

Herr Docenten Knut Roshe
från Vännen berg.

FÖRÄLDRAR OCH BARN

ENLIGT SVENSK INTERNATIONELL

PRIVATRÄTT

AV

PHILLIPS HULT

STOCKHOLM 1943

K u n g l. B o k t r y c k e r i e t

P. A. Norstedt & Söner

EX LIBRIS



Knut Rodhe

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

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

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att:

- Kopiera och vidare distribuera materialet oavsett medium eller format
- Bearbeta och bygga vidare på materialet

Villkoren för tillståndet är:

- Att användaren ger ett korrekt erkännande, anger en hyperlänk till licensen och anger om bearbetningar är gjorda av verket. Detta ska göras enligt god sed.
- Att användaren inte använder materialet för kommersiella ändamål.
- Att användaren inte tillämpar rättsliga begränsningar eller teknik som begränsar andras rätt att göra något som licensen tillåter.

Se även information på

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv>

FÖRÄLDRAR OCH BARN

ENLIGT SVENSK INTERNATIONELL

PRIVATRÄTT

AV

PHILLIPS HULT

HANDELSHÖGSKOLAN I STOCKHOLM
BIBLIOTEKET



10 0071489 9

STOCKHOLM 1943

K u n g l. B o k t r y c k e r i e t

. P. A. Norstedt & Söner

STOCKHOLM 1943

KUNGL. BOKTRYCKERIET. P. A. NORSTEDT & SÖNER

384009

FÖRORD.

Föreliggande avhandling har utarbetats på grundvalen av en serie föreläsningar, vilka jag vårterminen 1939 höll vid Stockholms högskolas stats- och rättsvetenskapliga fakultet. Inledningen och de två första kapitlen förelågo dock i korrektur redan år 1938. Större delen av återstoden utarbetades under sommaren 1939. De huvudsakliga resultaten av mina undersökningar så vitt angår det utomäktenskapliga barnets ställning i förhållande till fadern, med undantag av de frågor, som röra en statutväxlings betydelse, publicerade jag i uppsats i *Tidsskrift for Rettsvidenskap* samma år. Av flera skäl blev jag emellertid icke i tillfälle att fullborda avhandlingen förr än under sist förflutna sommar.

Vid arbetets utgivande har jag haft förmånen åtnjuta ett tryckningsbidrag från Justitierådet Edvard Cassels stiftelse. För detta understöd ber jag att till stiftelsens styrelse få framföra mitt vördsamma tack.

Uppsala den 2 november 1943.

Phillips Hult.

INNEHÅLLSÖVERSIKT.

	Sid.
Förkortningar.....	IX
Inledning.....	1

Den inom den internationella privaträtten brukade metoden s. 1—19. — Den internationalistiska teorien avvisad till förmån för den positivistiska s. 1. — Innebörden av den valda utgångspunkten s. 2 — i oreglerade fall ingen annan hållpunkt för avgörandet än »sakens natur» s. 2 — betydelsen härav; det gäller att finna en rationell norm s. 3 — närmare om innebörden härav s. 3 — kritisk granskning av frågan om möjligheten att i oreglerade fall fastställa rationella kollisionsnormer s. 3—8 — slutsats: nödvändigt att i stor utsträckning låta det fria skönet bliva avgörande s. 8. — Försök att motivera en mera positiv metodlära: WÄCHTER, PILLET m. fl. s. 9 — närmare ang. PILLETs lära om »le but social des lois» s. 9—16. — Slutsatser s. 16—19.

Kap. 1. Principiell diskussion.....	20
-------------------------------------	----

Översikt av de frågor, som röra barns förhållande till sina föräldrar s. 20—21.

I. Huvudprincipen för hithörande kollisionsfrågors bedömande: personalstatutet bestämmande s. 21 — avvikande åsikt: lex fori avgörande s. 22 — kritik s. 22—24. — Personalstatutets fastställande s. 24—26.

II. Kollisionsnormens innehåll, då barnet är av annan nationalitet än föräldrarna eller endera av dem s. 26—50. — Problemläget s. 27. — Olika åsikter s. 29—31 — dessas teoretiska motivering; kritisk granskning s. 31—35 — konklusion: frågor ang. barns äkta eller oäkta börd samt ang. fastställande av faderskap böra bedömas såsom frågor ang. huvudförutsättningar för särskilda rättsverkningar s. 35. — Ytterligare ang. de teoretiska meningsskiljaktigheterna s. 36 — ZITELMANN s. 36 — FRANKENSTEIN s. 37, fransk doktrin (PILLET, WEISS, LEREBOURS-PIGEONNIÈRE) s. 38. — Kritisk granskning av den franska doktrinen s. 39—42. — Konklusion: nödvändigt att anlägga olika synpunkter med avseende å olika slag av rättsregler s. 43. — Försök att från denna utgångspunkt analysera de materiella rättsreglerna ang. förhållandet mellan föräldrar och barn s. 43 — två huvudtyper: regler av mera förvaltningsmässig art s. 43 — regler som avse att lösa en intressekonflikt s. 44 — inom sistnämnda grupp böra två skilda slag av regler särhållas: regler

som ge skydd mot inkräktares anspråk s. 44 — regler som avse att positivt främja visst anspråk s. 45. — Olika metoder att fastställa kollisionsormerna betr. nu nämnda huvudslag av materiella regler s. 46—50.

Kap. 2. Bördstvister 51

I. Vilken lag skall tillämpas i tvister ang. äktenskaplig börd, då barn och föräldrar äro av samma nationalitet? s. 51 — av olika nationalitet? s. 51—54. — Betydelsen av mannens statutväxling före barnets födelse s. 54 — efter barnets födelse s. 55. — Bestämmandet av tillämplig lag, då faderns äktenskap med barnets moder blivit upplöst före barnets födelse s. 56 — därest modern efter äktenskapets upplösning ingått nytt äktenskap utan att avvakta väntetidens utgång s. 56.

II. Innebörden av regeln, att mannens lag vid barnets födelse är avgörande s. 57 — närmare ang. regelns tillämplighet å hithörande presumptionsregler s. 58. — Undantag från huvudregeln så vitt angår formen för faderskaps erkännande s. 60.

III. Frågan om äktenskapets giltighet såsom förutsättning för äktenskaplig börd s. 61—64. Huvudregeln s. 61. — Denna regel ej tillfyllest om äktenskapet är ogiltigt; undantagsregler för detta fall s. 62. — Ytterligare undantagsregel då ett enligt tillämplig lag ogiltigt äktenskap är giltigt enligt mannens lag s. 63.

IV. Fastställande av moderskap s. 64—67.

Kap. 3. Rättsförhållandet mellan barn i äktenskap och dess föräldrar 68

Det ifrågavarande rättsförhållandets allmänna innebörd s. 68. — Olika uppfattning i skilda länder s. 69.

I. Föräldrar och barn tillhöra samma land s. 70—84. — Huvudregeln s. 70. — Regelns innebörd betr. vårdnaden s. 73 — undantag av hänsyn till l'ordre public s. 74—77. — Huvudregelns innebörd betr. underhållsskyldigheten s. 76 — betr. det ekonomiska förhållandet mellan föräldrar och barn s. 77. — Frågan om betydelsen av statutväxling s. 80—84.

II. Föräldrar och barn tillhöra olika länder s. 84—108. — Olika åsikter s. 84. — Huvudregler enligt den i arbetet hävdade principiella uppfattningen: betr. vårdnad och förmynderskap s. 86 — betr. barnets namnrätt s. 88 — betr. barnets stånd s. 88 — betr. underhållsplikten s. 88 — betr. rätt till arv s. 88. — Innebörden av de hävdade reglerna: betr. vårdnaden s. 89 — betr. ekonomiska förhållanden s. 89. — Undantag från huvudregeln i fråga om vårdnad och ekonomiska förhållanden: l'ordre public s. 91 — befrielse från förmynderskap s. 91 — vårdnadens handhavande efter föräldrarnas äktenskapsskillnad eller i motsvarande konfliktfall s. 91 — 103 — förmynderskap i dylika fall s. 103. — Innebörden av den hävdade huvudregeln betr. rätt till underhåll s. 103 — betr. rätt till hemgift s. 105 — betr. rätt till arv s. 105. — Statutväxlings betydelse s. 106 — 108.

	Sid.
Kap. 4. Rättsförhållandet mellan barn utom äktenskap och dess fader.....	109
Den interna rätten i olika länder av mycket olika innehåll s. 109 — några huvudregler s. 109—111.	
I. Föräldrar och barn tillhöra samma land s. 111—112.	
II. Föräldrar och barn tillhöra olika länder s. 112—136. — Regler betr. underhållsanspråk s. 112 — betr. vårdnad en s. 120 — betr. barnets namnrätt s. 122 — betr. ekonomiska förhållanden s. 124 — betr. rätt till arv s. 125.	
III. Frågor rörande statutväxlings betydelse betr. underhållsanspråk s. 126 — betr. vårdnad och förmynderskap s. 134 — betr. barnets namnrätt s. 135.	
Kap. 5. Rättsförhållandet mellan barn utom äktenskap och dess moder.....	137
Föräldrar och barn tillhöra samma land s. 137 — olika länder s. 138. — Statutväxlings betydelse s. 140.	

FÖRKORTNINGAR.

- ARMINJON = ARMINJON, P., Précis de droit international privé, III. Paris 1931.
- V. BAR = V. BAR, L., Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts. I. 2. umgearb. Aufl. Hannover 1889.
- BORUM, Lovkonflikter = BORUM, O. A., Lovkonflikter. København 1931.
- BORUM, Personalstatutet = BORUM, O. A., Personalstatutet efter dansk og fremmed Ret. København 1927.
- CHESHIRE = CHESHIRE, G. C., Private international law. Oxford 1935.
- DESPAGNET = DESPAGNET, F., Précis de droit international privé. 4. éd. Paris 1904.
- DICEY = DICEY, A. V., A digest of the law of England with reference to the conflict of laws. 5. ed. London 1932.
- EKSTRÖM = EKSTRÖM, F. W., Sju internationellt privaträttsliga uppsatser. Helsingfors 1920.
- FRANKENSTEIN = FRANKENSTEIN, E., Internationales Privatrecht (Grenzrecht), IV. Berlin 1935.
- GAARDER = GAARDER, K., Om de norske internasjonaltprivatretslige regler om »uekte barns» rettsstilling overfor faren (i Tidsskrift for Rettsvidenskap 1936 s. 78 ff).
- GJELSVIK = GJELSVIK, N., Lærebok i mellomfolkeleg privatrett, I, 2. utg. Oslo 1936.
- HABICHT = HABICHT, H., Internationales Privatrecht nach dem Einführungsgesetze zum Bürgerlichen Gesetzbuche. Berlin 1907.
- HASSLER = HASSLER, Å., Internationella adoptivförhållanden. Lund 1923.
- HASSLER, Kompendium = Internationell privaträtt. Anteckningar efter föreläsningar av professor ÅKE HASSLER. (Stockholms högskolas juridiska förenings kompendier nr 52.)
- KLEEN = KLEEN, R., Kodificerad framställning i mellanfolklig rätt, III. Mellanfolklig privaträtt. Stockholm 1920.
- LEREBOURS-PIGEONNIÈRE = LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, P., Précis de droit international privé. 3. éd. Paris 1937.
- LEWALD = LEWALD, H., Das deutsche internationale Privatrecht. Leipzig 1931.
- MELCHIOR = MELCHIOR, G., Die Grundlagen des deutschen internationalen Privatrechts. Berlin & Leipzig 1932.
- NIBOYET = NIBOYET, J.-P., Manuel de droit international privé. Paris 1928.
- NIEDNER = NIEDNER, A., Das Einführungsgesetz vom 18. August 1896. 2. Aufl. Berlin 1901.
- NUSSBAUM = NUSSBAUM, A., Deutsches internationales Privatrecht. Tübingen 1932.
- PETERS = PETERS, E., Das Rechtsverhältnis zwischen dem unehelichen Kinde und seinem Vater im deutschen Internationalen Privatrecht. Berlin 1938.

- PILLET = PILLET, A., *Traité pratique de droit international privé*, I. Paris 1923.
- PLANCK = *Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz erl. von G. PLANCK*. Berlin 1901.
- POULLET = POULLET, P., *Manuel de droit international privé belge*. Louvain-Paris 1925.
- RAAPE = RAAPE, L., *Deutsches internationales Privatrecht*, Bd 1, 2. Berlin 1938, 39.
- RAAPE, *Einführungsgesetz* = RAAPE, L., *Einführungsgesetz Art. 7—31 (i STAUDINGERS Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd 6: 2, 9. Aufl. München, Berlin & Leipzig 1931)*.
- RÉPERTOIRE = *Répertoire de droit international . . . fondé par A. DARRAS, publié par A. DE LAPRADELLE et J.-P. NIBOYET*. T. 6—8. Paris 1930.
- RESTATEMENT = *Restatement of the law of conflict of laws as adopted and promulgated by the american law institute at Washington, D. C., May 11, 1934*. St. Paul 1934.
- REUTERSKIÖLD = REUTERSKIÖLD, C. A., *Handbok i svensk privat internationell rätt*. Uppsala 1907.
- SAVIGNY = SAVIGNY, F., *System des heutigen römischen Rechts*. VIII. Berlin 1849.
- SCHNITZER = SCHNITZER, A., *Handbuch des internationalen Privatrechts unter besonderer Berücksichtigung der schweizerischen Gesetzgebung und Rechtsprechung*. Zürich & Leipzig 1937.
- SURVILLE = SURVILLE, F., *Cours élémentaire de droit international privé*. 7. éd. Paris 1925—29.
- SYNNESTVEDT = SYNNESTVEDT, M., *Le droit international privé de la Scandinavie*, Paris 1904.
- UNDÉN, *Föräldrar och barn* = UNDÉN, Ö., *Föräldrar och barn enligt gällande svensk rätt*. 2 genoms. uppl. Stockholm 1927.
- UNDÉN, *Int. äktenskapsrätt* = UNDÉN, Ö., *Internationell äktenskapsrätt enligt gällande svensk lag*. Lund 1922.
- UNDÉN, *Studier I, II* = UNDÉN, Ö., *Studier i internationell äktenskapsrätt*. I, II. Lund 1913.
- VALÉRY = VALÉRY, J., *Manuel de droit international privé*. Paris 1914.
- WALKER = WALKER, G., *Internationales Privatrecht*, 5. Aufl. Wien 1934.
- WEISS, *Manuel* = WEISS, A., *Manuel de droit international privé*, 9. éd. Paris 1925.
- WEISS, *Traité* = WEISS, A., *Traité théorique et pratique de droit international privé*, IV. 2. éd. Paris 1912.
- WESTLAKE = WESTLAKE, J., *A treatise on private international law*. 4. ed. London 1905.
- WHARTON = WHARTON, F., *A treatise on the conflict of laws or private international law*, Vol. 1, 2. 3. ed. Rochester 1905.
- WINROTH = WINROTH, A., *Svensk civilrätt, III. Föräldrarätt*. Stockholm 1901.
- WOLFF = WOLFF, M., *Internationales Privatrecht*. Berlin 1933 (*Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft XV*).
- ZITELMANN = ZITELMANN, E., *Internationales Privatrecht, II*. München & Leipzig 1912.

BGB = Bürgerliches Gesetzbuch für das deutsche Reich, 1896.

EG = Einführungsgesetz zum bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich, 1896.

FIFL = Lag 5 december 1929 angående vissa familjerättsliga förhållanden av internationell natur (Finland).

FIFL Motiv = Förslag till lag angående vissa familjerättsliga förhållanden av internationell natur jämte motiv. Helsingfors 1927.

IÄL = Lag 8 juli 1904 om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap och förmynderskap.

KF 1931 = Kungl. förordning 31 december 1931 om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap, adoption och förmynderskap.

Lagberedningen I = Lagberedningens förslag angående vissa internationella rättsförhållanden. I. Förslag till Konvention mellan Sverige, Danmark, Finland och Norge innehållande internationellt privaträttsliga bestämmelser om äktenskap, adoption och förmynderskap m. m. Stockholm 1929.

Lagberedningen II = Lagberedningens förslag angående vissa internationella rättsförhållanden. II. Förslag till Konvention mellan Sverige, Danmark, Finland och Norge angående indrivning av underhållsbidrag m. m. Stockholm 1929.

NAG = Bundesgesetz betreffend die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter (Schweiz).

NJA = Nytt juridiskt arkiv.

1912 års lag = Lag 1 juni 1912 om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskaps rättsverkningar.

»Notre science est . . . , toujours et nécessairement, un peu boiteuse: c'est pour elle un vice congénital.»

PILLET.

Inledning.

I principiellt hänseende synes riktigast att vid internationellt privaträttsliga frågors behandling utgå från en positivistisk ståndpunkt, d. v. s. fasthålla att den internationella privaträtten i varje särskilt land utgör en del av dess nationella rätt. En blick på den i olika länder hävdade och tillämpade internationella privaträtten ger oförtydbart vid handen, att denna i ett land kan radikalt skilja sig från motsvarande normer i ett annat land. Ett klart exempel utgör kontroversen mellan nationalitetsprincip och domicilprincip; i en del länder är den förra principen lagfästad, så t. ex. i Italien och Tyskland, eller utan stöd av allmänna lagregler tillämpad, så t. ex. i Sverige; i andra länder såsom England, Förenta staterna, Danmark, Norge, hävdas den andra principen såsom sedvanerättsligt gällande.

Med ett dylikt ståndpunktstagande är den s. k. internationalistiska teorien avvisad i den mån denna hävdar, att den internationella privaträtten har naturen av överstatlig, den allmänna folkrätten underställd rätt (ZITELMANN, FRANKENSTEIN, i viss mån SAVIGNY och VON BAR samt åtskilliga romanska författare, såsom MANCINI och den italienska skolan, PILLET m. fl.). Varje stat äger utan tvivel icke blott faktisk utan även i folkens samkväm erkänd möjlighet att gestalta sin internationella privaträtt i enlighet med de grundsatser den själv finner lämpligast; ett erkännande härav ligger tydligen — för att blott antyda ännu ett belägg — såsom en förutsättning bakom de nutida vittgående strävandena att genom folkrättsliga traktater utjämna de faktiskt bestående skiljaktigheterna i olika länders internationella privaträtt; dessa skiljaktigheter respekteras men

bliva så vitt möjligt på den internationella överenskommelsens väg utjämnade.

Avvisar man av nu angivet skäl den internationalistiska teorien, måste detta med hänsyn till den inom den internationella privaträtten brukade metoden för rättssatsernas bestämmande innebära den konsekvensen, att man förnekar den av internationalisterna hävdade möjligheten att fastställa de internationellt privaträttsliga normerna med utgångspunkt uteslutande i vissa allmänna, folkrättsligt erkända principer. Har varje lands internationellt privaträttsliga regler sina rötter i landets egen rättsordning, så är det givetvis inom denna man bör söka ledning vid dessa reglers fastställande.

Härmed kan en praktiskt betydelsefull slutsats synas vunnit, alla naturrättsligt färgade, aprioristiska slutledningar synas avvisade och den internationellt privaträttsliga metoden synas lagd på en åtminstone lika säker grund som metoden inom den egentliga privaträtten. Så är emellertid så långt ifrån fallet, att i verkligheten skillnaden i metodiskt hänseende mellan positivisterna och internationalisterna så gott som alldeles försvinner, i det positivisterna drivas att anlägga i stort sett samma utan bevisning såsom giltiga antagna synpunkter som internationalisterna. Särskilt blir så händelsen i alla de fall, då det, såsom oftast inom den internationella privaträtten, gäller att fastställa »positiva rättsnormer» utan direkt stöd av lagstiftning eller sedvanerätt. Endast i ytterst ringa omfattning kan det i dylika oreglerade fall bli tal om att fastställa dylika normer med stöd av analogier, hämtade ur lagstiftning eller sedvanerätt på andra, mer eller mindre närliggande områden av den internationella privaträtten inom landet ifråga. I regel erbjuder sig ingen annan hållpunkt för avgörandet än »sakens natur».¹

Men vad innebär i förevarande avseende »sakens natur»? Fattar man uttrycket helt efter orden, måste man uppenbarligen därmed mena, att för varje fråga rörande en internationellt privaträttslig konflikt finnes ett enda riktigt, med själva frågan givet svar.² Därmed hade man emellertid uppgivit sin egen

¹ Så särskilt WÄCHTER och den från honom och SAVIGNY utgående tyska doktrinen, t. ex. VON BAR; så ock i nutida nordisk doktrin BORUM, Lovkonflikter s. 29, 39 m. fl.; jmf. GJELSVIK, s. 26 ff. och s. 35.

² Detta framhåller ock särskilt PILLET, s. 85, i sin kritik av SAVIGNYS efterföljare, vilka, enligt PILLET, »semblent croire que chaque rapport de droit

utgångspunkt och i själva verket helt anslutit sig till internationalisternas princip. Fasthåller man sin positivistiska utgångspunkt, måste man därför giva ifrågavarande ledsats en mera begränsad innebörd.

Vad det gäller är ju att söka finna en regel, som ter sig som en *rationell* normering av det till bedömande föreliggande fallet. Men ingenting är rationellt i och för sig: att vattnet rinner fram i en flod är i och för sig icke mera rationellt, än att det väller fram i havet eller faller som regn eller går upp i ånga — rationellt är det allenast om man betraktar dess framrinnande i förhållande till ett visst givet ändamål, att driva ett vattenverk, att flotta timmer, att torrlägga angränsande mark eller vad det må vara. Att fastställa en i och för sig rationell internationellt privaträttslig norm låter sig således icke göra. Endast om man ställer en viss regel i relation till ett visst ändamål kan man om denna fälla omdömet, att den är eller icke är rationell. Sedd ur positivistisk synpunkt måste därför satsen om »sakens natur» såsom ledande grundsats vid fastställandet av den internationella privaträttens regler innebära, att den regel skall anses gälla, vilken med hänsyn till *det ändamål, vilket det särskilda landet fullföljer med sina internationellt privaträttsliga regler*, kan anses rationell. Därmed är man emellertid i ett land, som i det hela saknar uttryckliga eller fasta sedvannerättsliga regler på detta område, tillbaka vid utgångspunkten; ty den frågan reser sig: huru skall man trots avsaknaden av dylika regler kunna objektivt fastställa, vilka ändamålssynpunkter, som kunna antagas såsom vägledande för landets internationella privaträtt? På den frågan kan endast givas svaret, att dylika ändamålssynpunkter i nämnda läge *icke kunna objektivt fastställas*. Man tvingas med andra ord att erkänna nödvändigheten av att taga sin utgångspunkt i värderingar, subjektiva omdömen om vilka ändamål som *böra* fullföljas.

Därmed är emellertid icke sagt, att man måste lämna fältet fritt för sådana omdömen. Omdömen kunna vara *mer eller mindre* subjektiva eller rättare, trots sin subjektivitet, i högre eller lägre grad bära objektivitetens märke. En person kan anse

porte en lui des caractères propres à déterminer la loi à laquelle il doit être soumis». PILLET är dock knappast rätte mannen att framföra denna kritik; i själva verket drabbar den nämligen otvivelaktigt även hans egen lära; därom se vidare nedan.

en internationell privaträtt helt förkastlig och hävda rättsreglernas exklusivt territoriella natur. En annan finner den internationella privaträtten vara en av den nutida samfärdseln mellan folken nödvändigt betingad ordning och anser av detta skäl ett erkännande av rättsreglernas eller åtminstone åtskilliga rättsreglers principiellt extraterritoriella natur påkallat. Båda utgå de från subjektiva värderingar, men den förres uppfattning framstår i nutiden såsom helt singulär och godtycklig, och själv ter han sig som en gengångare från 1600-talet; den senare åter kan för sin syn på den internationella privaträtten åberopa icke blott sitt eget värdeomdöme utan en liknande värdering hos det stora flertalet av dem, som i nutiden hava att fatta ståndpunkt till samma fråga, fr. a. den internationella doktrinen och den internationellt privaträttsliga lagstiftningen och rättspraxis i främmande länder. Eftersom det ligger i rättens väsen att så vitt möjligt motarbeta godtycklighet och eftersträva objektivitet, kan det icke råda tvivel om att den som har att efter »sakens natur» för ett visst lands del fastställa dess »gällande» internationella privaträtt, d. v. s. de internationellt privaträttsliga regler, som kunna anses rationella, till grund för sitt ståndpunktstagande bör lägga allenast sådana ändamålsföreställningar, som hava vunnit åtminstone ett visst internationellt erkännande. Han har med andra ord för att få det rättesnöre för sina avgöranden, vilket han nödvändigt måste ha men vilket hans eget lands lag icke, eller rättare: icke ensam kan erbjuda honom, att postulera vissa allmänna principer, vilka vunnit burskap inom internationell doktrin, lagstiftning och rättspraxis.

Såsom en sådan princip erbjuder sig i nutiden till en början den nyss antydda grundsatsen, att varje särskilt land har *skyldighet* att på rättsförhållanden med anknytning till främmande land i viss utsträckning tillämpa främmande rätt.¹ Detta anses numer allmänt vara själva utgångspunkten för erkännandet av en internationell privaträtt; dess negerande innebure ett återvändande till principen om »comitas gentium» såsom enda

¹ Förtjänsten att hava framställt och utvecklat denna grundtanke tillkommer främst SAVIGNY. Betydelsen härav erkännes allmänt även av positivistiskt inriktade författare men mera sällan finner man hos dessa något medgivande av att de genom att acceptera denna grundsats i verkligheten själva lägga ett folkrättsligt postulat till grund för sina teorier.

grunden för tillämpning av främmande materiell rätt. Från denna utgångspunkt skulle ändamålet med varje särskilt lands internationella privaträtt vara att efterkomma den nyssnämnda skyldigheten i förhållande till andra stater. Då emellertid varje land enligt den positivistiska utgångspunkten självt fastställer gränserna för tillämpningen av sina egna materiella rättsregler och därmed även gränserna för tillämpningen av främmande rätt, så kommer ifrågavarande grundsats huvudsakligen att bli vägledande för *inställningen* till frågan, huruvida inhemsk eller främmande rätt skall tillämpas; den innebär i detta hänseende att man vid detta spörsmåls avgörande principiellt har att likställa den främmande rätten med den inhemska, d. v. s. ingendera har *i och för sig* företräde framför den andra. Själva avgörandet av kompetensfrågan åter måste bli beroende på *arten av det rättsförhållande*, vars bedömande in casu är i fråga eller, från en annan synpunkt, *arten av den rättsregel*, vars tillämpning ifrågasättes.

Med insikten härom är emellertid tydligtvis icke mycket vunnet; den till besvarande uppställda frågan har blott tagit en annan gestalt och framträder nu i spörsmålet, huru *arten av det in casu föreliggande rättsförhållandet* respektive *arten av den ifrågakommande rättsregeln* kan bestämma den tillämpliga rättsordningen. På den frågan försökte den s. k. statutteorien att giva ett uttömmande, allmängiltigt svar¹ genom att särskilja de rättsregler, vilka anginge personen, personalstatuten, från dem, vilka anginge saker, realstatuten, och tillägga de förra extraterritorialitet, de senare territorialitet. Att, såsom särskilt WÄCHTER² övertygande påvisat, detta försök är förfelat torde numera allmänt medgivas. Det är över huvud — alldeles bortsett från att ifrågavarande indelning icke är uttömmande — icke möjligt att på ett logiskt oantastligt sätt skilja rättsreglerna i sådana, som allenast angå personen, och sådana, som allenast angå saker, och det är därför icke heller möjligt att med en dylik indelning av rättsförhållandena såsom grundval för deras internationellt privaträttsliga bedömande giva ett klart och invändningsfritt svar på uppkommande kom-

¹ En modern lära med samma anspråk men med en rakt motsatt utgångspunkt har utvecklats av den nya italienska skolan i dess teori om rättsreglernas principiellt personella natur.

² Archiv für die civilistische Praxis, Bd 24 s. 230 ff, Bd 25 s. 1 ff, 161 ff, 361 ff

petensspörsmål. Stort längre än till insikten härom har emellertid den internationellt privaträttsliga teorien hittills knappast hunnit. Någon allmän princip, som bättre än statutteorien kunde göra tjänst vid internationellt privaträttsliga frågors bedömande, har det icke varit möjligt att anvisa. Varken den av SAVIGNY uppställda, även i modern doktrin ofta återopade satsen angående varje rättsförhållandes säte («Sitz») såsom avgörande¹ för internationellt privaträttsliga kompetensspörsmål eller den därmed, och särskilt med den av SAVIGNYS efterföljare VON BAR utvecklade läran, nära besläktade engelska doktrinen angående »the origin of vested and aquired rights»² eller den av den italienska skolan på 1850-talet utvecklade teorien om rättssatsernas personalitet och därigenom givna, allenast i vissa bestämda undantagsfall bortfallande extraterritorialitet eller PILLETTS lära om »le but social»³ eller någon av övriga hittills framlagda åskådningar har förmått giva den ledning, som därmed åsyftats. Från positivistisk utgångspunkt är ju detta också helt naturligt. Icke någon viss indelning av rättssatser resp. rättsförhållanden in abstracto utan först en analys av dessa, sådana de möta i varje särskilt fall och i varje särskilt land, kan giva hållpunkter för deras bedömande ur internationellt privaträttslig synpunkt, d. v. s. för att avgöra huruvida de genom analysen klarlagda elementen i de ifrågakommande rättsförhållandena resp. ändamålet med de materiella rättsregler, varom fråga är, äro av sådan innebörd och sådan vikt, att staten icke kan avstå från att på det föreliggande fallet tillämpa sin egen lagstiftning, eller huruvida de tvärtom äro sådana, att utrymme kan och bör lämnas för tillämpning av främmande rätt.

Har rättsvetenskapens ansträngningar för att uppställa generellt giltiga principer för lösandet av internationellt privaträttsliga frågor icke givit åsyftat resultat är därmed dock icke sagt, att dessa ansträngningar varit alldeles förgäves. Har man icke kommit till fullständig klarhet, så har man dock småningom vunnit åtminstone en viss överensstämmelse i värderingar och synpunkter och därigenom också uppnått tämligen allmän enighet angående vissa, låt vara tämligen vaga huvudgrunder för internationellt privaträttsliga frågors bedömande. Även om

¹ SAVIGNY, s. 28, 108.

² Däröfver se t. ex. CHESHIRE, s. 40; jmf. VON BAR, s. 105 ff.

