 a.

c. Med ett arvskifte som förrättas av godemän kan förknippas ett avtal i vilket arvinge vederlagsfritt eller utan tillräckligt vederlag i arvfallet gods av annat slag eller ock mot vederlag som skall uttagas ur samarvinges enskilda egendom avhänder sig, helt eller delvis, arvslotten i arvfallen samfälld fastighet. Giltigheten av avtalet förutsätter att makes samtycke enligt reglerna under 4 a och b inhämtas. Dylik avhändelse ingår icke i godemännens legala befogenhet varför de allmänna reglerna angående överlåtelse av makes egendom böra iakttagas för att den åsyftade rättsverkan skall uppnås.

I fråga om äldre äktenskap varom nu är fråga äger kravet på makes samtycke i förevarande fall betydelse blott i de fall där arvet består av stadsfastighet, som i olikhet med landsfastighet är samfällt gods såframt annat ej föranledes av förbehåll i äktenskapsförord eller testamente.

Av bestämmelserna om arvejord i 1734 års lag framgår att den del av arvfallen fastighet som någon vid skifte erhåller utöver sin arvslott i fast egendom är i mottagarens hand avlingejord och att således skiftet i detta fall innefattar en överlåtelse (föryttring). *Chydenius,* ArvsR s. 167, *Hakulinen,* Kiinteistön luovutuksen muodosta, s. 102, DL 1949 s. 260 ff., 369 ff., se ock HD 1953 II 96, 1954 II 65. Uppfattades arvskiftet i princip som ett avtal mellan arvingarna (avtalsteori) och icke som en förrättning av tillkallade eller tillförordnade godemän (förrättningsteori), bleve följden den att städse, då arvinge vid skifte utbyter sin lott i arvfallen samfälld fastighet emot annat gods i kvarlåtenskapen, samtycke borde inhämtas av arvinges make. Sagda uppfattning beträffande arvskiftets natur var tidigare förhärskande. Numera lär den vara övergiven (nedan 21 § VII). Då arvsskiftet i enlighet härmed är en förrättning av godemän, vilka äga slutföra skiftet oavsett om arvingarna godkänna resultatet eller ej, och skiftet således ej beror på arvingarnas samstämmiga viljeförklaringar, så följer härav att godemännens befogenhet principiellt icke förutsätter samtycke av arvinges make eftersom även samtycke av arvingen själv är umbärligt. Arvinges och hans makes behov av rättsskydd tillgodoses därigenom att dem tillerkännes rätt att klandra skiftet. Denna ordning gäller för alla sådana arvskiften vid vilka arvingarna komma i åtnjutande av sina arvslotter. Läget är emellertid ett annat om man företager ett »onormalt» skifte sålunda att arvinge vederlagsfritt eller utan tillräckligt vederlag i arvfallet gods eller ock mot vederlag som skall tagas ur samarvinges enskilda gods avstår från sin arvslott till förmån för samarvinge. Sådant skifte minskar arvinges arvslott och det kan företagas endast med hans bifall. Skiftet innebär till denna del ett avtal mellan arvingarna och icke blott en förrättning av godemän och det är naturligt att arvinge, om han är gift, måste till en dylik rättshandling inhämta sin makes samtycke därest fråga är om arvslott i fast egendom som omfattas av giftorätt. Sker dylik överlåtelse genom avtal *före* skiftet, är makes samtycke likaså erforderligt.

Såvitt överlåtelse enligt det nyss sagda ej får företagas utan att arvinges make därtill samtyckt, äger domtol, om samtycke utan skäl vägrats, meddela tillstånd till rättshandlingen. Jfr nedan II 2.

5. Vid rättshandlingar rörande lös egendom fordras andra makens samtycke i följande situationer.

a. Förvaltningsberättigad make bör inhämta andra makens samtycke till föryttring eller pantsättning av lösören som äro underkastade giftorätt och ingå i det för makarnas gemensamma begagnande avsedda bohaget eller utgöra andra makens nödiga arbetsredskap eller äro avsedda för barnens personliga bruk (ÄPL 4 § 1 mom., ÄL 39 §).

Ang. tolkningen av denna lagregel, som införts i samband med stiftandet av äktenskapslagen, hänvisas till framställningen nedan V 3 b.

b. Make äger i regel ej utan andra makens samtycke uppsäga hyresavtal rörande bostadslägenhet som är avsedd för deras gemensamma bruk (HyresL 35 §).

Se nedan V 4, där även frågan om regelns utsträckning till överlåtelse av hyresrätt behandlas.

6. Åsikterna ha varit delade beträffande frågan huruvida hustrun kan utan mannens samtycke förfoga över fastighet som hon förvärvat med sin arbetsförtjänst. Enligt uttryckligt stadgande får hustrun självständigt råda över sin arbetsförtjänst samt över egendom som trätt i dess ställe (MakEgendL 2:3, ovan I 2 a). Någon bestämmelse finnes ej om nödvändigheten av mannens samtycke för den händelse att hustrun med sin arbetsförtjänst inköpt fast egendom som hon vill överlåta till annan. Därför måste det anses att samtycket är umbärligt. Hustru i äldre äktenskap intager i detta avseende en självständigare rättsposition än vad fallet är i fråga om nya äktenskap, i vilka makes samtycke till föryttring av fast egendom är oberoende av huruvida hustrun förvärvat fastigheten med sin arbetsförtjänst eller annorledes. Rättsregeln därom att hustrun i äldre äktenskap äger självständigt råda över surrogatet av sin arbetsförtjänst har icke med retroaktiv verkan införts i samband med äktenskapslagen utan den har varit gällande under tidigare lag. Ifrågavarande fall skiljer sig härutinnan från det som är föremål för stadgandet i ÄPL 4 § 2 mom. varigenom tidigare lag ändrades sålunda att hustrun erhöll självständig förvaltningsbefogenhet beträffande arv och gåva av fast egendom. Då detta stadgande ledde till att hustrun i äldre äktenskap kunde utan mannens samtycke förfoga över dylik egendom ändrades stadgandet medelst en särskild lag vari det uttryckligen föreskrevs att mannens samtycke bör inhämtas (L 23. 9. 1948). Denna lagändring kan icke åberopas som stöd för en sådan tolkning att även hustruns rätt att råda över fastighet som hon förvärvat med sin arbetsförtjänst vore att bedöma efter reglerna i äktenskapslagen. Härvid rör det sig icke om befogenheter som skapats i samband med äktenskapslagens införande utan om en rättsposition som omedelbart bygger på äldre lag.

Jfr betr. sistnämnda lagändring förf. Muutettu avioliittolaki s. 57.

Att mannens samtycke vore nödvändigt vid föryttring av fastighet, som hustrun i äldre äktenskap förvärvat med sin arbetsförtjänst, har dock antagits av *Rautiala* s. 205.

II. 1. Makes samtycke skall ges skriftligt i fråga om föryttring eller pantsättning av fastighet eller därmed likställd egendom. Därutöver hör till formen att två vittnen böra vara tillstädes, då fråga är om samtycke enligt I 4 a här ovan (MakEgendL 2:2). Tillräcklig är i detta fall vittnenas blotta närvaro; de behöva icke förse den skriftliga handlingen med sina namnteckningar. I fall som nämnts under I 4 b gäller däremot att vittnena skola med sina namnteckningar bevittna mannens skriftliga samtycke (ÄPL 4 § 2 mom., ÄL 38, 66 §).

I de under I 5 omförmälda fallen är muntligt samtycke till fyllest. Jfr nedan VI 1.

2. Vägras samtycke utan giltigt skäl, äger rätten på ansökan tillåta rättshandlingen, såframt fråga ej är om föryttring eller pantsättning av andra makens enskilda egendom (ÄL 40 §, HyresL 35 §).

ÄPL 4 § 1 mom. hänvisar uttryckligen till ÄL 40 § såsom ett av de stadganden, vilka skola äga tillämpning på äldre äktenskap, och i 4 § 2 mom. återfinnes samma hänvisning. Sistnämnda hänvisning hänför sig till överlåtelse av fast egendom som hustru förvärvat genom arv eller gåva, den förstnämnda åter har satts i förbindelse med ÄL 39 § som angår föryttring av lösöre. Icke desto mindre måste 40 § kunna analogiskt användas i alla de fall där fråga är om makes samtycke. Det skulle stå i strid med mannens i äldre äktenskap fortfarande tillämpade privilegierade förvaltningsbefogenhet, om endast hustrun kunde på grund av bristande samtycke till fastighetsföryttring vädja till domstol, medan mannen som vill disponera över samfälld fastighet vore helt beroende av hustruns godtycke. Jfr förf. Kiinteistön luovutuksen muodosta, s. 34 not 10.

Den omständigheten att make givit sitt samtycke i bristfällig form hindrar ej rätten att med sitt beslut tillåta rättshandlingen.

Samtycke eller rättens tillstånd kan meddelas såväl före som efter den rättshandling varigenom egendom föryttras eller pantsättes. Jfr nedan VI 3.

3. Är hustrun sinnessjuk eller frånvarande, får mannen enligt MakEgendL 2:2 självständigt överlåta eller pantsätta samfälld fastighet. Avser rättshandlingen hustruns enskilda fastighet, skall närmaste fränders samtycke inhämtas. Om förmyndare eller god man utsetts, skola bestämmelserna i förmynderskapslagen iakttagas.

Till förmyndare skall i första hand mannen utses (FörmL 25 §). Vill han i denna sin egenskap föryttra eller pantsätta fast egendom i vilken hustrun har giftorätt eller som utgör hennes enskilda gods, skall han hos förmynderskapsdomstolen anhålla om tillstånd därtill (FörmL 39 §). Har annan än mannen utsetts till hustruns förmyndare och vill mannen på grund av sin förvaltningsbefogenhet företaga nyssnämnda rättshandling, bör han inhämta samtycke av sagda förmyndare. Denna torde dock icke kunna bifalla en rätts-

handling angående hustruns enskilda fastighet utan att han underställer frågan förmynderskapsdomstolen.

4. Rättshandling som make företagit utan föreskrivet samtycke skall förklaras ogiltigt därest klandertalan inom viss tid anställes av andra maken eller dennes rättsinnehavare. Klandertiden, som löper från den tidpunkt då käranden erhöll tillförlitlig kunskap om rättshandlingen, dvs. om dess väsentliga innehåll, är ett år i fall då mannen överskridit sin befogenhet i avseende på fast egendom (ovan I 4 a), sex månader då hustrun utan mannens samtycke disponerat över fastighet som hon förvärvat genom arv eller gåva (ovan I 4 b) samt tre månader då endera maken utan den andres samtycke försålt samfällda bohag e.d. (ovan I 5 a). Har talan ej väckts i föreskriven tid, blir rättshandlingen bestående. Utan hinder av talans anställande kan make som företagit rättshandlingen vända sig till domstol för utverkande av tillstånd,

Ettårsfristen torde gälla även där hustrun varit ställd under förmyndare och föryttringen skett utan förmynderskapsdomstolens tillstånd. Tiden kan dock ej löpa innan hustrun åter blivit myndig eller god man förordnats att anställa talan. Förmynderskapets upphörande betager ej rätten möjlighet att meddela tillstånd enligt ÄL 38 §.

Uppsägning av hyresrätt utan andra makens samtycke — ovan I 5 b — saknar rättsverkan utan att talan därom behöver väckas inom viss tid.

III. Över gods som ej står under hustruns förvaltning äger hon ej disponera änskönt fråga vore om hennes enskilda egendom. För det fall att mannen är sinnessjuk eller frånvarande innehåller lagen dock en undantagsbestämmelse. Hustrun är då berättigad att, därest hon behöver föda för sig eller barnen eller annan nöd tränger, till nödtorft sälja gods, samfällt eller enskilt, dock endast med nästa fränders bifall om det är fråga om fast gods (MakEgendL 2:6). Har hustrun överskridit denna speciella befogenhet, är rättshandlingen utan verkan mot mannen.

På grund av mannens sinnessjukdom eller frånvaro kan hustrun bli förordnad till förmyndare eller god man för honom (FörmL 25, 66, 67, 70 §). I så fall utvidgas hustruns befogenheter i enlighet med reglerna i förmynderskapslagen.

IV. 1. Makarna tillkommer befogenhet att genom boskillnad underkasta äktenskapet i förmögenhetsrättsligt hänseende äktenskapslagens bestämmelser, även vad egendomsförvaltning beträffar (ÄPL 4 § 3 mom.). Jfr 12 § IV, 23 §.

2. Till följd av missbruk vid egendomsförvaltning kan make, som lidit intrång, göra gällande ett vederlagsanspråk då äktenskapet upplöses eller boskillnad vinnes (nedan 22 § IV).

V. 1. För nya äktenskap gäller grundsatsen att vardera maken äger själv råda över sin egendom (ÄL 36 §). Mannen tillkommer ingen privilegierad ställning i avseende på förvaltningen. Av vad slag den förmögenhetsrättighet än må vara som tillhör endera maken (ägande-, nyttjande-, upphovsrätt osv.), äger denne själv utöva de befogenheter som ingå i rättigheten.

Förvaltningen kan ej medelst inbördes avtal — vare sig genom äktenskapsförord eller genom annan överenskommelse — varaktigt överflyttas på den av makarna som icke är innehavare av förmögenhetsrättigheten. Däremot finnes intet hinder för ett avtal därom att make tillsvidare anförtror den andre vården och skötseln av sin egendom (63 §). I uppdraget kan ingå befogenhet att försälja egendom, vilket stundom framgår av sedvänja, t.ex. i fråga om produkter från en lantbruksfastighet vars avkastning överskrider måttet av familjens dagliga behov (jfr RättshL 10 § 2 mom.). Uppdraget får när som helst återkallas även om annat varit avtalat (63 § 2 mom.). Redovisningsplikten är lindrigare än vid vanligt civilrättsligt uppdrag. Har annat ej avtalats eller förutsatts, är make berättigad att utan redovisningsskyldighet använda avkastningen till familjens underhåll (63 § 1 mom.).

Det familjerättsliga bandet medför att uppdragshavaren ej tillkommer lön med mindre sådan betingats eller avsetts eller anspråket med hänsyn till arbetets art och omständigheterna i övrigt bör anses skäligt. Denna regel, som lagen uttalat men avseende på det fall att make biträtt den andre i hans »förvärvsverksamhet», torde innefatta en lämplig norm för makarnas inbördes löneanspråk i fråga om alla sådana uppdrag som icke direkt härflyta av samlivet. Jfr 11 § V, 16 § III 3.

Har make utan lov förfogat över andra makens egendom, är åtgärden utan verkan mot den sistnämnde. Egendomen kan vindiceras hos tredje man i enlighet med allmänna grundsatser. I fråga om fast

egendom är vindikationen att bedöma enligt LagfL 21 §. Beträffande lös egendom åter gälla de regler som framgå av HB 11:4 och 12:4, vilka på visst sätt kompletterats av ett särskilt stadgande i äktenskapslagen, nämligen 58 §. Tredje man som på grund av makes obehöriga rättshandling kommit i besittning av andra maken tillhörig lösegendom är jämlikt de allmänna reglerna om godtrosförvärv tryggad mot ägarens vindikation såvida han vid besittningstagandet varit i god tro. Han är icke skyldig återställa godset annorledes än mot lösen. Genom det nyssnämnda stadgandet i ÄL 58 § har man klarlagt frågan om vindikationens förutsättningar i det fall att den tredje ej utgivit vederlag till den obehöriga förfogaren. En sådan tredje man bör oavsett god tro återställa godset utan att kunna kräva lösen (ersättning för godsets värde) av den vindicerande maken. Han får nöja sig med att av den make som gentemot honom företagit den obehöriga föryttringen fordra ersättning för kostnad som föranletts av godsets besittningstagande (transport, hyra för förvaringsrum). Tredje man som handlat i ond tro skall städse återlämna godset utan lösen.

I ÄL 58 § nämnes ej uttryckligen att godset för att kunna behållas av godtroende tredje man skall vara till honom överlämnat (traditionskravet). Den bristfälliga formuleringen berättigar dock icke till en sådan slutsats att tredje man finge åberopa godtrosskydd även om han icke kommit i besittning av godset. Dylik ordning skulle innebära ett omotiverat undantag från de allmänna principerna enligt vilka godtroende förvärvare åtnjuter skydd endast under förutsättning att godsets besittning överlåtits till honom. Att man i det fall som avses i ÄL 39 § — överlåtelse av bohag e.d. när överlåtarens make har giftorätt i egendomen — skyddar tredje man i god tro innan denne kommit i besittning av godset, vinner sin förklaring däri att det nu är fråga om ägarens egen disposition och att kompetensbristen allenast består i att andra makens samtycke saknas. Den situation som behandlas i ÄL 58 § är helt olika. Make har obehörigen förfogat icke över sin egen utan över andra makens egendom.

Kan make i fall som avses i ÄL 58 § icke genomföra sin vindikation emedan tredje man är i god tro, äger han mot andra maken som företagit den obehöriga föryttringen framställa krav på skadestånd eller på återbäring av obehörig vinst.

Beträffande vinstkravet äro de regler tillämpliga som gälla s.k. intrångskondiktion. Jfr förf. Obligationsrätt I § 37 VII, 38 III 2, 3.

2. Makes befogenhet att råda över sin egendom är av samma natur

som den dispositionsrätt vilken tillkommer rättssubjekt i allmänhet. Särskilda inskränkningar gälla dock som avse att stävja missbruk i förhållande till andra maken där fråga är om befogenhetens utövning med avseende på egendom i vilken denne har giftorätt. Dels erfordras för vissa rättshandlingar som företagas gentemot tredje man samtycke av andra maken (nedan 3), dels skall den allmänna regeln iakttagas enligt vilken make är pliktig att så vårda giftorättsgods att det icke otillbörligen minskas andra maken till förfång (ÄL 37 §).

Sistnämnda regel förpliktar make till en sådan förvaltning av giftorättsgods att dess bestånd och värde i görligaste mån bibehållas. Åsidosättes plikten, är andra maken berättigad att vid avvittring som förrättas vid äktenskapets upplösning eller vid hemskillnad erhålla vederlag av den försumliges egendom (ÄL 94 §, nedan 22 § III). Har giftorättsgods otillbörligen minskats genom en rättshandling som företagits gentemot tredje man, föranleder nämnda regel icke omedelbart att densamma kan förklaras ogiltig. Regeln är av annan art än de som göra föryttringen beroende av andra makens samtycke. Men i förening med allmänna grundsatser angående rättshandlingars ogiltighet kan regeln medföra att den företagna föryttringen blir utan verkan. Avseende bör fästas i synnerhet vid avtalslagens generalklausul som förbjuder rättsutövning på grund av ett avtal där omständigheterna vid dess tillkomst varit sådana att det skulle strida mot tro och heder att avtalet åberopas av kontrahent vilken haft vetskap om dessa omständigheter (AvtL 33 §). Även ohederlighet mot tredje man kan efter omständigheterna medföra avtalets ogiltighet enligt generalklausulen. Då giftorättsgods föryttras av make som har formell behörighet att företaga rättshandlingen men som därvid handlar i strid med den i ÄL 37 § uttalade plikten, är det möjligt att enligt avtalslagens generalklausul förklara rättshandlingen ogiltig såvitt båda kontrahenterna insett att föryttringen gör väsentligt intrång i andra makens giftorätt vid förestående avvittring och denne icke godkänt deras handlingssätt.

HD d. 17. 2. 1960 D 1962 nr 1: Mannen hade före äktenskapsskillnad medelst legokontrakt av gåvonatur överlåtit en fastighet till sin fader. Enär rättshandlingen uteslutande hade åsyftat att minska värdet av hustruns giftorättsgods, förklarades den ogiltig oaktat legoavtal icke är en sådan rätts-

handling som mannen enligt de legala komptensreglerna endast kan företaga med hustruns samtycke.

Jfr förf. kommentar ibid., Obligationsrätt I § 19 VII.[1]

Att även den i AvtL 30 § ingående dolusregeln kan åberopas för att få en mot ÄL 37 § stridande gåva ogiltigförklarad antages av *Ernst Andersen* II s. 126 f.

3. Reglerna om andra makens *samtycke* till förmögenhetsrättslig disposition, som av endera maken företages gentemot tredje man, avse sådana fall där det med hänsyn till den under rättshandlingen inbegripna egendomens betydelse för familjens underhåll eller ekonomiska ställning är av särskild vikt att makarna därvid handla i samråd. Dylika bestämmelser funnos redan i tidigare lag (ovan I). För dessa äldre regler är det utmärkande att de tjäna som motvikt mot mannens privilegierade ställning vid egendomsförvaltningen. I fråga om nya äktenskap fullfölja bestämmelserna ett vidare syfte i det samtliga inskränkningar äro avsedda att i lika mån vara bindande för vardera maken. Dessutom är att märka att bestämmelserna ej längre ha något sakrättsligt underlag.

I ett fall är erforderligheten av makes samtycke icke beroende av att han har giftorätt i det förmögenhetsobjekt förfogandet avser. Denna särregel gäller hyresrätt (nedan c).

Följande rättshandlingar komma i betraktande.

a. Föryttring och pantsättning av fast egendom (ÄL 38 §). Samtyckes erforderlighet förklaras i dessa fall därav att fast egendom i allmänhet utgör en viktig grund för familjens ekonomi. Regeln har sin förebild i tidigare lag men dess betydelse har ökats genom att någon skillnad ej mer göres däremellan på vilket sätt den fastighet förvärvats som ägaren vill förfoga över. Ärvd fastighet intar ingen särställning. Såvitt ägarens make har giftorätt däri — och detta är ju regeln enligt äktenskapslagen — får ägaren icke utan sin makes samtycke föryttra eller med gäldinteckning belasta egendomen. Något undantag gäller ej heller för hustruns medelst egen arbetsförtjänt förvärvade fastighet.

Med föryttring förstås varje rättshandling som innebär överlåtelse av äganderätt eller en förpliktelse därtill. Dylika rättshandlingar äro

[1] Om reg. prop. 1963:149 med förslag till en ny 40 a § äktenskapslagen se *Bihang II.*

köp, byte och gåva, vare sig fråga är om en i jord- eller tomtregistret antecknad fastighet eller om ett outbrutet område av en fastighet, samt vidare bl.a. överlåtelse av fast egendom till ett bolag som bolagsmannens insats eller till en stiftelse som grundkapital. I allmänhet bör fastighetsbegreppet härvid anses ha liknande innebörd som vid tillämpningen av JB 1:2 vari den form regleras som skall iakttagas vid överlåtelse av fast egendom. Enligt uttrycklig bestämmelse är dock samtycke nödvändigt även då överlåtelsen har till föremål sådan anläggning på annans grund som jämte besittningsrätten till grunden kan utan grundägarens hörande överlåtas till tredje man (38 § 3 mom.). Föryttringen omfattar i detta fall dels äganderätten till anläggningen, dels nyttjanderätten till grunden, vilka rättigheter betraktas som lös egendom men vilka tillsammans bilda en sådan rättsposition som i förevarande hänseende bör likställas med äganderätt till fast egendom.

Växande träd höra till fastigheten och äro således fast egendom. Vid skogsavverkningsavtal utgöres dock köpgodset av de fällda träden och avtalet anses därför hänföra sig till lösegendom. Makes samtycke till avverkningen är icke av nöden och i detta avseende torde någon skillnad ej kunna göras däremellan hurvida avtalet rör sig inom ramen för normal skogshushållning eller innebär ett överskridande därav. Men i sistnämnda fall tillkommer make vederlag vid avvittring enligt ÄL 94 §.

Vad tidigare sagts om nödvändigheten av makes samtycke till avtal varigenom arvinge vid arvskifte utan tillräckligt vederlag i annat arvfallet gods avstår från sin arvslott i giftorätt underkastad fast egendom (ovan I 4 c) äger motsvarande tillämpning på nya äktenskap.

b. Föryttring och pantsättning av vissa lösören (39 §). Make äger ej utan andra makens samtycke föryttra eller till pant överlämna lösören i vilka denne har giftorätt och vilka ingå i det för makarnas gemensamma begagnande avsedda bohaget eller utgöra andra makens nödiga arbetsredskap eller barnens personliga bruksföremål.

Om det kompletterande rättsskyddet enligt reglerna om samäganderätt se ovan 11 § III 2.

c. Rätten att uppsäga hyresavtal rörande bostadslägenhet, som är avsedd för makarnas gemensamma bruk, får ej utövas av uppsägningsberättigad make utan andra makens samtycke (HyresL 35 §).

Stadgandet avser att bereda andra maken skydd mot omotiverat avstående från den förhyrda lägenheten.

I lagen nämnes ingenting om nödvändigheten av makes samtycke till överlåtelse av hyresrätt. Sådan överlåtelse är enligt gällande lag tillåten om hyresvärden därtill samtycker och i vissa fall även utan sådant begivande (HyresL 9 §). Med hänsyn till att make genom hyresrättens överlåtelse till tredje man likaväl som genom uppsägning betager andra maken möjligheten att bebo lägenheten, torde stadgandet om erforderligheten av makes samtycke till uppsägning analogiskt böra utsträckas även till överlåtelse av hyresavtal vilken företages av den make i vars namn avtalet slutits. Till stöd härför kan även åberopas den allmänna regeln i HyresL 47 § 2 mom. som bestämmer att i mål rörande förhyrd bostadslägenhet, vilken gemensamt innehas av makar, skola båda makarna höras då skäl därtill prövas föreligga. Detta stadgande avser närmast rättegångar, men den därav framgående allmänna grundsatsen är av sådan vikt att den ej bör kunna kringgås genom åtgärder som ena maken i samråd med hyresvärden träffar andra maken till förfång.

Om det således bör anses att make ej utan andra makens samtycke får överlåta hyresrätten till tredje man, inställer sig vidare frågan, huruvida liknande regel skall kunna tillämpas jämväl med avseende på bostadslägenhet vilken tillhör make som aktionär i ett bostadsaktiebolag. I sådant fall förefinnes icke egentligt hyresförhållande mellan lägenhetsinnehavaren (aktionären) och bostadsaktiebolaget, men den rätt att bebo lägenheten som åtföljer aktieinnehavet är dock i viss mån analog med lägenhetshyra. Förhåller det sig så att make ej får utan andra makens samtycke till tredje man överlåta hyresrätten enligt ett hyresavtal, kan man svårligen försvara en helt avvikande ordning i fråga om rätten att som aktionär bebo en lägenhet i ett bostadshus som äges av bostadsaktiebolag. Det kan knappast lida något tvivel att make som aktionär ej får utan andra makens samtycke förhyra honom tillkommande lägenhet i bolagets hus till tredje man därest lägenheten är avsedd för makarnas gemensamma bruk. Men icke heller försäljning av bostadsaktien, såvitt giftorätt ej uteslutits genom äktenskapsförord, borde i så fall vara tillåten utan att säljarens make samtycker därtill.

Tredje mans, köparens, intresse kan i sistnämnda fall lämpligen tillgodoses i analogi med vad som enligt ÄL 39 § gäller beträffande försäljning av lösören som ingå i det för makarnas gemensamma bruk avsedda bohaget. Jfr nedan VI 4.

Med hänsyn till frågans utomordentliga vikt vore det skäl att nödvändigheten av makes samtycke till överlåtelse av hyresrätt resp. bostadsaktie och därmed förknippad bostadsrätt klarlades medelst uttrycklig lagbestämmelse. Ett lagförslag angående makes samtycke till överlåtelse av bostadsaktie har ock utarbetats av tillkallade sakkunniga, men förslaget har tillsvidare ej lett till lagstiftningsåtgärd. Dröjsmålet har föranletts av högsta domstolens utlåtande enligt vilket tredje mans (aktieköpares) intresse stode i vägen för en av andra makens fördel påkallad lagändring. Att denna synpunkt ej bör hindra frågans lösning på ett i socialt hänseende tillfredsställande sätt, torde vara uppenbart.

Jfr *Sigrid Beckman,* Behövs ändringar i gällande regler om äkta makars förmögenhetsförhållanden? 20. nord. juristmötet, Oslo 1954 (bilaga) s. 45, *Rautiala* s. 290 not 1.

VI. 1. Skriftlig form är föreskriven för makes samtycke i fall då föryttringen eller pantsättningen avser fast egendom eller därmed likställd rättighet (38 §).

Den skriftliga förklaringen av samtycke skall vara undertecknad, daterad och av två ojäviga personer bevittnad (66 §). Även detta krav avser samtyckets form, icke blott säkerställande av bevisningen. Det hade dock knappast varit behövligt att låta rättshandlingens giltighet påverkas av att anteckning rörande datum eller vittnenas namnteckning saknas. Lagen går längre än svensk rätt och man får det intrycket att lagrummets stilisering beror på ett förbiseende. Om ÄL 66 § finnes i lagens förarbeten endast den knapphändiga antydningen att man däri sammanfört vissa spridda bestämmelser i tidigare förslag (Lagb försl. 1924:1, motiven i slutet av avd. II kap. 6, s. 91). I själva verket innehåller det »kodifierade» stadgandet mera och annat än vad som fanns i de äldre förslagen.

Hänför sig förfogandet till bohag e.d., behöver samtycket icke vara skriftligt och närvaro av vittnen kräves ej heller. Dessutom har stadgats att samtycke i dessa fall är umbärligt, om det alls icke eller ej utan märklig omgång kan inhämtas (39 §). Liknande regler gälla för samtycke till förfogande över hyresrätt (HyresL 35 § 2 mom.).

Därest make vars samtycke erfordras är ställd under förmyndare, ankommer det på förmyndaren att fatta beslut om samtycket, dock ej utan särskild tillåtelse av förmynderskapsdomstol såvida förmyndaren vill tillstyrka en disposition rörande fast egendom (FörmL 39 §). Är mannen eller hustrun förordnad till sin makes förmyndare, bör, emedan en förmyndare ej är behörig att samtidigt handla såväl för sin egen som för makes räkning, god man utses av domstol för den make vars samtycke det är fråga om och det ankommer sedan på denne att ge eller vägra samtycke till dispositionen.

2. Vägran av samtycke medför icke med nödvändighet att rättshandlingen förfaller. Frågan kan underställas judiciell prövning för erhållande av tillstånd. Finnes det att make utan giltigt skäl vägrat samtycket, äger domstol meddela tillstånd till dispositionen, vilken därigenom blir lika giltig som i den händelse att make givit sitt samtycke (ÄL 40 §, HyresL 35 §).

Begäran om beviljande av tillstånd behandlas i rätten såsom ansökningsärende. Anhängiggörandet förutsätter ej stämning, men den make vars samtycke domstolens tillstånd skall ersätta bör beredas tillfälle att yttra sig över ansökningen.
Laga domstol är makarnas personliga forum (RB 10:1).
Behörig att söka tillstånd är endast make, icke tredje man gentemot vilken dispositionen skall företagas.

3. Makes samtycke eller rättens tillstånd kan meddelas såväl före som efter den rättshandling vilken företages.

4. Har makes samtycke eller rättens tillstånd icke erhållits, är rättshandlingen ogiltig under förutsättning att bristen inom viss tid av denna make åberopas medelst talan inför domstol. För rättshandlingar rörande fast egendom gäller en klanderfrist om sex månader, räknad från den dag då klandraren fick tillräcklig kännedom om dispositionen och dess villkor (ÄL 38 §). För talan som avser disposition över bohag e.d. utgör fristen tre månader, räknad på enahanda sätt, men senare än inom sex månader från det godset utgavs får klander i ingen händelse väckas (39 §). Makes arvingar tillkommer klanderrätt endast i fråga om fast egendom.

En särskild begränsning av klander beträffande lösöre består däri att talan ej kan anställas mot tredje man i god tro. I motsats till vad som eljest gäller om betingelserna om godtrosskydd är tredje man enligt ÄL 39 § tryggad redan innan han tagit godset i besittning. Jfr ovan V 1, *Westring* s. 126.

Väckande av klandertalan hindrar icke make, mot vilken (jämte tredje man) sådan talan är riktad, att hos domstol söka tillstånd till den rättshandling vars ogiltigförklaring yrkas i rättegången.

I fråga om samtycke till uppsägning av hyresavtal — ovan V 3 c — behöver påföljden av bristande samtycke icke fastslås medelst klander.

VII. Makes beslutanderätt beträffande samtycke till rättshandlingar

i omförmälda fall kan utövas blott av maken själv eller hans förmyndare eller universalarvinge, däremot icke av hans borgenärer.

Är make, vars samtycke erfordras, under konkurs, ankommer således samtycket fortfarande på honom, ej på konkursboet. Jfr *Westring* s. 123. Se ock förf. artikel JFT 1963 s. 327 f.

15 §. Avvikelser från det legala egendomssystemet

I. 1. Genom avtal, som benämnes *äktenskapsförord,* kunna vissa avvikelser fastställas från vad om makars egendomsförhållanden är stadgat. Dylikt avtal kan i äldre äktenskap hänföra sig såväl till giftorätt som till förvaltning, i nya äktenskap allenast till giftorätt.

Enligt tidigare rätt måste äktenskapsförord alltid slutas före vigseln. Numera är det däremot tillåtet att upprätta förord jämväl under bestående äktenskap. Genom lagbestämmelser som utfärdats i samband med införandet av äktenskapslagen har denna förmån i viss utsträckning tillerkänts även makar vilkas äktenskap ingåtts under tidigare lag.

Äktenskapsförord utlöser sin verkan dels under äktenskapet, dels vid den avvittring som förrättas efter äktenskapets upplösning.

2. Utan hinder av äktenskapsförord äga makar träffa *särskilt avtal* därom hur med egendomen skall förfaras vid förestående äktenskapsskillnad eller hemskillnad. Såframt avtalet ej är obilligt, länder det till efterrättelse vid avvittring (ÄL 115 § 2 mom.). Genom avtalet blir äktenskapsförordet ej satt ur kraft. Trots den speciella överenskommelsen kan makes borgenär under åberopande av äktenskapsförordet påyrka återgång av avvittringen i händelse make, om än i överensstämmelse med det särskilda avtalet, därvid i märklig mån eftergivit sin rätt enligt äktenskapsförordet (KS 46 § h). Borgenär äger i så fall även påkalla tillämpning av reglerna om gäldansvarets övergång (ÄL 104 §).

Närmare härom nedan 16 § IV 8.

II. 1. Genom äktenskapsförord har man i äldre äktenskap kunnat inskränka eller utvidga omfattningen av den legala giftorätten.

Giftorättsfrihet i fråga om gods som enligt lag vore samfällt har kunnat avtalas beträffande egendom som make ägt före äktenskapet eller som tillfallit honom, före eller under äktenskapet, genom arv, testamente eller gåva (MakEgendL 1:4, 3:4, 5). Däremot har — enligt lagens ursprungliga lydelse — till enskild egendom icke kunnat göras gods som make mot vederlag förvärvat under äktenskapet (härvid förutsättes att vederlaget tagits ur samfälld egendom, ty annars kommer den förvärvade egendomen enligt surrogationsprincipen att bli enskild). Make har följaktligen ej varit befogad att medelst äktenskapsförord mot giftorätt freda egendom som erhållits genom försäljning eller byte av samfällt gods. Såframt egendom, som tillfallit make vid äktenskapets ingående eller vid senare tidpunkt, blivit samfälld, skall den anses ha bibehållit denna sin karaktär även i vad angår surrogatet. Regeln har varit tillämplig jämväl på makes arbetsförtjänst.

Vid äktenskapslagens införande har man emellertid gjort det möjligt för make att genom ett under äktenskapet upprättat förord utesluta giftorätten med avseende på all den egendom han sedermera kommer att genom rättshandling eller annorledes förvärva (ÄPL 3 § 4 mom.). Ett sådant förord saknar retroaktiv verkan; det kan avse endast nyförvärvat gods, löst eller fast.

Genom förord som träffats före äktenskapet har omfånget för enskilt gods kunnat inskränkas till förmån för boet sålunda att landsfastighet som make ägt vid äktenskapets ingående och som enligt lag är enskild egendom underkastats giftorätt. Avtalsfriheten har dock icke gällt arvejord på landet, vilken enligt uttrycklig föreskrift städse är att anse som enskild egendom oavsett om den tillfallit make före eller under äktenskapet (MakEgendL 1:4). Ej heller har det varit tillåtet att till samfälld egendom överföra gods vilket såsom surrogat trätt i stället för enskild egendom.

Bestämmelserna i MakEgendL ha för övrigt tolkats sålunda att makar som ej velat göra viss egendom till enskild likväl varit beträttigade att minska ena makens legala giftorättsandel i densamma t.ex. så att mannens andel skall vara 2/3 och hustruns 1/3. Denna tolkning torde kunna bifallas försåvitt fråga är om egendom som fått göras till enskild. Skall däremot viss egendom enligt lag ovillkorligen vara samfälld, skulle lagens syfte lätt ha kunnat kringgås, om makarna haft möjlighet att fritt bestämma giftorättens storlek och således minska ena makens giftorätt till en så liten bråkdel

att den blir ekonomiskt betydelselös. Frågan är av praktisk betydelse beträffande egendom som förvärvats mot vederlag eller med makes arbete. Numera kan dylikt förvärv för framtiden befrias från giftorätt (ÄPL 3 § 4 mom), men denna omständighet torde knappast kunna medföra att även tidigare skedda jämkningar av giftorättsandelarna vore att anse som giltiga. Jfr emellertid *Chydenius* s. 140, *Ylöstalo* LM 1938 s. 654.

Äktenskapsförord innebär blott en reglering av giftorätt. Men i det fall, då egendom som enligt lag skall vara enskild gjorts till samfälld, har man tillika åstadkommit en överlåtelse såvitt fråga är om make före äktenskapet tillhörande egendom. Överlåtelsen har varit bunden vid det villkoret att det tillärnade äktenskapet ingås.

I ett äktenskapsförord kan förekomma en bestämmelse enligt vilken ena makens egendom tillägges andra maken som enskilt gods. Ett sådant förbehåll innebär dels en vederlagsfri överlåtelse, dels en reglering av giftorätt, och gåvan skall anses som mottagarens enskilda egendom. Jfr 16 § V 4.

Beträffande surrogationsprincipen hänvisas till den tidigare framställningen (13 § I 2).

2. Medelst äktenskapsförord har hustruns förvaltningsrätt kunnat utvidgas sålunda att hon berättigats att själv råda över sitt enskilda fasta och lösa gods. Förbehållet har sträckt sin verkan till godsets avkomst (MakEgendL 2:3). Numera kunna makar jämväl under äktenskapet träffa ett sådant förord, dock endast i vad angår fast egendom, varjämte stadgats att hustrun även utan bestämmelse i äktenskapsförord äger råda över egendom, som genom arv, testamente eller gåva tillfallit henne efter äktenskapslagens införande, samt över avkomsten av sådan egendom (ÄPL 3 §).

3. Ytterligare må nämnas att makar äga genom boskillnad helt och hållet utesluta giftorätten och införa likställighet i avseende på förvaltning.

Jfr 12 § IV, 23 §.

III. 1. Enligt det för nya äktenskap gällande legala systemet förekomma ej olika egendomsgrupper utan all makarnas egendom har egenskap av giftorättsgods. Härav följer att äktenskapsförord i främsta rummet tjänar till en sådan reglering varigenom makes egendom förklaras vara giftorättsfri (ÄL 41 §). Giftorätt kan uteslutas antingen beträffande all den egendom make äger eller sedermera förvärvar eller ock enbart beträffande visst gods (konkret föremål) eller visst slags gods (tidigare förvärvad egendom, ärvd egendom, arbetsförtjänst osv.). I enlighet härmed kan i ett äktenskaps-

förord bestämmas a) att A icke har giftorätt i B:s egendom överhuvud eller i viss denne tillhörig egendom, b) att B icke har giftorätt i A:s egendom överhuvud eller i viss denne tillhörig egendom eller c) att ingendera har giftorätt i andra makens egendom överhuvud eller i viss andra maken tillhörig egendom.

Undantagsvis kan äktenskapsförord anlitas jämväl till stiftande av giftorätt, nämligen då fråga är om återupplivande av giftorätt som uteslutits genom tidigare förord (41 §, jfr nedan 2) eller genom makes ensidiga viljeförklaring efter andra makens konkurs (35 § 4 mom., jfr nedan 3) eller ock därigenom att avvittring under äktenskap förrättats på grund av vunnen hemskillnad (107 a §, jfr nedan 21 §).

Därest makar i ett äktenskapsförord överenskommit om att endast den ene av dem har giftorätt i den andres egendom (ensidig giftorätt), förekommer vid avvittring ingen sammanslagning av värdena av deras egendomsmassor eller beräkning av det utjämningsbelopp som make med större nettoförmögenhet skall utbetala till den andre. Avvittringen hänför sig allenast till den makes egendom gentemot vilken den andre kan framställa giftorättsanspråk, och behållningen av denna egendom skall delas mellan makarna så, att hälften därav tillägges den andre och återstoden stannar hos ägaren.

Den legala giftorättens storlek — hälften av båda makarnas sammanslagna egendom eller, i fall av ensidig giftorätt, av endera makens egendom — kan ej modifieras medelst förord.

Då egendom genom äktenskapsförord undandragits giftorätt, äger giftorätt ej heller rum i det som trätt i stället för sådan egendom (surrogationsprincip). Däremot är egendomens avkomst underkastad giftorätt, om ej annorlunda uttryckligen avtalats i äktenskapsförord (35 § 2 mom.). Har avkomsten undandragits giftorätt, blir även den egendom giftorättsfri vari avkomsten förvandlats. Jfr 13 § II 5.

På fastigheten avverkad skog anses icke utgöra sådan avkomst som i brist på särskild bestämmelse i äktenskapsförord vore underkastad giftorätt i händelse själva fastigheten förbehållits make som giftorättsfritt gods. Jfr ovan 13 § I 2.

Har i äktenskapsförord bestämts att egendom som under äktenskapet tillfaller make skall vara fri från giftorätt, kan man fråga sig huruvida avsikten varit att tillämpa detta även på sådan egendom som make förvärvar genom att försälja honom vid äktenskapets ingående tillhörande gods. Makarna tillkommer bestämmanderätt i detta avseende. Mycket talar för att de icke avsett att utsträcka giftorättsfrihet till det som träder i sället för vad make ägt

vid äktenskapets ingående. Denna självvalda surrogationsprincip står icke i strid med lag som endast bestämmer om surrogation för det fall att giftorättsfri egendom förvandlas i annat gods. Är det åter så, att allt vad make under äktenskapet förvärvat, även om det vore surrogat för hans tidigare egendom, skall vara fritt från andra makens giftorätt, torde härav dock icke följa att, om den tidigare egendomen försålts till underpris, andra maken ej ägde vid avvittring yrka vederlag för den obehöriga minskning i giftorättsgodsets värde som försäljningen medfört. Jfr nedan 22 § III 1 b.

2. Avtal om äktenskapsförord kan enligt äktenskapslagen slutas såväl före som under äktenskapet. Dessutom är det tillåtet att äktenskapsförord senare ändras genom nytt förord som utsträcker giftorätten till egendom vilken enligt tidigare förord eljest ej är föremål för sådan rätt (41 §). Under äktenskap slutet förord utlöser beträffande avvittring samma verkan som ett förord vid äktenskaps ingående. Giftorätten blir utesluten eller återställd i avseende på all makarnas egendom vare sig den förvärvats före eller efter förordets slutande, såvitt annat ej bestämts i förordet. Något hinder för förordets retroaktiva verkan föranledes icke av borgenärers rättsanspråk under äktenskapet, ty makes ansvar för gäld röner enligt äktenskapslagen ej något inflytande därav huruvida viss egendom är underkastad giftorätt eller ej. Vardera maken svarar för sin gäld med all sin utmätningsbara egendom och enbart med denna, däremot ej med andra makens giftorättsgods. På rättshandlingar som make i avseende på sin egendom företagit innan det under äktenskapet upprättade förordet trätt i kraft (genom inskrivning i rättens protokoll), har förordet ingen för tredje person menlig inverkan. Är rättshandlingen sådan att den i fråga om giftorättsgods ej kan företagas utan andra makens samtycke, blir den ej ogiltig därför att egendomen först därefter underkastas giftorätt. Då åter egendomen efter rättshandlingen medelst förord undandrages andra makens giftorätt, har detta till följd att rättshandlingen, om det företagits utan andra makens samtycke, ej längre kan angripas på grund av intrång i giftorätt vilken upphört att gälla.

Jfr *af Hällström* JFT 1946 s. 292 ff.
I äktenskapsförord som slutes före äktenskapet kan tillika upptagas bestämmelse om att viss egendom skall vid äktenskaps ingående tillfalla andra maken som gåva (45 §). Jfr nedan 16 § V.

3. I ett fall kan giftorätt under äktenskapet upphävas genom *en-*

sidig viljeförklaring. Har makes egendom avträtts till konkurs, skall giftorätt ej äga rum, därest andra maken inom ett år från konkursens början framställer ett yrkande därom vid domstol (35 § 4 mom.). Detta utgör en viss motsvarighet till den äldre rättens boskillnad. Genom giftorättens upphävande åstadkommer make att hans egendom icke efter äktenskapets upplösning eller efter hemskillnad övergår som utjämning till den andre. Tillika blir även andra makens egendom giftorättsfri. Giftorätten upphäves i avseende på all makarnas egendom, oberoende av vid vilken tidpunkt den förvärvats (jfr ovan 2). Avvittring är icke, såsom i fråga om boskillnad enligt äldre rätt, en förutsättning för giftorättsfrihetens inträdande.

Den genom ensidig viljeförklaring uteslutna giftorätten torde sedermera kunna återupplivas medelst äktenskapsförord (41 § 1 mom. andra satsen ex anal., jfr ÄPL 4 § 3 mom.). Av annan mening *Rautiala* s. 260.
Om upphävande av giftorätt efter vunnen hemskillnad se nedan 20 § VIII.

IV. 1. Giftorätt kan i vad angår både äldre och nya äktenskap uteslutas av *tredje man* som medelst gåva eller testamente giver egendom åt make. Uteslutningen sker genom ett i gåvobrevet eller testamentet intaget villkor och den hänför sig till den egendom som är föremål för rättshandlingen eller som trätt i dess ställe (ÄL 35 § 2 mom., MakEgendL 1:3, 2 mom.). Villkoret kan återkallas av givaren om båda makarna därtill samtycka, däremot ej av makarna utan givarens samtycke.

Beträffande surrogationsprincipen se ovan III 1 och 13 § II 5.
I fråga om äldre äktenskap har gåvogivaren eller testatorn jämväl kunnat meddela bestämmelser om egendomens förvaltning (MakEgendL 2:4). Sådan bestämmelse, som avsett att tillförsäkra hustrun självständig förvaltningsrätt, är numera överflödig enär hustrun redan på grund av lag äger råda över egendom, som hon efter äktenskapslagens ikraftträdande förvärvar genom gåva eller testamente, samt över avkomsten av sådan egendom (ÄPL 3 § 3 mom.).
Gåva kan jämväl före äktenskapet ske med villkor att gåvotagarens make ej skall åtnjuta giftorätt i godset. Jfr *Chydenius* s. 141.
Med testamente förknippat villkor är likaledes giltigt även om testamentaries äktenskap ingås först efter testators död.
Dylikt villkor i testamente är bindande jämväl i det fall att testamentet gjorts till förmån för en legal arvinge som redan på grund av arvsrätt erhållit egendomen. Därigenom att uppkomsten av giftorätt för arvinges make uteslutes åstadkommes en ändring i successionsordningen såtillvida att egendomen efter första mottagaren ej övergår till make eller dennes arvingar utan förblir inom givarens släkt. Ett sådant förordnande om secundosucces-

sion är lika giltigt som exempelvis ett förordnande enligt vilket egendomen efter första mottagaren, som är legal arvinge, skall tillfalla en viss tredje person (L om upphävande av fideikommiss 22. 12. 1931, 1 § 2 mom.).

2. Med ett gåvobrev som *trolovad* i behörig form utfärdar till sin blivande make (ÄL 45 §) kan förknippas en bestämmelse varigenom givaren avsäger sig giftorätt i den egendom som inbegripes i gåvan (35 § 2 mom.).

Jfr *Grönvall* s. 150.

V. Äktenskapsförord eller annan rättshandling varigenom avvikelse göres från det legala egendomssystemet skall äga rum med iakttagande av särskilda *formföreskrifter.*

1. Äktenskapsförord skall upprättas skriftligen (ÄL 42 §). Detta innebär att avtalets innehåll skall upptagas i en skrift som dateras, underskrives av trolovade eller makar samt bevittnas av tvenne ojäviga personer (66 §). Denna formbestämmelse skall iakttagas även av makar i äldre äktenskap vilka efter äktenskapslagens ikraftträdande önska sluta ett äktenskapsförord i de fall där sådant är tillåtet (ÄPL 3 § 4 mom., 4 § 3 mom.). Före äktenskapslagens införande upprättade förord ha varit underkastade en motsvarande föreskrift vari tillika bestämts att vigselförrättaren skall på förordet teckna intyg om att det har varit gjort före vigseln (MakEgendL 3:1). Huruvida denna tilläggsbestämmelse varit ett verkligt formstadgande eller blott en bevisregel, är dock icke fullt klart.

Att till äktenskapsförordets form enligt äktenskapslagen hör förutom skriftlig text och kontrahenternas underskrifter även datering och vittnenas namnteckningar, framgår av ordalydelsen i ÄL 66 § enligt vilken alla dessa formaliteter skola iakttagas för att förordet skall »gälla». Motsvarande uttryck förekommer ej i MakEgendL 3:1, men stadgandet har det oaktat i allmänhet ansetts innebära en formföreskrift t.o.m. vad det intyg beträffar som bort antecknas av vigselförrättaren. Jfr *Chydenius* s. 128.

Enär äktenskapsförord i fråga om nya äktenskap är utan betydelse beträffande makarnas ansvar för gäld under äktenskapet (vardera maken skall oavsett om andra maken har giftorätt i hans egendom eller ej med sin egendom och blott med denna svara för sina förpliktelser, eventuellt solidariskt med andra maken), synas nämnda föreskrifter innebära en alltför stor stränghet, i synnerhet

som det är möjligt för makarna att även under äktenskapet upprätta äktenskapsförord eller ändra ett tidigare förord varigenom giftorätt uteslutits eller ock i vissa fall genom ensidig viljeförklaring upphäva giftorätten. Förordets verkningar framträda under äktenskapet allenast vid överlåtelse eller pantsättning av viss egendom (kravet på andra makens samtycke). Det är först vid avvittringen som förordet spelar sin verkliga roll. Härtill kommer att förordet ej blir verksamt förrän det ingivits till rätten (nedan 3). Med beaktande av allt detta måste formföreskriften ges en snäv tolkning. Den får icke utvidgas utöver vad ordalydelsen otvetydigt utvisar.

Man kan icke fordra att kontrahenterna eller vittnena böra vara samtidigt närvarande vid avtalets slutande, emedan någon antydan därom ej upptagits i lagtexten. Det är tillräckligt att kontrahenternas underskrifter eller vittnenas namnteckningar finnas på urkunden (HD 1956 I 4, D 1957 nr 25). I fråga om kravet på datering måste det åter antagas att förordet, om det intagits i rättens protokoll, icke blir en nullitet därför att datering saknas. Bristen medför blott den påföljden att före äktenskapet upprättat förord sedan det intagits i protokollet blir gällande som om det slutits först efter äktenskapets ingående, således utan någon retroaktiv verkan såsom beträffande ett före äktenskapet upprättat förord eljest är stadgat (nedan 3).

2. Har trolovad vid upprättande av förord ej uppnått myndig ålder, 21 år, eller är han eljest omyndig, får han endast med förmyndarens skriftliga samtycke sluta ett äktenskapsförord (42 §). Samtycket skall vara daterat, undertecknat och av tvenne ojäviga personer bevittnat (66 §). Det kan tecknas på själva förordet.

3. Äktenskapsförord skall för att gälla ingivas till rätten i och för dess intagande i protokollet (43, 44 §). Det träder i kraft från och och med dagen för ingivandet. Men ett före äktenskapet slutet förord blir gällande redan från dagen för äktenskapets ingående om det ingives till rätten inom en månad från denna tidpunkt (44 §). I sistnämnda fall tillkommer ett protokollerat förord retroaktiv verkan, som däremot saknas i övriga fall.

Enär äktenskapsförord först i och med dess ingivande för protokollering blir verksamt, äger ingivandet konstitutiv och ej blott deklarativ betydelse. Ett icke protokollerat förord kan dock ej av make ensidigt återkallas,

därest förordet upprättats i stadgad form. Till förordets inlämnande till rätten behöva båda makarna ej medverka, utan vardera har befogenhet att begära inskrivning. HD 1956 I 4, D 1957 nr 25, *Rautiala* s. 287 f. Men om båda medverkat utan att tvång eller svek därvid förekommit, tillmätes denna omständighet i förening med protokolleringen den betydelsen att ingendera maken kan sedermera åberopa mindre formfel som domaren icke lagt märke till vid inskrivningen. Om bristande datum se ovan 1 *in fine*.

Med hänsyn till att äktenskapsförords ingivande utgör en konstitutiv akt samt att förord bör träda i kraft innan äktenskapet blivit upplöst, får förord efter makes död eller äktenskapsskillnad ej mer intagas i protokoll. HD 1950 II 219.

Enligt 1889 års lag måste förord ingivas till rätten inom viss tid efter äktenskapets slutande vid påföljd att förordet helt och hållet förlorade sin giltighet (MakEgendL 3:2). Inskrivningen hade deklarativ betydelse (undantag 3:3, andra satsen). Jfr dock nedan 23 § III.

Äktenskapsförord skall ingivas till rätten i den ort, där mannen har sitt bo och hemvist, eller, om han ej är bosatt i Finland, till rådstuvurätten i Helsingfors. Om ingivandet kungöres genom rättens försorg i Finlands allmänna tidning (43 §).

4. För den ensidiga viljeförklaring varigenom make, då andra makens egendom avträtts till konkurs, hos rätten påyrkar giftorättens upphävande (ovan III 3) gäller endast den processuella formföreskriften att sådant yrkande skall framställas skriftligt (ÄL 35 § 4 mom.). Ärendet hör till den rätt som vore behörig att mottaga äktenskapsförord. Vad om protokollering och kungörande av äktenskapsförord är stadgat skall även nu vinna tillämpning.

5. Tredje mans gåvobrev vari han förordnar, att gåvotagarens make ej skall ha giftorätt i godset (ovan IV), bör vara daterat, underskrivet av givaren samt av två ojäviga personer bevittnat (ÄL 66 §).

Beträffande gåvor med sagda förbehåll, vilka ägt rum före äktenskapslagen, finnes ej i lag någon särskild formföreskrift. Vid gåva av fastighet har bestämmelsen i JB 1:2 givetvis bort iakttagas.

Angående testamente med nyssnämnt förbehåll finnes varken i äktenskapslagen eller i äldre äktenskapsrätt något särskilt formstadgande.

16 §. Inbördes rättshandlingskapacitet.

I. Enligt tidigare rätt voro rättshandlingar makar emellan principiellt otillåtna. Förbjudna voro ej blott gåvor utan även alla andra rättshandlingar, såsom avtal med förpliktelser till ömsesidiga presta-

tioner eller överenskommelser om personrättsliga frågor eller underhållsskyldighet. Detta ansågs vara en följd av mannens målsmanskap. Lagen förutsatte ej heller att bristen i avtalskapaciteten skulle ha kunnat avhjälpas genom tillkallande av godman såsom i händelse av rättshandling mellan förmyndare och myndling.

Jfr *Chydenius* s. 188.
Målsmanskapet synes hos oss ha utlöst mera vittgående verkningar än den germanska rättens *Munt* (mundium), som icke hindrade avtal mellan makar om godman tillkallades i sådana fall då mannens opartiskhet kunde dragas i tvivelsmål. Se *Stobbe—Lehmann,* Privatrecht IV s. 62, 184.

II. 1. Den av mannens målsmanskap härflytande inkapaciteten har numera avskaffats och makar i de äktenskap, som slutits efter äktenskapslagens ikraftträdande, kunna således, då lagen tillika infört makarnas rättsliga likställighet, ingå avtal med varandra i samma utsträckning som rättssubjekt i allmänhet. Däremot är avtalskapaciteten i fråga om äldre äktenskap fortfarande tämligen begränsad. Även om målsmanskapet blivit upphävt, äro rättshandlingar mellan makar i dessa äktenskap principiellt otillåtna (ÄPL 3 § 2 mom.). Förbudet är dock icke lika omfattande som enligt tidigare rätt. Lagen uppräknar (cit. §) vissa fall då makar numera äga ingå avtal med varandra. Härtill höra avtal om underhållsskyldighet under äktenskapet (ÄL 46—48, 51 §) eller efter dess upplösning (79, 80 §) samt vidare äktenskapsförord som upprättas under bestående äktenskap.

2. a. Man kan med fog betvivla, huruvida den i lag upptagna uppräkningen av tillåtna avtal är uttömmande. En tolkning efter lagens ordalydelse skulle leda till oantagbara konsekvenser. Makar i äldre äktenskap finge ej träffa överenskommelser om hemskillnad (ÄL 69 a §) eller om rätten att sitta kvar i det gemensamma hemmet då fråga väckts om hemskillnad eller äktenskapsskillnad (81 §). Ej heller kunde de sluta avtal därom, hur boet vid äktenskapets upplösning skall delas (115 § 2 mom.). Visserligen skola ÄL III och V avdelningar, i vilka de omförmälda lagrummen ingå, »i tillämpliga delar» gälla även för äldre äktenskap (ÄPL 4 §), men då avtalsförmågan reglerats i ett särskilt stadgande (3 §), som icke hänvisar till nämnda lagrum, skulle makar ändock, efter bokstavlig tolkning,

ej kunna sluta dylika avtal. I rättspraxis har man ansett sig böra intaga en mera liberal ståndpunkt såtillvida att makar trots lagens ordalydelse tillerkänts avtalskapacitet i berörda fall.

Sålunda ha även avtal om boets delning vid framtida skifte betraktats som giltiga (HD 1938 II 594). Enligt 1889 års lag saknade sådant avtal giltighet, blott med det undantaget att boskilda makar kunde beträffande nyförvärvad egendom överenskomma om delningsgrunden vid boskifte (MakEgendL 5:16).

b. Utan tvekan kan det väl antagas att makar i äldre äktenskap, oavsett den kategoriska formuleringen av ÄPL 3 § 2 mom., kunna med varandra sluta avtal i *personrättsliga* angelägenheter, exempelvis beträffande hemskillnad, i samma omfattning som makar i nya äktenskap.

c. I fråga om *förmögenhetsrättsliga* avtal måste man, såvitt angår andra rättshandlingar än de i stadgandet uttryckligen nämnda underhållsavtalen, fästa avseende vid de rättsregler av tvingande natur som lagen innehåller. I MakEgendL 3:6 förbjudas gåvor mellan makar samt därutöver alla sådana avtal som hänföra sig till »rättighet i boet». Stadgandet är alltjämt tillämpligt på äldre äktenskap. I tidigare lag kompletterades stadgandet av regeln om mannens målsmanskap, vilket ansågs föranleda att avtalskapaciteten var utesluten även beträffande avtal som ej berörde rättighet i boet. Denna utvidgning av inkapaciteten betingades ej av tvingande, med lagens egendomssystem sammanhängande regler, utan den berodde uteslutande på mannens målsmanskap som enligt den förhärskande stränga tolkningen ansågs omöjliggöra varje avtal mellan makar under bestående äktenskap. Efter målsmanskapets upphävande framstår en så vidsträckt oförmåga mindre rimlig. I ÄPL 3 § 2 mom. får ej inläggas vidare innebörd än i grundregeln MakEgendL 3:6. Inkapaciteten sträcker sig, förutom till gåvor, i allmänhet endast till sådana avtal som angå *rättighet i boet* och avse att *under äktenskapet* ändra makarnas rättsförhållanden.

I Lagb försl. 1920:1, motiven s. 69 (73 § 2 mom.) anföres som grund för stadgandet om avtalsförbud att förslaget principiellt bibehåller det gamla egendomssystemet. Detta förslag innehöll ännu icke den slutliga lagens allmänna regel om att mannens målsmanskap skall även i tidigare äktenskap anses upphävt, utan förslaget lämnade hustrun under målsmanskap såframt ej för vissa fall uttryckligt undantag gjordes. Med en sådan utgångspunkt är

det förklarligt att förslaget kunde statuera ett vittgående förbud mot makars inbördes avtal; detta betydde ju blott att målsmanskapet skulle i motsvarande mån bibehållas. Men sedan man under lagstiftningens senare skeden beslutit sig för att målsmanskapet som rättsinstitut skall helt avskaffas, låter sig ett absolut förbud mot makars inbördes avtal ej längre försvara.

Avser makarnas inbördes avtal allenast stiftande av fordringsrätt, kan mot avtalets giltighet måhända invändas att fordringsrätten tillhör den samfällda egendomen, enär ett förvärv under äktenskapet föreligger, och att således den make som skall utföra prestationen tillika blir sin egen borgenär på grund av giftorätten. Fordringsrätten borde enligt reglerna om fordringens och gäldens förening hos en och samma person (konfusion) anses ha förfallit eftersom den ej kan göras gällande. Lagen synes dock ej tillmäta denna omständighet betydelse i det den tillåter make att avtalsvis förplikta sig att utge underhållsbidrag till andra maken. Någon konfusion av fordran och gäld anses icke ha inträtt. Konfusionsinvändningen torde överhuvud ej kunna baseras enbart på den omständigheten att fordringsrätten vore att hänföra till samfälld egendom. Vid bedömande av avtalets förenlighet med egendomssystemet bör avseende snarare fästas vid den *verkan* på makarnas rättsförhållanden som avtalet kommer att utlösa. Ett avtal om underhållsbidrag kan gå ut på att förläna andra maken (borgenären) endast dispositionsrätt till prestationsobjektet (lösöre), eller meningen kan ock vara att överföra äganderätt. I sistnämnda fall är avtalet ogiltigt om därigenom samfällt gods förvandlas i andra makens enskilda egendom, varemot ogiltighet icke behöver inträda därest avtalet ej alls berör rättighet i boet.

Att man bör bortse från konfusionsinvändningen framgår även av en jämförelse med förhållandena inom ett dödsbo. Kontrakt mellan boet och en delägare däri äro möjliga även om gäldenären i detta fall tillika är delägare i den dödsboet tillkommande fordringen och teoretiskt sett blir sin egen borgenär. Konfusionssynpunkten skulle således ej hindra att en avtalsmässig egendomsöverlåtelse sker mellan makarnas bo och make. Att sådant avtal likväl är ogiltigt, beror på andra hänsyn.

Med »rättighet i boet» avses make tillkommande förmögenhetsrättighet som hänför sig till samfälld egendom (giftorättsgods). Sådan rättighet äger make ej genom avtal överlåta till den andre. Dock kan avtal som åsyftar att ordna makars rätt i boet efter det äktenskapet blivit upplöst tillerkännas giltighet (likaså rättspraxis, ovan a). Sådant avtal rubbar icke makarnas egendomsförhållanden före boskiftet. Tillräckligt skäl saknas att under åberopande av borgenärers intresse utan vidare hålla avtalet för ogiltigt. Deras behov av rättsskydd har tillgodosetts genom särskilda regler, nämligen gåvoförbudet, stadgandet i KS 46 § g punkten och gäldtäckningsreglerna i MakEgendL 4 kap.

Jfr 15 § I 2, 16 § IV 8.

d. Föryttringsavtal rörande samfälld egendom, såvitt de avse att utlösa verkan redan före boskiftet, äro däremot i regel ogiltiga.

Säljer make en samfälld fastighet till andra maken, så sker i själva verket ingen övergång av äganderätt eftersom säljaren trots föryttringen har sin giftorätt kvar i fastigheten och någon ökning av köparens fasta egendom icke inträder. Ej ens i det fall att köparen enligt äktenskapsförord har rätt att såsom enskilt gods besitta under äktenskapet förvärvad egendom (ovan 15 § II 1) finnes utrymme för äganderättens övergång, ty denna skulle förutsätta att make överlåtit sin giftorätt som dock är oöverlåtbar (ovan 13 § I 3). Om avtalet däremot hänför sig enbart till makarnas enskilda egendom, är det svårare att frånkänna det giltighet, exempelvis om make säljer till den andre sin enskilda fastighet under villkor att priset skall tagas av köparens enskilda gods. Boet beröres ej alls av rättshandlingen och äganderätten kommer att övergå enligt surrogationsprincipen (MakEgendL 1:5). Köpeskillingen blir i säljarens hand enskild egendom samt köpeobjektet i köparens hand dennes enskilda egendom och de träda sålunda i stället för det enskilda gods (fastighet, pengar) som överlåtits. Om skadeståndsprestationer, för vilka enskild egendom häftar, torde gälla detsamma.

Avtalet får givetvis ej dissimulera en gåva (lika litet som i fråga om nya äktenskap). Betalas priset ej kontant utan lämnas innestående ehuru köparen veterligen saknar enskilda tillgångar (arbetslön och av tredje man upplånade pengar tillfalla det samfällda boet), ligger antagandet om vederlagsfri transaktion nära till hands.

Borgenär behöver icke närmare styrka sitt påstående att makars inbördes avtal i själva verket utgör en vederlagsfri rättshandling. Det åligger make att visa att gåva ej föreligger (arg. ÄL 61 §). Jfr nedan IV 2.

e. Försträckningsavtal mellan makar äro ogiltiga. Även om lånebeloppet skulle tagas ur makes enskilda tillgångar, blir beloppet icke genom mottagandet andra makens enskilda egendom, ty här kan surrogationsprincipen ej tillämpas (låntagaren mottager ej pengarna som vederlag för enskild egendom).

HD 1935 II 357: Emedan gäldenären A utfärdat skuldebrevet till sin hustru B och gäldförbindelsen enligt ÄPL 3 § var ogiltig, fördenskull och då C till vilken B överlåtit skuldebrevet ej ägde bättre rätt, ogillades C:s talan.

I en tidigare dom har växelacceptant, trots att växeln utställts av hans hustru, förklarats betalningsskyldig gentemot indossatarie »emedan makar enligt lag äga teckna sig som växelgäldenärer på en och samma växel» (äktenskapet hade ingåtts före 1930). HD 1932 II 41. I motiveringen finnes

ingen antydan om att indossatarien icke hade varit underkunnig om att acceptanten och utställaren voro makar, varför han enligt lag ej var skyddad mot invändningen rörande acceptantens personliga förhållande till utställaren. Denne hade icke kunnat göra gällande växelrätt mot sin make.

Jfr om gäld, som uppkommit före äktenskapet, nedan 17 § II 5.

f. Sedan målsmanskap upphävts synas arbetsavtal mellan makar i äldre äktenskap kunna i vissa fall tillåtas. Arbete utgör en individuell prestation som icke tages ur boet utan ur kontrahentens arbetskraft; förpliktelse till arbete innefattar således ej en disposition över rättighet i boet. Beträffande motprestationen, lönen, är avtalet giltigt, om den skall utgå ur enskild egendom. Genom lönens betalning torde visserligen endast dispositionsrätt och icke äganderätt kunna överföras på mottagaren, ty det lär följa av surrogationsprincipen att de föremål mottagaren måhända köper med lönepengar som tagits ur arbetsgivarens enskilda tillgångar bli dennes och icke arbetstagarens egendom (arbetsprestationens mottagande synes ej avklippa vidare tillämpning av surrogationsprincipen). Men det står icke i strid med arbetslönens begrepp att arbetstagaren erhåller som vederlag en fördel som icke är försedd med äganderätt (ArbAvtL 18 §). Däremot kan lönen icke bestämmas att utgå ur samfällt gods, ty ett sådant avtal komme att drabba rättighet i boet. Make kan blott i fråga om familjens underhåll förplikta sig att tillhandahålla andra maken pengar som tillhöra under hans förvaltning stående samfälld egendom (ÄPL 3 § 3 mom., ÄL 48 §).

Såframt ett arbetsavtal inom nyssnämnda snäva gränser är giltigt, kan make hos andra maken utsöka sin lönefordran. Principiellt bör även skadeståndsanspråk på grund av dåligt eller uteblivet arbete tillåtas. Men anspråket synes knappast kunna göras gällande på annat sätt än såsom vägran att betala lönen eller en del därav.

