

## **ÄKTENSKAPSFÖRORD OCH FÖRAVTAL OM AVVITTRING**

**– om makars möjligheter att avtala om fördelningen av egendomen vid en  
framtida avvitrning**

Astrid Sundholm

Asianajajan perhe- ja perintöoikeus

Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta

7.5.2020

## ABSTRAKT

ÅBO UNIVERSITET  
Juridiska fakulteten

ASTRID SUNDHOLM: Äktenskapsförord och föravtal om avvittring – om makars möjligheter att avtala om fördelningen av egendomen vid en framtida avvittring

Avhandling, 70 s.  
Familjerätt  
Maj 2020

I enlighet med Åbo universitets kvalitetssystem har denna publikations ursprung kontrollerats med Turnitin Originality Check-systemet.

---

Syftet med avhandlingen är att undersöka äkta makars möjligheter att avtala om sina äktenskapsrättsliga förmögenhetsförhållanden. Äktenskapslagen omfattar ett äktenskapsrättsligt förmögenhetssystem enligt vilket giftorättsgodset fördelas jämnt mellan makarna vid avvittringen. Makarna kan genom avtal avvika från detta förmögenhetssystem. Ifall detta görs på förhand, innan uppkomsten av en avvitringsgrund, står två olika avtalsformer till makarnas förfogande – äktenskapsförord och föravtal om avvittring. Äktenskapsförordet är ett strikt reglerat avtal, både vad gäller form och innehåll. Dessutom ska det registreras för att träda i kraft. Föravtalet om avvittring är formfritt och omfattas även av en långtgående innehållsfrihet. Trots skillnaderna mellan avtalsformerna kan makarna i sitt inbördes förhållande uppnå samma rättsverkningar med hjälp av vardera avtalsformen.

I avhandlingen används rättsdogmatisk och komparativ metod. Källmaterialet består av både finsk och svensk rättsvetenskaplig litteratur, samt rättsfall och regeringspropositioner både från Finland och från de övriga nordiska länderna. Centrala källor är Tapani Lohis *Aviovarallisuusoikeus* (2016), Urpo Kangas *Perhevarallisuusoikeus* (2018), Anders Agells *Nordisk äktenskapsrätt* (2003) samt Markku Helins artiklar *Perheoikeuden siveellinen luonne* (LM 7–8/2004) och *Perheoikeudellisista etuuksista luopuminen* (LM 7–8/2012).

Avhandlingen påvisar att föravtal om avvittring har ett problematiskt förhållande till äktenskapslagen i och med att lagen uttryckligen förbjuder andra avtal om makars egendomsförhållanden än äktenskapsförord. Den rådande liberala inställningen till användandet av föravtal om avvittring har uppkommit på basis av skvalt grundade ställningstaganden inom rättslitteraturen. Äktenskapsförordet kan å sin sida anses vara ett så stelt och inexakt instrument att det i dagens läge inte räcker till för att tillgodose makarnas behov av att kunna avtala om en framtida avvittring på ett flexibelt och exakt sätt. Av dessa orsaker föreslås lagstiftningsåtgärder för båda avtalstypernas del.

Ämnesord: avvittring, föravtal om avvittring, giftorätt, äktenskapsförord, äktenskapsrättsligt förmögenhetssystem

## TIIVISTELMÄ

TURUN YLIOPISTO

Oikeustieteellinen tiedekunta

ASTRID SUNDHOLM: Äktenskapsförord och föravtal om avvitrning – om makars möjligheter att avtala om fördelningen av egendomen vid en framtida avvitrning

Tutkielma, 70 s.

Perheoikeus

Toukokuu 2020

Turun yliopiston laaturjestelmän mukaisesti tämän julkaisun alkuperäisyys on tarkistettu Turnitin Originality Check -järjestelmällä.

---

Tutkielman tavoite on selvittää aviopuolisoiden mahdollisuudet sopia aviovarallisuus-suhteistaan. Avioliittolaissa omaksutun aviovarallisuusjärjestelmän mukaan avio-oikeuden alainen omaisuus jaetaan osituksessa tasaisesti puolisoitten kesken. Puolisot voivat sopimuksin poiketa tästä järjestelmästä. Mikäli he tekevät tämän etukäteen, ennen ositusperusteen syntyä, on heillä käytettävissään kaksi eri sopimusmuotoa – avioehtosopimus ja osituksen esisopimus. Avioehtosopimus on sekä muodon että sisällön osalta tiukasti säännelty sopimus, joka on rekisteröitävä astuakseen voimaan. Osituksen esisopimusta koskee täydellinen muotovapaus ja varsin pitkälle menevä sisältövapaus. Eroista huolimatta on kummallakin sopimustyypillä mahdollista saavuttaa samat oikeusvaikutukset puolisoitten keskinäisessä suhteessa.

Tutkielmassa käytetään lainopillista sekä oikeusvertailevaa metodologiaa. Lähdeaineisto koostuu suomalaisesta ja ruotsalaisesta oikeustieteellisestä kirjallisuudesta, sekä oikeustapauksista ja hallituksen esityksistä niin Suomesta kuin muistakin Pohjoismaista. Keskeisiä lähteitä ovat Tapani Lohen Aviovarallisuus-oikeus (2016), Urpo Kankaan Perhevarallisuus-oikeus (2018), Anders Agellin Nordisk äktenskapsrätt (2003) sekä Markku Helinin artikkelit Perheoikeuden siveellinen luonne (LM 7–8/2004) ja Perheoikeudellisista etuuksista luopuminen (LM 7–8/2012).

Tutkielma osoittaa, että osituksen esisopimuksen suhde avioliittolakiin on ongelmallinen, koska laki nimenomaan kieltää kaikki muut sopimukset aviopuolisoiden omaisuussuhteista kuin avioehtosopimukset. Vallitseva, ositusten esisopimusten käyttöön vapaamielisesti suhtautuva kanta pohjautuu oikeuskirjallisuudessa esiteltyihin, kehnosti perusteltuihin kannanottoihin. Avioehtosopimusta voidaan puolestaan pitää sen verran jäykkänä ja epätarkkana välineenä, ettei se nykyisin ole riittävä täyttämään puolisoitten tarpeet sopia tulevasta osituksesta joustavalla ja täsmällisellä tavalla. Tutkielmassa ehdotetaan näistä syistä lainsäädäntötoimet kummankin sopimustyypin osalta.

Asiasanat: avioehtosopimus, avio-oikeus, aviovarallisuusjärjestelmä, ositus, osituksen esisopimus

## INNEHÅLL

<b>Innehåll</b> .....	<b>IV</b>
<b>Källor</b> .....	<b>VI</b>
<b>Förkortningar</b> .....	<b>IX</b>
<b>1 Inledning</b> .....	<b>1</b>
1.1 Introduktion till ämnet .....	1
1.2 Syfte, frågeställningar och avgränsningar .....	3
1.3 Metod och material .....	4
1.4 Avhandlingens uppbyggnad .....	6
<b>2 Äktenskapsrättens förmögenhetssystem</b> .....	<b>7</b>
2.1 Inledning .....	7
2.2 Huvudprinciper i äktenskapslagen.....	9
2.2.1 Allmänt.....	9
2.2.2 Enskilt ägande .....	10
2.2.3 Enskilda skulder .....	12
2.2.4 Makarnas inbördes avtalsfrihet.....	14
2.3 Äktenskapets särdrag i jämförelse med andra rättsförhållanden .....	15
2.3.1 Giftorättssystemet .....	15
2.3.2 Rådighetsbegränsningar .....	17
2.3.3 Gåvor mellan makarna.....	19
2.4 Avvittring .....	21
2.4.1 Allmänt om avvittringen och dess syfte.....	21
2.4.2 Avvittringsgrunderna och den kritiska tidpunkten .....	22
2.4.3 Avvittringsförfarandet i korthet.....	23
<b>3 Äktenskapsförord</b> .....	<b>26</b>
3.1 Allmänt.....	26
3.2 Formkrav .....	28
3.3 Registrering .....	29
3.4 Innehållet i ett äktenskapsförord.....	30
3.5 Innehållsfrihetens gränser .....	33
3.5.1 Utgångspunkter.....	33
3.5.2 Villkor om tidsbegränsning.....	35
3.5.3 Villkor knutna till avvittringsgrunden .....	37
3.5.4 Procentuella äktenskapsförord och dylikt .....	38
<b>4 Föravtal om avvittring</b> .....	<b>42</b>
4.1 Inledning .....	42
4.2 Formkrav och tidsbegränsning .....	44
4.3 Innehåll.....	46
4.4 Föravtal om avvittring i förhållande till äktenskapslagens 41.2 §.....	47
<b>5 Förhållandet mellan äktenskapsförord och föravtal om avvittring</b> .....	<b>51</b>
5.1 Inledning .....	51
5.2 Skillnader mellan äktenskapsförord och föravtal om avvittring .....	52

5.3	Centrala frågeställningar och problem i anslutning till äktenskapsförord och föravtal om avvitrning .....	55
5.3.1	Kan ett ogiltigt äktenskapsförord ses som ett föravtal om avvitrning? .....	55
5.3.2	En diskussion kring problemen .....	57
5.4	Sveriges reglering av föravtal om bodelning .....	63
5.5	Slutsatser .....	66
<b>6</b>	<b>SLUTORD.....</b>	<b>69</b>

## KÄLLOR

### Litteratur

- Aarnio, Aulis* – Laintulkinnan teoria. Werner Söderström Osakeyhtiö 1988.
- Aarnio, Aulis – Helin, Markku*: Avioliittolain muutetut säännökset. A-TIETO Oy 1988.
- Aarnio, Aulis – Helin, Markku*: Suomen avioliitto-oikeus. Tredje upplagan. Lakimiesliiton kustannus 1992.
- Aarnio, Aulis – Kangas, Urpo*: Perhevarallisuusoireus. Alma Talent Oy ja Urpo Kangas 2010.
- Agell, Anders*: Är nordisk familjerätt och successionsrätt en realitet eller illusion? En projektrapport – särskilt om äktenskapsrätten. Lakimies 6–7/2001, s. 1002–1030.
- Agell, Anders*: Nordisk äktenskapsrätt. En jämförande studie av dansk, finsk, isländsk, norsk och svensk rätt med diskussion av reformbehov och harmoniseringsmöjligheter. Nordiska ministerrådet 2003.
- Agell, Anders – Brattström, Margareta*: Äktenskap Samboende Partnerskap. Fjärde upplagan. Iustus Förlag 2008.
- Agell, Anders – Malmström, Åke – Ramberg, Christina – Siegman, Tore*: Civilrätt. 21 upplagan. Liber AB 2010.
- Bogdan, Michael*: Komparativ rättskunskap. Andra upplagan. Nordstedts Juridik 2003.
- Gottberg, Eva*: Perhesuhteet ja lainsäädäntö. Sjunde upplagan. Turun yliopisto 2013.
- Gottberg, Eva*: Aviopuolisoiden välisen taloudellisen suhteen sääntelystä. I verket Sopimus, vastuu, velvoite: juhlaulkaisu, Ari Saarnilehto 1947–21/11–2007. Turun yliopisto 2007.
- Grauers, Folke*: Ekonomisk familjerätt. Makars och sambons egendom och bostad. Gåva, arv, testamente och boutredning. Åttonde upplagan. Karnov Group Sweden AB 2012.
- Helin, Markku*: Kan i ett äktenskapsförord intas villkor eller bestämmas att giftorätten gäller en bråkdel av egendomen? JFT 1995, s. 228–244.
- Helin, Markku*: Perheoikeuden siveellinen luonne. Lakimies 7–8/2004, s. 1244–1266.
- Helin, Markku*: Perheoikeudellisista etuuksista luopuminen. Lakimies 7–8/2012, s. 1032–1047.
- Hoppu, Esko – Hoppu, Kari*: Kauppa- ja varallisuusoireuden pääpiirteet. 16 upplagan. Alma Talent 2016.
- Kaisto, Janne – Lohi, Tapani*: Johdatus varallisuusoireuteen. Andra upplagan. Talentum 2013.
- Kangas, Urpo*: Perhevarallisuusoireus. Tredje upplagan. Alma Talent 2018.

- Kangas, Urpo*: Perhe- ja jäämistöoikeuden perusteet. Andra upplagan. Alma Talent 2019.
- Kolehmainen, Antti – Rabinä, Timo*: Jäämistösuunnittelu. Talentum 2012.
- Lohi, Tapani*: KKO 2000:100. Avioliitto. Avioehtosopimus. Omaisuuksien ositus. (Oikeustapauskommentti). Lakimies 2/2001, s. 345–357.
- Lohi, Tapani*: Avio-oikeuden palauttava avioehtosopimus ja avioliittolain 35 §:n 4 momentti. Lakimies 6–7/2001, s. 1031–1056.
- Lohi, Tapani*: Aviovarallisuus-oikeus. Talentum Pro 2016.
- Lohi, Tapani*: Osituksen esisopimuksen käyttöalasta – keskustelua puolisoitten sopimusvapauden rajoista. Lakimies 5/2013 s. 909–916.
- Mikkola, Tuulikki* – Aviopuolisot yhteisomistajina. Defensor Legis 3/2005, s. 505–526.
- Mikkola, Tuulikki* – Lesken asema jäämistö- ja vero-oikeudessa. Talentum 2010.
- Mikkola, Tuulikki* – Yhteisomistus. Alma Talent 2017.
- Myndigheten för digitalisering och befolkningsdata*: Maistraattirekisterien avoin data, Avioehtoasiat. <https://dvv.fi/mare> (hänvisat 28.2.2020).
- Rautiala, Martti*: Ositus. Werner Söderström Osakeyhtiö 1950.
- Rautiala, Martti*: Avioliitto-oikeus. Femte upplagan. Suomen Lakimiesliiton Kustannus Oy 1975.
- Saarenpää, Ahti*: Avioliittolain muutokset. Fjärde upplagan. Artikla 1992.
- Saarenpää, Ahti* – Ositus sopimuksena ja toimituksena.  
<http://iwww.ulaplant.fi/includes/loader.aspx?id=ad81ec69-ffff-4285-85f1-be75cd327983> (hänvisat 10.12.2019).
- Saarnilehto, Ari – Annola, Vesa*: Sopimusoikeuden perusteet. Alma Talent 2018.
- Statistikcentralen*: Finlands officiella statistik (FOS): Ändringar i civilstånd [e-publikation]. ISSN=1797-6421. 2017, Tabellbilaga 1. Äktenskap och skilsmässor 1990–2017. Helsingfors: Statistikcentralen.  
[http://www.stat.fi/til/ssaaty/2017/ssaaty\\_2017\\_2018-05-08\\_tau\\_001\\_sv.html](http://www.stat.fi/til/ssaaty/2017/ssaaty_2017_2018-05-08_tau_001_sv.html) (hänvisat 27.2.2020).
- Svenska Akademiens ordlista över svenska språket (SAOL)*. Fjortonde upplagan. Svenska Akademien 2015.
- Teleman, Örjan*: Bodelning efter äktenskapsskillnad. Nordstedts 1982.
- Teleman, Örjan*: Bodelning. Under äktenskap och vid skilsmässa. Femte upplagan. Nordstedts Juridik 2011.

*Teleman, Örjan.* Äktenskapsförord. Tredje upplagan. Nordstedts Juridik 2012.

*Toittie, Lars* – Äktenskapsbalken. Nordstedts Förlag 1990.

*Tottie, Lars – Teleman, Örjan:* Äktenskapsbalken. En kommentar. Andra upplagan. Nordstedts 2010.

*Välimäki, Pertti:* Osituksen sovittelu. Lakimiesliiton Kustannus 1995.

*Wallin, Gunvor:* Om avtal mellan makar. En undersökning rörande äktenskapsförord och bodelningsavtal. Andra upplagan. CWK Gleerup 1960.

## **Offentligt tryck**

### *Finland*

HE 40/1927 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle uudeksi aviokaareksi.

HE 62/1986 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi avioliittolain sekä siihen liittyvien lakien muuttamisesta.

RP 65/2015 rd. Regeringens proposition till riksdagen med förslag till vissa lagändringar till följd av en ändring av äktenskapslagen.

### *Sverige*

Regeringens proposition 1986/87:1 om äktenskapsbalk m.m.

## **Rättsfall**

### *Högsta domstolen*

HD 1949 II 429

HD 1953 II 153

HD 1954 II 118

HD 1956 I 4

HD 1956 II 62

HD 1965 II 33

HD 1974 II 45

HD 1980 II 45

HD 1981 II 131

HD 1985 I 1

HD 1991:64

HD 1991:126

HD 1992:48

HD 1993:68

HD 1996:143

HD 2008:74  
HD 2010:57  
HD 2016:37

### *Hovrättsfall*

Kouvola hovrätt 1008/84 (S 82/361)

### *Svenska rättsfall*

NJA 1950 s. 513  
NJA 1978 s. 497

### *Isländska rättsfall*

Hrd 1970:670  
Hrd 1972:544

## **FÖRKORTNINGAR**

### **Allmänna förkortningar**

LBB Lagberedningsbyrån (gammalt organ)

### **Lagar**

#### *Finland*

GåvoutfästelseL Lag om gåvoutfästelser (625/1947)  
RättshandlingsL Lag om rättshandlingar på förmögenhetsrättens område (228/1929)  
ÅtervinningsL Lag om återvinning till konkursbo (758/1991)  
ÄB Ärvdabalk (1965/40)  
ÄL Äktenskapslag (234/1929)

#### *Sverige*

Avtalslagen Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område  
GB Giftermålsbalken (1920:405)  
ÄktB Äktenskapsbalk (1987:230)

#### *Norge*

el. Lov om ekteskap [ekteskapsloven], LOV-1991-07-04-47

#### *Danmark*

ÆFL Lov om ægtefællers økonomiske forhold [Ægtefælleloven]  
Lov nr. 548 af 30.05.2017

# 1 INLEDNING

## 1.1 Introduktion till ämnet

Äktenskapet är en social, religiös och juridisk institution med långa anor. Lagstiftningen har sedan länge innehållit stadganden om äktenskapets ingående och upplösning; såsom vem som kan ingå äktenskap, hur äktenskap ingås, på vilka villkor en make kan kräva att äktenskapet ska upplösas och på vilket sätt detta görs. Därtill har även stadgats om hur äktenskapet inverkar på makarnas rättsliga ställning. Inom rättslitteraturen har man delat in äktenskapets rättsverkningar i *personrättsliga* och *förmögenhetsrättsliga rättsverkningar*. Till den första gruppen kan räknas olika slags beteendeförpliktelser som tidigare ingick i lagstiftningen. Till exempel förpliktades makarna att bo tillsammans och att vara varandra trogna. De förmögenhetsrättsliga rättsverkningarna anknyter å sin sida till hur äktenskapet inverkar på makarnas ställning som subjekt för olika rättigheter och skyldigheter i anknytning till förmögenhet.<sup>1</sup>

Bestämmelserna om äktenskap återfinns i dagens läge i äktenskapslagen (234/1929, nedan ÄL), som trädde i kraft den 1.1.1930 och samtidigt ersatte den tidigare giftermålsbalken i 1734 års lag. Vid stiftandet av ÄL var ett av de främsta syftena att kvinnans ställning skulle förbättras. Mannens tidigare målsmanskap slopades och lagen utgick istället från jämställdhet mellan makarna. Vad gäller de äktenskapsrättsliga förmögenhetsförhållandena så gick man in för ett system med säregendom under äktenskapet. Vardera maken har rätt att självständigt bestämma över sin egen egendom under äktenskapets gång. Efter upplösandet av äktenskapet fördelas egendomen ändå (enligt huvudregeln i ÄL) jämnt mellan makarna vid den så kallade *avvittringen*, där vardera maken är berättigad till hälften av nettoegendomen som ett slags ersättning för sin insats i det gemensamma hushållet.<sup>2</sup> Makarna har ända sedan lagens ikraftträdande haft möjlighet att avvika från detta system genom att ingå *avtal* sinsemellan. Avtal om hur egendomen ska fördelas vid en framtida avvittring kan uppgöras antingen i form av ett *äktenskapsförord* eller i form av ett *föravtal om avvittring*.

---

<sup>1</sup> *Lohi*: Aviovarallisuus-oikeus s. 1–2. Lohi kallar det rättsområde inom vilket äktenskapets förmögenhetsrättsliga rättsverkningar (och makarnas förmögenhetsförhållanden överlag) undersöks för *aviovarallisuus-oikeus*; direkt översatt *äktenskapsförmögenhetsrätt*. Detta är ett väldigt beskrivande begrepp men det används dock inte inom den svenskspråkiga rättslitteraturen.

<sup>2</sup> *Aarnio – Helin*: Suomen avioliitto-oikeus s. 5–6.

Äktenskapslagen har reviderats många gånger under årens lopp. Bland annat gjordes år 1987 en omfattande omarbetning av lagen, där reglerna kring upplösande av äktenskap förnyades<sup>3</sup>. I samband med detta ändrades även vissa bestämmelser kring makarnas förmögenhetsförhållanden. Själva stommen i det äktenskapsrättsliga förmögenhetssystemet har ändå bevarats och är densamma ännu idag.<sup>4</sup> Tack vare en förnyelse av lagen som trädde i kraft den 1.3.2017 är äktenskapslagen idag könsneutral, vilket innebär att även par av samma kön kan ingå äktenskap med varandra<sup>5</sup>.

I Finland ingås kring 25 000 - 30 000 äktenskap varje år, medan antalet skilsmässor rör sig kring 14 000 per år. Såväl ingångna äktenskap som skilsmässor har legat på ungefär samma nivå sedan början av 1990-talet.<sup>6</sup> Antalet äktenskapsförord har däremot stadigt ökat. År 1994 upprättade endast 18,5 % av makarna ett äktenskapsförord, medan siffran hade stigit till 27,1 % år 2005.<sup>7</sup> År 2017 utgjorde antalet registrerade äktenskapsförord 32,2 % av antalet ingångna äktenskap samma år.<sup>8</sup> Makar väljer alltså allt oftare att på förhand avtala om att avvika från det lagstadgade systemet med halvering av egendomen. Detta kan möjligen bero på att systemet i sig är något föråldrat och inte passar lika bra in i dagens samhälle, som ju skiljer sig på många sätt från samhället på 1930-talet. Det kan också bero på att makarna idag är mer medvetna om äktenskapets juridiska verkningar samt om sina egna möjligheter att påverka dem. Oberoende av orsaken så är det ett faktum att makar väljer att avtala om slutresultatet av en framtida avvitrning i allt större utsträckning, och man kan därav fråga sig hur effektiva och ändamålsenliga de tillgängliga avtalsformerna är.

---

<sup>3</sup> Systemet med separationsgrunder slopades. Makarna gavs alltså frihet att självständigt välja att upplösa äktenskapet, utan att behöva uppge någon grund för detta. I och med denna förändring regleras i ÄL i dagens läge endast makarnas ekonomiska förhållande, medan det personliga förhållandet är makarnas ensak.

<sup>4</sup> *Aarnio – Helin*: Suomen avioliitto-oikeus s. 6.

<sup>5</sup> Innan ÄL gjordes könsneutral kunde par av samma kön istället för äktenskap ingå ett *registrerat partnerskap* med varandra. Dessa parter i ett registrerat partnerskap kan i enlighet med ÄL 1 a § omvandla sitt partnerskap till äktenskap genom att lämna in en gemensam anmälan om detta till Myndigheten för digitalisering och befolkningsdata. Se lagen om registrerat partnerskap (950/2001) samt RP 65/2015.

<sup>6</sup> *Statistikcentralen*.

<sup>7</sup> *Gottberg*: Perhesuhteet ja lainsäädäntö s. 20.

<sup>8</sup> *Myndigheten för digitalisering och befolkningsdata, Statistikcentralen*. Det är möjligt att upprätta ett äktenskapsförord när som helst under äktenskapets gång, vilket innebär att de par som registrerat ett äktenskapsförord inte nödvändigtvis har ingått äktenskap under samma år. Föravtal om avvitrning registreras inte och därför finns det ingen statistik gällande dessa.

## 1.2 Syfte, frågeställningar och avgränsningar

Syftet med denna avhandling är att undersöka vilka möjligheter äkta makar har då det gäller att avtala om sina inbördes förmögenhetsförhållanden. Makarna har möjlighet att avvika från det lagstadgade systemet genom att upprätta antingen ett äktenskapsförord eller ett föravtal om avvitrning. Dessa två avtalstyper skiljer sig ändå en hel del från varandra. Medan äktenskapsförord är underkastade strikta formkrav så är föravtal om avvitrning formfria<sup>9</sup>. Äktenskapslagen innehåller dessutom snäva ramar för innehållet i ett äktenskapsförord, medan föravtal om avvitrning omfattas av en långtgående innehållsfrihet<sup>10</sup>. Trots dessa skillnader så är det möjligt att uppnå liknande rättsverkningar med båda avtalstyperna. Vilken avtalstyp lönar det sig då för makarna att välja, eller är det rent av bäst att göra upp både ett äktenskapsförord och ett avtal om avvitrning? *Hurdant är förhållandet mellan äktenskapsförord och föravtal om avvitrning?* Detta är den mest centrala frågeställningen i denna avhandling.

Såsom nedan kommer att framgå så finns för närvarande inga som helst bestämmelser på lagstiftningsnivå gällande föravtal om avvitrning. På detta sätt skiljer sig rättsläget i Finland från bl.a. rättsläget i Sverige. Jag kommer därför även att söka svar på frågan *Finns det behov av att reglera föravtal om avvitrning på lagstiftningsnivå?*

Fokus i denna avhandling ligger på makarnas *inter partes*-förhållande, medan tredje personers rättsliga ställning lämnas utanför avgränsningen. Med andra ord görs ingen närmare granskning av borgenärernas och arvingarnas ställning, även om både insolvensrätten och arvsrätt tangeras här och var. En central skillnad mellan äktenskapsförord och föravtal om avvitrning är att endast äktenskapsförordet beaktas vid en kvarlåtenskapsavvitrning. Ett föravtal om avvitrning är inte bindande ifall äktenskapet upplöses till följd av endera makens död<sup>11</sup>. Med tanke på att syftet med denna avhandling är att undersöka förhållandet mellan dessa två avtalstyper så har jag därför valt att fokusera på skilsmäsoavvitrningar, medan kvarlåtenskapsavvitrningar lämnas obeaktade.

Såväl äktenskapsförord som föravtal om avvitrning kan jämkas under vissa förutsättningar. Ifall tillämpning av äktenskapsförordet skulle leda till ett oskäligt resultat kan det jämkas på basis av jämningsstadgandet i ÄL 103 b §. Föravtal om avvitrning jämkas däremot på basis av det

---

<sup>9</sup> *Saarenpää*: Avioliittolain muutokset s. 161, *Aarnio – Helin*: Suomen avioliitto-oikeus s. 297.

<sup>10</sup> *Lohi*: Osituksen esisopimuksen käyttöalasta s. 909.

<sup>11</sup> *Lohi*: Aviovarallisuus-oikeus s. 140.

allmänna jämningsstadgandet i RättshandlingsL 36 §<sup>12</sup>. I denna avhandling undersöks förhållandet mellan äktenskapsförord och föravtal om avvittring i det skede då avtalen ingås. Fokus ligger på makarnas avtalsfrihet, eller närmare bestämt på vilka möjligheter de har att avtala om sina egendomsförhållanden vid en framtida avvittring. *Fokus ligger i första hand på tiden innan uppkomsten av en avvittringsgrund, och vilka åtgärder makarna kan vidta i förebyggande syfte.* På vilket sätt man i efterhand kan ”reparera” följderna av de ingångna avtalen undersöks däremot inte, utan samtliga frågor gällande jämkning lämnas utanför avgränsningen. Av samma orsak lämnas även de allmänna ogiltighetsgrunderna samt frågor gällande processen i olika tvistemål mellan de tidigare makarna utanför avgränsningen.

Äktenskapslagen uppkom genom ett omfattande nordiskt samarbete.<sup>13</sup> För att kunna förstå de olika lösningar som äktenskapslagen omfattar fullt ut görs många hänvisningar till och jämförelser med lagstiftningen i de andra nordiska länderna, särskilt Sverige. I avhandlingen tas däremot inte ställning till frågor som hör till den internationella privaträttens område. Frågor om till exempel tillämplig lag och behörig domstol i sådana fall där makarna kommer från olika länder lämnas därmed utanför avgränsningen.<sup>14</sup>

### 1.3 Metod och material

I denna avhandling används först och främst traditionell *rättsdogmatisk metod*. Fokus ligger med andra ord på tolkning och systematisering av gällande rätt.<sup>15</sup> Lagstiftningen innehåller strikta föreskrifter för hur ett äktenskapsförord ska upprättas för att vara giltigt, såväl *inter partes* som i förhållande till tredje personer. Verkligheten vi lever i är ändå så pass rik och mångfacetterad att det väldigt ofta uppkommer situationer där lagparagraferna inte bidrar med

---

<sup>12</sup> Se *Saarenpää*: Avioliittolain muutokset s. 162 och *Välimäki*: Osituksen sovittelu s. 287–288. Båda påpekar dock att även om utgångspunkten är att föravtal om avvittring ska jämkas på basis av RättshandlingsL 36 § så kan ÄL 103b § användas som en måttstock vid bedömningen av avtalets skälighet.

<sup>13</sup> *Lohi*: Aviovarallisuusoukeus s. 27.

<sup>14</sup> Anmärkningsvärt är ändå att de nationella reglerna kring vilken lag som tillämpas på makarnas förmögenhetsförhållanden återfinns i ÄL 129–131 §. Utgångspunkten är att lagen i den stat där vardera maken tog *hemvist* efter att äktenskapet ingåtts ska tillämpas (ÄL 129 §). Makarna har även möjlighet att genom avtal förordna om vilken lag som ska tillämpas på deras förmögenhetsförhållanden (ÄL 130 §). Bestämmelser om finska domstolars behörighet i ärenden gällande makars förmögenhetsförhållanden hittas i rådets förordning (EU) 2016/1103 om genomförande av ett fördjupat samarbete på området för domstols behörighet, tillämplig lag samt erkännande och verkställighet av domar i mål om makars förmögenhetsförhållanden (ÄL 127 §). Dessa frågor har behandlats utförligt av *Markku Helin*: Suomen kansainvälinen perhe- ja perintöoikeus. Talentum 2013, s. 223–272.

<sup>15</sup> *Aarnio*: Laintulkinnan teoria s. 48.

några svar. Kan man till exempel upprätta ett äktenskapsförord vars ikraftvarande är knutet till avvittningsgrunden? Eller kan man bestämma att giftorättsgodset utgör en viss procent av den totala egendomen? För att finna svar på dessa frågor blir man tvungen att vända sig till lagens förarbeten, högsta domstolens prejudikat och även till rättslitteraturen. Lagen innehåller i dagens läge inte ett enda stadgande om föravtal om avvittning, vilket medför att de övriga rättskällorna innehar en ännu mer central roll då man reflekterar kring dessa. Utöver undersökningen av rättsläget *de lege lata* förs även en *de lege ferenda*-diskussion kring behovet av att reglera föravtal om avvittning på lagstiftningsnivå.

