

Juridisk Publikation

STOCKHOLM - UPPSALA - LUND - GÖTEBORG - UMEÅ

Margareta Brattström och Mosa Sayed

Avtal om mahr
– referat och reflektion med anledning av
NJA 2017 s. 168 och NJA 2017 N 6

Särtryck ur häfte 1/2019

AVTAL OM MAHR

– REFERAT OCH REFLEKTION MED ANLEDNING AV NJA 2017 S. 168 OCH NJA 2017 N 6

Av Margareta Brattström och Mosa Sayed¹

I. INLEDNING

Avtal om mahr utgör en del av ett muslimskt äktenskap och brukar liknas vid en morgongåva från mannen till hustrun. Institutet morgongåva utmönstrades ur den svenska materiella äktenskapsrätten genom införandet av 1920 års giftermålsbalk.² Under det senaste decenniet har en mängd tvister om mahravtal prövats av svensk domstol.³ Utvecklingen kan bland annat förklaras av att en större andel än tidigare av den svenska befolkningen numera utgörs av personer med koppling till en muslimsk kontext. Därtill kommer att avtal om mahr varierar såväl till innehåll och innebörd som i hur de tillämpas runt om i världen.

I en artikel publicerad i JP 2013 belystes olika rättsliga aspekter av det islamska institutet mahr, så som internationellt privat- och processrättsliga (IP-rättsliga) och svenska äktenskapsrättsliga aspekter.⁴ Kopplingen mellan den islamska tros läran och omständigheten att många muslimer betraktar mahr som en del av ett religiöst äktenskap medförde att också fri- och rättighetsfrågor behandlades i artikeln. Högsta domstolen har därefter avgjort två fall angående mahr, dels det refererade målet NJA 2017 s. 168, dels notisfallet NJA 2017 N 6. Målen avgjordes samma dag, den 29 mars 2017, och förhållandena påminner om varandra. Delar av domarna har identiska skrivningar. I båda fallen kommer domstolen fram till att omständigheterna i de enskilda fallen medför att svensk rätt ska tillämpas. Det refererade fallet, NJA 2017 s. 168, innehåller också en prövning i sak; parternas avtal om mahr och det aktuella betal-

¹ Margareta Brattström är professor i civilrätt, särskilt familjerätt. Mosa Sayed är universitetslektor i rätt och värdekonflikter. Båda är verksamma vid Juridiska fakulteten, Uppsala universitet.

² Inger, Svensk rätts historia, 4:e uppl., Liber Ekonomi, s. 199. Jfr NJA II 1920 s. 228.

³ Mest kända är de två publicerade hovrättsavgörandena RH 1993:116 och RH 2005:66. Mahr har behandlats i bland annat följande opublicerade rättsfall: mål nr T 2803-10 och mål nr T 10083-04 (Svea hovrätt), mål nr T 8520-09 (Södertörns tingsrätt av den 7 februari 2011), mål nr T 2173-09 (Solna tingsrätt av den 25 oktober 2010), mål nr T 10691-06 (Göteborgs tingsrätt av den 11 november 2009), mål nr T 3391-05 (Falun tingsrätt av den 14 december 2006) samt mål nr T 3389-02 (Uppsala tingsrätt av den 24 februari 2004).

⁴ Brattström & Sayed, Behandlingen av mahr i samband med bodelning enligt svensk rätt, JP 2013 s. 207–226. Artikeln innehåller också en beskrivning av olika typer av mahravtal.

ningsåtagandet är närmast att anse som ett föravtal om en framtida partiell bodelning och är därmed inte giltigt (jfr ÄktB 9 kap. 13 § 2 st.). Notisfallet är en deldom begränsat till frågan om tillämplig lag för avtalet om mahr.

En konsekvens av att svensk rätt ska användas i det refererade fallet blir att aktuellt avtal om mahr inte kan göras gällande. Den betalningsskyldiga mannen kan därmed inte förpliktas att betala den summa som han utfäst att vid anfordran betala till den han ingått äktenskap med. Äktenskapsbalken gäller dock, och av den följer att de värden som faktiskt fanns vid ansökan om äktenskapsskillnad ska delas mellan makarna genom bodelning.

I det följande finns en redogörelse för omständigheterna och mer om ställningstagandena i Högsta domstolens avgöranden. Båda fallen behandlas i avsnitt 2. Vid en första anblick kan rättsfallen om mahr tyckas avse tämligen smala frågeställningar. De innehåller dock flera ställningstaganden av generell art. I avsnitt 3 till 5 kommenteras och diskuteras rättsfallen och de allmänna slutsatser de ger upphov till avseende IP-rätt, svensk materiell äktenskapsrätt samt fri- och rättighetsfrågor. Avslutningsvis finns i avsnitt 6 en sammanfattande kommentar.

2. NJA 2017 S. 168 OCH NJA 2017 N 6

2.1 OMSTÄNDIGHETERNA I FALLEN

NJA 2017 s. 168 och N 6 avser avtal om mahr som träffats i samband med att äktenskap ingåtts i Iran mellan iranska medborgare. I båda fallen bodde en av de blivande makarna sedan flera år tillbaka i Sverige, i första fallet var det mannen, i andra fallet kvinnan. Makarnas avsikt var att de tillsammans skulle bosätta sig i Sverige, vilket skedde så snart uppehållstillstånd beviljats för den av makarna som vid äktenskapets ingående bodde i Iran. Båda äktenskapen har upplösts genom äktenskapsskillnad enligt svensk rätt.

Avtalen om mahr ingicks som en del av det kontrakt som makarna träffade i samband med äktenskapets ingående. Utformningen av avtalen i de två fallen var tämligen lika; mannen skulle dels i anslutning till äktenskapets ingående utge en del lösöre till sin hustru såsom ett exemplar av Koranen, en spegel och ett par ljusstakar, dels efter hustruns begäran betala motsvarande omkring 1,5 miljoner svenska kronor (i det refererade fallet 690 guldmynt Bahar Azadi eller motsvarande värde i svenska kronor, i notisfallet 700 guldmynt Bahar Azadi efter aktuell guldkurs på betalningsdagen).

Det refererade fallet NJA 2017 s. 168 avser ett relativt långvarigt äktenskap; äktenskapet ingicks i april 1996 och upplöstes i augusti 2013. Hustrun kom till Sverige 1997, båda makarna förvärvade sedermera svenskt medborgarskap och de fick tillsammans två barn. Notisfallet gäller ett betydligt kortare äktenskap; äktenskapet ingicks i januari 2006 och upplöstes i januari 2008. Mannen kom till Sverige i december 2006 varefter makarna bodde ihop en kortare tid. Hustrun ansökte om äktenskapsskillnad i början av april 2007.

I båda fallen vände sig kvinnorna efter äktenskapets upplösning till svensk domstol med yrkande om att männen skulle förpliktas att utge värdet av avtalat antal guldmynt motsvarande omkring 1,5 miljoner svenska kronor. Som grund hänvisades till avtalet om mahr. I båda fallen bestred männen yrkandet. De angav, förenklat uttryckt, att tvisten skulle prövas enligt svensk rätt och att avtal om mahr därför inte kunde göras gällande. I NJA 2017 s. 168 anförde kvinnan inledningsvis (i tingsrätten) att tvisten skulle avgöras genom en tillämpning av svensk rätt i allmänhet, men med beaktande av att utfästelsen om mahr lämnats i Iran, där hon var bosatt vid avtalets ingång och enligt vars rätt avtalet var giltigt. Senare lade kvinnan till att mahravtalets giltighet skulle prövas enligt det lands lag som var tillämplig på makarnas förmögenhetsförhållanden när äktenskapet ingicks, vilket enligt henne var iransk rätt. Hon angav också att det skulle strida mot den Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (Europakonventionen) att inte ge avtalet om mahr rättslig verkan. I notisfallet, NJA 2017 N 6, invände kvinnan mot mannens inställning och anförde att avtalets giltighet skulle prövas enligt iransk rätt, något som följde av parets äktenskapskontrakt. Sistnämnda fråga kom att prövas genom mellandom.

Underrätterna avgjorde frågan om lagval på så sätt att tingsrätterna i båda fallen, Solna respektive Umeå, fann att svensk rätt var tillämplig. I det refererade fallet, NJA 2017 s. 168, hade tingsrätten också att ta ställning i sak och kom fram till att mahrutfästelsen inte kunde göras gällande enligt svensk rätt och att det inte fanns tillräckliga skäl att göra en annan bedömning med hänsyn till innehållet i iransk rätt. Svea hovrätt fastställde tingsrättens dom, medan Hovrätten för Övre Norrland kom till motsatt resultat i NJA 2017 N 6 och förklarade alltså att iransk rätt skulle tillämpas på det avtal om mahr som parterna träffat.

2.2 HÖGSTA DOMSTOLENS ALLMÄNNA MOTIVERINGAR OCH STÄLLNINGSTAGANDEN

Som redan nämnts sammanfaller delar av Högsta domstolens domar i NJA 2017 s. 168 och N 6, nämligen vad som anförs i p. 3–27. Under en rad rubriker

behandlas allmänna spörsmål; rubrikerna speglar de frågor som aktualiseras i målen.