Jfr ovan 11 § V 2.

g. Bolagsavtal mellan makar i äldre äktenskap är principiellt tillåtet. Insättande av egendom i bolag innebär icke, även om fråga vore om samfällt gods, att egendom överföres i strid mot förbudet att sluta avtal om rättighet i boet, ty genom bolagsavtalet överlåtes ej egendom från ena maken till den andre utan den avsättes för bolagets räkning. En sådan överlåtelse bedömes i analogi med reglerna om föryttring till tredje man. Vid bolagets upplösning återfaller den samfällda egendomen eller dess surrogat till makarna såsom deras

samfällda gods. Har insatsen bestått av makes enskilda egendom, får han insatsen eller dess surrogat tillbaka som enskilt gods. Bolagets vinst är samfälld egendom. Förvaltningen av bolagets angelägenheter regleras genom avtal, men beträffande den egendom makarna erhålla från bolaget gälla de allmänna reglerna om förvaltning av makars egendom.

Försåvitt vinsten av bolagets rörelse är att anse som makes arbetsförtjänst, får jämväl hustrun enligt regeln i MakEgendL 2:3 självständigt råda över sin vinstandel även om vinsten i sig själv är samfälld egendom. Härav följer att hustrun kan anställa talan mot mannen, som omhänderhar bolagets medel och vill undanhålla henne den vinstandel vilken motsvarar hennes arbetsprestation.

Såsom i annat sammanhang redan antytts, kunna makar i äldre äktenskap genom att utverka boskillnad helt och hållet underkasta sig äktenskapslagens egendomssystem och således befria sig från de inskränkningar i deras inbördes avtalskapacitet som eljest följa av lag. ÄPL 4 § 3 mom. Se ovan 12 § IV.

4. I sina inbördes kontraktsförhållanden åtnjuta makar skydd jämlikt allmänna regler. Avtalet kan bli ogiltigt på en i AvtL 3 kap. angiven grund (tvång, svek, ocker osv.). Enligt en särskild bestämmelse, som bör kunna analogiskt tillämpas även på äldre äktenskap, kan överenskommelse om framtida boskifte förklaras ogiltig eller jämkas även i det fall att överenskommelsen, utan att vara ogiltig på nyssnämnd grund, till sitt innehåll är uppenbart obillig mot endera kontrahenten (ÄL 115 § 2 mom., ÄPL 4 §).

3. Om borgenärers rätt trätts för när genom makars avtal, så äga de väcka återvinningstalan enligt konkursstadgan (KS 46 § g).

För makes av avtal härflytande fordran hos andra maken utgår betalning i makarnas konkurs först sedan all annan gäld blivit gulden (arg. ÄL 57 §). Detsamma gäller när make vid utmätning konkurrerar med andra borgenärer.

Jfr nedan 17 § IV.

III. 1. Vidkommande nya äktenskap har makars kapacitet att sluta avtal med varandra uttryckligen fastslagits i lag (ÄL 33 §). Härvid är det betydelselöst huruvida avtalet avser giftorätt underkastad eller giftorättsfri egendom, ty enligt äktenskapslagen innebär giftorätten icke legal samäganderätt. Något hinder möter således ej för att avtalet efter vanliga regler medför övergång av äganderätt från

make till make eller utlöser annan åsyftad förmögenhetsrättslig verkan. Av särskilda hänsyn, som juridiskt ej sammanhänga med egendomssystemet, har man dock inskränkt handlingsfriheten i fråga om gåvor (se nedan IV).

2. Giltigheten av makars avtal i nya äktenskap skall bedömas enligt allmänna regler. Specialstadganden gälla dock för avtal som angå underhållsskyldighet eller som med avseende på förestående äktenskapsskillnad ingåtts om skadeersättning eller avvittring. Är sådant avtal att anse som uppenbart obilligt, varvid hänsyn bör tagas jämväl till ändrade förhållanden, äger rätten på yrkande av make åsidosätta eller jämka detsamma (ÄL 115 §).

3. I ett underhållsavtal kan make förplikta sig att tillhandahålla den andre erforderliga medel för bestridande av underhållsutgifter (ÄL 48, 49 §). Däremot kan ersättning ej betingas för det arbete make utför vid uppfyllande av sin underhållsplikt. Men om make utom ramen för denna plikt bidrager den andre i förvärvsverksamhet, kan lön utfästas eller, såvitt det med hänsyn till arbetets art och omständigheterna i övrigt finnes skäligt, ersättning även eljest utgå (ÄL 64 §).

Har ersättning ej på förhand uttryckligen betingats, får talan därom ej anhängiggöras sedan ett år förflutit efter utgången av det kalenderår under vilket arbetet utfördes. Dylik ersättning, som erlägges senare, skall anses som gåva (64 § 2 mom.). Närmare nedan IV 4. Jfr 11 § V.
Om äldre äktenskap se ovan II.

4. Har genom makars inbördes avtal ett gäldförhållande stiftats dem emellan, åtnjuter makes fordran hos andra maken sämre rätt i förhållande till dennes övriga borgenärer (ÄL 57 §).

Denna prioritetsregel behandlas närmare nedan 17 § IV.

IV. 1. En särställning intaga *gåvor mellan makar.* Om än makar jämlikt likställighetsprincipen kunna ingå avtal med varandra, har handlingsfriheten dock ej utsträckts till vederlagsfria dispositioner. Under äktenskapet äger make icke till andra maken genom gåva överlåta egendom (ÄL 45 § 1 mom.). Likgiltigt är, huruvida egendomen är underkastad giftorätt eller ej. Endast sedvanliga skänker, vilkas värde ej står i missförhållande till givarens villkor, äro tillåtna

(2 mom.). Gåvor mellan makar äro förbjudna även i äldre äktenskap (MakEgendL 3:6).

Mot förbudet stridande förfogande över egendom är ogiltigt.

Gåvoförbudet avser att under äktenskapet skydda make mot övertalning och påtryckning från andra makens sida. Det fullföljer samma syfte som den allmänna lagens stadgande om ocker. Har någon med begagnande av annans trångmål, oförstånd, lättsinne eller beroende ställning i förhållande till honom, tagit eller betingat sig fördel i egendom, som står i uppenbart missförhållande till vad av honom givits eller beviljats, eller för vilken något vederlag icke skall utgå, är en sålunda tillkommen rättshandling enligt AvtL 31 § icke gällande mot den förfördelade. Stadgandet kan, ehuru därom ingenting nämnes i äktenskapslagen, åberopas av make som givit en gåva åt andra maken. Men lagstiftaren har velat bespara gåvogivaren den bevisföring som är en förutsättning för tillämpningen av ockerparagrafen och har därför berättigat givaren att frånträda rättshandlingen enbart på den grund att det föreligger en vederlagsfri (benefik) överlåtelse av viss storlek.

Gåvor mellan mannen och hustrun — *donationes inter virum et uxorem* — voro förbjudna enligt romersk rätt. Förbudet föranleddes av skillnadsfriheten i det romerska äktenskapet. Man ansåg att äktenskapets värdighet skulle sättas på spel, om det vore tillåtet för makar att alltefter växlingarna i deras känslor göra bruk av gåvor för att beveka den andre att ej bryta det äktenskapliga bandet. Äktenskapen skulle icke få bli fala *(ut venalicia essent matrimonia)*. Jfr yttranden av Ulpianus och Paulus, Dig. 24, 1 fr. 1, 2. Med detta betraktelsesätt stod det icke i strid att gåvor för skilsmässans skull *(donationes divortii causa)* ansågos giltiga (Ulpianus, Julianus, Dig. 24, 1 fr. 11 § 11). Gåvoförbudet var försett med nullitetssanktion. Senare infördes dock en mildare ordning och man tillerkände gåvan giltighet, därest givaren utan att ändra sin vilja hade avlidit under äktenskapet före gåvotagaren (Dig. 24, 1 fr. 32 § 1, 2).

I nyare lagar har man, på få undantag när, icke upptagit gåvoförbudet. Fransk lag har ersatt förbudet med en regel som berättigar givaren att återkalla gåvan (c. civ. 1096). Varken ett förbud eller en särskild återkallelseregel förekommer i schweizisk, tysk och skandinavisk rätt. I finska lagberedningens förslag till ny äktenskapslag står ej heller att finna något förbud mot gåvor mellan makar. Lagberedningen tog uttryckligen avstånd från gåvoförbudet, som varit upptaget i 1889 års lag. Det var först i regeringens slutliga proposition till riksdagen som man beredde plats åt stadgandet, dock utan att närmare motivera detsamma. Jfr *Zitting* JFT 1953 s. 166 ff.

Ifrågavarande gåvoförbud syftar dessutom till att betrygga givarens borgenärer. Enligt allmänna regler vore borgenär, därest gäldenär

genom gåva minskat sin förmögenhet, nödsakad att inskrida medelst återvinningstalan vilken endast kan väckas såframt gåvan skett inom viss tid före konkursen eller utmätningen. Till följd av gåvoförbudet blir borgenärens anspråk på den bortgivna egendomen oberoende av sagda tidsfrister.

Jfr HD 1954 II 111.

För att ytterligare öka borgenärsskyddet har man i lagen upptagit en särskild bestämmelse om bevisbördan för det fall att rättshandlingen icke i sig själv utvisar att den är en gåva. Se nedan 2.

Det förefaller som om lagstiftaren genom att införa gåvoförbudet i alltför hög grad inskränkt makars handlingsfrihet. För skyddet mot obehörig påtryckning från andra makens sida hade det förvisso varit tillfyllest att de vittgående bestämmelserna i civillagens ockerparagraf stått maken till buds, och borgenärernas rättsskydd hade skäligen icke krävt mer än att man i likhet med lagstiftningen i övriga nordiska länder underkastat de vederlagsfria dispositionerna särskilda formregler samt utfärdat stadganden om gåvotagarens subsidiära ansvarighet för givarens gäld.

Kritik av gåvoförbudet: Lagb försl. 1924:1 s. 89, *Zitting* anf. st.

2. Eftersom gåvoförbudet avser att bereda skydd åt givarens borgenärer, bör innehållet av gåvobegreppet bestämmas med ledning av stadgandet i KS 46 § b. Förbudet omfattar således icke blott helt vederlagsfria rättshandlingar utan även sådana köpe-, bytes-, lego- eller andra avtal som trots det betingade vederlaget huvudsakligen ha egenskap av gåva.

Till gåvoförbudet anknyter sig en legal *presumtion* om gåvoavsikt, till följd varav bevisskyldighet åligger make, som gör gällande att en rättshandling icke är en gåva.

Påstår borgenär att makarnas avtal trots den däri intagna bestämmelsen om motprestation i själva verket är en gåva, åligger det make att visa motsatsen (ÄL 61 § 2 mom.). Denna fördelning av bevisbördan avviker från det normala, ty enligt allmänna regler är det borgenärens sak att leda i bevis rättshandlingens karaktär av gåva därest detta sakförhållande icke omedelbart framgår av rättshandlingens innehåll.

Nämnda presumtion är tillämplig också i de undantagsfall där makar i äldre äktenskap kunna sinsemellan ingå förmögenhetsrättsliga avtal. Jfr ovan II.

3. Utesluten från förbudet är gåva som består i en livförsäkring till andra makens förmån. Make som tagit försäkringen kan likväl ej gentemot andra maken, vilken insatts som förmånstagare, förbinda sig att låta förordnandet stå vid makt (FörsAvtL 108 §). För det fall att försäkringstagaren till betalning av försäkringspremier använt belopp som ej stått i skäligt förhållande till hans villkor, har man i lagen upptagit en särskild återvinningsregel, som berättigar makes borgenär att hos försäkringsgivaren utkräva vad sålunda för mycket erlagts, i den mån tillgodohavandet hos denne därtill förslår (117 §).

Gåvoförbudet skall i tillbörlig mån tillämpas vid indirekta förmögenhetsförskjutningar. Har make uppmanat sin gäldenär att utbetala gäldbeloppet till andra maken, skulle beloppet, om något gåvoförbud ej existerade, ha övergått från gäldenären till ena maken, borgenären, samt från denne till andra maken, gåvotagaren. Gåvoförbudet hindrar ej att beloppet övergår till borgenären och gäldenären blir således befriad. Däremot vinner andra maken ej slutlig rätt till beloppet. På grund av gåvoförbudet kan han förpliktas att utge det till den make som ville skänka summan. Återkravet kan göras gällande jämväl av dennes borgenärer. På motsvarande sätt löstes problemet i klassisk romersk rätt, Ulpianus, Dig. 24, 1 fr. 3 § 12, 13.

Om make och hans gäldenär ingått ett avtal till förmån för andra maken, innebärande att gälden skall infrias genom betalning till andra maken, kan gäldenären ej mot dennes krav invända att ena makens, borgenärens, avsikt är att skänka summan till andra maken. Invändningar hämtade från det s.k. valutaförhållandet stå ej honom till buds (annorlunda betr. acceptilation i romersk rätt Ulpianus Dig. 24, 1 fr. 5 § 3). Men make som ville skänka summan samt hans borgenärer kunna av andra maken återkräva det belopp denne mottagit av gäldenären. Jfr förf. Obligationsrätt I § 23 IX 2.

Betalar make andra makens skuld till tredje man, är betalningen i och för sig giltig och gäldenären befrias även om den betalande handlat i gåvoavsikt i förhållande till sin make. Men make, som infriat gälden, eller hans borgenärer äga under åberopande av gåvoförbudet återkräva summan av andra maken.

Rätten till återkrav förutsätter att förmögenhetsskillnad råder mellan makarna åtminstone beträffande den egendom kravet hänför sig till. I äldre äktenskap kan återkrav endast i undantagsfall äga rum.

Efterskänkande av makes fordran hos andra maken innefattar gåva, vare sig fordringen beror på avtal eller på en legal förpliktelsegrund såsom delikt, obehörig vinst eller negotiorum gestio.

Om make med sina medel bekostar reparation av andra makens egendom, är han berättigad att trots förefintlig gåvoavsikt utfå ersättning, såframt fråga ej är om mindre utlägg som ej stå i missförhållande till givarens villkor (ÄL 45 § 2 mom., KS 46 § b). Hänsyn måste även tas till huruvida kostnaden medfört andra maken nytta. En ekonomisk uppoffring kan betraktas som gåva blott i den mån därigenom uppnåtts motsvarande ökning av den andres förmögenhet. I äldre äktenskap kan ersättning endast utgå i form av vederlag vid avvittring. MakEgendL 4:8. Jfr nedan 22 § IV 3.

Utlägg för tillgodoseende av andra makens personliga behov, såvitt de stå i harmoni med familjens levnadsvillkor, falla inom ramen för makes underhållsskyldighet och äro följaktligen icke att anse som gåva. Härtill hör även kostnad vilken föranletts av andra makens utbildning och studier. Jfr ovan 11 § II 1.

4. Make är i regel icke berättigad att kräva andra maken på ersättning för arbete som han presterat denne. Även i det fall att arbetsprestationen ej innebär uppfyllelse av underhållsskyldighet tillkommer make ett löneän-

språk mot den andre endast om ersättning betingats eller avsetts eller dess erläggande med hänsyn till omständigheterna bör anses skäligt (ÄL 64 §). Om make i dylikt fall uttryckligen avsagt sig anspråket på lön, kan liberaliteten icke betraktas som gåva såframt avsägelsen ej avser ett redan förfallet lönebelopp. Betalar däremot andra maken lön för utfört arbete utan att efter avtal eller billighet vara därtill skyldig, så föreligger gåva. Men lagen går ännu längre. Även om lön för makes arbete — i de fall då någon uttrycklig överenskommelse därom ej träffats — skäligen bort utgå, anses lönebetalningen som gåva i händelse den sker först efter utgången av det kalenderår under vilket arbetet utförts, förutsatt att fråga ej är om fullgörande av en dom som givits med anledning av en under nämnda kalenderår väckt talan (64 § 2 mom.). Betalningen kan dock icke återfordras därest beloppet ej är så stort att dess erläggande stått i missförhållande till givarens villkor (ÄL 45 § 2 mom., KS 46 § b).

Ang. äldre äktenskap se ovan II 2 f.

5. a. Beträffande förbudsvidrig gåva äger givaren under hela den tid äktenskapet består åberopa sig på ogiltigheten. Samma rätt tillkommer honom eller hans rättsinnehavare sedan äktenskapet blivit upplöst. Men enär förbudet endast avser gåvor som ske under äktenskapet (jfr nedan 8), kan den till ogiltighetstalan berättigade genom viljeförklaring, vilken avgives efter äktenskapets upplösning, avstå från sitt anspråk. Sådant avstående ingår i en avvittring varvid givaren utan gensaga låtit behandla gåvan som mottagarens egendom. Rättsligt hinder möter ej för att make, sedan äktenskapet upplösts, redan före avvittringen meddelar att han vidhåller gåvan.

Har gåvan under äktenskapet utfästs i ett avtal som avser att på förhand reglera avvittringen efter äktenskapets upplösning (äktenskapsskillnad), är make intill avvittringen bunden av löftet såframt det icke på grund av obillighet genom dom förklaras helt eller delvis ogiltigt.

Under den tid äktenskapet består äger domstol självmant beakta gåvans ogiltighet t.ex. i ett lagfarts- eller inteckningsärende. Däremot är domstol icke befogad att efter äktenskapets upplösning av eget initiativ behandla gåvan som ogiltig, enär givaren eller dennes rättsinnehavare då redan kunnat med full verkan godkänna rättshandlingen.

b. Givarens borgenär, vars fordran uppkommit under äktenskapet, äger åberopa ogiltigheten såväl under som efter äktenskapet. Han har en självständig rätt vilken är oberoende därav huruvida gåvan efter äktenskapets upplösning är att anse bindande för givaren personligen eller ej. Borgenär kan städse genom viljeförklaring avstå från sitt anspråk.

Domstol är icke befogad att på tjänstens vägnar tillvarataga borgenärsintresset utan det ankommer på borgenär att genom talan eller invändning ta initiativ i saken.

6. Gåvans ogiltighet kan åberopas mot tredje man som förvärvat godset av gåvotagaren. Såvitt angår lösegendom, åtnjuter dock godtroende tredje man skydd efter de allmänna reglerna om godtrosförvärv.

Har make i avsikt att i strid mot gåvoförbudet överföra egendom genom förmedling av tredje man, som mottager egendomen i syfte att överlåta den vidare till andra maken, är ett sådant tillvägagående, eftersom tredje man handlat i ond tro, att bedöma som ett skenavtal vars ogiltighet kan åberopas av givarens borgenärer. Andra makens eventuella goda tro är härvid utan betydelse. Jfr Lagb försl. 1924:1, motiv till 2 avd. 3 kap. (2:16). Sådant skenavtal är i likhet med öppen gåva utan verkan jämväl mot givarens arvingar. Har arvfallet ägt rum först sedan äktenskapet upplösts genom skillnadsdom, förefinnes dock den möjligheten att gåvan på grund av givarens efter äktenskapets upplösning meddelade godkännande skall stå fast. Jfr ovan 5 a.

7. Är gåvan icke i behåll, blir gåvotagaren skyldig att ersätta dess värde i pengar enligt reglerna om återbäring av obehörig vinst som uppnåtts i ond tro. De grundsatser som gälla intrångskondiktion vinna härvid tillämpning i händelse make som mottagit gåvan föryttrar godset till tredje man. I den mån den tredje är underkastad vindikationskravet blir han för sin del ansvarig enligt kondiktionsnormerna därest han avyttrat godset vidare. I motsats till gåvotagaren själv torde den tredje vara berättigad att göra gällande sin goda tro, varigenom hans ansvar för återbäringen lindras.

Jfr om ansvarets omfattning vid intrångskondiktion förf. Obligationsrätt I § 38 III 2.

8. a. Gåvoförbudet avser, enligt uttrycklig föreskrift, allenast sådana benefika rättshandlingar som företagas *under äktenskapet* (ÄL 45 § 1 mom., 61 § 2 mom., MakEgendL 3:6). Så snart äktenskapet upplösts, upphör förbudet att gälla och make blir befogad att genom gåva överlåta egendom till andra maken eller dennes rättsinnehavare. Överlåtelsen kan ske i samband med avvittringen av makarnas giftorätt underkastade egendom, såsom framgår därav att makar även före äktenskapets upplösning, när äktenskapsskillnad är förestående, äga avtala om egendomens behandling vid avvittring och därvid be-

stämma om dess vederlagsfria övergång till andra maken (ÄL 115 § 2 mom.). Ett avtal om vederlagsfri överlåtelse, som slutes efter skillnadsdomen, kan likaså avse att förbereda avvittringen. Men det är också möjligt att omedelbart bortgiva egendomen. Gåvan blir då mellan makarna verksam även om någon avvittring sedermera ej äger rum. Förrättas avvittring, skall gåvan därvid beaktas så, att den får behållas av mottagaren. Dock är att märka, att rättshandlingen kan frånkännas verkan enligt reglerna om borgenärsskydd, där gåvogivaren är skuldsatt.

Även vid upplösning av äldre äktenskap befrias make från den på gåvoförbudet beroende begränsningen av sin rättshandlingsförmåga. Enskild egendom äger han omedelbart giva till den andre. Men beträffande egendom som är underkastad giftorätt är dispositionsbefogenheten fortfarande begränsad, dock ej på grund av gåvoförbudet utan därför att det samfällda boet består tills skifte förrättats. Boets egendom tillhör makarna samfällt allt intill skiftet även om de därförinnan företagit inbördes dispositioner avsedda att utlösa omedelbar sakrättslig verkan. Gåvor och andra förfoganden tillerkännes giltighet blott såtillvida som egendomen vid skiftet vari måhända även arvingar deltaga tillfaller den som företog rättshandlingen.

b. I förhållande till *givarens borgenärer* är giltigheten av gåva, som make efter äktenskaps upplösning givit den andre ur sitt *giftorättsfria gods,* att bedöma enligt de allmänna reglerna angående borgenärsskydd. Stadgandet i KS 46 § b punkten om återvinning av gåva vinner således tillämpning. Återvinning må krävas såvida ej mer än sex månader förflutit sedan gåva av lösegendom blivit fullbordad eller på gåva av fastighet lagfart sökts.

Den enligt nämnda paragraf g punkten för återvinning av makes dispositioner stadgade längre tidsfristen är icke tillämplig, enär gåvan ägt rum mellan förutvarande makar.

c. Hänför sig däremot makes benefika rättshandling, som han efter äktenskapets upplösning men före avvittringen företagit gentemot andra maken, till makarnas *giftorätt underkastade* egendom, gälla vissa särregler med avseende på dispositionens giltighet i förhållande till givarens borgenärer. Dels kan rättshandlingen under för-

utsättningar som avvika från allmänna regler förklaras ogiltig, dels han legal övergång av gäldansvaret på andra maken äga rum.

Om ogiltighetspåföljden ingår ett stadgande i KS 46 § h punkten. Makes borgenärer äga — oavsett om fordran uppstått före eller efter äktenskaps upplösning — påkalla *återgång av avvittring* därest make eller dennes arvinge därvid i märklig mån eftergivit sin rätt och makes egendom avträdes till konkurs innan ett år förflutit efter det avvittringshandlingen ingavs till rätten. Enligt ordalydelsen avser stadgandet eftergifter vid själva avvittringen, dvs. vid den formbundna förrättningen av godemän. Påtagligt är dock att även tidigare rättshandlingar, som påverka avvittringens utgång, inbegripas under stadgandet. Avvittring av makarnas egendom anknyter till förmögenhetsläget vid tidpunkten för äktenskapets upplösning och alla senare förfoganden makarna emellan skola tagas i betraktande när det gäller att avgöra, huruvida make avstått från det som lagligen bort tillkomma honom enligt reglerna om giftorätt. Även om make avsett att före avvittringen med omedelbar verkan bortgiva egendom till andra maken, äga hans borgenärer göra gällande att rättshandlingen endast är att anse som förberedelse till eller som en del av avvittringen. Den tidsfrist som gäller för borgenärernas anspråk begynner icke att löpa innan avvittringshandlingen ingivits till rätten.

För den händelse makar underlåta att verkställa avvittring i laga ordning, men i stället företaga *separata dispositioner* för överförande av egendom från den ene till den andre, innehåller lagen inga särskilda ogiltighetsregler till skydd för borgenärer. Från stadgandet i KS 46 § h punkten kan en sådan rättssats ej härledas att dispositioner över egendom mellan makar efter äktenskaps upplösning, såframt motprestation ej betingats, skulle över lag sakna giltighet mot borgenärer innan avvittring skett. Enligt stadgandet ha makes borgenärer visserligen rätt att betrakta dispositionen blott som en förberedelse till avvittring i så måtto att den skall tagas med i räkningen när det gäller att fastslå huruvida make eftergivit vad på grund av giftorätt tillkommit honom och huruvida rättshandlingen bör ogiltigförklaras i samband med avvittringen. Men det kan dock icke antagas att rättshandlingen enbart därför, att någon avvittring för fastställande av makes rätt mot andra maken — hans utjämnings-

fordran i nya äktenskap, om vilka det nu närmast är fråga — ej blivit förrättad, skulle frånkännas giltighet mot makes borgenärer. Detta vore liktydigt med vidmakthållande av gåvoförbud, trots att förbudet upphört i och med upplösningen av äktenskapet.

Följaktligen bör det anses dels att dylika makars dispositioner utlösa sakrättslig verkan, dels att de lyda under de *allmänna* reglerna om borgenärers rätt till återvinning så länge avvittring ej förrättats. Borgenär må inskrida mot rättshandlingen närmast med stöd av återvinnigsregeln i KS 46 § b punkten.

KS 46 § h punkten är tillämplig även på äldre äktenskap. Möjligheten att få en avvittring förklarad för ogiltig, om gäldenär därvid till förmån för sin make eftergivit sin rätt, är dock utan större praktisk betydelse i fråga om sådana äktenskap, enär lagen genom tvingande regler angivit den egendom som skall användas till betalning av samfälld eller enskild gäld vid konkurs eller utmätning. Därtill kommer att det icke är möjligt att genom vanliga avtal disponera över giftorätten. Samfällt gods som make före skiftet »föryttrat» till den andre blir därigenom icke lösgjort från giftorätten utan det fortfar att tillhöra boet.

d. I fråga om nya äktenskap äger borgenär göra gällande *gäldansvarets övergång.* Härmed avses att den som i följd av eftergift vid avvittringen dragit nytta antingen så, att han erhållit utjämning utöver det som rätteligen bort tillkomma honom, eller ock så, att han befriats från utjämning som han egentligen bort erlägga, skall i form av gäldansvar återbära eller gottgöra den fördel han vunnit till skada för andra makens borgenärer. Han blir sålunda ansvarsskyldig liksom om gäldansvar övergått på honom intill värdet av vad han för mycket bekommit (ÄL 104 §).

Detta begränsade ansvar innefattar *återbäringsplikt,* när det gäller att använda utjämningen till förnöjande av givarens borgenärer (jfr ovan 13 § II 2), samt *gottgörelseplikt,* när fördel vunnits genom att utjämningsplikt undgåtts. Den fördel som skall återbäras eller gottgöras kan ha uppnåtts exempelvis genom att ena makens skulder utelämnats vid fastställande av utjämningsplikt eller att makes egendom en bloc tillagts den andre eller ock genom att ena makens egendom i samförstånd så godtyckligt nedvärderats att denna i själva ver-

ket rikare make befriats från utjämningsskyldighet. — Avstående från vederlagsanspråk tager man härvidlag ej i betraktande (se 22 § V 2).

Den gynnade makens ansvar för gälden är blott subsidiärt, icke solidariskt. Storleken av det hos den ursprungliga gäldenären bristande beloppet måste utredas genom exekutiv åtgärd. I händelse den gäldbundna maken är under konkurs må utredning om vad som brister ej påyrkas och borgenär kan följaktligen utan vidare vända sig mot den på vilken gäldansvaret övergått.

Sådan separat disposition av benefik natur varpå en egentlig avvittring aldrig följer föranleder ej tillämpning av stadgandena rörande gäldansvarets övergång.

Lika litet finnes utrymme för tillämpning av dessa regler, om avvittringen förklarats ogiltig gentemot borgenär. Har make i följd av gäldansvarets övergång infriat någon andra makens skuld och förklaras avvittringen sedermera, när gäldenären försättes i konkurs, ogiltig på yrkande av borgenär, är konkursboet skyldigt återgälda vad sålunda före konkursen betalts jämte ränta, ty grunden för denna betalningsåtgärd har bortfallit (KS 46 § j).

Jfr här nedan V 5 *in fine*.

e. Regeln om gäldansvarets övergång förutsätter en eftergift som ena maken gör till förmån för den andre eller, när äktenskapet upplösts genom makes död, till förmån för den dödes arvinge. Den som drager nytta av eftergiften blir då ansvarig för den makes gäld som gjort eftergiften. Regeln gäller icke, när äktenskapet upplösts genom makes död och fråga är om ansvarighet för den *dödes* gäld (104 § 2 mom.). Övergång av dylikt ansvar hade visserligen varit tänkbar då ur kvarlåtenskapen ett för stort belopp utgått till den efterlevande såsom utjämning. Men i stället tillämpas en strängare regel. Envar som ingriper i arvfallen egendom genom att taga del i avvittring innan den dödes gäld betalats ådrager sig obegränsat personligt ansvar härför (UrarvaF 28 §).

Det obegränsade ansvaret kan härvid drabba även efterlevande make som gjort en eftergift. Detta förutsätter att han trots eftergiften bekommit egendom ur den dödes kvarlåtenskap. Hänför sig efter-

giften till utjämningsfordran i dess helhet och har den efterlevande ej heller mottagit egendom såsom testamentarie, undgås ansvaret för gälden (UrarvaF 28 § i.f.).

Om det fall att död makes arvinge vid avvittring eftergiver sin utjämningsfordran hos efterlevande maken finnes ej något stadgande i lag. Till följd av en sådan eftergift ådrager sig den efterlevande icke ansvar för arvinges personliga skulder. För den avlidnes gäld kan han däremot bli ansvarig om han bekommit egendom ur kvarlåtenskapen (UrarvaF 28 §). Det blotta faktum att han till följd av eftergiften befriats från skyldigheten att till arvingen utge denne tillkommande utjämning medför däremot icke sådan påföljd enär något ingrepp i kvarlåtenskapen ej skett.

V. 1. *Före äktenskapet* äger envar av de trolovade giva den andre egendom i gåva under sådant förbehåll, att gåvan skall tillfalla gåvotagaren vid äktenskapets ingående, således vid en tidpunkt då givaren och mottagaren redan äro makar (ÄL 45 §). Rättshandlingens tillåtlighet beror på att den föregått vigseln. Gåvan är avsedd att träda i kraft allenast under det suspensiva villkoret att det tillärnade äktenskapet verkligen kommer till stånd, och den skiljer sig härutinnan från en vanlig fästningsgåva vars rättsverkan skall inträda omedelbart (jfr ovan 5 § V 1).

2. Av hänsyn till borgenärsintresset äro dessa dispositioner underkastade särskilda formregler. Endast skriftliga gåvor godkännas. Gåvobrevet skall vara daterat, underskrivet av givaren samt bevittnat av tvenne ojäviga personer (ÄL 45, 46 §§).

Vidkommande lösören innebär detta, att ett gåvobrev skall utfärdas också i fall då gåvoföremålet överlämnats till mottagaren med det suspensiva villkoret att äganderätten skall övergå först vid vigseln. Men om meningen varit att äganderätten skall tillfalla mottagaren genast, dvs. genom föremålets överlämnande (tradition), behandlas rättshandlingen som en fästningsgåva, vars giltighet är att bedöma efter de allmänna reglerna rörande benefika rättshandlingar.

Offentligt köpvittne (JB 1:2) behöver ej anlitas då fråga är om gåva av fast egendom. Möjligheten av antedatering förefinnes visserligen då endast privata personer bestyrka handlingen. Men eftersom gåvan blir giltig först efter det gåvobrevet intagits i rättens protokoll och därigenom blivit offentligt (se nedan), synes äktenskapslagens

formstadgande icke behöva genom tolkning kompletteras med den i jordabalken senare upptagna allmänna föreskriften om offentligt bevittnande av fastighetsöverlåtelser.

Jfr förf. Kiinteistön luovutuksen muodosta s. 44.
I alla de fall där gåvobrevet blir verksamt först från och med dagen för dess intagande i rättens protokoll (verkan ex nunc) är det uppenbart att det ej finnes skäl att för säkerställande av gåvans riktiga datum kräva anlitande av offentligt köpvittne vid utfärdande av gåvobrevet. I det speciella fall åter då gåvan genom gåvobrevets ingivande till rätten träder i kraft med retroaktiv verkan (jfr nedan) kunde man med visst fog förfäkta en annan ståndpunkt. Men med hänsyn till att det allenast är fråga om en månads retroaktivitet och att således ingen reell fara förefinnes för borgenärerna vid iakttagandet av återvinningsfristen (KS 46 § b), synes ej heller detta fall föranleda tillämpning av stadgandet i jordabalken.

Då gåvobrevet endast skall underskrivas av givaren, följer därav att mottagarens närvaro ej är erforderlig vid det tillfälle då givaren tecknar sitt namn på handlingen. Om betydelsen av att datum saknas gäller detsamma som i fråga om äktenskapsförord.

Se ovan 15 § V 1 *in fine.*

Gåvobrevet skall ingivas till rätten för att intagas i det för äktenskapsförord avsedda protokollet. Så länge detta icke fullgjorts, kan gåvan ej åberopas mot tredje man, ej heller makarna emellan. Äganderätten har ej övergått. Den allmänna regeln är att gåvan träder i kraft från och med dagen för dess ingivande för protokollering (verkan ex nunc). Men om gåvobrevet ingives till rätten inom en månad efter äktenskapets ingående, anses dess rättsverkan ha inträtt redan samma dag då vigseln förrättades (ÄL 44 §).

Jfr ovan 15 § V 3.

Vill trolovad avsäga sig giftorätt i egendom, som han enligt ÄL 45 § giver till sin blivande make, behöver han icke härför upprätta ett skilt äktenskapsförord utan förbehållet kan intagas i gåvobrevet (ÄL 35 § 2 mom.).

Jfr ovan 15 § IV 2.

Har föreskriven form icke iakttagits är gåvan ogiltig, även om rättshandlingen till det yttre skulle framstå som en överlåtelse mot

vederlag (köp, byte). Till skydd för givarens borgenärer har i lagen upptagits en presumtionsregel enligt vilken borgenärs blotta påstående, att en disposition mellan trolovade trots villkoret om motprestation utgör en gåva, är tillfyllest för att överflytta bevisskyldigheten på den som genom dispositionen överlåtit egendom till sin trolovade (ÄL 61 §).

Jfr ovan IV 2.

3. Tillåtna äro allenast sådana gåvor av ifrågavarande slag som äro avsedda att överföra egendomen till mottagaren vid den tidpunkt då äktenskapet slutes. Består gåvan i en vederlagsfri utfästelse att under äktenskapet utgiva pengar eller annan egendom, är den utan kraft och verkan även om utfästelsen avgivits skriftligen (ÄL 45 § 3 mom.). Denna nullitetsregel beror på att man velat skydda trolovad mot obetänksamma utfästelser av prestationer som skulle komma att fullgöras först vid en senare tidpunkt då förhållandena måhända väsentligen förändrats.

Nullitetsregeln synes omfatta även det fallet att den egendom, som skulle tillfalla gåvans mottagare först efter äktenskapets ingående, förvärvats av givaren redan före äktenskapet. En så långt gående inskränkning i givarens behörighet är icke skälig. Åtminstone där gåvan hänför sig till ett konkret föremål är det svårt att inse varför givaren ej finge förbehålla sig äganderätt även för en viss tid efter det äktenskapet slutits. Regeln har ej förestavats av önskan att betrygga givarens borgenärer utan endast därav att man icke velat tillåta att trolovad förbinder sig till något vars uppfyllelse ur hans synpunkt sedermera stöter på svårigheter exempelvis därför att han under ändrade förhållanden behöver egendomen för personligt bruk. Hur regeln än tolkas, är den endast tillämplig på promissoriska gåvor och givaren är således befogad att till sin blivande make överlåta egendom såsom realgåva med villkoret att gåvan trots besittningens omedelbara övergång skall överföra äganderätten först när viss händelse inträffat efter äktenskapets ingående. Lämpligast hade det varit att utforma regeln i överensstämmelse med den danska lagen om äktenskapets rättsverkningar (1926) och begränsa dess räckvidd till utfästelser som skola fullgöras ur makes i framtiden förvärvade egendom. Jfr *Borum* s. 276. Den gällande regeln härrör från svenska GB 8:2, jfr *Westring* s. 147.

Regelns införande i lagen innebär en reaktion mot den dåvarande lagskipningen som i vid utsträckning tillerkände gåvolöften giltighet trots att positiv lag saknade bestämmelser därom. Då för tiden funnos ej heller lagregler beträffande återkallelse av gåvoutfästelse när givarens förmögenhetsvillkor försämrats. Se numera GåvoL 5 §. De allmänna återkallelsereglerna beträffande benefika utfästelser synas i tillbörlig mån tillgodose givarens intresse även i förevarande fall, varför det fortsatta upprätthållandet av ifrågavarande undantagsbestämmelse i äktenskapslagen även ur denna synpunkt ter sig mindre erforderligt.

4. Om också i de fall, där gåvan är tillåten, föreskriven form iakttagits, äga borgenärer enligt konkursstadgan rätt till gåvans *återvinning,* därest givarens egendom avträdes till konkurs eller utmätning sker inom ett år efter det gåvan enligt ÄL 44 § trädde i kraft eller lagfart söktes på fastighetsgåva (KS 46 § b, g).

Att fristen utgör ett år och icke sex månader, vilken tid eljest är en förutsättning för återvinning av gåvor (KS 46 §), beror på att de trolovade vid gåvans ikraftträdande redan äro makar och att regeln i KS 46 § *g* punkten, som enligt ordalydelsen avser »makar», fördenskull bör vinna tillämpning i förevarande situation. Jfr *Huttunen* s. 272.

Har gåvan skett formfritt, är borgenärs rätt att åberopa dess ogiltighet icke beroende av några tidsfrister.

5. Vidare tryggas givarens borgenärer, där giltig gåva föreligger, medelst stadgandet om *gäldansvarets övergång* på gåvans mottagare. Om det visar sig att givaren ej förmår infria gäld för vilken han häftade då gåvan enligt ÄL 44 § blev gällande, skall andra maken svara för vad som brister, dock endast inom ramen för gåvans värde. Principiellt tages i betraktande gåvans värde vid mottagandet, efter avdrag av eventuell motprestation. Har emellertid gåvan helt eller delvis gått förlorad utan mottagarens vållande, inträder motsvarande befrielse från ansvar (ÄL 62 §).

Stadgandet bereder makars borgenärer, vilkas fordringar härröra från tid före äktenskapet, praktiskt taget samma rättsskydd som följer av äldre rättens regel därom att dylik gäld skall betalas av det gods make före äktenskapet ägde (MakEgendL 4:1). Sistnämnda regel är tillämplig även i det fall att make i äldre äktenskap överlåtit egendom till sin blivande make under förbehåll, att den skall tillfalla mottagaren vid äktenskapets ingående, varvid det är utan betydelse huruvida överlåtelsen skett mot eller utan vederlag. Har sådan överlåtelse företagits av trolovad som trätt i äktenskap efter äktenskapslagens ikraftträdande och är överlåtelsen en onerös rättshandling, äga överlåtarens borgenärer göra anspråk på den vid köpe- eller bytesavtalet utfästa motprestationen. Är rättshandlingen åter en gåva, finge borgenärerna enligt allmänna regler allenast anställa återvinningstalan jämlikt konkursstadgan, men för att öka borgenärernas rättsskydd har man i lagen upptagit ifrågavarande stadgande om gäldansvarets överflyttning på gåvans mottagare. Stadgandets tillämpning är icke beroende av att givarens egendom avträtts till konkurs.

Gäldansvarets övergång äger rum även till förmån för borgenärer, vilkas fordringar uppkommit inom ett år efter gåvans ikraftträdande (62 §). Till följd av formstadgandet, vars iakttagande är en förutsätt-

ning för gåvans giltighet, har det varit möjligt för dessa borgenärer att ta reda på eventuella gåvor vid äktenskapets ingående och det förefaller därför att anledning knappast funnits till ett sådant extraordinärt skydd som ettårsregeln medför.

Enligt lagarna i övriga nordiska länder gäller ansvarets övergång blott till förmån för borgenärer vilkas fordringar uppkommit före gåvans fullbordande. Äktenskapslagens förarbeten innehålla ingen förklaring av det avvikande ställningstagandet. I lagberedningens ursprungliga förslag hade man följt de övriga nordiska ländernas lagar, men i 1924 års förslag förekommer det utvidgade stadgandet utan någon motivering (2:32). Lagberedningens mening har måhända varit att det ökade skyddet, som skulle gälla även gåvor under äktenskapet vilka enligt förslaget voro tillåtna, skulle bryta det motstånd förslaget i sistnämnda del hade rönt. Stadgandet kan dock icke sakligt försvaras. Visserligen är återvinning tillåten om en gåva fullbordats inom ett år före konkursen. Men gäldansvaret inträder oberoende av om givaren försättes i konkurstillstånd och det är överhuvud svårt att ålägga någon, som under iakttagande av föreskriven offentlighet gratis förvärvat egendom av sin blivande make, ansvar för den sistnämndes framtida, helt privata skulder. Man hade bort nöja sig med vad konkursstadgan föreskriver om återvinning.

Rätten att åberopa gåvotagarens ansvarighet tillkommer varje borgenär individuellt och den tillhör således icke givarens konkursbo (om återvinning jfr nedan). Är gåvotagaren under konkurs, avskiljes gåvan eller dess värde icke ur konkursboet för de borgenärers räkning som kunna göra gällande ansvarigheten, utan dessa äga bevaka sina fordringar efter vanliga regler.

Jämväl beträffande fordringar som uppkommit inom ettårsfristen efter gåvans fullbordande tillkommer utsökningsbefogenheten borgenärerna individuellt. Dessa borgenärer ha visserligen icke lidit någon omedelbar skada till följd av gåvan, men i lagen finnes ingen antydan om att deras anspråk kunde göras gällande endast om givaren försatts i konkurstillstånd, än mindre därom att betalningen borde indrivas för konkursboets räkning och således även till förmån för sådana borgenärer vilkas fordringar uppkommit efter utgången av ettårsfristen.

Finnas flere borgenärer som kunna göra gällande gåvotagarens ansvarighet och förslår gåvans värde icke till allas förnöjande, bör en var av dem allenast erhålla en så stor del av värdet som proportionellt motsvarar hans fordran.

Gåvotagaren är icke berättigad att efter gottfinnande utvälja de borgenärer han vill förnöja och lämna de övriga utan betalning. Handlar han annorlunda, kan han icke gentemot en förbigången borgenär åberopa vad han tidigare betalt till en annan utöver dennes proportionella andel. Han måste

till den förbigångne utgiva vad denne tillkommer. De övriga borgenärerna äro å sin sida skyldiga att återställa vad de uppburit för mycket. Talan får väckas av gåvotagaren sedan han förnöjt den förbigångna borgenären. Den sistnämnde kan också i eget namn kräva de övriga borgenärerna på återbäring. Han är således berättigad till val mellan gåvotagaren och nämnda borgenärer. Då gåvotagaren vid förnöjandet av en borgenär ej haft kunskap om att andra borgenärer finnas eller skälig anledning att sådant förmoda, torde gåvotagaren, med hänsyn till ansvarighetens exceptionella art, ej behöva betala något till andra borgenärer utan dessa äga — utan valrätt — vända sig till dem som uppburit för mycket.

Ansvarighetssummans proportionella fördelning bör kunna genomföras även i det fall att en borgenär redan erhållit dom mot gåvotagaren. Annan borgenär torde vid behov tillkomma rätt att vid verkställighet göra anspråk på andel i influtna medel under förutsättning att han efter anvisning av utmätningsman anställer talan mot gåvotagaren (jfr UL 6:3, 12). Men även efter verkställighetens slutförande kan nämnda borgenär väcka talan mot gåvotagaren, såvida denne vid domens meddelande vetat eller bort veta av hans fordran, eller framställa krav mot den borgenär till vilkens förmån domen givits.

Gåvotagarens ansvarighet inträder blott subsidiärt, dvs. sedan alla gåvogivarens tillgångar använts till gäldens betalning. Om givaren försatts i konkurs äger dock borgenär utan att behöva anställa återvinningstalan för konkursboets räkning eller avvakta slutlikvid i konkursen göra gällande gåvotagarens ansvarighet. Detta förutsättes i stadgandet att, då givaren är under konkurs, utredning om vad som brister hos givaren ej får påyrkas (ÄL 62 § sista satsen).

Har likväl talan om gåvans återvinning väckts för konkursboets räkning, får betalningsanspråk mot gåvotagaren icke samtidigt riktas från enskild borgenärs sida.

Om gåvotagaren före givarens konkurs infriat en givarens skuld, kan gåvan icke desto mindre återvinnas till konkursboet, men boet är i så fall skyldig återgälda vad som betalats av gåvotagaren jämte ränta (KS 46 § j).

Avser återvinningen icke återställande av själva gåvan utan endast värdet därav (KS 46 § i), skall det belopp som åtgått till skuldens betalning avdragas.

Det är utan betydelse huruvida gåvotagaren infriat skulden på grund av rättegång eller eljest, blott betalningen berott på gäldansvarets övergång enligt ÄL 62 §.

Borgenär som uppburit betalning av gåvotagaren, är principiellt ej skyldig att till boet återställa det mottagna beloppet. Gåvotagaren har i eget namn, för att fullgöra den på honom övergångna betalningsskyldigheten, betalat skulden. Konkursboet kan återvinna gåvan eller dess värde men däremot icke det belopp som en borgenär av gåvotagaren mottagit som betalning för sin fordran. Huruvida till skuldens infriande använts just gåvans värde eller

gåvotagarens övriga tillgångar, verkar ej på saken. Tvivel kan hysas blott i händelse gåvotagaren infriat gälden efter det gåvogivarens egendom avträtts till konkurs. Sådan betalning är i sig själv fullt giltig, eftersom ÄL 62 § uttryckligen stadgar att borgenär även under gåvogivarens konkurs äger kräva av gåvotagaren betalning intill gåvans värde (jfr här ovan). Men frågan kompliceras om konkursboet anställer talan för att återvinna gåvan eller dess värde med stöd av KS 46 § b och g.

Såsom redan antytts, blir återvinning icke utesluten därigenom att gåvotagaren erlägger gäldens belopp till borgenären. Men återvinningen bringar grunden för gåvotagarens betalningsåtgärd att bortfalla och därför har man i lag, KS 46 § j, ålagt konkursboet skyldighet att mot återbekommande av gåvan gottgöra gåvotagaren för vad denne utgivit till borgenären. Förpliktelsen har emellertid uttalats blott för den händelse gåvotagarens betalningsåtgärd vidtagits *före* konkursen. Har betalning skett under konkursen, skulle följaktligen gåvotagaren få avstå gåvan eller dess värde åt konkursboet utan att kunna göra anspråk på gottgörelse för betalningen. Detta vore oskäligt mot honom. Han skulle bli nödsakad att försöka få sitt åter av borgenären, ehuru betalningen varit fullt laglig, och han skulle, om talan tillåtes, löpa risken av borgenärens insolvens. Den lämpligaste utvägen vore att låta den i KS 46 § j-punkten konkursboet ålagda återbäringsskyldigheten även i detta fall gälla till förmån för gåvotagaren. Lösningen är att förorda om konkursboet berättigas till regress mot borgenären, som lyft betalning under konkursen. Regresskrav torde kunna tillerkännas, dock naturligtvis endast i den mån borgenären bekommit mera av gåvotagaren än vad som motsvarar hans lagliga konkursdividend. På så sätt skulle de berördas intressen bli skäligen tillgodosedda. Samma förfarande borde väl tillämpas även i det fall att betalning uppburits sedan konkursboets återvinningstalan redan blivit väckt.

17 §. Gäld.

I. 1. Äktenskap medför principiellt ingen inskränkning i makes förmåga att genom rättshandling ikläda sig gäldansvar i förhållande till tredje man. Mannen och hustrun äro i detta avseende likställda (ÄL 33 §). De särskilda inskränkningar som enligt tidigare lag gällde hustrus kapacitet att göra gäld och som inneburo att hustru endast undantagsvis fick utan mannens samtycke ingå gäldförbindelser ha bortfallit. Numera är även hustru i äldre äktenskap berättigad att ensam för sig besluta om ingående av gäldavtal med tredje man (ÄPL 3 §).

Enligt tidigare lag ägde hustrun icke utan mannens samtycke göra gäld med mindre hon rådde över sin fasta egendom eller efter behörig anmälan drev näring (MakEgendL 2:5). Såvitt hustrun enligt denna regel hade rätt att ingå gäldförbindelser, var rättshandlingen fullt giltig, men frågan därom vilken egendom som skall svara för gälden var icke härmed avgjord utan den bedömdes efter reglerna om gäldtäckning (nedan II 3).

I den mån ett gäldförhållande anknyter till rättshandling som icke får av make företagas utan andra makens samtycke, är förpliktelsens (gäldens) giltighet beroende av att rättshandlingen skett i behörig ordning.

Har ena maken utan den andres samtycke, där sådant varit erforderligt, försålt fast egendom till tredje man, blir avtalet i sin helhet ogiltigt om andra maken väcker klandertalan; därmed förfalla även de verkningar av avtalet som innefattat förpliktelser för säljaren (t.ex. förpliktelse att överlämna godset eller låta avstycka en fastighet eller erlägga ett avtalsvite).

Makar i nya äktenskap kunna ingå gäldförbindelser även med varandra. I äldre äktenskap äro dylika avtal däremot allenast i vissa undantagsfall tillåtna.

Jfr ovan 16 § II, III.

Uppkomsten av gäldförhållanden som icke ha sitt upphov i en rättshandling utan grunda sig omedelbart på lag påverkas överhuvud ej därav att gäldenären vid tidpunkten för den händelse som framkallat gälden varit gift. Inträdande av ansvar i anledning av delikt eller obehörig vinst är att bedöma efter de allmänna reglerna rörande skadestånd eller återbäring av sådan vinst (kondiktion). Principiellt gäller detta även då deliktet eller vinstförvärvet ägt rum mellan personer vilka varit gifta med varandra.

I äldre äktenskap kan make dock i regel icke mot andra maken rikta krav på skadestånd eller på återbäring av obehörig vinst annorlunda än i form av vederlagsanspråk vid boskifte. Detta är en följd av bogemenskapen vilken omöjliggör egendomsförskjutningar genom ersättningsprestationer makar emellan. Jfr ovan 16 § II d. Men såframt giftorätt uteslutits, äro ersättningsanspråk icke otänkbara, även om makarna icke genom boskillnad underkastat sig äktenskapslagens egendomssystem, i vilket fall anspråken äro att bedöma på samma sätt som i fråga om nya äktenskap. Närmare härom nedan IV 4.

2. Reglerna om gäldförhållandets uppkomst äro att skilja från dem som avse egendoms användning till betalning av gäld *(gäldtäckningsregler)*. Enligt äktenskapslagen gäller grundsatsen att för makes gäld till tredje man endast gäldenärens egendom svarar (ÄL 33 §). Andra maken tillhörigt gods får tillgripas för gälden blott under villkor att han genom rättshandling iklätt sig ansvar eller att en därmed jämförbar grund för ansvaret påvisas. Väsentligen annorlunda förhåller det sig med äldre äktenskap (MakEgendL 4 kap.). I åtskilliga fall

drabbar ansvaret icke blott gäldenärens enskilda gods utan även egendom vari andra maken har del på grund av giftorätt. Denna reglering leder sitt ursprung från målsmanskapet som utmärktes av att mannen genom sina rättshandlingar fick belasta hela det samfällda boet med gäld. Mannens befogenhet består fortfarande trots att målsmanskapet blivit upphävt. Å andra sidan har bortfallandet av inskränkningarna i hustruns kapacitet ej medfört en utvidgning av den egendomssfär som bildar ansvarsobjektet för hennes gäld. Egendom som förvaltas av mannen får ej ens i fråga om hustruns enskilda gods tillgripas för hennes gäld i vidare mån än vad i äldre lag är medgivet (ÄPL 3 §).

3. a. Vid bedömande av gäldansvaret enligt äktenskapslagen bestämmes ansvarsobjektet uteslutande av den omständigheten vilken rätt till visst gods den gäldbundna maken har jämlikt de allmänna förmögenhetsrättsliga reglerna. Tillhör godset make med sådan rätt att det enligt sagda regler får tagas i mät för borgenärs fordran, kan godset utan hinder av äktenskapet användas till betalning av gälden. Likgiltigt är huruvida andra maken har giftorätt i godset eller ej.

b. På avvikande sätt gestaltar sig ansvarets genomförande i fråga om äldre äktenskap. Reglerna om giftorätt spela härvid en avgörande roll. Ansvarsobjektet har av lagen för viktiga fall angivits på så sätt att det omfattar makarnas giftorättsgods eller åtminstone ena makens andel däri. I sådant fall blir en gränsdragning mellan samfällt och enskilt gods nödvändig. Ibland är ansvaret betingat därav vilken av makarna som har rätt att förvalta viss egendom. Vidare kan tidpunkten för förvärvet av samfälld egendom vara av betydelse vid fastställande av ansvarsobjektet. Allt detta medför att olika grupper inom ramen för makars egendom bildas alltefter beskaffenheten av gälden. De gäldtäckningsregler som avse ansvarets genomförande äro fördenskull tämligen invecklade.

För äldre äktenskap utfärdade gäldtäckningsregler vinna tillämpning redan under bestående äktenskap. De kunna åberopas både av make, vilken vill undantaga gods som enligt sagda regler icke svarar för viss gäld, och av borgenär, vilken vill tillgodogöra sig ansvarsobjektet. Reglerna äro dessutom tillämpliga vid boskifte, vare sig det förrättas under äktenskapet (boskillnad) eller efter dess upplösning.

Stadgandena om egendom varmed gälden skall täckas äro tvingande. Makar i äldre äktenskap få ej genom avtal upphäva eller inskränka den rätt till viss egendom som enligt gäldtäckningsregler tillkommer borgenär. Syftar avtalet till uppnående av en omedelbar rättsverkan under äktenskapet, blir det ogiltigt redan därför att det strider mot det generella förbudet för makar att träffa avtal om egendom eller rättighet i boet (MakEgendL 3:6), men jämväl ett avtal som ingås vid boskifte eller som avser att förbereda skiftet frånkännes giltighet såframt det gör intrång i borgenärers rätt enligt reglerna om gäldtäckning. Deras rättsskydd bör beaktas också av skiftets förrättningsmän. Har sådan egendom tillskiftats hustrun som bort användas till betalning av mannens gäld, kan egendomen utan hinder av skiftet tagas i anspråk av mannens borgenär (jfr nedan 21 § IV 2 b).

c. De gäldtäckningsregler som avse nya äktenskap äro av annan innebörd. Omfattningen av ansvaret för egen gäld påverkas icke av dessa regler utan de böra beaktas blott när det gäller att vid avvittring av makarnas egendom bestämma storleken av den utjämning som skall av ena maken erläggas.

Om dessa gäldtäckningsregler se nedan 21 § V 1 b.

4. Enär vid fastställande av utjämningsplikten enligt äktenskapslagen makes gäld skall avdragas från hans tillgångar kan detta ha till följd att make måste avstå måhända hälften av sin egendom åt andra maken som är skuldsatt. Enligt gällande rätt kan utjämningsplikten — med mindre giftorätten förklaras förverkad (19 § IX) — icke undgås ehuru make skulle behöva sin egendom för sitt eget och barnens underhåll. Varken befrielse från eller uppskov med utjämningens erläggande får beviljas av domstol eller annan myndighet. Vid upplösning av äktenskap genom makes *död* ter sig bilden dock såtillvida ljusare att utjämningen skall utgå till arvingar och icke till den dödes kvarlåtenskap eller konkursbo. Särskilt i sådana fall då minderåriga bröstarvingar finnas kan det följaktligen bli möjligt för den efterlevande att använda hela sin egendom till tryggande av det framtida underhållet.

Jfr 13 § II 2, 21 § IV 1. — Se ock *Bihang V.*

II. 1. Mannen i äldre äktenskap tillkommer den redan antydda allmänna behörigheten att genom gäldförbindelser, som han ingår i eget namn, medföra ansvar även för hustrun i hennes egenskap av bodelägare. För sådan *mannens gäld* svarar — jämsides med mannens enskilda gods — all den egendom som är samfälld och således ingår i makarnas bo (MakEgendL 4:3). Huruvida gälden kommit båda makarna eller enbart mannen till godo är härvid utan betydelse. Beträffande samfälld egendom är ansvaret icke beroende av gränserna för förvaltningsbefogenhet. Även den samfällda egendom som står under hustruns förvaltning kan tillgripas för gälden. Ej ens hennes arbetsförtjänt eller avkomsten av hennes enskilda egendom, då förvaltningen tillkommer hustrun, har undandragits ansvaret. Betalningen skall dock i första hand tagas ur den egendom som förvaltas av mannen.

Enligt dessa gäldtäckningsregler häftar hustruns enskilda egendom icke för mannens gäld. Vid utmätning äger hustrun således undantaga allt det gods som tillhör henne enskilt (MakEgendL 4:6, 1 mom.). Men uppstår konkurs i makarnas bo, bör hustrun för att kunna till fullo åtnjuta sagda förmån söka boskillnad. Hon får visserligen, änskönt boskillnad uteblir, undantaga sitt enskilda fasta gods ävensom sin lösa egendom såvitt den står under hennes förvaltning, men icke sådan henne enskilt tillhörig lösegendom som förvaltas av mannen (MakEgendL 4:6, 2 mom.). Vid konkurs i makars bo tillmätes således egendomsförvaltningen en särskild betydelse då fråga är om lösegendom. Oaktat i boet finnes sådant hustruns lösöre som icke häftar för mannens gäld, likställes egendomen, därest den förvaltas av mannen, med samfällt gods, såframt icke hustrun medelst ett särskilt boskillnadsförfarande i samband med konkursen låter fastslå att egendomen enligt lag ej får användas till gäldens betalning. Om boskillnad icke sökts tillkommer hustrun endast rätt att fordra vederlag vid senare boskifte, varvid ersättningens storlek blir beroende av huruvida användningen av hustruns enskilda gods till betalning av mannens gäld kommit båda makarna eller allenast mannen till godo. Jfr nedan 22 § IV 2, 3, 23 §.

För mannens gäld blir hustrun ansvarig i sin egenskap av bodelägare. Däremot ådrager hon sig icke personligt ansvar i vanlig mening. Betalningskrav få ej riktas mot henne.

HD 1934 II 256, 531; MakEgendL 5:15. Se ock här ovan.

Jfr *Chydenius* s. 257. Personligt ansvar ådrager sig hustrun ej heller enligt tysk rätt i fråga om mannens gäld för vilken det samfällda boet efter reglerna om »allgemeine Gütergemeinschaft» svarar (BGB 1459). Se *Wolff* § 64 IV. Numera åtnjuter mannen motsvarande förmån. Efter lagändringen av år 1957 (Gleichberechtigungsgesetz) gäller som allmän regel att i sådana fall där förvaltningen utövas av ena maken allena personligt ansvar för dennes

gäld åligger blott den förvaltande själv men däremot icke andra maken, hustrun lika litet som mannen (BGB 1422). *Beitzke* s. 93, 96.

För gälden svarar mannen personligen, även med sin enskilda egendom, oavsett om denna förvärvats före eller under äktenskapet eller efter dess upplösning. Men han kan med borgenärens samtycke frikalla sig från personligt ansvar och begränsa ansvaret sålunda att allenast boets egendom får tillgripas för gälden. En sådan överenskommelse kan lika litet frånkännas giltighet som ett avtal mellan bolagsman i öppet bolag och bolagets borgenär därom att dennes fordran hos bolaget får endast utsökas ur bolagets och icke ur den personligen ansvariga bolagsmannens egendom. Jfr förf. Obligationsrätt I § 5 III 1 f, *Wolff* § 64 III 1.

2. För gäld som gjorts av båda makarna *gemensamt* är ock ansvarigheten gemensam. Makarna ådraga sig personligt solidariskt ansvar (MakEgendL 4:2, 1 mom., 5:15). Härvid är det icke en förutsättning att solidaritetsklausul intagits i skuldebrev eller annan förbindelse, ty medgäldenärers ansvarighet är enligt gällande lag presumtivt solidarisk (SBL 2 §).

Dylik gäld skall i första hand infrias med samfälld egendom. Räcker denna ej till hela gälden, fördelas bristen på makarnas enskilda gods i förhållande till deras andelar i boet. Förslår enderas gods ej till täckande av den sålunda bestämda andelen i gälden, svarar andra maken med sin egendom för vad som brister (4:2).

Denna betalningsordning kan åberopas makar emellan men icke emot borgenär (4:6).

Om makes vederlagsanspråk se nedan 22 § IV 2 *in fine*.

Under vissa förutsättningar kan solidarisk ansvarighet följa av en gäldförbindelse som *hustru* i eget namn ingått. Så är förhållandet där hustrun »med mannens samtycke under äktenskapet gjort gäld för boets räkning» (MakEgendL 4:2, 2 mom.). Två betingelser äro sålunda erforderliga för att gälden skall kunna jämställas med makars gemensamma förbindelse. Dels måste hustrun ha handlat *med mannens samtycke,* dels måste gälden ha gjorts *för boets räkning.* Med mannens samtycke avses icke att han genom viljeförklaring till borgenären åtagit sig personligt ansvar för gälden. Krävdes sådant samtycke, som ju redan ensamt för sig medför ansvarighet för mannen och därmed även makarnas solidariska ansvar, skulle fallet lyda under lagens 4:2, *1 mom.* Det i *2 mom.* upptagna stadgandet, varom nu är fråga och som uppställer det ytterligare villkoret att hustrun

gjort gälden för boets räkning, bleve överflödigt. Därför får man i kravet på samtycke ej inlägga den innebörden att mannen måste genom en viljeförklaring till borgenären ha förbundit sig till personligt ansvar. Erforderligt är blott att mannen i förhållande till hustrun gått med på att denna gör gäld för boets räkning. Den interna tillåtelsen kan vara uttrycklig eller tyst, allmän eller speciell, och den må avgivas såväl före som efter förbindelsens ingående. Beträffande gäld för sedvanligt underhåll kan presumeras att mannens samtycke är för handen.

Kravet på mannens samtycke i förehavande fall fortfar att gälla oaktat hustrun numera även i äldre äktenskap har en generell befogenhet att självständigt ingå gäldförbindelser. Denna hustruns befogenhet innebär att hon utan mannens samtycke kan ådraga sig gäldansvar beträffande gods som förvaltas av henne. För att även gods under mannens förvaltning skall häfta för gälden bör mannens samtycke föreligga lika väl som i de fall där hustrun redan enligt äldre lag ägde att fritt besluta om själva gäldförbindelsen (MakEgendL 2:5).

Chydenius s. 201 tolkar stadgandet i MakEgendL 4:2, 2 mom. så, att han låter orden »för boets räkning» utgå. Av det ovan sagda framgår att en sådan tolkning ej kan biträdas.

Det solidariska ansvaret förutsätter blott att hustrun med mannens samtycke »gjort» gäld för boets räkning. Nödvändigt är icke att de med mannens begivande lånfångna medlen eller på kredit köpta varorna använts till gemensamt gagn.

Obilligt är icke att mannen på grund av det interna samtycket blir ansvarig även för penninglån som hustrun i eget namn upptagit för boets räkning. Beträffande nya äktenskap synes lagen efter ordalydelsen intaga den ståndpunkten att mannens ansvarighet ej inträder utan att han i förhållande till borgenären förbundit sig till gäldens infriande (ÄL 52 § 3 mom.). En sådan olikhet mellan ansvaret i äldre och nya äktenskap låter sig näppeligen försvara och därför torde man även i fråga om nya äktenskap böra nöja sig med en intern tillåtelse till upptagning av penninglån för boets räkning på det att solidarisk ansvarighet skall kunna inträda. Jfr nedan III 3.

Hustruns handlingssätt bör utvisa att hon gör gäld för boets räkning. Rättshandlingen måste ha företagits under sådana förhållanden att borgenären skäligen kunnat antaga att pengarna eller varorna komma makarna till godo. Framför allt gäller ansvarsregeln avtal vilka åsyfta tillgodoseende av familjens underhåll inom ramen för hustruns sedvanliga husfrudöme.

Vad som är att hänföra till familjens underhåll i förevarande hänseende, bedömes på samma sätt som i fråga om nya äktenskap. Se nedan III 3.

I MakEgendL 4:2, 2 mom. förekommer ej någon bestämmelse för den händelse att makar på grund av söndring leva åtskilda. Det gemensamma boet har i en sådan situation ännu icke blivit upplöst och även underhållsskyldigheten fortbestår (ÄL 51 §, ÄPL 4 §). Förutsättningen att hustru gör gäld »för boets räkning» kan således anses vara uppfylld vad underhållsgäld beträffar. Däremot torde mannens samtycke till gälden merendels saknas. Att mannen alltjämt avser att tillåta hustrun uppköp på kredit med oinskränkt ansvar för honom är visserligen möjligt, men en presumtion för sådan tillåtelse kan ej uppställas.

Jfr ÄL 52 § 3 mom., nedan III 3.

3. För gäld som göres av *hustru* utan att förutsättningarna för inträdande av gemensamt ansvar enligt det ovansagda (2) äro för handen, svarar allenast den egendom varöver hustrun råder (MakEgendL 4:4). Avgörande är att egendomen står under hennes förvaltning. Även om fråga vore om hustruns enskilda egendom häftar den ej för gälden, såvida det är mannen som befogenheten att råda över egendomen tillkommer. Å andra sidan är att märka att hustruns förvaltningsgods går i sin helhet till gäldens betalning. Vidkommande samfällt gods äger följaktligen mannen icke undantaga värdet av sin giftorätt.

4 a. Omförmälda regler avse gäld som grundar sig på avtal eller annan rättshandling. Beträffande gäld på grund av brott eller annan *rättsstridig handling* (delikt) gäller en särskild ansvarsregel enligt vilken gäld, som tillkommit »av mannens eller hustruns särskilda vållande eller förgörelse, därav den andre ingen nytta eller del haft» skall betalas så att »den saklöses rättighet i boet» ej lider intrång. Betydelsen av denna norm understrykes av lagen genom hänvisning till grundsatsen att »var äger sin sak ensam böta och ej annans lott förverka» (4:5).

I dessa fall får således till betalning användas förutom gäldenärens enskilda egendom blott en så stor del av samfälld egendom som svarar mot gäldenärens andel i boet. Den saklöses enskilda egendom och hans andel i boet svara icke för gälden. Likgiltigt är vilken av makarna som äger att råda över ansvarsgodset. Detta fram-

går av stadgandet rörande hustruns böter och skadestånd, vari det uttryckligen uttalas att för gälden får även sådan samfälld eller hustruns enskilda egendom tillgripas som förvaltas av mannen (4:4).

Vid utmätning eller konkurs kan den saklöse icke i full utsträckning åberopa ansvarsbegränsningen med mindre boskillnad sökes. Utan anlitande av detta förfarande får icke undantagas annat än enskilt gods samt i fall av konkurs enskilt fast gods och, i fråga om hustru, sådan enskild lösegendom som undandragits mannens förvaltning (4:6). Lagen är bristfällig såtillvida att den icke innehåller någon uttrycklig bestämmelse om fredande av giftorätt vid utmätning. Till boskillnadsförfarande hänvisas blott i stadgandet om konkurs. Det är dock icke tänkbart att den gäldfria maken stode skyddslös beträffande sin giftorätt när det är fråga om utmätning. Utmätning är icke i och för sig boskillnadsskäl, men om gälden är så stor att den ej kan till fullo betalas med egendom som får därtill användas, må boskillnad äga rum (5:1). Göres boskillnadsskälet sannolikt, bör med utmätningen anstå och den gäldfria maken äger inom tre månader söka boskillnad med verkan att giftorätten fredas (jfr 5:12, 18). Se *Chydenius* s. 206. Jfr nedan 23 §.