³ PILLET, s. 99 ff.

man avvisar statutteorien, är man således tämligen ense om att personliga rättsförhållanden, d. v. s. sådana som huvudsakligen få sin färg av personligheten, eller — i anslutning till PILLET — rättsförhållanden, vilka regleras av normer, som avse att skydda individen, såsom fallet är med frågor rörande rättskapacitet, rättslig handlingsförmåga samt i allmänhet familjerättsliga spörsmål, i regel böra bedömas enligt personens hemlands lag (personalstatutet), man må sedan såsom detta statut utpeka *lex patriae* eller *lex domicilii*. Man erkänner med andra ord faktiskt, trots sin kritik, statutteoriens huvudtes såsom åtminstone approximativt riktig eller, kanske rättare, fasthåller vid den såsom en arbetshypotes, förbehållande sig att för varje särskilt fall närmare pröva godtagbarheten av de från denna utgångspunkt *a priori* dragna slutsatserna. En viss, låt vara vag norm för denna efterprövning erbjuder härvid det inom den internationellt privaträttsliga doktrinen allmänt i en eller annan form, låt vara med större eller mindre tvekan, adopterade begreppet *ordre public international* samt den på detta begrepp baserade satsen om nödvändigheten att låta främmande lag vika för *lex fori* i alla sådana fall, då den främmande lagens tillämpning skulle komma i strid med sådana rättsregler i domslandet, vilka där ur exempelvis sedlig, social eller nationalekonomisk synpunkt tillmätas fundamental betydelse. Låt vara att icke heller denna sats kan ge någon verklig, objektiv ledning vid den åsyftade gränsdragningen utan gör det slutliga avgörandet av de frågor den skall lösa beroende på subjektiva värderingar — en viss betydelse har dock också den, positivt genom att åtminstone angiva en riktpunkt för prövningen och negativt genom att understryka, att endast sådana inom ett visst land hävdade rättssynpunkter, som hava en verkligt fundamental betydelse, kunna tillmätas den vikt, att de utesluta användningen av en eljest tillämplig främmande rättsordning.

Endast på ett område, sakrättens, har den synpunkt som ligger i *ordre public*-regeln en mera vidsträckt tillämpning inom den egentliga internationella privaträtten.¹ Allmänt erkännes

¹ Enligt PILLET s. 114 ff., särsk. s. 117 (jmf. BORUM, Personalstatutet, s. 12 f. Lovkonflikter, s. 33 f.) utgör regeln, att *«lois d'ordre public»* böra tillerkännas territoriell karaktär, icke en undantagsregel, fogad till huvudprincipen om lagarnas personella natur, utan en princip fullt jämställd med nämnda huvudprincip. Huruvida det ena eller det andra betraktelsesättet är bäst motiverat skall här

att just av sådana hänsyn, som uppbära nämnda regel, sakrättsliga frågor rörande såväl fast som lös egendom principiellt böra bedömas enligt *lex rei sitae*, d. v. s. ett land kan icke avstå från att beträffande alla saker inom dess gebit tillämpa landets egen lag. Också här är emellertid fråga allenast om en allmän princip, vars tillämpning av särskilda skäl kan tåla undantag.¹ Icke heller i denna del kan således från en positivistisk ståndpunkt statutteorien utan vidare godtagas.

Lägger man till det ovan sagda, att satsen »*locus regit actum*» anses äga sedvanerättslig giltighet och att tvenne kontraktsparters förmåga att genom sin överenskommelse föra in ett visst rättsförhållande under en viss lag principiellt erkännes, så torde de internationellt privaträttsliga principer av större räckvidd, vilka vunnit allmänt erkännande, vara angivna. Håller man sig till dessa grundsatser — och därtill måste man anses berättigad — är det sålunda, om man gör undantag för regeln »*locus regit actum*», allenast några högst allmänna, ytterst vaga satser man har att lita till, och kvar står därför trots allt nödvändigheten av att på detta område i mycket stor utsträckning låta det fria skönet fälla utslaget, d. v. s. att lämna till de mötande konfliktfallens bedömare att inom de gränser, som angivas av nyssnämnda satser, fastställa de regler, som med hänsyn till bedömarens egna ändamålsföreställningar synas rationella.

Detta kan från en positivistisk synpunkt måhända synas innebära en väl nihilistisk syn på den internationella privaträttsens metodfråga. Åtskilliga positivisterna ha också försökt att

icke närmare diskuteras. Till sist gäller denna fråga dock blott en olikhet i betraktelsesättet, icke någon strid rörande de avgörande synpunkterna. Det visar sig ock, att även PILLET behöver l'ordre public för att motivera, att vissa lagar, som principiellt tillerkännas extraterritoriell karaktär, icke få bringas i tillämpning å visst territorium; se PILLET s. 116—18. Därmed är erkänt, att regeln om l'ordre public i motsvarande mån framstår som en undantagsregel; att den i andra förhållanden tillerkännes en vidsträcktare betydelse ändrar icke detta förhållande. Oriktigt är det därför, när PILLET s. 118 hävdar, att i de åsyftade fallen föreläge parallellism mellan två jämslida principer. I verkligheten föreligger en konflikt, vilken avgöres till förmån för l'ordre public.

¹ Såsom begränsningar i den ifrågavarande principen kunna anmärkas, att den endast är tillämplig å förmögenhetsobjekt, betraktade »ut singuli» (därom se t. ex. EKSTRÖM, Sju internationellt privaträttsliga uppsatser, s. 209 ff.), att den, så vitt angår rättshandlingsförmågans betydelse för giltigheten av ett sakrättsförvärf, icke utesluter tillämpningen av den rättshandlandes personalstatut, att den får vika i den mån den kommer i strid med principen om fortbeståndet av välförvärfade rättigheter ävensom att beträffande formen för sakrättsliga avtal regeln »*locus regit actum*» måhända bör i viss utsträckning tillerkännas giltighet. Härom se för svensk rätts del HASSLER, Kompendium s. 159 ff.

motivera en mera positiv metodlära. Man har sålunda gjort gällande, att de internationellt privaträttsliga normerna skulle kunna fastställas genom *tolkning* av varje lands materiella rättsregler med beaktande särskilt av det syftemål dessa kunna antagas eftersträva. Denna från WÄCHTER¹ utgående åsikt har, dock med en mera internationalistisk anstrykning, närmare utformats särskilt av PILLET i hans lära om »le but social»² och omfattas i nutida nordisk doktrin av bl. a. GJELSVIK och BORUM.³

icke heller denna lära är emellertid tillfredsställande. Klart är till en början, att såsom även PILLET själv⁴ med allt eftertryck framhållit i sin kritik av WÄCHTER och av SAVIGNYS efterföljare, det icke är möjligt att ur en lagregels speciella ändamål utläsa lagstiftarens mening om huruvida regeln skall hava territoriell eller extraterritoriell giltighet. Denna fråga har lagstiftaren vid regelns formulering regelmässigt icke tagit i betraktande, än mindre kan den ha influerat utformningen av de i en viss stat utbildade sedvanerättsliga normerna. Men har regelns utformning icke influerats av hänsyn till frågan om dess tillämpning i internationella kompetenskonflikter, så lär man icke genom en utläggning av regeln kunna ur den utläsa något om den saken utan att först godtyckligt hava lagt in det i densamma. Fattad på nu angivet sätt kan denna lära således icke leda till målet.

Mera tillfredsställande kan den synas i den utformning PIL-

¹ WÄCHTER, i Archiv für die civilistische Praxis, Bd 24, s. 230 ff., Bd 25, s. 1 ff.

² PILLET s. 99 ff.

³ GJELSVIK, s. 26 f., BORUM, Lovkonflikter, s. 39 f., Personalstatutet, s. 18 f.; jmf. även WINROTH s. 159. — Även många tyska författare ha samma teoretiska utgångspunkt för sina framställningar; se t. ex. RAAPE, Einführungsgesetz s. 57 f., PETERS s. 11 f.

⁴ PILLET s. 79: »Les législations positives n'offrent, touchant notre sujet, que des règles rares et insuffisantes. Pour remplir les immenses lacunes qu'elles laissent apparaître, le juge est obligé de prendre l'initiative et de forger lui-même l'instrument dont il va se servir. Trouvera-t-il dans le sens et l'esprit de ses propres institutions juridiques, comme le pense WÄCHTER, les ressources dont il va se servir? C'est une pure illusion de le croire. Le législateur, en faisant ces lois, n'a pas soupçonné un instant qu'elles pourraient faire naître des difficultés dans le domaine international, il les a écrites en vue des besoins de son pays et nullement en vue des exigences du commerce international; comment alors espérer que l'on y découvrirait des réponses aux questions qui nous occupent? De ce que la loi d'un pays établit un certain système de tutelle au profit des mineurs, est-on fondé à conclure que cette loi est applicable ou qu'elle est inapplicable au mineurs étrangers? On ne le pourra certainement pas, si l'on ne fait pas appel aux lumières que fournissent les doctrines générales.»

LET givit den, då han såsom avgörande kriterium angivit det sociala ändamålet med de särskilda lagreglerna, »le but social des lois». Detta ändamål, vilket beträffande varje särskild lag i alla länder på samma kulturnivå presumeras vara helt överensstämmande, är enligt PILLET på det sätt bestämmande för kompetensspörsmålets lösning, att företräde bör lämnas lagen i den stat, som har det största intresset av att det ändamål lagen åsyftar blir uppnått, eller med andra ord, att en lagregel bör antagas hava territoriell eller extraterritoriell giltighet allteftersom den under det ena eller andra alternativet bäst fyller sitt ändamål.

Bortsett från den högst schematiska och naturrättsligt färgade utgångspunkten för denna lära — att de lagar i olika länder, vilka reglera likartade ämnen, alltid, hur än deras innehåll skiftar, eftersträva samma sociala ändamål och, måste man tydligen tillägga, eftersträva det med samma styrka — måste mot densamma invändas, att den i sin nyss angivna allmänna formulering icke förmår giva den vägledning som åsyftas. Ty uppgiften att med hänsynstagande till de konkurrerande lagarnas gemensamma sociala ändamål och de konkurrerande staternas olika stora intresse i detta ändamåls förverkligande avgöra, huruvida den ena eller den andra lagen bör givas företräde, skiljer sig icke synnerligen mycket från den från början föreliggande uppgiften att med hänsyn till lagarnas innehåll lösa intressekonflikten dem emellan. Kvar står nämligen, såsom en ren omformulering av själva huvudfrågan, det icke mindre vanskliga spörsmålet: hurudant beskaffat skall ett lagändamål vara för att det skall anses kräva lagens erkännande såsom territoriell resp. extraterritoriell?

Även på den frågan har PILLET visserligen försökt giva ett svar,¹ i det han hänvisat till att de civilrättsliga lagarna i stort sett med hänsyn till sitt sociala ändamål kunna indelas i två huvudkategorier: sådana lagar, vilka åsyfta att bereda den enskilda individen skydd (lois de protection individuelle) och sådana, vilka åsyfta att bereda skydd åt samhället (lois de garantie sociale ou d'ordre public), av vilka två kategorier den förra innefattar de lagar, vilkas ändamål för sitt fulla förverkligande kräver lagens extraterritoriella giltighet, den senare åter innefattar de lagar, för vilka en lagstiftare måste kräva obe-

¹ PILLET, s. 109 ff.

tingad och obegränsad giltighet på sitt territorium, de territoriella lagarna.

Genom denna analys av »lagarnas sociala ändamål» — men också först genom den — har den av PILLET uppställda satsen fått ett sådant innehåll, att den verkligen kan tänkas göra tjänst vid internationellt privaträttsliga kompetensfrågors avgörande. Med ett dylikt innehåll skiljer sig emellertid å andra sidan denna sats tydligen föga från den gamla statutläran och de talrika teorier, vari denna icke minst av sina många kritiker har varierats. Avgörande är härvid det sätt, på vilket grundvalen för lagarnas extraterritoriella giltighet anges. Statutlärans anhängare tillägga de rättsregler, vilka angå personen, extraterritoriell giltighet, PILLET åter utpekar i stället såsom extraterritoriella de lagar, vilka åsyfta att bereda individen skydd. Skillnaden i dessa satser torde mest vara en skillnad i uttryckssättet, i det PILLETs formulering av satsen är mera pregnant. Av relativt mindre betydelse är härefter den onekligen föreliggande skillnaden i det sätt, på vilket enligt de båda teorierna grundvalen för lagarnas territorialitet anges; ty är den ena kategorien bestämd, så är ju därmed också den andra bestämd, eftersom enligt båda teorierna alla lagar, vilka icke hava extraterritoriell giltighet, äro territoriella. Ett betydelsefullt framsteg betecknar visserligen vid jämförelse med statutteorien PILLETs lära i och med framhävandet av den sociala ordningens garanterande såsom det för de territoriella lagarna typiska ändamålet, ty därmed får denna lära åtminstone något av den formella konsekvens, som statutteorien saknar. Och likvisst drabbas också PILLETs sålunda utformade lära av samma huvudinvändning, som kan riktas mot statutläran: den saknar en verkligt logisk grundval. Ty liksom det är omöjligt att särskilja rättsreglerna i sådana, som allenast angå personen, och sådana, som allenast angå saker — omöjligt eftersom man icke kan giva en förmögenhetsrättslig regel om saker utan att sätta dessa i relation till en person och tvärtom man mycket ofta i de angående personen givna reglerna måste hava i sikte personens relation till saker — så är det också omöjligt att särskilja rättsreglerna i sådana, som uteslutande åsyfta att skydda individen, och sådana, som uteslutande åsyfta att skydda samhället — omöjligt eftersom också de rättsregler, vilka skola

bereda individen skydd, mer eller mindre uppenbart framträda såsom givna också i det helas, samhällets, intresse, liksom ock de i samhällets intresse givna reglerna syfta till skydd för individen.¹ I grova drag ger visserligen PILLETs lära liksom för övrigt också statutteorien en riktig bild av den verklighet den vill återge och såsom en approximativt rättvisande kompassnål kan den därför göra tjänst vid avgörandet av internationellt privaträttsliga kompetensfrågor, ty icke sällan framstår faktiskt en rättsregel som *dominerad* av det ena eller det andra av de båda huvudsyften PILLET angivit. Men i alla mellanfall, då ett dylikt dominerande huvudsyfte av ettdera slaget icke kan påvisas utan antingen båda dessa syften synas i lika mån göra sig gällande eller, såsom också är möjligt och av PILLET själv medgivet, ett syfte av helt annat slag sätter sin prägel på rättsregeln, d. v. s. i alla sådana fall, då ett hjälpmedel för kompetensfrågans lösning är särskilt behöfligt, vägrar PILLETs lära att göra tjänst.

Det sagda må något belysas genom några anmärkningar beträffande ett av Pillet² utvecklat exempel angående omyndighetsregeln. Denna kan visserligen sägas åsyfta att skydda den underårige, och detta är onekligen syftet med varje sådan regel. Därav kan man emellertid icke, såsom PILLET vill, sluta, att regeln nödvändigt måste hava extraterritoriell giltighet. Man kan icke påstå, som PILLET gör, att regeln icke skulle hava något värde eller, som BORUM, att den icke skulle kunna fylla sitt syfte, om den icke vore giltig även utom territoriet. Frå-

¹ Jmfr följande citat hos CHESHIRE s. 38 av en engelsk kritik utav begreppet »l'ordre public»: »A legal enactment which has a public bearing is what is meant. Such enactments must prevail within the territory over all the crowd of varied national laws.

It sounds satisfactory. But, since *all* laws are capable of being represented as enacted for the public welfare, it is quite meaningless in practice. The only result is that nobody knows what may be an enactment having a public bearing . . . The consequence is wild uncertainty. Is it a general international conception — this of *ordre public*? Obviously not; each nation has its own ideas as to which of its laws have a public bearing. Is it one and the same for each nation, at any rate? No again, Mr WEISS will have it that there is an *ordre public interne* and an *ordre public externe*: a thing may not be of public consequence so far as foreigners are concerned. It is surely a matter of public interest to know when an infant comes of age. Yet this is one of the matters most sedulously claimed for the personal law to step in and regulate. 'Well, it is a public matter *internally* but not *externally*!' Mr. WEISS would explain.» — Jmfr ock diskussionen angående gränsdragningen mellan offentlig rätt och privat rätt; därom se senast ROSS i Tidsskrift för Rettsvidenskap 1936 s. 109 ff.

² PILLET, s. 107 f.; jmfr BORUM, Personalstatutet, s. 19, Lovkonflikter, s. 40.

gan om regelns räckvidd får ju i själva verket en varierande aspekt allteftersom landet ifråga tillämpar domicil- eller civitetsprincipen. För ett land med domicilprincip blir ju konsekvensen av denna, att landets *egna undersåtar*, sedan de förvärvat domicil utomlands, under alla förhållanden *icke* bliva delaktiga av fäderneslandets skyddslagstiftning till sina omyndiga undersåtars förmån. Icke kan därför omyndighetsregeln sägas sakna värde eller icke fylla sitt syfte. För ett land med civitetsprincip vore åter innebörden av den kritiserade satsen just denna, att omyndighetsregeln icke kunde fylla sitt ändamål, om den icke vunne tillämpning på alla dess undersåtar, även de utomlands *domicilierade*. Vad som i ett land skulle motivera omyndighetsregelns extraterritorialitet, skulle således i ett annat land med en alldeles lika lydande omyndighetsregel vara utan betydelse i detta avseende.

Detta torde visa att det icke är möjligt att genom *tolkning* av omyndighetsregeln vinna någon säker ledning för bedömande av frågan om dess giltighet utom territoriet. Hur långt regeln i detta liksom i andra hänseenden kan genomföras beror till sist på en avvägning av de implicerade intressena, å ena sidan den omyndiges, å andra sidan tredje mans intresse. Omyndighetsregeln, sådan den framträder i sin faktiska begränsning, tager hänsyn icke blott till den omyndige utan även till tredje man. Konflikten dem emellan kan i olika länder vid olika tider och under olika omständigheter erhålla varierande lösning. Helt naturligt är t. ex. att i kommersiella förhållanden hänsynen till tredje man skall framträda med särskild styrka och kunna väga över hänsynen till den omyndige. I själva verket går utvecklingen i den interna rätten allt mer i denna riktning. Och på samma sätt i den internationella privaträtten.

Ett tydligt exempel utgör regeln i växellagen 79 §. Såsom huvudregel gäller visserligen enligt nämnda lag, att såväl svensk som utländsk medborgares behörighet att ingå växelförbindelse bedömes enligt hans *lex patriae*. Men till denna huvudregel är i 3 st. fogad den undantagsregeln, att utländsk medborgare, som enligt sin *lex patriae* är obehörig att ingå växelförbindelse, det oaktat skall här i riket anses ansvarig, där han åtagit sig förbindelsen inom en stat, enligt vars lag han var därtill behörig. I dylika konfliktfall har således den all-

männas samfärdsels intresse funnits väga tyngre än den omyn-
diges, med påföljd att detta senare intresse offrats. Regeln över-
ensstämmer med motsvarande regel i den internationella växel-
rättsskodifikationen och har således ömsesidig giltighet konven-
tionsländerna emellan. Icke kan emellertid av detta skäl den
svenska omyndighetsregeln ens för växelrättens område anses
värdelös eller förfela sitt syfte.

Till det nu anförda exemplet kan, vad vår rätt beträffar,
fogas ett annat, stadgandet i IÄL 4:5. Enligt detta skall vis-
serligen såsom huvudregel gälla, att frågan om verkan av
omyndighet och om förmyndares behörighet att handla å un-
derårigs vägnar, då förmynderskap är anordnat enligt en främ-
mande lag, skall bedömas enligt denna lag. Men så vitt angår
rättshandling på förmögenhetsrättens område, vilken den un-
derårige företagit *här i riket*, får denna regel vika för en an-
nan av motsatt innebörd: var den underårige obehörig enligt
den främmande lagen, blir rättshandlingen likväl för honom
bindande, om han ägt behörighet enligt svensk lag och den mot
vilken rättshandlingen företogs varken insett eller bort inse
hans bristande behörighet. Motsvarande regler gälla enligt 5:6
angående omyndigförklarade. Även i dessa fall har således
svensk lag skyddat — icke den omyndige utan hans medkon-
trahent. Denna ståndpunkt har vår lag intagit, trots att Sverige
tillträtt Haagkonventionerna 1902 angående förmynderskap för
underåriga och 1905 angående omyndighetsförklaring och lik-
nande åtgärder, vilka konventioner sakna motsvarande undan-
tagsregler. Att med hänsyn härtill undantagsstadgandena i
IÄL 4:5 och 5:6 i regel icke kunna få tillämpas i avseende å
rättshandling, som företagits av medborgare i någon av de
fördragsslutande staterna (se två KF ¹⁰/₁₀ 1924), är tydligen
endast ägnat att ytterligare understryka det avsteg från hu-
vudregeln, som här gjorts.

Ett tredje, ännu längre gående exempel erbjuder den engels-
ka internationella privaträtten, som enligt den härskande åsik-
ten i doktrin och rättspraxis anses helt generellt tillämpa re-
geln, att behörigheten att ingå »mercantile contracts» bestäm-
mes av *lex loci contractus*.¹

¹ Se CHESHIRE, s. 144 ff., DICEY, s. 634 ff., STORY, s. 103; jmf emellertid
WESTLAKE, s. 40.

Till sist reducerar sig således frågan om omyndighetsregelns internationella giltighetsområde även från nu ifrågavarande synpunkt till ett spörsmål, huruvida det egna landet skall skydda sina undersåtar på bekostnad av utlänningar. Och ur denna synpunkt har man att förklara de faktiska avsteg från principen om personalstatutets tillämplighet på detta område, som man kan konstatera även i länder, vilka principiellt hävda detta statut som huvudregel.¹ Även inom den internationella privaträttens område möter således samma konflikt som inom den interna rättens område, omsättningsintresse kontra den enskildes rättsskyddsintresse. Hur den konflikten skall lösas beror till sist på båda områdena på ett skönsmässigt avgörande. Men detta kan mycket väl bli varierande för de särskilda områdena. Endast så mycket är sant i nu ifrågavarande teori, att en lagstiftare, i den mån han i interna konflikter ger sitt skydd åt det ena intresset på bekostnad av det andra, a priori, d. v. s. så länge det icke finnes stöd för ett motsatt antagande, kan förmodas även i internationella konfliktfall vilja hävda samma princip.

Att enbart en tolkning av de materiella rättsreglerna icke kan leda fram till en lösning av de med avseende å dessa regler uppkommande internationellt privaträttsliga kompetensspörsmålen kan man visa även med många andra exempel än det nu diskuterade. Här skall ytterligare blott pekats på ett sådant, hämtat från den följande undersökningens område: den omtvistade frågan, vilket lands lag bör läggas till grund vid fastställande av faderskap till utomäktenskapligt barn, som är av annan nationalitet än den man, mot vilken talan anställes. Att med hänsyn till den principiella naturen av hithörande regler utpeka någondera av parterna såsom exklusivt skyddsobjekt för detta slag av regler är, såsom den följande framställningen skall visa, icke möjligt. Även om man fäster avseende vid ett särskilt lands hithörande regler, ställer sig saken ofta

¹ Se CHESHIRE, s. 147 f., angående utvecklingen i fransk rättspraxis: »The facility, however, with which the continental Courts abandon the rule when its operation tends to prejudice their own nationals is somewhat surprising, and produces the impression that it has been adopted, not on its merits, but from a desire to pay lipservice to the predominating influence of nationality.» Anmärkas må emellertid, att det av CHESHIRE såsom belägg för denna kritik refererade fallet avsåg växelfordran. Domstolens argumentation hade dock en helt generell karaktär; se s. a. st.

icke annorlunda: ingendera partens intresse framstår såsom särskilt gynnat. Motsatsen kan dock visserligen inträffa. Men även för dylikt fall möter ett avgörande på ifrågavarande grund svårigheter, ty regelmässigt skall man då finna, att hithörande regler i *vissa* hänseenden beakta huvudsakligen eller uteslutande den enes skyddsintresse, i *andra* hänseenden åter uteslutande eller huvudsakligen den andres. Uppenbart är då, att det icke låter sig göra att enbart med stöd av dessa regler angiva någondera partens lag såsom generellt bestämmande och detta så mycket mindre, som, därest man med PILLET gäve företräde åt den lag, vilken är personalstatut för den part, vars intresse tilläventyrs enligt *lex fori* framstår som huvudsakligt skyddsobjekt för dess ifrågavarande regler men enligt hans egen lag är undertryckt till förmån för motpartens, man skulle komma i faktisk konflikt med sin egen grundläggande huvudtes.

Även om det sålunda i regel icke är möjligt att genom tolkning av de materiella rättsreglerna utvinna något direkt svar på frågan om deras territoriella giltighet, så utgör dock givetvis, såsom ock redan framhållits, insikten om det med rättsregeln eftersträfvade syftemålet en av de faktorer man vid nämnda frågors besvarande har att taga särskild hänsyn till, då man söker utfinna den för det mötande fallet mest rationella internationellt privaträttsliga kompetensregeln; men eftersom det gäller en fråga av sistnämnda art, kan nämnda *ratio legis* icke ensam för sig giva tillräcklig ledning. Förmånen av de egna omyndighetsreglernas tillämpning å landets medborgare även utom territoriet kan exempelvis icke vinnas utan en motsvarande eftergift åt främmande lands omyndighetsregler; olägenheterna härav för det egna landets undersåtar, vilka driva affärer med utlänningar, kunna emellertid vara så betydande, att de mer än väl uppväga fördelarna av omyndighetsfrågans bedömande efter personalstatutet. Även härtill måste man vid den internationellt privaträttsliga kompetensfrågans lösande taga hänsyn. Denna fråga måste därför bedömas och lösas rationellt med hänsyn till sina egna förutsättningar och efter ett bestämmande av det särskilda ändamål den internationellt privaträttsliga kompetensregeln bör eftersträva. Till dessa förutsättningar hör icke blott det allmänna syftemålet för de

ifrågakommande interna rättsreglerna utan ock den möjliga konflikten mellan svenskt och utländskt intresse, som kan uppstå genom en tillämpning av utländsk rätt å svenska medborgares rättsförhållanden. På grund härav måste man icke sällan träffa avgörandet efter en skälig avvägning av å ena sidan intresset av att landets egna normer även utomlands vinna tillämpning å dess medborgare, å andra sidan olägenheterna av att främmande länders lagstiftning i gengäld gives tillämpning inom landet i motsvarande fall. Det ändamål de svenska internationellt privaträttsliga normerna böra eftersträva torde med hänsyn härtill helt allmänt kunna sägas vara att uppnå en reglering, varigenom berättigade svenska intressen, å vilkendera partssidan de än må befinna sig, tillvaratagas så vitt detta är möjligt i betraktande av önskemålet, att regleringen även bör vara sådan, att den kan antagas bliva någorlunda allmänt respekterad också i främmande länder. Helt allmänt kan man kanske uttrycka detta så, att avgörandet in dubio bör träffas efter samma synpunkter, som man kan antaga att vårt land skulle hävda vid överläggning om en konvention på området ifråga med en stat, vars interna rätt i avsevärd mån skiljer sig från vår egen.

Då man på nu angivet sätt bestrider möjligheten av att efter en enkel regel bestämt avgöra de internationellt privaträttsliga kompetensspörsmålen, innebär, såsom av det sagda torde framgå, detta icke, att avgörandet vore beroende av ett alldeles fritt skön. Vissa riktpunkter för kompetensfrågans lösning, vilka domaren bör taga i sikte, kunna åtminstone angivas. Såsom en sammanfattning av de ovan utvecklade synpunkterna må till sist därom anföras följande.

Regleringen av kompetenskonflikten bör syfta till ett avgörande, som kan antagas bliva internationellt respekterat. I följd härav kräves, att den s. k. ömsesidighetsprincipen vinner tillämpning; gör man anspråk på extraterritorialitet för det egna landets normer, måste man erkänna även motsvarande främmande reglers extraterritorialitet o. s. v. I främsta rummet kräves emellertid under alla förhållanden, att den svenska kompetensregeln så vitt möjligt söker tillvarataga svenska medborgares intressen.¹ Härvid kräva särskilt sådana intressen beaktan-

¹ Jmfr WINROTH s. 159.

de, vilka tilläventyrs enligt svensk rätt framstå såsom speciellt skyddsobjekt för de materiella rättsregler, om vilkas tillämpning det är fråga. På grund härav bör svensk domstol tillämpa svensk rätt, när svensk medborgare uppbär det intresse, som enligt svensk rätt framstår som speciellt skyddsobjekt. Utländskt intresse, som ej enligt svensk rätt framstår som speciellt skyddsobjekt, underkastas sålunda svensk lag. Är intresset av svensk lags tillämpning i visst fall så stort, att det med hänsyn därtill synes berättigat att kräva tillämpning av samma rättsordning även då ett dylikt fall avgöres av utländsk domstol, måste svensk domstol med hänsyn till ömsesidighetsgrundsatsen eventuellt tillämpa utländsk lag, därest utländsk medborgare uppbär det speciella skyddsintresset. Utländsk rätt måste således i dylikt fall tillämpas även om detta går ut över ett svenskt intresse, eftersom detta enligt svensk rätt ej framstår som skyddsobjekt. Härigenom kan emellertid ett dylikt svenskt intresse bliva långt mera tillbakaset än enligt svensk rätt synes rimligt. I följd härav måste övervägas hurvida icke fördelarna av extraterritorialiteten uppvägas av ifrågavarande nackdel för berörda svenska intressen. För den skull måste en kontrollerande intresseavvägning företagas, vid vilken givetvis den i den ifrågakommande interna svenska rättsregeln företagna intresseavvägningen alltjämt spelar en viss men dock icke någon absolut avgörande roll. Härvid kan nämligen det förhållandet tänkas framträda, att det i den svenska materiella regeln tillbakasetta intresset enligt denna regel framstår såsom skyddat genom särskilda bestämmelser, vilka sakna motsvarighet i den utländska rätten, resp. genom en annan avvägning än i denna av den intressekonflikt rättsregeln avser att lösa. Därest på grund härav den företagna omprövningen ger till resultat, att den utländska rätten i särskilda fall skulle alltför mycket ledera fundamentala svenska intressen, dessa må kunna betecknas såsom vidrörande ordre public eller icke, bör i dessa fall en tillämpning av den utländska rätten avböjas, i motsatt fall åter erkännas såsom befogad.

Är åter svenskt intresse icke implicerat å någondera sidan, har man att söka träffa valet av tillämplig lag uteslutande med hänsyn till att detta, så långt det är möjligt, skall tillgodose det särskilda intresse *lex fori* med sina interna regler på det

ifrågavarande området åsyftar att särskilt skydda och tillgodose. Därvid uppstår frågan, huru detta skall åstadkommas; till denna fråga, som torde vara att besvara på olika sätt i olika fall, få vi tillfälle att återkomma i det följande.

Allt det nu sagda förutsätter, att ett visst intresse verkligen kan påvisas såsom speciellt skyddsobjekt enligt den svenska interna rättsregeln på det ifrågakommande området. I de talrika fall, då detta icke låter sig göra, ställer sig saken helt annorlunda. Detta är händelsen särskilt beträffande de obligationsrättsliga reglerna men även beträffande bland annat många regler på familjerättens område. För dylika fall synes det knappast möjligt att påvisa någon vägledande synpunkt av allmänare räckvidd. Visserligen kunde det måhända ifrågasättas, att man, i brist på säkra hållpunkter för tillämpningen av utländsk lag, skulle tillämpa svensk rätt. Detta skulle dock vara en dålig nödfallsutväg, även om man inskränkte sig därtill för de fall, då svenskt intresse är i fråga på någondera partsidan. För ett avgörande enligt en sådan linje skulle det säkerligen icke heller vara möjligt att vinna internationell förståelse. Trots de påtagliga svårigheterna för att icke säga omöjligheten att ernå ett rationellt motiverat avgörande måste man även i dylika fall försöka fastställa den rättsordning, till vilken det föreliggande rättsförhållandet i det hela taget synes närmast anknutet. I någon ringa mån kunna väl synpunkter av samma slag som de ovan utvecklade därvid stundom tagas till ledning; och vad särskilt obligationsrättsliga förhållanden angår, kan man i avsevärd utsträckning nå förnuftiga resultat genom att göra bruk av den omdebatterade principen om »viljans autonomi». Men i regel måste avgörandet i dessa fall komma att träffas efter ett fullständigt fritt skön, för vilket några allmänna riktlinjer icke kunna angivas.¹

¹ Jmfr HD:s dom i det s. k. guldklusulmålet NJA 1937 s. 1.