”*Rättsinstitutet mahr*” används av domstolen som rubrik för en översiktlig beskrivning av nämnda rättsinstitut (p. 3–8).⁵ I beskrivningen anges att inom islam betraktas äktenskap som ett kontrakt mellan makar och avtal om mahr utgör i allmänhet en del av ett äktenskapskontrakt. Mahr har sitt ursprung i Koranen, de närmare föreskrifterna har dock utvecklats av rättslärdade genom olika islamska rättsskolor. I en rad islamiskt präglade samhällen är rätts-skolornas tolkningar genomförda i lagstiftning. Det innebär att många länder har bestämmelser om mahr inom ramen för sin äktenskapsrätt, men innehållet i bestämmelserna om mahr skiljer sig åt beroende på vilken rättsskola lagstiftningen grundas på. Storleken på mahr – som mannen med anledning av äktenskapet överför eller förpliktar sig att överföra till kvinnan – omfattas i princip av makars avtalsfrihet och kan bestämmas vid förhandling med beaktande av bland annat kvinnans sociala ställning. Någon kopp-ling behöver inte finnas mellan storleken på avtalad mahr och kvinnans behov av försörjning eller förhållandet mellan makarnas förmögenhet. Generellt gäller att avtal om mahr kan skilja sig åt från avtal till avtal och från rättsordning till rättsordning avseende dels tidpunkt eller omständighet när egendomen ska utges av mannen till kvinnan, dels vilket primärt syfte som avtalet ska fylla. När avtalet enbart har religiösa eller kulturella syften brukar det avse egendom av symboliskt värde. Annorlunda förhåller det sig om avtalet ska fylla betydande ekonomiska funktioner, då ofta som en följd av de skillnader som kan råda mellan kvinnor och män på grund av lagstiftning. Om en kvinna har begränsade möjligheter att förvärva egendom genom eget arbete eller arv kan mahr till exempel bidra till en förmögenhetsutjämning mellan makarna. Mahr kan också fungera som en ekonomisk säkerhet för kvinnan vid skilsmässa eller vid mannens död, något som kan vara av sär-skild betydelse då någon giftorättsgemenskap typiskt sett inte föreligger mellan makar i islamska rättsordningar och underhållsplikten efter äkten-skap är begränsad till en kort övergångsperiod. Funktionen av ekonomiskt skydd gör sig även gällande i de fall det saknas ett socialförsäkringsskydd. Ett avtal om mahr kan vidare kompensera för den skillnad som gäller i en del muslimska länder, såsom i Iran, mellan kvinnor och män avseende rätten till äktenskapsskillnad; männen har en ensidig och villkorlös rätt medan

⁵ Om institutet mahr se vidare Brattström & Sayed, a.a. s. 207 ff., Jänterä-Jareborg, Rätt och religion i ett mångkulturellt samhälle, Advokaten, 2018, nr 3 s. 42–49, Sayed, The Muslim Dower (MAHR) in Europe – With Special Reference to Sweden, European Challenges in Contemporary Family Law (red. Boeli-Woelki & Sverdrup), Intersentia, 2008 s. 187–208 och Sayed, Svensk och Islamisk familjerätt – en jämförelse, JP 2010 s. 201–234 (särskilt s. 211–220).

kvinnors rätt till skilsmässa brukar vara mycket begränsad. En hög mahr som ska betalas vid anfordran kan i sådana fall användas av kvinnan för att antingen åstadkomma äktenskapsskillnad genom att begära att mannen medverkar till sådan samtidigt som hon avstår från sin mahr, eller för att skapa ekonomisk trygghet för egen del om mannen vill utnyttja sin rätt att begära skilsmässa.

Nästa avsnitt har rubriken ”*Allmänt om domsrätt och tillämplig lag*” (p. 9–11). Högsta domstolen konstaterar där att en civilrättslig tvist med internationell anknytning ska avgöras enligt svenska internationellt privaträttsliga regler och principer. Aktuell tvistefråga behöver då kvalificeras rättsligt och hänföras till visst rättsområde, vilket som huvudprincip ska göras enligt svensk rätt. Om bedömningen avser rättsliga problem eller institut som saknar motsvarighet i svensk rätt, och därmed kan sägas vara typfrämmande, får en jämförelse ändå göras med rättsinstitut som finns i svensk rätt. Avgörande blir vilken del av den svenska rättsordningen som saken närmast hör till. Avsnittet avslutas med en erinran om att en domstol i tvister med internationell anknytning i allmänhet självmant bör uppmärksamma frågan om vilken lag som är tillämplig. Avtalsparters lagval för frågor rörande avtalet ska enligt flera svenska IP-rättsliga regler respekteras. Parterna har möjligheten att komma överens om tillämplig lag vid tiden för domstolsprövning av en dispositiv tvist. Högsta domstolen anger att en samstämmig förklaring av parterna om att svensk rätt ska tillämpas rörande ett rättsförhållande där förlikning är tillåten enligt svensk intern rätt bör godtas av domstol, såvida det finns en anknytning till Sverige. En sådan förklaring får inte utan vidare återkallas av part i högre rätt.

Av vad som redan anförts följer att en viktig fråga blir den som Högsta domstolen behandlar under rubriken ”*Närmare om kvalifikationerna av tvistefrågor som rör mahr*” (p. 12–20). Domstolen börjar med att pröva om det finns skäl att särbehandla avtal om mahr med hänvisning till att det är ett för svensk rätt så typfrämmande rättsinstitut att någon kvalifikation inte kan göras och att det lands lag där avtalet har ingåtts därför bör bli tillämplig. En sådan lösning skulle visserligen innebära att vikt tillmätts den kulturella, religiösa och rättsliga miljö som avtalet har ingåtts i, men skiljer sig från den internationellt privaträttsliga metod som brukar användas. Att inte tillämpa sedvanlig metod skulle ge ett svårbedömt rättsläge med tanke på att det inte är givet att se mahr som ett enhetligt rättsinstitut och det dessutom finns flera rättsinstitut i andra länder som är typfrämmande i förhållande till svensk rätt. Högsta domstolens slutsats är att det inte finns skäl att särbehandla avtal om mahr, de bör alltså kvalificeras på sedvanligt sätt.

Frågorna om det föreligger svensk domsrätt och om svensk eller iransk lag ska tillämpas blir beroende av vilken del av den svenska rätten som tvister om mahr närmast hör till. Kvalifikationen av tvistefrågan bör, enligt Högsta domstolen, ske med utgångspunkt i avtalets ordalydelse och dess ändamål när det ingicks. Vidare bör avtalet ses i ett helhetsperspektiv och sättas i sitt sammanhang, något som förklaras av omständigheten som konstaterats inledningsvis, nämligen att avtal om mahr kan ha olika utformning och ändamål. Avgörande för om avtal om mahr ska kvalificeras som förmögenhetsrättsligt eller familjerättsligt blir för domstolen att ett sådant avtal utgör en nödvändig del av ett islamskt äktenskapskontrakt och skulle inte ha träffats om inte parterna ingått äktenskap. Därmed kan en tvist om en betalningsförpliktelse grundat på ett avtal om mahr sällan kvalificeras som en fråga på det rent förmögenhetsrättsliga området, utan får ses som ett familjerättsligt avtal.

För makars inbördes relation finns det inom svensk IP-rätt en skiljelinje när det gäller domsrätt och tillämplig lag beroende på om frågan gäller makarnas förmögenhetsförhållanden eller äktenskapets rättsverkningar i personligt hänseende. Sistnämnda omfattar bland annat underhåll mellan makar. I förstnämnda fall gäller lagen (1990:272) om internationella frågor rörande makars och sambors förmögenhetsförhållanden (LIMF),⁶ i andra fallet EU:s underhållsförordning⁷ och 2007 års Haagprotokoll⁸. Utmärkande för vad som hör till makars förmögenhetsförhållanden respektive äktenskapets rättsverkningar i personligt avseende är tämligen klart och behandlas i såväl svenska förarbeten som i internationell praxis. EU-domstolen har till exempel angett att ”vid gränsdragningen mellan makars förmögenhetsförhållanden och underhåll beaktas särskilt ändamålet med betalningsförpliktelsen. Om den är avsedd att möjliggöra för en make att klara sig själv eller om makarnas behov av medel har beaktats vid beräkningen, avser förpliktelsen underhållsskyldighet. Då den endast är avsedd att fördela tillgångarna mellan makarna rör den däremot makarnas förmögenhetsförhållanden.”⁹ Sistnämnda tolkning använder Högsta domstolen som grund för att konstatera att sättet för hur ett omtvistat belopp

6 För äktenskap ingångna efter den 29 januari 2019 gäller istället Rådets förordning (EU) 2016/1103 av den 24 juni 2016 om genomförande av ett fördjupat samarbete på området för domstols behörighet, tillämplig lag samt erkännande och verkställighet av domar i mål om makars förmögenhetsförhållanden.

7 Rådets förordning (EG) nr 4/2009 av den 18 december 2008 om domstols behörighet, tillämplig lag, erkännande och verkställighet av domar samt samarbete i fråga om underhållsskyldighet.

8 Rådets beslut om Europeiska gemenskapens ingående av Haagprotokollet av den 23 november 2007 om tillämplig lag avseende underhållsskyldighet (med protokollet i bilaga).