I makars inbördes förhållande sträcker sig den saklöses skydd ännu längre. Vid boskifte skall han bli ersatt för den minskning av sin lott i boet som är en följd av att samfälld egendom tillgripits för gälden. Den saklöse äger påyrka vederlag till så stort belopp som svarar mot hans giftorätt i vad sålunda ur boet gått och vederlag skall uttagas icke blott ur samfälld egendom utan även ur den skyldiges enskilda gods (4:7).

Närmare om vederlagsanspråkets genomförande nedan 22 § IV.
Enligt reglerna om »allgemeine Gütergemeinschaft» i tysk rätt svarar hela den samfällda egendomen för deliktsgäld gentemot borgenären, men i makars inre förhållande betraktas gälden som den skyldiga makens »Sonderlast». Se *Wolff* § 65, *Beitzke* s. 97.

Har make haft nytta av andra makens delikt, kan han icke freda sin enskilda egendom eller sin lott i boet för ansvar. Detsamma gäller om make varit delaktig i den rättsvidriga handlingen på så sätt att solidariskt ansvar enligt deliktsregler inträder.

Med »vållande» och »förgörelse» avses närmast brott och annan rättsstridig handling som av make begåtts mot tredje man (borgenär). Men det är skäl att tillämpa stadgandet även i fall då make utan egen skuld blivit skadeståndsskyldig utanför kontraktsförhållande (principalansvar, fareansvar) samt då fråga är om återbäring av obehörig vinst varav andra maken ingen nytta haft. Vidare är stadgandet

tillämpligt exempelvis när make ådragit sig personlig ansvarighet för sin arvlåtares skulder eller underlåtit att fullgöra sin legala underhållsskyldighet gentemot barn utom äktenskap.

På makes kontraktsgäld äger förevarande stadgande (MakEgendL 4:5) principiellt icke tillämpning. Har mannen förbrukat de av honom (enligt 4:3) upplånade pengarna eller de på kredit köpta varorna för ändamål som äro främmande för familjens fördel, lider borgenärens rätt ej härigenom någon minskning.

Stadgandet om deliktsgäld i 4:5 är icke så att förstå, att »vållande» endast betyder frånvaro av »nytta» för andra maken. Då lagen betecknar ifrågavarande gäld som tillkommen av mannens eller hustruns »särskilda vållande eller förgörelse, därav den andre ingen nytta eller del haft», så innebär detta dels att vållande mot borgenär skall föreligga, dels att den saklöses ansvar är begränsat om han ej haft nytta av vållandet. Att identifiera vållande och bristande nytta låter sig icke göra. Lagrummet innehåller ej att make anses ha handlat av vållande städse då hans gäld icke kommit andra maken till godo. Om detta varit meningen, så hade hänvisningen till vållande bort helt utgå, varefter stadgandet endast innehållit satsen att då make gjort gäld varav andra maken ingen nytta haft, den sistnämndes enskilda egendom eller lott i boet ej får användas till gäldens betalning. En så allmän ansvarsbegränsning skulle ha medfört en betydande minskning i målsmannens befogenheter och gjort honom vid gälduppta gning och andra kreditavtal till den grad beroende av hustruns samtycke att detta säkerligen ej hade stått i överensstämmelse med den rättsuppfattning som ligger till grund för lagen.

Jfr *Chydenius* s. 192 ff., som i princip ansluter sig till uppfattningen att stadgandet i MakEgendL 4:5 icke innefattar en på kontraktsgäld tillämplig regel.

Det i 1734 års lag upptagna förbudet för hustru att ingå borgen (HB 10:13) har åberopats för meningen att även kontraktsgäld inbegripes under förevarande ansvarsregel. Man har påstått att enär hustrun ej fick ingå borgen var även hennes målsman ur stånd att med sina egna borgensförpliktelser belasta hustruns lott i boet. Så bl.a. *Chydenius* s. 193 trots sitt principiella ståndpunktstagande angående räckvidden av MakEgendL 4:5, som återger innehållet i 1734 års lag GB 11:4. Härvid har emellertid förbisetts, att lagen icke innehållit ett absolut förbud för hustrus borgenförbindelser utan endast ett stadgande därom att hustrun ej får ingå borgen »utan mannens ja och samtycke» (HB 10: 13). Förbudet återgav allenast den för äldre rätt utmärkande allmänna grundsatsen att hustrun blott med mannens samtycke hade förmåga att ingå gäldförbindelser, däribland borgen. Denna grundsats har hos oss gällt under hela den tid regeln om hustrus borgen varit i kraft (annorlunda i Sverige, se *Winroth* II s. 53, 56 f.). Stadgandet om borgen, vilket upphävdes år 1929, ger således intet stöd för uppfattningen att borgen som sådan varit förbjuden för hustrun och att mannen skulle ha gjort sig skyldig till otillbörligt beteende om han i stället för att ha samtyckt till hustruns förbindelse skulle själv ha ingått borgen och därmed belastat hustruns lott i boet med gäld. Positiv lag ger överhuvud ej vid handen att borgenärs krav på grund av mannens förbindelse kunde mötas med invändningen att mannen vid förbindelsens ingående handlat i strid mot

hustruns fördel. Endast direkt på lag grundade obligationer påverkas av dylika hänsyn på sätt MakEgendL 4:5 utvisar.

Den oriktiga lagtolkningen har likväl följts i praxis och ansvaret på grund av mannens borgensförbindelser har i åtskilliga fall bedömts enligt MakEgendL 4:5. Jfr hänvisningarna till rättsfall hos *Ylöstalo,* Takauksesta, s. 52, 54, *Rautiala* s. 224.

Den för deliktsgäld gällande ansvarsnormen bör dock tillämpas på sådana kontrakt som endast innebära en fastställelse av deliktsgälden medelst förlikning, novation eller annan rättshandling, exempelvis växelförbindelse eller skuldebrev.

Vad make betalt till sin försvarsadvokat, avser uppfyllelse av det mellan dem ingångna mandatkontraktet som grundlägger en civilobligation. Egentligen borde således reglerna om kontraktsgäld tillämpas. Detta skulle emellertid medföra att även hustruns lott i boet och sådan hennes enskilda egendom som förvaltas av mannen kunde tillgripas för gälden, vilken medelbart föranletts av mannens delikt. Resultatet vore obilligt och fördenskull bör man anse att ansvaret för nämnda gäld är att bedöma efter reglerna rörande deliktsgäld. Så ock praxis, se HD 1929 II 644. Detsamma torde gälla om räkning av hustrus försvarsadvokat. Reglerna om ansvar för kontrakt som hustrun slutit utan mannens samtycke skulle visserligen icke nämnvärt äventyra mannens rätt i boet enär för dylik gäld endast hustruns förvaltningsgods svarar, men oskäligt vore det om hustrun i föreliggande fall ej kunde i samma mån som mannen tillgodogöra sig giftorätten som kreditbasis när sådant påkallas av hennes intresse.

b. Om ansvar för *skattegäld,* som hör till de legala förpliktelserna, gäller enligt L om inkomst- och förmögenhetsskatt 11 §, att makar, ehuru de blivit sambeskattade, äro betalningsskyldiga var inom ramen av den egendom han råder över. Ansvaret blir således i äldre äktenskap anknutet till vardera makens förvaltningsrätt på liknande sätt som hustruns ansvar i fråga om hennes kontraktsgäld enligt MakEgendL 4:4 (ovan 3). Likgiltigt är huruvida den egendom som står under den betalningsskyldiges förvaltning är samfälld eller tillhör andra maken enskilt.

Nämnda ansvarsreglering följer av specialstadgandet i skattelagstiftning och icke av gäldnormerna i MakEgendL som ej äro tillämpliga på skattegäld. Därför är det missvisande att man i rättspraxis åberopat t.o.m. MakEgendL 4:2 som endast angår ansvar för makars gemensamma kontraktsgäld (HD 1928 I 11 jfd med den dåvarande inkomstskattelagens 7 §). Jfr *Rekola,* Tulo- ja omoisuusverolaki s. 76, vari konstateras att skattegälden icke är gemensam utan enskild gäld.

Beträffande sådan skattegäld som till sin natur ej är att likställa med inkomst- eller förmögenhetsskatt torde man i allmänhet böra gå

ut ifrån att för gälden den egendom svarar som givit upphov till skatten, utan avseende på vilken av makarna som råder däröver enligt MakEgendL.

Med den egendom make förvärvat efter äktenskapets upplösning ansvarar han icke för andra makens inkomst- eller annan skatt, som hänför sig till tid före upplösningen. Annat kan blott följa av försummelse att avträda död makes egendom till urarvakonkurs.
Jfr nedan 21 § III 3, IV 1.

5. För makes gäld från tid *före äktenskapet* (s.k. föregående gäld) häftar i första hand den egendom gäldenären ägde vid äktenskapets ingående, oavsett att den genom äktenskapet kommit att ingå i det samfällda boet. Andra maken får ej freda sin giftorätt i denna egendom, han kan blott yrka att gälden i främsta rummet skall täckas med gäldenärens enskilda tillgångar. Räcker gäldenärens tidigare egendom, försåvitt den är i behåll, ej till gäldens betalning, skall härtill användas enskild egendom som gäldenären förvärvat under äktenskapet. I sista hand skall tillgripas gäldenärens giftorätt i övrig egendom, varemot andra makens giftorätt i denna egendom är fri från ansvar (MakEgendL 4:1).

Syftet med denna reglering är att skydda borgenären mot att andra maken på grund av giftorätt undantoge egendom som den gäldbundna maken ägde vid äktenskapets ingående. Giftorätt i denna egendom kan ej göras gällande innan gäldens belopp avdragits därifrån. Å andra sidan belastar gälden icke annat giftorättsgods i vidare mån än vad som motsvarar gäldenärens andel i detsamma.

Make före äktenskapet tillhörig egendom som blivit samfälld får tillgripas för gälden endast såframt godset finnes kvar som sådant *(in specie)*. Har dylik samfälld egendom föryttrats mot vederlag, kan detta icke anses såsom före äktenskapet förvärvat gods. Jfr *Chydenius* s. 195, *Thyrén,* Makes gäld, 1893, s. 150.

Vid ansvarsregelns tillämpning är det utan betydelse huruvida den före äktenskapet tillkomna gälden beror på kontrakt eller delikt.

Sökes icke boskillnad, äger den make som ej gjort gälden vid utmätning eller konkurs undantaga allenast sin enskilda egendom (MakEgendL 4:6).

Å andra sidan har den icke gäldbundna maken rätt att vid äktenskaps upplösning fordra vederlag, därest samfälld egendom eller hans enskilda gods använts till betalning av ifrågavarande gäld, dock att vid betalning ur samfälld egendom vederlag skall utgå blott försåvitt gälden överskjuter värdet av samfälld egendom som den gäldbundne infört i boet (MakEgendL 4:7, 8). Jfr nedan 22 § IV.

Nämnda betalningsordning förutsätter att make står i skuld till tredje man. Beträffande makes före äktenskapet uppkomna *fordran hos andra maken* förefinnes ej sådan motsättning mellan den gäldbundne och andra maken som skulle göra det möjligt att tillämpa betalningsordningen jämväl i detta fall. Den gäldbundnes ansvar bör väl bedömas på så sätt att han häftar för gälden med all sin egendom utan åtskillnad, såväl med sitt enskilda gods som med sin andel i boet. Men fordringen kan i regel göras gällande blott vid boskifte.

Innan boskifte ägt rum, kan make icke infria gälden med samfällda medel, ty dessa förbli makarnas gemensamma egendom också efter betalningen. Någon ändring i äganderätten har ej skett. Betalar make gälden med sina enskilda tillgångar, förvärvar andra maken ej heller äganderätt. Han kan icke åberopa surrogationsprincipen, ty fordringen, i vars ställe betalningen skulle träda, är under äktenskapet ej längre hans enskilda egendom utan den tillhör boet. Men lika litet överför betalningen äganderätt till boet, ty make kan icke under äktenskapet förvandla sin enskilda egendom till samfällt gods, icke genom äktenskapsförord och än mindre genom annan rättshandling.

I det undantagsfall att den före äktenskapet uppkomna fordringen genom förord förbehållits borgenären såsom enskild egendom är det dock möjligt att gälden betalas före boskiftet. Surrogationsprincipen kan då tillämpas. Vad make erhåller som betalning träder i den enskilda fordringens ställe och blir således hans enskilda egendom. Äganderätten har alltså övergått. Förutsättningen är dock att till betalning användes gäldenärens enskilda tillgångar. Förekomsten av dylika tillgångar behöver ej utredas vid utverkande av betalningsdomen utan först vid verkställigheten. Jfr HD 1934 II 451, 1935 II 299.

Makes fordran hos andra maken har icke slocknat genom äktenskapets ingående. Även om fordringen, där ej annat bestämts i äktenskapsförord, blir en boets tillhörighet och gäldenären således är dess samägare, medför detta icke en sådan förening av fordran och gäld (konfusion) att fordringsrätten skulle försvinna. Icke heller en fordran som en arvlåtare haft hos en arvinge (då flere arvingar finnas) slocknar till följd av dödsfallet och det därigenom uppkomna samäganderättsförhållandet; den betraktas som boets tillgång och kan utkrävas av gäldenären eller ock läggas på dennes lott vid skiftet. Se *Chydenius* ArvsR s. 101. Jfr dock densamma, Äktenskapsrätt s. 196, 216, där han uttalar att fordringen slocknat vid äktenskapets ingående men tillåter borgenären att såsom ersättning för minskning av den samfällda egendomens värde (fordringen skulle trots konfusionen fiktivt anses som boets tillhörighet vilken boet gått miste om) vid boskifte göra anspråk på vederlag vilket skulle tagas ur den gäldbundna makens, som dragit nytta av konfusionen, lott i boet och hans enskilda egendom till så stort belopp som svarar mot bogenärens giftorätt i den slocknade fordringen. Jfr även *Rautiala* s. 216. Denna invecklade konstruktion undvikes om man, med bortseende från konfusionsteorin, helt enkelt behandlar makes fordran hos andra maken såsom boets tillgång vilken tillskiftas den gäldbundna maken i avräkning på hans lott. Först genom denna åtgärd upphör fordringen.

6. Mellan de olika gäldgrupperna gäller i och för sig ingen prioritetsordning. Icke heller bestämmelsen därom att föregående gäld skall i främsta rummet betalas ur egendom som make ägt före äktenskapet grundlägger prioritet i förhållande till borgenärer vilkas fordringar uppkommit under äktenskapet.

Ett exempel må anföras. Make har skulder före äktenskapet 1000 och senare gäld 2000. Hans enskilda egendom, som förvärvats dels före dels under äktenskapet, utgör 500 och han har sådan före äktenskapet förvärvad egendom, som blir samfälld, 500, varjämte i boet finnes annan samfälld egendom 1000. Den under äktenskapet uppkomna gälden är sådan att såväl samfälld som, i sista hand, enskild egendom får användas till dess betalning. För båda gäldgrupperna häftar således: enskild egendom 500, hälften av samfälld egendom från tid före äktenskapet 250 och hälften av annat samfällt gods 500, sammanlagt 1250. Sedan gälden i förhållande till skuldbeloppen (1000:2000) täckts med denna summa, har föregående gäld betalts med 416,67 och senare gäld med 833,33. Till betalning av återstoden får användas, för föregående och senare gäld hälften av före äktenskapet förvärvad samfälld egendom 250 i förhållande tlil skuldbeloppen (1000:2000) samt för senare gäld även andra hälften av den samfällda egendom vilken bekommits under äktenskapet eller 500. Den sammanlagda täckningen utgör för föregående gäld 500 och för senare gäld 1500.

Detta resultat bör jämkas därest fordran skall utgå med förmånsrätt enligt FörmånsrättsF. Är före äktenskapet uppkommen fordran oprioriterad men tillkommer senare fordran, t.ex. arbetslön eller skatter, förmånsrätt, skall betalning för sistnämnda fordran erläggas först, oaktat detta skulle leda till att föregående gäld blir ogulden.

7. Har borgenär genom åtgärd av dispositionsberättigad make uppburit betalning ur egendom som enligt gäldtäckningsregler icke bort användas därtill, kan beloppet ej återkrävas. Andra maken som anser sig ha blivit förfördelad får endast fordra vederlag vid boskifte.

Enligt *Chydenius* s. 205 tillkomme betalaren återkravsrätt i händelse borgenären lyft beloppet i ond tro.

III. 1. Makes ansvar för gäld i nya äktenskap bedömes enligt allmänna civilrättsliga regler. På samma sätt som personer i övrigt svarar vardera maken med sin egendom för den gäld som han gjort (ÄL 52 §). Mannen tillkommer ej någon på äktenskapet grundad rätt att utsträcka ansvaret för sina gäldförbindelser till hustruns egendom. I likhet med hustrun äger han upptaga lån eller ingå andra kreditavtal endast på basen av sin förmögenhet, såframt ej allmänna civilrättsliga principer föranleda annat. Allenast beträffande gäld för familjens underhåll finnes en särskild bestämmelse som går längre än vad som eljest skulle ha följt av reglerna för stiftande av gäldförhållanden (nedan 3).

2. Till huvudregeln ansluter sig stadgandet att solidariskt ansvar inträder för gäld som under äktenskapet gjorts av bägge makarna gemensamt (53 §). Vardera maken blir gäldenär på grund av förbindelsen och båda svara med sin egendom såsom solidariska gäldenärer i allmänhet. Regeln innefattar en presumtion som kan åsidosättas genom avtal mellan makarna och borgenären.

Vid äktenskapslagens tillkomst kunde presumtionen om solidarisk ansvarighet uppfattas som en särskild på det äktenskapliga bandet beroende norm. Men sedan genom skuldebrevslagen den allmänna grundsatsen blivit införd att för gäld som gjorts av flere utan förbehåll om delad ansvarighet gäldenärerna svara en för bägge och bägge för en (SBL 2 §), innebär den i äktenskapslagen uttalade regeln ej mer någon avvikelse från vad som eljest gäller om medgäldenärers ansvar.

2. För gäld som endera maken gjort för familjens *underhåll* blir även andra maken ansvarig. Make som slutit avtalet och andra maken ansvara för gälden en för bägge och bägge för en (ÄL 52 § 2 mom.). Det solidariska ansvaret har en viss anknytning till den vardera maken åliggande skyldigheten att med pengar bidraga till familjens underhåll (46 §). Av denna skyldighet, som hänför sig till makars inre förhållande, följer icke utan vidare att båda makarna gentemot borgenären bli ansvariga för underhållsgäld som den ene av dem gjort. Men enär make vid uppköpet ombesörjer en gemensam angelägenhet har regeln om solidariskt ansvar goda skäl för sig. Vanligen företagas uppköpen av hustrun, som därvid i allmänhet handlar med mannens tillåtelse, och det kan förutsättas att säljaren fäster vikt även vid mannens förmögenhetsvillkor när han beslutar om beviljande av kredit. Genom regeln främjas båda parternas intressen, säljarens, som därigenom vinner ökad trygghet som kreditgivare, och makarnas, vilkas sammanlagda kreditvärdighet underlättar dens rättshandlingar som företager uppköpen.

Det solidariska ansvaret är icke beroende av att för underhållet tjänliga varor, som make köpt på kredit, verkligen bli använda för ändamålet. Avgörande är att varorna till sin art äro ägnade att tillgodose underhållet.

Sin solidariska ansvarighet kan make ej avböja enbart genom att visa att han icke samtyckt till eller att han motsatt sig avslutandet av kreditköp för underhållet. Köpets objektiva innehåll är bestämmande för det gemensamma

ansvarets inträde. Uti äldre äktenskap följer mannens ansvar av att hustrun handlat med hans samtycke. I praktiskt hänseende förefinnes dock knappast någon skillnad, ty mannen bör presumeras ha gått med på att hustrun vid behov anskaffar för underhållet nödiga varor på kredit. Jfr ovan II 2.

Begreppet underhåll bestämmes härvidlag enligt allmänna kriterier. Kreditköp kan avse varor för den gemensamma hushållningen, såsom livsmedel, husgeråd och bohag, eller för tillgodoseende av makes eller barnens särskilda behov, inom ramen av familjens levnadsstandard (jfr 11 § II 1). I övrigt komma i betraktande främst arbetsavtal med hembiträde samt hyresavtal rörande bostad åt familjen. Beträffande bostadshyra stadgas numera uttryckligen i hyreslagen att makar häfta solidariskt för alla förpliktelser på grund av ett hyresavtal rörande lägenhet som innehas av dem båda.

Se HyresL 47 §.

Stadgandet om hyresavtal gör ingen skillnad mellan äldre och nya äktenskap. Redan före äktenskapslagens tillkomst hade man i rättspraxis under åberopande av MakEgendL 4:2 ansett solidarisk ansvarighet inträda i dylika fall, se HD 1928 II 124.

Ang. tolkningen av äktenskapslagen i detta avseende jfr *Huttunen* s. 103.

Enligt de övriga nordiska ländernas lagar gäller regeln om solidariskt ansvar endast avtal vilka avse den »dagliga» hushållningen. Av den snävare formuleringen har man vid tolkning av dansk rätt slutit sig till att make icke genom hyresavtal kan förplikta andra maken där ej denne på grund av frånvaro eller sjukdom är ur stånd att handha sina angelägenheter. *Borum* s. 242. Vidkommande svensk rätt förfäktas en ännu strängare tolkning av *Westring* s. 104.

Äktenskapslagens solidaritetsregel är givetvis ej tvingande. Den icke kontraherande makens ansvar kan uteslutas genom förbehåll vid avtalsslut och omständigheterna kunna även eljest ge vid handen att sådan befrielse åsyftats.

För underhållsgäld häftar all makarnas egendom. Finnes vid äktenskapets upplösning gäld, som endera maken gjort för tillgodoseende av mannens särskilda behov, är dock hustrun ej skyldig att därför svara med egendom som hon efter upplösningen med sitt arbete förvärvat (ÄL 55 §).

Befriar borgenären efter avtalsslutet den ene av makarna från ansvaret då detta varit solidariskt, svarar andra maken ej mer för hans andel i skulden. Detsamma gäller om bevakning för avbrytande av preskription försummats i förhållande till den ene av makarna (PreskF 3 §).

Gäld med solidariskt ansvar kan ej stiftas av make som är omyndigförklarad. Men uteslutet är det icke att andra maken det oaktat ådrager sig ansvar antingen enligt reglerna om *negotiorum gestio* eller ock på den grund att han uttryckligen eller stillatigande godkänt kreditköpet som avsett att tillgodose familjens behov av underhåll.

Under det legala solidariska ansvaret inbegripes enligt uttrycklig bestämmelse icke penninglån för bestridande av underhållsutgifter (ÄL 52 § 3 mom.).

För penninglån som ena maken upptagit för nämnda ändamål blir andra maken ansvarig om han förbundit sig därtill. Men det synes ej kunna fordras att han genom viljeförklaring till borgenären åtagit sig gäldansvaret. Liksom i fråga om äldre äktenskap torde det vara tillfyllest att make vid lånupptagningen handlat med andra makens till honom riktade (interna) samtycke. Jfr ovan II 2. Sådant samtycke kan framgå av att lånet faktiskt blivit använt till familjens underhåll.

Har make till säljare efter det han hos denne inköpt varor på kredit utfärdat skuldebrev eller växel för att därigenom underlätta prisfordrans indrivning, innefattar förbindelsen icke upptagande av penninglån. Men andra maken blir naturligtvis icke ansvarig för förbindelsen som sådan, enär hans namnunderskrift saknas; anvaret bör grundas på det faktum att fråga är om underhållsgäld eller att varorna inköpts i hans namn. Det är också tänkbart att förbindelsen utfärdats i syfte att koncentrera ansvaret för underhållsgäld enbart på den make som undertecknat förbindelsen.

Leva makar på grund av söndring åtskilda och visste borgenären vid underhållsgäldens uppkomst detta, vinner solidaritetsregeln ej heller tillämpning (ÄL 52 § 3 mom.).

Så länge sammanlevnaden fortgår finnes tillfälle till ständig kontroll av huru den av makarna handhar sitt uppdrag som ombesörjer kreditköpen. Denna kontrollmöjlighet saknas när makarna på grund av söndring leva åtskilda. Dessutom är det att befara att make i en dylik situation kunde känna sig frestad att göra bruk av andra makens kreditvärdighet på ett sätt som i onödan ökar underhållsutgifter. Även om makarnas ömsesidiga underhållsskyldighet icke avbrytes genom särlevnaden, är det motiverat att tillämpningen av solidaritetsregeln upphör gentemot borgenär (säljare) som är underkunnig om förhållandet.

Make kan ock på grund av domstols utslag gå förlustig behörigheten att med förpliktande verkan för andra maken göra gäld. Detta förutsätter att missbruk vid ingående av kreditavtal för underhåll ägt rum (ÄL 56 §).

En förkortad preskriptionstid har föreskrivits för talan som av borgenär enligt solidaritetsregeln riktas mot den av makarna vilken ej själv medverkat till uppkomsten av underhållsgälden. Talan skall väckas inom två år från förfallodagen eller, om gälden skall betalas vid anfordran, från dess uppkomst (ÄL 54 §). I förhållande till make som gjort gälden tillämpas vanliga preskriptionsregler. Den förkortade tiden gäller under förutsättning att make som ej deltagit i avtalsslutet ej heller senare genom viljeförklaring åtagit sig ansvar för gälden. Har han däremot genom utfärdande av skulde-

brev eller eljest förbundit sig till betalning, löper den allmänna preskriptionstiden.

Den förkortade preskriptionen kommer i främsta rummet att tjäna mannens fördel. De för underhåll erforderliga inköpen ombesörjas merendels av hustrun och det personliga ansvaret hon därigenom ådrager sig lyder under den allmänna preskriptionen. Detta kan synas egendomligt i de fall där familjens ekonomi bygger på mannens inkomster. I dansk rätt har därför en kortare preskriptionstid stadgats endast till förmån för hustrun och den skall tillämpas även då hustrun gjort gälden. Jfr *Borum* s. 240.

4. För deliktsgäld och annan gäld utanför kontraktsförhållande svarar make endast med sin egendom. Solidarisk ansvarighet kan dock i dessa fall följa av de normer som ingå i allmän eller speciell skadeståndsrätt.

5. För att kunna vid utmätning för andra makens gäld undantaga egendom bör make styrka sin äganderätt liksom envar som vill skydda sin egendom mot utmätning för främmande gäld (UL 4:10, 4 mom.). Detsamma gäller i händelse av andra makens konkurs, oberoende av vem som i rättegången är kärande, således även då egendomen innehaves av den icke gäldbundna maken mot vilken boet anställer vindikationstalan (KS 54 § 2 mom.). Beträffande egendom som make förvärvat av andra maken äger borgenär fordra bevis för att icke en förbjuden gåva föreligger (ovan 16 § IV 1, 2).

Den icke gäldbundna maken kan freda sin egendom mot andra makens borgenärer även i fall då han tillsammans med gäldenären är samägare av visst gods. Hans ägarandel får icke tillgripas för gäldens betalning. Samäganderätt förutsätter i allmänhet att båda makarna deltagit i den rättshandling varigenom godset förvärvats från tredje man. Har endast den ene av makarna uppträtt som kontrahent, anses han ha blivit allenaägare oaktat andra maken tillhandahållit pengar för inköpet (ovan 13 § II 5). Saknas utredning om i vilkens namn avtalet ingåtts, tillämpas presumtionen att båda makarna gemensamt förvärvat godset till lika stora andelar (ÄL 89 §). Beträffande gods som anskaffats för familjens underhåll är nämnda brist i utredningen dock icke en förutsättning för tillämpning av presumtionen, som i dylika fall blir undanröjd endast om makarna genom inbördes avtal reglerat äganderättsfrågan på avvikande sätt (jfr 11 § III 2).

Det praktiska genomförandet av samägares separationskrav kan vara förenat med svårigheter. Utmätning får riktas blott mot gäldenärens andel i godset och följden blir att denna försäljes på exekutiv auktion. Inropas andelen av tredje person och är själva godset odelbart, blir oftast en annan auktion nödvändig för avvecklande av samäganderättsförhållandet enligt 1958 års samäganderättslag. Med den icke gäldbundna makens samtycke torde dock den exekutiva auktionen kunna föranstaltas sålunda, att hela det odelbara godset försäljes med förbehåll därom att nämnda make får uttaga sin andel ur köpeskillingen. Enligt dansk praxis synes detta enklare förfarande vara tillgängligt jämväl utan samtycke av den icke gäldbundna maken. *Borum* s. 154. Jfr omröstningen hos oss HD 1949 II 452. Om presumtionens betydelse se HD 1956 II 58.

IV. Borgenärernas inbördes konkurrens bestämmes efter de allmänna reglerna (FörmånsF).

1. För *makes fordran hos andra maken* gäller dock en särregel. Sådan fordran skall utgå med *sämsta rätt* såväl vid utmätning hos den gäldbundna maken, då betalning samtidigt utsökes för annan borgenärs fordran, som vid denna makes konkurs (ÄL 57 §). Fordran tillhörande annan borgenär har företräde framför makes fordran även om den eljest vore oprioriterad. Makes fordran står tillbaka jämväl för statens bötesfordran som enligt allmänna regler äger minsta rätt (FörmånsF 19 §). Företräde framför makes fordran tillkommer annan borgenär också på grund av en ouppfylld, skriftlig gåvoutfästelse. Enligt GåvoL 1 § 2 mom. kan en gåvoutfästelse icke göras gällande mot givarens borgenärer innan den utfästa prestationen fullgjorts och gåvotagarens fordran viker således för varje annan borgenärs fordran hos givaren. Den utgår med ännu sämre rätt än böterna men dock med bättre rätt än en fordran som någon har hos sin make vilkens till tredje man avgivna gåvoutfästelse samtidigt utsökes.

Regeln om sämsta rätt för makes fordran hos andra maken har sin förebild i engelsk lagstiftning. Den bygger i främsta rummet på synpunkten att pengar som make upplånar hos tredje man i allmänhet komma även andra maken till godo, varför det bör anses skäligt att denne icke får till skada för tredje man göra gällande fordran som han tilläventyrs har hos sin make åt vilken den tredje beviljat kredit. Denna prioritetsreglering är ägnad att förstärka makes kreditvärdighet. I Lagb försl. 1920:1 s. 41 hänvisas dessutom till att makar kunna missbruka sin avtalskapacitet genom att till varandra utfärda uppdiktade förbindelser om lån eller lön vilkas karaktär av skenavtal det vore svårt för borgenärer att leda i bevis. Synpunkten är dock av mindre betydelse, eftersom den slutliga lagen i motsats till lagberedningens förslag genomfört ett vittomfattande förbud för gåvor mellan makar och effektiviserat förbudet bl.a. med bestämmelser om omkastad bevisbörda för alla de fall där borgenär påstår att ett mellan makar slutet avtal i själva verket är att anse som benefikt (ÄL 45, 61 §, jfr ovan 16 § IV).

Till regeln om sämsta rätt ansluter sig bestämmelsen att för makes fordran ej kan erhållas pant- eller förmånsrätt, ej heller retentionsrätt i andra makens egendom (57 § 1 mom.). Denna uppräkning är uttömmande. Av rätten att kvitta ömsesidiga fordringar äga makar göra bruk enligt vanliga regler.

2. Vissa fordringar ha uteslutits från regelns tillämpningsområde.

a. Av regeln omfattas icke fordran som grundar sig på makes brott mot andra maken (57 § 2 mom.). Likaså torde det böra anses, ehuru uttryckligt påpekande härom ej upptagits i lag, att även civilrättsliga skadeståndsanspråk som föranledas av delikt eller därmed jämförbar händelse kunna genomföras enligt vanliga konkurrensregler, och detsamma torde gälla fordringar beträffande ersättning för obehörig vinst som make vunnit på andra makens bekostnad, dock närmast blott utanför de situationer vilka inbegripas under prestationskondiktionen.

b. Från stadgandet att make ej får för sin fordran förvärva panträtt i andra makens egendom har undantag gjorts för den panträtt i fastighet som enligt lag (JB 11:2) tillkommer make för ogulden köpeskilling (ÄL 57 § 2 mom.). Undantaget har sin grund däri att det i fall då make överfört egendom till andra maken icke rimligen bör tillåtas att dennes övriga borgenärer tillgodogöra sig egendomen utan att gottgöra den utfästa motprestationen (köpeskillingen). På samma sätt bör bedömas panträtt som make förbehållit sig till lösegendom vilken av honom försålts till andra maken och likaså måste make tillerkännas rätt att enligt KS 49 § utöva stoppningsrätt med avseende på egendom som han skall överlåta till andra maken enligt ett köpeavtal dem emellan. Eljest skulle makes borgenärer förnöjas på den icke gäldbundna makens bekostnad.

Att man i lagtexten endast omnämnt ogulden köpeskillings rätt angående fastighet är en bristfällighet som synes ge vid handen att man vid utarbetandet av lagen förfarit alltför schematiskt.

c. Den makes konkursbo, som har fordran hos andra maken, kan enligt vanliga regler göra fordringen gällande (57 § 2 mom.).

Att makes konkursbo har bättre rätt än maken själv harmonierar ej väl med allmänna principer. Om man med lagberedningen går ut ifrån att make i själva verket dragit nytta av de pengar som andra maken upplånat hos

tredje man och därför bör vika för denne, är det svårt att förklara att makes konkursbo likväl får bortse från nyttan varmedelst konkursgäldenären erhållit viss gottgörelse för sin fordran hos andra maken. Då makes fordran tillåtes att konkurrera med tredje mans fordringar hos andra maken när båda makarna befinna sig i konkurstillstånd, tillskyndas i verkligheten andra makens borgenärer en likadan förlust som också i det fall att maken själv berättigades göra fordringen gällande i andra makens konkurs. Reglerna om sämre rätt syfta till att befästa makes kreditvärdighet gentemot tredje man och det är ur denna synpunkt mindre följdriktigt att makes fordran hos andra maken upphöjes till rangen av normala fordringar för den händelse att förstnämnda make sedermera råkat på sådant obestånd att icke heller han kunnat undvika konkurs.

d. I anslutning till regeln under c stadgas att tredje man till vilken makes fordran hos andra maken övergått genom utmätning hos förstnämnda make eller i följd av hans konkurs är städse skyddad mot invändning om sämsta rätt (57 § 3 mom.).

Meningen är att den makes konkursbo, som har fordran hos andra maken, bör kunna utan begränsning tillgodogöra sig fordringens värde och således åtnjuta bättre rätt än make enligt grundregeln.

e. Tredje man, till vilken makes fordran hos andra maken övergått i annat fall än under d sägs, åtnjuter ej bättre rätt än maken själv hade, därest han vetat eller bort veta att fordran tillhört gäldenärens make (57 § 3 mom.). Godtroende tredje man är ej underkastad invändning om sämsta rätt.

Skuldebrev vars text utvisar att det utfärdats mellan makar (i nyare äktenskap) är icke en nullitet men det medför endast sämsta rätt i förhållande till gäldenärens övriga borgenärer. Tredje man är i dylika situationer sällan i verklig god tro och en orderklausul ändrar ej saken i detta avseende. Detsamma gäller där växel utställts av ena maken och godkänts av den andre. Förbindelser enligt köpebrev mellan makar medföra likaså sämsta rätt såframt ej annat föranledes av vad ovan under b är sagt eller av sakens natur i övrigt.

Regeln om sämsta rätt syftar till att förstärka makes kreditvärdighet i det möjligheten av makes konkurrens på lika fot med tredje man som har fordran hos samma make blir avskuren. Men i de fall som nyss nämnts utlöser regeln en rakt motsatt effekt. Mellan makar utfärdade skuldebrev, växlar och andra förbindelser kunna icke utnyttjas för anskaffande av kredit hos tredje man som är underkastad invändningen om sämsta rätt. De motförslag under lagens utarbetande vilka avsågo säkerställande av makes normala avtalskapacitet avböjdes av lagberedningen med motiveringen att man helst bör motarbeta utnyttjande av makars gemensamma förbindelser som kreditbasis på det att icke ena makens dåliga förmögenhetsläge skall bli hela familjens ekonomiska ruin (Lagb försl. 1924:1 motiv s. 91). Härvid förbisågs emellertid att gemensamma förbindelser kunna utfärdas direkt till tredje man, oavsett att makarna icke först förpliktat sig gentemot varandra, exempelvis sålunda

att ett skuldebrev undertecknas av båda makarna till en namngiven tredje man eller till innehavare eller att ena maken godkänner eller utställer en växel och andra maken inskjuter sitt namn i indossamentskedjan eller att endera maken åtager sig ansvar som borgensman.

3. Endast sådana fordringar mellan makar som uppkommit *under äktenskapet* omfattas av regeln om sämsta rätt. Den som har fordran hos annan lider ingen minskning i sin rätt därigenom att han sedermera ingår äktenskap med gäldenären. Tillämpades regeln om sämsta rätt, bleve följden den att borgenären, om han betryggat sin fordran med inteckning i andra makens egendom, ginge förlustig även denna förmån. Sådan rättsminskning innebure ett oförtjänt straff för äktenskapet. Allenast i händelse gälden uppstått vid en tidpunkt då borgenären och gäldenären redan varit trolovade inträda vissa inskränkningar i rättshandlingens effektivitet vad vederlagsfria betalningsutfästelser beträffar (ovan 16 § V).

Jfr *Huttunen* LM 1954 s. 642.
Åsikten att den i ÄL 57 § statuerade sämsta rätten skulle gälla även sådana fordringar makar emellan som härröra från tid före äktenskapet saknar dock icke anhängare i litteraturen, se *Grönvall* s. 159, *Rautiala* s. 318 (med viss tvekan).

4. I den mån makar i äldre äktenskap kunna häfta i skuld till varandra blir den i ÄL 57 § uttalade regeln analogiskt tillämplig på makes fordran som grundar sig på rättshandling.

Jfr ovan 16 § II 4. Vidkommande fordringar som uppkommit före äktenskapet gäller regeln om sämsta rätt ej heller för äldre äktenskap, se ovan II 5.

Mellan makar i bogemenskap är förekomsten av deliktsgäld i allmänhet utesluten. Sådan gäld kunde icke infrias med samfällda medel, ty överförande av äganderätt vid betalning vore omöjligt enär det presterade skulle fortfara att tillhöra boet på samma sätt som före betalningen. Med hänsyn till att fordringar i regel ha egenskap av lösegendom och således utgöra samfälld egendom, skulle betalningen ej heller låta sig genomföra så, att enskilda medel användes därtill, ty betalningen innebure tillika en disposition över samfälld egendom i det fordringen bragtes att upphöra och förfogandet skulle fördenskull stå i strid med det allmänna förbudet för makar att företaga dispositioner som under äktenskapet ändra rätts-

läget i boet (MakEgendL 3:6). Allenast i händelse deliktsfordringen utgör makes *enskilda* egendom kan dess infriande under äktenskapet ifrågakomma försåvitt andra maken (gäldenären) därtill använder sina enskilda medel. Dylik fordran föreligger då mannen utan hustruns bifall förskingrat eller pantsatt pengar eller lösören vilka efter förord eller annorledes tillhört henne enskilt. Hustruns ersättningsfordran betraktas som egendomens surrogat och hon har för sin fordran samma rätt som annan borgenär. Enligt uttrycklig bestämmelse konkurrerar sagda ersättningsfordran efter vanliga regler jämväl i samfällt gods när boskillnad under eller utom konkurs sökes och boskifte i anslutning härtill förrättas (5:7, 11). Denna i principiellt hänseende långtgående särregel vinner sin förklaring däri att dess tillämpning sammanfaller med egendomsgemenskapens upphörande.

Jfr ang. nämnda regel nedan 22 § IV 3 *in fine*.

6 kap.

UPPLÖSNING AV ÄKTENSKAP

18 §. Äktenskaps återgång.

I. Ett äktenskap kan vara felaktigt av olika anledningar. Formföreskrifter eller andra normer beträffande förfarandet ha måhända åsidosatts, trolovad har saknat äktenskapsmyndighet, äktenskapshinder har förelegat eller viljebrist har vidlåtit samtycket till äktenskap. Det är icke en nödvändig följd av felaktigheten att äktenskapet blir ogiltigt. Åtskilliga normer som gälla förfarandet äro sådana att överträdandet endast medför tjänsteansvar för vigselmyndighet (bristfällig lysning, försummad registeranteckning, frånvaro av vittnen vid vigsel). Ogiltighet är ej heller en följd av att trolovad saknat myndig ålder eller att sådant äktenskapshinder förelegat som lagen icke uttryckligen betecknat som upplösande. I de fall där ogiltighet inträder har påföljden icke alltid samma innebörd. Utmärkande för lagens ogiltighetsbegrepp är att äktenskap endast genom rättens dom kan frånkännas giltighet och att domen ej har någon tillbakaverkande kraft. För dessa fall av äktenskaps upplösning använder man i lagen uttrycket *äktenskaps återgång.* Vid sidan härav förekomma likväl situationer i vilka ogiltigheten icke är beroende av talan inför domstol. Det föreligger i så fall en *självverkande eller absolut ogiltighet.*

II. 1. Det faller av sig självt att vigsel som förrättats av en person, vilken överhuvud saknat behörighet att företaga en sådan förrättning, icke framkallar någon rättsverkan. »Äktenskapet» är i rättsligt hänseende obefintligt, *matrimonium non existens.* Däremot på-

verkas ej äktenskapets giltighet av en bristfällighet som enbart består däri att en person vilken varit behörig att förrätta vigsel överskridit den honom tillkommande kompetensen i visst avseende (ovan 9 § II 2).

Vigsel av personer som äro av samma kön medför ingen rättslig verkan.

Absolut ogiltigt är även äktenskap då den i lag föreskrivna formen icke iakttagits vid vigsel som förrättats av behörig myndighet. Vigsel är enligt ÄL 25 § utan verkan, om de trolovade ej varit samtidigt tillstädes inför vigselförrättaren eller ej svarat jakande på dennes fråga, huruvida de vilja ingå äktenskap med varandra, eller om vigselförrättaren underlåtit att förklara de trolovade för äkta makar.

Har trolovad till sitt svar fogat villkor eller tidsbestämmelse, anses svaret icke vara jakande och något äktenskap har ej kommit till stånd.

Kravet på de trolovades samtidiga närvaro vid vigseln har vållat svårigheter under krigiska förhållanden när en man i fronttjänst velat ingå äktenskap. Under andra världskriget utarbetade lagberedningen ett förslag avseende att för frontmän tillåta avslutande av äktenskap utan vigsel (försl. d. 25 aug. 1944 brev till just. minist. nr 70). Enligt förslaget skulle äktenskap ha kunnat ingås sålunda, att de trolovade genom en egenhändigt undertecknad skrift med bifogad utredning om hinderlöshet anhållit om lysning och vigselförrättaren efter att ha utfärdat lysningen med en anslagstid av sju dagar antecknat de trolovade i en vigselförteckning såsom varandras äkta makar där ej veterligt hinder mot äktenskapet mött. Anteckningen om äktenskap skulle ha haft samma verkan som hade äktenskapet då ingåtts genom borgerlig vigsel. I det fall att frontmannen därförinnan stupat, skulle äktenskapet dock ha ansetts ha blivit ingånget redan på den dag då han underskrivit anhållan om lysning. Liknande regler hade varit i bruk i vissa andra krigförande länder. Militärmyndigheterna avstyrkte emellertid förslaget under påpekande av att äktenskap under krigstiden mången gång avslutats utan närmare eftertanke och att uteblivande av vigselförrättning skulle ytterligare undergräva respekten för äktenskapet. Därjämte framhölls att kriget vid den tidpunkten syntes redan lida mot slutet. Till följd härav fick förslaget förfalla.

Frågan om upprätthållande av kravet på samtidig närvaro av de trolovade har tilldragit sig uppmärksamhet inom världsorganisationen Förenta nationer, som d. 31. okt. 1962 antagit en konvention rörande bl.a. samtycke till äktenskap (Convention on Consent to Marriage etc.). Enligt konventionens 1 art. andra stycket borde det icke få anses nödvändigt för den ene av parterna att närvara vid slutandet av äktenskap, såframt behörig myndighet blir övertygad om att omständigheterna äro osedvanliga och att parten på sätt som må föreskrivas i lag uttalat sitt samtycke och icke återtagit detsamma. Skulle Finland biträda konventionen, kunde man här ej mera nöja sig med att erkänna giltigheten av äktenskap ingångna i ett annat land vars lag icke fordrar samtidig närvaro av parterna. Vigselföreskrifterna i den främmande stat där äktenskapet slutits respekteras ju här sedan gammalt (jfr stadgandet i IntFamL 7 §). Meningen med konventionen är säkerligen icke att blott upprepa satsen *locus regit actum*. Det förefaller som om tillträde till kon-

ventionen skulle nödvändiggöra en sådan ändring av intern finsk lag varigenom den nu gällande formföreskriften i viss mån mildrades. Huruvida konventionen kommer att här ratificeras är ännu ovisst. Se *Bihang III.*

2. Hemligt förbehåll om att det vid vigseln meddelade samtycket icke skall vara bindande (s.k. mentalreservation) inverkar ej på äktenskapets giltighet. Annorlunda torde dock ett sådant fall böra bedömas där de som närvarit inför vigselförrättaren uppträtt i frånvarande personers namn för vilka behörig lysning utfärdats och gjort så blott för att på begäran hjälpa de frånvarande till äktenskap. Den vigsel som de närvarande lyckas åstadkomma är utan verkan. De personer som bett om deras hjälp ha icke blivit vigda eftersom de ej varit tillstädes och mellan de närvarande har äktenskap ej heller kommit till stånd enär de icke i eget namn meddelat vigselförrättaren sitt samtycke och de överhuvud icke avsett att gifta sig med varandra. Men är situationen sådan att de som hänvänt sig till vigselmyndighet begagnat sig av en för frånvarande personer utfärdad lysning i avsikt att själva, om än under falskt namn, ingå äktenskap, äro vigseln och äktenskapet giltiga. Den yttre identitetsbristen är betydelselös då de tillstädeskomnas verkliga avsikt varit att giftas och icke blott att förmedla ett äktenskap för andra.

III. De ogiltighetsskäl vilkas åberopande förutsätter väckande av talan om äktenskaps återgång låta sig hänföra under två kategorier. Antingen är återgångsgrunden av offentligrättslig natur, i vilket fall såväl make som allmän åklagare äger att anställa talan, eller ock av rent privaträttslig art, i vilket fall initiativet tillkommer make men icke allmän åklagare.

1. a. *Återgångsskäl av offentligrättslig natur* föreligger då äktenskap ingåtts oaktat ett upplösande hinder varit för handen (ÄL 67 §). Vilka dessa fall äro har angivits tidigare (7 § II, III).

Saknad av rättshandlingsförmåga omnämnes ej uttryckligen som återgångsgrund. Men då sinnessjukdom och sinnesslöhet ävensom tillfällig sinnesförvirring och annat därmed jämförligt tillstånd må åberopas som grund för återgång (67 §, 68 § 1 pt.) och lagens mening är att dessa omständigheter äga betydelse oaktat sjukdomen eller sinnesförvirringen icke uppnått graden av total brist på rättshandlingsförmåga, följer härav att frånvaro av denna förmåga *a fortiori* är att anse som ogiltighetsskäl. Oförmåga till rättshandlingar utgör dock icke ett självständigt återgångsskäl, utan den medför äktenskaps ogiltighet i enlighet med de regler som gälla sinnessjukdom, sinnesslöhet och sinnesförvirring. Ett absolut återgångsskäl föreligger om oför-

mågan yttrar sig i sinnessjukdom eller sinnesslöhet (ÄL 67 § 1 mom.) men eljest bedömes dess betydelse enligt reglerna rörande rent privaträttsliga återgångsskäl, se nedan 2 a.

Svensk lag tillägger ej ens makes sinnessjukdom eller sinnesslöhet betydelsen av offentligrättslig återgångsgrund ehuru rättshandlingsförmågan tilllika skulle saknas (GB 10:2, 3). Jfr *Westring* s. 185, 187.

b. Återgångstalan i anledning av tvegifte förutsätter att det tidigare äktenskapet ej blivit upplöst (67 § 2 mom.). Det senare äktenskapet anses giltigt så snart hindret genom det tidigare äktenskapets upplösning bortfallit. En sådan retroaktiv verkan, som skulle sträcka sig ända till dagen för det senare äktenskapets slutande, inträder likväl icke. I makarnas inbördes förhållande utgör det tidigare äktenskapet det enda lagliga äktenskapliga bandet så länge det ej blivit upplöst genom död eller dom. Vid avvittring efter detta äktenskap fästes intet avseende vid det senare ogiltiga äktenskapet. Egendom som den skyldiga maken förvärvat efter tvegiftet anses ha blivit förvärvad i det tidigare äktenskapet och tillhöra de egendomsmassor som beaktas vid avvittring efter detta äktenskap.

Tolkades lagen så, att det senare äktenskapet efter bigamihindrets bortfallande blivit giltigt från början, godkändes i själva verket en laglig form av tvegifte. Satsen att dom om äktenskaps återgång ej utlöser retroaktiv verkan är å andra sidan icke som sådan tillämplig på tvegifte. Könsumgänge i det nya äktenskapet skall i förhållande till andra maken i det tidigare äktenskapet betraktas som hor, på grund varav denne kan påyrka skillnad i sitt äktenskap (jfr nedan 19 § IV 1). Mot denna make kan ej heller den avvittringsregel åberopas enligt vilken, då till återgång dömes, all den egendom makarna i det återgående äktenskapet efter dess slutande förvärvat mot vederlag eller fått som avkastning av övrig egendom skall vid avvittring beaktas som giftorättsgods (ÄL 90 §). Andra maken i det tidigare äktenskapet behöver alltså icke till följd av tvegiftet underkasta sig rättsminskning utan är berättigad att göra sin rätt till sin makes egendom gällande som om något tvegifte ej ägt rum. Ett uttryckligt stadgande härom finnes i NÄL 33 §.

För att det senare äktenskapet skall bli bestående erfordras icke att bigamihindret bortfallit redan vid den tidpunkt då talan om äktenskapets återgång anhängiggöres. Även under rättegången skedd upplösning av det tidigare äktenskapet bör beaktas (annorlunda övriga nordiska äktenskapslagar, DÄL 42 §, NÄL 31 §, SGB 10:1).

Bestående äktenskapligt band utgör hinder för ingående av ett nytt äktenskap jämväl när att det tidigare äktenskapet är behäftat med fel som föranleder dess ogiltighet enligt reglerna om äktenskaps återgång. Innan domen om återgång fallit får nytt äktenskap ej ingås (ÄL 67 § 2 mom.). Men icke heller i detta fall medför upplösningen av det tidigare äktenskapet att det nya giftet blir giltigt från början. Avvittringen efter det tidigare giftet verkställes alltså som om något senare äktenskap ej slutits.

Vid tillämpning av strafflagens stadganden om tvegifte (SL 19:5) bör avseende fästas vid huruvida ett ogiltighetsskäl förelegat beträffande det tidigare

äktenskapet. Är ogiltighet så uppenbar att de gifta skäligen icke kunnat förutsätta att en rättegång vore nödig för äktenskapets lagliga upplösning (äktenskap mellan mycket nära anförvanter, grovt tvång vid äktenskaps ingående), torde rättsvillfarelsen som lett till att formenlig upplösning ej yrkats vara ursäktlig och befria från straff.

I detta sammanhang må erinras om att en utländsk dom varigenom äktenskap upplösts utesluter talan om tvegifte även i händelse domen enligt finsk internationell privaträtt ej tillerkändes giltighet (IntL 49 §).

c. Yrkande om äktenskaps återgång i förevarande fall skall göras av allmän åklagare så snart återgångsskälet kommit till hans kännedom. Därjämte äro båda makarna befogade att föra sådan talan. Då fråga är om återgång på grund av tvegifte, får talan väckas även av den oskyldiga maken i det tidigare äktenskapet som genom tvegiftet lidit intrång i sin rätt (ÄL 83 § 1 mom.).

Om make vid äktenskapets ingående varit sinnessjuk men sjukdomen sedermera blivit varaktigt botad ankommer det sedermera uteslutande på honom att föra talan om återgång (ibid.). Efter hälsans återställande är äktenskapets återgång ej mer av betydelse för det offentliga intresset och andra maken får likaså nöja sig med att äktenskapet trots det tidigare hindret för dess ingående fortbestår såvida icke den tillfrisknade vill att återgång ändå skall ske. Tiden för talans väckande utgör sex månader från hälsans återställande.

Den på offentligrättsliga hänsyn beroende ogiltigheten är åberopbar även om äktenskapet redan blivit upplöst genom makes död. En dom av innehåll att äktenskapet förklaras återgå kan visserligen ej utverkas eftersom äktenskapet ej mer finnes till, men ett uttalande att äktenskapet varit ogiltigt och således enligt lag *bort* återgå äger domstol avgiva där efterlevande make genom talan mot den dödes arvinge eller ock denne genom talan mot den efterlevande det påyrkar. Med avseende på förestående avvittring är det av vikt att få en sådan behandling av makarnas egendom avvärjd varigenom otillbörlig fördel skulle uppnås av endera avvittringsparten. Verkan av äktenskapets ogiltighet framträder framför allt däri att makes före äktenskapet förvärvade eller honom under äktenskapet genom arv, testamente eller gåva tillfallna eller i dess ställe trädande egendom är undandragen andra makens giftorätt (nedan III 2). Stötande vore det om fördel i strid mot denna regel kunde vinnas på grund av äktenskap som ur synpunkten av offentligt intresse bort återgå.

Att offentligrättsligt återgångsskäl kan åberopas av avliden makes arvinge, framgår av domen HD 1944 I 11.

Finsk lag uttalar sig ej uttryckligen i frågan. Men i svenska GB 10:9 heter

det att om äktenskap vilket såsom stridande mot offentligt intresse bort återgå blivit upplöst genom makes död, skall, såframt yrkande därom göres av arvinge, makarnas giftorättsgods så delas som hade återgång skett. Likaså dansk och norsk rätt, DÄL 50 §, NÄL 40 §.

Rautiala s. 81 anför inga argument för sin åsikt enligt vilken avvittring efter äktenskapets upplösning genom ena makens död aldrig kunde ske enligt reglerna rörande återgång av äktenskap. Meningen har skarpt kritiserats i litteraturen, se *Lahtinen* LM 1949 s. 251 ff., *Saario* ibid. s. 253 ff., *Jalmari Lehtonen* LM 1952 s. 224.

2. *Rent privaträttsliga återgångsskäl,* vilkas åberopande sker medelst rättegång som allenast make får anhängiggöra, hänföra sig till situationer där fri vilja till äktenskapets ingående saknats eller make handlat under inflytande av villfarelse. Uppräkningen av dessa återgångsskäl som lagen indelat i tre grupper ingår i ÄL 68 § 1—3 punkterna.

a. Sinnesförvirring (68 § 1 pt.). Om make vid äktenskapets ingående befann sig i tillfällig sinnesförvirring eller annat därmed jämförligt tillstånd, är han — men icke andra maken — berättigad att påkalla återgång av äktenskapet. Nödvändigt är icke att sinnesförvirringen helt och hållet uteslutit rättslig handlingsförmåga; det är nog med saknad av förmåga till förnuftsmässigt handlande. Domaren äger i det särskilda fallet med beaktande av föreliggande omständigheter efter fri prövning avgöra huruvida sinnesförvirringen varit av den art att äktenskapet skäligen bör återgå. Hänsyn skall tagas till den makes fördel som drabbats av sinnesförvirringen. Andra maken har ej något berättigat intresse att på nämnda grund få äktenskapet upplöst, varför honom ej heller, icke ens för det fall att sinnesförvirring vid vigseln undgått hans uppmärksamhet, tillerkänts rätt till talan.

Tillfällig sinnesförvirring kan framstå som relevant bl.a. där make vid vigseln befann sig i hypnotiskt tillstånd eller hade så svår feber eller var så påverkad av alkohol eller narkotika att medvetandet var omtöcknat och förnuftsmässigt handlande uteslutet.

Saknad av förmåga till förnuftsmässigt handlande och icke total brist på rättshandlingsförmåga är det kriterium som i förevarande situation anlitas även av dansk och tysk rätt, se DÄL 44 § (jfr *Borum* s. 76), EheG 18 § (likaså tidigare BGB 1325). Annorlunda SGB 10:3, NÄL 38 §, vilka fordra inkapacitet att företaga rättshandlingar. Jfr *Grönvall* s. 58 som tolkningsvis vill inlägga detsamma i vår äktenskapslag. *Rautiala* s. 72 är benägen att gå så långt att endast saknad av deliktskapacitet till följd av sinnesför-

virring skulle berättiga till återgång. I fråga om berusningstillstånd skulle enligt denna mening återgång få yrkas blott av den som vid vigseln var så berusad att han ej visste till sig (SL 3:3).

b. Vilseledning och annan villfarelse (68 § 2 pt.). Återgång kan påkallas av make, om han förletts till äktenskapet därigenom att andra maken underlåtit att yppa dennes person rörande synnerligen viktig omständighet, som bort avhålla den förre från äktenskapets ingående, eller därom lämnat falsk uppgift, samt vidare i fall då make eljest, dvs. utan att han vilseletts av den andre, oförskyllt misstagit sig beträffande dylik omständighet. Villfarelsen bör hänföra sig till en väsentlig omständighet som rör den andres »person». Härunder faller icke blott misstag beträffande viss personlig egenskap som bort avhålla från äktenskap — sjukdom, karaktärslyte e.d. — utan även villfarelse angående den andres yttre relationer och rättsliga förhållanden, såsom namn och samhällsställning (identitet) eller tidigare levnadssätt. Vid stadgandets tillämpning bör nödig försiktighet iakttagas och en inskränkande tolkning kan ibland visa sig oundviklig.

Vid utformningen av äktenskapslagens villfarelseparagraf beaktades dels de övriga nordiska lagarna, dels tysk och schweizisk rätt, men man ville gå längre och utfärda en allmän norm, ett slags generalklausul beträffande villfarelses inverkan på äktenskaps giltighet. Lagarna i övriga nordiska länder ta främst hänsyn till svikligt förledande, medan de av lagberedningen citerade tyska och schweiziska lagarna innehålla ett allmänt stadgande om villfarelse vilket dock är så begränsat att det endast avser villfarelse beträffande personliga egenskaper (persönliche Eigenschaften). BGB 1333, ZGB 124. Jfr Lagb försl. 1924 motiv s. 96 f. I tyska Ehegesetz av år 1938 hade man upptagit en villfarelseregel motsvarande den som finnes i den finska äktenskapslagen (EheG 37 §). Regeln ansågs dock i alltför stor utsträckning tillåta beaktande av villfarelse ehuru det erfordrades att villfarelsen även objektivt sett var väsentlig. Därför har man i 1946 års Ehegesetz (32 §) omformulerat regeln så, att den i likhet med det tidigare stadgandet i BGB endast avser villfarelse rörande personliga egenskaper. Jfr *Beitzke* s. 29.

Villfarelse beträffande andra makens identitet kan motivera ett återgångskrav försåvitt det med fog kan antagas att den som misstagit sig icke velat ingå äktenskapet om han känt till det verkliga namnet. Då man giver sig ut till namn eller stånd för annan än man är och någon blir därav bedragen till äktenskap, föreligger enligt strafflagen ett brott mot familjerättigheter (SL 18:1). Såvitt vilseledandet varit uppsåtligt, bör det anses att den bedragne äger rätt

till återgångstalan. Men om den som påstår sig ha blivit vilseledd själv bort märka att det uppgivna namnet ej är det riktiga och han det oaktat, utan att bry sig om eventuellt misstag, låtit viga sig, är det knappast skäl att upphäva äktenskapet såsom tillkommet genom villfarelse. Yrkar han ändå återgång, är det verkliga motivet till kravet ett annat, vilket bör utredas i en process rörande hemskillnad eller äktenskapsskillnad men icke i en rättegång beträffande det ingångna äktenskapets giltighet.

Jfr *Beitzke* i Festschrift für Dölle, 1963, s. 229 ff.

När make vilseletts i avseende på den andres »stånd», dvs. hans samhällsställning eller sociala identitet, är äktenskapets återgång att bedöma efter liknande synpunkter som i fråga om användning av falskt namn.

Allenast villfarelse som hänför sig till andra makens sociala ställning och miljö, men icke missräkning beträffande hans förmögenhetsförhållanden är av betydelse. Jfr *Westring* s. 190, *Borum* s. 81.

Återgång på grund av villfarelse rörande makes tidigare levnadssätt kan beviljas där make begått visst grövre brott som han icke yppat före vigseln (t.ex. mord, dråp, grov stöld, homosexualitet), varvid det i allmänhet är likgiltigt om maken före äktenskapet även fällts till straff för sin gärning. Tidigare lastbart leverne som icke innefattat brott eller lett till internering utgör däremot ensamt för sig knappast ett återgångsskäl. Förtegat missbruk av rusgivande medel utan att make undergått anstaltvård torde icke berättiga andra maken till återgångstalan om ej särskilda omständigheter komma till såsom att den till missbruket skyldige lider av psykopati (HD 1953 II 37). Enligt äldre rätt förelåg återgångsskäl då endera maken under trolovningstiden eller hustrun därförinnan haft samlag med någon annan och detta icke uppenbarats före vigseln (GB 13:7). Numera torde man böra anse att förtigande av samlag ej kan berättiga den vilseledde till talan utan att utomäktenskapligt barn framfötts. Har hustrun tidigare varit gift men likväl framfött sitt enda barn utom äktenskapet och har hon för sin nya make blott yppat att hon har ett barn men fördolt dess verkliga börd, har man i rättspraxis, såsom det synes med fog, ansett att mannens återgångstalan ej kan gillas (HD 1949 II 118). Var kvinnan vid äktenskapets ingående

havande av annan än den vid vilken hon vigdes, äger däremot den godtroende mannen åberopa detta som återgångsskäl (HD 1946 II 156, 1947 II 71).

I norsk lag stadgas uttryckligen att, om barn framfötts av mannens eller kvinnans tidigare samlag med annan person eller om kvinnan vid vigseln var havande genom annan och en sådan omständighet förtegats för andra maken, denne får yrka återgång (NÄL 34 §).

Enligt dansk praxis återgår ett äktenskap icke enbart på den grund att mannen eller kvinnan tidigare avlat barn med annan person. Allenast om kvinnan som var havande vid vigseln fördolt för mannen att fadern var en annan annulleras äktenskapet. *Borum* s. 82 f. Svensk lag tolkas, förefaller det, på samma sätt, se *Westring* s. 190.

Makes tidigare levnadssätt tillmätes relevans främst ur synpunkten av hans sociala anseende. Faran av beteendets upprepning kan påverka bedömandet, men nödvändigt är icke att ett obotligt karaktärsfel blir konstaterat. Å andra sidan är det möjligt att brottsligt eller eljest fördömligt leverne som make strax efter vigseln låter komma sig till last indikerar ett så svårt karaktärslyte att den bör anses utgöra tillräcklig orsak till äktenskapets återgång trots att omdömet icke tillika kan grundas på makes antecedentia.

I anledning av sjukdom kan återgång vinnas av make, om honom ovetande andra maken vid vigseln led exempelvis av fallandesot, som härrör övervägande av inre orsaker, eller könssjukdom i smittosamt skede. Dessa sjukdomar utgöra enligt lagen äktenskapshinder som icke äro direkt upplösande (12, 67 §), varför återgång får yrkas endast om tillika en sådan vilseledning eller villfarelse föreligger som avses i 58 § 2 pt. Återgång kan ock föranledas av oförmåga till könsumgänge (impotentia coeundi), eftersom dylik abnormitet hindrar fullföljandet av äktenskapets syfte. Principiellt gäller detsamma om oförmåga till fruktbart könsumgänge (impotentia generandi). Återgångsskäl föreligger då abnormiteten mot bättre vetande förtegats, men också i andra fall såframt det varit en avgörande förutsättning för parten att den andra, närmast kvinnan, har förmåga att fortplanta släktet. Därest förutsättningen verkligen varit väsentlig och den icke går i fullbordan, uppstår i regel varaktig söndring mellan makarna och äktenskapet kan i så fall upplösas genom att utverka hemskillnad. Make bör dock ej fördenskull frånkännas rätt till återgångstalan, vid vars utförande det åligger honom att styr-

ka att han icke hade ingått äktenskapet därest han haft vetskap om steriliteten.

Blott genom inskränkande tolkning skulle steriliteten kunna uteslutas från lagrummets tillämpningsområde. BGB 1333, som i viss mån påverkat ordalydelsen av ÄL 58 § 2 pt., inbegriper enligt rättspraxis även ofruktbarheten (RGE 94, 126; jfr *Wolff* § 25 Anm. 24, 29). Likaså utlägger man EheG 32 § (*Beitzke* s. 29). Ur dansk rätts synpunkt förordar *Borum* s. 79 separationsvägen, men han medger att under lagens ordalydelse jämväl återgångstalan kan inrymmas, ehuru motiven uttala sig i motsatt riktning. Svenska GB 10:3 3 pt. använder uttryckssättet »obotligt vanför till äktenskap», vilket anses icke omfatta sterilitetsfallet, se *Westring* s. 189. Trots det vida uttryckssättet i ÄL 58 § 2 pt. har *Rautiala* s. 75 framfört en liknande åsikt vidkommande finsk rätt, men han synes härvid närmast åsyfta de fall där ofruktbarheten icke uppsåtligen fördolts.

Enligt tidigare rätt var återgångstalan tillgänglig allenast då make var »av naturen vanför och till äktenskap alldeles obekväm» och han svikligen förtegat detta (GB 13:8). Härmed avsåg man knappast annat än oförmåga till könsumgänge, se *Chydenius* s. 89. Huruvida *Calonius* hyllat samma mening är icke fullt klart. Han anser äktenskapet bli ogiltigt till följd av svek eller annat vilseledande, varvid han i anslutning till GB 13:8 nämner som exempel att någondera parten svikligen vilselett den andre beträffande sin »fysiska kvalitet» (circa qualitatem alterius personae physicam), se Praelectiones cap. IV § 69. Calonius framhåller att äktenskapets främsta syfte är att avla barn (proximus matrimonii finis est procreatio liberorum), Prael. cap. V § 1.

Under villfarelseregeln såvitt den angår personliga egenskaper torde man även kunna hänföra psykisk defekt vilken nedsätter värdet av andra makens personlighet i intellektuellt hänseende. Praktiskt taget lär dock regelns tillämpning härvid vara utesluten enär det knappast kan förmodas att bristfälligheten undgått trolovads uppmärksamhet.

Hustruns hårdnackade vägran att fullgöra den äktenskapliga plikten har i rättspraxis betraktats som återgångsskäl då hon förtegat sitt vid äktenskapets ingående fattade beslut att icke alls tillåta mannen samlag (HD 1954 II 110). Äktenskap har sålunda ansetts böra återgå på grund av en inre omständighet som icke motsvaras av fysisk oförmåga men som dock ur mannens synpunkt spelar samma roll som en sådan. Beror icke vägran på hustruns inställning vid äktenskapets ingående utan på senare tillstötande händelser, utgöra hemskillnad och äktenkapsskillnad de enda medlen för äktenskapets upplösning.

Bland skillnadsskälen omnämner lagen icke förvägran av den äktenskapliga plikten, varför skillnad i anledning därav endast får beviljas då de

allmänna skillnadsgrunderna, söndring och särlevnad, sådant medge (nedan 19 § II).

Har äktenskapet å ömse sidor ingåtts i avsikt att ingen samlevnad skall påbörjas och att äktenskapet endast skall bestå skenbart, föreligger icke återgångsskäl eftersom ingendera vilseletts eller svävat i villfarelse.

Enligt tysk rätt är dylikt äktenskap, *Namensehe,* ogiltigt, men anses ogiltigheten dock ha förlorat sin betydelse från början därest makarna senare sammanflyttat och samlevnaden fortgått en viss i lag föreskriven tid (EheG 19 §). Jfr *Beitzke* s. 28.

Vid bedömande av om tillräcklig anledning till återgång finnes skall avseende fästas icke blott vid den betydelse villfarelsen ägt vid tidpunkten för vigseln utan även därvid huruvida villfarelsen alltjämt, sedan äktenskapet hunnit bestå under viss tid, ter sig så betydelsefull att äktenskapets vidmakthållande skäligen ej kan fordras av den som handlat under inflytande av misstaget. Visas det att make sedan han upptäckt misstaget eftergivit sin rätt att påkalla äktenskapets upphävande, får återgångsskälet ej mer åberopas som grund för talan oaktat den legala fristen ännu skulle löpa.

