



INTERNATIONELLA
HANDELSHÖGSKOLAN
HÖGSKOLAN I JÖNKÖPING

Svensk ordre public

Mål om makars förmögenhetsförhållanden

Masteruppsats i affärsjuridik (internationell privaträtt)

Författare: Anna Fayad

Handledare: Anneli Linhard

Framläggningsdatum 2012-05-14

Jönköping maj 2012

Förord

Som blivande affärsjurist var jag inte inställd på att utveckla ett intresse för familjerätten och i synnerhet inte den internationella privaträtten. Under senare år har mitt intresse för respektive område blivit allt större, främst på grund av min invandrarbakgrund.

Mina mor- och farföräldrar, som är födda och uppvuxna i Palestina, utvandrade till Libanon år 1945. Där erhöll de ett tidsbegränsat uppehållstillstånd. Likaså mina föräldrar som föddes på ett flyktingläger i Libanon och som numera är bosatta i Sverige. Mina föräldrar, jag och mina syskon har svenskt medborgarskap samtidigt som vi har ett libanesiskt tidsbegränsat uppehållstillstånd. Vi är även statslösa palestinier. Frågor om behörig domstol och tillämplig lag har därför varit ett ständigt återkommande diskussionsämne i slakten. Ämnet för denna uppsats är, med anledning av min bakgrund, intressant och viktig att förstå i synnerhet då mina traditioner och värderingar kan krocka med de svenska värderingarna och även svensk rätt.

Jag vill rikta min tacksamhet till ett antal personer som har varit till stor hjälp för uppsatsens genomförande. Främst min mentor Ulf Bergquist och hans kollegor på advokatbyrån som tagit sin tid att läsa och diskutera uppsatsämnet. Ulf har med sitt intresse för och breda kunskap inom området bidragit med värdefulla synpunkter och anmärkningar på såväl formalia som sakligt innehåll. Hans engagemang och uppmuntran har varit ovärderlig.

Jag vill även tacka min handledare Anneli Linhard och mina gruppmedlemmar Pializ Svensson, Thalia Nunez-Olsson samt Linn Jeppson som låtit mig ta del av sina synpunkter. Sist men inte minst, vill jag rikta ett stort tack till min familj och mina vänner vars åsikter och insikter har betytt mycket för mig.

Jönköping 14 maj 2012

Anna Fayad

Masteruppsats i affärsjuridik (internationell privaträtt)

Titel:	Svensk ordre public, Mål om makars förmögenhetsförhållanden
Författare:	Anna Fayad
Handledare:	Anneli Linhard
Datum:	2012-05-14
Ämnesord	Ordre public-förbehåll, makars förmögenhetsförhållanden, Förslaget om EU-bodelning

Sammanfattning

Ordre public-förbehållet innebär att svensk domstol har rätt att avstå från att tillämpa en utländsk rättsordning, erkänna eller verkställa en utländsk dom, om det skulle leda till ett resultat som är uppenbart oförenligt med grunderna för rättsordningen i Sverige. Vilka konsekvenser som är uppenbart oförenliga med grunderna för rättsordningen har inte preciserats av lagstiftaren. Frågan har i stället lämnats åt rättstillämpningen, främst domstolen, att avgöra. I förslaget från Europeiska kommissionen om domstols behörighet, tillämplig lag samt erkännande och verkställighet i mål om makars förmögenhetsförhållanden återfinns ett ordre public-förbehåll. Den lag som anvisas enligt lagvalsreglerna i förslaget ska tillämpas även om det inte är fråga om lagen i en medlemsstat. Med anledning av lagvalsreglernas universella karaktär är det angeläget att fastställa de konsekvenser som är förenliga med grunderna för rättsordningen i Sverige. Sannolikheten för att den utländska rätten leder till ett resultat som strider mot grunderna för den svenska rättsordningen är större då makarnas förmögenhetsförhållanden ska avgöras enligt en rättsordning vars lagbestämmelser är baserade på gammal tradition och kultur. Hit hör varken länder inom EU eller Norden, eftersom grunderna för rättsordningen i nämnda länder liknar den svenska. Enligt svensk rättsuppfattning är det viktigt att de grundläggande rättigheterna som vardera make tillförsäkras inte åsidosätts på grund av dennes kön, ras, hudfärg, läggning, religion eller annan åskådning. Viktigt är även, beroende på giftorättsgodsets storlek, att den ”svagare” maken tillförsäkras ett tillräckligt ekonomiskt skydd, antingen genom äktenskapsrättsliga eller arvsrättsliga regler, i synnerhet då den utländska rätten saknar regler om rätt att erhålla bodelning.

Master Thesis in Commercial and Tax Law (international private law)

Title: Swedish ordre public, In matters of matrimonial property regimes

Author: Anna Fayad

Administrator: Anneli Linhard

Date: 2012-05-14

Subject matter: **Ordre public-provision, matrimonial property regimes, Proposal about EU-division of the matrimonial property**

Abstract

Public policy means that the Swedish court has the right to refuse the application of foreign law, recognize or enforce a foreign judgment if it would lead to a result which is manifestly incompatible with public policy in Sweden. The result that is manifestly incompatible with public policy has not been specified by the legislature. The question has been left to the application of the law, primarily the court, to decide. A public policy-provision can be found in the proposal from the European Commission on jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes. Any law determined in accordance with the provisions of the conflict-of-law rule shall apply even if it is not the law of a Member State. As a result of the universal nature of the conflict-of-law rule it is crucial to determine the results which are compatible with public policy in Sweden. The probability that the foreign law leads to a result which is manifestly incompatible with Swedish law is greater when the matters of matrimonial property regimes are settled according to a law whose statutory provisions are based on ancient tradition and culture. The countries included here are neither the Nordic countries nor the Member States of the European Union because the legal system of these countries is very similar to the Swedish legal system. According to Swedish conception of legality it is important that the fundamental rights, ensured for everyone, is not overrode because of a person's gender, race, colour, sexual orientation, religion or other views. Of importance is also that the "weaker" spouse is ensured a sufficient financial protection, either through matrimonial rights or inheritance rights, in particular when foreign law lacks rules about division of the matrimonial property.

Innehåll

1	Inledning	1
1.1	Bakgrund.....	1
1.2	Syfte.....	3
1.3	Avgränsning	3
1.4	Metod och material.....	3
1.5	Disposition.....	4
2	Ordre public-förbehållets utveckling genom historien.....	6
2.1	Allmänt	6
2.2	Antiken och medeltiden	7
2.3	1600-talet	8
2.4	1800-talet	9
2.5	Mancini.....	11
2.6	Sverige	12
2.7	Europeiska unionen.....	14
3	Utredningen av innehållet i utländsk rätt.....	18
3.1	Allmänt	18
3.2	Ex officio och åberopandeprincipen	18
3.3	Lojal tillämpning av utländsk rätt	19
4	Ordre public – en begränsning av den utländska rättens tillämpning.....	21
4.1	Allmänt	21
4.2	Innebörden av svensk ordre public.....	21
4.2.1	Negativt ordre public-förbehåll	21
4.2.2	Positivt ordre public-förbehåll	23
4.2.3	Permissiv och prohibitiv ordre public	24
4.3	Restriktiv tillämpning av ordre public-förbehållet	24
4.3.1	Domstolens värdering av omständigheterna i det enskilda fallet	24
4.3.2	Närmaste anknytning baserade på objektiva omständigheter.....	26
4.3.3	Närmaste anknytning baserade på subjektiva omständigheter.....	26
4.4	Ordre public-förbehållets stöd i lag.....	29
4.5	Konsekvenserna av ordre public-förbehållets tillämpning	30
5	Förslaget om EU-bodelning.....	32
5.1	Allmänt	32
5.2	Lagvalsregelns universella karaktär	33
5.3	Artiklarna om ordre public	34
6	Analys	36
6.1	Ordre public- förbehållets utveckling	36
6.2	Utredningen av den utländska rätten.....	37
6.3	Svensk ordre public i förhållande till Förslaget om EU-bodelning	38

6.4	Domstolens värdering av omständigheterna i det enskilda fallet	40
6.4.1	Närmaste anknytning baserade på objektiva omständigheter.....	40
6.4.2	Närmaste anknytning baserade på subjektiva omständigheter.....	42
6.5	Konsekvenserna av ordre public-förbehållets tillämpning	45
7	Slutsats	47
	Referenslista	49

FÖRKORTNINGSLISTA

art.	artikel
Bryssel I	Rådets förordning (EG) nr 44/2001 av den 22 december 2000 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område
Bryssel II	Rådets förordning (EG) nr 2201/2003 av den 27 november 2003 om domstolsbehörighet och om erkännande och verkställighet av domar i äktenskapsmål och mål om föräldraansvar samt om upphävande av förordning (EG) nr 1347/2000
EU	Europeiska unionen
EU-arv	KOM(2009) 154 slutlig, Bryssel den 14.10.2009, Förslag till Europaparlamentet och rådets förordning om behörighet, tillämplig lag, erkännande och verkställighet av domar och officiella handlingar i samband med arv och om inrättandet av ett europeiskt arvsintyg
EU-underhåll	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
FEUF	Konsoliderad version av fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
Förslaget om EU-bodelning	KOM(2011) 126 slutlig, Bryssel den 16.3.2011, Förslag till rådets förordning om domstolsbehörighet, tillämplig lag samt erkännande och verkställighet i mål om makars förmögenhetsförhållanden
HD	Högsta domstolen
IDL	Lag (1937:81) om internationella rättsförhållanden rörande dödsbo
IÄL	Lag (1904 nr. 26 s. 1) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap och förmyndarskap
LIMF	Lag (1990:272) om internationella frågor rörande makars och sambors rättsförhållanden
NJA	Nytt juridiskt arkiv, avd. I
Prop.	Proposition
RB	Rättegångsbalken (1942:740)

Rom III	Rådets förordning (EU) nr 1259/2010 av den 20 december 2010 om genomförande av ett fördjupat samarbete om tillämplig lag för äktenskapsskillnad och hemskillnad
RÅ	Regeringsrättens årsbok
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning
ÄB	Ärvdabalken (1958:637)
ÄktB	Äktenskapsbalken (1987:230)

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Den internationella privat- och processrätten har under senare år varit ett väldigt omdiskuterat ämne i synnerhet med anledning av samarbetet inom Europeiska unionen, härefter EU, och även den internationalisering som pågått runt om i världen på grund av teknik- och samhällsutvecklingen och inte minst det obegränsade Internet. Människor interagerar och skapar relationer som aldrig förr. Det är väsentligt att lagstiftaren kan hålla jämna steg med utvecklingen och de rättsförhållanden som kan uppstå med anledning av den.

Medlemsstaterna i EU har insett behovet av nya lagvalsregler inom olika rättsområden, inte minst inom den internationella familjerätten då avsaknaden av regler utgör ett hinder för den fria rörligheten inom EU. Efter toppmötet i Wien 1998 utfördes stora studier inom områdena arv och makars förmögenhetsförhållanden i syfte att kartlägga medlemsstaternas nationella rättsordningar inom respektive område. År 2006 utgav Europeiska kommissionen, härefter kommissionen, en grönbok¹ i syfte att redogöra för de problem som makar står inför vid äktenskapets upplösning då rättsförhållandet är kopplat till två eller flera rättsordningar. Medlemsstaternas justitiedepartement och olika organisationer yttrade sina synpunkter i omfattande remisser varpå kommissionen tillsatte en expertgrupp för att utge ett förslag till förordning. Förslaget om domstols behörighet, tillämplig lag samt erkännande och verkställighet i mål om makars förmögenhetsförhållanden, härefter Förslaget om EU-bodelning,² antogs av kommissionen den 16 mars 2011 och skickades sedan till Europeiska unionens råd, härefter ministerrådet, och Europaparlamentet för beslut. Förslaget om EU-bodelning har ännu inte antagits men kommer troligen att antas 2013 eller 2014 och sedan träda i kraft 36 månader efter antagandet. Förslaget om EU-bodelning innebär att medlemsstaterna får enhetliga regler i bedömningen av domstols behörighet, tillämplig lag samt erkännande och verkställighet av utländsk dom i mål om makars förmögenhetsförhållanden. Här inbegrips även rättsordningar och domar i länder utanför EU.

¹ KOM(2006) 400 slutlig, Grönbok om lagval i frågor om makars förmögenhetsförhållanden, särskilt när det gäller domstols behörighet och ömsesidigt erkännande, Bryssel den 17.07.2006.

² KOM(2011) 126 slutlig, Bryssel 16.3.2011. EU-bodelning är en egen förkortning på förslaget.

En viktig begränsning i tillämpningen av utländska bestämmelser och erkännandet och verkställigheten av utländska domar är ordre public-förbehållet som återfinns i förslaget. Begreppet kommer från franskan. Motsvarande benämning på svenska och engelska är allmän ordning respektive public policy. Förbehållet innebär att en medlemsstat har rätt att avstå från att tillämpa en utländsk rättsordning, erkänna eller verkställa en utländsk dom, om det skulle leda till ett resultat som är uppenbart oförenligt med grunderna för rättsordningen i domstolslandet. Den svenska lagstiftaren har inte preciserat de omständigheter som kan föranleda en tillämpning av förbehållet i Sverige, i synnerhet i mål om makars förmögenhetsförhållanden. Frågan har i stället lämnats åt rättstillämpningen, främst domstolen, att avgöra. Förbehållets tillämpning beror på vilket land rättsförhållandet har starkare anknytning till. Domstolens arbete att bestämma rättsförhållandets närmaste anknytning är därför av stor betydelse för förbehållets tillämpning.

Det finns ytterst få avgöranden där utländsk lag eller dom inte tillämpats med hänvisning till ordre public, särskilt i mål om makars förmögenhetsförhållanden. I de mål där ordre public-förbehållet åberopats har både den svenska domstolen och EU-domstolen påpekat att förbehållet ska tillämpas restriktivt och endast i exceptionella fall. Medlemsstaterna får inte åsidosätta de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, med hjälp av ordre public-förbehållet. EU-domstolen har i åtskilliga fall påpekat att inskränkningen av förevarande rättigheter måste svara mot de mål som är av allmänintresse och som ligger bakom åtgärderna i fråga. Inskränkningen får inte, med hänsyn till det eftersträvade målet, innebära en klar och oproportionerlig inskränkning. EU-domstolen kommer att kontrollera att gränserna för förbehållets tillämpning efterföljs.

Med anledning av Sveriges medlemskap i EU kan förbehållet inte tillämpas i samma utsträckning som tidigare. Frågan blir således: när är den främmande rättsordningens materiella lagstiftning avseende makars förmögenhetsförhållanden *uppenbart* oförenligt med grunderna för rättsordningen i Sverige? En gemensam åsikt bland medlemsstaterna är att förbehållets tillämpning ser annorlunda ut från ett land till en annat och från en tid till en annan. En utländsk rättsordning eller dom kan anses vara uppenbart oförenligt med grunderna för rättsordningen i Sverige men inte i England. Skillnaderna är som tydligast mellan länder som anpassar och modifierar sin rättsordning i takt med samhällsutvecklingen och de länder vars rättsordning är baserad på föråldrade traditioner och värderingar.

1.2 Syfte

Syftet är att fastställa de lege lata för ordre public-förbehållets tillämpning i mål om makars förmögenhetsförhållanden i Sverige. Då förbehållets tillämpning bland annat beror på huruvida rättsförhållandet har en närmare anknytning till Sverige är syftet även att utreda om domstolen bör ta hänsyn till andra rekvisit än de i nuvarande lagvalsreglerna för att avgöra rättsförhållandets närmaste anknytning avseende makars förmögenhetsförhållanden, det vill säga de lege ferenda. Syftet är även att ge svar på den fråga som uppstår i samband med utredningen, nämligen vilka rättsregler en svensk domstol bör tillämpa i stället för en utländsk regel som avvisats på grund av ordre public.

1.3 Avgränsning

För att uppfylla syftet att fastställa de lege lata samt de lege ferenda utgår jag från bestämmelserna om ordre public och tillämplig lag i författningar som reglerar makars förmögenhetsförhållanden vid äktenskapsskillnad och ena makens frånfalle. Främst lag (1904 nr. 26 s. 1) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap och förmyndarskap, härefter IÄL, lag (1990:272) om internationella frågor rörande makars och sambor rättsförhållanden, härefter LIMF samt lag (1937:81) om internationella rättsförhållanden rörande dödsbo, härefter IDL. Andra familjerättsliga förhållanden såsom partnerskap, samboende, förhållande mellan föräldrar och barn samt regler om gode män och förvaltare beaktas således inte i denna uppsats om det inte är väsentligt för uppsatsens syfte.

