



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

David Rosengren

Äktenskapsförord

-en avtalsrättslig komparation-

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Eva Ryrstedt

Termin för examen: VT2013

Innehåll

INNEHÅLL	2
SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	3
FÖRORD	5
FÖRKORTNINGAR	6
1 INLEDNING	7
1.1 Inledande presentation	7
1.2 Syfte och frågeställningar	7
1.3 Avgränsningar	7
1.4 Metod och material	8
1.5 Disposition	9
1.6 Definitioner	9
2 MAKARS EGENDOMSFÖRHÅLLANDEN	11
2.1 Historisk tillbakablick	11
2.1.1 Medeltid	11
2.1.2 1734 års lag	11
2.1.3 Nya GB	12
2.1.4 ÄktB	13
2.2 Huvudordning och systematik	13
2.3 Giftorättsgods & enskild egendom	14
3 ÄKTENSKAPSFÖRORD	16
3.1 Utgångspunkter	16
3.2 Avtalsbegränsningar och avtalsobjekt	19
3.2.1 Allmänt	19
3.2.2 Avkastning och surrogation	21
3.2.3 Gåvor	21
3.2.4 Skulder	22

3.3	Formkrav	22
3.3.1	Övriga krav	24
3.4	Tolkning	24
3.4.1	Allmänt	24
3.4.2	Tolkningsregler	26
3.4.3	Partsinriktad tolkning	26
3.4.4	Övriga tolkningsmodeller	27
3.5	Ogiltighet	28
3.6	Jämkning	30
4	FÖRMÖGENHETS RÄTTSLIGA AVTAL	34
4.1	Historisk tillbakablick	34
4.2	Utgångspunkter	35
4.3	Avtalsbegränsningar och avtalsobjekt	37
4.3.1	Utgångspunkter	37
4.3.2	Kontraheringstväng	38
4.3.3	Kontraheringsförbud	39
4.3.4	Tvingande civilrättsliga regler	39
4.3.5	Väntjänster	39
4.3.6	Omöjlighetsläran	40
4.3.7	Pactum turpe	40
4.3.8	Legala förbud	41
4.4	Formkrav	41
4.5	Tolkning	43
4.5.1	Allmänt	43
4.5.2	Utgångspunkter	43
4.5.3	Partsinriktad tolkning	44
4.5.4	Språklig tolkning	44
4.5.5	Systemisk tolkning	45
4.5.6	Norminriktad tolkning	45
4.5.7	Övriga tolkningsmodeller	45
4.6	Ogiltighet	46
4.6.1	Allmänt	46
4.6.2	AvtL 28 §	47
4.6.3	AvtL 29 §	47
4.6.4	AvtL 30 §	47
4.6.5	AvtL 31 §	48
4.6.6	AvtL 33 §	48
4.6.7	Övriga ogiltighetsgrunder	48
4.6.8	Rättsföljden av ogiltighet	49
4.7	Jämkning	49
4.7.1	Allmänt	49
4.7.2	Syfte	50
4.7.3	Tillämpningsområde	51
4.7.4	Konsekvensen av jämkning	51
4.7.5	Oskälighet	51

4.7.6	Avtalets innehåll	52
4.7.7	Omständigheterna vid avtalets tillkomst	52
4.7.8	Senare inträffade förhållanden	52
4.7.9	Omständigheterna i övrigt	53
4.7.10	Olika syner på 36 § AvtL	53
5	JÄMFÖRANDE ANALYS	55
5.1	Utgångspunkter	55
5.2	Avtalsbegränsningar och avtalsobjekt	55
5.3	Formkrav	58
5.4	Tolkning	59
5.5	Ogiltighet	61
5.6	Jämkning	62
5.7	Synpunkter de lege ferenda	64
5.8	Slutsats	66
	BILAGA A	68
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	69
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	71

Summary

This text is about the various differences between prenuptial agreements and contracts dealing with property law. A prenuptial agreement is a contract between partners, with strong economical characteristics. In spite of these characteristics there are some essential differences between the two types of contracts. There are, for instance, more formal requirements to take into consideration concerning prenuptial agreements. Prenuptial agreements, according to Swedish law, are invalid unless in written form and signed by the parties thereto. The agreement shall then be subject to registration. A prenuptial agreement is the only means by which the husband and wife may deviate from the legal marital system. According to the legal marital system there are only two forms of property in any marriage; marital property and separate property. Only marital property is to be subject to partition at the event of the dissolution of the marriage in question. The main rule is that all the partners' property is marital property. Property can also be separate due to a provision in a will or a provision stipulated by a donor. Property can also be separate due to a provision in a prenuptial agreement. The principle of freedom of contract is subject to a number of limitations when it comes to prenuptial agreements. It is prohibited to make the prenuptial agreement subject to certain conditions. Partners are also unable to revoke a third party provision stipulating that certain property is separate. If the partners exceed the legal bounds for prenuptial agreements the contract will be voided in consequence. The fact that prenuptial agreements are required to be in writing lends weight to that which is written when it comes to interpreting the contract. The will of the parties determines the interpretation of the contract, but the will of the parties must be linked to the text in the agreement. A prenuptial agreement is not part of the public circulation of goods or otherwise, which entails that the good faith of a party to a contract is less important than it would have been had the contract been of more economical characteristics. This fact is used to motivate certain differences in how the rules of invalidation of contracts are applied. The law of marriage has its own adjustment rule in ÄktB 12 kap. 3 §, which was made in the image of its predecessor the 36 § of AvtL. Certain factors indicate that adjustment might be a more frequent occurrence when dealing with prenuptial agreements than it is when dealing with contracts of property law. For instance that the prenuptial agreement is entered into long before it is supposed to be put into practice and that the agreement usually contains elements of a non-onerous nature.

In the paradigm of property law the freedom of contract and the contractuality of contracts, *pacta sunt servanda*, are the main rules. The parties to a contract are free to enter into contracts with whomever they desire, regarding whatever they desire unconcerned with formal requirements. The absence of formal requirements makes contracts valid regardless of how they are entered into. The contract of the parties becomes a private source of law that governs the actions of the parties. There is a

basic principle of equivalency in contracts. The good faith of a contractual party is considered more important in the area of property law than in the area of family law where the will of the party is paramount. Although the freedom of contracts is a basic principle of property law it is subject to a number of limitations. In certain cases there might be a requirement to enter into contracts or there might be a prohibition to enter into contracts. The absence of formal requirements is a main rule in the area of property law, but in certain cases there are different formal requirements. The consequence of a breach of a formal requirement varies. In certain cases the entire contract is voided, whereas in other cases a party to a contract can require that the other party contributes to meeting the formal requirements. Interpretation of property contracts is done from the perspective of the good faith of a party where the will of the parties is super ordinate. Due to the fact that property contracts are usually more extensive than prenuptial agreements there are more interpretation models for interpreting the contractual contents. The rules of invalidation of contracts are examples of a balance between the opposing theories of good faith and the will of a party, where the good faith of a party is the basis for considerations. For the rules of invalidation of contracts to be applicable to a certain contract, there is an absolute requirement of causality between the inappropriate act and the decision to enter into the contract. The adjustment possibilities in the law of contracts are examples of exceptions from the main rule of *pacta sunt servanda*. The 36 § AvtL has the explicit purpose to protect a weaker party. Adjustment is a more nuanced means by which inappropriateness in a contractual situation may be rectified than declaring the contract invalid. The assessment of whether a contract is fair or not, in the sense of 36 § AvtL, is done in unison with the rules of invalidity of contracts. If a party has been fraudulent in entering into a contract, the inappropriateness herein can influence whether or not a contract is ultimately to be considered fair.

Sammanfattning

Förevarande text handlar om skillnaderna mellan äktenskapsförord och förmögenhetsrättsliga avtal. Ett äktenskapsförord är ett familjerättsligt avtal med stark förmögenhetsrättslig prägel. Detta till trots gör sig dock en del typiska familjerättsliga särdrag gällande. Sådana särdrag är exempelvis de olika formkrav som gör sig gällande ifråga om äktenskapsförord. Äktenskapsförord skall upptecknas i en skriftlig handling och undertecknas av makarna för giltighet. Äktenskapsförordet skall sedan registreras. Äktenskapsförord är det enda sättet som makar kan avtala om egendomsordningen i sitt äktenskap och frånga det lagfästa giftorättssystemet. Enligt giftorättssystemet har makar antingen enskild egendom eller giftorätts gods, men bara den senare egendomstypen skall ingå i bodelning. Huvudregeln är att all makes egendom är giftorätts gods. Egendom kan dock vara enskild pga. föreskrift av givare, arvlåtare eller testator. Egendom kan även vara enskild pga. äktenskapsförord. Avtalsfriheten ifråga om äktenskapsförord är underkastad olika begränsningar. Det anses exempelvis inte möjligt enligt lag att avtala om villkorade äktenskapsförord. Makar kan inte heller i äktenskapsförord åsidosätta tredje mans föreskrift om att viss egendom skall vara enskild. Om makarna i sitt äktenskapsförord går utöver de i lag uppställda begränsningarna blir förordet ogiltigt. Att äktenskapsförord är en formbunden handling som kräver skriftlig form för giltighet gör att det skriftligt uttryckta får en särskild tyngd vid tolkningen av äktenskapsförord. Parternas vilja är givetvis avgörande vid tolkningen och utgångspunkt därför, men skriftlighetskravet gör att partsavsikten måste kunna knytas till förordstexten för att kunna bli utslagsgivande vid tolkningen. Ett äktenskapsförord utgör inte något moment i den allmänna omsättningens intresse. Härvidlag gör sig inte den sk. tillitsgrundsatsen lika starkt gällande inom det familjerättsliga avtalsparadigmet som inom det förmögenhetsrättsliga. Detta motiverar vissa skillnader i tillämpningen av ogiltighetsreglerna mellan de olika avtalsområdena. Sedan ÄktB:s ikraftträdande har äktenskapsrätten fått en egen jämningsregel i ÄktB 12 kap. 3 §, vilken utformats med 36 § AvtL som förebild. Vissa omständigheter talar dock för att jämkning av äktenskapsförord oftare borde komma ifråga än jämkning av förmögenhetsrättsliga avtal. Exempel på sådana omständigheter är att avtalet regelmässigt sluts för lång tid och tillämpas först sedan många år gått från avtalstidpunkten samt att äktenskapsförord regelmässigt har benefika inslag.

På det förmögenhetsrättsliga avtalsområdet är avtalsfriheten och avtalsbundenheten grundläggande utgångspunkter. Parterna är härvid i princip fria att avtala med vem som helst om vad som helst utan hänsyn till formkrav och dylikt. Frånvaron av formkrav innebär att avtal kan slutas såväl muntligt som skriftligt och konkludent. Parternas avtal bildar en privat rättskälla dem emellan som styr deras agerande. När parter avtalar med varandra finns en grundläggande tanke om att avtalet skall innebära balans,

eller ekvivalens mellan parternas prestationer. Parts befogade tillit anses mer skyddsvärd inom det förmögenhetsrättsliga området vilket gör att förmögenhetsrättsliga avtal präglas mer av den sk. tillitsprincipen än den inom familjerätten härskande viljeprincipen. Trots att avtalsfriheten är en grundläggande princip är den omgärdad av kraftiga begränsningar. I vissa fall finns det exempelvis ett tvång att avtala och i andra fall kan det finnas förbud mot att vissa avtal träffas eller rentav förbud för vissa personer att träffa avtal. Formlöshet är huvudregel ifråga om förmögenhetsrättsliga avtal, men på vissa områden finns alltså formkrav. Konsekvenserna av ett brott mot formföreskrift varierar med avtalstypen. I vissa fall blir hela avtalet ogiltigt medan part i andra fall kan kräva att motparten medverkar till att formenligt avtal ingås. Tolkning av förmögenhetsrättsliga avtal sker som huvudregel efter den sk. tillitsteorin med den gemensamma partsviljan som överordnad tolkningsmetod. Eftersom förmögenhetsrättsliga avtal regelmässigt är längre än äktenskapsförord finns fler och mer nyanserade tolkningsmodeller för uttydningen av avtalsinnehållet. Ogiltighetsreglerna är ett exempel på en avvägning mellan tillitsteorin och viljeteorin där tillitsteorin är huvudsaklig utgångspunkt. För att ogiltighetsreglerna i AvtL skall vara tillämpliga krävs kausalitet mellan otillbörligheten och avtalets ingående. Jämkningsmöjligheterna i AvtL är exempel på undantag från den förmögenhetsrättsliga utgångspunkten att avtal skall hållas. 36 § AvtL har ett explicit syfte att utgöra skydd för svagare part. Jämkning är ett mer nyanserat sätt att ingripa mot obillighet i avtalsförhållanden än att förklara avtalet ogiltigt. Oskälighetsbedömningen samverkar med AvtL:s övriga ogiltighetsgrunder såtillvida att om ett avtal inte kan förklaras ogiltigt m.a. t.ex. svekregeln i AvtL 30 § så kan omständigheterna som inte ansågs utgöra svek ändå påverka resultatet av en skälighetsbedömning.

Förord

Jag kom till Lund som 23-åring med endast en rudimentär uppfattning om juristyrket eller vad studiet av juridik skulle innebära. Längs vägen har alltifrån begrepp till konkreta yrken utkristalliserat sig och framtiden tycks inte längre lika oviss. Den juridiska yrkesvärlden är visserligen bred, men efter fem års studier har familjerätten framstått som det mest intressanta alternativet. Ett annat rättområde jag funnit mycket intressant var avtalsrätten, både eftersom den kan sägas genomsyra många andra rättsområden och eftersom den är väldigt upphängd kring principer och inte kring en stelbent lagbundenhet vilket gör resonemangsmöjligheterna och det relativa utrymmet så mycket större. Att kombinera dessa två rättsområden inom ramen för mitt examensarbete framstod således som en mycket attraktiv möjlighet. Valet stod mellan att jämföra en specifik företeelse, såsom jämkning, för att se hur denna företeelse förstods och tillämpades inom ramen för de olika avtalstyperna och att ta ett visst familjerättsligt avtal och att göra en bredare avtalsrättslig komparation. Valet föll ut till det sistnämnda alternativets förmån och förevarande text är kulmen på min tid som student i Lund.

Jag vill tacka hela min familj för deras stöd, både under studier, tidigare och framdeles; ingenting jag gjort hade varit möjligt utan er. Jag vill även tacka min nya familj för att ni stått ut med mig under denna tid av världsfrånvändhet och källarmörker. Ett stort tack till mina invalda bröder och systrar för att ni har gjort mig till den jag är idag. Min lust för att lära tog inte fart förrän under gymnasietiden under inspiration av framförallt Inger Lundqvist på Hersby Gymnasium i Stockholm och Dennis Österyd och Ruben Wive på Katedralskolan i Linköping, till er vill jag rikta ett alldeles särskilt tack då ni först fick mig att förstå makten av kunskap och den glädje förståelse för med sig. Även innan dess hade lärare som Margareta Engberg på Sörgårdsskolan och Claes-Göran Strömberg på Änggårdsskolan i Linköping lagt en god grund att stå på. Många andra lärare har funnits med och inspirerat mig till lärande och förkovran under livets hittillsvarande resa, tyvärr är ni för många för att nämna, men min tacksamhet har ni ändå. Under min tid på Juridicum har Ola Svensson och Patrik Lindskoug inspirerat mig och visat att gränsen mellan den juridiska världen och den vanliga världen inte är så stor. Till sist vill jag tacka lärarna i familjerätt på juridicum, Tatiana Tolstoy, Titti Mattson och min handledare Eva Ryrstedt för att ni guidat mig fram till vad jag vill göra här i livet med intressanta problem och långt mer intressanta diskussioner.

David Rosengren, Maj 2013

Förkortningar

A.a.	Anfört arbete
AvtL	Avtalslagen (SFS 1915:218)
f/ff	Följande sida/sidor
FB	Föräldrabalk (SFS 1949:381)
GB	Giftermålsbalk (SFS 1920:405)
HD	Högsta Domstolen
NJA	Nytt juridiska arkiv
prop.	Proposition
RH	Rättsfall från hovrätterna
SFS	Svensk författningssamling
SKV	Skatteverket
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk juristtidning
ÄktB	Äktenskapsbalk (SFS 1987:230)

1 Inledning

1.1 Inledande presentation

Makar var länge förhindrade att träffa avtal med varandra, till stor del beroende på kvinnans underlägsna ställning i äktenskapet och hennes bristande eller obefintliga rättskapacitet. Med införandet av 1920 års GB likställdes makar till stor del i ekonomiskt hänseende. Makarnas möjlighet att avtala med varandra genom användandet av exempelvis äktenskapsförord utvidgades med GB:s ikraftträdande då hustrun därmed fick oinskränkt rättskapacitet i äktenskapet.¹

Familjerättsliga avtal intar sedan länge en särställning i svensk rätt. Till skillnad från avtal inom förmögenhetsrätten där formlösheten generellt härskar och avtalsfrihet råder inom ramarna för partsautonomin gör sig fler tvingande regler och formkrav gällande på familjerättens avtalsområden. Kontrasten dessa rättsområden emellan lämpar sig väl för en komparativ studie av förevarande art.

1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med förevarande skrift är att utreda hur äktenskapsförord skiljer sig från ordinära förmögenhetsrättsliga avtal och varför dessa skillnader finns. Syftet är även att åskådliggöra äktenskapsförordet som rättslig företeelse och att placera in detta på en i rättsordningen relevant plats för att erhålla en större och mer kontextuellt betingad förståelse av företeelsen.

Mina primära frågeställningar är:

- Hur äktenskapsförordet skiljer sig från ordinära förmögenhetsrättsliga avtal samt vilka konsekvenser detta ger upphov till i olika avseenden?
- Varför dessa skillnader finns?
- Är det alltså legitimt att skillnaderna finns utifrån de materiella konsekvenser som isärhållandet ger upphov till?
- Kommer skillnaderna mellan avtalstyperna troligen öka eller minska framöver?

1.3 Avgränsningar

Det finns givetvis en uppsjö av olika familjerättsliga avtal där olika tvingande regler och formkrav gör sig gällande, men för att kunna gå mer på djupet i analysen av rätten har författaren valt att endast beakta

¹ SOU 1964:35, s. 11f.

äktenskapsförordet som avtalsrättsligt fenomen. Avtal om vårdnad, umgänge, testamenten och andra familjerättsliga avtal lämnas således utanför förevarande skrift, för att erhålla ett mer stringent och sammanhållet resultat. Det finns såklart många förmögenhetsrättsliga avtal där formkrav eller tvingande regler gör sig gällande, men dessa lämnas även de utanför förevarande skrift i syfte att få en mer enhetlig bild av det förmögenhetsrättsliga avtalet som jämförelseobjekt för äktenskapsförordet. Eftersom syftet med förevarande uppsats är en avtalsrättslig belysning av äktenskapsförordet undantages även de sakrättsliga aspekter av olika avtalstyper från det behandlade området. Även dold samäganderätt lämnas därhän och gåvor mellan makar berörs endast flyktigt. En viktig aspekt av den allmänna avtalsrätten är tolkningen och den därvid sammanhängande utfyllnaden av avtal. Utfyllnad av äktenskapsförord anses dock inte kunna ske i någon större utsträckning eftersom formkraven därvid uppställer begränsningar.² Eftersom syftet med förevarande text är att jämföra äktenskapsförord med ordinära förmögenhetsrättsliga avtal lämnas utfyllningsaspekten därhän.

1.4 Metod och material

För att illustrera skillnaderna mellan allmänna förmögenhetsrättsliga avtal och familjerättsliga avtal har det familjerättsliga avtalet äktenskapsförord valts ut och skall belysas mot en allmän avtalsrättslig bakgrund. För att utmejsla skillnaderna mellan äktenskapsförord och förmögenhetsrättsliga avtal ämnar författaren ta ett tämligen brett perspektiv där såväl ogiltighetsregler som tolkningsregler, formkrav och jämkningmöjligheter jämförs med varandra över de olika rättsområdena. De olika rättsområdena skall sen bli föremål för en rättsjämförelse där de olika områdena jämförs med varandra för att illustrera skillnaderna dem emellan.

För att uppfylla syftet har sedvanlig rättsdogmatisk metod använts i källsökningen. De källor som behandlas i uppsatsen för att belysa rättsläget för äktenskapsförord är författningstext och lagförarbeten såväl som rättspraxis och doktrin. Författaren har enbart använt sig av svensk doktrin men även i den svenska doktrinen görs många jämförelser med utländsk, främst nordisk rätt, då den svenska familjerätten till stor del vilar på ett samnordiskt lagstiftningsarbete. De slutsatser som dras i doktrinen är således i viss mån baserade på ett nordiskt rättsläge och innehåller rättsfall från de övriga nordiska länderna med en liknande lagstiftning. Den källa som har beaktats i störst utsträckning är doktrin eftersom de rättsfall som finns angående äktenskapsförord är relativt få till antalet och vissa hänför sig till tiden då GB var gällande. De slutsatser som dras av rättsfallen är dock behandlade i doktrinen varför ingen informationsförlust görs genom att beakta rättsfallen sas. indirekt, via doktrinen. Den historiska tillbakablicken är av särskilt intresse för att söka utröna hur rättsutvecklingen på området kan tänkas gestalta sig i framtiden.

² Se ex nedan under avsnitt 3.4.1, med där gjorda hänvisningar.

1.5 Disposition

Uppsatsen inleds med en genomgång av äktenskapsrättens huvudordning och systematik där utgångspunkterna för att rättsligt placera in äktenskapsförordet på ett relevant sätt beskrivs. Familjerätten har även en tydlig historisk prägel, varför även en kortare historisk tillbakablick skall ges för ett vidare utkristalliserande av den rättsliga bilden kring äktenskapsförordet. Därefter redogörs för äktenskapsförordet som rättslig företeelse, där såväl utgångspunkter som avtalsbegränsningar och formkrav avhandlas. Författaren ämnar sedan behandla hur äktenskapsförord kan komma att tolkas i händelse av en tvist om dess innehåll eller giltighet, varefter ogiltighetsregler och jämkningsmöjligheter behandlas. I syfte att göra en relevant komparation skall det förmögenhetsrättsliga avtalets huvudordning och systematik behandlas. Även här skall författaren ge en bild av det förmögenhetsrättsliga avtalet genom att gå igenom utgångspunkter, avtalsbegränsningar och formkrav. Tolkningsaspekten skall belysas såväl som ogiltighetsregler och jämkningsmöjligheter för förmögenhetsrättsliga avtal. Därefter följer själva jämförelsen där de mer flagranta likheterna och olikheterna belyses närmare och analyseras. Definitioner kommer att göras inledningsvis och sedan, i den mån definitionerna frångås eller modifieras kommer detta att stå i den löpande texten. I annat fall kommer de inledningsvis uppställda definitionerna att vara gällande. Eftersom ÄktB 7 kap. 3 § är ett centralt stadgande för förevarande skrift har jag bilagerat den under bilaga A av stringenta skäl. Ifråga om ordinära förmögenhetsrättsliga avtal finns dock ytterst lite att säga om olika typer av formkrav precis som det finns mindre att säga om familjerättsliga avtals ogiltighet än om ordinära förmögenhetsrättsliga avtals ogiltighet. Trots bristen på längdöverensstämmelse bibehålls dock det komparativa inslaget eftersom även det faktum att rättsliga data finns i olika kvantitet beroende på rättsområde innehåller ett implicit komparativt element. I analysen skall de viktigaste likheterna och skillnaderna ifråga om de olika avtalstyperna ställas mot varandra och kommenteras. Analysen innehåller även i viss mån rekommendationer *de lege ferenda* utifrån de moment som analyserats. Analysen företas av författaren själv utifrån dennes synpunkter och betraktelsesätt och på de ställen som synpunkter i doktrinen kritiserats eller vidimerats eller överhuvudtaget berörs markeras detta.

1.6 Definitioner

Att kalla något för ett vanligt förmögenhetsrättsligt avtal kan tyckas något inexakt eller t.o.m. missvisande. Inom ramen för förevarande skrift avser jag med vanliga förmögenhetsrättsliga avtal alla de avtal där formkrav och tvingande regler inte är för handen utan partsautonomin råder fullt ut. Ett

exempel på ett sådant avtal är avtal om köp av lös sak mellan två professionella aktörer.

Orden 'äktenskapsförord' och 'förord' används parallellt men har samma betydelse inom ramen för förevarande skrift. På sina håll har författaren skrivit att egendom är 'gemensam'. Med gemensam egendom avses att egendomen utgör giftorättsgods.