I äktenskapslagen finnes ej uttrycklig bestämmelse därom att återgång kan förvägras med beaktande av utvecklingen av makarnas äktenskapliga liv, ej heller om makes rätt till eftergift. Men det kan knappast lida något tvivel att domaren tillkommer nämnda prövningsrätt och att make genom viljeförklaring kan förplikta sig att icke yrka återgång. Bestämmelser härom ha upptagits i DÄL 44 § 4 pt. och EheG 32 §.

Ovan har omnämnts straffpåföljden för den som vid vigseln uppträtt under falskt namn. Men också annars är svikligt förfarande gentemot blivande make straffbart när man, såsom det heter i lagen, förleder annan till äktenskap därigenom att man förtiger laga hinder för äktenskap eller omständighet som kan verka återgång av detsamma (SL 18:1). För att straff skall kunna ådömas, måste dom föreligga därom att äktenskapet gått åter.

Dock må kravet på återgång och straffanspråket framställas i samma rättegång (RB 10:10, 3 mom.). Jfr. om skadestånd nedan V *in fine.*

Ordalydelsen i 18:1 av nu gällande strafflag är något missvisande. Paragrafens 3 mom. kan så förstås att målsäganden får väcka åtal redan innan han sökt återgång av äktenskapet. I denna del hänför sig dock stadgandet enbart till det i samma paragraf omförmälda fallet att någon förletts till

äktenskapsavtal, dvs. trolovning. Å andra sidan synes 3 mom. ge stöd åt en sådan uppfattning att allmän åklagare ej ens då fråga är om offentligrättsligt återgångsskäl (upplösande äktenskapshinder) finge av eget initiativ väcka åtal, om ingendera maken förenat sig med åklagarens anspråk i återgångsprocessen till vars anhängiggörande åklagaren äger självständig befogenhet enligt ÄL 83 § 1 mom. Åsikten kan dock ej godtagas. SL 18:1, 3 mom. måste numera utläggas i överensstämmelse med nämnda stadgande i äktenskapslagen.

Lagstiftaren hade bort omredigera SL 18:1 i samband med äktenskapslagens införande. Jfr svenska SL 17:2, StGB 170.

Tvegifte straffas enligt SL 19:4, 5.

c. Tvång (57 § 3 pt.). Har make blivit tvungen till äktenskap, äger han yrka dess återgång. Beskaffenheten av det tvång som härvid kommer i betraktande har ej närmare angivits i lag, varför frågan är att bedöma enligt allmänna grundsatser (jfr AvtL 28, 29 §). Likgiltigt är av vem, ena kontrahenten eller tredje man, make blivit tvungen. Likaså är det irrelevant huruvida andra maken visste av tvånget eller ej. Sedan tvånget upphört kan make genom viljeförklaring avstå från att åberopa det som återgångsskäl.

Talan enligt a—c bör av make anhängiggöras inom föreskriven kort *tidsfrist,* vars längd är sex månader. Fristen löper i de under a nämnda fallen från upphörandet av det abnorma psykiska tillståndet, i de under b hänförliga situationerna *a tempore scientiae,* dvs. från den tidpunkt då make som ingått giftet under inflytande av villfarelse fick kännedom om den omständighet varpå han grundar sin talan, samt i de under c nämnda fallen från den tidpunkt då make blev fri från tvånget (ÄL 83 § 2 mom.).

Så länge nyssnämnda frist ej är tilländalupen, äger make göra bruk av sin rätt till talan även om andra maken redan avlidit och äktenskapet därigenom upplösts. Den efterlevande avser då icke med sin talan att utverka en återgångsdom för att han skall bli fri från det äktenskapliga bandet utan därmed åsyftas endast erhållande av en sådan dom vari det — liksom i motsvarande fall då talan föres på offentligrättslig grund — uttalas att äktenskapet *bort* gå åter. Genom domen vinner maken den förmånen att avvittringen kommer att förrättas som om återgång skett. Tvekan har försports därom huruvida även avliden makes arvinge är berättigad till talan. Mot talerätten kan invändas att återgångstalan innefattar en högstpersonlig befogenhet vilken enligt allmänna grundsatser icke går i arv

(actio personalis moritur cum persona). Därför måste det anses att arvinge allenast under förutsättning att arvlåtaren redan under sin livstid inlett rättegången får utföra talan. I sådant fall handlar arvingen icke mot sin arvlåtares vilja utan förverkligar densamma när han såsom successor inträder i rättegången för att fullfölja rättsanspråket.

På liknande sätt bedömes arvinges rätt att göra gällande trolovad kvinnas anspråk på gottgörelse, se ovan 5 § III 4 *in fine*.

I SBG 10:9 och NÄL 40 § stadgas uttryckligen att avliden makes arvinge äger inträda i den rättegång den avlidne inlett och åberopa återgångsskälet med avseende på avvittring.

Arvinge torde ock vara befogad att själv anhängiggöra rättegång därest make saknat rättshandlingsförmåga och därför ej varit i tillfälle att väcka talan under sin livstid. Så SGB och NÄL loc. cit. Har inkapaciteten berott på sinnessjukdom som börjat redan före äktenskapet och som ensam för sig utgör återgångsskäl enligt ÄL 57 §, äger arvinge efter vad ovan under 1 är sagt anställa talan på sådan grund.

I finsk praxis har man understundom berättigat makes arvinge att åberopa ett rent privaträttsligt återgångsskäl med avseende på förestående avvittring även om ovannämnda särskilda förutsättningar ej varit för handen. HD 1951 II 122.

All rätt till talan frånkännes arvinge i förevarande fall av *Borum* s. 92 och *Wolff* § 27 III 2.

IV. 1. Rättens dom varigenom talan om äktenskaps återgång gillas utlöser *ingen retroaktiv verkan,* om också den synpunkten ligger till grund för en sådan dom att äktenskapet överhuvud ej bort komma till stånd. Återgångsdomen likställes i så måtto med en dom om äktenskapsskillnad, vare sig återgångsskälet är offentligrättsligt eller rent privaträttsligt. Makes tidigare rättshandlingar vilkas juridiska verkningar äro betingade av existensen av ett äktenskap undergå ej därigenom någon förändring i avseende på sin giltighet. För underhållsgäld som gjorts av make förblir andra maken allt framgent ansvarig enligt den i ÄL 52 § 2 mom. uttalade regeln oaktat jämlikt domen äktenskapet varit behäftat med en sådan bristfällighet som föranlett dess återgång. Barnens rättsliga ställning röner ej något inflytande av att deras föräldrars äktenskap förklarats ha återgått och de betraktas som äktenskapliga barn (ÄktBördL 3 §, tidigare ÄPL 6 §). Vad beträffar rättshandlingar förbjudna på grund av äktenskapet vinna de ej giltighet till följd av att äktenskapet återgår utan förbli alltjämt utan verkan. Om makar givit varandra gåvor i strid

mot det legala gåvoförbudet (ÄL 45 §), bli dessa icke giltiga därför att äktenskapet upphäves i en återgångsprocess.

Grundsatsen att återgång av äktenskap ej utlöser retroaktiv verkan utan gör äktenskapet ogiltigt allenast för framtiden var erkänd också i äldre rätt. Se *Calonius,* Praelectioner, cap IV § 70, *Chydenius* s. 92.
Enligt gällande tysk rätt (EheG 37 §) saknar endast sådan återgångsdom retroaktiv verkan som har sitt upphov i privaträttsligt ogiltighetsskäl. Kritik av frånvaron av retroaktivitet i dessa fall: *Beitzke* s. 41.

Likställandet av återgångsdom med en vanlig skillnadsdom medför att hustruns rätt till mannens *släktnamn* i båda fallen skall bedömas efter enahanda regler. Principiellt är hustrun berättigad att fortfarande bära mannens namn (ÄL 84 §), men hon kan när som helst besluta sig för att låta i registret anteckna det släktnamn hon burit som ogift (SläktnamnF 9 §). Domstol äger dock på yrkande av mannen frånkänna hustrun rätt till hans namn när äktenskapet förklaras ha återgått på grund av omständighet som vid dess ingående var känd av hustrun, vilket fall är besläktat med det i en skillnadsprocess förekommande att hustrun, om hon varit huvudsakligen vållande till skillnaden, genom dom betages rätten till den fortsatta användningen av mannens namn (ÄL 84 § 2 mom.). Även i dessa fall må hustrun, därest synnerligen vägande skäl sådant påkalla, berättigas att behålla det genom äktenskapet förvärvade släktnamnet.

2. Ett viktigt undantag från likställdheten av återgångs- och skillnadsdom bildar den regel rörande *avvittring* som är kännetecknande för återgångslägen. Vid avvittring i följd av äktenskaps återgång skall den egendom make hade vid äktenskapets ingående eller han därefter genom arv, testamente eller gåva förvärvat, så ock vad i dess ställe kommit, anses såsom egendom i vilken andra maken ej har giftorätt (ÄL 90 §).

a. Denna regel innebär att giftorätten ej sträcker sig till annat gods än det som förvärvats under äktenskapet och att även den under äktenskapet förvärvade egendomen såtillvida är undandragen giftorätt som den bekommits genom arvsrättsligt fång eller genom gåva. Räckvidden av regeln accentueras ytterligare av surrogationsprincipen. Har make under äktenskapet i annat gods förvandlat giftorättsfri egendom, omfattar giftorätten ej heller denna nyförvärvade egendom

vilken kommit i den ursprungliga egendomens ställe, oavsett om surrogatet består av pengar eller av andra objekt. Dessa inskränkningar i giftorätt ge uttryck åt den grundläggande principen vid reglering av äktenskaps återgång. Ett normalt, fullt giltigt äktenskap föreligger icke. Retroaktiva verkningar utlösas visserligen ej av återgången, men makes rätt undergår ändock en betydande minskning däri att han blott i begränsad mån får åtnjuta de i giftorätten inbegripna ekonomiska fördelarna. På andra makens egendom från tid före äktenskapet eller dess surrogat äger han ej göra några som helst anspråk vid avvittringen, ej heller på hans under äktenskapet vederlagsfritt förvärvade gods.

I enlighet härmed omfattas av makes begränsade giftorätt sådan andra makens egendom som denne genom arbete eller liknande verksamhet förvärvat under äktenskapet. Har den omedelbara arbetsförtjänsten förvandlats i annat gods, är även detta underkastat giftorätt. Avkomst under äktenskapet av egendom som ej omfattas av den begränsade giftorätten behandlas i likhet med arbetsförtjänst.

Giftorätten är i huvudsak på samma sätt begränsad enligt lagarna i övriga nordiska länder, se svenska GB 10:5, DÄL 46 §, NÄL 37 §.
Beträffande tillämpningen av ÄL 90 § vid tvegifte se ovan III 1 b.

b. Regeln i ÄL 90 § är så utformad att enligt densamma förlust av giftorätt i arbetsförtjänst under äktenskapet icke i något fall skulle ifrågakomma. Enligt tidigare rätt varpå regeln är avsedd att bygga inträdde sådant förverkande där make svikligen förtegat viss fysisk defekt eller en obotlig smittosam sjukdom (GB 13:7, jfr 5:3). Båda makarna fingo då återtaga vad de i boet infört medan den förkovran av boet som berodde på makarnas arbete tillföll i sin helhet den oskyldige dels på grund av hans egen giftorätt, dels på grund av den till hans förmån förverkade giftorätten av andra maken. I fråga om nya äktenskap i vilka något gemensamt bo ej förekommer skulle tillämpningen av en motsvarande förverkanderegel närmast innebära att den oskyldiga makens arbetsförtjänst vari giftorätt ej skulle tillerkännas andra maken lämnades ur räkningen vid fastställandet av utjämningsfordran medan den skyldiges arbetsförtjänst behandlades som giftorättsgods vars beaktande vid avvittring den oskyldige ägde påkalla.

Genom en regel av denna innebörd hade rättsförvärv på grund av lagstridigt förhållande helt undvikits. Men lagen är så bristfälligt avfattad att man ej ens antytt möjligheten av en förverkandepåföljd liknande den som kan inträda vid äktenskapsskillnad. Enligt 78 § 3 mom. må domstol helt eller delvis frånkänna maken rätt att vid avvittring erhålla utjämning ur behållningen av andra makens egendom, därest äktenskapsskillnad föranletts av makes förhållande varigenom han grovt kränkt den andre (jfr nedan 19 § IX). Rättsförlusten kan avse även andra makens arbetsförtjänt. Ingenting hade varit naturligare än att man i lagen upptagit en motsvarande regel för de fall där make svikligen förletts till äktenskap. Sådant förhållande innefattar ju ofta en ännu grövre kränkning än de handlingar som inbegripas under 78 §, vilket framgår även därav att lagen belagt svikligt förledande till äktenskap med straff (SL 18:1).

Den lucka som sålunda finnes i lagen är så uppenbar att den måste fyllas genom tolkning. Följaktligen bör förverkanderegeln i ÄL 78 § 3 mom. *ex analogia* tillämpas då äktenskap går åter i följd av svek. Likaså äro de fall att bedöma då någon rättsstridigt tvingats till äktenskap.

Lagb försl. 1924:1 motiv s. 101 nöja sig med påpekandet att i dylika fall skadeståndsskyldighet, varom finnes stadgande i lagen, vore tillfyllest. I resonemanget kan spåras intryck av tankegångar som förekommit i andra nordiska länder. Men därvid har förbisetts att jämväl vid äktenskapsskillnad skadeståndskrav kan riktas mot den skyldige oaktat denne frånkännes giftorätt (ÄL 78 §). Enligt 69 § avser ersättningsskyldighet icke annat än den skada make genom äktenskapets ingående lidit och påtagligt är att allenast orättmätig skada skall ersättas (jfr nedan IV). Men om lagen tolkas så, att make städse har *rätt* att vid äktenskaps återgång på grund av giftorätt erhålla av andra maken egendom som förvärvats genom dennes arbete under äktenskapet, kan lagen icke samtidigt anses innehålla, att man enbart för omintetgörande av denna rätt får ålägga den berättigade skadeståndsskyldighet. Detta skulle ju betyda att lagen kringgår sig själv.
Ang. äldre rätt hänvisas till *Chydenius* s. 96 ff.

c. Då giftorätt enligt gällande lag är blottad på sakrättsliga drag och den för äldre rätt utmärkande skillnaden mellan enskilt och samfällt gods sålunda är utan betydelse, inverkar nämnda begränsning av giftorätt ej alls på makes äganderätt till godset. Om trolovad genom äktenskapsförord till sin trolovade givit egendom att tillfalla honom vid äktenskapets ingående (ÄL 45 §, jfr ovan 16 § V), så kan givaren

icke betjäna sig av stadgandet i ÄL 90 § för att göra anspråk på egendomen såsom hans tillhörighet vari gåvotagaren ej har giftorätt. Trots stadgandet tillhör gåvan fortfarande mottagaren och givaren har giftorätt däri, enär fråga är om egendom som intill äktenskapets ingående ägdes av honom (och icke av andra maken). Han får alltså fordra att godsets värde efter avdrag av mottagarens gäld skall beaktas vid avvittringen. Har givaren genom förord utestängts från giftorätt i godset, är regeln i ÄL 90 § överhuvud utan betydelse för bedömandet av hans rätt. Det är en annan sak, om icke givaren såväl i det ena som i det andra fallet kan enligt allmänna rättsgrundsatser få gåvans rättsverkningar upphävda emedan förutsättningen att ett giltigt äktenskap skall komma till stånd ej gått i fullbordan. Denna fråga kan utan stöd av en speciell lagregel svårligen besvaras jakande med undantag av situationer där man kan lägga gåvotagaren till last att han mot bättre vetande förtegat äktenskapshinder eller annan synnerligen viktig omständighet som bort avhålla givaren från gåvan och äktenskapet.

Giftorättsbegreppet är icke i alla nordiska länder helt frigjort från sakrättsliga skiftningar (jfr ovan 13 § II 2). Sålunda har man av den förevarande avvittringsregeln dragit den slutsatsen beträffande gåva till trolovad att då giftorätten i följd av äktenskapets återgång bortfaller (man tänker härvid på mottagarens giftorätt i eget gods, något som enligt den finska äktenskapslagen är en omöjlighet) gåvan förlorar all sin verkan och gåvoobjektet blir givarens enskilda egendom. Se *Westring* s. 193.

I DÄL 46 § ingår ett stadgande därom att egendom som make givit den andre »som Saereje» kan fordras tillbaka då äktenskapet går åter.

3. En ytterligare avvikelse från reglerna för vanlig äktenskapsskillnad gäller makes underhållsskyldighet. När äktenskap upplösts genom återgångsdom blir make i intet fall skyldig att i framtiden utge underhållsbidrag till den andre. Häruti återspeglas uppfattningen att återgång i grund och botten är en yttring av den ingångna äktenskapliga förbindelsens ogiltighet.

Inbördes underhållsskyldighet efter äktenskapets återgång åvilar ej heller makar enligt svensk och dansk rätt, medan norsk och tysk lag intaga en motsatt ståndpunkt.

V. Vid den ekonomiska uppgörelsen mellan makar vilkas äktenskap återgått kan den skyldiga maken krävas på *skadestånd* (ÄL

69 §). Förutsättningen är att anledningen till återgången var vid äktenskapets ingående känd av ena maken men ej av den andre. Härunder inbegripes förledande till äktenskap genom att äktenskapshinder eller annan relevant omständighet förtegats för medkontrahent i god tro, så ock tvingande till äktenskap då tvånget förövats av ena kontrahenten eller med dennes vetskap av tredje man. Skadeståndsskyldighet åvilar den som handlat uppsåtligt, men även vårdslöshet kan tänkas medföra ansvar. Enär ansvaret grundar sig på otillbörligt beteende vid slutande av äktenskap, är skadeståndsskyldigheten att hänföra till deliktsobligationerna. Äktenskapslagens skadeståndsregler äro exklusiva i så måtto att dessa och icke de som ingå i strafflagens skadeståndskapitel vinna tillämpning även om den ansvarsgrundande handlingen eller underlåtenheten tillika vore straffbar enligt SL 18:1 (svikligt förledande till äktenskap) eller 19:4, 5 (tvegifte).

Ersättas skall skada som den oskyldiga maken lidit genom att han ingått det upphävda äktenskapet. Även för immateriell skada, dvs. det psykiska lidande den oskyldige fått utstå till följd av det ogiltiga äktenskapets ingående och upphävande, skall gottgörelse lämnas. Storleken av skadeståndet bestämmes efter skälig prövning, med avseende fästat vid makarnas förmögenhetsförhållanden. Även skuldgraden kan inverka på ersättningens belopp.

Beträffande materiella skador är att märka att ersättning utgår för direkta förluster men icke för äktenskapets ekonomiska värde. Missräkningar rörande andra makens förmögenhetsvillkor äro överhuvud betydelselösa vid bedömande av äktenskaps ogiltighet och lika litet kan den påräknade ekonomiska fördel make mister genom äktenskapets återgång utgöra en post i skadeståndsberäkningen. Såsom direkta skador må tagas i betraktande exempelvis utgifter för äktenskapets skull som blivit onyttiga, dock att avdrag för tilläventyrs vunnen nytta bör göras, samt flyttningskostnader föranledda av återgången. Ersättning torde ock böra utgå för den förlust som tillskyndats genom att den oskyldiga maken i anledning av äktenskapet lämnat en lönande tjänst, i den mån förlusten icke uppvägts av den nytta han i form av underhåll erhållit av andra maken innan återgång skett. Då underhållsskyldigheten mellan makar upphör i och

med äktenskapets återgång, får sådan plikt ej heller indirekt åläggas medelst skadestånd, varför ersättning icke åtnjutes för kostnad som föranledes av den oskyldiga makens vidare utbildning vilken nödvändiggöres av äktenskapets upphävande.

Skadeståndet kan bestämmas att utgå på en gång eller periodvis.
I processuellt hänseende bör observeras att skadeståndskravet ej får göras gällande annorlunda än i samband med det mål som rör äktenskapets upplösning (ÄL 83 § 4 mom.). Jfr om straffanspråket ovan III 2 b *in fine*.
Från skadeståndsskyldighet är att skilja förverkande av makes giftorättsanspråk, se ovan IV 2 b.

VI. Talan om återgång av äktenskap skall enligt RB 10:10 väckas vid domstol i den ort där svaranden bor (hemvistforum). Har svaranden ej hemvist i Finland skall den anhängiggöras vid domstolen i svarandens senaste bosättningsort här i landet eller ock i kärandens hemvistforum. Föres talan mot båda makarna — allmän åklagare inleder rättegång under åberopande av offentligrättsligt återgångsskäl — skall målet handläggas i den ort där makarna eller endera av dem bor eller, om ingendera är bosatt i Finland, där endera senast haft sitt hemvist. Finnes ej annat forum skall målet upptagas av rådstuvurätten i Helsingfors.

Beträffande delgivande av stämning, handläggning av målet och meddelanden till registermyndighet samt förfoganden om hyresrätt gäller detsamma som i fråga om äktenskapsskillnad.

Se härom nedan 19 § VII 2, XI 4 a, 5, 6, XII, XIII.

VII. Speciella regler om äktenskaps återgång gälla för det fall att försvunnen person som *förklarats för död* sedermera finnes vara vid liv. Har den dödförklarades make trätt i nytt äktenskap, skall detta äktenskap återgå därest den omgifta maken det yrkar och med sin förra make inför domstol åsämjes att fortsätta det emellan dem ingångna äktenskapet. Yrkandet skall framställas inom sex månader sedan den omgifta maken fick kunskap om att den försvunne lever (DödförklL 15 §).

När det tidigare äktenskapet sålunda återupplivas och det senare äktenskapet upplöses, bli reglerna om äktenskaps återgångs tillämpliga på makarna och barn i det senare äktenskapet. Avvittringen skall

ske jämlikt ÄL 90 § och skadestånd får krävas enligt 68 §. Hustruns rätt att bära mannens namn samt barnens börd bedömas likaså efter de allmänna reglerna om äktenskaps återgång.

Beträffande avvittring måste en anmärkning tillfogas. Den dödförklarade som finnes vara vid liv har rätt att återfordra sin egendom av den som tillträtt densamma i följd av dödförklaringen (DödförklL 16 §). Trots det att den omgifta maken i sitt nya äktenskap infört den dödförklarades egendom som på grund av dödförklaringen tillfallit honom skall egendomen vid den avvittring, vilken föranledes av det senare äktenskapets återgång, icke betraktas som den omgifta makens utan som den dödförklarades gods. Härav blir en följd att egendomen avkomst, som enligt ÄL 90 § är underkastad giftorätt vid återgång (ovan IV 2), icke får indragas i avvittringen för längre tid än den omgifta maken uppburit avkomsten i god tro.

19 §. Äktenskapsskillnad.

I. 1. Oaktat äktenskapet i princip är avsett att utgöra en livslång förening mellan man och kvinna kan det upplösas före ena makens död på grund av omständighet som tillkommit efter vigseln. Denna upplösning, äktenskapsskillnad, är icke betingad av bristfällighet eller rättsstridighet vid äktenskapets ingående utan den förutsätter en sådan rubbning i makarnas inbördes förhållande under dess bestånd att det till följd härav ej skäligen kan fordras att det äktenskapliga bandet upprätthålles.

Äktenskapsskillnad har alltid varit erkänd i Finland. Äldre lag var i detta avseende mycket återhållsam och skillnad medgavs ej ens i alla de fall där den enligt luterska kyrkans lära var tillåten. Vid sidan av lagens snäva regler vilkas tillämpning ankom på domkapitel och senare på domstolar fick emellertid en friare uppfattning insteg i administrativ praxis. Det utbildade sig ett dispensförfarande i det monarken som innehavare av högsta makten meddelade befrielse från de stränga lagreglerna och beviljade äktenskapsskillnad i anledning av sådan rubbning i makarnas förhållande som icke inbegreps under de lagfästa skillnadsskälen. Dispensförfarandet blev så inrotat att det fortsattes även under ändrade politiska förhållanden och handhades av de högsta judiciella myndigheterna, vilka sålunda kommo att tillämpa skriven lag när det gällde att ompröva lägre domstolars do-

mar i äktenskapsmål samt bevilja befrielse från lagens regler då skillnadsärenden direkt anhänggjordes hos sådan myndighet.

Koexistensen av sträng och billig rätt var naturligen ägnad att undergräva lagens auktoritet och den utgjorde en av orsakerna till ombildningen av den skrivna lagens regler, varigenom möjligheten att vinna äktenskapsskillnad blev så utvidgad att dispensförfarandet kunde helt avskaffas.

2. Lagstiftningen i länder som stå under inflytande av den romerskkatolska kyrkans lära erkänna ej äktenskapsskillnad (t.ex. Italien, Spanien). Äktenskap upplöses allenast genom ena makens död. Endast personlig separation, skillnad till säng och säte, är tillåten, varjämte äktenskap kan förklaras ogiltigt bl.a. om vid dess ingående absolut äktenskapshinder förelegat eller fri vilja saknats.

Enligt den protestantiska läran är skillnad tillåten på grund av äktenskapsbrott och egenvilligt förlöpande, s.k. malitiosa desertio, samt i vissa andra fall vilka bruka betecknas som quasidesertio och till vilka höra förlöpande som icke innefattar avvikande ur riket, hårdnackad förvägran av den äktenskapliga plikten, traktande efter andra makens liv (insidiae vitae) och hälsovådlig misshandel (saevitia). Jfr *Ivar Nylander* s. 12 ff., *Folke Schmidt* s. 12 ff., *Wolff* § 33 III.

Under medeltiden sökte katolska kyrkan i Sverige-Finland göra gällande sin uppfattning om äktenskaps oupplöslighet. Enligt den äldsta nordiska rätten kunde mannen ensidigt uppsäga äktenskapet när helst han så önskade, men under kyrkans inflytande undergick rättsuppfattningen en väsentlig förändring. Denna kom till synes i de svenska landskapslagarnas bestämmelser därom att äktenskapet kunde upplösas blott på grund av hustrus hor. Därjämte nämndes i en landskapslag även hustrus egenvilliga förlöpande såsom skillnadsskäl. Landskapsrättens ståndpunkt avvek ännu från kyrkans lära, som i dylika fall blott tillät personlig separation och aldrig medgav omgifte under andra makens livstid. Huruvida denna strängare princip fick fotfäste i rättspraxis är ovisst, men sannolikt är dock att den iakttogs under medeltidens senare del.

Jfr *Ivar Nylander* s. 12.

3. Efter reformationen utfärdades bestämmelser om äktenskapsskillnad i 1572 års kyrkoordning och i 1686 års kyrkolag. Som skillnadsskäl betraktades äktenskapsbrott (hor) och egenvilligt förlöpande. Jämte egentlig äktenskapsskillnad reglerades i kyrkolagen skillnad på viss tid »till umgänge, säng, bord och hemvist». Denna innefattade en personlig separation varmed syftades att förmå makarna till försoning. Lagens stränga ståndpunkt rörande egentlig äktenskapsskillnad framkallade så småningom en reaktion. Försåvitt en i lagen icke angiven viktig grund till skillnad i äktenskap förelåg, ansåg sig konungen kunna upplösa äktenskapet utan att saken underkasta-

des prövning av kyrklig eller judiciell myndighet. Härmed tog sin början det under flera sekler tillämpade dispensförfarandet. Detta administrativa förfarande kännetecknades ibland av märkbar liberalitet i det skillnad beviljades utan att det förelåg någon särskild objektiv orsak därtill. Man nöjde sig med konstaterandet att det ej fanns förhoppning om att makarna skulle försonas och tillmätte makarnas samfällda önskan att vinna skillnad stor betydelse vid sakens avgörande.

Beträffande utövandet av den kungliga dispensmakten hänvisas till den ingående undersökningen av *Ivar Nylander* s. 109 ff.

1734 års lag byggde på tidigare rätt. Såsom skillandsskäl omnämndes endast äktenskapsbrott och egenvilligt förlöpande (GB 13 kap.). Beträffande det senare fallet stadgades att därest mannen av ondska och motvilja övergav och förlöpte sin hustru och for utrikes i det uppsåt att ej mera bliva och bo med henne, ägde hustrun vinna skillnad om mannens uppehållsort var okänd och han icke återvände inom den av domaren genom kungörelse utsatta tiden av natt och år. Detsamma gällde för den händelse att hustrun förlöpt mannen (GB 13:4). Med dessa regler avsåg man dock icke att förbjuda dispensförfarandet utan det förutsattes i lagens motiv att skillnad kunde av konungen allt framgent beviljas därest en i lagen icke omnämnd viktig grund till upplösning av äktenskap förelåg. Även stadganden om skillnad till säng och säte upptogos i 1734 års lag. Denna personliga separation kunde lika litet som enligt tidigare lag förvandlas till äktenskapsskillnad enbart på den grund att den fortgått under en viss tid.

Konungens dispensbefogenhet övertogs i storfurstendömet Finland av senatens justitiedepartement (Sen. regl. 13. 9. 1892, 83 §) och i det självständiga Finland av högsta domstolen (L 22. 7. 1918).

Jfr ang. 1734 års lag *Calonius,* Praelectiones, § 77 ff., *Wrede,* Föreläsningar över Giftermålsbalken, 2 uppl. 1913, *Chydenius* s. 107 ff., *Winroth* I s 127 ff., *Ivar Nylander* s. 51 ff. — Bert. dispensförfarandet i Finland se *Eino Ahla* LM 1915 s. 1 ff., *Merikoski,* Erivapauden käsite (1936) s. 50 f., *Brusiin* s. 70 f., Lagb försl. 1924:1 s. 57.

4. Reglerna i 1734 års lag om äktenskapsskillnad undergingo en

nödigbefunnen revision genom 1929 års äktenskapslag. Stadgandena rörande egenvilligt förlöpande ersattes med bestämmelser om särlevnad på grund av söndring. Äktenskapsskillnad kunde numera vinnas, då makar på grund av söndring levat åtskilda sedan minst två år, och även kortare särlevnad var tillfyllest därest ena maken egenvilligt och utan giltig orsak undandragit sig samlevnaden (ÄL 76 §). Dessutom upptog man i lagen regler om äktenskapsskillnad på särskilda viktiga grunder. Någon möjlighet att vinna skillnad på grund av överenskommelse bereddes icke i äktenskapslagen enligt dess ursprungliga lydelse.

År 1948 blevo skillnadsreglerna föremål för en genomgripande ombildning i det hemskillnadsinstitutet infördes. Makar berättigades att till och med på grund av överenskommelse vinna hemskillnad vilken efter ett års särlevnad kunde förvandlas till äktenskapsskillnad. Härigenom nåddes i denna punkt överensstämmelse med lagstiftningen i övriga nordiska länder. Även en annan betydelsefull ändring vidtogs i reglerna om skillnad på grund av särlevnad. Efter lagens ursprungliga lydelse kunde yrkande om äktenskapsskillnad under åberopande av två års särlevnad icke framställas av den till söndringen huvudsakligen skyldiga maken om ej synnerligen vägande skäl därtill funnos. Denna begränsning som icke förekom i alla nordiska lagar bortlämnades och vardera maken tillerkändes en obetingad rätt till skillnad sedan de på grund av söndring levat åtskilda under nämnda tid.

Enligt dansk och svensk rätt gäller fortfarande att skillnad i allmänhet ej får beviljas enbart på yrkande av den som huvudsakligen burit skulden till samlevnadens avbrytande. Denna regel tillmätes *Borum* s. 112 en central betydelse i dansk äktenskapsrätt enär man därigenom fastslagit den viktiga grundsatsen att make icke har ensidig rätt att lösgöra sig från det äktenskapliga bandet.

Den erforderliga särlevnadstiden är för normala fall tre år efter norsk och svensk rätt samt fyra år enligt dansk lag.

II. Äktenskapsskillnad är enligt gällande rätt i allmänhet betingad av att sådan rubbning i makarnas personliga förhållande inträtt till följd varav samlevnadens fortsättande skäligen ej mer kan fordras, om ena maken vill draga sig ifrån äktenskapet. För att skillnad skall kunna påkallas måste en varaktig söndring föreligga. Enligt huvud-

regeln skall detta ådagaläggas genom att makarna under viss tid levat och alltjämt leva åtskilda. Efter gängse uppfattning tillmätes särlevnad som beror på söndring ett synnerligen stort bevisvärde i avseende på söndringens varaktighet och allvarliga natur. Skillnad kan dessutom vinnas på grund av särskilda omständigheter, vilkas bevisvärde beträffande söndring mellan makarna anses vara så stort att någon särlevnadstid därjämte ej fordras såsom förutsättning för skilsmässa. Sådana i lagen angivna fakta vilka allena för sig utgöra tillräckliga skillnadsskäl äro bl.a. äktenskapsbrott och grov misshandel. En mellanform bildas av en tredje grupp skillnadsskäl vilka utmärkas av att ett visst yttre faktum kan föranleda omedelbar skilsmässa, men endast under förutsättning att omständigheterna i det särskilda fallet i övrigt visa att make skäligen ej längre bör anses pliktig finna sig i samlevnaden. Härtill höra brottsligt leverne och missbruk av rusgivande medel. Men även sådana fall förekomma, där skillnad får påkallas utan åberopande av någon förseelse. När lagen tillerkänner make rätt till skillnad på grund av andra makens sinnessjukdom, så beror detta på att en objektiv betingelse för äktenskaplig samlevnad bortfallit.

De grunder för äktenskapsskillnad vilka anknyta till en icke närmare specificerad rubbning av makarnas förhållande må betecknas som allmänna skillnadsskäl. De övriga skillnadsgrunderna som hänföra sig till särskilda i lag omnämnda omständigheter höra till gruppen speciella skillnadsskäl.

III. *Allmänna skillnadsskäl* äro:

1. Särlevnad efter dom på hemskillnad. Sedan hemskillnadsinstitutet införlivats med äktenskapslagen tillkommer envar make en ovillkorlig rätt att påkalla äktenskapsskillnad då makarna efter vunnen hemskillnad levat åtskilda ett år och ej heller därefter återupptagit samlevnaden (ÄL 76 § 1 mom.). Beträffande förutsättningarna för hemskillnad hänvisas till framställningen längre fram (nedan 20 §).

2. Särlevnad utan dom på hemskillnad. Äktenskapsskillnad kan vinnas om makar på grund av söndring levat åtskilda sedan minst två år (ÄL 86 § 2 mom.). Rätt att yrka skillnad tillkommer jämväl i detta fall en var av makarna, utan hänsyn därtill vilken av dem

som varit huvudsakligen vållande till söndringen. Av omständigheterna i målet måste framgå att särlevnaden beror på verklig och varaktig söndring. Som huvudregel gäller att söndring måste ha föregått makes bortflyttning, men skillnad kan beviljas även då den uppstått medan makarna av annan orsak levat åtskilda. I sistnämnda fall är för fristberäkning den senare tidpunkt avgörande då söndringen faktiskt inträdde.

Då make undandrager sig eller av andra maken förmås att undandraga sig samlevnaden, är den erforderliga särlevnadstiden ej längre än ett år (3 mom.). Härtill höra dels fall som motsvara egenvilligt förlöpande enligt äldre rätt, dels fall som kännetecknas av att make tvingar den andre att lämna hemmet. Egenvilligt förlöpande föreligger när make utan andra makens samtycke och utan giltig orsak bortflyttar från det gemensamma hemmet i uppsåt att icke återvända. Bortovaro i lovligt ärende, exempelvis tjänstgöring på annan ort, faller ej därunder, men den kan övergå i förlöpande om make efter att ha utfört sitt ärende fortfar att hålla sig undan. Tiden räknas då från det bortovaron antog sådan karaktär. Tvingande att lämna hemmet föreligger, då make genom dryckenskap, hård medfart eller annat dylikt beteende gör samlevnaden till den grad odräglig för den andre att denne har giltig anledning att häva densamma. Skillnad kan yrkas blott av den bortflyttande, icke av den som sitter kvar i hemmet. Vid egenvilligt förlöpande gäller däremot att talan tillkommer den hemmavarande men icke den som lämnat det gemensamma hemmet.

Särlevnad av föreskriven längd medför rätt att yrka skillnad endast under förutsättning att den fortgått kontinuerligt. Tillfälligt sammanträffande är utan betydelse men därest samlevnaden återupptagits om än för kortare tid är make ej mer befogad att åberopa den tidigare särlevnaden som grund för sitt yrkande utan tiden bör räknas från den dag då makarna återigen flyttade från varandra. Dom på hemskillnad har i så fall förlorat all sin verkan varför äktenskapsskillnad utan ny hemskillnadsdom kan vinnas blott jämlikt de allmänna reglerna rörande särlevnad.

Enligt dansk rätt anses tillfälligt sammanträffande irrelevant även om könsumgänge därvid ägt rum. *Borum* s. 137. Likaså måhända hos oss HD 1934 II 162. Jfr *Melander* s. 82.

IV. *De speciella skillnadsskälen* äro följande:

1. Äktenskapsbrott. Bryter make äktenskapet genom att ha samlag med annan person än sin make, skall omedelbart dömas till skillnad (ÄL 70 §). Genom äktenskapsbrottet åsidosätter make sin trohetsplikt. Han begår en rättsstridig handling mot andra maken ehuru äktenskapsbrottet, där det icke innefattar tvegifte, ej längre är straffbart sedan bestämmelserna om horsbrott i strafflagens 19 kap. genom L d. 23. sept. 1948 blivit upphävda. Med äktenskapsbrott jämställes bedrivande av otukt med person av samma kön ävensom tidelag. Däremot faller ej under begreppet otukt av annat slag än samlag.

Trohetsplikt förefinnes även i äktenskap som kan dömas att återgå, ty en sådan dom har ej retroaktiv verkan. I fråga om tvegifte är saken dock så att uppfatta, att samlag med maken i det tidigare ingångna, giltiga äktenskapet icke kan av nya maken i det senare olagliga äktenskapet åberopas som skillnadsskäl. Denne får föra talan enbart på grund av bigami. Däremot äger maken i det tidigare äktenskapet påkalla skillnad i detta äktenskap på den grund att hans make brutit mot sin plikt. Genom det olagliga nya äktenskapet har den sistnämndes trohetsplikt mot den lagliga maken ej upphört om också det senare äktenskapet ej formellt förklarats ha återgått. Oaktat uttryckligt stadgande fattas, är tvegiftet som sådant att anse såsom tillfyllestgörande bevis för otrohet. Särskild utredning om samlag i det senare giftet är umbärlig. Har make efter andra makens dödförklaring ingått nytt gifte föreligger icke tvegifte i egentlig mening, ty det tidigare äktenskapet anses ha blivit upplöst såvida ej makarna i detta äktenskap sämjas om att återupptaga samlevnaden (jfr ovan 19 § VI).

För att skillnad skall kunna medgivas på grund av äktenskapsbrott som icke innefattar tvegifte, är det en förutsättning att handlingen förövats uppsåtligt. Föreligger god tro, emedan det på goda skäl kunde antagas att andra maken icke var vid liv, må ej dömas till skillnad oaktat dödförklaring ej utverkats. Vid bedömande av subjektiv tillräknelighet äro reglerna om deliktsansvar i första hand tillämpliga.

Lagen har icke uttryckligen berört frågan om betydelsen av makes

samtycke till äktenskapsbrott. Enligt allmänna grundsatser bortfaller i regel rättsstridighet om den som lidit intrång i sin rätt på förhand samtyckt till rättskränkningen. Tvivelaktigt är dock huruvida en liknande norm kan tillämpas i föreliggande fall. Den monogamiska principen, som stadgandena om trohetsplikt ge uttryck åt, synes utesluta åberopande av samtycke. Eljest skulle faktiska bigamiförbindelser ur laglighetens synpunkt bli oangripliga. Den synpunkten kan näppeligen vara avgörande att make genom att ha samtyckt till otrohet på sätt och vis medverkat till uppkomsten av skillnadsskälet som han efter behag kan dra fram för att omedelbart få äktenskapet upplöst. Sådant samtycke är icke liktydigt med delaktighet i brottet. Skillnad kan av den samtyckande i varje fall utverkas efter reglerna om särlevnad och härtill fordras blott att makarna levat åtskilda sedan ett år, såvida de utverkat hemskillnad.

Att omedelbar skillnad icke bör vägras enbart därför att även den som framställer yrkandet gjort sig skyldig till brott mot äktenskapet, uttalas uttryckligen i motiven till äktenskapslagen. Sådant beteende utgör ett ytterligare bevis för att äktenskapet är ohållbart (Lagb försl. 1924:1 motiv s. 102). Det antydes i motiven icke att det härmed skulle förhålla sig annorlunda därest makarnas ömsesidiga otrohet berott på föregående samtycke. I rättspraxis har man också ansett att makes samtycke icke utesluter rättsstridighet även om makarna leva åtskilda HD 1949 I 7, 1952 II 32. Däremot kan samtycket ha till följd att make ej får göra gällande de ekonomiska anspråk som enligt lagen tillkomma den som blivit kränkt. Jfr nedan VII—X, HD 1949 I 7, *Telaranta* LM 1955 s. 48 ff.

Enligt lagarna i övriga nordiska länder liksom efter tysk rätt utgör samtycket hinder för skillnadskrav. I tidigare dansk lag fanns ej en sådan regel men den upptogs i 1922 års äktenskapslag för att förhindra att makarna skulle missbruka stadgandet om äktenskapsbrott till vinnande av skillnad på grund av inbördes överenskommelse. Ståndpunkten kritiseras av *Borum* s. 123.

Genom *hemskillnadsdom* upphäves makarnas plikt till samlevnad men icke deras trohetsplikt. Härav följer dock ej att make efter vunnen hemskillnad finge påyrka omedelbar äktenskapsskillnad under åberopande av andra makens otrohet under hemskillnadstiden. Enär make redan valt hemskillnadsvägen för uppnående av äktenskapsskillnad och sålunda har obetingad rätt att förvandla hemskillnaden till äktenskapsskillnad så snart den föreskrivna särlevnadstiden utgått, finnes knappast anledning tillåta honom att påskynda äktenskapets upplösning medelst en talan som allenast grundar sig på fakta vilka inträffat efter det hemskillnadsdomen meddelats.

Har make icke blott samtyckt till äktenskapsbrott utan även som anstiftare eller medhjälpare medverkat därtill och således varit del-

aktig i brottet, har han icke rätt att till vinnande av omedelbar skillnad åberopa sig på handlingen.

Från föregående samtycke är att skilja avstående från uppkommet skillnadskrav. Till sådan eftergift är make städse berättigad.

Detta framhålles uttryckligen i Lagb försl. 1924:1 motiv s. 102.

2. Könssjukdom. Har make under äktenskapet ådragit sig könssjukdom, är andra maken berättigad att påkalla äktenskapsskillnad (ÄL 71 §). Sjukdomen som sådan utgör skillnadsskäl. Det fordras icke att make med vetskap eller misstanke om att han har sådan sjukdom utsatt den andre för fara att bli smittad. Bevisskyldigheten är i detta avseende omvänd. Kravet på skillnad äger den sjuke avvärja blott genom att styrka att han under den tid sjukdomen varit i smittosamt skede icke haft samlag med sin make och ej heller eljest utsatt denne för smittofara. Därest även andra maken lidit av samma sjukdom, bortfaller skillnadskravet, enär möjligheten att överföra sjukdomen i så fall är utesluten. Men icke blott frånvaron av smittofaran måste ledas i bevis, också den omständigheten bör göras trolig att sjukdomen ej förvärvats genom otukt. Könssjukdom utgör normaliter tecken på att äktenskapsbrott ägt rum och presumtionen är så välgrundad att bevisbördan överflyttats på den som påstår motsatsen. Förevarande stadgande bildar således i själva verket blott ett korollarium till skillnadsregeln rörande äktenskapsbrott i det könssjukdomen tillagts synnerligen stort bevisvärde med avseende på förekomsten av trohetsbrott.

I de övriga nordiska ländernas lagar har skillnadsregeln rörande könssjukdom en annan innebörd. Den bygger uteslutande på smittofaran men hindrar naturligtvis icke att könssjukdomen enligt allmänna regler åberopas som bevis för äktenskapsbrott. Jfr *Borum* s. 124 f., *Westring* s. 215.

Enligt tysk lag utgör könssjukdom ej ett särskilt skillnadsskäl vid sidan av äktenskapsbrottet. Däremot finnes i lagen ett allmänt stadgande om skillnad på grund av svår sjukdom som är smittosam eller avskyväckande. EheG 46 §.

3. Grov misshandel och stämpling mot makes liv. Då make förövat grov misshandel mot andra maken, kan skillnad yrkas ändå att svår kroppsskada ej uppstått (ÄL 72 §). Stadgandet är icke avsett att anknyta till de i strafflagen angivna olika arterna av miss-

handel, varför frågan huruvida integritetskränkningen bör anses som grov är att bedöma efter omständigheterna i det särskilda fallet. Stämpling mot andra makens liv, som likaledes utgör skillnadsskäl (ibid.), innebär en ännu grövre kränkning av andra makens trygghet. Även för detta fall gäller att de brottsrekvisit icke äro avgörande som strafflagen må uppställa beträffande vissa uppsåtliga brott innebärande fara för annans liv.

I stadgandets ursprungliga lydelse förekom uttrycket »grov misshandel» som sådant, varför det kunde förstås så, att svår kroppsskada måste ha tillfogats på sätt strafflagen förutsätter. Därför förtydligades stadgandet senare genom att utsäga att svår kroppsskada ej behöver uppstå (L 23.3.1944).

Dessa skillnadsskäl som uti mer eller mindre likartad form förekomma även i övriga nordiska lagar härröra från den protestantiska kyrkans lära om traktande efter andra makens liv och om hälsovådlig misshandel (ovan I 2).

Enligt gällande tysk lag bedömas förevarande fall efter det allmänna stadgandet rörande svåra äktenskapsförseelser eller ärelöst och osedligt beteende (EheG 43 §). Jfr *Lehmann* s. 122.

4. Frihetsstraff och vissa andra straff. Är make dömd till minst tre års frihetsstraff, äger andra maken utverka skillnad, såvitt skäl därtill bör anses föreligga (ÄL 73 § 1 mom.). Huvudvikten lägges vid själva straffets art och längd, enär den oskyldiga maken därigenom tvingas att leva åtskild från den andre. Omständigheterna i det särskilda fallet, framför allt brottets beskaffenhet, kunna dock medföra att skillnadskravet bör ogillas. Å andra sidan kan även lindrigare straff föranleda skillnad, om brottet i synnerlig grad är ägnat att ådraga den skyldige missaktning (2 mom.). Vid bedömandet därav om skillnad är påkallad skall hänsyn tagas till huruvida brottet är av den art att en djup och varaktig söndring av makarnas förhållande är att befara och huruvida make i betraktande av äktensskapets syfte bör anses vara pliktig att tåla förseelser av ifrågavarande slag från andra makens sida.

5. Missbruk av rusgivande medel. Är make hemfallen åt missbruk av rusgivande medel, äger andra maken yrka äktenskapsskillnad (ÄL 74 §). Men ej heller detta skillnadsskäl är av absolut natur. Till skillnad må endast dömas om synnerligen vägande skäl därtill föreligga. Toleransgränsen har i detta fall av lättförstådda skäl uppställts mycket högt. Ett verkligt, olidligt missbruk måste påvisas för

att den oskyldige skall kunna utan tidsfrist draga sig ifrån äktenskapet.

Den kasuistik som förekommer i de under 4 och 5 nämnda bestämmelserna är kännetecknande även för övriga nordiska lagar men har ej motsvarighet i tysk rätt, där fallen bedömas med ledning av den allmänna bestämmelsen om äktenskapsförseelser som finnes i lagen (EheG 43 §).

6. Sinnessjukdom eller sinnesslöhet. Har dylikt psykiskt tillstånd hos make uppkommit under äktenskapet, äger andra maken rätt till skillnad, där sjukdomen fortfarit under tre år och skälig förhoppning om den sjukes varaktiga återställande till hälsan icke finnes (ÄL 75 §). Även kortare sjukdomstid kan föranleda skillnad, men allenast om synnerliga skäl därtill föreligga (2 mom.). Sinnessjukdom hos ena maken gör fortsättandet av den äktenskapliga samlevnaden omöjligt och medgivande av äktenskapsskillnad innebär således blott ett konstaterande av att äktenskapet i själva verket redan blivit förstört. Även enligt äldre rätt utgjorde sinnessjukdom skillnadsskäl. Övergående sjukdomsfall bör icke föranleda skilsmässa och därför fordras att sjukdomen fortgått under viss längre tid, i regel tre år, vilken tidsperiod bör helt falla in under äktenskapet. Härrör sjukdomen från tid före äktenskapet, bör äktenskapet förklaras att återgå, i vilket fall även allmän åklagare äger föra talan (ovan 18 § III 1).

7. Bortovaro under lägnre tid. Är ena maken borta och vet man ej att han under de tre sista åren varit vid liv, äger andra maken vinna äktenskapsskillnad. Utan detta stadgande kunde make, då andra maken är borta under längre tid och icke låter höra av sig, ingå nytt gifte allenast om det tillika framgår att bortovaron föranletts av söndring mellan makarna eller om sådana omständigheter föreligga som förutsättas av dödförklaring. För försvunnen persons förklarande för död fordras i regel en bortovaro av tio år, endast undantagsvis, i händelse av krig, uppror eller förlisning av fartyg, är en kortare tidsperiod tillfyllest, nämligen tre år från det kalenderåt då den försvunne veterligen levat (DödförklL 2, 3 §). Det har med fog ansetts obilligt att make, då söndring mellan honom och den bortovarande ej kan påvisas, icke kunde ingå nytt gifte förrän i normala fall tio år förflutit från försvinnandet.

Då bortovaro av längre varaktighet uppställts som skillnadsskäl blir härav även en följd att make äger vinna definitiv skillnad och icke blott, såsom efter dödförklaring, en på dödspresumtion byggande möjlighet att ingå nytt gifte. Den hemmavarande behöver visserligen i senare fallet icke rygga sitt nya gifte, om den försvunne ändock finnes vara vid liv, men lagen tillåter honom att med sin förra make inför domstol åsämjas att återupptaga den tidigare samlevnaden (DödförklL 15 §, jfr ovan 18 § VII). Häri ligger för hans nya make ett osäkerhetsmoment som blir eliminerat därest skillnad utverkas enbart på grund av längre tids bortovaro. Det ingångna nya äktenskapet kan i så fall upplösas blott i vanlig ordning.

V. Äktenskapsskillnad vinnes medelst rättens dom varigenom äktenskapet förklaras upplöst. Till domen anknyta inga retroaktiva verkningar. Enbart ett skenbart undantag bildar det stadgande som under vissa förutsättningar berättigar make att erhålla befrielse från den skyldiga makens anspråk på utjämning vid den avvittring av makarnas egendom som skall verkställas efter äktenskapets upplösning. Den oskyldiges egendom kan i så fall förbli helt orörd som om något äktenskap ej funnits till. Men makarnas giftorätt anses dock ej ha upphört, allenast nämnda utjämningskrav bortfaller och den oskyldiga maken äger genomföra sina av giftorätten härflytande anspråk oförminskade (nedan IX).

VI. Beträffande *hustrus släktnamn* gäller att hon principiellt är berättigad att efter skilsmässan fortfarande bära mannens släktnamn. Henne tillkommer dock valrätt. Vill hustrun hellre använda det namn hon burit som ogift, äger hon låta anteckna detta i kyrkoboken eller motsvarande register (ÄL 84 §, SläktnamnF 9 §). I vissa fall är hennes valrätt icke obegränsad. Beviljas äktenskapsskillnad då hustrun huvudsakligen bär skulden därtill, kan domstol, där ej synnerligen vägande skäl däremot äro, på yrkande av mannen frånkänna hustrun rätten att behålla hans namn (ÄL 84 § 2 mom.).

Före L d. 23. 9. 1948 ansågs frånskild hustru i princip gå förlustig sin rätt till mannens släktnamn Endast om makarna därom överenskommit eller domstolen på särskilda skäl sådant tillät ägde hustrun fortfarande använda mannens släktnamn. Denna ordning kunde särskilt i fall då hustrun under längre tid hade idkat näring under mannens namn lända henne till men. Se härom förf. Muutettu avioliittolaki s. 45. Jfr nedan 26 § V 2 d *in fine*.

VII. 1. Trots vunnen äktenskapsskillnad fortfar makarnas *underhållsskyldighet* gentemot barnen, varemot deras inbördes underhållsskyldighet har upphört. Sistnämnda regel är likväl icke undantagslös.

Finnes ena maken till följd av äktenskapsskillnad bli i behov av bidrag till sitt underhåll, äger rätten ålägga andra maken att lämna sådant bidrag efter vad med hänsyn till hans förmåga och övriga omständigheter prövas skäligt. Härvid skall dock beaktas att make som huvudsakligen bär skulden till skillnaden ej må tillerkännas underhållsbidrag, såvida ej synnerligen vägande skäl därtill föreligga (ÄL 79 §).

Vid bedömandet av skuldfrågan bör hänsyn tagas till vardera makens beteende. Om också make gjort sig skyldig till en förseelse som normalt innebär grov kränkning av andra maken, kan hans skuld ej nödvändigtvis betecknas såsom den huvudsakliga, om förseelse ligger även andra maken till last. Trots att äktenskapet upplösts på grund av hustruns hor, kan hon erhålla underhållsbidrag, om det framgår att mannen genom sitt beteende givit giltig anledning till samlevnadens avbrytande. Isynnerhet när äktenskapsbrottet begåtts först under särlevnadstiden, framstår brottet som ett mindre betydelsefullt skillnadsskäl. I praxis har ansetts att hustru som begått äktenskapsbrott kan berättigas till underhållsbidrag när det icke framgår att hon bär den huvudsakliga skulden till skillnaden (HD 1937 II 220). Underhållsanspråket har sålunda godkänts utan att sådana synnerliga skäl åberopats som enligt lag erfordras för att den huvudsakligen skyldige skall kunna erhålla bidrag för sitt underhåll. Jfr *Gunnar Nybergh* JFT 1944 s. 308 ff. Likaså svensk praxis, se *Nils Beckman* s. 66.

Den huvudsakliga skulden måste vara av sådan art att makes beteende bör anses som förkastligt. Sinnessjukdom är icke en skuld i denna bemärkelse.

Ovan har påpekats att makes samtycke till äktenskapsbrott icke avskär möjligheten till skillnadskrav (IV 1). Däremot torde det ha till följd att make ej äger åberopa den av honom tillåtna otroheten som grund för underhållsanspråk, såframt samtycket i väsentlig mån medverkat till att äktenskapsbrott blivit begånget.

Det är icke nödvändigt att anspråk på underhållsbidrag framställes i skillnadsmålet (annorlunda i fråga om skadestånd, nedan IX). Make kan väcka sin talan vid envar tidpunkt då det yppar sig behov av underhåll.

ÄL 83 § 4 mom. hänvisar till 78 men icke till 79 § och visar således att underhållsanspråk kan framställas även efter vunnen äktenskapsskillnad. Detta har ock fastslagits i praxis: HD 1960 II 78. I Sverige var regeln intill en år 1952 utfärdad lag den motsatta *(Nils Beckman* s. 70).

Underhållsbidrag må bestämmas att utgå på en gång eller på särskilda tider. I sistnämnda fall förfaller skyldigheten, därest den berättigade träder i nytt gifte (79 § 2 mom.).

Beslutet om underhåll kan på grund av ändrade förhållanden senare jämkas (114 §). Innefattar jämkningen en nedsättning av underhålls-

bidraget, äger rätten pröva, huruvida maken är berättigad att återfå det han redan erlagt eller någon del därav (116 §).

Har skyldigheten att lämna underhåll reglerats genom avtal mellan makarna, kan den sålunda fastställda plikten likaså jämkas om väsentligen ändrade förhållanden sådant påkalla eller ock om avtalet eljest befinnes uppenbart obilligt (115 §).

Talan om jämkning av underhållsskyldigheten skall föras vid svarandens allmänna forum (RB 10:10 a). Jfr förf. Muutettu avioliittolaki s. 44. Reg. prop. 1947:121 s. 11.

Beträffande *vårdnaden om barn* äger domstol meddela nödiga föreskrifter i skillnadsdomen. Den make som vårdnaden fråntages är berättigad att träffa barnet med iakttagande av de tidpunkter och övriga villkor som rätten bestämmer (nedan 24 § VIII 6, X). § 80

Då den av makarna dör som vid äktenskaps upplösning skilts från vårdnaden, har man i rättspraxis ansett att vårdnaden icke omedelbart övergår på andra maken utan den bör genom särskilt beslut av rätten överflyttas på denne. HD 1949 II 173, 1951 II 11, 1954 II 99. Jfr *Melander* s. 175 ff.

2. I detta sammanhang må hänvisas till *hyreslagens* stadgande därom att domstol äger vid äktenskapets upplösning tillika förordna att den av makarna som med beaktande av samtliga omständigheter skall anses bättre behöva lägenheten äger rätt att fortsätta hyresförhållandet, samt fritaga andra maken från detsamma (HyresL 12 §). Genom sådant beslut kan alltså hyresavtalet i sin helhet överflyttas på den av makarna som närmast är i behov av bostadslägenheten. Härvid skall hänsyn tagas bl.a. därtill vilken av makarna som skall ha vårdnaden om deras barn.

VIII. I samband med skillnadsdom kan make förpliktas att utge *skadestånd* till den andre (78 §). Skyldigheten må åläggas den av makarna som huvudsakligen bär skulden till det äktenskapliga bandets upplösning. Vilken av dem som vid rättegången uppträder som kärande, är härvid utan betydelse. Även om make väcker sin skillnadstalan på en sådan grund som icke förutsätter prövning av hans skuld, äger andra maken som svarande göra gällande att käranden i själva verket är den huvudsakligen skyldiga och yrka att denne måtte förpliktas att utge skadestånd. Särskild stämning härför är ej erforderlig (ÄL 83 § 3 mom., HD 1949 II 125, 231).

Vid bestämmande av skadestånd må hänsyn tagas såväl till materiella som till immateriella skador.

När det gäller att pröva vilka materiella skador som skola ersättas har domaren friare händer än i händelse av återgång av äktenskap, eftersom skillnadsdom i motsats till återgångsdom ej utesluter beviljande av underhållsbidrag. Jfr om skadestånd vid äktenskaps återgång ovan 18 § V.

Storleken av skadeståndet må av domaren sättas i lämplig relation till makarnas förmögenhetsförhållanden. Detta är dock icke så att förstå att den skyldige överhuvud ej behövde utge skadestånd till den andre, såframt denne har en tryggad ställning i ekonomiskt hänseende.

IX. Stadgandena om skadestånd kompletteras av regler rörande *förverkande av makes utjämningsanspråk* på grund giftorätt. Dömes till skillnad på grund av äktenskapsbrott eller eljest i följd av makes förhållande varigenom han grovt kränkt andra maken, må domstol, på dennes yrkande, upphäva eller inskränka den skyldiges rätt att vid avvittring på grund av giftorätt erhålla egendom som tillhör andra maken (78 § 3 mom.). Syftet med denna förverkanderegel är att betaga den skyldige möjlighet att på grund av äktenskapet dra fördel av den oskyldiga makens egendom. Regeln är tillämplig allenast då grov kränkning påvisas och makarna dömas till skillnad just på en sådan grund.

Därigenom att den skyldige förklaras ha förverkat sitt anspråk på utjämning vid avvittring blir andra maken fritagen från skyldigheten att, i händelse behållningen av hans egendom överstiger den andres nettoförmögenhet, avstå egendom till utjämning av differensen. Utvisar däremot avvittringen ett saldo den oskyldiga maken till godo, äger han utbekomma beloppet. Förverkanderegeln medför således att giftorätten i själva verket förvandlas till ett ensidigt rättsanspråk.

Principiellt hinder möter ej för att make som befrias från utjämningsskyldighet tillägges rätt till skadestånd.

X. 1. Vad i äktenskapslagen stadgas om äktenskapsskillnad gäller i tillämpliga delar även äldre äktenskap (ÄPL 4 §). Skillnad i dessa äktenskap kan således vinnas jämväl på grund som var okänd för tidigare rätt. Domens verkningar äro likaså att bedöma enligt

äktenskapslagen. Reglerna i denna lag rörande avvittring vika däremot för den äldre rättens stadganden om boskifte.

2. Svårlöst är frågan, huru kravet på förverkande av giftorätt vid äktenskapsskillnad är att bedöma i avseende på äldre äktenskap. I ÄPL har uttryckligt förbehåll ej gjorts om tillämpning av förverkandereglerna i tidigare lag, varemot det föreskrives att stadgandena i III kap. ÄL skola i »tillämpliga delar» lända till efterrättelse jämväl beträffande makar i äldre äktenskap (ÄPL 3 §). I enlighet härmed borde stadgandet i ÄL 78 § 3 mom. om förverkande av makes utjämningsanspråk *mutatis mutandis* vinna tillämpning i fråga om dessa äktenskap. En analogisk tillämpning av stadgandet är emellertid förenad med synnerligen stora svårigheter, eftersom regeln bygger på makarnas egendomsseparation och icke, såsom förverkandereglerna i tidigare lag, på egendomsgemenskap.

Det må konstateras att när det i 1734 års lag GB 13:1 hette, att make som brutit äktenskapet med hor förverkade »hälften av sin giftorätt i boet», eller i 13:4 uttalades, att den förlupne förverkade »hela sin lott i boet», så innebar detta att giftorätten förverkades i allt det gods som hörde till boet. Även om den skyldiga maken ensam vid äktenskapets ingående infört eller under äktenskapet förvärvat den egendom som blivit en beståndsdel av boet, gick han förlustig sin giftorätt däri, helt och hållet eller till hälften. Ha dessa regler, som stå i samband med egendomssystemet i äldre äktenskap, undergått en förändring till följd av föreskriften i 3 § ÄPL? Man har i praxis försökt att för äldre äktenskaps vidkommande så utforma förverkanderegeln att den om möjligt skulle »motsvara» det som enligt ÄL 78 § 3 mom. gäller för nya äktenskap. I detta syfte har man velat dela boet makarna emellan »genetiskt» så, att förverkandet endast skulle omfatta egendom som den oskyldiga maken vid äktenskapets ingående eller under detsamma »infört» i boet. Detta leder emellertid till oantagbara konsekvenser. Är ena maken eller vardera av dem gäldbunden, skall boet i förhållande till borgenärerna delas efter vanliga regler, varvid frågan därom vilken av makarna som infört egendom i boet merendels är utan någon betydelse. Sedan denna delning med gäldtäckning ägt rum, borde den återstående samfällda egendomen ånyo delas i två delar alltefter vardera makens

andel uti införandet av egendomen i boet. Sådan dubbeldelning av boet står säkerligen i strid med lagens mening.

Fördenskull bör man anse att giftermålsbalkens förverkanderegler fortfara att gälla för äldre äktenskap, dock med den av ÄL 78 § 3 mom. föranledda modifikationen, att domaren äger efter omständigheterna i det särskilda fallet bestämma storleken av den kvot som skall förverkas.

Ur praxis se HD 1931 I 32 och 1948 II 269. I båda fallen hyllade majoriteten den genetiska delningsmetoden medan minoriteten ansåg att giftorätten som sådan bör förklaras helt eller partiellt förverkad. Majoritetens synpunkt kritiseras av *Rautiala* s. 128.

XI. I det följande beröras vissa spörsmål som hänföra sig till *rättegången.*

1. Talan om äktenskapsskillnad skall — beträffande både äldre och nya äktenskap — i de under IV 1, 2 och 3 omnämnda fallen anhängiggöras inom sex månader efter det den till äktenskapsskillnad berättigade maken erhöll kännedom om den omständighet varpå talan grundas (ÄL 83 § 3 mom.).

I övriga fall är talans väckande icke underkastat särskilda tidsfrister av processuell art.

När det gäller att bedöma huruvida den materiellrättsliga betingelsen av viss tids särlevnad blivit uppfylld må hänsyn tagas jämväl till den tid som förflutit efter stämningens delgivande (HD 1936 I 33). För att vinna skillnad på grund av särlevnad måste makarna bo åtskilda också under rättegången, vid vilket sakförhållande domstolen bör självmant fästa avseende. Därför torde parterna ej kunna förmenas rätt att räkna sig till godo den tid av särlevnad som infaller under rättegången, därest tidsvillkoret ej varit helt uppfyllt vid stämningstillfället men hinner uppfyllas innan dom i målet avkunnas. Ny stämning synes dock böra fordras i händelse den bristande tidslängden är så stor att målet icke skulle kunna avgöras utan ett längre uppskov.

2. Yrkandet om skadestånd eller om förverkande av den skyldiga makens utjämningsanspråk skall göras i det mål som rör äktenskapets upplösning (ÄL 83 § 4 mom.). Liknande begränsning gäller ej makes anspråk på underhållsbidrag enligt ÄL 79 § (ovan VII).

3 a. Svaranden skall stämmas till domstol i den ort där han bor *(hemvistforum)*. Om svaranden ej har hemvist i Finland, är domstolen i den ort behörig där han senast bott eller där käranden är bosatt. I sista hand, då annat forum ej finnes, skall målet upptagas av rådstuvurätten i Helsingfors (RB 10:10).

Ett särskilt alternativt forum är tillgängligt i det fall att talan om äktenskapsskillnad grundas på brott. Yrkas straff för brottet, kan frågan om äktenskapsskillnad upptagas av samma domstol som handlägger straffyrkandet (RB 10:10, 3 mom.). I sådant fall torde domstol efter omständigheterna kunna förfara så, att straff- och skillnadsmålen förenas i samma rättegång.

För det fall att båda makarna yrka skillnad var på sina grunder finnes ej särskilt stadgande om forum. Regeln om svarandens hemvistforum kunde mången gång leda till att bådas yrkanden borde behandlas av skilda domstolar och att den enes talan hinner slutbehandlas samt skillnad beviljas innan det andra målet blivit moget för avgörande. Fördenskull har man i praxis förenat bägge målen när svaranden medelst stämning till sitt hemvistforum inkallat käranden för att avgiva svaromål till hans på avvikande grunder utförda skillnadstalan (så Helsingfors hovrätt utsl. 16. 5. 1962 ligg. 60). Läget är i dessa fall vanligen sådant att svaranden vill åberopa en skillnadsgrund som berättigar honom att till sin fördel göra gällande viss laga påföljd eller befrielse från överlåtelse av egendom.

Jfr *Birger Candolin* JFT 1963 s. 380 ff.

b. Då makar yrka äktenskapsskillnad medelst gemensam ansökan (nedan 4 b), skall målet handlägges i den ort där makarna ha sitt gemensamma hemvist eller, om de äro bosatta på skilda orter, där endera av dem bor. Är ingendera bosatt i Finland, är domstolen i den ort behörig där endera senast hade sitt hemvist. I saknad av annat forum upptages målet av Helsingfors rådstuvurätt (RB 10:10).

4. a. Beträffande stämningens delgivande skola reglerna i RB 11 kap. tillämpas, dock med den avvikelsen att svarande, vilkens vistelseort är okänd, må stämmas genom kungörelse i allmänna tidningen oaktat vanliga förutsättningar för offentlig stämning ej äro förhanden (ÄPL 10 §). RB 11:13 tillåter offentlig stämning endast i händelse svaranden ej har stadigt hemvist här i landet. Av undan-

tagsbestämmelsen följer att sådan stämning kan anlitas även då svaranden är bosatt i Finland, blott hans vistelseort är okänd.

b. Äro makarna ense om rättegångens anhängiggörande, är stämning i vissa fall umbärlig och kan ersättas med makarnas gemensamma ansökan. Detta enklare sätt för skillnadstalans väckande medgives då fråga är om skilsmässa som grundas på hemskillnad eller två års särlevnad utan hemskillnad (RB 10:10, 2 mom.).

5. Särskilda regler gälla för svarandens utevaro från rättens sammanträde. Uteblir svarande utan laga förfall då han blivit inkallad genom offentlig stämning, skall godman utses att företräda honom i rättegången (ÄPL 10 § 2 mom.). Om åter svarande, som blivit stämd i vanlig ordning, icke kommit tillstädes och ej visar laga förfall, äger rätten företaga målet till avgörande. Återvinning mot sådan tredskodom må ej sökas (ÄPL 11 § 2 mom.).