I utredningen av de lege ferenda utgår jag från artiklarna om ordre public samt tillämplig lag i Förslaget om EU-bodelning bortsett från art. 28, 32-34.

Den svenska internationella privaträtten har två olika regelsystem beroende på om förhållandet utgör ett inom- eller utomnordiskt sådant. I denna uppsats tar jag endast hänsyn till det utomnordiska förhållandet. Orsaken är att de övriga nordiska staternas lagstiftning liknar den svenska. Det är således väldigt osannolikt att den svenska domstolen skulle vägra tillämpning av nordisk rätt eller dom.

1.4 Metod och material

Den svenska internationella privaträtten omfattar ett stort antal ordre public-förbehåll inom olika rättsområden. Den rättsdogmatiska metoden är den metod som främst till-

lämpas för att uppfylla syftet. Metoden utgår från en genomgång av lagstadgade bestämmelser, förarbeten, rättsfall samt doktrin enligt den traditionella rättskällehierarkin. De författningar som främst utgås ifrån är IÄL, LIMF och IDL. Då det är svårt att precisera och närmare avgränsa ordre public-förbehållet har saken, enligt förarbetena, lämnats åt rättstillämpningen, främst domstolen, att avgöra. Materialet i denna uppsats utgår således från domstolsavgöranden då förarbetena inte behandlar rättsfrågan. Därjämte tillämpas doktrin i syfte att komplettera de frågor som varken förarbetena eller domstolen ger svar på, men som är av betydelse för uppsatsens syfte.

Avseende EU-rätten sker en genomgång i första hand av primära och sekundära rättskällor och i andra hand rättskällor och doktrin. Eftersom EU består av 27 medlemsstater är det omöjligt att i förordningen ange och precisera de förhållanden och omständigheter som är uppenbart oförenliga med grunderna för respektive rättsordning. EU:s domstol har i sina domar klarlagt riktlinjer för och begränsningar i förbehållets tillämpning.

En deskriptiv metod tillämpas i syfte att förklara ordre public-förbehållets utveckling samt tillämpningen av utländsk rätt samt under vilka omständigheter förbehållet hittills kunnat åberopas av de svenska domstolarna och EU-domstolen.

I denna uppsats tillämpas även en problemorienterad metod i syfte att uppmärksamma de problem som en tillämpning av förbehållet kan ge upphov till.

1.5 Disposition

Det andra kapitlet avser att redogöra för ordre public-förbehållets tillämpning genom historien och hur tillämpningen har förändrats med anledning av Sveriges medlemskap i EU.

Det tredje kapitlet avser att belysa den diskussion som råder bland doktrinen kring den svenska domstolens skyldighet att självmant åberopa utländsk rätt samt utredningen för innehållet av den utländska rätten. Kapitlet avser även ge läsaren en klarare bild över sambandet mellan utredningen av den utländska rättens innehåll och ordre public-förbehållets tillämpning.

Det fjärde kapitlet avser belysa de lege lata av svensk ordre public i mål om makars förmögenhetsförhållande samt hur den svenska domstolen avgör rättsförhållandets när-

maste anknytning för att sedan fastställa huruvida ordre public-förbehållet bör tillämpas. Kapitlet avser även att ge läsaren kunskap om den problematik som den svenska domstolen står inför då denna måste välja en annan rättsregel att tillämpa i stället för den utländska som avvisats på grund av ordre public.

Det femte kapitlet avser att presentera en översiktlig bild av de enhetliga lagvalsreglerna i Förslaget om EU-bodelning samt motiveringen till ordre public-förbehållets tillämpning i nämnda förslag.

Det sjätte kapitlet utgör en analys av det material som presenterats i kapitel två till fem för att sedan besvara uppsatsens syfte i slutsatsen i kapitel sju.

2 Ordre public-förbehållets utveckling genom historien

2.1 Allmänt

Det är numera allmänt accepterat att den tillämpliga lagen, *lex causae*, ska vara den lag personen i fråga har närmast anknytning till. Vad som avgör den närmaste anknytningen skiljer sig från land till land. I de angloamerikanska länderna, Danmark, Island och Norge anses personens hemvist vara avgörande.³ Principen innebär att den tillämpliga lagen är lagen i det land där personen i fråga har sitt hemvist. I bland annat Sverige har nationaliteten varit avgörande för lagvalsfrågan under en ganska lång tid inom privaträtten trots att hemvisten fått ett större inflytande de senaste åren.⁴ Principen innebär att personens rättsställning bedöms enligt lagen i det land där vederbörande är medborgare. Vilken rättsordning som är den tillämpliga lagen, *lex causae*, är viktigt att belysa i detta sammanhang eftersom ordre public-förbehållet aktualiseras enbart då lagvalsreglerna pekar på utländsk rätt som tillämplig rättsordning.

Nästa steg är att utreda huruvida den utländska rättsordningen, som enligt lagvalsreglerna utgör *lex causae*, leder till ett resultat som är uppenbart oförenligt med grunderna för rättsordningen i domstolslandet. Tillämpningen av en viss bestämmelse i den utländska rättsordningen behöver inte alltid ha ansetts uppenbart oförenlig med grunderna för domstolslandets rättsordning. Den aktuella bestämmelsen kan för ett antal år sedan ha ansetts förenlig med rättsordningen i domstolslandet.⁵ Tillämpningen av ett ordre public-förbehåll beror inte bara på vilka länder tvisten avser, utan även på vilken tidsperiod tvisten hänförs till. I dagens samhälle är sannolikheten för ordre public-förbehållets tillämpning mot ett annat EU-lands rättsordning väldigt liten. Sannolikheten för förbehållets tillämpning mellan de nordiska staterna är ännu mindre eller till och med obefintlig, eftersom den materiella rätten i de övriga nordiska staterna ofta liknar den svenska.⁶ Idag tillämpas förbehållet som mest då tvisten är kopplad till länder vars rättskulturer är olika.

³ Prop. 1973:158. Kungl. Majt:s proposition med förslag till lag om ändring i lagen (1904:26 s.1) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap och förmyndarskap m.m. s. 27-28. Bogdan, Michael, Svensk internationell privat- och processrätt, Vällingby 2008, s. 148, (cit. Bogdan).

⁴ Prop. 1973:158 s. 20.

⁵ Bogdan, s. 81.

⁶ Bogdan, s. 78.

Det har inte skett någon större förändring av förbehållets formulering i svensk lag. Förändringen har i stället skett av förbehållets tillämpning då det ständigt utvecklas i samband med samhället och dess rättsordning.⁷ I syfte att förstå ordre public-förbehållet är det väsentligt att begripa förbehållets utveckling genom historien samt när det har aktualiserats. De rättsordningar som kommer att diskuteras i detta kapitel är de vars inflytande har varit stort på den svenska internationella privaträtten.⁸

2.2 Antiken och medeltiden

Den internationella privaträtten har sin grund i antiken där både greker och romare etablerade rättssystem i sina egna rättsordningar som innebar att främlingar kunde, till viss grad, åtnjuta samma rättsskydd som inhemska medborgare.⁹ Med främlingar avsågs alla de människor som inte innehade medborgarrätt. Främlingarna, trots deras bosättning i Grekland och Rom, var rättslösa i den bemärkelsen att de inte omfattades av den inhemska rätten, inte hade något rättsskydd och således inte kunde ta fördel av de lagar som en medborgare åtnjöt.¹⁰ Med anledning av detta utsattes främlingarna för våld på både person och sak men eftersom det låg i båda parter intresse att en affär fullföljdes, var det väsentligt att regelsystem upprättades som gav främlingarna ett rättsskydd.¹¹ Fördrag undertecknades mellan staterna vars medborgare var ständiga handelspartners. Syftet var, förutom att främja handelsförbindelserna, att skapa en typ av skydd för sina egna medborgare i utlandet.¹²

Familje- och arvsrätten ansågs vara nära sammanbunden med samhällets organisation och ansågs därför inte att tillhöra de rättsområden som lagstiftaren ville utveckla och modernisera i syfte att främja handeln. Inom familje- och arvsrätten tillämpades i stället internationella privaträttsliga regler som innebar att tvister löstes enligt hemortens lag.¹³

⁷ Bogdan, s. 80-81.

⁸ Kapitlet är baserat på Gihl Torstens omfattande arbete Den internationella privaträttens historia och allmänna principer, Stockholm 1951 (cit. Gihl).

⁹ Gihl, s. 19-37.

¹⁰ Gihl, s. 22-24, 26-27.

¹¹ Gihl, s. 19, 21, 28-29.

¹² Gihl, s. 23, 27.

¹³ Den romerska befolkningen kunde på två olika sätt vara bunden till ett samhälle, nämligen genom *origo* eller *domicilium*. Med *origo* avses borgarrätt som personen i fråga erhöll genom familjeband, härstam-

Den italienska juristen Bartolus de Sassoferrato och hans lärjunge Baldus de Ubladis hade ett stort inflytande på den italienska rättens utveckling. De utformade bland annat statutteorin. Statutteorin uppdelades i två kategorier: *statuta personalia* (personalstatut), den lag som följer personen oavsett var han befinner sig (hit hör även lös egendom) samt *statuta realia* (sakstatut), lagen i det land där den fasta egendomen befinner sig. Vid en blandning av de båda kategorierna tillämpades i stället en tredje kategori, *statuta mixta* (blandade statut).¹⁴ I förevarande fall var det upp till domstolen att avgöra vilket element som övervägde.¹⁵ Vad avser makars förmögenhetsförhållanden ansåg juristerna att mannens *lex domicilii* skulle följas, vilket fick den innebörden att lagen där mannen har sitt hemvist skulle tillämpas.¹⁶

En motsvarighet till dagens begrepp av ordre public kan inte tolkas ur den romerska rätten. Det närmaste man har kunnat komma är att den extraterritoriella tillämpligheten av *lex fori*, domstolslandets lag, berodde på innehållet av den främmande lagen, dock inte ur det perspektivet att den strider mot domstolslandets rättsordning utan att den i stället strider mot den naturliga rättvisan.¹⁷

2.3 1600-talet

I 1600-talets Holland hade borgerskapet vuxit och blivit alltmer inflytelserikt. Holland utgjorde under denna tid Europas handelscentrum och det ekonomiskt överlägsna landet.¹⁸ Den internationella privaträtten i landet var influerad av den italienska och franska statutteorin. Juristerna i Holland, i synnerhet Ulric Huber, ansåg dock att domstolarna inte under alla omständigheter måste använda sig av utländsk rätt.¹⁹ Huber ansåg att lagstiftaren var suverän inom sitt geografiska rättsområde. Denne var inte tvungen att

ning, adoption eller eventuellt genom att denne blev borgare i staden. *Domicilium* innebär att personen genom att bo i en viss ort har som ändamål att permanent bosätta sig där. Personen kunde således genom *origo* vara knuten till en ort och genom *domicilium* till en annan. Starka skäl talar dock för att vederbörandes *origo* utgjorde hemortens lag. Se Gihl, s. 32-33.

¹⁴ Gihl, s. 79 ff, 104-105, Eek, Hilding, Lagkonflikter i tvistemål metod och material i svensk internationell privaträtt, Stockholm 1972, s. 24, (cit. Eek).

¹⁵ Gihl, s. 86.

¹⁶ Gihl, s. 68.

¹⁷ Gihl, s. 478-479.

¹⁸ Gihl, s. 136-137.

¹⁹ Gihl, s. 137.

tillämpa utländsk rätt inom sitt geografiska område eftersom det inte fanns en skyldighet därom, vilket avviker från tanken bakom statutteorin.²⁰ En sådan skyldighet skulle kunna föreligga om domstolen genom ömsesidig artighet och inbördes hänsynstagande, *comitas gentium*, har gått med på att tillämpa den främmande rätten inom sitt territoriella område. Skyldighet skulle också kunna föreligga om en överordnad rätt, som italienska jurister ansåg att den romerska rätten var, ålade rättsordningarna att tillämpa främmande rätt eftersom de löd under samma härskare.²¹

Enligt den holländska skolan bör tillämpning av utländsk rätt begränsas då den anses moraliskt stötande eller då den verkar mot politiska och sociala ändamål i domstolslandet. I förevarande fall bör *lex fori*, tillämpas.²²

2.4 1800-talet

1800-talets angloamerikanska jurister påverkades starkt av Huber och ansåg, precis som den holländske juristen, att den internationella rätten är nationell rätt. Den statutteori som dominerade i Italien och Frankrike hade inte någon inverkan på den angloamerikanska internationella privaträtten.²³ Joseph Story var professor vid Harvarduniversitetet och ledamot av Förenta Staternas högsta domstol.²⁴ Han ansåg, liksom Huber, att en rättsstat inte var tvungen att avstå från sin lagstiftning, som är baserad på särskilda intressen och sedvänjor, för att tillämpa en annan rättsordning vars bestämmelser är oförenliga med den moraliska och politiska synpunkt som råder i den förstnämnda staten.²⁵ Sådana omständigheter ska undantas från den allmänna internationella privaträttsliga regeln inte minst då lagbestämmelserna i den främmande rättsordningen är baserade på att gynna den egna nationen oavsett om den skadar andra nationer och dess medborgare. Han drar en parallell med de stater vars rättsordning inte bygger på kristen trosuppfattning och vars lära kan ge rätt till polygami, incest, skändliga avtal och hänsynslös

²⁰ Gihl, s. 153.

²¹ Gihl, s. 154.

²² Gihl, s. 479.

²³ Gihl, s. 160-161.

²⁴ Gihl, s. 167.

²⁵ Gihl, s. 480.

grymhet.²⁶ Det är således inte en skyldighet att tillämpa och erkänna den utländska rätten om den är att anse som skadlig. Staten har i förevarande fall ett ansvar att utreda huruvida det föreligger en nytta i tillämpningen av den utländska rätten eller inte.²⁷

I Tyskland hade den romerska rätten med anledning av de tyska juristernas studier i Italien ett stort inflytande på den tyska internationella privaträtten. Den tyske juristen Savigny ansåg att varje rättsförhållande har ett säte, vilket anger dess anknytning till ett visst territoriellt rättssystem. Staten bör därför använda den territoriella rätten som tvisten hänför sig till.²⁸ Förmögenheter hänförliga till äktenskaps- och arvsrätten bör enligt Savigny behandlas enligt samma rättsordning oavsett om rättstvisten avser fastighet eller lös egendom. Vad avser arvsrätten bör arvlåtarens *lex domicilii* vid dödsfallet vara den tillämpliga lagen, medan det i fråga om makarnas förmögenhetsförhållanden bör vara mannens *lex domicilii* vid tiden för äktenskapets ingående, som avgör rättsförhållandet.²⁹

Savigny hade stor påverkan på ordre public-förbehållets utformning i Europa, även om han inte själv använde den termen. Han ansåg att om en stat enligt sin internationella privaträtt ska tillämpa främmande rätt, bör det finnas undantag av tillämpningen i främst två fall.³⁰ Det ena fallet är då lagbestämmelserna är tvingande och som just på grund av den anledningen inte är möjliga att bortse ifrån oavsett statsgränserna. Exempel på sådana tvingande bestämmelser är, enligt Savigny, de som vilar på etiska grunder, såsom förbud mot polygami, eller de som är utformade i syfte att skydda det allmänna på grund av ekonomiska eller politiska orsaker. Det andra fallet är då det i den främmande rätten finns rättsinstitut som inte är erkända i domstolslandet. Exempel på sådana institut är bestämmelser om borgerlig död och slaveri.³¹

²⁶ Gihl, s. 480.

²⁷ Gihl, s. 481.

²⁸ Gihl, s. 210.

²⁹ Gihl, s. 211.

³⁰ Gihl, s. 484.

³¹ Gihl, s. 485.