Vid sidan om den rättsdogmatiska metoden tillämpas även *komparativ metod*<sup>16</sup>. Den komparativa rättens främsta uppgift är att reda ut uppbyggnaden av andra rättssystem samt innehållet i de enskilda stadgandena, för att på det sättet bidra till att öka förståelsen för det egna rättssystemet<sup>17</sup>. Äktenskapslagen är ett resultat av ett omfattande lagberedningsarbete som gjordes under 1910- och 1920-talen tillsammans med de övriga nordiska länderna.<sup>18</sup> Tack vare den gemensamma bakgrunden - i kombination med vad man kan kalla en gemensam värdegrund i de olika länderna - utgör lagstiftningen i de övriga nordiska länderna intressant material för rättsjämförelse. I den löpande texten görs vissa jämförelser med de andra nordiska länderna (främst Sverige) i indragna stycken. Dessa jämförelser görs på en rätt så ytlig nivå, och avsikten är att hänvisningarna till de andra länderna i dessa stycken främst ska fungera som exempel på hur saker och ting *kunde* ha utvecklats även här. I och med att det inte görs någon ingående och övergripande granskning av äktenskapslagstiftningen i de olika länderna kan man inte dra några långtgående slutsatser på basis av dessa enskilda jämförelser, men jag anser ändå att de i sig bidrar till en ökad förståelse av det finska rättssystemet.

Därtill har jag valt att undersöka den svenska äktenskapsbalkens (1987:230, nedan ÄktB) stadganden om *föravtal om bodelning*<sup>19</sup> närmare i avsnitt 5.4. I Sverige har man valt att reglera föravtal om bodelning på lagstiftningsnivå. I och med att den finska lagstiftningen saknar stadganden om föravtal om avvittning – vilket möjligen kan leda till problem i vissa situationer – så utgör det svenska stadgandet om föravtal om bodelning ett intressant exempel på hur dessa

---

<sup>16</sup> Begreppet *komparativ metod* används av *Bogdan: Komparativ rättskunskap* s. 22–23.

<sup>17</sup> *Aarnio: Laintulkinnan teoria* s. 50. Se även *Bogdan: Komparativ rättskunskap* s 27–28. *Bogdan* framhåller att ”*Komparativ rätt gör det således möjligt att se den egna rättsordningen från en ny synvinkel och med en viss distans*”.

<sup>18</sup> *Lohi: Aviovarallisuusoukeus* s. 27.

<sup>19</sup> I Sverige talar man om *bodelning* istället för *avvittning*, som det heter på svenska i Finland.

problem eventuellt kunde lösas även här. Denna rättsjämförelse är med andra ord närmast *exemplifierande*, och dess ultimata syfte är att den ska bidra till att hitta möjliga svar på de ovan formulerade frågeställningarna.

Forskningsmaterialet i denna avhandling utgörs i första hand av gällande lagstiftning och rättspraxis; främst finsk men även svensk, norsk, dansk och isländsk sådan. Även förarbetena till de olika lagarna utgör viktigt forskningsmaterial. Vid sidan om detta officiella material har jag använt mig av en omfattande mängd rättslitteratur, både inhemsk och svensk.

#### **1.4 Avhandlingens uppbyggnad**

I strävan att göra denna avhandling så överskådlig som möjligt har jag delat in den i sex huvudkapitel. Varje kapitel behandlar en skild helhet, och tanken är att dessa helheter ska behandlas i en logisk ordning. Kapitlen är i sin tur indelade i olika avsnitt och underavsnitt.

I detta första kapitel har avhandlingens ämne presenterats och preciserats. Frågeställningarna har uppställts och ämnesområdet har avgränsats. Också de metoder och det material som kommer att användas i avhandlingen har diskuterats. I avhandlingens andra kapitel behandlas äktenskapsrättens förmögenhetssystem i nödvändig omfattning. Först granskas huvudprinciperna i äktenskapslagen, och därefter undersöks vilka särdrag som hänför sig till äktenskapet i jämförelse med andra rättsförhållanden. Därefter behandlas avvittningen, som naturligtvis har en ytterst central roll i en avhandling gällande äktenskapsförord och föravtal om avvittning. Oberoende av vilken avtalsform som väljs så är det oftast resultatet av avvittningen som man strävar till att påverka.

I tredje och fjärde kapitlen behandlas de två avtalstyperna, äktenskapsförord och föravtal om avvittning, skilt för sig. Målsättningen är en omfattande granskning av avtalsformerna, med beaktande av avhandlingens frågeställningar och de avgränsningar som gjorts. I dessa kapitel granskas även vissa oklarheter och problem som hänför sig till respektive avtalsform. Fokus ligger på de problem som hänför sig specifikt till avtalsformen i fråga, medan problem som har att göra med förhållandet mellan avtalsformerna behandlas senare.

I det femte kapitlet behandlas förhållandet mellan äktenskapsförord och föravtal om avvittning. Med tanke på frågeställningarna är detta kapitel alltså det mest centrala kapitlet, och det bygger till stor del på de tre föregående kapitlen. Här sammanfattas de skillnader mellan de olika

avtalsformerna som framkommit i de tidigare kapitlen. Dessutom behandlas de problem och oklarheter som specifikt hänför sig till *förhållandet* mellan avtalsformerna. I detta kapitel kommer även rättsjämförelsen starkare in i bilden, i och med att Sveriges reglering av föravtal om bodelning undersöks i ett skilt avsnitt. I kapitlets sista avsnitt dras vissa slutsatser på basis av de tidigare avsnitten. I det sjätte och sista kapitlet reflekterar jag kring resultatet av forskningen och kring rättsläget *de lege lata* och *de lege ferenda*.

## 2 ÄKTENSKAPSRÄTTENS FÖRMÖGENHETSSYSTEM

### 2.1 Inledning

Ett *äktenskapsrättsligt förmögenhetssystem*<sup>20</sup> är ett system för bestämmande av hur makarnas egendom fördelas efter en skilsmässa, och det har även betydelse vid fastställandet av vilken av den först avlidne makens egendom som går i arv till dennes arvingar. Med hjälp av reglerna om hur egendomen ska fördelas försöker man uppnå en *rättvis uppdelning av makarnas egendom*. Denna målsättning är möjlig att uppnå på många olika sätt, och olika länder har tillägnat sig olika system för detta.<sup>21</sup> De nordiska länderna genomförde ett gemensamt lagberedningsarbete under 1910- och 1920-talen, vilket utgör bakgrunden till de äktenskapsrättsliga förmögenhetssystem som tillämpas i de nordiska länderna idag.<sup>22</sup>

De nordiska ländernas äktenskapsrättsliga förmögenhetssystem utgjorde länge en egen grupp i Europa. Norge lösgjorde sig dock från detta nordiska system år 1991, och förflyttade sig närmare ett system med total särförmögenhet. I den nya ekteskapsloven (LOV-1991-07-04-47, nedan el.) lämnades egendom som makarna förvärvat innan äktenskapet samt egendom som

---

<sup>20</sup> Se *Saarenpää*: Ositus sopimuksena ja toimituksena s. 5. Saarenpää påpekar att det vid granskningen av äkta makars förmögenhetsförhållanden är nödvändigt att särskilja äktenskapets inverkan på makarnas förmögenhetsrättsliga ställning (vilket han kallar *avioliiton varallisuusjärjestelmä*) från det giftorättssystem som råder mellan makarna (vilket han kallar *aviovarallisuusjärjestelmä*). Det förstnämnda begreppet är ett övergripande begrepp som innefattar bl.a. det senare begreppet. Jag har valt att i denna avhandling använda den svenska översättningen *äktenskapsrättsligt förmögenhetssystem*. Med detta menar jag det snävare begreppet, som Saarenpää kallar för *aviovarallisuusjärjestelmä*, alltså det system med giftorätt som aktualiseras vid t.ex. en skilsmässa.

<sup>21</sup> *Kangas*: Perhevarallisuus oikeus s. 71.

<sup>22</sup> *Lohi*: Aviovarallisuus oikeus s. 27. Se även *Agell*: Är en nordisk familjerätt och successionsrätt realitet eller illusion? s. 1002. Agell kallar samarbetet kring äktenskapslagarna på 1920-talet för "*paradeexemplet på framgångsrikt nordiskt samarbete inom familjerätten och successionsrätten*".

förvärvats genom arv eller gåva utanför likadelningsprincipen. Därtill infördes regler om att makar enligt lag ska anses vara samägare till viss egendom.<sup>23</sup>

Agell påpekar att även om reglerna i de nordiska länderna om äktenskapets ekonomiska rättsverkningar idag skiljer sig från varandra på många sätt så bygger de fortsättningsvis på samma huvudprinciper. Dessa huvudprinciper kan delas in i förmögenhetsrättsliga- och familjerättsliga principer. De förmögenhetsrättsliga principerna är att

- makarna själva äger och kan förfoga över sin egen egendom,
- makarna svarar för sina egna skulder men inte för den andra makens skulder, samt att
- makarna kan ingå förmögenhetsrättsliga avtal sinsemellan.

Dessa principer har kombinerats med familjerättsliga principer av vilka dessa tre anses vara särskilt grundläggande:

- En makes frihet att råda över sin egen egendom begränsas under äktenskapet till skydd för den andra makens och familjens intressen (detta gäller särskilt det gemensamma hemmet).
- Vid upplösning av äktenskapet ska värdet av makarnas egendom (efter avdrag av skulderna) delas lika.
- Makarna har möjlighet att avtala om ändringar i föregående princip om likadelning.<sup>24</sup>

Agell pratar om en nordisk *modell* som bygger på dessa huvudprinciper. Han anser att det inte längre går att prata om ett gemensamt *regelsystem*, då det finns så många nationella variationer. Lagändringarna som företagits i Norge är de som principiellt sett avviker mest från det (tidigare) nordiska systemet.<sup>25</sup> I denna avhandling görs en skillnad mellan systemen i de olika nordiska länderna genom att de benämns i pluralform – det är inte fråga om ett system, utan flera olika. Tack vare den gemensamma bakgrunden liknar dessa ändå varandra väldigt mycket.

---

<sup>23</sup> I sammanfattningen i början av el. ("Kort om loven") konstateras att " *Ektefellenes normale formuesordning, som gjelder hvis ikke noe annet er avtalt, kalles for «felleseie», og innebærer at nettoverdier skapt under ekteskapet deles likt ved skilsmissem*". Om detta stadgas närmare i lagens 56 och 58 §. Utgångspunkten i det norska systemet är alltså att endast den egendom som förvärvats *under äktenskapets gång* delas mellan makarna vid avvittringen. Värdet av de tillgångar som en make ägde vid ingåendet av äktenskapet (samt tillgångar som han eller hon under äktenskapets gång har fått i arv eller gåva av någon annan än den andra maken) kan på krav av maken lämnas utanför delningen (el. 59 §). Se även Agell: Är en nordisk familjerätt och successionsrätt realitet eller illusion? s. 1007 och Kangas: Perhevarallisuusoikeus s. 74.

<sup>24</sup> Agell: Är en nordisk familjerätt och successionsrätt realitet eller illusion? s. 1006–1007 och densamma: Nordisk äktenskapsrätt s. 101–102. Se även Lohi: Aviovarallisuusoikeus s. 7–18 och Rautiala: Avioliitto-oikeus s. 157–158 gällande de nationella reglerna och principerna.

<sup>25</sup> Agell: Är en nordisk familjerätt och successionsrätt realitet eller illusion? s. 1007.

Sett från ett europeiskt perspektiv så utgör de äktenskapsrättsliga förmögenhetssystem som tillämpas i Finland, Sverige och Danmark (och i Norge fram till 1991) en egen grupp. Systemen beskrivs i den finska rättslitteraturen som *system med särförmögenhet* (på finska *omaisuuden erillisyyssjärjestelmä*), men i den internationella diskussionen för *system med uppskjutet samägande*. Ifall man granskar de nordiska äktenskapsrättsliga förmögenhetssystemen under äktenskapets gång är det fråga om system med särförmögenhet. Om man däremot byter perspektiv och granskar systemen utgående från *avvittringen* (som i Sverige kallas för *bodelning*, och i Danmark (och Norge) för *skifte*<sup>26</sup>), är det fråga om system där behållningen av den sammanlagda giftorätsunderkastade egendomen halveras. Båda de ovan nämnda begreppen är därmed berättigade.<sup>27</sup> Halveringen av egendomen görs i enlighet med den s.k. *likadelningsprincipen*<sup>28</sup> (på finska *puolittamisperiaate*<sup>29</sup>).

## 2.2 Huvudprinciper i äktenskapslagen

### 2.2.1 Allmänt

Vid ingående av ett äktenskap uppgör makarna ett avtal, vars rättsverkningar inträder i samband med vigseln.<sup>30</sup> Äktenskapet inverkar på makarnas förmögenhetsförhållanden på olika sätt. De mest centrala rättsverkningarna uppkommer ändå först då äktenskapet löses upp, dvs. då ena maken dör eller då makarna döms till skilsmässa. Då förrättas en *avvittring* mellan makarna (eller mellan den efterlevande maken och den avlidne makens arvingar), genom vilken makarnas förmögenhetsförhållanden jämnas ut. Under äktenskapets gång (innan uppkomsten av en avvittringsgrund) inverkar äktenskapet ändå inte särskilt mycket på makarnas förmögenhetsrättsliga position, varken sinsemellan eller i förhållande till utomstående.<sup>31</sup>

Regleringen av äkta makars förmögenhetsrättsliga förhållanden har förändrats mycket sedan ÄL trädde i kraft i början av 1930-talet. Antalet normer i vilka makarnas äktenskapliga förhållande har getts en särskild förmögenhetsrättslig betydelse har stadigt minskat i

---

<sup>26</sup> *Agell*: Nordisk äktenskapsrätt s. 229.

<sup>27</sup> *Kangas*: Perhevarallisuusouikeus s. 74–75.

<sup>28</sup> Begreppet används bl.a. av *Agell*: Nordisk äktenskapsrätt s. 262.

<sup>29</sup> Se t.ex. *Kangas*: Perhevarallisuusouikeus s. 78, *Saarenpää*: Ositus sopimuksena ja toimituksena s. 30.

<sup>30</sup> *Gottberg*: Perhesuhteet ja lainsäädäntö s. 12, *Saarenpää*: Ositus sopimuksena ja toimituksena s. 6.

<sup>31</sup> *Kaisto – Lohi*: Johdatus varallisuusouikeuteen s. 315, *Gottberg*: Perhesuhteet ja lainsäädäntö s. 14.

lagstiftningen. Ur lagstiftningens synvinkel ses äktenskapet numera som ett ekonomiskt förhållande, inte som ett känslförhållande mellan makarna.<sup>32</sup>

Man kan säga att äktenskapslagen idag bygger på en *princip om normalbehandling* av makarna under äktenskapets gång. I enlighet med detta omfattar äktenskapslagen följande vissa grundläggande lösningar som kan karakteriseras med följande begrepp: *enskilt ägande*, *enskilda skulder* och *makarnas inbördes avtalsfrihet*.<sup>33</sup> Dessa granskas nedan var för sig.

Äktenskapslagen anses *inte* kunna tillämpas analogt på samboförhållanden. Till exempel har tanken om att man automatiskt kunde halvera egendomen vid upphörandet av ett samboförhållande avfärdats inom rättspraxisen (se HD 1993:68).<sup>34</sup> På samboförhållanden tillämpas i dagens läge lagen om upplösning av sambors gemensamma hushåll (26/2011) som trädde i kraft den 1.4 2011.

### 2.2.2 Enskilt ägande

Ägaren till en viss sak är den person som har förvärvat saken genom ett så kallat *lagligt fång*; exempelvis genom *köp*, *byte* eller *gåva*. Det är också möjligt att förvärva äganderätten till egendom via *arv*, *testamente* eller *avvittring*.<sup>35</sup> Det finns inga särskilda bestämmelser gällande fastställande av makars ägarförhållanden under äktenskapet, utan frågor gällande makars ägande löses med hjälp av normala sakrättsliga och obligationsrättsliga normer. Den make som har förvärvat egendomen genom ett lagligt fång är egendomens ägare.<sup>36</sup>

Var och en av makarna äger alltså själv sin egendom också efter ingåendet av äktenskapet. Även egendom som förvärvas under äktenskapet utgör makens egen egendom (ÄL 34 §). Denna *princip om enskilt ägande* har ett nära samband med *namnprincipen*<sup>37</sup> - ägare till egendomen är den make i vars namn egendomen har införskaffats, dvs. den make som står som köpare på köpebrevet eller, om det är fråga om en fastighet, den make som har lagfart till fastigheten. Makarna kan såklart även införskaffa egendom tillsammans<sup>38</sup>. Till exempel köps ofta familjens

---

<sup>32</sup> Mikkola: Yhteisomistus s. 123. Se även Gottberg: Perhesuhteet ja lainsäädäntö s. 7–8.

<sup>33</sup> Kaisto – Lohi: Johdatus varallisuusoikeuteen s. 315. Se även Aarnio – Helin: Suomen avioliitto-oikeus s. 94–95, Saarenpää: Avioliittolain muutokset s. 77–80 och Lohi: Aviovarallisuusoikeus s. 6–12.

<sup>34</sup> Saarenpää: Ositus sopimuksena ja toimituksena s. 11–12, Gottberg: Perhesuhteet ja lainsäädäntö s.7.

<sup>35</sup> Kangas: Perhevarallisuusoikeus s. 122. Se även Hoppu – Hoppu: Kauppa- ja varallisuusoikeuden pääpiirteet s. 106.

<sup>36</sup> Gottberg: Perhesuhteet ja lainsäädäntö s. 13.

<sup>37</sup> Saarenpää: Ositus sopimuksena ja toimituksena s. 18–19. Se även Lohi: Aviovarallisuusoikeus s. 34.

<sup>38</sup> Då makarna är samägare till egendom tillämpas vid eventuella meningsskiljaktigheter Lagen om vissa samäganderättsförhållanden (180/1958). Mikkola har skrivit om detta i artikeln Aviopuolisot yhteisomistajina, och senare i verket Yhteisomistus s. 123–170.

hem gemensamt. För att ett samägoförhållande ska uppstå krävs det dock att köpet har gjorts för makarnas gemensamma räkning. Med andra ord ska båda makarna stå som köpare eller så ska det på annat sätt framgå att det har varit meningen att egendomen ska tillhöra båda makarna.<sup>39</sup>

Ifall det mellan makarna uppstår meningsskiljaktigheter gällande vem som är ägare till viss egendom så inverkar namnprincipen på bevisningen. Den make som står som köpare i köpebrevet anses vara egendomens ägare. Ifall den andra maken hävdar att det har varit meningen att egendomen ska ägas gemensamt, är det upp till honom eller henne att bevisa detta, genom att påvisa sådana omständigheter som gör det trovärdigt att egendomen varit menad att införskaffas gemensamt.<sup>40</sup> Om det inte går att bevisa att köparen utförde rättshandlingen även för den andra makens del, anses köparen äga egendomen ensam (HD 2010:57). Enbart deltagande i finansieringen av köpet räcker inte till för att undanröja ägarpresumtionen (HD 2016:37). Om det däremot går att bevisa att köparen vid köpet handlade även för den andra makens räkning, och att makarnas gemensamma tillgångar har använts till att finansiera köpet, är det möjligt att avvika från namnprincipen (HD 1992:48). Ifall det är meningen att en make som deltar i finansieringen av en viss anskaffning ska bli delägare till egendomen så lönar det sig naturligtvis alltid att anteckna detta i köpebrevet, för att undvika problem.<sup>41</sup>

För att det ska kunna anses att ett samägoförhållande har uppstått till fast egendom som förvärvats av endera maken ensam, förutsätts alltså att det kan påvisas att det funnits en *gemensam partsvilja* att anskaffa egendomen gemensamt. Detsamma gäller i Sverige och Danmark. Den norska lagstiftningen utgör ett undantag i detta hänseende. I Norge kan både hemarbete<sup>42</sup> och allmänna ekonomiska insatser för familjeekonomin utgöra grund för samäganderätt till egendom. Dessutom kan en make enligt norsk rätt förvärva samäganderätt till en fastighet som den andra maken äger genom att göra stora avbetalningar det lån som den andra maken upptagit för att anskaffa fastigheten. I de övriga nordiska länderna är det *inte* möjligt att på detta sätt ”arbeta sig in i” den andra makens äganderätt.<sup>43</sup> Äganderätten bestäms uttryckligen utgående från förhållandena

---

<sup>39</sup> *Kaisto – Lohi*: Johdatus varallisuusoikeuteen s. 316–317, *Saarenpää*: Ositus sopimuksena ja toimituksena s. 18–19, 70.

<sup>40</sup> *Kaisto – Lohi*: Johdatus varallisuusoikeuteen s. 317. Se även *Saarenpää*: Ositus sopimuksena ja toimituksena s. 70. Namnprincipen skapar med andra ord en *ägarpresumtion* som utgör utgångspunkten för bedömningen av ägandeförhållandet. Presumtionen kan undanröjas med motbevis. Se *Mikkola*: Aviopuolisot yhteisomistajina s. 507.

<sup>41</sup> *Kangas*: Perhevarallisuusoikeus s. 124. Se även *Mikkola*: Aviopuolisot yhteisomistajina s. 507–508.

<sup>42</sup> Detta framgår direkt ur § 31 st. 3 i el., där det stadgas att ”*Ved vurderingen av hvem som har ervervet eiendeler som har tjent til ektefellenes felles personlige bruk, som felles bolig og vanlig innbo, skal det legges vekt på en ektefelles arbeid i hjemmet.*”

<sup>43</sup> *Agell*: Nordisk äktenskapsrätt s. 115–121, 125.

vid anskaffningstidpunkten, och senare omständigheter kan inte tas i beaktande fastän det kunde anses berättigat av skälighetshänsyn.<sup>44</sup>

Fastän äktenskapet inte medför någon presumtion om gemensamt ägande så ingår i ÄL flera specialregler i anslutning till detta, varav de mest centrala återfinns i ÄL 65 § och 89 §. Sådana nödvändighetsartiklar, som den ena maken har införskaffat för sitt personliga bruk med medel som den andra maken har tillhandahållit på grund av sin underhållsskyldighet, tillhör den förstnämnde (ÄL 65 §). Ur ÄL 89 § framgår en s.k. *presumtion om samägande* (på finska *yhteisomistusolettama*). I paragrafen stadgas att ifall det vid åtskiljandet av makarnas egendom ”*icke av omständigheterna framgår och ej heller kan visas, vilkendera makens gods det tillhör eller att det är gemensam egendom*” så ska det anses att egendomen har förvärvats av makarna gemensamt, till lika stor andel var. Denna presumtion om samägande tillämpas på lös egendom i sådana fall där namnprincipen inte kan tillämpas.<sup>45</sup>

Principen om enskilt ägande (ÄL 34 §) kompletteras av *principen om enskilt rådande över egendom* som framgår ur ÄL 36 §. Enligt huvudregeln har en make rätt att själv bestämma över egendom som han eller hon äger, oberoende av äktenskapet. En make har alltså rätt att sälja, pantsätta, hyra ut eller till och med skänka bort sin egendom, utan att den andra maken skulle ha rätt att inverka på detta. Ett undantag till denna huvudregel utgörs av de s.k. *rådighetsbegränsningarna*, om vilka stadgas i ÄL 38 och 39 §.<sup>46</sup> I dessa paragrafer, vars innehåll behandlas utförligare i stycke 2.3.2, begränsas makens rätt att överlåta bl.a. egendom som är avsedd att användas som makarnas gemensamma hem, det gemensamma hemlösöret och sådan lös egendom som är avsedd för den andra makens eller barnens personliga bruk.

### 2.2.3 Enskilda skulder

Utgångspunkten i äktenskapslagen är att vardera maken självständigt svarar för sina egna skulder (ÄL 52.1 §). Äktenskapet inverkar inte alls på uppkomsten av ett skuldförhållande – en

---

<sup>44</sup> Detta poängteras av *Mikkola: Aviopuolisot yhteisomistajina* s. 508 som sammanfattar: ”*Omistusoikeuden määräytyminen ei ole asteittain kehittyvä prosessi vaan se arvioidaan tietyssä hetkenä vallitsevien tosiseikkojen ja tästä esitetyn näytön perusteella*”. Mikkola nämner som exempel ett sådant här fall (fritt översatt): Vid köpet av en viss egendom betalar make A en mindre del av köpesumman än make B, men avsikten är ändå att makarna ska äga egendomen till hälften var. A ansöker om skilsmässa strax efter anskaffandet av egendomen. I ett sådant här fall är det *inte* möjligt att avvika från namnprincipen (och t.ex. anse att makarnas äganderätt ska fördela sig enligt samma förhållande som penninginsatserna). Mikkola framför att de oskäligen verkningarna av köpet istället kan korrigeras med hjälp av andra civilrättsliga läror; exempelvis läran om obehörig vinst.

<sup>45</sup> *Saarenpää: Ositus sopimuksena ja toimituksena* s. 71–72, *Kangas: Perhevarallisuusoukeus* s. 126.

<sup>46</sup> *Gottberg: Perhesuhteet ja lainsäädäntö* s. 13. Se även *Lohi: Aviovarallisuusoukeus* s. 15–16.

make kan alltså oberoende av äktenskapet ingå en förbindelse som medför betalningsskyldighet (t.ex. uppta ett lån), och det krävs inte heller att den andra maken ger sitt samtycke till detta. Å andra sidan ansvarar en make aldrig för en skuld som upptagits av den andra maken enbart på basis av äktenskapet, utan endast ifall han eller hon förbinder sig till detta.<sup>47</sup>

Stadgandet om enskilda skulder har ett nära samband med systemet med enskilt ägande. Detta framgår tydligt med tanke på ett eventuellt verkställande av skulden. Om A lämnar sina skulder obetalda och borgenären förlitar sig på tvångsindrivning kan endast A:s tillgångar utmätas, medan maken B:s tillgångar lämnas orörda. Verkställandet kan å andra sidan i allmänhet riktas mot *hela* A:s egendom, och äktenskapet medför inga begränsningar i detta hänseende. B kan till exempel inte förhindra att en lägenhet som ägs av A utmäts, även om bostaden används som familjens gemensamma hem.<sup>48</sup>

I ÄL 35.4 § finns en specialbestämmelse för det fall att ena makens egendom avträds till konkurs. Enligt momentet kan den andra maken i det fallet utesluta vardera makens giftorätt genom att göra en anmälan om detta till magistraten inom ett år från konkursens början. Meningen med ÄL 35.4 § har varit att skydda den solventa maken från effekterna av den andra makens konkurs, genom att ge honom eller henne en möjlighet att undvika att den utjämning som han eller hon ger vid avvittringen går åt till att betala den andra makens skulder. Stadgandet har inte längre lika stor betydelse, då en make numera (sedan 1991) alltid kan neka till att betala utjämning vid avvittringen ifall den andra makens egendom har avträtts till konkurs (ÄL 103.2 §).<sup>49</sup>

Det finns två undantag till principen om enskilda skulder. Makarna ansvarar solidariskt för skulder som de har upptagit tillsammans (ÄL 53 §), samt för skulder som endera maken har upptagit för familjens underhåll (ÄL 52.2 §). Borgenären kan alltså i dessa fall kräva hela skuldbeloppet av vilken som helst av makarna (gäldenärerna).<sup>50</sup>

Såsom ovan i avsnitt 2.1 konstaterats så är huvudregeln i alla de nordiska länderna att vardera maken självständigt svarar för sina egna skulder men inte för den andra makens skulder. Detta framgår direkt ur lagstiftningen även i Sverige, Norge och Danmark (ÄktB 1 kap 3 §, el. § 40 resp. ÆFL § 3). Makarna har ändå möjlighet att ådra sig ett gemensamt skuldansvar enligt normala förmögenhetsrättsliga regler, vilket leder till ett solidariskt ansvar för skulden ifall inte annat avtalats med tredje man. Undantagsregeln om solidariskt ansvar för gemensamma skulder återfinns med andra ord också i de övriga nordiska länderna, även om detta inte skrivits ut i lagen i dessa länder (jfr ÄL 53 §).<sup>51</sup>

---

<sup>47</sup> *Kaisto – Lohi*: Johdatus varallisuusoikeuteen s. 318. Se även *Gottberg*: Perhesuhteet ja lainsäädäntö s. 25.

<sup>48</sup> *Kaisto – Lohi*: Johdatus varallisuusoikeuteen s. 318. Se även *Kangas*: Perhevarallisuusoikeus s. 152.

<sup>49</sup> *Lohi*: Avio-oikeuden palauttava avioehtosopimus ja avioliittolain 35 §:n 4 momentti s. 1032.

<sup>50</sup> *Kangas*: Perhevarallisuusoikeus s. 152.

<sup>51</sup> Agell: Nordisk äktenskapsrätt s. 136–137.

Tanken bakom ett *solidariskt ansvar underhållsskulder* är att båda makarna självständigt ska kunna sköta familjens ekonomi. Till familjens underhåll räknas sådant som behövs för familjens gemensamma behov eller för någondera makens personliga behov, till exempel hyreskostnader samt kostnader för mat, kläder och hälsovård.<sup>52</sup> Undantagsregeln om solidariskt ansvar för underhållsskulder kan ses som principiellt viktig, men dess praktiska betydelse reduceras av det faktum att stadgandets tillämpningsområde är väldigt snävt. Äktenskapslagens 52.2 § omfattar endast skulder som direkt hänför sig till anskaffandet av en förnödenhet – till exempel om maken köper mat eller kläder på kredit. Det solidariska ansvaret gäller däremot inte penninglån. Om en make lånar pengar från banken för att köpa en viss förnödenhet så ansvarar han eller hon ensam för skulden, även om det bevisas att hela kreditbeloppet har använts på ett sätt som avses i ÄL 52.2§.<sup>53</sup>

#### 2.2.4 Makarnas inbördes avtalsfrihet

Både vid ingåendet av äktenskapet och under äktenskapets gång råder i regel *avtalsfrihet*, både mellan makarna (*inter partes*) och i förhållande till utomstående (*ultra partes*).<sup>54</sup> Om makarnas inbördes avtalsfrihet stadgas i ÄL 33.2 §.

Makarna kan utföra rättshandlingar sinsemellan utan några som helst hinder av äktenskapet. Make A kan t.ex. ingå en skuldförbindelse i förhållande till make B, överlåta egendom till B eller ingå ett hyresavtal med B helt på samma sätt som med en utomstående person. Sådana här rättshandlingar har, trots makarnas nära relation, mestadels samma rättsverkningar som om de hade gjorts mellan två i förhållande till varandra utomstående personer. A kan alltså inte genom att åberopa äktenskapet t.ex. kräva lättnader i sina avtalsförpliktelser i förhållande till B.<sup>55</sup>

Den enda specialregeln gällande makarnas inbördes rättshandlingar ingår i ÄL 64 §, som gäller arbetsförhållanden mellan makar. I paragrafen stadgas att ifall den ena maken biträder den andra maken i dennas förvärvsverksamhet så har den biträdande maken rätt till ersättning för sitt arbete endast ifall han eller hon kan visa att så har avsetts eller om det med hänsyn till arbetets art och övriga omständigheter kan anses vara skäligt att ersättning betalas. Löneantagandet är

---

<sup>52</sup> *Kangas*: Perhevarallisuus oikeus s. 153.

<sup>53</sup> *Kaisto – Lohi*: Johdatus varallisuus oikeuteen s. 324, *Gottberg*: Perhesuhteet ja lainsäädäntö s. 26–27.