2 Makars egendomsförhållanden

2.1 Historisk tillbakablick

2.1.1 Medeltid

Giftorättsgods är den egendom make äger vari den andre maken har giftorätt. Giftorättsinstitutet har gamla anor och har funnits sedan innan landskapslagarnas ikraftträdande.³ Under medeltidens landslag utgjordes makarnas gemensamma egendom av makarnas lösa egendom och den avlingejord makarna förvärvat under äktenskapet. Enskild egendom utgjordes bl.a. av arvejord och jord som förvärvats innan äktenskapets ingående. Kvotdelarna av boet var vid denna tid två tredjedelar för mannen och en tredjedel för hustrun.⁴ Giftorätten har haft olika omfattning vid olika tider och på olika platser. Vid den tid som stads- respektive landskapslagarna gjorde åtskillnad på människor beroende på var de bodde var giftorätten mer extensiv för de som omfattades av stadslagarna än för de som bodde på landet. Enligt stadslagarna var i princip all makarnas egendom gemensam och omfattades av makarnas giftorättsanspråk.⁵ Kvotdelarna i boet var enligt stadslagarna lika stora.⁶

2.1.2 1734 års lag

När 1734 års lag trädde i kraft 1736 innebar den inga större förändringar av rättsläget kring giftorättsinstitutet utan skillnaden mellan stadsrätt och landsrätt behölls. Den av makarna som var vållande till äktenskapsskillnaden gick miste om sin giftorätt, med undantag för visst underhåll, enligt 1734 års lag. Först genom lagändringar 1845 och 1898 kom nya lagar som gav män och kvinnor lika giftorätt både på landet och i städerna, vilket innebar att kvotdelarna i det gemensamma boet nu var lika stora.⁷

Historiskt sett är det mannen som haft ansvaret för förvaltningen av det gemensamma boet såväl som för kvinnans enskilda egendom. Kvinnor saknade länge rätt att förfoga över sin egendom utan mannens samtycke då kvinnor inte ansågs myndiga. När 1734 års lag trädde i kraft erhöll kvinnor testationsrätt och med en lagändring år 1874 fick kvinnor rätt att råda över egendom som hon själv förvärvat genom eget arbete. Övrig förvaltningsrätt

³ Agell & Brattström, Äktenskap, samboende, partnerskap, 2011, s. 91.

⁴ Agell & Brattström, Äktenskap, samboende, partnerskap, 2011, s. 91.

⁵ SOU 1964:35, s. 10.

⁶ Agell & Brattström, A.a. 2011, s. 91.

⁷ SOU 1964:35, s. 10.

tillkom alltjämt mannen i äktenskapet, oaktat om egendomen var enskild eller gemensam. Viss förvaltningsrätt kunde efter 1874 års lagändring även tillkomma kvinnor om detta föreskrivits i äktenskapsförord, gåvobrev eller testamente.⁸

Institutet äktenskapsförord utvecklades från början i rättspraxis under de yngre landskapslagarnas tid och enligt 1734 års lag gavs makar uttryckligen rätt att genom avtal avvika från de i lagen angivna egendomsordningarna. Med 1874 års lagändring infördes möjlighet att genom äktenskapsförord avtala även om förvaltningen av de olika egendomstyperna så att förvaltningsrätten inte längre per automatik tillkom mannen. Regleringen som gällde för äktenskapsförord vid den här tiden var dock relativt bunden; efter att makarna vikt sig kunde de inte ändra, upphäva eller ingå äktenskapsförord.⁹

2.1.3 Nya GB

1909 fick lagberedningen i uppdrag att reformera äktenskapsrätten och gjorde detta i samråd med jurister från Norge och Danmark. Lagstiftningsarbetet utmynnade bl.a. i 1920 års GB som trädde i kraft 1921. Det var först med GB:s ikraftträdande 1921 som man och hustru blev jämställda i såväl personligt som förmögenhetsrättsligt hänseende. Förvaltning och rådighet över den egna egendomen tillkom även varje make enskilt, med vissa inskränkningar. Vid denna tid var makarna att anse som gentemot varandra självständiga rättssubjekt som kunde ingå avtal med varandra precis som vilka parter som helst.¹⁰

Den nya giftermålsbalken tillkom 1920 och ersatte den äldre giftermålsbalken i 1734 års lag. Den nya giftermålsbalken var för sin tid mycket progressiv och innebar ett brott mot tidigare etablerade principer inom äktenskapsrätten. Mannens äktenskapliga överhöghet över kvinnan bröts i och med ikraftträdandet av nya GB. En ny idé om jämställdhet mellan makarna blev vägledande för utformningen av det nya giftorättssystemet som präglades av särförvaltning och isärhållande av makarnas skulder samt att var make hade äganderätt till sin egendom. Samtidigt som systemet innehöll många nya moment och överväganden bibehölls tanken på gemenskap mellan makarna genom den giftorätt som makarna efter vigsel erhöi i varandras egendom.¹¹

1920 års GB innehöll inga regler om jämknings vid äktenskapsskillnad eller annorledes. Däremot fanns där andra typer av ekonomiska korrigeringsregler som blev tillämpliga om den ena maken exempelvis grovt kränkt den andre. En annan ändring ifråga om äktenskapsförord var att

⁸ SOU 1964:35, s. 11.

⁹ SOU 1964:35, s. 11.

¹⁰ SOU 1964:35, s. 12f.

¹¹ Agell & Brattström, A.a. 2011, s. 22.

makarna nu, som ett utflöde av sin inbördes självständighet, kunde avtala om äktenskapsförord även efter vigsel.¹²

2.1.4 ÄktB

De förändrade familje- och levnadsförhållanden för individer gav dock upphov till nya reformbehov. Således tillsattes en ny utredning 1969 bestående av familjelagssakkunniga vars uppgift blev att reformera äktenskapsrätten.¹³ Reformarbetet utmynnade så småningom i ÄktB vari hälftendelningsprincipen behölls. Enligt denna lagstiftning krävdes inte längre äktenskapsförordets form för fullbordande av gåva mellan makar utan institutet äktenskapsförord kan numera bara användas för att omklassificera egendom från enskild till giftorättsgods eller vice versa. Kravet på att handlingen skulle bevittnas för giltighet borttogs med ikraftträdandet av den nya lagen och makarna var fria att teckna äktenskapsförord efter fritt skön med iakttagande av de formregler som gäller härför.¹⁴

2.2 Huvudordning och systematik

Alltsedan GB:s ikraftträdande 1921 har utgångspunkten för makar varit att de är två gentemot varandra fristående rättssubjekt, med möjlighet att avtala sinsemellan. Makar kan köpa saker av varandra och låna ut pengar till varandra utan hinder av sin status som makar. Äktenskapet har dock vissa rättsverkningar som på olika sätt kan begränsa makarnas avtalsfrihet. En principiell uppdelning av de avtal som makar kan ingå med varandra kan göras i familjerättsliga avtal och förmögenhetsrättsliga avtal. För de familjerättsliga avtalens del gäller att dessa är tillåtliga avvikelser från ett i lagform redan etablerat system av huvudregler. För uppkomsten och giltigheten av förmögenhetsrättsliga avtal gäller huvudsakligen allmänna regler; dvs främst avtalslagen. Avtalslagen ansågs dock inte direkt tillämplig på familjerättsliga förhållanden eftersom vissa grundsatser däri är mindre lämpade för familjerättsliga förhållanden. Lagen blir istället tillämplig genom analogi.¹⁵

I ÄktB 1 kap. 3 § stipuleras att varje make råder över sin egendom och svarar för sina skulder. Stadgandet är av stor principiell betydelse då det drar upp en gräns mellan makarna samt deras ekonomiska gemenskap. Varje make äger sin egendom, som huvudregel med fri rådighet, och har inget ansvar för den andre makens skulder. Den egna äganderätten och friheten från ansvar för den andra makens skulder gäller oavsett om egendomen är

¹² Tottie & Teleman, Äktenskapsbalken, (1 mars 2012, Zeteo), under rubriken Förord, se även SOU 1964:35, s. 12.

¹³ Tottie & Teleman, Äktenskapsbalken, (1 mars 2012, Zeteo), under rubriken Förord.

¹⁴ Prop. 1986/87:1, s. 129.

¹⁵ Agell & Brattström, A.a. 2011, s. 133f.

av enskild eller gemensam karaktär.¹⁶ Makar kan bli solidariskt betalningsansvariga för samma skuld om de tecknar lån gemensamt. Den gemensamma betalningsskyldighet som härav utfaller vilar på rent avtalsmässig grund, inte som ett utflöde av makarnas status som just makar.¹⁷ Makar kan samäga egendom, men även detta sker på allmän avtalsrättslig grund pga. att parterna faktiskt införskaffat och gemensamt bekostat egendomen ifråga. Huvudprincipen för makars äganderätt till egendom är att den som bekostat egendomen också blir dess ägare.¹⁸

Av ÄktB 1 kap. 4 § framkommer att makar skall fördela sysslor och uppgifter mellan sig och lämna varandra de upplysningar som behövs för att familjens ekonomiska förhållanden skall kunna bedömas. Stadgandet har bedömts som en allmän och i vissa aspekter tillskräppt lojalitets- eller upplysningsplikt makarna emellan.¹⁹

2.3 Giftorättsgods & enskild egendom

En av de viktigaste och mest grundläggande uppdelningarna av makars egendom är uppdelningen mellan giftorättsgods och enskild egendom. Giftorättsgods är den egendom som vid en bodelning skall bli föremål för en hälftindelning mellan makarna. Enskild egendom är den egendom som är makes enskilda, med innebörd att den skall hållas utanför en bodelning och inte bli föremål för en hälftindelning mellan makarna. Enskild egendom kan vara enskild av olika anledningar, exempelvis pga föreskrift i gåva, testamente eller med anledning av äktenskapsförord. Makes möjlighet att genom egendomsklassificering, såsom enskild egendom eller giftorättsgods, påverka vad som tas med i bodelning är större ifråga om egendom som gjorts till enskild genom äktenskapsförord än egendom som är enskild pga. föreskrift av tredje man.²⁰

En föreskrift från tredje man om att viss egendom skall tillkomma make såsom dennes enskilda respekteras av lagen. En dylik föreskrift kan alltså inte åsidosättas av makarna medelst äktenskapsförord om inte givare eller testator har medgivit en dylik omklassificering. Föreskrift om att egendom skall vara enskild hindrar förstås inte ägandemaken att förfoga över egendomen efter fritt skön, om inte givare eller testator föreskrivit ett överlåtelseförbud i den rättshandling varigenom egendomen kom make till del.²¹

När egendom har klassificerats som antingen enskild eller giftorättsgods kan två följdfrågor aktualiseras; vad gäller ifråga om surrogat och vad gäller ifråga om avkastning? I den mån som den egendomsklassificerande

¹⁶ Agell & Brattström, A.a. 2011, s. 52.

¹⁷ Grauers, Ekonomisk familjerätt, 2011, s. 23.

¹⁸ Agell & Brattström, A.a. 2011, s. 74f.

¹⁹ Agell & Brattström, A.a. 2011, s. 151.

²⁰ Agell & Brattström, A.a. 2011, s. 93ff.

²¹ Agell & Brattström, A.a. 2011, s. 98.

rättshandlingen innehåller föreskrift om avkastning och eller surrogation är föreskriften gällande. Annorlunda förhåller det sig om den egendomsklassificerande rättshandlingen inte innehåller någon dylik föreskrift. I sådana fall uppställs i ÄktB vissa presumtionsregler för spörsmål om avkastning och surrogation. Huvudreglerna dikterar att avkastning av enskild egendom är giftorättsgods och avkastning av giftorättsgods är givetvis giftorättsgods även det. Huvudreglerna dikterar vidare att ett surrogat av enskild egendom är enskild egendom och givetvis är ett surrogat av giftorättsgods alltjämt giftorättsgods.²²

Såsom ovan angivits påverkas inte äganderätten till egendomen genom att dess status av giftorättsgods eller enskild egendom förändras. Giftorätten är en latent fordringsrätt på en hälftendel av värdet av makarnas gemensamma egendom. Skillnaden mellan äganderätt och giftorätt har störst betydelse i förhållande till makarnas borgenärer, varvid det avgörande är äganderätten och inte giftorätten.²³ Rättsverkan av att egendom utgör giftorättsgods är att den skall ingå i en framtida bodelning, enligt ÄktB 10 kap. 1 §. Om egendomen däremot utgör enskild egendom skall den inte ingå i en framtida bodelning mellan parterna.²⁴

²² Agell & Brattström, A.a. 2011, s. 100f.

²³ Agell & Brattström, A.a. 2011, s. 74f.

²⁴ Agell & Brattström, A.a. 2011, s. 93f.

3 Äktenskapsförord

3.1 Utgångspunkter

Äktenskapsförordet är den enda form genom vilken makar eller blivande makar avtalsvägen kan påverka resultatet av en framtida bodelning. Makarna överenskommer i avtalet vad som skall vara makarnas enskilda egendom respektive vad som skall vara giftorättsgods, eller med andra ord; vilken av makarnas egendom som skall ingå i en framtida bodelning. Äktenskapsförordet påverkar inte äganderätten till den berörda egendomen utan endast dess status av giftorättsgods eller enskild egendom.²⁵

Av ÄktB 7 kap. 2 § framgår att enskild egendom kan ha fått denna sin enskilda karaktär på olika sätt. Genom äktenskapsförord, genom villkor i testamente eller gåva och i anledning av försäkringsförordnande. Att separera enskilda tillgångar endast på den grund att de fått sin enskilda karaktär på olika sätt kan tyckas onödigt, men olika rådighetsinskränkningar gör sig gällande beroende på hur den enskilda tillgången fått sin karaktär. Då makar genom äktenskapsförord avtalat att egendom skall vara enskild kan de genom ett nytt förord bestämma att tillgången skall utgöra giftorättsgods. De kan även, enligt ÄktB 10 kap. 4 §, formlöst låta enskild egendom ingå i bodelning. Egendomen behåller emellertid därvid sin enskilda karaktär. Enligt ÄktB 11 kap. 8 § skall berörd egendom efter bodelning lottläggas efter behov och skälighet. Lagrummet är inte tillämpligt på enskild egendom som är enskild pga. föreskrift i gåva eller testamente. Övertaganderätt vid lottläggningen kan endast föreligga till egendom som är enskild pga. äktenskapsförord.²⁶

Att skriva äktenskapsförord är bara möjligt för de som redan är eller snart skall bli makar. Avtalet äktenskapsförord förutsätter således för giltighet att avtalsparterna är eller snart skall gifta sig med varandra.²⁷ ÄktB innehåller inte någon föreskrift eller precisering om hur långt innan ett äktenskap ett äktenskapsförord kan ingås. Sannolikt kan det inte röra sig om ett alltför avlägset äktenskap; parterna skulle ju vid sådan omständighet kunna glömma att det överhuvudtaget finns ett äktenskapsförord och vidare torde det kunna innebära problem med avtalsbundenheten.²⁸

Äktenskapsförordet är ett personligt avtal och kan inte undertecknas av ombud. Ett förhållande som vanligtvis är av underordnad betydelse då det inte i upprättandet av äktenskapsförord föreligger något krav på *unitas actus*, eller gemensamt, samtida handlande.²⁹

²⁵ Teleman, Äktenskapsförord, 2012, s. 13f.

²⁶ Teleman, A.a. 2012, s. 15f.

²⁷ Se ÄktB 7 kap. 3 § 1 st.

²⁸ SOU 1964:35, s. 162.

²⁹ Teleman, A.a. 2012, s. 20.

Efter att ett äktenskap upplösts och bodelning ägt rum har ett äktenskapsförord spelat ut sin roll. Det blir således inte tillämpligt ens mellan samma parter om de skulle gifta om sig utan äktenskapsförordet måste skrivas om och registrering ske i vanlig ordning.³⁰

Även omyndiga personer kan ingå äktenskapsförord, men då krävs förmyndarens skriftliga medgivande därtill.³¹ I ett rättsfall från 1989 hade ett äktenskapsförord ingåtts av en omyndig kvinna utan förmyndarens samtycke. HD uttalade i fallet att en brist i tillkomsten av ett avtal under vissa omständigheter måste kunna läkas. Dock, menade HD, måste stora krav ställas på viljeförklaringens tydlighet för att ett annars ogiltigt äktenskapsförord skulle anses giltigt. I fallet hade maken förhållit sig passiv till äktenskapsförordet och inte invänt mot det trots att lång tid förflutit sedan äktenskapsförordets ingående och hon hade åberopat förordet när hon skulle sälja en fastighet. HD menade dock att en tillräckligt tydlig viljeförklaring från makans sida inte hade avkunnats och att äktenskapsförordets brist i avtalsrättsligt hänseende således inte hade läkts i det aktuella fallet. Att maken tydligt tagit ställning för äktenskapsförordets giltighet när hon åberopade det inför fastighetsaffären spelade ingen roll, enligt HD, eftersom hon därvid uppenbarligen saknat kännedom om förordets brister i formhänseende. Inte heller hennes passivitet kunde tillmätas betydelse eftersom passiviteten förevarit utan att hon haft faktisk kännedom om äktenskapsförordets angriplighet.³²

Den allmänt hållna regeln om passivitetsverkan i avtalsförhållanden anses tillämplig även på familjerättens område, om än bara i begränsad utsträckning. Inom familjerätten kan inte en passivitetsverkan konstateras mer generellt utan en eventuell passivitetsverkan måste bli föremål för en helhetsbedömning av alla relevanta omständigheter i det enskilda fallet. Hur lång tids passivitet kan läggas part till last? Har parterna anpassat sin ekonomi efter ett antagande om ett giltigt förord? Har förordets ogiltighet varit på tal under äktenskapet osv. Även om passivitetsverkan inte är utesluten så bör den tillämpas med större försiktighet på familjerättsliga förhållanden.³³

Ett äktenskapsförord blir gällande från den dag då makarna ingår äktenskap, om äktenskapsförordet inges till SKV för registrering inom en månad räknat från vigseln. Denna en månadsfrist gäller bara äktenskapsförord som upprättats innan vigseln.³⁴ Annars blir förordet gällande från den dag det inkommer till SKV.³⁵ Om äktenskapsförordet inte inges till SKV för registrering blir det inte gällande mellan parterna, eftersom äktenskapsförord för giltighet måste registreras. Så snart parterna undertecknat förordet uppstår emellertid en bundenhet för dem; en

³⁰ Teleman, A.a. 2012, s. 17.

³¹ Teleman, A.a. 2012, s. 20.

³² NJA 1989 s. 692.

³³ Teleman, A.a. 2012, s. 59ff.

³⁴ RH 1982:78.

³⁵ Se ÄktB 7 kap. 3 § 3 st.

bundenhet att inlämna förordet för registrering. Detta innebär att en av parterna inte ensidigt kan motsätta sig registrering sedan undertecknande har skett även om parterna givetvis gemensamt kan avstå från att teckna äktenskapsförord genom att helt enkelt inte låta äktenskapsförordet bli registrerat. I den händelse en av parterna underlåter att handla efter sin bundenhet genom att exempelvis inte ge in förordet till registrering trots överenskommelse därom kan parten bli skadeståndsskyldig mot sin motpart på allmän civilrättslig grund, enligt den rättsliga principen om *culpa in contrahendo* som alltså är tillämplig även på familjerättens område.³⁶ Huruvida skadeståndet i sådant fall skall uppgå till det positiva kontraktsintresset eller det negativa kontraktsintresset är en omdiskuterad fråga.³⁷ Parts underlåtenhet att företa registrering kan annars få verkan vid ett spörsmål om jämkning av äktenskapsförord.³⁸

Så snart en make undertecknat förordet anses han således implicit ge sitt samtycke till förordets registrering om inte annat framkommer. Detta innebär att det står den ena maken fritt att på eget bevåg lämna in förordet sedan lång tid förflutit efter dess upprättande, vilket kan vålla olika problem. I ett avgörande från HD angående ett formenligt upprättat äktenskapsförord så fann HD att makarna gemensamt avsett att förordet inte skulle registreras, varför det inte kunde läggas till grund för bodelning. Makarnas gemensamma partsvilja transcenderade således den rent formella giltigheten i registrerings- och formhänseende.³⁹ Ett annat avgörande från HD handlade om ett äktenskapsförord som ingavs för registrering först 20 år efter att det upprättats. Förordet hade inte dessförinnan varit på tal och söndring var enligt hustrun för handen innan äktenskapsförordets ingivande. Detta till trots så befanns förordet giltigt och lades till grund för bodelning. Lång tids fördröjning med ingivande av äktenskapsförord till registrering kan utgöra ett tolkningsdatum rörande makarnas avsikt att inte fullfölja sina planer att skriva äktenskapsförord.⁴⁰

Registrering är således ett rent formellt krav som varken prekluderar talan om ogiltighet eller jämkning av äktenskapsförord. Att äktenskapsförordet är giltigt i formellt hänseende innebär inte heller att dess rättsverkningar måste framstå som särskilt tydliga eller ens att det kommer få någon verkan i materiellt hänseende. SKV kan således inte vägra registrering endast på den grunden att ett äktenskapsförords innehåll är svårtolkat eller oklart; deras prövning är huvudsakligen formell.⁴¹

³⁶ Teleman, A.a. 2012, s. 24.

³⁷ Se för vidare behandling av frågan exempelvis Ramberg & Ramberg, Allmän avtalsrätt s. 101ff.

³⁸ Teleman, A.a. 2012, s. 25.

³⁹ NJA 1949 s. 427.

⁴⁰ Wallin, Avtal mellan makar, 1958, s. 213.

⁴¹ Teleman, A.a. 2012, s. 25f.

3.2 Avtalsbegränsningar och avtalsobjekt

3.2.1 Allmänt

Utgångspunkten i svensk rätt är att varje rättssubjekt har full avtalsfrihet, vilket följer av allmänna rättsgrundsatser. Parterna är fria att avtala om vad de vill och blir bundna av sitt avtal enligt devisen *pacta sunt servanda*.⁴² På det familjerättsliga avtalsområdet gör sig dock en del tvingande hänsyn och begränsningar gällande varför parternas avtalsfrihet på det området är mer begränsad än inom det obligationsrättsliga området. Lagstiftaren har velat begränsa parternas avtalsfrihet för att inte utsätta makarna för den osäkerhet som en alltför rikhaltig flora av giltiga äktenskapsförord skulle kunna medföra. Lagtexten i ÄktB 7 kap. 3 § ställer upp begränsningar för äktenskapsförord och om makarna går utöver dessa ramar blir äktenskapsförordet ogiltigt, åtminstone i den delen. Ur lagtexten till ÄktB 7 kap. 3 § följer att makar genom äktenskapsförord kan avtala att allt giftorättsgods skall vara enskild egendom. Allt slags giftorättsgods inkluderar således särskild egendom enligt ÄktB 10 kap. 3 § och även personlig egendom enligt ÄktB 10 kap. 2 §. Att SKV har registrerat förordet utgör sålunda inte någon giltighetsförklaring, utan som erinras under avsnitt 3.3 är myndighetens prövning av förordet innan registrering endast av formell natur.⁴³ Att prövningen inte säkrar att ett materiellt riktigt äktenskapsförord föreligger visas av en undersökning företagen av en student vid Uppsala universitet. Enligt undersökningen bedömdes att innehållet i 35 % av under en tid registrerade förord kunde ifrågasättas.⁴⁴

Det finns inget krav på att äktenskapsförordet skall upprätta eller säkerställa något slags balans mellan parternas rättigheter eller skyldigheter. Makarna kan ju ingå äktenskapet under helt skilda ekonomiska förutsättningar och avtalar ju inte primärt för vinnings skull, vilket tenderar att vara fallet inom förmögenhetsrätten, varför ekvivalenstanken inom förmögenhetsrätten regelmässigt får större genomslagskraft än inom familjerätten.⁴⁵

Äktenskapsförordets räckvidd kan lagenligt begränsas till att omfatta endast viss egendom eller egendom förvärvad på visst sätt, såsom genom benefika fång. I linje härmed torde det även gå att begränsa räckvidden av äktenskapsförordet till att endast omfatta egendom som förvärvats under viss förfluten tid. Att tidsbegränsa giltigheten av ett äktenskapsförord är däremot inte möjligt. Inte heller kan äktenskapsförordet villkoras. Parterna kan exempelvis inte komma överens om att äktenskapsförordet bara skall gälla vid bodelning med anledning av skilsmässa eller dylikt. Den restriktiva inställning som råder i svensk rätt gällande villkorade äktenskapsförord innebär sannolikt att inte heller omförhandlingsklausuler skulle godtagas i

⁴² Grauers, A.a. 2011, s. 20.

⁴³ Teleman, A.a. 2012, s. 31f.

⁴⁴ Agell & Brattström, A.a. 2011, s. 139.