9 Citat från Högsta domstolens motivering punkt 18. I domskälen hänvisas till EU-domstolens avgöranden De Cavel och Van den Boogaard mot Laumen.

bestämts kan få betydelse vid prövningen om ett bestämt åtagande att i framtiden utge mahr ska kvalificeras som engångsunderhåll eller en fördelning av makars förmögenhet. För det fall hänsyn tagits till kvinnans förväntade behov respektive mannens förväntade förmåga är det omständigheter som enligt domstolen talar för att syftet var att mahr skulle utgöra ett engångsunderhåll. Den kulturella, sociala och rättsliga miljö som avtalet har ingåtts i bör emellertid också beaktas vid bedömningen av avtalsföremålet i en tvist om mahr. Genom en sammantagen bedömning kommer Högsta domstolen fram till att avtal om mahr av aktuellt slag ”i allmänhet får anses vara avsett att ge en möjlighet att balansera makarnas rättigheter och skyldigheter genom ekonomiska medel och att avtalet därför närmast bör ses som en reglering av vissa förmögensrättsliga rättsverkningar av äktenskapet”.¹⁰

Högsta domstolens kvalificering av de aktuella avtalen om mahr får till följd att frågorna om domsrätt och tillämplig lag bestäms genom en användning av LIMF, något som behandlas i domarna under rubriken ”*Tillämplig lag enligt LIMF*” (p. 21–26). Av nämnda lags 3 § följer att makar eller blivande makar genom skriftligt avtal kan komma överens om lagval avseende sina förmögensförhållanden. Lagvalet är giltigt om det avser lagen i det land där någon av makarna hade hemvist eller var medborgare då avtalet ingicks. Lagvalet ska avse makarnas egendom i dess helhet, inte enstaka rättshandlingar. Domstolen konstaterar att makars lagval kan vara explicit eller framgå indirekt genom en tolkning av avtalet. För det fall det inte föreligger något lagvalsavtal i ett enskilt fall följer av LIMF 4 § 1 st. att lagen i den stat där makarna tog hemvist när de gifte sig ska tillämpas, något som enligt 2 st. kan ändras om båda makarna senare tar ny hemvist och bosättningen varar minst två år. Frågan om vilket land som utgör makars hemvist avgörs enligt LIMF 19 §. När nyblivna makar av praktiska skäl, såsom regler om uppehållstillstånd, omöjligt kan bosätta sig i samma land i samband med äktenskapets ingående får makarnas avsikt att etablera sig i ett visst land avgöra vilken rättsordning som ska tillämpas. Domstolen avslutar avsnittet med att konstatera att den hemvistprincip som gäller såvida parterna inte gjort något lagval ”anses möjliggöra en tillämpning av familjerättsliga regler som står i samklang med sociala värderingar och annan lagstiftning i den miljö där personen lever”.¹¹

Under nästa rubrik ”*Betydelsen av de nyblivna makarnas hemvist*” (p. 27) konkluderar Högsta domstolen att ett avtal om makars förmögensförhållanden är giltigt enligt LIMF 5 § om det följer av det lands lag som blev tillämplig när äktenskapet ingicks. Den saken avgörs alltså av var makarna hade – eller hade

¹⁰ Citat från Högsta domstolens motivering p. 20.

¹¹ Citat från Högsta domstolens motivering p. 26.

för avsikt att ta – hemvist när avtalet ingicks.

2.3 SÄRSKILT FÖR NJA 2017 S. 168

Det som följer i domarna efter vad som angetts ovan (2.2) om Högsta domstolens allmänna motiveringar och ställningstaganden skiljer sig mellan referatfallet och notisfallet. Förklaringen till det har redan framgått; i motsats till NJA 2017 N 6 gäller NJA 2017 s. 168, utöver de internationellt privaträttsliga prövningarna, även en materiell prövning av avtalets giltighet.

Under rubriken ”*Giltigheten av avtal om mahr enligt svenska familjerättsliga regler*” (p. 28–32) diskuteras konsekvenserna av om svensk rätt ska användas för såväl makarnas förmögenhetsförhållanden som mahravtalets giltighet. I sådana fall är det bestämmelserna i äktenskapsbalken som ska tillämpas. Domstolen prövar, och förkastar i tur och ordning, om aktuellt slag av mahr kan utgöra äktenskapsförord, giltig utfästelse om gåva eller giltigt föravtal om bodelning. Den konstaterar att avtal om mahr inte utgör ett äktenskapsförord eftersom det inte reglerar om den egendom som tillhör eller tillfaller en make ska utgöra hans eller hennes enskilda egendom eller giftorättsgod (se ÄktB 7 kap. 3 §). Ett äktenskapsförord kan inte avse en konkret betalningsförpliktelse och kan inte heller användas för att träffa avtal om gåva. Avtal som avser betalning i framtiden av mahr skulle kunna betraktas som en benefik rättshandling, under förutsättning att det vid avtalstillfället förelåg en gåvoavsikt. I så fall kan avtalet liknas vid en utfästelse om gåva, sådana är dock ogiltiga mellan makar enligt bestämmelsen i ÄktB 8 kap. 2 §. De skäl som motiverat nämnda regel – att skydda en make mot oöverlagda åtaganden och att skydda borgenärer mot illojala dispositioner mellan makar – gör sig enligt domstolen också gällande vid mahravtal. Även om sådana avtal träffas inför äktenskapets ingående är det ju äktenskapet som föranleder avtalet. Domstolen konstaterar vidare att ett avtal om att betala mahr efter anfordran har vissa likheter med avtal om en partiell framtida bodelning under ett äktenskap eller efter en äktenskapsskillnad. För att ett sådant föravtal ska bli giltigt förutsätts dock enligt ÄktB 9 kap. 13 § att det ingås inför en omedelbart förestående äktenskapsskillnad. I övrigt är ju avtal om kommande bodelning inte giltiga såvida det inte är fråga om ett äktenskapsförord.

Högsta domstolen påpekar under rubriken ”*Bör ett avtal om mahr underkännas om det inte är giltigt enligt svenska familjerättsliga regler?*” (p. 33–37) att en tillämpning av LIMF inte med nödvändighet behöver leda till att en rättshandling som inte är giltig enligt utpekad rättsordning, i fallet den svenska, blir ogiltig mellan makarna. Med hänvisning till förarbetsuttalanden (prop. 1989/90:87 s. 46) anges nämligen att en återhållsamhet bör gälla för

underkännande av rättshandlingar som makar med fog utgått från ska gälla. Blivande makar får typiskt sett antas förutsätta att deras avtal om mahr blir giltiga när det och äktenskapet ingåtts där islamsk rätt tillämpas. Ett underkännande av ett sådant avtal kan få stora och oförutsedda konsekvenser för makarna. Praktiskt svårhanterliga situationer kan dessutom uppkomma om avtalet ges verkningar i länder som tillämpar islamsk rätt men inte i Sverige. Trots det nämnda kommer domstolen fram till att en tillämpning av mahravtal av det i målet aktuella slaget skulle föra med sig avsevärda avsteg från den svenska familjerätten och de principer som bär upp den. Som framgått gäller nämligen en restriktivitet för makars eller blivande makars avtal om framtida förmögenhetsöverföringar. Och hemvistprincipen, som utgör grunden för LIMF, bygger på idén att personer har starkast anknytning till det land där de lever och att familje- och sociallagstiftningen i ett land koordinerats. Det skydd som kan uppnås genom mahravtal uppnås således inte genom avtal i Sverige utan genom lagstiftning. Sammantaget finner domstolen att avtalets giltighet fullt ut ska avgöras av svensk materiell rätt om lagvalet pekat ut svensk rätt.

Avslutningsvis tar domstolen ställning angående det i målet aktuella mahravtalet, under rubriken ”*HDs bedömning i detta fall*” (p. 38–44). Omständigheten att mahr skulle utges vid anfordran medför att avtalet anses avse en fråga om makars förmögenhetsförhållanden. Därmed träffas avtalet av tillämpningsområdet för LIMF. Svensk domsrätt föreligger eftersom båda parterna bor i Sverige. Frågan om vilket lands lag som ska användas för att avgöra mahravtalets giltighet ska, med anledning av parternas oenighet, avgöras av var makarna tog hemvist när de gifte sig. Enligt domstolen framgår det av utredningen att makarnas avsikt varit att de tillsammans skulle bosätta sig i Sverige. Svensk lag blir därmed tillämplig på deras avtal om mahr. Domstolen finner att avtalet närmast är att anse som ett föravtal om en framtida partiell bodelning och därmed inte giltigt. Vidare anser domstolen, i motsats till kvinnan, att en sådan ordning inte strider mot Europakonventionen. Ställningstagandet motiveras med att oenighet råder mellan parterna om huruvida avtalet överhuvudtaget var avsett att verkställas, vilket leder till att behovet av rättsligt skydd knappast kan kombineras med krav som gäller likabehandling och opartiskhet. Enligt domstolen föreligger det inte heller någon skyldighet för konventionsstaterna att med hänvisning till samhällets mångfald tillämpa olika normer för olika grupper, såsom religionstillhörighet. Dessutom anses det skydd som erhålls genom svensk äktenskapslagstiftning och det svenska socialförsäkringssystemet tillgodose motsvarande intressen som avtalet om mahr gör i Iran.