<sup>54</sup> *Saarenpää*: Ositus sopimuksena ja toimituksena s. 64. Se även *Lohi*: Aviovarallisuus oikeus s. 9–10 och *Aarnio – Helin*: Suomen avioliitto-oikeus s. 94–95.

<sup>55</sup> *Kaisto – Lohi*: Johdatus varallisuus oikeuteen s. 318–319.

alltså omvänt i jämförelse med arbetsförhållanden mellan personer som är utomstående i förhållande till varandra.<sup>56</sup>

Rättshandlingar som företagits mellan makar får normal verkan också i förhållande till utomstående. Ifall A säljer sin bil åt B så bestäms B:s ställning i förhållande till utomstående enligt samma regler som om affären hade gjorts mellan två personer som inte var gifta med varandra. Detta framgår t.ex. ifall det blir aktuellt att bedöma huruvida bilen trots överlåtelsen kan utmätas för betalning av A:s skulder. Vad gäller B:s rättsställning så saknar det faktum att överlåtaren var dennas make i princip betydelse.<sup>57</sup>

Förutom dessa rent förmögenhetsrättsliga avtal kan makarna även ingå *familjeförmögenhetsrättsliga avtal* med varandra. Till denna grupp hör avtal genom vilka makarna förordnar om familjerättsliga angelägenheter med ett ekonomiskt värde. Sådana avtal är till exempel avtal om att avvika från det äktenskapsrättsliga förmögenhetssystemet (äktenskapsförord) eller avtal om hur egendomen ska delas vid en eventuell skilsmässa (föravtal om avvitrning).<sup>58</sup>

## 2.3 Äktenskapets särdrag i jämförelse med andra rättsförhållanden

### 2.3.1 Giftorättssystemet

Den ovan beskrivna principen om enskilt ägande fortsätter att gälla även efter att äktenskapet har upphört (till följd av skilsmässa eller endera makens död). Systemet med *giftorätt* lindrar effekterna av denna princip. På basis av giftorätten har var och en av makarna rätt att kräva att makarnas förmögenheter jämnas ut. Detta genomförs genom att man halverar värdet av den egendom som utgör giftorättsgods (ÄL 35.1 §).<sup>59</sup>

---

<sup>56</sup> *Gottberg*: Aviopuolisoiden välisen taloudellisen suhteen sääntelystä s. 37–38. Se även *Kangas*: Perhevarallisuus oikeus s. 162–163.

<sup>57</sup> *Kaisto – Lohi*: Johdatus varallisuus oikeuteen s. 319.

<sup>58</sup> *Helin*: Perheoikeuden siveellinen luonne s. 1256. Helin skiljer på *rent familjerättsliga avtal* (som inte är juridiskt bindande, till exempel avtal om fördelning av hushållssysslor eller avtal om att bo på en viss ort under äktenskapet), *rent förmögenhetsrättsliga avtal* (ekonomiska avtal, vars parter kan vara vem som helst och alltså inte nödvändigtvis förenas av familjerättsliga band), och *familjeförmögenhetsrättsliga avtal*, som alltså har drag av de båda andra avtalsformerna (se s. 1255–1256 i nämnda artikel).

<sup>59</sup> *Lohi*: Aviovarallisuus oikeus s. 101. Se även *Aarnio – Helin*: Suomen avioliitto-oikeus s. 117–118.

Utgångspunkten i vårt system är att makarna har giftorätt till varandras egendom. Denna rätt, som uppkommer vid ingåendet av äktenskapet, realiseras först då äktenskapet har lösts upp och det förrättas en *avvittring*. Vid avvittringen får vardera maken<sup>60</sup> värdemässigt hälften av giftorättsgodset. Makarnas förmögenhetsförhållanden jämnas ut genom att den mer förmögna maken ger en del av sin egendom i *utjämning* till den andra maken. Efter avvittringen äger vardera maken lika mycket giftorättsgods.<sup>61</sup>

Giftorätten hade tidigare ett samband med de så kallade *rådighetsbegränsningarna* i ÄL 38 och 39 §. Detta samband slopades i och med att stadgandena gällande rådighetsbegränsningarna reviderades år 1987 (se avsnitt 2.3.2), och alltsedan dess saknar giftorätten betydelse under äktenskapets gång.<sup>62</sup>

All makarnas egendom är giftorättsgods, om inte annat framgår av särskilda skäl. Detta gäller även sådan egendom som makarna har förvärvat före ingåendet av äktenskapet, samt egendom som makarna har fått i arv eller gåva. Egendom är *enskild* (dvs. fri från giftorätt) endast på basis av de i lagen uppställda grunderna. Den mest centrala grunden för giftorättsfrihet är att makarna har ingått ett *äktenskapsförord*. Egendom kan även vara enskild till följd av ett förordnande i ett gåvobrev eller ett testamente. Även i en livförsäkring kan ingå ett förordnande om att den försäkringsersättning som betalas ut till förmånstagaren ska utgöra dennas enskilda egendom (ÄL 35.2 §). Förordnanden om giftorättsfrihet används ofta av föräldrar som ger egendom i gåva till sina barn. Detta för att säkerställa att endast gåvotagaren själv får nytta av gåvan, ifall han eller hon senare skiljer sig. Vid köp och andra överlåtelser som sker mot vederlag är det däremot inte möjligt att infoga ett förordnande om giftorättsfrihet.<sup>63</sup>

Begreppet giftorätt har en central betydelse i äktenskapslagens system, och det används ofta inom rättspraxisen och -litteraturen. Det är ändå skäl att betona att giftorätten inte kan likställas med förmögenhetsrätter såsom ägande- eller fordringsrätt, utan den utgör endast ett sorts hjälpbegrepp som har använts vid regleringen av makars rättsställning.<sup>64</sup> Giftorätten realiseras vid avvittringen, och inverkar på slutresultatet av densamma. Den har inga egentliga rättsverkningar innan uppkomsten av en avvittringsgrund. Makens giftorätt hindrar till exempel inte att ett föremål utmäts ur den andra makens egendom. Giftorätten inverkar nuförtiden inte

---

<sup>60</sup> Vid en avvittring som utförs efter en makes död träder arvingarna i den döde makens ställe.

<sup>61</sup> *Lohi*: Aviovarallisuusoukeus s. 13, *Aarnio – Helin*: Suomen avioliitto-oikeus s. 118.

<sup>62</sup> *Gottberg*: Aviopuolisoiden välisen taloudellisen suhteen sääntelystä s. 41.

<sup>63</sup> *Kaisto – Lohi*: Johdatus varallisuusoukeuteen s. 320–321. Se även *Gottberg*: Perhesuhteet ja lainsäädäntö s. 19 – 21.

<sup>64</sup> *Kaisto – Lohi*: Johdatus varallisuusoukeuteen s. 321.

heller på i vilken utsträckning en make har rätt att disponera över sin egen egendom. Enligt ÄL 37 § är en make skyldig att vårda egendom som den andra maken har giftorätt till, så att ”*egendomen ej otillbörligen minskas denne till förfång*”. Även detta stadgande är direkt bundet till avvittningen – ifall en make bryter mot denna omsorgsplikt leder det endast till att han eller hon blir tvungen att vid avvittningen erlagga *vederlag* till den andra maken i enlighet med ÄL 94 §.<sup>65</sup>

### 2.3.2 Rådighetsbegränsningar

Äktenskapet inverkar i vissa hänseenden på makarnas förmögenhetsrättsliga ställning redan under äktenskapets gång. Till exempel är regeln om en makes rätt att råda över sin egen egendom inte undantagslös, utan det har ansetts nödvändigt att i lagstiftningen begränsa makars rätt att bestämma över sådana objekt som är viktiga för hela familjen. Detta har förverkligats med hjälp av *rådighetsbegränsningarna* i ÄL 38 och 39 §. I paragraferna stadgas att den andra makens samtycke behövs för att en make ska kunna överlåta den bostad som utgör familjens gemensamma hem, eller till hemmet hörande hemlösöre. Detsamma gäller sådana arbetsredskap som används av den andra maken, samt annan lös egendom som är avsedd för den andra makens eller barnens personliga bruk.<sup>66</sup>

Bostaden som utgör familjens gemensamma hem utgör rådighetsbegränsningarnas mest centrala skyddsobjekt. Bostadens juridiska form saknar betydelse; stadgandena omfattar både fast (ÄL 38 §) och lös egendom (ÄL 39 §). Det krävs dock att bostaden i fråga är avsedd att *enbart* eller åtminstone *huvudsakligen* användas som familjens gemensamma hem, för att rådighetsbegränsningarna ska aktualiseras<sup>67</sup>. Makens samtycke behövs för utförande av sådana rättshandlingar som på ett konkret sätt begränsar användningen av bostaden. Samtycke behövs förutom för överlåtelse av egendomen även för att hyra ut egendomen eller överlåta någon annan nyttjanderätt till egendomen.<sup>68</sup>

---

<sup>65</sup> Lohi: Aviovarallisuusoikeus s. 102–103. Aarnio – Helin: Suomen avioliitto-oikeus s. 118 beskriver giftorätten kort och gott som en *rätt att erhålla utjämning vid avvittningen*.

<sup>66</sup> Kaisto – Lohi: Johdatus varallisuusoikeuteen s. 322.

<sup>67</sup> I ÄL 38 § föreskrivs att ”*Makens samtycke behövs dock inte, om den egendom som överläts är avsedd att huvudsakligen användas för något annat ändamål och om en uteslutning av hemmet och därtill hörande markområde från överlåtelsen avsevärt skulle sänka den fasta egendomens värde.*”

<sup>68</sup> Gottberg: Perhesuhteet ja lainsäädäntö s. 23. Se även Kangas: Perhevarallisuusoikeus s. 139.

Pantsättning faller utanför denna beskrivning – varken inteckning av en fastighet eller givande av bostadsaktier som handpant medför någon begränsning av bostadens användning. Därmed krävs inte makens samtycke för vidtagande av sådana åtgärder.<sup>69</sup> Om det sedan till följd av ägarmakens överskuldsättning blir aktuellt med realisering av panten så medför rådighetsbegränsningarna inget skydd för den andra maken.<sup>70</sup>

Stadgandena om rådighetsbegränsningarna har ingått i äktenskapslagen ända från början, men de har förnyats år 1987.<sup>71</sup> Rådighetsbegränsningarna var ursprungligen kopplade till giftorätten. En make fick inte överlåta eller inteckna sådan fast egendom som den andra maken hade giftorätt till, utan dennes samtycke. Makens samtycke krävdes även för överlåtelse och pantsättning av sådan lös egendom som var underkastad giftorätt och bestod av den andra makens arbetsredskap eller var menade för hans eller hennes personliga bruk (ÄL 38 och 39 § i deras tidigare form)<sup>72</sup>. Begränsningarna var alltså *dispositiva*. Genom att utesluta giftorätten kunde makarna flytta egendom utom räckhåll för rådighetsbegränsningarna.<sup>73</sup>

Lagändringen, som trädde i kraft 1.1.1988, innebar väsentliga förändringar både vad gäller vilken egendom som omfattas av rådighetsbegränsningarna och vilka rättshandlingar som är föremål för begränsningar. I de ursprungliga stadgandena betonades skyddet av avvitringsintresset. Detta syns framför allt på det sättet att rådighetsbegränsningarna endast gällde giftorättsunderkastad egendom. I 1987 års reform ändrades fokus till att istället skydda besittningen och användningen av ett visst slags egendom. Kopplingen mellan giftorätten och rådighetsbegränsningarna slopades helt och hållet, och begränsningarnas utsträckning justerades till att omfatta uttryckligen sådan egendom som är viktig med tanke på boende och levnad. Tack vare ändringarna faller till exempel inte längre en aktielägenhet som används som familjens gemensamma hem utanför rådighetsbegränsningarna, även om den är fri från giftorätt. Å andra sidan omfattas en fastighet som används till annat än boende inte av rådighetsbegränsningarna, trots att den andra maken har giftorätt till fastigheten.<sup>74</sup>

För att en make ska kunna överlåta egendom som omfattas av rådighetsbegränsningarna krävs det att den andra maken ger sitt tillstånd till detta. För att en make ska kunna överlåta, hyra ut

---

<sup>69</sup> *Gottberg*: Perhesuhteet ja lainsäädäntö s. 23.

<sup>70</sup> *Lohi*: Aviovarallisuus-oikeus s. 212.

<sup>71</sup> *Gottberg*: Perhesuhteet ja lainsäädäntö s. 22.

<sup>72</sup> Detta tidigare system kritiserades på många sätt. Egendom som i praktiken hade central betydelse för familjens uppehåll och sociala trygghet (såsom bostadsaktier som berättigade till besittning av en aktielägenhet) föll utanför rådighetsbegränsningarna. Däremot gällde rådighetsbegränsningarna sådan egendom som i praktiken inte hade någon betydelse för familjens grundskydd (till exempel fastigheter med lågt bytes- och bruksvärde). Se närmare *Aarnio – Helin*: Suomen avioliitto-oikeus s. 248.

<sup>73</sup> *Aarnio – Helin*: Suomen avioliitto-oikeus s. 248.

<sup>74</sup> *Lohi*: Aviovarallisuus-oikeus s. 204–205. Se även *Gottberg*: Perhesuhteet ja lainsäädäntö s. 22–23.

eller på annat sätt upplåta nyttjanderätten till sådan *fast egendom* som används som eller är avsedd att användas som makarnas gemensamma hem, krävs det att den andra maken ger tillståndet *skriftligen* (ÄL 38 §). I ÄL 39 §, som gäller lös egendom, krävs inte att tillståndet ges skriftligen, men likväl krävs det att maken ger sitt samtycke till överlåtelsen.<sup>75</sup> En make kan inte på ett bindande sätt avsäga sig det skydd som rådighetsbegränsningarna medför i förhand (till exempel i ett äktenskapsförord eller ett föravtal om avvitrning), utan samtycket måste ges specifikt för varje överlåtelse.<sup>76</sup>

Syftet med rådighetsbegränsningarna är att skydda den andra maken och hela familjen från ägarmakens förhastade och ogenomtänkta rättshandlingar. Till exempel ska det inte vara alltför enkelt för en make med akut penningbrist att sälja familjens hem för att få pengar. Å andra sidan ska inte den andra maken kunna sätta käppar i hjulet för ägarens rätt att förfoga över sin egendom genom att helt ogrundat motsätta sig en överlåtelse. Ägarmaken har därför i ÄL 40 § getts möjlighet att söka tillstånd av domstolen till att utföra en sådan rättshandling som avses i 38 och 39 §. Tillståndet kan sökas både före och efter utförandet av rättshandlingen.<sup>77</sup>

Ifall ägarmaken har utfört en rättshandling som omfattas av rådighetsbegränsningarna utan vederbörligt samtycke av maken eller tillstånd av domstolen, kan denna rättshandling förkunnas vara utan verkan. Det är i detta fall inte fråga om att rättshandlingen skulle vara ogiltig i sig, utan om att domstolen med sitt beslut i efterhand undanröjer effekterna av rättshandlingen. Den make vars rättigheter har kränkts skall väcka talan inom tre månader. Om han eller hon underlåter att göra detta anses felet i rättshandlingen vara avhjälpt och den tredje partens besittning förblir i kraft. I 38 och 39 § stadgas dessutom att rättshandlingen ska förbli giltig om mottagaren då förvärvet skedde var i god tro (till exempel om han eller hon inte visste att makarna bodde i lägenheten som var föremål för överlåtelsen).<sup>78</sup>

### 2.3.3 Gåvor mellan makarna

Makar kan (såsom ovan i stycke 2.2.4 konstaterats) utföra rättshandlingar sinsemellan utan hinder av äktenskapet, såvida inte annat stadgats i lag. Undantagen till denna huvudregel har minskat med tiden. En särskilt betydelsefull förändring skedde år 1992, då det tidigare *gåvoförbudet* mellan makarna togs bort från lagen.<sup>79</sup> Enligt de ursprungliga bestämmelserna i

<sup>75</sup> *Saarenpää*: Avioliittolain muutokset s. 94.

<sup>76</sup> *Gottberg*: Perhesuhteet ja lainsäädäntö s. 22, *Saarenpää*: Avioliittolain muutokset s. 95.

<sup>77</sup> *Kaisto – Lohi*: Johdatus varallisuusoiikeuteen s. 322–323. Se även *Kangas*: Perhevarallisuusoiikeus s. 145. *Kangas* påpekar att rådighetsbegränsningarna utgör ett undantag från huvudregeln att en ägare har rätt att självständigt råda över sin egendom, och att stadgandena därför ska tolkas snävt.

<sup>78</sup> *Kaisto – Lohi*: Johdatus varallisuusoiikeuteen s. 323.

<sup>79</sup> *Gottberg*: Perhesuhteet ja lainsäädäntö s. 16.

äktenskapslagen var gåvor mellan makar – med undantag av sedvanliga gåvor såsom julklappar och gåvor på bemarkelsedagar – helt förbjudna. Om en make gav en större (icke sedvanlig) gåva till den andra maken var rättshandlingen ogiltig på basis av ÄL 45 §.

Det främsta syftet med den tidigare regleringen var att skydda borgenärerna. Det ansågs att det utan ett gåvoförbud skulle vara lätt för en överskuldssatt person att föra egendomen utom räckhåll för borgenärerna genom att överlåta egendomen till den andra maken.<sup>80</sup> Även makarnas inbördes förhållande beaktades – man var rädd att gåvofrihet skulle leda till oöverlagda överföringar av egendom eller medföra situationer där den ena maken genom utnyttjande av sin maktposition övertalar den andra maken att överlåta egendom. Också makarnas arvingar ansågs vara i behov av skydd. Till gåvoförbudet anslöt sig dock en hel del problem, och det kritiserades på bred front inom rättslitteraturen<sup>81</sup>. Det ansågs vara klart att det fanns ett behov av att kunna ge gåvor makar emellan, och att sådana rättshandlingar också utfördes i praktiken. Då en make dessutom med hjälp av andra rättshandlingar (t.ex. genom att upprätta ett äktenskapsförord) kunde få till stånd minst lika omfattande förluster för sig själv, ansågs gåvoförbudet vara ologiskt.<sup>82</sup> Skyddet av borgenärerna förbättrades avsevärt i samband med den förnyelse av återvinningslagstiftningen som trädde i kraft år 1992, varefter gåvoförbudet mellan makar slopades.<sup>83</sup>

Anmärkningsvärt är att det finska gåvoförbudet saknade motsvarighet i de övriga nordiska länderna. Enligt den ursprungliga samnordiska lagstiftningen skulle gåvor mellan makar utföras genom upprättande av ett äktenskapsförord.<sup>84</sup> Detta system tillämpas fortsättningsvis i Norge (el. 50 §). I den svenska ÄktB stadgas att gåvan ska registreras för att bli gällande mot gåvogivarens borgenärer (ÄktB 8 kap. 1 §).<sup>85</sup>

Numera är det alltså fritt fram för makar att ge varandra gåvor, och de krävs inga särskilda åtgärder för att fullborda dem. Ifall det är fråga om lös egendom räcker det med en överlåtelse av besittningen, och för sådana egendomslag som reglerats skilt – såsom fastigheter och fordon – ska gåvan genomföras i enlighet med de regler som gäller egendomslaget i fråga. I ÄL 45 § och GåvoutfästelseL 6 § stadgas att ifall en make ger lös egendom i gåva till den andra maken så ska detta anmälas hos Myndigheten för digitalisering och befolkningsdata för att gåvotagaren

---

<sup>80</sup> *Kaisto – Lohi*: Johdatus varallisuusoikeuteen s. 324.

<sup>81</sup> Detta konstateras av *Lohi*: Aviovarallisuusoikeus s. 258 med hänvisning till *Zitting* JFT 1953 s. 169–170, *Hakulinen* 1964 s. 120, *Tolonen* 1972 s. 53 – 54 och *Aarnio – Helin – Mahkonen* 1985 s. 337.

<sup>82</sup> *Lohi*: Aviovarallisuusoikeus s. 257–258.

<sup>83</sup> *Gottberg*: Perhesuhteet ja lainsäädäntö s. 16.

<sup>84</sup> Äktenskapsförordet hade alltså två funktioner – det kunde dels användas till att föreskriva vilken egendom som skulle vara enskild och vilken som skulle utgöra giftorättsgods, dels till att överföra egendom mellan makarna.

<sup>85</sup> *Agell*: Nordisk äktenskapsrätt s. 218.

ska kunna få skydd mot gåvogivarens borgenärer vid utsökning eller konkurs. Med tanke på makarnas inbördes förhållande är en sådan här registrering ändå inte nödvändig, även om den så klart kan fungera som bevis ifall givandet av gåvan senare bestrids.<sup>86</sup>

## 2.4 Avvittring

### 2.4.1 Allmänt om avvittringen och dess syfte

Avvittringen är vid sidan om vigseln den mest centrala äktenskapsrättsliga förrättningen.<sup>87</sup> Den kan karakteriseras som ett förfarande genom vilket de äkta makarnas egendom skiljs åt och giftorätten realiserar. Vid avvittringen fastställs på ett bindande sätt hur mycket giftorättsgods vardera maken (eller dennas arvingar) är berättigad till. Dessutom specificeras egendomen och man överför egendom mellan makarna för att fullborda deras rättigheter. Då avvittringen har förrättats och vunnit laga kraft borde ingendera avvittringsparten längre ha några yrkanden på basis av giftorätten.<sup>88</sup>

Avvittringen baserar sig alltså på makarnas giftorätt (se avsnitt 2.3.1 ovan). Utgångspunkten i vårt äktenskapsrättsliga förmögenhetssystem är att vardera maken har giftorätt till all den andra makens egendom. Giftorätten uppkommer vid ingåendet av äktenskapet för att sedan realiserar vid avvittringen, då vardera avvittringsparten har rätt till (värdemässigt) *hälften* av den nettoegendom som utgör giftorättsgods (se ÄL 35 § 1 mom).<sup>89</sup>

Syftet med avvittringen är att slutgiltigt upplösa makarnas äktenskapsrättsliga förmögenhetsförhållande.<sup>90</sup> Förutom att ägarförhållanden reds ut och giftorätten förverkligas så avgörs ofta även andra frågor vid avvittringen. Till exempel upplöses eventuella samägförhållanden mellan makarna och makarnas inbördes skuldförhållanden reds ut.<sup>91</sup> Ifall makarna inte har giftorätt i varandras egendom så förrättas istället för avvittring *avskiljande* av makarnas egendom (ÄL 85 § 2 mom.). Om makarna har gemensam egendom så ska denna på yrkande av

---

<sup>86</sup> *Gottberg*: Perhesuhteet ja lainsäädäntö s. 16.

<sup>87</sup> *Saarenpää*: Ositus sopimuksena ja toimituksena s. 1.

<sup>88</sup> *Lohi*: Aviovarallisuus-oikeus s. 379. Se även *Aarnio – Helin*: Suomen avioliitto-oikeus s. 143.

<sup>89</sup> *Kaisto – Lohi*: Johdatus varallisuus-oikeuteen s. 327. Se även *Aarnio – Helin*: Suomen avioliitto-oikeus s. 143.

<sup>90</sup> *Kangas*: Perhevarallisuus-oikeus s. 184.

<sup>91</sup> *Lohi*: Aviovarallisuus-oikeus s. 379.

endera maken delas i samband med avvitrningen eller avskiljandet av egendomen (ÄL 85 § 3 mom.).

Avvittringens grundstruktur är densamma i alla de nordiska länderna i och med att reglerna kring denna från början konstruerades på liknande sätt. Det finns ändå många specialbestämmelser i de olika länderna vilket kan inverka på slutresultatet.<sup>92</sup> I Sverige kallas avvitrningen för *bodelning* och den regleras i ÄktB.<sup>93</sup>

#### 2.4.2 Avvittringsgrunderna och den kritiska tidpunkten

För att avvitrning ska kunna förrättas krävs att det föreligger en *avvittringsgrund*. Det finns tre möjliga avvitrtingsgrunder. Avvittring kan förrättas till följd av *endera makens död* eller till följd av *skilsmässa*; tidigast genast efter det att ett ärende om äktenskapsskillnad har anhängiggjorts (ÄL 85 §). Dessutom kan avvitrning förrättas om makarna, på vilkas förmögenhetsförhållanden ska tillämpas finsk lag, har dömts till *hemskillnad* i ett annat land (ÄL 136 §). Denna tredje avvitrtingsgrund är väldigt ovanlig i praktiken.<sup>94</sup>

Tidpunkten då en avvitrtingsgrund uppstår är samtidigt tidpunkten då det äktenskrättsliga förmögenhetsförhållandet upphör. Med andra ord bestäms utgående från denna tidpunkt vilken egendom som ska avvittras. Om detta stadgas i ÄL 90 §. Ifall äktenskapet upphör till följd av endera makens död så ska egendom som erhållits efter dödstillpunkten betraktas som enskild egendom, och därmed inte tas med i avvitrningen. I fall av skilsmässa betraktas egendom som makarna har erhållit efter att ärendet gällande äktenskapsskillnad anhängiggjorts som enskild egendom.<sup>95</sup>

Denna tidpunkt kallas i svensk rätt för den *kritiska dagen* och i dansk och norsk rätt för *skæringstillpunktet*.<sup>96</sup> I den finska rättslitteraturen talas med samma betydelse om att uppkomsten av avvitrtingsgrunden medför en *katkaisuvaikutus*<sup>97</sup>, direkt översatt till svenska ”avbrytningseffekt”. Då detta begrepp inte fungerar särskilt bra på svenska så har jag valt att istället tala om *den kritiska tillpunkten*. Orsaken till att jag inte lånar det svenska begreppet (den kritiska dagen) direkt är att jag vill använda ett mer exakt begrepp, som bättre motsvarar det finskspråkiga. Genom att tala om en viss tillpunkt istället för en viss dag kan man undgå vissa oklarheter, till exempel i ett sådant här fall:

<sup>92</sup> Agell: Nordisk äktenskräprätt s. 228.

<sup>93</sup> Agell: Nordisk äktenskräprätt s.229. I Danmark och Norge talar man om *skifte* då det gäller avvitrning efter endera makens död. Vad gäller avvitrningar i samband med skilsmässa så talas i den danska ægtefælleloven (kapitel 9) om *formuedeling*.

<sup>94</sup> Kangas: Perhevarallisuusouikeus s. 184–185.

<sup>95</sup> Gottberg: Perhesuhteet ja lainsäädäntö s. 28. Se även Saarenpää: Avioliittolain muutokset s. 121.

<sup>96</sup> Agell: Nordisk äktenskräprätt s. 263–264.

<sup>97</sup> Se till exempel Saarenpää: Avioliittolain muutokset, s. 121 och Kangas: Perhevarallisuusouikeus s. 95.

Om A:s förälder X dör på samma dag som A:s make B, så avgör tidpunkterna för dödsfallen (om dessa kan bevisas) huruvida arvet utgörs av giftorättsgods eller inte. Ifall X dött först ska arvet tas med i avvittningen. Ifall däremot B dött först och den kritiska tidpunkten alltså har infallit innan X:s död så utgörs arvet A:s enskilda egendom.

En make har alltså inte giftorätt till egendom som den andra maken har erhållit efter den kritiska tidpunkten. Enda undantaget till denna regel utgörs av sådan *avkastning av giftorättsgods* som influtit efter uppkomsten av en avvittningsgrund men innan förrättandet av avvittningen. Denna avkastning utgörs av giftorättsgods och inverkar därmed på avvittningen (ÄL 35.2 §).<sup>98</sup> För avkastningens del utgörs alltså tillfället då avvittningen förrättas den kritiska tidpunkten.

### 2.4.3 Avvittningsförfarandet i korthet

Avvittningen regleras i ÄL 85 – 107a § samt ÄL 137 §. Förutom detta så finns i ÄL 98 § ett hänvisningsstadgande, enligt vilket ”*Avvittning skall företagas i den ordning, som är stadgad för arvskifte*”, vilket innebär att också stadgandena i ärvdabalkens (40/1965, nedan ÄB) 23 kapitel tillämpas. En avvittning förrättas följaktligen enligt samma regler som ett arvskifte; i enlighet med de gemensamma förfarandereglererna i ÄB. Bestämmelserna i de två lagarna är tätt sammansnärjda med varandra, vilket medför att man måste behärska kvarlåtenskapsrätt för att förstå avvittningen, och tvärtom.<sup>99</sup> Avvittningen är alltså en strikt reglerad, rätt så komplicerad förrättning. Jag kommer här endast att redogöra för huvuddragen i avvittningsförfarandet, i den utsträckning som krävs med tanke på avhandlingens ämne och frågeställningar.

Parter vid en skilsmäsoavvittning är makarna själva. Ifall avvittning förrättas till följd av endera makens död (eller ifall endera maken avlider innan en skilsmäsoavvittning hunnit förrättas) utgörs parterna av den efterlevande maken och den avlidne makens rättsinnehavare<sup>100</sup>, dvs. arvingar, testamentstagare eller både och (ÄB 18 kap. 1 §). Det finns ingen tidsfrist för förrättande av avvittning. Enligt ÄL 85 § 1 mom. förrättas avvittning efter att ett äktenskap har lösts upp eller efter anhängiggörande av ett äktenskapsskillnadsärende, *om en make eller en avliden makes arvinge kräver det*. Rätten att kräva avvittning preskriberas inte heller, men den kan prekluderas ifall ingen avvittningspart har krävt att avvittning ska förrättas<sup>101</sup>. Värt att notera

<sup>98</sup> Däremot stadgas i samma moment att egendom som trätt i stället för enskild egendom (s.k. *surrogategendom*) är fri från giftorätt. Se *Gottberg*: Perhesuhteet ja lainsäädäntö s. 28 och *Lohi*: Aviovarallisuusouikeus s. 164–165.

<sup>99</sup> *Kangas*: Perhevarallisuusouikeus s. 184 och 191.

<sup>100</sup> Ifall man väntar med att förrätta avvittningen tills efter båda makarnas död utgörs avvittningsparterna självfallet av vardera makens rättsinnehavare.

<sup>101</sup> *Kangas*: Perhevarallisuusouikeus s. 185.

är också att parterna har en *självständig* rätt att anhängiggöra avvittringen. I fall där endera eller båda makarna har avlidit har var och en av dödsbodelägarna rätt att anhängiggöra avvittringen, oberoende av de andra delägarna.<sup>102</sup>

Avvittringen kan förrättas antingen som en *sämjoavvittring* (ÄB 23:3) på basis av ett avtal mellan makarna eller som en *förrättningsavvittring* som genomförs av en skiftesman. Vid en sämjoavvittring (som i praktiken är den vanligaste avvittringsformen) har parterna möjlighet att själva besluta om både innehållet och förfarandet. De behöver alltså inte följa äktenskapslagens regler om giftorätsandelar och utjämning<sup>103</sup>. Formkraven i ÄB 23:9.1 ska ändå iakttas; en skifteshandling ska upprättas och den ska undertecknas av parterna och bestyrkas av två ojäviga personer.<sup>104</sup>

Denna avtalsfrihet, genom vilken makarna har möjlighet att själva göra upp bindande avtal om avvittring och därigenom avvika från reglerna i lagen, återfinns i alla de nordiska ländernas (även Islands) rättssystem. Avtalsfriheten anses gälla oberoende av om den har angetts i lag eller inte.<sup>105</sup> Anmärkningsvärt är ändå att denna avtalsfrihet kan leda till skattemässiga problem – det som privaträttsligt ses som en avvittring kan av beskattaren ses som byte och därmed leda till överlåtelseskatt<sup>106</sup> eller så kan det anses att någondera maken har mottagit en gåva vilket leder till gåvoskatt för honom eller henne.<sup>107</sup>

Ifall parterna inte lyckas komma överens om avtalets innehåll kan de (eller någondera av dem) lämna in en ansökan hos tingsrätten om förordnande av en skiftesman. Skiftesmannen som väljs till uppdraget gör en helhetsutredning av makarnas förmögenhetsförhållanden och förrättar därefter avvittringen. Avvittringen förrättas i enlighet med reglerna i ÄL och ÄB, såvida inte avvittringsparterna avtalar annorlunda.<sup>108</sup> Skiftesmannen har som uppgift att försöka få makarna att ingå ett avtal om avvittringen (ÄB 23:7.1 §). Makarna kan också självmant ingå ett avtal sinsemellan även efter det att en skiftesman har förordnats (HD 1996:143), och detta avtal är bindande såväl för skiftesmannen som för makarna själva (HD 1981 II 131).<sup>109</sup>

---

<sup>102</sup> *Aarnio – Helin*: Suomen avioliitto-oikeus s. 144.