KAP. 1.

Principiell diskussion.

Frågan om barnets rättsliga ställning i förhållande till sina föräldrar bedömes i nutida kultursamhällen i allmänhet allt fortfarande mer eller mindre olika, allteftersom barnet har eller saknar äktenskaplig börd. Svaret på frågan om bördens åter utfaller mycket olika, allteftersom man har att lägga till grund det ena eller andra landets materiella rättsregler.

Avgörande blir i första hand, huruvida barnets föräldrar äro eller varit med varandra förenade i ett giltigt äktenskap. Besvaras denna fråga jakande, uppkommer i andra hand frågan, huruvida den presumtion för faderskap, som äktenskapet regelmässigt medför, kan brytas och i så fall under vilka förutsättningar detta kan ske, i vilket avseende det bland annat kommer an på vilka regler som äro att tillämpa beträffande frågorna om den avgörande konceptionstiden, om innebörden av gällande bevispresumtioner, om förutsättningarna för en bördprocess med avseende å partshabilitet, preskriptionsfrister m. m., om betydelsen av faderskaps erkännande o. s. v. Gives åter ett nekande svar på frågan, huruvida barnets föräldrar varit gifta, d. v. s. är barnets utomäktenskapliga börd otvivelaktig, får en bördprocess regelmässigt formen av en talan om fastställande av faderskap eller (enligt vissa utländska rättsordningar)¹ av moderskap. I dylikt fall kommer det an på huruvida sådan talan över huvud är medgiven, och i jakande fall kommer avgörandet att bero av de presumtions- och bevisningsregler, som bliva att tillämpa, exempelvis de presumtionsregler som gälla beträffande konceptionstiden, huruvida exceptio plurium tillåtes, vem som har rätt an-

¹ Så enligt code civil art. 334 och 342, som för att en kvinna skall betraktas som moder till visst barn fordrar antingen ett moderns i viss form avgivna erkännande av barnet eller moderskapets fastställande i en av barnet mot modern anställd rättegång. Motsvarande ordning återfinnes i åtskilliga av code civil influerade lagar.

ställa talan, betydelsen av faderskaps resp. moderskaps erkännande m. m.

I alla dessa hänseenden blir det, när de till bedömande föreliggande faktiska omständigheterna — faderns, moderns och barnets nationalitet och domicil m. m. — innefatta anknytning till två eller flera olika rättsordningar, av vikt att avgöra, vilken rättsordning som bör fälla utslaget beträffande frågan om börd.

I och med att de nu nämnda bördfrågorna besvarats är emellertid, när det gäller internationella föräldraförhållanden, frågan om barnets rättsliga ställning till föräldrarna ännu icke avgjord. Det återstår att bestämma den rättsordning, som har att reglera rättsverkningarna av det fastslagna föräldraförhållandet i fråga om vårdnad och förmynderskap, underhållsskyldighet, arvsrätt, namnrätt m. m. Också i dessa hänseenden komma de moment, vilka medföra föräldraförhållandets anknytning till olika rättsordningar, att giva upphov till frågan, vilken av dessa rättsordningar som skall vinna tillämpning.

Beträffande de flesta av nu antydda internationellt privaträttsliga kompetensfrågor saknas allttjämt i svensk rätt bestämmelser. Då emellertid dessa frågor i våra dagar med rådande livliga samfärdsel mellan folken och därmed följande internationella äktenskapliga och utomäktenskapliga förbindelser blivit av en icke ringa betydelse, skall i det följande ett försök göras att i enlighet med de i inledningen utvecklade principiella synpunkterna fastställa vad som i berörda hänseenden kan antagas gälla såsom svensk internationell privaträtt.

I. Beträffande det grundläggande spørsmålet, enligt vilken huvudprincip man har att bestämma tillämpligt statut vid bördfrågor och därmed sammanhängande spørsmåls internationellrättsliga bedömande, råder inom främmande lagstiftning, rättspraxis och doktrin i stort sett enighet. Dylika frågor taga direkt sikte på en viss persons status, och deras lösnande skall bilda utgångspunkten för bestämmande av ett släkträttsligt eller quasisläkträttsligt förhållandes rättsverkningar. De utgöra därför typiska exempel på sådana frågor, för vilka *personalstatutet* bör vara generellt bestämmande och

hava också alltsedan statutteoriens uppkomst anförts såsom dylika exempel.

Likväl råder icke ens beträffande detta grundläggande spörsmål någon fullständig enighet. Även högt ansedda författare¹ hävda åsikter, enligt vilka i större eller mindre utsträckning *lex fori* bör erkännas såsom generellt bestämmande statut. Sålunda har beträffande fransk rätt av VALÉRY² hävdats, att fransk lag alltid vore tillämplig vid fransk domstols bestämmande av bördens för barn, som fötts i Frankrike, vare sig barnets föräldrar vore franska eller icke. Såsom teoretisk grundval för ifrågavarande ståndpunkt har gjorts gällande, att det måste tillkomma fransk lag att bestämma konsekvenserna av varje *faktum*, vilket inträffar å franskt territorium, alltså även konsekvenserna av ett barns födelse å sagda territorium. Detta argument innefattar dock tydligen ingen bevisning utan utgör blott en *petitio principii*;³ vad som skulle bevisas vore varför just det ifrågavarande anknytningsmomentet, faktums inträffande å visst territorium, skall framför alla andra, bland dem framför allt de ifrågakommande personernas nationalitet eller domicil, tillmätas avgörande betydelse. I detta hänseende har VALÉRY visserligen bl. a. anført, att en person icke, under åberopande av sitt hemlands lag, kunde få »se soustraire aux obligations qu'il a contractées en contribuant à mettre un enfant au monde» (kurs. här). Bortsett från att det i denna sats antydda obligationsrättsliga betraktelsesättet icke kan hava någon tillämpning å ett släkträttsligt spörsmål, måste man mot detta argument invända, att icke heller det innefattar mer än ett obevisat påstående, nämligen att ingångna förpliktelser bedömas enligt *lex loci contractus*. Mera reson ligger det i det jämväl anförda argumentet, att *lex fori* bör vara bestämmande för frågan om bördens, eftersom det tillkommer denna lag att giva sådana bestämmelser, som erfordras för beredande av skydd och omvårdnad åt alla på territoriet födda barn. Även detta argument till förmån för *lex fori* är visserligen för-

¹ SAVIGNY och ett flertal andra av VON BAR s. 557 not 6 och WALKER s. 777 not 1 citerade förf.; VALÉRY nr 84; jmf. ock WINROTH s. 164 ff. samt Lagberedningen II s. 22 ff., GAARDER s. 93 ff. m. fl. — Av hithörande lagar kan noteras FIFL 21 §, som beträffande rätten till underhållsbidrag anger *lex fori* som avgörande; jmf. EG Art. 21.

² VALÉRY a. st.

³ Jmf. ARMINJON nr 43.

felat; det är å ena sidan för inskränkt, i den mån det allenast tager sikte på barn, *födda* på territoriet, å andra sidan för vidsträckt, i den mån det skall motivera en mera *allmän* regel om företräde för *lex fori*;¹ därför att vissa frågor om omvårdnad etc. böra bedömas enligt *lex fori*, är det ingalunda givet, att andra frågor rörande barns anspråk mot föräldrar böra bedömas enligt denna lag. Argumentet ifråga innehåller emellertid en kärna av sanning så till vida, som det pekar på att främmande lags tillämpning kan vara utesluten av det skäl, att viktiga inhemska rättsprinciper därigenom skulle kränkcas.

Att ett eljest tillämpligt personalstatut kan få vika för *lex fori*, när detta motiveras av hänsyn till vad man plägar beteckna *l'ordre public international*, erkännes ju allmänt, d. v. s. internationalitetsgrundsatsens tillämpning begränsas genom varje lands förbehåll om undantag till förmån för inhemska rättssatser, berörande moraliska, religiösa, sociala eller ekonomiska principer, vilkas åsidosättande på territoriet icke kan tolereras. Frågan huruvida *l'ordre public* kräver tillämpning av *lex fori* är emellertid sålunda en fråga om tillämpningen av en undantagsregel.² På olika rättsområden har denna undantagsprincip olika vidsträckt tillämpning. Givet är att särskilt på familjerättens område och icke minst på den del därav, som intresserar oss, det ofta skall finnas anledning att ur angivna synpunkt överväga, huruvida tillämpningen av en främmande lag kan medges eller icke. Därav får man dock icke låta förleda sig att göra ifrågavarande undantagsregel till huvudregel. Tvärtom bör, såsom de flesta hävda, begreppet *l'ordre public* begagnas med största försiktighet. Att bestämma gränserna för personalstatutets tillämpning på förevarande område med hänsynstagande till *l'ordre public* utgör en av de huvuduppgifter det i det följande gäller att söka bemästra. Trots vad man icke sällan anfört³ rörande existensen av en *ordre public international* i egentlig mening, d. v. s. vissa för alla länder gemensamma tvingande regler, är det uppenbart, att antydda uppgift

¹ Mot en dylik regel kan man för övrigt de lege ferenda med ARMINJON s. a. st. invända, att den skulle »supprimer la stabilité et la permanence, caractères essentiels du statut personnel, en faisant varier l'état des personnes, leurs liens de famille et de parenté au gré des déplacements».

² Annorlunda dock enligt PILLET nr 37 bis, vilken uppställer begreppet »ordre public» som den ena stödpejaren för den internationella privaträtten vid sidan av begreppet »protection individuelle».

³ Se fr. a. PILLET nr 33.

icke kan lösas utan hänsynstagande till varje särskilt lands speciella rättsordning, d. v. s. för oss skall det gälla att fastställa vad som är svensk ordre public.

Såsom ett skäl för att lex fori bör anses kompetent har man även åberopat,¹ att frågan om fastställande av en persons börd vore en fråga om bevisningen av visst faktum och på den grund, liksom i allmänhet processrättsliga frågor, borde vara underkastad lex fori. Icke heller detta skäl till förmån för sistnämnda lag kan emellertid anses tillräckligt bärande. I själva verket innefatta nämligen, såsom av det följande² skall framgå, de åsyftade reglerna icke processuella utan materiella rättssatser.

Fasthåller man vid personalstatutet såsom generellt bestämmande för hithörande spörsmål, så är emellertid därmed enligt nutida internationell privaträtt utgångspunkten ännu icke entydigt bestämd: personalstatutet bestämmes antingen enligt civitetsprincip eller enligt domicilprincip. I Sverige är personalstatutet otvivelaktigt att bestämma enligt förstnämnda princip. Allteftersom nu en hithörande fråga avgöres i ett land med civitetsprincip eller i ett land med domicilprincip, är det tydligen möjligt, att den erhåller olika svar, trots att enighet råder om själva den principiella utgångspunkten. Såsom ett remedium till botande av denna brist har den internationellt privaträttsliga doktrinen och framför allt rättspraxis samt i viss utsträckning även lagstiftningen i flera länder anvisat den s. k. återförvisningsgrundsatsen (renvoi). Såsom dylikt remedium betraktad måste emellertid denna grundsats, såsom man i otaliga undersökningar av densamma på ett övertygande sätt bevisat,² anses fullständigt förfelad. Detta hindrar emellertid icke, att domaren i ett visst land i en kompetenskonflikt kan hava viss anledning att beakta icke blott det egna landets kompetensregler utan även ett eller kanske flera andras motsvarande regler. Ett exempel härpå erbjuda de internationella adop-

¹ Jmfr WEISS, *Traité* s. 13 f. med hänvisn., *Lagberedningen II* s. 23 överst, GAARDER s. 99 under c).

^{1a} Se nedan s. 59 f.

² Se bland svenskspråkiga undersökningar EKSTRÖM s. 161 ff, UNDÉN, *Återförvisningsläran i internationell privaträtt* (i SvJT 1922 s. 246 ff), BAGGE, *Les conflits des lois en matière de contrats de vente de biens meubles corporels*, Paris 1929, s. 91 ff, samt MALMAR, *Återförvisningsläran ännu en gång* (i *Festskrift tillägnad Erik Marks von Würtemberg*, Stockholm 1931, s. 410 ff); jmfr däremot REUTERSKIÖLD s. 36 ff och RAMEL, *Studier i svensk internationell arvsrätt*, Uppsala 1930, s. 55 ff.

tivförhållandena.¹ Anledning till dylikt hänsynstagande föreligger över huvud då det rättsliga avgörandet kommer att sakna avsedd verkan, därest det icke träffats i överensstämmelse med de internationellt privaträttsliga regler, som gälla i visst annat land, exempelvis det, där detsamma skall exekveras eller läggas till grund för andra rättsliga avgöranden. I vad mån anledning till dylikt hänsynstagande föreligger, torde man emellertid böra undersöka för varje särskilt fall för sig.²

Vanskelig kan från civitetsprincipens utgångspunkt frågan om personalstatutets fastställande te sig, därest den person, vars personliga statut skall tillämpas, icke alls eller i varje fall icke med säkerhet erkännes såsom medborgare i något land eller tvärtom betraktas såsom medborgare i flera länder.

Är det otvivelaktigt, att en person saknar medborgarskap, vare sig han aldrig haft något eller han berövats ett tidigare medborgarskap, kan såsom anknytningsmoment vid personalstatutets bestämmande ifrågakomma antingen hans domicil, det tillfälliga eller det genom födelsen förvärvade, eller ock, så vitt angår sådana statslösa, som förlorat sitt medborgarskap, detta förutvarande medborgarskap. Sistnämnda alternativ, vilket är den tyska lagens, torde, såsom man framhållit,^{2 a} knappast kunna anses fullt tillfredsställande; i åtskilliga fall kommer man nämligen vid ett så konsekvent fasthållande vid medborgarskapsprincipen faktiskt i strid med den för denna grundläggande synpunkten, att medborgarskapet är en garanti för en intim och varaktig anknytning till viss stats rättsordning. Naturligare är ur denna synpunkt att i dylikt fall lita till domicilet, eventuellt en fastare uppehållsort, såsom sekundärt anknytningsmoment bestämmande personalstatutet. Denna ståndpunkt har svensk rättspraxis intagit.³ Samma ståndpunkt bör väl då rimligen vinna tillämpning i fall av ovisshet beträffande en persons medborgarskap.

¹ Se HASSLER, s. 11 f.

² Återförvisningsläran har i svensk rätt, på grundval av bestämmelser i 1902 års giftermåls- och skillnadskonventioner, adopterats i IÄL 1: 2 st. 1 och 2: 1 samt, på grundval av 1930 års växelrättskonvention och 1931 års checkrättskonvention, upptagits i 1932 års växellag 79 § 2 st. och 1932 års checklag 58 § 2 st. I rättspraxis har den vunnit tillämpning i en arvstvist (NJA 1919 s. 546) men åter avvisats i en dylik tvist genom ett avgörande av HD in pleno (NJA 1939 s. 96).

^{2 a} Se t. ex. WOLFF s. 29 med hänvisningar samt MELCHIOR s. 449 not 1.

³ Se NJA 1914 s. 305.

Vad åter angår en person med flera medborgarskap, så löser sig frågan utan vidare, därest denne genom ett av dessa medborgarskap är knuten till *lex fori*; i dylikt fall gör *lex fori* anspråk på exklusiv giltighet, och hänsyn tages icke till övriga medborgarskap. Innefattar åter intet av medborgarskapen anknytning till *lex fori* är avgörandet tvivelaktigt. Någon mera bestämd allmängiltig regel torde utan stöd av lag knappast kunna hävdas, utan avgörandet får träffas *in casu* med beaktande av de faktiska omständigheter, vilka kunna anses innefatta en mera intim anknytning till viss stat. Merendels torde i detta hänseende domicilet böra tillmätas avgörande betydelse, men undantagsvis får man måhända i stället beakta andra omständigheter, exempelvis det senast frivilligt förvärvade medborgarskapet o. s. v. Någon enighet i doktrinen beträffande dessa frågor föreligger icke.¹ I svensk praxis hava de icke ännu kommit till avgörande.

II. Utgår man i enlighet med det ovan utvecklade från personalstatutet såsom generellt tillämpligt beträffande frågor om barns börd samt barns och föräldrars inbördes rättsförhållanden är emellertid därmed spörsmålet, vilket lands lag som vid dessa frågor avgörande bör läggas till grund, allenast preliminärt besvarat. Många vanskliga frågor återstå. Till en början är att taga i betraktande, att den antagna huvudprincipen i särskilda fall kan böra vidkännas undantag. Särskilt i den mån

¹ I det av Haagkonferensen år 1928 utarbetade förslaget till konvention angående konflikter mellan lagar och jurisdiktioner rörande arv och testamente upptogs regler beträffande förevarande spörsmål, enligt vilka, då den avlidne var medborgare i flera fördragsslutande stater, såsom hans hemlands lag skulle anses lagen i den av dessa stater, i vilken han hade »résidence habituelle» eller, om han saknade sådant, där han hade »résidence», dock att envar stat, i vilken han var medborgare, ägde rätt att betrakta honom såsom medborgare uteslutande i denna stat; se Betänkande med förslag till lag om internationella rättsförhållanden rörande arv, testamente och boutredning m. m. (1936) s. 58. — Att i första hand domicilet och i andra hand den faktiska uppehållsorten bör tillmätas betydelse har ock föreslagits av Institut de droit international vid dess konferens i Oslo (1932); se WOLFF s. 29. Vid en folkrättskonferens i Haag 1930 föreslogs åter en regel, enligt vilken företrädet mellan flera medborgarskap skulle bestämmas efter val mellan det medborgarskap, som vore förbundet med den vanliga uppehållsorten och det, med vilket personen ifråga efter omständigheterna faktiskt framstode såsom närmast förbunden; se MELCHIOR s. 448, som själv ansluter sig till denna åsikt; jmf. ock WOLFF s. 29. — Se i övrigt den översikt över olika i tysk doktrin framlagda åsikter, vilken MELCHIOR ger o. a. st. not 4.

fråga blir om rättigheter med avseende å förmögenhet, framför allt fast egendom, uppstår det från statutläran kända spörsmålet, huruvida icke den genom egendomens befintlighet inom visst land skapade anknytningen till detta uppväger den personliga anknytningen till ett annat land. Och även i övrigt kan det bliva nödvändigt att göra undantag från huvudprincipen. Såsom konkurrerande med personalstatutet kan bland annat ifrågakomma *lex fori*, i den mån denna rättsordnings ordre *public* kräver beaktande eller det gäller att tillämpa process- eller förvaltningsrättsliga regler, samt *lex loci actus*, i den mån fråga kan uppstå rörande viss rättshandlings form, exempelvis formen för erkännande av utomäktenskapligt barn, formen för legitimation av sådant barn o. s. v. Dylika frågor skola vi längre fram i många fall hava att taga i betraktande.

Även i den mån enligt huvudprincipen personalstatutet skall läggas till grund för olika avgöranden, kunna emellertid svårigheter att bestämma tillämplig lag uppstå. Det blir fallet därest barnets fader och moder lyda under skilda personalstatut eller därest barnet har annat personalstatut än föräldrarna eller, när dessa hava olika personalstatut, annat personalstatut än fadern. I dylika fall uppstår frågan, vilket eller möjligen vilka av de ifrågakommande personalstatuten som bör läggas till grund för avgörandet. Detta utgör en inom den internationellt privaträttsliga doktrinen alltså omstridd fråga.

Beträffande själva problemläget är att märka, att sagda fråga aktualiseras huvudsakligen då det gäller utomäktenskapliga barns rättsställning och fastställande av faderskap. I dylika fall inträffar det givetvis icke sällan, att modern och barnet, vilket regelmässigt ifråga om medborgarskapet följer modern, tillhöra ett annat land än fadern. Gäller tvisten åter en fråga, huruvida ett barn har äktenskaplig börd eller icke, blir utgångsläget för den internationellt privaträttsliga kompetensfrågans bedömande ett helt annat. I sådana fall är det regelmässigt icke möjligt att a priori fastställa ett personalstatut för barnet, som avviker från faderns. I den mån medborgarskapet bestämmes enligt härstamningsgrundsatsen blir ju regelmässigt barnets ställning i medborgarskapshänseende beroende av frågan om dess börd inom eller utom äktenskapet, och man kan sålunda vid avgörandet av bördfrågan omöjligen utgå från

något antagande beträffande barnets nationalitet; ett sådant resonemang skulle innebära en *circulus vitiosus*.¹

I den mån alltjämt i vissa länder nationaliteten bestämmes i enlighet med *jus soli* kan emellertid ovan nämnda problemläge undantagsvis aktualiseras även i en tvist angående äktenskaplig börd, ty under denna förutsättning kan tydligen barnet hava sin från början självständigt givna nationalitet, vilken kan avvika från den påstådda faderns. Så till exempel om det är fråga om ett barn, fött i Brasilien av brasiliansk moder, vilken är eller varit gift med en engelsman; såväl enligt brasiliansk som enligt engelsk lag anses barnet under dessa omständigheter, vare sig det fötts i eller utom äktenskap, bliva av brasiliansk nationalitet. Dylika fall äro emellertid relativt sällsynta;² i varje fall skola de icke särdeles ofta kunna komma under bedömande vid svenskt forum. Som regel är man således, då det gäller att avgöra en fråga om äkta börd, hänvisad att

¹ ZITELMANN s. 845 drager härav konsekvensen, att man vid avgörande av frågan om ett barns äktenskapliga börd icke kan taga någon hänsyn till barnets personalstatut utan måste utgå från att barnet i det ögonblick, då dess härstamning bestämmes, logiskt taget ännu saknar eget personalstatut. Denna konsekvens torde vara praktiskt ofrånkomlig. Huruvida den kan, på det sätt ZITELMANN (s. 845 f) försöker, logiskt bringas i samklang med dennes huvudtes, att hänsyn måste tagas till *samliga* implicerade personers personalstatut, synes däremot minst sagt tvivelaktigt. — Ur logisk synpunkt än mera tvivelaktigt är det sätt, på vilket man i engelsk doktrin anser sig kunna komma till rätta med nu berörda vanskligheter. Avgörande för frågan om ett barns äkta börd är enligt engelsk rätt barnets »domicil of origin». Därmed ställes man inför frågan, hur detta domicil skall bestämmas, när barnets föräldrar hava olika personalstatut. Enligt en allmän åsikt är i dylikt fall faderns personalstatut vid barnets födelse bestämmande. Detta innebär uppenbarligen ett godtagande av det ovan berörda cirkelresonemanget. Att det godtages beror emellertid icke på att man förbiser det ologiska i resonemanget. Tvärtom framhåller t. ex. CHESHIRE s. 292, att man kan göra den invändningen, att »the question of legitimacy has been begged, since an illegitimate child has no father in the eye of the law». Men denna invändning avfärdas av CHESHIRE med reflexionen, att vid barnets födelse moderns domicil måste antagas sammanfalla med faderns, i det, »if a woman lives with a man on the footing that she is his wife, she acquires and retains a *de facto* domicil in the country of his domicil . . .». Ett typiskt engelskt resonemang, som understödjes med en för engelsk doktrin lika typisk reflexion: »Practicability must not be sacrificed to theory.»

² I Europa härskar *jus soli* huvudsakligen blott i England. Dock utgör denna grundsats ett av inslagen även i exempelvis Frankrikes medborgarskapslagstiftning, ehuru den dock där icke är genomförd i sådan utsträckning, att ett barns nationalitet under alla förhållanden kunde bestämmas oberoende av dess härstamning. I viss, icke alltför obetydlig utsträckning kan emellertid sålunda enligt fransk lag ett i Frankrike fött barn redan genom födelsen och helt självständigt förvärva fransk nationalitet; så t. ex. blir ett barn, som har fötts i Frankrike av fransk moder, liksom ett i Frankrike fött barn, som har en fader, vilken själv är född i Frankrike, att anse som fransk medborgare, även om fadern är utländsk medborgare; se t. ex. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE s. 415.

bestämma det tillämpliga personalstatutet utan att taga hänsyn till möjligheten av att barnet kunde hava annan nationalitet än fadern. Med hänsyn härtill blir därför också problemläget i dylika fall i regel ett helt annat än då det gäller frågor om barn utom äktenskap.

Att härav skall följa avsevärda inbördes skiljaktigheter i de båda nämnda frågornas bedömande förefaller a priori sannolikt. Likaså kan utan vidare synas givet, att vardera frågan bör behandlas för sig. Då emellertid, såsom av det sagda framgår, det icke är uteslutet att, även då det gäller en fråga om äkta börd, de implicerade parterna, framför allt barnet och dess presumtive fader, från början hava olika nationalitet, skall tills vidare vid den principiella diskussionen av här ifrågakommande kompetensspörsmål såväl frågor om äkta börd som frågor om utomäktenskaplig börd inbegripas i undersökningen. Tydligt är emellertid av det sagda, att denna undersökning dock i främsta rummet kommer att vara av intresse med hänsyn till frågan om utomäktenskaplig börd.

Få frågor inom den internationella privaträtten torde hava givit anledning till en sådan mångfald av olika åsikter som spörsmålet, huru i en bördprocess det tillämpliga statutet bör bestämmas, då parterna (regelmässigt alltså barnet och dess presumtive eller påstådde fader) äro av olika nationalitet.

Så vitt angår frågan om tillämpligt statut i en process om *äkta* börd råder visserligen relativ enighet. Tämlichen allmänt antages i dylika fall faderns personalstatut, d. v. s. antingen hans *lex patriae*¹ eller hans *lex domicilii*,² böra vara bestämmande, oavsett huruvida modern eller barnet lyda under annat statut. Åtskilliga författare hävda emellertid, att, vid konkurrens mellan faderns och barnets statut, det senare bör vara bestämmande,³ åter andra anse att i dylika fall både faderns och barnets statut böra komma i betraktande och tillämpas

¹ Så t. ex. enligt tysk lag: EG Art. 18; FRANKENSTEIN s. 10, WOLFF s. 133, LEWALD s. 129, NUSSBAUM s. 172, WALKER s. 777; PILLET nr 310, NIBOYET nr 645, SURVILLE nr 305, POULLET nr 387 (se även VALÉRY nr 806); jmf. WINROTH s. 160.

² Så enligt engelsk rätt, se CHESHIRE s. 287 ff, 292; likaså enligt dansk rätt, se BORUM, Personalstatutet, s. 499, Lovkonflikter s. 11; så ock VON BAR s. 534. Jmf. WINROTH s. 160 f.

³ Så DESPAGNET nr 270, WEISS, Traité s. 27, Manuel s. 533, LEREBOURS-PIGEONNIÈRE nr 349.

kumulativt.¹ Undantagsvis har även hävdats, att moderns personalstatut, närmare bestämt hennes domicillag, borde tillämpas.² Härtill komma slutligen de, vilka anse lex fori i dessa fall exklusivt tillämplig.³

Så vitt det åter är fråga om fastställande av faderskap till barn *utom* äktenskap, något som framför allt blir av praktisk betydelse i en process om skyldighet för den påstådde fadern att utge underhållsbidrag, framträder den åsyftade meningsbrytningen i all sin mångfald. För dylika fall är det icke möjligt att ens angiva någon åsikt såsom härskande. Också här möter åsikten, att den påstådda faderns personalstatut, enligt vissa åsiktsvarianter hans lex patriae,⁴ enligt andra hans lex domicilii,⁵ bör betraktas som avgörande. Häremot hävdas å andra sidan, att avgörandet bör lämnas åt barnets personalstatut, d. v. s. dess lex patriae⁶ resp. dess lex domicilii.⁷ En annan skiljelinje markeras av dem, som vilja tillämpa såväl faderns som barnets lag, kumulativt.⁸ Härtill komma de tämligen allmänt omfattade åsikter, enligt vilka moderns statut förklaras bära vara antingen ensamt bestämmande⁹ eller

¹ ZITELMANN s. 861, ARMINJON nr 44, KLEEN s. 126.

² STOBBE, Handbuch des deutschen Privatrechts I 2. Aufl., Leipzig 1882 § 35.

³ Se ovan s. 21 f.

⁴ PILLET nr 325, NIBOYET nr 649, SURVILLE nr 306, VALÉRY nr 806 (dock med väsentlig begränsning till förmån för lex fori); FRANKENSTEIN s. 107, WALKER s. 806 (med viss modifikation), ZITELMANN, s. 909, som dock anser även »das Recht des Ortes, wo der Beischlaf vollzogen ist», alternativt kunna komma ifråga.

⁵ Så enligt schweizisk rätt, NAG Art. 2, 28 och 32; se SCHNITZER s. 20, 215, WOLFF s. 136; likaså enligt dansk rätt, se BORUM, Personalstatutet s. 503, Lovkonflikter s. 111 (jmf. emellertid Lagberedningen II s. 22); likaså REUTERSKIÖLD s. 192.

⁶ Så enligt fransk rättspraxis, som dock är något vacklande; se LEREBOURS-PIGEONNIÈRE nr 349 s. 416 not 1, som finner denna ståndpunkt bäst motiverad; likaså WEISS, Traité s. 54 f, Manuel s. 536, under förutsättning att ingendera partens lag innehåller förbud mot talans anställande. Jmf. DESPAGNET nr 274 samt KLEEN s. 127 f, som för svensk rätts del adopterat WEISS' lära. Se ock WINROTH s. 167 jmf. m. s. 164 ff, som för vissa fall anser barnets lag avgörande; se närmare nedan s. 87 not 1; jmf. vidare FIFL 21 §. För barnets personalstatut uttalar sig också de lege ferenda WOLFF s. 136, PETERS s. 49 f.

⁷ Så, ehuru med många modifikationer, varom vidare nedan, GAARDER s. 93 f, 97, 99, 101 (jmf. emellertid Lagberedningen II s. 22).

⁸ Så enligt italiensk rättspraxis och doktrin; se t. ex. RÉPERTOIRE T. 6 s. 517 f nr 154 samt WEISS, Traité s. 17 ff med hänvisn. Likaså enligt äldre fransk rättspraxis; se t. ex. NIBOYET nr 649. Så ock ARMINJON nr 44—45, POULLET nr 392.