2.5 Mancini

Nationalismen var 1800-talets ledande ideologi, vilket hade en stor betydelse för den internationella privaträttens utveckling.³² Nationalismen associeras med romantiken på så sätt att staten är skapad av människans förnuft och har som syfte att tjäna människan och hennes välfärd. Innan nationalismen talade människorna inte om en nation i den bemärkelsen att personer tillhör en viss stat med geografiska gränser vars språk, religion, seder och historia tillhör respektive nation. I stället levde människor från hela världen på olika håll och reste från land till land för att söka efter det liv de trodde skulle höja deras levnadsstandard.³³ Nationalitetsteorin grundlades av juristen Mancini i mitten av 1800-talet. Nationalitetsteorin innebar att den tillämpliga lagen är rättsordningen i det land där personen i fråga är medborgare. Denna rätt är tillämplig oavsett vilken stat vederbörande befinner sig i, *lex patriae*.³⁴ I den första gemensamma civillagen från 1865 stadgades att den tillämpliga lagen på personers status, rättskapacitet och rättshandlingsförmåga inom familje- och arvsrätten, var lagen i det land där personen var medborgare, *lex patriae*.³⁵

Lagen innehöll även regler som inskränkte tillämpningen av utländsk rätt. Även om främmande rätt är tillämplig ska den inte kunna åberopas om bestämmelserna i den utländska rätten strider mot offentlig ordning eller goda seder enligt italiensk uppfattning.³⁶ Mancini ansåg att statens offentliga rätt och ordre public är två orsaker till att vägra erkänna den allmänna internationellt privaträttsliga lagen, *lex patriae*. Detta avser inte enbart tillämpningen av utländsk rätt utan även erkännande och verkställighet av utländska domar liksom enskilda rättshandlingar och avtal.³⁷

Ordre public styrdes av de moraliska grundsatser som fanns i ett samhälle. Hit hörde inte bara förbud mot månggifte och slaveri utan även till exempel ekonomiska principer som är baserade på feodalism. Mancinis lära påminner väldigt mycket om Savignys, i

³² Gihl, s. 217.

³³ Gihl, s. 217-218, 240.

³⁴ Gihl, s. 241.

³⁵ Gihl, s. 241-242.

³⁶ Gihl, s. 478.

³⁷ Gihl, s. 487-488.

synnerhet den uppdelning som båda gör i å ena sidan offentlig rätt och å andra sidan ordre public. Detta gäller även den tes som innebar att inhemska rätt utesluter tillämpning av utländsk rätt, inte på grund av den utländska rättens beskaffenhet, utan på grund av den inhemska rättens beskaffenhet. Skillnaden mellan Mancinis och Savignys lära hittas i karaktären av ordre public-förbehållet, då det i Savignys lära utgör ett undantag medan det i Mancinis lära utgör en princip vid sidan av *lex patriae*.³⁸

Många författare och jurister i olika länder höll dock fast vid Savignys uppfattning att ordre public-förbehållet utgör ett undantag, vars syfte är att förhindra tillämpning av utländsk rätt enligt den allmänna internationellt privaträttsliga regeln.³⁹ Anledningen till att domstolslandet tar avstånd från tillämpning av främmande rätt är att den materiella rätten i den främmande staten innehåller bestämmelser som anses strida mot domstolslandets moral, etik eller andra vitala intressen. Dessa författare och jurister var eniga om att det inte var möjligt att generellt peka ut de omständigheter som strider mot rättssystemets grundprinciper, då dessa kan skifta från ett land till ett annat och från en tid till en annan.⁴⁰

2.6 Sverige

Under 1600-talet då handeln med utländska affärsmän – i synnerhet holländska, tyska och engelska – blev allt vanligare, tillämpade svenska domstolar ibland utländsk rätt, framförallt romersk och tysk-romersk rätt. Detta förekom inte enbart i tvister där ena parten var utlänning, utan även då båda parter var svenska undersåtar.⁴¹ Detta berodde enligt doktrin en hel del på att den svenska lagstiftningen var föråldrad och bristfällig, vilket ledde till att tillämpning av romersk rätt var nödvändig i syfte att komplettera den svenska.⁴²

I 1734 års rättegångsbalk tillkom en bestämmelse i 24 kap. 3 § som stadgade ett förbud mot att i dom åberopa utländsk rättsordning eller använda utländskt språk. Orsaken bakom bestämmelsen har diskuterats i doktrinen. En del tyckte att bestämmelsen avsåg

³⁸ Gihl, s. 487-488.

³⁹ Gihl, s. 501.

⁴⁰ Gihl, s. 501.

⁴¹ Jänterä-Jareborg, Maarit, Svensk domstol och utländsk rätt, Uppsala 1997, s. 92 (cit. Jänterä-Jareborg).

⁴² Jänterä-Jareborg, s. 91-92.

att förbjuda all tillämpning av utländsk rätt i Sverige, medan andra ansåg att bestämmelsen utgjorde ett förbud för de svenska domstolarna att fastställa domar baserade på utländsk rätt.⁴³ Domarna valde ofta den rättsordning som de kände till i stället för att pröva om utländsk lag skulle tillämpas i visst konkret fall.⁴⁴ Den svenska befolkningen tyckte även att en tillämpning av utländsk rätt var förnedrande, vilket ger en antydning om nationalismens framväxt i Sverige.⁴⁵

Savignys teorier i Tyskland nådde relativt snabbt till Sverige och svenska jurister accepterade teorin om att domstolen har en skyldighet att självant, *ex officio*, tillämpa utländsk rätt då part är utlänning.⁴⁶ Under slutet av 1800-talet och början av 1900-talet påbörjades det internationella samarbetet då Sverige anslöt sig till Haagkonferensen för internationell privaträtt.⁴⁷ På familjerättens område tillkom IÄL. Lag (1912:69) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskaps rättsverkningar infördes med anledning av 1905 års Haagkonvention.⁴⁸ 1912 års lag har ersatts av LIMF.⁴⁹ På arvsrättens område gäller IDL. Lagen är dock inte grundad på någon konvention.⁵⁰ Ordre public-förbehåll är stadgade i 7 kap. 4 § IÄL, 9-12 §§ samt 20 § LIMF och 1 kap. 12 § IDL. I Sverige åberopas förbehållet väldigt sällan av de svenska domstolarna. När så sker är det oftast i mål som rör barn.⁵¹ Den svenska uppfattningen av ordre public-förbehållet är en blandning av både Mancinis och Savignys lära. Förbehållet utgör en princip som undantar tillämpningen av främmande rätt och åberopas då främmande rätt är uppenbart

⁴³ Jänterä-Jareborg, s. 93.

⁴⁴ Eek, s. 24, not 31.

⁴⁵ Jänterä-Jareborg, s. 94, not 13.

⁴⁶ Jänterä-Jareborg, s. 97.

⁴⁷ Prop. 1973:158 s. 20.

⁴⁸ Karlgren, Hjalmar, Kortfattad lärobok i internationell privat- och processrätt, Lund 1974, s. 33-34 (cit. Karlgren).

⁴⁹ Se prop. 1973:158 s. 24 samt Prop. 1989/90:87. Regeringens proposition om vissa internationella frågor rörande makars förmögenhetsförhållanden, s. 12.

⁵⁰ Prop. 1973:175 s. 7.

⁵¹ Prop. 1973:158 s. 123.

oförenlig med grunderna för den svenska rättsordningen, oavsett om grunderna är fastställda i lag.⁵²

2.7 Europeiska unionen

EU har som ett av många syften att arbeta gemensamt mot en union utan inre gränser. Det, som till en början avsåg en gemensam förvaltning av kol- och stålindustrin, har numera utvidgats till att även omfatta en gemensam inre marknad med rörelsefrihet mellan medlemsstaterna för människor, varor, tjänster och kapital.⁵³ Sverige anslöt sig till EU år 1995.⁵⁴

De enskilda medlemsstaterna hade redan vid EU:s tillkomst internationella privaträttsliga regler som ålade de nationella domstolarna att i vissa fall tillämpa utländsk materiell rätt. Med hjälp av EU kunde medlemsstaterna skapa enhetliga lagvalsregler för att fastställa vilken stats rättsordning som skulle avgöra en tvist som hade en koppling till flera olika medlemsstater. Syftet var att skapa rättssäkerhet och förutsägbarhet för unionsmedborgarna då de förflyttar sig inom unionens gränser eftersom avsaknaden av lagvalsregler utgör ett hinder för den fria rörligheten inom EU. Det rättsliga samarbetet uppnås genom att institutionerna antar bindande rättsakter.⁵⁵ Här ska kort nämnas de EU-förordningar som antagits och som är av betydelse för det ämne som denna uppsats avhandlar.

År 1968 antogs Brysselkonventionen om domstols behörighet och om verkställighet av domar på privaträttens område. Brysselkonventionen ersattes av rådets förordning (EG) nr 44/2001 av den 22 december 2000 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område, härefter Bryssel I.

Rådets förordning (EG) nr 2201/2003 av den 27 november 2003 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar i äktenskapsmål och mål om föräld-

⁵² Bogdan, s. 80.

⁵³ http://europa.eu/about-eu/basic-information/index_sv.htm, tillgänglig den 16 mars 2012. Se även art. 26.2 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt.

⁵⁴ http://ec.europa.eu/sverige/eu_facts/sweden_in_eu/index_sv.htm, tillgänglig den 16 mars 2012.

⁵⁵ Institutionerna ska enligt art. 13 i Fördraget om Europeiska Unionen, EUF, vara Europaparlamentet, Europeiska rådet, Rådet, Europeiska kommissionen, Europeiska unionens domstol, Europeiska centralbanken och Revisionsrätten. Bindande rättsakter utfärdade av EU är, enligt art. 288 Fördraget om Europeiska Unionens funktionssätt, FEUF, förordningar, direktiv samt beslut.

raansvar samt om upphävande av förordning (EG) nr 1347/2000, härefter Bryssel II, antogs även den i syfte att främja en union med frihet, säkerhet och rättvisa där den fria rörligheten för personer garanteras. Detsamma avser 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, härefter EU-underhåll.⁵⁶

Rådets förordning (EU) nr 1259/2010 av den 20 december 2010 om genomförande av ett fördjupat samarbete om tillämplig lag för äktenskapsskillnad och hemskillnad, härefter Rom III, är ett fördjupat samarbete mellan 14 länder i syfte att även här garantera den fria rörligheten för personer inom EU.⁵⁷

Gemensamt för de ovan nämnda förordningarna är att de reglerar domstols behörighet, erkännande och verkställighet av utländska domar och ibland även tillämplig lag inom det familjerättsliga området. Förevarande förordningar innehåller alla ordre public-förbehåll.⁵⁸ Märk väl att FEUF innehåller uttryckliga förbehåll som legitimerar en medlemsstat att förhindra den fria rörligheten av varor, personer, tjänster och kapital av hänsyn till allmän ordning. Skillnaden mellan förbehållen i FEUF och de i ovan nämnda EU-förordningarna är att FEUF åsyftar undantag av administrativ och straffrättslig natur medan de senare hänförs till den internationella privaträtten.⁵⁹

De hittills i EU antagna förordningarna är dock inte tillämpliga på makars förmögenhetsförhållanden eller arv och testamente.⁶⁰ Att anta rättsakter på dessa områden var en av de prioriteringar som fastlogs vid EU-toppmötet i Wien år 1998. Anledningen är att osäkerheten kring frågor om makars förmögenhetsförhållanden, arv och testamente vid gränsöverskridande situationer utgör ett hinder för unionens medborgare att dra full nyt-

⁵⁶ EU-underhåll är en egen förkortning på förordningen.

⁵⁷ Det fördjupade samarbetet ingicks mellan 14 medlemsstater: Belgien, Bulgarien, Tyskland, Spanien, Frankrike, Italien, Lettland, Luxemburg, Ungern, Malta Österrike, Portugal, Rumänien och Slovenien. Se skäl 6 i ingressen i Rom III. Märk väl att Sverige inte ingick i detta samarbete.

⁵⁸ Ordre public-förbehållet återfinns i art. 34.1 och 45.1 Bryssel I, art. 22.a och 23.a i Bryssel II, art. 24 i EU-underhåll samt art. 12 i Rom III.

⁵⁹ Bogdan, Michael, SvJT 2001 s. 332, Ordre public, internationellt tvingande rättsregler och kringgåendeläran i EG-domstolens praxis rörande internationell privat.

⁶⁰ Art. 1.2.a Bryssel I, skäl 8 i ingressen samt art. 1.3.f. i Bryssel II och art. 1.2.e. och 1.2.h. i Rom III. Rom I är dock tillämplig på gåvor mellan makar och EU-underhåll är tillämplig på underhållsskyldighet mellan makar.

ta av de rättigheter som är förbundna med EU-medborgarskapet. Kommissionen lade år 2005 fram en grönbok om arv och testamente⁶¹ och år 2006 ytterligare en grönbok om lagval i frågor om makars förmögenhetsförhållanden.⁶²

EU-domstolen har i åtskilliga domslut påpekat att respektive medlemsstat är ensam behörig att definiera och avgränsa de principer i rättssystemet som den anser är av betydelse att beskydda, förutsatt att det sker en restriktiv tillämpning av förbehållet.⁶³ EU-domstolen har i vissa fall tolkat ordre public-förbehållet i Brysselkonventionen och Bryssel I då en medlemsstat vägrat erkänna eller verkställa en dom som meddelats i en annan stat. Domstolen erinrar dock att även om det är upp till medlemsstaterna att definiera och avgränsa de principer i sitt rättssystem som de anser är av betydelse att beskydda, kan gränserna för förbehållet kontrolleras av EU-domstolen.⁶⁴ Att vägra att erkänna och verkställa en utländsk dom ska bero på att domen inskränker en grundläggande princip. Inskränkningen måste även innebära ett klart åsidosättande av en rättsregel som anses vara fundamental i rättsordningen i den stat där domen görs gällande, eller av en rättighet, som erkänns som grundläggande i denna rättsordning.⁶⁵

Av särskild vikt är de grundläggande rättigheter som följer av medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner och av de folkrättsliga dokument angående skydd för de mänskliga rättigheterna som medlemsstaterna har varit med om att utarbeta eller har tillträtt.⁶⁶ Lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, härefter Europakonventionen, utgör en av dem.

EU-domstolen har ansett att inskränkning av nämnda rättigheter och friheter i vissa fall kan ske, men inskränkning måste svara mot de mål som är av allmänintresse och som

⁶¹ KOM(2005) 65 slutlig, Bryssel den 01.03.2005.

⁶² KOM(2006) 400 slutlig, Bryssel den 17.07.2006.

⁶³ Mål C-414/92 Solo Kleinmotoren GmbH mot Emilio Boch, REG 1994 I-02237 punkt 20, mål C-7/98 Dieter Krombach mot André Bamberski, REG 2000 s. I-1935, punkt 21, mål C-38/98 Régie nationale des usines Renault SA mot Maxicar SpA och Orazio Formento, REG 2000 s. I-02973 punkt 26.

⁶⁴ Mål C-7/98 punkt 22 och 23, mål C-394/07 Marco Gambazzi mot DaimlerChrysler Canada Inc. och CIBC Mellon Trust Company, REG 2009 s. I-02563, punkt 26, mål C-38/98 punkt 27.

⁶⁵ Mål C-7/98 punkt 37, mål C-394/07 punkt 27, mål C-38/98 punkt 30.

⁶⁶ Mål C-7/98 punkt 38-39, mål C-394/07 punkt 28.

ligger bakom åtgärden i fråga och inte, med hänsyn till det eftersträvade målet, innebära en klar och oproportionerlig inskränkning av de garanterade rättigheterna.⁶⁷ Proportionalitetsprincipen har visserligen inte alltid åberopats av EU-domstolen, men har på senare år blivit ett viktigt hjälpmedel i bedömningen.⁶⁸

Det är därför inte omöjligt att tillämpa nyss nämnda rättsfall, som i och för sig gäller Brysselkonventionen och Bryssel I, som vägledning även i tvister rörande ordre public-förbehålets tolkning och tillämpning i Förslaget om EU-bodelning, då denna träder i kraft. EU-domstolen har själv i ett fall, då frågan avsåg tolkningen av ordre public-förbehållet i rådets förordning (EG) nr 1346/2000 om insolvensförfarande, hänvisat till avgöranden som avsåg tolkningen av förbehållet i Brysselkonventionen och Bryssel I.⁶⁹ Oavsett enligt vilken rättsakt förbehållet tillämpas, bör den nationella domstolen ta de mål som unionen vill eftersträva i beaktande. De enskilda medlemsstaterna kan således inte genom en extensiv tillämpning av ordre public-förbehållet undvika att tillämpa utländsk bestämmelse eller vägra att erkänna eller verkställa utländsk dom. Förbehållet är uttryckligen endast avsett att tillämpas i exceptionella fall. Förbehållet får självklart inte tillämpas i syfte att rättsligt eller faktiskt diskriminera en EU-medborgare från ett annat land.⁷⁰

⁶⁷ Mål C-394/07 punkt 29.