<sup>103</sup> *Kaisto - Lohi*: Johdatus varallisuusoikeuteen s. 328. Se även *Gottberg*: Perhesuhteet ja lainsäädäntö s. 29 som påpekar att det ändå lönar sig att specificera egendom som övergår från en make till en annan tillräckligt noggrant i avvittringsinstrumentet, för att mottagaren ska kunna påvisa sitt äganderättsförvärv till utomstående (t.ex. vid ansökan om lagfart).

<sup>104</sup> *Lohi*: Aviovarallisuusoikeus s. 382.

<sup>105</sup> *Agell*: Nordisk äktenskapsrätt s. 230.

<sup>106</sup> *Saarenpää*: Ositus sopimuksena ja toimituksena s. 11.

<sup>107</sup> Gåvoskatt ska betalas av en gåvotagare som mottagit egendom värd 5 000 euro eller mer i gåva av en annan person, se 18 § och 19 a § i lagen om skatt på arv och gåva (378/1940).

<sup>108</sup> *Lohi*: Aviovarallisuusoikeus s. 382.

<sup>109</sup> *Kangas*: Perhevarallisuusoikeus s. 192.

Om avvittringen görs enligt lag så kan den delas in i två skeden: det kalkylmässiga skedet och det reella skedet. Inför det *kalkylmässiga skedet* börjar skiftesmannen med att utreda makarnas ägo- och skuldförhållanden. Sedan fastställs vilken egendom som utgör giftorättsgods och vilken som är enskild, och egendomen värderas<sup>110</sup>. Efter det uppgörs en *avvittringskalkyl* där behållningen av makarnas egendom (tillgångarna minus skulderna) räknas ut för att sedan räknas ihop. Därefter beaktas eventuella avdrag (enligt AL 91 §) och vederlag (AL 93 – 95 §), och till slut räknas giftorättsandelen ut. Med hjälp av giftorättsandelen kan man sedan fastställa den *utjämning* som den förmögna maken ska betala till den mindre förmögna.<sup>111</sup>

Efter att avvittringskalkylen har gjorts upp och utjämnings belopp har räknats ut är skiftesmannen ibland tvungen att ta ställning till huruvida avvittringen borde jämkas på basis av jämningsstadgandet i ÄL 103 b §. Vid jämkning av avvittring kan det bestämmas att en make befrias från skyldigheten att betala utjämning eller att utjämnings belopp begränsas, att viss egendom som utgör giftorättsgods ska anses vara enskild egendom eller tvärtom att enskild egendom ska anses utgöra giftorättsgods. Med andra ord kan man med stöd av ÄL 103 b § dels avvika från halveringsprincipen och dels jämka makarnas äktenskapsförord.<sup>112</sup>

I det *reella skedet* bestäms vilken egendom som ska ges som utjämning varefter utjämnings belopp överförs till den mottagande maken.<sup>113</sup> Maken som betalar utjämning har rätt att självständigt avgöra vilken (till giftorättsgodset hörande) egendom han eller hon ger i utjämning till den mottagande maken. Utjämnings belopp får också alltid betalas i pengar (ÄL 103.1 §). Mottagaren till utjämnings belopp har alltså (förutom vad gäller arbetsredskap som omfattas av den i praktiken rätt så obetydliga undantagsregeln i ÄL 103.3 §) ingen som helst rätt att kräva att få något speciellt föremål eller någon speciell slags egendom i utjämning, utan det är alltid upp till givaren att besluta om detta.<sup>114</sup> Ifall utjämnings belopp betalas i pengar så krävs det inte att pengarna ingår i den avvittrade egendomen utan de kan lika väl tas ut givarens enskilda egendom.<sup>115</sup>

I det reella skedet kan förutom specificering av utjämnings belopp även ingå annan reglering av makarnas förmögenhetsförhållanden. En make kan t.ex. vara berättigad att få ersättning av den

---

<sup>110</sup> Fastän omfattningen av egendomen som ska avvittras bestäms utgående från avvittringsgrundens uppkomst (den kritiska tidpunkten), så fastställs egendomens värde enligt vedertagen praxis på basis av dess gängse värde vid tidpunkten för avvittringen. Se HD 2008:74, *Kangas*: Perhevarallisuusoukeus s. 201 och *Gottberg*: Perhesuhteet ja lainsäädäntö s. 27.

<sup>111</sup> *Kangas*: Perhevarallisuusoukeus s. 197.

<sup>112</sup> *Lohi*: Aviovarallisuusoukeus s. 386–387, *Gottberg*: Avioapuolisoiden välisen taloudellisen suhteen sääntelystä s. 43. Se även *Saarenpää*: Avioliittolain muutokset s. 129 ff.

<sup>113</sup> *Lohi*: Aviovarallisuusoukeus s. 387.

<sup>114</sup> *Gottberg*: Perhesuhteet ja lainsäädäntö s. 33. Jfr dock *Lohi*: Aviovarallisuusoukeus s. 562, som poängterar att makarnas samförstånd innehar en central roll vid en sämjoavvittring.

<sup>115</sup> *Saarenpää*: Ositus sopimuksena ja toimituksena s. 42. Se även *Lohi*: Aviovarallisuusoukeus s. 564–565.

andra avvittringsparten på basis av ÄL 101 § eller 102 §. I det reella skedet ingår också *delning av samägd egendom*; ifall makarna äger en sak tillsammans i kvotdelar så har var och en av dem rätt att kräva att samägoförhållandet ska lösas upp i samband med avvittringen (ÄL 85.3 §).<sup>116</sup>

### 3 ÄKTENSKAPSFÖRORD

#### 3.1 Allmänt

Makarna kan genom att upprätta ett äktenskapsförord förordna vilken egendom som är fri från giftorätt (*enskild egendom*) och vilken som är underkastad giftorätt (*giftorättsgods*), och på så sätt inverka på den framtida avvittringen. Äktenskapsförordet kan upprättas redan innan vigseln, under förutsättning att de blivande makarna är förlovade med varandra (ÄL 41 §). Äktenskapsförordet kan också upprättas när som helst under äktenskapet, så länge det görs före uppkomsten av en avvittringsgrund.<sup>117</sup> Ett äktenskapsförord träder i kraft då det har registrerats av Myndigheten för digitalisering och befolkningsdata (ÄL 44 §). Det är möjligt att senare ändra på äktenskapsförordet, men detta måste göras genom att upprätta ett nytt äktenskapsförord. Ändringen träder i kraft då det nya äktenskapsförordet har registrerats.<sup>118</sup>

I äktenskapsförordet förordnas alltså om *giftorättens omfattning*. Ur ÄL 43 och 45 § framgår att äktenskapsförordet dessutom kan användas som instrument för fullgörande av en gåva mellan makarna. Ifall en inbördes gåva meddelas i äktenskapsförordet behöver makarna inte göra en sådan anmälan om gåvan om vilken stadgas i GåvoutfästelseL 6 §. Detta är den enda funktion utanför fastställandet av gifterättens omfattning som äktenskapsförordet kan ha. Äktenskapsförord är inte menade att användas som allmänna instrument för utformningen av makarnas förmögenhetsförhållanden. Till exempel hör avtal om makarnas ägo- och skuldförhållanden inte hemma i ett äktenskapsförord.<sup>119</sup>

Äktenskapsförordets primära funktion är att påverka resultatet av avvittringen, och det hänför sig därför främst till makarnas inbördes (*inter partes*) förhållande. Äktenskapsförordet kan även

---

<sup>116</sup> Lohi: Aviovarallisuusouikeus s. 387–388.

<sup>117</sup> Lohi: Aviovarallisuusouikeus s.108–109, Gottberg: Perhesuhteet ja lainsäädäntö s. 19.

<sup>118</sup> Kangas: Perhevarallisuusouikeus s. 112–113, Gottberg: Perhesuhteet ja lainsäädäntö s. 20.

<sup>119</sup> Lohi: Aviovarallisuusouikeus s. 109. Se även Kangas: Perhevarallisuusouikeus s. 169.

ha betydelse för makarnas borgenärer. Enligt ÄL 52 § ansvarar vardera maken själv för sina skulder. En make ansvarar aldrig (förutom om han eller hon särskilt har förbundit sig till det) för en skuld som upptagits av den andra maken. Detta gäller oberoende om makarna har giftorätt till varandras egendom eller inte.<sup>120</sup> En borgenär har alltså aldrig rätt till egendom som tillhör gäldenärens make, men ifall borgenären misstänker att gäldenärsmaken vid avvittringen har överlåtit för mycket egendom i utjämning kan denna väcka en återvinningstalan mot maken som mottagit utjämningen. Tack vare att äktenskapsförord skall registreras för att träda i kraft kan borgenären möjligen påvisa att t.ex. en gäldenärsmake som har gett halva sin egendom i utjämning i själva verket har haft ett totalt uteslutande äktenskapsförord. Registreringstvånget medför även att makarna inte kan åberopa ett förfalskat äktenskapsförord. Ifall äktenskapsförordet inte har registrerats kan borgenärerna åberopa att det äktenskapsförord som har lagts till grund för makarnas avvittring *de facto* inte har varit i kraft.<sup>121</sup>

Ett äktenskapsförord är ett avtal gällande makarnas äktenskapsrättsliga förmögenhetsförhållande och det är därmed underkastat alla allmänna bestämmelser gällande förmögenhetsrättsliga avtal. Till exempel förutsätts att avtalsparterna innehar rättslig handlingsförmåga och att viljeförklaringarna har yttrats frivilligt. Ett äktenskapsförord kan därmed konstateras ogiltigt bland annat på basis av någon av grunderna i RättshandlingsL 3 kapitel (t.ex. tvång eller svikligt förledande). Utöver detta förknippas äktenskapsförord med en lång rad särdrag, såsom dess särskilt personliga karaktär, strikta formkrav, snäva begränsningar av innehållsfriheten samt ett särskilt tvång om offentliggörande (krav på att äktenskapsförordet registreras).<sup>122</sup> Makarna kan (vad gäller deras inbördes förhållande) med hjälp av ett föravtal om avvittring avtala att ett tidigare ingånget äktenskapsförord inte ska läggas till grund för avvittringen eller avskiljandet av egendomen (HD 1949 II 429).<sup>123</sup>

Äktenskapsförordets särskilt personliga karaktär framgår ur ÄL 42 §. Enligt paragrafen ska en make som på grund av omyndighet eller begränsning av rättshandlingsförmågan inte är berättigad att själv upprätta ett äktenskapsförord inhämta intressebevakarens skriftliga godkännande till detsamma. Till skillnad från andra rättshandlingar (där intressebevakaren utför

---

<sup>120</sup> Kangas: Perhevarallisuusouikeus s.108–109.

<sup>121</sup> Lohi: Aviovarallisuusouikeus s. 125.

<sup>122</sup> Lohi: Aviovarallisuusouikeus s. 109–110. Se även Aarnio – Helin: Avioliittolain muutetut säännökset s. 133–135.

<sup>123</sup> Kangas: Perhevarallisuusouikeus s. 113.

rättshandlingen i huvudmannens ställe) är det alltså huvudmannen som ingår äktenskapsförordet medan intressebevakaren endast fungerar som godkännare.<sup>124</sup>

### 3.2 Formkrav

Formkraven för äktenskapsförord finns uppräknade i ÄL 66 §. Enligt paragrafen skall ett äktenskapsförord för att gälla vara daterat, behörigen undertecknat och bevittnat av två ojäviga personer. Dessa tre kriterier är av lika värde vid bedömningen av äktenskapsförordets giltighet. Därmed är också dateringen (till skillnad från vad som gäller för t.ex. testamenten) en förutsättning för att äktenskapsförordet ska vara giltigt.<sup>125</sup>

Äktenskapsförordet kan upprättas av t.ex. en advokat på uppdrag av makarna, och makarna behöver inte vara närvarande vid upprättandet. Lagen kräver inte heller att makarna ska vara samtidigt närvarande vid undertecknandet av äktenskapsförordet. Makarna kan alltså teckna under äktenskapsförordet vid olika tillfällen, och make A behöver inte vara på plats då make B undertecknar det (och vice versa). Ifall en make senare yrkar på att äktenskapsförordet ska förklaras ogiltigt på grund av att han eller hon inte har varit medveten om att det undertecknade dokumentet utgjorde ett äktenskapsförord så är det upp till maken i fråga att bevisa att så är fallet. Ifall detta inte kan bevisas anses äktenskapsförordet vara giltigt (HD 1991:64).<sup>126</sup>

Dokumentet ska även undertecknas av två ojäviga vittnen. Vilka som uppfyller kriteriet om ojävighet bestäms utgående från 1 § i lagen om jäv för vittnen vid rättshandlingar och förrättningar (734/2015). Till exempel kan inte makarnas släktingar i rakt uppstigande eller nedstigande led, och inte heller makarnas syskon på ett giltigt sätt bevittna ett äktenskapsförord. Detsamma gäller personer under 15 år och personer vars psykiska funktioner är störda så att personen i fråga uppenbart inte förstår innebörden av att vara vittne.<sup>127</sup> Inte heller vittnena behöver vara närvarande vid upprättandet av äktenskapsförordet, eller ens då makarna undertecknar det (HD 1956 I 4, HD 1956 II 62), utan det räcker att de intygar att båda makarnas namnteckningar är äkta. Vittnena behöver inte heller veta någonting om äktenskapsförordets

---

<sup>124</sup> *Lohi*: Aviovarallisuusoukeus s. 110.

<sup>125</sup> *Kangas*: Perhevarallisuusoukeus s. 114.

<sup>126</sup> *Kangas*: Perhevarallisuusoukeus s. 114. Se även *Aarnio – Helin*: Suomen avioliitto-oikeus s. 130–131.

<sup>127</sup> *Lohi*: Aviovarallisuusoukeus s. 114–116.

innehåll, eller ens att dokumentet i fråga utgör ett äktenskapsförord (jämför ÄB 10:1, där det stadgas att vittnena ska vara medvetna om handlingens egenskap av testamente).<sup>128</sup>

Äktenskapsförordens formella giltighet undersöks inte vid registreringen. Detta medför att formfel kan förbli dolda, och rätten att åberopa dem preskriberas inte. Formfelen kan åberopas av någondera maken ännu efter flera årtionden (HD 1980 II 45). Även tredje personer, såsom borgenärer eller arvingar, har rätt att åberopa formfel. Ifall ingen bestrider formfelet och makarna förrättar avvittringen eller avskiljandet av egendomen på basis av äktenskapsförordet så förlorar formfelet sin betydelse i och med att avvittringen eller avskiljandet av egendomen vinner laga kraft.<sup>129</sup>

I den svenska ÄktB stadgas om äktenskapsförords formkrav i 7 kap 3 §. Enligt paragrafen ska äktenskapsförord ”upprättas skriftligen, dateras och undertecknas av makarna eller de blivande makarna”. I den tidigare giftermålsbalken (1920:405, nedan GB) stadgades utöver detta även att underskrifterna skulle bevittnas, men i ÄktB ingår alltså inget vittneskrav.<sup>130</sup>

### 3.3 Registrering

Ett äktenskapsförord träder i kraft då det har registrerats hos Myndigheten för digitalisering och befolkningsdata (ÄL 44 §)<sup>131</sup>. Det finns ingen tidsfrist för registreringen, utan äktenskapsförordet kan registreras ännu årtal efter undertecknandet av avtalet<sup>132</sup>. Äktenskapsförordet träder dock inte i kraft ifall det har getts in till Myndigheten för digitalisering och befolkningsdata efter det att äktenskapet har blivit upplöst eller efter att ett ärende gällande äktenskapsskillnad har anhängiggjorts (ÄL 44.2 §). Ett förlovat par kan göra upp ett äktenskapsförord redan innan vigseln. Enligt vedertagen praxis registreras äktenskapsförordet ändå först efter att äktenskapet har ingåtts.<sup>133</sup>

---

<sup>128</sup> *Kangas*: Perhevarallisuus oikeus s. 114. Samma sak konstateras av *Aarnio – Helin*: Suomen avioliitto-oikeus s. 131.

<sup>129</sup> *Kangas*: Perhevarallisuus oikeus s. 114.

<sup>130</sup> *Teleman*: Äktenskapsförord s. 19.

<sup>131</sup> Paragrafen har ändrats genom Lagen om ändring av äktenskapslagen (1125/2019). Ändringen trädde i kraft den 1.1.2020. Innan ändringen registrerades äktenskapsförord av magistraten.

<sup>132</sup> *Lohi*: Aviovarallisuus oikeus s. 124.

<sup>133</sup> Enligt *Kangas*: Perhevarallisuus oikeus 2018 s. 107. *Kangas* skriver att ”*Vakiintuneen käytännön mukaan avioehtosopimusta ei rekisteröidä, jos avioliittoa ei ole vielä solmittu.*”. Samma synpunkt framförs av *Aarnio – Helin*: Suomen avioliitto-oikeus s. 134. Jfr dock *Lohi*: Aviovarallisuus oikeus s. 124 som anser att det inte finns några hinder för att registrera äktenskapsförordet redan under förlovningstiden, innan äktenskapet har ingåtts.

Registreringen är inte ett formkrav, utan istället en slags hjälpåtgärd som är nödvändig för att avtalet ska träda i kraft.<sup>134</sup> Vardera avtalsparten är behörig att lämna in ett undertecknat äktenskapsförord för registrering utan att höra den andra avtalsparten. Ifall make A senare åberopar att make B inte har varit behörig att lämna in äktenskapsförordet för registrering så är det upp till make A att bevisa att makarnas avsikt vid ingående av avtalet inte hade varit att äktenskapsförordet skulle registreras (HD 1954 II 118).<sup>135</sup> Ifall äktenskapsförordet inte har registrerats är det enligt rådande uppfattning verkningslöst såväl *inter partes* som i förhållande till utomstående.<sup>136</sup>

Huvudsyftet med registreringen är att offentliggöra äktenskapsförordet. Man har genom registreringstvävet velat ge utomstående (i praktiken makarnas borgenärer) en möjlighet att ta del av makarnas äktenskapsförord. Regleringen skyddar åtminstone teoretiskt sett en borgenär som misstänker att en gäldenärsmake har gett för mycket utjämning vid avvittringen, och därför tänker väcka en återvinningstalan mot mottagaren av utjämningen.<sup>137</sup>

I Sverige registreras äktenskapsförord hos Skatteverket (ÄktB 7:3 och 16:2). Enligt paragrafen gäller äktenskapsförordet från äktenskapets ingående, ifall det lämnas in till skatteverket inom en månad efter att äktenskapet ingicks. I annat fall gäller äktenskapsförordet från och med den dag då det lämnas in.

### 3.4 Innehållet i ett äktenskapsförord

I ÄL 41.1 § stadgas att makar och blivande makar genom att upprätta ett äktenskapsförord kan ”utesluta giftorätt i egendom, som någondera av dem äger eller sedermera förvärvar”. Vidare stadgas att makarna genom att upprätta ett nytt äktenskapsförord kan återinföra giftorätten till sådan egendom som i ett tidigare äktenskapsförord har föreskrivits vara giftorättsfri. Inom rättslitteraturen har man utgående från paragrafen urskilt fyra typer av äktenskapsförord:<sup>138</sup>

1. *Äktenskapsförord genom vilket giftorätten utesluts helt* utgör den i praktiken vanligaste typen av äktenskapsförord. Makarna utesluter giftorätten ömsesidigt och totalt.

<sup>134</sup> *Aarnio – Helin*: Suomen avioliitto-oikeus s. 133.

<sup>135</sup> *Aarnio – Helin*: Suomen avioliitto-oikeus s. 134. Se även *Lohi*: Aviovarallisuusoikey s. 124, som utgående från HD:s motiveringar i fallet drar slutsatsen att det torde ha varit möjligt för makarna att på ett bindande sätt avtala om att registreringen skulle skötas gemensamt. Dock hade inte bevisats att så var fallet.

<sup>136</sup> *Lohi*: Aviovarallisuusoikey s. 123.

<sup>137</sup> *Lohi*: Aviovarallisuusoikey s. 125.

<sup>138</sup> Indelningen används av bl.a. *Lohi*: Aviovarallisuusoikey s. 113 och *Aarnio – Kangas*: Perhevarallisuusoikey 2010 s. 95. Samma indelning används även i den nyare upplagan *Kangas*: Perhevarallisuusoikey 2018 s. 108.

Förordnandet omfattar makarnas samtliga egendom, både egendom som de innehar vid avtalstidpunkten och egendom som de senare förvärvar.

2. *Äktenskapsförord genom vilket giftorätten utesluts delvis.* Makarna kan även förordna att endast en del av deras egendom ska vara enskild. Förordnandet kan gälla en specifik egendomspost (t.ex. en bestämd fastighet) eller egendom av ett visst slag (till exempel all fast egendom eller alla värdepapper). Det är också möjligt att använda tidpunkten för fånget som gräns mellan den enskilda egendomen och giftorättsgodset, till exempel genom att förordna att all egendom som makarna har förvärvat innan ingåendet av äktenskapet ska utgöra enskild egendom.
3. *Ensidigt äktenskapsförord.* Makarna kan även förordna att endast den ena makens egendom ska vara enskild, medan den andra makens egendom utgör giftorättsgods. Förordnandet kan gälla all egendom som tillhör den ena maken eller endast en del av egendomen, till exempel en specifik fastighet (det är alltså möjligt att kombinera denna förordstyp med typ två ovan).
4. *Äktenskapsförord genom vilket giftorätten återinförs.* Såsom framgår direkt ur ordalydelsen i ÄL 41 § så kan makarna med hjälp av ett äktenskapsförord även återinföra giftorätten till sådan egendom som annars skulle vara enskild. Detta är enligt lagen möjligt att göra då orsaken till att egendomen är enskild är ett tidigare upprättat äktenskapsförord (ÄL 41.1 §) eller en avvitrning som gjorts under äktenskapet (ÄL 107 a §). Giftorätten kan återinföras helt eller delvis. Det är också möjligt att återinföra giftorätten ensidigt, så att endast den ena makens egendom omvandlas till giftorättsgods medan den andra makens egendom förblir enskild.<sup>139</sup>

I ÄL 35 § 4 mom. stadgas att om en makes egendom har avträtts till konkurs så kan den andra maken utesluta vardera makens giftorätt genom att anmäla detta till magistraten inom ett år efter konkursens början. ÄL 41.1 § avser på basis av ordalydelsen endast det fall att giftorätten uteslutits genom ett *äktenskapsförord*. Möjligheten att återinföra giftorätten genom ett äktenskapsförord i fall där den har uteslutits på basis av ett yrkande enligt ÄL 35.4 § framgår inte heller ur något annat stadgande i äktenskapslagen, och inte heller i förarbetena har det tagits ställning till sådana här yrkandens beständighet.<sup>140</sup> I rättslitteraturen har ändå ansetts att makarna även i detta fall ska ha möjlighet att återinföra giftorätten med hjälp av ett äktenskapsförord.<sup>141</sup>

---

<sup>139</sup> *Lohi*: Aviovarallisuusouikeus s. 113–114. Se även *Aarnio – Kangas*: Perhevarallisuusouikeus 2010 s. 95 och *Kangas*: Perhevarallisuusouikeus 2018 s. 108.

<sup>140</sup> *Lohi*: Avio-oikeuden palauttava avioehtosopimus ja avioliittolain 35 §:n 4 momentti s. 1036–1037.

<sup>141</sup> Bl.a. *Aarnio – Kangas*: Perhevarallisuusouikeus 2010 s. 103 och *Lohi*: Aviovarallisuusouikeus s. 113 har antagit denna ståndpunkt.

Ifall makarna har upprättat ett äktenskapsförord genom vilket giftorätten uteslutits helt är utgångspunkten att avtalet gäller både den egendom som de ägde vid avtalstidpunkten och egendom som de senare - innan uppkomsten av avvitringsgrunden - har förvärvat. Detta antagande kan undanröjas genom att påvisa att avtalsparterna har haft en annan avsikt vid ingåendet av avtalet.<sup>142</sup>

Äktenskapslagen innehåller specialbestämmelser om s.k. *surrogategendom* (egendom som trätt i stället för enskild egendom, till exempel kan en fastighet säljas och pengarna placeras) och *avkastning* av enskild egendom. Båda bestämmelserna ingår i ÄL 35.2 §. Surrogategendomen är fri från giftorätt såvida ägaren kan bevisa att egendomen har trätt i stället för egendom som varit fri från giftorätt. Egendomens avkastning utgör däremot giftorättsgods, ifall makarna inte har förordnat annorlunda. Huvudregeln är alltså att även om egendomen i fråga är enskild så utgör avkastningen giftorättsgods.<sup>143</sup> I förarbetena till lagen motiverades detta med att egendomens avkastning vanligen används till familjens underhåll och motsvarande behov. För det fall att avkastning kvarstår vid avvitrningen ansågs det skäligt att halvera denna.<sup>144</sup> Avkastningen är underkastad giftorätt ända tills avvitrning har förrättats.<sup>145</sup>

Ett undantag till ovan nämnda huvudregel utgörs av äktenskapsförord genom vilka giftorätten har uteslutits helt, dvs. också vad beträffar sådan egendom som makarna i framtiden kommer att förvärva. I detta fall anses avkastningen vara fri från giftorätt även utan ett skilt förordnande. Detta fastställdes av högsta domstolen i prejudikatet HD 1974 II 45.<sup>146</sup>

Makarna hade i sitt äktenskapsförord förordnat att ingendera av dem skulle ha giftorätt till den andras egendom, och ansågs därmed ha avsett att utesluta också sådan egendom som de senare skulle komma att förvärva från giftorätten. Då makarna genom äktenskapsförordet hade uteslutit giftorätten totalt, ansågs att äktenskapsförordet innefattade också egendomens avkastning.

Prejudikatet avviker intressant nog från lagens ordalydelse. Beslutet motiverades med att ett äktenskapsförord där giftorätten har uteslutits ömsesidigt och totalt skapar en *presumption* om

---

<sup>142</sup> *Kangas*: Perhe- ja jäämistöoikeuden perusteet s. 290.

<sup>143</sup> *Gottberg*: Perhesuhteet ja lainsäädäntö s. 21–22, *Kangas*: Perhe- ja jäämistöoikeuden perusteet s. 290.

<sup>144</sup> Se *Lohi*: Aviovarallisuusoiikeus s. 173, som hänvisar till Förslag 1918 s. 250.

<sup>145</sup> *Kangas*: Perhevarallisuusoiikeus s. 106.

<sup>146</sup> I rättslitteraturen har framförts olika åsikter gällande prejudikatets betydelse. Enligt Aarnio och Kangas har lagstiftarens mening varit att ifall makarna inte särskilt har förordnat annorlunda så ska även avkastning av giftorättsfri egendom vara underkastad giftorätt. De anser därför att HD i förhandsavgörandet ovan avvek från lagstiftarens mening, och på det sättet försvagade makens ställning (ifall avkastningen är underkastad giftorätt så har maken åtminstone rätt till en liten giftorättsandel). Se *Aarnio – Kangas* Perhevarallisuusoiikeus 2010 s. 106 samt *Kangas*: Perhevarallisuusoiikeus 2018 s. 120. Lohi är av en annan åsikt. Han framför att denna ståndpunkt har uttalats redan i förarbetena till lagen, och att HD därmed endast fastställde det rådande rättsläget. Se *Lohi*: Aviovarallisuusoiikeus s. 174, fotnot 142 med hänvisning till äktenskapslagens förarbete LKV 1920:1 s. 43.

att tanken har varit att även avkastningen ska vara enskild egendom.<sup>147</sup> I fråga om äktenskapsförord där giftorätten har uteslutits endast delvis eller ensidigt så är avkastningen ändå alltid underkastad giftorätt, om inte makarna i äktenskapsförordet uttryckligen har förordnat annorlunda.<sup>148</sup>

Lohi har framfört att sådana avkastningsposter vars förmögenhetslag (eller sätt på vilket fångat uppkommit) i sig uppfyller de kriterier för giftorättsfrihet som uppställts i äktenskapsförordet eller åtkomsthandlingen, ska anses vara fria från giftorätt även om äktenskapsförordet inte är totalt uteslutande: ”*Jos avio-oikeudesta vapaaksi on sovittu tai määrätty esimerkiksi ”kaikki puolisoilla A olevat ja hänen myöhemmin saamansa rahavarat ja arvopaperit”, ovat puolison pörssiosakkeista maksettavat osingot jo tuon määräyksen perusteella avio-oikeudesta vapaata (ne kuuluvat kiistatta määrityksen ”myöhemmin saamansa rahavarat” piiriin), eivätkä ne menetä VO-luonnettaan sillä perusteella, että ne voidaan hahmottaa myös vapaaomaisuuden tuotoksi.*”<sup>149</sup> Detta är enligt min åsikt ett bra argument som lönar sig att åberopa för en make som vill att avkastningen ska anses vara fri från giftorätt. Då det inte finns något förhandsavgörande gällande detta och Lohi inte heller verkar ha fått medhåll från andra håll i denna fråga, torde ändå det gällande rättsläget vara så som ovan konstaterats. För att avkastningen ska vara fri från giftorätt krävs att det i ett ensidigt äktenskapsförord, eller i ett äktenskapsförord i vilket giftorätten uteslutits delvis, finns ett uttryckligt förordnande om detta.

### 3.5 Innehållsfrihetens gränser

#### 3.5.1 Utgångspunkter

Den förmögenhetsrättsliga *principen om avtals innehållsfrihet* gäller i regel även makars inbördes förhållanden. Det har dock traditionellt ansetts att äktenskapsförord är en avtalstyp som inte omfattas av denna princip, och att enbart sådana förordnade som direkt kan härledas ur ÄL 41 § kan vara giltiga i ett äktenskapsförord. Alla andra förordnanden gällande giftorätten skulle därmed vara ogiltiga. Denna tolkning stöds av paragrafens andra moment, i vilken stadgas att makar inte genom avtal ska avvika från det som stadgats gällande makars egendomsförhållanden. Denna strikta linje har dock på senare tid bestridits på bred front inom rättslitteraturen.<sup>150</sup>

I äktenskapslagens förarbeten konstateras att det inte ska vara möjligt för makarna att i äktenskapsförordet ändra giftorättsandelens proportionella storlek (så att denna skulle vara något annat än ½). Makarna kan inte heller med hjälp av äktenskapsförordet

<sup>147</sup> *Saarenpää*: Ositus sopimuksena ja toimituksena s. 14.