⁹ Så enligt tysk rätt (EG Art. 21); jmf. beträffande norsk rätt GAARDER s. 92 ff, särsk. s. 97 samt Norges Høiesterett i ett rättsfall i Norsk rettstidende 1933 s. 649; jmf. även VON BAR s. 557 ff.

ock avgörande vid sidan av barnets statut.¹ Uppmärksamhet tilldrager sig vidare alltjämt den här icke sällan framställda uppfattningen, enligt vilken, enär ett utomäktenskapligt lägersmål vore ett brott, det därur framgående barnets rättsställning i enlighet med *lex loci delicti commissi* borde bestämmas av den å platsen för lägersmålet gällande lagen.² Närbesläktad är åsikten, att sistnämnda lag bör vara avgörande så till vida, att den bestämmer gränsen för barnets möjliga anspråk, vilket i första hand och principiellt, såsom grundat på en lag med syfte att åstadkomma varaktigt skydd för barnet, bestämmas av moderns personalstatut.³ Slutligen framträder på detta område med särskild styrka även den uppfattningen, att avgörandet uteslutande eller åtminstone i viss utsträckning tillkommer *lex fori*.⁴

Att så många olika åsikter beträffande nu ifrågavarande spörsmål kommit till uttryck beror i väsentlig mån på bristande enighet ifråga om den principiella utgångspunkten för detta spörsmåls bedömande. Redan i det föregående har berörts hurusom de finnas, vilka i frågan om en persons äktenskapliga eller utomäktenskapliga börd framför allt se ett spörsmål, vars behandlande och lösande inom varje land på det intimaste sammanhänger med och berör moraliska föreställningar och inställningar i landet ifråga; och det har framhållits, att från en sådan utgångspunkt kompetensfrågan alltid måste komma att avgöras till förmån för *lex fori*. Här ligger utgångspunkten för den hävdade åsikten i öppen dag. Övriga teoriers utgångspunkter äro däremot ofta mindre klara. Vissa avgörande skilljelinjer i det principiella betraktelsesättet kunna emellertid även ifråga om dem utan större svårighet fastställas.

¹ Så enligt polsk rätt; se WOLFF s. 136.

² Denna åsikt var särskilt vanlig i äldre doktrin och rättspraxis; se hänvisningar t. ex. hos VON BAR s. 557 not 6, WALKER s. 802 not 14. Jmfr beträffande svensk rättspraxis NJA 1915 s. 1. I amerikansk rätt lär ifrågavarande synpunkt alltjämt vara bestämmande; se WHARTON s. 575; jmfr RESTATEMENT § 454 ff.

³ Så VON BAR s. 538, som f. ö. anser, att hänsyn skall tagas även till *lex fori*. Jmfr den ståndpunkt tysk lag (EG Art. 21) intager genom att bestämma, att ett utomäktenskapligt barn i Tyskland icke kan göra gällande anspråk, sum gå längre, än tysk lag medgiver.

⁴ Så principiellt bl. a. SAVIGNY och ett fleral andra av VON BAR s. 557 not 6 citerade förf.; jmfr beträffande tysk rätt nästföregående not. Likaså VALÉRY nr 804, så vitt fråga är om barn födda i Frankrike eller barn till franska föräldrar. För *lex fori* såsom generellt tillämplig norm beträffande utomäktenskapliga barns underhållsanspråk uttalar sig också Lagberedningen II s. 22; jmfr WINROTH s. 164 ff samt FIFL 21 §.

En sådan avgörande skiljelinje går mellan å ena sidan de teorier, vilka utgå från att frågan om en persons börd tager sikte på ett spörsmål, vilket får betydelse allenast såsom prejudice-rande en vidsträcktare fråga om innebörden och rättsverkningarna av den ifrågavarande personens rättsförhållande till en annan,¹ å andra sidan den teori, vilken hävdar att bördfrågan är en helt självständig fråga, vilken bör avgöras ensam för sig utan sammanblandning med frågan, vilka rättsverkningar, som kunna följa av dess avgörande i ena eller andra riktningen.² Sistnämnda teori utgår från att i en bördprocess »il s'agit de prouver un fait, et non d'en régler les conséquences ... Tant que cette preuve n'a pas été faite ... les parties sont étrangère l'une à l'autre, elles ont des statuts personnels bien distincts et il n'y a aucune raison de préférer celui du père ou celui du fils.»³ Resultatet blir med andra ord, att såväl faderns som barnets personalstatut skall tillämpas och att således det av dessa, som uppställer de strängaste förutsättningarna för ett bifall till barnets talan, kommer att bliva bestämmande.

Denna teori kan måhända vid första påseende synas övertygande. Det kan synas obestridligt, att frågan huruvida en person är far till ett barn, som fötts av hans maka eller av någon annan, utgör en fråga om fastställandet av vissa fysiologiska fakta. Vid närmare betraktande ter sig emellertid frågan på annat sätt. Vore det allenast fråga om att bevisa dylika faktiska omständigheter, borde följden härav i själva verket bliva, att denna fråga bedömdes på samma sätt som alla andra bevisfrågor: *lex fori* skulle med andra ord uteslutande efter egna bevisregler ha att avgöra, om tillräcklig bevisning för faktum ifråga föreläge. I verkligheten kan ju emellertid en dylik bevisning endast undantagsvis åstadkommas, och med hänsyn härtill har till grund för avgörandet av bördfrågor enligt alla länders rättsordningar måst läggas vissa rättsregler, innefattande s. k. *presumtioner*, framför allt regeln »*pater est quem nuptiae demonstrant*» samt vidare vissa regler angående

¹ Så framför allt med utförlig motivering ZITELMANN s. 805 ff samt vidare mer eller mindre klart ett flertal av övriga ovan anförda förf., exempelvis NIBOYET nr 649 bis, LEWALD s. 144 o. särsk. s. 147, WOLFF s. 137 m. fl.

² Se t. ex. särskilt klart ARMINJON nr 45; jmf. NIBOYET nr 649 bis. Jmf. även beträffande italiensk rätt RÉPERTOIRE T. 6 s. 517 f. nr 154.

³ ARMINJON s. a. st.

den konceptionstid, varmed man bör räkna, angående tillåtligheten av eller förbud mot *exceptio plurium* o. s. v. Fastställandet av en persons börd innefattar med andra ord i de flesta fall icke ett konstaterande eller ett negerande av ett fysiologiskt fastställbart faktum utan i stället tillämpningen av vissa rättsregler, olika i olika länder, vilka liksom vanliga materiella rättsregler hava den innebörden, att domaren, när vissa fastställbara, i själva verket blott sekundära fakta konstaterats, på grund därav fastställer existensen av ett visst *rättsligt tillstånd* (status), benämnt äktenskaplig börd resp. utomäktenskaplig börd och innefattande vissa bestämda *rättsverkningar*.¹

Med det sagda torde hava ådagalagts, att utgångspunkten för den nu kritiserade teorien icke är hållbar och att denna därför kan lämnas åsido. I själva verket fasthållas sagda utgångspunkt icke heller ens av teoriens egna anhängare; om så vore fallet skulle de tydligen såsom antytt komma till slutsatsen, att *lex fori* såsom bestämmande alla processrättsliga frågor, inklusive bevisfrågor, borde vara generellt avgörande och att sålunda något utrymme för tillämpning av parternas personalstatut över huvud icke finnes. I verkligheten tages ju emellertid teorien till intäkt för att det statut, som sämst tillgodoser barnets rätt, skall tillämpas.

Vid nu anmärkta förhållande är det knappast berättigat att pröva ifrågavarande teori med hänsyn till de av dess anhängare hävdade kompetensreglerna. Mot dessa kunde man eljest med NIBOYET² invända, att de, så vitt angår deras tillämpning beträffande frågan om äkta börd, äro impraktikabla och att de, så vitt de läggas till grund vid avgöranden beträffande faderskap till utomäktenskapliga barn, leda till olyckliga resultat.

Betraktar man nu, i motsats till den kritiserade teorien, frågan om fastställande av en persons börd och frågan om fastställande av faderskap såsom spörsmål angående prövningen i vartdera fallet av en huvudförutsättning för inträdandet av vissa ifrågasatta rättsverkningar, så blir konsekvensen av detta betraktelsesätt närmast den, att nämnda frågor böra bedömas i enlighet med den lag, som är tillämplig, då det gäller att

¹ Härom se närmare nedan s. 58 f.

² NIBOYET nr 644, 649. Se även den synnerligen träffande kritik som levereras av BATIFOL i RÉPERTOIRE T. 8 s. 409 nr 30.

träffa avgöranden beträffande de ifrågakommande rättsverkingarna. Dessa kunna emellertid vara av flera olika slag, och frågan om en persons äkta eller oäkta börd resp. om fastställande av faderskap kan därför ock aktualiseras i många olika sammanhang, i det frågor kunna uppkomma än om existensen av ett vårdnadsförhållande mellan fader och/eller moder samt barn eller om underhållsskyldighet dem emellan, än om giftomannarätt eller rätt att utse förmyndare, än om barns rätt att bära faderns namn, än åter om ett barns rätt till arv eller om rätt till arv efter ett barn o. s. v.

Den omedelbara konsekvensen härav synes åter bliva den, att, såsom särskilt ZITELMANN¹ uttryckligen framhållit, frågan om äkta eller oäkta börd samt frågan om fastställande av faderskap principiellt icke kunna avgöras enligt något enhetligt statut utan måste avgöras enligt det statut, vilket har att bestämma angående den speciella rättsverkan, varom i det särskilda fallet är fråga, och vilket statut i sin tur blir att bestämma med hänsynstagande till arten av ifrågavarande rättsverkan. En bördfråga skulle således i ett sammanhang kunna erhålla ett visst svar, i ett annat sammanhang ett rakt motsatt.

Detta resultat kan måhända synas oegentligt² men är, såsom av det ovan sagda torde framgå, i själva verket principiellt väl motiverat. Om det vållar tvekan, torde denna bero på ett förbiseende av att en persons äkta eller oäkta börd till sist regelmässigt icke betecknar en faktisk status utan en rättslig och närmare bestämt innefattar ett från vissa utgångspunkter givet rättsligt *omdöme* angående ett visst faktiskt förhållande. Att rättsliga omdömen kunna skifta allteftersom bedömaren utgår från den ena eller den andra lagen är emellertid ingenting anmärkningsvärt och icke heller är det i och för sig mera anmärkningsvärt, att vid avgörandet av skilda rättsfrågor, för vilkas bedömande ett visst faktiskt förhållandes rättsliga kvalificering är prejudicerande, denna kvalificering i ena fallet utfaller på ett sätt, i andra fallet på ett annat; härpå lämnar ju rättskraftsläran flerfaldiga exempel.

En annan sak är, att det må anses önskvärt, att dylika diver-

¹ ZITELMANN s. 807 f. Jmfr även LEWALD s. 144 ff, särsk. s. 147, WOLFF s. 137 ävensom NIBOYET nr 649 bis.

² Enligt PETERS s. 27 utgör det en absurditet.

genser så vitt möjligt undvikas. Faktiskt kommer naturligen också även vid här ifrågavarande internationellt privaträttsliga frågors avgörande ett enhetligt bedömande, d. v. s. en tillämpning av ett och samma statut, oftast att äga rum, i det *dels* de ifrågakommande spörsmålen angående de skilda till bördsförhållandet anknutna rättsverkningarna faktiskt oftast äro att avgöra efter ett och samma statut, *dels ock* det avgörande av börd frågan, som sker med hänsyn till ett ifrågasatt vårdnadsförhållande mellan ett barn och viss annan person, regelmässigt faktiskt kommer att godtagas även vid avgörandet av andra av bördsförhållandet beroende frågor, exempelvis frågan om barnets arvsrätt, rätt att bära faderns namn o. s. v.¹

Ätminstone i ett avseende blir emellertid den nu berörda konsekvensen av den diskuterade principiella utgångspunkten av praktisk betydelse. Det blir händelsen, då det gäller oäkta barns rättsställning. I dylikt fall torde det nämligen, såsom av det följande skall framgå, vara motiverat att i internationellt privaträttsligt hänseende göra en skillnad mellan å ena sidan sådana fall, då allenast ett underhållsanspråk mot fadern göres gällande, å andra sidan alla övriga fall, och att på grundval av denna skillnad bedöma den förra gruppens fall efter ett annat statut än den andra gruppens, med påföljd att i vardera gruppen av fall även frågan om faderskapet kan bliva att bedöma efter skilda statut.

Håller man i enlighet med det nu sagda fast vid att frågan angående bestämmande av barns äkta eller oäkta börd samt frågor angående fastställande av faderskap principiellt böra bedömas såsom frågor angående fastställande av huvudförutsättningar för särskilda rättsverkningar, så kan dock enbart från denna utgångspunkt de här berörda internationellt privaträttsliga spörsmålen ännu icke lösas. Vad man genom den förda diskussionen vunnit är allenast en riktigare formulering av nämnda spörsmål, samtidigt med att frågeställningen vidgats att avse frågor i allmänhet rörande förhållandet mellan föräldrar och barn. Även i denna formulering vålla dessa spörsmål liksom övriga här mötande likartade frågor så avsevärda meningsskiljaktigheter, att det i varje fall i den hithörande

¹ SÅ ZITELMANN s. 808 ff.

litteraturen knappast är möjligt att finna två åsikter, som alltigenom överensstämmer med varandra. Bland de med varandra kämpande meningarna kan man emellertid urskilja två principiellt skiljaktiga huvudåsikter.

Å ena sidan står en av ZITELMANN på folkrättslig grund utvecklad lära. ZITELMANN framhåller, att rättsförhållandet mellan föräldrarna och barnet regelmässigt framträder som ett personrättsligt förhållande, i vilket föräldrarna få en viss makt över barnet med en därtill svarande skyldighet att draga försorg om detta.¹ I vissa fall bestode emellertid icke något dylikt personrättsligt utan blott ett rent obligatoriskt förhållande; så förhölle det sig i regel med förhållandet mellan ett utomäktenskapligt barn och dess fader.² I förstnämnda fall föreläge således ett system av ömsesidiga rättigheter och förpliktelser barnet och föräldrarna emellan,³ i de senare fallen åter blott en ensidig förpliktelse för fadern.⁴ Stödjande sig på dessa utgångspunkter och vidare på den såsom utan vidare given antagna satsen, att en förpliktelse kan åligga en person allenast i den mån den ålägges honom av hans egen lag, drager ZITELMANN slutsatsen, att frågan om fastställande av faderskap till ett utomäktenskapligt barn och om underhållsskyldighet mot detta är att bedöma uteslutande enligt faderns lag, medan åter det i övriga fall mellan föräldrar och barn bestående rättsförhållandet och därmed principiellt också frågan om barnets börd att är bedöma enligt båda föräldrarnas och barnets lag, en slutsats som visserligen sedermera av särskilda skäl underkastats betydelsefulla modifikationer.

Att denna lära icke kan vara tillfredsställande synes även utan närmare granskning av dess konsekvenser vara uppenbart. Då den tager sin utgångspunkt i den utan vidare såsom giltig antagna satsen, att en person icke kan åläggas andra förpliktelser än dem, som åligga honom enligt hans egen lag, och därav drager slutsatsen, att exempelvis frågan om fastställande av faderskap till utomäktenskapligt barn och om sådant barns underhållsanspråk mot fadern skall bedömas enligt dennes personalstatut, så utgår den i själva verket från

¹ ZITELMANN s. 810 ff.

² ZITELMANN s. 908 f.

³ ZITELMANN s. 913.

⁴ ZITELMANN s. 909.

vad som skall bevisas och förlorar därigenom tydligen både för detta fall och i övrigt all beviskraft.

I sina principiella utgångspunkter nära överensstämmande med ZITELMANNNS lära är en åskådning, som framställts av en annan framstående representant för den internationalistiska riktningen inom den internationella privaträtten, FRANKENSTEIN.¹ Även han utgår från att en person icke kan åläggas andra förpliktelser än sådana, som hava sin grund i hans egen, genom medborgarskapet bestämda lag. Av denna premis drager han i motsats till ZITELMANN och med större följdriktighet, än som utmärker dennes lära, den slutsatsen, att i princip varje familjemedlem, barnet likaväl som fadern eller modern, beträffande sina förpliktelser är underkastad blott sin egen lag. Även mot denna lära kan tydligen med skäl göras samma in-

¹ FRANKENSTEIN (I s. 49 ff) utgår från att varje människa i rättsligt hänseende är underkastad en, och endast en rättsordning — den vilken han genom sitt medborgarskap tillhör — samt vidare att varje sak är underkastad den rättsordning, på vars område den befinner sig. Personernas medborgarskap och sakernas lokala situering äro därför enligt F. de enda faktiska förhållanden, vilka a priori kunna tillerkännas betydelse såsom anknytningsmoment; de utgöra primära (originära, aprioristiska) anknytningsmoment. Visserligen kan varje stat, i den mån den vill, avstå från att utöva det herravälde över personen eller saken, som tillkommer den, och angiva ett annat faktiskt förhållande såsom bestämmande anknytningsmoment, exempelvis domicil, uppehållsort, avtals- eller uppfyllelseort m. m. Men ett sådant »sekundärt» anknytningsmoment får någon betydelse allenast om det utgår från den rättsordning, som i kraft av den primära anknytningen behärskar personen eller saken; i annat fall föreligger blott en pseudoanknytning. Att de särskilda rättsordningarna lägga många anknytningar av detta senare slag till grund för sina kollisionsregler medger visserligen FRANKENSTEIN. Men då så sker i en viss rättsordning, överskrider denna, menar FRANKENSTEIN (a. a. s. 51), de gränser, som äro satta för dess verksamhet, och företager något som den alls icke kan.

I detta sista påstående kommer svagheten i FRANKENSTEINS lära tydligt till synes. Visserligen böra ett lands kollisionsregler vara sådana, att de kunna påräkna att bli respekterade av andra länder, och särskilt är naturligen detta erforderligt, om det avgörande, som fälles i ett internationellt rättsligt fall, skall läggas till grund för åtgärder utomlands eller över huvud öva någon verkan utanför domstolslandets gränser. I många, och förmodligen de flesta fall är det emellertid fråga om avgöranden, som skola realiseras eller eljest öva verkan *inom domstolslandet*; men vid sådant förhållande synes det otvivelaktigt, att domstolslandet i sin rätt icke blott kan utan bör upptaga sådana kollisionsregler, som enligt uppfattningen i det landet synas *sakligt* bäst motiverade. Till de fordringar, som på grund härav böra ställas på dessa kollisionsregler, hör naturligen också den, att de så vitt möjligt böra hava sådant innehåll, att de kunna antagas bli respekterade. Men denna synpunkt kan icke få bli bestämmande. Viktigast är att de avgöranden, som skola realiseras eller eljest öva verkan inom domstolslandet, bli sådana, att de tillfredsställa rättsuppfattningen i detta land. Med hänsyn främst till denna synpunkt måste landets kollisionsregler bestämmas. Släpper man den ur sikte, måste man i stället operera med begreppet l'ordre public och har därmed i själva verket i motsvarande mån avstått från att utbilda fasta kollisionsnormer.

vändning som mot ZITELMANN: då den utgår från att en persons förpliktelser gent emot en annan alltid äro att bedöma enligt hans egen (den förpliktades) lag, förutsätter den i själva verket det, som skall bevisas. För en regel av nämnda innebörd kan visserligen i vissa fall anföras goda skäl, men däremot är den, såsom av den följande framställningen skall framgå, i andra fall, exempelvis för svensk rätts del beträffande egentliga underhållsanspråk, mindre väl motiverad. FRANKENSTEIN har i själva verket överdrivit en i och för sig för många fall naturlig och riktig tanke genom att postulera den såsom en för hela den internationella privaträtten grundläggande princip. För den som icke kan utan begränsningar godtaga det sålunda uppställda postulatet, måste naturligen den därpå, låt vara med imponerande kunskaper och stor formell logisk elegans uppförda lärobyggnaden i många delar te sig otillfredsställande.

En bättre grundad utgångspunkt än den nu nämnda åskådningens synes den andra åsyftade, framför allt i fransk doktrin härskande huvudteorien hava, då den utgår från att bordsfrågor och frågor om fastställande av faderskap såsom spörsmål angående förutsättningarna för särskilda rättigheter och förpliktelser liksom andra frågor av dylik innebörd böra avgöras av lagen i det land, som med hänsyn till arten av ifrågavarande rättsregler kan anses hava det *största intresset* i avgörandet.¹ Denna åskådning innefattar en tillämpning av den allmänna teori angående den internationellt privaträttsliga metoden, enligt vilken de internationellt privaträttsliga normerna i brist på uttrycklig reglering äro att fastställa med ledning av de i

¹ PILLET nr 325 jmf d m. nr 33, WEISS, Traité s. 27, Manuel s. 533, 536, LEREBOURS-PIGEONNIÈRE nr 349 D; jmf GAARDER s. 97. En likartad synpunkt föresvävar möjligen PETERS (se särsk. s. 24 f och s. 31 ff), vilken gör gällande, att enligt tysk rätt barnets lag bör vara generellt tillämplig, enär de ifrågavarande reglernas tyngdpunkt såväl i fråga om barn i som barn utom äktenskap enligt tysk lag måste anses ligga i barnets rätt, »nicht beim Unterhaltspflichtigen sondern im Schutz des Kindes». PETERS' ståndpunkt är emellertid otydlig och motsägelsefull. Ty å ena sidan motiverar han från nämnda utgångspunkt användandet av barnets lag med att här vore fråga om regler angående barnets status, »gleichsam . . . die juristische Persönlichkeit des Kindes» eller regler om frågor, som tillhöra »den wichtigsten Fragen des Persönlichkeitsrechts». Å andra sidan anføres såsom skäl mot en tillämpning av faderns lag och för tillämpning av barnets lag vissa utpräglade ordre public-hänsyn: tillämpningen av faderns lag skulle komma i strid med »die wesentlichsten Grundsätze deutschen Rechtsdenkens»; och ytterligare tillägges, att på detta område »die sozial-, nicht individualrechtliche Natur der Bestimmungen» träder tydligt i dagen, ett påstående, som tydligen föga harmonierar med talet om »Persönlichkeitsrechte».

varje särskilt fall ifrågakommande materiella rättsreglernas natur och syftemål, deras »but social». I den mån den preterederar att kunna giva en *allmängiltig* lösning av här förevarande konfliktspörsmål drabbas den sålunda av alla de ovan utvecklade invändningar, vilka kunna riktas mot en sådan metod. Att efter objektiv måttstock avgöra, vilketdera av två konkurrerande statuter, den påstodde faderns eller barnets, som i ett konfliktfall bör tillmätas största intresset av konfliktens lösning i viss riktning, är icke möjligt. Detta beror tydligen därpå, att de materiella reglerna i skilda länder äro beroende av intresseavvägningar, som i det ena landet kunna ha utfallit till ena partens, faderns, fördel, i det andra landet kunna ha utfallit till fördel för andra parten, barnet. I följd härav kan det inträffa, att lagen i det ena landet måste anses huvudsakligen tillgodose faderns intresse, medan åter lagen i det andra landet måste anses huvudsakligen avse barnets. Vartdera landets anspråk på företrädesrätt för dess lag såsom personalstatut för den person, vars intresse lagen framför allt vill skydda, framstår på grund härav från sin utgångspunkt såsom berättigat, och den angivna normen för ett skiljande mellan dem är således impraktikabel.

Även om man emellertid fattar ifrågavarande teori på det sätt, att den ställer som sin uppgift, icke att genom en allmängiltig formel lösa här ifrågavarande kompetensspörsmål utan allenast att avgöra, huru *från ett visst lands ståndpunkt* dessa spörsmål skola lösas, kan denna teori dock icke fungera och leda till åsyftat resultat, angivandet för varje särskilt fall av en viss lag såsom avgörande.

Redan beträffande själva dess utgångspunkt kan man synas hava anledning till tvekan. Man synes kunna fråga, huruvida det, ens om man tager sin utgångspunkt i ett visst lands lag, verkligen är möjligt att med hänsyn till det syfte, som dominerar dess regler på ett visst område, fastställa ett visst intresse som särskilt skyddsobjekt, exempelvis på vårt område antingen faderns eller barnets intresse. Att såsom ovan redan förutsatts, detta ofta är åtminstone i viss mån möjligt, torde dock böra erkännas. Betraktad ensam för sig kan visserligen en lag, som icke helt negerar endera partens anspråk, åtminstone i regel icke påstås eftersträva skydd för den ena partens

intresse i högre grad än för den andres. Men inställd i ett historiskt sammanhang eller ställd mot bakgrunden av en främmande lag kan en viss rättslig ordning mer eller mindre tydligt framstå såsom avsedd att tillvarataga särskilt den ena partens intresse.

Till exemplifiering av detta förhållande kunna anföras de angående utomäktenskapliga barn i olika länder gällande reglerna. Dessa kunna otvivelaktigt sägas i vissa länder domineras av syftet att tillgodose faderns och hans familjs intresse, i andra länder åter uppbäras av ett syfte att framför allt tillvarataga barnets intresse. Det förra gäller t. ex. beträffande den engelska rätten, som icke tillstödjer något annat anspråk mot fadern till utomäktenskapligt barn än, vid fall av behov, ett ringa underhållsanspråk för modern, ävensom de romanska länder, i vilka den i code civil art. 340 ursprungligen uttalade regeln »la recherche de la paternité est interdite» alltjämt är mer eller mindre undantagslöst gällande. Syftet att framför allt tillvarataga barnets intresse utmärker åter särskilt den norska rätten, som i det hela likställer äkta och oäkta barn, samt i rätt hög grad den svenska rätten, som för ett effektivt tillvaratagande av de utomäktenskapliga barnens rätt tillskapat en särskild organisation, barnavårdsmännen, och som, så vitt angår förhållandet till fadern, bortsett från den ännu förmanligare ställning som inrymts de s. k. trolovningsbarnen, givit barnet anspråk på underhåll, avpassat efter bl. a. faderns villkor och barnets begåvning, samt så vitt angår förhållandet till modern tillerkänt barnet icke blott underhållsanspråk utan även arvsrätt, utsträckt till arvsrätt även efter modernefränder.

Medges nu möjligheten att efter den nyss angivna synpunkten avgöra, huruvida en viss rättslig ordning beträffande förhållandet mellan föräldrar och barn har till syfte att huvudsakligen tillgodose barnets intresse eller att framför allt värna om föräldrarnas, familjens resp. faderns intresse, så måste härtill dock till en början fogas den erinringen, att under alla omständigheter det dock icke är möjligt att *generellt* fastställa, att en viss lag i konfliktfall tillmäter *ett och samma* intresse huvudvikten. Så behöver ju alls icke vara förhållandet, det visar icke minst utvecklingen och det faktiska läget på nu ifrågakörande område av rätten.

Ett extremt hävdande av faderns eller rättare familjens intresse och över huvud hänsynen till den allmänna moralen ledde ursprungligen till ett undertryckande av det utomäktenskapliga barnets rätt. Så småningom har emellertid utvecklingen gått i riktning mot att bereda det utom äktenskapet födda barnet icke blott nödigt skydd utan även en med äktenskapliga barns alltmärlig jämställd ställning. Därvid ha i första hand de moraliska betänkligheterna fått vika för kravet på tillgodoseende av de utomäktenskapliga barnens anspråk på ordentligt underhåll och därutöver även hänsynen till familjens integritet fått vika för kraven på tillgodoseende av barnets anspråk på rätt till arv först och främst efter modern och modernefränder men dessutom också, låt vara under inskränkande förutsättningar och med större eller mindre begränsningar, efter fader och fädernesfränder, rätt till faderns namn o. s. v. I den mån emellertid för dessa rättigheters erkännande fordrats ett offrande icke blott av moraliska betänkligheter utan även av faderns och enkannerligen hans familjs intresse, har denna utveckling flerstädes stött på ett större och mera svåröverstigligt hinder. Detta innebär tydligen, att medan vissa bestående rättsregler angående oäkta barns rättsställning kunna tydligt framstå som motiverade av syftet att framför allt skydda barnet, kunna andra rättsregler på samma område lika tydligt framstå som motiverade av syftet att framför allt skydda fadern och familjen.

Det nu sagda innefattar ju emellertid icke något hinder för den här diskuterade principens tillämpning utan blott ett observandum rörande de vanskligheter, varmed denna tillämpning i varje fall måste vara förbunden. Väsentligt betydelsefullare är emellertid den invändningen, att teorien innefattar en alltför schablonmässig och därför i sina konsekvenser ohållbar tillämpning av den till grund för densamma liggande tanken. Vad som är riktigt i denna, sedan den lämpats efter en positivistisk uppfattning, är att avgörandet av det internationellt privaträttsliga spörsmålet så vitt möjligt måste ske så, att det kan anses motsvara den i *lex fori* rådande *allmänna inställningen* till det föreliggande rättsförhållandet och så att valet av tillämplig lag verkligen, så långt det under de givna omständigheterna är möjligt, *tillgodoser* det särskilda intresse *lex fori* med sina ifrågavarande materiella regler åsyftar att framför

allt skydda och tillgodose, i den mån nu ett sådant syfte kan påvisas.

Från denna utgångspunkt kan emellertid icke slutas att i fall av kompetenskonflikt mellan flera lagar man till grund för avgörandet alltid skall lägga lagen i det land, vilket den person tillhör, vars intresse enligt *lex fori* framstår såsom dess ifrågavarande materiella bestämmelsers egentliga skyddsobjekt.¹ En sådan tillämpning av ifrågavarande principer kan icke undgå att i åtskilliga fall framstå såsom motsägelsefull. I vissa fall kan den visserligen hava fog för sig. Om sålunda enligt *lex fori* exempelvis reglerna om utomäktenskapliga barn kunna anses framför allt taga i sikte den påstådda barnafaderns intresse, synes en rimlig lösning av konflikten mellan flera kolliderande lagar uppnås, därest faderns lag vinner tillämpning, ty fadern erhåller därigenom det skydd hans egen lag anser tillbörligt och domstolslandet har regelmässigt intet positivt intresse av att han erhåller ett bättre skydd. I andra fall åter måste en dylik tillämpning av ifrågavarande princip te sig helt irrationell. Förutsatt exempelvis att reglerna angående utomäktenskapliga barn i *lex fori* ur ovan angivna synpunkt framstå såsom åsyftande att skydda och tillgodose framför allt barnets intresse, skulle man uppenbarligen komma i strid med det såsom grundläggande supponerade betraktelsesättet i *lex fori*, om man i enlighet med den kritiserade teorien ville tillämpa det sålunda utpekade skyddsobjektets, alltså barnets lag, även i fall då denna lag faktiskt tillgodosåge barnet i vida mindre utsträckning än den angivna faderns lag eller kanske t. o. m. helt förvägrade skydd för barnets intresse. Resultatet av en sådan rättstillämpning kunde med andra ord bliva, att det i domslandets interna regler skyddade intresset, i nyssnämnda exempel alltså barnets intresse, i verkligheten bleve *offrat* till förmån för ett därmed konkurrerande intresse, mannens skyddsintresse.