⁴⁵ Teleman, A.a. 2012, s. 32.

förordet. Däremot torde det vara möjligt att i äktenskapsförordet reglera vad som skall gälla om en viss punkt i förordet skulle underkännas.⁴⁶

ÄktB medger att makar i äktenskapsförordets form avtalar att viss del av en viss tillgång skall vara enskild, varvid egendomen kommer att utgöra sk. blandad egendom. I linje härmed torde det även vara tillåtet att en tillgång intill ett värde motsvarande ex. kontantinsatsen vid ett bostadsförvärv skall vara makens enskilda egendom medan tillgången i övrigt utgör giftorättsgods. I dylika fall kan dock penningvärdeförändringen motivera att värdeinsatsen istället räknas om till ett kvotvärde av den införskaffade egendomen, vilken sedan genom äktenskapsförord görs till enskild egendom. HD har nämligen i sitt avgörande i målet NJA 1970 s. 320 uttryckt en mycket restriktiv syn på indexklausuler. Det som skulle indexregleras i målet var dock andelen av makarnas giftorättsgemenskap, något som underkändes av HD, så det kan ifrågasättas i vilken mån ett liknande resultat hade uppkommit i den situationen att makar sökt indexreglera att en viss enskild tillgång skulle försäkras mot penningvärdeförsämringen.⁴⁷

Det står även makar fritt att avtala att tillgångar av visst slag, ex. fastigheter skall utgöra enskild egendom. Makar kan med utnyttjande av sin inbördes avtalsfrihet bestämma att det som de själva genom äktenskapsförord gjort till enskild egendom återigen skall vara giftorättsgods. Motsvarande rätt saknas när egendomen är enskild pga. föreskrift i gåva eller testamente om inte testator eller givare medgett att makarna genom äktenskapsförord ändrar egendomens karaktär. Make kan dock inte numera genom gåva till sin maka föreskriva att egendomen skall vara makans enskilda, dylik föreskrift måste numera ske genom äktenskapsförord. I målet NJA 1997 s. 37 konstaterade HD att makar är generellt berättigade att genom äktenskapsförord avtala att tidigare av dem överenskommen egendomsordning skall ändras, i den mån som inte tredje man ställer hinder i vägen.⁴⁸

En utbredd uppfattning i doktrinen är att makar inte kan bestämma att andelarna i giftorättsgodset skall vara olika stora. Detta följer som ett typtvång av de rättsverkningar som giftorättsgemenskapen för med sig. Om hälftindelningen var möjlig att frångå genom avtal i den utsträckning varom då skulle bli fråga skulle giftorättsinstitutet förlora sin betydelse. Det är vidare tveksamt om makar kan bestämma att visst ospecificerat kontant belopp skall vara deras enskilda egendom. För att ett dylikt stadgande skall godkännas torde det krävas att pengarna hålls avskilda på ett eget konto eller dylikt. Makar torde vidare vara förhindrade att genom äktenskapsförord bestämma att medel på ett visst konto skall tillkomma dem enskilt om de genom ensidiga åtgärder därefter kan förändra omfattningen av den enskilda egendomen. Ett krav på ett visst mått av klarhet och individualisering såväl

⁴⁶ Teleman, A.a. 2012, s. 32ff.

⁴⁷ Teleman, A.a. 2012, s. 34f.

⁴⁸ Teleman, A.a. 2012, s. 35f.

som ett krav på förutsebarhet kan härur utläsas ifråga om äktenskapsförord.⁴⁹

Makar kan inte genom äktenskapsförord modifiera de förvaltningsregler som finns ifråga om rådighetsinskränkningar till det gemensamma bohaget och den gemensamma bostaden. Rådighetsinskränkningarna är tvingande och kan inte frångås avtalsvägen genom äktenskapsförord.⁵⁰

3.2.2 Avkastning och surrogation

Andra frågor som ofta uppkommer när det gäller om äktenskapsförord är spörsmål om surrogation och avkastning av enskild egendom. Huvudregeln är att egendom som trätt istället för enskild egendom också är enskild egendom enligt den sk. surrogationsprincipen. Med avkastning är förhållandet det motsatta; avkastning av enskild egendom är giftorättsgods. Testator eller givare kan naturligtvis i gåvobrev eller testamente föreskriva avsteg från den legala presumtionen och således stipulera ex. att avkastningen skall vara enskild egendom men att eventuella surrogat skall vara makarnas gemensamma egendom. Makar kan i äktenskapsförord själva reglera frågan om surrogation och avkastning av enskild egendom i den mån som givare eller testator inte uppställt hinder för detta. Enligt en utbredd uppfattning i doktrinen så gäller surrogationsprincipen i flera led; dvs. enskild egendom som träder istället för enskild egendom blir enskild egendom tills annat avtalats om så är tillåtet. Som ett utflöde av makarnas avtalsfrihet kan de genom äktenskapsförord begränsa antalet surrogationsled. För att surrogation skall vara för handen krävs enligt ÄktB 7 kap. 2 § 1 p 5 att egendomen ”trätt istället för” annan enskild egendom; dvs. att egendomen betalats med försäljningslikviden av den förra enskilda egendomen. Om försäljningslikviden används till löpande konsumtion kan det inte vara fråga om surrogation i lagens mening. Ifråga om avkastning reglerar ÄktB bara vad som händer med avkastning av enskild egendom och eftersom makarna inte kan gå utöver de ramar för äktenskapsförord som uppställs i lagen kan makarna alltså inte genom äktenskapsförord bestämma att avkastning av giftorättsgods skall vara enskild egendom.⁵¹

3.2.3 Gåvor

När det gäller gåvor mellan makar krävde dessa enligt GB äktenskapsförordets form, förutom när det gällde ordinära presenter. Numera krävs inte äktenskapsförord för gåva mellan makar, men äktenskapsförordets form måste ändå användas om man vill att gåvan skall vara enskild egendom. Mot bakgrund av lagstiftarens avsikt att äktenskapsförord endast skall användas för egendomsklassificering mellan makar och inte för att påverka ägarförhållanden borde stadgande i

⁴⁹ Teleman, A.a. 2012, s. 37f.

⁵⁰ Tottie & Teleman, Äktenskapsbalken, (1 mars 2012, Zeteo), kommentaren till 7 kap. 3 §.

⁵¹ Teleman, A.a. 2012, s. 40f.

äktenskapsförord om att den ena makens tillgång numera skall vara den andra makens enskilda egendom inte kunna få verkan som gåva eftersom ägarförhållandena inte genom dylikt förfarande skall kunna ändras. För gåvor mellan makar gäller istället allmänna civilrättsliga principer, dvs. tradition och registrering gäller för såväl sakrättslig-, som obligationsrättslig giltighet av gåvan. En intressant aspekt i sammanhanget blir då att äktenskapsförord skall registreras, vilket torde innebära att de obligations-, och sakrättsliga skyddskonsekvenserna inträder därav.⁵²

3.2.4 Skulder

Makar kan inte genom äktenskapsförord direkt avtala om skulder. Däremot påverkas skuldens karaktär av ”enskild” eller ”gemensam” av vilken typ av tillgång den hänför sig till; dvs. indirekt av egendomens klassificering som enskild eller gemensam. Hänförbarheten är den enda relevanta bedömningsgrunden för om skulden skall anses som enskild eller gemensam, vilket följer av ÄktB 11 kap. 2 § 2 st. För det fall en make har en fordran på den andra maken neutraliseras värdet därav då båda makarna har giftorättsgemenskap och rätt till skuldavräkning innan bodelning sker. Lösningen vid sådana omständigheter blir istället att i äktenskapsförord avtala fullständig egendomsskillnad eller att fordringen främst skall säkras i enskild egendom.⁵³

3.3 Formkrav

Äktenskapsförordet är ett avtal som oftast har sin verkan på lång sikt. Därför finns det tvingande formföreskrifter för hur ett giltigt äktenskapsförord skall ingås. Enligt GB gällde att äktenskapsförordet skulle bevittnas av två solennitetsvittnen. Vilket innebar att två personer samtidigt skulle närvara och bevittna handlingens underskrift av makarna. Detta krav har nu tagits bort. Fortfarande gäller dock en del tvingande formregler vilka nu skall gås igenom.⁵⁴

Ett äktenskapsförord skall upprättas skriftligen och undertecknas av makarna eller de blivande makarna. Förordet skall vidare registreras hos skatteverket som ser till att handlingen blir införd i äktenskapsregistret. Registrering anses inte kunna ske sedan ena maken dött.⁵⁵ Med registreringen blir äktenskapsförordet offentligt och således kan bevis säkras om dess existens och innehåll. Om formkraven inte efterkoms blir äktenskapsförordet inte bindande för parterna. Ändring eller hävning av äktenskapsförord skall ske med iakttagande av samma formregler som för upprättande av förord. Mindre tillägg eller preciseringar kan dock godtas om

⁵² Teleman, A.a. 2012, s. 42.

⁵³ Teleman, A.a. 2012, s. 43f.

⁵⁴ Teleman, A.a. 2012, s. 19.

⁵⁵ Wallin, A.a. 1958, s. 219.

det kan visas att de omfattas av parternas gemensamma vilja och att förordet hade sitt ändrade innehåll redan vid registreringen.⁵⁶

Vid tveksamhet angående om en handling utgör ett äktenskapsförord eller inte skall registrering vägras endast om det är uppenbart att det för rättshandlingens giltighet inte krävs äktenskapsförordets form.⁵⁷ Av hovrättspraxis följer att registrering av ett förord skall beviljas när ett förord är formellt korrekt upprättat men utöver vad som är tillåtet att avtala inom ett äktenskapsförord även innehåller tillägg som går utanför den accepterade ramen.⁵⁸ Ett exempel på sådant tillägg är en lagvalsklausul. Ett sådant tillägg prövades av HD 1997 varvid domstolen fann att registrering skulle beviljas.⁵⁹

Vad makarna kallar sitt äktenskapsförord är inte rättsligt avgörande; rubriken på handlingen har inte utslagsgivande betydelse. Huruvida en handling utgör, respektive inte utgör ett äktenskapsförord avgörs istället med utgångspunkt i dess sakliga innehåll. I registreringsärenden skall SKV inte företa någon prövning av ett äktenskapsförords verkan utan endast granska de formella förutsättningarna för registrering.⁶⁰ När ett äktenskapsförord väl blivit behörigen registrerat kan det inte klandras på formella grunder utan endast utifrån dess eventuella materiella brister.⁶¹ Skriftlighetskravet är relativt rättframt och har inte vållat särskilda bekymmer kring äktenskapsförord. En omständighet som har diskuterats är huruvida äktenskapsförordet måste vara författat på svenska eller om denna omständighet är domstolen egal. Det finns inga uttryckliga krav på makarna att författa sitt äktenskapsförord på svenska men det är makarna som står risken för att domstolen inte kan tillägna sig innehållet i handlingen och av den anledningen lämnar äktenskapsförordet obeaktat. I ett fall från hovrätten angavs att språkkunskapen vid svenska domstolar är så god att handlingar på engelska regelmässigt kan godtagas.⁶² Det är dock den enskilda domstolen som avgör om en handling författad på ett utländskt språk skall godtas.⁶³

Sjelva underteckandet av äktenskapsförordet bör ske med makarnas fulla namn. Även om detta inte explicit krävs för giltighet så är det att föredra då det försvårar förfalskning och slentrianmässigt undertecknande av part. Enligt nordisk familjerättspraxis är undertecknande medelst namnstämpel eller dylikt medel inte godtagbar och signering skall ske med bläckpenna eller annan beständig skrifttyp. Om den ena maken förfalskar den andra makens underskrift på äktenskapsförordet är den förfalskande maken förhindrad att åberopa densamma enligt allmänna rättsgrundsatser.⁶⁴

⁵⁶ Teleman, A.a. 2012, s. 19f.

⁵⁷ NJA 1970 s. 320.

⁵⁸ RH 1992:49.

⁵⁹ NJA 1997 s. 37.

⁶⁰ Teleman, A.a. 2012, s. 22.

⁶¹ SOU 1964:35, s. 163.

⁶² RH 2005:16.

⁶³ Teleman, A.a. 2012, s. 26.

⁶⁴ Teleman, A.a. 2012, s. 27 och SOU 1964:35, s. 163.

3.3.1 Övriga krav

Äktenskapsbalken uppställer inga krav på att äktenskapsförord skall dateras, men detta är ändå att föredra då det underlättar för de som berörs av äktenskapsförordets verkningar att säkra bevisning om de omständigheter som var för handen vid undertecknandet.

Det har framkommit ovan under avsnitt 3.1 att äktenskapsförordet är ett personligt avtal som bara kan ingås av parterna själva och inte bli giltigt genom ombuds undertecknande, med eller utan fullmakt därtill. En fråga av intresse blir därvid huruvida en svårt sjuk människa utan förmåga att underteckna ett äktenskapsförord ändå kan göra detta medelst ombud eller dylikt. En ståndpunkt i doktrinen är att kravet på eget undertecknande av äktenskapsförord inte kan uppfattas strängare än kravet på eget undertecknande av testamente. Således skulle troligtvis undertecknande av annan närvarande person ”med hand på penna” godtagas även ifråga om äktenskapsförord.⁶⁵

Äktenskapsbalken innehåller inte några specifika regler om hur äktenskapsförord skall formuleras och preciseras. Men i bevishänseende är det ofta klokt att föra in en lista över den egendom som genom förordet skall vara enskild egendom eller giftorättsgods.⁶⁶

Oaktat att olika speciella formkrav och andra regler gör sig gällande ifråga om äktenskapsförord så är förordet alltså ett avtal. Avtal som ingåtts för skens skull är inte gällande mellan parterna, i överensstämmelse med vad som gäller inom den allmänna avtalsrätten. Dock så ställs höga beviskrav på den part som vill göra gällande att avtalet ingåtts för skens skull. Part skall därvid bevisa att avtalet aldrig var tänkt att tillämpas mellan parterna.⁶⁷

Som ovan påpekats så görs ändringar, tillägg och hävning av äktenskapsförord i enlighet med samma formföreskrifter som gäller för äktenskapsförordets ingående i första rummet. Detta medför att part aldrig ensidigt kan häva ett äktenskapsförord utan det krävs båda parternas medverkan för att få till stånd en ändring.⁶⁸

3.4 Tolkning

3.4.1 Allmänt

Oklara och otydliga avtal orsakar många problem inom det praktiska rättslivet och det familjerättsliga avtalsområdet är inget undantag. Många äktenskapsförord skrivs av lekmän som inte har full vetskap om reglerna.

⁶⁵ Teleman, A.a. 2012, s. 28.

⁶⁶ Teleman, A.a. 2012, s. 28.

⁶⁷ Ramberg & Ramberg, A.a. 2010, s. 132.

⁶⁸ Teleman, A.a. 2012, s. 30.

Vidare skall ju SKV endast företa en formell prövning innan registrering av förordet beviljas, vilket innebär att många äktenskapsförord kan få en helt annan innebörd än vad parterna själva lagt i avtalet. Tolkning av äktenskapsförord är således en viktig aspekt av äktenskapsrätten, trots detta saknas skriva regler om tolkning av äktenskapsförord. Tolkningsproceduren börjar med att avtalsinnehållet skall uttydas och det sk. objektiva avtalsinnehållet skall fastställas. Med det objektiva avtalsinnehållet menas äktenskapsförordets innehåll såsom det framstår för en utomstående och med fog kan uppfattas av avtalsmotparten. För att utmejsla det objektiva avtalsinnehållet används vanlig språkförståelse. Eftersom äktenskapsförord är en formbunden rättshandling som kräver skriftlig form får det skriftligt uttryckta en särskild tyngd vid tolkningen av detsamma. En synpunkt som har framförts i doktrinen är att det är naturligt att skärpa kravet på bevisning om någon hävdar avvikelser mellan det avtalade och den skriftliga handlingens faktiska ordalydelse. Argumentationslinjen kan uppfattas som en presumtion för att den skriftliga handlingen utgör ett fullständigt och riktigt uttryck för det som avtalats.⁶⁹

Precis som ovan framgått under punkterna 3.2 och 3.3 så sätter äktenskapsförordets formkrav upp vissa gränser för vad som kan avtalas och hur detta skall ske. Formkravet uppställer på samma sätt vissa begränsningar för tolkningen av äktenskapsförord eftersom det är det skriftligt uttryckta som skall bli föremål för tolkning. Om parter exempelvis ämnar avtala att egendom som de fått på vissa sätt skall vara enskild men glömmer att nämna ett av dessa sätt i förordet så kan inte förordet tolkningsvis utsträckas till att innefatta även det glömda anskaffningssättet. Det formalistiskt betingade skriftlighetskravet stipulerar nämligen att det parterna avsett med sitt avtal måste kunna knytas direkt till förordstexten. Har parterna endast gjort sig skyldiga till ett rent skrivfel gällande belopp eller annat mindre fel men haft en gemensam partsavsikt med avtalet så kommer avtalet sannolikt att tolkas enligt den gemensamma partsavsikten, dvs enligt dess subjektiva innehåll istället för dess objektiva, så länge detta kan knytas till den objektivt uttolkade avtalstexten. Problemet härvid är ju dock att parterna vid tolkningstvist endast i undantagsfall har samma uppfattning om vad de ursprungligen avsett med avtalet.⁷⁰

I doktrinen har föreslagits att en utgångspunkt för tolkningen måste vara tillitsteorin och inte viljeteorin eftersom äktenskapsförord är en rättshandling *inter vivos* och inte såsom testamente en mer tydligt benefik rättshandling som tillämpas först efter testators frånfälle.⁷¹

Äktenskapsförord torde, enligt en synpunkt i doktrinen, tolkas restriktivt, dvs. med så litet avsteg som möjligt från den legala ordningen.⁷²

⁶⁹ Teleman, A.a. 2012, s. 45f.

⁷⁰ Teleman, A.a. 2012, s. 46f.

⁷¹ Beckman m. fl., Svensk familjerättspraxis, (1 aug. 2012, Zeteo), Avsnitt A 6 e.

⁷² Beckman m. fl., Svensk familjerättspraxis, (1 aug. 2012, Zeteo), Avsnitt A 6 e 1.

3.4.2 Tolkningsregler

Det finns flera generellt tillämpliga tolkningsregler inom avtalsrätten som kan lösa tvist om vad som är eller kan anses avtalat i ett äktenskapsförord. Den sk. oklarhetsregeln innebär att ett avtal eller en avtalsklausul vid oklarhet skall tolkas till nackdel för den som utformat bestämmelsen. Att tolka något till ena partens nackdel säger dock försvinnande lite om vad som skall träda istället för den underkänt oklara avtalstexten. I ett avgörande, NJA 1978 s. 223, begränsade HD tillämpningsområdet av oklarhetsregeln något när de förklarade att resultatet av en tillämpning av oklarhetsregeln inte får leda till ett orimligt resultat. HD har dock i ett senare avgörande, NJA 2001 s. 750, förklarat att oklarhetsregeln är en subsidiär tolkningsregel som endast skall tillämpas efter att andra tolkningsregler tillämpats. Att slentrianmässigt tillämpa oklarhetsregeln ansågs visserligen som ett incitiv för avtalsparter att mer noggrant tänka igenom och formulera sina avtalstexter, men vid tolkningstvist ansågs oklarhetsregeln som ett alltför trubbigt verktyg att lösa tvister med och ett sätt för domstolarna att alltför lättvindigt frånhända sig de komplicerade mål som tolkningstvister oftast är. En annan tolkningsregel är den sk. minimiregeln, vilken innebär att en avtalsförpliktelse skall tolkas på det sätt som är det minst betungande för den av avtalsbestämmelsen förpliktade parten.⁷³

3.4.3 Partsinriktad tolkning

Både minimiregeln och oklarhetsregeln är subsidiära i förhållande till olika tillämpliga tolkningsmetoder. Eftersom äktenskapsförordet är ett skriftligt avtal så blir den språkliga tolkningen av särskild betydelse. Ordalydelsen är utgångspunkt för tolkningen och uppställer dess yttre ramar i det att avtalstolkningen måste kunna knytas till det objektiva innehållet i äktenskapsförordet. Många äktenskapsförord kan dock tolkas på fler än ett sätt, varför det språkliga tolkningsverktyget ofta får förenas med någon annan tolkningsmetod. Ett exempel på en annan viktig tolkningsmetod är den partsinriktade, eller subjektivistiska, tolkningsmetoden. Den partsinriktade tolkningsmodellen innebär att man inte endast fäster avseende vid det rent språkliga eller objektiva innehållet utan även vid vad parterna avsett och uppfattat om avtalet och hur de uppträtt i relevanta hänseenden kring avtalet. Vad som framkommit ovan om att det språkliga, objektiva innehållet uppställer de yttersta ramarna för tolkningen av ett oklart äktenskapsförord gäller även inom den partsinriktade tolkningen; den framtolkade innebörden skall således fortfarande kunna knytas till förordstexten. Den partsinriktade tolkningsmodellen framstår som en naturlig tolkningsmetod, särskilt i fall där avtalsslutandet sker efter förhandlingar, eller som fallet är ifråga om äktenskapsförord, där parterna står varandra nära i personligt hänseende.⁷⁴

⁷³ Teleman, A.a. 2012, s. 47.

⁷⁴ Teleman, A.a. 2012, s. 47f.

3.4.4 Övriga tolkningsmodeller

Många äktenskapsförord är relativt kortfattade till sin utformning, men bland de förord som är större till sitt omfång kan den systeminriktade tolkningsmodellen vara ett bra verktyg. Tolkningsmodellen innebär att avtalet betraktas som en helhet och att den, utifrån avtalet som övergripande helhet, mest logiska lösningen framtolkas. Det förekommer att man redan vid tolkningen låter en skälighetsbedömning påverka avtalsinnehållet, enligt den sk. skälighetsinriktade tolkningsmodellen. Tolkningsmodellen är snarare att se som en korrigeringsmetod än en tolkningsmodell men används ändå inom ramen för avtalstolkning eftersom det har ansetts onödigt att först fastställa ett oskäligt avtalsinnehåll genom tolkning och att sedan jämka detta medelst en tillämplig jämningsregel. Den allmänna förutsättningsläran kan tillämpas vid avtalstolkning, men används i undantagsfall, både eftersom huvudregeln är att part får stå risken för sina egna bristande förutsättningar och eftersom metoden snarare är att anse som utfyllnad än ren tolkning. Metoden används oftast om det föreligger sk. typförutsättningar, dvs. omständigheter som part i dylik situation tenderar att förutsätta. En ytterligare tolkningsmodell är den sk. norminriktade tolkningsmodellen. Enligt den metoden tillåts fast etablerade dispositiva normer påverka tolkningen av ett avtal. Att tillåta dylik påverkan är naturligt eftersom avtalen tillkommer inom de ramar som den dispositiva rätten ställer upp. Det krävs då att parterna har utformat en tydlig avtalstext som stipulerar avvikelser från normen för att denna skall frångås och inte påverka avtalsinnehållet via tolkningen. Metoden kan även användas i avtal som innehåller motstridiga klausuler.⁷⁵

Ett uppmärksammat fall som gäller tolkning av äktenskapsförord är NJA 1987 s. 815. Underrätterna menade med stöd av HD:s dom NJA 1959 s. 161 att äktenskapsförord skall tolkas restriktivt och underkände makarnas avtal om frånträde från giftorättsgemenskapen såtillvida att avkastningen av den enskilda egendomen alltjämt skulle utgöra giftorättsgods. Makarna hade i sitt äktenskapsförord inte specifikt nämnt avkastning utan istället helt avtalat bort den legala giftorättsgemenskapen. Underrätterna gick således på huvudregeln om att avkastning utgör giftorättsgods om inget annat avtalats. HD konstaterade att varken lagtext eller förarbeten uppställde ett absolut krav på att avkastning skall nämnas specifikt om omständigheterna i övrigt tydligt framgår att avkastningen skall ha karaktär av enskild egendom. HD ansåg att makarna tydligt avtalat bort giftorättsgemenskapen i dess helhet och förklarade avkastningen vara enskild egendom.

Rättsfallet ger uttryck för den partsinriktade tolkningsmodellen. Rättsfallet innehöll ett rättsutlåtande av Anders Agell vari erinrades om att det i förarbeten medgivits rätt för makarna att helt avtala bort giftorättsgemenskapen. Utgångspunkten för makars rättshandlande är avtalsfrihet och begränsningarna ifråga om äktenskapsförord är undantag från denna huvudregel, varför undantagen snarare än huvudregeln bör tolkas

⁷⁵ Teleman, A.a. 2012, s. 48ff.

restriktivt. Eftersom det medgetts makar rätten att avtala bort giftorätten och de utnyttjat denna möjlighet är det vidare svårt att motivera varför giftorätten ändå skall få genomslag i dylika situationer.⁷⁶

3.5 Ogiltighet

I de fall där makar har avtalsfrihet i en familjerättslig angelägenhet, såsom kring äktenskapsförord, kan spörsmål om ogiltighet uppkomma precis som inom förmögenhetsrätten. Äktenskapsbalken innehåller ett fåtal regler om ogiltighet och utöver dessa anses alla förmögenhetsrättsliga ogiltighetsgrunder analogt tillämpliga på avtal inom familjerätten, exempelvis äktenskapsförord, vilket är ett avtal med stark förmögenhetsrättslig prägel. Dessa ogiltighetsregler är fler till antalet än de i AvtL specifikt upptagna och inkluderar t. ex. 1924 års lag om avtal slutna under påverkan av en psykisk störning och även den allmänna förutsättningsläran.⁷⁷

Vissa skillnader i tillämpningen av ogiltighetsregler gör sig gällande på det familjerättsliga avtalsområdet då det bär vissa särdrag från det allmänna förmögenhetsrättsliga området. Parterna står exempelvis i en nära personlig relation till varandra. Vidare föreligger makarna emellan en längre gående upplysningsplikt än vad generellt är fallet i allmänna avtalsförhållanden, vilket framkommer av t. ex. ÄktB 1 kap. 4 §. Ur denna upplysningsplikt anses en längre gående lojalitetsplikt kunna utläsas än vad som är fallet ifråga om förmögenhetsrättsliga avtal. Makes goda tro anses inte heller lika skyddsvärd inom det familjerättsliga området. En annan faktor som särskiljer äktenskapsförordet från det allmänna förmögenhetsrättsliga området är att om parternas avtal skulle underkännas så kan makarna falla tillbaka på den egendomsreglering som finns stadfäst i lagen. På det förmögenhetsrättsliga området brukar det sk. omsättningsintresset användas för att motivera och förklara varför tillitsgrundsatsen hamnar i förgrunden. Tillitsgrundsatsen innebär att part som huvudregel är bunden av sin viljeförklaring även om han begått ett förklaringsmisstag eller haft felaktiga motiv bakom sitt handlande. Ett avtal mellan makar utgör däremot inte något moment i den allmänna omsättningen och tillitsgrundsatsen förtjänar därmed inte samma skydd inom det familjerättsliga avtalsområdet. De ogiltighetsregler som är speciella för familjerätten är oftast utformade som jämknings-, eller justeringsregler.⁷⁸

Utifrån de principiella skillnader som gör sig gällande på det familjerättsliga avtalsområdet har det sagts att domstolarnas behov av fria händer vid prövningen av de familjerättsliga avtalen är större och att domstolarna i större utsträckning kan ta på sig att pröva skäligheten av desamma. Rättspraxis på området är dock alltför knapphändig för att några mer

⁷⁶ Teleman, A.a. 2012, s. 52f.