<sup>148</sup> *Kangas*: Perhevarallisuus-oikeus s. 120. Se även *Aarnio – Helin*: Suomen avioliitto-oikeus s. 136–137.

<sup>149</sup> *Lohi*: Aviovarallisuus-oikeus s. 174.

<sup>150</sup> *Lohi*: Aviovarallisuus-oikeus s. 128. Se även *Gottberg*: Perhesuhteet ja lainsäädäntö s. 19–20 och *Aarnio – Kangas*: Perhevarallisuus-oikeus 2010 s. 96.

återinföra giftorätten till sådan egendom som är fri från giftorätt på basis av ett förordnande i ett testamente eller gåvobrev.<sup>151</sup> Om detta förordnas i ÄL 35.2 §. Makarna har såklart ändå möjlighet att frivilligt överlåta även sådan här egendom till varandra vid avvitrningen eller annars. Förordnandet skyddar ändå maken på det sättet att den andra maken inte kan göra anspråk på egendomen mot ägarmakens vilja.<sup>152</sup>

Makarna kan i äktenskapsförordet på ett giltigt sätt förordna att egendom som förvärvats innan ingåendet av äktenskapet ska vara enskild. Det är också möjligt att avlägsna giftorätten från vissa typer av fång (t.ex. så att egendom fått genom arv eller gåva lämnas utanför giftorätten), från viss *slags* egendom (t.ex. alla fastigheter) eller från vissa bestämda egendomsobjekt.<sup>153</sup> I enlighet med allmänna obligationsrättsliga principer får villkor i äktenskapsförord inte strida mot god sed.<sup>154</sup>

Lagstiftningen i de nordiska länderna innehåller vissa gemensamma principer gällande vilket innehåll som anses vara tillåtet i ett äktenskapsförord. I samtliga nordiska länder är det möjligt att förordna såsom enskild egendom: a) all en makes egendom, b) en makes särskilt angivna tillgångar, c) egendom som en make förvärvat före en viss tidpunkt (i allmänhet äktenskapets ingående) och d) egendom som en make förvärvat på ett visst sätt (t.ex. genom arv eller gåva). Därutöver är det i alla länderna även möjligt att göra ändringar i ett tidigare äktenskapsförord genom att ingå ett nytt.<sup>155</sup> Makarnas avtalsfrihet är ändå mycket mer omfattande i de västnordiska länderna än i Finland och Sverige. Detta framgår bland annat när det gäller möjligheten att ställa upp tidsbegränsningar för olika villkor och möjligheten att göra en skillnad beroende på om äktenskapet upplöses till följd av skilsmässa eller endera makens död<sup>156</sup>. Avtalsfriheten är ändå långt ifrån absolut.<sup>157</sup>

I samband med revideringen av äktenskapslagen år 1987 ändrades reglerna om rådighetsbegränsningar i ÄL 38 och 39 §. Kopplingen mellan rådighetsbegränsningarna och giftorätten bröts, vilket medförde att äktenskapsförordets natur förändrades. Från att tidigare ha varit ett avtal genom vilket makarna kom överens om ett visst äktenskapsförmögenhetssystem, blev äktenskapsförordet i och med reformen endast ett avtal genom vilket man påverkade avvitrningen.<sup>158</sup> Detta födde en diskussion om hurdan innehåll ett äktenskapsförord kunde tillåtas ha; bland annat diskuterades införandet av olika slags villkor i äktenskapsförordet, samt

---

<sup>151</sup> *Lohi*: Aviovarallisuusoikeus s. 129, hänvisar till LBB 1920:1 s. 49–50.

<sup>152</sup> *Gottberg*: Perhesuhteet ja lainsäädäntö s. 21.

<sup>153</sup> *Gottberg*: Perhesuhteet ja lainsäädäntö s. 19.

<sup>154</sup> *Aarnio – Kangas*: Perhevarallisuusoikeus s. 96.

<sup>155</sup> *Agell*: Nordisk äktenskapsrätt s. 175. Se även *Teleman*: Äktenskapsförord s. 32–33.

<sup>156</sup> Vad gäller villkor knutna till avvitrningsgrunden har Finland i och med fallet HD 2000:100 närmast sig de västnordiska länderna. Mer om detta i stycke 3.2.2.3.

<sup>157</sup> *Agell*: Nordisk äktenskapsrätt s.208.

<sup>158</sup> *Helin*: Kan i ett äktenskapsförord intas villkor eller bestämmas att giftorätten gäller en bråkdel av egendomen? s. 236–237. Helin påpekar att då äktenskapsförordet efter ändringen inte längre har någon verkan under äktenskapets gång, närmade det sig ett *föravtal om avvitrning* som kan upprättas med avseende på en eventuell äktenskapsskillnad och som är fritt både till form och innehåll.

användningen av procentuella äktenskapsförord och äktenskapsförord där giftorätten knutits till en bråkdel av egendomen eller till ett visst belopp.<sup>159</sup>

### 3.5.2 Villkor om tidsbegränsning

Inom den finska rättslitteraturen har man traditionellt förhållit sig mycket kritisk till användningen av olika slags villkor i äktenskapsförord. Förespråkarna för den allra striktaste linjen har ansett att såväl *suspensiva villkor* (på finska lykkääviä ehtoja) och *upplösande villkor*<sup>160</sup> (på finska purkavia ehtoja) skulle vara förbjudna.<sup>161</sup> Ett suspensivt villkor är ett villkor enligt vilka avtalets rättsverkan börjar först efter en särskild, förutbestämd händelse, medan ett upplösande villkor är ett villkor enligt vilket avtalets rättsverkningar inleds direkt men upphör ifall ett särskilt förutbestämt läge uppstår (till exempel då ett gemensamt barn föds<sup>162</sup>).<sup>163</sup>

En central orsak till att man tidigare ansåg att denna typ av villkor var problematiska var den tidigare utformningen av *rådighetsbegränsningarna* (ÄL 38 och 39 §). Då dessa lösgjordes från giftorätten förändrades även underlaget för bedömningen av hurdana villkor som kunde anses vara tillåtna.<sup>164</sup> Inom den nyare rättslitteraturen har man på bred front bestridit den tidigare strikta linjen och tillskrivit makarna en mer omfattande avtalsfrihet.<sup>165</sup>

Den tidigare negativa inställningen till trots så verkar det ändå aldrig ha funnits något absolut förbud mot villkor om tidsbegränsning. Högsta domstolen tog i fallet HD 1953 II 153 ställning till ett upplösande villkor i ett äktenskapsförord. Fallet gällde ett äktenskapsförord, i vilket hade avtalats att giltigheten av ett förordnande som begränsade giftorätten var beroende av huruvida ett köp av en fastighet skulle förbli i kraft. Köpet hade förklarats ogiltigt och HD ansåg därmed att förordnandet om giftorätt hade förfallit.

---

<sup>159</sup> Se *Aarnio – Helin*: Avioliittolain muutetut säännökset s. 130–131, *Saarenpää*: Ositus sopimuksena ja toimituksena s. 94 och *Lohi*: Aviovarallisuusouikeus s. 131.

<sup>160</sup> I *Helins* uppsats Kan i ett äktenskapsförord intas villkor eller bestämmas att giftorätten gäller en bråkdel av egendomen? (som har översatts till svenska av JFT:s huvudredaktör *Edward Andersson*) används termen *resolutivt villkor*, men eftersom ordet *resolutivt* idag är föråldrat och inte längre ingår i Svenska Akademiens ordlista (SAOL) har jag valt att i samma betydelse istället tala om *upplösande villkor*.

<sup>161</sup> Se *Lohi*: Aviovarallisuusouikeus s. 129, som hänvisar till *Saarenpää*: Avioliittolain muutokset s. 129–130 och *Tottie – Teleman*: Äktenskapsbalken. En kommentar s. 160. Även *Aarnio – Helin*: Suomen avioliitto-oikeus s. 128–129 förespråkar en rätt så strikt linje. De anser att ett suspensivt villkor medför att hela äktenskapsförordet är ogiltigt, medan ett upplösande villkor endast är ogiltigt i sig, medan äktenskapsförordet förblir giltigt i övrigt.

<sup>162</sup> Exemplet används av *Lohi*: Aviovarallisuusouikeus, s. 129.

<sup>163</sup> *Aarnio – Kangas*: Perhevarallisuusouikeus s. 96.

<sup>164</sup> *Aarnio – Helin*: Avioliittolain muutetut säännökset s. 131.

<sup>165</sup> *Lohi*: Aviovarallisuusouikeus s. 128.

Som exempel på ett aningen märkligt villkor (vilket ansågs vara ogiltigt) kan nämnas det upplösande villkor som Kouvola hovrätt tog ställning till i fallet 1008/84 (S 82/361). I ett äktenskapsförord genom vilket giftorätten uteslutits helt ingick ett tilläggsvillkor, enligt vilket A skulle ha giftorätt till all B:s egendom, ifall någondera maken anhängiggjorde ett ärende om äktenskapsskillnad inom fem år efter undertecknandet av äktenskapsförordet. Hovrätten avgjorde att det upplösande villkoret var ogiltigt, medan äktenskapsförordet förblev i kraft i övrigt. Hovrätten verkar ha fäst uppmärksamhet vid villkorets upplösande karaktär i sig, men såsom *Aarnio* och *Helin* konstaterar så närmar sig upplägget i fallet gränsen för vad som kan anses strida mot god sed. A kunde med egna åtgärder få till stånd en aktivering av villkoret och därigenom skapa fördel för sig själv, vilket gör konstellationen grovt obalanserad.<sup>166</sup>

I Sverige är det inte möjligt att tidsbegränsa giltigheten av ett äktenskapsförord. Detta anses framgå ur stadgandet i ÄktB 7:3.1, enligt vilket makarna kan bestämma att enskild egendom ska vara giftorättsgod genom att upprätta ett nytt äktenskapsförord.<sup>167</sup> I Norge, Danmark och Island däremot är det direkt utgående från lagtexten möjligt för makarna att förordna att ett äktenskapsförord om enskild egendom ska upphöra att gälla vid en viss, på förhand bestämd tidpunkt (upplösande villkor). Makarna kan därigenom förordna t.ex. att giftorätten inträder först då äktenskapet har varat ett visst antal år. Utgående från den norska och isländska lagen är det dessutom möjligt för makarna att avtala om giftorättsfrihet för det fall att de inte får några gemensamma bröstarvingar.<sup>168</sup>

Inställningen till användandet av olika villkor har blivit friare med tiden.<sup>169</sup> Ett systematiskt argument för tillåtande av villkor om tidsbegränsning (så att dessa anses vara giltiga åtminstone *inter partes*) är att makarna har möjlighet att uppnå samma rättsverkan med hjälp av ett form- och innehållsfritt *föravtal om avvittring*, och att det skulle vara orättvist om makarna skulle ”straffas med ogiltighet” bara för att de valt fel avtalsform. Vidare har argumenterats att man genom tillåtande av sådana här villkor kan förbättra förutsebarheten i fråga om en äktenskapsskillnads ekonomiska verkningar (i förhållandet till det alternativ att man lämnar saken beroende av bestämmelserna kring jämkning av avvittring).<sup>170</sup>

Som exempel kan nämnas ett äktenskapsförord där giftorätten uteslutits totalt men där det samtidigt avtalats att egendomen småningom återgår till giftorättsgod.<sup>171</sup> Ifall villkoret inte godkänns är alternativet att tillämpa normerna kring jämkning av avvittring, vilket leder till ett betydligt mindre förutsebart resultat.<sup>172</sup>

---

<sup>166</sup> *Aarnio – Helin*: Suomen avioliitto-oikeus s. 129.

<sup>167</sup> *Teleman*: Äktenskapsförord s. 33. *Teleman* hänvisar även till rättsfallet NJA 1970 s. 320. I fallet förvägrades makarna registrering av ett äktenskapsförord där de hade föreskrivit att den enskilda egendomen successivt skulle omvandlas till giftorättsgod under en tioårsperiod. Se även *Tottie – Teleman*: Äktenskapsbalken. En kommentar s. 160 och *Agell*: Nordisk äktenskapsrätt s. 179–180.

<sup>168</sup> *Agell*: Nordisk äktenskapsrätt s. 179.

<sup>169</sup> *Agell*: Nordisk äktenskapsrätt s. 179–180. *Agell* konstaterar att man i Finland till skillnad från Sverige verkar vara på väg mot en friare inställning till vad som kan avtalas om genom ett äktenskapsförord.

<sup>170</sup> *Helin*: Kan i ett äktenskapsförord intas villkor... s. 238.

<sup>171</sup> I bet. 1976:29 s. 50 ff föreslogs att såsom det lagstadgade systemet skulle införas ett system enligt vilket giftorätten under äktenskapets gång skulle utökas stegvis till att gälla en allt större del av makarnas egendom. Se *Helin*: Kan i ett äktenskapsförord intas villkor... s. 239 fotnot 18.

<sup>172</sup> *Helin*: Kan i ett äktenskapsförord intas villkor... s. 238–239.

### 3.5.3 Villkor knutna till avvitringsgrunden

I och med att reglerna om rådighetsbegränsningarna ändrades i slutet på 1980-talet inleddes en diskussion kring (bland annat) äktenskapsförord vars rättsverkan knutits till avvitringsgrunden.<sup>173</sup> En del rättsvetare ville frångå den strikt ordagranna tolkningen av ÄL 41 § och ansåg att det borde vara möjligt att ingå villkorliga äktenskapsförord; till exempel så att förordnandet om begränsning av giftorätten är i kraft endast ifall äktenskapet upplöses till följd av skilsmässa.<sup>174</sup> Det rådde ändå ingen enighet i frågan utan vissa förespråkade det tidigare synsättet.<sup>175</sup>

Högsta domstolen fastslog i prejudikatet HD 2000:100 att makarna i ett äktenskapsförord på ett giltigt sätt kan utesluta giftorätten för det fall att äktenskapet slutar i skilsmässa. Den svenskspråkiga översättningen av sammandraget lyder som följer:

”Makar[na] hade dömts till äktenskapsskillnad. I ett äktenskapsförord mellan makarna hade avtalats att ingendera maken skulle ha giftorätt i den andra makens egendom, om äktenskapet upplöses genom äktenskapsskillnad. Om äktenskapet upplöses genom den ena makens död skulle den efterlevande maken ha giftorätt i den avlidnes egendom. Äktenskapsförordet ansågs giltigt. (Omröstn.)”

I motiveringarna konstaterar HD att det tidigare förbudet av äktenskapsförord vars ikraftvarande knutits till avvitringsgrunden hade en väsentlig anknytning till sambandet mellan giftorätten och rådighetsbegränsningarna. Då detta samband undanröjdes till följd av lagändringen som trädde i kraft i början av 1988 förlorade en av de mest centrala grunderna för förbudet sin betydelse. I det äktenskapsrättsliga förmögenhetssystemet ingick efter ändringen inte längre några sådana strukturella aspekter som skulle förhindra att ett äktenskapsförord som endast inverkar på en skilsmäsoavvittring anses giltigt. I motiveringarna hänvisades även till de lagändringar som gjordes i samband med att återvinningslagstiftningen reviderades år 1991, vilka medförde att borgenärerna inte längre kan räkna med någon ekonomisk fördel på basis av gäldenärmakens giftorätt<sup>176</sup>. HD konstaterar sammanfattningsvis att den normomgivning som ska beaktas vid tolkningen av ÄL 41 § har förändrats, och att det därmed inte längre krävs att äktenskapsförord som endast inverkar vid en skilsmäsoavvittring ska anses vara ogiltiga<sup>177</sup>. Högsta domstolen anser dessutom att det finns ett praktiskt behov av denna

---

<sup>173</sup> *Gottberg*: Aviopuolisoiden välisen taloudellisen suhteen sääntelystä s. 45.

<sup>174</sup> Se *Lohi*: KKO 2000:100. Oikeustapauskomentti s. 350, som i sin tur hänvisar till *Aarnio – Helin*: Avioliittolain muutetut säännökset s. 132 och *Aarnio – Kangas*: Avioliitto, perintö ja testamentti s. 20–21.

<sup>175</sup> Se *Lohi*: KKO 2000:100. Oikeustapauskomentti s. 350 som hänvisar till *Saarenpää*: Avioliittolain muutokset s. 109. Lohi påpekar dessutom att *Aarnio – Helin*: Suomen avioliitto-oikeus s. 129–130 efter ovan nämnda avvikelser återgår till det traditionella synsättet och anser att man inte på ett giltigt sätt kan göra upp ett äktenskapsförord som gäller vid endast skilsmässa eller alternativt endast vid endera makens död.

<sup>176</sup> L om ändring av äktenskapslagen 765/1991, RP 102/1990 s. 36–37.

<sup>177</sup> Detta tankesätt, att ändringar i ett stadgandes normomgivning kan förändra stadgandets innehåll (fastän ordalydelsen i stadgandet hålls oförändrad) kallas *objektiv* eller *systematisk lagtolkning*. Se *Helin*: Kan i ett äktenskapsförord intagas villkor... s. 230.

typ av äktenskapsförord. I motiveringarna konstateras att det ofta är framförallt med tanke på skilsmässa som makarna önskar begränsa giftorätten.

Till följd av HD 2000:100 anses det *de lege lata* vara klart att man i ett äktenskapsförord på ett giltigt sätt kan utesluta giftorätten för det fall att äktenskapet slutar i skilsmässa.<sup>178</sup> Däremot kan man *inte* dra slutsatsen att förordnandet om ett ensidigt avlägsnande av giftorätten till den efterlevandes fördel skulle ha varit giltigt ifall äktenskapet hade slutat i endera makens död. Enligt ÄB 17:1 § är avtal om en levande persons kvarlåtenskap ogiltiga. Med tanke på detta absoluta förbud torde det inte vara möjligt att i ett äktenskapsförord på ett giltigt sätt förordna att giftorätten ska avlägsnas endast i fall av endera makens död.<sup>179</sup>

I Sverige är det inte möjligt att avtala att ett äktenskapsförord ska gälla endast om äktenskapet löses upp genom skilsmässa.<sup>180</sup> I Danmark är detta däremot tillåtet direkt utgående från lagtexten.<sup>181</sup> I Norge, Danmark och Island har makar överlag en större frihet att avtala om sina inbördes egendomsförhållanden. Dock anses det inte heller i dessa länder vara möjligt att föreskriva att makarna ska ha giftorätt endast ifall äktenskapet upplöses till följd av endera makens död (men inte ifall det upplöses till följd av skilsmässa). Orsaken till detta verkar vara att man velat skydda laglotten.<sup>182</sup>

### 3.5.4 Procentuella äktenskapsförord och dylikt

Inom rättslitteraturen har man traditionellt utgått ifrån att giftorättsgodset och den enskilda egendomen ska individualiseras tillräckligt tydligt i ett äktenskapsförord. Man ska utgående från äktenskapsförordet kunna konstatera huruvida ett visst egendomsobjekt (till exempel en fastighet eller penningtillgångar på ett visst bankkonto) utgör giftorättsgods eller enskild egendom. Individualiseringskravet förhindrar användningen av procentuella äktenskapsförord, äktenskapsförord där giftorättsgodset (eller alternativt den enskilda egendomen) utgör en viss bråkdel av den totala egendomen och äktenskapsförord där giftorätten är bunden till ett visst belopp. Detta innebär att det inte skulle vara möjligt att avtala t.ex. att 50 procent av makarnas

---

<sup>178</sup> Detta konstateras av bl.a. *Lohi*: Aviovarallisuusoikeus s. 135 och *Aarnio - Kangas*: Perhevarallisuusoikeus s. 96.

<sup>179</sup> *Gottberg*: Aviopuolisoiden välisen taloudellisen suhteen sääntelystä s. 45. Detsamma konstateras av *Saarenpää*: Ositus sopimuksena ja toimituksena s. 95, *Mikkola*: Lesken asema jäämistö- ja vero-oikeudessa s. 128 och *Kolehmainen – Rabinä*: Jäämistösuunnittelu s. 12–13. Jfr *Lohi*: KKO 2000:100 Avioliitto. Avioehtosopimus. Omaisuuden ositus. s. 353 – 355 som istället baserar sin argumentation på arvingarnas rätt till laglott. Också han kommer fram till att det utgående från HD 2000:100 *inte* är möjligt att dra slutsatsen att äktenskapsförord som gjorts ensidiga till den efterlevandes fördel skulle vara giltiga.

<sup>180</sup> *Teleman*: Äktenskapsförord s. 33.

<sup>181</sup> I ÆFL 4 kap. 12 § stadgas om enskild egendom: ”Ægtefæller kan ved ægtepagt indgå følgende aftaler om særeje: 1) At en ægtefælle ved formuedeling ved separation eller skilsmisse beholder sin formue, men at formuen deles ved en ægtefælles død. Særeje efter denne bestemmelse betegnes skilsmissesæreje.”

<sup>182</sup> *Agell*: Nordisk äktenskapsrätt s. 210.

egendom utgör giftorättsgods (och att därmed 50 procent är enskild egendom), eller att en makes egendom är enskild till den del nettoegendomen överstiger 1 000 000 euro.<sup>183</sup>

Individualiseringskravet gäller även i Sverige<sup>184</sup>. Där har man dessutom expanderat kravet genom att tillägga att den enskilda egendomen måste fastställas på ett sådant sätt att det inte är möjligt för en make att ensam påverka dess omfattning. Till exempel kan makarna inte på ett giltigt sätt avtala att en makes fortlöpande aktieinnehav eller penningmedlen på ett visst bankkonto ska vara enskild egendom. Denna begränsning har motiverats med att det annars skulle vara enkelt för makar att omvandla giftorättsgods till enskild egendom, till exempel genom att överföra giftorättsgods till kontot för enskild egendom.<sup>185</sup> Någon motsvarande begränsning, enligt vilket en make inte ensam ska kunna påverka den enskilda egendomens omfattning, verkar inte finnas här i Finland. Detta är inte heller nödvändigt i och med att en makes ensidiga ökning av den enskilda egendomen kan balanseras vid avvittringen genom att maken i fråga åläggs att betala vederlag till den andra maken (ÄL 93 och 95 §).<sup>186</sup>

I Danmark, Island och Norge är man överlag mer liberala gällande hurudana villkor som tillåts i äktenskapsförord. Likväl talas även i dansk rätt om ett *specifikationskrav* som verkar motsvara de svenska reglerna; tillgångarna ska anges på ett godtagbart sätt så att en make inte ensidigt kan påverka omfattningen av den enskilda egendomen. I den isländska lagen ingår en antydning till att samma specifikationskrav gäller även där. Dock har den isländska högsta domstolen i fallen Hrd 1970:670 och Hrd 1972:544 godkänt villkor om att en makes alla aktier i Icelandair skulle utgöra enskild egendom, trots att aktieinnehavet hade ökat genom inköp efter det att äktenskapsförordet ingicks. I Norge finns inget specifikationskrav, utan där har makarna på samma sätt som här i Finland möjlighet att kräva vederlag vid avvittringen ifall den andra maken ensidigt har utökat sin enskilda egendom (på bekostnad av giftorättsgodset).<sup>187</sup>

Tanken om att äktenskapsförord ska uppgöras på ett väldigt *konkret* sätt, så att man direkt kan utläsa om en viss sak omfattas av giftorätten eller inte<sup>188</sup>, har framför allt motiverats med de tidigare rådighetsbegränsningarna.<sup>189</sup> Eftersom dessa var knutna till giftorätten stod det klart att man inte kunde godkänna ett äktenskapsförord ur vilket det inte gick att urskilja objektet för begränsningarna.<sup>190</sup> Efter att bestämmelserna om rådighetsbegränsningarna (i ÄL 38 och 39 §) förnyades i slutet av 1980-talet startades en diskussion kring möjligheten att avvika från det strikta individualiseringskravet, och tillåta till exempel procentuella äktenskapsförord.<sup>191</sup> Vid beredningen av lagändringen verkar man inte ha tagit ställning till ändringens eventuella

---

<sup>183</sup> *Lohi*: Aviovarallisuus-oikeus s. 129–130. Jämför dock *Aarnio – Helin*: Avioliittolain muutetut säännökset s. 130.

<sup>184</sup> Inom svensk rätt talas om ”kravet på klarhet och individualisering”, se *Agell – Brattström*: Äktenskap samboende partnerskap s. 96.

<sup>185</sup> *Agell – Brattström*: Äktenskap Samboende Partnerskap s. 96, *Teleman*: Äktenskapsförord s. 36–39. Se även *Agell*: Nordisk äktenskapsrätt s. 176–177.

<sup>186</sup> *Lohi*: Aviovarallisuus-oikeus s. 131.

<sup>187</sup> *Agell*: Nordisk äktenskapsrätt s. 176–177.

<sup>188</sup> På finska talas om *esinekohtaisuus*.

<sup>189</sup> *Saarenpää*: Avioliittolain muutokset s. 106, *Aarnio – Helin*: Suomen avioliitto-oikeus s. 128.

<sup>190</sup> *Aarnio – Helin*: Suomen avioliitto-oikeus s. 128.

<sup>191</sup> *Saarenpää*: avioliittolain muutokset s. 106.

inverkan på hurudant innehåll som kan anses vara giltigt i ett äktenskapsförord.<sup>192</sup> Inom rättslitteraturen har däremot framförts en hel del synpunkter kring detta. Jag kommer här att kort redogöra för vilka argument talar *emot* ett tillåtande av procentuella äktenskapsförord. Därefter redogör jag för de främsta argumenten *för* ett tillåtande av dylika villkor. Även om jag har valt att koncentrera mig på procentuella äktenskapsförord så gäller samma argument för och emot även äktenskapsförord där giftorätten knutits till en viss bråkdel av egendomen eller till ett visst belopp.

Det är värt att notera att det för *enskilda egendomsobjekts* del är möjligt att föreskriva att dessa utgör enskild egendom till en viss procent eller till en viss andel.<sup>193</sup> Makarna kan alltså i ett äktenskapsförord på ett giltigt sätt föreskriva att hälften (1/2) av en fastighet ska vara enskild egendom medan den andra hälften således är giftorättsgods. I detta avsnitt behandlas därmed uttryckligen äktenskapsförord i vilka förordnas att en viss procent eller en viss bråkdel av den *totala egendomen* (utan närmare specificering) ska vara enskild.

Många anser att det inte heller efter uppdateringen av rådighetsbegränsningarna borde vara möjligt att godkänna procentuella äktenskapsförord.<sup>194</sup> Till argumenten som talar mot ett godkännande hör för det första *utjämningsreglerna*. Vid givande av utjämning gäller som en oskriven regel att mottagaren av utjämningen inte är skyldig att ta emot annan egendom än giftorättsgods och pengar.<sup>195</sup> För det andra hänvisas till *vederlagsreglerna* i äktenskapslagen. I ÄL 95 § stadgas att ifall en make har använt giftorättsgods till att förvärva enskild egendom (eller för att betala vissa i ÄL 99 § 2 eller 3 mom. nämnda skulder), så är han eller hon skyldig att utge vederlag till den andra maken vid avvittringen.<sup>196</sup> Vederlagsreglerna förutsätter i likhet med utjämningsreglerna att giftorättsegendomen specificeras på ett så konkret sätt att det för varje enskild saks del står klart om den utgör giftorättsgods eller enskild egendom. Vidare har hänvisats till reglerna om hur *förskott på arv* ska avräknas vid avvittringen (ÄL 94 a § samt ÄB

---

<sup>192</sup> Konstateras av *Saarenpää*: Avioliittolain muutokset s. 106 med hänvisning till *Koskelo* LM 1987 s. 966.

<sup>193</sup> Om detta verkar råda enighet, se *Saarenpää*: Avioliittolain muutokset s. 107, *Helin*: Kan i ett äktenskapsförord intas villkor... s. 235, *Lohi*: Aviovarallisuusoikeus s. 130.

<sup>194</sup> Se *Saarenpää*: Avioliittolain muutokset s. 106–108 och *Aarnio – Helin*: Suomen avioliitto-oikeus (1992) s. 128. Anmärkningsvärt är att *Aarnio* och *Helin* har ändrat åsikt i denna fråga sedan utgivandet av *Avioliittolain* muutetut säännökset några år tidigare, där de skriver att det är möjligt att ingå procentuella äktenskapsförord. Se *Aarnio – Helin*: Avioliittolain muutetut säännökset (1988) s. 131. *Helin* förhåller sig dessutom åter mer positiv till denna möjlighet i den 1995 utkomna artikeln *Kan i ett äktenskapsförord intagas villkor...* s. 235.

<sup>195</sup> *Helin*: Kan i ett äktenskapsförord intas villkor... s. 234–235.

<sup>196</sup> *Aarnio – Helin*: Suomen avioliitto-oikeus s. 128.

6:1.2 och ÄB 6:9.1). Vid tillämpning av reglerna förutsätts att giftorättsgodset kan särskiljas från den övriga egendomen vid tidpunkten då förskottsarvet givits.<sup>197</sup>

Vissa anser däremot att det efter ändringen av rådighetsbegränsningarna inte längre finns ett så stort behov av att förordna om giftorättsgodset (resp. den enskilda egendomen) på ett konkret sätt (fi: *esinekohtaisesti*) att det skulle motivera ett avfärdande av procentuella äktenskapsförord.<sup>198</sup> Det främsta argumentet för att procentuella äktenskapsförord kan anses vara giltiga är att man kan lösa ovan nämnda problem (i anslutning till utjämningsreglerna, vederlagsreglerna och reglerna kring förskott på arv) genom att anse att egendom, från vilken giftorätten uteslutits endast partiellt, utgör giftorättsgods vid tillämpningen av nämnda stadganden. Förordnandet inverkar därmed inte på de enskilda objektens giftorättsstatus, utan endast på *uträkningen* av giftorätsandelarna, vederlaget eller förskottet på arv.<sup>199</sup> Ett procentuellt äktenskapsförord har alltså inga konkreta effekter på egendomen i sig, utan det inverkar endast på storleken av de olika posterna i avvittringskalkylen.<sup>200</sup> Följande exempelfall förtydligar tankegången:

Makarna har i äktenskapsförordet förordnat att 50 procent av makarnas egendom är enskild. Den ena maken har gett bort en fastighet värd 100 000 euro i gåva till en utomstående. Den andra maken kräver vid avvittringen vederlag på basis av ÄL 94 § eller 94 a §. I detta fall kan man utgå ifrån att bortskänkningen av fastigheten i fråga har minskat på giftorättsgodset till ovan nämnda procent, alltså 50 000 euro. Vederlagets fastställs därmed till 50 000 euro.<sup>201</sup>

Ett annat argument för tillåtande av procentuella äktenskapsförord är att vårt rättssystem tillskriver makarna en mycket omfattande frihet att avtala om slutresultatet av avvittringen på ett annat sätt, nämligen med hjälp av ett *föravtal om avvittring*. Detta bör särskilt beaktas vid bedömningen av huruvida ett äktenskapsförord ska anses vara ogiltigt *inter partes* på grund av att det innehåller förordnanden som kunde anses vara förbjudna på basis av ÄL 41 §. Det är inte särskilt logiskt att anse att ett procentuellt äktenskapsförord är ogiltigt *inter partes*, då

---

<sup>197</sup> *Saarenpää*: Avioliittolain muutokset s. 107.