Accepterar man de nyss angivna allmänna principerna för fastställandet av tillämplig lag i här ifrågavarande kollisionssfall och utgår man sålunda från att det åtminstone i viss om-

¹ Den grundsatsen är det dock den här åsyftade doktrinen adopterat; så t. ex. WEISS, *Traité* s. 27, Manuel s. 536 och mer eller mindre klart även övriga ovan s. 38 not 1 citerade förf.; jmf. däremot ARMINJON nr 7.

fattning är möjligt att fastställa de speciella skyddsintressen de interna reglerna i *lex fori* avse att tillvarata samt att bestämmandet av tillämplig lag bör ske med hänsynstagande till den i *lex fori* rådande allmänna inställningen till det föreliggande rättsförhållandet, måste man tydligen för dessa principers genomförande begagna någon annan, mera differentierad metod än den här kritiserade. Vad som kräves är i själva verket olika metoder med avseende å olika slag av rättsregler. På grund härav framställer sig uppgiften att ur angivna synpunkt analysera de angående förhållandet mellan föräldrar och barn gällande reglerna för att fastställa de här betydelsefulla huvudtyperna av dessa.

En sådan analys synes giva vid handen, att man till en början har att hålla i sär två huvudtyper av rättsregler.

Som en huvudtyp framstår en grupp av regler, vilka avse vissa mellan föräldrar och barn bestående rättsförhållanden av en mera *förvaltningsmässig* art. Dessa rättsförhållanden, varpå föräldrarnas vårdnad om barnet erbjuder ett tydligt exempel, kännetecknas av att en rättighet, i nyssnämnda exempel vårdnadsrätten, tillerkänts en person icke egentligen för hans egen skull utan såsom utövare av en honom utav samhället anförtrodd speciell *funktion*. På grund härav är i dylika fall någon egentlig intressekonflikt mellan den sålunda berättigade och den, som är underkastad hans makt, *icke* för handen; (däremot kunna naturligen konflikter uppstå mellan olika pretender på den ifrågakommande maktutövningen; i dylikt fall kräves givetvis att vid lösandet av tvisten mellan dessa pretender hänsyn tages till deras lag eller lagar). I typiska fall av dylik art är det följaktligen icke heller något tvivel om vilket intresse som är skyddsobjekt, och detta är vidare alltid ett och det samma, nämligen barnets skyddsintresse. Vid sådana förhållanden synes en internationellt privaträttslig intressekonflikt lämpligen kunna lösas genom att skyddsobjektets, barnets, lag tillämpas. Därmed riskeras i dessa fall icke såsom i de förut berörda, att en lag, som uppoffrar just detta intresse till förmån för ett annat, kommer i tillämpning. Något konkurrerande intresse är nämligen aldrig för handen. Visserligen kan barnet, då dess egen lag tillämpas, komma att få ett mindre omfattande, exempelvis mindre långvarigt skydd, än om en därmed

konkurrerande lag tillämpades, men att det sålunda kan förekomma vissa variationer i det skydd, som tillerkännes barn av olika nationaliteter, är en i och för sig naturlig och föga besvärande konsekvens av att ett internationellt privaträttsligt kollisionsfall föreligger.

Vid sidan av nu berörda slag av rättsregler rörande förhållandet mellan föräldrar och barn framträda som en annan huvudtyp alla de regler angående detta ämne, vilka avse att träffa avgörande rörande sådana fall, i vilka en verklig *intressekonflikt* föreligger, i det fråga är om att inrymma en rättighet antingen åt föräldrarna eller någondera av dem på bekostnad av barnet eller åt barnet på bekostnad av föräldrarna eller någondera av dem. Den stora grupp av regler, varom nu är fråga, är emellertid icke enhetlig. En närmare analys visar, att man ur den angivna synpunkten har att inom denna grupp särskilda två skilda kategorier av regler.

Å ena sidan stå sådana regler, där skyddet för visst intresse har en *negativ* karaktär och åstadkommes därigenom, att så att säga en barriär reses mot inkräktares anspråk. Såsom ett exempel kunna nämnas reglerna om äktenskaplig börd. Andra exempel skola anföras i det följande. Å andra sidan stå sådana regler, genom vilka lagstiftaren avser att *positivt främja* ett visst intresse genom att tillgodose ett särskilt anspråk. Såsom exempel härpå kan man för vår lags del anföra reglerna om barns underhållsanspråk.

Beträffande dessa båda huvudkategorier ställa sig möjligheterna att genomföra den förutnämnda principen för kompetensreglernas bestämmande helt olika.

Avser en materiell regel att *bereda skydd* för visst intresse *mot inkräktares anspråk*, kan denna avsikt i fall av kompetenskonflikt mellan flera lagar på ett naturligt och tillfredsställande sätt realiseras genom att man såsom tillämpligt statuter anger det ifrågavarande särskilda skyddsobjektets lag. Detta innebär ju, att man bereder skydd för det avsedda intresset mot längre gående anspråk enligt en konkurrerande lag. Däremot kommer i dylikt fall något skydd givetvis icke att beredas detta intresse mot de anspråk, som kunna stödas på dess egen lag. Det finns med andra ord i sådana fall icke någon anledning att medgiva tillämpning av en lag, som utsträcker skyddet för

intresset i fråga längre, än vad dess egen lag gör. Även i dylika fall kan det då visserligen inträffa, att avgörandet kommer att bero av en lag, det ifrågavarande skyddsobjektets lag, vilken i högre eller lägre grad faktiskt genom sina regler uppgivit skyddet av sagda intresse till förmån för det konkurrerande intresset. I detta fall framstår emellertid detta förhållande allenast som en naturlig konsekvens av att över huvud personalstatutet kommer till användning, ty därav måste, som nyss framhållits, med nödvändighet följa variationer i rättskyddet från fall till fall, allteftersom detta i olika länders lagstiftning är mer eller mindre utbildat, och dessa variationer kunna uppenbarligen omfatta hela skalan från det fullständigaste skydd till det mest minimala. Härmed sammanhänger, såsom ovan redan antytts, att domslandet i dessa fall i regel, nämligen i den mån icke dess ordre public beröres, icke har något positivt intresse av att ett visst bestämt minimiskydd tillerkännes det ifrågavarande skyddsobjektet.

Annorlunda gestaltar sig däremot förhållandet, då en materiellrättslig regel i lex fori avser att genom särskilda anspråks bejakande *positivt främja ett visst intresse*. I dylikt fall kan man icke alltid genom att tillämpa det ifrågavarande skyddsobjektets lag uppnå, vad man åsyftar — ett avgörande, som tillgodoser detta skyddsobjekt. Resultatet av en dylik rättstillämpning kunde tvärtom, såsom av det ovan anförda exemplet beträffande utomäktenskapligt barns underhållsanspråk mot dess fader klart framgår, icke sällan bliva, att det i domslandets interna regler skyddade intresset, i nyssnämnda exempel enligt svensk rätt alltså barnets intresse, i verkligheten bleve offrat till förmån för det därmed konkurrerande intresset, mannens skyddsintresse, och det oaktat den konkurrerande lagen, i det nämnda exemplet mannens lag, icke gäve stöd för ett dylikt negativt avgörande. Det kunde kanske tyckas, som om ett sådant resultat skulle hava sin tillräckliga motivering däri, att skyddsobjektet även i dessa fall liksom i de förut nämnda dock erhöle just det skydd, som dess egen lag ansett tillbörligt. Men att ett sådant resultat trots detta vore otillfredsställande beror tydligen på att domslandet, vars interna regler avse att tillgodose barnets intresse, i dylikt fall i motsats till de nyss nämnda är positivt intresserat av att detta

intresse, även då det uppbäres av ett utländskt rättssubjekt, så vitt möjligt, d. v. s. så långt någondera av de konkurrerande lagarna medger det, erhåller skydd.

Lagberedningen har här med avseende å barns underhållsanspråk talat om en »social ordre public». Måhända är det icke alldeles tillfredsställande att här införa begreppet ordre public och att därigenom giva detta redan förut vaga begrepp en så vidsträckt och förändrad innebörd, som en dylik användning av detsamma förutsätter. Men i den åsyftade satsen ligger dock den riktiga tanken, att en stat, då den, regelmässigt av starka sociala skäl, ger regler av den typ, varom här är fråga, engagerar sig för en viss ordning på ett helt annat sätt, än då den ger regler, som allenast åsyfta att skilja mellan stridande, kanske i och för sig lika respektabla intressen. Och då så sker i den interna rätten, är det också fullt naturligt, att man även i den internationella privaträtten bör eftersträva en lösning, som inom de gränser allmänt antagna rättsregler, framför allt regeln om personalstatutet, uppdraga, så vitt möjligt tillgodoser samma intresse, som i den interna rätten föranlett lagstiftaren att taga parti på ifrågavarande sätt.¹

Då emellertid, såsom ovan visats, det icke är möjligt att i nu ifrågavarande kollisionsfall åstadkomma det önskvärda skyddet för den interna rättens skyddsobjekt genom att tillämpa dettas egen lag, måste någon annan metod för den ifrågavarande tankens förverkligande utfinnas. Två alternativ synas härvid a priori kunna komma i betraktande. Man kan söka åvägabringa en garanti för ett tillbörligt tillgodoseende av det genom lex fori speciellt skyddade intresset genom att under alla förhållanden tillämpa sagda lag. Eller man kan söka uppnå en dylik garanti genom att tillställa ett sådant val emellan de ifrågakommande personalstatuten att, allt efter omstän-

¹ Naturligen kan det tänkas, att tillvaratagandet av ifrågavarande intresse i ett land anses så viktigt, att detta land icke kan tolerera, att dess domstolar med avseende därå tillämpa en lag, som innehåller för skyddsobjektet i fråga mindre fördelaktiga regler än lex fori. Man ledes då till att, liksom lagberedningen o. a. st., anse lex fori vara generellt tillämplig. En dylik ståndpunkt i förevarande fall skulle dock innefatta en tillbakagång till en i den internationella privaträtten redan för länge sedan allmänt övergiven position och synes redan på grund därav icke böra utan fullt övertygande motivering accepteras. Härtill kommer, att man ur angivna synpunkt i varje fall icke kan motivera, att lex fori skulle tillämpas, även då med varandra konkurrera två personalstatut, av vilka det ena tillgodoser det ifrågavarande skyddsobjektet t. o. m. i högre grad än lex fori.

digheterna i varje fall, det syfte, vilket må dominera hithörande regler i *lex fori*, kan antagas bliva bäst tillgodosett.

Förstnämnda alternativ ger uppenbarligen ett tillfredsställande resultat, därest den person, exempelvis barnet, vars intresse enligt *lex fori* är att anse som skyddsobjekt, själv lyder under denna lag. Annorlunda blir emellertid läget under motsatt förutsättning. Antag att i ett land, enligt vars bestämmelser (angående utomäktenskapliga barn) barnet är att anse som egentligt skyddsobjekt, domstolen har att slita en tvist mellan ett barn, exempelvis av italiensk nationalitet, vars personalstatut ställer sig principiellt avvisande mot barnets anspråk, och en man lydande under en annan främmande lag, exempelvis den engelska, med en likartad principiell inställning; skulle det i dylikt fall kunna finnas någon anledning att till grund för avgörandet lägga *lex fori* och sålunda tillägga barnet ett rättsligt anspråk, vilket varken enligt dess egen lag eller dess förmente faders vore befogat. Den frågan måste säkerligen besvaras nekande. Har man en gång erkänt personalstatutet såsom generellt bestämmande beträffande hithörande person- och familjerättsliga spörsmål, kan man icke avvika från detta statut till förmån för *lex fori* utan att detta kräves av hänsyn till *l'ordre public*. Att sådana hänsyn här kunna kräva beaktande skall icke förnekas. Huruvida så är fallet eller icke är emellertid, såsom ovan redan framhållits, en fråga som icke ens från ett visst lands synpunkt kan givas ett allmängiltigt svar, utan som blir att bedöma *in casu* med hänsyn till beskaffenheten av varje särskild ifrågakommande främmande lag och som därför kommer att besvaras än jakande, än nekande.¹

Kan sålunda någon bärande positiv grund för tillämpningen av *lex fori* såsom generellt tillämplig i förevarande konkurrensfall knappast anföras, kan man emellertid till sist dock fråga sig, huruvida icke användningen av *lex fori* kan anses motiverad såsom en ren nödfallsåtgärd.² Liksom domstolen, när utredning om en i och för sig tillämplig främmande lag icke kan åvågas bringas, har att i sista hand tillämpa sitt eget lands lag, kunde det synas motiverat att i det här diskuterade fallet gripa till

¹ Därom se närmare nedan s. 74 ff m. fl. st.

² Jmfr WÄCHTERS teori, a. a. Bd 24 s. 265 ff. Jmfr ock en i fransk doktrin av DE VAREILLES-SOMMIÈRES framställd åsikt, återgiven och kritiserad av ARMINJON nr 5.

lex fori med den i viss mån motsvarande motiveringen, att den princip, som i och för sig borde läggas till grund för avgörandet, i förevarande fall icke kan bringas att fungera. Mot ett dylikt resonemang måste emellertid bl. a. invändas, att det lämnar utom räkningen det fall, att samtliga parter, exempelvis i mål angående utomäktenskapligt barn mannen och barnet, hava *samma* främmande personalstatut. I dylikt fall skulle uppenbarligen angivna motivering till förmån för lex fori icke slå till, med påföljd att en helt ogrundad divergens mellan avgörandet av dylika fall och avgörandet av alla andra, även sådana som i realiteten vore synnerligen närbesläktade med de nyssnämnda, skulle uppkomma. Utgör ifrågavarande lösning en nödfallsutväg, bör väl emellertid kanske nu nämnda invändning icke tillmätas någon avgörande betydelse. Avgörande måste i stället bliva, huruvida man här verkligen befinner sig i sådant läge, att en nödfallslösning måste tillgripas. Så är emellertid knappast fallet.

Såsom en, låt vara icke idealisk lösning av problemet på den ovan hävdade principiella uppfattningens grund erbjuder sig nämligen till sist det andra av ovan angivna två alternativ — att bestämma tillämplig lag efter ett med hänsyn till omständigheterna *i varje särskilt fall* företaget val mellan de ifrågakommande personalstatuten.¹ Är det på grund av de väsentliga skiljaktigheterna mellan de ifrågakommande främmande lagarnas principståndpunkter icke möjligt att genom en enkel och en-

¹ Mot en sådan regel, enligt vilken man såsom avgörande anger den lag, vars tillämpning mest gynnar det intresse lex fori avser att skydda, har ARMINJON (nr 7) invänt, att den skulle lämna de intresserade parterna och än mera tredje man i osäkerhet i fråga om vilken lag vore tillämplig, varjämte den skulle giva upphov till otaliga meningsskiljaktigheter, i det intet vore mera vagt och omtvistligt än det anvisade kriteriet; jmf. VALÉRY nr 806. Dessa skäl kunna dock knappast stå i vägen för regelns användande på förevarande område. Det först nämnda skälet har här ingen portée, eftersom det icke blir fråga om att tillämpa den föreslagna regeln med avseende å några förmögenhetsrättsliga anspråk i egentlig mening. Och det andra skälet bortfaller, om man utformar regeln så, som i det följande föreslås, och anförtror valet av tillämplig lag åt den part, vars intresse är i fråga. Att, såsom ARMINJON ytterligare invänt, genom en dylik regel, när en fader har flera barn av olika nationalitet, »c'en sera fait de l'unité du statut familial» är visserligen obestridligt, men även det är utan större betydelse. Detta argument skulle vara värt beaktande, om den ifrågavarande regeln kunde vinna tillämpning, då det gäller att avgöra, om en person är av äkta börd eller icke. Såsom av det föregående (s. 45 ff) framgått, ifrågasättes emellertid icke något dylikt; se vidare nedan s. 51 ff. När det åter såsom här gäller frågor om utformningen av rättsförhållandet mellan föräldrar och barn i särskilda avseenden, har däremot argumentet ingen verklig styrka; därom se vidare nedan s. 86 not 3.

tydlig kompetensnorm realisera det syftemål, som en dylik norm på detta område med hänsyn till syftet och beskaffenheten av hithörande i *lex fori* givna materiella regler bör förverkliga, synes det ligga närmast till hands att efter ett avgörande in casu inom de från början givna gränserna bestämma tillämpligt statut.

Det val mellan flera personalstatut, som sålunda måste göras, exempelvis vid tvist rörande utomäktenskapligt barns rätt valet mellan faderns och barnets statut, kan a priori tänkas överlämnat antingen till domstolen eller till den part, vars intresse, enligt den för *lex fori* grundläggande uppfattningen, är att anse som dess ifrågavarande materiella reglers egentliga skyddsobjekt. Det förra alternativet möter dock betänkligheter. Skulle domstolen hava i sin hand att efter fritt skön till ena partens fördel bestämma tillämplig lag, uppstode lätt faran, att domstolen komme att förlora det anseende för oväldigt handlande, som är en nödvändig förutsättning för att den skall kunna bevara sin auktoritet och kunna rätt fylla sin uppgift. Ur denna synpunkt möter det väsentligt mindre betänkligheter att tillägga endera parten valrätten. Väljes detta alternativ, kommer domstolens insats vid kompetensspörsmålets lösning att inskränka sig till den med dess ordinarie verksamhet på den internationella privaträttens område helt överensstämmande uppgiften att avgöra, vilkendera parten som kan enligt *lex fori* anses som dess ifrågavarande materiella reglers egentliga skyddsobjekt och på den grund berättigad att utöva valrätten. Valrättens anförtroende åt denna part åter kommer att i det väsentliga garantera realiserandet av det syftemål, som en kompetensnorm på förevarande område bör eftersträva: att fastställa tillämplig lag med hänsynstagande till beskaffenheten av de i *lex fori* givna materiella rättsreglerna och med beaktande av dessa reglers till äventyrs konstaterbara syfte att tjäna till skydd för huvudsakligen den ena partens intresse. Icke heller lär det kunna anses medföra något obehörigt tillbakasättande av motpartens intresse. Vad särskilt det fallet beträffar, att den part, åt vilken valet anförtros, väljer att åberopa motpartens personalstatut, synes denne senare icke hava någon berättigad anledning att beklaga sig över att hans rättsförhållande blir bedömt enligt hans egen personliga lag.

Utgår man från en dylik valprincip, synes emellertid valrätten böra vara uteslutan, då valet skulle komma att stå mellan *lex fori* och en främmande rättsordning. Det måste nämligen antagas, att från den synpunkt, varifrån *lex fori* utgår, ingen lag på bättre sätt än den kan realisera det syfte som denna lag eftersträvar. Detta innebär en väsentlig begränsning av valrätten till förmån för *lex fori*. Även med denna begränsning torde emellertid denna valrätt vara av icke ringa betydelse.

Med det ovan utvecklade hava de allmänna principer, från vilka den följande framställningen skall utgå, underkastats der prövning och erhållit den närmare bestämning, som för ifrågasvarande ändamål synes erforderlig. Med ledning av de sålunda vunna grundsatserna skola i det följande behandlas

- 1) Bördstvister;
 - 2) Rättsförhållandet mellan barn i äktenskap och dess föräldrar;
 - 3) Rättsförhållandet mellan barn utom äktenskap och dess fader;
 - 4) Rättsförhållandet mellan barn utom äktenskap och dess moder.
-

KAP. 2.

Bördstvister.

I. Frågan vilket lands lag en svensk domstol har att lägga till grund, då den skall avgöra ett internationellrättsligt spörsmål angående äktenskaplig börd, är icke besvarad av svensk lag eller sedvanerätt och måste således avgöras genom en tillämpning av allmänna rättsregler. Man har följaktligen att bedöma detta spörsmål enligt parternas personalstatut på sätt ovan i princip redan närmare utvecklats. Detta betyder för svensk rätts del otvivelaktigt, att man har att tillämpa *lex patriae*. Äro såväl mannen och hustrun som barnet av samma nationalitet tillämpas deras gemensamma lag. Lyder åter mannen under annan lag än hustrun eller barnet, uppstår det förut berörda kompetensspörsmålet. Av intresse är huvudsakligen det fall, att barnet från början har ett eget statut, annat än mannens, något som enligt vad förut utvecklats endast inträffar för den händelse barnet fötts i ett land, som tillämpar *jus soli*. I valet mellan mannens och barnets lag torde i detta fall från svensk rätts ståndpunkt utan tvivel mannens lag böra givas företrädet. Såsom skäl härför torde man visserligen icke kunna åberopa det särskilt i fransk doktrin ofta anförda argumentet, att här föreläge en fråga om rättsverkningarna av ett äktenskap, vilken borde bedömas enligt det vanliga äktenskapsstatutet.¹ Visserligen bör frågan om börd i internationellt privaträttsligt hänseende bedömas såsom en fråga om förutsättningarna för vissa rättsverkningar och visserligen sammanhånga dessa rättsverkningar på det närmaste med existensen av ett äktenskap. Äktenskapsstatutet skall emellertid reglera äktenskapets rättsverkningar makarna emellan, här åter är åt-

¹ Så t. ex. NIBOYET nr 645, POULET nr 387, m. fl.; jmf. betr. engelsk rätt WESTLAKE s. 96.

minstone i första hand¹ fråga om ett rättsförhållande mellan dem å ena sidan och barnet å den andra, där det framför allt gäller att fastställa förutsättningarna för uppkomsten av å ena sidan ett familjerättsligt vårdnadsförhållande till barnet, å andra sidan ett barnets häremot svarande anspråk på medlemskap i en viss familj och därmed förenade förmåner. Vad som föreligger till bedömande är med andra ord, för att tala med NIBOYET,² en fråga om »composition des membres de la famille»^{2a}; men sådana frågor böra »logiquement être régies par la loi de la famille elle-même», ty, fortsätter NIBOYET med rätta, »il n'est pas possible qu'à l'égard de chaque enfant d'une même famille le statut puisse varier». Eftersom emellertid familjen såsom sådan icke har något särskilt statut, måste man för att uppnå det åsyftade enhetliga bedömandet på grundvalen av familjens intresse i stället tillämpa familjefaderns statut.³

¹ I viss mån kunna visserligen hithörande frågor komma att direkt beröra förhållandet mellan makarna, i den mån nämligen bedömandet av ifrågavarande förhållanden efter en viss lag medför, att exempelvis föräldramakten tillägges ena maken med undanskjutande av den andra. Icke ens med hänsyn härtill är det emellertid befogat att betrakta förevarande spörsmål som en fråga om äktenskapets rättsverkningar, det visar bland annat förarbetena till 1912 års lag om vissa internationella förhållanden rörande äktenskaps rättsverkningar; därom se UNDÉN, Studier II s. 10.

² NIBOYET nr 645; jmf. PILLET nr 310. Emot NIBOYETS ifrågavarande åsikt uttala sig bl. a. ARMINJON nr 44, LEREBOURS-PIGEONNIÈRE nr 349. ARMINJON invänder, att frågan just är den, huruvida barnet är eller icke är medlem av mannens familj och att man icke kunde inse, varför »le statut personnel du prétendu père» skulle tillämpas med undanträngande av »celui du prétendu fils». Härpå torde emellertid kunna svaras, att, då man hänvisar till »familjens lag», man principiellt icke giver något företräde åt mannen framför barnet utan allenast hävdar, att en viss organisation, familjen eller rättare den svenska familjen, den franska familjen o. s. v., har sin egen, enhetliga lag, som bestämmer dess organisation. Att sedan »familjens lag» sammanfaller med mannens lag har åter sin fullt naturliga motivering i det förhållandet, att familjen framför allt får sin speciella karaktär av familjemedlemmarnas samhörighet med mannens släkt och av mannens, låt vara mer eller mindre klart dominerande rättsliga inflytande över familjen. — Emot antagandet, att familjens organisation bestämmes av en enhetlig lag, invänder åter LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, att »une famille légitime permettant à ses membres des nationalités différentes ne peut être soumise à une loi homogène». Svaret på denna invändning torde ligga i det redan ovan anförda; tilläggas må blott att man icke kan inse, varför en familj, även om den innesluter medlemmar av olika nationalitet, icke skulle kunna vara underkastad en »loi homogène», d. v. s. en å alla familjemedlemmarna i lika mån tillämplig lag. L.-P:s påstående med avseende på det fall, att ett barn av fransk nationalitet påstår sig vara äkta barn till moderns utländska make, att man icke kunde »refuser à l'enfant légitime français les droits qu'il tient de sa nationalité», utgör uppenbarligen icke något bevis redan av det skäl, att däri förutsättes vad som skall bevisas, nämligen att barnet är »un enfant légitime».

^{2a} Samma synpunkt även hos v. BAR, s. 560; jmf. även PETERS s. 25 f.

³ PILLET nr 310.

Denna argumentation synes hava slagkraft även ur svensk rätts synpunkt. Även dess regler, i lag om äktenskaplig börd, torde kunna sägas framför allt åsyfta att åstadkomma skydd för familjens integritet. I denna riktning verka såväl de här gällande stränga presumtionerna (framför allt reglerna i §§ 1 och 7) som begränsningen av talerätten och den beträffande mannens talerätt gällande korta preskriptionsfristen.¹ Även ur svensk rätts allmänna synpunkt på ifrågavarande spörsmål är detta således ett sådant, som lämpligen bör bedömas av »familjens lag», d. v. s. regelmässigt av de båda makarnas hemlands lag. Skulle makarna vara av olika nationalitet, bör mannens lag bli ensam bestämmande. Ty gäller det en konflikt mellan de båda makarnas lag, synes det berättigat att — i motsats till vad ovan utvecklats beträffande en konflikt med barnets lag — fästa avgörande vikt vid att frågan om barnets äktenskapliga börd är av särskild betydelse för mannen därigenom att barnet, om det anses som fött i hans äktenskap, kommer att följa hans villkor i olika avseenden, få hans namn, taga arv efter honom o. s. v. Ett uttryck för detta förhållande, att processen angår mannens intresse, icke hustruns, utgör den regeln i vår lag, att hustrun saknar talerätt i förevarande slag av mål.

Till ytterligare stöd för den här utvecklade åsikten kan slutligen anföras, att den överensstämmer med härskande doktrin² samt med främmande lag och rättspraxis.³

¹ Jmfr motiven till 1917 års lag om äktenskaplig börd, i lagberedningens förslag s. 195, 196.

² Se NIBOYET, PILLET o. a. st., SURVILLE nr 305, POULLET nr 387, FRANKENSTEIN s. 10, WOLFF s. 133, LEWALD s. 129, NUSSBAUM s. 172, WALKER s. 77, CHESHIRE s. 288 ff, VON BAR s. 534, WINROTH s. 160 f, SYNNESTVEDT s. 252, BORUM, Personalstatutet s. 499, Lovkonflikter s. 11.

³ EG Art. 18: »Die eheliche Abstammung eines Kindes wird nach den deutschen Gesetzen beurtheilt, wenn der Ehemann der Mutter zur Zeit der Geburt des Kindes Deutscher ist oder, falls er vor der Geburt des Kindes gestorben ist, zuletzt Deutscher war». Att märka är emellertid, att denna regel numer, sedan 1938, är underkastad en betydelsefull begränsning genom en såsom ett led i den nationalsocialistiska ras- och familjelagstiftningen till Art. 18 fogad undantagsregel av följande lydelse: »Auf die Anfechtung der Ehelichkeit finden die deutschen Gesetze auch dann Anwendung, wenn nur die Mutter des Kindes die Reichsangehörigkeit besitzt oder, falls sie gestorben ist, im Zeitpunkt ihres Todes besessen hat und das Kind im Zeitpunkt der Anfechtung noch minderjährig ist oder, falls es gestorben ist, noch minderjährig wäre.» Genom detta stadgande har man i de däri avsedda fallen möjliggjort tillämpningen av framför allt den nyinförda § 1595 a BGB, vilken är av följande lydelse: »Hat der Mann die Ehelichkeit des Kindes nicht innerhalb eines Jahres seit der Geburt des Kindes angefochten oder ist er gestorben oder ist

Det sagda innebär, att barnets lag blir att lämna utan avseende.¹ Icke heller kan det komma i fråga att taga hänsyn till den å platsen för äktenskapets ingående gällande lagen.

Fasthåller man i enlighet med det ovan utvecklade vid att mannens lag är avgörande för frågan, huruvida barn, som under hans äktenskap födas av hans hustru, äro att räkna som hans äkta barn (och därmed även avgörande för frågan, huruvida de äro att räkna som äkta eller oäkta barn i förhållande till modern), uppstår emellertid frågan om betydelsen av att mannen växlat nationalitet och statut under tiden mellan barnets konception och dess födelse eller i tiden efter födelsen. I detta hänseende har stundom² gjorts gällande att — i den mån faderns av barnet åberopade lag erkände regeln »infans conceptus pro nato habetur quoties de eius commodis agitur» — barnet borde kunna efter sitt val åberopa antingen faderns lag vid tiden för barnets konception eller hans lag vid tidpunkten för barnets födelse. En sådan valrätt kan emellertid, åtminstone från synpunkten av den här utvecklade uppfattningen,³ icke godtagas. Förutom att den åberopade romerskrättsliga regeln torde hava avseende allenast å förmögenhetsrättsliga anspråk,⁴ måste mot en dylik ordning invändas, att frågan om barnets äkta börd utgör ett spørsmål, icke om dess välförvärvade rättigheter utan om dess status, att denna status

sein Aufenthalt unbekannt, so kann der Staatsanwalt die Ehelichkeit anfechten, wenn er dies im öffentlichen Interesse oder im Interesse des Kindes für geboten erachtet». Ett sådant intresse, som i detta stadgande förutsättes, anses särskilt föreligga, därest barnet genom att bliva förklarat för utomäktenskapligt, uppnår en förutsättning för att sedermera kunna bliva betraktat som härstammande från en »ariers». Stadgandet innebär tydligen, att man i internationellt privaträttsliga förhållanden sätter sig över alla i främmande rätt förefintliga preskriptionsregler. Naturligen får l'ordre public här som eljest göra tjänst för att åstadkomma det önskade resultatet. Beträffande detta nya stadgandes grund och innebörd se vidare RAAPE s. 200 ff. — I finsk rätt, FIFL 18 §, finnes ett stadgande av följande lydelse: »Fråga därom, huruvida barn till kvinna, som är eller varit gift, är att anse som barn av hennes äktenskap, skall bedömas enligt lagen i den stat mannen vid tiden för barnets födelse tillhörde eller, om han då var död, senast tillhört». — Beträffande engelsk rätt se CHESHIRE s. 287 ff.

¹ Annorlunda DESPAGNET nr 270, WEISS, Traité s. 27, MANUEL s. 533, LEREBOURS-PIGEONNIÈRE nr 349, ARMINJON nr 44, ZITELMANN s. 861, KLEEN s. 126, RAMEL, studier i svensk internationell arvsrätt, Stockholm 1930 s. 89, vilken ehuru med orätt, hänvisar till BORUM, Personalstatutet s. 537.

² SURVILLE nr 305 med hänvisningar.

³ Jmfr den tyska lagens uttryckliga regel, EG Art. 18, WALKER s. 781.

⁴ I svensk rätt har den ifrågavarande satsen allenast kommit till uttryck beträffande arvsanspråk, lag om arv 10: 1, och anspråk på grund av testamente, lag om testamente 1: 2.