2.4 SÄRSKILT FÖR NJA 2017 N 6

NJA 2017 N 6 avser, som redan framgått, mellandom angående frågan om vilket lands lag som ska användas på parternas avtal om mahr. Under rubriken ”Högsta domstolens bedömning i detta fall” (p. 28–34) konstateras att LIMF gäller då parternas avtal om mahr kvalificeras som en fråga om makars förmögenhetsförhållanden. Därmed föreligger svensk domsrätt. Domstolen prövar därefter om makarna genom sitt äktenskapskontrakt avtalat att iransk rätt ska tillämpas på deras förmögenhetsförhållande, såsom kvinnan anser. Visserligen var parterna då iranska medborgare och kontraktet upprättat i Iran i enlighet med där gällande lag och avfattat på persiska samt innehöll referenser till registrering. Men domstolen finner att avtalet inte uppfyller kravet på tydlighet som är en förutsättning för överenskommelser om tillämplig lag. Frågan om vilket lands lag som ska användas för att avgöra mahravtalets giltighet ska därför avgöras av var makarna tog hemvist när de gifte sig. Enligt domstolen framgår det av utredningen att makarnas avsikt varit att de tillsammans skulle bosätta sig i Sverige. Svensk lag blir därmed tillämplig på deras avtal om mahr. Med tanke på att Högsta domstolen bara hade att avge en mellandom angående tillämplig lag på fordran om mahr genomfördes inte någon materiell prövning av om det kunde finnas skäl att ge det enligt svensk rätt ogiltiga mahravtalet verkan mellan makarna (jfr vad domstolen anger i NJA 2017 s. 168 under p. 33–37).

3. IP-RÄTTSLIGA ASPEKTER

3.1 MAHRAVTALET OCH GENERELLA IP-FRÅGOR

Av redogörelsen ovan av NJA 2017 s. 168 och N 6 framgår att rättsfallen har en rad internationellt privaträttsliga implikationer. Högsta domstolen synes ha tagit tillfället i akt att dels befästa eller precisera några principer, dels besvara frågor som varit oklara. Detta gäller i förhållande till såväl grundläggande internationellt privaträttsliga spörsmål som den mer specifika frågan om verkan av avtal om mahr i en svensk kontext.

Att rättsligt kvalificera en tvist är avgörande för vilka lagvalsregler som kommer att tillämpas och därigenom vilket lands lag som slutligen får avgöra tvisten. Genom de aktuella målen slår Högsta domstolen fast att kvalifikationsfrågan ska avgöras på sedvanligt sätt även när tvisten avser ett typfrämmande rättsinstitut som saknar direkt motsvarighet i svensk rätt. Tvistefrågan får i sådana fall hänföras till den del av den svenska rättsordningen som saken närmast hör till, varvid reglerna i institutets ursprungsland får beaktas liksom omständigheterna i det enskilda fallet. Några av de faktorer som Högsta domstolen fäste vikt vid när den fann att frågorna om domsrätt och

lagval skulle avgöras av bestämmelserna i LIMF var dels att det är blivande makar som ingår mahravtal (således inte ett avtal på det förmögenhetsrättsliga området), dels det sätt som storleken på det omtvistade beloppet hade bestämts vid avtalets ingående (avgörande för gränsen mellan makars förmögenhetsförhållanden och frågor om äktenskapets rättsverkningar i personligt hänseende).

Frågan om domsrätt för svenska domstolar blev relativt okomplicerad i fallen. Behörighetsreglerna i LIMF 2 § är generöst utformade. I NJA 2017 s. 168 hade båda parterna svensk hemvist, vilket räcker enligt LIMF 2 § för att grunda svensk domsrätt. Därutöver får en svensk domstol, enligt p. 5, ta upp en fråga om makars förmögenhetsförhållanden när svaranden har gått i svaromål i saken utan invändning om domstolens behörighet. Inte i något av de aktuella målen gick männen i svaromål för att bestrida domstolens behörighet, utan enbart med materiella invändningar avseende skyldigheten att utge mahr.

Huruvida de svenska lagvalsreglerna är tvingande eller dispositiva utgör en av de klassiska frågeställningarna inom den internationella privaträtten.¹² Enligt Högsta domstolen ska lagvalsfrågan bedömas *ex officio* (p. 11 i NJA 2017 s. 168). Den tolkning som domstolen verkar företräda upprätthåller det som redan mer eller mindre fastslagits i doktrinen, nämligen att lagvalsreglerna ska behandlas på samma sätt som andra svenska bestämmelser. Det betyder att i dispositiva mål ska domstolen tillämpa den adekvata rättsregeln på de omständigheter en part åberopat som grund för sin talan, även om parten inte har hänfört sig till rättsregeln ifråga.¹³ Däremot får domstolen inte självmant beakta icke-åberopade faktiska omständigheter, vilka annars i och för sig skulle kunna aktualisera tillämpningen av utländsk rätt.¹⁴ I en tvist med internationell anknytning bör alltså en domstol i allmänhet självmant uppmärksamma frågan om vilken lag som är tillämplig. Det gäller även vid mahr, som är ett dispositivt avtal där parterna har alla möjligheter att förlikas om saken. I det stora hela råder en lagvalsfrihet på området, vilket i princip innebär att parterna, med vissa begränsningar, har möjlighet att komma överens om tillämplig lag.

3.2 SÄRSKILT OM LAGVAL

Av LIMF följer att det som huvudregel råder partsautonomi. Om makar eller blivande makar skriftligen har avtalat att ett visst lands lag ska tillämpas på

¹² Bogdan, *Svensk internationell privat- och processrätt*, 8:e uppl., Norstedts Juridik, 2014 s. 37 och Jänäterä-Jareborg, *Svensk domstol och utländsk rätt*, lustus Förlag, 1997 s. 119–234.

¹³ Bogdan, a.a. s. 39.

¹⁴ Bogdan, a.a. s. 39.

deras förmögenhetsförhållanden ska avtalet enligt LIMF 3 § vara gällande, om avtalet avser lagen i ett land där någon av dem då hade hemvist eller var medborgare. De krav som uppställs på ett giltigt lagvalsavtal i LIMF är att det ska vara skriftligt. Inga andra formkrav uppställs. Huruvida en handling ska anses innefatta en överenskommelse om lagval får avgöras efter en tolkning av ordalydelsen. Enligt förarbetena kan handlingen direkt uttrycka att ett visst lands lag ska tillämpas på makarnas förhållanden.¹⁵ Men det kan också framgå mer indirekt att makarna har varit överens om ett visst lagval. I sådana fall kan, enligt förarbetena, den enda rimliga tolkningen vara att makarna har avtalat att ett visst lands lag ska tillämpas.¹⁶ En fråga som Högsta domstolen fick ta ställning till var om mahravtal kan likställas med sådana konkludenta lagvalsavtal som enligt lagförarbetena är bindande i tvister vid svensk domstol.

En komplicerande faktor i sammanhanget är omständigheten att ett giltigt lagvalsavtal förutsätter att det avser makarnas egendom i dess helhet.¹⁷ Ett avtal om mahr omfattar emellertid bara just det som makarna kommit överens om angående mahr och inte deras egendom i övrigt. Detta förhållande kan ha varit styrande för att Högsta domstolen inte likställde avtalet om mahr med ett lagvalsavtal. Enligt vår mening är det en brist att domstolen inte utvecklade något resonemang om betydelsen av det omtvistade beloppets storlek i förhållande till de samlade tillgångarna i äktenskapet. Av förarbetena framgår det nämligen att om egendom uttryckligen har undantagits från en bestämmelse om tillämplig lag i avtalet, får det genom tolkning i varje enskilt fall avgöras om avtalet är giltigt.¹⁸ Om undantaget gäller endast en mindre del av makarnas egendom förefaller det, enligt propositionsuttalandet, rimligt att avtalet tillämpas fullt ut. Om tvisteföremålet således utgör ett värde som vida överskrider makarnas övriga egendom, skulle mahravtalet ha kunnat likställas med ett avtal som avser makarnas egendom i sin helhet. Möjligen förutsätter en sådan proportionering att det finns tillgångar i form av såväl det omtvistade beloppet som annan egendom. Hur det förhöll sig med den saken i de aktuella målen framgår inte. I praktiken förekommer det att beloppet som avtalas i mahr bestämts utan beaktande av faktisk betalningsförmåga. Med hänsyn till rättsläget och den betydelse frågan har både generellt och för den specifika frågan om mahravtal hade det enligt vår mening varit önskvärt att domstolen givit sin syn på dessa viktiga gränsdragningsproblem.

15 Prop. 1989/90:87 s. 41.

16 A. prop. s. 41.

17 A. prop. s. 42.

18 A. prop. s. 42.

Högsta domstolen gör däremot klart att avtal om mahr av det slag som är aktuellt i förevarande mål är sådana rättshandlingar avseende makarnas förmögenhetsförhållanden som regleras i LIMF 5 §. Bestämmelsens tillämpning är avhängig en gemensam hemvist för makarna när de gifte sig. Av regleringen följer en form av oföränderlighetsprincip för vilken lag som kommer att tillämpas på ett avtal om mahr. Om makarna hade hemvist i Sverige när de gifte sig kommer avtalets verkan att avgöras enligt svensk rätt. Om makarna däremot hade hemvist i Iran när de gifte sig ska avtalets giltighet bedömas enligt iransk lag även om makarna flyttar till Sverige och lever här under lång tid, och svensk lag blir tillämplig på makarnas förmögenhetsförhållanden i övrigt. En konsekvens av 5 § och den tolkning som följer av fallen blir att en mängd avtal om mahr bland makar som lever i Sverige kommer att underkastas ursprungslandets lag även efter långvarig vistelse och hemvist i Sverige.