Vid målets handläggning bör rätten iakttaga officialprincipen i så måtto att den äger för sanningens uppdagande självmant låta införskaffa erforderlig utredning (ÄPL 11 § 1 mom.). Denna regel äger sin huvudsakliga betydelse i avseende på speciella skillnadsskäl samt i fråga om återgångsprocesser. Dock är regeln tillämplig även i mål rörande äktenskapsskillnad på grund av särlevnad, särskilt vad beträffar spörsmålet huruvida makarna verkligen levat åtskilda.

6. Officialprincipens betydelse understrykes ytterligare av bestämmelsen enligt vilken allmän åklagare vid underrätt bör i mål om äktenskaps upplösning tillvarataga det allmännas intresse. Finner han, att denna eller högre rätt utan tillräcklig anledning dömt till skillnad i eller återgång av äktenskap, skall han söka ändring i domen (ÄPL 11 § 3 mom.).

XII. Under rättegång som rör äktenskaps upplösning äger domstol meddela *interimistiska beslut om makarnas samlevnad* (ÄL 81 §). Om makarna ej sämjas att bo tillsammans under den tid rättegången pågår, skall rätten, på makes yrkande, meddela beslut därom, huruvida anledning finnes att omedelbart häva samlevnaden, och befria makarna från skyldigheten till samboende (kohabitation). Anser rätten att sådan befrielse bör inträda innan slutlig dom i upplösningsmålet fallit, äger den meddela förordnanden att iakttagas under tiden för särboendet. Sådant förordnande kan avse underhållsskyldig-

het, vårdnaden om barn och makes rätt att begagna andra maken tillhörigt lösöre. Dessutom kan beslut meddelas om makes rätt att sitta kvar i det gemensamma hemmet. Om makarna enats därom, vilken av dem som må tillsvidare bebo lägenheten, skall rätten, på yrkande, stadfästa överenskommelsen. I motsatt fall äger rätten efter prövning fastlå vilken av makarna rätten att sitta kvar i hemmet bör tillerkännas. Den som frånkännes beboenderätten skall lämna hemmet till den andres förfogande. Han går därigenom förlustig icke blott skyldigheten utan även rätten till samboende.

I beslut angående vårdnaden om barn kan förordnande meddelas om rätt för den make som skilts från vårdnaden att vid lämpliga tidpunkter umgås med barnet.

Närmare om umgängesrätt nedan 24 § VIII 6. Jfr *Melander* s. 117 ff., Avioeron vaikutuksesta s. 97 ff., *Telaranta* LM 1955 s. 57 f.
Verkställighet av sådant rättens förordnande sker sålunda att överexekutor utsätter vite för det fall att make icke efterkommer förordnandet (UL 3:4). HD 1942 II 50, 1954 II 49.

Sagda förordnanden må av rätten återkallas (114 § 2 mom.). Sker ingen återkallelse, gäller förordnandet till dess lagakraftvunnen dom avkunnats i rättegången eller, såvitt fråga är om makes rätt att begagna andra makens lösöre eller sitta kvar i hemmet, intill dess lagakraftvunnen avvittring ägt rum, förutsatt att talan om äktenskaps upplösning gillats (81 § 2 mom.).

Dylika beslut av rätten gå omedelbart i verkställighet. Särskilda besvär äro ej tillåtna (81 §).

Mot den make som förständigats att lämna hemmet skola utsökningslagens regler om avhysning tillämpas. Uteslutet är det ej heller att han vid vite förbjudes att fortsätta med samboendet. Dessutom äger polismyndighet lämna handräckning för hans avlägsnande från hemmet. Jfr om de olika möjligheterna förf. DL 1950 s. 22, 24.

Förordnanden om beboenderätt äro av större betydelse vid utverkande av hemskillnad, ty de sträcka i sådant fall sin verkan icke allenast till den pågående processen utan till en längre tidrymd. Se nedan 20 § VI.

XIII. Om skillnadsdom skall den rätt som sist handlagt målet göra meddelande hos registermyndighet i vars böcker make är in-

skriven (TF 30 §). Föreligger anledning att antaga att domen ej är slutlig, åligger det rätten att förvissa sig om huruvida ändring blivit sökt (30 § 4 mom.). Om ändringsansökan inlämnats, ankommer det på den högre rätten och icke på den lägre att göra meddelandet, men om ändring trots anmält missnöje icke sökts är det lägre rättens sak att sörja för anmälan.

Har i dom förordnats att hustru icke äger rätt att behålla sin mans släktnamn, skall därom intagas ett omnämnande i meddelandet. Detsamma gäller, om rätten med stöd av ÄL 70 § 2 mom. förbjudit make att ingå nytt gifte innan ett år förflutit från äktenskapets upplösning (TF 30 § 2, 3 mom.).

Söker make vilken nöjer sig med domen i själva huvudsaken ändring beträffande biansprål (underhållsbidrag, skadestånd, rätt att bära mannens namn), verkar ett sådant vädjande ej uppskjutande på äktenskapsskillnadens ikraftträdande. Har han ej inskränkt sin vadeanmälan till biansprålen, kan man ej fordra att lägre rätt tager kännedom om vadeinlagans innehåll för att kunna i enlighet härmed formulera sitt meddelande till registermyndigheten. Det åligger i så fall berörda part själv, därest han vill genast ingå nytt gifte, att med ledning av ändringsansökningen övertyga registermyndigheten och vigselförrättaren om att laga kraft inträtt i vad angår upplösning av äktenskapet.

Fullföljes icke ändringsansökan av den part som varit missnöjd med skillnadsdomen förblir domen gällande. Äktenskapet är i så fall att anse som upplöst från och med dagens för domens avkunnande.

20 §. Hemskillnad.

I. Hemskillnad (separation) är en medelst rättens dom makarna beviljad befrielse från samlevnad under äktenskapet. Genom hemskillnadsdomen undergår makarnas personliga rättsförhållande en väsentlig förändring. Därjämte ansluter sig till domen den särskilda verkan att en var av makarna blir berättigad att förvandla hemskill-

naden till äktenskapsskillnad, därest de efter vunnen separation under en i lag angiven tid levat åtskilda.

Sådan förvandling (konversion) kunde icke åstadkommas av makar när de enligt tidigare rätt dömdes till separation, som benämnes skillnad till säng och säte (separatio quoad thorum et mensam). Regler härom funnos i GB 14 och 15 kap. Denna äldre typ av separation var närmast att anse som ett slags straff, innebärande den skyldiges tvingande till avflyttning och en begränsning av hans rätt att råda över sin egendom. Syftet med detta tvångsmedel var enbart att åstadkomma försoning mellan makarna. Vid dispensförfarandet kunde dock misslyckat försoningsförsök betraktas som anledning till äktenskapsskillnad.

II. Hemskillnadsinstitutet infördes genom lagen d. 23 sept. 1948, varigenom äktenskapslagen underkastades betydelsefulla ändringar.

Reg. prop. till 1947 års riksdag nr 121. Jfr förf. TfR 1949 s. 176 ff.
I en tidigare till 1927 års riksdag överlämnad proposition med förslag till ny giftermålsbalk, på grundvalen av vilken äktenskapslagen är stiftad, funnos bestämmelser om hemskillnad, men riksdagen antog icke förslaget i denna del. Enligt propositionen hade hemskillnad kunnat beviljas såvida make försummat sina skyldigheter gentemot andra maken eller barnen eller varaktig söndring av annan orsak uppstått mellan makarna. Möjlighet att vinna hemskillnad på den grund att makarna därom voro ense hade icke förutsatts. Även i vissa andra punkter rörande hemskillnad var propositionen mera begränsad än det förslag som överlämnades till 1947 års riksdag.

I motiven till 1948 års lag fästes avseende vid att stadgandena om äktenskapsskillnad på grund av särlevnad icke berättigade domaren att bevilja äktenskapsskillnad utan att anledningen till söndringen i makarnas förhållande utforskades. Makarnas blotta uppgift att förutsättningar för fortsatt samlevnad ej voro för handen var icke bindande för domaren och denne måste dessutom övertyga sig om att skilsmässa icke söktes av make som var huvudsakligen vållande till samlevnadens avbrytande. Lagen var alltför sträng i det den tvingade äkta makar att yppa anledningen till söndringen. Detta framträdde, påpekade man i motiven, särskilt i sådana fall där makarna, som voro ense om att förutsättningarna för fortsatt samlevnad brustit, hade levat åtskilda under viss tid och sålunda tillfyllest ådagalagt att söndringen var av bestående art. Därjämte hänvisades till lagstiftningen i de övriga nordiska länderna vilken medgav hemskillnad på grund av ma-

karnas överenskommelse och berättigade dessa att, såvida försoning efter hemskillnadsdomen ej skett och makarna levat åtskilda, utverka upplösning av äktenskap.

Avseende fästes också vid den ökning av makars förmögenhetsskydd som kunde åstadkommas medelst hemskillnadsinstitutet. Enligt äktenskapslagen ägde make genom ensidig viljeförklaring upphäva verkningarna av giftorätt allenast i det fall att andra makens egendom avträtts till konkurs (ÄL 35 § 4 mom.). Härmed bereddes icke tillräckligt skydd åt make vid samlevnadens avbrytande som måhända föranletts av att andra maken vanvårdat sina ekonomiska angelägenheter. Dennes handlingssätt kunde medföra att han, när äktenskapet sedermera upplöstes, ej mer hade någon egendom utan enbart skulder, till vilkas betalning den icke gäldbundna makens egendom enligt reglerna om giftorätt kunde tillgripas trots den i äktenskapslagen tillförsäkrade egendomsskillnaden. För att minska sagda risk och förhindra andra maken att bli delaktig av ökningen av den icke gäldbundnes egendom ansågs det nödvändigt att makarna i förmögenhetshänseende omedelbart borde kunna skiljas från varandra så snart, efter överenskommelse eller på endera makens yrkande, hemskillnad blivit beviljad. Härigenom skulle å andra sidan den mindre förmögna maken bli bättre tryggad emot att andra maken till följd av söndringen uppsåtligen bortgav egendom i avvaktan på avvittring som dittills kunnat påyrkas först efter den erforderliga särlevnadstidens utgång.

Ytterligare framhölls att hemskillnadsinstitutet var ägnat att underlätta ordnandet av bostadsfrågan under särlevnadstiden i det domstolar kunde anförtros befogenhet att i samband med beviljande av hemskillnad meddela beslut därom vilken av makarna som tillsvidare skulle få allena bebo deras lägenhet.

Den på omförmälda skäl stiftade lagen berättigar make att vinna hemskillnad dels på grund av ömsesidig överenskommelse, dels mot andra makens vilja. I båda fallen kan make efter vunnen hemskillnad genomföra en fullständig separation av egendom, varigenom giftorätten, så snart avvittring skett, kommer att upphöra för framtiden oaktat äktenskapet ännu består. Såtillvida erbjuder hemskillnad en viss likhet med äldre rättens boskillnad.

III. *Hemskillnad på grund av överenskommelse* kan vinnas av makar som finna sig ej kunna fortsätta samlevnaden då varaktig söndring uppstått dem emellan. För domstolen är parternas enstämmiga uppgift om möjligheten till fortsatt samlevnad avgörande. I hemskillnadsmålet företages ej någon undersökning av huruvida den uppfattning om ohållbarheten av parternas förhållande är tillräckligt grundad som framgår av deras förklaring till domstolen, utan hemskillnad beviljas städse när makarna överenskommit därom och i sin ansökan meddelat domaren att överenskommelsen föranletts av varaktig söndring (ÄL 69 a § 1 mom.).

Innan hemskillnad sökes på grund av överenskommelse, bör medling mellan makarna äga rum inför offentlig myndighet. Vid medlingen måste makarna vara personligen tillstädes. Medlarens uppgift är att »dryfta med makarna om möjligheterna till fortsatt samlevnad». Att han skall under rådplägningen söka förlika makarna, säges ej uttryckligen i lag (annorlunda 84 a § före L 20.6.1963), men en sådan befogenhet lär tillkomma honom. För att kunna fullgöra denna uppgift, måste medlaren göra sig underrättad om anledningen till söndringen, vilket sker genom frågor som han framställer till makarna. Dessa äro emellertid ej skyldiga att lämna upplysningar. Vidare skall medlaren göra makarna uppmärksamma på hemskillnadens rättsverkningar samt, om makarna förklara sig ej kunna sämjas om att fortsätta samlevnaden, uppmana dem att enas om villkoren för hemskillnaden. Medlaren skall ock erinra makarna om nödvändigheten att trygga minderåriga barns ställning (84 a, 84 b §, enl. L 20.6.1963).

Medlare kan vara a) kyrklig myndighet i den församling där makarna eller endera är kyrkobokförd, nämligen kyrkoherde eller av domkapitel resp. kyrkostyrelse förordnar person i evangelisk-lutersk eller ortodox församling samt föreståndare för församlingen eller av församlingsstyrelsen bemyndigad styrelsemedlem inom annat religionssamfund, så ock b) person som förordnats av socialnämnd i den kommun där endera maken är bosatt.

Ursprungligen blev icke-kyrklig medlare förordnad av domstol men enligt lagen d. 20.6.1963, vilken trätt i kraft d. 1.1.1964, ankommer uppgiften på kommunal socialnämnd. Lagändringen grundar sig på reg. prop. 1962:105 varöver domstolarna icke bereddes tillfälle att avgiva utlåtande. Propositionen väckte stort uppseende, enär den har till följd att makar som icke vilja anlita kyrklig medlare bli nödsakade att vända sig till en person som fått sin medlingsfullmakt av en nämnd, vars egentliga ämbetsuppgifter hänföra sig till fattigvård, alkoholistvård, lösdrivarärenden o.d. Sedan riksdagen antagit

lagen men innan den hunnit stadfästas framförde Helsingfors hovrätt i en skrivelse till justitieministeriet (d. 3.5.1963, LM 1964 häfte 1) sina betänkligheter rörande lagändringen. Den nya lagen står i strid med den hävdvunna grundsatsen att ärenden som omedelbart hänföra sig till äktenskaps ingående eller upplösning ankomma på kyrkliga och judiciella myndigheter men icke på sådana som äro tillsatta för socialvård.

I motsats till tidigare lag skall medlaren enligt de nya bestämmelserna i första hand rådpläga med vardera maken enskilt, givetvis dock endast om båda anhållit om medling. Separatkonsultationen är en lagförsämring. Andra partens utestängande är icke ägnat att öka förtroendet och enigheten mellan sökandena. Dessutom får medlingen därigenom bismak av polisförhör, i synnerhet där socialnämnden, som utför uppdrag av socialpolis, står bakom medlingen.

Efter de enskilda rådplägningarna skall medlingen fortsättas i båda makarnas samtidiga närvaro, men av »synnerligen vägande skäl» äger medlaren avstå från sådan gemensam rådplägning (84 b §). Flere rådplägningar än dessa tre må ej anställas utan båda makarnas samtycke.

Medlingsbevis utfärdas sedan trettio dagar förflutit från den första rådplägningen (84 b §).

Om endera maken varaktigt vistas utomlands, är medling icke erforderlig (69 a §).

Då hemskillnad yrkas på grund av överenskommelse, erfordras ej stämning utan endast en gemensam ansökan av makarna. Trots det förenklade sättet för sakens anhänggörande beviljas hemskillnaden medelst dom.

Så länge hemskillnadsdom ej hunnit meddelas i anledning av makarnas ansökan, är vardera berättigad att genom meddelande till domstolen återkalla sitt samtycke och sålunda bringa ansökan att förfalla. Sedan hemskillnadsdom meddelats äger make däremot ej längre efter gottfinnande återkalla sin ansökan genom att söka ändring i domen. För att domen skall kunna upphävas, måste make förebringa utredning om att hans samtycke på grund av tvång, svikligt förledande eller annan omständighet är ogiltigt som rättshandling.

IV. *Hemskillnad mot andra makens vilja* kan yrkas genom talan därest i lag antytt skäl av speciell eller allmän art föreligger. Man skiljer här mellan två fallgrupper.

1. Gör make sig skyldig till grov försummelse av sin plikt att bidraga till familjens underhåll eller åsidosätter han eljest i märklig mån sin plikt mot andra maken eller barnen eller är hans levnadssätt klandervärt i det han hemfallit åt fortsatt missbruk av rusgivande medel eller för ett lastbart liv eller under äktenskapet ådragit sig köns-

sjukdom, äger andra maken vinna hemskillnad. Hänsyn skall dock tagas till dennes eget förhållande och andra särskilda omständigheter som måhända föranleda att makarna ändock böra fortsätta samlevnaden (69 a § 2 mom.).

a. Försummelse av underhållsplikt, som i stadgandet ställts främst, berättigar andra maken till hemskillnad om försummelsen är grov. Härvid skall hänsyn tagas till den underhållspliktiges förmåga att fullgöra sin skyldighet. Om pliktens innehåll gälla de tidigare anförda reglerna (11 §).

b. Under det vidsträckta uttrycket »eljest i märklig mån åsidosätter sin plikt mot andra maken eller barnen» inbegripas plikter som härflyta av äktenskapet eller av allmänna regler om skydd för person och som ej kunna åsidosättas utan att grundvalen för samlevnaden rubbas. Härvid åsyftas närmast rättsliga och icke blott moraliska skyldigheter, vilka sistnämnda äro att hänföra under den generalklausul som omtalas här nedan (2). Under ifrågavarande regel faller beteende som innefattar handgripligheter eller förolämpande yttranden mot make eller barn. Beteendet måste ha upprepats så ofta eller eljest vara av sådan art att därigenom djup och varaktig söndring uppstått. Vidare kan under regeln hänföras åsidosättande av trohetsplikten eller av plikten till könsumgänge.

c. Missbruk av rusgivande medel som grund för hemskillnad förutsätter att missbruket är stadigvarande så att make kan anses vara »hemfallen» åt sådant. I motsvarande stadgande rörande äktenskapsskillnad förekommer samma uttryckssätt, men dessutom måste synnerligen vägande skäl föreligga för att äktenskapsskillnad skall kunna vinnas omedelbart, dvs. utan att hemskillnad först utverkats (74 §, ovan 19 § IV 5).

d. Lastbart leverne som omtalas i stadgandet berättigar till hemskillnad även om det icke tagit sig uttryck i brottslig verksamhet. Tillfyllest är att makes livsföring utom eller inom hemmet i moraliskt hänseende ter sig fördömligt och att fördenskull samlevnadens fortsättande ej mer kan fordras av andra maken.

Under lastbart leverne synes man kunna hänföra också det fallet att make av lättja skyr arbete. Härvid föreligger dock oftast tillika en annan separationsgrund, nämligen grov försummelse att bidraga till familjens underhåll (ovan a). Jfr *Melander* s. 65.

e. Att make under äktenskapet ådragit sig könssjukdom kan föranleda hemskillnad ehuru det skulle framgå att sjukdomen icke härrör från otukt och att andra maken icke utsatts för smittofara, vilket utesluter omedelbar äktenskapsskillnad på grund av könssjukdom (71 §, ovan 19 § IV 2). Men från den allmänna betingelsen att förutsättningarna för fortsatt samlevnad brustit kan ej heller i detta fall bortses.

2. Visar make att av annan orsak än nyss nämnts (ovan 1) varaktig söndring uppstått mellan makarna, sålunda att han icke skäligen kan anses förpliktad att fortsätta samlevnaden, skall på hans yrkande hemskillnad beviljas (69 a § 3 mom.). Enligt detta stadgande är separation ej betingad av förhandenvaron av en speciell omständighet som angivits i lag utan domaren skall beakta samtliga föreliggande omständigheter som ge vid handen att make ej mer kan anses skyldig att fortsätta samlevnaden. Stadgandet har karaktären av en *generalklausul,* en allmän norm, vars tillämpning ej är på förhand begränsad till vissa skillnadsanledningar. Märkbar stridighet i tänkesätt, böjelser eller lynne kan betraktas som tillräcklig separationsgrund, såframt det framgår att därigenom varaktig söndring uppstått.

Varken i den ena eller i den andra fallgruppen är makes rätt att vinna hemskillnad absolut. I varje förekommande fall skall hänsyn tagas till sökandens eget förhållande, hans större eller mindre subjektiva skuld till söndringen, som kan föranleda att kravet på hemskillnad, även om det eljest vore grundat, bör förfalla.

Väckande av hemskillnadstalan är icke beroende av tidsfrister. Talan kan anställas så länge hemskillnadsskälet finnes till. Vid frågans bedömande bör naturligen beaktas, om icke parterna efter skälets tillkomst sämjats att fortsätta samlevnaden. Då lagen icke fordrar att makarna före hemskillnadsdomen levat åtskilda, är den omständigheten allena att de intill domen oavbrutet bott i det gemensamma hemmet icke ett sådant motskäl som utan vidare utesluter separation. Men om makarna under en längre tid bott tillsammans änskönt hemskillnadsskäl förelegat och varit veterligt kan samboendet anses innefatta försoning, särskilt därest den skyldiga parten gjort allvarliga försök att ändra sitt äktenskapsvidriga handlingssätt.

Olika meningar ha uttalats om huruvida hemskillnad, då orsaken därtill ligger i makes äktenskapsbrott, kan yrkas sedan den för vinnande av äktenskapsskillnad på dylik grund stadgade speciella fristen om sex månader från erhållen kunskap utgått. Skälet till att fristen föreskrivits har varit att man icke velat tillåta make att när som helst påkalla omedelbar skillnad under åberopande av ett äldre äktenskapsbrott. Då emellertid hemskillnad till följd av äktenskapsbrott icke berättigar till äktenskapsskillnad utan att makarna efter vunnen hemskillnad levat åtskilda under viss i lag angiven tid, finnes knappast anledning att tillämpa nämnda preklusiva frist på hemskillnadsmål oaktat rubbningen i makarnas förhållande huvudsakligen berott på otrohet (annorlunda förf. Muutettu avioliittolaki, s. 15).

V. 1. Hemskillnadsmål höra till makes *hemvistforum* i likhet med de regler som gälla äktenskapsskillnad. Då hemskillnad yrkas medelst gemensam ansökan är således domstolen i makarnas gemensamma eller endera makens hemvist samt i övriga fall domstolen i svarandens eller subsidiärt kärandens hemvist närmast behörig (RB 10:10, ovan 19 § XI 3 a, b).

Talan som väckts av ena maken hindrar ej den andre att för sin del på annan grund anställa talan om hemskillnad mot käranden innan dennes talan lett till dom. Till sådan gentalan kan anledning finnas när den huvudsakligen skyldiga maken med stöd av generalklausulen anhänggjort rättegång och andra maken vill åberopa hans skuld för att kunna kräva att den skyldige frånkännes rätt till utjämning ur den oskyldiga makens egendom. Vardera talan skall handläggas i samma rättegång (jfr ovan 19 § XI 3 a).

2. Allmän åklagaren har varken under hemskillnadsmålets behandling i underrätt eller vid ändringssökande rätt till talan. Emedan makarna äro berättigade att genom överenskommelse uppnå hemskillnad, saknas anledning att bevaka offentligt intresse till förekommande av sådana medgivanden i processen som underlätta utverkande av dom. Om makarna under rättegången bli eniga om hemskillnad bör domen meddelas i enlighet härmed utan att anvisa dem att på nytt anhänggöra målet medelst gemensam ansökan.

3. Beträffande offentlig stämning samt domstols möjlighet att meddela tredskodom gäller detsamma som i fråga om talan angående äktenskapsskillnad (ovan 19 § XI 4, 5).

VI. 1. Hemskillnadsdom medför den omedelbara verkan i makarnas personliga rättsförhållande att deras skyldighet och rätt till samlevnad upphör oaktat äktenskapet ännu består.

2. Sedan talan om hemskillnad väckts kan make påkalla domstols avgörande om samlevnadens hävande redan *under rättegången.* Finnes anledning därtill vara för handen, må domstol meddela beslut beträffande vårdnaden om barn, makes underhållsskyldighet samt makes rätt att begagna andra maken tillhörigt lösöre. Likaså må frågan om makes rätt att sitta kvar i det gemensamma hemmet interimistiskt regleras. Därest makarna enats om vilken av dem som skall bebo lägenheten, skall domstolen på begäran fastställa överenskommelsen. I annat fall åligger det domstol att efter prövning besluta om beboenderätten (ÄL 81 §). Den av makarna som icke berättigas att vidare bebo lägenheten, skall omedelbart flytta bort.

Rätten att tillsvidare sitta kvar i hemmet är icke beroende av äganderätten till huset eller lägenheten. Hänsyn skall däremot tagas till vilkendera som skall ha vårdnaden om barn eller är i behov av lägenheten för sin näring eller sitt yrke. Den make som skall flytta bort kan i beslutet berättigas att erhålla hyresbidrag av den kvarsittande.

I beslutet därom vilken av makarna vårdnaden om barn tillkommer kan även meddelas föreskrift om makes rätt att sammanträffa med barn vars vårdnad ombetrotts andra maken (jfr ovan 19 § XII).

Vid bedömande av makes underhållsskyldighet skola samma regler iakttagas som gälla för den händelse att makar utan dom på hemskillnad leva åtskilda (80 §, se ovan 11 § VII 1).

Icke blott i beslut under rättegången utan även i samband med den *dom* varigenom hemskillnad beviljas kan rätten ge förordnanden i nyssnämnda punkter. Före domen meddelade beslut vilka egentligen avse blott tiden för rättegången må anses upprätthållna såvitt ej annat framgår av hemskillnadsdomen.

Den av domstol fastställda rättigheten att begagna andra makens lösöre eller sitta kvar i det gemensamma hemmet är gällande intill dess lagakraftvunnen avvittring av makarnas egendom föreligger (81 § 2 mom.).

Rättens beslut i nämnda frågor går omedelbart i verkställighet. Har beslutet meddelats under rättegången, äro särskilda besvär överhuvud ej tillåtna (81 §). Ansluter sig åter beslutet till hemskillnadsdomen, kan ändring i domen sökas i vanlig ordning, men detta hindrar ej verkställighet av dylika förord-

nanden i vad angår sådant behov vars tillgodoseende ej tål uppskov (ÄL 116 §, jfr 81 §).

Om verkställighetens genomförande när beslutet avser makes rätt att sitta kvar i det gemensamma hemmet se ovan 19 § XII.

Omförmälda förordnanden vinna ej rättskraft i egentlig mening. De kunna återkalla städse då ändrade förhållanden ge anledning därtill (114 §).

VII. I samband med hemskillnadsdom må hyresavtal som ingåtts av make överflyttas på andra maken med samtliga av avtalet härflytande rättigheter och skyldigheter, såvitt det kan anses att hyresvärden skäligen bör finna sig i en sådan ändring av hyresförhållandet (HyresL 12 §). Regeln är densamma som vid äktenskapsskillnad (ovan 19 § VII 2).

VIII. 1. Makes *giftorätt* upphör ej omedelbart i och med beviljandet av hemskillnad. Men så snart hemskillnad vunnits kan *avvittring* förrättas med verkan att egendom vilken vid avvittringen tillfaller make kan därefter fritt disponeras av denne. Dessutom blir det en följd av avvittringen att *giftorätten bortfaller* med avseende på all den egendom som make förvärvar efter hemskillnadsdomen (107 a §). Detta innebär att vid avvittring blott den egendom skall beaktas som makarna hade då hemskillnad beviljades, medan den ytterligare egendom som förvärvats av make efter vunnen hemskillnad uteslutes från avvittringen. Sistnämnda egendom blir omedelbart på grund av lag, under villkor att avvittring förrättas, fri från giftorätt. Avvittringen utlöser i så måtto retroaktiv verkan.

Orsaken till att giftorättens bortfall blivit anknutet icke till hemskillnadsdomen utan till avvittringen har varit den att man icke velat påtvinga makarna en ändring i deras förmögenhetsrättsliga förhållanden för den händelse de ej önska utnyttja hemskillnadsdomen för vinnande av äktenskapsskillnad. Om avvittring ej sker, fortlöper makarnas ekonomiska förhållande på samma sätt som före hemskillnaden. Har åter avvittring förrättats, blir giftorätten icke återställd enbart till följd av att makarna sämjas om fortsättandet av samlevnaden. Giftorätten kan återuppstå allenast på grund av äktenskapsförord som sedermera slutes.

Lika litet som hemskillnadsdomen ensam för sig bringar giftorätten

att upphöra, lika litet utlöser den omedelbar verkan på makes rätt att råda över sin egendom. De inskränkningar i makes befogenhet som gälla under äktenskapet fortvara ända till dess att avvittring skett. Make är dock skyldig redovisa för sin egendomsförvaltning under tiden mellan hemskillnadsdomen och avvittringen (ÄL 86 § 4 mom.). Om åter avvittring förrättats, medför den retroaktiv verkan även i avseende på förvaltningen. Hade make före avvittringen företagit en disposition över sin efter hemskillnadsdomen förvärvade egendom utan att inhämta andra makens samtycke där det enligt lagens allmänna regler erfordrats, blir rättshandlingen från början fullt giltig så snart avvittring ägt rum.

Avvittring förutsätter icke att makarna äro därom ense, utan en var av dem äger påkalla dess förrättande.

2. För övrigt gäller om avvittring detsamma som vid äktenskapsskillnad. Även regeln om förverkande av makes rätt till utjämning på grund av giftorätt skall tillämpas (ÄL 78 § 3 mom., ovan 19 § IX). Härför är det en förutsättning att hemskillnad sökes medelst talan av ena maken och icke medelst gemensam ansökan. Vidare fordras att den omständighet som innebär grov kränkning av andra maken uttryckligen fastslås i hemskillnadsdomen och att förverkandepåföljden uttalas däri.

Såframt avvittring icke ägt rum efter hemskillnadsdomen som utverkats genom talan, torde make ej kunna förmenas rätt att göra nämnda förverkandepåföljd gällande i den rättegång om äktenskapsskillnad som efter särlevnadstiden kommer att anhängiggöras, förutsatt att kränkningen fastslagits i motiveringen av hemskillnadsdomen. Jfr förf. Muutettu avioliittolaki, s. 39 not 16.

3. Avvittring efter vunnen hemskillnad är tillåten endast i nya äktenskap. Detta framgår av att ÄPL 4 § icke till äldre äktenskap utsträckt reglerna i ÄL III avd. och således ej heller den i denna avdelning av lagen ingående 107 a § som innehåller regeln om avvittring vid hemskillnad. Önska makar som utverkat hemskillnad i äldre äktenskap åstadkomma egendomsseparation äro de hänvisade till att söka boskillnad. Detta förklaras av att avvittring utan boskillnad ej är betingad av någon offentlighet och att den sålunda i en väsentlig punkt skiljer sig från boskillnad under äktenskapet, vilken förutsätter utfärdande av offentlig stämning å makarnas samtliga borgenärer samt, på det att boskillnad skall kunna åberopas beträf-

fande nyförvärvad egendom, uppvisande av boskillnadsdomen för den rätt där äktenskapsförord mellan makarna bort lagföljas (MakEgendL 5:8, 13). Eftersom hemskillnad ännu ej upplöser det äktenskapliga bandet, äga borgenärerna gå ut ifrån att någon ändring i makarnas bogemenskap ej inträtt om icke boskifte med iakttagande av sådana formaliteter förrättats som i lag äro föreskrivna till skydd för borgenärer.

Denna ståndpunkt intages också av rättspraxis, se HD 1961 II 23, 102. Jfr förf. Muutettu avioliittolaki, s. 35 f.

IX. Verkan av hemskillnadsdom förfaller, om makarna icke inom tre månader efter det domen vunnit laga kraft flyttat från varandra. Likaledes upphör domens verkan, om makarna efter att ha inom nämnda tid redan bott åtskilda återupptagit samlevnaden (ÄL 69 a § 4 mom.).

Nämnda frist skall räknas från avkunnandet av underrättens dom och icke från fatalietidens utgång, därest ändring i huvudsaken ej sökes. Om åter vadeinlaga inlämnats till hovrätten, räknas fristen från hovrättens dom, såframt ändring i denna dom ej sökes hos högsta domstolen.

Så snart domens verkan förfallit återupplivas makarnas rätt och plikt till samlevnad. Men enär härtill ej fordras fastställelse från offentlig myndighets sida och det kan vara förenat med svårigheter för tredje man att kunna med visshet fastslå huruvida makarna verkligen återupptagit samlevnaden, har man föreskrivit att de påföljder av hemskillnad som kunna inverka på tredje persons rätt anses fortbestå tills motsatsen konstaterats genom myndighets åtgärd. Detta är av betydelse framför allt för giftorättens bortfall på grund av avvittring som redan hunnit förrättas. Giftorätten återupplivas icke därigenom att hemskillnadsdomen till följd av makarnas fortsatta eller återupptagna samlevnad förfaller, utan det erfordras att makarna genom äktenskapsförord överenskomma därom och ingiva förordet till domstol för inskrivning (107 a §).

Likaså torde man böra anse att förmynderskap över barn, då det genom förordnande i hemskillnadsdomen överflyttats på den ene av makarna, icke blir automatiskt återställt att utövas av makarna gemensamt när de sämjas om fortsättandet av samlevnaden. Talan om ändring av förordnandet lär vara av nöden (ÄL 114 § 1 mom.). För denna tolkning uttala sig motiven i prop. 1947:121 s. 13. Jfr förf. Muutettu avioliittolaki s. 35.

X. Beträffande makes rätt att förvandla vunnen hemskillnad till äktenskapsskillnad hänvisas till den tidigare framställningen varav framgår att envar av makarna tillkommer ovillkorlig rätt att erhålla skillnad i äktenskapet så snart de efter hemskillnadsdomen levat åtskilda ett år och ej heller därefter återupptagit samlevnaden.

Se ovan 19 § III.

7 kap.

AVVITTRING AV MAKARS EGENDOM

21 §. Avvittringens förutsättningar och genomförande.

I. Upplösning av äktenskap medför att makars förmögenhetsförhållanden skola underkastas en avveckling för fastställande av vad make äger bekomma på grund av giftorätt. Detta förfarande kallas *avvittring.*

I nya äktenskap innefattar avvittring ej boskifte, enär makars egendom icke sammansmält till ett särskilt bo i följd av äktenskapet utan förblivit vars och ens enskilda gods. Avvittring avser i dessa fall fastställande av det belopp den ene av makarna på grund av värdedifferensen mellan deras giftorättsgods bör utge till den andre såsom *utjämning.* Delning av gemensam egendom kan väl förekomma vid avvittring såframt makarna under äktenskapet gemensamt förvärvat lös eller fast egendom exempelvis genom köp varvid båda uppträtt såsom köpare eller genom testamente eller gåva varvid egendom tilllagts dem gemensamt, men delningen går ej ut på en bodelning utan genomföres efter de allmänna reglerna för samäganderätt.

I äldre äktenskap har avvittring karaktären av *boskifte,* ty giftorätt betyder i dessa fall samäganderätt vilken blir föremål för avveckling när äktenskapet upplöses. Genom skifte tilldelas make konkreta egendomsföremål som intill dess tillhört båda makarna samfällt och skiftet upplöser sålunda den egendomsgemenskap (bogemenskap) som grundats genom äktenskapet.

Avvittring kan i vissa fall förrättas innan äktenskapet upplösts. I nya äktenskap är detta möjligt när makarna vunnit hemskillnad (ovan 20 § VIII), i äldre äktenskap åter när makarna vilja utverka boskillnad (nedan 23 §).

II. Avvittring är icke en mekanisk följd av äktenskaps upplösning eller av hemskillnad, utan förutsätter att make eller avliden makes arvinge påkallar sådan åtgärd (ÄL 85 §). Med arvinge likställes den som genom testamente insatts i arvinges ställe (universaltestamentarie).

Då efterlevande make träder i nytt gifte och omyndiga arvingar finnas, åligger det förmynderskapsnämnden att tillse att avvittring utan dröjsmål äger rum (FörmL 50 §). På nämndens framställning kan godman förordnas att yrka avvittring. Jfr *Huttunen* s. 265.

Yrkandet om avvittring skall framställas till andra maken eller dennes arvinge. Den närmaste följden därav blir att parterna skola utse godemän för att förrätta avvittringen. Motsätter sig andra parten yrkandet eller kunna parterna ej enas om valet av godemän, äger den som påkallar avvittring vända sig till domstol med begäran om att tid och ort för avvittring måtte utsättas och godemän förordnas. Domstol äger således ingripa endast om parterna själva ej äro eniga om avvittringens igångsättande. Såtillvida lyder avvittringen under partsautonomin. Jämväl under avvittringen äga parterna, såvitt de äro eniga, fatta beslut som äro bindande vid förrättningen, men principiellt har avvittringen ej karaktären av avtal utan den är en förrättning av godemän såsom längre fram skall närmare påvisas (VII).

III. Vid avvittring tages i betraktande makars egendom vid tiden för äktenskaps upplösning eller hemskillnad. Oaktat en tidsintervall ligger mellan sistnämnda tilldragelse och avvittring böra makarnas anspråk på grund av giftorätt i görligaste mån tillgodoses såsom om avvittringen skett genast. I detta syfte ha regler utfärdats vilka *begränsa* makes eller arvinges *dispositionsrätt* under den tid som förflyter tills avvittring hinner äga rum. Dispositionsrätten kan vara begränsad med sakrättslig verkan eller ock på så sätt att den som överskridit sin befogenhet blir skyldig att giva vederlag till andra parten som lidit intrång i giftorätt. Egendom som tages i betraktande vid avvittring skall åsättas dess dåvarande värde, såframt vederlagsreglerna ej föranleda annat.

I. I fråga om nya äktenskap är i nämnda avseende att märka följande.

a. Då äktenskap upplösts genom makes död, råder den efterlevande tillsammans med arvingarna över den *dödes* gods såvitt den omfattas av giftorätt (ÄL 86 § 1 mom.). Förvaltningen utövas således av intressenterna gemensamt.

Förvaltningens gemensamhet gör äktenskapsrättsliga vederlagsanspråk överflödiga mellan dem som deltaga i förvaltningen, eftersom allas medverkan erfordras till åtgärder genom vilka dödsboets egendom minskas. Men för det som någon egenmäktigt tillgripit ur kvarlåtenskapen blir han ersättningsskyldig och den sålunda uppkomna ersättningsfordringen tillhör kvarlåtenskapen. Mellan makarnas egendomsmassor äro vederlagsanspråk tänkbara, om egendomsvärden övergått från kvarlåtenskapen till den efterlevandes förmögenhet eller tvärtom. Anspråken skola vid avvittring genomföras med iakttagande av de äktenskapsrättsliga reglerna (jfr nedan c).

Den gemensamma förvaltningen av dödsboet betager icke efterlevande make eller arvinge rätt att självmant vidtaga sådana förvaltningsåtgärder som äro nödvändiga för egendomens vård och icke tåla uppskov. Kvarlåtenskapen kan även belastas med gäld för dylikt ändamål. Dessutom är efterlevande make och arvinge befogad att utan fullmakt av de övriga väcka talan för boets räkning exempelvis för att återvinna egendom eller indriva fordran. Vad som vinnes genom sådan rättegång tillfaller kvarlåtenskapen.

När sådan talan väckes bör man om möjligt kalla de övriga att förena sig därom, men underlåtenhet att iakttaga kallelsen avskär icke möjligheten att fortsätta talan.
Bodelägares självständiga talerätt har närmare behandlats av förf. i JFT 1946 s. 165 ff.

b. Beträffande gods som tillhör *efterlevande make* gäller att denne äger ensam råda över godset oaktat arvingarna ha giftorätt däri (2 mom.). Denna regel står i överensstämmelse med grundsatsen om egendomsskillnad. Den efterlevandes egendom utgör icke en beståndsdel av den dödes kvarlåtenskap om än dess värde bör beaktas i och för arvinges anspråk på grund av giftorätt. Till skydd för arvinges giftorätt har likväl stadgats att om makarna ha gemensamma

bröstarvingar — fjärmare arvingar komma härvidlag icke i betraktande — make bör inhämta särskilt samtycke till överlåtelse eller pantsättning av sin egendom såvitt andra makens samtycke varit erforderligt i händelse rättshandlingen företagits under äktenskapet. Samtycket meddelas av rätten, om bröstarvingarna äro minderåriga, samt av arvingarna själva, om de äro myndiga, i vilket fall dock även rätten kan tillåta rättshandlingen därest arvingarna vägra sitt samtycke.

Sin nuvarande lydelse har ÄL 86 § erhållit genom lagen d. 23. 9. 1948. Regeln under a hade även tidigare samma innehåll. Däremot avviker regeln under b från tidigare lag däri att den uttryckligen fastslår att efterlevande make icke har en fullt självständig dispositionsbefogenhet såsom lagen oftast hade tolkats tidigare (*Huttunen* s. 173, *Rautiala*, Avioliiton purkaminen, 1946, s. 249 ff., förf. Avioliittolainsäädäntö, s. 43). Därjämte göres numera i lagrummet den viktiga gränsdragningen att endast makars gemensamma bröstarvingar kunna motsätta sig efterlevande makes förfogande över sin egendom. Lagstiftaren har härigenom velat bereda efterlevande make skydd mot fjärmare fränders inblandning i egendomsförvaltning. Jfr motiven i prop. 1947:121 s. 10: »Sålunda torde man i någon mån kunna råda bot på den obillighet, som förorsakas av det nuvarande giftorättssystemet förnämligast vad befolkningen på landsbygden beträffar, i ty att därav blir en följd att make, då äktenskapet är barnlöst, vid andra makens frånfälle kan gå förlustig måhända hälften av sin egendom — även om den tillfallit honom såsom arv — till förmån för andra makens släkt.»

c. Dessutom har stadgats att efterlevande make skall vid avvittring *redovisa* för sin förvaltning under tiden efter dödsfallet samt för egendomens avkastning, såvitt angår *hans* giftorättsgods (85 § 2 mom.).

Redovisningsskyldigheten ger uttryck åt tanken att make ej heller under tiden mellan äktenskaps upplösning och avvittring är frikallad från plikten att icke otillbörligen minska sin egendom till förfång för den som har giftorätt däri (ÄL 37 §). Pliktens åsidosättande under äktenskapet medför vederlagsskyldighet vid avvittring, vilket innebär att makes egendom därvid värderas som om någon minskning ej inträffat (94 §, jfr nedan 22 § III 1). Make får således ej tillgodoskriva sig minskningen när det gäller att jämföra hans behållna egendom med den andres i och för bestämmande av utjämningsskyldighet och följden kan bli att även hans giftorättsfria egendom bör tillgripas för utjämningen om hans giftorättsgods ej räcker därtill. Liknande regler torde böra tillämpas även i det fall att egen-

domen otillbörligen minskats vid förvaltningen efter dödsfallet. Make åvilar icke personlig skadeståndsskyldighet i egentlig mening som om han vore andra partens uppdragshavare, utan gottgörelse lämnas efter äktenskapsrättsliga regler. Skyldigheten att redovisa för avkastningen av godset torde böra bedömas enligt enahanda synpunkter.

Av dessa regler rörande redovisnings- och vederlagsskyldighet måste å andra sidan anses följa att om värdet av makes egendom nedgått utan att han åsidosatt sin plikt med avseende på förvaltning, det återstående värdet skall läggas till grund för avvittringen.

Stadgandet om redovisningsskyldighet har icke alls motiverats i äktenskapslagens förarbeten. Det har hämtats från svenska GB 9:5 och 12:4. Giftorätten i svensk rätt har sakrättsligt inslag som efter äktenskapets upplösning yttrar sig däri att realdelning av boet och icke blott fastställande av utjämning skall äga rum. Därför förklaras redovisningsregeln vidkommande svensk rätt därav att makarna från och med äktenskapets upplösning ha en »andelsrätt» i de egendomsmassor som bildas av vardera makens giftorättsgods och att make, tills andelarna utbrutits genom bodelning, anses förvalta det giftorättsgods, som innehaves av honom, för båda makarnas räkning (*Westring* s. 171). Makes ansvar för förvaltningen är således att bedöma efter reglerna om uppdrag. Han råder över godset icke såsom allenaägare utan närmast såsom samägare. Förhållandet är annat enligt finsk rätt. Make är allenaägare av godset och han förvaltar det för egen räkning. Han kan lika litet jämställas med en uppdragshavare som när det gäller förvaltning under äktenskapet. Konstruktionen av giftorätten i 1920 års förslag, vari bestämmelsen om redovisningsskyldighet första gången förekommer, låg närmare svensk lag och det är därför i viss mån förklarligt att bestämmelsen lämnades utan motivering. Men enligt den slutliga lagen, som i fråga om giftorättens innehåll tager avstånd från svensk rätt, kan redovisningsskyldigheten icke ställas i samband med de allmänna reglerna om uppdrag utan den bör anses ge uttryck åt den allmänna princip om den äktenskapsrättsliga förvaltningens innehåll som uttalats i ÄL 37 §. Härav blir följden att någon skadeståndsskyldighet i egentlig mening icke ifrågakommer om vanvårdnad föreligger. Ersättningen har karaktären av äktenskapsrättsligt vederlag. Makes egendom skall m.a.o. värderas i sitt oförminskade skick.

d. Då äktenskap blivit upplöst genom *dom,* skall intill avvittring gods som makarna ägde vid tiden för upplösningen — vare sig fråga är om skilsmässa eller om äktenskaps återgång — fortfarande förvaltas efter reglerna för egendomsförvaltning under äktenskap (86 § 3 mom.). Såvitt andra makens samtycke är erforderligt till en viss rättshandling, bör det (resp. rättens tillstånd) även under nämnda tid inhämtas. Den på gåvoförbudet beroende inkapaciteten har däremot upphört (ovan 16 § IV 8).

Beträffande förvaltning efter vunnen hemskillnad gäller likaså att vardera maken råder över sitt gods ända till avvittringen efter de regler som hänföra sig till förvaltning under äktenskap (86 § 4 mom.). Även gåvoförbudet vinner tillämpning i detta fall.

För förvaltningen av sitt giftorättsgods under tiden mellan äktenskaps- eller hemskillnad och avvittring är make redovisningsskyldig på samma sätt som i det under c nämnda fallet.

e. När missbruk av förvaltningsrätt förekommer, kan överexekutor förordna godman att omhändertaga egendomen (UL 7:4). Förutsättningen är att make eller arvinge i märklig mån överskridit sin befogenhet till skada för andra maken eller dennes arvinge. Godman kan förordnas såväl i fall då fråga är om död makes egendom vilken skall förvaltas av efterlevande maken och arvingarna gemensamt som i fall då make efter andra makens död eller efter vunnen äktenskapsskillnad eller hemskillnad utövar förvaltningen av sitt giftorättsgods på så sätt att arvingarna eller andra maken kan antagas lida märklig skada.

2. I fråga om äldre äktenskap följer av egendomsgemenskapen att makarnas giftorättsgods, då äktenskapet upplösts genom ena makens död, förvaltas intill avvittringen gemensamt av efterlevande make och den avlidnes arvingar. De på äktenskapet grundade särskilda förvaltningsbefogenheterna ha upphört att gälla. Mannen äger ej efter hustruns död ensam råda över gods vari hustrun haft giftorätt och vid mannens död övergår den honom tillkommande förvaltningsbefogenheten icke på hans arvingar. Lika litet kan hustrun eller hennes arvinge göra bruk av hustruns självständiga förvaltningsbefogenhet beträffande samfälld egendom som hon under äktenskapet genom eget arbete förvärvat. Vid sådant förhållande finnes ej utrymme för tillämpning av reglerna rörande hustruns samtycke till mannens rättshandlingar i vad angår fast egendom. Till alla rättshandlingar genom vilka giftorättsgods överlåtes eller pantsättes böra såväl efterlevande make som den dödes arvingar medverka. Då äktenskap upplöses genom dom bortfalla likaså de med äktenskapet förknippade särskilda förvaltningsbefogenheterna så att mannen exempelvis ej mer äger ensam råda över gods vari hustrun har giftorätt. Den i ÄL 86 § 3 mom. uttalade regeln (ovan 1 d) kan ej utsträckas till äldre ägten-

skap, ty den skulle bl.a. medföra att den av hustrun i boet införda lösa egendomen, såvitt den stått under mannens förvaltning, kunde av honom bortgivas efter skillnadsdomen. Dock torde regeln kunna åberopas av tredje man som ej haft kännedom om äktenskapsskillnad.

Beträffande förvaltningen efter ena makes död har *Chydenius* s. 276 förfäktat den meningen att den äktenskapliga boförvaltningen, om den icke uteslutes genom avtal mellan efterlevande make och den dödes arvingar, består intill skiftet, dock med den modifikationen att mannens förvaltningsrätt utövas av änkan och icke av arvingarna. Efterlevande make, såväl änkling som änka, skulle således äga samma förvaltningsbefogenhet som mannen under äktenskapet. En sådan *communio prorogata,* motsvarande den tyska *fortgesetzte Gütergemeinschaft,* kan likväl ej anses förenlig med gällande rätt. Legal arvsrätt mellan makar har hittills varit främmande för finsk rätt och det kan än mindre antagas att hustru, som under äktenskapet har en underordnad ställning i fråga om förvaltning, skulle efter äktenskapets upplösning utan vidare övertaga de förvaltningsbefogenheter som tidigare tillkommit mannen. Det andra alternativet enligt vilket mannens förvaltningsbefogenheter skulle vid hans död övergå till arvingarna avvisas även av Chydenius själv. Det är således icke möjligt att för det fallet att mannen dör först upprätthålla satsen om den äktenskapliga boförvaltningens fortbestånd intill skiftet. Under sådana förhållanden låter det sig ej heller försvara att den äktenskapliga boförvaltningen skulle fortbestå i den händelse att det är hustrun som avlider först. En konsolidering av förvaltningsrätten hos efterlevande maken kan åstadkommas allenast genom testamente. Jfr förf. Avioliittolainsäädäntö, s. 41. Prorogationsteorin är ock främmande för svensk rätt, se *Winroth* II s. 641, GB 12:3. Enligt gällande tysk rätt inträder fortsatt bogemenskap ej längre *ex lege* utan allenast på grund av förord som slutits av makarna (BGB 1483, 1518). Jfr ovan 13 § III *in fine.*

De undantag från förvaltningens gemensamhet som nämnts ovan (under 1) gälla även äldre äktenskap.

Om make eller arvinge överskridit sin förvaltningsbefogenhet och märklig skada för bodelägare är att befara, kan godman förordnas av överexekutor att omhändertaga egendomen (UL 7:4).

3. Egendom som make *förvärvar efter äktenskapets upplösning* förvaltas av honom ensam och den ingår icke i avvittring. Men om egendomen förvärvats — vare sig fråga är om äldre eller om nya äktenskap — med tillgångar som make hade vid äktenskapets upplösning, gäller *surrogationsprincip* till förmån för parterna vid avvittring. Deras intresse påkallar att gods som trätt i den tidigare egendomens ställe skall vid förvaltning och avvittring anses ingå i samma egendomsmassa som det ursprungliga godset och ha samma äktenskapsrättsliga karaktär som detta. Motprestationen för det försålda eller skadeståndet för det förstörda godset är icke fristående

egendom vilken ej kunde tagas i anspråk för delning i äldre äktenskap eller för utjämning i nya äktenskap. Endast genom överenskommelse mellan parterna kan surrogatet uteslutas från de egendomsmassor som skola beaktas vid avvittring.

Surrogationsprincipen gäller även egendom som är undandragen giftorätt. I vissa fall äger make eller arvinge taga vederlag ur giftorättsfri egendom och hans intresse påkallar att värdet av egendomen icke skall bli honom oåtkomligt därför att denna förvandlats i annat gods genom förfogande av den som svarar för vederlaget och är innehavare av surrogatet.

Avkastning av egendom intager samma ställning som modersaken. Detta kan slutas av redovisningsregeln i ÄL 86 § (ovan 1 c, d).

Grunden för tillämpning av den äldre rättens regel därom att avkastning av enskild egendom tillhör boet har bortfallit i och med äktenskapets upplösning.

Vad make efter äktenskapets upplösning genom eget arbete förvärvat, ingår ej i avvittring. Jfr HD 1948 I 9, *Kivimäki* DL 1951 s. 48 ff., *Wasastjerna* JFT 1919 s. 319 f., *Winroth* II s. 83. Annorlunda *Chydenius* s. 279.

IV. 1. Då äktenskapet upplösts genom makes *död,* får avvittring icke äga rum innan all veterlig *gäld* för vilken den döde svarade guldits eller medel till betalning av gälden satts under särskild vård (ÄL 87 §, UrarvaF 1 §). Med samtycke av efterlevande make och samtliga arvingar kan regeln frångås, men dessa ådraga sig härigenom personligt ansvar för gälden (UrarvaF 28 §). Sådant ansvar inträder dock icke för efterlevande make, om han ej bekommit något av den dödes egendom (cit. §), vilket kan bero på att giftorätten varit utesluten eller att avvittringen ej utmynnat i ett utjämningssaldo den efterlevande till godo. Om den döde ej alls efterlämnat egendom och avvittringen således enbart hänfört sig till den efterlevandes gods, saknas likaledes förutsättningar för de efterlevandes personliga gäldansvar. Genom att mottaga utjämning av den efterlevande ingriper arvinge icke i kvarlåtenskapen.

Medelst *urarvakonkurs,* om ansökan därom göres inom föreskriven tid, kan personligt ansvar för den dödes gäld avvärjas (UrarvaF 6, 18 §). I konkursboet ingår icke den utjämning, som enligt äktenskapslagen möjligen skall av den efterlevandes egendom utgå till den dödes arvinge.

Jfr ovan 13 § II 2, 16 § IV 8 c.

Yppas *ny gäld* efter avvittringen, inverkar detta alltid på utjämningsplikten.

Beloppet av utjämningen kan därigenom undergå en förändring eller ock hela plikten flyttas över på andra sidan. Den tidigare avvittringen måste följaktligen rättas. Yppas ny gäld på efterlevande makens sida, kan arvingen bli återbäringsskyldig om han lyft utjämning av den efterlevande. Beloppet återbetalas till denne och icke till dödsboet. Om åter ny gäld yppas på den dödes sida, kan detta medföra återbäringsskyldighet för den efterlevande såframt denne lyft utjämning av boet. Helt obegripligt är stadgandet i UrarvaF 16 §, som synes förutsätta att vid en och samma avvittring såväl arvinge som efterlevande make bekomma utjämning. Stadgandet härrör från 1920 års förslag vari avvittringen hade karaktären av »bodelning».

2. a. Vidkommande *gemensam gäld,* för vilken båda makarnas egendom häftar, äger make eller död makes arvinge — i fråga om nya äktenskap — fordra att andra partens andel av gälden betalas före avvittringen eller att säkerhet ställes för betalningen (ÄL 88 §). Regeln gäller oberoende av sättet för äktenskapets upplösning. Därmed åsyftas undvikande av senare regresskrav.

Jfr om övertagande av andra makens andel av gälden nedan VI 3 a.

b. Vid boskifte i äldre äktenskap som föranledes av boskillnad eller äktenskapsskillnad skall i fråga om gäld för vilken *samfällda* egendomen enligt MakEgendL 4:2 eller 3 svarar (ovan 17 § II 1, 2) gäldens belopp ur sagda egendom överst uttagas och för borgenärernas räkning i allmänt förvar eller i taka hand sättas, såframt ej med borgenärerna annorlunda avtalas. Iakttages icke detta, bli makarna solidariskt ansvariga för gälden (MakEgendL 5:11).

Personligt ansvar inträder ehuru skiftet icke minskar borgenärs rätt att för sin fordran tillgripa boets egendom, i vilken bodelägarens hand den än må vara.

Jfr *Chydenius,* ArvsR s. 143 f., *Hakulinen* DL 1931 s. 224, *Nils Beckman* s. 24, NJA 1936 s. 41.

V. 1 a. Finnes vid avvittring — i fråga om nya äktenskap — *obetald gäld,* som uppstått under äktenskapet eller därefter, skall den avdragas från värdet av den makes egendom som svarar för gälden. Häfta båda makarna för gälden, omfattar avdraget vars och ens gäldandel (ÄL 99 § 1 mom.). Avvittringen bör m.a.o. genomföras så att makarna bli i lika mån delaktiga i *behållningen* av deras sammanlagda egendom. Borgenärens rätt får icke äventyras genom att gäldenären till sin make vederlagsfritt, i form av utjämning, överlåter egendom som behöves till täckning av fordran. Avdrages ej

gälden, äger borgenär påkalla ogiltigförklaring av avvittringen eller alternativt göra gällande att gäldansvaret drabbar även andra maken, i vissa fall såsom solidariskt ansvar och i andra fall såsom subsidiärt ansvar intill beloppet av vad denna make för mycket bekommit.

UrarvaF 28 §, ÄL 104 §, se ovan IV 1, 16 § IV 8 c, d, e.

b. Emedan den utjämning som i fråga om nya äktenskap skall erläggas på grund av avvittring består av ett värdebelopp utan att vara anknuten till visst eller vissa konkreta egendomsföremål, är det principiellt tillåtet att avdraga gälden från totalvärdet av tillgångarna, vilka således icke behöva indelas i olika grupper alltefter gäldens art. Detta gäller ock undantagslöst där den gäldbundna makens hela egendom är underkastad andra makens giftorätt. Men är giftorätten begränsad blott till en *del* av makes egendom, är det för andra maken icke utan betydelse från vilka egendomsvärden som gälden avdrages. Nettovärdet av den giftorätt underkastade egendomen kan ju väsentligen påverkas därav huruvida gälden täckes med dylik egendom eller tvärtom med gods som undandragits giftorätt.

Fördenskull har man i lagen upptagit särskilda *gäldtäckningsregler* för sådana fall då make har dels egendom som är underkastad giftorätt, dels egendom av annat slag (ÄL 99 § 2, 3 mom.). Huvudregeln är att gäld som hänför sig till egendom vilken ej är underkastad giftorätt skall i första hand avdragas från värdet av denna egendom och icke från giftorättsgodsets värde. Denna regel är tillämplig 1:o där gälden förefunnits redan vid äktenskapets ingående eller, i händelse egendomen under äktenskapet genom äktenskapsförord, gåvobrev eller testamente tillförsäkrats make såsom giftorättsfritt gods, vid tidpunkten för denna rättshandling — i båda fallen under förutsättning att gälden vid nämnda tidpunkt varit intecknad i egendomen eller att denna då eljest särskilt (panträtt, retentionsrätt e.d.) häftat för gälden — samt 2:o i sådana fall, där fråga är om gäld som make gjort till förvärv eller förkovran av egendom vilken ej är underkastad giftorätt (99 § 2 mom.). Gäldtäckningsregelns tillämpning är härvid icke beroende av sakrättsliga eller likartade synpunkter utan enbart av gäldens användning.

För båda fallgrupperna gäller att om den giftorättsfria egendomens

värde ej räcker till täckning av hela gälden, återstoden skall täckas med egendom som är underkastad giftorätt. Den härav föranledda minskningen av giftorättsgodsets värde förblir dock ej definitiv, ty den make som icke häftar för gälden skall tilläggas motsvarande vederlag (ÄL 93 §), varav följden blir att slutresultatet av avvittringen för den icke gäldbundna maken kommer att te sig lika fördelaktigt som om gälden lämnats helt obeaktad.

Närmare om vederlag nedan 22 § III 1.

Vidare gäller till skydd för makes giftorätt den gäldtäckningsregeln, att andra makens giftorättsfria gods skall i första hand gå till täckning av sådan gäld, som uppkommit genom att denne vanvårdat sina ekonomiska angelägenheter eller eljest förfarit på ett med hänsyn till sina villkor icke försvarligt sätt (99 § 3 mom.). Om således make som under dylika förhållanden gjort gäld äger såväl giftorättsfritt som giftorätt underkastat gods, skall från det sistnämnda godsets värde vid avvittring avdragas blott den del av gälden, till vars täckning det giftorättsfria godset icke förslår. Försåvitt behållningen av den giftorätt underkastade egendomen härigenom minskas, tillägges den icke gäldbundna maken dessutom vederlag av makarnas giftorättsgods (93 §), varigenom ett liknande slutresultat uppnås som i ovannämnda fallgrupper.

Omförmälda gäldtäckningsregler avse närmast att betrygga makes anspråk på grund av giftorätt, men medelbart inverka de även på borgenärs rätt i så måtto att en borgenär, då avvittring förrättats med iakttagande av sagda regler, icke äger göra gällande att andra maken bekommit för mycket och därför blivit ansvarig för gälden.

c. Har make fordran hos andra maken, är det i allmänhet utan betydelse huruvida man avdrager beloppet från gäldenärens egendom eller ej. Sker avdrag, bör nämligen samma belopp upptagas som tillgång på andra makens, fordringsägarens sida. Enär beloppen upphäva varandra, påverkas storleken av den sammanlagda behållningen icke av gälden. Undantagsvis uppnås dock ett riktigt resultat vid avvittring blott om man beaktar makarnas inbördes skulder. Om exempelvis ena makens hela egendom går till täckning av tredje mans fordringar och behållningen av hans egendom således ej är beroende av andra makens fordran hos honom, så torde man vid fastställande av utjämningen böra taga i betraktande makes fordran utan motsvarande avdrag, enär sådant avdrag icke låter sig göra. Hälften av fordringens värde skall följaktligen komma den make till godo som är gäldenär och det torde vara fordringens

nominella värde som är avgörande, eftersom fråga är om ena avvittringspartens fordran hos andra parten. Till betalning av utjämning får den utjämningsskyldiga maken använda beloppet av sin fordran oavsett andra makens bristande vederhäftighet. Den sistnämnde befrias därigenom i motsvarande mån från gälden.

2. I äldre äktenskap skall obetald gäld täckas med den egendom som svarar för gälden. Här kan det bli nödvändigt att uppdela boet i olika egendomssfärer alltefter beskaffenheten av den gäld det är fråga om. De gäldtäckningsregler vilka skola tillämpas ha behandlats tidigare (17 §). Förrättas boskiftet utan att egendom enligt dessa regler avsättes för borgenärernas räkning, ådraga sig makarna resp. ena maken och den andres arvingar solidarisk ansvarighet för gälden på sätt ovan anförts (IV 1, 2 b).

Såvitt fråga är om boskillnad eller äktenskapsskillnad inträder solidarisk ansvarighet i händelse samfälld egendom bort reserveras till betalning av sådan gäld som avses i MakEgendL 4:2 eller 3. För övriga fall då samfälld egendom vid boskillnad eller efter äktenskapsskillnad tillskiftats make utan att medel motsvarande gäldens belopp avsatts torde gälla, att om den make som icke varit personligen ansvarig för gälden bekommit mera egendom än honom efter avdrag av gälden bort tillfalla, han blir ansvarig för vad gäldenären ej gitter betala, dock icke utöver värdet av vad han för mycket bekommit. — Om ogiltigförklaring av skifte på borgenärs yrkan se 16 § IV c.

VI. 1. Sedan man i fråga om nya äktenskap fastställt behållningen av vardera makens egendom, sammanslås nettovärdena. Summan skall delas så, att båda parterna erhålla en lika stor del. Är behållningen på ena makens sida 2000 och på andra makens sida 1000, böra båda parterna bekomma 1500 av det sammanräknade beloppet. Detta försiggår på så sätt att den på vilkens sida behållningen är större skall till den andre utge *hälften av skillnaden mellan nettovärdena,* i exempelfallet således 500. Detta belopp kallas *utjämning.*

Makes vederlagsanspråk kan föranleda att behållningen av andra makens egendom ökas med visst belopp som ej mer finnes kvar. Härom hänvisas till den senare framställningen (22 §).

2. I sådana fall där make har giftorätt underkastad egendom som icke tages i anspråk för hans gäld, modifieras tillämpningen av nettovärdesregeln. Enär egendomen icke svarar för gäld, får den ej tagas i betraktande vid fastställande av behållningen. Har make vanlig egendom 1000 och icke utmätningsbar egendom, t.ex. en författar-

rätt, till värde av 500 samt skulder 1500, skall skuldbeloppet avdragas från förstnämnda summa och icke från totalvärdet. Make åligger således en oförminskad utjämningsplikt beträffande den icke utmätningsbara, giftorätt underkastade egendomen vars värde skall delas till hälften mellan parterna.

Jfr ovan 13 § II 3. Detta fall har icke förutsatts i äktenskapslagen, men tolkningen kan näppeligen komma till ett annat resultat än det nyssnämnda, vilket innebär att värdet av den icke utmätningsbara egendomen skall underkastas en skild delning efter huvudtalet, utan avdrag av skulder. Jfr härom förf. NIR 1960 s. 186 f.

3. Det förfarande varigenom behållningen av makars egendom konstateras innebär enbart en räkneoperation, avseende att fastlå den differens mellan makarnas behållna egendomsmassor vilken bildar grundvalen för beräknandet av utjämningen. Däremot går förfarandet icke ut på att likvidera gälden genom reell betalning, utan gälden får utsökas i vanlig ordning. Regeln är dock icke helt undantagslös. Ovan har redan nämnts att make eller död makes arvinge äger uppställa som villkor för avvittring att viss gäld betalas eller att dess betalning säkerställes (ovan IV). Men dessutom kan även vid själva avvittringen krav framställas om omedelbart infriande av viss gäld, varigenom den berättigade erhåller en extra andel ur värdet av den avvittring underkastade egendomen.

a. Har yrkande gjorts därom att makes andel av gemensam gäld skall betalas eller säkerställas innan avvittring förrättas (ovan IV 2 a), och har så ej skett, är make eller död makes arvinge som framställt yrkandet berättigad att övertaga ansvarigheten för hela gälden med påföljd att, om han ställer säkerhet för dess betalning, han äger vid avvittring av andra parten bekomma ett belopp motsvarande dennes gäldandel, dock under förutsättning att egendomen jämte eventuell utjämning icke behöver användas till täckning av annan gäld (ÄL 101 §). Härmed avses att — med sämsta rätt — tillgodose den makes regressfordran som övertagit gälden. Enär andra parten trots gäldövertagandet fortfar att svara för sin gäldandel gentemot borgenären, bör den som övertagit gälden ställa säkerhet för att han fullgör åtagandet.

b. Är make till följd av äktenskaps upplösning skyldig att utge skadestånd till andra maken, äger den berättigade fordra att skadeståndet, såvitt det förfallit till betalning, skall vid avvittring erläggas ur den betalningsskyldiges egendom ökad med den honom tillkommande utjämningen, såvitt egendomen ej erfordras till täckning av annan gäld (ÄL 102 §). Bestämmelsen avser skadestånd såväl i anledning av äktenskapsskillnad (78 §) som i följd av äktenskaps återgång (67 §). Regeln skall analogiskt tillämpas vid avvittring på grund av hemskillnad (arg. 78 §). Underhållsbidrag till andra maken som förfallit till betalning (79 §) skall likaså vid avvittring erläggas ur den betalningsskyldiges behållna egendom (102 § andra satsen). I alla dessa fall är det fråga om gäld vilken överhuvud ej beaktas som avdrag vid fastställandet av den behållning på grund varav utjämningen skall bestämmas.

4. När make efter avvittringen skall inom ramen av det fastställda beloppet avstå egendom såsom utjämning, får han *själv* — såsom

utjämningsgäldenär — bestämma vad han vill avstå. Gör han det ej, ankommer det på förrättningsmännen att fatta beslut därom med beaktande av de värden som åsatts egendomen vid avvittringen. Make är dock städse berättigad att i stället för egendom som man vid avvittringen tagit i betraktande infria sin utjämningsgäld med pengar (ÄL 103 §). Arvinge har i sagda avseende samma befogenhet som make i vars ställe han inträtt.

Dessa regler torde ock vinna tillämpning när make vid avvittring skall infria sådan andra makens fordran som nämnts under 3 a och b här ovan.
Stadgandena om vederlag kunna föranleda att även *giftorättafri* egendom får tagas i anspråk för utjämningens erläggande, oavsett om den utjämningsskyldige därtill samtycker eller ej. Se nedan 22 § III 1 e *in fine.*

Från makes rätt att bestämma vad han vill avstå såsom utjämning har undantag gjorts för det fallet att sådana arbetsredskap eller andra lösören ingå i hans egendom som andra maken behöver för fortsättande av sin näring. Det tillkommer då denne att uttaga de nödiga föremålen, såvitt det kan ske utan synnerlig olägenhet för den utjämningsskyldige (103 § 2 mom.). Vad han sålunda uttager — s.k. *tagelott* — får icke, såframt annat ej följer av nedannämnda specialregler, överskrida beloppet av hans utjämningsfordran.