är beroende av faderns status vid barnets födelse,¹ nämligen hans status såsom gift eller ogift vid nämnda tidpunkt, och att det vore mindre rimligt att låta sådana rättsliga förhållanden, som sålunda sammanhånga med hans status vid barnets födelse, bedömas av den lag, som bestämde hans personliga förhållanden vid en tidigare tidpunkt. I den mån enligt svensk rätt särskild hänsyn bör tagas till nyssnämnda grundsats angående barnets redan före födelsen förhandenvarande potentiella rätt till särskilda »commodi», kommer för övrigt dylik hänsyn att vinna vederbörligt beaktande vid bedömandet av den nedan berörda frågan om fastställandet av tillämplig lag, då mannen *avlidit* före barnets födelse; i själva verket är det ju också blott dylika fall, som den åberopade grundsatsen enligt svensk intern rätt tager i sikte. För svensk rätts del torde man således böra fränkänna mannens lag vid konceptionen betydelse.

I överensstämmelse med nu utvecklade synpunkter måste man ock avgöra frågan om betydelsen av mannens statutväxling efter barnets födelse och sålunda fastslå, att sådan statutväxling icke kan få inverkan på frågan om dessförinnan födda barns ställning av äkta eller oäkta. Avgörande är således enligt svensk rätt i överensstämmelse med den härskande åsikten inom såväl främmande lagstiftning och rättsskipning som doktrin faderns statut vid barnets födelse.² Såsom positiv grund härför kan framför allt åberopas, att det ju gäller att bestämma icke blott ett genom barnets födelse grundat rättsförhållande³ utan så att säga karaktären av själva födelsen ur viss rättslig synpunkt.

Även om det i verkligheten vid bördens bestämmande gäller

¹ Från frågan om legitimation av oäkta barn, vilken ur internationellt privaträttslig synpunkt måste behandlas för sig, bortses i detta sammanhang.

² Så ock WINROTH s. 160 f. W. anser dock att hänsyn bör tagas till ett senare hemlands lagar i den mån dessa tillägga de avgörande rättsfakta *större verkan* till barnets förmån än det tidigare hemlandets lag. För så vitt W. därmed vill säga, att statutväxling efter barnets födelse skulle kunna hava någon betydelse för frågan om barnets *börd*, kan W:s uttalande knappast erkännas vara riktigt; är barnet oäkta vid födelsen kan det framdeles bliva ansett som äkta blott om det legitimeras. Beträffande åter frågan om en statutväxlings betydelse för frågan om *rättsverkningarna* av ett visst bördförhållande se nedan kap. 3.

³ Om så vore fallet skulle givetvis den ifrågavarande satsen icke vara motiverad, ty detta rättsförhållande kan förvisso tänkas påverkat även av flera andra, efter barnets födelse inträffande omständigheter.

tillämpningen av vissa rättsregler, så ligger ju dock bakom detta föreställningen, att man därigenom bestämmer ett i ett visst ögonblick uppkommande faktiskt förhållande. Lika litet som emellertid detta faktiska förhållande kan i sin existens beröras av variationer i därom gällande rättsregler, lika litet bör då från denna utgångspunkt dess rättsliga kvalificering beröras av dylika variationer. Med en viss rätt kan man väl vidare för den här förfäktade ståndpunkten åberopa barnets intresse. Även om man icke med en meningsriktning, som har talrika anhängare särskilt i fransk och engelsk doktrin,¹ kan göra gällande, att barnet har en »droit acquis» till den status det genom sin födelse förvärvat, måste man erkänna, att det har ett synnerligen välgrundat intresse av att dess status icke skall vara underkastad förändringar, beroende av faderns vilja.

Skall faderns personalstatut vid barnets födelse vara avgörande för dess börd, anmäler sig frågan, huru tillämpligt statut skall bestämmas, därest faderns äktenskap med barnets moder blivit upplöst före dess födelse antingen genom mannens död eller genom äktenskapsskillnad eller återgångsdom. På denna fråga måste man otvivelaktigt giva det svaret, att mannens statut vid äktenskapets upplösning, vare sig denna sker på ena eller andra sättet, blir bestämmande. Att mannen avlider eller att äktenskapet eljest upplöses före barnets födelse inverkar ju enligt svensk intern rätt² icke på barnets äktenskapliga börd. Men har sagda förhållande i vårt land icke någon inverkan enligt den interna rätten, bör det icke heller kunna erhålla sådan inverkan via den internationella privaträtten. Detta överensstämmer ock med en allmän uppfattning i främmande doktrin.³

I ett visst fall framträder emellertid den nu berörda frågan i en väsentligt vanskligare aspekt. Så blir nämligen fallet, därest modern efter upplösning av sitt äktenskap ingått nytt

¹ Se t. ex. SURVILLE nr 305, PILLET nr 311, CHESHIRE s. 289 jmf. m. s. 40 f. Även i tysk doktrin möter stundom samma uppfattning; se t. ex. WALKER s. 778, som talar om »ein Recht des Kindes auf Ehelichkeit».

² Lag 1917 om äktenskaplig börd 1 §.

³ Se t. ex. HABICHT s. 149, WALKER s. 761, LEWALD s. 129, RAAPE s. 199.

äktenskap så kort tid därefter, att det icke är uteslutet, att det barn hon efter det nya äktenskapets ingående har fött härstammar från den förste maken. Om i dylikt fall, då barnet sålunda enligt presumptionsreglerna kan med äktenskaplig börd härstamma från endera av två män, dessa äro av olika nationalitet, kompliceras den i och för sig vanskliga materiellrättsliga tvistefrågan av det lika vanskliga internationellt privaträttsliga spörsmålet, vilkendera makens lag som bör fälla utslaget i förstnämnda fråga. Olika meningar hava här framträtt. Enligt en åsikt bör man i dylikt fall träffa avgörandet med hänsynstagande till sannolikheten in casu för att endera maken är fader.¹ Enligt en annan åsikt har man att tillämpa *lex fori*.² I själva verket torde det väl knappast vara möjligt att här påvisa någon hållbar grund för ett rationellt avgörande. Vad särskilt vår rätt angår ter sig frågan så mycket vanskligare, som svensk rätt icke innehåller någon regel angående själva den materiella tvistefrågan. I detta läge synes det icke finnas någon möjlighet att besvara den internationellt privaträttsliga frågan på annat sätt än den materiellrättsliga. Man befinner sig med andra ord här i en sådan situation, då man såsom en nödfallsåtgärd måste tillgripa *lex fori*. Anser man med UNDÉN,³ att enligt svensk rätt den senare mannens faderskap a priori bör presumeras, torde man sålunda hava att träffa avgörandet efter samma regel även i det här diskuterade internationellt privaträttsliga konfliktfallet.

Ett vanskligt spörsmål uppstår därest mannen vid barnets födelse är statslös eller är medborgare i flera länder. Detta är emellertid en fråga av allmän räckvidd, vilken redan ovan⁴ blivit föremål för behandling.

II. Att såsom ovan hävdats frågan huruvida ett barn är fött i eller utom moderns äktenskap med mannen skall avgöras enligt mannens lag vid barnets födelse innebär, att bland

¹ SÅ WOLFF s. 134.

² SÅ RAAPE, Einführungsgesetz s. 457. — Jmfr HABICHT s. 148, som anser den ovan först nämnda regeln böra tillämpas i första hand, *lex fori* åter subsidiärt, samt PLANCK s. 62, som vid tolkningen av EG Art. 18 gör gällande, att tysk lag (mannens lag) bör tillämpas, så snart endera av männen är tysk, en ståndpunkt som lämnar frågan oavgjord, därest ingendera mannen är medborgare i domstolens land.

³ UNDÉN, Föräldrar och barn, s. 21.

⁴ S. 25 f.

annat alla sådana frågor, varom för svensk rätts del ges regler i lag om äktenskaplig börd 1—5 samt 7 §§, skola bedömas enligt den sålunda angivna lagen. Enligt mannens lag bestämmes således huruvida regeln »pater est quem nuptiae demonstrant» skall tillämpas samt under vilka förutsättningar den i nämnda regel innefattade presumptionen om faderskap må kunna motbevisas. Vidare avgöres enligt nämnda lag vem som äger föra talan, d. v. s. huruvida talerätt medgives allenast fadern resp. vid hans död vissa närmare släktingar eller såsom hos oss även barnet eller kanske, såsom i vissa främmande länder, även modern eller andra anförvanter. Likaså avgöres enligt faderns lag huruvida talerätten kan gå förlorad efter en kortare eller längre preskriptionstid. Slutligen komma även de beträffande faderskapets fastställande tillämpliga reglerna att hämtas ur nämnda lag, d. v. s. framför allt den regeln, som bestämmer längden av den avgörande konceptionstiden.

Måhända kan det emellertid synas som om en eller annan av ovan nämnda regler icke tillhörde kategorien av materiella rättsregler, vilkas tillämplighet bestämmes av personalstatutet, utan i stället hörde hemma på processrättens gebit och på den grund borde falla under *lex fori*. Synnerligen vanlig är onekligen den uppfattningen, att alla presumptionsregler, enär de måste anses utgöra regler angående bevisningen i rättegång eller i varje fall regler angående bevisbördan, vore av processuell natur.¹ Denna uppfattning kan dock, för så vitt den traditionella gränsdragningen mellan materiell rätt och processrätt vidhålles, knappast anses riktig. Ifrågavarande presumptionsregler hava, såsom ovan utvecklats, den innebörden, att rätten, sedan den knutit vissa rättsverkningar till förutsättningen av ett visst fysiologiskt faktum, vars existens emellertid regelmässigt icke kan utrönas genom vanlig bevisning, av praktikabilitetsskäl uppställer en hjälpregel, enligt vilken enahanda rättsverkningar inträda redan när vissa andra, sekundära, men lättare bevisbara fakta föreligga, vilka innefatta en övervägande sannolikhet för att även det faktum, vilket lagen tagit i sikte såsom primärt avgörande, är för handen. En sådan rättsregel måste väl emellertid betraktas såsom en materiell

¹ Härom se OLIVECRONA, Beviskyldigheten och den materiella rätten, Uppsala & Stockholm 1930, s. 41 ff.

eller åtminstone quasi-materiell regel.¹ Emot ett sådant betraktelsesätt har emellertid OLIVECRONA² invänt, att det skulle leda till en orimlighet, enär det skulle innebära, att en rättighets existens vore betingad av vad som bevisas i en process. Detta är ju dock icke någon annan invändning än den, som över huvud kan riktas mot den uppfattning, som anser sig hava grund att skilja mellan materiella och processuella regler: även om den materiella rätten knyter en viss rättsverkan, uppkomsten av en rättighet, till visst faktum, och ett dylikt faktum i verkligheten föreligger, är ju likväl rättighetens faktiska förhandenvaro, d. v. s. möjligheten att med maktmedel realisera det däri avsedda anspråket, till sist beroende av att faktum i fråga verkligen kan bevisas. Detta förhållande kan emellertid icke göra det oberättigat att skilja mellan materiella och processuella rättsregler, d. v. s. mellan å ena sidan regler, som generellt angiva de faktiska förutsättningarna för att viss rättsverkan skall inträffa, och å andra sidan regler, vilka bestämma hur förhandenvaron av dessa faktiska förutsättningar skall konstateras och huru det därav beroende rättsanspråket skall fastställas. Vid sådant förhållande kan icke heller OLIVECRONAS invändning mot uppfattningen, att här ifrågavarande presumptionsregler utgöra materiella regler, erkännas såsom berättigad.³

Frågan om presumptionsreglernas juridiska kvalificering må emellertid till sist lämnas därhän.⁴ Vare sig presumptions-

¹ Överensstämmande Plosz i Festschrift für Wach II s. 14 f, citerad av OLIVECRONA a. a. s. 42 not 1 samt s. 47 not 2.

² A. a. s. 47.

³ Vill man ytterligare övertyga sig om det berättigade i att betrakta presumptionsreglerna såsom materiella regler, kan man med dessa regler jämföra reglerna på avtalsrättens område. Dessa innebära ju bland annat, att genom en persons acceptering av en annans anbud ett avtal, medförande vissa rättsverkningar, kommer till stånd. Bakom denna rättsregel ligger emellertid den förutsättningen, att de båda avtalsparternas viljor bringats till överensstämmelse. Skulle denna förutsättning brista så kapitalt, att det t. ex. befinnes, att den ena parten varit påverkad av den andres svek eller dyl., blir avtalet ogiltigt. Även i detta fall är förhållandet sålunda det, att en viss materiell rättsregel (regeln om avtalets tillkomst) liksom presumptionsreglerna förlorar sin verkan när det utrönes, att det faktiska förhållande, varpå regeln bygger (att avtalsparternas viljor förenats i en consensus) i verkligheten icke föreligger. Icke kan man väl emellertid av detta skäl (för så vitt man icke vill helt och hållet förneka skillnaden mellan materiella och processuella regler) bestrida, att regler angående avtals slutande lika väl som reglerna angående rättshandlingars ogiltighet utgöra materiella regler.

⁴ Detta kan så mycket hellre ske, som det över huvud taget är föga tillfredsställande att låta en internationellt privaträttslig frågas avgörande bli beroende av en s. k. kvalifikation av visst rättsförhållande eller viss rättsregel.

reglerna enligt gängse systematik och terminologi rätteligen böra hänföras till den materiella rätten eller de hellre böra hänföras till processrätten, måste man i internationellt privaträttsligt hänseende dock fästa avgörande vikt vid att dessa regler åtminstone icke förete det drag hos de processuella reglerna, vilket man tillmäter bestämmande betydelse, då man uppställer satsen, att reglerna angående processen lyda *lex fori*. Denna sats har sin motivering och därmed även sin begränsning däri, att en domstol, så vitt angår formerna för dess verksamhet, d. v. s. de mer eller mindre förvaltningsrättsligt färgade reglerna angående processen som sådan, alltid måste följa det egna landets lag. Om formerna för domstolsverksamheten är emellertid icke tal i förevarande presumptionsregler, utan dessa liksom vanliga materiella regler syfta direkt till att avgöra existensen av ett rättsanspråk och taga därför också ett *visst bestämt* sådant anspråk i sikte. Vid sådant förhållande saknas själva grunden för att underställa dem *lex fori*. Detta är ock härskande uppfattning inom den internationellt privaträttsliga doktrinen¹ och överensstämmer även med främmande lag och rättspraxis.

Ett visst undantag från huvudregeln torde emellertid för ett fall böra erkännas. I den mån enligt mannens *lex patriae* ett hans erkännande av barnet har avgörande betydelse i förevarande hänseende men godtages blott under förutsättning av att det uppfyller viss form,² torde enligt den sedvanerättsligt gällande regeln »*locus regit actum*» ett iakttagande av den form för dylikt erkännande, som må gälla å den plats, där det företages, vara tillfyllest.³

Ifrågasättas kan härutöver endast huruvida i något särskilt avseende *lex fori* av hänsyn till svensk *ordre public* måste beaktas. På den frågan kan icke givas något allmängiltigt svar. Endast det kan fastslås, att ingen av vår lags hithörande regler synes vara av sådan natur, att en svensk domstols tillämpning av avvikande regler a priori kan påstås komma att leda fundamentala svenska intressen. Därmed är således icke ute-

¹ VON BAR, s. 534 med talrika hänvisningar till äldre doktrin, WALKER s. 778, SURVILLE nr 308, WEISS, *Traité* s. 13 ff, Manuel s. 530.

² Annorlunda är ju fallet enligt vår rätt, lag om äktenskaplig börd § 4; jmfir motiven i lagberedningens förslag s. 198, UNDÉN, *Föräldrar och barn* s. 30.

³ Så ock VON BAR s. 535; LEREBOURS-PIGEONNIÈRE s. 412, SURVILLE nr 308.

slutet, att särskilda främmande lagar på detta område kunna innehålla regler, vilkas tillämpning av svensk domstol icke kan tolereras. Detta är emellertid tydligen ett spörsmål, som blott kan lösas från fall till fall. Någon större praktisk betydelse torde det knappast äga.

III. Hittills har varit tal om att bestämma den lag, enligt vilken skall avgöras om förutsättningarna för att ett barn skall anses fött i moderns äktenskap med en viss man äro för handen eller ej. Det har således förutsatts, att det icke rått något tvivel om existensen och giltigheten av det äktenskap, i vilket barnet påstås vara fött. Även denna huvudförutsättning för barnets äkta börd kan ju emellertid vara omtvistad. I dylikt fall ter sig uppgiften att bestämma den lag, enligt vilken frågan om barnets börd skall avgöras, väsentligt mera vanskelig. Tydligtvis kan man åtminstone icke utan vidare tillämpa den ovan utvecklade grundsatsen, att mannens lag skall anses bestämmande, ty den prejudicerande frågan om äktenskapet är giltigt tränger sig fram med krav på självständigt beaktande.

Vid första påseende kan uppgiften visserligen synas enkel nog. I IÄL finnas ju uttryckliga regler såväl angående frågan, huruvida ett äktenskap med hänsyn till formen skall erkännas som giltigt, som ock angående frågan, huruvida det med hänsyn till sina materiella förutsättningar skall anses fylla kraven enligt svensk internationell privaträtt eller tvärtom kan dömas att såsom »ogiltigt» återgå. Det kunde synas otvivelaktigt att man hade att pröva frågan om giltigheten av det omstridda äktenskapet enligt dessa regler och att uteslutande på grundvalen av detta avgörande besvara frågan, huruvida ett av kontrahenterna sammanavlat barn är fött i eller utom äktenskap. För vissa fall är ett sådant tillvägagångssätt säkerligen även det enda riktiga: det måste i regel anses motiverat, därest prövningen av frågan om äktenskapets giltighet giver ett positivt resultat. Kan det enligt vår internationella privaträtt fastställas, att två utlänningar eller en utländsk man och en svensk kvinna ingått ett giltigt äktenskap, så skulle ju en oberoende därav given förklaring, att — enär mannens lag icke erkände äktenskapets giltighet — i äktenskapet födda barn vore oäkta, framstå såsom en icke tolerabel motsägelse mot fastställelsen av äktenskapets giltig-

het. Om exempelvis två utlänningar, enligt vilkas lag fordras kyrklig vigsel, i Tyskland med tillämpning av tysk lags föreskrifter ingått äktenskap inför borgerlig myndighet och därefter sammanavlat barn, måste en svensk domstol, som finge att pröva frågan om barnets börd, förklara detta vara fött i giltigt äktenskap, oaktat enligt faderns lag äktenskapet vore ogiltigt.

Giver åter prövningen av frågan om äktenskapets giltighet ett negativt resultat, d. v. s. måste man fastställa, att äktenskapet enligt reglerna i IÄL 1:6 och 9 på grund av brister i formen är en nullitet eller att det enligt 2:1 i samma lag på grund av återgångsanledning är ogiltigt, torde man icke kunna avgöra frågan, huruvida ett parternas barn skall anses äga äktenskaplig börd eller ej, uteslutande på grundvalen av nämnda prövning av äktenskapets giltighet. Ett barn kan äga äkta börd, oaktat det icke är fött i giltigt äktenskap. Enligt flera länders lagstiftning betraktas sålunda barn, som födes av föräldrar, vilkas äktenskap på grund av brist i formen eller på grund av återgångsskäl är ogiltigt, under särskilda förutsättningar såsom äkta barn eller åtminstone såsom jämställt med äkta barn. Men den på grund härav uppkommande frågan, huruvida ett barn, trots ogiltigheten av föräldrarnas äktenskap, bör betraktas som äkta, bör uppenbarligen bedömas enligt den ovan utvecklade huvudgrundsatsen, d. v. s. enligt mannens, faderns, lag. Även i detta läge framstår ju frågan om barnets börd som en sådan fråga om »composition des membres de la famille», vilken rimligen bör bedömas enligt familjens, d. v. s. mannens lag. Är barnet i förevarande situation enligt mannens lag att anse som äkta, kan man därför icke få fränkänna det äktenskaplig börd under hänvisning till att föräldrarnas äktenskap enligt tillämplig äktenskapslag är ogiltigt.¹ Antag

¹ Så ock beträffande dansk rätt BORUM s. 500. I tysk rättspraxis har emellertid den här avvisade uppfattningen adopterats i ett par rättsfall; se FRANKENSTEIN 1 s. 235, LEWALD s. 130, NUSSBAUM s. 141. Avgörandena ifråga ha i doktrinen emellertid allmänt kritiserats; se ovannämnda förf. I vissa andra rättsfall har åter den här hävdade uppfattningen kommit till uttryck; se LEWALD s. 130. Denna uppfattning hävdades redan av PLANCK s. 62. En i viss mån förmedlande ståndpunkt intager RAAPE s. 200, som principiellt anser »das Ehenichtigkeitsstatut» avgörande men, om äktenskapet är »nichtig» enligt båda parternas lag, ger företräde åt den lag, som är för barnet förmånligast. — På den här utvecklade principen vilar i stort sett även engelsk och amerikansk rättspraxis; därom se CHESHIRE s. 287 ff, särsk. s. 290.

att i Tyskland en österrikare i enlighet med sitt hemlands lag men i strid mot tysk lag (EG Art. 13 st. 3 jmf. med BGB § 1317) ingått äktenskap med en tyska genom kyrklig vigsel och att i denna förbindelse fötts ett barn. I dylikt fall vore visserligen äktenskapet enligt IÄL 1: 6 och 9 ogiltigt, eftersom det icke uppfyllde formkraven, vare sig enligt *lex loci actus* eller enligt den kvinnliga partens lag, men det oaktat måste en svensk domstol tillerkänna barnet äkta börd, enär enligt österrikisk lag barn, vilka avlats i ett putativäktenskap, hava äkta barns ställning.¹

Den här utvecklade grundsatsen, vilken överensstämmer med främmande rättspraxis och doktrin,² leder emellertid vidare. Är det riktigt, att ett barn, som har fötts i ett enligt den internationella privaträttens regler ogiltigt äktenskap, bör tillerkännas äktenskaplig börd eller likställas med äkta barn, därest ett sådant avgörande har stöd i mannens lag, så synes det nödvändigt att jämväl fastslå, att ett barn, som födes i ett enligt förstnämnda regler ogiltigt äktenskap, bör betraktas som äkta, därest *äktenskapet, bedömt enligt faderns lag*, vore att anse som giltigt.³ Kan man som grund för att tillerkänna ett barn äktenskaplig börd få åberopa en bestämmelse i faderns lag, enligt vilken barn av *ogiltigt* äktenskap likställas med äkta, bör man så mycket hellre äga åberopa en regel i faderns lag, enligt vilken barnet, såsom fött i *giltigt* äktenskap, har äktenskaplig börd. Såsom barn i äktenskap böra enligt denna grundsats av svensk domstol erkännas exempelvis barn av bigamistiskt äktenskap, därest makarna tillhöra ett land, som erkänner giltigheten av dylika äktenskap. Det bigamistiska äktenskapet kan visserligen icke erkännas såsom giltigt enligt svensk lag, det förbjuder svensk *ordre public*. Detta innebär emellertid blott, att svensk lag icke kan behandla *makarna* i dylikt äktenskap såsom lagligen gifta. Intet synes däremot kunna förhindra, att en *avkomling* av dem tillerkännes den rättsliga ställning, som följer med äkta börd, när detta överensstämmer med makarnas egen lag, ty ett erkännande av barnets äkta börd betyder icke ett erkännande av

¹ Exemplet är byggt på ett av LEWALD s. 130 anført tyskt rättsfall.

² Därom se noten å nästföregående sida.

³ Annorlunda FRANKENSTEIN s. a. st.

det olagliga äktenskapet och kan därför icke heller möta hinder i svensk ordre public.

Det ovan utvecklade kan sammanfattas så, att vid avgörande av frågan, huruvida ett barn är fött i eller utom äktenskap, kommer ett fastställande av föräldrarnas äktenskap såsom giltigt att prejudicera bordsfrågan, medan åter ett fastställande av äktenskapets ogiltighet kommer att lämna bordsfrågan öppen att avgöras enligt mannens statut. Denna grundsats blir tillämplig även i det icke sällan omtvistade¹ fallet, att barnets moder ingått det äktenskap, vari barnet påstås vara fött, efter en förut erhållen äktenskapsskillnad, vilken enligt internationellt privaträttsliga regler icke kan erkännas såsom giltig. I dylikt fall föreligger ett ogiltigt äktenskap, i vilket barnet påstås vara fött; men dessutom är att taga i betraktande ett föregående giltigt, alltjämt bestående äktenskap. Existensen av sistnämnda äktenskap kan synas komplicera vårt spörsmål. I regel blir dock så knappast fallet, ty därest det efter vederbörlig talan blivit fastställt, att mannen i det första äktenskapet ej är fader till barnet eller det på grund av föreliggande omständigheter kan anses uteslutet, att han vore barnets fader, kan det första äktenskapet helt lämnas å sido. Skulle emellertid intetdera av nyssnämnda fall föreligga och är det således ej uteslutet, att barnet kan anses härröra från det första äktenskapet, kan frågan, huruvida barnet skall erkännas som äkta avkomling av moderns andra äktenskap, synas synnerligen vanskligh. Den ovan uppställda huvudgrundsatsen synes i dylikt fall närmast böra föra till ett nekande svar å sagda fråga, i det den fortvarande existensen av det första, giltiga äktenskapet måste tillmätas avgörande betydelse. Möjligt är emellertid, att det nya äktenskapet i dylikt fall trots ursprunglig ogiltighet bör respekteras såsom giltigt. I så fall bortfaller ju vårt spörsmål.²

IV. Är det notoriskt eller har det fastställts, att ett barn är fött utom äktenskap, kommer frågan om dess börd i regel att aktualiseras som en fråga om fastställande av faderskap. Den-

¹ I engelsk rättspraxis har ett dylikt fall bedömts enligt en från regelfallen avvikande princip och således barnet på grund av ogiltigheten av föräldrarnas äktenskap fränkants äkta börd; denna rättspraxis kritiseras av CHESHIRE s. 294 ff.

² Se UNDÉN, Studier II s. 56 f.

na senare fråga kan, såsom ovan visats, i motsats till frågan om barns börd inom eller utom äktenskap i regel icke lämpligen behandlas som ett fristående problem utan tager formen av ett spörsmål angående fastställandet av förutsättningarna för de särskilda anspråk ett sådant barn kan rikta mot fadern. På grund härav blir det i det följande att taga i betraktande vid diskussionen av de frågor, som röra varje sådant anspråk för sig.

Understundom kan emellertid frågan om det utom äktenskap födda barnets börd även aktualiseras som en fråga om fastställande av moderskap. I regel uppkommer visserligen icke någon sådan fråga, enär barnets härstamning från viss moder av lagarna i allmänhet betraktas som notorisk i och med att anteckning om barnets födelse och dess moder sker i ett offentligt register. Annorlunda ter sig åter saken, därest det är fråga om ett barn, vars moder enligt sin lag, såsom exempelvis den franska code civil och av den influerade lagar, först genom att erkänna barnet såsom sitt kommer i familjerättsligt förhållande till detta. Ett sådant erkännande (*reconnaissance*) har närmast naturen av ett slags legitimering¹ av »un enfant naturel inconnu». Frågan om barnets härstamning ter sig därför i dylikt fall som en fråga om förutsättningarna för dess inlemmande i en viss, låt vara ofullständig familj, moderns familj. Detta synes i överensstämmelse med ovan² utvecklade synpunkt motivera dess bedömande enligt familjens, d. v. s. moderns lag.³ Enligt denna har man således att avgöra, huruvida ett erkännande av barnet över huvud har sådan verkan, varom nu är tal, liksom ock i jakande fall förutsättningarna för erkännandets rättsverkningar, däribland även frågan huru det skall givas.⁴ Helt naturligt är också, att en genom ett moderns erkännande av detta slag grundlagd rättslig förbindelse mellan moder och barn såsom bevis för barnets härstamning faktiskt blir bestämmande för dess rättsförhållande till modern i alla dess delar, på samma sätt som ett fastställande av ett barns

¹ SÅ PILLET nr 322.

² S. 52 f.

³ Annorlunda SCHNITZER s. 212 som, dock utan motivering, förklarar barnets lag vara bestämmande.

⁴ SÅ PILLET nr 323. Jmfr FRANKENSTEIN s. 85.

äktenskapliga börd blir bestämmande för rättsförhållandet till föräldrarna i dess totalitet.¹

Anmärkningsvärt är särskilt att moderskapets erkännande även kan bli bestämmande för frågan om barnets nationalitet. Även om barnet enligt en i födelselandet tillämpad *jus soli* skulle i och med födelsen förvärva medborgarskap i sagda land, är ett sådant medborgarskap dock regelmässigt allenast provisoriskt,² och avgörande för barnets status blir därför i allmänhet ytterst ett fastställande av dess härstamning från modern genom hennes erkännande av barnet på föreskrivet sätt eller genom moderskapets bevisande i rättegång (eller eventuellt ett fastställande av barnets härstamning från fadern genom hans erkännande av faderskapet). I dylika fall uppkommer tydligen redan som ett preliminärt spörsmål vid bestämmandet av barnets personalstatut frågan, enligt vilken lag barnets härstamning skall bedömas. Även denna fråga är emellertid tydligen av samma innebörd som de nyss berörda och bör på samma sätt som dessa avgöras enligt den utpekade moderns lag.³

Mera tvivelaktigt kan det åter måhända synas, huruvida samma resonemang är tillämpligt även vid bedömandet av frågan, om barnet genom faderns erkännande av faderskapet förvärvat hans nationalitet. Principiellt kan, såsom den föregående utredningen visat, frågan om faderskap till barn utom äktenskap i allmänhet icke avgöras efter något enhetligt statut utan bör beträffande varje särskild rättsverkan, varom fråga uppstår, bedömas separat. Mot denna princip torde det dock icke strida, att man, när det är fråga om erkännande av faderskap till utomäktenskapligt barn såsom förutsättning för barnets förvärvande av faderns nationalitet, beaktar den nyss beträffande härstamningen från modern anförda synpunkten. Även i dylikt fall föreligger ytterst en sådan fråga om barnets familjetillhörighet, varom i det föregående varit tal, i det barnet genom faderns erkännande av faderskapet erhåller samma famil-

¹ Motsvarande frågor rörande förutsättningarna för och verkan av ett erkännande av utomäktenskapligt barn kunna uppkomma även beträffande ett erkännande som givits av fadern. Även sådana frågor böra givetvis avgöras i enlighet med de ovan i texten utvecklade reglerna.

² PILLET nr 325, FRANKENSTEIN s. 81.

³ Så ock PILLET nr 322, NIBOYET nr 650, FRANKENSTEIN s. 82. Annorlunda åter ARMINJON nr 44, POULLET nr 392 (barnets och moderns lag kumulativt).

jerättsliga ställning i förhållande till honom, som det genom moderns erkännande av moderskapet erhåller i förhållande till henne. Vid sådant förhållande synes det naturligt att bedöma frågan om förutsättningarna för och innebörden av ett sådant erkännande av faderskapet efter faderns lag.¹ Och naturligt synes även att i *dylikt* fall faderskapets fastställande blir i allo bestämmande för faderns förhållande till barnet, så att man kan utgå från det sålunda fastställda faderskapet, vilken rättsverkan av föräldraförhållandet det än må gälla. Därmed är dock givetvis icke sagt att varje dylik rättsverkan, exempelvis vårdnaden om barnet, skulle vara att bestämma enligt faderns lag.²

Avgörande är i alla nu ifrågavarande fall moderns (resp. faderns) lag vid varje särskilt tillfälle.³ Har exempelvis en fransk moder till ett barn utom äktenskap blivit svenska, kan hon icke längre erkänna barnet med den verkan detta har enligt fransk lag men blir naturligen det oaktat enligt svensk rätt att betrakta som moder till det utomäktenskapliga barnet.⁴ Ett redan före statutväxlingen företaget erkännande av barnet måste dock utöva sin rättsverkan även efter det modern ändrat statut.⁵ Så måste bliva fallet icke blott så vitt angår redan före statutändringen på grund av det genom erkännandet etablerade rättsförhållandet uppkomna, konkreta rättsanspråk, exempelvis redan till betalning förfallna underhållsbidrag,⁶ utan även så vitt angår frågan om den fortsatta existensen av samma rättsförhållande.⁷ Faktiskt kommer detta dock icke att betyda mer, än att modern alltjämt, oberoende av något slags bevisning, är att anse som moder till det av henne erkända barnet. Innebörden av det sålunda fortbestående rättsförhållandet blir emellertid för framtiden att bedöma med hänsyn tagen till statutändringen.