⁷⁷ Agell & Brattström, A.a. 2011, s. 150f.

⁷⁸ Agell & Brattström, A.a. 2011, s.151f.

generella slutsatser skall kunna dras om huruvida de avtalsrättsliga rekvisiten för jämkning eller ogiltighet har tunnats ut. Som ovan framkommit under punkt 3.2.1 så utgör inte den begränsade formella prövning som SKV utför i samband med registreringsförfarandet någon giltighetsförklaring av äktenskapsförordet så förordet kan fortfarande bli föremål för jämkning eller ogiltighet.⁷⁹

Konsekvenserna av ogiltighet varierar beroende på vilken del av äktenskapsförordet som klandras och varför. Om äktenskapsförordet bryter mot formreglerna så blir hela äktenskapsförordet ogiltigt. Har däremot de materiella gränserna för äktenskapsförordet frångåtts eller överskridits är utgångspunkten att endast den otillåtna klausulen blir ogiltig. Hade makarna inte velat ingå äktenskapsförordet alls om de haft vetskap om att den ogiltiga klausulen skulle underkännas så skall hela äktenskapsförordet förklaras ogiltigt. Frågan om partiell eller total ogiltighet av ett förord ankommer närmast på de olika momenten däri och sambandet dem emellan. Om de olika delarna förutsätter varandra skulle ett underkännande av en klausul kunna få för parterna helt oavsedda konsekvenser och eftersom det är partsviljan som var avgörande vid avtals ingående blir detta då en ytterst olycklig konsekvens. Vid sådan händelse kommer troligen total ogiltighet bli konsekvensen. Om det ogiltiga momentet däremot är av liten betydelse eller i övrigt inte har samband med de övriga klausulerna i förordet torde ogiltigheten kunna begränsas till den aktuella klausulen.⁸⁰ Rättsföljden av stipulerad ogiltighet är att samma egendomsordning blir gällande som före det ogiltiga förordets tillkomst.⁸¹

För ogiltighet enligt förutsättningsläran krävs att förutsättningen varit väsentlig och att den varit synbar för båda avtalsparterna. Förutsättningen kan ha varit ursprungligt felaktig eller fallerat vid en senare tidpunkt. Till dessa två krav kommer en sk. relevansbedömning, vid vilken det skall avgöras vem av avtalsparterna som bör bära risken för att förutsättningen varit eller blivit förfelad. En huvudregel i svensk rätt är att part själv får stå risken för sina felaktiga förutsättningar ifråga om avtal, men särskilda omständigheter kan föranleda att en oriktig eller bristande förutsättning leder till avtalets ogiltighet.⁸²

En i doktrinen omdiskuterad fråga är hur den allmänna förutsättningsläran skall tillämpas ifråga om äktenskapsförord och vilken räckvidd eller följd den skall ha. Anledningen till att man kan bedöma den allmänna förutsättningsläran annorlunda inom det familjerättsliga avtalsparadigmet är att tillitsgrundsatsen inte väger lika tungt.⁸³ En ståndpunkt, framförd av Gunvor Wallin, är att synbarhetsrekvisitet skall slopas men att relevansprövningen istället skall skärpas eftersom viljeteorin härskar i större

⁷⁹ Teleman, A.a. 2012, s. 60f.

⁸⁰ Teleman, A.a. 2012, s. 61f.

⁸¹ Wallin, A.a. 1958, s. 23.

⁸² Teleman, A.a. 2012, s. 63.

⁸³ Teleman, A.a. 2012, s. 65.

utsträckning än tillitsteorin.⁸⁴ En annan ståndpunkt intogs av Karlgren som menade att ett äktenskapsförord inte kan ogiltigförklaras pga. bristande förutsättningar eftersom såväl ändringar som upphävande kräver viss form för giltighet.⁸⁵ Resonemanget skulle då prekludera tillämpligheten av förutsättningsläran som ogiltighetsgrund. Agell konstaterar reservationslöst att förutsättningsläran kan leda till ogiltighet av ett familjerättsligt avtal.⁸⁶ Numera finns möjlighet att jämkna ett äktenskapsförord msa. ÄktB 12 kap. 3 § eller AvtL 36 § analogt, vilket minskar frågans betydelse. HD har även explicit förklarat att förutsättningsläran är subsidiär till tolkning, utfyllnad och ogiltighetsgrunderna i avtalslagen.⁸⁷

Även om det finns många sätt att rättsligt angripa ett äktenskapsförord och få detta jämkat eller ogiltigförklarat så skall erinras om att äktenskapsförord är avtal och utgångspunkten för avtalsrätten är alltjämt *pacta sunt servanda*. Ogiltighets- och jämningsreglerna är alltså undantag från denna avtalsrättsliga utgångspunkt.⁸⁸

Ogiltighet av äktenskapsförord kan även föreligga pga. förhållanden som orsakats av tredje man, exempelvis en närstående till endera parten som utövar tvång mot den andra parten utan den första partens vetskap. Som ovan konstaterats så väger inte tillitsgrundsatsen lika tungt när det gäller familjerättsliga avtal, vilket minskar betydelsen av vem som rent faktiskt utövat tvånget.⁸⁹

3.6 Jämkning

Vid äktenskapsbalkens införande 1988 blev det möjligt att med direkt tillämpning av en äktenskapsrättslig regel företa jämkning av äktenskapsförord. Tidigare hade jämkning av äktenskapsförord kunnat ske endast med en analog tillämpning av 36 § AvtL.⁹⁰ Regeln återfinns i ÄktB 12 kap. 3 § och är modellerad efter 36 § AvtL och bygger på samma grunder.⁹¹ Lagrummet kräver för tillämpning att fråga är om villkor i äktenskapsförord, eller förord i sin helhet som ger upphov till oskälighet. Oskäligheten kan vara ursprunglig eller ha uppstått med tiden, detta förändrar inte jämningsregelns tillämplighet. Jämningsmöjligheten bör enligt det föredragande stadsrådet utnyttjas restriktivt. Därmed menas att inte vilken liten snedvridning av avtalets frukter som helst kan dock motivera jämkning utan för tillämpning av lagrummet krävs oskälighet av viss dignitet.⁹²

⁸⁴ Wallin, A.a. 1958, s. 160f.

⁸⁵ Karlgren, Avtalsrättsliga spörsmål, 1954, s. 133f.

⁸⁶ Agell & Brattström, A.a. 2011, s. 155.

⁸⁷ NJA 1996 s. 410.

⁸⁸ Teleman, A.a. 2012, s. 67.

⁸⁹ Agell & Brattström, A.a. 2011, s. 151.

⁹⁰ Prop. 1975/76:81 s. 113.

⁹¹ Prop. 1986/87:1 s. 77.

⁹² Prop. 1986/87:1 s. 193f.

Huruvida oskälighet föreligger får normalt avgöras utifrån de faktiska förhållanden som föreligger vid bodelningstidpunkten. Därmed skall samtliga omständigheter, såväl ursprungliga som tillkomna, beaktas inom ramen för oskälighetsbedömningen. Lagrummet medger vidare att högst kasuistiska och individuella bedömningar görs. Exempelvis så kan makarnas generella ekonomiska förhållanden påverka bedömningen av vad som utgör oskälighet, dvs. har makarna levt under tämligen enkla förhållanden kan även enskild egendom av tämligen lågt värde föranleda jämkning och vice versa. Eftersom borgenärsskyddet alltså gör sig gällande så kan jämkning inte komma ifråga förrän det leder till en ökad nettobehållning i boet då det vid dylik omständighet skulle kunna lända borgenärerna till förfång.⁹³

Att makarna avtalat bort giftorättsgemenskapen innebär att bodelning som huvudregel inte skall ske. Detta hindrar dock inte att äktenskapsförordet blir föremål för jämkning, varvid bodelning skall ske om skäl för jämkning föreligger.⁹⁴

36 § AvtL medger att avtal i helhet lämnas utan avseende eller att avtalet jämkas i annat hänseende än just modifiering av det oskäliga villkoret i sig. Någon sådan möjlighet finns inte ifråga om ÄktB 12 kap. 3 §, utan för sådan rättsföljd är makar alltså hänvisade till en analog tillämpning av 36 § AvtL. Problemet torde dock vara av underordnad betydelse av den enkla anledningen att äktenskapsbalkens begränsade avtalsfrihet regelmässigt ger upphov till kortfattade förord med endast ett fåtal klausuler.⁹⁵

Den konsumentskyddsaspekt som kommer till uttryck i AvtL 36 § 2 st. in fine har givetvis ingen motsvarighet i ÄktB 12 kap. 3 §. Att skyddet för en avtalsmässigt svagare part därmed skulle vara sämre kan starkt ifrågasättas. I doktrinen har framkommit synpunkter på att domstolarnas behov av fria händer vid prövning av dylika avtal tvärtom är större än vid ingripanden i avtal som rör rena affärsförhållanden.⁹⁶ Till denna uppfattning ansluter sig bl.a Schmidt & Saldeen som menar att en förorättad part i ett familjerättsligt avtalsförhållande bör ha lättare än annars att få bifall till talan om ogiltighet eller oskälighet.⁹⁷

Ovan har framgått att jämkning och ogiltighet är en undantagsföreteelse. Vissa omständigheter gör att det oftare kan bli fråga om jämkning av äktenskapsförord än av förmögenhetsrättsliga avtal. Äktenskapsförord sluts på lång tid och tillämpas kanske först sedan många år förflutit. Det finns då anledning att tro att jämkning oftare kan komma ifråga än när det gäller kortvariga avtal, en synpunkt som kom till explicit uttryck i förarbetena till AvtL.⁹⁸ En annan omständighet som talar för att jämkning av

⁹³ Prop. 1986/87:1 s. 194.

⁹⁴ Teleman, A.a. 2012, s. 71.

⁹⁵ Teleman, A.a. 2012, s. 73f.

⁹⁶ Beckman m. fl., Svensk familjerättspraxis, (1 aug. 2012, Zeteo), Avsnitt A 4 d 7.

⁹⁷ Schmidt & Saldeen, Äktenskapsrätt, 1980, s. 89.

⁹⁸ Prop. 1975/76:81 s. 127f.

äktenskapsförord oftare kan komma ifråga är att avtalet regelmässigt har benefika inslag till skillnad från förmögenhetsrättsliga avtal som vanligtvis är onerösa till sin natur.⁹⁹ Andra omständigheter som kan motivera att jämkning oftare sker av äktenskapsförord än av förmögenhetsrättsliga avtal är att parterna i äktenskapsförord är förhindrade att ta in omförhandlingsklausuler, vilket gör betydelsen av senare inträffade förhållanden större.¹⁰⁰ Om ena maken gjort sig skyldig till otillbörlig påverkan vid avtalsslutet sänks den ekonomiska tröskeln för vilken oskälighet som krävs innan jämkning kan komma ifråga.¹⁰¹

Rättsfallet NJA 1993 s. 583 illustrerar väl svårigheterna att få jämkning av äktenskapsförord till stånd. Makarna i fallet hade varit gifta i 23 år. Mellan makarna gällde äktenskapsförord som upprättades efter 11 års äktenskap, enligt vilket all makarnas egendom skulle vara enskild. Vid skilsmässan hade mannen tillgångar till stort värde medan hustruns tillgångar var i det närmaste obetydliga. Domstolen menade i fallet att det inte kunde anses råda något påtagligt missförhållande mellan det som tillkom respektive make vid bodelningen. Hustrun hade vidare varit medveten om äktenskapsförordets ändamål och innehåll och fått tid att noga gå igenom det. Den fastighet som utgjorde den största delen av värdet på mannens enskilda egendom hade visserligen ökat betydligt i värde, men att värdeökningen varit enkel att förtuse, samt att värdeökningen stod i samband med att mannen lagt ner egen tid och egna pengar på om- och tillbyggnad. Domstolen ansåg inte heller att makans förvärvsarbete påverkat värdet av fastigheten, och hon skulle inte stå lottlös efter skiljsmässan. Således medgavs ej jämkning utan resultatet av bodelningen stod fast. Två justitieråd var dock av skiljaktig mening. De menade att äktenskapet varit långvarigt och att hustruns arbete i hemmet möjliggjort att mannen kunnat lägga tid på fastigheten. Vidare så förelåg, enligt de skiljaktiga justitieråden, ett påtagligt missförhållande mellan parternas enskilda egendom och makan skulle erhålla endast begränsad ekonomisk trygghet efter ett så pass långvarigt äktenskap. Av anförda skäl menade de skiljaktiga justitieråden att jämkning skulle ske.¹⁰²

Eftersom jämningsbestämmelsen i ÄktB 12 kap. 3 § är utformad efter 36 § AvtL är det naturligt att söka ledning i dess tillämpning i förarbeten till det sistnämnda lagrummet, vilket öppnar dörren för såväl svenska som nordiska rättskällor då den stora generalklausulen var en produkt av ett samnordiskt lagstiftningsarbete. De rättskällor som inte är familjerättsliga måste dock tillämpas med viss försiktighet, som vanligt när det gäller analogier. Familjerättsliga avtal bär även en del särdrag från de förmögenhetsrättsliga som motiverar ytterligare eftertanke vid tillämpningen av familjerättsexterna rättskällor. Avtalsparterna har en nära personlig relation till varandra och det kan föreligga ekonomiskt beroende dem emellan. Vidare tillämpas avtalet oftast sedan lång tid förflutit sedan avtalsslutet och avtalet kommer oftast att

⁹⁹ Teleman, A.a. 2012, s. 74.

¹⁰⁰ SOU 1981:85 s. 224.

¹⁰¹ Teleman, A.a. 2012, s. 76.

¹⁰² Se NJA 1993 s. 583 och Teleman, A.a. 2012, s. 93ff.

gälla ett för parterna stort värde. Samtliga dessa omständigheter indikerar att det finns ett extra stort skyddsbehov.¹⁰³

I sin bedömning av om ett äktenskapsförord är skäligt eller ej är domstolarna i princip fria att beakta alla relevanta omständigheter och att låta dem påverka resultatet av en skälighetsavvägning, vilket medger en mycket fri eller rentav skönsmässig bedömning. Viss vägledning för tillämpningen av lagrummet står att finna i förarbeten men att göra en fullständig uppräknig av relevanta bedömningsdata ansågs motverka syftet med normen. Istället görs skälighetsavvägningar utifrån var tids rättsuppfattning. En bra utgångspunkt kan då stå att finna i den dispositiva rätten, dvs. hur parternas bodelning hade utfallit om äktenskapsförordet inte hade funnits. Resultatet därav jämförs sedan med utfallet av bodelning enligt äktenskapsförordet och bildar ett slags utgångspunkt för skälighetsbedömningen. Eftersom skälighetsavvägningen är en *in casu* bedömning får bedömningen inte stanna vid en jämförelse mellan den dispositiva rätten och resultatet av parternas äktenskapsförord utan omständigheter i det enskilda fallet kan medföra att ett äktenskapsförord som föreskriver total egendomsskillnad ändå inte behöver vara oskäligt.¹⁰⁴

Enligt Anders Agell är syftet bakom ett äktenskapsförord en bra utgångspunkt att ta vid skälighetsbedömningen. Syftet skall sen relateras till senare inträffade omständigheter. Detta medför, enligt Agell, att jämkning mer sällan kan komma ifråga om äktenskapsförordet dikterar att all egendom som makarna förde med sig in i äktenskapet skall vara enskild. Jämkning borde dock oftare kunna komma ifråga när all makarnas egendom gjorts till enskild, dvs. även det som förvärvas under äktenskapet.¹⁰⁵ I praktiken är det givetvis svårt att fastställa vilka syften parterna haft med sitt förord särskilt om syftet inte antecknats i samband med förordets upprättande. Av den anledningen är det tillrådligt att jurister när de upprättar äktenskapsförord för att underlätta skälighetsbedömningen antecknar vilka syften parterna haft med förordet.¹⁰⁶

¹⁰³ Teleman, A.a. 2012, s. 74f.

¹⁰⁴ Teleman, A.a. 2012, s. 76f.

¹⁰⁵ Agell, Jämkning av äktenskapsförord, JT nr 5 1993-1994, s. 784.

¹⁰⁶ Teleman, A.a. 2012, s. 87f.

4 Förmögenhetsrättsliga avtal

4.1 Historisk tillbakablick

Svensk rätt har som annan europeisk rätt i stor utsträckning påverkats av romersk rätt såsom denna kom till uttryck i *Corpus Iuris Civilis* och avtalsrätten är inget undantag.¹⁰⁷ Under medeltiden utvecklades regler för köp och avtal av köpmännen inom ramen för de sk. stadslagarna. Under 1600-talet kom den svenska avtalsrätten att präglas av principen om att avtal bör hållas, *pacta sunt servanda*. När 1734 års lag trädde i kraft lagfästes en del principer som tidigare utarbetats i domstolspraxis. Lagen var dock inte avsedd att vara heltäckande vad gällde rättsprinciper utan sådana skulle fortfarande komma att utvecklas i rättspraxis.¹⁰⁸

Den allmänna utvecklingstrenden när det gäller handelsrätt, varav avtalsrätten är en del, är att den internationella storhandeln utvecklat sitt eget regelsystem för det kommersiella livet. Regelsystemet brukar benämnas *lex mercatoria*, även om viss oenighet råder gällande begreppets närmare innebörd.¹⁰⁹

Ett första lagförslag om särskilda regler för avtals ingående kom år 1894, men den kom aldrig att träda i kraft utan användes som grund för den svenska avtalslagen. Avtalslagen tillkom år 1915 som ett resultat av ett samnordiskt lagsamarbete och ger i viss mån uttryck inte bara för en samnordisk syn på avtalsrätten utan även för en anpassning till internationell rätt.¹¹⁰ Lagen kan ses som en avvägning mellan två motstående teorier; viljeteorin och tillitsteorin. Viljeteorin innebär att det är den rättshandlandes vilja som läggs till grund för avtalsinnehållet och tolkning vid tvist skall ske till dennes förmån. Enligt tillitsteorin skall dock en medkontrahents goda tro vara avgörande för tvistelösningen i de fall den goda tron befinner motiverad.¹¹¹ Avtalslagen är starkt tidsbunden och präglas av den sk. anbud-accept modellen, vilken innebär att avtal kommer till stånd vid utväxlande av samstämmiga viljeförklaringar. Lagen präglas även av den under 1800-talet så förhärskande liberalismen.¹¹²

Under 1800-talet hävdades avtalsfrihetens princip febrilt och då var den allmänna uppfattningen att resultatet av avtalen skulle bli bäst om alla själv fick tillvarata sina intressen. Den åskådningen har i stort sett frånfallits idag när såväl konsumentskyddsaspekter som skydd för tredje man kraftigt kringskär avtalsfrihetens princip.¹¹³

¹⁰⁷ Modéer, Historiska Rättskällor, 1997, s. 36f.

¹⁰⁸ Modéer, A.a., 1997, s. 107ff.

¹⁰⁹ Bernitz, Standardavtalsrätt, 2013, s. 36.

¹¹⁰ Hellner, SvJT 1984, s. 755f.

¹¹¹ Adlercreutz, 2011, s. 42.

¹¹² Hellner, Avtals- och köprätt under 1900-talet, SvJT 1984, s. 755f.

¹¹³ Malmström m.fl., Civilrätt, 2012, s. 72.

4.2 Utgångspunkter

Ur ett övergripande rättsligt perspektiv är avtalsfrihetens princip grundläggande. Tillsammans med principerna om närings- och konkurrensfrihetens bildar den grunden för en marknadsekonomi. Avtalsfriheten är omgärdad av olika begränsningar vilka kan variera med var tids rättsuppfattning. En förutsättning för att ett marknadsekonomiskt system skall överleva är exempelvis att skyddsregler finns till förmån för tredje man.¹¹⁴

Att avtalsfriheten är huvudregel inom avtalsrätten innebär att parterna själva i stor utsträckning kan bestämma vad som skall gälla mellan dem och vilka regler som skall vara tillämpliga dem emellan. På så sätt blir avtalet en privat rättskälla att tillämpa mellan parterna i den mån tvingande regler inte uppställer hinder därför. Parterna kan fritt disponera över avtalet, i den utsträckning de är överens om förändringar av detsamma. Tidigare var det vanligt att svenska avtal var relativt kortfattade, men efter angloamerikansk rättsinfluens tenderar avtalen att bli allt mer extensiva till sitt omfång. Ju mer omfattande avtalet är desto mindre inflytande har den nationella rätten över parternas mellanhavanden, något som regelmässigt är önskvärt i kommersiella relationer.¹¹⁵

Avtalet är det viktigaste instrumentet för tillskapande av rättigheter och skyldigheter och utgör ett av förmögenhetsrättens grundvalar. Avtalet står i nära samband med det allmänna ekonomiska systemet i samhället. Avtal inom det förmögenhetsrättsliga området gäller oftast ekonomiska nyttigheter av olika slag och reglerna kring avtalet som samhällligt regleringsinstrument har i stor utsträckning kommit att präglas av ekonomiska synpunkter och intressen. De regler som finns på det förmögenhetsrättsliga området har ofta syftat till att göra en rimlig avvägning av de olika parternas typintressen. Avtalet är således ett oumbärligt instrument för det ekonomiska livet.¹¹⁶

Avtalsbundenhet uppkommer vid utbyte av samstämmiga viljeförklaringar som sammanfaller i en gemensam partsavsikt, oavsett om viljeförklaringarna är muntliga eller skriftliga. Ett annat sätt på vilket avtal kan komma till stånd är genom konkludent handlande. Med konkludent handlande menas att några viljeförklaringar i egentlig mening inte förekommer utan att parterna genom faktiskt realhandlande ger uttryck för sin upplevda bundenhet. Det största problemet ifråga om avtal som ingås genom konkludent handlande är att fastställa vad avtalet rent faktiskt innehåller.¹¹⁷ Även om AvtL kan vara vägledande ifråga om hur avtal sluts

¹¹⁴ Hydén, Avtalets samhälleliga funktioner, 2007, s. 148.

¹¹⁵ Ramberg & Ramberg, A.a. 2010, s. 26.

¹¹⁶ Adlercreutz & Gorton, A.a. 2011, s. 17ff.

¹¹⁷ Ramberg & Ramberg, A.a. 2010, s. 98f.

framkommer av 1 § att avtal kan slutas på andra sätt än genom utväxlande av klassisk anbud och accept.¹¹⁸

Avtal kan även komma till stånd genom parts passivitet, under vissa förutsättningar.¹¹⁹ Om part tror att för sen accept har framkommit inom rätt tid och dennes medkontrahent inser detta kommer avtal till stånd om inte medkontrahenten reklamerar.¹²⁰ Passivitetsverkan kan även uppkomma pga. partsbruk; om avtalsparter tidigare har tillmätt passivitet avtalsverkan så kan de bli bundna av sitt partsbruk. Om parter har förhandlat med varandra och ett anbud därav kommer till stånd anses part bunden av detta om han inte reklamerar däremot. Passivitetsverkan inom civilrätten har två sidor; avtalsverkan och bevisverkan. I förstnämnda fallet kommer avtal till stånd genom passivitet och i det andra fallet tillmäts passiviteten bevisverkan, såtillvida att en presumtion skapas för att avtal ingåtts om inte den mot vilken passivitet fått bevisverkan lyckas bevisa att avtal ändå inte kommit till stånd.¹²¹

Det förekommer att parterna själva bestämmer hur avtal kommer till stånd. Ett sådant förfarande syftar till att undanröja problem och tveksamheter kring huruvida avtal verkligen kommit till stånd och ger parterna möjlighet att skraddarsy en individuellt anpassad lösning. När parterna på så sätt avtalat om en förhandlingsordning är densamma bindande mellan parterna. En situation där förhandlingsordningar ofta förekommer är i situationer där parterna vet att de i framtiden kommer att göra många affärer med varandra. Ett vanligt förfarande är att parterna överenskommer om sk. avtalad skriftform, varvid ingen avtalsbundenhet föreligger innan ett skriftligt kontrakt föreligger, undertecknat av båda parter.¹²²

När parter förhandlat med varandra under en längre tid upplever de ofta att bundenheten inträder successivt; dvs. i takt med att de olika villkoren utmejslats ökar bundenheten. Successiv bundenhet må vara korrekt ur en förhandlingspsykologisk synvinkel men den rättsliga bundenheten inträder vid en specifik tidpunkt oavsett om parterna inser detta eller inte. Avtalets innehåll kan växa fram successivt, men avtalsbundenheten inträder vid ett specifikt tillfälle.¹²³ Ståndpunkten har ifrågasatts av Grönfors som menar att etappvis bundenhet kan föreligga.¹²⁴

En grundläggande idé inom avtalsrätten är att avtalet bygger på utbyte och att parterna ingått avtalet i syfte att erhålla jämförbara prestationer av varandra. Grundtanken är således att det skall råda balans eller ekvivalens mellan parternas prestationer och avtalets frukter. Ekvivalensprincipen står inom avtalsrätten mot vigilansprincipen, dvs. att god man reder sig själv.¹²⁵

¹¹⁸ Ramberg & Ramberg, A.a. 2010, s. 79.