⁶⁸ Mål C-319/06 Europeiska kommissionen mot Storhertigdömet Luxemburg, REG 2008 s. I-04323, punkt 51, Mål C-394/07 punkt 32, mål C-28/05 G.J. Dokter, Maatschap Van den Top och W. Boekhout mot Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit, REG 2006 s. I-05431 punkt 75.

⁶⁹ Mål C-341/04 Eurofood IFSC Ltd, REG 2006, s. I-3813, punkt 62.

⁷⁰ Mål C-15/78 Société générale alsacienne de banque SA mot Walter Koestler.

3 Utredningen av innehållet i utländsk rätt

3.1 Allmänt

Båda parter kan vid en tvist om makarnas förmögenhetsförhållanden åberopa ordre public-förbehållet i domstol. Domstolen ska dock självant, *ex officio*, tillämpa förbehållet även när ingen av parterna åberopar det.⁷¹ Domstolen ska därvid ta hänsyn dels till vilken typ av mål tvisten hänför sig dels huruvida den utländska rätten ska tillämpas med anledning av å ena sidan den lojala tillämpningens princip å andra sidan ordre public-förbehållet.

3.2 Ex officio och åberopandeprincipen

I den svenska doktrinen diskuteras huruvida svensk domstol är skyldig att *ex officio* tillämpa lagvalsreglerna eller om de endast ska tillämpas då part åberopar dem.⁷² Hänsyn bör i förevarande fall tas till huruvida målet är dispositivt eller indispositivt, vilket i sin tur inte kan bestämmas förrän den tillämpliga lagen är fastställd, eftersom detta baseras på den materialrättsliga frågan. Med dispositiva mål avses mål där förlikning om saken är tillåten och där endast parternas intresse är av betydelse. I indispositiva mål är förlikning om saken inte tillåten, eftersom det föreligger ett offentligt intresse, som ska beaktas oavsett parternas önskemål om tillämplig lag.⁷³

Enligt doktrinen är det allmänt accepterat att domstolen i indispositiva mål bör tillämpa svenska lagvalsregler *ex officio* och därför i förekommande fall även utländsk materiell rätt, även om parterna överenskommit om tillämplig lag på sina inbördes förhållanden.⁷⁴ Domstolen får däremot i dispositiva mål inte grunda en dom på omständigheter som inte åberopats av part som grund för hans talan enligt 17 kap. 3 § rättegångsbalken (1942:740), härefter RB.

Skiljaktiga meningar råder huruvida domstolen i dispositiva mål ska efterforska fakta som föranleder tillämpning av utländskt rätt. Vissa författare anser att domstolen varken

⁷¹ Bogdan, s. 77.

⁷² Jänterä-Jareborg, s. 103-106, 119- 123, Pålsson, Lennart, Svensk rättspraxis i internationell familje- och arvsrätt, Stockholm 2006, s. 40- 42 (cit. Pålsson), Bogdan, s. 46-50, Eek, s. 137-139.

⁷³ Bogdan, s. 46, Jänterä-Jareborg, s. 130-131.

⁷⁴ Jänterä-Jareborg, Maarit s. 131, Pålsson, s. 40, Bogdan, s. 46. Eek, , s. 137, Karlgren, s. 73, Bergquist, Ulf, Internationell arvs- och bodelningsrätt, en kommentar, Stockholm 2003 s. 21 (cit. Bergquist).

behöver eller bör utreda de omständigheter som aktualiserar främmande rätt, men att en erinran bör ske i syfte att varna part för den omständigheten att utländsk lag kan vara tillämplig.⁷⁵ Märk väl att ordre public-förbehållet inte aktualiseras om den tillämpliga lagen, enligt lagvalsreglerna, är svensk rätt.

Enligt 35 kap. 2 § 2 st. RB har domstolen rätt att begära att part framför bevisning om den utländska rättens innehåll. Enligt förarbetena bör domstolen dock inte begära detta om det är svårare för privatpersonerna än för domstolen att inhämta bevisning.⁷⁶ Hovrätten för Västra Sverige yttrade sig om denna problematik i en remiss till 1973 års proposition med förslag till lag om ändring i lagen (1904:26 s. 1) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap och förmyndarskap. Hovrätten för Västra Sverige anförde att det kan vara svårt och tidskrävande att få tag i tillförlitlig och fullständig information om utländska rättsregler, i synnerhet utländska rättsfall.⁷⁷ Enligt specialmotiveringen i förevarande proposition bör det inte ställas för stora krav på utredningen om innehållet i främmande lag, eftersom det ofta är tveksamt huruvida utredningen är korrekt och fullständig.⁷⁸ Märk väl att domstolens speciella utredning, om huruvida ordre public-förbehållet bör aktualiseras, är baserad på den allmänna utredningen om innehållet i den främmande lagen.

3.3 Lojal tillämpning av utländsk rätt

De svenska domstolarna har en skyldighet att vara lojala i sin tillämpning av utländsk rätt, vilket innebär att domstolarna ska tolka och tillämpa den utländska rättsordningen på samma sätt som den tolkas och tillämpas i ursprungslandet.⁷⁹ Den svenska domstolen

⁷⁵ Då denna utredning ligger lite utanför syftet med uppsatsen kommer en redogörelse för andra åsikter än de anförda inte att göras. För en utförligare redogörelse se Jänterä-Jareborg, s. 169-173. Se även Bogdan, s. 46.

⁷⁶ Prop. 1973:158 s 107 f.

⁷⁷ Prop. 1973:158 s. 35. Även om det har skett en stor utveckling inom den internationella privaträtten, inte mindre genom de enhetliga regler som EU åstadkommit att genomföra finns det fortfarande skillnader i den materiella lagstiftningen i de olika rättsordningarna framförallt mellan ett medlemsland och ett tredje land. Se även Bogdan, s. 54-58, Jänterä-Jareborg, s. 235-299, Pålsson, s. 42- 45, Eek, s. 226-238.

⁷⁸ Prop. 1973:158 s. 108.

⁷⁹ Bogdan, s. 51, Jänterä-Jareborg, s. 300 f, Eek, s. 259-264, Bergquist, s. 24.

bör inte endast fästa vikt vid de utländska lagbestämmelserna utan även rättsliga avgöranden samt gällande tolkningsprinciper som råder i den utländska rättsordningen.⁸⁰

Den svenska doktrinen har ibland uppfattat en motvilja hos domstolarna att tillämpa utländsk rätt och i vissa fall blir slutresultatet inte pålitligt.⁸¹ En anledning är att den utredning som domstolen eller parterna företar, efter uppmaning av domstolen, ofta inte är fullständig. En annan anledning är att den utländska rättsordningen är främmande för den svenska domstolen, varför det blir svårare att åstadkomma en lojal tillämpning.⁸² Även om den svenska domstolen bör tillämpa den utländska rättsordningen lojalt, är det i slutändan en svensk dom som tvisten utmynnar i och inte en utländsk. Det får den innebörden att den svenska domen inte blir ett normerande rättsfall i den utländska rättsordningen utan endast i Sverige. Avgörandets prejudikatsvärde måste dock anses begränsat då utredningar i främmande rätt ofta är tveksamma till sin korrekthet och fullständighet.⁸³ En dom där utländsk rätt tillämpas erhåller ofta inte prövningstillstånd i högre rätt. Därför är det av stor betydelse för parterna att utredningen är så korrekt som möjligt redan i första instans.⁸⁴

⁸⁰ Bergquist, s. 25.

⁸¹ Bogdan, s. 53 not 28, Jänterä-Jareborg, s. 302-303, Eek, s. 259, Pålsson, s. 43-44.

⁸² Jänterä-Jareborg, s. 302, not 10.

⁸³ Se 3.2 samt prop. 1973:158 s. 108.

⁸⁴ Bogdan, s. 54.

4 Ordre public – en begränsning av den utländska rättens tillämpning

4.1 Allmänt

En stats samhällsförhållanden är präglade av ekonomiska, sociala och politiska intressen. Dess rättsordning är baserad på grundläggande värderingar och principer utvecklade i syfte att skydda såväl det allmänna som enskilda medborgare. Tillämpningen av utländsk rätt kan i vissa fall leda till att samhällsintresset och de principer den är byggd på motverkas. Det vore absurt att tvinga en stat att tillämpa en annan stats rättsordning, vars bestämmelser klart och tydligt motarbetar den förstnämnda statens rätts- och samhällsordning.

Ett annat scenario kan vara att den stat, vars rättsordning enligt den internationellt privaträttsliga regeln är *lex causae*, föreskriver diskriminerande bestämmelser där personer på grund av sin livsåskådning, politiska intressen eller ras särbehandlas eller till och med utesluts ur samhället. I dessa fall måste hänsyn tas till de bestämmelser som begränsar tillämpningen av utländsk rätt, även om den enligt de allmänna internationellt privaträttsliga reglerna är *lex causae*. I förevarande fall kan domstolen tillämpa *lex fori*. Detta är dock inte den ultimata lösningen, eftersom en orimlig tillämpning av begränsningarna i syfte att ge *lex fori* företräde framför *lex causae* skulle kunna resultera i att den internationella privaträttens tillvaro hotas.⁸⁵

4.2 Innebörden av svensk ordre public

4.2.1 Negativt ordre public-förbehåll

Då den internationella privaträtten utvecklades i Sverige var den svenska doktrinen av samma åsikt som Huber, Savigny, Mancini med flera.⁸⁶ Dessa ansåg att en tillämpning av utländsk rätt bör begränsas då den strider mot grunderna för rättsordningen här i riket. Den nyssnämnda åsikten kan bero på skolornas inflytande på svensk rätt, men även på den naturliga omständigheten att olika rättsordningar förhåller sig olika till vissa rättsfrågor, eftersom länder kan ha skilda värderingar och principer. I svenska domstolar kan utländsk rätt tillämpas, samt erkännande och verkställighet av utländsk dom ske, om rättsförhållandet har en närmare anknytning till den utländska rättsordningen än till

⁸⁵ Karlgren, s. 43.

⁸⁶ Eek, s. 29-30.

den svenska rättsordningen.⁸⁷ Villkoret är dock att tillämpningen inte leder till ett resultat som är uppenbart oförenligt med grunderna för rättsordningen här i riket. I förevarande fall kommer tillämpningen, erkännandet eller verkställigheten inte att ske, eftersom det skulle leda till ett, enligt svensk uppfattning, stötande resultat, ett så kallat negativt ordre public-förbehåll.⁸⁸ En tillämpning av ett negativt ordre public-förbehåll beror på den utländska bestämmelsens beskaffenhet och inte på att det finns ett särskilt intresse av att den svenska bestämmelsen tillämpas.

Det är inte bestämmelsen i sig som ska vara uppenbart oförenlig med grunderna för rättsordningen utan *resultatet* av bestämmelsens tillämpning i det enskilda fallet.⁸⁹ Märk väl att enbart den omständigheten, att den utländska bestämmelsen eller domen avviker från motsvarande svensk bestämmelse eller dom, inte föranleder ett återopande av förbehållet.⁹⁰

Ett ytterligare rekvisit som måste uppfyllas är att den utländska bestämmelsens tillämpning ska vara *uppenbart* oförenlig med grunderna för rättsordningen här i riket.⁹¹ Det som idag anses uppenbart oförenligt med grunderna för rättsordningen här i riket, kanske inte var lika uppenbart oförenligt för ett antal år sedan.⁹² Till exempel hade utomäktenskapliga barn tidigare inte samma arvsrätt efter fadern som inomäktenskapliga barn. Genom lagändringen år 1969 utvidgades den fulla arvsrätten att omfatta även utomäktenskapliga barn. Idag skulle en bestämmelse där utomäktenskapliga barn diskrimineras anses uppenbart oförenlig med grunderna för rättsordningen här i riket. Märk väl att grunderna inte behöver vara fastställda i lag eller dom för att förbehållet ska bli tillämp-

⁸⁷ Jänterä-Jareborg, s. 42.

⁸⁸ SvJT 1993 s. 309, Bogdan, Michael, Ordre public och tvingande rättsregler i Haagkonventionerna om internationell privat- och processrätt samt Bogdan, s. 84.

⁸⁹ Prop. 1973:158 s. 123.

⁹⁰ Pålsson, s. 47. Detta exempel är hämtat ur SOU 1983:25 Internationella faderskapsfrågor, Betänkande av utredningen om internationella faderskapsfrågor, Stockholm 1983, s. 118 i syfte att tydliggöra resonemanget. Anta att en talan väcks vid svensk domstol med yrkande om fastställelse av faderskapet. Talan väcks av ett barn med hemvist i Frankrike mot en man med hemvist i Sverige. Enligt fransk lagstiftning, som är den tillämpliga rättsordningen i förevarande fall, får talan föras endast vid vissa uppräknade fall. Detta utgör inte ett av dem. Den svenska domstolen avser, med anledning av ordre public-förbehållet, att förvägra tillämpning av utländsk rätt. Detta innebär inte att domstolen i ett annat fall skulle vägra tillämpning av den franska bestämmelsen om villkoren för att väcka talan vore uppfyllda.

⁹¹ Prop. 1989/90:87 s. 25.

⁹² Bogdan, s. 81.

ligt.⁹³ Under vilka omständigheter ordre public-förbehållet kan åberopas är dock inte preciserat av lagstiftaren. Frågan har i stället överlämnats till rättstillämpningen, främst domstolen, att avgöra.⁹⁴

4.2.2 Positivt ordre public-förbehåll

Med positiva ordre public-förbehåll menas svenska lagvalsregler som alltid ska tillämpas oavsett under vilken rättsordning rättsförhållandet lyder och oavsett den utländska rättens materiella innehåll.⁹⁵ I förarbetena anges att positiva ordre-public-förbehåll tillämpas då intresset av att svenska regler tillämpas gör sig gällande med särskild styrka eller då en tillämpning av utländsk rätt på annat sätt kan vara svår att förena med den svenska rättsordningen.⁹⁶ Sådana bestämmelser benämns *internationellt tvingande regler/ bestämmelser* eller *absoluta regler* och återfinns på flera ställen i den svenska internationella privaträtten.

I LIMF är vissa bestämmelser internationellt tvingande regler. I 9 § LIMF anges det att Äktenskapsbalkens (1987:230), härefter ÄktB, bestämmelser, om förfogande över makars gemensamma bostad och bohag, och om en makes rätt att vid bodelningen överta sådan egendom, alltid ska tillämpas om bostaden och bohaget finns i Sverige. Enligt 10 § LIMF får jämkning ske enligt ÄktB:s bestämmelser om bodelning görs i Sverige även om utländsk rätt är tillämplig på makarnas förmögenhetsförhållanden.⁹⁷

Michael Bogdan anser att ordre public-förbehållet inte bör tillämpas enbart av den anledningen att den utländska bestämmelsen strider mot svensk tvingande civilrättslig lagstiftning. Han, liksom Hjalmar Karlgren, anser att svenska tvingande lagbestämmelser, vilka oftast syftar till att skydda rättsförhållandets svagare part, i vissa fall bör ge vika när utländsk rätt är *lex causae*. Motsatsen skulle leda till en överdriven tillämpning av *lex fori*, inte minst inom familjerättens centrala delar.⁹⁸ Dock anser Karlgren att det vore

⁹³ Bogdan, s. 77.

⁹⁴ Prop. 1989/90:87 s. 60 samt Bogdan, s. 80.

⁹⁵ Bogdan, s. 84-85.

⁹⁶ Prop. 1989/90:87 s. 25.

⁹⁷ Prop. 1989/90:87 s. 48-58, Prop. 2000/01:148. Regeringens proposition, Internationella frågor om makars och sambors förmögenhetsförhållanden, s. 12.

⁹⁸ Bogdan, s. 80, Karlgren, s. 43-44.

att gå för långt om ordre public-förbehållet bara åberopas då tillämpningen av utländsk rätt omedelbart angriper grundvalarna för den egna statens statliga eller ekonomiska liv.⁹⁹

4.2.3 Permissiv och prohibitiv ordre public

Förutom det negativa och det positiva ordre public-förbehållet finns även två andra benämningar inom den internationellt privaträttsliga doktrinen. Här talas det om permissiv och prohibitiv användning av ordre public-förbehåll.¹⁰⁰ Den första avser bestämmelser som tillåter något som *lex causae* annars skulle förbjuda, ett exempel är samkönade äktenskap, 1 kap. 1 § ÄktB. Prohibitiva ordre public-förbehåll avser i stället ett förbud mot vissa regler i *lex causae*, exempelvis olika behandling av inom- och utomäktenskapliga barn.