¹ Så ock PILLET, NIBOYET, FRANKENSTEIN s. a. st.; annorlunda även här ARMINJON, POULLET s. a. st. Jmfr även RAAPE s. 211.

² Jmfr RAAPE s. a. st.

³ Jmfr FRANKENSTEIN s. 90 f. Annorlunda åter RAAPE, Einführungsgesetz s. 535.

⁴ Jmfr FRANKENSTEIN s. 90.

⁵ Ang. principerna för statutändrings bedömande se nedan s. 80 ff.

⁶ Så ock FRANKENSTEIN s. 91.

⁷ Annorlunda i princip FRANKENSTEIN s. a. st.

KAP. 3.

Rättsförhållandet mellan barn i äktenskap och dess föräldrar.

De regler som bestämma rättsförhållandet mellan föräldrar och barn i äktenskap enligt svensk rätt¹ få sin karaktär huvudsakligen av syftet att bereda barnet uppfostran och utbildning samt vård och skydd. På grund av dessa regler hava föräldrarna en viss makt över barnet, vilken medför rätt för dem att i olika avseenden bestämma över detta, men denna rätt är icke föräldrarna given för deras egen skull såsom en egentlig privaträtt, utan den är snarare av huvudsakligen offentlig-rättslig natur och framträder som en föräldrarna given myndighet att i vidsträckt omfattning ombesörja en uppgift, vars handhavande i övrigt åligger särskilda samhällsorgan, främst skolorna och vid sidan av dem, ehuru regelmässigt i andra hand, olika barnavårdsmyndigheter. Denna karaktär hos vår lags regler får sitt uttryck redan i lagens terminologi, då det beträffande barnets personliga förhållanden heter, att barnet skall stå under föräldrarnas vårdnad. Därmed har helt allmänt givits till känna, att föräldrarnas förhållande till barnet i berörda hänseende framför allt får sin färg av föräldrarnas förpliktelser mot barnet och att även de rättigheter, som tilläggas föräldrarna, främst avse att tillvarataga barnets intresse. Av sådana förpliktelser, som åligga föräldrarna på grund av vårdnaden om barnet, nämner lagen plikten att sörja för barnets person, att giva det sorgfällig uppfostran, att sörja för dess uppehälle och utbildning och att hava uppsikt över det. Av föräldrarna tillkommande rättigheter nämnas i lagen rätten att tukta barnet, att träffa avgöranden beträffande dess arbets-

¹ Därom se UNDÉN, Föräldrar och barn enligt gällande svensk rätt, 2. genoms. uppl., Sthlm 1927.

kraft samt att bestämma om dess personliga angelägenheter, exempelvis om dess vistelseort, dess upptagande i visst religionssamfund, dess rätt att ingå äktenskap, o. s. v. Härtill kommer rätt och plikt att företräda barnet i rättegång rörande dess personliga angelägenheter. Att de rättigheter, vilka sålunda innefattas i vårdnaden, av föräldrarna skola utövas i barnets intresse är beträffande de flesta av dem utan vidare uppenbart. Icke ens beträffande den enda, vilken kunde synas avse att tillgodose föräldrarnas intresse på barnets bekostnad, rätten att bestämma över dess arbetskraft, gäller något annat. Avsikten med reglerna därom är icke att föräldrarna skola äga i egentlig mening förfoga över barnets arbetskraft för att därigenom bereda sig ekonomisk kompensation för sina utgifter för barnet, utan meningen är att för barnets skyddande beskära dess förmåga att på egen hand sluta arbetsavtal.

Sistnämnda regel fyller sålunda samma ändamål som de regler, varigenom vår lag tillvaratager barnets intresse i ekonomiska angelägenheter, förmynderskapslagstiftningen. Även i denna del får rättsförhållandet mellan föräldrar och barn hos oss sitt innehåll helt och hållet bestämt av lagens syfte att bereda barnet skydd; det skyddas genom att lagen beskär dess förmåga att på egen hand disponera över sina tillgångar och ikläda sig förpliktelser och vidare genom att lagen sörjer för en av myndighet kontrollerad förvaltning av barnets egendom, vilken uteslutande, även då någon av föräldrarna är förmyndare, avser att tillgodose barnets intresse att dess egendom, både till kapital och ävkastning, bevaras för dess räkning.

Förutom genom reglerna om vårdnad och om förmynderskap tillgodoses barnets intresse slutligen även genom de regler, varigenom en underhållsplikt i förhållande till barnet pålägges föräldrarna. Mot denna förpliktelse svarar i viss mån underhållsplikt för barnet i förhållande till behövande föräldrar. Det oaktat domineras givetvis även i detta avseende förhållandet mellan föräldrarna och barnet av de förras förpliktelse. Denna är också i motsats till barnets under hela barnets uppväxt- och utbildningstid ovillkorlig.

De regler vår lag givit i nu berörda avseenden avvika i åtskilligt från de regler angående samma ämne, som främmande rättsordningar innehålla. Vad i dem stadgas angående för-

äldramakten (»puissance paternelle», »elterliche Gewalt», »Forældremyndighed» o. s. v.) torde visserligen i regel utgå från i stort sett samma grunduppfattning som uppbär vår lag, d. v. s. att den föräldrarna tillagda makten givits dem som ett medel för barnets skydd och vård, men på många håll kommer mer eller mindre klart till synes, att reglerna utgöra kompromisser med den från den romerska rätten härstammande uppfattning, enligt vilken barnets intresse är underkastat faderns. Där så är fallet, är faderns eller föräldrarnas makt över barnet ofta sanktionerad av andra och starkare maktmedel än hos oss; vidare får rätten att bestämma över barnets arbetskraft en helt annan innebörd, i det den avser att bereda en förmån av ekonomiskt värde för den berättigade; och slutligen framträder som en konsekvens av ifrågavarande grunduppfattning bl. a. den ofta förekommande regeln, att fadern eller föräldrarna äga rätt till nyttan och avkastningen av barnets egendom.¹ Sistnämnda rättighet är särskilt anmärkningsvärd, i det den tydligen innefattar en avsevärd begränsning i det skydd ifrågavarande rättsordningar bereda barnet genom sina regler om förmynderskap. Med det inflytande av olika grunduppfattningar, som kännetecknar flera främmande länders hithörande rättsregler, sammanhänger vidare, att även reglerna om den ömsesidiga underhållsplikten för föräldrar och barn förete många mer eller mindre betydande olikheter i skilda länder. Beträffande denna fråga må dessutom anmärkas den olikhet i skilda länders lagstiftning, som består däri, att åtskilliga främmande lagar giva barn, som ingå äktenskap, en rätt till hemgift, medan andra lagar i likhet med vår sakna bestämmelser därom.

Med hänsyn till de skiljaktigheter olika rättsordningar i dessa delar förete är det alltså icke sällan av intresse att i internationellrättsliga konfliktfall bestämma, efter vilken lag förhållandet mellan föräldrar och barn skall vara reglerat. Detta måste för svensk rätts del i brist på uttryckliga lagregler och vägledande rättspraxis ske så gott som uteslutande med stöd av allmänna principiella och praktiska överväganden.

I. För de normala fall, då *föräldrar och barn tillhöra samma land*, vållar denna fråga i regel inga tvivelsmål. Enighet

¹ Så t. ex. i Tyskland (BGB § 1649), Frankrike (Code civil art. 384), Nederländerna (Weetboek art. 366) m. fl.

råder nämligen, åtminstone i stort sett,¹ därom, att hithörande frågor principiellt böra regleras av personalstatutet,² d. v. s. för svensk rätts del i regel av *lex patriae* men i vissa fall beträff-

¹ Avvikande åsikter hava framträtt framför allt beträffande *underhållsplikten*, i det här ofta nog en mer eller mindre klart uttalad hänsyn till l'ordre public får motivera en *lex fori*-regel. Så t. ex. i fransk rättspraxis; se bl. a. BARTIN § 325, som finner denna praxis väl motiverad med hänsyn till l'ordre public, och SURVILLE nr 326, som kritiserar denna åsikt och anser personalstatutet — och närmare bestämt den förpliktades lag — böra tillämpas. — Ett exempel på en helt *generell* *lex fori*-regel på detta område erbjuder emellertid den s. k. Montevideokonventionen art. 14 och 15 (citerade exempelvis hos POULLET s. 432 not 1). Samma regel har även adopterats i ett förslag till reform av Code civil, utarbetat av Société d'études législatives; se LEREBOURS-PIGEONNIÈRE nr 351 not 1. — En generell *lex fori*-regel hävdas även av BARTIN; se följande not. — I engelsk rättspraxis synes man ock i det hela taget följa en *lex fori*-regel. I varje fall synes man beträffande frågan om innehållet av de rättigheter en utländsk vårdnadshavare kan utöva i England följa engelsk rätt; så CHESHIRE s. 400 ff (se följande not); likaså beträffande det personliga vårdnadsförhållandet DICEY s. 549 men däremot annorlunda beträffande föräldrars förmögenhetsrättigheter med avseende å barnets lösa egendom (tillämplig är enligt DICEY »probably . . . the law of the parent's domicile» i enlighet med principen »mobilia personam sequuntur»).

² Enligt *tysk rätt*, EG Art. 19, är faderns lag (d. v. s. i det här ifrågavarande fallet familjens lag) avgörande så länge han lever, därefter moderns lag.

Regeln att faderns lag är avgörande har enligt härskande uppfattning gällt även i *österrikisk rätt*, se WALKER s. 794; enligt en annan åsikt skulle åter domicilet tillmätas avgörande betydelse.

Enligt *schweizisk rätt*, NAG Art. 8, är frågan om »der Familienstand» att avgöra enligt mannens, faderns, hemlands lag. Enligt Art. 9 skall däremot »die elterliche Gewalt» bestämmas »nach dem Rechte des Wohnsitzes», medan åter underhållsplikten mellan släktingar rättar sig efter den underhållsskyldiges hemlands lag.

Att personalstatutet, d. v. s. i förevarande fall familjens nationella lag, är bestämmande antages också i *fransk rättspraxis*; se ARMINJON nr 53, LEREBOURS-PIGEONNIÈRE nr 350, NIBOYET nr 669, PILLET nr 328, SURVILLE nr 318, VALÉRY nr 816, 818, WEISS, Manuel s. 542 ff. Annan uppfattning av rättspraxis har till synes BARTIN § 328 s. 377; jmf dock § 326 s. 368. BARTIN synes i rättspraxis vilja hämta stöd för sin uppfattning, att *lex fori* bör vara avgörande. B. anser visserligen, att man icke kan tveka om att personalstatutet principiellt skall tillämpas, så vitt angår anordnandet av den vårdnad och det förmynderskap, som erfordras för barnets skyddande, samt beträffande omfattningen av dessa skyddsanstalters verkningar och beträffande därav följande förpliktelser för olika personer (s. 368). Men denna princip får enligt BARTIN icke något större utrymme. Beträffande förmynderskap (»tutelle») får den icke göra sig gällande i vidare mån, än detta är förenligt med den interna rätten i den stat, inom vilken förmynderskapet utövas. Och vad som gäller om förmynderskapet gäller enligt BARTIN utan vidare även om vårdnaden. På grund härav är det, menar han, *lex fori* som är att lägga till grund, vare sig det gäller utövandet av förmynderskap eller av vårdnad (s. 377). Som skäl härför åberopar BARTIN emellertid, utan att närmare förklara saken, allenast l'ordre public; jmf härmed WINROTHS i nästa not refererade åsikt. Samma skäl åberopar BARTIN även för sin åsikt, att jämväl underhållsplikten för utländska föräldrar är att bestämma enligt *lex fori* (s. 364).

Vilken ställning *engelsk rätt* intager synes något oviss; se CHESHIRE s. 395 ff, DICEY s. 549 ff, WESTLAKE s. 45 ff. Utgångspunkten för diskussionen angående hithörande spörsmål har där varit frågan, huruvida en utländsk »guardian» — d. v. s. en person, som antingen med stöd allenast av utländsk lag eller på grund av utländsk myndighets beslut har rätt att omhänderhava vårdnad om och förmynderskap för barnet — skall tillåtas utöva dessa funktioner även i England.

fande medborgare i de nordiska länderna (Danmark, Finland, Island, Norge) *lex domicilii*.⁴

En utländsk familj, som icke tillhör något av våra nyssnämnda grannländer, är sålunda här i landet underkastad sitt hemlands lag såväl i frågor rörande personliga förhållanden som i frågor rörande ekonomiska angelägenheter. Den för familjen gemensamma lagen skall reglera såväl vårdnad och underhållsplikt som förmynderskap. Också barnets namn blir att bestämma enligt samma lag. Så vitt förmynderskap angår kan till stöd för den nämnda regeln åberopas IÄL 4: 2 och 5,

Denna fråga har i princip givits svaret, att en utländsk vårdnadshavare och förmyndare icke äger att allenast med stöd av sin på utländsk rättsgrund vilande behörighet i England utöva en »guardian's» funktioner. Stöd för denna uppfattning utgör emellertid blott ett nära hundra år gammalt rättsfall av tvivelaktig materiell riktighet. Faktiskt har också praxis med tiden kommit att intaga en motsatt ståndpunkt, i det domstolarna i flera senare fall respekterat en utländsk vårdnadshavare och förmyndare och avböjt inblandning i hans åtgöranden. Detta innebär tydligen, att då det gäller frågan, vem vårdnaden om och förmynderskap för utländskt barn i England bör tillkomma, man tillämpar utländsk lag, vilket i nu förevarande fall måste betyda föräldrarnas och barnets gemensamma personalstatut, bestämt efter domicilprincip. I enlighet härmed antager ock CHESHIRE (s. 400), att om ett franskt barn jämte sina föräldrar skulle komma till England, man har att tillämpa den regel i fransk lag, enligt vilken fader och moder äro likställda i fråga om rätten att omhändervardna vårdnaden om barnet. I detta avseende är således engelsk rätt numer, bortsett från de skillaktigheter, som följa av att den tillämpar domicilprincipen, principiellt överensstämmande med den i kontinental europeisk rätt härskande uppfattningen. Annorlunda när det gäller att avgöra, vilken lag som skall bestämma omfattningen av vårdnadshavares och förmyndares befogenheter. Beträffande denna fråga tillämpas i engelsk rätt *lex fori* — »his powers are limited to those recognised by English internal law» och »he occupies in effect the same position as an English guardian»; se CHESHIRE s. 401, DICEY s. 549, WESTLAKE s. 45. Faktiskt taga emellertid de engelska domstolarna mycket stor hänsyn till de anspråk en utländsk »guardian» med stöd av den utländska lagen framställer såväl beträffande vårdnad som förmynderskap. Av betydelse är detta bl. a. beträffande den nedan s. 91 ff berörda frågan angående vårdnadshavares anspråk på att barnet skall till honom utgivas av någon, som undanhåller honom detsamma, samt beträffande frågan om vårdnadshavares och förmyndares rätt och befogenhet med avseende å barnets i England befintliga egendom; se CHESHIRE s. 401 f, DICEY s. 552 ff.

⁴ Jmfr emellertid WINROTH s. 164, som beträffande bland annat »samboende, ... barnavårds bestånd och innebörd, understödsskyldighet [och] barns rätts-handel» anser alla i *Sverige vistande* utlänningar vara underkastade svensk lag, d. v. s. *lex fori*. Då WINROTH emellertid grundar denna regel därpå, att den påfordrades av ett allmänt intresse — »om ej annat behovet att vidmakthålla skick och ordning inom familjerna på sätt svensk lag avsett och med dess för ändamålet godkända medel» — och då WINROTH i övriga avseenden, nämligen så vitt angår frågor om »giftomanna- och förmynderskap, rätt att såsom fader eller moder bestrida vårdnad, successionsrätt, utgifter samt föräldrarnas rätt till barns egendom och tjänsters anser personalstatutet böra läggas till grund, så framstår den av honom hävdade *lex fori*-regeln snarast som ett av hänsyn till l'ordre public motiverat undantag från huvudregeln. — För åsikten, att faders lag är tillämplig, uttalar sig KLEEN s. 124, varvid förf. förutsätter, att fader och barn hava samma lag.

varav framgår, att utländska undersåtar, även då de hava hemvist här i landet, förutsättas skola i regel stå under förmynderskap i sitt hemland. Samma stadgande torde för övrigt även med skäl kunna åberopas beträffande vårdnaden, i det att lagen, då den bygger på 1902 års Haagkonvention,¹ måste antagas i likhet med denna i bestämmelserna om anordnande av förmynderskap eller godmanskap här i landet åsyfta ett uppdrag, som även omfattar den underåriges person.

Tillhör en utländsk familj något av de nordiska länderna, gäller beträffande den vad nu sagts endast med vissa undantag, i det såväl beträffande frågor rörande giftomannaskap som beträffande frågor rörande förmynderskap i regel vistelseortens lag träder i stället för hemlandets (KF 1931 1, 14 och 16 §§).

Den nyss angivna huvudregeln innebär, så vitt *vårdnaden* om barnet angår, att enligt familjens gemensamma lag skall avgöras, huruvida behov av vårdnad är för handen, d. v. s. när denna skall upphöra,² vem vårdnaden tillkommer³ samt vilka befogenheter den innefattar.⁴ Enligt nämnda lag är således här i landet att pröva, vem det tillkommer att bestämma över barnet i fråga om uppfostran och utbildning samt religion ävensom i fråga om vistelseort. Vidare är att efter samma lag avgöra, i vilken omfattning tvång av olika slag kan användas mot barnet för att bringa det till lydnad, under vilka förutsättningar och i vilken utsträckning rätt att förfoga över barnets arbetskraft är för handen och vem denna rätt tillkommer samt huruvida under särskilda förhållanden vårdnadshavare går vårdnaden förlustig eller kan berövas vårdnaden o. s. v. Slutligen skall enligt samma lag avgöras, huruvida barnet för att få ingå äktenskap behöver tillstånd av föräldrarna eller endera av dem eller annan giftoman eller av myndighet samt vem behörighet tillkommer att vid domstol företräda barnet i frågor rörande dess personliga förhållanden.

¹ Se 1902 års Haagkonvention angående förmynderskap för underåriga art. 6: »Förmyndarens förvaltning omfattar den underåriges person och allt hans gods . . .»

² Annorlunda WINROTH s. a. st., som i detta avseende under åberopande av ovannämnda ordre public-hänsyn vill låta svensk lag alltid bliva bestämmande.

³ Så ock WINROTH s. 166 jmf. m. s. 167, i det han hävdar, att, med blott ett mindre förbehåll (s. 168) till förmån för lex fori, frågor om »giftomanna- och förmynderskap, rätt att såsom fader eller moder bestrida vårdnad, successionsrätt, utgifter samt föräldrarnas rätt till barnens egendom och tjänster», böra bedömas enligt föräldrarnas lag, när barn och föräldrar äro av samma nationalitet.

⁴ Annorlunda WINROTH s. 164 (lex fori).

Är man i enlighet med det nu sagda på det klara med, att nyss nämnda och därmed likartade frågor rörande vårdnaden om barnet i de fall, varom nu är tal, skola bedömas enligt den för föräldrarna och barnet gemensamma nationella lagen, möter emellertid frågan, huruvida icke av hänsyn till *l'ordre public* vissa undantag måste göras från denna regel.

I detta hänseende kan såsom en otvivelaktig begränsning i tillämpningen av personalstatutet till en början påpekas, att den rätt att bestämma över barnets person, som enligt en främmande lag är att tillerkänna föräldrarna eller endera av dem, icke kan här i landet göras gällande med andra tvångsmedel, än som enligt svensk lag kunna komma till användning. Detta innebär framför allt, att tuktorätten icke får utövas i vidare mån, än svensk lag medger, och att föräldrarna icke äga gripa till inspärning av barnet såsom straff och korrektsmedel. Såsom stöd härför torde kunna åberopas en analogi från lag 1912 om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskaps rättsverkningar 1 § 1 st. 2.¹

En likartad hänsyn synes vidare göra sig gällande, då här i landet väckes fråga om att beröva utländsk vårdnadshavare hans makt över barnet. Enligt huvudregeln är visserligen i dylikt fall att beakta alla grunder för frågans bedömande, som den främmande lagen anger. Men om i denna skulle saknas stöd för ett ingripande mot olämplig vårdnadshavare i fall, då enligt svensk lag (lag om barn i äktenskap 8 §) ett ingripande är motiverat, synes sistnämnda lag böra tillämpas. Att på svenskt territorium vårdnaden om barn skulle utövas av person, som enligt svensk lag anses därtill icke skickad, synes icke kunna tolereras.² Tveksamt kan det åter vara, huruvida i enlighet med nämnda lagrum även långvarigt förhinder vid vårdnadens utövande bör kunna åberopas gent emot utländsk vårdnads-

¹ Jmfr FIFL 57 §: »Ej må någon under åberopande av främmande lag med tvångsmedel, som ej godkännas av finsk lag, göra gällande befogenhet, som kan tillkomma honom enligt förstnämnda lag...»

² Denna uppfattning överensstämmer helt med främmande doktrin; se beträffande fransk rätt t. ex. ARMINJON nr 55, LEREBOURS-PIGEONNIÈRE nr 351, NIBOYET nr 680, PILLET nr 328, VALÉRY nr 817, 819, SURVILLE nr 319, WEISS, Manuel s. 544 not 3; beträffande tysk rätt t. ex. LEWALD s. 136 f, WOLFF s. 135, FRANKENSTEIN s. 70 med ytterligare hänvisningar, NUSSBAUM s. 171 med hänvisning a. st. not 1 till likartad ståndpunkt i schweizisk rättspraxis; jmfr beträffande schweizisk rätt även SCHNITZER s. 207; beträffande engelsk rätt CHESHIRE s. 401 f.

havare, vars lag icke känner en sådan grund. I regel kan väl emellertid vårdnadens fortbestånd trots dylikt hinder icke sägas stöta svensk ordre public. Med hänsyn härtill torde en dylik rättstillämpning böra avböjas. Å andra sidan måste naturligen sörjas för att även utländska barn, som vistas i landet, komma i åtnjutande av sådan omvårdnad, som enligt svensk uppfattning är oundgängligen erforderlig. Detta kan i dylikt fall ske genom förordnade av god man enligt IÄL 4:3 st. 3 eller genom ingripande av barnavårdsmyndighet.¹

I detta sammanhang är slutligen att märka, att, såsom WINROTH² framhållit, svensk rätts stadganden angående barns kyrkliga gemenskap — i KF 1873 angående främmande trosbekännare och deras religionsutövning 6 § — avse även utlänningar, som utan exterritorialitetsrätt vistas i landet. Vad i en utländsk familjs lag kan finnas föreskrivet rörande barnens religiösa fostran kan således här i landet icke göras gällande i strid med ifrågavarande svenska regler. Denna begränsning i personalstatutets tillämpning har dock med hänsyn till innehållet av de svenska reglerna ganska litet att betyda, i det dessa regler medge dels att barn av äkta makar, som vid barnets födelse äro medlemmar av samma främmande trossamfund, må i dess lära uppfostras, dels även att föräldrar, därest de vid barnets födelse tillhöra skilda främmande trossamfund, må bestämma i vilketdera samfundets lära barnet skall uppfostras, vilken rätt, därest allenast den ena av föräldrarna har vårdnaden, tillkommer denna. Annorlunda åter därest blott ena av föräldrarna tillhör främmande trossamfund men den andra svenska kyrkan; då skall barnet uppfostras i evangeliskt lutherska läran. Denna regel förlorar dock mycket av sin betydelse genom det ytterligare stadgandet, att föräldrarna genom ett före äktenskapets ingående skriftligt upprättat och för vigselförrättaren uppvisat avtal kunna överenskomma om deras barns uppfostran i evangeliskt lutherska läran eller främmande

¹ Jmfr Haagkonventionen den 12 juni 1902 angående förmynderskap för underåriga art. 7, där det stadgas, att i avbidan på anordnande av förmynderskap, så ock i trängande fall, de lokala myndigheterna må vidtaga nödiga åtgärder för vård av underårigs person och intressen. — Att även utländska barn kunna omhändertagas för skyddsuppfostran och tvångsuppfostran kan med hänsyn till dessa ingripandens offentlighetsrättsliga natur icke betvivlas; i tysk rätt har tidigare rätt tvekan beträffande motsvarande spörsmål.

² WINROTH s. 163.

troslära, som en av makarna bekänner. Mest tillfredsställande med hänsyn till nutidens uppfattning i dessa frågor vore säkerligen, om den främmande lagstiftningen även i denna del hade kunnat utan restriktioner respekteras.

Med nu nämnda grundsatser beträffande rätten att bestämma angående barns religiösa fostran sammanhänger nära den i 7 § av nyssnämnda författning givna regeln, att främmande trosbekännare och deras barn i avseende å folkundervisningen äro underkastade därom i vårt land gällande stadgar. Att denna regel, i motsats till stadgandena om religionsundervisningen, har sin grund i hänsyn till vad som nu för tiden med rätta anses som svensk ordre public synes utan vidare uppenbart.¹

I avseende å den ömsesidiga *underhållsskyldigheten* för föräldrar och barn innebär den förut nämnda regeln om personalstatutets tillämpning, att såväl förutsättningarna för som omfattningen av föräldrarnas förpliktelse gent emot barnen och barnens gent emot föräldrarna är att bedöma enligt deras gemensamma lag. Detsamma måste vidare gälla angående barns rätt till *hemgift*.

Emellertid är det väl icke heller beträffande dessa förpliktelser uteslutet, att lex fori av hänsyn till svensk *ordre public* måste tillerkännas företräde framför den utländska familjens egen lag. Visserligen kan det icke bliva tal därom, så vitt fråga är om krav på hemgift, men däremot så vitt angår den egentliga underhållsplikten. Dock torde fråga därom kunna uppstå, endast om den främmande lagen skulle ställa sig helt eller praktiskt taget helt avvisande till underhållsanspråk av ifrågavarande slag. Att den främmande lagen beträffande förpliktelsens varaktighet eller omfattning icke går lika långt som svensk lag, bör sålunda rimligtvis icke förhindra att förstnämnda lag tillämpas. Men skulle enligt den främmande lagen underhållsplikten icke ens sträcka sig så långt, att den motsvarar svensk lags regler om föräldrars och barns minimiförpliktelser,² så torde dessa senare regler böra tillämpas. Ätminstone bör så bliva fallet, så vitt angår underhållsbidrag till nå-

¹ Att detsamma gäller beträffande reglerna om skydds- och tvångsuppfostran har redan ovan (s. 75 not 1) framhållits.

² Normerande bliva således de grunder för underhållspliktens omfattning, som vår fattigvårdslag angiver; minst så mycket som erfordras för att förebygga, att den behövande kommer i nödställt läge, kan således alltid utdömas.

gon, som befinner sig här i landet.¹ Att föräldrar skulle kunna få lämna sina här i landet vistande barn utan det underhåll, som enligt svensk lag är att anse som under alla omständigheter ofrånkomligt, kan icke gärna antagas; och lika litet kan något sådant antagas beträffande barns förpliktelse mot här vistande föräldrar. Att här verkligen ett intresse berörande svensk ordre public gör sig gällande kommer också till uttryck därigenom, att, såsom i lag 1918 om fattigvården 60 § förutsättes, fattigvård här i landet faktiskt kommer att beredas även utlänningar, som här komma i nödställd belägenhet, låt vara att något anspråk därpå icke är för handen för andra än dem, som kunna åberopa en av svenska staten genom traktat åtagen förpliktelse.

Så klart som i nu nämnda fall gör sig kanske icke svensk ordre public gällande, därest fråga är om underhållsbidrag till någon i utlandet vistande person. Även i sistnämnda fall torde dock i själva verket samma regel böra gälla och det redan av det skäl, att det måste anses vara för svensk rättsuppfattning stötande, om svensk domstol skulle fritaga föräldrar eller barn från förpliktelser, som hava en så djup moralisk grund som de nu ifrågavarande.

Beträffande till sist *det ekonomiska förhållandet* mellan föräldrar och barn innebär regeln om personalstatutets tillämpning i nu förevarande fall, att enligt familjens gemensamma lag skall avgöras, huruvida barnets förmögenhet skall förvaltas av legal eller särskilt förordnad förmyndare med redovisningsplikt även för avkastningen eller omhänderhavas av föräldrarna eller någondera av dem med mer eller mindre vidsträckt rätt att njuta avkastningen. Skall barnet enligt sagda lag förses med förmyndare är i regel frågan, var förmynderskapet skall anordnas, att besvara med stöd av IÄL 4: 2, men beträffande medborgare i Danmark, Finland, Island och Norge med stöd av KF 1931 om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap, adoption och förmynderskap 14 §. Förstnämnda lagbud utgår från att det tillkommer den omyndiges hemland att anordna förmynderskap. Därest emellertid förmynderskap för utländsk medborgare med hemvist här i riket

¹ Jmfr FIFL 57 §, varom vidare nedan s. 104 not 3. Jmfr ock WINROTH s. 164 och nedan s. 104 not 2.

icke anordnas i hans hemland eller man icke inom 6 månader erhållit svar på förfrågan, om förmynderskap i enlighet med nämnda lag kommer att anordnas, skall förmynderskap anordnas enligt svensk lag. Så vitt åter angår medborgare i de nyssnämnda nordiska grannstaterna skall förmynderskap i regel anordnas i den stat, där den omyndige har hemvist, och enligt dess regler; för dessa fall har sålunda den i IÄL adopterade nationalitetsprincipen fått vika för domicilprincipen. Från denna regel göres emellertid undantag, för så vitt förmynderskap redan utövas i någon av ifrågavarande stater av lagbestämd eller särskilt förordnad förmyndare.