5. Oberoende av vilkendera som har rätt till utjämning eller hur stor utjämningen är äger make att uttaga viss egendom i särskilda fall. Härvid föreligger således *förstärkt tagelott.*

a. Då avvittring sker efter makes död och värdet av den egendom som skall avvittras är ringa får efterlevande make av egendom, som icke undandragits giftorätt, uttaga nödigt bohag samt arbetsredskap och annat för fortsättande av hans näring nödigt lösöre (ÄL 103 a §). Samma förmån tillkommer make, då makarna dömts till hemskillnad eller äktenskapsskillnad på grund av att ena maken genom sitt förhållande grovt kränkt andra maken eller missbrukat rusgivande medel (2 mom.).

Dessa regler ha upptagits i äktenskapslagen genom L d. 23. 9. 1948. Se reg. prop. 1947:121. Därutinnan att tagelotten tillkommer make även i händelse av äktenskapsskillnad eller hemskillnad överensstämmer lagen med norsk rätt.

b. Make äger vid avvittring överst undantaga honom tillhöriga

kläder och andra föremål, som tjäna uteslutande till hans personliga behov, dock ej till högre värde än med hänsyn till makarnas villkor kan anses skäligt (91 §). Denna makes rätt har företräde framför andra makens tagelott enligt punkt a här ovan.

Jfr förf. Muutettu avioliittolaki, s. 49

6. Egendom, som med ägande- eller annan rätt innehaves av makarna gemensamt, får utan delning beaktas vid beräknande av utjämning, varvid en var av makarna tillgodoräknas så mycket av egendomens värde som motsvarar hans andel i egendomen. Men make har ock rätt att vid avvittring yrka delning av sådan egendom (ÄL 85 § 2 mom.).

I lagen har upptagits en *presumtion* enligt vilken lösöre, där ej annat framgår, skall vid avvittring anses vara förvärvat av makarna gemensamt med lika andel för vardera (89 §).

I allmänhet anses egendom som förvärvats under äktenskapet tillhöra den make i vars namn rättshandlingen företagits, dock med undantag av inköp för familjens underhåll, i vilket fall nämnda presumtion är tillämplig oberoende därav vilken av makarna som upprätt vid köpslutet. Se närmare ovan 11 § III 2, 13 § II 5.

Även mot makes *borgenär* får presumtionen göras gällande. Har viss egendom vid avvittring enligt presumtionen delats så, att båda tillagts hälften därav, äger makes borgenär icke ställa sig på den ståndpunkten att andra maken bekommit för mycket och blivit i motsvarande mån ansvarig för gälden därest gäldenärens egendom icke räcker till dess betalning. Om makarna ha egendom 1000 och ena makens skulder uppgå till 1000 samt egendomen, då skäl till annat förfarande ej finnes, enligt presumtionen delas jämnt emellan makarna, är avvittringen bindande jämväl för den gäldbundna makens borgenärer. Dessa kunna icke under åberopande av stadgandet om gäldansvarets övergång (ÄL 104 §) rikta ett anspråk på subsidiärt ansvar för gälden mot andra maken som med stöd av presumtionen bekommit egendom till värde av 500. Lika litet får avvittringens ogiltigförklaring påyrkas (KS 46 § h). Härav följer att presumtionen också bör iakttagas vid utmätning. Jfr ovan 17 § III 5.

Av en presumtionsregel liknande den som upptagits i ÄL 89 § gör man bruk även i svensk rättspraxis under åberopande av den allmänna samäganderättslagen. Jämväl i förhållande till borgenärer har presumtionen ansetts gälla. Se *Folke Schmidt* s. 73 f. med kritiska anmärkningar beträffande de olägenhter presumtionen kan medföra vid utmätning.

7. Avvittring som sker efter *äktenskaps återgång* lyder under speciella regler. Anspråken på grund av giftorätt ha inskränkts såtillvida att sådana ej tillkomma make i avseende på egendom som den andre hade vid äktenskapets ingående eller som han därefter förvärvat genom

arv, gåva eller testamente, ej heller beträffande gods som trätt i stället för dylik egendom (ÄL 90 §). Angående tolkningen av detta stadgande hänvisas till den tidigare framställningen (ovan 18 § IV 2).

Vid beräknande av utjämning skall makes gäld främst avdragas från värdet av sådan egendom som enligt nyssnämnda stadgande ej inbegripes under giftorätt (ÄL 99 § 4 mom.).

VI. 1. På äldre äktenskap äga de under V anförda reglerna ej tillämpning. Avvittringen syftar icke till fastställande av en utjämningsfordran utan den har karaktären av boskifte. Makarnas bo beredes till skifte sålunda att gälden täckes med den egendom som svarar därför och att medel motsvarande gäldens belopp avsättas för att betrygga betalningen (ovan IV b 2). Sedan detta skett företages delning av den återstående, till makarnas samfällda bo hörande egendomen. Med beaktande av de värden som åsatts egendomen tillskiftas vardera parten så mycket gods som motsvarar hans giftorätt, dvs. hälften av boets behållning.

2. Reglerna om tagelott ha för äldre äktenskaps vidkommande en motsvarighet i efterlevande makes rätt att före skiftet uttaga viss del av boets egendom såsom s.k. *fördel av bo oskifto.* Stadgandet härom finnes i GB 17:1, som skall tillämpas i alla de fall där äktenskapet ingåtts före 1. 1. 1930. Fördelen hänför sig allenast till lösöre. Den får icke inkräkta på borgenärers rätt, men fästningsringen samt dagliga gång- och sängkläder äger den efterlevande dock taga oavsett om återstoden av egendomen förslår till boets gäld eller ej. Eljest gäller om fördelen att den icke får överstiga tjugondelen av den efterlämnade lösa egendomens bruttovärde, varvid kommer i betraktande allenast lösöre i inskränkt bemärkelse, icke värdepapper. Boets gäld bör i första hand täckas med sådan egendom som icke är att räkna till lösöre av det slag som den efterlevande äger uttaga som fördel. Såvitt lösöre är föremål för panträtt, viker makes rätt för panthavarens, men på beräknandet av fördelens storlek är detta utan inflytande. Om annat gäldfritt lösöre finnes att tillgå skall fördelen tagas därur.

Att fördelen endast får uttagas ur behållna boet och att dess maximala storlek bör räknas efter lösörets bruttovärde äro två skilda saker. Självklart är att boet principiellt (med ovannämnda undantag) blott med behållningen

svarar för fördelen. Däremot måste man bortse från gälden när det gäller att beräkna fördelens abstrakta storlek. Gälden är icke knuten vid lösören utan all boets egendom häftar därför, men skäl syntes ej heller föreligga att vid beräkningen göra undantag för pantgäld. Att fördelen borde beräknas på basen av boets behållning har icke uttalats av *Chydenius* s. 153 f., som endast framhåller att fördelen »utgår» ur »behållna boet». Fördenskull är den polemik mot Chydenius missvisande som utvecklats av *Rautiala* s. 189 f. Den i äldre litteratur förekommande och av Rautiala godtagna meningen enligt vilken fördelen borde beräknas på basen av hela samfällda boet och icke blott med beaktande av lösöret, går för långt. Vi ansluter oss till Chydenius' kritik (a. st.).

VII. 1. Avvittring förrättas av tillkallade *godemän,* två eller flere (ÄL 98 §, ÄB 12:3). De må utses av parterna. Kan enighet ej uppnås, förordnas godemännen av domstol då någon av parterna därom anhåller. Beträffande tid och ort för förrättningen tillkommer bestämmanderätten likaså i första hand parterna och i det fall att de ej äro ense domstolen (ÄB 12:1). Det är dock tillåtet bemyndiga godemännen att meddela bestämmelse i nämnda avseende. Kan förrättningen ej vid första sammanträdet slutföras, må godemännen besluta om nödigt uppskov.

Parterna bör städse beredas tillfälle att höras vid förrättningen. För fjärran boende skall ställföreträdare förordnas av domstol (ÄB 12:1).

Enhälliga anvisningar av parterna böra godemännen ställa sig till efterrättelse. Men även om avvittringen skulle i sin helhet grunda sig på parternas överenskommelse, förvandlas icke förrättningen härigenom till ett avtal och godemännen till blotta vittnen därav. Avvittringen är också nu en förrättning av godemännen. Den har ej kommit till stånd redan genom de viljeförklaringar parterna samstämmigt riktat till förrättningsmännen, utan därtill fordras att dessa utföra avvittringen och att en skriftlig handling utfärdas över förrättningen.

Makar äga i avvaktan på avvittring, så snart äktenskapets upplösning är förestående, träffa avtal om giftorättens avveckling och ersättningsanspråk. Försåvitt sådant avtal icke av domstol förklarats ogiltigt eller jämkats emedan det funnits uppenbart obilligt mot endera maken (ÄL 115 § 2 mom.), skall det iakttagas vid avvittring, därest avtalet åberopas och ledes i bevis (genom företende av skriftligt kontrakt). Men avtalet gör icke en avvittringsförrättning umbärlig.

Det är avsett att förbereda avvittringen men icke att ersätta densamma. För att avtalet skall gå i fullbordan bör således även i detta fall en regelrätt avvittring äga rum.

Om avtalets förhållande till äktenskapsförord se 15 § I 2.
Även i äldre äktenskap äro dylika avtal tillåtna, se 16 § II.
Jfr om separata överlåtelser av egendom i anledning av äktenskaps upplösning ovan 16 § IV 8.

Avvittringsurkunden måste vara undertecknad av godemännen. Den må ock underskrivas av parterna, men deras underskrifter äro icke en nödvändig förutsättning för urkundens giltighet, ej ens i det fall att de under förrättningen genom sin enighet påverkat resultatet av avvittringen.

Över godemännens förrättning kan klandertalan föras vid domstol. Sådan talan bör av part som kallats till förrättningen väckas inom en kort frist, vilken utgör i staden tre månader och på landet ett år från avvittringen (ÄB 13:1).

I äktenskapslagen betecknas godemännen uttryckligen såsom »förrättningsmän» (103 §) och icke blott såsom vittnen eller rådgivare.

Framhållas må att samma egenskap tillkommer godemännen vid arvskifte. Detta kan slutas av ÄB 12:3, där det heter att alla arvskiften skola ske i redliga och trovärdiga mäns närvaro »på lika sätt, som tillförene om egendomens uppteckning sagt är». Stadgandet hänvisar till ÄB 9:1, varav framgår att det är godemännen och icke arvingarna resp. efterlevande maken som förrätta boupptecknigen. De sistnämnda böra anmäla boets tillgångar och skulder, men de utföra icke värderingen och upptecknigen. Godemännens underskrifter på boupptecknigsurkunden bekräfta att förrättningen, boupptecknigen, ägt rum, varemot anmälarnas namnteckningar endast fylla en viss bevisfunktion utan att ens befria från edgång. Om någon av godemännen icke underskrivit urkunden, är boupptecknigen ogiltig, medan saknad av en anmälares underskrift icke omintetgör förrättningen. Genom att likställa godemännen vid skifte och godemännen vid boupptecknig har lagen uteslutit möjligheten av en sådan tolkning att skiftesmännen enbart fungerade som vittnen. Deras uppgift innefattar utförandet av själva skiftet. Av lagens föreskrift att skiftesurkunden skall underskrivas av godemännen och arvingarna (ÄB 12:11) kan man icke sluta sig till att en arvinges vägran att underteckna skulle göra förrättningen ogiltig. Genom en sådan slutsats skulle godemännen tillskrivas blott en bevisfunktion, sådeles en roll som helt och hållet skulle avvika från den uppgift vilken vid boupptecknig tillkommer tillkallade förrättningsmän.

Icke desto mindre har den meningen haft förespråkare enligt vilken arv- och boskifte vore att betrakta såsom ett avtal mellan parterna. Skiftet skulle ej komma till stånd om icke enighet mellan intressenterna föreligger. Då en sådan åsikt emellertid skulle leda till att en av parterna kan förhindra skiftet trots att enligt lag skifte skall förrättas då någon av arvingarna så yrkat (ÄB 11:2), ha åsiktens anhängare modifierat sin teori sålunda att det icke

skulle behövas annat än att ett påtvunget »avtal» uppstår. Man har gjort gällande att om arvingarna icke bli eniga en var av dem må vända sig till domstol med yrkan att ett skiftesavtal av visst innehåll måtte påläggas parterna. Härigenom skulle i själva verket skiftesförrättningen överflyttas på domaren så snart någon av parterna vägrar att godkänna ett av godemännen uppgjort förslag till skifte. Domstol borde när talan om skifte väckts inkalla de övriga och sedan dessa gjort sina påminnelser mot kärandens skiftesförslag eller framkommit med egna motförslag avgöra saken och förrätta skiftet mellan intressenterna. En »kontraktsteori» av detta innehåll har utvecklats av *Chydenius* i hans lärobok Arvs- och testamentsrätt s. 116—119, synbarligen under inflytande av tysk rätt.

Kontraktsteorin var helt främmande för tidigare rättspraxis och den vann insteg i domstolarnas rättstillämpning egentligen först under 1930-talet såsom bl.a. rättsfallet 1932 I 83 visar. Teorin medförde ödesdigra påföljder. Det blev en vanlig företeelse att en tredskande arvinge förklarade sig icke kunna biträda godemännens skiftesförslag. En allmän osäkerhet på detta rättsområde var i antågande. Man bör därför hälsa det med tillfredsställelse att en reaktion numera inträtt i rättspraxis: HD 1958 II 79, 1961 II 127, Helsingfors HovR d. 27. 1. 1960 LM 1961 s. 97.

Något lagligt stöd för kontraktsteorin står överhuvud icke att finna. Teorin desavuerar stadgandet därom att godemännen vid skifte ha liknande ställning som godemännen vid bouppteckning och den tillägger godemännen oavsett lagens ståndpunkt blott ställningen av vittnen till arvingarnas underhandlingar. Dessutom kommer kontraktsteorin i konflikt med vad lagen bestämmer om klander av skifte. Om skiftet utgjorde ett avtal mellan parterna, kunde det icke klandras på den grund enbart att den lott som tillskiftats en arvinge finnes vara sämre än vad annan arvinge bekommit (ÄB 13:1), utan klandret borde stödjas på subjektiv villfarelse hos förstnämnda arvinge. Teorins anhängare ha också ur sin synpunkt följdriktigt förklarat sig vilja inlägga i lagen den tankegången att klandret bör ha en sådan villfarelse till förutsättning *(Chydenius* s. 123). Tolkningsförsöket saknar dock varje stöd i stadgandet om klander. Även om arvinge under skiftesförrättningen gjort anmärkning om felaktigheten och således icke svävat i villfarelse må han icke annorlunda än just genom klander åstadkomma ändring i skiftet. Enligt kontraktsteorin kunde han däremot vinna gehör allenast genom att vägra underskrift och sålunda hindra själva skiftet. Men detta är icke lagens mening. Lagstiftaren har ej haft i tankarna dylika distinktioner. Skiftet kan trots arvinges gensaga under förrättningen slutföras av godemännen och det ankommer på arvingen, vare sig han svävat i villfarelse eller ej, att medelst talan klandra skiftet i föreskriven tid såvida han vill att det skall jämkas till hans förmån.

Att tredskande arvinge finge med sitt veto hindra förrättandet av skifte genom godemän och överflytta förrättningen på domstol motsvarar icke lagstiftarens intentioner. Under de förhållanden med fåtaliga domstolar och långa distanser som rådde vid tillkomsten av 1734 års lag hade det varit en synnerligen opraktisk lösning om man i olikhet med hävdvunnen praxis frånkänt godemännen skiftesbefogenhet för att överföra densamma, då någon arvinge önskar undandraga sig skiftet, på ämbetsdomare. Det sätt varpå lagstiftaren reglerat godemännens befogenhet har visat sig vara en så framsynt lösning att den även under nu rådande förhållanden är att föredraga framför de lagförslag som senare sett dagen.

Jfr förf. artikel i DL 1960 s. 4 ff. vari bl.a. även de missvisande uttydningarna av *Nehrmans* ståndpunkt, som ej är förenlig med kontraktsteorin,

tagits i skärskådande. Kontraktsteorin har träffande kritiserats av *Hernberg*, Uppsatser i juridiska ämnen, 1912, s. 9 f. — Se *Bihang V*.

2. Det uppdrag som givits godemännen må återkallas, om dessa ej inom skälig tid slutföra förrättningen. Där ej samtliga parter äro ense om saken, är en var av dem befogad att påkalla rättens beslut i frågan. I händelse godemännen blivit utsedda av domstol kan blott densamma skilja dem från sysslan. När återkallelse skett, må nya förrättningsmän utses. Intet hinder möter för att en av de tidigare godemännen återväljes.

Återkallelse kan icke ersättas med att parterna, då godemännen ej uppnått enighet i en viss punkt, hänskjuta tvistefrågan till domstol med yrkan att frågan måtte avgöras medelst dom i avvaktan på förrättningens slutförande. Domstol äger endast på grund av klander av slutförd förrättning upptaga skiftesfrågor till prövning. Varken skiftet i sin helhet eller en del därav kan överflyttas på rätten innan skiftesmännen fullgjort sitt uppdrag. De sporadiska ståndspunktstaganden i nyare rättspraxis vilka beträffande dylika delfrågor gått i motsatt riktning låta sig blott förklaras av den oklarhet i rättsuppfattning kontraktsteorin med påståendet om domstols skiftesbefogenhet framkallat.

22 §. Vederlag.

I. Vid avvittring äger make i vissa fall framställa anspråk på *vederlag*. Härmed avses dels maken tillkommande gottgörelse för sådan minskning av giftorätt underkastad egendom som andra maken orsakat till skada för honom, dels gottgörelse för att egendom, som icke är underkastad giftorätt, använts till förkovran av giftorättsgods. För dylika värdeminskningar och värdeförskjutningar bör vederlag tilläggas make på det att han i förra fallet skall komma att åtnjuta den förmån giftorätten utan sådan minskning medför samt att han i senare fallet icke skall bli tvungen att bereda andra maken större förmån på grund av giftorätt än denne utan nämnda värdeförskjutning skulle ha erhållit. Vederlag syftar till att i makars inbördes förhållande återställa det förmögenhetsläge med avseende på giftorätt som skulle ha varit rådande om ej sådan värdeminskning eller värdeförskjutning inträffat som påverkat värdet av giftorättsgodset.

I äldre äktenskap förekommer dessutom oegentligt vederlag, som avser gottgörelse för enskild egendoms användning till andra makens enskilda nytta (nedan IV 3).

II. Vederlagsanspråket kan blott göras gällande vid avvittring. Det ger icke uttryck åt en särskild fordringsrätt utan anknyter sig till utjämnings- resp. delningsanspråket. I nya äktenskap genomföres vederlagsanspråket antingen så, att värdet av makes egendom, vari andra maken har giftorätt, vid avvittring betraktas som bevarat trots förlusten av godset eller trots dess förvandling i sådan egendom som icke faller under giftorätten (fiktiv värdeberäkning), eller ock så, att den ökning av giftorättsgodsets värde som är en följd av motsvarande minskning av makes giftorättsfria egendom fråndrages som om fråga vore om makes giftorättsgods åvilande gäld till samma makes giftorättsfria gods (fiktiv gäldkalkyl). Genom dessa räkneoperationer fastslås värdet av makes giftorättsgods vid bestämmandet av utjämningen enligt hälftendelningsprincipen. I äldre äktenskap genomföres vederlagsanspråket på liknande sätt, dock med de modifikationer som följa av att boet skall underkastas en realdelning. Då samfälld egendom använts till enskild nytta, skall den frångångna egendomen betraktas såsom alltjämt befintlig på det att make som ej haft nytta av användningen skall på grund av giftorätt bekomma lika mycket som också i det fall att dylik anvädning av boets egendom icke skett. Denna make tillskiftas en så stor andel av boets egendom som motsvarar hans lott i det oförminskade boet och andra maken som dragit enskild nytta ur boet skall erhålla återstoden.

Dessa allmänna grundsatser utvecklas närmare nedan.

III. 1. Vid avvittring i nya äktenskap skall vederlag för *minskning av giftorättsgods* utgå i följande fall.

a. Make har genom vanvård av sina ekonomiska angelägenheter, genom missbruk av rätten att råda över egendom vari andra maken har giftorätt eller genom att förfara på ett med hänsyn till hans villkor icke försvarligt sätt vållat att sådan egendom väsentligen minskats (94 §). Detta fall står i förbindelse med den i ÄL 37 § uttalade grundsatsen, enligt vilken make är pliktig att så vårda sin egendom, vari andra maken har giftorätt, att egendomen ej otillbörligen minskas denne till förfång (ovan 14 § III 2). En förutsättning för vederlagsanspråket är emellertid att den minskning giftorättsgodset undergått bör betraktas som väsentlig. Därjämte fordras att andra maken ej kan anses ha samtyckt till åtgärden.

Sedvanliga gåvor som icke stå i missförhållande till givarens villkor falla ej under vederlagsregeln. Övriga gåvor som givits utan andra makens samtycke ge däremot upphov till anspråk på gottgörelse. Detta gäller även gåvor till makes arvingar.

Har make givit egendom åt arvinge såsom förskott å arv, kan det förefalla tvivelaktigt i vilken mån en sådan rättshandling bör likställas med gåva som berättigar andra maken till vederlag. Mot vederlagsanspråket kan måhända invändas att förskott å arv är en i lag tillåten rättshandling, varför dispositionen i regel icke vore att betrakta såsom »oförsvarlig» i den bemärkelse stadgandet om vederlagsskyldighet förutsätter. Blott sådana förskott som efter förhandsbedömning väsentligen överstiga värdet av den blivande arvslotten finge betecknas som oförsvarliga. Gränsdragningen mellan tillåtna och otillåtna förskott enligt nämnda kriterium skulle emellertid bli en ytterst vansklig uppgift. Makes anspråk beträffande utjämning på grund av giftorätt har företräde framför arvinges anspråk på arv (ÄB 12:3). Därför bör det uppställas som regel att make icke äger genom förskott å arv minska andra makens rätt till utjämning. Ur andra makens synpunkt utgör förskottet en slutgiltig gåva enär det mottagna jämlikt den i lag uttalade presumtionen icke behöver återbäras ens i den mån det överstiger värdet av arvinges arvslott (ÄB 12:9). Följaktligen bör man anse att värdet av egendom som make ur sitt giftorättsgods utan andra makens samtycke utgivit såsom förskott å arv bör vid avvittring tilläggas behållningen av den förres egendom när det gäller att fastställa utjämningsskyldigheten. Andra maken tillerkännes härigenom vederlag för förskottet.

Jfr härom Lagb försl. till lagen om arv 1938:5, motiven till ändringar av äktenskapslagen 94 § s. 142 ff.
Ang. äldre äktenskap se nedan IV a.

b. Make har använt giftorättsgods till förvärv eller förkovran av egendom som icke faller under giftorätt (95 §). Härmed avses att tillförsäkra andra maken giftorättens värde när en sådan egendomsförskjutning ägt rum varigenom giftorättsgods övergått till giftorättsfri egendom. Har i äktenskapsförord bestämts att egendom som tillhör make vid äktenskaps ingående blir underkastad andra makens

giftorätt medan egendom som han förvärvar under äktenskapet skall vara fri från sådan rätt, kan ifrågavarande egendomsförskjutning, såvitt angår förvärv av ny egendom, ske sålunda att make försäljer den egendom han hade vid äktenskapets ingående. Enär någon surrogationsprincip enligt äktenskapslagen icke gäller för dylikt fall, skall det som trätt i stället för det försålda betraktas som giftorättsfritt gods. Såframt i äktenskapsförordet icke annat avtalats är giftorätt utesluten även beträffande köpeskillingen och icke blott beträffande det som senare därmed förvärvats (jfr ovan 15 § III 1). För det värdebelopp som sålunda frångått makes giftorättsgods och substituerats av giftorättsfri egendom tillkommer andra maken anspråk på vederlag. Likaså bör vederlag utgå om make använt giftorätt underkastad egendom till förbättring (förkovran) av sådant sitt gods vari andra maken ej har giftorätt.

c. Åsidosättande av lagbestämda gäldtäckningsregler kan föranleda vederlagsanspråk. Där giftorätt underkastade medel använts till betalning eller, vid avvittring, till täckning av makes gäld som enligt gäldtäckningsreglerna bort — i makars inbördes förhållande — i första hand infrias med hans giftorättsfria tillgångar, så skall för motsvarande belopp vederlag utgå på det att intrång icke skall göras i andra makens rätt (95, 99 §). Härtill höra tre fallgrupper: (1) gäld för vilken makes giftorättsfria egendom vid äktenskapets ingående eller vid den senare tidpunkt, då egendomen genom äktenskapsförord, gåvobrev eller testamente tillförsäkrades make såsom giftorättsfritt gods, häftade såsom pant e.d. (99 § 2 mom.); — (2) gäld som uppkommit genom att make vanvårdat sina ekonomiska angelägenheter eller eljest förfarit på ett med hänsyn till sina villkor icke försvarligt sätt (99 § 3 mom.); — (3) gäld till förvärv eller förkovran av giftorättsfri egendom (99 § 2 mom.).

Jfr beträffande dessa gäldtäckningsregler ovan 21 § V 1 b.

Vederlagsanspråket genomföres på så sätt, att värdet av makes egendom vilken i följd av förbrukning eller föryttring ej mer finnes kvar såsom objekt för andra makens giftorättsanspråk betraktas som om den alltjämt tilhörde maken. Värdet lägges till behållningen av dennes egendom. Då fråga är om betalning eller täckning

av gäld i strid mot gäldtäckningsreglerna förfares på liknande sätt och gäldens belopp betraktas som en fiktiv tillgång.

För att belysa vederlagsanspråkets genomförande i fall då make gjort sig skyldig till vanvård av giftorättsgods eller använt sådant gods till gåva eller till förvärv av giftorättsfri egendom (ovan a och b), låt oss antaga att giftorättsgodset därigenom undergått en minskning av 500 och att make, sedan gälden avdragits, har kvar giftorättsgods till värde av 1000. Till sistnämnda belopp skall läggas det frångångna värdet 500, varigenom den fiktiva behållningen blir 1500. Är andra makens behållna egendom mindre, exempelvis 100, skall denne få i utjämning hälften av skillnaden mellan 1500 och 100, således 700, icke blott 450 eller hälften av skillnaden mellan 1000 och 100. — Beror minskningen av giftorättsgodset därpå att make med giftorättsmedel infriat sådan gäld som enligt gäldtäckningsreglerna bort betalas med giftorättsfria tillgångar (ovan c), blir resultatet detsamma om gäldens belopp är 500. Samma förfarande är tillämpligt då gälden är obetald vid avvittringen och den icke kan täckas med giftorättsfri egendom. Enär gälden i detta fall kommer att ingå såväl i passiva som i aktiva, kan resultatet normaliter lika väl uppnås så, att gälden helt och hållet lämnas ur räkningen.

Metoden med fiktiv värdeökning är att föredraga framför ett annat mera komplicerat beräkningssätt. Enligt detta utgår man från den faktiska sammanlagda behållningen, i exempelfallet 1100, avdrager härifrån minskningen av egendom 500, delar i två lika stora delar (300) den sålunda erhållna återstoden och tillgodoskriver den vederlagsberättigade maken minskningen 500, varigenom denne bekommer 800 eller i utjämning 700 (800—100). Jfr *Huttunen* s. 186. Resultatet är detsamma som enligt den i texten anlitade metoden, vilken om också icke uttryckligen påbjuden i lag bättre åskådliggör vederlagsreglernas grundtanke. Jfr de kritiska anmärkningarna i Lagb försl. 1938:5, motiven till ändring av äktenskapslagens 96 och 100 § s. 143 ff.

Även vid beräknande av bröstarvinges laglott användes metoden med fiktiva tillägg till behållen egendom, då fråga är om gåva eller förskott å arv som givits av arvlåtaren (ÄB 17:3). När arvlåtare som är gift bortgivit egendom till en av sina bröstarvingar under sådana omständigheter att andra maken har rätt till vederlag, skall gåvans värde tilläggas boets behållning i och för bestämmande av vederlagets storlek. Sedan utjämningsskyldigheten fastställts, är ett förnyat tillägg av nöden för att laglotternas storlek skall kunna bestämmas. Om den avlidnes nettoförmögenhet är 1000 (brutto 2000, skulder 1000) och den efterlevandes 100 samt gåvans värde 500 liksom i exempelfallet, skall kvarlåtenskapens behållning fiktivt ökas med 500. Den efterlevande får alltså i utjämning 700, varefter återstår i kvarlåtenskapen 300. Enär skulderna och utjämningen redan beaktats lägges nämnda återstod till grund för laglottsberäkningen. Återstoden ökas fiktivt med gåvans värde

500 och laglotterna uppgå således sammanlagt till hälften av 800, dvs. till lika stort belopp som om någon gåva ej skett. Äro arvingarna två, blir vardera laglott 200 (laglotterna överstiga boets behållning varför ett fyllnadskrav mot gåvotagaren blir erforderligt).

Är den vederlagsskyldiga maken så skuldsatt att någon behållning av giftorättsgodset på hans sida icke kan påvisas, utesluter detta icke vederlagsanspråket. Skulle vederlaget bortfalla, erhölle han hälften av andra makens behållning. Men då den frångångna egendomen betraktas som en fiktiv tillgång, blir följden den att andra maken undgår, som sig bör, utjämningsskyldigheten, ty beräkningen utvisar att denne egentligen borde erhålla utjämning (nämligen hälften av 500 — 100).

Makes vederlagsskyldighet drabbar även hans *giftorättsfria* gods, dock blott till hälften av vad eljest ej kan utgå (94, 95 §). Om den giftorätt underkastade egendomen i sin helhet går till täckning av hans skulder men han har giftorättsfri egendom (till värde av 300) som ej erfordras till infriande av gäld, äger andra maken ur sådan egendom utfå hälften av den utjämning som beräknats med beaktande av vederlagsanspråket (hälften av 500 — 100 eller 200).

d. I händelse gåva som make givit till tredje man skett under sådana omständigheter att andra maken äger påkalla dess *ogiltigförklaring* (ovan 14 § V 2), föreligger ej skäl till vederlagsanspråk om gåvan förklaras ha återgått, ty det bortgivna har därigenom åter blivit beståndsdel av givarens egendom. Verkan av ogiltigförklaringen skulle emellertid bli imaginär, om det berodde på givaren huruvida gåvan skall faktiskt återtagas eller ej (resp. dess värde ersättas därest gåvan ej mer finnes kvar hos mottagaren), och om givaren således kunde tvinga andra maken att ty till vederlagsanspråket trots att ogiltigförklaring ägt rum. För att undgå detta måste det anses att förrättningsmännen vid avvittring äga befogenhet att till den make, som annars skulle kunna yrka vederlag, överföra givarens rätt till gåvans återtagning. Denna rätt är en beståndsdel av givarens egendom och förrättningsmännen må jämlikt sin allmänna befogenhet bestämma att den skall i och för tillgodoseende av andra makens anspråk på utjämning överföras till denne (ÄL 103 §, jfr ovan 21 § VI 4), På grund härav kommer andra maken icke att genomföra sitt vederlagsanspråk mot tredje man utan han endast förverkligar en rätt som han enligt beslut av förrättningsmännen fått i avkortning på utjämningsfordran och som gör vederlagsanspråket överflödigt. Därigenom beredes make möjlighet att undgå verkningarna av gåvogivarens insolvens. Givarens borgenärer må icke göra anspråk på gåvans värde till förfång för andra maken, ty ogiltigförklaringen har berott på familjerättsliga hänsyn.

2. Vederlag för *tillväxt av giftorättsgods* skall givas, då make till förkovran av sådan sin egendom vari andra maken har giftorätt an-

vänt annat sitt gods, således egendom som icke faller under giftorätt (92 §). Giftorättsgodsets tillväxt har föranletts av en egendomsförskjutning, som medfört att värdet av makes giftorättsgods ökats med ett belopp motsvarande en lika stor minskning i samma makes giftorättsfria egendom. Härför skall gottgörelse lämnas på det att andra maken icke skall bli bättre ställd än i det fall att sådan egendomsförskjutning ej förekommit.

Såsom vederlagsskäl nämner lagen förkovran, dvs. förbättring, men icke förvärv av egendom som faller under giftorätt. Härvid har hänsyn tagits till att egendom som make genom rättshandling erhåller i utbyte emot giftorättsfri egendom blir i regel likaledes fri från giftorätten. Denna surrogationsprincip gäller alla sådana fall där giftorätten uteslutits medelst äktenskapsförord, gåvobrev eller testamente (ÄL 35 § 2 mom., ovan 15 § III 1). I fråga om dylik egendom kan således en förskjutning mellan giftorättsfri och giftorätt underkastad egendom allenast försiggå sålunda att visst värde av makes giftorättsfria egendom övergår till giftorättsgods utan att ett skilt egendomsobjekt uppstår. Vederlag utgår i den mån värdet av den giftorätt underkastade egendomen i verkligheten ökats, icke blott på den grund att make gjort utlägg för att åstadkomma en förbättring av sådan egendom. Utöver beloppet av utläggen tillkommer make dock ej vederlag.

Vad åter beträffar egendom som på grund av sin personliga natur är undandragen andra makens giftorätt, bör det bemärkas att surrogationsprincipen icke avser sådan egendom (ÄL 35 § 3 mom., ovan 13 § II 3, 5). Upphovsrätten är under rättighetshavarens livstid ej underkastad giftorätt, men då surrogationsprincipen är otillämplig, sträcker sig giftorätten till det som make bekommit i utbyte emot sin upphovsrätt. Denna förvandling av egendom inbegripes icke under ifrågavarande vederlagsregel och vederlag skall således ej utgå för den fördel andra maken vunnit genom att erhålla giftorätt i surrogatet. Lika litet uppkommer vederlagsrätt om det giftorätt underkastade surrogatet användes till förbättring av makes giftorättsgods. Andra maken får göra bruk av sin giftorätt i godset utan vederlagsskyldighet. Vad nu sagts om upphovsrättens surrogat, gäller även dess avkomst (ovan 13 § II 6).

Såvitt vederlag kommer i fråga genomföres anspråket i föreliggande fall sålunda, att från värdet av makes giftorättsgods avdrages ett belopp motsvarande minskningen i hans giftorättsfria egendom. Till det yttre framstår operationen som en likvidering av gäld vilken belastar makes giftorättsgods i förhållande till hans övriga egendom. Avdraget skall göras *innan* man skrider till den fiktiva ökning av makes giftorättsgods som kan föranledas av vederlagsreglerna under 1 a—c (jfr ÄL 100 §).

Om exempelvis behållningen av makes giftorättsgods efter avdrag av den egentliga gälden utgör 1000, skall från beloppet därefter först avdragas »gälden» till makes giftorättsfria egendom, låt oss säga 1200, innan slöseritillägget 500 får göras. Make har således rätt att avskilja hela sitt giftorättsgods för att dess värde ej skall komma att bidraga till storleken av utjämningen.

Förutsatt att vederlaget för slöseri är 500, skall andra maken, vars behållning är 100, bekomma egendom till täckande av sin utjämningsfordran 200 (hälften av 500 — 100). Detta motkrav medför att make trots avskiljandet av sitt giftorättsgods blir skyldig att med sin egendom svara för nämnda utjämning. Mot utjämningskravet lärer han icke få framställa ett »kvittningskrav» på den grund att den verkligen återstående egendomen ej räckt till att täcka hela hans vederlagsanspråk 1200. För detta anspråk »svarar» icke slöseritillägget utan endast den verkliga återstoden av hans egendom och den allmänna regeln att makes giftorättsfria egendom får i föreskriven utsträckning tillgripas för andra makens utjämningsfordran bör kunna åberopas jämväl med avseende på egendom som vid avvittring tillagts make såsom vederlag för frångången giftorättsfri egendom.

IV. 1. Beträffande äldre äktenskap gäller, att vederlag för *minskning av samfälld egendom* skall vid boskifte utgå i nedannämnda fall.

a. Samfälld egendom har använts till betalning av gäld som endera maken gjort före äktenskapet eller som är under äktenskapet tillkommen av makes särskilda vållande varav den andre ej haft någon nytta eller del (MakEgendL 4:7). Enligt gäldtäckningsreglerna får till betalning av sådan gäld ej tillgripas samfälld egendom utöver den makes lott i boet som gjort gälden (4:1 o. 5, jfr ovan 17 § II 4, 5). Om denna gräns överskridits, anses make ha njutit enskild fördel av samfälld egendom och andra maken bör tilläggas vederlag på det att denne ej skall lida någon minskning i sin lott i boet. I fråga om gäld från tid före äktenskapet skall dock vederlag utgå blott såvitt man till betalning använt samfälld egendom utöver värdet

av vad den gäldbundne såsom dylik egendom fört med sig i boet. Andra maken har äktat gäldenären med dennes skulder och får jämväl vid boskiftet finna sig i att endast nettovärdet av den i boet införda egendomen beaktas när det gäller att beräkna boets värde med avseende på vederlagsanspråk. Blott i den mån gälden överskjuter värdet av den införda egendomen skall det som ur samfälld egendom gått till gäldens betalning anses som boets fiktiva beståndsdel (jfr nedan). Vederlagsanspråket undergår ingen förändring till följd av att den föregående gälden under äktenskapet blivit omsatt, vare sig genom att gäldenären ensam utfärdat en ny förbindelse eller genom att båda makarna förpliktat sig till betalning.

Vederlag skall enligt rättspraxis utgå jämväl för gåva ur samfälld egendom som make utan andra makens samtycke givit till tredje man. Härunder inbegripes även gåva till makes arvinge (HD 1922 I 43, 1936 II 538). Detsamma bör anses gälla om förskott å arv. Ovan har redan — på tal om nya äktenskap — påpekats att sådan gåva med hänsyn till stadgandet om befrielse från återbäring i ÄB 12:9 ter sig som en slutgiltig överlåtelse. Vägran av rätt till vederlag skulle medföra att make medelst dylika förskott kunde utan risk omintetgöra andra makens giftorätt som har företräde framför arvinges anspråk på arv.

Se härom ovan III 1 a.

b. Ena maken har använt samfälld egendom till sådan förbättring av sitt enskilda gods som ej är att räkna till dess underhåll och skötsel (4:7). Vederlagsskäl föreligger blott om utgiften icke rört sig inom ramen för sedvanlig underhållskostnad utan syftat till en förbättring av större omfattning. Enär den enskilda egendomens avkastning är samfälld, har man ansett att samfälld egendom i gengäld härför får tagas i anspråk för underhåll av den enskilda och att vederlag ej bör utgå för sådan fördel som därigenom vunnits ur boet. Härvid är det en förutsättning att den enskilda egendomens avkastning icke räcker till underhållet. Allenast i den mån brist härutinnan uppstår får samfälld egendom vederlagsfritt tillgripas för ändamålet.

Jfr *Chydenius* s. 213.
Enligt den i äldre äktenskap gällande surrogationsprincipen är även sådan

egendom samfälld som på grund av försäljning eller annat rättsfaktum kommit i den ursprungliga samfällda egendomens ställe (ovan 13 § I 2). Denna regel är dock icke tillämplig när samfälld egendom användes enbart till förbättring av den enskilda. I sådant fall ökas egendomens värde utan att det uppstår ett skilt egendomsföremål som vore objekt för surrogation. Förskjutningen av egendomsmassorna låter sig blott återställa genom vederlag vid boskifte. Därav att surrogationsprincipen eljest vinner tillämpning förklaras det att lagen icke omnämnt »förvärv» utan allenast »förbättring» som vederlagsskäl.

Vederlagsanspråket genomföres i omförmälda fall så, att det belopp vilket gått till betalning av gäld eller till gåva eller till bekostande av förbättring tillägges behållningen av samfälld egendom som om beloppet alltjämt skulle ingå i boet. På grund av denna kalkyl bestämmes storleken av den vederlagsberättigade makens skiftesandel. Utgör den infriade gälden, försåvitt samfällda medel ej bort användas till dess betalning, 1000 och den disponibla behållningen av samfälld egendom 2000, tillkommer den icke gäldbundna maken hälften av 3000. Honom bör således tillskiftas egendom till värde av 1500. Återstoden av disponibel samfälld egendom, 500, tillfaller den gäldbundne.

Är den disponibla behållningen så liten att den ej förslår till täckande av vederlaget, får anspråket riktas även mot enskild egendom. Utgör den infriade gälden 1000 och behållningen 500, så kan den vederlagsberättigade makens andel, hälften av 1500, dvs. 750, icke i sin helhet tagas ur boet, varför den vederlagsskyldige har att med sin enskilda egendom svara för bristen 250.

2. Vederlag skall givas, då *enskild egendom* använts *till boets gemensamma nytta.* De härtill hörande fallen låta sig sammanställa i följande grupper.

a. Mannen har, utan hustruns vilja och vetskap, använt hennes enskilda egendom till boets gemensamma nytta (MakEgendL 4:9).

b. Med enskild egendom har betalts gäld för vilken makarna förbundit sig att svara solidariskt eller för vilken de iklätt sig sådant ansvar genom att hustrun med mannens samtycke gjort gälden för boets räkning (4:9, jfr 4:2).

c. Enskild egendom har eljest använts till gemensam nytta (4:9 2 mom.).

Vederlagsrätt åtnjutes aldrig enbart därför, att makes enskilda

egendom genom försäljning eller annorledes förvandlats i annat gods. Enligt surrogationsprincipen är även den nyförvärvade egendomen att anse som enskild. För att vederlagsskäl skall föreligga måste en sådan omvandling av enskild egendom föreligga som icke förkroppsligas i ett skilt egendomsföremål. Sådant fall är för handen exempelvis om odlings- eller torrläggningsarbeten på samfälld fastighet bekostats med ena makens enskilda medel.

Med användning av egendom till »gemensam nytta» avses enligt en tidigare åsikt jämväl makars underhåll såvitt fråga är om tillgodoseende av makes särskilda behov. Den som med enskilda medel åt sin make anskaffat kläder eller andra bruksföremål skulle således vara berättigad att vid boskifte yrka gottgörelse för sina utlägg. Denna tolkning kan man ej längre bifalla. Makar i äldre äktenskap äro beträffande underhållsskyldighet underkastade reglerna i äktenskapslagen. I motsats till tidigare lag äger make redan under äktenskapet mot den andre väcka ersättningstalan på den grund att hans utgifter för familjens underhåll, inklusive andra makens särskilda behov, överstigit vad han bort erlägga. Jämväl bestämmelsen därom att sådan talan ej får väckas senare än inom ett år efter det kalenderår under vilket utgiften bestritts skall iakttagas (ÄL 50 §, ÄPL 4 §, ovan 11 § IV). Det skulle stå i strid med denna nyreglering om make genom att yrka vederlag vid boskifte finge sådana utlägg ersatta oaktat han försuttit talan enligt nämnda regel.

Jfr ang. tolkningen av de ursprungliga lagreglerna *Chydenius* s. 211 f. Den äldre tolkningen biträdes alltjämt av *Rautiala* s. 232, som icke lagt märke till betydelsen av den nyssnämnda ändringen i makarnas rättsförhållanden.

Vederlaget tages ur samfälld egendom vilken dragit nytta på bekostnad av den enskilda. Anspråket genomföres så, att det erforderliga beloppet avdrages från boets behållning som om fråga vore om makes enskilda fordran hos boet. I fallen a och b (ovan) häftar även den vederlagsskyldiga makens enskilda egendom subsidiärt för gottgörelsen. Enär vederlaget beror på sådan användning av enskild egendom som skett till båda makarnas gemensamma nytta, är andra maken dock icke skyldig att med sitt enskilda gods fylla bristen till större del än vad som proportionellt svarar mot hans giftorätt (4:9, 1 mom.).

Båda makarna anses således ha blivit i lika grad delaktiga av nyttan. I övriga fall (c) får endast samfälld egendom tagas i anspråk för vederlaget. Härunder inbegripas sådana åtgärder beträffande enskild egendom som ägaren allena vidtagit till boets nytta. I anseende härtill står regeln icke i strid med vederlagsskyldigheten i fallet b, där det är fråga om gäldförbindelse som ingåtts av båda makarna gemensamt. En sådan rättshandling är i själva verket en sammanfattning av två förbindelser, varför det är naturligt att en var av makarna måste i inbördes förhållande låta sitt enskilda gods svara för gälden i den mån samfälld egendom ej förslår till hela beloppet.

Om boets behållning förslår till hela vederlaget, får detta oförminskat tagas ur makarnas samfällda egendom. Detta gäller även i fallen a och b, för vilka subsidiärt ansvar med enskilt gods är föreskrivet. Den meningen kan icke bifallas enligt vilken make, som gemensamt med den andre gjort gäld, vore skyldig att alltid bära sin legala andel av gälden enligt MakEgendL 4:2 såvitt samfälld egendom ej räckt till dess betalning *(Chydenius* s. 221 f.). Även om vid tidpunkten för betalningen någon samfälld egendom ej funnits som kunnat användas till gäldens infriande, kan hinder ej möta för att make som med enskilda medel tillfredsställt borgenären kräver vid boskifte vederlag ur befintlig samfälld egendom så långt den förslår. Härigenom blir boet icke sämre ställt än i fall då gälden utestått ogulden intill skiftet och därvid täckts med boets egendom enligt den i MakEgendL 4:2 uttalade regeln. Allenast i händelse boets behållna egendom understiger beloppet av vad make med enskilda medel erlagt är hänsynstagandet till makarnas lagbestämda gäldandelar av nöden. Detta antydes ock i stadgandet om vederlag där det heter att make, om samfälld egendom ej räcker till hela vederlaget, skall med sin enskilda egendom fylla så stor del av bristen som proportionellt svarar mot hans giftorätt (4:9), således den del av gälden som utgör hans legala andel (4:2). Något avdrag för egen gäldandel behöver däremot icke göras enbart därför att make vill göra anspråk på vederlag ur boet.

3. Vederlag skall i äldre äktenskap vid boskifte utgå även när ena makens *enskilda egendom* blivit använd *till nytta för andra maken allena* (4:8). Sådant fall föreligger då enskilda medel använts till betalning av andra makens gäld eller till sådan förbättring av andra makens enskilda egendom som ej är att räkna till dess underhåll eller skötsel. Betalning av gäld skall enligt stadgandet gottgöras när fråga är om gäld som tillkommit före äktenskapet (4:1) eller när gälden är tillkommen av mannens eller hustruns särskilda vållande och förgörelse varav andra maken som infriat gälden med sina enskilda medel ej haft någon nytta eller del (4:5). Såsom tidigare

nämnts bör i dessa fall vederlag givas även i händelse den icke gäldbundnes lott i boet tillgripits för betalning (ovan 1 a).

Den i lagen ingående uppräkningen av vederlagsskäl, som höra till denna grupp, kan ej anses uttömmande. En jämförelse med den under 2 nämnda vederlagskategorin ger detta vid handen. Enär make vilkens egendom använts till *gemensam* nytta åtnjuter alltid rätt till vederlag, blott med det undantag som angår underhållsgäld, föreligger så mycket större skäl att medgiva make en allmän rätt till vederlag i sådana fall där hans enskilda egendom blivit använd till andra makens helt *enskilda* nytta. I fråga om gäld som tillkommit under äktenskapet skall således hustru erhålla vederlag om hennes egendom tillgripits för sådan mannens gäld vilken ej varit att likställa med deliktsgäld utan gjorts av mannen jämlikt MakEgendL 4:3 och vilken kommit uteslutande mannen till godo. Lika litet får — i fall då betalning av gäld icke föreligger — stadgandet om vederlag för egendoms användning till förbättring av enskilt gods stå i vägen för en extensiv tolkning. Make har rätt till vederlag även då hans enskilda egendom av andra maken bortskänkts, försålts eller eljest egenmäktigt förskingrats för privata ändamål, vare sig sistnämnda makes nytta därav varit verklig eller blott imaginär.

Surrogationsprincipen utesluter uppkomsten av vederlagsrätt enbart på den grund att make förvandlat andra makens enskilda egendom i annat gods, ty detta träder omedelbart i stället för den frångångna egendomen. Men om surrogatets värde understiger den ursprungliga egendomens, kan egenmäktig förskingring ingå i förvandlingen.

Den make till vars nytta egendomen sålunda blivit använd skall giva vederlag av sitt giftorättsgods och, där så fordras, av sin enskilda egendom. Enär vederlaget nu icke bottnar i minskning eller ökning av giftorättsgods må det ej beaktas innan makarnas andelar ur samfälld egendom blivit fastställda och deras övriga vederlagsanspråk tillgodosedda vid skiftet.

I enlighet med den allmänna regeln konkurrerar ej heller det föreliggande vederlagsanspråket med fordringar som tredje man har hos den vederlagsskyldiga parten. Ett undantag bildar dock det fallet att mannen egenmäktigt förskingrat eller till sin egen nytta pantsatt pengar eller lösören som efter förord eller annorledes tillhört hustrun

enskilt (MakEgendL 5:7). Ersättning äger make i detta fall fordra. med samma rätt som annan borgenär. Samtidigt som stadgandet sålunda förstärker makes skydd vid genomförandet av vederlagsanspråket utgör det ett belägg för att vederlagsregeln i 4:8 bör tolkas extensivt. »Förskingring» omfattar varje förbrukande av andra makens enskilda egendom till icke gemensam nytta, oavsett om det skett för att förbättra förbrukarens enskilda egendom, att betala enskilda skulder eller annorledes. »Pantsättning» torde däremot knappast innefatta andra än sådana fall där rättshandlingen är att jämställa med betalning, varvid förutsättes att gälden bör vara av sådan art som framgår av den ovannämnda regeln.

Enligt lagens terminologi hör även nämnda ersättningskrav till kategorin »vederlag». Kravets genomförande avviker likväl på ett märkbart sätt från det som gäller för vanliga vederlagsanspråk, vilka aldrig konkurrera med tredje mans fordringar, och det skulle fördenskull vara mera överensstämmande med sakens natur om man betecknade den förfördelade makens fordran som *ersättningskrav* och icke som *vederlagsanspråk*. Ersättningskravet liknar ett vederlagsanspråk blott såtillvida att dess genomförande är anknutet till egendomsgemenskapens upplösning (jfr *Chydenius* s. 223). I själva verket föreligger här ett undantag från grundsatsen att makar i äldre äktenskap ej äga göra gällande deliktsfordringar mot varandra. Se ovan 17 § IV 4.

V. 1. Makes vederlagsrätt äga godemännen icke på eget initiativ beakta vid avvittring resp. boskifte. Nödvändigt är städse att make eller hans arvinge vid förrättningen *framställer anspråk* på vederlag. Har sådant yrkande icke gjorts, slutföres avvittringen utan att ta hänsyn till omständigheter vilka eventuellt kunnat tjäna som vederlagsskäl.

2. Avvittringens laglighet kan av makes *borgenär* icke bestridas enbart under åberopande av att vederlagsanspråk icke framställts av make. Anspråket på vederlag syftar i främsta rummet till att återställa det förmögenhetsläge beträffande giftorätt som genom vissa värdeförskjutningar inom ena makens egendomssfär blivit ändrat till förfång eller förmån för andra maken. Borgenär äger under äktenskapet principiellt ej någon talan mot dylika ändringar som lämna hans kreditunderlag orubbat. Makarna kunna genom förord under äktenskapet till och med helt upphäva giftorätten utan att någondera makens borgenärer få göra invändningar däremot. Lika litet behöver make som genom åtgärder inom egen förmögenhetssfär änd-

rar värdeförhållandet mellan sitt giftorätt underkastade och sitt giftorättsfria gods iakttaga invändningar från fordringsägares sida. Dessa få finna sig i det fullbordade rättsläget. Då lagen tillförsäkrar den förfördelade maken vederlagsrätt, avses därmed att skydda dennes personliga intressen och icke att befästa hans borgenärers kreditunderlag. Äktenskapet är icke ett kommersiellt bolag med obegränsad redovisningsskyldighet. Vill make icke rulla upp sin egen eller andra makens livsföring och tillvägagåenden för sådan bedömning som betingas av vederlagsanspråk, är även borgenärernas möjlighet till talan avskuren. Sådan underlåtenhet överför ej på den, som därigenom gynnats, ansvar för annans gäld enligt den i ÄL 104 § uttalade regeln.

Ej heller i fråga om äldre äktenskap är borgenär befogad att mot den gäldbundna makens vilja göra gällande hans vederlagsrätt emot andra maken. I reglerna därom vilken egendom som får tillgripas för betalning av gäld antydes ej att även sådan egendom som kan tilläggas make såsom vederlag finge (vid makes konkurs) av borgenär tagas i anspråk för betalningen. Jfr nedan 23 § II.

Däremot äger borgenär talan mot olaga vederlagsanspråk som riktats emot den gäldbundna maken och icke avvisats av godemännen. Stadgandena om ogiltigförklaring av avvittring eller övergång av gäldansvar kunna i så fall åberopas av den makes borgenär som till följd av vederlagsanspråket lidit minskning i sin lagliga rätt.

Jfr ang. äldre äktenskap *Chydenius* s. 225 f., som likaså anser att vederlagsanspråket ej får mot makes vilja göras gällande av hans borgenär. I äktenskapslagen ingår ej stadgande i motsatt riktning. Att lagen icke dess mindre skulle avvika från ståndpunkten i tidigare lag kan ej antagas enbart på den grund att man vid den slutliga redigeringen av ÄL 104 §, som föreskriver gäldansvarets övergång såsom påföljd av eftergift vid avvittring, bortlämnade den av lagberedningen i 1920 års förslag upptagna bestämmelsen därom att makes underlåtenhet att göra gällande anspråk på vederlag ej skall anses som eftergift. Annorlunda *Huttunen* s. 199, som synes tillmäta bortlämnandet av bestämmelsen avgörande betydelse. Vid tolkningen bör dock hänsyn tagas till lagens system i dess helhet. Om make i äldre äktenskap icke behöver i förhållande till andra makens borgenärer underkasta sig sådan eftergranskning av sin livsföring och sitt handlingssätt under äktenskapet som vederlagsanspråkets förverkligande förutsätter, är det än mindre antagligt att make i nya äktenskap vore skyldig därtill. Lagens mening är att make i dessa äktenskap skall vara mera tryggad mot andra makens borgenärer än vad fallet är enligt tidigare lag.

Enligt norsk rätt äger endast make yrka vederlag. Har han icke gjort det

kan varken borgenär eller arvinge taga initiativ i saken. Avstående från vederlag är icke en gåva mellan makar. *Arnholm* s. 233. Dansk rätt har tolkats så, att makes eftergift beträffande vederlag bör respekteras av arvinge och borgenär, såvitt annat icke föranledes av konkurslagens allmänna regler om återvinning. *Borum* s. 231.

I svensk doktrin äro åsikterna delade. *Nils Beckman* s. 166 anser att avstående från befogenhet att göra gällande giftorätt enligt nya GB icke är att betrakta som gåva. *Folke Schmidt* s. 104 f. påpekar likaså att make till följd av sådant avstående icke är fattigare än före detsamma, men hänvisar till att enligt GB:s förarbeten lagens författare haft en annan utgångspunkt. *Westring* s. 257 tillerkänner, förefaller det, makes borgenärer befogenhet att göra gällande hans vederlagsanspråk. Men i vad angår det fallet att make utan samtycke av andra maken bortgivit giftorätt underkastad fastighet uttalar Westring uttryckligen, att andra makens borgenärer få finna sig i gåvan om icke denna make själv vill framställa krav på grund av sin giftorätt (s. 123, jfr ovan 14 § VII). Då godkännandet i detta fall binder makens borgenärer, borde härav naturligtvis följa att borgenärerna med så mycket större skäl äro att anse bundna av godkännandet när gåvan avser egendom som tillhör den mindre viktiga kategori beträffande vilken överlåtelsen icke kan bli ogiltig till följd av makens bristande samtycke. I motiven till L d. 27.3.1936 varigenom 6 a § tillades 6 kap. GB ingår ingen antydan om att makes borgenärer ägde göra gällande hans klanderrätt trots att maken själv vill godkänna gåvan (Lagb försl. SOU 1935:14 s. 139 f.).

Se ock förf. artikel JFT 1963 s. 327 f.

3. Såvitt ett anspråk på vederlag står i samband med gåvoförbudet, intar det en särställning. Betalning av andra makens gäld kan ibland vara att likställa med en gåva till den gäldbundne. Det krav på återbäring av obehörig vinst vilket i så fall uppkommer får göras gällande jämväl av den betalandes konkursbo. I äldre äktenskap bör i liknande fall vederlag tillerkännas make enligt den ovan under IV 3 omförmälda regeln och det torde vara riktigast att låta sådant vederlagsanspråk åberopas av makes borgenär såsom grund för ogiltigförklaring av boskiftet.

23 §. Boskillnad.

I. Genom boskillnad uppnå makar i äldre äktenskap egendomsseparation medan äktenskapet ännu består. De bli sålunda i sina egendoms- och gäldförhållanden underkastade samma regler som makar i nya äktenskap vilka genom förord uteslutit giftorätten (ÄPL 4 § 3 mom.).

I olikhet med tidigare lag — MakEgendL 5 kap. som föregicks av boskillnadsförordningen d. 9 nov. 1868 — äga makar numera vinna boskillnad icke blott då en i lag särskilt angiven grund föreligger utan även när de äro därom ense (cit. §). Härigenom har det gjorts möjligt för makar att uppnå egendomsseparation även om boets förmögenhetsläge icke vore så oroande att boskillnad kunde utverkas mot andra makens vilja. På så sätt har man velat tillmötesgå makars eventuella önskan att underkasta sina förmögenhetsförhållanden den nya äktenskapslagen, men deras enstämmighet medför dock icke befrielse från det förfarande inför domstol som är betecknande för boskillnad.

Mot makes vilja kan boskillnad utverkas av andra maken om den förre har så stor gäld att den ej kan till fullo betalas med egendom som enligt de för äldre äktenskap gällande gäldtäckningsreglerna får därtill användas (MakEgendL 5:1). Likaså är förestående vederlagsanspråk boskillnadsskäl där make under äktenskapet till den grad tillgodogjort sig andra makens enskilda egendom eller lott i boet att den förres giftorätt och enskilda egendom ej förslå till täckande av vederlaget (cit. §).

Hustru har förmånen att påkalla boskillnad även på vissa andra grunder. Medan de allmänna boskillnadsskälen stå i förbindelse med de legala gäldtäckningsreglerna som sådana, har hustrun tillagts rätt att under åberopande av mannens gäld vinna boskillnad om blott det är att befara att under hustruns förvaltning stående samfälld egendom måste användas till dess betalning (5:2, pt. 1). Boskillnad kan således beviljas på hustruns yrkande bl.a. om hennes arbetsförtjänst är utsatt för faran att tillgripas för mannens gäld som denne gjort utan att hustrun åtagit sig ansvar därför. Vidare stadgas att hustru har rätt till boskillnad om mannen försummat eller eljest vanvårdat boets angelägenheter eller belastat boet med gäld utan motsvarande nytta (pt. 2). Denna boskillnadsanledning är icke begränsad till fall där egentligt vederlagsanspråk kan framställas, utan det är nog med att viss fara för uppkomsten av sådant anspråk är för handen. Hustru är ock berättigad att erhålla boskillnad om mannen använt hennes enskilda egendom till betalning av den gäld han ensam gjort (pr. 3). Sådant tillvägagående föranleder vederlagsanspråk där gälden kommit ute-

slutande eller delvis mannen till godo. För att vinna boskillnad kan hustrun dock stödja sig på det blotta faktum att i lagrummet nämnd användning av hennes enskilda tillgångar skett. Slutligen stadgas att hustru må yrka boskillnad om mannen blivit ställd under förmynderskap (4 pt.).

Har konkurs uppstått i makarnas bo, kan egendomsseparation städse påkallas (MakEgendL 5:4). Boskillnad bör då med hänsyn till dess framtida verkan beviljas även om efter gäldtäckning sådan egendom sannolikt ej skulle finnas kvar i boet att undantagande kunde ske. Sökes icke boskillnad, så indrages i konkursen all makarnas egendom, även den för gälden icke personligen ansvariga makens giftorättsgods och enskilda egendom, allenast med undantag av enskild fastighet och hustruns enskilda lösa egendom som icke står under mannens förvaltning (4:6, 2 mom.) samt av mannens förvaltningsgods i fråga om hustruns gäld för vilken endast den egendom svarar varöver hon råder (4:4). Men om boskillnad sökes, fredas makes giftorätt och enskilda egendom jämlikt de legala gäldtäckningsreglerna även i andra fall än nyss nämnts. Samfälld egendom får dock av konkursförvaltningen försäljas utan hinder av boskillnadsansökan och make äger då göra sin giftorätt gällande i köpeskillingen (5:5).

Enär för makes gäld även samfälld egendom svarar, antingen i sin helhet eller med vissa begränsningar (giftorätt, förvaltningsgods), är möjligheten av makes enskilda konkurs, som enbart skulle omfatta hans enskilda egendom men icke samfällda boet, utesluten. Konkurs innefattar nödvändigtvis generalexekution och borgenär må ej förmenas rätt att på en gång taga i anspråk all den egendom som tillhör gäldenären. Vid konkurs som hänför sig till makars egendom behandlas denna som ett enhetligt exekutionsobjekt. Egendomen indrages i konkursen såvida ej beträffande visst gods skäl visas för att det får undantagas — omedelbart på grund av lag eller medelst ansökan om boskillnad — och sålunda fredas mot konkursborgenärers krav. Genom separatkonkurs kan enskild egendom ej bli undantagen.

Ej heller är det möjligt att samfällda boet blott till en viss del underkastas konkurs. De olika gäldgrupperna med var sitt ansvarsunderlag bilda icke exklusiva egendomssfärer. För hustruns gäld som gjorts utan mannens medverkan svarar allenast hennes förvaltningsgods (MakEgendL 4:4), men detta utesluter icke att även mannens borgenärer få tillgripa egendomen för betalning såframt densamma enligt de övriga gäldtäckningsreglerna svarar för deras fordringar. Hustruns borgenärer skulle således dra ingen nytta av en separatkonkurs. Mannen åter kan väl förmodas ha intresse av att icke hela boet indrages i konkurs på grund av hustruns gäld för vilken endast hennes förvaltningsgods svarar. Men detta intresse kunde genom separatkonkurs blott skenbart tillgodoses. Såvitt förvaltningsgodset är samfällt kan det ej från boet avskiljas till en särskild konkursmassa utan att likvidation sker mel-

lan denna särskilda förmögenhet och boet. Mannens borgenärer för vilka boets egendom svarar borde således inkallas att deltaga i konkursen. Dessutom skulle sådana mannens borgenärer konkurrera däri som på grund av solidarisk förbindelse tillika äro hustruns borgenärer och för vilkas fordringar jämväl hustruns enskilda egendom får tagas i anspråk.

Möjligheten av makes separata konkurs i äldre äktenskap förfäktas dock, visserligen icke reservationslöst, av *Bo Palmgren,* Konkursförutsättningarna (1936) s. 68 ff.

Utmätning är icke i sig själv boskillnadsskäl. Men om det göres sannolikt att därigenom sådan egendom tillgripes för gäld som enligt gäldtäckningsreglerna icke får därtill användas eller om utmätning för mannens gäld gör intrång i hustruns förvaltningsrätt, kan boskillnad vinnas (5:1, 2, 18).

II. Boskillnad beviljas av domstol. Förfarandet anhängiggöres medelst skriftlig ansökan av make eller, om båda makarna önska utverka boskillnad, genom deras gemensamma ansökan. Behörig att mottaga ansökan är den underrätt inför vilken mannen bör svara i mål som angå gäld (MakEgendL 5:3). Har konkurs i makarnas bo uppstått, skall ansökan göras inom den för fordringars bevakning utsatta tiden (5:4). I detta fall behandlas frågan i sammanhang med konkursmålet. Sökes åter boskillnad utom konkurs, förfares så, att rätten, sedan förhör med makarna anställts, förordnar någon sin ledamot eller annan lämplig person att uppteckna makarnas egendom och utfärdar samtidigt en offentlig stämning på borgenärerna att höras över ansökningen (5:8).

Makes boskillnadsansökan utgör ej hinder för borgenär att påyrka konkurs i makarnas bo om laglig anledning därtill föreligger (5:10). Boskillnadsansökan som sådan är icke en dylik anledning. I konkursstadgan heter det visserligen att om make i gäldbundet bo till rätten inkommit med yrkande om boskillnad och yrkandet ej blivit av rätten ogillat, borgenär äger påkalla konkurs (KS 6 § f). Men stadgandet bör läsas i samband med MakEgendL 5:10, där det uttryckligen sägs att boet må efter boskillnadsansökan avträdas till konkurs allenast om skäl därtill äro. Jfr *Grotenfelt,* Kommentar till konkursstadgan, s. 27. Ett sådant konkursskäl måste föreligga som angives i KS 6 § a—e punkterna. Enbart på antaganden om huru make i framtiden kommer att förfara med egendom som vid boskifte tillfaller honom kan ett konkursbeslut icke stödjas. Make ådrager sig obegränsat eller i vissa fall på ett särskilt sätt begränsar personligt ansvar för gäld som icke betalats eller säkerställts före skiftet (ovan 21 § IV 2 b, V 2) och detta kan föranleda konkurs för maken eller ock för båda makarna om gäldens infriande försummas, men dylikt hot för borgenärs utsikter kan näppeligen i förväg tagas i betraktande som konkursanledning. Jfr dock *Bo Palmgren* a.a. s. 166.

Blir boskillnad beviljad skall rätten förordna godman att förrätta skifte av makarnas bo (5:10). Lagen synes åtnöjas med en godman, men lämpligast är att flere godmän förordnas i likhet med boskiften i allmänhet (ÄB 12:2). Skiftesförrättning kan vara erforderlig även då boskillnad beviljas i samband med makars konkurs. I själva konkursmålet behandlas endast frågorna om gäldtäckning och makes krav att undantaga viss egendom, varemot skifte av egendom som blivit undantagen eller som vid konkursens slut återstår att överlämnas åt makarnas fria förfogande är en förrättning som faller utanför konkursförfarandet.

Vid boskifte emellan makarna lända eljest de allmänna reglerna om avvittring till efterrättelse (5:11). För den händelse att skifte sker utom konkurs stadgas att gäld för vilken samfällda boet häftar skall i allmänhet betalas eller säkerställas innan skifte får äga rum (ovan 21 § IV 2 b, V 2). Då boskillnad beviljas av konkursdomstol, är vid efterföljande skifte frågan om gälds betalning redan reglerad genom konkursförfarandet, varför skiftesmännen endast ha att befatta sig med delning av egendomen. Makars borgenärer få icke inblanda sig i förrättningen och exempelvis påyrka att vederlag skall ur egendom som make får undantaga tilläggas den ene eller den andre av makarna (jfr ovan 22 § V 2).

Är make missnöjd med godemäns förrättning äger han att medelst klagan klandra boskiftet vid domstol (5:11, 2 mom.).

III. Boskillnad medför, så snart skifte förrättats, att egendomsgemenskap emellan makarna upphör. Domen verkar retroaktivt såtillvida att egendomsskillnad anses ha inträtt redan från och med dagen för boskillnadsansökningens ingivande till rätten. Egendom som efter denna dag genom arv, gåva eller testamente tillfaller ena maken, är hans enskilda tillhörighet (5:13, 1 mom.). För att kunna tillgodonjuta denna förmån emot borgenärs anspråk, åligger det dock make att, sedan domen vunnit laga kraft, i och för införande i protokollet över äktenskapsförord uppvisa boskillnadsdomen för den rätt där dylikt förord bort lagföljas (2 mom.). Härmed avses numera rätten i den ort där mannen har sitt bo och hemvist (ÄPL 4 § 3 mom., ÄL 43 §).