<sup>198</sup> Se *Lohi*: Aviovarallisuus oikeus s. 135, samt *Helin*: Kan i ett äktenskapsförord intas villkor... s. 235. *Helin* frångår här ställningstagandet i frågan i den tidigare utgivna *Aarnio – Helin*: Suomen avioliitto-oikeus (1992) s. 128, och återgår till, samt utvecklar, argumentationen i *de samma*: Avioliittolain muutetut säännökset (1988) s. 131.

<sup>199</sup> Se *Helin*: Kan i ett äktenskapsförord intas villkor... s. 235, *Lohi*: Aviovarallisuus oikeus s. 135–136. Båda hänvisar till *Wallin*: Om avtal mellan makar s. 50 - 51 som har använt argumentet redan i slutet av 1950-talet då hon förespråkade att äktenskapsförord där en viss bråkdel eller ett visst belopp av ett *bestämt egendomsobjekt* förordnas vara enskild egendom borde tillåtas.

<sup>200</sup> *Lohi*: Aviovarallisuus oikeus s. 136.

<sup>201</sup> Exemplet används av *Lohi*: Aviovarallisuus oikeus s. 136.

makarna kan uppnå samma slutresultat med hjälp av ett föravtal om avvitrning. Makarna borde inte straffas för att de har valt ”fel” avtalstyp.<sup>202</sup> Lohi anser dessutom att då procentuella äktenskapsförord inte kan leda till att en make blir tvungen att utge en överdimensionerad utjämnning<sup>203</sup> så borde dessa anses vara giltiga även i förhållande till utomstående; med avseende på såväl borgenärer som arvingar.<sup>204</sup>

## 4 FÖRAVTAL OM AVVITTRING

### 4.1 Inledning

Vid en sämjoavvitrning (som baserar sig på makarnas avtal, se avsnitt 2.4.3 ovan) gäller principen om innehållsfrihet. Makarna kan komma överens om avvitrningens slutresultat helt oberoende av sina äktenskapsrättsliga förmögenhetsförhållanden. De kan till exempel avtala om att halvera egendom som föreskrivits vara enskild eller tvärtemot låta bli att halvera giftorättsgodset. Det är dock inte nödvändigt att vänta med bestämmandet av innehållet i avvitrningen ända till avvitrningstidpunkten, utan makarna kan avtala om saken redan tidigare. Ett sådant här avtal kallas *föravtal om avvitrning*. Med samma betydelse har tidigare även talats om avvitrningsavtal och avtal för äktenskapsskillnads skull.<sup>205</sup>

Ett föravtal om avvitrning är en allmän förmögenhetsrättslig rättshandling på vilken tillämpas de regler och principer som gäller rättshandlingar, såsom reglerna i RättshandlingsL.<sup>206</sup> Lagens 3 kap innehåller en lista på ogiltighetsgrunder (bl.a. tvång, svikligt förledande, begagnande av

---

<sup>202</sup> Lohi: Aviovarallisuusoikeus s. 145–146. Även Helin har använt argumentet med att makarna inte ska ”straffas med ogiltighet” bara för att de har valt fel avtalstyp, dock i samband med bedömningen av villkorliga äktenskapsförords giltighet *inter partes*. Se Helin: Kan i ett äktenskapsförord intas villkor... s. 238.

<sup>203</sup> Det vill säga en utjämnning som är större än vad den maximalt skulle vara om man utgick ifrån villkor som är giltiga direkt på basis av ÄL 41 §.

<sup>204</sup> Se Lohi: Aviovarallisuusoikeus s. 147–148. Lohi menar dessutom att fallet HD 2000:100 (där högsta domstolen fastställde att man i ett äktenskapsförord på ett giltigt sätt kan utesluta giftorätten för det fall att äktenskapet slutar i skilsmässa, se stycke 3.2.4.3) *indirekt* stöder även procentuella äktenskapsförord och äktenskapsförord där giftorätten knutits till ett visst belopp. Han motiverar dock inte uttalandet desto närmare. Se Lohi: Aviovarallisuusoikeus s. 135.

<sup>205</sup> Lohi: Aviovarallisuusoikeus s. 137. Begreppen *föravtal om avvitrning*, *avvitrningsavtal* och *avtal för äktenskapsskillnads skull* är direkt översatta från finska. I svensk rätt talas om föravtal [om bodelning] (se t.ex. Telemans Bodelning s. 302 och Agell – Brattström: Äktenskap samboende partnerskap s. 146), och därför har jag valt att använda begreppet *föravtal om avvitrning*, som passande nog är en direkt översättning av *osituksen esisopimus* som enligt Lohi är det begrepp som vanligen används på finska nuförtiden.

<sup>206</sup> Aarnio – Helin: Suomen avioliitto-oikeus s. 296–297.

annans trångmål, misstag).<sup>207</sup> Den allmänna jämkningsregeln i RättshandlingsL 36 § kan tillämpas ifall föravtalet innehåller oskäligen villkor eller ifall dess tillämpning skulle leda till oskälighet.<sup>208</sup>

I föravtalet kan makarna på ett mer eller mindre *konkret* sätt förordna om den framtida avvittningens innehåll. De kan till exempel föreskriva vilka enskilda föremål som ska tillfalla vem, eller vilken egendom som ska ges i utjämning. De kan även göra upp ett ”nollavtal” enligt vilket båda behåller sin egen egendom ifall äktenskapet slutar i skilsmässa.<sup>209</sup> Med hjälp av föravtalet kan makarna även kullkasta ett tidigare ingånget äktenskapsförord genom att till exempel avtala om att halvera egendom som i äktenskapsförordet föreskrivits vara enskild.<sup>210</sup>

Ett föravtal om avvittning gäller uttryckligen en eventuell framtida *skilsmässaavvittning*. Ifall äktenskapet upplöses i och med endera makens död så är avtalet inte bindande vid kvarlåtenskapsavvittningen (ÄB 17:1.1<sup>211</sup>), och hindrar inte heller änkan från att åberopa sitt utjämningsprivilegium (ÄL 103.2 §). Ett föravtal om avvittning inverkar dessutom endast på makarnas inbördes förhållande, medan till exempel borgenärernas ställning inte påverkas.<sup>212</sup> Ifall gäldenärsmaken på basis av föravtalet om avvittning överlåter en större utjämning än vad han eller hon annars skulle vara skyldig till så kan avvittningen förordnas att återgå på basis av ÅtervinningsL 9 §.<sup>213</sup>

Äktenskapslagen har aldrig innehållit direkta stadganden gällande föravtal om avvittning, men denna avtalsform åsyftades i den tidigare 115 §. I paragrafens första moment stadgades om jämkning av vissa avtal mellan makarna. I det andra momentet stadgades att det även ska vara möjligt att jämka ”avtal, som med avseende å [ä]ktenskapets upplösning ingåtts om skadeersättning eller avvittning”.<sup>214</sup> Stadgandet upphävdes i samband med den partiella förnyelse av äktenskapslagen som trädde i kraft 1.1.1988. Tanken var att det skulle ersättas med en ny rättsnorm.<sup>215</sup> Enligt regeringens proposition skulle till ÄL 98 § fogas ett andra moment,

---

<sup>207</sup> Listan i RättshandlingsL 3 kap. är inte uttömmande; även andra lagar kan innehålla ogiltighetsgrunder. Dessutom kan ogiltighetsgrunder uppkomma inom sedvanerätten. Se *Saarnilehto – Annola: Sopimusouikeuden perusteet* s. 112.

<sup>208</sup> *Lohi: Aviovarallisuusouikeus* s. 141.

<sup>209</sup> *Lohi: Osituksen esisopimuksen käyttöalasta* s. 909.

<sup>210</sup> *Aarnio – Helin: Suomen avioliitto-ouikeus* s. 297.

<sup>211</sup> I momentet stadgas att avtal om kvarlåtenskapen efter en person som lever är ogiltigt.

<sup>212</sup> *Kangas: Perhevarallisuusouikeus* s. 171–174. Se även *Lohi: Aviovarallisuusouikeus* s. 140.

<sup>213</sup> *Lohi: Aviovarallisuusouikeus* s. 140.

<sup>214</sup> *Gottberg: Aviopuolisoiden välisen taloudellisen suhteen sääntelystä* s. 46.

<sup>215</sup> *Kangas: Perhevarallisuusouikeus* s. 171.

med bestämmelser om avtal om framtida avvittningar. Enligt stadgandet skulle avtal gällande en framtida avvittning upprättas i enlighet med samma form- och innehållskrav som äktenskapsförord. Avtal som inte uppfyller dessa formkrav skulle vara ogiltiga.<sup>216</sup> Förslaget om ett formbundet föravtal om avvittning förkastades dock i riksdagen. Däremot godkändes förslaget om att upphäva ÄL 115 §, vilket ingick i samma regeringsproposition. Detta medförde en inbyggd obalans i äktenskapslagen. I lagen ingår sedan upphävandet av den tidigare 115 § inte ett enda stadgande om föravtal om avvittning, och ändå ingås denna typ av avtal ständigt.<sup>217</sup>

I den svenska GB (som senare ersattes med ÄktB) ingick en liknande bestämmelse om jämkning av föravtal om bodelning. I GB 11:29 stadgades att ”*avtal, som makar med avseende å förestående hemskillnad eller äktenskapsskillnadträffat om bodelning eller vad därmed äger samband, om skadestånd eller om bidrag till makes underhåll*” kunde jämkas om det var ”*uppenbart obilligt*” för ena maken<sup>218</sup>. GB innehöll i likhet med den finska ÄL inga andra stadganden gällande föravtal. Det fanns alltså inga bestämmelser om föravtalens form och innehåll, och det rådde ovisshet kring bl.a. föravtalens förhållande till äktenskapsförord.<sup>219</sup> I ÄktB infogades en skild paragraf om föravtal om bodelning (ÄktB 9:13). Denna paragraf behandlas närmare nedan.

## 4.2 Formkrav och tidsbegränsning

Eftersom lagen saknar bestämmelser om föravtal om avvittning så har rättsläget istället utformats genom rättspraxis och ställningstaganden inom rättslitteraturen. Enligt vedertagen uppfattning omfattas föravtal om avvittning av en *total formfrihet*.<sup>220</sup> Därmed är till och med muntliga avtal bindande. Ett muntligt avtal kan givetvis vara svårt att bevisa ifall den andra avtalsparten förnekar att ett slutligt avtal har ingåtts.<sup>221</sup>

Även om föravtalet om avvittning har upprättats i skriftlig form så ersätter det inte själva avvittningen. Makarna är tvungna att förrätta en avvittning som fyller formföreskrifterna efter det att avvittningsgrunden har uppkommit. Minimikravet är att makarna upprättar ett avvittningsavtal där de konstaterar att avvittningen förrättas i enlighet med det tidigare ingångna föravtalet. Avvittningsavtalet ska dateras, undertecknas av makarna samt bestyrkas av två

---

<sup>216</sup> HE 62/1986 s. 65 - 66. Se även de allmänna motiveringarna på s. 26–28.

<sup>217</sup> Kangas: Perhevarallisuus-oikeus s. 171.

<sup>218</sup> Bestämmelserna om jämkning av föravtal flyttades vid 1973 års ändringar till GB 11:16.

<sup>219</sup> Tottie: Äktenskapsbalken s. 282–284. Se även Agell – Brattström: Äktenskap Samboende Partnerskap s. 145–146.

<sup>220</sup> Lohi: Osituksen esisopimuksen käyttöalasta s. 909. Se även Saarenpää: Avioliittolain muutokset s. 161 och Aarnio – Helin: Suomen avioliitto-oikeus s. 297.

<sup>221</sup> Kangas: Perhevarallisuus-oikeus s. 176.

ojäviga personer (ÄB 23:9).<sup>222</sup> Ifall det uppstår problem så har makarna möjlighet att i vanlig ordning ansöka hos tingsrätten om att en skiftesman ska förordnas. Skiftesmannen ska (ifall någondera maken yrkar på det) förrätta avvittringen i enlighet med föravtalet om avvittring. Skiftesmannen kan avvika från föravtalet endast ifall han eller hon anser att det är oskäligt eller att det belastas av någon ogiltighetsgrund.<sup>223</sup>

Med tanke på föravtalets användbarhet är även tidsaspekten – dvs. i vilket skede av parförhållandet föravtalet kan ingås – väsentlig. Fram till mitten av 1970-talet ansågs makarna ha möjlighet att upprätta ett föravtal om avvittring först då en konkret skilsmässa var i sikte. Sedan skedde en snabbt en totalomvändning. Det rådande synsättet inom rättslitteraturen är nuförtiden att föravtal om avvittring kan göras när som helst under äktenskapet, eller till och med före ingåendet av äktenskapet. Högsta domstolens prejudikat HD 1985 I 1 bestyrker denna tolkning.<sup>224</sup> I praktiken upprättas föravtal om avvittring ändå ofta i det skede då det verkar troligt att äktenskapet kommer att upplösas.<sup>225</sup>

I Sverige fördes länge en liknande diskussion om föravtal om bodelning och huruvida dessa var underkastade någon form av tidsbegränsning.<sup>226</sup> Där valde man dock att klargöra situationen i samband med stiftandet av ÄktB på 1980-talet, genom att infoga ett stadgande om föravtal om bodelning. Enligt ÄktB 9:13 kan makarna ”*inför en omedelbart förestående äktenskapsskillnad*” göra upp ett föravtal om den kommande bodelningen eller om annat som ansluter sig till densamma. Föravtalet ska upprättas i skriftlig form och det ska undertecknas av makarna.

Makarnas möjlighet att ingå bindande föravtal om bodelning är alltså begränsad till situationer då äktenskapsskillnad är *förestående*. I andra stycket i ÄktB 9:13 stadgas att avtal om kommande bodelning som makar har ingått i andra fall (dvs. innan en äktenskapsskillnad varit omedelbart förestående) är utan verkan, om de inte har upprättats i form av äktenskapsförord.

Föravtalet gäller endast makarnas inbördes förhållande. Det har ingen verkan gentemot utomstående. Föravtalet får alltså inte verkställas vid bodelningen, ifall ett verkställande skulle kränka någon borgenärs rätt.<sup>227</sup> Föravtal får inte heller förväxlas med den slutliga bodelningen. Föravtalet måste *bekräftas skriftligen* av makarna efter att skilsmässotalan har väckts. Först i och med denna bekräftelse uppstår en slutlig bodelning med sakrättslig verkan.<sup>228</sup>

---

<sup>222</sup> *Kangas*: perhevarallisuusoikeus s. 176.

<sup>223</sup> *Lohi*: Aviovarallisuusoikeus s. 139.

<sup>224</sup> *Lohi*: Osituksen esisopimuksen käyttöalasta s. 909–910, samt hänvisningar. Se även *Aarnio – Helin*: Suomen avioliitto-oikeus s. 297.

<sup>225</sup> *Aarnio – Helin*: Suomen avioliitto-oikeus s. 297.

<sup>226</sup> *Tottie*: Äktenskapsbalken s. 283. Se även *Agell – Brattström*: Äktenskap Samboende Partnerskap s. 145–146.

<sup>227</sup> Prop. 1986/87:1 s. 156.

<sup>228</sup> *Teleman*: Bodelning s. 302. Se även *Agell – Brattström*: Äktenskap Samboende Partnerskap s. 146–147.

Föravtalet om avvitrning kan ingås före ingåendet av ett äktenskapsförord, samtidigt som ett äktenskapsförord ingås (HD 1985 I 1, HD 1991:126) eller efter ingåendet av äktenskapsförordet. Vid tolkning av avtalen ska beaktas den allmänna principen om att ett senare avtal upphäver ett tidigare avtal bara till den del avtalen innehåller motstridigheter. Ifall innehållet i båda avtalen kan verkställas så gäller avtalen parallellt med varandra.<sup>229</sup>

### 4.3 Innehåll

I ett föravtal om avvitrning avtalas ofta om delning av egendomen på ett mycket mer konkret sätt än i ett äktenskapsförord. I ett äktenskapsförord förordnas om giftorättens utsträckning; antingen om inskränkande eller om utvidgande av densamma (ÄL 41 §). Ett föravtal om avvitrning kan inverka på avvitrningens slutresultat även på andra sätt än via giftorätten. Till exempel kan man avtala om utjämningens belopp, om vilken egendom som ges i utjämning, eller om fördelningen av gemensamma skulder. Därtill kan föravtalet innehålla förordnanden om t.ex. boendet i det gemensamma hemmet eller om en makes rätt att använda lös egendom som tillhör den andra maken.<sup>230</sup> Det är också möjligt att i föravtalet om avvitrning avtala om vårdnaden av barnen samt om umgängesrätt och underhåll.<sup>231</sup>

Enligt vedertagen uppfattning omfattas föravtal om avvitrning av en långtgående innehållsfrihet. Makarna har möjlighet att förordna om den framtida avvitrningen på vilket sätt som helst, så länge de inte använder avtalsvillkor som strider mot lagen eller mot god sed<sup>232, 233</sup>. Till exempel kan de förordna att giftorättsandelarna ska vara olika stora, eller att skulderna ska beaktas på ett annat sätt än vad som följer av äktenskapslagen. De kan också kullkasta ett tidigare ingånget äktenskapsförord (HD 1965 II 33) eller ett förordnande i ett gåvobrev enligt vilket viss egendom ska utgöra gåvomottagarens enskilda egendom. Avvitrningens slutresultat måste inte nödvändigtvis bestämmas på ett konkret sätt i föravtalet om avvitrning, utan det är också möjligt

---

<sup>229</sup> *Kangas*: Perhevarallisuusoikeus s. 176.

<sup>230</sup> *Kangas*: Perhevarallisuusoikeus s. 172–173. Se även *Lohi*: Aviovarallisuusoikeus s. 138 och *Aarnio – Helin*: Suomen avioliitto-oikeus s. 297.

<sup>231</sup> *Saarenpää*: Avioliittolain muutokset s. 160.

<sup>232</sup> Ett föravtal om avvitrning kan, liksom avtal i allmänhet, vara ogiltigt på grund av att dess innehåll strider mot lagen eller mot god sed. Som exempel kan nämnas ett avtal genom vilket en avtalspart förpliktas vidta en lagstridig åtgärd. Se *Saarnilehto – Annola*: Sopimusoikeuden perusteet s. 134.

<sup>233</sup> *Lohi*: Osituksen esisopimuksen käyttöalasta s. 909.

att följa samma teknik som i äktenskapsförord för att fastställa giftorätsandelarna. I så fall klarnar avtalets verkningar först vid avvittningstidpunkten.<sup>234</sup>

Enligt den svenska ÄktB 9:13 § kan ett föravtal om bodelning avse den kommande bodelningen eller ”*annat som har samband med denna*”. Stadgandets innebörd förtydligas i äktenskapsbalkens förarbeten. Därav framgår att makarna med hjälp av ett föravtal om avvittning kan avtala om t.ex. hur vissa tillgångar ska fördelas, hur värderingen av egendomen ska göras, samt vilka andelar som ska tillkomma makarna vid bodelningen.<sup>235</sup>

#### 4.4 Föravtal om avvittning i förhållande till äktenskapslagens 41.2 §

I ÄL 33.2 § ingår en specialbestämmelse gällande makarnas inbördes avtalsfrihet. Enligt stadgandet får makarna ingå avtal med varandra, men ”*dock med iakttagande av vad i 3 kapitlet sägs*”. I tredje kapitlet ingår ÄL 41.2 §, som förbjuder makarna från att genom avtal avvika från vad som har stadgats om makars egendomsförhållanden ”*[u]töver vad nu är sagt*”. Det sistnämnda syftar på de undantag som makarna enligt paragrafens första moment har möjlighet att göra i form av ett äktenskapsförord. Förbudet är skrivet på ett mycket absolut sätt<sup>236</sup>. Avtal gällande makars inbördes förhållanden ska uttryckligen göras i form av äktenskapsförord, genom vilka kan förordnas om giftorättens omfattning. Enligt lagtexten är inga andra avtal tillåtna. Detta förbud har dock inte följts, utan föravtal om avvittning är i praktiken vanliga.<sup>237</sup>

I äktenskapslagen ingick ända från första början en oklarhet gällande förhållandet mellan äktenskapsförord och föravtal och avvittning. Trots att ÄL 41.2 § förbjuder andra avtal om makarnas egendomsförhållanden än äktenskapsförord så ingick i ÄL 115 § ett stadgande om möjligheten att jämka föravtal om avvittning<sup>238</sup>. Detta påvisade indirekt att makars avtal om de inbördes egendomsförhållandena vid en eventuell framtida äktenskapsskillnad var giltiga. Inom rättslitteraturen försökte man lösa denna oklarhet genom att tillskriva avtalet en tidsbegränsning och anse att det kunde uppgöras först när äktenskapsskillnad var i sikte<sup>239</sup>. På detta sätt skulle föravtalet om avvittning inte konkurrera med äktenskapsförordet. Denna tolkning började vissa

<sup>234</sup> Lohi: Aviovarallisuus oikeus s. 138. Se även Kangas: Perhe- ja jäämistöoikeuden perusteet s. 365.

<sup>235</sup> Prop. 1986/87:1 s. 156.

<sup>236</sup> ”*må ej ... fastställas avvikelser*”, på finska ”*poikkeuksia älkäkään ... tehtäkö*”.

<sup>237</sup> Kangas: Perhevarallisuus oikeus s. 170–171.

<sup>238</sup> Stadgandet upphävdes i samband med revideringen av äktenskapslagen år 1987.

<sup>239</sup> Se Rautiala: Ositus s. 253, och densamma: Avioliitto-oikeus s. 108.

ändå ifrågasätta i slutet av 1970-talet<sup>240</sup>. Högsta domstolen konstaterade därefter i prejudikatet HD 1985 I 1 att ett avtal gällande kommande äktenskapsskillnad kan göras när som helst, till och med innan vigseln. På det sättet trängde det formfria föravtalet om avvitrning in på det område som man inom rättsvetenskapen strävat till att reservera för äktenskapsförordet.<sup>241</sup> Rubriken till fallet lyder som följer:

**HD 1985 I 1:** A och B hade före ingåendet av äktenskap upprättat ett äktenskapsförord, ett inbördes testamente och ett avtal med avseende på eventuell hem eller äktenskapsskillnad, i vilket A hade förbundit sig att till B betala underhållsbidrag och ersättning för B:s på grund av äktenskapet gjorda ekonomiska uppoffringar och i vilket dessutom hade överenskommit om B:s rätt att bo i A:s och B:s gemensamma bostad. Då A och B dömdes till hemskillnad, ansågs nämnda med avseende på hem eller äktenskapsskillnad upprättade avtal vara giltigt och B:s på avtalet grundade yrkande godkändes. Omröstn.

I motiveringarna konstateras bland annat att förlovning och äktenskap begränsar makarnas avtalsfrihet bara i den utsträckning som har stadgats i äktenskapslagen. Makarnas *rätt att avtala om underhåll och skadestånd*<sup>242</sup> i fall av hem- eller äktenskapsskillnad har inte begränsats, även om sådana här avtal under vissa förutsättningar kan ändras av domstol på basis av ÄL 115 §. I ÄL ingår inte heller någon bestämmelse som skulle begränsa förlovades rätt att ingå sådana här avtal. Vidare konstateras att avtalet inte heller strider mot tvingande bestämmelser i någon annan lag, och att det inte har visats att avtalet av annan orsak skulle vara ogiltigt eller att det skulle ha förfallit. Därav följer slutsatsen att avtalet är giltigt och bindande för parterna.

Utgående från detta prejudikat står det alltså klart att föravtal om avvitrning inte är underkastade någon tidsbegränsning. En fråga kvarstår ändå: *hur kan föravtal om avvitrning vara så vanliga och allmänt accepterade, då ÄL 41.2 § uttryckligen förbjuder andra avtal om makars egendomsförhållanden än äktenskapsförord?*

*Saarenpää* har i anknytning till detta (i likhet med HD i motiveringarna till fallet ovan) poängterat makarnas avtalsfrihet. Han framhåller att i förhållande till den allmänna avtalsfriheten är äktenskapslagen en speciallag, som begränsar makarnas avtalsfrihet bara i den utsträckning som uttryckligen har stadgats. Då det inte finns något stadgande som begränsar föravtal om avvitrning så är dessa tillåtna inom ramarna för avtalsfriheten.<sup>243</sup> Detta argument är enligt min åsikt varken logiskt eller hållbart, då avtalsfriheten ju uttryckligen *har* begränsats i ÄL 41.2 §. Ifall man godtar synsättet att makarna på ett giltigt sätt kan avtala om sina

<sup>240</sup> *Helin*: Kan i ett äktenskapsförord intas villkor ... s. 231 med hänvisning till *Aarnio*: Aviovarallisuusjärjestelmä s. 74 och *Pasanen*: Aviovarallisuussopimukset, i verket *Avioliitto-oikeutta* s. 11 ff.

<sup>241</sup> *Helin*: Kan i ett äktenskapsförord intas villkor... s. 230–231.

<sup>242</sup> Observera formulering. I de finskspråkiga motiveringarna konstateras att ” Puolisoiden oikeutta sopia asumustai avioeron varalta toisen puolison elatuksesta ja vahingonkorvauksesta ei ole rajoitettu”.

<sup>243</sup> *Saarenpää*: Ositus sopimuksena ja toimituksena s. 7–9.

äktenskapsrättsliga egendomsförhållanden även på andra sätt än med hjälp av äktenskapsförord så innebär detta, såsom *Helin* påpekar, att stadgandet i fråga i praktiken skulle sakna betydelse, vilket man enligt vedertagna tolkningsprinciper inte kan förmoda.<sup>244</sup>

*Helin* framhåller att det är tolkningsbart hur långt prejudikatets betydelse sträcker sig, dvs. vilka äktenskapsförmögenhetsrättsliga avtal det kan anses omfatta. I motsats till de flesta andra anser han inte att prejudikatet stöder den omfattande avtalsfrihet som makarna har tillskrivits inom rättslitteraturen.<sup>245</sup> *Helin* förespråkar istället en tolkning enligt vilken makarna i förhand (innan äktenskapsskillnad är inom synhåll) endast kan avtala om väldigt konkreta saker. Föravtal om avvitrning genom vilka makarna har avtalat om avvikelser från det äktenskapsrättsliga förmögenhetssystemet är däremot ogiltiga på basis av ÄL 41.2 §.<sup>246</sup> Denna tolkning är väldigt tilltalande. I motiveringarna till fallet HD 1985 I 1 konstaterar högsta domstolen enbart att makarnas rätt att avtala om underhåll och skadestånd inte har begränsats i äktenskapslagen<sup>247</sup>. Detta konstaterande är helt riktigt och det orsakar inga problem i förhållande till ÄL 41.2 §, i och med att denna typ av avtal inte inverkar på själva avvitrningen. Jag har däremot svårt att se varför man från första början har velat tillämpa avgörandet analogt på sådana föravtal om avvitrning som uttryckligen är förbjudna enligt ÄL 41.2 §.

Även i regeringspropositionen HE 62/1986<sup>248</sup> skiljer man på *avtal om en framtida avvitrning* (som föreslogs vara ogiltiga ifall de inte uppfyller formkraven för äktenskapsförord) och sådana *avtal om underhållsbidrag och ersättning*, som en make förbinder sig att betala till den andra maken vid en eventuell skilsmässa pga. att den andra maken exempelvis har slutat arbeta eller gjort andra ekonomiska uppoffringar för äktenskapets eller familjens skull. Lagförslaget skulle inte inverka på villkoren för denna andra typ av avtal, utan endast på avtal om själva avvitrningen.<sup>249</sup>

---

<sup>244</sup> *Helin*: Perheoikeuden siveellinen luonne s. 1258.

<sup>245</sup> Se *Helin*: Perheoikeuden siveellinen luonne s. 1258 och *Lohi*: Osituksen esisopimuksen käyttöalasta s. 910–911. *Aarnio – Kangas*: Perhevarallisuus-oikeus 2010 s. 154 poängterar att ”*Tapauksen tulkinnan kannalta on huomattava se, ettei osituksen esisopimuksella sovittu avio-oikeuden ulottuvuudesta*”. De tar däremot inte ställning till omfattningen av prejudikatets betydelse, utan konstaterar endast att det stöder tolkningen enligt vilket föravtal om avvitrning inte är underkastade någon tidsbegränsning.

<sup>246</sup> *Helin*: Perheoikeuden siveellinen luonne s. 1258.

<sup>247</sup> I avtalet mellan makarna var både underhållet och skadeståndet var bundna till fasta belopp.

<sup>248</sup> Såsom ovan framkommit så innehöll propositionen ett förslag om att det till ÄL 98 § skulle fogas ett andra moment med bestämmelser om föravtal om avvitrning. Dessa föreslogs bli strikt formbundna. Förslaget förkastades dock i riksdagen.

<sup>249</sup> HE 62/1986 s. 66.

Anmärkningsvärt är också att makarna i fallet HD 1985 I 1 även hade ingått ett äktenskapsförord, varigenom giftorätten hade uteslutits till stor del.<sup>250</sup> Helin fäster uppmärksamhet vid detta och framhåller att rättsläget till följd av avgörandet torde vara att makar genom att helt utesluta giftorätten kan frigöra sig från det äktensrättsliga förmögenhetssystemet. Därefter kan de ingå avtal med varandra som vanliga civilrättsliga aktörer.<sup>251</sup>

*Lohi* anser att Helins ställningstaganden är välmotiverade och lätta att instämma i ifall man endast beaktar bestämmelserna i äktenskapslagen. Han påpekar ändå att man vid bedömningen av rättsläget *de lege lata* är tvungen att beakta även andra aspekter. Inom rättslitteraturen har man ända sedan 1980-talets början på bred front talat för en omfattande avtalsfrihet i anslutning till föravtal om avvitrning. Denna uppfattning har (åtminstone delvis) bestyrkts i avgörandet HD 1985 I 1. Till följd av detta har det sannolikt upprättats en hel del avtal som inte passar inom de ramar som Helin har uppställt. En plötslig ändring av tolkningslinjen skulle medföra att dessa avtal skulle bli ogiltiga, vilket skulle kränka enskilda individers grundade förväntningar till den grad att det inte kan anses godtagbart. *Lohi* anser därmed att den rådande liberala inställningen till olika slags avtal som ingås för äktenskapsskillnads skull är så allmänt vedertagen att det idag inte är realistiskt att frångå den utan lagstiftningsåtgärder.<sup>252</sup>

*Lohi* poängterar även att det finns ett praktiskt behov av att på förhand kunna avtala om slutresultatet av en hypotetisk avvitrning. Ett äktenskapsförord kan vara ett onödigt stelt och inexakt medel för detta, i och med att makarna i äktenskapsförordet är tvungna att besluta om resultatet av avvitrningen via giftorätten. Genom ett föravtal om avvitrning kan makarna på förhand avtala om till exempel vilken av makarna som ska få äganderätten till den gemensamma bostaden, eller om hur de ska dela upp en gemensam skuld.<sup>253</sup>

Sammanfattningsvis kan konstateras att det inte verkar finnas något klart svar på frågan *varför* föravtal om avvitrning är så allmänt accepterade, trots förbudet i ÄL 41.2 §. En central orsak till utformningen av rättsläget tycks ändå vara att man inom rättslitteraturen har velat tillskriva

---

<sup>250</sup> Giftorätten hade uteslutits från den egendom som makarna ägde vid ingåendet av äktenskapet, från surrogategendom till nämnda egendom samt från nämnda egendoms avkastning. Giftorätten hade även uteslutits från sådan egendom som någondera maken under äktenskapet förvärvar via arv, testamente eller gåva, samt från avkastningen till sådan egendom.