3.3 SÄRSKILT OM BESTÄMMANDE AV HEMVIST

Att Högsta domstolen inte likställde avtalet om mahr med ett enligt LIMF giltigt lagvalsavtal fick till följd att lagvalet kom att bestämmas med ledning av objektiva kriterier i LIMF 4 §. Vid avsaknad av lagvalsavtal gäller, enligt bestämmelsen, lagen i det land där makarna tog hemvist när de gifte sig. Om båda makarna senare har tagit hemvist i en annan stat och varit bosatta där i minst två år, tillämpas i stället den statens lag (LIMF 4 § 2 st.). Den objektiva lagvalsregeln i LIMF 4 § förutsätter för sin tillämpning att makarna tog gemensam hemvist när de gifte sig. Genom NJA 2017 s. 168 och N 6 introducerar Högsta domstolen en delvis ny tolkning av det svenska hemvistbegreppet, som i stor utsträckning beaktar makarnas avsikt att i framtiden ta gemensamt hemvist i ett land.

I LIMF 19 § finns en hemvistdefinition som anger att den som är bosatt i en viss stat anses ha hemvist där, om bosättningen med hänsyn till vistelsens varaktighet och omständigheterna i övrigt får anses vara stadigvarande. Bestämmelsen är en legaldefinition av hemvist som i princip gäller på samma sätt inom en rad internationellt familjerättsliga områden.¹⁹ Vid exempelvis flytt och bosättning i ett nytt land ska hemvistet fastställas med ledning av två rekvisit.²⁰ För det första förutsätter ett byte av hemvist att personen ska ha bosatt sig i ett nytt land. Det är ett objektiva rekvisit som, enligt förarbetena till LIMF, förutsätter att personen flyttar från ett land till ett annat. Det räcker

¹⁹ En likalydande hemvistdefinition finns i lag (1904:26 s. 1) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap och förmynderskap (IÄL) 7 kap. 2 §.

²⁰ Prop. 1989/90:87 s. 59.

enligt propositionen inte att personen har för avsikt att flytta och kanske har vidtagit vissa förberedande åtgärder inför flytten.²¹ För det andra krävs att bosättningen är stadigvarande. Det är ett subjektivt rekvisit som innebär att personen ska ha för avsikt att stanna kvar i det nya landet. De objektiva och subjektiva rekvisiten i hemvistdefinitionen är kumulativa.

Om makar inte har hemvist i samma land när de gifter sig har det ansetts att tillämplig rättsordning får fastställas med hänsyn till vilken stat makarna har starkast anknytning.²² Lagen tillhandahåller nämligen inte en lagvalsregel för de fall äktenskap ingås mellan makar som har hemvist i olika länder.²³ Den friare prövningen av starkast anknytning, som emellanåt benämns som den individualiserande metoden går ut på att domstolen sammanväger samtliga omständigheter i fallet för att därigenom avgöra till vilket land tvisten har starkast anknytning (medborgarskapet kan enligt förarbetena till LIMF bli utslagsgivande).²⁴

RH 2005:66 är ett exempel på fall där lagvalet i en tvist om mahr fastställdes genom den individualiserande metoden. Fallet rörde ett avtal om mahr som hade tillkommit i samband med ett äktenskap som ingåtts i Iran mellan en man bosatt i Sverige och en kvinna bosatt i Iran. Tre dagar efter kvinnans ankomst till Sverige förklarade mannen att han inte längre ville vara gift med henne. Eftersom parterna inte hade gemensamt hemvist när de gifte sig kunde LIMF 4 § inte tillämpas i hovrättsfallet. Att kvinnan i princip bara hade anknytning till Iran medan mannen hade anknytning till både Iran och Sverige lyftes fram särskilt. Genom en sammanvägd bedömning av omständigheterna kom domstolarna fram till att tvisten hade starkast anknytning till Iran och följaktligen blev iransk lag tillämplig.

I båda de två fall som är föremål för denna artikel ansågs parterna ha hemvist i Sverige när de gifte sig trots att de var bosatta i skilda länder vid den tidpunkten. Även om båda äktenskapen ingicks i Iran där den andra maken hade sitt hemvist var makarnas avsikt att de tillsammans skulle bosätta sig i Sverige, vilket också skedde så snart uppehållstillstånd beviljats för den av makarna som bodde i Iran. Det är främst i notisfallet som Högsta domstolens nyintroducerade tolkning av det svenska hemvistbegreppet synes ge ett resultat som ligger mindre väl i linje med intentionerna bakom lagen.

Domstolen motiverar sin tolkning med en hänvisning till en passage i förarbetena till 4 § LIMF där det sägs att det vid bedömningen av hemvistet

21 A. prop. s. 59.

22 A. prop. s. 43 f.

23 A. prop. s. 43.

24 Se exempelvis RH 2008:35 som gällde förmögenhetsrättslig lag.

inte går att begränsa sig till att beakta förhållandena vid dagen för vigseln. ”Makarnas avsikt att etablera sig i ett visst land kanske inte realiserar förrän någon tid därefter och det blir då lagen i det landet som ska tillämpas”, sägs det i förarbetena.²⁵ Samtidigt synes förarbetena förutsätta att den gemensamma avsikten senare realiserar. Det tolkar vi som en konsekvens av de ändamål som ligger bakom hemvistprincipen vid lagval i internationella familjerättstvister. Enligt förarbetena till LIMF, till vilka det refereras i målen, har en människas personliga förhållanden ofta en starkare anknytning till det land i vilket han eller hon lever än till medborgarskapslandet. Familjelagstiftningen i ett visst land är en spegling av de sociala mönster och värderingar som råder i landet. Den an knyter på skilda punkter till den i landet gällande sociala lagstiftningen och till annan näraliggande lagstiftning. Hemvistprincipen möjliggör en tillämpning av familjerättsliga regler som står i samklang med sociala värderingar och annan lagstiftning i den miljö där personen lever.²⁶ Det rör sig här således om en slags anpassningsideologi som innebär att makar i princip anpassar sig till reglerna i det land där de permanent lever och att tillämpningen av ifrågasatt lag därmed medför rättvisa i det individuella fallet. För många människor stämmer denna presumtion och det kan tyckas rimligt att lägga parternas avsikt att gemensamt flytta till ett land till grund för lagvalet, om de senare realiserar denna avsikt. Senareläggningen av det objektiva rekvisitet i hemvistdefinitionen, det vill säga bosättningen i det land dit man planerar att flytta, förefaller ligga i linje med intentionen att anknytningens styrka till ett visst land avgör lagvalsfrågan.

I det refererade fallet tog makarna så fort möjligheten gavs gemensam hemvist i Sverige och levde sedermera i landet i 16 år innan de skilde sig. Därför kan de anses uppfylla kraven i LIMF 4 § avseende svensk hemvist. Förutsägbarhet och systemkoherens är argument som kan anföras för att omständigheterna i notisfallet kan leda till motsvarande bedömning av vilket land som ska anses utgöra makarnas gemensamma hemvist. Enligt vår mening kan dock invändningar riktas mot resultatet. I notisfallet varade äktenskapet i två år och den faktiska samlevnaden blev så kort som fyra månader. Om det ens kan räknas som svensk hemvist för den av makarna som vid äktenskapets ingående bodde i Iran får anknytningen mellan svensk lag och parternas äktenskap (inklusive avtalet om mahr) under sådana förhållanden anses som svagt. Det går knappast att motivera tillämpningen av svensk lag med hänvisning till att lagen står i samklang med de sociala värderingar som präglar parternas äktenskapsvillkor. Att makarna inte uppfyllde kravet på gemensam hemvist enligt hittills rådande uppfattning innan äktenskapet hann upplösas genom

25 Prop. 1989/90:87 s. 44.

26 A. prop. s. 16 f.

en skilsmässa talar för att domstolen skulle ha kunnat tillämpa lagen i den stat till vilken makarna hade starkast anknytning. Den starkaste anknytningen ska i sådana fall avgöras med hänsyn till samtliga omständigheter i det enskilda fallet.²⁷ Då skulle makarna efter en sammanvägd bedömning kunna anses ha hemvist i Iran istället för i Sverige. I så fall skulle avtalet kunna betraktas som en rättshandling mellan makar som är giltig enligt LIMF 5 § eftersom avtalet om mahr stämmer överens med den lag som är tillämplig på makarnas förmögenhetsförhållanden när den företas, det vill säga iransk lag.

De av oss här angivna argumenten som skulle kunna tala för olika materiella utgångar i de två fallen. Möjligen hade Högsta domstolen uppmärksammat den saken för det fall den haft i uppgift att pröva notisfallet i hela dess vidd. Genom att notisfallet var begränsat till mellandom angående frågan om vilken lag som skulle tillämpas på tvisten om mahr genomfördes inte någon motsvarande prövning som i NJA 2017 s. 168, angående eventuella skäl för att ge det enligt svensk rätt ogiltiga mahravtalet verkan mellan makarna (jfr under p. 33–37 i NJA 2017 s. 168). Vi återkommer till den frågan i avsnitt 5.