¹¹⁹ Adlercreutz & Gorton, A.a. 2011, s. 54.

¹²⁰ Adlercreutz & Gorton, A.a. 2011, s. 66.

¹²¹ Adlercreutz & Gorton, A.a. 2011, s. 82ff.

¹²² Ramberg & Ramberg, A.a. 2010, s. 62.

¹²³ Ramberg & Ramberg, A.a. 2010, s. 96f.

¹²⁴ Grönfors, Avtalsgrundande rättsfakta, 1993, s. 74ff.

¹²⁵ Ramberg & Ramberg, A.a. 2010, s. 38.

Någon allmän rättsgrundsats om lojalitet i avtalsförhållanden finns inte kodifierad i svensk rätt. Det finns dock ett flertal lagregler som kräver att avtalsparterna uppträder lojalt mot varandra i vissa specifikt uppräknade situationer. HD har därutöver intolkat krav på lojalitet i avtalssituationer i ytterligare andra fall och tycks närmast utgå ifrån att parterna redan i anledning av sitt avtalsförhållande har en grundläggande skyldighet att tillvarata varandras intressen.¹²⁶ Lojalitetsplikten torde göra sig mer gällande ju längre avtalstiden är.¹²⁷

För att en rättshandling skall vara fullständig krävs att den företagits av en person med rättslig handlingsförmåga, att den rättshandlande avsett att bli bunden och att rättshandlingen är såväl framställd som utgiven. Utöver dessa krav fordras vidare att rättshandlingen riktar sig till en annan person, att den kommit motparten tillhanda och att rättshandlingen är tillräckligt tydlig för att ligga till grund för sitt ändamål.¹²⁸ För att en person skall fritt få råda över sin egendom krävs att personen fyllt 18 år, jfr FB 9 kap. 1 §. Ett undantag från denna huvudregel gäller en person som fyllt 16 år och genom eget arbete förvärvat inkomst. Personen anses då få råda över den egendom han själv förvärvat, jfr FB 9 kap. 3 §. Rättshandling kan även företas av annan än den mot vilken bundenheten uppstår om den rättshandlande har erforderlig fullmakt därför.¹²⁹ Kravet på utgivning innebär att om ett signerat kontrakt ligger kvar i byrålådan och inte utgivits till motparten så är det inte gällande mellan parterna oavsett om motparten på något sätt fått reda på kontraktets existens. Utgivningen får mot den avtalsrättsliga bakgrunden förstås som att den rättshandlande då definitivt tagit ställning till rättshandlingen då han bringar den till motpartens eller kanske omvärldens kännedom och att bundenheten därvid inträder. Bristande utgivande tycks innebära en presumtion för att rättshandlingen inte är slutlig men bristen i utgivningshänseende omintetgör inte utan vidare rättshandlingen som helhet.¹³⁰

4.3 Avtalsbegränsningar och avtalsobjekt

4.3.1 Utgångspunkter

Den svenska avtalsrätten bygger på principerna om att var och en har rätt att fritt ingå avtal och att parterna sedan är skyldiga att infria avtalets förpliktelser. Avtalsfriheten innefattar således en rätt för individer att bestämma om de vill avtala, med vem de vill avtala och vad avtalet skall gälla. Avtalsbundenheten innebär att de som avtalar är skyldiga att uppfylla

¹²⁶ Votinius, Avtalslagens generalklausul och den rättvisebaserade kontraktsuppfattningen, s. 337f.

¹²⁷ Se ex, Ramberg & Ramberg, A.a. 2010, s. 35.

¹²⁸ Adlercreutz & Gorton, A.a. 2011, s. 129f.

¹²⁹ Ramberg & Ramberg, A.a. 2010, s 50ff.

¹³⁰ Adlercreutz & Gorton, A.a. 2011, s. 134ff.

sina löften enligt avtalet och syftar till att tillförsäkra avtalsparterna de rättigheter som avtalet innehåller. I händelse att parterna inte önskar uppfylla sina avtalade förpliktelser står domstolar och andra exekutiva myndigheter till buds för att lösa tvist om avtalets räckvidd och innehåll. Principerna om avtalsfriheten och avtalets bindande kraft är grundläggande för en marknadsekonomi. Även om avtalsbundenheten inte skulle vara rättsligt sanktionerad ökar möjligheten till rättsliga sanktioner mot avtalsbrott förutsebarheten i affärslivet, vilket i sin tur bidrar till att näringsidkare vågar träffa fler avtal i förtröstan på att de uppfylls. I rena affärsrelationer är det extra viktigt att varor och tjänster snabbt kan byta ägare utan alltför stora osäkerhetsmoment eller fördröjningar, varför den rättsliga sanktionsmöjligheten gagnar det sk. allmänna omsättningsintresset.¹³¹

Alla rättssystem tycks i största utsträckning bygga på tanken om avtalets bindande kraft och Sverige är inget undantag. Moderna strömningar i lagstiftningarna tycks dock gå mot att medge allt fler undantag från huvudregeln om avtalets bindande kraft, exempelvis pga. omständigheter i det enskilda fallet såsom oskälighet eller oförutsedda förändrade omständigheter. I marknadsekonomier är avtalsfriheten vanligtvis mera vidsträckt än i mer centralstyrda ekonomier, men även i marknadsekonomier finns betydande inskränkningar i avtalsfrihetens räckvidd. Inskränkningarna kan vara motiverade av viljan att tillförsäkra medborgare vissa rättigheter eller att skydda dem från att ingå vissa typer av avtal eller dylikt.¹³² Inskränkningarna kan även ha tillkommit pga. föreskrift av tredje man i ett sk. överlåtelseförbud.¹³³

4.3.2 Kontraheringstvång

Trots vad som ovan framkommit om avtalsfriheten som en grundläggande marknadsekonomisk princip är den omgärdad av kraftiga begränsningar. En sådan begränsning är att vissa avtalsparter kan vara skyldiga att ingå avtal mot sin vilja, sk. kontraheringstvång. Kontraheringstvång föreligger regelmässigt om den som tillhandahåller en vara, tjänst eller dylikt har monopolställning på marknaden. Kontraheringstvång kan även föreligga om det krävs myndighets tillstånd, *koncession*, för den typ av verksamhet som den aktuella näringsidkaren bedriver. Vissa kontraheringstvång är uppburna av sociala skyddshänsyn. Ett sådant är att ett försäkringsbolag inte får vägra en konsument att teckna en försäkring som bolaget normalt tillhandahåller allmänheten, enligt FAL 3 kap. 1 §. Ett liknande exempel är att bankerna enligt Bankrörelselagen är skyldiga att ta emot inlåning från allmänheten. Kontraheringstvång kan träffande beskrivas som ett förbud mot avtalsvägran utan saklig grund därför.¹³⁴ Part kan även genom avtal åta sig ett sas. frivilligt påtaget kontraheringstvång genom tecknande av föravtal

¹³¹ Ramberg & Ramberg, A.a. 2010, s. 28f.

¹³² Ramberg & Ramberg, A.a. 2010, s. 30f.

¹³³ Agell & Brattström, A.a. 2011, s. 107.

¹³⁴ Adlercreutz & Gorton, A.a. 2011, s. 113.

eller optionsavtal. Dock är det härvid synliga kontraheringstvånget ett utflöde av den fria avtalsviljan, såsom den begagnades av part vid ett tidigare tillfälle och inte en i lag uppställd skyldighet.¹³⁵

4.3.3 Kontraheringsförbud

I motsats till det sk. kontraheringstvånget finns en företeelse som kallas kontraheringsförbud. Kontraheringsförbud innebär att part inte får lov att avtala. Kontraheringsförbud kan vara privata, exempelvis genom att en viss person inte får avtala och åläggs näringsförbud, eller allmänna, exempelvis att vissa avtal inte får träffas överhuvudtaget eller inte träffas utan myndighets tillstånd.¹³⁶ Härvid tar det allmänna intresset av att vissa avtal inte ingås över den allmänna regeln om avtalsfrihet. Avtal motverkas härvid medelst legala förbud som antingen rättsligen sanktionerar avtalen ifråga eller som leder till att avtalen fränkänns civilrättslig verkan.¹³⁷

4.3.4 Tvingande civilrättsliga regler

En annan viktig begränsning av den fria partsviljan utgörs av de tvingande civilrättsliga reglerna. De tvingande reglerna hindrar parterna att ge avtalet visst innehåll och uppställer den yttersta ramen som avtalet måste hålla sig inom. Om avtalet innehåller en bestämmelse som strider mot en tvingande civilrättslig regel blir bestämmelsen inte gällande mellan parterna, oaktat om dessa var medvetna om den civilrättsliga ogiltigheten när avtalet ingicks. Här har lagstiftaren mer aktivt tagit ställning till vilket innehåll ett avtal får ha respektive inte får ha. Den civilrättsliga ogiltigheten av klausulen beaktas dock inte av domstolen *ex officio* utan måste påtalas av part för att ogiltigheten skall inträda. Tvingande civilrättsliga regler finns inte bara inom konsumentskyddsområdet utan inkluderar även ogiltighetsreglerna i AvtL 3 kap. däribland 36 § AvtL om jämkning av oskäligen avtalsvillkor.¹³⁸

4.3.5 Väntjänster

Ovan har ett antal rena avtalsbegränsningar och olika civilrättsliga tvingande regler gått igenom utifrån dess kringskärande verkan på avtalsfriheten. Det finns ett annat område som hamnar vid sidan om de civilrättsliga avtalen och det är olika typer av avtal som inte sanktioneras av rättsordningen. Ett avtal i juridisk mening föreligger lite förenklat när man kan framtvunga avtalsförpliktelse med myndigheternas hjälp. Det vardagliga begreppet avtal används dock i större omfattning än vad den juridiska termen motsvarar och inkluderar även väntjänster och dylikt som inte rättsligt kan sanktioneras. Det finns dock exempel i rättspraxis på att även försummelse av väntjänster kan föranleda skadeståndsskyldighet på

¹³⁵ Ramberg & Ramberg, A.a. 2010, s. 31f.

¹³⁶ Adlercreutz & Gorton, A.a. 2011, s. 116f.

¹³⁷ Ramberg & Ramberg, A.a. 2010, s. 32.

¹³⁸ Ramberg & Ramberg, A.a. 2010, s. 32f.

civilrättslig grund även om kraven som följer därav inte kan ställas lika högt som vid tjänst mot betalning.¹³⁹

4.3.6 Omöjlighetsläran

Redan i romersk rätt gällde den allmänna principen att ingen kan förpliktas att uppfylla det som är omöjligt att uppfylla, något som framstår som en självklarhet när det handlar om uppfyllelse *in natura*. Tillämpningen av den alltfjämt gällande principen om omöjlighet är dock inte självklar.

Exempelvis kan det framstå som rimligt om den som utfäst sig att göra det omöjliga skulle bli skadeståndsskyldig gentemot den som förlitat sig på löftet och haft rimlig grund för sin tillit. I många fall kan det tyckas tveksamt att en motpart någonsin skulle kunna ha befogad tillit till utfästelse om försäljning av riktiga feer eller annat liknande sagoväsen eftersom motpart troligtvis inte kan ha befogad tillit till en dylik utfästelse.

Omöjlighet befriar dock inte från kravet att uppfylla en avtalsförpliktelse i det fall fråga är om subjektiv omöjlighet. Endast det som är omöjligt att uppfylla i objektiv bemärkelse friar avtalspart från uppfyllande av avtalsförpliktelse.¹⁴⁰

4.3.7 Pactum turpe

En avgörande aspekt för huruvida avtal skyddas av rättsordningen och kan sanktioneras med dess hjälp är vilket syfte avtalet avser att fylla. Är syftet alltför tvivelaktigt skyddas inte avtalet av rättsordningen utan faller därutanför enligt principen om *pactum turpe*. *Pactum turpe* betyder ungefär osedliga avtal och kan inkludera exempelvis avtal om sexuella tjänster, avtal om abort och dylikt. I dessa fall överlämnas det helt åt parterna själva att reglera sina mellanhavanden eftersom samhället ser det som sin uppgift att ställa sina resurser till förfogande för att tillgodose uppfyllandet av avtalsförpliktelser som har ett allmänt hållet eller åtminstone moraliskt godtagbart syfte. Vad som är moraliskt godtagbart skiftar beroende på vilken tid och vilken plats det är fråga om och kan inte fastställas en gång för alla. Av den anledningen är det endast undantagsvis som domstolarna kan frånhända sig ett avtal under förvärdningen att det inte förtjänar rättsordningens skydd.¹⁴¹ Att kräva fullgörelse av ett osedligt avtal går således inte men det torde fortfarande vara möjligt att erhålla skadestånd eller att häva ett avtal eftersom fullgörelse *de facto* uteblivit. Konsekvensen av att ett avtal bedöms vara osedligt skulle kunna bli civilrättslig ogiltighet eller processrättslig avvisning av talan i målet som det osedliga avtalet gett upphov till.¹⁴²

¹³⁹ Ramberg & Ramberg, A.a. 2010, s. 202.

¹⁴⁰ Ramberg & Ramberg, A.a. 2010, s. 203.

¹⁴¹ Se ex. NJA 1997 s. 93 och vidare C. Ramberg, Avtal om abort - *Pactum turpe*, 2005, s. 307ff.

¹⁴² Ramberg & Ramberg, A.a. 2010, s. 203ff.

4.3.8 Legala förbud

Det moderna samhället kännetecknas av många olika regleringar och förbud, vilka inverkar på avtalsmöjligheterna och avtalsinnehållet. Det kan föreligga temporära eller permanenta import- eller exportrestriktioner, förbud mot avtal som hämmar en effektiv konkurrens eller andra i lag uppställda förbud och begränsningar av avtalsfriheten. Om part bryter mot ett sådant förbud och avtalar i strid därmed kan avtalet drabbas av civilrättslig ogiltighet eller annan sanktion mot avtalets giltighet eller parts skyldighet i anledning därav. Rättsläget i Sverige är dock ovisst ifråga om lagstridiga avtal eftersom uttrycklig lagreglering saknas härom. I NJA 1997 s. 93 uttalade HD att avtal i strid mot legala förbud inte nödvändigtvis drabbas av civilrättslig ogiltighet, utan frågan får avgöras utifrån en analys av förbudets syfte, behovet av ogiltighet som sanktion och de olika konsekvenserna som ogiltighetspåföljden kan medföra. Klart är dock att part inte kan tvingas att bryta mot lagen för att fullgöra en civilrättslig förpliktelse. Motparten kan dock ha rätt att kräva skadestånd eller häva avtalet, beroende av vilket syfte förbudslagstiftningen har.¹⁴³ Andra begränsningar i avtalsfriheten kan komma som ett utflöde av den redan begagnade avtalsviljan i ett tidigare avtal, exempelvis en avtalad konkurrensklausul.¹⁴⁴

4.4 Formkrav

Som framgått i den tidigare framställningen är formlöshet en huvudregel inom den svenska avtalsrätten, vilket innebär att avtal kan ingås såväl muntligt som skriftligt eller konkludent. I vissa fall har det dock befunnits otillräckligt att låta parterna ingå avtal på så fritt sätt utan avtalet har krävt viss form för giltighet. I de flesta fall rör det sig då om legala formkrav, vilka är tvingande för parterna. Parterna kan således inte komma överens om att avtalet skall ingås på annat sätt än lagen kräver. I vissa fall har parterna istället själva avtalat att avtalet skall ha viss form för giltighet varvid det står parterna fritt att genom ett nytt avtal åsidosätta den tidigare överenskommelsen om formkrav.¹⁴⁵

Det följer inte logiskt av förekomsten av ett formkrav att löftet att ingå ett formalavtal skulle sakna rättsverkan bara för att det krävs mer än löftet i sig för att åstadkomma ett bindande avtal.¹⁴⁶ I NJA 1992 s. 66 anger HD explicit att huvudregeln är att löften är bindande även ifråga om formbundna avtal.¹⁴⁷

¹⁴³ Ramberg & Ramberg, A.a. 2010, s. 205ff.

¹⁴⁴ Adlercreutz & Gorton, A.a. 2011, s. 301f.

¹⁴⁵ Ramberg & Ramberg, A.a. 2010, s. 99f.

¹⁴⁶ Kleineman, Principerna för bindande avtalslöften och frågan om formalavtals ogiltighet, 2005, s. 41.

¹⁴⁷ Kleineman, A.a. 2005, s. 56.

Konsekvenserna av att ett formkrav frånfallits varierar. I vissa fall leder det till hela avtalets ogiltighet, dvs. att parterna inte är bundna av avtalet. I andra fall kan ena avtalsparten kräva att den andra avtalsparten medverkar till formkravets infriande, varvid ogiltighet inte inträder. I vissa fall har inte formkravet effekt mellan parterna utan endast i förhållande till tredje man. Avtalet är då giltigt mellan parterna men inte utanför deras förhållande. En annan tänkbar konsekvens av att ett formkrav frånfallits kan vara att behöriga myndigheter vägrar registrering av förvärvet som avtalet gäller.¹⁴⁸

Historiskt var det vanligt att avtal krävde viss form för giltighet, medan formkravet numera främst har en skyddsfunktion. Formkrav har ofta ett eller flera direkta syften. Formkravet kan finnas för att skydda parterna såtillvida att iakttagandet av viss form förhindrar att avtal ingås slentrianmässigt. Ett annat viktigt syfte som säkerställs med formkrav är bevis om avtalets innehåll, existens och vilka som ingått avtalet. I vissa fall är det extra angeläget att bevisläget inte är oklart och dylik oklarhet kan motverkas med formkrav.¹⁴⁹

Utifrån det bakomliggande syftet att medelst formkrav skydda svagare avtalspart kan vissa konsekvenser av ett bristande iakttagande av formkraven te sig stötande. En mindre formell brist kan få oförutsedda och allvarliga konsekvenser i det att avtalet inte blir bindande, vilket kan utnyttjas av starkare part för att undgå bundenhet. Således kan ett alltför strikt upprätthållande av formkrav leda till oskäligen resultat. Vanligtvis måste en avtalspart för att undgå bundenhet påvisa otillbörlighet i avtalsförhållandet eller dylikt medan avtalspart kan fränhända sig bundenhet till ett formalavtal endast genom att påvisa en mindre formell brist, vilken kanske helt saknar betydelse för ifrågavarande avtal. En tydlig trend är att formkraven minskar i det moderna affärlivet med undantag för konsumentskyddsområdet.¹⁵⁰

Inom ramen för förevarande skrift är det varken möjligt eller önskvärt att räkna upp alla de formkrav som finns utan här skall endast en översiktlig uppräknings av några av de vanligaste formkraven och deras syften presenteras. Ett av de vanligaste formkraven är krav på skriftlig form, vilket finns för att säkerställa bevis om avtalets innehåll etc. och som ett förhandlingsincitament. Vissa avtal skall egenhändigt undertecknas för giltighet, vilket skapar incitament för eftertanke innan avtal ingås. Ibland förekommer krav på att avtal skall ha visst innehåll för giltighet, vilket syftar till att avtalsparterna skall förstå avtalets räckvidd och även som ett incitament till eftertanke. För vissa rättshandlingars giltighet krävs att de bevittnas, vilket bl.a. syftar till att motverka otillbörligheter vid avtalets ingående.¹⁵¹

¹⁴⁸ Ramberg & Ramberg, A.a. 2010, s. 100.

¹⁴⁹ Ramberg & Ramberg, A.a. 2010, s. 100.

¹⁵⁰ Ramberg & Ramberg, A.a. 2010, s. 100f.

¹⁵¹ Ramberg & Ramberg, A.a. 2010, s. 102ff.

4.5 Tolkning

4.5.1 Allmänt

Väldigt få avtal är så entydiga att de inte skulle kunna bli föremål för en tolkningstvist där det råder olika uppfattningar om avtalets faktiska innehåll eller innebörd. Oklarheten kan bestå i såväl bevissvårigheter om vad som avtalats som i att avtalet är tvetydigt eller att formuleringarna är vaga nog att inrymma flera tolkningar av samma avtal. Det är vidare vanligt att avtalet inte fullständigt reglerar parternas mellanhavanden, varvid utfyllnad måste tillämpas om parterna inte själva kan komma överens om hur deras avtal skall kompletteras. Att tolka och utfylla avtal är således ett viktigt inslag i såväl den allmänna som den speciella avtalsrätten.¹⁵²

Avtalstolkning är den process varigenom betydelsen av en rättshandling skall fastställas så att rättshandlingen kan läggas till grund för avtalsförpliktelserna genomförande. De tvingande rättsreglerna uppställer härvid en yttersta ram för vad som kan intolkas i ett avtal.¹⁵³

4.5.2 Utgångspunkter

De regler och principer som används för avtalstolkning i Sverige har erhållit sin huvudsakliga utformning genom en teoretisk debatt. Debatten grundades väsentligen på en reception av romerskrättsliga regler och stod mellan viljeteorin och tillitsteorin. Enligt viljeteorin skall en viljeförklaring tolkas enligt den bakomliggande viljan. Kritikerna till viljeteorin menade att synsättet lade alltför stor vikt vid avgivarens vilja på mottagarens bekostnad och menade att mottagarens befogade tillit istället skulle skyddas. Den motstående teorin kallas tillitsteorin och har stort stöd i auktoritativa nordiska rättskällor och är troligtvis den som ligger närmst svensk gällande rätt.¹⁵⁴

I svensk rätt saknas allmänt tillämpliga lagregler om avtalstolkning. Reglerna som tillämpas har istället utbildats i doktrin och rättspraxis. En vanlig utgångspunkt att ta vid tolkningen av avtal är den objektiva språkliga lydelsen eftersom parterna själva förfogar över avtalet och ger uttryck för detsamma i en handling. Att bevisa att parterna haft en gemensam partsavsikt med avtalet är ofta förenat med betydande svårigheter, men kan en dylik avsikt påvisas så trumfar partsviljan den objektiva lydelsen vid fastställandet av avtalsinnehållet och avtalets subjektiva lydelse får företräde framför dess objektiva innehåll.¹⁵⁵

För de rättsliga tolkningsregler som finns, oklarhetsregeln och minimiregeln, är rättsläget detsamma för förmögenhetsrättsliga avtal som

¹⁵² Lehrberg, Avtalstolkning, 2009, s. 12.

¹⁵³ Lehrberg, A.a. 2009, s. 16f.

¹⁵⁴ Lehrberg, A.a. 2009, s. 22f.

¹⁵⁵ Lehrberg, A.a. 2009, s. 26f.

för familjerättsliga avtal varför en upprepning av det som framkommit ovan inte här skall företas.¹⁵⁶

4.5.3 Partsinriktad tolkning

Syftet med all avtalstolkning är att fastställa vad parterna gemensamt åsyftat vid tidpunkten för avtalsslutet. En naturlig utgångspunkt blir därvid att försöka fastställa den gemensamma partsavsikten och låta den bli avgörande för tolkningen av avtalet. Om parterna haft en annan avsikt med avtalet än avtalets uttryckliga lydelse gäller nämligen parternas avsikt framför avtalets objektiva lydelse förutsatt att parternas avsikt låter sig klarläggas. Att klarlägga parternas avsikt med avtalet är givetvis förenat med betydande bevisvårigheter, särskilt som parterna vid tvist knappast kommer att vidgå den av motparten förfäktade avtalsinnebörden. Svenska domstolar är med stöd av den fria bevisprövningens princip fria att lösa tolkningstvisten med beaktande av alla relevanta tolkningsdata vilket innebär att skriftligt och muntligt har samma dignitet i tolkningshänseende. Att det är betydligt svårare att bevisa vad som muntligen förevarit i en avtalssituation leder dock till att det skriftliga oftare kan beaktas.¹⁵⁷

Den partsorienterade tolkningsmodellen har högst rang inom tolkningshierarkin, men har i praktiken endast begränsad genomslagskraft eftersom det ofta saknas tillräckligt underlag för att tillämpa den.¹⁵⁸

Ett utslag av den partsorienterade tolkningsmodellen är den sk. dolusregeln. Regeln innebär att om den ena parten till ett avtal förstår att den andra parten lägger en annan betydelse vid avtalet än vad han själv gör blir han bunden av motpartens uppfattning om han inte påtalar motpartens missförstånd. Regeln skapar incitament för parterna att undanröja oklarheter i samband med avtalsslutet.¹⁵⁹

4.5.4 Språklig tolkning

En vanlig utgångspunkt för avtalstolkning är dess ordalydelse, eller annorlunda uttryckt, dess objektiva innehåll. Man presumerar i tolkningssammanhang att ordalydelsen ger uttryck för parternas gemensamma vilja och det krävs ganska mycket för att det objektiva avtalsinnehållet skall frångås tolkningsvägen. I de fall en gemensam partsavsikt inte går att fastställa kan sägas att parternas viljor undanträns av en skriftlig viljeförklaring. Den omständigheten att ett avtal ingåtts muntligt hindrar förstås inte att ordalydelsen bildar utgångspunkt för tolkningen, men svårigheter ifråga om bevisning gör att språket inte får samma genomslagskraft vid tolkningen. Att låta det skriftligt avtalade bilda

¹⁵⁶ Se istället ovan under avsnitt 3.4.2.