4.3 Restriktiv tillämpning av ordre public-förbehållet

4.3.1 Domstolens värdering av omständigheterna i det enskilda fallet

Ordre public-förbehållets tillämpning växlar i takt med rättsordningarnas samhällsutveckling.¹⁰¹ Svensk domstol har en skyldighet att avgöra huruvida ordre public-förbehållet ska tillämpas eller inte men förbehållet åberopas sällan i domstolarna. I de fall det faktiskt har åberopats – oftast i mål som rör barn – har en restriktiv tillämpning skett.¹⁰² Domstolen ska avgöra om konsekvenserna av den utländska bestämmelsens tillämpning i det enskilda fallet är uppenbart oförenliga med grunderna för rättsordningen här i riket. Detta innebär att den utländska bestämmelsen inte under alla omständigheter skjuts åt sidan av hänsyn till ordre public-förbehållet eftersom, samma bestämmelse i ett annat sammanhang kan anses fullt acceptabel och i linje med svensk rättsordning.¹⁰³ Här nedan ska två fall från kammarrätten illustrera hur domstolen värderar omständigheterna i det enskilda fallet då ordre public-förbehållet kan vara för handen.

⁹⁹ Karlgren, s. 44.

¹⁰⁰ Bogdan, s. 84.

¹⁰¹ Bogdan, s. 81.

¹⁰² Prop. 1973:158 s. 123 och NJA 1999 s. 181.

¹⁰³ SOU 1983:25 s. 118, Karlgren, s. 44.

Kammarrätten biföll i ett fall från 2008 skatteverkets beslut om att neka erkännande av ett äktenskap ingånget i Irak.¹⁰⁴ Enligt 1 kap. 7 § IÄL är ett utländskt ingånget äktenskap giltigt i Sverige om det är giltigt i den stat där det ingicks, såvida det inte strider mot ordre public i 7 kap. 4 § IÄL. Kvinnan hade vid tiden för äktenskapets ingående varit 14 år gammal och därmed inte uppnått den ålder som enligt svensk lag är godkänd för att ingå äktenskap. Skatteverket ansåg att ett erkännande av vigseln skulle vara uppenbart oförenligt med grunderna för rättsordningen i Sverige, eftersom omständigheterna i det enskilda fallet – ett äktenskap ingånget med en underårig – motsvarar ett av de exempel där ordre public-förbehållet kan tillämpas enligt 7 kap. 4 § IÄL.¹⁰⁵ Makarna har sedan äktenskapets ingående varit gifta i mer än tio år och har sedan dess fått tre barn. Kammarrätten vägrade erkänna den utländska vigseln. Kammarrätten ansåg inte att vägrat erkännande kunde antas leda till allvarliga ekonomiska och sociala konsekvenser för paret i Sverige.

I ett annat fall från kammarrätten hade migrationsverket avslagit en ansökan om uppehållstillstånd.¹⁰⁶ Kvinnan uppgav att hon giftes bort under tvång som 15 åring i Irak. Hon och maken hade fått ett gemensamt barn men maken hade vid tiden för ansökan blivit kidnappad och kunde inte påträffas. Migrationsverket vägrade att bevilja henne uppehållstillstånd. Som grund för sin ansökan om uppehållstillstånd anförde kvinnan att hon tillhörde sin fars kärnfamilj. Migrationsverket ansåg emellertid att hon på grund av äktenskapet lämnat faderns kärnfamilj. Migrationsverket ansåg inte att äktenskapet kunde förklaras ogiltigt eftersom det enligt irakisk lag är tillåtet att äktenskap ingås på det sätt som skett. Avvikelserna i den främmande lagen är därför inte så väsentliga att äktenskapet ska anses vara ogiltigt enbart på grund av att hon varit underårig vid äktenskapets ingående enligt 7 kap. 4 § IÄL. Enligt kammarrätten har det inte heller gjorts sannolikt att äktenskapet ingåtts under tvång.

Domstolen dömde annorlunda i det andra fallet trots att ordre public-förbehållet i 7 kap. 4 § IÄL åberopats med anledning av kvinnans unga ålder. Domstolens värdering av omständigheterna i det senare fallet tydde på att kvinnan hade en närmare anknytning till

¹⁰⁴ KamR 934-08.

¹⁰⁵ Prop. 2003/04:48. Regeringens proposition, Åtgärder mot barnäktenskap och tvångsäktenskap s. 25.

¹⁰⁶ KamR UM 6327-11.

den utländska rätten. Det fanns därför mindre skäl för att ingripa med ordre public för att korrigera resultatet.

4.3.2 Närmaste anknytning baserade på objektiva omständigheter

Domstolens värdering av konsekvenserna av den utländska rättens tillämpning baseras på den vid varje tid härskande allmänna uppfattningen i landet.¹⁰⁷ Enligt förarbetena ter det sig lättare att acceptera en utländsk bestämmelse om rättsförhållandet i det enskilda fallet har en starkare anknytning till den utländska rättsordningen. Det skulle därför vara mindre angeläget att korrigera resultatet med hjälp av ordre public-förbehållet¹⁰⁸ Enligt utredningen om internationella faderskapsfrågor beror detta på att ju mindre rättsförhållandet har med svensk rätt att göra desto mindre skäl finns det för att hävda det svenska intresset.¹⁰⁹ För att fastställa den närmaste anknytningen tar domstolen hänsyn till objektiv fakta som till exempel var makarna hade sitt senaste hemvist, vilket medborgarskap vederbörande har eller var egendomen, som tvisten avser, är belägen.¹¹⁰ Domstolen tar även hänsyn till syftet bakom de svenska bestämmelserna, till exempel de positiva ordre public-förbehållen.

4.3.3 Närmaste anknytning baserade på subjektiva omständigheter

Det svenska samhället består av ett mångkulturellt sådant. Invandrare, vars kulturella grupptillhörighet och religiösa åskådning skiljer sig från den svenska, tillförsäkras en lagstadgad rätt att värna om sin religion och den sedvänja som följer av den.¹¹¹ En del har en önskan om att lösa sina inbördes rättsförhållanden enligt den egna kulturen och traditionen, vilket är fullt tillåtet i Sverige så länge de inte strider mot grunderna för den svenska rättsordningen.

Mosa Sayed, forskare vid Uppsala universitet, anser att ”den svenska mångkulturalismen inte haft till syfte att skapa ett samhälle som kännetecknas av en rättslig mångfald

¹⁰⁷ Eek, s. 244.

¹⁰⁸ Prop. 1973:158 s. 123.

¹⁰⁹ SOU 1983:25 s. 119.

¹¹⁰ Se bland andra 2 och 4 §§ LIMF.

¹¹¹ Bland andra 1 kap. 10 § och 2 kap. 1 § 6p. regeringsformen (1974:152).

eller en mångkulturell rättsordning”¹¹². Den kulturella valfriheten som invandrare tillförsäkras i den svenska invandrapolitiken begränsas enligt honom till att endast avse sådana kulturella värderingar, seder och bruk som inte går emot svensk lag eller grundläggande värderingar i Sverige. Mosa Sayed anser att den svenska lagstiftaren bör beakta de kulturella värderingarna även hos de ”nyanlända” i Sverige för att spegla den kulturella valfriheten, som råder inom invandrapolitiken. Därför bör, enligt hans mening, fakta av subjektiv karaktär såsom den avlidnes uttryckliga vilja eller presumerade intentioner tas i beaktande.

Utländsk lagstiftning baserad på religion som till exempel muslimsk rätt, sharialagar,¹¹³ har ofta varit uppe för diskussion i ordre public-sammanhang.¹¹⁴ Olika arvsregler för man och kvinna kan föranleda tillämpning av ordre public-förbehållet. Det samma avser situationer då utomäktenskapliga barn förvägras arvsrätt efter fadern, eller då någon förvägras sin arvsrätt på grund av att han/hon konverterat till en annan religion eller övergått till att bli ateist.

Inom exempelvis islam är den kulturella sedvänjan väl sammanbunden med den religiösa. Därför anser Mosa Sayed att den internationella arvsrättsliga lagstiftningen i Sverige bör, med anledning av den kulturella mångfalden, inkludera och ha det ”nyanlända” folket i beaktande, om man vill hävda att lagstiftningen ska utgå från alla medborgares levnadsvillkor.¹¹⁵ En muhammedan som har önskemål om att fördela sin kvarlåtenskap enligt muslimska lagar, sharialagar, ska således ha möjlighet att göra det. Detta önskemål kan dock komma att begränsas med anledning av de grundläggande värderingarna i Sverige, som måste hävdas i alla sammanhang och som ofta exemplifieras med hänvisning till jämställdheten mellan man och kvinna.¹¹⁶

I Sverige har efterlevande make enligt 9 kap. 1 § ÄktB rätt att överta hälften av makarnas gemensamma tillgångar på grund av sin giftorätt. Den efterlevande maken ärver

¹¹² Sayed, Mosa, Islam och arvsrätt i det mångkulturella Sverige- En internationellt privaträttslig och jämförande studie, Västerås 2009, s. 116 (cit. Sayed).

¹¹³ ”Sharia är ett religiöst regelsystem, motsvarande exempelvis den katolska kyrkans kanoniska rätt”, Bogdan, Michael, Komparativ rättskunskap, Stockholm 2003, s. 190.

¹¹⁴ Prop. 1973:158 s. 123.

¹¹⁵ Sayed, s. 99.

¹¹⁶ Sayed, s. 116.

dessutom med fri förfoganderätt för makarnas gemensamma bröstarvingar enligt 3 kap. 1 § 1 st. 1 men. ÄB.¹¹⁷ Efterlevande make har också enligt 3 kap. 1 § 2 st. ÄB, rätt att alltid erhålla ett minimibelopp, tillsammans med vid bodelningen erhållen egendom och egen enskild egendom, motsvarande fyra prisbasbelopp. Efterlevande makes ekonomiska ställning är således stark enligt ovan nämnda lagbestämmelser.

Makarnas tillgångar fördelas, enligt sharialagen, inte på samma sätt som ÄktB:s bestämmelser föreskriver. Maken är berättigad till mahr, brudpenning, motsvarande en summa vars värde makarna avtalar om vid äktenskapets ingående. Maken har ingen sådan rättighet. Denna fråga har upptagits av domstolen i RH 2005:66 där det fastställdes att mahr ska anses vara en utjämning av makarnas förmögenhetsförhållanden. I en tidigare dom, RH 1993:116, ansåg domstolen att det var en fråga om makars inbördes underhållsskyldighet. Mahr utgår, enligt sharialagen, enbart under äktenskapet eller vid äktenskapsskillnad och inte vid makens frånfälle. Den efterlevande makans andel i tillgångarna beror således på vad denne är berättigad till och vilka denne har att konkurrera med vid fördelningen av arvet. Här talas om bröstarvingar, mor- och farföräldrar, syskon, mor- och farbröder och kusiner.¹¹⁸

Frågan, som aktualiseras inom ramen för ordre public-förbehållet, är huruvida den efterlevande maken vid en fördelning av kvarlåtenskapen enligt sharialagarna, erhåller en tillräcklig stor andel för att man ska kunna anse att hon tillförsäkrats ett tillräckligt starkt ekonomiskt skydd.¹¹⁹ Om en make ska ha rätt att erhålla bodelning, enligt svenska bodelningsregler, måste den tillämpliga lagens materiella rätt på makarnas förmögenhetsförhållanden ge ett direkt stötande utfall. Det hindrar emellertid inte att tillämpning av ordre public-förbehållet kan aktualiseras om det enskilda fallet har en nära anknytning till svensk rätt.¹²⁰

¹¹⁷ Bröstarvingar, som inte är den efterlevande makens, har, tillskillnad från gemensamma bröstarvingar, rätt att erhålla sin del av kvarlåtenskapen i samband med föräldrarnas frånfälle enligt 3 kap. 1 § 1 st. 2 men. ÄB.

¹¹⁸ Sayed, s. 324.

¹¹⁹ SOU 1987:18. Internationella familjerettsfrågor, Slutbetänkande av familjelagssakkunniga, Stockholm 1987 s. 105.

¹²⁰ Prop. 1989/90:87 s. 48.

Bestämmelser i den främmande arvsrätten som föreskriver att kvinnor och män inte ärver med samma arvslott eller då arvtagarens religion utgör en förverkandegrund, är uppenbart oförenliga med grunderna för rättsordningen här i riket eftersom det bland annat strider mot art. 14 i Europakonventionen som föreskriver ett förbud mot diskriminering ”[...] på grund av kön, ras, hudfärg språk religion politisk eller annan åskådning, nationellt eller socialt ursprung, tillhörighet till nationell minoritet, förmögenhet, börd eller ställning i övrigt”. Ordre public-förbehållet är således även tillämpligt då rätten till arv förverkas på grund av att arvstagaren är ett utomäktenskapligt barn.

En annan fråga som har varit uppe för diskussion i flera länder och även i Sverige, är huruvida domstolen i en prejudiciell fråga¹²¹ kan tillämpa utländsk rätt, trots dess oförenlighet med grunderna för rättsordningen i domstolslandet. Ett ständigt omnämnt exempel är mål om arv efter en muhammedan som ingått äktenskap med flera makar. Frågan är huruvida arvet ska fördelas på alla fruar oavsett förbudet mot månggifte i svensk rätt. Samtliga fruar kanske kan anses ha arvsrätt i Sverige även om polygami enligt svensk lag är uppenbart oförenlig med grunderna för rättsordningen i riket.¹²²

4.4 Ordre public-förbehållets stöd i lag

En intressant fråga är om ordre public-förbehållet kan tillämpas oavsett stöd i lag. Michael Bogdan anser att tillämpningen av ordre public-förbehållet inte förutsätter stöd i lag oavsett det stora antalet ordre public-klausuler i den svenska internationella privat- och processrätten.¹²³ I förordning (1931:429) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap, adoption och förmyndarskap återfinns inget lagstadgat ordre public-förbehåll. Enligt Michael Bogdans och Maarit Jänterä-Jareborgs kommentarer till 22 § i förordningen i databasen Karnov, kan ordre public-förbehållet inte tillämpas i syfte att vägra erkännande av dom eller myndighets beslut meddelad i en av de andra nordiska staterna.¹²⁴ Orsaken till detta är att de övriga nordiska staternas lagstiftning liknar den

¹²¹ ”d.v.s. en sådan vars besvarande är nödvändigt för nämnda avgörande men beträffande vilken domstolens ställningstagande ej har rättskraft för framtiden”. Karlgren, Hjalmar, Kortfattad lärobok i internationell privat- och processrätt, Lund 1974, s. 44, not 3.

¹²² Prop. 1973:158 s. 123.

¹²³ Bogdan, s. 77.

¹²⁴ Bogdan, Michael, Jänterä-Jareborg, Maarit, (Karnov) kommentarer till 22 § Förordning (1931:429) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap, adoption och förmyndarskap.

svenska. Det är således osannolikt att den svenska domstolen skulle vägra tillämpning av nordisk rätt eller dom.¹²⁵

Det finns även föreskrifter som uttryckligen inte tillåter eller som begränsar ett åberopande av ordre public-förbehåll såsom art. 35.3 i Bryssel I och art. 24 i Bryssel II. I artiklarna anges att domstols behörighet inte kan angripas med ett ordre public-förbehåll. Ett uttryckligt ordre public-förbehåll får aldrig utnyttjas i syfte att undvika ett åtagande enligt EU-förordningar eftersom förbehållet tillämpas i enskilda fall.¹²⁶ Det får inte heller tillämpas på ett sådant sätt att det medför rättslig eller faktisk diskriminering i strid med EU-rätten.¹²⁷

4.5 Konsekvenserna av ordre public-förbehållets tillämpning

Den svenska domstolen och parterna har i uppgift att åberopa ordre public-förbehållet efter en värdering av konsekvenserna av den utländska bestämmelsens tillämpning. Skulle domstolen anse att konsekvenserna av tillämpningen av den utländska rätten är uppenbart oförenliga med grunderna för rättsordningen här i riket ska bestämmelsen skjutas åt sidan. I 4.1 ovan uppgavs att *lex fori* tillämpas i stället för den främmande rätten. Denna teori är dock omdiskuterad. I förarbetena har lagstiftaren angett att det även skulle vara möjligt att ogilla väckt talan eller framställd invändning utan att åberopa svensk lag.