<sup>251</sup> *Helin*: Perheoikeudellisista etuuksista luopuminen s. 1041–1042.

<sup>252</sup> *Lohi*: Aviovarallisuusoikeus s. 143.

<sup>253</sup> *Lohi*: Osituksen esisopimuksen käyttöalasta s. 915.

makarna en mer omfattande avtalsfrihet än vad ÄL tillåter. Högsta domstolens prejudikat HD 1985 I 1 har ogrundat ansetts stöda denna ytterst liberala tolkning av lagen.<sup>254</sup> Hur som helst så är rättsläget *de lege lata* att föravtal om avvittning omfattas av en långtgående innehållsfrihet. Den enda begränsningen av innehållsfriheten är idag - såsom ovan konstaterats - att avtalet inte får innehålla villkor som strider mot lagen eller mot god sed.<sup>255</sup>

## 5 FÖRHÅLLET MELLAN ÄKTENSKAPSFÖRORD OCH FÖRAVTAL OM AVVITTRING

### 5.1 Inledning

Förhållandet mellan äktenskapsförord och föravtal om avvittning förändrades i samband med att bestämmelserna om rådighetsbegränsningarna förnyades i slutet av 1980-talet (se avsnitt 2.3.2 ovan). Enligt de tidigare bestämmelserna hade en make inte rätt att överlåta *giftorättsgods* av ett visst slag utan den andra makens samtycke. Ett äktenskapsförord gav därmed makarna ökad handlingsfrihet i och med att de hade möjlighet att överlåta sin enskilda egendom utan medgivande av den andra maken. Ett föravtal om avvittning inverkade däremot inte (och inverkar för övrigt inte heller idag) på makarnas giftorätt till varandras egendom, och befriade därför inte makarna från skyldigheten att inhämta den andra makens samtycke vid utförande av sådana rättshandlingar som nämndes i ÄL 38 – 39 §. I och med lagändringen bröts sambandet mellan rådighetsbegränsningarna och giftorätten, och äktenskapsförord har sedan dess ingen inverkan på tillämpningen av stadgandena om rådighetsbegränsningarna. Ändringen medförde alltså att äktenskapsförord och föravtal om avvittning närmade sig varandra.<sup>256</sup>

I och med ändringen är äktenskapsförordets främsta funktion idag – i likhet med föravtal om avvittning – att inverka på slutresultatet av avvittningen. Denna inverkan sker på lite olika sätt beroende på vilken avtalsform makarna väljer. I ett föravtal om avvittningen avtalar man

---

<sup>254</sup> Dessa slutsatser dras på basis av framställningen ovan, men de stöds även av *Lohi*: Osituksen esisopimuksen käyttöalasta s. 911 som konstaterar följande: ”Jälkikäteen ja jälkiviisaasti onkin helppo todeta, että 1970- ja 1980-lukujen taitteessa oikeuskirjallisuuden kannanotoin tapahtunut esisopimuksen käyttöalan laajentaminen oli huonosti harkittu ratkaisu. Siitä olisi pitänyt sanoutua irti viimeistään prejudikaatin KKO 1985 I antamisen jälkeen, esimerkiksi osoittamalla ratkaisulle Helinin hahmotteleman kaltainen suppea merkitys. Näin olisi vältetty nykyinen asetelma, jossa osituksen esisopimuksesta on tullut hankalalla tavalla avioehdon kanssa kilpaileva sopimustyyppi.”

<sup>255</sup> *Lohi*: Osituksen esisopimuksen käyttöalasta s. 909.

<sup>256</sup> *Kangas*: Perhevarallisuus oikeus s. 172–173. Se även *Lohi*: Aviovarallisuus oikeus s. 204–205.

vanligen direkt om slutresultatet av avvittningen. I ett äktenskapsförord bestäms slutresultatet istället indirekt, via giftorätten.<sup>257</sup>

I följande avsnitt sammanfattas skillnaderna mellan dessa två avtalsformer, som makarna har till sitt förfogande då de vill förändra eller komplettera de lagstadgade reglerna om äktenskapets förmögenhetsrättsliga verkningar. Därefter behandlas några centrala frågeställningar och problem i anslutning till de två avtalsformerna och deras förhållande till varandra. I och med att man i Sverige har stött på liknande problem men valt att gå en annan väg för att lösa dem så bidrar den svenska lagstiftningen med exempel på alternativa lösningar. De svenska reglerna behandlas därför i ett skilt avsnitt. I det sista avsnittet i detta kapitel redogörs för de slutsatser som kan dras på basis av de tidigare avsnitten.

## 5.2 Skillnader mellan äktenskapsförord och föravtal om avvittning

Såsom ovan har framkommit så har makar som möjlighet att på förhand inverka på slutresultatet av en framtida avvittning på två olika sätt, dvs. genom att upprätta ett äktenskapsförord eller genom att ingå ett föravtal om avvittning. Det främsta syftet med vardera avtalsformen är att inverka på slutresultatet av avvittningen<sup>258</sup>. I föravtalet om avvittning kan makarna även avtala om andra saker i samband med skilsmässan som inte har med själva avvittningen att göra<sup>259</sup>. Trots att äktenskapsförord och föravtal om avvittning har en liknande funktion och ett liknande syfte så skiljer sig de två avtalstyperna från varandra på flera olika sätt.

Ett föravtal om avvittning är en allmän förmögenhetsrättslig rättshandling, för vilken tillämpas samma regler och principer som för rättshandlingar i allmänhet, såsom normerna i RättshandlingsL.<sup>260</sup> Äktenskapsförordet är ett avtal som specifikt gäller giftorättens omfattning. De allmänna bestämmelserna om förmögenhetsrättsliga avtal gäller även äktenskapsförord, men äktenskapsförordet är samtidigt (utgående från bestämmelserna i ÄL) förknippat med en lång rad särdrag.<sup>261</sup>

---

<sup>257</sup> Lohi: Osituksen esisopimuksen käyttöalasta s. 914, Aarnio – Helin: Suomen avioliitto-oikeus s. 297.

<sup>258</sup> Lohi: Aviovarallisuus-oikeus s. 137.

<sup>259</sup> Se t.ex. Kangas: Perhevarallisuus-oikeus s. 172, Aarnio – Helin: Suomen avioliitto-oikeus s. 297.

<sup>260</sup> Aarnio – Helin: Suomen avioliitto-oikeus s. 296–297. Se även Kangas: Perhevarallisuus-oikeus s. 176.

<sup>261</sup> Lohi: Aviovarallisuus-oikeus s. 109–110.

Formkraven är väldigt olika för de två avtalsformerna. Formkraven för äktenskapsförord finns uppräknade i ÄL 66 §. Enligt paragrafen ska äktenskapsförordet för att gälla vara daterat, behörigen undertecknat av makarna samt bevittnat av två ojäviga personer. Föravtalet om avvittning omfattas däremot enligt vedertagen uppfattning av en total formfrihet, vilket innebär att även muntliga avtal är bindande<sup>262</sup>. För att ett äktenskapsförord ska vara giltigt och bindande vid avvittningen krävs dessutom att det har registrerats hos Myndigheten för digitalisering och befolkningsdata (ÄL 44 §). Något liknande registreringskrav existerar naturligtvis inte för föravtal om avvittning, då dessa inte ens kräver skriftlig form.

Själva innehållet i avtalet kan vara väldigt olika beroende på vilken avtalsform det är fråga om. I ett äktenskapsförord kan man endast avtala om *giftorätten*, närmare bestämt om att utesluta eller återinföra densamma (ÄL 41 §)<sup>263</sup>. Med hjälp av ett föravtal om avvittning kan man avtala om innehållet i den framtida avvittningen på en mer konkret nivå; man kan till exempel avtala om utjämnings belopp, om vilken egendom som ges i utjämnning eller om uppdelningen av gemensamma skulder. I föravtalet kan även avtalas om sådant som inte alls har med avvittningen att göra, till exempel om vem som ska bo kvar i det gemensamma hemmet efter en eventuell skilsmässa.<sup>264</sup>

En betydande skillnad mellan avtalstyperna har att göra med avtalens *rättsverkan*. Föravtalet om avvittning har en snävare rättsverkan i och med att det enbart inverkar på makarnas inbördes förhållande. Äktenskapsförordet kan inverka också på borgenärernas och (vid en avvittning som förrättas efter endera makens död) på arvingarnas ställning.<sup>265</sup> En i praktiken ännu mer betydande skillnad är att föravtalet om avvittning (till skillnad från äktenskapsförordet) endast inverkar på skilsmäsoavvittningar. Avtalet förlorar sin bindande verkan ifall äktenskapet upplöses till följd av endera makens död.<sup>266</sup>

---

<sup>262</sup> *Lohi*: Aviovarallisuusoukeus s. 138. Se även *Aarnio – Helin*: Suomen avioliitto-oikeus s. 298.

<sup>263</sup> *Aarnio – Helin*: Suomen avioliitto-oikeus s. 297. Se även *Gottberg*: Perhesuhteet ja lainsäädäntö s. 19.

<sup>264</sup> *Kangas*: Perhevarallisuusoukeus s. 172–173. Se även *Aarnio – Helin*: Suomen avioliitto-oikeus s. 297.

<sup>265</sup> *Kangas*: Perhevarallisuusoukeus s. 174, *Lohi*: Aviovarallisuusoukeus s. 140.

<sup>266</sup> *Lohi*: Aviovarallisuusoukeus s. 140.

**Äktenskapsförord****Föravtal om avvittning**

<b>Natur</b>	Avtal gällande giftorättens omfattning	Allmän förmögenhetsrättslig rättshandling
<b>Funktion och syfte</b>	Att inverka på avvittningens slutresultat	Att inverka på avvittningens slutresultat  Att avtala om förmögenhetsförhållandena efter en eventuell framtida skilsmässa på ett mer konkret sätt
<b>Formkrav</b>	Strikta formkrav, ÄL 66 §	Formfritt
<b>Krav på registrering</b>	Ja, registreras hos myndigheten för digitalisering och befolkningsdata, ÄL 44 §	Nej
<b>Innehåll</b>	Avtal om giftorättens omfattning, inom ramarna som uppställts i ÄL 41 §	Långtgående innehållsfrihet. Enda begränsningen är att innehållet inte får strida mot lagen eller mot god sed
<b>Giltighet vid skilsmäsoavvittning</b>	Ja	Ja
<b>Giltighet vid kvarlåtenskapsavvittning</b>	Ja	Nej
<b>Giltighet i förhållande till utomstående</b>	Ja	Nej

**Bild 1:** En översikt över skillnaderna och likheterna mellan äktenskapsförord och föravtal om avvittning.

### 5.3 Centrala frågeställningar och problem i anslutning till äktenskapsförord och föravtal om avvittring

#### 5.3.1 Kan ett ogiltigt äktenskapsförord ses som ett föravtal om avvittring?

Det främsta syftet med såväl äktenskapsförord som med föravtal om avvittring är att på ett eller annat sätt *påverka slutresultatet av avvittringen*.<sup>267</sup> Men medan äktenskapsförordet är strängt reglerat både vad gäller innehåll och form, så omfattas föravtalet om avvittring av total formfrihet samt av en långtgående innehållsfrihet. Kan då ett äktenskapsförord som är ogiltigt (till följd av ett formfel eller för att dess innehåll inte uppfyller de i 41 § uppställda kraven) istället ses som ett giltigt föravtal om avvittring, och därmed vara giltigt *inter partes*? Rättspraxisen bidrar inte med några svar i och med att HD fortsättningsvis inte har beviljat besvärstillstånd i fall där någon har yrkat på att ett ogiltigt äktenskapsförord ska anses vara ett bindande föravtal om avvittring<sup>268</sup>. Inom rättslitteraturen har framförts olika synpunkter gällande denna fråga<sup>269</sup>.

Äktenskapsförord kan i egenskap av avtal vara ogiltiga även på andra grunder än att dess form eller innehåll strider mot bestämmelserna i ÄL. I och med att de allmänna ogiltighetsgrunderna har lämnats utanför avgränsningen i denna avhandling så har de inte granskats närmare ovan. I detta sammanhang kan dock nämnas att ett äktenskapsförord även kan vara ogiltigt på basis av antingen en *allmän avtalsrättslig ogiltighetsgrund* såsom brist på rättshandlingsförmåga, förfalskning, skenrättshandling och formfel, eller på basis av någon av *ogiltighetsgrunderna i RättshandlingsL 28–33 §* (tvång, svikligt förledande, begagnande av annans trångmål, misstag eller dylikt).<sup>270</sup> Ifall ett äktenskapsförord är ogiltigt på basis av någon av dessa ogiltighetsgrunder så synes det dock osannolikt att det (genom att ses som ett föravtal om avvittring) kunde anses vara giltigt *inter partes*.<sup>271</sup>

<sup>267</sup> Lohi: Aviovarallisuusoikeus s. 137.

<sup>268</sup> Kangas: Perhevarallisuusoikeus s. 174 konstaterar att detta yrkande inte har nått framgång inom hovrättspraxisen heller. Han hänvisar till ett avgörande av Helsingfors hovrätt: HelHO 2008:4.

<sup>269</sup> Se t.ex. Rautiala: Ositus s. 267–268, Lohi: Aviovarallisuusoikeus s. 150 - 154 och Aarnio – Kangas: Perhevarallisuusoikeus s. 153–154.

<sup>270</sup> Välimäki: Osituksen sovittelu s. 277. Välimäki poängterar även att det är viktigt att särskilja *ogiltighetsgrunderna från jämkning av avtal* enligt RättshandlingsL 36 § (eller, då det gäller äktenskapsförord, ÄL 103b §). Jämkningsfrågan kan komma i fråga endast i det fallet att ett avtalsvillkor är *oskäligt*, eller att tillämpningen av detsamma skulle leda till oskälighet. För att avtalet ska anses vara ogiltigt på basis av en av de i RättshandlingsL 28 – 33 § uppräknade grunderna krävs däremot inte oskälighet, och inte heller någon annan slags innehållsmässig obalans. Det är istället fråga om olika fel som skett vid ingåendet av avtalet som kan leda till att avtalet konstateras ogiltigt.

<sup>271</sup> Man kunde möjligen tänka sig att förutsättningarna för att en enskild ogiltighetsgrund ska uppfyllas är olika beroende på vilken avtalsform det är fråga om. Utrymmesskal talar dock emot en närmare granskning av frågan i detta sammanhang.

*Rautiala* framhåller att det inte går att ge något allmänt svar på frågan om ett ogiltigt äktenskapsförord kan ses som ett giltigt föravtal om avvittring. Saken måste bedömas från fall till fall, med beaktande av såväl orsaken till ogiltigheten samt innehållet i äktenskapsförordet. Vidare anser han att ifall ett äktenskapsförord som är ogiltigt till följd av t.ex. ett formfel innehåller sådana förordnanden om giftorätten som faller inom ramarna för ÄL 41 §, så kan det inte heller anses vara giltigt i form av ett föravtal om avvittring. Detta på grund av att den offentlighet och tillförlitlighet som äktenskapsförordet som avtalsform har tillskrivits i så fall skulle förlora sin betydelse. ”*Tultaisiin näet siihen tulokseen, että avio-oikeudesta voitaisiin määrätä ilman avioehtoakin, mikä ei ole mahdollista*” konstaterar han.<sup>272</sup>

Ett äktenskapsförord som bryter mot formföreskrifterna i ÄL 66 § eller vars innehåll strider mot innehållsstadgandena i ÄL 41 § är helt klart ogiltigt. Såsom *Lohi* poängterar så är det dock problematiskt att argumentera för att avtalet skulle vara totalt verkningslöst även i förhållandet mellan makarna, just med tanke på att avtalet skulle ha varit giltigt ifall det skulle ha ingåtts i form av ett föravtal om avvittring.<sup>273</sup> Såsom redan tidigare konstaterats så borde makarna inte ”straffas med ogiltighet” bara för att de har valt fel avtalstyp.<sup>274</sup> Som lösning på problemet har inom rättslitteraturen föreslagits en *ändring* av avtalstyp, så att det ogiltiga äktenskapsförordet istället ses som ett föravtal om avvittring.<sup>275</sup>

Avtal ska tolkas i enlighet med avtalsparternas *gemensamma avsikt* vid ingåendet av avtalet.<sup>276</sup> Vid ingåendet av ett äktenskapsförord är den gemensamma avsikten i allmänhet att *utesluta giftorätten*, antingen helt eller till en viss del. *Aarnio* och *Kangas* förhåller sig med hänvisning till denna gemensamma avsikt rätt så positiva till tanken att ett ogiltigt äktenskapsförord istället kan ses som ett giltigt föravtal om avvittring.<sup>277</sup>

---

<sup>272</sup> *Rautiala*: Ositus s. 267.

<sup>273</sup> *Lohi*: Aviovarallisuusouikeus s. 150–151.

<sup>274</sup> Detta argument har använts av såväl *Lohi*: Aviovarallisuusouikeus s. 145–146 som *Helin*: Kan i ett äktenskapsförord intas villkor... s. 238.

<sup>275</sup> *Aarnio - Kangas*: Perhevarallisuusouikeus s. 153–154 samt *Lohi*: Aviovarallisuusouikeus s. 150–152 förhåller sig försiktigt positiva till denna tanke. *Rautiala*: Ositus s. 267 är däremot väldigt kritisk till att ett äktenskapsförord skulle kunna ”omvandlas” till ett föravtal om avvittring i efterhand. Han anser att detta skulle vara möjligt endast vad gäller sådana villkor som makarna har möjlighet att avtala om även utan att använda sig av ett äktenskapsförord. Alltså skulle till exempel förordnanden om barnens underhåll vara bindande för makarna även om äktenskapsförordet skulle belastas av en ogiltighetsgrund. Avtalsvillkor gällande giftorätten skulle däremot oundvikligen vara ogiltiga.

<sup>276</sup> *Saarnilehto – Annola*: Sopimusouikeuden perusteet s. 151. Se även *Agell – Malmström*: Civilrätt s. 90 som i samma betydelse talar om den *gemensamma partsviljan*.

<sup>277</sup> *Aarnio - Kangas*: Perhevarallisuusouikeus (2010) s. 152–153.

Lohi är inne på samma linje. Han påpekar att det centrala för makar som ingår ett äktenskapsförord är avtalets *rättsverkningar*, medan hur avtalet karakteriseras rent juridiskt är av mindre betydelse. Han anser att det inte finns några direkta hinder mot att man räddar effekten av ett felaktigt äktenskapsförord genom att tolka det som ett föravtal om avvittning, som är giltigt *inter partes*. Han påpekar dock att denna konstruktion är något konstlad. En enklare och naturligare lösning skulle vara att tolka situationen så att ett äktenskapsförord som bryter mot form- och innehållsföreskrifterna i äktenskapslagen inte medför att äktenskapsförordet är ogiltigt *inter partes*.<sup>278</sup>

Inom den nyare rättslitteraturen förhåller man sig alltså positivt till att ett äktenskapsförord som bryter mot form- eller innehållsföreskrifterna ändå kan anses vara bindande för makarna själva. Vilket synsätt man väljer (anser man att avtalsformen ändrar, eller anser man att giltigheten bibehållas mellan makarna trots att äktenskapsförordet bryter mot form- eller innehållsföreskrifterna i äktenskapslagen?) är en smaksak, slutresultatet är detsamma oberoende. Hur som helst så är det viktigt att komma ihåg att detta endast gäller makarnas inbördes förhållande. Ett äktenskapsförord som bryter mot formföreskrifterna är verkningslöst i förhållande till borgenärer och arvingar, och detsamma gäller äktenskapsförord som kränker borgenärernas eller arvingarnas rättigheter genom att överskrida begränsningarna i ÄL 41 §<sup>279</sup>.

### 5.3.2 En diskussion kring problemen

#### 5.3.2.1 Inledning

Utgående från kapitlen tre och fyra, där äktenskapsförord och föravtal om avvittning granskades skilt för sig, kan konstateras att vardera avtalstypen belastas av vissa problem. Problemen kan dels förknippas med respektive avtalstyp i sig, men samtidigt så hänför de sig också till förhållandet mellan de två avtalstyperna. Problemen kan sammanfattas i dessa två påståenden: 1) föravtal om avvittning bryter i dagsläget mot förbudet i ÄL 41.2 §, och 2) äktenskapsförord är för strikt reglerade.

---

<sup>278</sup> Lohi: Aviovarallisuusoikeus, s. 152–153.

<sup>279</sup> Lohi: Aviovarallisuusoikeus s. 153, *Aarnio – Helin*: Suomen avioliitto-oikeus s. 130.

Dessa problem är i praktiken tätt sammansnärda. Till exempel kan hävdas att den strikta regleringen av innehållet i äktenskapsförord är en delorsak till att man i dagsläget kan uppgöra ett föravtal om avvittring som anses vara giltigt trots att det strider mot ÄL 41.2 §. Det kan anses finnas ett praktiskt behov hos makar att kunna avtala om slutresultatet av en framtida avvittring på ett sätt som överskrider de snäva gränserna i ÄL 41.1 §<sup>280</sup>. Detta behov fylls i dagens läge av det formfria föravtalet om avvittring. Det skulle därmed inte vara ändamålsenligt att begränsa användningsområdet för föravtal om avvittring utan att samtidigt lindra begränsningarna för äktenskapsförord.

Nedan följer en diskussion kring problemen. Diskussionen baserar sig delvis på kapitlen tre och fyra, där det gjordes en omfattande granskning av de två avtalsformerna. I detta kapitel är infallsvinkeln snävare och mer kritisk än i de tidigare kapitlen, på det sättet att jag här utgår direkt från de problem som framkommit. Jag kommer att börja med det enligt mig mest iögonfallande problemet, dvs. att föravtal om avvittring enligt min åsikt strider mot ÄL 41.2 §. Därefter kommer jag att analysera problematiken kring den strikta regleringen av innehållet i äktenskapsförord. Vissa upprepningar av den tidigare framställningen är nödvändiga för att åskådliggöra problemen.

### 5.3.2.2 Föravtal om avvittring bryter i dagsläget mot förbudet i ÄL 41.2 §

I ÄL 41 § 1 mom. stadgas om innehållet i äktenskapsförord. Enligt momentet kan makarna genom att upprätta ett äktenskapsförord antingen begränsa eller återinföra giftorätten till viss eller all egendom. Därefter konstateras i paragrafens andra moment att ”*Utöver vad nu är sagt må ej genom avtal mellan trolovade eller makar fastställas avvikelser från vad om makars egendomsförhållanden är stadgat.*”.

En tidigare förespråkad lösning till oklarheterna kring förhållandet mellan föravtal om avvittring och ÄL 41.2 § var att man kunde ansluta en *tidsbegränsning* till föravtalet om avvittring, och anse att föravtalet kan uppgöras först då en äktenskapskillnad är aktuell. På detta sätt skulle inte föravtalet om avvittring konkurrera med äktenskapsförordet.<sup>281</sup> Detta är enligt mig en ganska bra lösning med tanke på ÄL 41.2 §. För det första så medför en sådan här tidsbegränsning en tydlig gräns mellan tillämpningsområdena för de olika avtalsformerna. Till

---

<sup>280</sup> Detta konstateras även av *Lohi*: Osituksen esisopimuksen käyttöalasta s. 915.

<sup>281</sup> Denna lösning har förespråkats av *Rautiala*: Ositus s. 253, och *densamma*: Avioliitto-oikeus s. 108.

saken hör dessutom att makarna vid en sämjoavvittring har möjlighet att avtala om avvittringens slutresultat på ett sätt som avviker från såväl äktenskapslagens bestämmelser som från vad de tidigare har avtalat i ett äktenskapsförord<sup>282</sup>. En avvittring kan vara en lång process och makarna kan ha behov av att avtala om slutresultatet av avvittringen så fort det blir klart att en äktenskapsskillnad är förestående. Ifall föravtalet om avvittring skulle vara just detta – ett föravtal som ingås före det egentliga avvittringsavtalet, men ändå har en direkt koppling till en konkret avvittring – så skulle problemen i samband med ÄL 41.2 § minimeras. Dock talar praktiska skäl mot en sådan här lösning. Såsom upprepade gånger har nämnts så uppställs i ÄL 41.1 § väldigt snäva gränser för vad som kan avtalas om i ett äktenskapsförord. Makarna kan ha behov av att avtala om en eventuell framtida avvittring på ett mer konkret sätt redan innan en skilsmässa är aktuell. Denna lösning förkastades därtill i praktiken helt och hållet efter att högsta domstolen i prejudikatet HD 1985 I 1 konstaterade att ett avtal gällande kommande äktenskapsskillnad kan göras när som helst<sup>283</sup>. Utgående från detta prejudikat står det klart att föravtal om avvittring inte är underkastade någon tidsbegränsning.

Ett problem i anslutning till tolkningen av fallet HD 1985 I 1 är ändå att man inom rättslitteraturen har tillskrivit prejudikatet en mer omfattande betydelse än vad HD:s motiveringar ger anledning till. I motiveringarna konstateras bland annat att *makarnas rätt att avtala om underhåll och skadestånd* i fall av hem- eller äktenskapsskillnad inte har begränsats i ÄL. Vidare konstateras att inte heller förlovades rätt att ingå sådana här avtal har begränsats.<sup>284</sup> Däremot konstateras ingenting som antyder att makarna på skulle ha möjlighet att formfritt avtala om innehållet i en framtida avvittring – denna rätt har ju uttryckligen begränsats i ÄL 41 §. Trots detta har man inom rättslitteraturen ansett att prejudikatet stöder även denna typ av föravtal om avvittring<sup>285</sup>. Denna utvidgande tolkning har ifrågasatts av *Helin*, dock först på 2000-talet<sup>286</sup>.

---

<sup>282</sup> Se *Kaisto - Lohi*: Johdatus varallisuusoikeuteen s. 328 och *Gottberg*: Perhesuhteet ja lainsäädäntö s. 29.

<sup>283</sup> Se *Helin*: Kan i ett äktenskapsförord intas villkor... s. 230.

<sup>284</sup> Med andra ord har blivande makar möjlighet att ingå den här typen av avtal redan innan ingåendet av äktenskapet. Det är alltså dessa konstateranden som kullkastar förslaget om en tidsmässig begränsning av tillämpningsområdet för föravtal om avvittring.

<sup>285</sup> Konstateras av *Lohi*: Osituksen esisopimuksen käyttöalasta s. 912 och *densamma*: Aviovarallisuusoikeus s. 143. Se även *Helin*: Kan i ett äktenskapsförord intas villkor... s. 230 – 231, *Saarenpää*: Avioliittolain muutokset s. 161 och *Aarnio – Helin*: Suomen avioliitto-oikeus s. 297.

<sup>286</sup> Se *Helin*: Perheoikeuden siveellinen luonne s. 1258 och *densamma*: Perheoikeudellisista etuuksista luopuminen s. 1041–1042.

Enligt Helin är det faktum att makarna i fallet även hade upprättat ett äktenskapsförord vari giftorätten uteslutits nästan helt av avgörande betydelse. Makarna hade genom att utesluta giftorätten frigjort sig från det äktenskapsrättsliga förmögenhetssystemet. Därefter hade de i egenskap av ”vanliga civilrättsliga aktörer” upprättat föravtalet om avvitrning. Enligt denna tolkning skulle föravtalet om avvitrning ha varit ogiltigt ifall makarna inte hade uppgjort ett äktenskapsförord, för i så fall skulle makarna ha varit underkastade det äktenskapsrättsliga förmögenhetssystemet och förbudet i ÄL 41.2 §. Helin medger att HD:s motiveringar inte direkt stöder denna tolkning, men anser att detta är den enda möjliga tolkningen ifall man vill undvika att ”riva ett olidligt stort hål i det äktenskapsrättsliga förmögenhetssystemet”<sup>287, 288</sup>.

Även om jag i övrigt delar Helins åsikt i den här frågan så tycker jag att denna konstruktion – att makarna skulle vara tvungna att först utesluta giftorätten för att därefter ha möjlighet att upprätta ett föravtal om avvitrning – känns något konstlad. Ett sätt att undvika denna invecklade konstruktion kunde vara att istället dela in föravtalen om avvitrning i två undergrupper, som kunde kallas *egentliga föravtal om avvitrning* (där makarna via giftorätten eller utjämningen avtalar om det kalkylmässiga slutresultatet av avvitrningen) och *övriga avtal för äktenskapsskillnads skull*. I den andra gruppen skulle då ingå bl.a. avtal om underhållsbidrag och ersättning, men också sådana avtal om avvitrningen som inte inverkar på själva avvitringskalkylen - till exempel avtal om hur gemensam egendom fördelas vid en eventuell skilsmäsoavvitrning<sup>289</sup>. Avtal som hör till den första gruppen borde då i enlighet med ÄL 41.2 § upprättas i form av ett äktenskapsförord, medan avtal som hör till den andra gruppen är formfria.

Det centrala är alltså huruvida avtalet i fråga inverkar på själva *avvitringskalkylen*. Genom denna uppställning undgår man problemen i samband med förbudet i ÄL 41.2 §. Dessutom uppstår en tydlig uppdelning mellan tillämpningsområdena för föravtal om avvitrning och äktenskapsförord, vilket bidrar till ett klarare rättsläge. Denna uppdelning kan härledas från avgörandet HD 1985 I 1, i och med att där enbart nämndes avtal som tillhör den andra gruppen

---

<sup>287</sup> Helin konstaterar ordagrant att ”*ratkaisun ymmärtäminen muulla tavoin repisi sietämättömän suuren aukon aviovarallisuusjärjestelmään*”.

<sup>288</sup> *Helin*: Perheoikeudellisista etuuksista luopuminen s. 1041–1042.

<sup>289</sup> Exempel: Makarna A och B äger ett egnahemshus värt 200 000 och en fritidsfastighet värd 150 000 till hälften (1/2) var. I avtalet för äktenskapsskillnads skull avtalar de att vid en skilsmäsoavvitrning ska egnahemshuset tillfalla A medan fritidsfastigheten tillfaller B. Samägoförhållandena ska alltså upplösas genom att makarna överlåter sina andelar i nämnda fastigheter till varandra. I B:s halva av den totala giftorättsunderkastade nettoegendomen ingår (till följd av värdeskillnaden mellan de öronmärkta egendomsposterna) 50 000 euro mer övrigt giftorätts gods.

(som jag här kallar ”övriga avtal för äktenskapsskillnads skull”), vilka konstaterades vara tillåtna enligt ÄL. Samma uppdelning användes även i regeringspropositionen HE 62/1986, vari föreslogs att *avtal om en framtida avvitrning* skulle vara ogiltiga ifall de inte uppfyller formkraven för äktenskapsförord. Däremot skulle sådana *avtal om underhållsbidrag och ersättning* som en make förbinder sig att betala till den andra maken vid en eventuell skilsmässa fortsättningsvis vara formfria<sup>290</sup>. Detta förslag om ett formbundet föravtal om avvitrning godkändes inte i riksdagen. Trots detta anser jag att det utgående från ÄL 41 § och HD 1985 I 1 finns goda grunder att tala för ovan nämnda uppdelning av föravtalen om avvitrning.