¹⁵⁷ Bernitz, A.a. 2013, s. 83f.

¹⁵⁸ Svensson, *Tolkning och bristande frihet*, 2005, s. 462f.

¹⁵⁹ Ramberg & Ramberg, A.a. 2010, s. 161.

utgångspunkt för avtalstolkningen skapar vidare ett incitament för parterna att tydligt uttrycka sig i avtal vilket skapar förutsebarhet i avtalsförhållanden. Trenden i kommersiella avtalsförhållanden går mot att skriva allt längre och mer detaljerade avtal bl.a. i syfte att i möjligaste mån utestänga tillämpningen av dispositiv rätt. Ett lämpligt verktyg för tolkning enligt lydelsen är diverse ordböcker då utgångspunkten för betydelsen av varje ord är dess gängse betydelse om inget annat framgår av avtalet.¹⁶⁰

4.5.5 Systemisk tolkning

Många avtal är systematiskt uppbyggda, vilket innebär att avtalsbestämmelserna är en del av ett konsekvent och följdriktigt system. När ett dylikt avtal skall tolkas är det naturligt att tolka det så att avtalsklausulens framtolkade lydelse harmonierar med det övriga avtalet.¹⁶¹ Ett utslag av systemisk tolkning är att avtalet betraktas som en helhet och även att ett begrepp som används däri presumeras betyda samma sak på andra ställen i avtalet.¹⁶² En avtalsklausuls placering under viss rubrik eller annat kan få betydelse för tolkningen. Betydelsen för tolkningen består härvid i att klausulen antas ha samband med den rubrik eller omedelbara kontext i vilken den framkommer. Viss försiktighet med dylika antaganden skall dock iakttagas då långt ifrån alla avtal är konsekvent och logiskt uppbyggda.¹⁶³

4.5.6 Norminriktad tolkning

Det antas att avtal skall tolkas på det sätt som medför det minst betungande resultatet för den förpliktade, enligt den sk. minimiregeln. För att avgöra vad som är minst betungande bildar dispositiv rätt en naturlig utgångspunkt för jämförelsen eftersom all avtalstolkning sker mot bakgrund av avtalets rättsliga kontext. Att tolkningen sker mot bakgrund av avtalets rättsliga kontext skapar således ett incitament för part som vill att motparten skall ha en mer betungande förpliktelse än vad som följer av dispositiv rätt tydligt skall klargöra detta. Norminriktad avtalstolkning är särskilt vanligt när ett avtal innehåller motstridiga bestämmelser.¹⁶⁴

4.5.7 Övriga tolkningsmodeller

Vid försök att fastställa avtalsinnehåll är avtalets syfte ett viktigt tolkningsdatum att beakta. Eftersom många avtal innehåller moment av

¹⁶⁰ Ramberg & Ramberg, A.a. 2010, s. 148ff.

¹⁶¹ Ramberg & Ramberg, A.a. 2010, s. 159f.

¹⁶² Lehrberg, A.a. 2009, s. 91.

¹⁶³ Lehrberg, A.a. 2009, s. 102.

¹⁶⁴ Ramberg & Ramberg, A.a. 2010, s. 153ff.

mångtydig karaktär kan syftet med avtalet fungera som en relevant belysning av de oklarheter som därvid uppstår.¹⁶⁵

Andra omständigheter som kan få betydelse för avtalstolkningen är partsbruk. Har parterna tidigare avtalat med varandra förutsätts att de anknyter till tidigare systematik och betydelse av begrepp etc. Även det som förevarit kring avtalets ingående och därefter kan påverka tolkningen av avtalet. Där inkluderas vad parterna sagt eller annorledes givit uttryck för både före, under och efter avtalsslutet.¹⁶⁶

Som en sista tolkningsmodell vilken här skall beröras kan nämnas sk. skälighetstolkning. Här låter domstolen skälighetshänsyn och skälighetsöverbäganden påverka betydelsen av avtalet direkt genom tolkning istället för att först tolkningsvägen fastställa ett oskäligt avtalsinnehåll och att sedan jämka detsamma msa. 36 § AvtL. Metoden kallas för dold skälighetskontroll, vilken står mot den öppna skälighetskontrollen där man uttryckligen tillämpar 36 § AvtL.¹⁶⁷

4.6 Ogiltighet

4.6.1 Allmänt

För avtalsbundenhet i svensk rätt krävs som huvudregel överensstämmande viljeförklaringar. Avtalsrättens teoretiska bakgrund är en avvägning mellan intresset av att avtalsbundenhet endast skall uppkomma om viljan är tillräckligt fri och intresset av att skydda motpartens tillit till ett ingånget avtal. I vissa fall kan det dock finnas omständigheter som gör att det finns en viljebrist till följd av ett mer eller mindre ofritt handlande, vilket kan leda till avtalets ogiltighet. En del av dessa situationer tas upp i AvtL 3 kap. 28-31 §§ samt de båda generalklausulerna i 33 § och 36 § AvtL.¹⁶⁸

En rättshandling betecknas som ogiltig om den inte kan göras gällande enligt sitt innehåll och med de rättsverkningar rättshandlingen regelmässigt för med sig. Härvid kan man skilja mellan nullitet och angriflighet. En rättshandling som drabbas av nullitet har en oläkbar brist som skall beaktas ex officio. En angriflig rättshandling har en kanske läkbar brist som måste påtalas av part för att få verkan.¹⁶⁹

¹⁶⁵ Ramberg & Ramberg, A.a. 2010, s. 156.

¹⁶⁶ Ramberg & Ramberg, A.a. 2010, s. 164f.

¹⁶⁷ Ramberg & Ramberg, A.a. 2010, s. 168f.

¹⁶⁸ Ramberg & Ramberg, A.a. 2010, s. 68f.

¹⁶⁹ Adlercreutz & Gorton, A.a. 2011, s. 239ff.

4.6.2 AvtL 28 §

Om avtal kommit till stånd mot bakgrund av hot som innebär trängande fara bortfaller hela grunden för viljeförklaringen och rättshandlingen anses inte ha företagits av den som tvingats till avtalet på detta sätt. Här får således viljeteorin fullt genomslag.¹⁷⁰

4.6.3 AvtL 29 §

Ifråga om sk. lindrigt tvång kan avtalskontexten säkert upplevas som nog så besvärande för den tvungne, men denne anses ändå kunna välja mellan olika handlingsalternativ. I dylika fall får inte viljeteorin fullt genomslag. För att avtal skall kunna bli ogiltiga pga. lindrigt tvång krävs att det föreligger orsakssamband mellan tvånget och rättshandlingen samt att tvånget varit rättsstridigt. Att exempelvis hota med att ta till rättsliga åtgärder om kravet inte efterkoms är således inte ett exempel som faller under tillämpningsområdet för 29 § AvtL då hot om rättsliga åtgärder inte är rättsstridigt.¹⁷¹

I det praktiska rättslivet kan det ibland vara svårt att skilja mellan grovt och lindrigt tvång, i den bemärkelse som AvtL 28 § resp. 29 § tar sikte på. Gränsdragningen lagrummen emellan kan ses som ett klassiskt exempel på där den sk. viljeteorin möter den sk. tillitsteorin. Det anses inte finnas någon som helst rättsskapande vilja bakom en viljeförklaring som framtvings medelst hot om trängande fara varför bundenhet inte uppstår oaktat medkontrahentens goda tro. Ifråga om de övriga ogiltighetsgrunderna så framkommer *e contrario* att medkontrahentens goda tro skyddas; tillitsteorin trumfar med andra ord viljeteorin i de fallen. Att medkontrahentens goda tro skyddas gäller åtminstone ifråga om rena affärstransaktioner och onerösa avtal. När det gäller benefika rättshandlingar finns regelmässigt skäl att i större utsträckning beakta viljeteorin som utslagsgivande för om bindande avtal kommit till stånd eller inte.¹⁷²

4.6.4 AvtL 30 §

För att svekparagrafen skall vara tillämplig krävs att fråga är om avsiktligt vilseledande genom lämnande av oriktiga uppgifter. Kravet på avsiktlighet innebär att uppgiftslämnaren måste inse att fråga är om en oriktig uppgift samt att mottagaren inte inser det riktiga förhållandet. Det krävs vidare att fråga är om en sakomständighet och inte en åsikt eller subjektiv omständighet. Även ifråga om svek krävs orsakssamband mellan sveket och den företagna rättshandlingen. I paragrafen finns en presumtion för att den svikliga uppgiften står i orsakssamband med rättshandlingen. Även

¹⁷⁰ Ramberg & Ramberg, A.a. 2010, s. 70.

¹⁷¹ Ramberg & Ramberg, A.a. 2010, s. 70f.

¹⁷² Ramberg & Ramberg, A.a. 2010, s. 77.

förtigande av uppgift kan räknas som svikligt förledande. För att förtigande skall anses svikligt krävs att man kan ålägga part en upplysningsplikt, något som inte generellt är fallet. För att ålägga part upplysningsplikt krävs att part haft kännedom om förhållandet och att motparten saknat kännedom om förhållandet. Den upplysningsskyldige skall vidare ha insett att motparten saknade kännedom om förhållandet och att förhållandet varit av betydelse för motpartens vilja att ingå avtalet. Inte ens när samtliga dessa rekvisit är uppfyllda föreligger emellertid alltid upplysningsskyldighet, utan det avgörande blir vilka omständigheter som motparten typiskt kan förvänta sig att bli upplyst om i olika situationer.¹⁷³

4.6.5 AvtL 31 §

Ocker föreligger när part otillbörligt utnyttjar parts trångmål, beroendeställning eller lättsinne för att betinga sig en avtalsmässig fördel som står i uppenbart missförhållande till hans egen avtalsprestation. Det skall således föreligga en väsentlig ekvivalensbrist mellan avtalets frukter. För ockerparagrafens tillämplighet krävs inte som i fallen ovan att trångmålet eller dyl. framkallats av den rättshandlande utan endast att denna otillbörligt utnyttjat densamma.

4.6.6 AvtL 33 §

Den lilla generalklausulen fanns med redan vid AvtL:s tillkomst 1915 för att täcka in de fall av otillbörlighet vid avtals ingående som inte täcktes av några av de speciellt angivna ogiltighetsgrunderna i 28-31 §§ AvtL.¹⁷⁴ För lagrummets tillämpning krävs följande: det skall ha förelegat vissa omständigheter vid avtalets ingående, medkontrahenten skall ha haft insikt om omständigheterna och det skulle strida mot tro och heder att med dylik vetskap åberopa rättshandlingen. Vid avtalslagens tillkomst tillämpades den lilla generalklausulen relativt ofta, men på senare år har ogiltighetsgrunden successivt alltmer inrymts inom ramen för avtalstolkning. De speciella ogiltighetsgrunderna och den lilla generalklausulen kompletteras av den stora generalklausulen i 36 § AvtL, vilken närmare skall redogöras för i den kommande texten, se avsnitt 4.7.¹⁷⁵

4.6.7 Övriga ogiltighetsgrunder

Avtal kan även förklaras ogiltigt msa. 1924 års lag om verkan av avtal som slutits under påverkan av en psykisk störning eller den sk. förutsättningsläran. Ogiltighet enligt 1924 års lag gäller oavsett medkontrahentens goda eller onda tro. Förutsättningsläran fungerar som ett komplement till avtalslagens ogiltighetsregler och möjliggör för part att

¹⁷³ Ramberg & Ramberg, A.a. 2010, s. 71f.

¹⁷⁴ Grönfors & Dotevall, Avtalslagen, 1995, s. 206.

¹⁷⁵ Ramberg & Ramberg, A.a. 2010, s. 74f.

frigöra sig från avtal pga. okända eller oförutsedda omständigheter. För att förutsättningsläran skall vara tillämplig krävs att det förelegat en förutsättning, att denna varit synbar för medkontrahenten och att förutsättningen varit väsentlig för avtalets ingående. Till dessa krav tillkommer att det vid en relevansprövning skall vara motiverat att lägga risken för förutsättningsfelet på medkontrahenten. Huvudregeln i svensk rätt är annars att part själv får stå risken för sina bristande förutsättningar. Rättsföljden av en tillämpning av förutsättningsläran medger endast ogiltighet, det går således inte att skärpa förpliktelser eller att ålägga part skadeståndsskyldighet. Efter en genomgång av svensk rättspraxis under 1900-talet konstaterar Ramberg att förutsättningsläran tillämpats relativt sällan sedan 1950.¹⁷⁶ HD har även i ett fall explicit uttalat att förutsättningsläran skall ses som ett komplement till ogiltighetsgrunderna i avtalslagen och avtalstolkning, vilket ytterligare torde minska dess tillämpningsfrekvens.¹⁷⁷

4.6.8 Rättsföljden av ogiltighet

Trots att AvtL 3 kap. explicit behandlar rättshandlingars ogiltighet så preciseras ingenstans vad begreppet ogiltighet egentligen innebär. Om en ensidig utfästelse, exempelvis ett anbud, bedöms vara ogiltigt blir följden att bundenheten bortfaller. Om bindande avtal visserligen ingåtts men avtalet ogiltigförklaras innan fullgörelse påbörjas blir båda parter befriade från fullgörelseplikt. I de i praktiken vanligare fallen då fullgörelse påbörjats blir problematiken mer komplicerad. Den allmänna avtalsrättsliga huvudregeln är då att förpliktelserna skall återgå och att samma förmögenhetsordning skall vara gällande som innan det ogiltiga avtalet ingicks.¹⁷⁸ En sista fråga när det gäller rättsföljden av ogiltighet är huruvida den som bär skulden för att ett avtal gått om intet även kan bli skadeståndsskyldig gentemot sin medkontrahent. Svensk rätt ger inget uttryckligt svar på frågan då detta varken har lagstöd eller konsekvent framkommit i rättspraxis, utan i den mån som skadeståndsskyldighet uppstår är detta med stöd av allmänna avtalsrättsliga principer.¹⁷⁹

4.7 Jämkning

4.7.1 Allmänt

Svensk civilrätt bygger på principen om *pacta sunt servanda* och tidigare upprätthölls principen mycket hårt. Under 1900-talet har principen om avtalets bindande kraft luckrats upp något i takt med att behovet av skyddslagstiftning för svagare parter har beaktats i större utsträckning än

¹⁷⁶ Ramberg & Ramberg, A.a. 2010, s. 199ff.

¹⁷⁷ NJA 1996 s. 410.

¹⁷⁸ Jfr NJA 1987 s. 845.

¹⁷⁹ Ramberg & Ramberg, A.a. 2010, s. 77f.

tidigare.¹⁸⁰ Rättsutvecklingen utgör ett utmärkt exempel på den motsättning som finns i avtalsrätten. Å ena sidan finns grundtanken att avtal skall hållas och å andra sidan finns tanken att avtal skall innehålla en balans mellan avtalsparternas prestationer. AvtL 36 § utgör ett exempel på ett lagrum medelst vilket ett avtal kan förklaras oskäligt trots att parterna frivilligt ingått detsamma.¹⁸¹

Det finns en rikhaltig praxis ifråga om 36 § AvtL, men deras prejudikatvärde kan anses relativt lågt eftersom fallen regelmässigt beaktar omständigheter som är alltför individuella för att ge upphov till mer generella slutsatser.¹⁸²

4.7.2 Syfte

36 § AvtL infördes som ett led i en strävan mot att skydda svagare avtalsparter och motverka nackdelarna med en alltför vidsträckt avtalsfrihet. En alltför vidsträckt avtalsfrihet ansågs kunna ge upphov till stora orättvisor, särskilt mellan ojämlika förhandlingsparter.¹⁸³ Vidare ansågs de särskilda ogiltighetsgrunderna i AvtL vara otillräckliga.¹⁸⁴ Något som särskilt uppmärksammades och tänktes bli vägledande för lagrummets tillämpning var det alltmer spridda bruket av sk. standardavtal som användes av näringsidkare i deras verksamhet riktad till konsument. Lagrummet har således ett tydligt konsumentskyddssyfte, vilket även explicit framgår av paragrafens andra stycke.¹⁸⁵

Ett tydligt syfte med 36 § AvtL var att lagrummet skulle särskilt skydda den som i egenskap av konsument eller annat intagit en underlägsen ställning. Mot bakgrund av begreppet underlägsen ställning skapar Bernitz tre olika kategorier med separata bedömningskriterier för när och hur ofta jämkning bör ske. Den första kategorien gäller avtal mellan näringsidkare och konsument. I dylika fall anses domstolarnas befogenheter att ingripa mot oskälighet i avtalsförhållanden mer extensiv än annorledes. Bernitz menar vidare att med konsument skall jämställas arbetstagare och hyresgäst. Den andra kategorien gäller avtal mellan ojämbördiga näringsidkare, exempelvis där en småföretagare avtalar med ett storföretag eller en underleverantör träffar avtal med någon högre upp i distributionskedjan. I dylika fall kan deras *de facto* underlägsenhet beaktas inom ramen för en tillämpning av 36 § AvtL då de medvetet hölls utanför det närliggande konsumentskyddskomplexet. Den sista kategorien gäller avtal ingångna mellan jämbördiga näringsidkare. I dylika fall är det tänkt att 36 § AvtL skall tillämpas betydligt mer restriktivt än annars eftersom avtalsparterna

¹⁸⁰ Bernitz, A.a, 2013, s. 144f.

¹⁸¹ Ramberg & Ramberg, A.a. 2010, s. 175.

¹⁸² Bernitz, A.a. 2013, s. 153f.

¹⁸³ Jansson & Kjellin, Vad är oskäligt, 1990, s. 40.

¹⁸⁴ Bernitz, A.a. 2013, s. 152.

¹⁸⁵ André, Strukturer i 36 § avtalslagen, SvJT 1986, s. 527f.

bedöms ha fullgoda möjligheter att tillvarata sina egna intressen, särskilt som avtalen ofta innehåller något moment av medvetet risktagande.¹⁸⁶

4.7.3 Tillämpningsområde

AvtL 36 § har en bred omfattning och ett brett tillämpningsområde och är därtill tvingande. Lagrummet omfattar standardavtal, individuella avtal, myndigheter, organisationer och personer och är tillämpligt på alla typer av avtal.¹⁸⁷ Regeln kräver inte för dess tillämpning att part varit i ond tro eller haft uppsåt för sitt agerande.¹⁸⁸ Den enda förutsättning som uppställs för en tillämpning av 36 § AvtL är att ett villkor i avtalet är oskäligt.

Departementschefen kommenterar inte ordvalet närmare utan konstaterar endast att 'oskäligt' skall användas framför ordet 'otillbörligt'.¹⁸⁹ Av lagrummets första stycke framkommer fyra olika omständigheter som kan föranleda att ett avtal eller avtalsvillkor är att anse som oskäligt; avtalets innehåll, omständigheterna vid avtalets tillkomst, senare inträffade förhållanden, och omständigheterna i övrigt.¹⁹⁰

4.7.4 Konsekvensen av jämkning

Jämkning är ett smidigare, mer nyanserat instrument att ingripa mot obillighet i avtalsförhållanden än total ogiltighet. Domstolarna har möjlighet att jämka ett oskäligt avtalsvillkor så att det blir skäligt, men det står även domstolen fritt att jämka eller ändra andra villkor i avtalet för att nå ett balanserat resultat.¹⁹¹ Med stöd av 36 § AvtL kan avtalsförpliktelser tillskärpas.¹⁹²

4.7.5 Oskälighet

Oskälighet har beskrivits av Grönfors som ett relationsbegrepp.¹⁹³ Vid en oskälighetsbedömning krävs således flera måttstockar som jämförelseobjekt för att relationen skall framträda. En sådan måttstock är dispositiv rätt; vad som skulle gällt mellan parterna i avsaknad av uttrycklig avtalsreglering. En annan måttstock är tvingande regler, varvid oskälighet torde kunna konstateras om avtalsvillkoret avviker från tvingande regler. En tredje måttstock är praxis enligt avtalsvillkorslagarna. I den mån praxis gäller konsumentskydd kan denna analogivis tillämpas på även mindre näringsidkare om omständigheterna i fallet liknar dem som mer

¹⁸⁶ Bernitz, A.a. 2013, s. 156f.

¹⁸⁷ Bernitz, A.a. 2013, s. 154f.

¹⁸⁸ Votinius, Avtalslagens generalklausul och den rättvisebaserade kontraktsupfattningen, 2005, s. 339.

¹⁸⁹ Prop. 1975/76:81, s. 106f.

¹⁹⁰ AvtL 36 § 1 st.

¹⁹¹ Prop. 1975/76:81, s. 110

¹⁹² Bernitz, A.a. 2013, s. 158f.

¹⁹³ Grönfors & Dotevall, Avtalslagen, 1995, s. 223.

regelmässigt är för handen i ojämberdiga affärsrelationer. Omständigheterna i det enskilda fallet blir härvid utslagsgivande.¹⁹⁴

I förarbeten uttalades att det krävs visst mått av oskälighet för jämkning och att inte vilken liten snedvridning som helst skulle kunna ge upphov till jämkning. Dock så sänktes kravet för tillämplighet från uppenbart oskäligt till oskäligt.¹⁹⁵

4.7.6 Avtalets innehåll

36 § AvtL inriktas huvudsakligen på prövning av avtalsvillkor och inte på avtalet som helhet. Har man dock funnit ett oskäligt avtalsvillkor så står det domaren fritt att jämka avtalet även i övrigt, varvid ett helhetsperspektiv på avtalet skall tas.¹⁹⁶ Själva avtalets innehåll kan föranleda att avtalet bedöms som oskäligt. I propositionen diskuteras fyra olika slag av avtalsinnehåll som särskilt kan föranleda jämkning. Att den ena parten förbehåller sig ensidig beslutanderätt i en för avtalet viktig fråga kan föranleda att oskälighet är för handen. Om avtalsinnehållet medför en betydande obalans mellan parternas prestationer kan detta indikera oskälighet. Jämknings kan även föranledas av att avtalet innehåller en klausul som medför att kontraktsbrott blir ovanligt betungande för endera part. Det sista exemplet som nämns i förarbeten är avtalsvillkor som används i repressaliesyfte.¹⁹⁷

4.7.7 Omständigheterna vid avtalets tillkomst

Om avtalspart har fått avtal att komma till stånd genom aggressivt uppträdande eller missbruk av förhandlingsläget är detta enligt förarbeten en omständighet som kan föranleda oskälighet. Om part vid avtalets tillkomst lämnar oriktiga uppgifter i god tro kan jämkning komma i fråga. På så sätt ligger 36 § AvtL 'under' de andra specifika ogiltighetsgrunderna i AvtL 3 kap., såtillvida att otillbörligt beteende som närmast kan liknas vid svek eller ocker, men som inte når upp till rekvisiten i de olika specifika ogiltighetsgrunderna, ändå kan föranleda jämkning medelst 36 § AvtL pga. otillbörlighet vid avtalets tillkomst.¹⁹⁸

4.7.8 Senare inträffade förhållanden

Jämknings kan även komma ifråga pga. ändrade förhållanden. Härvid blir det avgörande för huruvida jämkning skall ske vilka möjligheter part haft att överblicka och förutse de aktuella förändrade omständigheterna.¹⁹⁹

¹⁹⁴ Bernitz, A.a. 2013, s. 161ff.

¹⁹⁵ Prop. 1975/76:81, s. 117, 173, 106ff.

¹⁹⁶ Ramberg & Ramberg, A.a. 2010, s. 177.

¹⁹⁷ Prop. 1975/76:81, s. 118f.

¹⁹⁸ Prop. 1975/76:81, s. 125f, se även Ramberg & Ramberg, A.a. 2010, s. 75.

¹⁹⁹ Prop. 1975/76:81, s. 126ff.