4. ASPEKTER I RELATION TILL SVENSK ÄKTENSKAPSRÄTT

4.1 MAHRAVTALET OCH ANDRA AVTAL MELLAN MAKAR

När det gäller prövning av om den typ av mahravtal som målen NJA 2017 s. 168 och N 6 avser är giltiga enligt svensk familjerätt medför Högsta domstolens ställningstaganden inte några överraskningar. Det föreligger, som vi konstaterat i vår artikel från 2013, starka begränsningar för makar att med giltig verkan avtala om framtida transaktioner dem emellan.²⁸ Begränsningen följer av bestämmelserna i ÄktB 9 kap. 13 § (angående makars möjligheter att ingå avtal om framtida bodelning), 7 kap. 3 § (vad som kan bestämmas genom äktenskapsförord) samt 8 kap. 2 § (om den obefintliga möjligheten att med giltig verkan utfästa gåva mellan makar under äktenskapet). Resultatet blir att avtal i samband med ett äktenskaps ingående om att mannen ska betala mahr till kvinnan efter anfordran inte är giltiga enligt svensk rätt. Vid upplösning av äktenskapet genomförs en sedvanlig bodelning (inkl. eventuella guld tillgångar eller i förekommande fall motsvarande värde) där nettovärdet av befintliga giftorättstillgångar delas lika mellan makarna, ÄktB 11 kap. 2 och 3 §§. Värt att nämna i sammanhanget är att bodelningsreglerna är dispositiva; under förutsättning att parterna är överens vid bodelningstillfället kan de fördela tillgångar mellan sig helt oberoende av vad en tillämpning av bodelnings-

27 A. prop. s. 43 f. och SOU 1987:18 s. 262 f.

28 Brattström & Sayed, a.a. s. 216 ff.

reglerna skulle ge för resultat.²⁹ Det finns alltså inget hinder mot att parterna i samband med genomförandet av en bodelning låter kulturella värderingar eller andra sedvänjor påverka resultatet.

Flera av domstolens ställningstaganden som anges i såväl NJA 2017 s. 168 som N 6 har bäring även för avtal mellan makar som inte rör mahr. Vad som kan, respektive inte kan, regleras genom äktenskapsförord borde vara allmänt känt. Lagtexten är tydlig och inom doktrinen råder det i stort sett enighet.³⁰ I praktiken verkar det dock finnas betydande missuppfattningar om vad som gäller. Till exempel visar flera undersökningar av registrerade äktenskapsförord att avtalsinnehållets giltighet i många fall kan ifrågasättas.³¹ Möjligen kan Högsta domstolens uttalande i ett fall från 1993, nämligen att ”[d]et ankommer inte på domstolarna [numera Skatteverket] att [vid registrering] pröva vilken verkan ett äktenskapsförord har; endast de formella förutsättningarna ska prövas”,³² ha föranlett en ökning av antalet registrerade avtal som inte uppfyller kraven för äktenskapsförord. På sikt kan en sådan ordning påverka genomslaget av reglernas syfte. Man får anta att makar i allmänhet utgår från att ett registrerat äktenskapsförord är giltigt mellan dem, vilket medför en påtaglig risk för att även avtal som inte uppfyller kriterierna för att vara ett äktenskapsförord avgör utfallet av en framtida bodelning.³³ Genom Högsta domstolens poängterande i de två fallen från 2017 finns förutsättningar för att en sådan utveckling stävjas; äktenskapsförord kan bara användas av makar för att klassificera egendom som tillhör eller tillfaller en make som enskild egendom eller giftorätts gods. Varken betalningsförpliktelse eller avtal om gåva mellan makar kan regleras genom äktenskapsförord.³⁴ Konstatandet i notisfallet, att det ställs krav på

29 För det fall makar genom sin överenskommelse åsidosätter borgenärens rätt kan sistnämnda angripa bodelningen, se ÄktB 13 kap. 1 § och konkurslagen (1987:672) 4 kap. 7 §.

30 Se bl.a. Teleman, Äktenskapsförord, 3:e uppl., Norstedts Juridik s. 31 ff., Tottie & Teleman, Äktenskapsbalken, 2:a uppl., Norstedts Juridik s. 159 ff. samt Agell & Brattström, Äktenskap Samboende Partnerskap, 6:e uppl.,ustus Förlag s. 101 ff.

31 Bland registrerade äktenskapsförord kan giltigheten ifrågasättas avseende materiellt innehåll i uppemot 35 %. Se vidare Walleng, Äktenskapsförord – empirisk studie och analys av ogiltiga villkor, Juridiska fakulteten, Uppsala universitet 2006 (stencil) och Karlsson, Äktenskapsförord – en falsk trygghet? Juridiska fakulteten, Uppsala universitet 2013 (stencil).

32 NJA 1997 s. 37.

33 Jfr Brattström & Singer, Registrerade äktenskapsförord – falsk trygghet? Publicerad på Dagens Juridik, den 2 september 2008 (se <http://www.dagensjuridik.se/2008/09/expertanalys-registrerade-aktenskapsforord-falsk-trygghet>).

34 Jfr dock ÄktB 11 kap. 2 § 2 st. som innebär att vissa skulder som är hänförliga till ägarens enskilda egendom i första hand ska avräknas mot just sådan egendom. Beträffande gåva mellan makar regleras kraven för att den ska bli giltig mellan dem och i förhållande till givarens borgenärer i ÄktB 8 kap. 1 § samt 16 kap. 1 giftermålsbalken, som upphörde genom införandet av ÄktB 1988, användes äktenskapsförord för såväl gåva mellan makar som förordnande om en-

tydlighet för att avtal mellan makar ska kunna göras gällande, är också viktigt. Sistnämnda bör nämligen ha samma bäring på äktenskapsförord som på lagvalsavtal, vilket beträffande äktenskapsförord följer av vad som brukar gå under benämningen typtvång.³⁵ En vanlig brist bland registrerade äktenskapsförord är att de är allt för allmänt hållna. Det är till exempel inte ovanligt att egendomslag, så som aktier eller bankmedel, anges som en makes enskilda egendom utan att det framgår att maken äger aktuell tillgång vid tidpunkten för avtalet eller att villkoret enbart gäller tillgångar som kommer att tillfalla en make genom arv eller gåva.³⁶ Ett accepterande av sådana otydliga avtal skulle i praktiken göra det möjligt för en make att ensam avgöra sina tillgångars karaktär av giftorättsgoods eller enskild egendom genom dess placering, och därmed själv avgöra giftorättens omfattning.

Begränsningarna av vad som kan avtalas genom äktenskapsförord påverkar makars möjligheter att på andra sätt reglera en kommande bodelning. Sådana avtal är ju utan verkan, enligt bestämmelsen i ÄktB 9 kap. 13 §, såvida de inte utgör ett äktenskapsförord eller ingås i anslutning till en omedelbart förestående äktenskapsskillnad och därför utgör ett föravtal. Bestämmelsen träffar inte bara betalningsförpliktelser eller avtal om gåva mellan makar, såsom mahr, utan också exempelvis makars överenskommelser om värderingsprinciper för bodelning eller vem som ska få eller få behålla viss egendom vid eventuell skilsmässa.

Också Högsta domstolens konstaterande angående giltigheten av utfästelse om gåva mellan personer som sedermera gift sig är av allmänt intresse. Såvida utfästelsen har föranletts av äktenskapet gör alltså de skäl som motiverat ogiltighetsbestämmelsen i ÄktB 8 kap. 2 § sig gällande. Konsekvensen blir att utfästelsen i sådana fall inte är rättsligt bindande även om den uppfyller kraven som följer av gåvolagen. Det får förutsättas vara relativt enkelt att avgöra om en utfästelse i ett enskilt fall har föranletts av ett äktenskap eller inte. Möjligen kan svårigheter uppkomma om parterna är sambor när utfästelsen ställs. I många fall har sambor nämligen för avsikt att gifta sig.³⁷ Men för att en utfästelse mellan sambor ska träffas av bestämmelsen i ÄktB 8 kap. 2 § bör, enligt vår mening, ett konkret samband mellan utfästelsen och det förestående eller sedermera genomförda äktenskapet föreligga.

skild egendom respektive giftorättsgoods. Se vidare bl.a. Agell & Brattström a.a. s. 149.

35 Jfr Teleman, a.a. s. 36 ff. och Agell & Brattström, a.a. s. 101 ff.

36 Walleng a.a. och Karlsson a.a. Se ovan not 31.

37 Walleng, Att leva som sambo, lustus Förlag, 2015 s. 106.

Huruvida mahravtalet i NJA 2017 s. 168 uppfyller kriterierna för att utgöra en gåvoutfästelse prövades inte särskilt av Högsta domstolen; avtalet ansågs utgöra ett avtal om framtida bodelning. Enligt vår mening kan det ifrågasättas om avtal av föreliggande slag kan räknas som en utfästelse av gåva. Grundkravet för att en handling ska klassas som benefik är, som Högsta domstolen nämner i målet, att det ska vara fråga om en frivillig förmögensöverföring från givaren förorsakad av en gåvoavsikt. När det gäller utfästelse blir den tänkta gåvogivarens avsikt avgörande. För att en handling ska kunna klassas som benefik krävs alltså att den utåt sett framstår som en akt av givmildhet.³⁸ Det gäller knappast för utfästelse att utge mahr när ett krav på sådan följer av lag eller mycket starka äktenskaps seder, såsom i Iran.³⁹

4.2 AVTAL OM FRAMTIDA UNDERHÅLL OCH NÄRLIGGANDE FRÅGOR

Den familjerättsliga kvalificeringen av den i målen aktuella typen av mahr blev, som redan framgått, styrande för att svensk domsrätt ansågs föreligga och att avtalets giltighet skulle prövas med tillämpning av svensk rätt istället för iransk rätt. Avtalet ansågs gälla rättsverkningar av äktenskapet avseende makarnas förmögensförhållanden, inte dess personliga hänseenden. Underhåll mellan makar gäller äktenskapets rättsverkningar i personligt hänseende. Högsta domstolen anger kriterier som kan användas för att avgöra om ett avtal reglerar makars förmögensförhållanden eller underhåll mellan makar. Domen innehåller dock inte något tydligt ställningstagande när det gäller vilka möjligheter makar har enligt svensk rätt att ingå avtal om framtida underhåll.