I vissa fall kan det vara befogat att tillämpa en annan regel i den tillämpliga främmande lagen. Denna teori är dock omtvistad och den svenska lagstiftaren lämnar därför dessa frågor åt rättstillämpningen.¹²⁸ I tysk praxis och doktrin har denna problematik lösts genom att domstolen i stället för att tillämpa *lex fori*, försöker hitta ett annat alternativ i den främmande rätten.¹²⁹ Anta att den utländska materiella rätten, som enligt lagvalsreglerna utgör *lex causae*, innehåller olika arvsregler för inom- och utomäktenskapliga barn. Enligt domstolslandet är en sådan bestämmelse att anse som uppenbart oförenlig

¹²⁵ Bogdan, s. 78.

¹²⁶ NJA 1986 s.690, NJA 1996 not C 10, mål C-414/92 Solo Kleinmotoren GmbH mot Emilio Boch, REG 1994 I-02237 punkt 20, mål C-7/98 punkt 21, mål C-38/98 punkt 26.

¹²⁷ Mål C-15/78 Société générale alsacienne de banque SA mot Walter Koestler.

¹²⁸ Prop. 1973:158 s. 123-124.

¹²⁹ Eek, s. 246.

med grunderna för rättsordningen i riket och därför bör den utländska rättsregeln inte tillämpas på rättsförhållandet. Den tyska domstolen tillämpar i stället arvsreglerna för inomäktenskapliga barn även på utomäktenskapliga barn. Resultatet av ett sådant förfarande skulle enligt Hilding Eek strida mot såväl *lex causae* som *lex fori* och bör enligt honom därför avvisas.¹³⁰

Michael Bogdan anser att domstolen bör bemöta problematiken med försiktighet i syfte att inte tillåta en överdriven tillämpning av *lex fori*.¹³¹ Detta gäller särskilt inom familjerättens centrala delar då en överdriven tillämpning av *lex fori* uppenbart skulle strida mot själva syftet med lagvalsreglerna och för övrigt hela internationella privaträtten.

¹³⁰ Eek, s. 246-247. En viktig aspekt som jag belyser är att de egna lagvalsreglerna bör respekteras och därför tillämpa den utländska rätten som enligt lagvalsreglerna utgör *lex causae*. Domstolen bör således endast eliminera det som med nödvändighet måste uteslutas och inte åsidosätta den främmande rätten i sin helhet.

¹³¹ Bogdan, s. 80, Karlgren, s. 43-44.

5 Förslaget om EU-bodelning

5.1 Allmänt

Den ökade rörelsefriheten för personer inom EU har bidragit till att människor idag inleder förhållanden med medborgare från andra stater än den egna i större utsträckning än tidigare. Man ingår äktenskap, bosätter sig eller förvärvar tillgångar i en annan stat än där man är medborgare. Praktiska och juridiska problem kan uppstå redan vid den dagliga förvaltningen av den gemensamma egendomen, men naturligtvis främst då egendomen ska fördelas mellan makarna till följd av en skilsmässa eller ett dödsfall. Osäkerheten kring vilka lagar och regler som gäller i sådana fall avseende makars förmögenhetsförhållanden, utgör ett hinder för den fria rörligheten inom EU. Frågor uppstår om såväl tillämplig lag, som behörig domstol, samt om erkännande och verkställighet.

Tidigare rättsakter i EU har inte varit tillämpliga på makars förmögenhetsförhållanden vid äktenskapets upplösning eller ena makens frånfälle. Denna fråga har i stället reglerats genom medlemsstaternas nationella rätt eller genom internationella avtal mellan medlemsstaterna. EU anser dock att denna problematik är av sådan karaktär och omfattning att det endast går att lösa på EU-nivå.¹³² EU arbetar med att skapa enhetliga regler på området. År 2006 utgav EU en grönbok¹³³, som låg till grund för ett omfattande remissförfarande inom hela EU. Syftet är att utforma en lösning på de problem som drabbar internationella par genom att skapa gemensamma internationellt privaträttsliga regler. Genom regleringen uppstår en ökad rättssäkerhet, förutsebarhet och flexibilitet som kommer att underlätta för EU-medborgarna.¹³⁴

För att Förslaget om EU-bodelning ska kunna tillämpas krävs att paret har ingått äktenskap med varandra. Denna förbindelse utgör en accepterad samlevnadsform i alla medlemsstater. I Sverige har ÄktB sedan lagändringen 2009 varit könsneutral med den innebörden att äktenskap inte är förbehållen man och kvinna utan även personer med

¹³² Motiveringen i Förslaget om EU-bodelning, kap. 3, Rättsliga aspekter, s. 4.

¹³³ KOM(2006) 400 slutlig, Grönbok om lagval i frågor om makars förmögenhetsförhållanden, särskilt när det gäller domstols behörighet och ömsesidigt erkännande, Bryssel den 17.07.2006.

¹³⁴ KOM(2011) 125 slutlig, Meddelande från kommissionen till Europaparlamentet, rådet, Europeiska ekonomiska och sociala kommittén, Åtgärder för att undanröja osäkerheten kring frågor rörande internationella pars förmögenhetsförhållanden, Bryssel den 16.03.2011, s. 2-4.

samma kön. Denna konstruktion av samlevnadsform är dock inte allmänt vedertagen i alla 27 medlemsstater. Förslaget om EU-bodelning kan tolkas som att det är könsneutralt utformat. Förslaget om EU-bodelning är även utformat så att det inte påverkar rätten till respekt för privatlivet och familjelivet eller rätten att ingå äktenskap och bilda familj enligt de nationella lagar som reglerar utövandet av dessa rättigheter.¹³⁵ Det kommer således inte att påverka staternas materiella lagstiftning på området, eftersom unionen enligt fördragen saknar behörighet på detta område.

Enligt art. 40 är Förslaget om EU-bodelning till alla delar bindande och direkt tillämplig i medlemsstaterna från den dagen då den träder i kraft. Danmark, Förenade kungariket och Irland kommer troligen inte att delta i detta samarbete. Förslaget om EU-bodelning kommer i så fall inte att vara bindande för nämnda stater.¹³⁶

5.2 Lagvalsregelns universella karaktär

I Förslaget om EU-bodelning har objektiva anknytningskriterier uppställts som ska tillämpas i en hierarkisk ordning. Syftet med kriterierna är att garantera förutsägbarhet inte enbart för makarna utan även för tredje man.¹³⁷ Enligt art. 17 i Förslaget om EU-bodelning ska makarnas förmögenhetsförhållande regleras enligt lagen i det land makarna hade sitt första gemensamma hemvist efter äktenskapets ingående. I de fall det inte är möjligt att utröna i vilket land makarna hade sitt första gemensamma hemvist, ska lagen i det land där båda makarna var medborgare när äktenskapet ingicks reglera förhållandet. Detta anknytningskriterium är inte tillämpligt om makarna har fler än ett gemensamt medborgarskap. Det tredje och sista anknytningskriterium stadgar att lagen i den stat till vilken makarna gemensamt har närmast anknytning med hänsyn till samtliga relevanta omständigheter, särskilt platsen för äktenskapets ingående, ska reglera deras förmögenhetsförhållanden.

Förslaget om EU-bodelning ger även makarna en möjlighet att avtala enligt vilken lag deras äktenskapsförhållanden ska regleras. Denna möjlighet är dock enligt art. 18 begränsad till lagen i den stat där en av makarna hade hemvist vid den tidpunkt då lagvalet

¹³⁵ KOM(2011) 125 slutlig, Meddelande från kommissionen till Europaparlamentet, rådet, Europeiska ekonomiska och sociala kommittén, Åtgärder för att undanröja osäkerheten kring frågor rörande internationella pars förmögenhetsförhållanden, Bryssel den 16.03.2011, s. 6-7.

¹³⁶ Skäl 33 och 34 i ingressen i Förslaget om EU-bodelning.

¹³⁷ Motiveringen i Förslaget om EU-bodelning, kap. 5.3, Kapitel III: Tillämplig lag, Artikel 17, s. 8.

gjordes eller lagen i det land där en av makarna var medborgare vid den tidpunkt då lagvalet gjordes. Avtal om tillämplig lag på deras förmögenhetsförhållanden behöver inte ingås i samband med äktenskapets ingående. Avtalet kan även ingås vid en senare tidpunkt. Detta innebär även att makar som valt tillämplig lag på sina inbördes förmögenhetsförhållanden i samband med äktenskapets ingående, kan ändra sitt val vid en senare tidpunkt. Makarna kan välja att ge ändringen en retroaktiv verkan så att den ”nya lagen” även ska tillämpas på sådana förmögenhetsförhållanden, som är att hänföra till tiden före ändringen.¹³⁸ Enligt art. 19 i Förslaget om EU-bodelning krävs det att parterna skriftligen avtalar om en ändring av den tillämpliga lagen. Avtalet ska dateras och undertecknas av båda makarna. Ändringen kommer dock aldrig att inkräkta på tredje mans rätt eller på giltigheten av tidigare företagna rättshandlingar enligt den tidigare tillämpliga lagen.

Den lag, som enligt anknytningskriterierna eller makarnas val utgör den tillämpliga lagen, ska vara tillämplig även om det inte är fråga om lagen i en medlemsstat. Lagvalsreglerna har således enligt art. 21 universell karaktär. Detta innebär, enligt det första lagvalskriteriet i art. 17, att i det fall makarna efter äktenskapets ingående bosätter sig i ett land utanför EU, ska lagen i det landet tillämpas. Detsamma gäller då makarna genom avtal väljer lagen i en icke EU-stat, om en av makarna hade hemvist där vid den tidpunkt då valet gjordes eller om en av makarna var medborgare i den staten vid den tidpunkt då valet gjordes.

5.3 Artiklarna om ordre public

Förslaget om EU-bodelning innehåller ett antal ordre public-förbehåll, nämligen art. 23, 27 och 32-34. Förbehållen innebär att en stat kan avstå från att tillämpa utländsk lag eller vägra erkänna eller verkställa dom, officiell handling eller inför domstol ingången förlikning som meddelats eller upprättats i en annan stat, om den uppenbart strider mot grunderna för domstolslandets rättsordning. Utredningen i denna uppsats kommer endast att avse art. 22, 23 och 27 i Förslaget om EU-bodelning.

I svensk doktrin har, som tidigare nämnts, en åtskillnad mellan positiva och negativa ordre public-förbehåll gjorts.¹³⁹ Det positiva ordre public-förbehållet avser internatio-

¹³⁸ Motiveringen i Förslaget om EU-bodelning, kap. 5.3, Kapitel III: Tillämplig lag, Artikel 18, s. 8-9.

¹³⁹ Se kap. 4.2.1 och 4.2.2.

nellt tvingande regler, vars tillämpning gör sig gällande med särskild styrka inte på grund av den utländska bestämmelsens innehåll utan på grund av den svenska bestämmelsens beskaffenhet. Bestämmelsen om internationellt tvingande regler finns i art. 22 i Förslaget om EU-bodelning. Artikeln föreskriver att bestämmelserna i Förslaget om EU-bodelning inte ska påverka tillämpningen av tvingande regler som en medlemsstat anser vara så avgörande för att skydda allmänintresset, till exempel sin politiska, sociala och ekonomiska struktur, att landet kräver att de tillämpas vid alla situationer inom dess tillämpningsområde.

I motiveringen till Förslaget om EU-bodelning ska denna artikel ta hänsyn främst till de nationella bestämmelser som syftar till att skydda familjens bostad. Den stat, vari bostaden är belägen, kan således genom denna artikel tillämpa sina nationella bestämmelser i syfte att skydda familjens bostad.¹⁴⁰ Andra exempel på tillämpliga politiska, sociala och ekonomiska tvingande regler åberopade i syfte att skydda allmänintresset nämns inte i motiveringen.

Formuleringen av ordre public-förbehållet i art. 23 och 27 motsvarar det som den svenska doktrinen kallar negativt ordre public-förbehåll. Det vill säga att staten kan vägra tillämpa den utländska lagen, erkänna eller verkställa en utländsk dom, om den uppenbart skulle strida mot grunderna för rättsordningen i domstolslandet. Ordre public-förbehållet får dock inte åberopas om tillämpningen av förbehållet skulle strida mot EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna, i synnerhet art. 21 i denna, som förbjuder all diskriminering.¹⁴¹

¹⁴⁰ Motiveringen i Förslaget om EU-bodelning, kap. 5.3, Kapitel III: Tillämplig lag, Artikel 22, s. 9.

¹⁴¹ Skäl 25 i ingressen i Förslaget om EU-bodelning.

6 Analys

6.1 Ordre public- förbehållets utveckling

Forskare har kunnat urskilja motsvarigheter till dagens ordre public-förbehåll redan från antiken och medeltiden. Syftet var att begränsa tillämpningen av utländsk rätt då den stred mot den naturliga rättvisan. Den naturliga rättvisan utgick från moraliska ställningstaganden. Genom en återblick på historien kan vi konstatera att det aldrig var möjligt att generellt peka ut de omständigheter som strider mot rättssystemets grundprinciper, eftersom definitionen skiljde sig mellan olika tider och olika stater. Trots att det idag finns en större förståelse för främmande kulturer och seder, så råder det fortfarande i vissa fall olika uppfattningar kring vad som anses moraliskt riktigt.

Romerska lagstiftare begrep att tillämpning av främmande rätt var nödvändig för att både främja handelsförbindelserna, men också för att egna undersåtar skulle bli rättvist behandlade i utlandet. Denna tankegång kan jämföras med EU:s arbete idag. Målen med dagens samarbete är mycket större än det ursprungliga för kol- och stålunionen och omfattar även gemensamma mål som har till syfte att föra människor samman för att gemensamt arbeta mot sociala, ekonomiska och politiska ändamål, som gynnar unionsmedborgarna. Det är inte möjligt att uppnå ändamålen om medlemsstaternas nationella rättsordningar skiljer sig åt allt för mycket inom de områden som unionen syftar att harmonisera.

Ordre public-förbehållet, även om termen började användas långt senare, har alltid fungerat som en typ av begränsning av den främmande rättens tillämpning i domstolslandet. Främst då det fanns risk för att de ekonomiska och politiska målen i domstolslandet rubbades. Andra omständigheter som föranledde en tillämpning av förbehållet var då domstolslandet ville begränsa inflytandet av främmande rättsinstitut för att de var moraliskt och etiskt förkastliga. Hit hörde slaveri och borgerlig död men även polygami. Polygami har alltid varit ett omdiskuterat ämne i ordre public-sammanhang. Tidigare ansågs även exempelvis barn födda utom äktenskap, samboende innan äktenskap och homosexualitet vara moraliskt och etiskt förkastligt. Detta synsätt har under senare tid förändrats. Idag har de nyss nämnda förhållandena accepterats och legaliserats i de flesta länder. De omständigheter som förbehållet tillämpas på är under ständig förändring och om ett antal år kan något som idag anses moraliskt förkastligt kanske accepteras.

Det är enligt min mening inte enbart människor som utvecklas i takt med samhället utan samhället är under ständig utveckling på grund av att en grupp människor valt att stå upp för och försvara sina handlingar och levnadssätt. Staten har med anledning av detta pressats till att ta hänsyn till nya förhållanden som aldrig tidigare lagreglerats, eller som på grund av rådande lagreglering anses föråldrad och bör uppdateras i syfte att motsvara gruppens och samhällets moderna livsstil. När samhället agerar efter en grupp människors önskemål kommer resterande människor att uppmärksamma den tidigare problematiken och rätta sig efter förändringen eftersom det utgör en del av deras vardag.

Ett belysande exempel är frågan om samkönade förhållanden. Den grupp av människor som levde i ett samkönat förhållande hade önskemål om att definitionen av äktenskap skulle omfatta även relationer mellan samkönade par. Denna diskussion växte och blev en samhällsfråga rörande människors lika värde oberoende av den livsstil de valde att leva efter. Många ansåg att lagens tillämpning på enbart olikkönade par var en diskriminering av vissa människors val av sätt att leva och således en inskränkning i de mänskliga rättigheterna. Människornas krav på samhällsförändring tvingade den svenska staten till att agera och således lagreglera förhållandet. Sedan maj 2009 har ÄktB även omfattat samkönade par. Idag är det även möjligt för homosexuella att gifta sig i den svenska kyrkan, vilket var ett absolut förbud för ett antal år sedan och som än idag är förbjudet i vissa europeiska länder.