Inlägges i kravet om domens uppvisande för inskrivning den betydelsen att uppvisandet tillika bestämmer dagen för boskillnadens ikraftträdande mot makes senare borgenärer, uppkommer inkongruens med MakEgendL 5:15, vari det heter att hustru som »vunnit boskillnad» råder över sitt gods »lika som änka» och att hon följaktligen, såsom det fortsättes i lagrummet, ej är pliktig att med sin egendom ansvara för gäld som av mannen gjorts under äktenskapet, såframt hon ej med honom till betalning därav förbundit sig eller gälden eljest enligt lag är att som hennes gäld anse. Motsättningen mellan stadgandena skulle bli undviken, om med domens uppvisande för inskrivning icke förknippades någon konstitutiv verkan gentemot borgenärerna. *Chydenius* s. 256 anser ock att dess uppvisande medför sin verkan mot borgenär vare sig hans fordran tillkommit efter uppvisandet eller därförut och oavsett om han då fordringen tillkom känt eller icke känt boskillnaden. Men i rättspraxis har man, dock ej utan tvekan, ställt sig på den ståndpunkten att borgenär kan åberopa reglerna om gäldansvar i MakEgendL 4 kap. så länge boskillnadsdomen icke uppvisats för inskrivning (HD 1938 I 4, omröstn.; tio år hade förflutit innan domen uppvisats). Detta kan leda till den egendomliga konsekvensen att makars egendom trots att bogemenskapen blivit upplöst skall i förhållande till borgenärerna behandlas såsom samfällt bo och underkastas nytt konkurs- eller boskillnadsförfarande i och för avveckling av gäldansvaret. Vägande skäl tala således för Chydenius' tolkning. Men det förefaller som om ÄPL 4 § 3 mom. omfattat den strängare ståndpunkten vad beträffar boskillnadsdomar som uppvisas för inskrivning efter det äktenskapslagen trätt i kraft.

Med en boskillnad förknippas numera, såsom redan antytts, den särskilda verkan att makar bli underkastade äktenskapslagen i vad angår deras egendom och gäldansvar. Denna verkan inträder så snart boskillnadsdomen ingivits till rätten för att intagas i protokollet över äktenskapsförord. Domen likställes med ett äktenskapsförord varigenom giftorätt uteslutits. Makar äga dock träffa skilt förord därom att de skola åtnjuta giftorätt med avseende på varandras egendom enligt de allmänna reglerna i äktenskapslagen (ÄPL 4 § 3 mom.).

Möjlighet att återkalla boskillnad som inskrivits efter äktenskapslagens ikraftträdande står ej makarna till buds. Återkallelse är förutsatt i tidigare lag (MakEgendL 5:17), men tillåtet är icke att makar som blivit underkastade äktenskapslagen och vunnit egendomsseparation kunde återvända till bogemenskap. Allenast äktenskapsförord om medgivande av giftorätt enligt äktenskapslagen kan träffas av makar som vilja jämka boskillnadens verkningar. Jfr *Huttunen* s. 223.

8 kap.

BARNS RÄTTSLIGA STÄLLNING

24 §. Äktenskapliga barn.

I. 1. Egenskapen av äktenskapligt barn (äkta barn) förvärvas antingen direkt på grund av födelsen eller ock genom äktenskaplig legitimation.

På grund av födelsen är barn att anse som äktenskapligt då det fötts under föräldrarnas äktenskap eller inom sådan tid efter dess upplösning att det kan vara avlat därförinnan (ÄktBördL 1 §). Har däremot födelsen inträffat före föräldrarnas äktenskap, har barnet icke direkt på grund av födelsen kunnat vinna äktenskaplig börd, men det blir äktenskapligt därigenom att föräldrarna ingå äktenskap och sålunda legitimera barnet (2 §).

Övriga barn äro utomäktenskapliga (oäkta barn). Bland dessa intaga en särställning trolovningsbarn, vilka avlats i trolovning eller erkänts av föräldrarna genom senare trolovning, barn i våldtäkt samt barn vilka blivit erkända av fadern utom trolovning. De härtill hörande rättsreglerna behandlas under nästföljande paragraf.

2. Enligt tidigare lag var kretsen av äktenskapliga barn vidare än enligt gällande rätt. Trolovningen (fästningen) tillskrevs samma verkan beträffande barnets börd som äktenskapet. Barn vilka avlats i eller legitimerats genom trolovning betraktades som äkta (GB 5:1). Även ensidigt äktenskapslöfte efter avlelsen tillades denna effekt, därest löftets uppfyllelse allenast hindrats genom enderas död (ÄB (8:1). Vidare voro våldtäktsbarn jämställda med äkta (ÄB 8:6). Trolovningens legitimerande verkan var beroende av dess giltighet,

men om modern icke vid avlelsen vetat att hennes trolovning var ogill (tvefästning, trolovning i förbjudna led), ansågs barnet på grund av moderns goda tro ha förvärvat äktenskaplig börd (arg. ÄB 8:3, 4). Dessa regler äga fortfarande tillämpning på barn som avlats före äktenskapslagens ikraftträdande d. 1. jan. 1930 (ÄPL 6 §).

Nämnda regler åsyftade närmast att tillförsäkra barnet, då föräldrarna icke gift sig, arvsrätt efter fadern. Vårdnaden om barnets person (uppfostran) tillkom i dessa fall modern medan fadern var skyldig att utge underhållsbidrag.

Betr. tolkningen av dessa äldre rättsregler hänvisas till *Chydenius,* ArvsR s. 23 ff.

II. 1. Barnets äktenskapliga börd på grund av födelsen (ursprunglig äkta börd) presumeras av lagen enligt den s.k. pater est-regeln: *pater est quem nuptiae demonstrant.* Presumtionen innebär att barn, som framfötts av modern under hennes äktenskap med mannen eller på sådan tid efter äktenskapets upplösning att det kan vara avlat därförinnan, anses ha äktenskaplig börd, såvida ej genom rättens dom förklarats att mannen icke är barnets fader (ÄktBördL 1 §).

För det fall att barnet fötts efter äktenskapet meddelar lagen ingen närmare regel om den tidrymd inom vilken barnets födelse måste ha ägt rum för att faderskapspresumtionen skall kunna tillämpas. Men i praxis anses som längsta tid för havandeskapet 302 dagar, som den kortaste 180. Härvid skall hänsyn tagas till barnets utvecklingsgrad vid födelsen samt andra omständigheter som kunna påverka bedömningen av havandeskapets längd. Uteslutet är icke att graviditetstiden i visst fall är längre än nyss nämnts. Såvitt den längsta möjliga tiden överskridits, blir presumtionen utan vidare otillämplig, enär barnets födelsedatum ensamt för sig utvisar att det ej kunnat avlas under äktenskapet. Eljest kan presumtionen frånkännas verkan endast på grund av sådana fakta som ge vid handen att barnet, trots att avlandet skett under tiden för äktenskapet, ej blivit avlat av äkta mannen utan av annan person.

Jfr nedan V 4.

I svensk praxis har man ansett att barn kan vara avlat t.o.m. på 310:e dagen före födelsen. Se rättsfallen hos *Walin* s. 43. I BGB 1592 stadgas alltjämt att konceptionstiden bör ligga mellan den 181. och den 302. dagen före födelsen, men regeln utesluter icke framställande av bevis för en födelsetid som icke faller inom dessa gränser. Jfr *Beitzke* s. 135 f.

2. Faderskapspresumtionen gäller allenast barn som fötts under äktenskapet eller inom sådan tid efter dess upplösning som ovan nämnts. Den är icke tillämplig beträffande barn som modern framfött före äktenskapet, även om detta skett medan de blivande makarna levat tillsamman. Men om mannen, före eller under äktenskapet, låtit i kyrkoboken eller motsvarande register anteckna barnet såsom sitt och anteckningen godkänts av hustrun i uppgiven egenskap av barnets moder, uppkommer en beviskraftig presumtion för barnets äktenskapliga börd, gällande från början av det äktenskap varigenom barnet *legitimerats* av sina föräldrar. Skulle makarna försummat att låta införa dylik anteckning i registret, hindrar detta icke att faderskapet styrkes med andra bevismedel. Förebringas utredning om att makarna haft samlag med varandra på sådan tid före äktenskapet att barnet då kunnat avlas, lärer faderskapet kunna presumeras ehuru uppgiften i registret om barnets föräldrar allt framgent skulle hänvisa enbart till modern. Starkt indicium för faderskap är det att barnet upptagits i makarnas hem för att vårdas av dem gemensamt.

3. Vid moderns omgifte kan det föreligga anledning till faderskapspresumtion för bägge männen, för den förra mannen såvida barnet fötts på sådan tid efter äktenskapets upplösning att det kan vara avlat dessförinnan, och för den nya mannen såvida födelsen inträffat efter det omgifte ägt rum. Denna presumtionskonflikt har genom uttrycklig lagregel lösts sålunda att barnet anses ha äktenskaplig börd i det senare äktenskapet varunder det fötts (ÄktBördL 1 § 2 mom.). Regeln förklaras av att kvinna enligt stadgandet om väntetid icke får utan dispens ingå nytt gifte innan tio månader förflutit från det tidigare äktenskapets upplösning, med mindre det visas att hon ej varit havande då äktenskapet upplöstes eller hon därefter fött barn eller ock tio månader förflutit sedan makarnas samlevnad enligt rättens dom upphörde (ÄL 4 §, ovan 6 § II 3). Väntetiden lämnar endast ringa utrymme för möjligheten att barnet skulle ha avlats av mannen i det tidigare äktenskapet. Presumtionen för den senare mannen är således välgrundad även om den i många fall tillika kommer att innefatta en presumtion om äktenskapsbrott, isynnerhet där barnet avlats medan makarna före äktenskapets upplösning levat åtskilda.

III. Barnets äktenskapliga börd påverkas ej av att föräldrarnas äktenskap dömes att återgå (ÄktBördL 3 §). Vare sig barnet fötts under äktenskapet eller legitimerats genom detsamma, anses äktenskapet i förhållande till barnet ha varit fullt giltigt trots att en sådan lagstridighet eller bristfällighet vidlådit äktenskapets ingående att dess återgång kan påyrkas. Betydelselöst är huruvida föräldrarna varit i god tro eller ej.

IV. Genom artificiell insemination (konstbefruktning) kan äktenskaplig börd förvärvas under förutsättning att insemination skett med säd från kvinnans make (homolog insemination). I motsatt fall (heterolog insemination) betraktas mannen icke som fader även om denne skulle ha erkänt barnet såsom sitt (nedan V 1). Den legala faderskapspresumtionen kan ej åberopas till stöd för faderskapets legalisering när det framgår att avlelsen skett medelst insemination.

V. 1. Faderskapspresumtionen syftar till att låta mannen avgöra huruvida det bör tålas att barn, som hustrun framfött under äktenskapet och som icke avlats av honom, skall betraktas såsom familjemedlem. Presumtionen är riktad mot hustrun och den tredje person med vilken hon begått äktenskapsbrott. Dessa böra icke få genom talan utverka sådan fastställelse att barnet ej härrör från mannens äktenskap med modern, utan talerätten har förbehållits mannen (ÄktBördL 4 §). Lagen tillåter dock att även barnet får väcka talan om att moderns äkta man icke är dess fader (7 §). Det kan ju ligga i barnets intresse att det verkliga faderskapet med därav föranledda rättigheter fastslås.

Från sin rätt till negativ bördstalan äger mannen, utan att behöva avvakta preklusionstidens utgång (nedan 3), avstå sålunda att han efter barnets födelse skriftligen erkänner detsamma som sitt trots att han vetat att hustrun vid konceptionstiden haft samlag med annan man (ÄktBördL 4 § 3 mom.). Erkännandet medför att barnets äktenskapliga börd blir oangriplig från mannens sida. Till sin natur är det en rättshandling vars giltighet beror av att det icke framkallats genom tvång, svek, villfarelse eller obehörig inverkan (AvtL 3 kap.).

Erkännandet är såsom stridande mot straffbestämmelsen i SL 18:2 ogiltigt, därest det avser barn som avlats genom heterolog insemination (ovan III).

Jfr *Melander,* Utomäktenskapliga barn, s. 61 f. Annorlunda vidkommande svensk rätt *Walin* s. 22 f., *Malmström* s. 37.

2. Efter mannens död kan fastställelse av att barnet saknar äktenskaplig börd yrkas — förutom av barnet självt, som ju även under mannens livstid har talerätt — också av modern, så ock av envar som jämte eller näst efter barnet är berättigad till arv efter den avlidne (ÄktBördL 5 §). Under mannens livstid tillerkännes modern icke talerätt, enär hennes talan skulle komma att stödjas på brott mot äktenskapet och följaktligen skulle träda mannens och familjelivets intresse för när, men sedan mannen avlidit har denna synpunkt ansetts böra vika för hustruns särskilda intresse av att få det riktiga faderskapet fastställt. Sin talan anställer hon i eget namn, icke såsom förmyndare för barnet. Den talerätt som medgivits mannens avkomlingar och andra släktingar beror uteslutande på arvsrättsliga hänsyn. Envar av arvingarna äger självständig talan, vilken således ej kan omintetgöras genom veto från medarvinges sida.

Den talerätt som tillkommer barnet efter mannens död är oberoende av den förlust av talan som må ha inträtt för mannen på grund av erkännande eller fristförsummelse. Däremot får efterlevande maka eller mannens arvsberättigade släkting väcka talan blott under förutsättning att mannen bevarat sin rätt därtill (cit. §).

3. För negativ bördstalan gälla vissa preklusiva tidsfrister såvitt talan väckes av annan än barnet.

Mannen skall i regel anställa sin talan inom tre år från det han fick kännedom om barnets födelse. Härvid förutsättes att han varaktigt sammanbott med barnet efter dess födelse (miljösamhörighet). I annat fall däremot — således när mannen och barnet efter födelsen bott åtskilda — anses faderskapspresumtionen vara såtillvida svagare att talan om förnekande av faderskap får av mannen väckas även senare, nämligen inom ett år från det han fått del av sådant mot honom framställt yrkande hos domstol eller annan myndighet som grundar sig på att barnet är äktenskapligt (4 § 2 mom.). Härvid är det i främsta rummet fråga om arvs- eller underhållsanspråk. Invändningsvis kan mot sådant yrkande i och för kullkastande av presumtionen städse bevis förebringas, men presumtionens verkan blir icke härigenom, även om fristen iakttagits, upphävd i vidare mån än be-

träffande det rättsliga eller administrativa förfarande där invändningen framställts (10 §).

Efter mannens död skall talan, då den väckes av efterlevande makan eller mannens arvsberättigade släkting, anhängiggöras inom ett år från dödsfallet eller inom den längre tid som tilläventyrs stått mannen till buds därest han levat. Även i dessa fall kan talan, därest miljösamhörighet mellan käranden och barnet saknats efter födelsen, väckas inom ett år efter delfåendet av det judiciella eller administrativa anspråk som bygger på barnets äktenskapliga börd (5 §). Invändning som går ut på bestridande av faderskapet kan, med reducerad rättskraftsverkan, framställas utan tidsbegränsning (10 §).

Genom dispens som meddelas av republikens president må ny frist för negativ bördstalan beviljas därest laga tid försuttits (6 §).

4. a. För att presumtionens verkan skall kunna anses upphävd bör det bevisas att äkta mannen icke är fader till barnet. Att hustrun på tid då barnet kunnat avlas haft samlag med annan man, är icke ensamt för sig tillfyllestgörande bevis för barnets utomäktenskapliga börd. Det måste också kunna antagas att barnet avlats vid sådant samlag. För styrkande av att barnet icke är äktenskapligt må jämväl anlitas undersökning av dess ärftliga egenskaper (8 §). Härvid kommer i betraktande blodgruppsbestämning såsom det viktigaste bevismedlet, men även annan antropologisk undersökning är tillåten. Har genom sådana bevismedel styrkts att mannen ej kan vara fader till barnet, är faderskapspresumtionen kullkastad utan att närmare utredning om hustruns samlag med annan man behöver förebringas.

Rätten äger vid vite förelägga part att underkasta sig blodgruppsbestämning eller annan antropologisk undersökning för utredande av barnets ärftliga egenskaper. Sådan undersökning kan verkställas med avseende på modern, barnet och mannen. Se L 30.12.1963 (FfS 665).

Om blodundersökning i övriga nordiska länder se *Malmström* s. 79 ff., *Walin* s. 46 ff., *Borum,* Foraeldre, s. 37 ff., *Arnholm* s. 85 ff.

b. I vissa fall kunna blotta yttre omständigheter, i samband med det faktum att negativ bördstalan väckes, föranleda att faderskapspresumtionen anses upphävd. Så förhåller det sig om barnet avlats före äktenskapet eller under det makarna på grund av söndring levat åtskilda. Har detta utretts av den som väckt negativ bördstalan, anses barnet sakna äktenskaplig börd, såframt det ej göres sannolikt att ma-

karna haft samlag med varandra på tid då barnet kunnat bli avlat (8 §) . Den yttre omständigheten att makarna vid den tidpunkt då barnet är avlat ännu ej varit gifta eller att de då levat åtskilda försvagar till den grad presumtionens verkan att talan som går ut på förnekande av äkta mannens faderskap skall bifallas om ej nämnda sannolikhetsbevis till stöd för presumtionen förebringas.

5. Svarande i rättegång rörande negativ bördstalan, som väckes av äkta mannen, är barnet och, om modern lever, jämväl hon. Väckes sådan talan efter barnets död, vilket tillåtes av lagen, föres barnets svarandetalan av dess rättsinnehavare, dvs. närmaste arvsberättigade släktingar enligt faderskapspresumtionen (4 §). Motsvarande regler gälla då barn anställer negativ bördstalan. Talan skall riktas mot mannen och, om modern lever, jämväl mot henne, varjämte skall iakttagas att mannens rättsinnehavare, om han avlidit, träda i hans ställe i processen (7 §). Beträffande talan som väckes efter mannens död av efterlevande makan eller mannens arvsberättigade släktingar, finnas inga uttryckliga stadganden om svarandepart, men analogiskt vinna de regler tillämpning som gälla för den händelse att talan anställes av mannen själv.

Såväl kärande- som svarandetalan kan komma att föras av rättsinnehavare, därest också barnet avlidit innan talan väckes. Om mannen efterlämnat jämväl en annan avkomling än nämnda barn och om detta barn likaså efterlämnat en avkomling, äger mannens avkomling rikta talan mot den senare (för att utesluta denne från arv efter den presumtiva fadern). Talan kan ock väckas i omvänd ordning i det barnets avkomling inleder rättegång mot mannens avkomling (för att efter domen kunna bli i tillfälle att ärva den verkliga fadern vilken erkänt eller lovat att erkänna det avlidna barnet som sitt). Har mannen icke efterlämnat annan avkomling än det ifrågavarande barnet men har detta flera avkomlingar, är envar av dessa berättigad till negativ bördstalan. Önska alla föra kärandetalan, måste godman förordnas såväl för stämningens mottagande som för svarandetalans utförande under rättegången, vilken eljest icke kunde genomföras enär barnet enligt antagandet avlidit före rättegången.

VI. Äktenskapligt barns familjerättsliga ställning kännetecknas av lagregler vilka hänföra sig till barnets namn och medborgarskap (nedan VII), vårdnaden om barnets person samt underhållsskyldighet (VIII). Medelbart kommer den familjerättsliga ställningen till uttryck jämväl inom andra rättsområden, såsom förmynderskapsrätten och arvsrätten.

VII. 1. Beträffande namn gäller att barn i äktenskap förvärvar vid födelsen faderns *släktnamn* (ÄL 32 § 2 mom.). Ändrar fadern i föreskriven ordning sitt släktnamn, erhålla även barnen det nya namnet såframt ej vid ansökan om namnändring förbehåll gjorts därom att barnens släktnamn skall förbli oförändrat (SNamnL 13 §).

Genom föräldrarnas senare äktenskap legitimerat barn förvärvar likaså faderns släktnamn, så snart äktenskapet ingåtts. Enär sådant barn vid födelsen erhållit moderns namn, innebär legitimationen att barnets tidigare släktnamn ändras. Minderårigt barn kan icke motsätta sig namnändringen, men om legitimation sker först sedan barnet uppnått myndig ålder, torde förvärv av faderns namn förutsätta att barnet självt önskar antaga det namnet och anmäler därom hos registermyndighet.

Under vissa omständigheter kan det vara förenat med avsevärd olägenhet för barnet att byta namn. Därför äger barn som kommit till myndig ålder motsätta sig namnändringen, då fadern i behörig ordning erkänner detsamma (UÄktL 2 §). Likaså kan barnets intresse, då fadern vill adoptera sitt utomäktenskapliga barn, föranleda att barnet berättigas behålla moderns namn (AdoptL 5 §). I analogi med dessa rättsregler torde det kunna antagas att om barn som uppnått myndig ålder legitimeras genom föräldrarnas senare äktenskap hans intresse av att få behålla det tidigare släktnamnet ej kan lämnas obeaktat.

Enligt den nya svenska namnlagen av d. 11. 10. 1963, 1 §, äger legitimerat barn som fyllt 18 år självt besluta huruvida dess tidigare släktnamn skall undergå ändring till följd av legitimationen. Dessutom innehåller denna lag en allmän regel därom att barn i äktenskap må efter prövning av rätten eller namnmyndigheten antaga det släktnamn modern hade som ogift.

2. Äktenskapligt barn av finsk fader förvärvar på grund av födelsen dennes *medborgarskap* (MedborgarskapsL 1 §).

VIII. 1. *Vårdnaden* om barn i äktenskap är båda föräldrarnas rätt och plikt, vare sig de tillika äro barnets förmyndare eller ej (FörmL 34 §). Efter den enes död utövas vårdnaden av den efterlevande fadern eller modern allena (23 §).

De i vårdnaden ingående befogenheterna ge uttryck åt föräldramakt. Vårdnadshavare har att sörja för barnets person genom att vidtaga åtgärder för tillgodoseende av dess kroppsliga och andliga behov samt genom att uppfostra barnet och ha uppsikt över detsamma. Underhållsskyldighet omfattas av vårdnaden i så måtto att föräldrarna såsom vårdnadshavare äro skyldiga att se till att barnet

erhållet nödigt uppehälle. Härom äga föräldrarna dra försorg oaktat de icke själva lämna medel för underhållet. Med underhållsskyldighet i egentlig mening avses föräldrarnas plikt att ställa egna medel till förfogande för barnets försörjning. Dessutom bör bemärkas att skyldighet att utge underhållsbidrag åligger make oaktat vårdnaden ej tillkommer honom.

Föräldrarna äro i denna sin egenskap såväl barnets lagbestämda förmyndare som dess vårdnadshavare och de handha dessa uppgifter så länge de icke bli skilda från förmynderskap eller vårdnad eller båda. Enär uppgifterna åligga föräldrarna *gemensamt,* kan principiellt ingen av dem ensam fatta beslut i barnets angelägenheter. Då detta emellertid i händelse av meningsskiljaktighet kunde lända barnet till men, har huvudregeln modifierats i två riktningar. Dels äger fadern ensam företräda barnet inför domstol och annan myndighet samt ensam förvalta barnets särskilda förmögenhet, dels må föräldrarna, där beslutanderätten skall utövas av båda gemensamt, underställa meningsskiljaktigheten förmynderskapsnämndens avgörande, i vilket fall nämnden antingen kan upptaga frågan till saklig prövning eller ock förklara att densamma får förfalla enär den icke är av vikt för barnets bästa (FörmL 37 §). Huruvida vårdnadsfrågor, t.ex. val av skola, kunna av föräldrarna bringas till förmynderskapsnämnden jämväl när de icke äro förmyndare utan enbart vårdnadshavare, därom stadgas ej uttryckligen i lag, men i anseende till underställningsregelns syfte att främja barnets bästa torde spörsmålet knappast kunna besvaras nekande. Däremot är det ej tänkbart att fadern som skilts från förmynderskap alltjämt kunde utan moderns medverkan i vårdnadsangelägenheter företräda barnet inför domstol eller annan myndighet. Jfr nedan IX.

Det har varit omtvistat huruvida faderns rätt att företräda barnet inför domstol är exklusiv när det gäller barnets målsägandetalan i följd av brott. Åsikten att barnet då det fyllt 15 år kunde självständigt bestämma om sin målsägandetalan kan knappast bifallas. Fadern äger företräda barnet utan att detta behöver beredas tillfälle att självt formulera anspråken rörande straff och skadestånd. Jfr HD 1933 I 18, 1959 II 105, Helsingfors HovR utsl. 17. 12. 1958 LM 1960 s. 1021.

2. Barn skall uppfostras i gudsfruktan, dygd och ärbarhet, så ock hållas till sådana övningar och hanteringar, som dess samhällsställning, villkor och anlag kräva (FörmL 33 § 2 mom.).

Angående barnets trosbekännelse skall iakttagas vad i religionsfrihetslagen d. 10. 11. 1922 är stadgat.

I denna lag (6 §) föreskrives att barn som icke fyllt 18 år hör till samma trossamfund som hans föräldrar. Tillhöra icke föräldrarna något trossamfund, gäller detsamma om barnet. Om åter föräldrarna höra till olika trossamfund eller endera av dem ej tillhör något trossamfund, följer barnet i sådant avseende fadern, såvida föräldrarna icke före äktenskapets ingående eller senare skriftligen överenskommit, att barnet skall följa modern.

I föräldrarnas rätt och plikt att uppfostra barnet ingår även befogenhet att använda lämpliga uppfostringsmedel. Om vid utövningen av rättighet att aga ringa skada tillfogats barnet, anses detta ej som straffbar misshandel (SL 21:12, 2 mom.).

Handhavandet av vårdnaden om barnets person förutsätter att föräldrarna skola vara befogade att ha barnet hos sig eller eljest bestämma dess vistelseort. Om någon utan laga rätt undanhåller dem barnet, äga de medelst rättegång eller i handräckningsväg påkalla rättsskydd för barnets utlämnande. Har barn som ej fyllt 15 år undandragits föräldrarnas vårdnad genom straffbar handling (barnarån, SL 25:2), tillkommer dem absolut rätt att återfå barnet. Principiellt gäller detsamma i övriga fall då barn olovligen undanhålles föräldrarna. Om emellertid längre tid förflutit, utan att föräldrarna framställt krav på utlämnande, bör avseende fästas vid ändrade förhållanden och barnets vilja att återvända till föräldrahemmet. Föräldrarnas rätt är visserligen icke underkastad preskription. Men är deras passivitet att anse som liktydig med samtycke till barnets fortlöpande bortovaro och har barnet hunnit helt eller närmelsevis uppnå 15 års ålder, varvid dess emancipation beträffande rätten att försörja sig med eget arbete inträder, kunna exekutionsåtgärder för utlämnande av barnet, som motsätter sig förflyttningen, ej längre tillgripas, med mindre de framstå som oundgängligen nödvändiga för barnets bästa vad underhåll, hälsa eller sedlig utveckling beträffar.

I svensk rättspraxis har man dragit snävare gränser för genomförandet av exekutionsåtgärder då frågan gällt föräldrarnas begäran att framtvinga barnets förflyttning. Se redogörelsen hos *Malmström* s. 131 ff.

Om föräldrarna bestämma att barnet skall vistas i deras gemensamma hem, äga de också fordra att barnet bistår dem med lämpliga

sysslor som ej överstiga dess arbetskraft eller hindra dess utbildning. Härav följer att barnet ej får utan föräldrarnas samtycke åtaga sig arbete utanför hemmet. Dock blir barnet i detta avseende emanciperat så snart det uppnått 18 års ålder. Redan därförinnan får barnet, såsom ovan antytts, självständigt sluta arbetsavtal, då det fyllt 15 år och försörjer sig genom eget arbete (ArbAvtL 9 §). Liknande rättigheter har barnet i avseende på läroavtal (L 28.4.1923, 5 §).

Ett arbetsavtal som barnet ingått utan föräldrarnas samtycke, där sådant erfordrats, är icke bindande. Dock kan avtalet efteråt vinna giltighet därigenom att föräldrarna godkänna avtalet eller detta fullgöres av den omyndige. Jfr förf. Obligationsrätt I s. 32 f., *Rautiala,* Holhousoikeus, s. 233, *Walin* s. 193 samt svenska föräldrabalken 9:6.

På grund av sin vårdnadsrätt äga föräldrarna förbjuda barnets äktenskap så länge detta ej uppnått myndighetsåldern (ÄL 3 §, ovan 6 § II 1).

I vårdnadsrätten ingår även befogenhet att ge samtycke till barnets adoption varigenom vårdnaden överflyttas på adoptanten (AdoptL 2 §, nedan 26 § III 1).

3. I allmänhet fordras gemensamt beslut av föräldrarna i frågor rörande barnets angelägenheter. Bestämmanderätten får dock utövas av den ene allena, om den andre är sjuk eller frånvarande eller eljest förhindrad att deltaga i beslut som med hänsyn till sakens beskaffenhet ej utan olägenhet kan uppskjutas.

I en sådan situation fordrar även barnets intresse att vårdnadens handhavande ej hindras av att den andra vårdnadshavarens utlåtande ej kan utan dröjsmål inhämtas. Undantagsregeln står i överensstämmelse med vårdnadens syfte. Ett uttryckligt omnämnande av densamma har i lag upptagits vad angår vårdnadshavarens befogenheter som giftoman (ÄL 3 §). I en generell form ingår regeln i svenska föräldrabalken 6:5. Jfr BGB 1678.
Jfr *Melander,* Lapsen huollosta, s. 111.

4. Genom rättens dom kunna föräldrarna skiljas från vårdnaden. Detta förutsätter att de gjort sig skyldiga till grovt missbruk av sin myndighet eller annat svårt åsidosättande av sina föräldraplikter eller att de genom osedligt eller vanartigt leverne eller uppenbar oförmåga att handha vårdnaden äventyra barnets uppfostran. Vårdnaden skall då anförtros åt särskilt förordnad förmyndare.

Ett uttryckligt stadgande om rättens befogenhet härutinnan fanns i FörmL 57 § 3 mom. Genom lagstiftarens misstag upphävdes stadgandet i samband

med införandet av BarnavårdsL d. 17. 1. 1936. Då likväl FörmL alltjämt förutsätter att vårdnaden kan genom rättens beslut fråntagas föräldrarna (75 § 2 mom.), bör det anses att rätten vid fattandet av sitt beslut skall taga hänsyn till omständigheter liknande dem som uppräknades uti FörmL 57 § 3 mom. i dess ursprungliga lydelse.

I rättspraxis har det likaså ansetts att omförmälda lagändring ej hindrar domstol att fråntaga föräldrarna vårdnaden och förordna en särskild förmyndare att övertaga densamma. HD 1944 I 2.

Är barnet i behov av social vård, kunna barnavårdsmyndigheter ingripa med påföljd att vårdnaden överflyttas på socialnämnden (BarnavårdsL 12, 21 §).

5. Leva föräldrarna på grund av söndring åtskilda, har rätten på yrkande av endera att förordna, vilken av dem som skall ha vårdnaden om barnen. Dylikt förordnande skall likaledes, oaktat yrkande härom ej framställts av endera maken, meddelas, då hemskillnad beviljas eller till upplösning av äktenskap dömes (ÄL 80 §). Härvid är det icke en förutsättning att beträffande endera maken sådan diskvalifikationsgrund föreligger som ovan under 4 nämnts. Även om båda makarna äro skickade att handha vårdnaden, skall förordnande om dennas överflyttande meddelas på det att vårdnaden skall kunna utövas utan inblandning från andra makens sida.

Om ej alla barnen böra stå under den enes vårdnad, skall domstolen bestämma, huru de skola fördelas mellan makarna.

Vid bedömande av frågan vem vårdnaden skall tillkomma bör avseende fästas vid föräldrarnas gemensamma önskan, såframt den ej är stridande mot barnets bästa. Äro föräldrarna ej ense, skall hänsyn enbart tagas därtill hur barnets intresse lämpligast kan tillgodoses. Även skuldfrågan må tillmätas betydelse. Bär endera maken huvudsakligen skulden till söndringen och äro de lika skickade att bli vårdnadshavare, skall vårdnaden närmast tillerkännas den andre (FörmL 23 § 2 mom.).

Blir den av föräldrarna på vilken vårdnaden överflyttats olämplig att utöva densamma (ovan 4) eller dör han, så anser man, om än icke utan tvekan, att den andre icke omedelbart träder i hans ställe. Han övertager vårdnaden där så förordnas av rätten, vilken jämväl må bestämma att vårdnaden skall anförtros åt särskilt förordnad förmyndare. Beträffande praxis se ovan 19 § VII 1 *in fine*.

I de fall däremot, där båda föräldrarna varit vårdnadshavare, medför den enes död att den efterlevande ensam utan särskilt förordnande fortfar att handha vårdnaden om barnet (ovan 1).

Föräldrar må ej genom avtal överflytta vårdnadsrätten på den ene

av dem. Sådant avtal innebär blott en faktisk uppgörelse. Därav att domstol, när makar utan dom på hemskillnad leva åtskilda till följd av söndring, äger överflytta vårdnaden blott om yrkande framställes av endera maken, får man icke sluta sig till att makarna själva kunde med bindande verkan ordna vårdnadsfrågan. Trots avtalet äro de båda fortfarande innehavare av vårdnadsrätten, om ej domstol på yrkande ändrar rättsläget genom att fråntaga den ene vårdnaden och överföra denna på den andre. Det är en annan sak att vårdnaden, när makarna leva åtskilda, till följd av andra makens frånvaro kommer att merendels utövas av den faktiska vårdnadshavaren ensam jämlikt den regel som omtalats ovan under 3.

Anser rätten i ett skillnadsmål att ingendera av föräldrarna är lämplig att utöva vårdnaden, må den vidtaga åtgärd att annan person förordnas till vårdnadshavare.

6. Då vårdnaden överflyttats på den ene av föräldrarna, utövar denne samtliga därmed förknippade befogenheter. Den andre tillkommer dock rätt att träffa barnet. På vilket sätt denna *umgängesrätt* skall genomföras för att vårdnadshavarens och barnets intresse icke skola bli lidande, därom äger domstol meddela närmare föreskrifter i vad angår plats och tid och övriga villkor för sammanträffandet. Utan att sådana föreskrifter givits av domstol kan exekutivt tvång ej ställas till den umgängesberättigades förfogande.

Om umgängesrätt finnes uttryckligt stadgande endast beträffande barn utom äktenskap (UÄktL 37 §), men i rättspraxis har sådan rätt utan tvekan tillerkänts jämväl den som skilts från vårdnaden om sitt äktenskapliga barn. Av nämnda stadgande framgår att umgängesrätten ej betraktas som vårdnadens återstående del, ty rätt till umgänge tillkommer icke blott modern som skilts från vårdnaden utan även fadern, som erkänt det utomäktenskapliga barnet och som överhuvudtaget ej äger några rättigheter eller plikter i avseende på vårdnaden om barnet. Umgängesrätten är uttryck för naturlig föräldrarätt. Den har i sikte moderns eller faderns känslobetonade behov av att få upprätthålla kontakt med sin avkomling, men däremot icke de i föräldramakten (patria potestas) inbegripna rättsliga befogenheterna. På grund av sin rätt till umgänge med barnet får modern eller fadern icke ingripa i utövningen av de rät-

tigheter som tillkomma vårdnadshavaren. Flyttar denne tillsammans med barnet till annan ort eller till utlandet, tillerkännas den från vårdnaden uteslutne inga anspråk i anledning härav och än mindre kan denne hindra att sådan ändring i barnets uppehållsort genomföres. Icke heller kan den från vårdnaden uteslutne kräva att vårdnadshavaren ej får låta barnet ensamt vistas utomlands.

Genom barnets bortflyttning från landet kan umgängesrätten praktiskt taget förlora sin verkan, men denna omständighet är icke tillfyllest för att grunda förbudsrätt för den av föräldrarna som icke är vårdnadshavare. Om bortflyttningen kan läggas vårdnadshavaren till last som maktmissbruk, äger den från vårdnaden uteslutne hos domstol yrka att vårdnaden anförtros åt honom eller särskilt förordnad förmyndare. Jfr *Borum,* Foraeldre, s. 90 f., *Armann Snaevarr,* Foraeldremyndighet og samkvemsret, 23. nord. Juristmøde, 1963, saertryk, s. 25. Delvis av annan mening *Melander,* Lapsen huollosta, s. 196, som anser att åtminstone i händelse av långvarig vistelse i utlandet den umgängesberättigade makens samtycke vore oumbärligt.

Att umgängesrätten icke är en utbruten del av vårdnadsrätten utan en särskild på naturlig föräldrarätt beroende befogenhet, torde numera vara den förhärskande meningen. Jfr *Melander,* Lapsen huollosta, s. 100 not 163, Avioeron vaikutuksesta s. 97 ff., Asumusero, s. 117 ff., *Borum,* Foraeldre, s. 91. Likaså rättsuppfattningen i Tyskland, där åsikterna tidigare varit mycket delade, se *Beitzke* s. 157.

Verkställighet av rättens dom eller interimistiska beslut rörande umgängesrätt sker medelst vite som utsättes för vårdnadshavaren (UL 3:4), varemot exekutivt tvång ej får riktas mot barnets person för att med hjälp av utmätningsman föra det till mötesplatsen. I rättspraxis förspordes tidigare viss tvekan beträffande exekutionssättet men numera godkännes enbart det medelbara tvånget. HD 1942 II 50, 1954 II 49.

7. *Underhållsskyldigheten* gentemot äktenskapliga barn har berörts i samband med framställningen av äktenskapsrätten (ovan 11 §, 19 § VII).

Storleken av underhållsbidrag till barn påverkas ej av den underhållsskyldiges eventuella motfordringar hos detta. I allmänhet får den underhållspliktige ej heller vid indrivning av det fastställda beloppet kvitta sin underhållsgäld med motfordran, åtminstone ej i sådana fall där det skulle beröva barnet nödiga kontanta medel till försörjning.

Underhållsskyldigheten preskriberas icke och den underhållsberättigade kan ej avtalsvis avstå från sin rätt för framtiden. Däremot måste de enskilda bidragsbeloppen indrivas eller genom erinran bevakas inom den allmänna preskriptionstiden av 10 år och förfallna belopp må eftergivas. Vid den underhållsskyldiges död övergår plik-

ten icke på arvingarna, medan för de före dödsfallet förfallna beloppen betalning givetvis får uttagas ur dödsboet.

Trots att underhållsskyldigheten ej är underkastad preskription är dess fortbestånd såtillvida beroende av tidens lopp att den ej är gällande längre än barnet har behov av bidrag för uppehälle och utbildning. För äktenskapliga barn har någon maximigräns icke bestämts i civillag. I rättspraxis fastställas bidragsbeloppen vanligen att utgå till dess barnet fyllt 21 år eller det därförinnan förmår självt försörja sig.

Jfr *Melander,* Lapsen huollosta, s. 124 ff.
Den offentligrättsliga underhållsskyldigheten gentemot egna barn upphör senast då barnet uppnått 21 års ålder (L om socialhjälp 17. 2. 1956, 4 §).

IX. I allmänhet tillkommer föräldrarna ej blott vårdnaden om sina barn utan även *förmynderskapet,* vari ingår rätt och plikt att vårda barnets egendom så länge det är omyndigt. Båda föräldrarna gemensamt äro lagbestämda förmyndare för barnet (FörmL 23 §). Men om föräldrarna eller endera av dem genom rättens dom skiljes från förmynderskapet utan att vårdnaden fråntages fadern eller modern som ej längre får vara förmyndare, uppkommer en situation där vårdnaden och förmynderskapet utövas av olika personer. I de fall då vårdnaden på grund av makarnas särlevnad eller upplösning av deras äktenskap överflyttas på den ene av dem, blir denne tillika ensam förmyndare för barnet (FörmL 23 § 2 mom.).

När förmynderskap tillkommer annan person än föräldrarna, äro dessa pliktiga att rådfråga förmyndaren i angelägenheter rörande förmögenhetsförhållanden. Ehuru bestämmanderätten i frågor om barnets uppehälle och utbildning tillkommer vårdnadshavaren, är förmyndaren pliktig att tillse att högre belopp ej tagas i anspråk för dessa ändamål än vad som är skäligt med hänsyn till barnets tillgångar. Äro föräldrar och förmyndare av olika mening, kan frågan av föräldrarna hänskjutas till förmynderskapsnämnden, som har att avgöra vilket belopp av myndlingens medel som får användas för ändamålet samt meddela nödiga anvisningar exempelvis om betalningstid (FörmL 34 §). Av vårdnadshavarens bestämmanderätt i avseende på barnets uppehälle och utbildning måste anses följa att

förmyndaren ej får avfordra vårdnadshavaren redovisning för de tillhandahållna medlens användning.

Jfr angående sistnämnda fråga *Melander,* Lapsen huollosta, s. 127, *Walin* s. 92.

X. Vad rätten beslutit om vårdnad eller underhållsskyldighet vinner icke materiell rättskraft. Beslutet må av rätten på den berördes yrkande återkallas eller jämkas när ändrade förhållanden ge anledning därtill.

Jfr härom ovan 11 § VII, 19 § VII, XII, 20 § VI.
Även beslut om umgängesrätt för make som skilts från vårdnaden må på grund av ändrade förhållanden underkastas jämkning.

25 §. Utomäktenskapliga barn.

I. Utomäktenskapligt (oäkta) är barn som blivit avlat av personer vilka icke varit gifta med varandra och icke trätt i äktenskap före barnets födelse. Om föräldrarna ingå äktenskap med varandra sedan barnet är avlat och detta födes efter det äktenskapet slutits, så är barnet äktenskapligt. Om åter barnet såväl avlats som fötts före föräldrarnas äktenskap, är det utomäktenskapligt men blir äktenskapligt i och med äktenskapets ingående (legitimerat barn). I äktenskap avlat barn är äktenskapligt även om det framfötts först sedan föräldrarnas äktenskap blivit upplöst.

II. 1. På grund av *legitimation* genom föräldrarnas senare äktenskap förvärvar barnet äktenskaplig börd alltifrån vigseln, utan retroaktiv verkan. Legitimation är möjlig även om barnet avlidit före äktenskapet. Ändringen i barnets status inträder omedelbart i och med äktenskapets ingående, utan fastställelse genom åtgärd av myndighet. Men emedan den legala faderskapspresumtionen icke gäller i dessa fall, bör faderskapet styrkas med bevis, varvid dock faktiska presumtioner underlätta bevisföringen särskilt där mannen inför kyrklig eller annan myndighet erkänt sig vara fader till barnet och hustrun godkänt detta i uppgiven egenskap av barnets moder.

Jfr om bevisföringen i dessa fall ovan 24 § II 2.

2. *Trolovning* mellan föräldrarna förlänar icke barnet äktenskaplig börd men den ändrar dock barnets rättsliga ställning såtillvida att det blir såsom trolovningsbarn likställt med sådant barn utom äktenskap som erkänts av fadern. Denna rättsverkan inträder vare sig barnet avlats i trolovning eller erkänts av föräldrarna genom att de sedermera, måhända efter barnets död, ingått trolovning med varandra (ÄPL 6 §). Trolovningen skall vara giltig (jfr ovan 4 §), varemot det icke fordras att de trolovade kommit till myndig ålder (HD 1956 II 39). Oaktat trolovningen är ogiltig torde barnet vara att anse som trolovningsbarn därest båda trolovade eller endera av dem varit i god tro beträffande anledningen till ogiltighet.

Så uttryckligt stadgande i svenska föräldrabalken 2:4. Jfr *Walin* s. 20, *Malmström* s. 34. Angående äldre rätt se ovan 24 § I 2.

Barn vilket avlats i *våldtäkt* tillkommer likaså ställningen av sådant barn som blivit erkänt av fadern (ÄPL 6 §).

III. 1. Genom *erkännande av faderskap* förvärvar utomäktenskapligt barn i förhållande till fadern en rättslig ställning som erbjuder väsentlig likhet med äktenskaplig status, men enligt lagens terminologi betecknas dylikt barn dock icke såsom äktenskapligt. Erkännandet medför att barnet erhåller faderns släktnamn, med det undantaget att därest modern eller, om hon är död, barnets förmyndare eller, om barnet är myndigt, barnet självt motsätter sig namnbytet, barnet behåller moderns namn (UÄktL 2 §). Vidare medför erkännandet att barnet blir berättigat till arv efter fadern och fädernefränder, vilka å sin sida åtnjuta arvsrätt efter barnet (5 §). Genom erkännandet blir faderns underhållsskyldighet fastslagen så att särskild rättegång ej erfordras för annat ändamål än indrivning av de bidragsbelopp som fadern skall utge inom ramen av sin underhållsplikt. Vårdnaden om barnet tillkommer däremot alltjämt modern, som handhar även förmynderskapet för barnet (3, 6 §). Fadern har dock, enär han erkänt barnet, rätt till umgänge med detta (37 §). Är modern olämplig att utöva vårdnaden eller förmynderskapet, kan annan person förordnas att övertaga dessa åligganden och principiellt hinder möter ej för att vårdnaden eller förmynderskapet eller båda dessa uppgifter anförtros åt den som erkänt sig vara fader till barnet.

I de fall då fadern är vårdnadshavare, rättar sig underhållet efter hans villkor.

2. Erkännandet kan ske antingen så, att fadern låter införa barnet i kyrkobok eller motsvarande register såsom sitt, eller ock så, att han avgiver i tillkallat vittnes närvaro erkännande av sitt faderskap inför protokoll hos notarius publicus eller länsman. Dessutom erfordras att erkännandet godkännes av modern eller, om hon är död, av barnets förmyndare eller, där barnet är myndigt, av detta. Godkännandet är en nödvändig förutsättning för erkännandets giltighet. Det skall avgivas inför samma kyrkliga eller civila myndighet som mottager erkännandet och anteckning därom skall införas i kyrkoboken, registret eller protokollet (20 §).

Barnets död avskär icke möjlighet till erkännande av faderskap (HD 1948 I 6).

Faderskap må erkännas även av den som ej uppnått myndig ålder. Detta kan slutas därav att lagen med formbundet erkännande likställer trolovning, vars giltighet ej är beroende av att kontrahenterna äro myndiga. Tillfyllest är att sådan grad av mognad nåtts som skäligen betingas av förmågan att kunna bedöma trolovningens eller erkännandets allmänna familjerättsliga betydelse och verkan. Dessutom är att bemärka att erkännandet icke omedelbart blir slutgiltigt utan kan angripas av arvinge till den som erkänt sitt faderskap, varjämte även envar annan vilkens fördel beröres av erkännandet kan väcka ogiltighetstalan (nedan 4).

Rättspraxis är oenhetlig. Å ena sidan har det ansetts att trolovads minderårighet icke utgör hinder för att trolovningen utlöser samma verkan som formenligt erkännande (ovan II 2), men å andra sidan har man nyligen, dock ej utan tvekan, gillat talan om ogiltigförklaring emedan den som inför behörig myndighet erkänt sig vara fader till barnet varit minderårig och sålunda bort inhämta samtycke av sina föräldrar (HD dom 2. 7. 1063 liggare 1728; omröstn.).

Att enligt svensk rätt myndig ålder hos den som erkänner sitt faderskap icke är erforderlig, uttalas av *Walin* s. 55 och *Malmström* s. 74.

För säkerställande av erkännandets rättsverkan i sådana fall, där faderns ålder och utvecklingsgrad ge anledning till tvivel beträffande hans förmåga att inse erkännandets betydelse, har lagen icke anvisat någon utväg. Men det torde böra anses att om erkännandet skett med deras samtycke under vilkas vårdnad fadern stått, detsamma ej kan

senare angripas under åberopande av bristande mognad hos den erkännande. Den myndighet som mottager erkännandet torde vara förpliktad att göra i kyrkoboken, registret eller protokollet en anteckning om att sådant samtycke avgivits i samband med erkännandet.

3. Befogenhet att erkänna faderskap till utomäktenskapligt barn tillkommer även den som är gift. Uttryckligt omnämnes detta visserligen icke i lagen, men då ej heller något förbud upptagits däri, måste det antagas att principiellt hinder ej föreligger för erkännandet. Dock bör hustruns samtycke inhämtas.

Om också barnet trots erkännandet saknar egenskap av äktenskapligt barn, blir dess rättsställning till den grad lik ett sådant barns att även hustruns rätt och fördel beröras därav. Därigenom att barnet erhåller faderns namn blir det i förhållande till yttervärlden en medlem av familjen och faderns rätt att umgås med barnet får sålunda, ehuru vårdnaden skulle utövas av modern, en accentuerad familjerättslig prägel. Dessutom blir barnet berättigat att taga arv efter fadern, vilket medför att det äger med lika rätt som barn i äktenskap göra anspråk på delaktighet i den utjämning som ur hustruns giftorätt underkastade egendom kan komma att utgå till den avlidna makens arvingar. Stötande vore det om mannen genom erkännandet, varmed dylika verkningar äro förknippade, finge utan husruns samtycke legitimera den sidofamilj han skapat genom sitt äktenskapsbrott.

De skäl som tala för nödvändigheten av hustruns samtycke äro så vägande att man icke enbart på den grund, att hustrun icke får tvingas att bo tillsammans med barnet, kan komma till annat resultat, så mycket mindre som faderns umgängesrätt i följd av erkännandet skulle ändock bereda honom tillfälle att tidvis hålla barnet hos sig.

Jfr om betydelsen av hustruns samtycke förf. artikel i LM 1950 s. 120.

Om samtycke ej föreligger är erkännandet utan verkan. Hustrun torde dock, för att kunna åberopa detta, böra väcka ogiltighetstalan inom den i UÄktL 21 § stadgade tiden (nedan 3). Jfr HD 1953 II 120.

Enligt tysk rätt fordras, då fadern vill legitimera sitt utomäktenskapliga barn (Ehelichkeitserklärung), alltid samtycke av hans hustru (BGB 1726).

Vill gift man adoptera sitt utomäktenskapliga barn, är hustruns samtycke likaså erforderligt (AdoptL 1 §). Jfr nedan 26 § II.

4. Genom erkännande skapas till en början blott en presumtion om faderskap. Erkännadet kan angripas medelst talan i och för fastställande av att erkännandet icke motsvarar det verkliga sakförhållandet. Berättigad till sådan talan äro barnet självt, arvinge till den som erkänt barnet samt envar annan vars fördel beröres av erkännandet. Härvid gäller en särskild tidsfrist. Talan skall väckas inom sex månader efter det käranden fått kännedom om omständighet på grund varav erkännandet bör anses såsom osant (UÄktL 21 §).

Ehuru tidsfristen efter lagens ordalydelse endast anknyter till fall

då erkännandet påstås vara osant, bör det anses att fristen även skall iakttagas när erkännandet angripes på den grund att nödigt samtycke till detsamma icke avgivits (samtycke av barnets moder eller mannens hustru). Har denna bristfällighet icke åberopats medelst talan inom sex månader efter erhållen kännedom om erkännandet, är passiviteten att likställa med samtycke (jfr ovan 3 *in fine*).

Påstås erkännandet ha föranletts av tvång, svek eller annan sådan orsak som efter allmänna regler gör en rättshandling ogiltig, är talan icke beroende av att ovannämnda frist blivit iakttagen. Talan föres i dessa fall av den som avgivit erkännandet.

Tidsfristen torde ej heller gälla då någon mot bättre vetande avgivit ett osant erkännande, ty sådant förfarande är en straffbar handling (SL 18:2). Jfr förf. LM 1950 s. 121.

IV. 1. *Vanliga utomäktenskapliga barn* intaga en rättslig ställning som väsentligen avviker från den vilken är utmärkande för ovannämnda särgrupper av barn utom äktenskap. I olikhet med barn, vilka blivit erkända av fadern eller äro med dem likställda, står vanligt utomäktenskapligt barn i familjerättsligt förhållande egentligen blott till modern och hennes släktingar. Mot fadern kan allenast underhållsanspråk riktas. Dessutom är begreppet fader i dessa fall delvis av annan innebörd än vid erkännande av faderskap. För att underhållsskyldighet skall kunna inträda fordras icke ovillkorligen att faderskap är styrkt utan endast att mannen haft samlag med modern på tid då barnet kan vara avlat och att faderskapet ej är helt uteslutet. »Underhållsfadern» är icke nödvändigtvis identisk med den verkliga fadern.

2. a. Barnet erhåller moderns *släktnamn.* Om modern är eller varit gift, tillkommer barnet det släktnamn modern hade som ogift (UÄktL 2 §). Dock kan, om modern är gift, hennes make giva barnet sitt släktnamn (2 mom.). Sistnämnda stadgande avser sådana fall där modern vid äktenskapets ingående har oäkta barn av annan man. Om barnet är fött under äktenskapet, erhåller det äktenskaplig börd och därmed äkta mannens namn jämlikt pater est-regeln och likaså förvärvar barnet utan vidare äkta mannens namn, där fråga är om makarnas barn som legitimerats genom äktenskap. I de fall stadgandet avser erfordras däremot ett särskilt begivande av mannen på grund varav hans namn förvärvas av barnet såframt ej modern eller,

om hon är död, barnets förmyndare eller, om barnet är myndigt, barnet självt motsätter sig det (4 mom.).

b. *Förmynderskapet* och *vårdnaden* utövas av modern. Annan person kan dock förordnas till förmyndare eller vårdnadshavare om modern icke är lämplig att handha sådan uppgift (UÄktL 3 §). I så fall skall barnatillsyningsmannen utses till förmyndare, såframt det ej för barnets bästa finnes fördelaktigare att förmynderskapet anförtros åt annan person som därtill samtycker. Då förmyndare förordnas, bör tillika bestämmas, huruvida jämväl vårdnaden om barnet skall tillkomma honom (15 § 2 mom.).

Oavsett att modern är omyndig äger hon, så länge förmyndare icke förordnats för barnet, sluta avtal om underhållsbidrag med den underhållspliktiga mannen och föra talan om underhållsskyldighet (3 § 2 mom.).

c. Barnet är berättigat till *arv* efter modern och mödernefrändet samt egna avkomlingar. Dessa å sin sida äga allena rätt till arv efter barnet (5 §).

3. Utomäktenskapligt barn njuter *underhåll* av modern och den man som haft samlag med henne på tid då barnet kan vara avlat (4 §). Underhållsskyldigheten fortfar i regel till dess barnet fyllt 17 år (6 §). Även utöver denna tidsgräns kan skyldigheten dock komma att sträcka sig, där sådant föranledes av barnets behov till fortsatt skolgång eller yrkesutbildning, så ock där barnet i följd av lyte, sjukdom eller svaghet är ur stånd att själv försörja sig vid sagda ålder (7, 8 §).

Den som ej har vårdnaden om barnet, således närmast den underhållspliktiga mannen, fullgör sin skyldighet genom att erlägga underhållsbidrag i pengar, vilket bör ske månatligen i förskott där ej av särskilda skäl annorlunda bestämmes. Barnet tillkommande bidrag skall betalas till barnatillsyningsmannen (10 §).

Även modern har rätt till bidrag av den som är underhållsskyldig gentemot barnet. Tidslängden för hennes underhåll är två månader före barnets födelse samt en viss period efter födelsen, nämligen två månader, om modern ej har barnet hos sig, och nio månader i det motsatta fallet, vilka tider under särskilda förhållanden kunna förlängas (9 §).

Vid den underhållsskyldiga mannens död skall det belopp, som

erfordras till fullgörande för framtiden av hans underhållsplikt, före arvs- och testamentslotter utgå av behållningen i dödsboet, dock att barnet icke härigenom må erhålla mer än det skulle ha bekommit, om det ärvt den döde (12 §).

Liknande regel gäller icke barn som blivit erkänt av fadern eller som är likställt med sådant barn. Enär i så fall barnet tillkommer arvsrätt efter fadern, är dess rätt till understöd utöver arvslotten att bedöma efter de allmänna arvsrättsliga reglerna (ÄB 17:17).

4. a. Underhållsskyldighet åligger den som haft samlag med modern på tid då barnet kan vara avlat, såvida det ej är uppenbart osannolikt att barnet avlats vid samlaget (UÄktL 24 §). »Faderskapet» i avseende på underhållsskyldighet avgöres sålunda med tillhjälp av en *presumtion* vilken anknyter till mannens samlag med kvinnan som sådant. Större sannolikhet för detta faderskap fordras icke än att det ej kan anses helt uteslutet att mannen är fader till barnet. Dessutom har stadgats att presumtionen ej kan av den vilken instämts som svarande i processen kullkastas enbart genom invändningen att kvinnan under konceptionstiden haft könsumgänge även med annan man (s.k. exceptio plurium constupratorum). Om också sådan invändning, där den blir styrkt, är ägnad att försvaga presumtionen, lämnas den obeaktad såvida ej avses att visa att svaranden icke kunnat avla barnet vid samlaget (2 mom.). Endast i samband med bevis om omöjligheten av svarandens faderskap kan således samlag med annan man tillmätas betydelse, exempelvis om det framgår att kvinnan redan före sitt umgänge med svaranden var havande eller om det gäller att öka bevisvärdet av en blodundersökning (nedan 6).

b. Rättegång är icke en nödvändig form för fastställande av mannens underhållsskyldighet, utan detta kan ske jämväl medelst *avtal* mellan berörda personer, alltså mellan mannen, som på grund av sitt samlag med modern åtager sig skyldigheten, och modern såsom legal ställföreträdare för omyndigt barn eller barnet självt, om det kommit till myndig ålder. Avtalet skall ingås skriftligt med vittnen. Det bör för att gälla på framställning av barnatillsyningsmannen fastställas av socialnämnden (11 §). Härigenom vinnes garanti för att barnet erhåller de förmåner lagen tillförsäkrar detsamma. Sålunda fastställt avtal kan verkställas i likhet med dom som vunnit laga

kraft (23 a §). Ogiltigt är avtal varigenom mannen för framtiden frikallas från skyldigheten att utge underhållsbidrag (11 § 2 mom.).

Såvitt avtalet rör sig inom ramen för sedvanliga underhållsbidrag, kan dess giltighet icke påverkas av att mannen vid avtalsslutet varit omyndig.

Tillåtet är att avtal om underhållsskyldighet slutes redan före barnets födelse.

I stället för periodiska bidrag kan i avtalet ett engångsbeloppp fastställas för barnets underhåll.

5. Beträffande längsta och minsta möjliga konceptionstid gäller detsamma som vid fastställande av faderskap enligt den äktenskapsrättsliga faderskapspresumtionen (se ovan 24 § II 1).

6. För bedömande av huruvida mannens faderskap är att anse som uteslutet kan rätten förordna att blodgruppsbestämning eller annan antropologisk undersökning skall äga rum (L 30.12.1963, jfr s. 254). Sådant förordnande torde dock i allmänhet ej få meddelas med mindre i målet förebragts omständigheter vilka göra det i viss mån sannolikt att svaranden icke är fader till barnet, ty syftet med faderskapspresumtionen i underhållsmål kunde bli undergrävt om längre uppskov för utrönande av bristande faderskap utan vidare beviljades ehuru svaranden obestridligen haft samlag med modern på tid då barnet kan vara avlat. Om särskilda skäl icke tala emot att svaranden förmått avla barnet, bör således, synes det, frågan om verkligt faderskap helst lämnas beroende på skild rättegång i alla de fall där underhållsprocessen till följd av antropologisk undersökning skulle dra alltför mycket ut på tiden och dröjsmålet skulle äventyra barnets försörjning.

Gällande lag tillåter icke domaren att genom interimistiskt beslut under rättegången ålägga svaranden att utge underhållsbidrag intill dess rätten meddelat slutlig dom. Mot sådant förfarande kunde anmärkas att domaren skulle komma att inom ramen av en och samma rättegång intaga motsatta ståndpunkter beträffande underhållsfrågan i händelse den antropologiska undersökningen visade att svaranden icke är fader. De provisoriska bidragen borde då återbetalas ty samma domstol äger icke med definitiv effekt avgöra samma grundläggande fråga på olika sätt mellan samma parter. Återbäring är icke lika nödvändig om det anses att underhållsfrågan får i barnets intresse lösas slutligt utan uppskov ehuru svaranden icke kan frånkännas rätt att kullkasta faderskapspresumtionen såvitt han anställer särskild talan därom (med verkan ex nunc).

Enligt svensk lag kan domstol interimistiskt ålägga svaranden att utge underhållsbidrag intill dess lagakraftvunnen dom föreligger. Om domstolen eller högre rätt finner mannen icke vara underhållsskyldig, äger han av all-

männa medel (icke av barnets medel) återbekomma guldna bidragsbelopp. Staten har i regel intet regresskrav emot den som mottagit underhållsbidraget (Föräldrabalken 20:12, 13).

7. Dom beträffande underhållsskyldighet kan senare ändras på talan av den underhållsskyldige eller den underhållssberättigade, därest en minskning eller en ökning av det fastställda underhållet föranledes av ändrade förhållanden. Detsamma gäller om avtal varigenom underhållsskyldighet åtagits (UÄktL 27 §).

Även om i avtalet ett engångsbelopp fastställts kan detta underkastas ändring såvitt beloppet senare visar sig vara otillräckligt för ändamålet (HD 1952 I 5).

8. Enär underhållsdomen icke slutligt och positivt fastslår att svaranden är fader till barnet utan allenast bygger på en presumtion om faderskap i följd av samlaget med modern, föreligger principiellt hinder ej för att senare en fastställelsetalan (bördstalan) anställes i och för utredande av det verkliga faderskapet. Därav att lagen nöjer sig med nämnda presumtion såsom grundval för underhållsskyldigheten kan icke härledas förbud mot att det verkliga faderskapet sedermera fastställes. Sådant konstaterande kan vara av vikt för barnet, varjämte det tillgodoser samhällets intresse av att ha reda på de verkliga släktskapsförhållandena.

Utan tvivel är det således tillåtet att efter underhållsdomen fastställelsetalan anställes mot annan man med påstående att denne är fader till barnet. Sådan talan — positiv bördstalan — får väckas av barnet eller dennes förmyndare resp. vårdnadshavare. Tveksam kan man däremot måhända vara om möjligheten av en negativ fastställelsetalan, som allenast åsyftar konstaterandet av att den i tidigare underhållsdom nämnda mannen ej kan vara fader. Men även en sådan talan bör väl anses tillåten. Invändningen att modern haft samlag med flera män är icke absolut förbjuden, ty därav får man betjäna sig i syfte att visa att svaranden ej kunnat avla barnet. Har underhållsskyldigheten med hänsyn till barnets intresse fastslagits utan att beakta invändningen enär den ej kunnat genast kompletteras med tillräcklig utredning om omöjligheten av svarandens faderskap, vore det oskäligt om mannen saknade befogenhet att senare bevisa presumtionens ohållbarhet. Barnets intresse av en ofördröjlig

fastställelse av underhållsskyldighet har blivit tillgodosett genom den tidigare rättegången, men detta får ej hindra att en ny process anhängiggöres för fullständigare utredande av faderskapsfrågan. I denna senare rättegång meddelad negativ dom angående faderskapet äger dock icke tillbakaverkande kraft och den undandrager ej barnet det underhåll för förfluten tid som tillerkänts i den tidigare domen. Bifall till resning (RB 31 kap.) sker under detta villkor.

Underhållsdomen utgör ej heller hinder för att den verkliga fadern sedermera i behörig ordning erkänner barnet. Erkännandet skall, så som ovan nämnts, godkännas av modern eller, om hon är död, av barnets förmyndare eller, då barnet är myndigt, av detta. Där så skett upphör den i domen uppgivna mannens underhållsskyldighet för att omedelbart överflyttas på den som avgivit erkännandet.

Med positiv fastställelsetalan om faderskap, vilken väckes mot annan man än den som ålagts betalningsskyldighet i den ursprungliga underhållsdomen, kan förenas yrkan om underhållsbidrag. Gillas talan, inträder underhållsplikt från och med rättegångens anhängiggörande och den tidigare domen upphör tillika att gälla.

Så länge lagakraftvunnen dom ej föreligger i den nya processen och det således är ovisst huruvida den tidigare underhållsskyldigheten kommer att undergå förändring, kan utmätning endast ske på grund av den tidigare domen. Vad sålunda erlagts, skall återbetalas av de underhållspengar den verkliga fadern, när hans faderskap blivit slutligt fastställt i den nya processen, skall gälda för tiden av rättegången. Beträffande dessa belopp inträder alltså subrogation till förmån för den vilken tidigare förklarats underhållspliktig. Eljest skulle barnet erhålla dubbelt underhåll under processen.

Nämnas må att i tysk rättspraxis domen mot »Zahlvater» icke avskär möjligheten att senare väcka bördstalan för vinannde av förklaring att en annan man är verklig fader (positiv bördstalan) eller ock enbart för utredande av att underhållsfadern icke kunnat avla barnet vid det uppgivna samlaget (negativ bördstalan). Denna praxis har numera godtagits av lagstiftaren genom en ändring av ZPO 644. Se redogörelsen och kritiken hos *Beitzke* s. 192 ff.

9. Talan om fastställande av underhållsskyldighet rörande utomäktenskapligt barn må ej väckas senare än fem år efter barnets födelse, utan så är att svaranden ej kunnat därförinnan stämmas eller giltig orsak eljest visas därtill att talan ej tidigare väckts. Tillåtet är att talan anhängiggöres redan före barnets födelse, men målet får dock icke omedelbart avgöras (UÄktL 22 § 2 mom.).

Enär underhållsskyldighet kan fastställas jämväl medelst avtal mel-

lan berörda personer, bör det anses att nämnda frist för talans väckande får av domstol åberopas som grund för avvisningsdom endast såframt svaranden framställt invändning om preskription.

Den i lagen föreskrivna tidsfristen gäller även talan som, efter det underhållsdom utverkats mot viss man, väckes för vinnande av förklaring att en annan man är verklig fader till barnet (positiv bördstalan, ovan 8). Vad åter beträffar talan om fastställande av att den som förklarats underhållsskyldig icke kunnat avla barnet (negativ bördstalan, ovan 8), är fristbestämmelsen icke direkt tillämplig på rättegången. Sådan talan av svaranden i den tidigare processen syftar ju enbart till att han för framtiden vill bli befriad från underhållsskyldighet emedan det är uteslutet att han vore fader till barnet. Men medelbart berör talan även tidsfristen, ty frikallas han från plikten kommer därefter annan man, vilken haft samlag med modern, att instämmas som underhållspliktig. I dylikt fall torde dock den tidigare underhållsdomen utgöra giltig orsak till fristförlängning enligt stadgandet i UÄktL 22 § 2 mom. Skulle emellertid den negativa fastställelsetalan väckas först sedan fem år förflutit från barnets födelse, kan passiviteten med hänsyn till omständigheterna i övrigt anses vara så betydande att talan i betraktande av barnets intresse bör ogillas.

Preskriptionstiden avser allenast talan om konstitutiv dom varigenom mannens underhållsskyldighet fastslås. Har barnet i behörig ordning erkänts av fadern, utgör erkännandet grunden för underhållsskyldighet, vilken kan göras gällande oberoende av hur lång tid som förflutit från födelsen (LM 1962 s. 536, red. komm.). De enskilda bidragsbeloppen äro underkastade den allmänna fordringspreskriptionen (ovan 24 § VIII 7).

10. Beträffande *forum* gäller, att talan om fastställande av underhållsskyldighet medelst konstitutiv dom (jfr här ovan 9) skall anhängiggöras vid domstolen i den ort, där endera parten har sitt bo och hemvist eller där lägersmålet skett (22 §).

Det är av hänsyn till moderns och barnets intresse som lagen ställt tre valbara domstolar till förfogande. Enligt stadgandet kan modern vända sig bl.a. till domstolen i sitt eget och barnets hemvist. Har barnet undantagsvis (med moderns tillåtelse) annat hemvist än modern, lärer barnets hemvist vara avgörande för dess talan om underhåll, ty barnet är att anse som part även om talan föres av modern såsom förmyndare (eller av barnatillsyningsman såsom godman).

Nämnda forumregler äro dispositiva, ty de ha utfärdats i partens och icke i allmänt intresse. Det tillkommer ej rätten att pröva forumfrågan i annat fall än efter invändning eller om svaranden uteblivit (RB 16:1, jfr 12:3). Likaså tolkas svensk rätt vilken tillåter val mellan svarandens hemvistforum och lägersmålsforum (föräldrabalken 20:9). Se *Walin* s. 437. Utan övertygande skäl betecknas forumstadgandet som indispositivt av *Tirkkonen,* Suomen siviiliprosessioikeus I s. 345 (jfr s. 325).

Barnatillsyningsman skall beredas tillfälle att bli i målet hörd (härmed avses närmast barnatillsyningsmannen i den kommun där barnet stadigt vistas, jfr nedan 11), medan i det fall att talan anställes av barnatillsyningsman (i nämnda kommun) barnets moder skall höras (23 § 2 mom.).

11. I varje kommun skall finnas en *barnatillsyningsman.* Denne är, utan särskilt förordnande, godman för varje utomäktenskapligt barn som stadigt vistas inom kommunen, så länge barnet äger rätt att åtnjuta underhåll (15 §). Han skall vaka över att barnets rätt och bästa tillvaratagas, utöva tillsyn över dess vård och uppfostran samt med råd och dåd bistå barnets moder. Honom tillkommer befogenhet att föra talan för barnet rörande underhållsskyldighet (16 §).