Bestämmelser om underhåll mellan makar finns i ÄktB 6 kap. De är tvingande. I korthet gäller att makar har en ömsesidig plikt att, var och en efter sin förmåga, bidra till det underhåll som behövs.⁴⁰ Makar ska leva på samma standard. Efter äktenskapsskillnad upphör i princip underhållsplikten; frångilda makar betraktas som ekonomiskt oberoende av varandra. Den gemenskap och ekonomiska sammanflätning som brukar bli följden av ett äktenskap motiverar likadelning av makarnas giftorättstillgångar vid äktenskapets upplösning men inte vidare underhållsskyldighet. Delningen av giftorättstillgångarna utgör ofta ett viktigt skydd för svagare part.⁴¹ Gällande ordning angående underhåll

38 Jfr Bengtsson, Om gåvobegreppet, SvJT 1962 s. 694 och Hellner, Hager & Persson, Speciell avtalsrätt II, 6:e uppl., Norstedts Juridik, 2015 s. 278.

39 Jfr diskussionen i prop. 2013/14:208 s. 55, angående införande av straffansvar enligt BrB 4 kap. 4 c § för tvång som används för att åstadkomma äktenskap eller äktenskapsliknande förbindelse.

40 Se vidare Agell & Brattström, a.a. s. 57 ff.

41 ÄktB 9–11 kap. Se även prop. 1986/87:I s. 44.

har utformats för att bidra till att makar inrättar sig på ett sätt som främjar självständighet och jämställdhet.⁴²

Undantagsvis kan underhållsbidrag utgå efter en äktenskapsskillnad, i så fall främst under en övergångsperiod. Endast om synnerliga skäl föreligger kan underhåll utgå under längre tid. För att underhåll ska komma ifråga ska en make vara i behov av underhåll för sin försörjning och behovet ska vara orsakat av äktenskapet genom att det begränsat en makes möjligheter att försörja sig på egen hand. En makes behov av pensionsskydd ska särskilt beaktas när behovet av underhåll utreds. För det fall underhåll ska utgå avgörs storleken efter vad som är skäligt i relation till förmågan hos den andra maken och övriga omständigheter. Reglerna innebär att en behövande make kan få sitt behov av ekonomiskt bottenkydd tillgodosett genom underhåll efter äktenskapsskillnad, men inte mer än så. Det är alltså inte fråga om att utjämna parternas standard.

I samband med en äktenskapsskillnad kan makar komma överens om underhåll. Frågan kan också avgöras av domstol. Däremot kan makarna inte under äktenskapet genom avtal befria varandra, eller en av dem, från en eventuell kommande bidragsplikt.⁴³ Ordningen kan förklaras med att underhåll ska tillgodose en behövande makes behov av underhåll, något som inte kan bestämmas innan en äktenskapsskillnad blivit ett faktum. Men vilka möjligheter har makar att redan under äktenskapet avtala att den ena ska betala visst bestämt underhåll till den andra för det fall äktenskapet avslutas genom skilsmässa?⁴⁴

Av rättsfallen från 2017 följer att en första förutsättning för att ett avtal om framtida underhåll ska vara giltigt är att det inte klassas som föravtal om framtida bodelning, såsom de i fallen aktuella mahravtalen, eftersom sådana avtal är utan verkan enligt ÄktB 9 kap. 13 §. De riktlinjer som ges i målen för att ett avtal istället ska räknas som ett underhållsavtal är att utfäst belopp ska vara relaterat till ena partens behov och den andras förmåga att betala. Och om avtalat belopp ska utbetalas en gång, närmare bestämt i händelse av äktenskapsskillnad, kan det möjligen ses som ett avtal om engångsunderhåll

42 Jfr prop. 1978/79:12 s. 139.

43 NJA 1950 s. 513. Se även RH 2000:42.

44 Att svaret inte är givet följer bland annat av att Högsta domstolen i början av 2000-talet beviljade prövningstillstånd för ett mål där en man åtagit sig att betala ett mycket högt underhållsbidrag till hustrun för det fall äktenskapet upplöstes. Efter skilsmässa ansåg mannen att avtalet var utan verkan. Hustrun var av annan åsikt. Inför förhandlingen i Högsta domstolen träffade parterna en förlikning, varefter målet återkallades från vidare prövning.

när syftet är att beloppet ska fungera som ett bidrag till den svagare partens försörjning. Oavsett om betalning av avtalat belopp ska ske löpande eller en gång föreligger dock, enligt vår mening, en påtaglig risk för att avtal om ett högre underhållsbidrag än vad som skulle bli följden av en tillämpning av ÄktB 6 kap. 7 § jämföras med en utfästelse om gåva. Som redan framgått är utfästelse från en make att under äktenskap ge den andra maken en gåva utan verkan, vilket följer av ÄktB 8 kap. 2 §. I NJA 2017 s. 168 och N 6 konstaterar Högsta domstolen att de skäl som motiverat ogiltighetsbestämmelsen – att skydda en make mot oöverlagda åtaganden och att skydda borgenärer mot illojala dispositioner mellan makar – också gör sig gällande för utfästelse som lämnats innan parterna ingick äktenskap såvida utfästelsen varit föranledd av äktenskapet. För att systemet ska vara koherent bör motsvarande resonemang ha bäring även på utfästelse som är avsedd att fullföljas i händelse av äktenskapsskillnad.⁴⁵ Slutsatsen blir att makar enligt svensk rätt inte verkar kunna ingå rättsligt giltiga avtal under äktenskapet angående ett högre underhåll efter eventuell äktenskapsskillnad än vad som motsvarar den ena makens behov och den andra makens förmåga, beräknad enligt bestämmelsen i ÄktB 6 kap. 7 §.

En konsekvens av vår tolkning av gällande rätt blir att makar är begränsade till att genom avtal precisera hur förutsättningarna för den lagreglerade skyldigheten att i vissa fall utge underhåll efter en upplösning av äktenskapet ska bestämmas. Ett exempel skulle kunna vara att makarna genom avtal definierar hur en makes eventuella behov av underhåll för att skaffa sig nödvändigt pensionsskydd ska beräknas i samband med en äktenskapsskillnad. Vikten av att manifesteras en för makarna gemensam syn på den saken följer av att det är vanligt att pensionsskydd skiljer sig åt mellan makar och att det kan ha sin grund i hur de fördelat ansvaret för familj och försörjning under äktenskapet samtidigt som det inte finns någon etablerad rättspraxis för hur omständigheter av detta slag ska påverka underhållsfrågan.⁴⁶

Den osäkerhet som gäller för var gränsen går mellan vad som kan komma att räknas som ett giltigt avtal om framtida underhåll respektive ogiltigt avtal om framtida bodelning eller utfästelse om gåva som inte kan göras gällande bör föranleda makar som vill tillförsäkra en svagare part ett relevant skydd efter äktenskaps upplösning att överväga alternativa lösningar. Ett sätt kan vara att redan under äktenskapet tillse att vardera make blir ägare till egendom, eventuellt som enskild egendom.

⁴⁵ Se även Agell & Brattström, a.a. s. 56 samt Tottie & Teleman a.a. s. 106 f.

⁴⁶ Jfr Ds 2016:19 Jämställda pensioner s. 121 ff. angående deltidsarbets betydelse för storleken på en persons pension.

5. FRI- OCH RÄTTIGHETSASPEKTER

Av praxis från Europadomstolen följer att nationella domstolar ska genomföra en individuell prövning av om fri- och rättighetsaspekter föranleder att till exempel minoritetsnormer beaktas.⁴⁷ Bedömningen ska innefatta skälighetsavvägningar mellan olika intressen – såsom kulturella, religiösa, ekonomiska och personliga – och om dessa bör påverka utgången i det enskilda fallet.

I NJA 2017 s. 168 genomför Högsta domstolen en prövning av omständigheterna i förhållande till fri- och rättigheter. Att avtalet om mahr inte kan göras gällande enligt svensk rätt anses inte vara oförenligt med Europakonventionen. Högsta domstolen motiverar detta med hänvisning till tre argument. För det första anser domstolen att Europakonventionen inte bör tolkas så att den innebär en skyldighet för konventionsstaterna att, med hänvisning till samhällets mångfald, tillämpa olika normer för olika grupper baserat på exempelvis religionstillhörighet (härvid gör domstolen en hänvisning till det välkända fallet *Refah Partisi m.fl. mot Turkiet*⁴⁸). För det andra anför domstolen att kvinnan i målet omfattas av det skydd som svenska regler om äktenskapet och dess upplösning innebär och det skydd som det svenska socialförsäkringssystemet ger. För det tredje anser Högsta domstolen att det är tveksamt om erkännandet av mahr med hänvisning till fri- och rättigheter skulle låta sig förenas med kravet på likabehandling och opartiskhet när det i en domstolstvist mellan enskilda råder olika uppfattning om huruvida avtalet överhuvudtaget var avsett att kunna göras gällande.