6.2 Utredningen av den utländska rätten

Twistande parter har inom familjerätten ofta ingen fullständig kunskap om innehållet i den svenska rättsordningen, än mindre i utländska rättsordningar. Domstolen måste först fastställa den tillämpliga lagen på rättsförhållandet, innan den kan avgöra huruvida den materiella lagstiftningen är av dispositiv eller indispositiv karaktär. Då lagen är dispositiv är det väsentligt att domstolen *erinrar* parterna om möjligheten att utländsk rättsordning *kan* åberopas, även om de inte har yrkat på detta. Denna fråga skiljer sig från när domstolen självmant *ska* tillämpa utländsk rätt.

Den grundläggande utredningen om vilken lag som är tillämplig på makarnas förmögenhetsförhållande utförs av parterna eller deras ombud innan domstolsförhandlingarna påbörjas. En part kommer givetvis inte att åberopa främmande rätt om den är till nackdel för honom/henne. Det är därför viktigt att domstolen själv i indispositiva mål utreder

innehållet i den utländska rätten, även om domstolen har rätt att begära av part att framföra bevisning om den utländska rättens innehåll enligt 35 kap 2 § 2 st. RB. Ur ett ordre public-sammanhang är det särskilt viktigt med en korrekt och fullständig utredning av innehållet i utländsk rätt eftersom domstolens speciella utredning kring huruvida ordre public-förbehållet bör tillämpas är baserad på den allmänna utredningen om innehållet i den utländska rätten. Eftersom domstolen i dispositiva mål inte får grunda en dom på omständigheter som inte åberopats av part (17 kap 3 § RB), är det utomordentligt viktigt att parternas ombud i dispositiva mål gör en noggrann och korrekt utredning.

Fördelen med en lojal tillämpning är även att vi får en större förståelse för olika länders rättskultur och rättshistoria. Det är viktigt för integration och internationellt samarbete. Motsatsen skulle ge upphov till sämre domar och en allt större rättsosäkerhet.¹⁴² Om en tillämpning av den utländska rätten, enligt en korrekt tolkning av den, skulle leda till ett resultat som är uppenbart oförenligt med grunderna för rättsordningen i Sverige kommer den lojala tillämpningens princip att skjutas åt sidan. Den naturliga frågan blir således vad är mest angeläget, att värna om en full lojal tillämpning av den utländska rättsordningen eller ett skydd för de grundläggande värderingar och principer i riket? De flesta skulle säkert instämma med det senare.

6.3 Svensk ordre public i förhållande till Förslaget om EU-bodelning

I Förslaget om EU-bodelning finns tre artiklar som är av betydelse i detta sammanhang, nämligen art. 22, 23 och 27. Den första föreskriver att tillämplig lag enligt bestämmelserna i Förslaget om EU-bodelning inte ska påverka tillämpningen av tvingande regler. Reglerna ska anses vara så avgörande för att skydda allmänintresset att landet kräver att de tillämpas vid alla situationer inom dess tillämpningsområde oavsett vilken rättsordning som ska tillämpas på makarnas förmögenhetsförhållanden. I den svenska doktrinen kallas sådana tvingande regler även för positiva ordre public-förbehåll.

De senare artiklarna föreskriver ett vanligt negativt ordre public-förbehåll, som anger att tillämpning av bestämmelser i den lag som anvisas får vägras endast om en sådan tillämpning är uppenbart oförenlig med grunderna för domstolslandets rättsordning.

¹⁴² Jänterä-Jareborg, s. 302, Eek, s. 259 not 142.

Vad avser makars förmögenhetsförhållanden vid äktenskapsskillnad eller ena makens frånfälle är 9-10 §§ LIMF tvingande, så kallade positiva ordre public-förbehåll. Dessa är baserade på ÄktB bestämmelser om gemensam bostad och gemensamt bohag samt reglerna om jämkning. Det förutsätter dock att det finns en tillräcklig anknytning till Sverige, till exempel genom att makarnas gemensamma bostad och bohag finns i Sverige.

Michael Bogdan anser att ordre public-förbehållet inte bör tillämpas enbart av den anledningen att den utländska bestämmelsen strider mot svensk tvingande civilrättslig lagstiftning. Han, liksom Hjalmar Karlgren, anser att svenska tvingande lagbestämmelser, vilka ofta syftar till att skydda rättsförhållandets svagare part, i vissa fall bör ge vika när utländsk rätt är *lex causae*. Motsatsen skulle leda till en överdriven tillämpning av *lex fori*, inte minst inom familjerättens centrala delar.¹⁴³ Samtidigt anser Karlgren att det vore att gå för långt om ordre public-förbehållet endast kan åberopas i extrema fall.¹⁴⁴

Enligt min mening är det oerhört viktigt att respektera de tvingande lagbestämmelserna som är föreskrivna i svensk lag, till exempel de i LIMF. Jag anser därför inte att de bör ge vika när utländsk rätt är *lex causae*. Det skulle urholka syftet bakom de tvingande lagbestämmelserna. Av avgörande betydelse bör vara det resultat som tillämpningen av den främmande rätten leder till. Frågan att besvara är således om den tvingande svenska lagbestämmelsen ska ha företräde framför utländsk lagbestämmelse som trots sitt innehåll inte ger upphov till ett sämre resultat än vid en tillämpning av den tvingande svenska bestämmelsen.

Jag är dock inte av den uppfattningen att den svenska tvingande bestämmelsen ska tillämpas enbart på grund av den anledningen att innehållet i den utländska bestämmelsen inte liknar den svenska. Jag anser inte heller att den utländska bestämmelsen bör förvägras tillämpning enbart för att den motsvarande svenska bestämmelsen är tvingande. Domstolen måste uppmärksamma vad den utländska bestämmelsens tillämpning resulterar i. I de fall den utländska bestämmelsen ger upphov till ett resultat som, enligt svensk rätt, anses uppenbart oförenligt med svensk rättsordning bör den tvingande svenska lagbestämmelsen i stället tillämpas. Märk väl att det ska finnas en tillräcklig

¹⁴³ Bogdan, s. 80, Karlgren, s. 43-44.

¹⁴⁴ Karlgren, s. 44.

anknytning till Sverige för att den svenska tvingande bestämmelsen ska vara möjlig att tillämpa.

Såväl den svenska Högsta domstolen, HD, som EU:s domstol har yttrat sig om att förbehållet ska tillämpas restriktivt och bör enbart användas i extraordinära fall. EU-domstolen har i fall rörande förbehållet i Brysselkonventionen angett, att medlemsstaterna bör beakta de grundläggande målen med konventionen då förbehållet åberopas. Om en inskränkning ska ske av den utländska rätten, måste den innehålla ett klart åsidosättande av en rättsregel som anses vara fundamental i rättsordningen i den stat där domen görs gällande. EU-domstolen har således i uppgift att kontrollera att förbehållets tillämpas inom de gränser som anges. Märk väl att genom EU-domstolens överblick kommer tillämpningen av ordre public-förbehållet omedelbart att inskränkas.

Tidigare hade medlemsstaterna en möjlighet att åberopa förbehållet utan att det fanns en överordnad institution som ifrågasatte skälen bakom förbehållets åberopande. Skäl som förut ansetts tillräckliga kan, med anledning av EU-medlemskapet, avslås av EU-domstolen på grund av dem utgör otillräckliga skäl i förhållande till de mål som är av allmänintresse och som ligger bakom åtgärden i fråga.

Ordre public-förbehållet i Förslaget om EU-bodelning har formulerats på samma sätt som i Brysselkonventionen. Man kan därför anta att EU-domstolen kommer att företa liknande eller samma bedömning i frågor om ordre public rörande makars förmögenhetsförhållanden i Förslaget om EU-bodelning den dag det träder i kraft. Med anledning av lagvalsreglernas universella karaktär är förbehållet ett viktigt verktyg särskilt då makarnas förmögenhetsförhållanden har en koppling till ett tredje land. Sannolikheten för avvikelser mellan rättsordningarna är som störst då de inte är ”harmoniserade”. Inte minst om rättsordningen i tredje land är baserad på föråldrade traditioner och värderingar.

6.4 Domstolens värdering av omständigheterna i det enskilda fallet

6.4.1 Närmaste anknytning baserade på objektiva omständigheter

Enligt förarbetena till den internationella äktenskapsrätten ter det sig lättare att acceptera en utländsk bestämmelse om rättsförhållandet i det enskilda fallet har en starkare anknytning till den utländska rättsordningen. För att fastställa den närmaste anknytningen

tar domstolen hänsyn till objektiva fakta, som exempelvis var makarna hade sin senaste hemvist, vilket medborgarskap vederbörande har eller var egendomen, som tvisten avser, är belägen samt syftet bakom de svenska bestämmelserna.

Ordre public-förbehållet åberopas av domstol eller tvistande parter då konsekvenserna, av utländska bestämmelsens tillämpning, eller domens erkännande och verkställighet, är uppenbart oförenliga med grunderna för rättsordningen här i riket. Märk väl att både domstolen och de tvistande parterna kan åberopa förbehållet men att enbart domstolen avgör, genom en grundlig värdering av de objektiva omständigheterna i det enskilda fallet, huruvida förbehållet ska tillämpas. Lagstiftaren har inte i en större utsträckning preciserat under vilka omständigheter ordre public-förbehållet kan komma att tillämpas. Denna fråga har i stället lämnats åt rättstillämpningen, främst domstolen, att avgöra.

Svenska myndigheter och domstolar är skyldiga att tillämpa lagen enligt det rättssystem som råder i Sverige. Det är således oerhört viktig, inte enbart för båda parter men även för personer verksamma inom rättsväsendet, att domstolen företar en lämplig och korrekt värdering av omständigheterna i det enskilda fallet. Detta innebär dock inte att den utländska bestämmelsen eller domen vägras tillämpning enbart på grund av att den avviker från svensk rättsuppfattning. Enligt förbehållets formulering är det resultatet av bestämmelsens tillämpning, eller domens erkännande och verkställighet, som avgör huruvida förbehållet är för handen eller inte.

Domsluten kan således skilja sig åt även om parterna i två fall åberopat samma bestämmelser som grund för sin talan. Ett belysande exempel är de två nämnda fallen från kammarrätten.¹⁴⁵ I ett av fallen, KamR 934-08, beslöt sig domstolen för att avslå en anmälan om registrering av äktenskapet i samband med en flyttning till Sverige med anledning av kvinnans unga ålder vid tiden för äktenskapets ingående. Domstolen ansåg att ett äktenskap ingånget med en minderårig är uppenbart oförenligt med grunderna för rättsordningen i Sverige. Kammarrätten var av en annan uppfattning i ett annat fall, KamR UM 6327-11, där migrationsverket nekat en ansökan om uppehållstillstånd. Kvinnan uppgav att hon giftes bort under tvång som 15 åring i Irak av hennes far. Domstolen uppgav att enligt irakisk lag får äktenskap ingås på det sätt som skett. Trots att kvinnan enligt svensk rätt var för ung för att, utan särskilt tillstånd, ingå ett giltigt äkten-

¹⁴⁵ Se kapitel 4.3.1.

skap var, enligt kammarrätten, avvikelserna av den främmande lagen inte så väsentliga att äktenskapet skulle anses ogiltigt enbart på grund av att hon varit underårig. Enligt kammarrätten hade det inte heller gjorts sannolikt att äktenskapet ingåtts under tvång.

Kammarrätten anger tydligt i båda fallen att förbehållets tillämpning ska tillämpas restriktivt och att den utländska rättens tillämpning kan accepteras lättare om det enskilda fallet har en starkare anknytning till den främmande staten. I det sistnämnda fallet ansågs de objektiva omständigheterna ha en starkare anknytning till Irak. Då äktenskap får ingås på det sätt som skett fanns det mindre skäl för att ingripa med ordre public för att korrigera resultatet.

6.4.2 Närmaste anknytning baserade på subjektiva omständigheter

I LIMF ska domstolens värdering av parternas närmaste anknytning baseras på objektiva fakta. En del anser att även subjektiva fakta bör tas i beaktande. En av dem är Mosa Sayed. Han anser att domstolen bör ta hänsyn till den avlidnes uttryckliga vilja eller presumerade intentioner i frågan om tillämplig rättsordning.

Enligt Mosa Sayed bör den internationella arvsrättsliga lagstiftningen i Sverige, med anledning av den kulturella mångfalden, inkludera och ta det ”nyanlända” folket i beaktande om man vill hävda att lagstiftningen utgår från alla medborgares levnadsvillkor.¹⁴⁶

Enligt min mening är det inte möjligt för den svenska domstolen att ta hänsyn till de kulturella skillnader som råder bland medborgarna i landet. Om en muhammedan skulle få fördela kvarlåtenskapen enligt muslimsk rätt kommer den svenska domstolen att ställas inför en rad omöjliga frågor. I Sverige finns det många som anser sig vara muslimer men som inte utövar religionen enligt det religiösa regelsystemet, sharialagen. Detta skulle leda till att den svenska domstolen blir tvungen att uppställa ett antal rekvisit för att fastställa huruvida en person tillhör en viss religion eller inte.

I förevarande fall skulle domstolen även bli tvungen att fastställa huruvida den avlidne är sunni- eller shiamuslim. Mosa Sayed begränsar sin avhandling till att endast avse arvlåtare som utövat sin religion enligt sunnitisk rätt men påpekar ändå att skillnaden mellan rättsordningarna är som störst inom arvsrätten.¹⁴⁷ Ett exempel är att den shiitiska

¹⁴⁶ Sayed, s. 99.

¹⁴⁷ Sayed, s. 25.

arvsordningen likställer arvtagare vars släktband till arvlåtaren utgörs av manliga eller kvinnliga led, vilken den sunnimuslimska inriktningen inte gör.¹⁴⁸ Beroende på vilken inriktning arvlåtaren tillhört kommer kvarlåtenskapen således att fördelas olika och i vissa fall lämna arvsberättigade enligt en viss inriktning arvslösa. Detta kan ha förödande konsekvenser för den efterlevande maken.

I vissa länder skiljer sig innehållet i den främmande materiella rätten åt beroende på exempelvis vilken religion personen i fråga tillhör. Är personen muslim ska den materiella rätten som riktar sig till muslimer tillämpas. Den egyptiska arvsordningen, som är baserad på det sunnimuslimska regelverket, är däremot tillämplig på alla människor oavsett religiös tillhörighet.¹⁴⁹ Denna problematik leder till en annan fråga, nämligen vilken lag i den främmande staten bör den svenska domstolen tillämpa och hur kan förutsägbarhet och rättssäkerhet garanteras i förevarande fall?

Enligt Förslaget om EU-bodelning kan svensk rätt utgöra *lex causae* på grundval av en uppsättning hierarkiskt ordnade lagvalsregler. Domstolen kan således inte bortse från lagvalsreglerna i syfte att ge företräde åt arvlåtarens kulturella värderingar. Ett sådant förfarande skulle urholka syftet bakom lagvalsreglerna som bland annat är att garantera större förutsägbarhet och rättsäkerhet. Skulle omständigheterna i det enskilda fallet ha en starkare anknytning till den främmande staten finns det ingen anledning att tillämpa svensk rätt. Detta utesluter dock inte att ordre public-förbehållet kan åberopas i syfte att tillförsäkra efterlevande make ett ekonomiskt skydd till exempel då den utländska rätten saknar regler om rätt att erhålla bodelning.¹⁵⁰ Beroende på den tillämpliga rättsordningen kan den efterlevande maken tillförsäkras ett ekonomiskt skydd antingen genom äktenskapsrättsliga eller arvsrättsliga regler. Det är oväsentligt enligt vilka rättsregler den efterlevande maken tillgodoses eftersom det är slutresultatet av de tillämpliga lagbestämmelserna som är av betydelse och som avgör huruvida förbehållet ska åberopas eller inte.

Den svenska rättsordningen är baserad på en annan kultur och andra värderingar än den som råder i andra länder, inte minst muslimska länder. Den svenska internationella pri-

¹⁴⁸ Sayed, s. 251.

¹⁴⁹ Sayed, s. 158.