Denna tolkning belastas trots allt av problem. Som *Lohi* påpekar så är den rådande liberala inställningen till olika slags avtal som ingås för äktenskapsskillnads skull allmänt vedertagen. Inom rättslitteraturen har man på bred front ända sedan början av 1980-talet tillskrivit föravtal om avvitrning en omfattande innehållsfrihet. Under denna närmare fyrtio år långa tidsperiod har sannolikt ingåtts ett stort antal föravtal om avvitrning, där makarna har förlitat sig på denna rådande ståndpunkt. En plötslig ändring av tolkningslinjen som skulle medföra att dessa avtal plötsligt ansågs ogiltiga skulle kränka dessa individers grundade förväntningar till den grad att detta inte kan anses godtagbart<sup>291</sup>. För att åstadkomma en förändring av rättsläget krävs därmed lagstiftningsåtgärder.<sup>292</sup>

Ett annat problem med den föreslagna uppdelningen av föravtal om avvitrning på basis av huruvida de inverkar på det kalkylmässiga slutresultatet av avvitrningen hänför sig till den snäva utformningen av ÄL 41.1 §. Ifall man utgår från att sådana föravtal som inverkar direkt på det kalkylmässiga slutresultatet av avvitrningen (”egentliga föravtal om avvitrning”) ska uppgöras i form av äktenskapsförord för att vara giltiga så innebär det att de måste uppgöras i enlighet med innehållsstadgandena i ÄL 41.1 §. Detta skulle innebära en drastisk inskränkning av makarnas avtalsfrihet. Såsom ovan konstaterats kan det anses finnas ett praktiskt behov hos makar av att avtala om slutresultatet av avvitrningen även på andra sätt än de som kan härledas ur ÄL 41.1 §. En ändring av bestämmelserna kring föravtal om avvitrning skulle därför kräva en samtidig ändring av ÄL 41.1 §. Denna fråga behandlas närmare i följande underavsnitt.

---

<sup>290</sup> HE 62/1986 s. 66.

<sup>291</sup> *Lohi*: Osituksen esisopimuksen käyttöalasta s. 912–913 sammanfattar detta argument på ett bra sätt genom att ställa frågan ”voidaanko käsitystä, jonka mukaan puoliset saavat sopia vapaasti vielä näköpiirissä olemattoman osituksen lopputuloksesta, pitää niin selkeästi aviovarallisuusosoikeuden johtavien periaatteiden vastaisena, että siitä on syytä sanoutua irti oikeustilan tietynlaisen järkkymisenkin uhalla?”.

<sup>292</sup> Se *Lohi*: Aviovarallisuusosoikeus s. 143 och *densamma*: Osituksen esisopimuksen käyttöalasta s. 912–913.

### 5.3.2.3 Äktenskapsförord är för strikt reglerade

Enligt ÄL 41.1 § kan makar (och blivande makar) genom att upprätta ett äktenskapsförord ”utesluta giftorätt i egendom, som någondera av dem äger eller sedermera förvärvar”. Ytterligare stadgas att makarna genom att upprätta ett nytt äktenskapsförord kan återinföra giftorätten till sådan egendom som i ett tidigare äktenskapsförord har föreskrivits vara giftorättsfri. Inom rättslitteraturen har man utgående från paragrafen urskilt fyra typer av äktenskapsförord: *äktenskapsförord genom vilka giftorätten utesluts helt*, *äktenskapsförord genom vilka giftorätten utesluts delvis*, *ensidiga äktenskapsförord* samt *äktenskapsförord genom vilka giftorätten återinförs*<sup>293</sup>.

Ifall makarna önskar förordna om avvittningens slutresultat med hjälp av ett äktenskapsförord så ska detta alltså göras *indirekt*, via giftorätten, vilket gör äktenskapsförordet till ett rätt så stelt och inexact instrument. *Lohi* framför att det torde finnas ett praktiskt behov av att i förhand kunna avtala direkt om slutresultatet av en hypotetisk framtida avvittning. Makarna kanske t.ex. vill avtala i förväg om vem av dem som ska få äganderätten till den gemensamma bostaden, eller hur de ska dela upp en gemensam skuld vid en framtida avvittning. Sådana här avtal är inte möjliga att göra inom de i ÄL 41.1 § uppställda gränserna.<sup>294</sup> Problemet med ÄL 41.1 § är med andra ord dels det att själva konstruktionen med giftorätt kan leda till ett inexact resultat (i jämförelse med att makarna skulle avtala om slutresultatet direkt), dels att vissa typer av förordnanden inte alls är möjliga att ta med i ett äktenskapsförord. Innehållsfrihetens gränser har undersökts närmare ovan i avsnitt 3.5.

Det presumerade behovet av att kunna avtala direkt om avvittningens slutresultat fylls idag av den i lagen oreglerade avtalsformen föravtal om avvittning. Jag har ovan argumenterat mot den rådande liberala tolkningen av denna avtalsform. En plötslig ändring av tolkningslinjen (till exempel genom ett HD-prejudikat eller genom ytterligare ställningstaganden inom rättslitteraturen) är trots allt ingen bra lösning, i och med att de i ÄL 41.1 § ingående strikta begränsningarna skulle leda till en orimligt stor begränsning av makarnas avtalsfrihet. Jag anser därför (i likhet med *Lohi*<sup>295</sup>) att det finns ett behov av konkreta lagstiftningsåtgärder i denna

---

<sup>293</sup> Indelningen används av bl.a. *Lohi*: *Aviovarallisuusouikeus* s. 113 och *Aarnio – Kangas*: *Perhevarallisuusouikeus* 2010 s. 95.

<sup>294</sup> *Lohi*: *Osituksen esisopimuksen käyttöalasta* s. 914–915.

<sup>295</sup> Se *Lohi*: *Osituksen esisopimuksen käyttöalasta* s. 916.

fråga. Till exempel kunde innehållsfriheten för äktenskapsförord utökas genom en omarbetning av ÄL 41.1 §. Detta skulle i sin tur leda till att behovet av att använda föravtal om avvitrning skulle minska. Ett annat alternativ kunde vara att reglera även föravtal om avvitrning i ÄL. Då detta alternativ oundvikligen skulle begränsa makarnas avtalsfrihet på ett eller annat sätt så torde en omarbetning av ÄL 41.1 § bli aktuell i vilket fall som helst.

#### 5.4 Sveriges reglering av föravtal om bodelning

I den svenska rättslitteraturen fördes tidigare, under GB:s tid, en liknande diskussion om *föravtal om bodelning*<sup>296</sup> som här i Finland har förts gällande föravtal om avvitrning. Man frågade sig huruvida avtal som makar ingått med avseende på en eventuell framtida äktenskapsskillnad skulle anses vara giltiga. Åsikterna var väldigt delade.<sup>297</sup> Det stod däremot klart att föravtal som parterna ingått redan *före* ingåendet av äktenskapet var ogiltiga. Detta framgår ur NJA 1950 s. 513:

Högsta domstolen tog i fallet ställning till giltigheten av ett avtal som ingåtts mellan makarna före äktenskapets ingående gällande de villkor som skulle tillämpas vid en eventuell framtida äktenskapsskillnad. Majoriteten i HD ansåg att avtalet inte kunde åberopas av mannen till befrielse från de äktenskapsrättsliga förpliktelser som han enligt lag hade ådragit sig genom ingående av äktenskap.<sup>298</sup>

Så småningom vann uppfattningen om att det var möjligt för makar att ingå ett formlöst, bindande föravtal inför en *förestående* äktenskapsskillnad stöd i rättspraxis (NJA 1978 s. 497). För att få verkan som en bodelning enligt GB så skulle avtalet skriftligen bekräftas av makarna vid den egentliga bodelningen.<sup>299</sup>

I ÄktB, som trädde ikraft den 1.1.1988, togs med en uttrycklig bestämmelse om föravtal om avvitrning. ÄktB 9 kap. 13 § lyder som följer:

*”Makar får inför en omedelbart förestående äktenskapsskillnad avtala om den kommande bodelningen eller om annat som har samband med denna (föravtal). Över avtalet skall upprättas en handling som undertecknas av makarna.*

<sup>296</sup> Såsom ovan har konstaterats så talar man i Sverige om *bodelning* medan det i Finland heter *avvitrning*.

<sup>297</sup> *Teleman*: Bodelning efter äktenskapsskillnad s. 64. Se även *Wallin*: Om avtal mellan makar s. 68. Ett centralt argument *mot* dessa avtals giltighet var att det inte kan vara meningen att ett föravtal om bodelning ska kunna användas till att åsidosätta reglerna om äktenskapsförord.

<sup>298</sup> Gällande fallet och vilka slutsatser som kan dras på basis av det, se: *Wallin*: Om avtal mellan makar s. 63 ff., *Teleman*: Bodelning efter äktenskapsskillnad s. 64 ff. Se även *Agell – Brattström*: Äktenskap Samboende Partnerskap s. 145–148.

<sup>299</sup> *Agell – Brattström*: Äktenskap Samboende Partnerskap s. 146.

*Avtal som makar i annat fall har ingått om kommande bodelning är utan verkan, om det inte utgör äktenskapsförord.”*

Enligt paragrafen kan ett föravtal om bodelning göras endast inför en förestående *äktenskapsskillnad*. Man kan alltså inte på ett giltigt sätt ingå ett föravtal inför bodelning under bestående äktenskap<sup>300</sup> eller bodelning på grund av dödsfall.<sup>301</sup> Föravtalet gäller endast i förhållandet mellan makarna, det har ingen sakrättslig verkan. Även om det i avtalet föreskrivs att viss bestämd egendom ska överföras från den ena maken till den andra vid bodelningen så har detta förordnande ingen verkan gentemot den överlåtande makens borgenärer. Föravtalet får alltså inte verkställas vid bodelningen ifall detta skulle kränka någon borgenärs rätt.<sup>302</sup>

Föravtalet ska upprättas i skriftlig form och undertecknas av båda makarna. Ifall dessa formkrav inte uppfylls så är föravtalet ogiltigt. I regeringspropositionen poängteras att detta innebär att muntliga avtal inte längre godtas som föravtal. Något bevitnande av handlingen krävs ändå inte.<sup>303</sup> För att en omyndig person ska kunna ingå ett äktenskapsförord krävs enligt ÄktB 7 kap 3 § förmyndarens skriftliga medgivande. Det finns ingen uttrycklig regel om verkan av omyndighet vid föravtal om bodelning. Det anses ändå att förmyndarens samtycke krävs även i detta fall.<sup>304</sup>

Vad gäller *innehållet* i ett föravtal om bodelning så kan makarna enligt ÄktB 9 kap 13 § på ett giltigt sätt avtala om den kommande bodelningen samt om ”annat som har samband med denna”. Enligt förarbetena till lagen innebär detta att man i föravtalet förutom att förordna om hur viss egendom ska fördelas även kan ta med förordnanden om t.ex. hur värderingen av egendomen ska göras samt vilka andelar som ska tillkomma makarna vid bodelningen.<sup>305</sup> Makarna kan i föravtalet även komma överens om frågor gällande skevdelning<sup>306</sup>, jämkning av

---

<sup>300</sup> Makarna har enligt ÄktB 9:1 2 st möjlighet att dela upp sin egendom sinsemellan genom bodelning under äktenskapet, utan att något mål om äktenskapsskillnad pågår. Om detta ska lämnas in en skriftlig anmälan till Skatteverket. Enligt *Grauers: Ekonomisk familjerätt* s. 63 kan detta vara motiverat till exempel ifall den ena maken inleder en verksamhet som medför ekonomiska risker (t.ex. startar en rörelse). Maken kan då vilja överföra tillgångar till den andra maken innan han eller hon skuldsätter sig. En bodelning kan också vara mer förmånlig än ett köp mellan makarna. Ifall makarna t.ex. vill överföra äganderätten till en fastighet så kan de undvika stämpelskatt genom att förverkliga överlåtelsen i form av en bodelning.

<sup>301</sup> *Teleman: Bodelning under äktenskap och vid skilsmässa* s. 257.

<sup>302</sup> Prop. 1986/87:1 s. 156. Utgående från detta konstateras att ifall makens egendom inte räcker till för att täcka hans eller hennes skulder så kan avtalet om överförande av egendom till den andra maken enligt huvudregeln verkställas endast om den övertagande maken överlämnar utmättningsbar egendom till ett motsvarande värde.

<sup>303</sup> Prop. 1986/87:1 s. 156.

<sup>304</sup> *Tottie – Teleman: Äktenskapsbalken. En kommentar* s. 231, *Teleman: Bodelning under äktenskap och vid skilsmässa* s. 269.

<sup>305</sup> Prop. 1986/87:1 s. 156.

<sup>306</sup> Äktenskapsbalken innehåller flera bestämmelser om jämkning vid bodelning. Av dessa är *skevdelningsbestämmelsen* i ÄktB 12 kap 1 § den viktigaste. En make kan på basis av bestämmelsen få behålla mer av sitt

äktenskapsförord, vederlag etc. Föravtalet kan gälla en viss eller vissa begränsade frågor, men det är också möjligt att med hjälp av föravtalet förordna om resultatet av den kommande bodelningen i sin helhet.<sup>307</sup>

Inom rättspraxis och -litteratur har klarlagts, att *allmänna avtalsregler* ska tillämpas analogt på sådana rättshandlingar inom familjerättens område som har ”stark förmögenhetsrättslig prägel”. Detta gäller bl.a. avtalslagens ogiltighetsbestämmelser.<sup>308</sup> Dessutom ingår en särskild jämningsregel i ÄktB 12 kap. 3 §. Enligt paragrafen kan såväl äktenskapsförord som föravtal om avvitrning jämkas eller lämnas utan avseende vid bodelningen ifall avtalet i fråga är oskäligt med hänsyn till dess innehåll, omständigheterna vid dess tillkomst, senare inträffade förhållanden och omständigheterna i övrigt. Vid formuleringen av bestämmelsen har man använt avtalslagens 36 § som modell<sup>309</sup>.

I andra stycket i ÄktB 9 kap. 13 § stadgas att avtal som makarna *i andra fall* (dvs. innan en äktenskapsskillnad är omedelbart förestående) har ingått om kommande bodelning är ogiltiga, ifall de inte har upprättats och registrerats i enlighet med föreskrifterna om äktenskapsförord. Detta innebär att den enda möjligheten för makarna att på längre sikt avtala om en eventuell kommande bodelning är att genom ett *äktenskapsförord* göra enskild egendom till giftorättsgods eller vice versa.<sup>310</sup>

I fall där makarna har ingått ett giltigt föravtal om bodelning är det viktigt att notera att avtalet inte får verkan som bodelningsavtal (i förhållande till makarnas borgenärer) förrän avtalet har *bekräftats* av makarna efter det att ansökan om äktenskapsskillnad har lämnats in, dvs. vid en tidpunkt då en formell bodelning är möjlig. Om den ena maken då vägrar att bekräfta avtalet så kan den andra maken ansöka om att en *bodelningsförrättare*<sup>311</sup> ska förordnas. Om bodelningsförrättaren anser att föravtalet är giltigt mellan makarna så ska den slutliga bodelningen göras utgående från föravtalet.<sup>312</sup>

---

giftorättsgods än vad som följer av 11 kap., ifall det ”med hänsyn särskilt till äktenskapets längd men även till makarnas ekonomiska förhållanden och omständigheterna i övrigt är oskäligt att en make vid bodelning skall lämna egendom till den andra maken i den omfattning som följer av 11 kap.”. Regeln avser andelsberäkningen och inte den konkreta lottläggningen. I ÄktB 12 kap. 3 § ingår en skild bestämmelse om jämkning av villkor i äktenskapsförord och föravtal om avvitrning. Denna bestämmelse anses vara subsidiär i förhållande till skevdelningsbestämmelsen i ÄktB 12 kap 1 §. Se *Teleman*: Bodelning under äktenskap och vid skilsmässa s. 157.

<sup>307</sup> *Teleman*: Bodelning under äktenskap och vid skilsmässa s. 260.

<sup>308</sup> *Teleman*: Bodelning under äktenskap och vid skilsmässa s. 260. Se även prop. 1986/87:1 s. 78.

<sup>309</sup> *Teleman*: Bodelning under äktenskap och vid skilsmässa. I avtalslagens 36 § ingår en allmän jämningsregel som har många likheter med den finska RättshandlingsL 36 §. Centralt i båda paragraferna är avtalsvillkorets eller rättshandlingens *oskälighet*.

<sup>310</sup> Prop. 1986/87:1 s. 156.

<sup>311</sup> *Bodelningsförrättare* är alltså detsamma som i Finland kallas *skiftesman*, se *Agell*: Nordisk äktenskapsrätt s. 233.

<sup>312</sup> *Agell – Brattström*: Äktenskap Samboende Partnerskap s. 146–147.

## 5.5 Slutsatser

Syftet med denna avhandling är att undersöka makars och blivande makars möjligheter att på förhand avtala om slutresultatet av en eventuell framtida skilsmäsoavvittring. För att uppnå detta syfte har uppställts två centrala frågeställningar: *Hurdant är förhållandet mellan äktenskapsförord och föravtal om avvittring? Och Finns det behov av att reglera föravtal om avvittring på lagstiftningsnivå?.* Dessa frågeställningar utgör dels utgångspunkten för forskningen, och dels så fungerar de som en röd tråd genom hela avhandlingen. I detta femte kapitel har jag – med stöd av de tidigare kapitlen – försökt hitta svar på dessa frågeställningar.

Först har jag gjort en *jämförelse* mellan äktenskapsförord och föravtal om avvittring som avtalsformer, där jag har sammanfattat skillnaderna mellan dessa. Därefter har jag undersökt vissa centrala frågeställningar och problem i anslutning till äktenskapsförord och föravtal om avvittring. Gemensamt för dessa frågeställningar och problem är att de anknyter till vardera avtalsformen på samma gång, liksom till deras inbördes förhållande.

En intressant frågeställning i anslutning till avtalsformernas inbördes förhållande är huruvida ett ogiltigt äktenskapsförord kan eller bör ses som ett giltigt föravtal om avvittring. Detta skulle innebära att ett äktenskapsförord som belastas av formfel, eller vars innehåll strider mot ÄL 41.1 §, trots allt skulle anses vara giltigt i makarnas inbördes förhållande. Svar på denna fråga hittas naturligtvis varken i lagen eller i dess förarbeten, i och med att lagen inte innehåller stadganden om föravtal om avvittring överhuvudtaget. Rättspraxisen bidrar inte heller med några svar, och jag har därför utgått ifrån ställningstaganden och funderingar inom rättslitteraturen. Här syns en viss förändring över tid. Medan *Rautiala* på 1950-talet till stor del motsatte sig tanken att ett ogiltigt äktenskapsförord istället kunde ses som ett föravtal om avvittring och däremot vara giltigt i förhållandet mellan makarna<sup>313</sup>, så förhåller man sig i dagens läge försiktigt positivt till en sådan här möjlighet. Det huvudsakliga argumentet *för* att ogiltiga äktenskapsförord åtminstone i vissa fall kunde ses som giltiga föravtal om avvittring är att avtal i allmänhet ska tolkas i enlighet med *avtalsparternas gemensamma avsikt*.<sup>314</sup> Då makar eller blivande makar ingår ett äktenskapsförord så är deras gemensamma avsikt att begränsa

---

<sup>313</sup> Se *Rautiala*: Ositus s. 267. I och med att detta är det enda äldre ställningstagande jag hittat gällande denna fråga så kan man i och för sig ifrågasätta om det verkligen är så att inställningen till detta har förändrats med tiden, eller om det istället enbart var Rautialas personliga syn på saken (som kanske inte delades av andra rättsvetare ens på 1950-talet).

<sup>314</sup> *Aarnio – Kangas*: Perhevarallisuus oikeus s. 152 – 154, *Lohi*: Aviovarallisuus oikeus s. 150–152. Se även *Saarnilehto – Annola*: Sopimus oikeuden perusteet s. 151 samt *Agell – Malmström*: Civilrätt s. 90.

eller återinföra giftorätten. Det centrala är med andra ord avtalets *rättsverkningar*, medan avtalsformen i sig är av mindre betydelse. Det finns två alternativa sätt att trygga förverkligandet av denna gemensamma avsikt. Den ena möjligheten är att man tänker sig att avtalstypen ändras så att det som var tänkt att utgöra ett äktenskapsförord istället ses som ett föravtal om avvittning. En annan möjlighet är att man tänker sig att ett äktenskapsförord som bryter mot form- och innehållsföreskrifterna i äktenskapslagen inte medför att äktenskapsförordet är ogiltigt *inter partes*. Enligt detta tankesätt så kvarstår alltså dokumentets karaktär som äktenskapsförord, medan ogiltigheten endast uppkommer i förhållande till utomstående. Oberoende av vilken modell man väljer är slutresultatet detsamma – det ogiltiga äktenskapsförordet kan (i vissa fall) anses giltigt i förhållandet mellan makarna, men aldrig i förhållande till utomstående.

De problem som undersöktes i anslutning till de olika avtalsformerna och deras inbördes förhållande var dels att föravtal om avvittning i sin nuvarande form kan anses bryta mot förbudet i ÄL 41.2 §, dels att äktenskapsförord är för strikt reglerade i dagens läge. Dessa problem är tätt sammansnärjda med varandra. Det skulle inte vara ändamålsenligt att begränsa användningsområdet för föravtal om avvittning utan att samtidigt lindra begränsningarna av innehållet i äktenskapsförord. Det är alltså motiverat att eftersträva en gemensam lösning till dessa problem.

*Helin* har uppmärksammat problemet med att föravtal om avvittning i sin nuvarande form (som i praktiken har utvecklats utgående från ställningstaganden inom rättslitteraturen) bryter mot förbudet i ÄL 41.2 §. Han föreslår en alternativ tolkning av prejudikatet HD 1985 I 1. Prejudikatet har ansetts stöda den allmänt vedertagna tolkningen att makarna med hjälp av ett föravtal om avvittning kan avtala om *allt* som har med en potentiell kommande avvittning att göra. *Helin* ifrågasätter detta, och förespråkar istället en tolkning enligt vilken makarna skulle vara tvungna att först utesluta giftorätten helt (med hjälp av ett äktenskapsförord) för att sedan vara fria att avtala om förmögenhetsförhållandena med hjälp av ett föravtal om avvittning.<sup>315</sup>

Jag håller med om att prejudikatet har tolkats felaktigt. Jag anser ändå att *Helin*'s föreslagna lösning är onödigt invecklad. En bättre lösning skulle enligt mig vara en begränsning av de olika avtalens *tillämpningsområden* så att dessa inte går in på varandra. Jag har därför föreslagit

---

<sup>315</sup> Se *Helin*: Perheoikeuden siveellinen luonne s. 1258 och *densamma*: Perheoikeudellisista etuuksista luopuminen s. 1041–1042.

en uppdelning av föravtalen om avvittning i två undergrupper: *egentliga föravtal om avvittning* (där makarna via giftorätten eller utjämningen avtalar om det kalkylmässiga slutresultatet av avvittningen) och *övriga avtal för äktenskapsskillnads skull* (där makarna avtalar om sådant som inte inverkar på själva avvittningskalkylen). Föravtalen i den första gruppen ska i enlighet med ÄL 41.2 § upprättas i form av äktenskapsförord, medan de föravtal som hör till den andra gruppen fortsättningsvis är formfria.

Här kommer dock problemet med ÄL 41.1 § strikta utformning in i bilden. I anslutning till detta kan skönjas två olika problem. För det första leder konstruktionen med giftorätt till ett rätt så inexakt resultat, jämfört med om makarna hade möjligheten att välja att avtala direkt om avvittningens slutresultat. För det andra förhindrar stadgandet tillämpningen av flera typer av förordnanden helt och hållet. Dessutom är den rådande liberala inställningen till avtal som ingås för äktenskapsskillnads skull så allmänt vedertagen, att en plötslig ändring av tolkningslinjen skulle kränka dessa individers grundade förväntningar på ett oacceptabelt sätt<sup>316</sup>. Lagstiftningsåtgärder är alltså nödvändiga, och den bästa lösningen skulle enligt mig vara att både infoga ett stadgande om föravtal om avvittning i ÄL och omarbete den nuvarande 41 §.

I och med att man i Sverige har valt att infoga en skild paragraf om föravtal om avvittning i ÄktB, så kan man fråga sig om denna kunde fungera som förebild vid utformningen av en liknande paragraf här i Finland<sup>317</sup>. Av denna orsak har jag undersökt ÄktB 9 kap. 13 § i avsnitt 5.4. Enligt paragrafen kan makarna avtala om den kommande bodelningen eller om annat som har samband med denna inför en *omedelbart förestående äktenskapsskillnad*. Man har alltså valt att begränsa användningsområdet för föravtal om bodelning tidsmässigt. Detta innebär att det enda sättet för makarna att avtala om en rent *hypotetisk* framtida skilsmässobodelning är att upprätta ett äktenskapsförord.<sup>318</sup> Även denna lösning skulle kräva en omarbetning av ÄL 41.1 §, såvida man vill undvika en omfattande begränsning av makarnas avtalsfrihet.

---

<sup>316</sup> Detta påpekas av *Lohi*: Osituksen esisopimuksen käyttöalasta s. 912–913.

<sup>317</sup> Såsom ovan konstaterats (se avsnitt 2.1) så bygger de äktenskapsrättsliga förmögenhetssystem som tillämpas i Finland och Sverige fortfarande på samma *huvudprinciper*, vilket gör dem jämförbara. Se *Agell*: Är en nordisk familjerätt och successionsrätt realitet eller illusion? s. 1006–1007.

<sup>318</sup> Man kan fråga sig om tanken verkligen varit att utesluta *alla* typer av avtal som har att göra med en kommande bodelning. I Prop. 1986/87:1 s. 156 konstateras att "*Endast genom att i äktenskapsförord göra egendom till enskild eller göra enskild egendom till giftorättsgods kan således makar avtala på längre sikt om resultatet av en eventuellt kommande bodelning.*". Kan då sådana avtal som inte inverkar direkt på resultatet av bodelningen (jfr de avtal jag kallat för övriga avtal för äktenskapsskillnads skull) vara giltiga även om de inte upprättats i form av äktenskapsförord? Svaret torde vara nekande. I prop. 1986/87:1 nämns inga som helst undantag till regeln om att avtal som upprättas före en äktenskapsskillnad är aktuell är ogiltiga. Däremot konstateras uttryckligen (på sidan 156) att ett föravtal som upprättas inför en förestående äktenskapsskillnad kan reglera "*även andra frågor som*

Denna tidsmässiga begränsning tilltalar mig inte särskilt mycket, utan jag anser fortsättningsvis att en klar begränsning av *vad* man kan avtala om med hjälp av ett föravtal om avvittring (sådan som inte inverkar på avvittringskalkylen) skulle vara bättre, med tanke på eventuella lagstiftningsåtgärder. På detta sätt skulle tanken om att ett föravtal om avvittring kan upprättas när som helst under äktenskapet och även innan ingåendet av äktenskapet bibehållas. Denna tanke bygger på HD:s uttryckliga konstaterande i fallet HD 1985 I 1, och den kan anses vara djupt rotad i den finska rättsmedvetenheten.

## 6 SLUTORD

Makar som önskar komplettera eller förändra verkningarna av de lagstadgade äktenskapsförmögenhetsrättsliga reglerna har två olika avtalstyper till sitt förfogande – äktenskapsförord och föravtal om avvittring. I denna avhandling har jag granskat dessa avtalstyper samt förhållandet mellan dem. Jag har undersökt vilka skillnader och likheter det finns, och tagit fasta på vissa problem som hänför sig till respektive avtalstyp. Jag har även reflekterat kring behovet av att reglera föravtal om avvittring på lagstiftningsnivå.

Äktenskapsförord är i dagens läge strängt reglerade, både till form och innehåll. Formkraven är rätt så entydiga, men det råder olika åsikter kring hurudant innehåll äktenskapsförordet kan ha. Vilka typer av villkor kan anses vara tillåtna enligt ÄL, och vilka kan det inte? Högsta domstolens prejudikat har tydliggjort rättsläget till en viss del, men fortfarande kvarstår många frågor kring hurdana typer av förordnanden det är möjligt att tillämpa i ett äktenskapsförord.

Man kan även lösgöra sig från det nuvarande rättsläget (*de lega lata*) och fundera kring hur rättsläget borde utvecklas framöver (*de lege feranda*). Äktenskapslagens 41 § har innehaft sin nuvarande utformning ända sedan lagens ikraftträdande år 1930. Under denna 90 år långa tidsperiod har makarnas ställning i samhället och i förhållande till varandra förändrats på många sätt. På 1920- och 1930-talet skötte kvinnan ofta det oavlönade arbetet i hemmet medan mannen stod för inkomsterna och anskaffandet av egendomen. I dagens läge arbetar i regel båda makarna utanför hemmet. Man kan fråga sig om det äktenskapsrättsliga förmögenhetssystem som instiftades i och med ibruktandet av ÄL kan anses tidsenligt ännu idag. Är till exempel likadelningsprincipen fortfarande berättigad? Detta är en diskussion för sig. I anknytning till

---

*hänger samman med bodelningen. t. ex. hur värderingen av egendomen skall göras*". Det görs med andra ord ingen som helst skillnad mellan avtal med olika innehåll, utan endast tidsaspekten har betydelse.

äktenskapsförord kan dock påpekas att ett sätt att mildra verkningarna av det äktenskapsrättsliga förmögenhetssystemet kunde vara att revidera bestämmelserna kring äktenskapsförord, t.ex. genom att tillåta användandet nya typer av förordnanden.

I motsats till det strikt reglerade äktenskapsförordet så återfinns i ÄL inte ett enda stadgande gällande föravtal om avvitrning. Detta har – med hänvisning till principen om makars avtalsfrihet – ansetts innebära att denna avtalstyp omfattas av en total formfrihet samt av en långtgående innehållsfrihet. Makarna har i dagens läge möjlighet att i sitt inbördes förhållande uppnå precis samma rättsverkningar med hjälp av ett formfritt föravtal om avvitrning som med ett äktenskapsförord. Jag har kritiserat detta liberala synsätt på grund av att det inte går ihop med de begränsningar av avtalsfriheten som uppställts i ÄL 41.2 §. Ett klagörande av rättsläget på den här punkten skulle vara önskvärt.

Trots att jag kritiserat det nuvarande rättsläget och talat för omfattande förändringar, så anser jag att makarnas avtalsfrihet bör bevaras i så stor utsträckning som möjligt. I dagens läge väljer många par att leva i samboförhållanden och inte alls ingå äktenskap. Äktenskapet som juridisk institution erbjuder ändå större ekonomisk trygghet för såväl makarna själva som för familjen i helhet, i jämförelse med ett samboförhållande. Som exempel kan nämnas att många arvs- och skatterättsliga regler erbjuder olika former av skydd och förmåner för makar, medan sambor i värsta fall jämföras med utomstående. Ifall man ämnar leva i ett parförhållande med en person är det alltså på många sätt lönsamt att även ingå äktenskap med varandra. Av denna orsak anser jag att det skulle vara onödigt att göra äktenskapet mindre attraktivt genom att begränsa makarnas avtalsfrihet. Tvärtom borde eventuella lagstiftningsåtgärder sträva till att utöka, eller åtminstone klargöra makarnas frihet att avtala om sina äktenskapsrättsliga förmögenhetsförhållanden.