Huvudregeln för avtalsförhållanden är att part själv får stå risken för att den framtida händelseutvecklingen blir oförmånlig. Huvudregeln har dock försetts med undantag eftersom det inte är rimligt att varje avtal måste uppfyllas oavsett vad som inträffat sedan avtalstidpunkten. För att jämkning pga. senare inträffade förhållanden skall komma ifråga krävs att avtalsbalansen rubbats väsentligt, att det inträffade var oförutsett vid avtalstidpunkten, att den drabbade inte borde ha räknat med det inträffade, att den drabbade inte själv hade kontroll över händelseförloppet samt att risken för det inträffade lämpligen bör bäras av den icke drabbade parten.²⁰⁰ Innehåller avtalet ett medvetet riskmoment bör jämkning som huvudregel inte komma ifråga.²⁰¹

Jämknings pga. förändrade förhållanden bör särskilt komma ifråga när det gäller långvariga avtal eftersom parternas möjlighet att förutse senare inträffade förhållanden minskar ju längre tiden går. Å andra sidan så är parterna regelmässigt medvetna om att de avtalar på längre tid vilket uppställer ett större krav på dem ifråga om noggrannhet och beaktande av behovet av omförhandlingsklausuler av olika slag.²⁰²

4.7.9 Omständigheterna i övrigt

Under denna rubrik är domstolen i princip fri att beakta vilka relevanta data som helst. Ett exempel för vägledning kring oskälighetsbegreppet kan hämtas i affärsskicket i en enskild bransch. När affärsskick används som jämförelseobjekt måste dock viss försiktighet iaktas eftersom branschskicket inte alltid har tagit hänsyn till gällande konsumentskyddsaspekter. Något som framhålls av departementschefen är att näringsidkare normalt bör vara bundna av sin egen praxis. Villkor som står i strid med tvingande lag skall kunna jämkas, både när det gäller avtalsrättslig och konkurrensrättslig lagstiftning.²⁰³

4.7.10 Olika syner på 36 § AvtL

Svårigheterna att definiera vad oskälighet är och att ställa upp generella bedömningskriterier för tillämpningsområdet av 36 § AvtL har gett upphov till mycket vidlyftiga diskussioner inom den juridiska litteraturen. Jansson och Kjellin menar att oskälighet kan föreligga *per se*, exempelvis vid ett högt överpris, och att oskälighet kan föreligga efter en helhetsbedömning, exempelvis att avtalet innehåller ensidig bestämmanderätt, men för oskälighet krävs att denna sedan skall utnyttjas för att åstadkomma ett otillbörligt resultat. Författarna menar att oskälighet

²⁰⁰ Ramberg & Ramberg, A.a. 2010, s. 186f.

²⁰¹ Prop. 1975/76:81, s. 105.

²⁰² Ramberg & Ramberg, A.a. 2010, s. 192.

²⁰³ Prop. 1975/76:81, s. 119ff.

är ett relationsbegrepp som indikerar en icke etiskt godtagbar obalans mellan parterna.²⁰⁴

André menar att 36 § AvtL i princip saknar rekvisit. Vidare menar han att lagrummet saknar struktur eftersom domstolen är fri att beakta alla relevanta bedömningsdata, vilket ger upphov till en spretig, heterogen och kasuistisk praxis.²⁰⁵ Varken i förarbeten eller i rättspraxis går det att urskilja något mönster för lagrummets tillämpning, menar André. André menar att 36 § AvtL river upp en del av det etablerade avtalsrättsliga regelkomplexet och förutsebarheten däri. Således blir lagrummet att anse som ett slags antilagstiftning. Med 36 § AvtL blir förutsebarheten i rättslivet lidande, vilket inverkar menligt på rättssäkerheten, medan den möjliggör en mycket bra individuell tvistelösningsapparat.²⁰⁶

²⁰⁴ Jansson & Kjellin, A.a. 1990, s. 39ff.

²⁰⁵ André, A.a. SvJT 1986, s. 526ff.

²⁰⁶ André, A.a. SvJT 1986, s. 546ff.

5 Jämförande analys

5.1 Utgångspunkter

Att avtala om äktenskapsförord är bara möjligt för varande eller blivande makar, vilket innebär att inte vilka avtalsparter som helst kan ingå avtalet. På det förmögensrättsliga området är det som huvudregel möjligt för vem som helst att avtala med vem som helst. Ett äktenskapsförord anses inte kunna påverka äganderätten till ett föremål medan en ägandeövergång i högsta grad är möjlig att åstadkomma inom ramen för ett förmögensrättsligt avtal. Troligtvis har ingen annan än en blivande eller varande make intresse av att kunna teckna ett äktenskapsförord eftersom äganderätten eller något annat obligationsrättsligt fenomen inte påverkas. Således torde inte begränsningen utgöra något problem eller vara särskilt förvånande.

Ett äktenskapsförord är ett personligt avtal, vilket innebär att det inte kan undertecknas av ombud. Ett förmögensrättsligt avtal kan däremot undertecknas av vem som helst, om erforderlig fullmakt därför föreligger. Ett förmögensrättsligt avtal kan få verkan även sedan alla åtaganden däri uppfyllts såtillvida att det kan ligga till grund för ett partsbruk, som det krävs tydlighet och konsekvens för att avvika från. Ett äktenskapsförord har däremot spelat ut sin roll sedan äktenskapet upplösts och bodelning skett, det blir inte tillämpligt igen ens mellan samma parter. Det torde vara ovanligt att samma parter gifter sig igen och än ovanligare att de därvid skulle vilja ha samma egendomsordning som under det första äktenskapet. Att ett tidigare äktenskapsförord inte läggs till grund för ett senare torde således vara relativt oroblematiskt. En omyndig person kan ingå äktenskapsförord om förmyndarens skriftliga medgivande därtill erhålls. Men en omyndig person kan som huvudregel inte fritt avtala på det förmögensrättsliga området.²⁰⁷ Som huvudregel krävs att makarna är fyllda 18 år innan de kan ingå äktenskap. Det är dock möjligt för en omyndig att få dispens med åldersgränsen, varför även en tillåtenhet att ingå äktenskapsförord under förmyndarens medgivande logiskt följer därav. Ett liknande fenomen är för handen i det att även omyndig fritt kan disponera över medel han själv förtjänat genom förvärvsarbete, jfr FB 9 kap 3 §.

5.2 Avtalsbegränsningar och avtalsobjekt

Utgångspunkten i svensk rätt är att envar har full avtalsfrihet, vilket följer av allmänna rättsgrundsatser. Avtalsfriheten och avtalsbundenheten är övergripande principer på det förmögensrättsliga området medan en del tvingande regler utgör begränsningar på det familjerättsliga området. Ett

²⁰⁷ Se Adlercreutz & Gorton, A.a. 2011, s. 129f.

syfte med dylika begränsningar är att lagstiftaren har velat skydda makar från en alltför rikhaltig flora av tillåtna äktenskapsförord och den osäkerhet det kan föra med sig. Här har lagstiftaren tydligt gjort bedömningen att makarna behöver skyddas från sin egen avtalsfrihet eftersom att välja själv skulle medföra en större osäkerhet än att följa olika tvingande regler. Ståndpunkten kan ifrågasättas, särskilt som även ett så till synes rättfram stadgande som det i ÄktB 7 kap. 3 § har visat sig få många olika oförutsedda och oönskade konsekvenser.²⁰⁸

En annan principiell skillnad mellan de olika rättområdena är att ekvivalenstanken inte gör sig så starkt gällande inom familjerätten som inom förmögenhetsrätten. Att avtal skall innebära balans, eller annorlunda uttryckt, ett rättvist utbyte mellan parternas prestationer, känns intuitivt som en principiellt riktig utgångspunkt för avtal i allmänhet. Äktenskapsförordet upptecknas ju inte, som fallet tenderar att vara med förmögenhetsrättsliga avtal, primärt för vinnings skull utan av andra skäl. Eftersom makarna kan komma från vitt skilda ekonomiska bakgrunder och ha väldigt olika länge kvar att leva och kanske helt olika försörjningsbördor ifråga om barn från tidigare äktenskap osv. så tyckes avsteget från den generella ekvivalenstanken fullt godtagbart om inte även önskvärt ifråga om äktenskapsförord. Om man sedan beaktar att hela meningens med äktenskapsförord är att makarna skall kunna frånga det i lag upprättade giftorättsystemet och den därmed följande hälftindelningen, så skulle hela syftet med äktenskapsförord väsentligen förfelas om det krävdes att makarnas avtal skulle innebära balans. Kravet på balans skulle förmodligen i många fall då diktera att makarna avtalade om lika giftorättsgemenskap. Att kräva balans ifråga om avtalet tycks även märkligt mot bakgrund av makarnas inbördes avtalsfrihet och det mer begränsade avtalsobjektet som kan upptas i äktenskapsförord. Makarna kan bara avtala att viss egendom skall vara enskild eller giftorättsgod och bara sin egen egendom. Inom den allmänna avtalsrätten fyller ekvivalenstanken en viktig funktion i det att den syftar till att säkerställa balans mellan parternas prestationer. Parternas avtalsfrihet tillgodoses ju på andra sätt, exempelvis genom att de som huvudregel kan avtala med vem de själva vill och om vad de själva vill. Men om kravet på ekvivalens upprätthölls lika strikt ifråga om äktenskapsförord så skulle makarnas avtalsfrihet ifråga om äktenskapsförord vara mycket mer illusorisk än vad den är idag.

Förmögenhetsrättsliga avtal som tecknas för lång tid innehåller ofta, om parterna har stor avtalsvana, en eller flera omförhandlingsklausuler. Klausulerna får till innebörd att efter viss tid eller vid visst förhållande så skall parterna på nytt förhandla om villkoren upptagna i avtalet. Parternas avtalsfrihet skall således begagnas för att skydda parterna mot en oförutsedd och oönskad händelseutveckling, varvid de kan ta hänsyn till allt från den allmänna prisutvecklingen till parternas individuella förhållanden. Ifråga om äktenskapsförord så finns ett förbud mot villkor i desamma. Även om HD aldrig har prövat ett fall om ett äktenskapsförord innehållandes en

²⁰⁸ Se särskilt ovan under avsnitt 3.2 och 3.3.

omförhandlingsklausul så har svenska domstolar överlag visat stor restriktivitet med att godta villkorade äktenskapsförord. Domstolarnas restriktiva inställning medför att det sannolikt inte heller är tillåtet att ha omförhandlingsklausuler i äktenskapsförord.²⁰⁹ Eftersom äktenskapsförord regelmässigt sluts på lång tid och av parter som inte har någon större erfarenhet av avtalstypen ifråga kan man förmoda att behovet av att vid relevanta omständigheter kunna omförhandla villkoren upptagna i förordet är stora. Att uppställa ett förbud mot omförhandlingsklausuler när det gäller avtal som sluts på lång sikt tycks bidra till snarare än underkva den så förhatliga osäkerheten i avtalsförhållanden. HD har även visat en mycket restriktiv inställning till indexklausuler, vilket medför att i princip alla makarnas möjligheter att själva, genom begagnande av sin lagenliga avtalsfrihet, motverka ofördelaktiga utfall av ett långvarigt avtal är utestängda.²¹⁰

Makars avtalsfrihet är inte bara underkastad begränsningar från lagstiftarens och domstolarnas sida. Även föreskrift från tredje man om att viss egendom skall tillkomma make enskilt kringkär makarnas avtalsfrihet. Om en givare eller testator uppställt förbud mot att make gör om enskild egendom till giftorättsgodset så skall förbudet respekteras. Även i förmögenhetsrättsliga sammanhang kan det finnas avtalsinskränkningar pga. föreskrift från tredje man. Föreskriften kan då medföra överlåtelseförbud av viss egendom eller dylikt.

Äktenskapsförordet anses även medföra rättsverkningar i form av olika typtvång, exempelvis att makar inte genom äktenskapsförord kan stipulera att deras andelar i giftorättsgodset skall vara olika stora. Detta typtvång finns eftersom giftorättsinstitutet då skulle förlora sin betydelse.²¹¹ Att med förbud skydda en ordning som finns uppställd i lag där ordningen finns för att tillförsäkra makarna en historiskt betingad egendomsordning tycks inte ha något egenvärde eller fylla någon självständig funktion, varför förbudet mot att kunna avtala om att olika stora delar av giftorättsgodset skall tillkomma vardera make kan ifrågasättas. Att en ordning tidigare och länge varit gällande utgör ju inte någon giltighetsförklaring av ordningen och uppställer inga garantier för att den etablerade ordningen tillförsäkrar parterna ett rättvis resultat av bodelning. Särskilt inte som rättvisa är ett mjukt begrepp som förändras i takt med tidsandan och den allmänna begreppsutvecklingen.

Äktenskapsförord som medför att en part genom ensidiga åtgärder kan öka eller minska värdet av den enskilda egendomen anses inte heller godtagbara. Här finns en parallell till den allmänna förmögenhetsrätten och olika avtalsstadganden som bedömts som oskäligen. Att part genom ensidiga åtgärder kan påverka omfattningen av sitt åtagande kan anses som en oskäligen avtalsklausul som skall jämkas msa. 36 § AvtL.²¹²

²⁰⁹ Teleman, A.a. 2012, s. 32ff.

²¹⁰ NJA 1970 s. 320.

²¹¹ Jfr Teleman, A.a. 2012, s. 37f.

²¹² Prop. 1975/76:81, s. 118f.

För gåvor mellan makar gäller i huvudsak civilrättsliga regler om tradition och registrering. Ett äktenskapsförord kan inte användas för att ge make egendom, däremot så krävs givetvis äktenskapsförord om make vill att den givna egendomen skall vara makens enskilda egendom. Här ser reglerna således huvudsakligen likadana ut. Fråga uppkommer härvid om inte äktenskapsförordets krav på registrering torde uppfylla civilrättens krav på registrering för giltighet av gåva.²¹³ Dock så är traditionsprincipen alltjämt huvudregel i svensk rätt, och någon egentlig tradition sker ju regelmässigt inte av egendom som innehas av make i makarnas gemensamma bo.

5.3 Formkrav

Formkraven kring äktenskapsförord motiveras av olika anledningar. Formkraven finns för att se till att makarna tänker sig nog för innan de ingår avtalet och för att äktenskapsförord vanligtvis har sin verkan på lång sikt så att förutsebarheten säkras. Formkraven finns även för att säkra bevis om avtalets existens och innehåll.²¹⁴ Formella brister leder vanligtvis till att äktenskapsförordet inte blir gällande mellan parterna. Vanligtvis så existerar inte formkrav inom den allmänna förmögenhetsrätten, eftersom parterna förutsätts bäst välja själva hur deras avtal skall ingås och bevis säkerställas om dess existens. Om formkraven inte efterkoms kan part ibland få motparten att medverka till att ett giltigt formalavtal ingås, något som inte är möjligt ifråga om äktenskapsförord. Ändringar och upphävande av äktenskapsförord sker i samma ordning som upprättandet av äktenskapsförordet, till skillnad från den allmänna förmögenhetsrätten där parter som huvudregel formlöst kan ändra sitt avtal, sålänge de är överens därom. Ett undantag från formlöshetens huvudregel uppstår inom den allmänna förmögenhetsrätten när parterna själva avtalat om formkrav, ex. krav på skriftlig form. Vid dylik omständighet blir ändringar och upphävande av avtal föremål för liknande begränsningar som äktenskapsförord. Att avtala om egna formkrav vid sidan av de i lag uppställda anses inte heller kunna ske ifråga om äktenskapsförord, utan den uppställda formmekanismen skall efterkommas.

Den faktiska rubriceringen av avtalet är ungefär lika rättsligt relevant inom de båda rättsområdena. Vad parterna kallat sitt avtal tillmäts således inte utslagsgivande betydelse inom något av områdena. Domstolen gör istället en prövning av avtalets materiella innehåll och förvissas sig därom utifrån avtalet som helhet vad avtalet faktiskt rör och om det utgör ett äktenskapsförord eller inte. Att parterna således förutsatt att deras avtal utgör ett äktenskapsförord tillmäts inte avgörande betydelse. Ifråga om äktenskapsförord så utgör härvid registreringsmomentet ett slags kontroll. Registrering skall visserligen bara vägras om det är uppenbart att det för rättshandlinges giltighet inte krävs äktenskapsförordets form, men när registrering skett torde man i flertalet fall kunna förutsätta att det föreligger

²¹³ Jfr Teleman, A.a. 2012, s. 42.

²¹⁴ Se ex Teleman, A.a. 2012, s. 19.

ett mellan parterna giltigt äktenskapsförord.²¹⁵ Att parterna sedan kan bli överaskade av dess innehåll, framtolkat eller annorledes är en omständighet som skall beröras vidare i den fortsatta analysen.

Det finns inget explicit krav på att äktenskapsförord måste vara författade på svenska för att vara giltiga utan det är upp till den enskilda domstolen att avgöra om den kan tillägna sig innehållet i det individuella förordet eller inte. Ifråga om förmögenhetsrättsliga avtal så kan dessa författas på vilket språk som helst och svenska domstolar är ändå skyldiga att befatta sig med dem. Här ser vi en tveksamhet kring om äktenskapsförord författade på utländskt språk är tillåtna som står mot en visshet om att avtal på andra språk än svenska är godtagbara; en ytterligare indikation på den form- och traditionsbundenhet som präglar äktenskapsförordet som rättslig företeelse.

5.4 Tolkning

Ifråga om tolkningsreglerna så föreligger där många principella likheter i betraktelsesätten på de olika avtalstyperna. Tolkningen sker exempelvis med utgångspunkt i den sk. tillitsteorin. Gemensamt är t.ex. att partsviljan är det som ytterst skall försöka utmejslas, varvid denna har högre dignitet än det objektiva avtalsinnehållet och således trumfar det objektiva uttrycket vid tolkningen. Ifråga om äktenskapsförord, som ju för giltighet kräver skriftlig form, krävs för att partsviljan skall kunna läggas till grund för avtalstolkningen att denna kan knytas till det objektiva uttrycket avtalsinnehållet. Rättsläget har tolkats som en presumtion för att det skriftligt uttrycka utgör ett fullständigt och riktigt uttryck för det som avtalats. Här knyts *de facto* även tolkningen av förordet upp kring förekomsten och efterlevandet av formkravet, något som inte är fallet ifråga om förmögenhetsrättsliga avtal. Att tolka något utifrån den gemensamma partsviljan har betraktats som särskilt naturligt utifrån de högst personliga förhållanden som är för handen inom ett äktenskap.²¹⁶ En annan viktig skillnad är att ett äktenskapsförord inte tolkningsvis kan utsträckas till att innefatta något som parterna exempelvis glömt att inkludera i förordet. Ifråga om mindre skrivfel eller dylikt så kan avtalet sannolikt tolkas efter den gemensamma partsavsikten, så länge partsavsikten kan knytas till det objektiva avtalsinnehållet. Inom den allmänna förmögenhetsrätten så ankommer det ytterst på domstolen vilka tolkningsdata man tillmäter relevans, och det skriftligt uttryckta har hävid inte mera tyngd än det muntligt framsagda. En annan aspekt, som givetvis påverkar tolkningen, är att bevis mindre ofta kan säkras om vad som muntligen förevarit i en avtalssituation, vilket leder till att det skriftligt uttryckta beaktas i större utsträckning, även om det skriftliga och muntliga samt parternas beteende i övrigt har samma dignitet och relevans ur tolkningsaspekten.

²¹⁵ Jfr NJA 1970 s. 320.

²¹⁶ Teleman, A.a. 2012, s. 47f.

Ett rättsfall som ger uttryck för synen på den partsinriktade tolkningsmetoden är NJA 1987 s. 815. I fallet konstateras att parterna klart avtalat bort den legala giftorättsgemenskapen, varför det inte spelade någon roll att de inte specifikt nämnt vad som skulle gälla för avkastningen. Partsviljan ansågs vara att någon giftorättsgemenskap inte förelåg varvid partsviljan lades till grund för att fastställa ett avtalsinnehåll som låg i linje med det objektiva avtalsinnehållet. Eftersom utgångspunkten för makars rättshandlande är avtalsfrihet och begränsningarna ifråga om äktenskapsförord är undantag från huvudregeln ligger det närmre till hands att tolka undantagen restriktivt än huvudregeln. Eftersom lagen tillåter att makarna helt avtalar bort giftorättsgemenskapen är det vidare svårt att se varför äktenskapsförordet skulle tolkas på något annat sätt.²¹⁷

De olika tolkningsreglerna som finns inom den allmänna avtalsrätten anses generellt tillämpliga på avtalstolkning i allmänhet. Varken inom den allmänna förmögenhetsrätten eller inom familjerätten kan dock domstolarna frånhända sig tolkningstvister med hänvisning endast till den sk. oklarhetsregeln.²¹⁸ Avgörandet torde leda till att domstolar gör mer nyanserade övervägningar kring tolkningstvister än att endast konstatera oklarhet och därefter hänföra den till part som står att skylla för oklarhetens uppkomst. Äktenskapsförord är i många fall upprättade av lekmän, kanske parterna själva, och att tolka en smärre oklarhet till nackdel för den part som råkat få till sin uppgift att utforma äktenskapsförordet när parterna har likartad kunskap om äktenskapsförord torde inverka menligt på den viktiga rättviseaspekten av avtalen. Särskilt som den sk. oklarhetsregeln kom till i syfte att komma tillrätta med oklara regler i standardavtal, dvs. avtal som upprättats av människor med överlägsen yrkes-, förhandlings- och avtalskunskap än sin motpart. Ifråga om förmögenhetsrättsliga avtal så har vanligtvis båda parterna någon avtalsvana. Oklarhetsregeln tycks mot vad som framkommit ovan vara särskilt olämplig att tillämpa på äktenskapsförord där ingendera part troligen har avtalsvana.

Inom det förmögenhetsrättsliga området skrivs regelmässigt längre och mer omfattande avtal än vad som är fallet ifråga om äktenskapsförord, vilket leder till att fler och mer nyanserade tolkningsmetoder kan användas inom det förmögenhetsrättsliga området. Ett exempel på en tolkningsmetod som endast undantagsvis kan användas ifråga om äktenskapsförord är den systemiska tolkningsmetoden, eftersom avtalen ofta är relativt kortfattade.²¹⁹ Att färre tolkningsmetoder i praktiken kan användas ifråga om äktenskapsförord torde inte vålla några större problem. Det finns inga förbud mot att tillämpa tolkningsreglerna, endast äktenskapsförordets faktiska omfattning och innehåll uppställer ramar för vilken metod som är mest lämplig att framtolka avtalsinnehållet med. Utfyllnad av äktenskapsförord anses inte kunna ske, vilket är en väsentlig skillnad från de förmögenhetsrättsliga avtalen där utfyllnad fyller en jämte tolkningen viktig funktion. Däremot kan såväl äktenskapsförord som förmögenhetsrättsliga

²¹⁷ Jfr ex. Teleman, A.a. 2012, s. 52f.

²¹⁸ Se ex NJA 2001 s. 750.

²¹⁹ Se ovan under avsnitt 3.4.4 och 4.5.4.

avtal kunna tolkas mot bakgrund av den dispositiva rätten, enligt den norminriktade tolkningsmetoden. Tolkningsmodellen fyller visserligen inte ut avtalet *per se* men sätter avtalet mot bakgrund av sin rättsliga kontext, vilket påverkar det framtolkade avtalsinnehållet i samklang med dispositiv rätt.

5.5 Ogiltighet

Spörsmål om ogiltighet kan uppkomma på samma sätt inom den allmänna förmögenhetsrätten som ifråga om äktenskapsförord. Alla avtalsrättsliga ogiltighetsregler anses analogt tillämpliga på äktenskapsförord då detta familjerättsliga avtal har en stark förmögenhetsrättslig prägel. Vissa skillnader i tillämpningen av ogiltighetsreglerna gör sig emellertid gällande pga. de särdrag som finns de båda avtalstyperna emellan. Ifråga om äktenskapsförord så har parterna en nära personlig relation till varandra och de har en gentemot varandra långt gående lojalitetsplikt. En generell lojalitetsplikt har intolkats av HD även i kommersiella förhållanden och en längre gående lojalitetsplikt har avtalsparter som rättshandlat med varandra under en längre tid.²²⁰ Detta torde innebära att ju längre ett avtalsförhållande varat desto starkare gör sig lojalitetsplikten gällande och ju större likheter finns ifråga om tillämpningen av såväl ogiltighets- som jämningsregler mellan de olika rättsområdena. Eftersom ett äktenskapsförord regelmässigt har benefika inslag så anses spörsmål om ogiltighet i större utsträckning beaktas utifrån viljeteorin, i likhet med vad som gäller ifråga om rent benefika rättshandlingar såsom gåva och testamente, och till skillnad från vad som gäller inom den allmänna förmögenhetsrätten. Inom den allmänna förmögenhetsrätten så anses parts goda tro så skyddsvärd att spörsmål om ogiltighet istället skall avgöras utifrån tillitsteorin. En anledning till skillnaden mellan de olika avtalsområdena är hänsyn till det sk. omsättningsintresset. Hänsynen är välgrundad såtillvida att ett äktenskapsförord inte utgör något inslag i den allmänna omsättningen och att dess existens eller giltighet inte mer regelmässigt får verkan utanför parternas eget förhållande, vilket oftare är fallet ifråga om förmögenhetsrättsliga avtal. Om ett äktenskapsförord skulle underkännas kan parterna falla tillbaka på den lagfästa egendomsordningen; en möjlighet som saknar motsvarighet inom den allmänna förmögenhetsrätten där ett ogiltigt avtal inte ersätts av något annat utan endast kan förenas med anspråk om skadestånd. Eftersom viljeteorin härskar i större utsträckning än tillitsteorin kan fråga uppkomma om huruvida rekvisiten för ogiltighet har tunnats ut när de tillämpas analogt på äktenskapsförord. Rättstillämpningen har dock inte konklusivt besvarat denna fråga ännu.