¹⁵⁰ Prop. 1989/90:87 s. 48.

vaträtten utvecklas och modifieras kontinuerligt i syfte att motsvara samhällsutvecklingen och den ständiga internationaliseringen runt om i världen. På grund av den svenska rådande samhällsstrukturen har kvinnor, på alla rättsområden, precis samma rättigheter som män. Enligt 1 kap. 2 § 1 st. regeringsformen (1974:152) ska makten i Sverige utövas med respekt för alla människors lika värde. I andra länder kan människors lika värde, med anledning av den där rådande samhällsstrukturen och kulturella värderingar, komma till uttryck på andra sätt. I exempelvis länder vars rättsordning är baserad på sharialagarna, lever människorna enligt koranens föreskrifter och profeten Muhammeds levnadssätt, uttalanden och avgöranden.¹⁵¹ I familjerättsliga förhållanden har mannen, familjens överhuvud, ett ansvar och således en skyldighet att försörja och ta hand om familjen. Detta tankesätt grundar sig i stamstrukturen som var förhärskande under profeten Muhammeds tid.¹⁵²

Att den efterlevande maken ärver en mindre del av kvarlåtenskapen, eller att dottern ärver hälften av sonens andel, beror på att de manliga arvtagarna övertar mannens roll som ”beskyddare” och således blir ansvariga för ”stammen”. Märk väl att det inte enbart är kvinnan, som ibland diskrimineras. I vissa fall kan det vara tvärtom. Brudgåvan är en förmån som blir tilldelad endast hustrun och således inte mannen, vilket kan i sig anses diskriminerande. Majoriteten av de kvinnor som lever under dessa förhållanden anser att det med anledning av det ansvar männen åläggs, inte är mer än rättvist att männen även ska erhålla en större del av kvarlåtenskapen. Kvinnor i Sverige har idag samma möjligheter till skola, arbete och välfärd som männen. Det svenska samhället har passerat den samhällsstruktur som råder i många muslimska länder idag. Båda föräldrarna ansvarar lika mycket för att tillgodose familjen med de förnödenheter som är nödvändiga för att kunna leva ett hälsosamt liv. Att således ta andra kulturella värderingar i beaktande vid fastställandet av *lex causae* skulle tvinga domstolen att tillämpa bestämmelser som för länge sedan avskaffats i Sverige på grund av deras oförenlighet med rättsordningen i riket. Märk väl att nämnda rättsordningar kan bli tillämpliga med anledning av de objektiva omständigheterna. Detta hindrar dock inte tillämpningen av ordre public-förbehållet då rättsförhållandet har en viss anknytning till Sverige.

¹⁵¹ Sayed, s. 23.

¹⁵² Sayed, s. 146-152.

6.5 Konsekvenserna av ordre public-förbehållets tillämpning

Den svenska domstolen och parterna har, som ovan nämnts, i uppgift att åberopa ordre public-förbehållet om de skulle anse att resultatet av den utländska bestämmelsens tillämpning är uppenbart oförenligt med grunderna för den svenska rättsordningen. Domstolens uppgift är sedan att värdera situationen beroende på omständigheterna i det enskilda fallet. Skulle domstolen anse att konsekvenserna av tillämpningen av den utländska rätten är uppenbart oförenliga med grunderna för rättsordningen här i riket ska bestämmelsen skjutas åt sidan.

Nästa fråga för domstolen att besvara blir därför, vilken bestämmelse som ska tillämpas i stället för den utländska? Den romerska rätten och Savignys Holland tillämpade *lex fori*. I Sverige tillämpas som regel *lex fori* i stället för den främmande rätten. Lagstiftaren har dock gett domstolen ett litet spelrum och angett att det även skulle vara möjligt att ogilla väckt talan eller framställd invändning utan att åberopa svensk lag. I vissa fall kan det vara befogat att tillämpa en annan regel i samma främmande lag. Denna teori är dock omtvistad och lagstiftaren lämnar därför dessa frågor åt rättstillämpningen, främst domstolen att avgöra.¹⁵³

Den svenska doktrinen har uttryckt en oro över att ordre public-förbehållet kan ge upphov till en för stor tillämpning av *lex fori*. I tysk rätt försöker domstolen hitta ett alternativ till bestämmelsen i den utländska rättsordningen. Detta kan anses vara ett rimligt tillvägagångssätt att lösa problematiken, men Hilding Eek ansåg att ett förfarande lik den nämnda skulle strida mot både *lex cause* och *lex fori*.

Jag anser att domstolen, med anledning av det tidigare anförda om den lojala tillämpningens princip samt domstolens skyldighet att utföra en korrekt och fullständig utredning av den utländska lagen, bör tillämpa den bestämmelse i svensk lag som anses förenlig med svensk rättsordning. Om domstolen i stället väljer att tillämpa en princip lik den tyska, kommer den direkta följden att bli en större rättsosäkerhet inte enbart för de tvistande parterna men även för parter i kommande tvister. Det skulle innebära att en lag modifieras enligt det önskemål som domstolen anser lämpligast för omständigheterna i fallet utan att beakta problematiken som en sådan modifikation kan leda till. Domstolen måste ta hänsyn till huruvida denna ”nya” bestämmelse kan tillämpas i andra fall med

¹⁵³ Prop. 1973:158 s. 123-124.

kopplingar till andra länder vars materiella bestämmelser anses uppenbart oförenliga med grunderna för rättsordningen i Sverige.

Kommissionen har inte gett medlemsstaterna en lösning på denna problematik i Förslaget om EU-bodelning. Då syftet är att förenkla EU-medborgarnas förfarande samt att skapa rättssäkerhet och förutsägbarhet genom en fullständig uppsättning internationellt privaträttsliga regler som ska tillämpas på makars förmögenhetsförhållanden, är det viktigt att *lex fori* inte tillämpas i en större utsträckning än vad som är nödvändigt. Om de nationella domstolarna anser att den lämpligaste lösningen vore att modifiera en utländsk bestämmelse bör domstolen ha de grundläggande målen i Förslaget om EU-bodelning i åtanke.

7 Slutsats

Det är ytterst sällan som ordre public-förbehåll åberopas i svensk domstol, i synnerhet i tvister som rör makars förmögenhetsförhållanden. Syftet med förbehållet är att begränsa den utländska rättens tillämpning i det fall då den uppenbart strider mot grunderna för rättsordningen i Sverige. Endast de positiva ordre public-förbehållen har preciserats av lagstiftaren i svensk rätt, de lege lata. Dessa förbehåll utgör tvingande lagbestämmelser som ska tillämpas oavsett vilken rättsordning som är tillämplig på rättsförhållandet och oavsett den utländska rättens innehåll. Intresset av att de svenska reglerna tillämpas gör sig gällande med särskild styrka i sådana fall då tillämpningen av utländsk rätt kan vara svår att förena med den svenska rättsordningen. 9-10 §§ LIMF är exempel på positiva ordre public-förbehåll. De omständigheter, som föranleder en tillämpning av de negativa ordre public-förbehållen i mål rörande makars förmögenhetsförhållanden, har inte preciserats av lagstiftaren. En avgörande orsak är att tillämpningen av förbehållet varierar från en tid till en annan och från ett land till ett annat. Därför kräver lagstiftaren att förbehållet tillämpas restriktivt och endast i exceptionella fall.

Ett krav för att ett ordre public-förbehåll ska vara möjligt att tillämpa i svensk domstol är att rättsförhållandet har en stark anknytning till Sverige, till exempel genom makarnas hemvist, medborgarskap eller om egendomen tvisten avser är belägen i Sverige. Ju starkare anknytning förhållandet har till den utländska rättsordningen desto mindre angeläget är det att korrigera resultatet med hjälp av ordre public-förbehållet. Domstolen bör enligt min mening inte ta hänsyn till andra omständigheter än objektiva fakta i syfte att fastställa rättsförhållandets närmaste anknytning. Den internationella privaträtten är komplicerad och ju fler aspekter domstolen tar hänsyn till desto svårare blir det att skapa rättssäkerhet och förutsägbarhet vilka är ett av de målen bakom Förslaget om EU-bodelning.

Förslaget om EU-bodelning kan komma att tillämpas i förhållande till länder som inte är medlemmar i EU. Sannolikheten för ordre public-förbehållets tillämpning är som minst då rättsförhållandet är kopplat till länder vars rättsordningar är harmoniserade med eller lika den svenska, exempel på de senare är rättsordningarna inom EU eller de nordiska staterna. Främmande rättsordningar, vars lagbestämmelser är baserade på gammal tradition och kultur, är svårare att tillämpa i ett utvecklat samhälle likt det svenska, där kvin-

nor och män har precis samma rättigheter och skyldigheter. Den främmande rätten kan dock komma att tillämpas med anledning av objektiva fakta men den omständigheten hindrar inte tillämpningen av ordre public-förbehållet.

Tillämpningen av ordre public-förbehållen har begränsats ytterligare med anledning av Sveriges anslutning till EU. Tidigare hade medlemsstaterna en möjlighet att åberopa förbehållet utan att det fanns en överordnad institution som ifrågasatte skälen bakom förbehållets åberopande. Enligt EU-domstolen måste medlemsstaterna beakta de grundläggande målen bakom den rättsakt i vilken ett åberopat ordre public-förbehåll finns. Om en inskränkning av den utländska rätten ska ske, måste denna rätt innehålla ett klart åsidosättande av en rättsregel som anses fundamental i den rättsordningen domen görs gällande. Även om EU-domstolens tolkning är baserad på ordre public-förbehåll i andra förordningar är det möjligt att tillämpa samma tolkning avseende förbehållen i Förslaget om EU-bodelning, den dagen det träder i kraft.

Ur ett de lege ferenda perspektiv bör ordre public-förbehållet i tvister rörande makars förmögenhetsförhållanden vara tillämpligt då det sker en orättvis fördelning av makarnas gemensamma bostad eller bohag, i synnerhet då fördelningen är baserad på diskriminerande grunder. Ur ett arvsrättsligt hänseende är det viktigt att den efterlevande maken tillgodoses med det ekonomiska skydd som denne tillförsäkras i svensk rätt, i synnerhet då den utländska rätten saknar regler om rätt att erhålla bodelning. Om det ekonomiska skyddet tillgodoses genom äktenskapsrättsliga eller arvsrättsliga regler är oväsentligt. Med anledning av lagvalsreglernas universella karaktär i Förslaget om EU-bodelning är det av stor betydelse att dessa rättigheter tillförsäkras båda makar, eftersom motsvarande regler i länder utanför EU kan skilja sig väsentligt från de regler som tillämpas inom EU.

I de fall ordre public-förbehållet åberopas bör den svenska domstolen i stället tillämpa motsvarande bestämmelse i svensk lag. Syftet med Förslaget om EU-bodelning är att skapa rättssäkerhet och förutsägbarhet. Genom att tillämpa svensk lag i stället för en utländsk bestämmelse upprätthålls syftet att skapa rättssäkerhet och förutsägbarhet. Om de nationella domstolarna anser att den lämpligaste lösningen är att modifiera en utländsk bestämmelse bör domstolen ha de grundläggande målen bakom Förslaget om EU-bodelning i åtanke.

Referenslista

EU:rätt

Fördrag

Konsoliderade versioner av fördraget om Europeiska unionen och fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, Europeiska unionens officiella tidning, C 83.

Förordning

1968 års Brysselkonvention om domstols behörighet och om verkställighet av domar på privaträttens område.

1980 års Romkonvention om tillämplig lag på avtalsförpliktelser.

Rådets förordning (EG) nr 44/2001 av den 22 december 2000 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område.

Rådets förordning (EG) nr 2201/2003 av den 27 november 2003 om domstolsbehörighet och om erkännande och verkställighet av domar i äktenskapsmål och mål om föräldraansvar samt om upphävande av förordning (EG) nr 1347/2000.

Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 593/2008 av den 17 juni 2008 om tillämplig lag för avtalsförpliktelser.

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.

Förberedande rättsakter

KOM (1998) 459 slutlig, Bryssel den 14.07.1998, Meddelande från kommissionen, Mot ett område med frihet, säkerhet och rättvisa.

KOM(2006) 400 slutlig, Bryssel den 17.07.2006, Grönbok om lagval i frågor om makars förmögenhetsförhållanden, särskilt när det gäller domstols behörighet och ömsesidigt erkännande.

KOM(2011) 126 slutlig, Bryssel den 16.3.2011, Förslag till rådets förordning om domstolsbehörighet, tillämplig lag samt erkännande och verkställighet i mål om makars förmögenhetsförhållanden.

Rättsfall

C-15/78 Société générale alsacienne de banque SA mot Walter Koestler.

C-414/92 Solo Kleinmotoren GmbH mot Emilio Boch, REG 1994 I-02237.

C-7/98 Dieter Krombach mot André Bamberski, REG 2000 s. I-1935.

Referenslista

- C-38/98 Régie nationale des usines Renault SA mot Maxicar SpA och Orazio Formento, REG 2000 s. I-02973.
- C-341/04 Eurofood IFSC Ltd, REG 2006, s. I-3813.
- C-319/06 Europeiska kommissionen mot Storhertigdömet Luxemburg, REG 2008 s. I-04323.
- C-394/07 Marco Gambazzi mot DaimlerChrysler Canada Inc. och CIBC Mellon Trust Company, REG 2009 s. I-02563.
- C-28/05 G.J. Dokter, Maatschap Van den Top och W. Boekhout mot Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit, REG 2006 s. I-05431.

Svenska källor

Offentligt tryck

Grundlag

Regeringsformen (1974:152)

Lagar

Lag (1904 nr. 26 s. 1) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap och förmyndarskap

Lag (1912:69) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskaps rättsverkningar

Förordning (1931:429) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap, adoption och förmyndarskap

Lag (1937:81) om internationella rättsförhållanden rörande dödsbo

Rättegångsbalken (1942:740)

Ärvdabalken (1958:637)

Äktenskapsbalken (1987:230)

Lag (1990:272) om internationella frågor rörande makars och sambors rättsförhållanden

Lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna

Propositioner

Prop: 1973:158. Kungl. Majt:s proposition med förslag till lag om ändring i lagen (1904:26 s.1) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap och förmyndarskap m.m.

Prop. 1989/90:87. Regeringens proposition om vissa internationella frågor rörande makars förmögenhetsförhållanden

Referenslista

Prop. 2000/01:148. Regeringens proposition, Internationella frågor om makars och sambors förmögenhetsförhållanden

Prop. 2003/04:48. Regeringens proposition, Åtgärder mot barnäktenskap och tvångsäkten-skap

Statens offentliga utredningar

SOU 1983:25. Internationella faderskapsfrågor, Betänkande av utredningen om interna-tionella faderskapsfrågor, Stockholm 1983

SOU 1987:18. Internationella familjerättsfrågor, Slutbetänkande av familjelagssakkunniga, Stockholm 1987

Rättsfall

NJA 1939 s. 96

NJA 1969 s. 163

NJA 1986 s. 690

NJA 1996 not C 10

NJA 1999 s. 181

RH 1993:116

RH 2005:66

KamR 934-08

KamR UM 6327-11

Litteratur

Bergquist, Ulf, Internationell arvs- och bodelningsrätt, en kommentar, Stockholm 2003, (cit. Bergquist)

Bogdan, Michael, Komparativ rättskunskap, Stockholm 2003

Bogdan, Michael Svensk internationell privat- och processrätt, Vällingby 2008, (cit. Bogdan)

Brattström, Margareta, Singer, Anna Rätt arv fördelning av kvarlåtenskap, Uppsala 2011

Eek, Hilding, Lagkonflikter i tvistemål metod och material i svensk internationell pri-vaträtt, Stockholm 1972, (cit. Eek)

Gihl Torsten, Den internationella privaträttens historia och allmänna principer, Stock-holm 1951, (cit. Gihl)

Referenslista

Jänträ-Jareborg, Maarit, Svensk domstol och utländsk rätt, Uppsala 1997, (cit. Jänträ-Jareborg)

Karlgren, Hjalmar, Kortfattad lärobok i internationell privat- och processrätt, Lund 1974, (cit. Karlgren)

Pålsson, Lennart, Svensk rättspraxis i internationell familje- och arvsrätt, Stockholm 2006, (cit. Pålsson)

Sayed, Mosa, Islam och arvsrätt i det mångkulturella Sverige- En internationellt privat-rättslig och jämförande studie, Västerås 2009, (cit. Sayed)

Artiklar

SvJT 1993 s. 308-318, Bogdan Michael, Ordre public och tvingande rättsregler i Haag-konventionerna om internationell privat och processrätt

SvJT 2001 s. 329-346, Bogdan, Michael, Ordre public, internationellt tvingande rättsregler och kringgåendeläran i EG-domstolens praxis rörande internationell privat

Internetkällor

www.europa.eu

Startsida, Svenska, EU- en överblick, Basfakta

www.europa.eu

Startsida, Svenska, EU- en överblick, Institutioner och organ, Europeiska kommissionen, Sverige, Fakta om EU, Sverige i EU (Senaste uppdatering 17.11.2011)