I det stora hela anser vi att domstolen avfärdar Europakonventionen alltför lättvindigt. Det sammanhänger med det faktum att frågor av detta slag alltid har att bedömas mot bakgrund av omständigheterna i det enskilda fallet och det behov av skydd som kan föreligga för individer i en given situation.⁴⁹ En

47 Se fallet *Munoz Diaz mot Spanien* (nr 49151/07), dom avkunnad den 8 december 2009. Ett annat viktigt fall från Europadomstolen av relevans för tillämpningen av minoritetsnormer är *Chapman mot Storbritannien* (nr 27238/95), dom avkunnad den 18 januari 2001.

48 *Refah Partisi (Välfärdspartiet) m.fl. mot Turkiet* mål nr 41340/98, 41342/98, 41343/98 och 41344/98, dom avkunnad den 13 februari 2003.

49 Europadomstolen formulerar detta genom att säga följande i det tidigare nämnda målet *Munoz Diaz mot Spanien*: "The Court observes in this connection that there is an emerging international consensus among the Contracting States of the Council of Europe recognizing the special needs of minorities and an obligation to protect their security, identity and life-style". Domstolen fortsätter: "The Court takes the view that, while the fact of belonging to a minority does not create an exemption from complying with marriage laws, it may have an effect on the manner in which those laws are applied". Europadomstolen säger vidare, i förhållande till den romska gruppen som rättsfallet avser, att "the vulnerable position of Roma means

hänvisning till Refah Partisi-målet förefaller vara ovidkommande för vårt fall, som rör tillämpningen av svenska internationellt privaträttsliga regler. Refah Partisi-målet avsåg en situation som utspelade sig i en annan kontext, nämligen förbudet av ett parti som hade införandet av sharia på sin agenda i ett land som Turkiet med dess säregna förhållande till sekularism och religion.⁵⁰ Hänvisningen till kravet på likabehandling och opartiskhet kan också tyckas märklig att anföra som skäl för att avfärda Europadomstolen. Det får anses ligga i sakens natur att parter i en tvist är oeniga om en rad sakomständigheter. Vi delar däremot domstolens uppfattning att kvinnan kommer att omfattas av det ekonomiska skydd som följer av svenska äktenskapsregler och det skydd som socialförsäkringssystemet ger, vilket minskar eller till och med eliminerar behovet av utfäst mahr som skulle ha förelegat vid tillämpning av lagen i Iran.

Ekonomiska konsekvenser av ett äktenskap är emellertid inte den enda aspekten som en tvist om mahr kan aktualisera i relation till en prövning enligt Europakonventionen. Rättsfallen innehåller också religiösa och kulturella dimensioner med långtgående transnationella konsekvenser. En sådan aspekt rör kvinnans möjligheter att bli skild i Iran där äktenskapet har ingåtts, och där hon kan ha intressen att bevaka. Frågor av detta slag skulle enligt vår mening med fördel ha kunnat adresseras av Högsta domstolen som mänskliga fri- och rättigheter enligt Europakonventionen. I båda de kommenterade fallen framhåller Högsta domstolen visserligen de funktioner som mahr fyller i Iran men någon egentlig prövning genomförs inte.

Kopplingen mellan anspråket om mahr och kvinnans rätt till skilsmässa är särskilt tydliga i notisfallet. Hennes talan om mahr verkar ha väckts för att förmå mannen att medverka till en ”religiös skilsmässa” vid en svensk moské som sedermera kunde erkännas av myndigheterna i Iran.⁵¹ Iranska myndigheter erkänner nämligen inte skilsmässor från svenska domstolar om parterna inte också kan uppvisa en informell religiös skilsmässa från vissa i Sverige av Iran auktoriserade imamer/moskéer. Frånvaron av en sådan religiös skilsmässa riskerar att ge upphov till ett så kallat haltande äktenskap (upplöst i Sverige men inte i Iran). Det kan få en rad allvarliga konsekvenser inte minst för kvinnor.⁵² I de

that some special consideration should be given to their needs and their different lifestyle both in the relevant regulatory framework and in reaching decisions in particular cases (see *Buckley v. the United Kingdom*)”.

50 Jänterä-Jareborg (Advokaten) 2018 s. 49.

51 Anspråket om mahr och dess koppling till kvinnans vilja att upplösa äktenskapet framgår i Umeå tingsrätts dom av den 24 mars 2011 (mål nr T 488-09).

52 För en närmare analys av så kallade religiösa skilsmässor se Sayed & Linton, Kvinnor ”i kläm” vid bedömning av mångfald. I: Genuskritiska frågor inom juridiken, lustus Förlag, 2017 s. 123–143.

fall där en kvinna reser tillbaka till Iran kan hon inte lämna Iran utan mannens samtycke, eftersom hon enligt iransk rätt står under sin makes förmynderskap. Skulle hon inleda en ny relation riskerar hon dessutom att göra sig skyldig till äktenskapsbrott, som är straffrättsligt sanktionerat i Iran. Motsvarande gäller inte för män som befinner sig i ett haltande äktenskap eftersom mannen enligt lagen i Iran kan leva vidare i ett polygamt eller tillfälligt äktenskap utan att rättsligt upplösa sitt första äktenskap.⁵³ Mot bakgrund av nämnda omständigheter anser vi att det funnits skäl för domstolen att göra en mer allsidig prövning av avtalet om mahr utifrån ett fri- och rättighetsperspektiv. Genom att makarna i notisfallet inte hann få ett gemensam hemvist i traditionell mening gör sig dessa överväganden starkare gällande än för det refererade fallet.


Ett mahravtal ger, som Högsta domstolen också konstaterar, ett instrument för kvinnan att uppnå likställdhet med mannen i rätten till skilsmässa i Iran. Sverige har ratificerat en rad internationella konventioner som ålägger stater att skydda kvinnors rättsställning och vidta åtgärder för likställdhet inom den familjerättsliga sfären. Bland flera regleringar vill vi särskilt nämna artikel 5 i Protokoll 7 till Europakonventionen (som i Sverige trädde i kraft den 1 november 1988). Enligt ifrågasvarande bestämmelse ska makar vara likställda i fråga om rättigheter och ansvar av privaträttslig natur inbördes samt i förhållande till sina barn, i fråga om äktenskapet, under äktenskapet och i händelse av dess upplösning. Huruvida domstolen anser att rätten till skilsmässa, och den olikbehandling som kvinnor kan utsättas för i denna transnationella kontext, kan aktualisera förpliktelser med hänsyn till Europakonventionen är oklart. Å andra sidan kommer det svenska ogillandet av mahravtalet knappast ges verkan i Iran, vilket innebär att kvinnan har möjlighet att väcka talan om betalning vid iransk domstol. I så fall kommer mannen att åläggas att betala avtalad mahr, med risk att annars hamna i iranskt fängelse. En viss form av balans mellan konsekvenserna för kvinnan och mannen av ett haltande äktenskap följer således, men kan knappast anses vara tillräckligt. Det hade därför varit av stort intresse om Högsta domstolen lämnat sin syn på om, och i så fall hur, konsekvenserna av haltande äktenskap kan beaktas när sådana riskerar få ingripande konsekvenser för parterna i ett enskilt fall, särskilt om konsekvenserna skiljer sig åt mellan parterna.

6. SAMMANFATTANDE KOMMENTAR

Med utgångspunkt i referat av NJA 2017 s. 168 och N 6 har vi analyserat en rad ställningstaganden av generell art kopplade till fordran som grundar sig i det muslimska mahravtalet. Rättsfallen tangerar många centrala IP-rättsliga frågeställningar samt frågeställningar om tolkningen och tillämpningen av

53 Sayed & Linton, a.a. s. 135.

bestämmelserna i äktenskapsbalken. Högsta domstolen har fått ta ställning i frågor som präglas av komplexa transnationella relationer, konkurrerande rättsordningar, integrationsdimensioner samt kopplingen mellan religiös tradition och rättsregler. Därtill kommer frågor om mänskliga rättigheter i fall som de aktuella där individer genom avtal försöker tillgodose ekonomiskt och rättsligt skydd i äktenskap samt i samband med skilsmässa. Utgången i målen ger i IP-rättsliga fall ett tydligt företräde för tillämpningen av svensk rätt. Och NJA 2017 s. 168 ger ett tydligt budskap; mahravtal av det slag som var aktuellt i rättsfallen kan inte göras gällande med tillämpning av svensk rätt.

Avslutningsvis vill vi understryka att det inte finns några enkla eller givna svar på de svåra frågor och gränsdragningsdilemman som prövades i rättsfallen. De problem som uppkommer vid transnationella familjerättsliga relationer, och som många gånger kan leda till haltande äktenskap, förlust av rättigheter för individer samt juridisk obehörighet att tillvarata intressen i flera jurisdiktioner, kan nog i själva verket bara lösas genom internationella överenskommelser eller bilaterala avtal. Möjligen skulle en i vart fall något vidgad avtalsfrihet för makar i jämförelse med vad dagens regler i äktenskapsbalken ger vid handen kunna bidra till en allmän förbättring för makar att reglera sina förhållanden samt lösa en del av de problem som aktualiserades i rättsfallen. Den begränsade avtalsfrihet som gäller för makar enligt svensk rätt har sin grund i bestämmelser från 1920 års giftermålsbalk och har inte utvecklats på det sätt som skett inom till exempel övriga Norden.⁵⁴ Rättsläget återspeglar inte den trend om partsautonomi som präglar bland annat nyare IP-rättsliga regleringar. 

54 Jfr till exempel Brattström, Familjerättsliga avtal mellan makar. En nordisk rättsjämförelse avseende äktenskapsförord. I: Vänbok till Maarit Jänträ-Jareborg, Lustus Förlag, 2014.