En intressant skillnad mellan de olika rättsområdena är tillämpningen av den sk. förutsättningsläran. En ståndpunkt i doktrinen är att synbarhetsrekvisitet skall slopas i enlighet med vad som ovan framkommit om att viljeteorin

²²⁰ Se ex, Ramberg & Ramberg, A.a. 2010, s. 35 och Votinius, Avtalslagens generalklausul och den rättvisebaserade kontraktsuppfattningen, s. 337f.

härskar på ogiltighetens område ifråga om äktenskapsförord.²²¹ En annan ståndpunkt är att förutsättningsläran inte alls skulle vara tillämplig på äktenskapsförord eftersom ändringar och hävning kräver skriftlig form för giltighet.²²² Om sistnämnda syn anlades så skulle äktenskapsförord inte alls kunna angripas msa. förutsättningsläran. Fråga kan även uppkomma om inte ett dylikt betraktelsesätt även skulle prekludera tillämpningen av övriga i AvtL upptagna ogiltighetsregler, åtminstone såtillvida som de skulle innebära en justering av avtalet och inte en total ogiltighetsförklaring därav. Åtminstone torde resonemanget utestänga jämkningsmöjligheter av äktenskapsförordet ifråga, varför författaren ställer sig tveksam till att anlägga en sådan strikt formalistisk syn på tillämpningen av de olika ogiltighets- och jämkningsmöjligheterna.

En sista skillnad mellan tillämpningen av ogiltighetsreglerna uppkommer ifråga om betydelsen av vem som agerat klandervärt. Eftersom tillitsgrundsatsen väger mindre tungt inom familjerätten så minskar betydelsen av vem som agerat klandervärt.

5.6 Jämkning

Ifråga om jämkningsreglerna så föreligger stor överensstämmighet ifråga om deras innehåll. Jämkningsregeln i ÄktB 12 kap. 3 § är ju utformad med 36 § AvtL som förebild.²²³ 36 § AvtL anses dock generellt tillämplig på alla sorters avtal mellan alla parter medan ÄktB 12 kap. 3 § bara är tillämplig på äktenskapsförord. En skillnad mellan jämkningsmöjligheterna utgörs av det sk. borgenärsskyddet inom familjerätten. Borgenärsskyddet innebär härvid att jämkning endast kan komma ifråga sedan en ökad nettobehållning av godset i boet är för handen, eftersom jämkning annars kan lända borgenärerna till förfång. Såväl 36 § AvtL som ÄktB 12 kap. 3 § är tvingande, vilket medför att parterna inte kan avtala bort jämkningsmöjligheten. Aspekten är särskilt intressant eftersom ett stadgande i äktenskapsförord om att all egendom skall vara enskild innebär att bodelning inte skall ske, vilket i förlängningen skulle kunna innebära att jämkningsmöjligheten blev prekluderad. Jämkningsmöjligheten i ÄktB medger inte enligt ordalagen en justering av avtalet i annan aspekt än det oskäliga villkoret ifråga. Problemet torde dock vara av underordnad betydelse då AvtL 36 § är analogt tillämplig även på äktenskapsförord. Vidare kan man fråga sig om inte det faktum att ÄktB 12 kap. 3 § är utformad med AvtL 36 § som förebild medför samma ingreppsmöjligheter, dvs. större ingreppsmöjligheter än vad stadgandet enligt ordalydelsen möjliggör. Stadgandet i 36 § AvtL har en tydlig skyddsaspekt till förmån för svagare part. Någon motsvarande skyddsaspekt kommer inte till uttryck i ÄktB 12 kap. 3 § men det kan starkt ifrågasättas att skyddet för svagare part därför skulle vara sämre. Tvärtom har i doktrinen framförts synpunkter på

²²¹ Wallin, A.a. 1958, s. 160f.

²²² Karlgren, Avtalsrättsliga spørsmål, 1954, s. 133f.

²²³ Prop. 1986/87:1 s. 77.

att domstolarnas behov av att kunna ingripa i dylika avtal bör vara större, bl.a. eftersom viljeteorin härskar i större utsträckning, vilket uttunnar synen på avtalets bindande verkan och förbudet mot att ingripa häremot.²²⁴

Vissa principiella skillnader tycks indikera ett extra stort skyddsbehov ifråga om äktenskapsförord och att jämkning således oftare borde kunna komma ifråga gällande denna avtalstyp. Äktenskapsförord är exempel på avtal som sluts för lång tid och vars rättsverkningar oftast inte klarläggs förrän långt efter avtalstidpunkten, vilket kan anses tala för en lägre oskälighetströskel innan jämkning kan komma ifråga.²²⁵ En annan aspekt som kan tala för att jämkning oftare borde komma ifråga för äktenskapsförord är förbudet mot omförhandlingsklausuler, vilket innebär större risk för ett oskäligt resultat av bodelning ju längre tid som förflutit sedan avtalstidpunkten.²²⁶ Även det faktum att äktenskapsförord regelmässigt har benefika inslag gör att jämkning oftare torde komma ifråga. Eftersom större hänsyn tas till parts vilja istället för till medkontrahentens befogade tillit tunnans synen på avtalets bindande verkan ut och jämkning borde lättare kunna komma till stånd. Andra omständigheter som talar för en något sänkt jämkningströskel är att parterna har en nära personlig relation till varandra och att det ofta föreligger ekonomiskt beroende dem emellan. Att ekonomiskt beroende föreligger är ju en omständighet som regelmässigt gör att part anses vara i en underlägsen ställning på det sätt som avses i AvtL 36 § 2 st.²²⁷

Svårigheten att få jämkning av äktenskapsförord till stånd illustreras väl av det ovan refererade NJA 1993 s. 583. Olika omständigheter talade för jämkning, såsom att äktenskapet varat under lång tid, att makan skulle stå relativt lottlös efter bodelning och att det rådde missförhållande mellan parternas andelar efter äktenskapsskillnad. Domstolarna tycks dock ha beaktat samtliga dessa omständigheter för sig och inte, som uttrycks i förarbeten, inom ramen för en helhetsbedömning. Domstolarna tycks även i onödigt stor omfattning agerat på uppmaningen i propositionen att jämkning endast skall ske i undantagsfall.²²⁸ Således har jämkning av äktenskapsförord varit en sällsynt undantagsföreteelse, något som mot bakgrund av ovan angivna särdrag måste ifrågasättas.

Eftersom oskälighet är ett relationsbegrepp måste avtalet som är under bedömning relateras till något.²²⁹ En gemensam utgångspunkt för att fastställa om ett avtal är oskäligt eller ej är den dispositiva rätten, inom vilken kontext avtalet är träffat. För båda avtalstyperna skall skillnaden mellan resultatet av avtalets tillämpning visavi resultatet av en tillämpning av den dispositiva rätten sedan läggas till grund för skälighetsbedömningen. Men inte i något av fallen skall skälighetsbedömningen stanna där, utan

²²⁴ Se ex. Beckman m. fl., Svensk familjerättspraxis, (1 aug. 2012, Zeteo), Avsnitt A 4 d 7 och Schmidt & Saldeen, Äktenskapsrätt, 1980, s. 89.

²²⁵ Prop. 1975/76:81 s. 127f.

²²⁶ SOU 1981:85 s. 224.

²²⁷ Jfr. Bernitz, A.a. 2013, s. 156f.

²²⁸ Se Teleman, A.a. 2012, s. 95 och prop. 1986/87:1, s. 194.

²²⁹ Grönfors & Dotevall, Avtalslagen, 1995, s. 223.

resultaten skall jämföras och ställas mot alla de omständigheter som är relevanta för avtalet och kan inverka på utfallet av skälighetsbedömningen eftersom så stor hänsyn tas till omständigheterna i det enskilda fallet. Ett avtal eller äktenskapsförord som verkar oskäligt på en punkt kan exempelvis uppvägas av att part i annat hänseende tillerkänts en större rättighet än vad varit fallet enligt dispositiv rätt. En annan likhet i jämningshänseende är att om någon part gjort sig skyldig till otillbörlighet vid avtalets ingående så sänks tröskeln för vilken oskälighet som skall vara för handen innan jämkning kan komma ifråga.²³⁰

Inställningen till äktenskapsförord och fasthållandet vid formföreskrifterna blir särskilt ologiskt om det jämförs med den generella inställningen till jämkning av äktenskapsförord. I förarbeten uttalas det exempelvis att jämkning bör tillämpas restriktivt med hänsyn till att utgångspunkten är att äktenskapsförordet är ett uttryck för parternas gemensamma vilja och att parternas vilja inte skall åsidosättas slentrianmässigt.²³¹ Inställningen till äktenskapsförord och synen på dess avtalsbindande kraft klargörs även av advokatsamfundets yttrande i målet NJA 1993 s. 583. Advokatsamfundet, som avger ett yttrande i målet, understryker vikten av att äktenskapsförord respekteras. Var och en av makarna skall kunna inrätta sig efter ett upprättat förord och utgå ifrån att äktenskapsförordet står fast, skriver Advokatsamfundet i sitt yttrande.²³²

5.7 Synpunkter de lege ferenda

Inom den allmänna förmögenhetsrätten tillmäts parts agerande verkan i avtalsförhållanden. Exempelvis kan avtal ingås genom realhandlande och ett illojalt förtigande av uppgifter kan föranleda skadeståndssanktionerad upplysningsskyldighet.²³³ Någon motsvarande hänsyn tycks inte tas inom familjerätten. I fallet NJA 1989 s. 692 hade maken och maken inrättat sina affärer under äktenskapet såsom om parterna ingått ett giltigt äktenskapsförord. Maken hade även vid en fastighetsförsäljning innan äktenskapets upplösning åberopat äktenskapsförordet till sin förmån och därmed erhållit den försålda egendomen som surrogat av annan, likaledes enskild, egendom. Dessa omständigheter till trots så bifölls hennes i HD förda talan om ogiltigförklarande av äktenskapsförordet. Domslutet innebar således att maken betjänade sig av förordet såsom giltigt när det passade henne och att hon betjänade sig av förordet såsom ogiltigt när det passade henne. HD betonade att hennes realhandlande innan hon hade faktisk vetskap om äktenskapsförordets ogiltighet inte kunde tillmätas avtals-, eller passivitetsverkan. Fallet åskådliggör enligt mig hur en smärre formell brist kan få ett materiellt främmande, ja, rentav stötande resultat. HD:s fixering vid den smärre formbrist som förelåg medförde att hon kunde begagna sig

²³⁰ Teleman, A.a. 2012, s. 76 och prop. 1975/76:81, s. 125f, se även Ramberg & Ramberg, A.a. 2010, s. 75.

²³¹ Prop 1986/87:1, s. 192ff.

²³² NJA 1993 s. 583, s. 588f.

²³³ Se ovan under avsnitt 4.2 och 4.6.4.

av förordet i både positiv och negativ bemärkelse utan reprimand. I strikt rättvisehänseende borde den senare domen ha upphävt den tidigare fastighetsaffären och dragit in även den fastigheten i makarnas gemensamma bo och om så inte kunde ske istället låta hennes tidigare förda talan äga avtalsverkan så att hon skulle ansetts ha ratihaberat äktenskapsförordet. Särskilt som den enda bevisning ifråga om makans insikt angående det formellt ogiltiga förordet var hennes eget obestridda påstående. Realhandlandet borde här ha läkt den formella bristen. Meningen med att tillerkänna makar avtalsfrihet inom den ram som lagen uppställer måste ju vara att de kan ordna sin giftorättsgemenskap eller frånvaron därav efter eget skön. Detta syfte blir väsentligen förfelat om makarnas vilja skall åsidosättas pga. ett litet formfel. En omständighet som gör fallet ytterligare mer stötande är att i princip alla vuxna människor i dagens samhälle har vetskap om att man inte kan avtala innan man är myndig, vilket borde motivera att man uppställer en presumtion för att hon därefter godkänt förordet då hon inte invänt mot detsamma. Vidare borde äktenskapsförordet kommit på tal och genomgått någon form av granskning kring fastighetsförsäljningen, varvid ogiltigheten borde ha uppmärksammats senast vid detta tillfälle. Enligt min mening fixeras HD:s bedömning onödigt mycket på vad parterna insett ifråga om äktenskapsförordet. visserligen är ju som ovan framgått under avsnitt 3.5 viljeteorin i större fokus ifråga om familjerättsliga avtal än vad som gäller inom den allmänna förmögenhetsrätten. Fixeringen vid viljeteorin är bl.a. motiverad av det benefika inslaget som äktenskapsförord tenderar att ha. I förevarande fall var det maken som ville få äktenskapsförordet ogiltigförklarat varför man kan förmoda att hennes andel enskild egendom var mindre än makens, varför hans vilja istället borde ha blivit utslagsgivande för domslutet. Åtminstone efter att hon rättshandlat som om äktenskapsförordet varit giltigt. Att fränkänna ett avtal rättslig verkan sedan man lagt det till grund för en rättshandling känns stötande. Därtill kommer att man analogivis kan resonera kring om inte maken som en konsekvens av domen gör en obehörig vinst. Att ställa så höga krav som HD gör på den ratihaberande rättshandlingens tydlighet omöjliggör enligt mig att en brist i formellt hänseende överhuvudtaget kan läkas genom efterföljande handlande. Resonemanget tyckes mig mer rotat i en arkan, liberalistisk rättsuppfattning där den rättshandlande viljan är allt, än den alltmer rättvisebaserade rättsuppfattningen.²³⁴ Hade avtalet fallit inom den allmänna förmögenhetsrätten vågor jag med intill visshet gränsande sannolikhet påstå att domslutet hade blivit det motsatta pga. makans realhandlande och hennes förtjänst därav. Möjligen hade utgången i målet blivit en annan idag då formkraven kring äktenskapsförord uttunnats sedan ikraftträdandet av nu gällande ÄktB.²³⁵ De formkrav som uttannades med ikraftträdandet av ÄktB påverkar dock inte direkt de i fallet relevanta omständigheterna.

Ett annat rättsfall vars utgång synes mig märklig är det ovan nämnda NJA 1970 s. 320. I fallet hade makar gemensamt överenskommit att fördela

²³⁴ Se ex. *Votinius*, *Avtalslagens generalklausul och den rättvisebaserade kontraktsuppfattningen*, s. 337ff.

²³⁵ Prop. 1987/88:1, s. 129f.

giftorättsgodset på kvoter som successivt skulle öka i takt med äktenskapets bestånd. Domstolen vägrade att företa registrering av det ingivna förordet med hänvisning till att det inte uppfyllde formkraven för vad som kan avtalas genom äktenskapsförord. En intressant aspekt i sammanhanget är att den sk. skevdelningsregeln i ÄktB 12 kap. 1 § enligt motiven skall tillämpas så att om äktenskapet består i ett år skall 1/5:s giftorättsgemenskap anses föreligga och om äktenskapet består i två år skall 2/5:s giftorättsgemenskap anses föreligga.²³⁶ Makarnas avtalsvis framställda äktenskapsförord förespråkade ju huvudsakligen samma reglering bara att deras fulla giftorättsgemenskap skulle inträda först sedan tio år förflutit. Skevdelningsregeln i ÄktB 12 kap. 1 § blev dock inte gällande rätt förrän nästan 20 år förflutit sedan denna tvist uppkommit till prövning.

Författaren ställer sig mot bakgrund av bl.a. strax ovan angivna rättsfall och däri exemplifierande omständigheter frågande till makars generella avtalsfrihet och den mur avtalsfriheten ställs mot när fråga är om äktenskapsförord. Att uppställa hinder mot villkorade förord såtillvida att förordet blir giltigt endast om äktenskapet består i visst antal år kan möjligen anses berättigat mot bakgrund av det osäkerhetsmoment som annars blir ett faktum. Men att i övrigt underkänna förord därför att de strider mot en historiskt och kulturellt betingad bakgrund av giftorättsgemenskap känns både orättvist och otidsenligt. I ett samhälle så fritt och mångkulturellt som det vi idag lever i kan det inte uppställas generella bedömningskriterier för hur makar använder sin inbördes tillerkända avtalsfrihet. Gränsen för avtalsfriheten borde istället gå, som i de förmögenhetsrättsliga fallen, vid otillbörlighet av olika slag såsom tvång eller annat där viljan att avtala faktiskt måste anses ofri i någon utsträckning och inte vid en stelbent fixering på iakttagande av formföreskrifter och om avtalsobjektet är i enlighet med den i lag betingade ordningen.

Man kan fråga sig vad vitsen är med registrering om registreringen inte utgör en sk. giltighetsförklaring av förordet. Registrering motiveras ju med att det skall vara känt att det finns ett förord och vilka verkningar detta skall få så att borgenärer och andra kan inrätta sig efter förordet. Om giltigheten inte av registreringen blir ett faktum förefaller denna motivering till registreringsförfarandet illusorisk.

5.8 Slutsats

Ett äktenskapsförord är ett för makarna betydelsefullt avtal som ofta rör stora ekonomiska värden och vars konsekvenser tenderar att aktualiseras först sedan lång tid gått efter avtalsslutet. Av bl.a. dessa skäl ställer sig författaren bakom upprätthållandet av vissa formkrav vid handlingens ingående. Att äktenskapsförordet upprättas skriftligt, att det undertecknas av makarna och även att det registreras synes vara rimliga krav för en handling av förevarande dignitet. Att däremot underkänna formellt riktiga

²³⁶ Se ex. prop. 1986/87:1, s. 186f.

äktenskapsförord pga. att de strider mot den i ÄktB lagfästa ordningen om vad som kan avtalas i äktenskapsförordets form tycks inte tjäna något syfte, förutom att kvarhålla människor i ett historiskt betingat giftorättssystem, något som inte har ett egenvärde. Argumentet kan därför inte tillmätas något värde, särskilt som makarna säkerligen regelmässigt hellre frivilligt reglerar en fråga avtalsvägen än att myndigheter skall tvingas medverka med den stelbenthet som lagtillämpning ofta för med sig.²³⁷ Att registrera förord för att sedan vid tvist om desamma fränkänna dem rättslig verkan synes författaren både meningslöst och rentav missvisande. Parterna kan ju under lång tid ha förutsatt förordets giltighet och inrättat sig därefter. Att låta registrering ske utan att registreringsförfarandet samtidigt medför en sk. giltighetsförklaring av förordet tycks med hänsyn till det ovan framkomna meningslöst. Om kravet på registrering skall kvarvara anser författaren att registreringen då skulle legitimera förordet och bekräfta dess giltighet.

Rättsutvecklingen har stadigt gått mot ett avreglerande av de tryckande formföreskrifter som tidigare var för handen. Tidigare fanns begränsningar kring när man kunde ingå äktenskapsförord och även krav på bevitning. Successivt kom vittneskravet att urholkas i praxis varpå vittneskravet sedermera slopades iom krafträdandet av ÄktB. Dock finns fortfarande många begränsningar och många överraskande materiella resultat förekommer. Ett av många skäl som använts för att motivera giftorättsgemenskapen är att försäkra att ingendera make efter äktenskapet skall stå lottlös. Motivationen tog särskilt sikte på den oftast hemmavarande maken. Eftersom båda makarna i äktenskapet i allt större utsträckning förvärvsarbetar torde detta skäl till upprätthållandet av giftorättsgemenskapen tappa alltmer i betydelse. Av rättsutvecklingen att döma kan det förmodas att även den framtida rättsutvecklingen kommer att gå mot en avreglering av de olika formkrav och tvingande regler som är och varit gällande ifråga om äktenskapsförord.

²³⁷Jfr ex Agell & Brattström, A.a. 2011, s. 133f.

Bilaga A

ÄktB 7 kap. 3 §

Genom äktenskapsförord kan makar eller blivande makar bestämma att egendom som tillhör eller tillfaller någon av dem ska vara hans eller hennes enskilda egendom. Genom nytt äktenskapsförord kan makar bestämma att egendomen ska vara giftorättsgods.

Äktenskapsförord ska upprättas skriftligen och undertecknas av makarna eller de blivande makarna. Detta gäller även om någon av dem är underårig eller om äktenskapsförordet avser egendom, som till någon del omfattas av förvaltarskap enligt föräldrabalken. I så fall ska dock förmyndarens eller förvaltarens skriftliga medgivande inhämtas.

Äktenskapsförord ska registreras hos Skatteverket. Ett äktenskapsförord som har slutits mellan blivande makar gäller från äktenskapets ingående, om det ges in till Skatteverket inom en månad från det att äktenskapet ingicks.

I annat fall gäller äktenskapsförord först från och med den dag då det ges in till Skatteverket. *Lag (2011:891).*

Käll- och litteraturförteckning

Källor

Offentligt tryck

- Prop. 1975/76:81 Med förslag om ändring i lagen (1915:18) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område mm.
- Prop. 1986/87:1 Om äktenskapsbalk m.m.
- SOU 1964:35 Äktenskap: Förslag av familjerättskommittén
Motiv II
- SOU 1981:85 Äktenskapsbalk

Litteratur

Adlercreutz, Axel & Lars Gorton: ”Avtalsrätt I”, 13:e uppl., Lund: Juristförlaget, 2011.

Agell, Anders, ”Jämkning av äktenskapsförord”, Rättsfall, JT nr 5 1993–94 s. 774–789.

Agell, Anders & Margareta Brattström: ”Äktenskap, samboende, partnerskap”, 5:e uppl., Uppsala: Iustus Förlag, 2011.

André, Mathias: ”Strukturer i 36 § avtalslagen”, SvJT 1986 s. 526-548. Hämtad ur databasen Zeteo, Stockholm: Norstedts juridik, (2013-05-22).

Beckmann, Nils, Olle Höglund, Göran Lind, Örjan Telemann & Staffan Vängby: ”Svensk Familjerättspraxis”, Hämtad ur databasen Zeteo, Stockholm: Norstedts juridik, (2013-05-22).

Bernitz, Ulf: ”Standardavtalsrätt”, 8:e uppl., Vällingby: Norstedts juridik, 2013.

Grauers, Folke: ”Ekonomisk familjerätt”, 7:e uppl., Stockholm: Thomson Reuters, 2008.

Grönfors, Kurt: ”Avtalsgrundande rättsfakta”, 2:a uppl., Stockholm: Nerenius & Santerus, 1993.

Grönfors, Kurt & Rolf Dotevall: ”Avtalslagen”, 3:e uppl., Stockholm: Norstedts juridik, 1995.

- Hellner, Jan: "Avtals- och köprätt under 1900-talet", SvJT 1984.
- Hydén, Håkan: "Avtalets samhällseliga funktioner – Mot en teori om avtalet som rättsligt instrument", Vänbok till Axel Adlercreutz, Lund: Juristförlaget, 2007.
- Jansohn, Åsa & E`Henrik Kjellin: "Vad är oskäligt? En analys av 36 § avtalslagen", 1:a uppl., Handelsrättslig skriftserie Nr 2, Lund, 1990.
- Karlgren, Hjalmar: "Avtalsrättsliga spörsmål", 2:a uppl., Stockholm: Norstedts juridik, 1954.
- Kleineman, Jan: "Principerna för bindande avtalslöften och frågan om formalavtals ogiltighet", Avtalslagen 90 år – Aktuell nordisk rättspraxis, 1:a uppl., Stockholm: Norstedts juridik, 2005.
- Lehrberg, Bert, "Avtalstolkning", 5:e uppl., Tallinn: Institutet för Bank- och Affärsjuridik, 2009.
- Malmström, Åke, Andres Agell, Christina Ramberg & Tore Sigeman, "Civilrätt", 22:a uppl., Malmö: Liber, 2012.
- Modéer, Kjell-Åke: "Historiska rättskällor", 2:a uppl., Stockholm: Nerenius & Santerus, 1997.
- Ramberg, Christina, "Avtal om abort – Pactum turpe?" Avtalslagen 90 år – Aktuell nordisk rättspraxis, 1:a uppl., Stockholm: Norstedts juridik, 2005.
- Ramberg, Jan & Cristina Ramberg, "Allmän Avtalsrätt", 8:e uppl., Stockholm: Norstedts juridik, 2010.
- Schmidt, Folke & Åke Saldéen: "Äktenskapsrätt", 5:e uppl., Stockholm: Norstedts juridik, 1980.
- Svensson, Ola, "Tolkning och bristande frihet", Avtalslagen 90 år – Aktuell nordisk rättspraxis, 1:a uppl., Stockholm: Norstedts juridik, 2005.
- Teleman, Örjan: "Äktenskapsförord", 3:e uppl., Vanda: Norstedts juridik, 2012.
- Tottie, Lars & Örjan Teleman: "Äktenskapsbalken: En kommentar", Hämtad ur databasen Zeteo, Stockholm: Norstedts juridik, (2013-05-22).
- Votinius, Sacharias: "Avtalslagens generalklausul och den rättvisebaserade kontraktsuppfattningen", Avtalslagen 90 år – Aktuell nordisk rättspraxis, 1:a uppl., Stockholm: Norstedts juridik, 2005.
- Wallin, Gunvor: "Om avtal mellan makar", 1:a uppl., Lund: Gleerup, 1958.

Rättsfallsförteckning

Rättsfall från HD:

NJA 1949 s. 427

NJA 1959 s. 161

NJA 1970 s. 320

NJA 1978 s. 223

NJA 1987 s. 815

NJA 1987 s. 845

NJA 1989 s. 692

NJA 1992 s. 66

NJA 1993 s. 583

NJA 1996 s. 410

NJA 1997 s. 37

NJA 1997 s. 93

NJA 2001 s. 750

Rättsfall från hovrätterna:

RH 1982:78

RH 1992:49

RH 2005:16