Till betryggande av underhållsbidrag äger utmätningsman förordna att viss del av den underhållsskyldiges lön skall i den mån den förfaller till betalning erläggas till barnatillsyningsmannen (29 §).

12. Speciallagar ha utfärdats till tryggande av att genom dom eller avtal fastställd underhållsskyldighet blir fullgjord.

Enligt L om tryggande av underhållsbidrag d. 20 aug. 1948 kan länsstyrelse, om den underhållsskyldige under minst tre månader utan giltig orsak underlåtit ett erlägga underhållsbidrag, förordna att han skall insättas i arbetsinrättning för att med sitt arbete fullgöra sin underhållsplikt (1 kap.). Detta förutsätter att underhållsbidrag under nämnda tid varken frivilligt betalats eller kunnat indrivas genom utmätning. Även utreseförbud för den underhållsskyldige kan utfärdas, om han icke ställer säkerhet för oguldna bidragsbelopp (2 kap.).

Enligt L om förskott på underhållsbidrag d. 7 juni 1963 säkerställes fullgörandet av underhållasskyldighet genom offentligrättslig garanti. Förfallna bidrag kunna förskotteras av allmänna medel, varefter de erlagda beloppen återkrävas av den bidragsskyldige så långt detta är möjligt. Bidragsförskott gäller barn under 18 år. Sådant förskott utgår icke om barnet bor hos den underhållsskyldige eller om barnets moder och den underhållsskyldige bo tillsammans.

Dessutom må hänvisas till lagen om förhöjning av underhållsbidrag d. 30 dec. 1963.

26 §. Adoption.

I. Adoption är en rättshandling varigenom den adopterade i begränsad mån förlänas ställningen av äktenskapligt barn i förhållande till adoptanten.

Till uppkomsten av adoptionsförhållandet erfordras att domstol meddelar samtycke till antagande av viss person som adoptivbarn (Adoptl. 1 §). Vidare fordras samtycke av den som skall adopteras eller av dennes legala representant på sätt längre fram närmare framställes (III).

Enär adoptionsförhållande ej kan uppkomma med mindre samtycke av berörda personer föreligger, bär adoptionen viss prägel av avtal. Jämväl domstolens medverkan betecknas av lagen som »samtycke», vilket synes förutsätta en sådan föregående rättshandling att den kan vara föremål för samtycket. Lagens mening är dock att domstolens medverkan är av konstitutiv betydelse för rättsförhållandets uppkomst. Även om adoptantens förklaring att han vill antaga viss person till adoptivbarn och de samtycken som fordras av andra berörda personer utgöra i sig själva rättshandlingar, grundlägga dessa ännu icke något adoptionsförhållande vars uppkomst endast behövde deklareras genom rättens beslut. Adoptionsförhållandet blir stiftat först därigenom att rättens beslut meddelas. Adoptionen är således en judiciell rättshandling. Den blir icke ogiltig därför att någon av de föregående rättshandlingarna visar sig ogiltig och beträffande dessa får ogiltighetstalan ej ens föras i särskild rättegång. Däremot kan rättens beslut angripas med ordinära och extraordinära rättsmedel på den grund att samtycke, varpå beslutet grundats, var behäftat med fel eller hade återkallats före beslutet (nedan VII).

Lagb försl. 1922:3 s. 10.

Den med AdoptL 1 § likalydande bestämmelsen i svenska föräldrabalken 4:1 tolkasävenledes så att rättens beslut har karaktären av en konstitutiv akt för adoptionsförhållandets stiftande. *Walin* s. 60, *Malmström* s. 95.

Enligt tysk rätt är adoption ett avtal, som dock bör fastställas av domstol för att kunna träda i kraft. Utan hinder av fastställelsen kan talan väckas om avtalets ogiltighet. Jfr *Beitzke* s. 177, 182 f.

II. Berättigade att antaga adoptivbarn äro man och kvinna som fyllt 25 år (1 §).

Denna åldersgräns är densamma som i övriga nordiska länder. Enligt tysk rätt måste adoptanten ha uppnått 35 års ålder, men domstol äger likväl tillåta adoption även för yngre person, särskilt då denne är gift och adoptionen gäller andra makens köttsliga barn (tidigare var åldersgränsen 50 år, jfr *Beitzke* s. 175 f.). Enligt schweizisk rätt är åldern 40 år, likaså enligt fransk rätt, som dock, om sammanlevande barnlösa makar vilja adoptera, nöjer sig med 35 års ålder för den ene av makarna. BGB 1744, 1745, ZGB 264, C. civ. 344.

Att adoptanten skall vara myndig, föreskrives icke uttryckligen, men påtagligt är att domstolen vid lämplighetsprövningen ej kan anse förutsättningar för föräldra- och barnaförhållande föreligga med mindre adoptanten i personligt hänseende är fullvärdig.

Den som är gift må ej adoptera utan sin makes samtycke (2 mom.). Adoptionen ingriper i andra makens rättsställning dels genom att adoptanten blir vårdnadshavare av omyndigt adoptivbarn och skall bidraga till dess underhåll, dels genom att barnet på grund av sin arvsrätt får göra anspråk på den utjämning som efter adoptantens död måhända skall utgå ur andra makens egendom, varjämte adoptionen under vissa förhållanden kan inverka menligt på utvecklingen av makarnas rent personliga förhållande. Samtycke av andra maken är därför en naturlig förutsättning för adoptionen. Är denna make sinnessjuk eller frånvarande och kan icke återvända inom skälig tid eller är hans vistelseort okänd, må han dock företrädas av förmyndare eller godman (13 §).

Äkta makar må även *gemensamt* antaga adoptivbarn. Därigenom träda båda makarna i adoptionsförhållande till barnet. Tillåtet är också att sedan ena maken antagit adoptivbarn med andra makens samtycke denne för sin del adopterar barnet. Genom en sådan successiv adoption bli båda makarna barnets adoptivföräldrar liksom i det fall att barnet från början gemensamt adopterats av dem båda. Annars må icke flera adoptera samma barn (3 mom.). Två ogifta personer eller två män eller två kvinnor äga således icke befogenhet att antaga gemensamt adoptivbarn. Sådant förfarande skulle stå i strid med lagens syfte att adoptionen skall förläna barnet en rättslig ställning vilken, om än med vissa begränsningar, är likvärdig med äkta barns rätt.

Gift persons adoptionskapacitet förutsätter icke att han är barnlös.

III. Den som skall adopteras är vanligen ett minderårigt barn. Förbjudet är emellertid icke att adoptera en person som kommit till myndig ålder. Även gift man eller kvinna kan antagas till adoptivbarn.

1. Då minderårigt barn (under 21 år) skall adopteras, erfordras samtycke av dess vårdnadshavare (2 §). Utövas vårdnaden av de naturliga föräldrarna gemensamt, bör bådas samtycke inhämtas, men om den ene skilts från vårdnaden är den andres begivande tillräckligt; dock skall den från vårdnaden uteslutne höras av domstolen (14 §). Samtycket kan meddelas inför domstolen i samband med adoptionsärendet, men det kan ock avgivas tidigare, i vilket fall det ankommer på adoptanten att styrka att samtycke föreligger. Vårdnadshavare bör vara underkunnig om adoptantens person när han utom rätten samtycker till adoptionsförhållandets stiftande, men nödvändigt torde icke vara att adoptantens namn uppgives för barnets föräldrar. S.k. inkognitoadoption lärer således böra godtagas, även om den är ägnad att försvåra det återupplivande av barnets förhållande till naturliga föräldrar som för vissa fall är förutsatt. Från inkognitoadoption är att skilja »blankoadoption», varvid adoptantens person icke alls fixerats utan samtycket riktats till envar som kan vara hågad att adoptera barnet. Sådant generellt samtycke är näppeligen godtagbart.

Jfr *Melander,* Lapsen huollosta, s. 106. Även samtycke in blanco godkännes i de övriga nordiska länderna, se *Malmström* s. 99 med hänvisning till NJA 1940 s. 690, *Arnholm* s. 108 f., *Borum,* Foraeldre s. 154. Generellt samtycke ges i dessa länder vanligen i den formen att en auktoriserad barnavårdsanstalt eller -förening befullmäktigas att efter eget val utpeka lämplig adoptant och till adoptionsmyndigheten framföra föräldrarnas samtycke. Tidigare var man i Sverige böjd att fordra upppgivande av adoptantens namn, jfr *Åke Hassler,* Internationella adoptivförhållanden, 1923, s. 56 not 1. Angående tysk rättspraxis se *Beitzke* s. 177.

2. Är barnet så utvecklat att avseende bör fästas vid dess omdömesförmåga, kan adoption ej tillåtas mot barnets vilja (2 §). Som allmän regel torde gälla att barnets samtycke till adoptionen är nödvändigt om det fyllt 12 år.

Denna åldersgräns har icke fastslagits i lagen. Den angives däremot uttryckligen i stadgandet om barnets samtycke i svenska föräldrabalken 4:5.

Sinnessjuk person som står under förmynderskap kan adopteras med förmyndarens samtycke (2 §).

Den som uppnått myndig ålder och icke är sinnessjuk, får själv besluta huruvida han vill underkasta sig adoption. Är han gift, bör dock makes samtycke inhämtas (2 § 2 mom.). I fall då maken är sinnessjuk eller frånvarande och icke kan återvända inom skälig tid eller hans vistelseort är okänd, må förmyndare eller godman i hans ställe fatta beslut om samtycket (13 §).

3. Man eller kvinna kan adoptera sitt eget barn som icke åtnjuter äkta barns rätt (2 § 3 mom.). Härunder inbegripas jämväl barn som i behörig ordning erkänts av fadern eller som är därmed likställt (trolovnings-, våldtäktsbarn). I fråga om sistnämnda barn består adoptionens betydelse huvudsakligen blott däri att vårdnaden överflyttas från modern till adoptanten, ty barnet har i vad det gäller underhåll samt namn- och arvsrätt redan därförinnan åtnjutit de förmåner som äro förenade med adoptionen. Är adoptanten gift, torde andra makens samtycke böra inhämtas ehuru denne redan skulle ha givit sitt samtycke till barnets erkännande.

IV. 1. Adoptionsförhållandet blir stiftat genom *rättens beslut,* som lagen oegentligt kallar »samtycke», och icke redan genom de samtycken som avgivits före rättegången. Vid fattandet av adoptionsbeslutet skall konstateras att de ovan under II och III nämnda förutsättningarna äro för handen. Men dessutom skall en allmän lämplighetsprövning företagas (3 §). Adoption må medgivas allenast om det i anseende till sökandens person och förmögenhetsvillkor kan med fog antagas att adoptionen befrämjar adoptivbarnets bästa, särskilt i vad angår uppfostran och annan vårdnad om barnets person samt dess uppehälle. Vidare skall avseende fästas vid att tillräcklig anledning och förutsättningar finnas för upprättande av ett föräldra- och barnaförhållande mellan adoptanten och adoptivbarnet. Härvid skall beaktas åldersskillnaden mellan dessa samt övriga omständigheter och bör adoption vägras om det framgår att stiftande av familjeförhållande icke på allvar menats i det adoptionen exempelvis enbart åsyftar förvärv av släktnamn eller inbesparing av arvskatt.

Denna lämplighetsprövning är kännetecknande för adoptionsinstitutet i alla nordiska länder. Enligt gällande tysk rätt, där adoptionen uppfattas som

ett avtal mellan berörda personer, är domstolens befogenhet vid fastställande av adoptionsavtalet mera begränsad och den innebär icke en allsidig och fri prövning av adoptionens lämplighet med hänsyn till adoptivbarnets bästa. Jfr *Beitzke* s. 179.

2. Om laga domstol är stadgat att ärende angående antagande av adoptivbarn skall anhängiggöres genom ansökan till rätten i den ort, där adoptanten eller, då gemensam ansökan göres av makar, endera av dem har att svara i mål som rör hans person (16 §). Bestämmelsen i RB 10:1 blir sålunda tillämplig liksom om adoptanten vore svarande i ett mot honom riktat fordringsmål. Följaktligen är det i regel domstolen i adoptantens hemvist som äger handlägga ärendet.

Finska domstolar må upptaga jämväl adoptionsärende vilket anhänggöres av utlänning eller avser adoptering av utlänning som stadigt vistas i Finland (IntFamL 24 §). Finnes ej laga domstol enligt RB 10:1, ankommer ärendet på rätten i den ort där adoptivbarnet stadigvarande vistas eller, om sådan vistelseort saknas, på Helsingfors rådstuvurätt (27 §).

3. Vid handläggning av adoptionsärende äger rätten infordra yttrande av förmyndarnämnd samt ålägga sökanden att förebringa erforderlig utredning. Fader, moder och förmyndare böra i saken höras om det kan ske utan olägenhet, ändock att adoptionen icke vore beroende av deras samtycke (14 § 1 mom.).

Rätten skall söka inhämta upplysning huruvida vederlag för adoptionen givits eller utfästs och den kan förelägga adoptanten att före ärendets avgörande vidtaga nödiga åtgärder till betryggande av att vederlaget användes till barnets bästa (2 mom.).

Allmän åklagare bör höras i adoptionsärende.

Ändring i adoptionsbeslut kan sökas av den som anhängiggjort ärendet och blivit tillbakavisad samt eljest av envar som skall höras i ärendet och som motsätter sig adoptionen.

V. 1. Adoptionens verkningar ha icke i lagen angivits med en generell regel utan med anlitande av en enumerationsmetod. Barnet blir i det väsentliga men dock icke i alla avseenden likställt med ett äkta barn. Det bevarar viss anknytning till de naturliga föräldrarna. Adoptionen ändrar rättsförhållandet mellan adoptpivbarnet och dess släktingar endast i de punkter lagen särskilt angiver (4 § 3 mom.). Barnet blir således icke helt lösryckt från sin släkt och flyttat in i

adoptantens släkt. Rättsförhållandet mellan adoptivbarnet och adoptantens skyldeman samt mellan adoptanten och adoptivbarnets skyldeman påverkas ej heller av adoptionen i vidare mån än beträffande vissa situationer (2 mom.). Allenast rörande det *inbördes* förhållandet mellan adoptant och adoptivbarn medför adoptionen rättsverkningar av generell omfattning. Härvidlag vinner tillämpning vad i lag är stadgat beträffande föräldrar och barn, såvitt annat ej särskilt föreskrivits (1 mom.). Hänvisningen till stadgandena om »föräldrar och barn» avser, vad civilrätt beträffar, närmast sådana lagregler vilka äro utmärkande för förhållandet mellan föräldrar och deras äktenskapliga barn.

2. Av denna allmänna princip, avseende det inbördes förhållandet mellan adoptant och adoptivbarn, följer:

a. *Vårdnaden* om barnets person övergår på adoptanten. Denna slutsats bekräftas av regeln i AdoptL 9 § rörande vårdnadens handhavande efter adoptantens död. Enligt lagrummet återgår vårdnaden i så fall på barnets naturliga föräldrar endats om rätten finner barnets bästa sådant påkalla. Stadgandet förutsätter således att vårdnaden överförts på adoptanten i och med adopteringen av barnet. Även de naturliga föräldrarnas rätt till personligt umgänge med barnet har upphört genom adoptionen.

Jfr *Melander,* Lapsen huollosta, s. 100.
Tvivelaktigt är huruvida umgängesrätt förloras även av modern till adoptantens utomäktenskapliga barn. Adoptionen kan visserligen icke äga rum utan moderns samtycke (2 § 1 mom.), men enär UÄktL 37 § uttryckligen tillerkänner det oäkta barnets moder umgängesrätt då vårdnaden fråntagits henne och AdoptL ej innehåller en regel i motsatt riktning, synes denna umgängesrätt — där ej domstol med hänsyn till barnets bästa i visst fall annorlunda förordnar — fortbestå trots adoptionen.

Då adoptantens vårdnadsbefogenhet upphör genom att adoptionen häves medelst rättens beslut, synas efter lagens ordalydelse barnets naturliga föräldrar omedelbart bli återinsatta i deras forna ställning som barnets vårdnadshavare (nedan VI 3). Regeln är således i detta fall olik den i händelse av adoptantens död (jfr här ovan). Domstol är emellertid oförhindrad att i sammanhang med adoptivförhållandets hävande förordna särskild vårdnadshavare att träda i de naturliga föräldrarnas ställe därest barnets bästa påkallar sådan substituering.

b. *Förmynderskapet* för minderårigt adoptivbarn tillkommer adoptanten. Om förmynderskapets handhavande när adoptanten dör eller adoptionsförhållandet häves genom rättens beslut gäller detsamma som i fråga om vårdnaden.

c. *Underhållsskyldigheten* åligger adoptanten, men de naturliga föräldrarna ha dock subsidiär underhållsplikt. När moder till utomäktenskapligt barn adopterar detta, blir hon primärt underhållsskyldig och den som är presumtiv fader behöver endast i andra hand försörja barnet. I händelse faderskapet erkänts, äro moderns och faderns plikter lika gentemot barnet, men i inbördes förhållande fördelas underhållsbördan proportionellt alltefter varderas förmåga att bidraga till underhållet.

d. Adoptivbarn erhåller adoptantens *släktnamn,* såframt ej rätten tillåter att adoptivbarnet behåller sitt förra namn, antingen ensamt eller i förening med det nya (5 §).

Den som adopteras av makar gemensamt förvärvar adoptivfaderns släktnamn (arg. ÄL 32 § 2 mom.). Om hustrun vid äktenskapets ingående förbehållits rätt att i förening med mannens namn bära det namn hon hade som ogift (ÄL 32 § 1 mom.), kan detta namn således icke överflyttas på det gemensamma adoptivbarnet. Jfr den nya svenska namnlagen 3 §.

Intet hinder möter för att utomäktenskapligt barn förbehålles moderns släktnamn då detsamma adopteras av fadern. Jfr ovan 24 § VII 1.

Om adoptionsförhållandet häves, förlorar adoptivbarnet det släktnamn som erhållits genom adoptionen och återförvärvar sitt tidigare namn. Rätten äger dock medgiva att barnet må behålla det genom adoptionen förvärvade namnet (12 §).

Vid adoptionsförhållandets hävande kan barnet således endast på därom gjord framställning berättigas att fortfarande bära adoptantens namn. Regeln motsvarar den som tidigare gällde för frånskild hustru. Numera tillkommer hustru principiellt rätt att välja mellan det genom äktenskapet förvärvade namnet och det släktnamn hon hade såsom ogift; endast i vissa undantagsfall är valrätten utesluten (ÄL 84 §, ovan 18 § IV 1, 19 § VI). Enligt den nya svenska namnlagen bedömas adoptivbarnets rätt att behålla adoptantens namn efter adoptionsförhållandets hävande och hustruns rätt till mannens släktnamn efter äktenskapets upplösning efter lika principer, såframt i fråga om hustru det fall föreligger att äktenskapet upplöses genom återgångsdom. Hon behåller (enligt namnlagens 15 §) icke mannens och adoptivbarnet icke adoptantens släktnamn, med mindre rätten medgiver det då synnerliga skäl äro därtill.

e. Mellan adoptant och adoptivbarn är äktenskap förbjudet så länge adoptionsförhållandet fortbestår (6 §).

Jfr om detta äktenskapshinder ovan 7 § II 4.

3. I enlighet med den omförmälda allmänna principen tillkommer adoptivbarnet *arvsrätt* efter adoptanten och vice versa (7, 8 §). Är adoptivbarn dött, taga dess bröstarvingar den del av arvet som skolat tillkomma adoptivbarnet (8 § pr., ÄB 17:1, 2). Har åter adoptanten avlidit före adoptivbarnet, träda icke adoptantens släktingar i hans ställe i vidare mån än att hans bröstarvingar äga taga egendom intill värdet därav vad adoptivbarnet av adoptanten fått i arv (legalt eller testamentariskt arv, 8 § 2 mom.). Härigenom kompenseras den inskränkning i bröstarvingars arvsrätt som är en följd av adoptionen. I övrigt ärves adoptivbarnet i så fall av sina släktingar.

Enär adoptionsbarnets släkting icke ärver adoptanten eller adoptantens släkting adoptivbarnet i andra fall än nyss nämnts (bröstarvingars rätt till arv), tager adoptivbarnet icke arv efter adoptantens fader när adoptanten avlidit före honom. HD 1960 II 73.

Adoptivbarnet ärver adoptanten jämsides med adoptantens bröstarvingar. Det äger principiellt lika rätt som äktenskapligt barn. Dock är adoptivbarnet såtillvida sämre ställt att storleken av bröstarvingars laglotter beräknas som om någon adoption ej skett, medan i fråga om adoptivbarnets laglott bröstarvingarna tagas med i räkningen (ÄB 17:1, 2). Efterlämnar arvlåtaren en bröstarvinge och ett adoptivbarn, utgör den förres laglott alltså ½ och den senares ¼ av kvarlåtenskapen (ökad med värdet av bortgiven egendom enligt ÄB 17:3, 4). Genom adoptionen har arvlåtaren ej kunnat minska sina bröstarvingars laglotter även om arvslotterna undergå en minskning. Adoptionen liknar i detta avseende ett testamente.

Efterlevande adoptants arvsrätt avviker såtillvida från föräldrarnas, att han aldrig kommer att konkurrera med det avlidna barnets syskon såsom fallet är enligt ÄB 3 kap. då den ene av föräldrarna är död. Arvet efter barnet tillfaller adoptanten ensam. Om barnet adopterats av makar gemensamt och den ene av dem avlidit före adoptivbarnet, tager den efterlevande likaså arvet utan konkurrens med adoptivbarnets syskon. Men arvsrätten är i nämnda fall begränsad med av-

seende på objektet. Den omfattar icke egendom som adoptivbarnet av sin skyldeman fått i arv. Sådan egendom eller dess värde går till adoptivbarnets arvsberättigade skyldemän (8 § 1 mom.).

Mellan adoptantens och adoptivbarnets släktingar förekommer ej arvsrätt.

Adoptionen minskar ej den arvsrätt som på annan grund kan tillkomma adoptivbarnet i förhållande till adoptantens släktingar och omvänt. Avser adoptionen trolovningsbarn av adoptanten eller barn som i föreskriven ordning erkänts av honom, tager adoptivbarnet arv efter faderns släktingar och ärves av dem utan hinder av adoptionen. Likaså förblir arvsrätten mellan adoptivbarnet och dess moder eller mödernefränder oberörd. Bröstarvinges rätt till laglott åtnjutes av sådan bröstarvinge utan den inskränkning som gäller adoptivbarn.

VI. 1. Adoptionsförhållande stiftas för obestämd tid och det är inriktat på livslång gemenskap. Förhållandet är dock icke oupplösligt. Lagen tillåter att detsamma under vissa betingelser *häves.*

a. Sedan adoptivbarnet fyllt tjuguett år, kan överenskommelse om förhållandets hävande träffas av adoptanten och adoptivbarnet. I så fall skall rätten på ansökan av endera av dem häva adoptionsförhållandet, om anledning prövas föreligga därtill (10 §). Är endera sinnessjuk eller frånvarande och kan icke återvända inom skälig tid eller är hans vistelseort okänd, må överenskommelsen på hans vägnar träffas och ansökan göras av förmyndare eller godman (13 § 2 mom.).

Enligt svensk rätt förekommer ingen lämplighetsprövning från rättens sida, då ansökan göres av adoptant och adoptivbarn vilka äro ense om förhållandets hävande (föräldrabalken 4:10). Jfr *Walin* s. 81, *Malmström* s. 105.

b. Om också överenskommelse som nyss nämnts ej träffats, kan adoptionsförhållandet — efter ansökan av adopivbarnet eller, om detta är minderårigt eller sinnessjukt, av förmyndarnämnd eller godman — av rätten hävas, om adoptanten grovt förgått sig mot adoptivbarnet eller i märklig mån försummat sina plikter mot det eller för ett lastbart eller brottsligt liv och barnets bästa fördenskull påkallar att förhållandet upphör, så ock om dess upphörande eljest är av väsentlig betydelse för barnet (11 § 2 mom.). De i lagen uppräknade hävningsskälen vilka anknyta till adoptantens beteende eller pliktuppfyllelse äro av den art att därigenom grundvalen för adop-

tantens och barnets gemenskap rubbats. Liknande orsaker kunna föranleda att vårdnad eller förmynderskap fråntages naturliga föräldrar för att anförtros åt annan person. Men även om intet är att anmärka emot adoptantens uppförande har hävande ansetts böra tillåtas om det *eljest* är av väsentlig betydelse för barnet att det genom adoptionen skapade förhållandet bringas att upphöra. Ha förhållandena efter adoptionen ändrats så att barnet genom att åter inträda i sin gamla släkt kan vinna avsevärda ideella eller materiella fördelar, synes adoptionsförhållandet kunna upplösas mot adoptantens vilja.

Så tolkas den motsvarande bestämmelsen i svenska föräldrabalken 4:9. Se *Walin* s. 79. Hävningen kan dock i detta fall verka stötande mot adoptanten, varför domaren bör i sin prövning iakttaga stor varsamhet på det att icke adoptionen skall komma att framstå som en rättshandling med *ius poenitentiae* — rätt att åtra sig — för den som i behörig ordning adopterats eller på dennes sida genom sitt samtycke medverkat därtill.

c. Även adoptanten kan få adoptionsförhållandet hävt utan att överenskommelse träffats därom. Men hävningsskälen äro för hans vidkommande mera inskränkta än beträffande adoptivbarnet. Någon generalklausul står icke honom till buds utan han äger påkalla hävande allenast om adoptivbarnet grovt förgått sig mot honom eller medlem av hans familj eller om adoptivbarnet för ett lastbart eller brottsligt liv (11 § 2 mom.).

För fallgrupperna b och c gäller att, om barnet är adopterat av makar, adoptionsförhållandet kan hävas beträffande båda makarna, ändock att blott den ene av dem givit anledning därtill eller ansökt om hävandet (11 § 3 mom.).

Enligt svensk rätt kan adoptant påkalla förhållandets hävande även i det fall att adoptivbarnet finnes lida av sinnesslöhet, annat svårt själsligt eller kroppsligt lyte eller svårartad sjukdom som kan antagas härröra från tiden före adoptionen, utan att adoptanten då ägde vetskap därom. Ansökan om hävandet skall göras inom fem år efter adoptionen. Se svenska föräldrabalken 4:8, *Walin* s. 75 ff. Stadgandet påminner om ÄL 67 och 68 § som innehålls regler om återgång av äktenskap.

2. Om laga domstol i ärende angående adoptionsförhållandets hävande gäller detsamma som i fråga om antagande av adoptivbarn (16 §, ovan IV 2). Behörig är sålunda i allmänhet domstolen i adoptantens hemvist, oavsett om ansökan göres av adoptant eller adoptivbarn resp. förmyndare eller godman.

Vid ärendets handläggning skall rätten lämna alla dem tillfälle att yttra sig vilkas samtycke eller hörande vore för adoptionen erforderligt (14 § 3 mom.). Allmän åklagare bör höras och han äger söka ändring i rättens beslut (15 §).

3. Då adoptionsförhållande häves genom rättens beslut, upphör adoptionens verkan så snart beslutet vunnit laga kraft (12, 17 §). Adoptionen blir icke omintetgjord från början, utan dess verkan upphör blott för framtiden. Denna ändring i parternas förhållande är i princip total, »all verkan» skall upphöra (cit. §). Det genom adoptionen förvärvade namnet får dock behållas om rätten tillåter det för att med hänsyn till adoptionstidens längd oskälig skada eller olägenhet icke skall tillfogas adoptivbarnet genom namnbyte (jfr ovan V 2 d). Vårdnadens upphörande medför att den övergår på barnets naturliga föräldrar såvida ej rätten annorlunda förordnar (ovan V 2 a).

VII. Om hävande av adoptionsförhållande är att skilja undanröjande av lagakraftvunnet adoptionsbeslut i anledning av att beslutet meddelats utan iakttagande av de lagstadgade förutsättningarna för adoption. Såsom tidigare påpekats kan adoptionen icke på sådan grund angripas medelst talan i skild rättegång (ovan I). En omprövning av slutgiltigt beslut i adoptionsärende är beroende av möjligheten att göra bruk av sådant extraordinärt rättsmedel varom stadgas i 31 kap. rättegångsbalken. I anseende till att adoption medför ändring av barnets status med verkan mot alla synes stadgandet om klagan över domvilla i RB 31:1, såvitt det avser dom mot frånvarande som ej blivit rätteligen stämd eller ock dom varigenom någon, som ej blivit hörd i målet, lider förfång, kunna analogiskt tillämpas i händelse adoption beviljats utan erforderligt samtycke av berörda personer. Likaså torde reglerna om återbrytande av lagakraftvunnen dom (s.k. resning) i RB 31:7 vinna analogisk tillämpning, utan hinder av att den som påyrkar beslutets undanröjande såsom oriktigt icke är part i egentlig bemärkelse utan en person vars rättsläge lidit intrång i följd av ett beslut hörande till den frivilliga rättsvården. Därest någon vill göra gällande att förefintligt samtycke till adoptionen ej var giltigt eller att det återkallats, kan således adoptionsbeslutet efter ansökan undanröjas av högsta domstolen.

Därigenom att beslutet undanröjes enligt reglerna om extraordinära rättsmedel förlorar adoptionen sin verkan på barnets familjerättsliga ställning från början.

Jämväl i svensk doktrin och praxis har det ansetts att de extraordinära rättsmedlen äro tillgängliga i och för undanröjande av adoptionsbeslut. Se *Walin* s. 66 f,. 69.

Bihang I. — Ny kyrkolag.

XIX ordinarie allmänna kyrkomötet (1963) har antagit ett förslag till ny kyrkolag. Detta lagförslag kommer att föreläggas 1964 års riksdag.

9 kap. i den nya kyrkolagen har följande lydelse:

9 kap. Vigsel till äktenskap.

55 §. De, vilka vilja ingå kyrkligt äktenskap, skola, på sätt i kyrkohandboken föreskrives, till äktenskap sammanvigas.

Civiläktenskap skall på anhållan välsignas, på sätt i kyrkohandboken säges.

56 §. Lysning till äktenskap utfärdas av kyrkoherden i den församling, där kvinnan är kyrkskriven.

Lysning må ej utfärdas:[1]

1) då endera, mannen eller kvinnan, ej tillhör kristligt trossamfund;

2) då medlem av kyrkan, som anhåller om lysning, icke genomgått skriftskola; eller

3) då enligt allmän lag hinder för äktenskapet eller för kyrklig vigsel föreligger.

57 §. Lysning till äktenskap skall vid högmässa tillkännagivas samt anslås, på sätt därom särskilt stadgas.

58 §. Vigsel förrättas av präst, sedan lysning skett, såvitt icke omständighet, som skulle utgöra hinder för äktenskapet, är känd.

Vid vigselförrättningen skola minst två vittnen närvara.

59 §. Vigsel må förrättas i kyrka, hemma eller annorstädes, allt efter som vederbörande med prästen överenskomma.

---

[1] Jfr ovan s. 43.

Bihang II. — Regeringens proposition med förslag till ny 40 a § äktenskapslagen.

Till s. 97 f.

Praxis i högsta domstolen har varit vacklande beträffande frågan, huruvida överträdelse av vårdnadsregeln i ÄL 37 § kan medföra ogiltighetspåföljd då make genom gåva till tredje man otillbörligen minskat sitt giftorättsgods andra maken till förfång. Regeringen har därför funnit sig föranlåten att överlämna till riksdagen — utan remissbehandling — en proposition angående ändring av äktenskapslagen (prop. 1963: 149). Propositionen syftar till att genom en särskild äktenskapsrättslig generalklausul, som skulle intagas i en ny 40 a § äktenskapslagen, göra det möjligt att påkalla återbäring av otillbörlig gåva när gåvotagaren varit i ond tro och det visar sig att gåvogivarens make, som har giftorätt i givarens egendom, ej kan vid avvittringen efter äktenskapets upplösning eller hemskillnad utfå fullt vederlag av givarens behållna egendom. Den nya lagen skulle hänföra sig till gåva av lös egendom varför avtalslagens generalklausul (AvtL 33 §) ej mer behövde åberopas i andra fall än dem där gåvan avser fast egendom i gestalt av en rättshandling som faller utanför 38 § äktenskapslagen.

Lagförslagets allmänna syfte är fullt berättigat, men det är att beklaga att förslagets innehåll i många punkter ger anledning till vägande anmärkningar. Betänklig är redan den omständigheten att de nya reglerna, tillämpade efter ordalydelsen, skulle leda till att talan mot gåvotagaren aldrig kunde väckas *före avvittringen.* Frågan om gåvans giltighet är emellertid av prejudiciell betydelse för avvittringen och fördenskull borde åtminstone fastställelsetalan kunna anställas förrän avvittring skett. Vidare är att bemärka att den nya 40 a § bryter mot grundsatsen att *samtycke* av andra maken utplånar rättshandlingens otillbörlighet. Återkrav kunde framställas även om andra maken i de fall som avses i ÄL 39 § icke väckt talan inom den i detta lagrum utsatta tiden och han sålunda genom sin passivitet godkänt rättshandlingen. De nya reglerna bortse jämväl från grundsatsen att make endast beträffande sådan sin egendom vari andra maken har *giftorätt* är underkastad vårdnadsskyldighet. Lagrummet hindrar nämligen ej, åtminstone ej uttryckligen, att även gåva av *giftorättsfri* egendom kan återfordras om det bortgivna giftorättsgodset icke påträffas hos mottagaren och denne ej förmår ersätta dess värde. Den som i gåva mottagit giftorättsfri egendom kunde i så fall krävas på återbäring därav, vilket är oförenligt med ÄL 37 § som man icke avsett att ändra. Beträffande *gåvoutfästelser* (promissoriska gåvor) går den nya lagregeln efter ordalydelsen så långt att gåvan blir ogiltig ehuru gåvotagaren handlat i god tro. Dessa och andra felaktigheter i lagförslaget ha närmare behandlats i annat sammanhang, se *Hakulinen,* Kritik av förslaget till ny 40 a § äktenskapslagen, JFT 1963 s. 320 ff.

Riksdagens lagutskott har i sitt betänkande (nr 11) icke uppmärksammat felaktigheterna, blott med det undantaget att förslaget om ändring av KS 46 § avvisades. Propositionen innehöll nämligen en regel om återvinningsrätt för den förfördelade makens borgenärer, varvid förslagets författare utgått från oriktiga förutsättningar (närmare JFT s. 327 f.). Att detta ändringsförslag ogillades var på sin plats, om också de påminnelser som stå att finna i lagutskottets betändande icke träffade sakens kärna.

Lagutskottet önskade tillägga lagförslaget en bestämmelse enligt vilken den nya lagen ej finge tillämpas på rättshandlingar från tid före lagens ikraftträdande. Härvid förbisågs att lagförslaget hade i sikte gåvor till tredje man i *ond tro*. Någon tvekan kan ej råda om att dylika gåvor icke åtnjuta skydd enligt RF 6 §. Utskottet synes ha blivit vilselett av förslagets stadgande om gåvoutfästelser. Stadgandet är i propositionen oriktigt avfattat i det man underlåtit att omnämna att gåvoutfästelsen avgivits under sådana omständigheter som avses i 1 mom. av paragrafen. Uti svenska GB 6 kap. 6 a § vilken tjänat som förebild utsäges detta uttryckligen och meningen är att såväl givaren som gåvotagaren måste ha handlat i ond tro. I stället för att rätta det iögonenfallande misstaget i regeringens proposition har utskottet i den tron att lagen bör gälla även gåvoutfästelser till godtroende tredje man genom sitt tillägg befäst misstaget och riksdagen, som förenat sig om uskottets betänkande, har tillskapat en lag som är längregående än ändamålet förnuftigtvis krävt.

De fel som vidlåda lagen äro så uppenbara att rättande lagtolkning måste i görligaste mån tillgripas för tillvaratagande av allmänna rättsprinciper om lagen stadfästes och riksdagen icke sättes i tillfälle att ompröva saken på grund av ett reviderat lagförslag.

Bihang III. — Fjärräktenskap.

Till s. 158 f.

Med anledning av 1 art. andra stycket i förslaget till Convention on Consent to Marriage må erinras om gängse konventionspraxis i sådana fall där en internationell överenskommelse innehåller dels absoluta bestämmelser, dels föreskrifter från vilka undantag får göras i en konventionsstats nationella lag, vare sig generellt eller inom angivna gränser. Är en bestämmelse av sistnämnda beskaffenhet framhäves detta uttryckligen i konventionstexten (»det är förbehållet konventionsländerna att . . . », jfr t.ex. de talrika förbehållen i artiklarna av Bernkonventionen om upphovsrätt). Nämnda andra stycket i art. 1 har icke skrivits på så sätt utan däri uttalas förbehållslöst att utan hinder av vad i första stycket sägs personlig närvaro icke är nödvändig för ena parten i händelse omständigheterna äro exceptionella och denne meddelat sitt samtycke till äktenskapet inför en annan behörig myndighet. Betydelsen härav för artikelns tolkning har framhållits av Kommittén för internationell privaträtt i en

promemoria till justitieministeriet d. 25 jan. 1964. Det är en annan sak att andra stycket i artikeln kanske hade fått en annan utformning om man vid dess avfattande noga beaktat vedertagen konventionspraxis och att artikeln i sin nuvarande lydelse således möjligen går längre än meningen varit.

Äktenskap som slutes i närvaro av ena parten allena medan andra partens samtycke överbringas genom »fullmäktig», brukar man kalla fjärräktenskap, *marriage by proxy, Handschuhehe.* Dylika äktenskap äro tillåtna i åtskilliga katolska länder (se bl.a. italienska cod. civ. art. 111) och understundom även annorstädes (Holland, Polen, Jugoslavien). Jfr *Raape,* Internationales Privatrecht, 5 uppl. s. 250 f., *Deuchler,* Festschrift Raape s. 83.

Bihang IV. — Förslag till Regeringens proposition om ändring av lagen angående vissa familjerättsliga förhållanden av internationell natur. [1]

De internationellt privaträttsliga bestämmelserna om äktenskapsskillnad i lagen den 5 december 1929 angående vissa familjerättsliga förhållanden av internationell natur och rättstillämpningen på grund av dessa bestämmelser ha på senare tid givit anledning till rättspolitisk kritik. Orsaken härtill har varit att enligt lagens ståndpunkt skillnad i vissa äktenskap, där ena maken är utlänning, ej kunnat ernås oaktat förutsättningarna till äktenskapets upplösning jämlikt den finska äktenskapslagen varit för handen. Uppmärksamhet har väckts i synnerhet av fall då finsk kvinna trätt i äktenskap med en medborgare i sådan stat vars lag överhuvud ej medger äktenskapsskillnad.

Vid det beredningsarbete beträffande internationella familjerättsliga förhållanden, som utmynnade i ovannämnda lag, syftade man till att i alla väsentliga punkter följa 1902 års Haagkonvention rörande äktenskapsskillnad oaktat Finland ej anslutit sig till densamma (Lagb försl. 1927:4 s. 23). Medborgarskap blev sålunda den centrala grunden för bestämmande av tillämplig lag också när det gällde upplösning av äktenskap. Den till medborgarskap anknytande lagen tillmättes så stor vikt att beviljande av äktenskapsskillnad i Finland mellan makar, vilka tillhörde främmande stat eller av vilka endera var utlänning, jämlikt lagberedningens förslag tilläts blott om orsak till skillnaden var för handen såväl enligt lagen i vardera makens hem-

---

1 Förslaget har utarbetats av Kommittén för internationell privaträtt (Y. J. Hakulinen, Heikki Jokela) och överlämnats till justitieministeriet d. 15 okt. 1962.

Jfr *Hakulinen,* Kansalaisuusperiaatteen soveltamisesta avioeroasioissa, LM 1960 s. 187 ff., Observations sur les conflits de lois en matière de divorce d'après le droit finlandais, De Conflictu Legum, Leiden 1962, s. 194 ff.

land som enligt finsk lag. Tillika ansåg man att erkännande i Finland av beslut om äktenskaps upplösning eller hemskillnad, som meddelats i främmande stat, skall vara beroende därav att beslutet tillerkännes giltighet i vardera makens hemland. Vid utarbetandet av lagen strävade man således till att i görligaste mån uppnå internationell enhetlighet i fråga om beslut rörande upplösning av äktenskap och ansåg sig fördenskull kunna godtaga att skillnad i vissa fall av äktenskap med utlänning förvägrades trots att i motsvarande situationer med anknytning allenast till eget land äktenskapsskillnad var tillåten. Den slutliga lagen avviker icke från förslaget. Långtgående kumulativ tillämpning av olika lagar innebär att där endera maken tillhör en stat, vars lag ej alls medger äktenskapsskillnad, äktenskapet förblir praktiskt taget oupplösligt utan hänsyn till vad andra makens lag stadgar om saken.

Omfattandet av Haagkonventionens grundsatser hade icke krävt ett så fullständigt beaktande av olika lagar som i 1929 års lag är föreskrivet. Art. 2 i konventionen uppställer visserligen som villkor för utverkande av äktenskapsskillnad, att skillnad är tillåten och skillnadsskäl för handen såväl enligt makarnas nationella lag som enligt domstollandets lag, men av art. 8 framgår att man med nationell lag avser, då makarna ej äro medborgare i samma stat, deras senaste gemensamma nationella lag. Frågan om tillämplig lag har sålunda lämnats öppen för den händelse att makarna under hela den tid äktenskapet bestått tillhört olika stater, och konventionen har tolkats så, att de fördragsslutande staterna äga fritt bestämma därom i sin egen lagstiftning. I enlighet härmed har man i den svenska lagen av år 1904 angående internationella familjerättsliga förhållanden föreskrivit att förutsättningarna för äktenskaps- eller hemskillnad i dylika fall äro att bedöma som om vardera maken vore medborgare i den stat mannen tillhör.

Jämväl de stater, som anslutit sig till Haagkonventionen, ha således utan hinder av konventionen kunnat avgöra lagkonflikter medelst regler, vilka trots den negativa ståndpunkt beträffande äktenskapsskillnad som intages av andra makens nationella lag icke leda till ett lika strängt skillnadsförbud som ifrågavarande finska lag.

Även om Haagkonventionen tolkas på sätt ovan nämnts, kan konventionen icke anses tillfredsställande i synnerhet vad beträffar äktenskap, som domstollandets egen medborgare ingått med en medborgare i sådan stat vars lag förbjuder äktenskapsskillnad. Sverige sade upp konventionen redan år 1934 för att bli i tillfälle att vidkommande svenska medborgare reglera den på utlänningsäktenskap tillämpliga lagen i överensstämmelse med svensk rättsuppfattning. Lagen angående internationella familjerättsliga förhållanden underkastades en sådan ändring, att svensk medborgare, om han sedan minst ett år har hemvist i Sverige, äger rätt att få frågan om äktenskapsskillnad eller hemskillnad prövad allenast enligt svensk lag. Jämväl övriga fördragsslutande stater ha strävat till att i nämnda delar taga avstånd från konventionens grundsatser. Sålunda har Tysk-

land, efter att ha sagt upp konventionen samma år som Sverige, ändrat sin lag på så sätt, att förutsättningarna för beviljande av äktenskapsskillnad åt kvinna, som vid tiden för skillnadsbeslutet är tysk medborgare, skola prövas uteslutande enligt tysk lag.

Den stegrade frekvensen av internationella förbindelser har även för Finlands vidkommande medfört en ökning i antalet av sådana äktenskap, i vilka ena maken är finsk medborgare och andra maken medborgare i en stat, vars lag ej medger äktenskapsskillnad. Tillämpningen av nationalitetsprincipen, såsom denna utformats i gällande lag, har lett till att make i dylikt äktenskap lämnats utan tillbörligt rättsskydd även i den händelse att äktenskapet mellan en här bosatt finsk kvinna och hennes utländska man i själva verket blivit upplöst till följd av att hon övergivits av mannen. Vid sådana tillfällen, vilka nära beröra landets egna medborgare, har man i högsta domstolens lagskipning av den negativa ståndpunkt, som mannens lag intager med avseende på äktenskapsskillnad, slutit sig till att absolut hinder möter såväl för äktenskapsskillnad som för hemskillnad. Det härigenom tillskapade sakläget står i strid med den grundåskådning rörande upplösning av äktenskap, som utmärker vår lagstiftning och som borde vara avgörande vid lagskipningen i fråga om finsk medborgares äktenskap med utländsk undersåte.

Oupplöslighet av äktenskap i dylika fall innebär för berörda medborgare i vårt land oskäliga personliga begränsningar, som ej ha någon motsvarighet i medborgarstatens äktenskapsrätt och som i övriga länder, i vilka lag medger äktenskapsskillnad, merendels avskaffats genom internationellt privaträttsliga lagstadganden. Fördenskull finnes anledning att vidtaga nödiga ändringar i 1929 års lag angående vissa familjerättsliga förhållanden av internationell natur. Enligt Regeringens uppfattning kan man härvid i huvudsak ansluta sig till den ståndpunkt, vilken omfattats av gällande svensk lag och över vilken ovan redogjorts.

De härav föranledda ändringarna hänföra sig till *10* § i 1929 års lag. Finsk medborgare, man eller kvinna, som ingått äktenskap med medborgare i främmande stat, äger enligt paragrafens nya 2 mom. under särskilda villkor påkalla att frågan om äktenskapsskillnad eller hemskillnad skall oavsett innehållet av andra makens nationella lag prövas allenast enligt finsk lag. Förutsättningen är dels att make, som framställer yrkandet, trots äktenskapet bibehållit sitt finska medborgarskap eller ock återvunnit detsamma eller eljest efter äktenskapets ingående blivit finsk medborgare, dels att därjämte den särskilda anknytningen till finskt rättsområde föreligger att make under viss tid innan yrkandet framställes haft hemvist i Finland. I sistnämnda avseende föreslås en tidslängd av ett år, varvid förutsättes att make ännu vid yrkandets framställande fortfar att vistas här i landet. Av paragrafens 3 mom. åter framgår att vid bedömande av orsaken till skillnad hänsyn ej skall tagas till det som inträffat under den tid make var medborgare i främmande stat, såframt ej skillnad på samma eller ock annan grund kunnat beviljas jämväl enligt där gällande lag.

Denna begränsning gäller i synnerhet sådana fall där make i följd av äktenskapet förlorat sitt finska medborgarskap men sedermera återförvärvat detsamma enligt reglerna i lagen den 9 maj 1941 om förvärvande och förlust av finskt medborgarskap. Det må nämnas, att den som tidigare varit finsk medborgare kan på ansökan återvinna finskt medborgarskap utan att sökanden under de närmast föregående fem åren haft sitt bo och hemvist i Finland, vilken förutsättning eljest i allmänhet bör vara uppfylld för att ansökan om förvärvande av medborgarskap skall kunna bifallas (nämnda lag 6 §).

Det i 2 mom. upptagna stadgandet utgör en särregel som ej nödvändiggör en ändring av nuvarande 1 mom., vilket således i lagförslaget bibehållits oförändrat, dock att ett omnämnande av hemskillnad tillagts. Vill finsk medborgare icke åberopa den nya regeln i 2 mom., bedömes frågan om skillnad enligt 1 mom. av förevarande paragraf.

Beslut om äktenskapsskillnad eller hemskillnad, som meddelats i främmande stat, kan enligt *11 §* i 1929 års lag, såframt beslutet avser utlänningar av vilka endera tillhör annan stat än den, där beslutet meddelats, ej tillerkännas giltighet i Finland, med mindre beslutet kan vinna erkännade i vardera makens hemland. Av den nya regeln i lagförslagets 10 § 2 mom. måste anses följa att även ett skillnadsbeslut av myndighet i främmande stat, vilket meddelats med tillämpning av lagregler motsvarande dem som upptagits i nämnda stadgande, kan här i riket erkännas. Har exempelvis svensk kvinna, som enligt den motsvarande regeln i svenska lagen om vissa familjerättsliga förhållanden av internationell natur vunnit äktenskapsskillnad trots att lagen i mannens hemland (Italien, Spanien) ej medger upplösning av äktenskap, bör den svenska domen, vilken bygger på samma rättsåskådning som den finska lagen, naturligen tillerkännas giltighet i Finland och den svenska kvinnan äger således utan en ny skillnadsprocess här i riket, såvitt en sådan i betraktande av makarnas nationalitet och hemvist överhuvudtaget kunde här genomföras, ingå äktenskap med finsk medborgare. En komplettering av ifrågavarande lagrum synes därför vara av nöden. Det nya 3 mom. gör det möjligt att tillerkänna utländskt skillnadsbeslut giltighet till förmån för frånskild make, då beslutet på yrkande av honom meddelats under förutsättningar väsentligen motsvarande dem som enligt 10 § 2 mom. gälla för kompetensen av finsk myndighet.

Prövningen av frågan huruvida dylik motsvarighet kan anses föreligga bör ombetros samma myndighet som det tillkommer att stadfästa i främmande stat meddelade beslut angående upplösning av finsk medborgares äktenskap. Utan stadfästelse skall den frånskilde i förevarande fall ej äga sluta nytt äktenskap i Finland och stadfästelse skall i allmänhet kunna meddelas endast på dens ansökan vars hemlands lag ligger till grund för skillnadsbeslutet. En föreskrift härom har upptagits i *12 § 3 mom.* Var den, som utverkat skillnadsbeslutet i sitt hemland, gift med en person, vilken är finsk medborgare, bör likväl även denne vara befogad att söka stadfästelse. Vid bedömande av hans ansökan skall 2 mom. i paragrafen beaktas.

Det i lagrummet nämnda villkoret, att för åtgärd, som det utländska beslutet innebär, finsk lag kunnat åberopas, kan i onödan försvåra den finska medborgarens omgifte och stadgandet bör därför omformuleras så, att stadfästelse möjliggöres även om de sakliga förutsättningar på vilka det utländska beslutet beror i en mindre väsentlig punkt avvika från vad finsk lag fordrar.

Enligt gällande lag skall stadfästelse av beslut, som i främmande stat meddelats angående upplösning av finsk medborgares äktenskap, sökas hos Åbo hovrätt (13 §). Efter tillkomsten av 1929 års lag har en ny hovrätt inrättats med säte i rikets huvudstad och det förefaller därför naturligt att ifrågavarande ärenden böra överflyttas till denna domstol.

Till hemskillnad, vilken i finska äktenskapslagen vunnit erkännande först efter tillkomsten av 1929 års lag, har nödig hänsyn tagits vid avfattandet av ovannämnda paragrafer i lagförslaget. Även 8 § är till följd härav i behov av omformulering. Tillika bör stadgandet i paragrafens 3 mom. rättas så, att förbehållet om exklusiv kompetens i utländsk lag förutsättes endast avse fall då båda makarna äro medborgare i ifrågavarande stat. Ändringen av 14 § är enbart av formell art och avsedd att bringa den finskspråkiga lagtexten i överensstämmelse med den sakligt riktiga ordalydelsen av paragrafens 2 och 3 mom. i den svenskspråkiga lagen.

På grund av vad ovan anförts förelägges Riksdagen till antagande följande lagförslag:

Lag

om ändring av lagen angående vissa familjerättsliga förhållanden av internationell natur.

I enlighet med Riksdagens beslut ändras lagen den 5 december 1929 angående vissa familjerättsliga förhållanden av internationell natur (379/29) 8, 10, 11, 12, 13 och 14 § på sätt nedan följer:

2 kap.

Äktenskaps upplösning.

8 §. Talan om återgång av äktenskap mellan makar, vilka tillhöra främmande stat eller av vilka endera är utlänning, må här i riket upptagas blott om den make, mot vilken talan väckes, här har sitt hemvist.

Vad ovan sägs äge tillämpning även på talan om äktenskapsskillnad och hemskillnad. Sådan talan må dock här föras jämväl i händelse makarna senast samtidigt haft hemvist i Finland, men den make, mot vilken talan väckes, övergivit den andra eller, efter det orsak till skillnad uppstått, flyttat ur riket.

Är i den stat make tillhör åt inhemsk myndighet förbehållet att pröva talan om upplösning av äktenskap eller om hemskillnad mellan sagda stats medborgare, må sådan talan i Finland upptagas blott om behörig domstol för målets prövning ej finnes i den staten.

Oberoende av vad ovan sägs, må äktenskaps upplösning eller hemskillnad här städse yrkas av finsk medborgare samt återgång av äktenskap jämväl av kvinna, som vid tiden för äktenskapets slutande var finsk medborgare.

10 §. Äktenskapsskillnad eller hemskillnad mellan makar, vilka tillhöra främmande stat eller av vilka endera är utlänning, må här i riket beviljas blott om orsaken till skillnaden är för handen såväl enligt lagen i vardera makens hemland som enligt finsk lag.

Är ena maken finsk medborgare och har han sedan minst ett år hemvist i riket, må likväl på yrkande av honom äktenskapsskillnad eller hemskillnad beviljas sålunda att allenast finsk lag tillämpas.

Har make förut tillhört annan främmande stat än i 1 mom. avses, må ej för vinnande av äktenskapsskillnad eller hemskillnad åberopas vad som under den tiden inträffat, om ej skillnad på sådan eller annan grund kunnat beviljas jämväl enligt där gällande lag. Vad nu sagts, äge motsvarande tillämpning, då i fall som avses i 2 mom. den make vilken påyrkar skillnad förut varit medborgare i främmande stat.

11 §. Beslut om äktenskaps upplösning eller hemskillnad, som i främmande stat meddelats beträffande medborgare i samma stat, skall i Finland tillerkännas giltighet.

Är fråga om makar, vilka båda äro utlänningar och av vilka båda eller endera tillhör annan stat än den, där nu avsett beslut meddelats, skall beslutet tillerkännas giltighet i Finland, om det kan vinna erkännande i vardera makens hemland.

Beslut om äktenskapsskillnad eller hemskillnad, vilket i främmande stat meddelats med tillämpning av där gällande lag då allenast endera maken tillhört den staten, må här erkännas som giltigt, såframt beträffande denna make sådana förutsättningar varit för handen, som väsentligen motsvara de i 10 § 2 mam. angivna.

12 §. Beslut, som i främmande stat meddelats angående upplösning av finsk medborgares äktenskap, skall här hållas för giltigt blott om det blir behörigen stadfäst i Finland.

Förutsättning för sådan stadfästelse är, dels att det med motsvarande tillämpning av vad i 8 § är stadgat om finsk myndighets behörighet att pröva talan om upplösning av äktenskap mellan utlänningar eller ock med hänsyn till stadgandet i 11 § 3 mom. finnes hava tillkommit myndighet i den stat, där beslutet meddelats, att upptaga målet, dels att grunden för sådan åtgärd, som beslutet innebär, väsentligen överensstämmer med finsk lag.

I vad angår frånskild makes rätt att träda i nytt äktenskap, må i 11 § 3 mom. avsett beslut om äktenskapsskillnad, försåvitt det åsyftar annan än finsk medborgare, vinna tillämpning endast såtillvida som

detsamma på ansökan av den, på vars hemlands lag beslutet grundats, här i behörig ordning stadfästs för hans nya äktenskap.

13 §. Ansökan om stadfästelse av beslut, varom i 12 § sägs, skall göras hos Helsingfors hovrätt; och pröve hovrätten, om de i paragrafen avsedda förutsättningarna äro för handen. I hovrättens beslut må ändring ej sökas.

3 kap.

Makars rättsförhållanden.

14 §. Makars personliga rättsförhållanden skola bedömas enligt lagen i den stat makarna tillhöra. Äro de icke medborgare i samma stat, må den ena ej anses hava större befogenhet gentemot den andra än varderas hemlands lag medgiver.

Ett äktenskaps rättsverkningar i fråga om makarnas förmögenhetsförhållanden bestämmas, med nedan i 16 § angivna förbehåll, av lagen i den stat mannen vid äktenskapets ingående tillhörde.

Beträffande hustrus rättsliga handlingsförmåga tillämpas, med enahanda förbehåll, lagen i den stat hon tillhör, såvitt ej annat följer av stadgandet i 2 mom.

Bihang V. — Förslag till ny ärvdabalk.

Regeringen har till riksdagen överlämnat en proposition innehållande förslag till ny ärvdabalk (prop. 1964:6).

Till s. 87, 137.

Enligt propositionen skulle makes arvsrätt, då bröstarvingar ej finnas, ordnas på samma sätt som enligt kommittébetänkandet av år 1962, vilket betänkande är en nästan ordagrann upprepning av vad en avdelning av lagberedningen föreslagit år 1959 (Helge Halme och Pentti Kurkela, Lagb försl. 1959:4). Den i förslagen omfattade proportionalitetsprincipen som delningsnorm vid efterlevande makens död kan, såsom redan påpekats (s. 87), leda till att även sådan den efterlevandes egendom som jämlikt äktenskapsförord eller lag varit undandragen giftorätt skall avstås åt den förstavlidnes fjärmare släktingar. Då man i förslagen bortlämnat den av lagberedningen tidigare (1935 och 1938) föreslagna regeln enligt vilken efterlevande make kunde när som helst yrka skifte för att förekomma dylika följder, står propositionen i strid med RF 6 §.

Om propositionen är så att förstå att makes arvsrätt utesluter avvittring av makarnas egendom resp. skifte av deras samfällda bo, ville det synas som om den efterlevande ej behövde med sin egendom svara för andra makens gäld. Så vore emellertid icke förhållandet, ty den efterlevande ådrager sig genom att arvet tillträdes obegränsat

personligt ansvar för gälden. Detta ansvar undgås endast om kvarlåtenskapen efter den förstavlidne inom stadgad tid avträdes till urarvakonkurs. I denna konkurs äger den efterlevande undantaga sådan sin egendom som icke svarar för gälden, men oklart är huruvida make i äktenskap som ingåtts efter d. 31 dec. 1929 kan vägra att erlägga utjämning om hans nettoförmögenhet är större än den andres. Då make ärver den andre borde giftorättsanspråken egentligen betraktas som slocknade, men lagförslaget är så otydligt avfattat att det ej låter sig med visshet påstå att giftorättsanspråken icke återupplivas när urarvakonkurs inträffar. Enligt gällande rätt tillhör utjämningen icke konkursboet utan den dödes släktingar, men det kan ifrågasättas om detta även är propositionens ståndpunkt.

Till s. 228.

Enligt propositionen skulle parterna berövas möjligheten att själva utse godemän för avvittring. Godman borde alltid förordnas av domstol. Dessutom tillåter propositionen att avvittring företages av parterna själva, utan att någon godman blivit tillkallad. Båda dessa reformer te sig mindre motiverade. Eftersom till och med skiljemän må utses av parterna själva är det icke rimligt att förrättningsmän för avvittring och arvskifte endast skulle kunna förordnas av domstol. Helt privata skiften åter skulle i våra förhållanden ofta medföra att förrättningshandlingar äro dåligt avfattade och odugliga att tjäna som grund för lagfart. Med det nuvarande rättstillståndet är man nöjd och någon ändring är således icke påkallad.

Även i andra punkter innebära lagförslagets regler om arvskifte genomgripande avvikelser från gällande rätt och urgammal rättsuppfattning. Såsom delägare i skiftet skulle betraktas icke blott arvingarna och efterlevande maken utan även arvingarnas privata fordringsägare, således helt utomstående personer. Dessa skulle kunna yrka skifte och därvid motsätta sig varje sämjoskifte, blott de förete ett utdrag ur utmätningsmannens protokoll utvisande att gäldenärens arvslott antecknats som utmätt. Jämväll skattemyndigheter vore befogade att på detta sätt ingripa i skiftet oaktat skatten icke åvilar dödsboet utan arvingen personlighen. I inga tidigare lagförslag som hos förberetts före 1959 finnas liknande föreskrifter. Arvinges enskilda borgenärer skulle dessutom få det påtryckningsmedlet i sina händer att de kunde yrka boets överlåtande till förvaltning av boutredningsman. Sådan tvångsförvaltning vore ett konkursliknande tillstånd. Make och arvingarna berövades rätten att förvalta boet trots att tvångsförvaltning begärts av person för vars fordran boet icke svarar. Man behöver knappast påpeka att dylikt gynnande av privata borgenärer till skada för boet icke förekommer enligt andra nordiska lagar om arv. Förslagets regler om arvskifte och boutredning skulle i praktiken kunna leda till spoliering och splittring av ärvd egendom med ödesdigra följder särskilt för den jordbruksidkande befolkningen.

Jfr referatet av förf. föredrag vid årsmötet av Juridiska föreningens Vasa-avdelning i Hufvudstadsbladet d. 25 febr. 1964 första och sista sidan.

SAKREGISTER

A

Adoption: 276
Adoptionshindret: 34
Arbetsförtjänst: 80, 88, efter makes död 216, vid äktenskaps återgång 171, arbetslön mellan makar 62, 95, 116, 121
Arvejord: 73
Arvskifte: föryttringsavtal vid skiftet 91, godemäns ställning 226
Arvsrätt: adoptivbarns 283, utomäktenskapligt barns 265, 269
Avkastning: av enskild egendom 74, 216, av giftorättsfri egendom i nya äktenskap 86, redovisningsskyldighet 212
Avkomst se föreg.
Avtal: mellan makar i äldre äktenskap 113, i nya 117, gåvoförbud 118
Avtalslagen: generalklausulens tillämpning till skydd för giftorätt 97
Avvittring: 209, regler om gäldtäckning 216, beräknande av utjämning 220, boskifte i äldre äktenskap 224, godemän 225, vederlag 228

B

Barn: äktenskapligt 249, utomäktenskapligt 264, adoptivbarn 276
Barnatillsyningsman: 275
Bigamihindret: 30, 160
Blodgruppsbestämning: 254, 271
Blodskam: 32
Bohag: begränsningar av dispositionsrätt 92, 99, samäganderätt mellan makar 57
Borgen: förbudet i äldre rätt 143
Boskifte: 224
Boskillnad: 243
Bostad: bortflyttningsbeslut under rättegång 175, 194, 204; jfr Hyresavtal
Börd: äktenskaplig 249, utomäktenskaplig 264
Bördstalan: negativ 252, 272, positiv 272

D

Deliktsgäld: 141, 151, 155
Dödförklaring: 31, 175
Dövstumhet: som äktenskapshinder 37

E

Egendomsförvaltning: äldre äktenskap 88, nya 95, efter makes död 211
Egendomssystem: det legala systemet 68, äktenskapsförord 105

F

Faderskap: faderskapspresumtion 250, erkännande 265
Fallandesot: som äktenskapshinder 36
Falskt namn: 159
Familjenamn: 52
Familjerätt: begrepp 1
Fastighet: giftorätt 73, förvaltning 90, 98
Fjärräktenskap: 158, 290
Forum: för äktenskapsskillnad 193, återgångstalan 175, hemskillnad 203, oäkta barns underhåll 274, adoption 280
Fästningsring: 9, 22
Fördel av bo oskifto: 224
Förmynderskap: 263, 269, 282

Förmynderskapsnämnd: 257, 263
Förskott: å arv 230, 236, bidragsförskott 67, 275
Förvaltning se Egendomsförvaltning

G

Giftoman: 27
Giftorätt: begrepp 68, äldre äktenskap 72, nya 76, begränsad g. i äktenskap som återgå 170, förverkande 190, upphörande genom avvittring vid hemskillnad 205, yrkande om bortfall vid andra makens konkurs 108, avvittringsreglerna 209
Giftorättsgods: förvaltning i äldre äktenskap 88, i nya 95
Godemän: vid avvittring 225
Gåva: makes samtycke 90—92, 98, 99, otillbörlig g. av giftorättegods 97, 289, vederlag vid avvittring 230, 236, förbud mot gåvor mellan makar 118, g. till trolovad 21, 128
Gåvoförbud: 118
Gäld: makes ansvar 134, gäldtäckningsregler 135, gäldgrupperna i äldre äktenskap 138, i nya 147, makars inbördes g. 152
Gäldansvarets övergång: i följd av avvittring 126, 131

H

Hemskillnad: 196
Hyresavtal: 92, 99, överflyttande på andra maken vid äktenskaps upplösning eller hemskillnad 175, 189, 205; jfr Bostad

I

Immateriell skada: vid brytande av trolovning 18, äktenskaps återgång 174, äktenskapsskillnad 190
Inbördes rättshandlingskapacitet: 111, äldre äktenskap 112, nya 117, gåvor mellan makar 118
Införsel: i lön 66
Insemination: artificiell 252
Internationell privaträtt: 5, äktenskapsskillnad 291

K

Klandertalan: ang. rättshandling utan andra makens samtycke 94, 102
Kohabitation: 51; jfr Bostad
Könssjukdom: 36, 184, 202

L

Legitimerat barn: 249, 264
Likställighet: makars 48
Livsgemenskap: 48
Lysning: 39
Lönefordran: ogulden lön och giftorätt 80; jfr Arbetslön, Införsel

M

Medborgarskap: 53, 256
Misshandel: 184, 201
Målsmanskap: 48, 112

N

Namn se Släktnamn

O

Ofullkomnat äktenskap: 3
Ogiltiga äktenskap: 157
Oöverlåtlig rättighet: 80

P

Pater est-regeln: 250
Personlig rätt: faller ej under giftorätt 80

R

Regresstalan: mellan underhållsskyldiga makar 59

S

Samfälld egendom: bogemenskap 73, vederlagsregler 235
Samtycke: makes s. till disposition över egendom, äldre äktenskap 90, nya 98; jfr Gåva
Samäganderätt: presumtionen i ÄL 89 § 223
Separation: hemskillnad 196
Sinnesförvirring: tillfällig 160
Sinnessjukdom: 35, 159, 186
Skadestånd: vid brytande av trolov-

ning 15, äktenskaps återgång 173, äktenskapsskillnad 189
Skattegäld: makes ansvar 144, 151
Skillnadsskäl: allmänna 180, speciella 182, hemskillnad 200
Släktnamn: hustrus 52, upplösning av äktenskap 170, 187, äktenskapligt barns 256, utomäktenskapligt barns 265, 268, adoptivbarns 282
Släktskapshindret: 31
Surrogationsprincip: sakrättslig surrogation i äldre äktenskap 74, 88, principen i nya äktenskap då giftorätt uteslutits 88, 106, 108, vid äktenskaps återgång 171, efter makes död 215, betydelse för vederlagsrätt 234
Svågerlagshindret: 32

T

Tagelott: 222, fördel av bo oskifto 224
Trohetsplikt: 52, 182
Trolovning: rättslig natur 7, ingående 9, ogiltighet 11, 13, villkor 13, brytande 15, skadestånd 15, immateriell skada 18, tredje mans skada 20, gåvor 21
Trolovningsbarn: 265
Tvegifte: 30, 160

U

Umgängesrätt: föräldrars rätt att träffa barnet 261, 281
Underhållsgäld: solidariskt ansvar mot tredje man 140, 148
Underhållsskyldighet: i äktenskap 53, 262, ang. styvbarn 53, utomäktenskapligt barn 269, adoptivbarn 282
Upphovsrätt: 82, 84, 220, 234
Uravakonkurs: 216
Utjämning: vid avvittring 76, 220, är en fordrinsgrätt 77, tillfaller arvingen direkt 78, återbäring på yrkan av borgenär 78, 126, vederlagsanspråkets inverkan på storleken 229; jfr Giftorätt
Utomäktenskapligt barn: 264

V

Vederlag: vid avvittring 228, nya äktenskap 229, äldre 235, makes initiativ 241
Vigsel: 45, 158, 290
Villfarelse: som grund för återgångstalan163
Vindikation: 95
Vårdnad: om barnets person 256, utomäktenskapligt barn 269, erkänt barn 265, adoptivbarn 281
Väntetid: 28

Z

Zugewinn: enligt gällande tysk rätt 86

Å

Återgång av äktenskap: 157, återgångsskälen 159, talan efter makes död 161, 168, avvittring 170

Ä

Äktenskapligt barn: 249
Äktenskapsförord: äldre äktenskap 103, nya 105, särskilt avtal före avvittring 193, särskilda villkor i gåva eller testamente 108
Äktenskapshinder: 30
Äktenskapskapacitet: ålder, rättshandlingsförmåga, väntetid 26
Äktenskapsskillnad: 176, allmänna skillnadsskäl 180, speciella 182, internationell privaträtt 291
Äktenskaps återgång se Återgång av äktenskap

Utgiven med understöd av de medel som Finlands riksdag beviljat för den svenska litteraturens främjande.

MERCATORS TRYCKERI