Att förmynderskap är att anordna enligt viss lag innebär givetvis, att enligt sagda lag skall avgöras, vem rätten att vara förmyndare tillkommer, vilka befogenheter med avseende å förmögenhetsförvaltningen förmyndaren äger och vilka inskränkningar och kontrollföreskrifter han är underkastad, bland annat således huruvida han för visst förfogande behöver medgivande av myndighet eller släktingar (t. ex. enligt fransk rätt »le conseil de famille») samt även huruvida han är skyldig att ställa säkerhet för sin förvaltning, medgiva¹ inteckning i sin fasta egendom² o. s. v.; likaså huruvida och i vad mån förmyndaren har anspråk på arvode, huru och inom vilken tid redovisning skall ske o. s. v. Härmed överensstämmer det ock, att omyndighetens rättsverkan i förmögenhetsrättsligt hänseende och förmyndarens behörighet i regel är att bedöma enligt lagen i den stat, där förmynderskapet är anordnat (IÄL 4:5 st. 1, KF 1931 17 §). Såvitt angår rätt att ingå förbindelse enligt växel eller check gälla dock de särskilda undantagsbestämmelserna i Væxellagen 79 § och Checklagen 58 § samt med avseende å vissa omyndiga dessutom, så vitt angår rätten att ingå förmögenhetsrättsliga förbindelser i allmänhet, det särskilda undantagsstadgandet i IÄL 4:5 st. 2; i samtliga dessa fall får personalstatutet vika till förmån för *lex loci actus*.³

¹ Att något legalhypotek i förmyndarens fasta egendom här i landet icke kan erkännas är emellertid klart, eftersom svensk lag bestämmer förutsättningarna för uppkomsten av sakrätter i all fast egendom inom Sveriges gränser.

² Ännorlunda beträffande tysk rätt och i princip FRANKENSTEIN s. 49, som i enlighet med sin förutnämnda grundåskådning anser faderns (förmyndarens) lag böra tillämpas.

³ Angående innehållet av dessa regler se närmare ovan s. 13 f.

Förvaltningen av barnets förmögenhet, vare sig den skall omhänderhavas av en särskild, för hela förvaltningen redovisningsskyldig förmyndare eller den skall ombesörjas av föräldrarna eller någondera av dem med rätt att njuta avkastningen, torde böra avse egendomen i dess helhet. I enlighet härmed bör, om fadern enligt den för honom och barnet gemensamma lagen äger rätt att disponera avkastningen av barnets förmögenhet, denna rätt erkännas även beträffande här i landet belägen fast egendom.¹ Beträffande frågan, huruvida dylik rätt åtnjuter sakrättsligt skydd, bli däremot naturligen svenska regler avgörande.² Även beträffande förfoganden över barnets egendom gälla motsvarande regler. Förutsättningarna för dylika förfoganden bestämmas således, även då de avse fast egendom här i landet, helt av lagen i det land, varest förmynderskap är anordnat. Regeln i IÄL 4:5 st. 1, enligt vilken nyssnämnda lag skall lända till efterrättelse beträffande bland annat förmyndarens behörighet att handla å den omyndiges vägnar, antyder intet undantag; jfr ock 1902 års Haagkonvention art. 6, enligt vilken förmyndarens förvaltning omfattar allt den omyndiges gods, var helst det finnes.³ Alla sådana regler i svensk rätt, vilka äro särskilt avsedda att skydda den omyndige, bliva sålunda i dylikt fall, även då det gäller fast egendom, tillhörande utländskt barn, utan tillämpning. Dock måste givetvis, när det är fråga om här befintlig fast egendom, beträffande formen för förfogandet, där sådan i svensk rätt är föreskriven, denna senare lags föreskrifter iakttagas; sålunda måste försäljning av här i landet belägen fast egendom ske genom skriftligt bevittnat avtal och pantförskrivning därav ske genom inteckning. Dessutom måste säkerligen i överensstämmelse med 1902 års konvention art. 6 st. 2 undantag göras beträffande »fast egendom, som enligt lagen å den ort, där egendomen är belägen, är underkastad särskilda bestämmelser». Under ett dylikt undantag faller, vad svenska förhållanden angår, exempelvis fideikomiss, åbohemman etc.

¹ Så ock i fransk rätt; se SURVILLE nr 319, ARMINJON nr 57. Likaså i tysk rätt; se FRANKENSTEIN s. 49. Annorlunda i engelsk rätt, som här tillämpar *lex fori*, vilken numer icke medger föräldrarna någon rätt att för egen räkning disponera över avkastningen av barnets egendom; se CHESHIRE s. 401 f jmf. m. s. 395.

² Jmfr FRANKENSTEIN s. 49.

³ Jmfr beträffande fransk rätt BARTIN s. 377 ff, som hävdar en motsvarande regel, DESPAGNET nr 289 s. 861 (likaså).

Någon undantagsbestämmelse av dylikt innehåll har visserligen trots medgivandet i konventionen icke intagits i 1904 års lag, men därav torde någon slutsats *e contrario* icke få dragas.

Då enligt det ovan sagda förhållandet mellan föräldrar och barn, vilka äro av samma nationalitet, i såväl personligt som ekonomiskt avseende är att bedöma enligt deras gemensamma *lex patriae*, är därmed ännu icke något sagt angående frågan, vid vilken tidpunkt man vid denna regels tillämpning bör fästa avseende, då familjefadern och därmed regelmässigt även modern och barnet förvärvat nytt medborgarskap efter äktenskapets ingående. Skall man i dylikt fall utgå från föräldrarnas lag vid tidpunkten för giftermålet, eller skall man vid varje särskilt tillfälle lägga till grund deras dåvarande, nya lag?

Sådana frågor om *statutväxling*, varpå här föreligger ett exempel, erbjuda, såsom man¹ ofta framhållit, stor likhet med frågan om ny lags tillbakaverkande kraft; och i själva verket torde det också, trots de invändningar, som riktats mot en sådan åskådning, ligga närmast till hands och vara fullt befogat att för besvarandet av den fråga om lagarnas giltighet »i rummet», som här föreligger, taga ledning av de grundsatser, som pläga tillämpas vid bestämmandet av lagarnas giltighet »i tiden».

Nämnda grundsatser² torde, om man bortser från kontraktsförhållanden, helt allmänt kunna sägas innebära, att ny lag principiellt äger tillämpning även å före dess ikraftträdande grundade rättsförhållanden med det undantag, att den icke kan tillerkännas någon betydelse för frågan om existensen av ett redan tidigare giltigen grundat rättsförhållande (eller rättsanspråk *in concreto*). Utgår man från att motsvarande synpunkter kunna tjäna till ledning vid bedömandet av statutväxlingens betydelse, så torde man såsom därför gällande allmänna principer kunna fasthålla, att frågan, huruvida ett visst rättsförhållande giltigen grundlagts, blir att bedöma efter det vid tiden för rättsförhållandets påstådda tillkomst tillämpliga

¹ Se t. ex. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE nr 272, 275, 280 med ytterligare hänvisningar.

² Därom se bl. a. BORUM, Lovkonflikter s. 2 ff.

statutet, medan däremot frågan om innebörden av rättsförhållandet bör avgöras efter det vid denna frågas aktualiserande tillämpliga statutet. Från den i fransk doktrin, särskilt av PILLET och NIBOYET,¹ utvecklade läran om »droits acquis» såsom undandragna inverkan av en statutväxling skiljer sig den här adopterade åsikten framför allt därigenom, att den icke erkänner, att varje enligt en viss lag giltigen uppkommet rättsförhållande bör utomlands respekteras med just det innehåll, som skulle följa av ursprungslandets lag. Varje utomlands giltigen uppkommet rättsförhållande respekteras visserligen, och likaså respekteras varje i ett sådant rättsförhållande grundat konkret rättsanspråk, som uppkommit före statutväxlingen, men däremot respekteras icke de rättsverkningar av det ifrågavarande rättsförhållandet, vilka ifrågasättas hava enligt den ursprungliga lagen uppstått först efter statutväxlingen eller vilka först därefter aktualiserats; dessa rättsverkningar, vilka den ifrågavarande teorien är böjd att jämväl inordna under begreppet »droits acquis», bliva i stället att bedöma efter det nya statutet.

Liksom eljest vid bedömandet av internationellt privaträttsliga kollisionsfrågor måste emellertid även i förevarande fall stundom av hänsyn till l'ordre public göras avsteg från den på likställighetsprincipen vilande huvudregeln. Härutöver kunde ifrågasättas att göra vissa reservationer även med hänsyn till att statutväxlingen i motsats till ny lag kommer till stånd såsom en följd av enskilda personers frivilliga åtgärder; det kunde synas mindre rimligt, att en person skall hava möjlighet att genom sina ensidiga handlingar påverka sitt rättsförhållande till en annan. Den häri liggande faran för illojala statutväxlingar torde emellertid icke vara av någon större betydelse.² Åtminstone i sådana länder, som bestämma personal-

¹ PILLET nr 41 ff, NIBOYET nr 362 ff, särsk. nr 364 c, 377. Mot PILLETs lära se bl. a. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE nr 272 ff, särsk. nr 280. Icke heller i fransk rättspraxis har läran om »droits acquis» vunnit erkännande; lärorik är särskilt en uppmärksammas dom av kassationsdomstolen den 6 juli 1922 (fallet de Ferrari); därom se *dels* NIBOYET nr 377 (s. 450), *dels* LEREBOURS-PIGEONNIÈRE nr 280 (s. 322). — Beträffande frågan om »droits acquis» i läran om ny lags tillbakaverkande kraft se även BORUMS kritik, Lovkonflikter s. 4 ff.

² Den torde för övrigt, åtminstone i mera extrema fall, kunna elimineras på annat sätt; jmf den internationellt privaträttsliga doktrinen angående statutväxling »in fraudem legis».

statutet efter civitetsprincip, torde man kunna helt bortse därifrån.

Tillämpar man nu angivna principer å den ovan nyss berörda frågan, torde därav följa, att förhållandet mellan föräldrar och barn i förut angiven omfattning är att bedöma enligt deras gemensamma lag vid varje särskilt ifrågakommande tillfälle. Efter en statutväxling, som berör såväl föräldrarna som barnen, kommer således familjens nya hemlands lag att för framtiden bestämma familjemedlemmarnas inbördes rättsförhållanden.¹ Att detta gäller, så vitt angår de ekonomiska förhållandena, torde även vinna stöd av reglerna i IÄL 4 kap. Vid sådant förhållande torde så mycket mindre någon anledning föreligga att beträffande rättsförhållandena rörande barnets person fränkänna statutväxlingen betydelse; i detta senare hänseende torde för övrigt den hävdade regeln kunna stödjas även av en analogi från den enligt 1912 års lag 1 § 1 beträffande makars ömsesidiga rättigheter och skyldigheter i personligt hänseende gällande regeln. Skulle åter en statutväxling inträffa beträffande allenast någon av familjemedlemmarna, fader, moder eller barn, uppkommer den först i det följande behandlade situationen, då barnet är av annan nationalitet än föräldrarna eller den ena av dem. I denna situation har man att tillämpa de nedan angående statutväxling i dylika fall utvecklade reglerna.

Beträffande räckvidden av den nyss angivna regeln synes det böra antagas, att efter en statutväxling den nya lagen blir bestämmande för innebörden och omfattningen av vårdnadshavarens befogenheter och förpliktelser i förhållande till barnet ävensom för innebörden och omfattningen av den inbördes underhållsplikten samt för frågan om barnets krav på hemgift, då det ingår äktenskap efter² statutändringen. Förmodligen bör detsamma i regel även gälla beträffande frågan om vårdnadsförhållandets fortvaro och beträffande frågan, vem vårdnaden tillkommer. I sistnämnda avseende synes dock en

¹ Så ock bl. a. WALKER s. 787, FRANKENSTEIN s. 34, LEWALD s. 133, NUSSBAUM s. 170, WOLFF s. 134 f. Likaså WINROTH s. 169. Av motsatt åsikt åter WEISS, *Traité* s. 166.

² Ett barn, som redan före statutändringen ingått äktenskap, kan naturligen icke därefter stödja något hemgiftskrav på den nya lagen, ty då föreligger ett redan före den avgörande tidpunkten helt avslutat rättsärende; så HABICHT s. 153, FRANKENSTEIN s. 34.

modifikation i regeln påkallad, i det den, som enligt en viss lag är vårdnadshavare, icke bör på grund av en statutväxling kunna helt förlora denna sin ställning.¹ Statutväxlingen bör nämligen, såsom ovan framhållits, icke i och för sig hava någon inverkan på existensen av ett redan före densamma giltigen grundlagt rättsförhållande eller ett då redan uppkommet rättsanspråk in concreto. Av motsvarande skäl bör väl även den, som enligt den förutvarande lagen frändömts vårdnaden, även efter statutväxlingen vara denna förlustig.² Där-
est åter den nya lagen medger en omprövning av frågan, bör en sådan kunna företagas. Likaså bör naturligen enligt den nya lagen avgöras, huruvida anledning föreligger att beröva vårdnadshavaren hans ställning ävensom huruvida moder, som till-
äventyrs enligt det förutvarande personalstatutet saknat rätt att taga del i vårdnaden, numera bör tillerkännas sådan rätt.

I förmögenhetsrättsligt hänseende torde efter en statutväxling föräldrarnas förhållande till barnen för framtiden³ i allo böra bedömas enligt den nya lagen, alltså även så vitt angår sådan egendom, som barnet förvärvat redan före statutväxlingen.⁴ Visserligen kan härigenom ett redan grundlagt rättsförhållande, exempelvis den fadern i det ursprungliga personalstatutet inrymda rätten till barnets förmögenhet, komma att beröras av statutväxlingen. Men såsom ett tillräckligt skäl härför torde man med WALKER⁵ kunna åberopa att en motsatt regel skulle vålla alltför stora svårigheter i tillämpningen. På grund härav kunde åter å andra sidan synas böra övervägas, huruvida icke statutväxlingen i denna del borde lämna förhål-
landet mellan föräldrar och barn helt oberört.⁶ Detta torde dock med hänsyn till innehållet av IÄL 4 kap. vara uteslutet.

Klart är att den nu angivna regeln icke avser den rätt till särskilda delar av barnets förmögenhet, som föräldrarna eller endera av dem på grund av »Nutzniessung» eller liknande

¹ Så ock WINROTH s. 169.

² Så ZITELMANN s. 903, LEWALD s. 133 f, FRANKENSTEIN s. 34, RAAPE s. 200.

³ Beträffande redan tidigare gjorda förvärv se nedan i texten.

⁴ Så ock WINROTH s. 169. Beträffande motsvarande spörsmål i tysk rätt hava inom doktrinen olika meningar kommit till synes. Såsom ovan i texten bl. a. PLANCK s. 64, HABICHT s. 153, WALKER s. 787, RAAPE s. 204. Motsatt mening åter bl. a. v. BAR s. 553.

⁵ WALKER s. 787.

⁶ Jmfr regeln angående motsvarande rättsförhållande mellan makar i 1912 års lag 1 § 2.

rättsgrund kan hava förvärvat redan *före* statutväxlingen.¹ I dylikt fall föreligger för den berättigade en otvivelaktig »droit aquis».

II. Betydligt vanskligare än hittills berörda spörsmål te sig de frågor, som kunna uppstå, då barnet är av *annan nationalitet* än föräldrarna eller den ena av dem.²

Enligt en på många håll härskande och även i flera främmande länder lagfäst uppfattning skall i dylika fall förhållandet mellan föräldrar och barn i allo bedömas enligt faderns lag. Denna uppfattning har vissa representanter i fransk doktrin³ och torde ligga till grund för fransk rättspraxis samt är i Tyskland adopterad i EG Art. 19.⁴ Som huvudsaklig motivering därför brukar anföras än att hithörande frågor röra icke blott barnet utan familjen och att fadern är familjens naturliga överhuvud, än att hans intresse här är det dominerande. Enligt en annan uppfattning åter, som särskilt kommit till uttryck i

¹ HABICHT s. 151, 153. Likaså WINROTH s. 169.

² Här åsyftade spörsmål få tydligen i regel icke någon betydelse i de ovan nämnda fall, då beträffande medborgare i de nordiska länderna domicilprincipen trätt i stället för civitetsprincipen. Även vad som gäller i dessa senare fall skall dock i det följande i korthet anmärkas.

³ Så ARMINJON nr 8, 55, så vitt angår »la puissance paternelle» men i viss mån annorlunda i fråga om »la tutelle» (se nr 61—63), likaså NIROYET nr 674 så vitt angår »la puissance paternelle» (men beträffande »la tutelle» åter barnets lag), PILLET nr 328 (likaså), POULLET nr 374.

⁴ EG Art. 19: »Das Rechtsverhältnis zwischen den Eltern und einem ehelichen Kind wird nach den deutschen Gesetzen beurtheilt, wenn der Vater, und falls der Vater gestorben ist, die Mutter die Reichsangehörigkeit besitzt. Das gleiche gilt, wenn die Reichsangehörigkeit des Vaters oder der Mutter erloschen, die Reichsangehörigkeit des Kindes aber bestehen geblieben ist». — Enligt PETERS s. 15 ff, 22 ff skall i själva verket bakom dessa regler ligga tanken, att *barnets* lag är avgörande. Faderns (resp. moderns) lag är nämligen, säger han, i sin egenskap av »Statut des Familienhauptes» bestämmande för barnets statut, »das Statut des Familienhauptes». Detta framgår, menar P., särskilt av regeln om statutändring i sista punkten av Art. 19. »Das Statut des Familienhauptes ist das Statut der Familie selbst. Es gilt für Haupt und Glieder» (s. 26). Då den tyska lagen hänvisar till faderns lag, är det därför fråga om »ein substituiertes Statut des Unterhaltberechtigten» (s. 24); Denna uppfattning av de ovan citerade tyska lagreglerna torde dock knappast vara riktigt träffande. Väl är det sant, att personalstatutet för barn i äktenskap i regel är detsamma som faderns samt att det så till vida mycket väl kunde tänkas, att det i den tyska lagbestämmelsen, då den hänvisar till faderns lag, vore fråga om »ein substituiertes Statut». Uppenbart är emellertid, att nämnda bestämmelse måste omfatta även de fall, då barnet *från början* har ett annat statut än fadern, liksom de, då fadern efter barnets födelse blivit tysk medborgare men barnet bibehållit sitt utländska medborgarskap; men för dessa fall låter det sig knappast göra att betrakta faderns statut på samma sätt, d. v. s. »als abgeleitetes Statut des schwächeren Teiles, des Unterhaltberechtigten». Detta synes PETERS hava helt förbisett.

fransk¹ och nyare tysk² doktrin och som blivit adopterad i *Codigo Bustamente* art. 69 och i finsk rätt (FIFL 19 §),³ skall i dessa konfliktfall barnets lag vara ensam bestämmande. Denna uppfattning brukar särskilt motiveras med att ifrågasvarande regler främst avse att skydda barnet. Från samma huvudsynpunkt utgår en i fransk doktrin representerad åsikt, enligt vilken man har att tillämpa barnets lag, såvitt fråga är om åtgärd, som är motiverad av dess intresse, exempelvis utseende av vårdnadshavare, men däremot föräldrarnas lag, då det gäller en till fördel för dem stipulerad förmån, exempelvis rätten att njuta avkastningen av barnets egendom, och i alla tvivelaktiga fall *lex domicilii*, som då förutsättes vara gemensam för föräldrar och barn.⁴

Ytterligare må anföras en av ZITELMANN⁵ uttalad åsikt, enligt vilken man har att tillämpa föräldrarnas och barnets personalstatut kumulativt, i det ingendera kunde göra rättigheter gällande mot den andre i vidare mån, än dennes lag medgäve.⁶ I den principiella utgångspunkten nära överensstämmande med ZITELMANN'S åsikt är FRANKENSTEIN'S, enligt vilken emellertid barnet likaväl som dess fader och moder beträffande sina förpliktelser är underkastad hemlandets lag⁷, vilket innebär, att rättsförhållandet mellan barnet och dess föräldrar i det hela taget bestämmes av barnets lag. Slutligen är att märka den engelska rättsuppfattningen, vilken synes innebära, att i det hela taget *lex fori* är bestämmande, låt vara att särskilt i nyare rättspraxis eftergifter göras till förmån för utländsk lag åtminstone så tillvida, att utländsk vårdnadshavare ofta vinner erkännande av sin behörighet som sådan.⁸

¹ DESPAGNET nr 269, 288, LEREBOURS-PIGEONNIÈRE nr 350, SURVILLE nr 320, WEISS, Manuel s. 545 f; jmf. även BARTIN § 326 (ang. B:s åsikt se ovan s. 71 not 2).

² PETERS s. 49 f, WALKER s. 786, 794, 796, WOLFF s. 134.

³ FIFL 19 §: »Rättsförhållandet mellan föräldrar och deras barn i äktenskap bedömes enligt lagen i den stat de tillhöra. Äro föräldrarna eller den ena av dem och barnet medborgare i olika stater, vare lagen i barnets hemland bestämmande.»

⁴ VALÉRY nr 820.

⁵ ZITELMANN s. 889; se närmare ovan s. 36; mot ZITELMANN argumenterar FRANKENSTEIN s. 29. Från en likartad synpunkt utgår BORUM s. 50 f beträffande frågan, vilkendera av föräldrarna vårdnaden om barnet tillkommer; se närmare nedan s. 96 not 1.

⁶ Nämnas må även en i polsk rätt upptagen regel, enligt vilken avgörande är faderns och barnets sista gemensamma lag; se FRANKENSTEIN s. 28 not 6.

⁷ FRANKENSTEIN, s. 27; se närmare ovan s. 37 f.

⁸ Se CHESHIRE s. 395 ff, DICEY s. 548 ff, WESTLAKE s. 45 ff samt ovan s. 71 not 2.

Av den i det föregående företagna principdiskussionen torde emellertid hava framgått, att det icke är möjligt att på ett tillfredsställande sätt avgöra de här mötande frågorna uteslutande efter någon av dessa grundsatser eller över huvud efter någon för alla hithörande fall gällande enhetlig regel.¹ Vid uppställandet av de internationellt privaträttsliga reglerna är det även på detta område nödvändigt att taga hänsyn till i vad mån de interna reglerna kunna inordnas under någon av de ovan² nämnda huvudgrupper, vilka var och en påkalla sina särskilda regler.

Söker man med beaktande härav fastställa utgångspunkterna för besvarandet av nu ifrågavarande internationella kollisions-spörsmål, måste man konstatera, att såväl reglerna om *vårdnaden* om barn som reglerna om *förmynderskap* utgöra sådana rättsregler, vilka avse att bestämma ett mellan föräldrar och barn bestående rättsförhållande av en i väsentlig mån förvaltningsmässig art. På grund härav torde, om barnet är av annan nationalitet än föräldrarna eller endera av dem, icke faderns³

¹ Jmfr beträffande adoptivförhållanden HASSLER s. 23 f.

² S. 43 ff.

³ Mot uppfattningen, att man borde tillämpa faderns lag såsom bestämmande i frågor rörande hans familj, invänder LEREBOURS-PIGEONNIÈRE (nr 350) med rätta: »Le père qui ne peut communiquer sa nationalité à l'enfant ne peut pas davantage lui imposer une loi nationale dont la compétence est dans une large mesure justifiée par des sentiments et des intérêts nationaux». L.-P:s i det föregående (s. 52 not 2) vid diskussionen av bordsfrågorna kritiserade argument, enligt vilket, såsom det av honom i detta sammanhang formuleras, »la notion d'un statut familial unique est incompatible avec les circonstances de la vie internationale», har däremot icke heller här någon riktig slagkraft. Obestriddt är nämligen, att man, såsom PILLET (nr 328) framhållit, endast genom att fasthålla vid »un statut familial unique» kan undgå den tänkbara konsekvensen av den motsatta åsikten, att inom en och samma familj tillämpas olika regler om vårdnaden m. m. i förhållande till olika barn; jmfr PETERS s. 15, 22 m. fl. st., som i anslutning till RAAPE lägger huvudvikten vid denna synpunkt (»Einheit der ehelichen Familie») och ur gällande interna och internationellt privaträttsliga regler på familjerättens område utläser en »Haupt-Glied-Prinzip», innebärande att »stets das Glied dem Haupt folge» (parens dat statutum). Obestriddt är väl ock, att detta — lagens på många sätt dokumenterade strävan att åstadkomma en enhetlig rättslig reglering av familjens förhållanden — kan anföras som ett argument för åsikten, att faderns lag bör vara bestämmande. Å andra sidan torde dock detta argument beträffande nu ifrågavarande spörsmål knappast vara av sådan betydelse, att man på grund därav skulle behöva avstå från att lägga barnets lag till grund, då detta ur andra synpunkter framstår som starkt motiverat. Att faderns lag reglerar »la filiation» gör det icke nödvändigt att tillämpa samma lag beträffande »la puissance paternelle», och det så mycket mindre som det vanligen är först, när familjebandet brutit, som de frågor, vilka sammanhånga med vårdnaden, på allvar aktualiseras. Att såsom PILLET s. a. st. framhåller »la puissance paternelle» är en konsekvens av »la filiation» är visserligen obestriddt, men detsamma kan ock sägas angående faderns rätt att utöva »la tutelle» utan att för den skull frågan därom anses underkastad hans lag.

eller moderns utan barnets nationella lag principiellt böra läggas till grund för avgörandet av samtliga de med vårdnad¹ och förmynderskap² sammanhängande spörsmål, varom i det föregående³ varit tal.

I fråga om förmynderskap har den nämnda regeln till en del omedelbart stöd i det uttryckliga stadgandet i IÄL 4:4, och i övrigt har den låt vara mera indirekt stöd i samma lag 4:1—2, vilka stadganden förutsätta, att förmynderskap bör anordnas i den omyndiges hemland, vilket lands lag i så fall i princip kommer att bestämma förmynderskapets rättsverkningar. Även i vad vårdnaden angår torde, såsom redan i det föregående framhållits,⁴ reglerna i IÄL 4 kap. böra tillmätas en liknande betydelse.⁵ Dessutom kan förtjäna påpekas, att frågan, huruvida för underårigs ingående av äktenskap kräves samtycke av giftoman, alltså ett av de med vårdnaden sammanhängande spörsmålen, i enlighet med reglerna om äktenskaps-

¹ Av annan åsikt är HASSLER, *Kompëndium* s. 133, som anser faderns lag tillämplig. Jmfr åter WINROTH s. 164 ff, som beträffande vårdnaden anser, att barnets lag bör tillämpas, så vitt fråga är om faders eller moders rätt att bestrida vårdnaden, men att *lex fori* bör följas dels så till vida, att föräldrars rätt till barns tjänster eller att utöva vårdnaden ej kan få bestå utöver den tid, då enligt svensk uppfattning vårdnaden upphör, dels även med avseende å frågan om vårdnadens innebörd. — Att man i fråga om »fadersväldet, dess beskaffenhet och utsträckning» måste följa barnets lag, hävdar även KLEEN s. 125, dock utan varje motivering.

² I resultatet överensstämmande WINROTH s. 166 jmf. m. s. 167. Att barnets lag bör läggas till grund beträffande frågor rörande förmynderskap anse i regel också de, som beträffande frågor rörande vårdnaden m. m. intaga en annan ståndpunkt; för tillämpningen av barnets lag i förstnämnda fall uttala sig sålunda bl. a. BORUM, *Personalstatutet* s. 396 f, PILLET nr 328, NIBOYET nr 674, POULLET nr 374 samt även ARMINJON nr 62 (den senare dock blott så vitt angår förmynderskapets organisation samt därutöver med avseende å andra förmynderskap än legala så vitt angår även »le fonctionnement de la tutelle».

³ Beträffande en särskild, i det föregående ej berörd fråga se emellertid nedan s. 91 ff.

⁴ S. 73.

⁵ PILLET s. 662, som anser, att faderns lag bör vara bestämmande för vårdnaden, medan barnets lag bör tillämpas i fråga om förmynderskap, motiverar denna ståndpunkt därmed, att »une différence très nette sépare la puissance paternelle de la tutelle . . . la puissance paternelle est essentiellement naturelle, tandis que la tutelle a un caractère toujours un peu artificiel». Detta argument är knappast övertygande. Även om man kan medge, att förhållandet mellan barnet och en särskilt förordnad förmyndare har en mera artificiell karaktär än förhållandet mellan barnet och dess föräldrar, kan man icke förstå, att för den skull dessa rättsförhållanden böra bedömas enligt olika lagar. Det är ju även enligt PILLET icke rättsförhållandets karaktär i detta avseende, som skall bestämma den lag, som bör tillämpas, utan hänsynen till vilket intresse de ifrågakommande interna reglerna taga i sikte. I själva verket torde också PILLETs ståndpunkt snarast sammanhänga därmed, att han, ehuru han medger, att även reglerna angående »la puissance paternelle» ha till ändamål att skydda barnet, likväl finner även familjens intresse implicerat; jmf. PILLET s. 665.

hinder i IÄL 1:1—2 likaledes skall avgöras efter den underårige nupturientens egen lag.

Samma synpunkt som är att tillämpa beträffande vårdnad och förmynderskap torde även i det hela taget förtjäna beaktande, då fråga blir om barnets *namnrätt*. De namnrättsliga reglerna hava dels en privaträttslig, dels en förvaltningsrättslig sida; dels bilda de grunden för en privaträtt till namn, skyddad mot namnmissbruk, dels innehålla de vissa för medborgarnas identifierande i offentliga register erforderliga föreskrifter. När det är fråga om barn i äktenskap¹ torde det vara huvudsakligen den senare sidan hos namnreglerna, som är av betydelse. Då nu varje stat naturligen med avseende å sina undersåtar kräver iakttagande av sina egna namnregler, synes det naturligast att utgå från att barnets namn, i de sällsynta fall, då barnet från födelsen är av annan nationalitet än fadern, bestämmes av barnets lag.² Någon konflikt med faderns namnrätt torde i regel icke vara möjlig. I den mån motsatsen är tänkbar bör emellertid, eftersom det gäller regler, som avse att skydda faderns namnrätt, dennes lag tillämpas.³

Annorlunda synes man böra bedöma frågan om barnets *stånd*. Huruvida den vanliga regeln, att barnet följer faderns stånd, gäller eller icke, måste avgöras av faderns lag, ty här är ju fråga om privilegier, som förlänats vissa personer av en viss lag, och klart är att icke någon annan än denna lag kan bestämma räckvidden av dessa privilegier.

En särställning intager vidare frågan om den ömsesidiga *underhållsplikten*. Här kan man icke heller utan vidare utgå från barnets lag utan synes i stället böra tillämpa den ovan⁴ nämnda valprincipen på sätt i det följande skall närmare utvecklas.

Anmärkas må slutligen, att frågan om barns *rätt till arv* efter fader eller moder, när det gäller barn i äktenskap, icke

¹ Annorlunda åter beträffande barn utom äktenskap; därom se nedan s. 122 ff.

² Jmfr WINROTH, s. 162. Att barnets lag är bestämmande antager även FRANKENSTEIN s. 41, ZITELMANN s. 892. Annorlunda RAAPE s. 206, som anser frågan om barnets namn falla in under de i EG Art. 19 avsedda rättsförhållandena och sålunda i regel böra bedömas efter faderns lag.

³ Angående skälen härför se närmare vad nedan s. 122 ff anføres angående motsvarande spörsmål beträffande barn utom äktenskap.

⁴ S. 48 f.

företer några särdrag, som kunde motivera några andra regler än dem, som i allmänhet gälla vid avgöranden angående rätten till kvarlåtenskap efter en avliden person. Regelmässigt blir således enligt lagen 1937 om internationella rättsförhållanden rörande dödsbo 1 § decujus' hemlands lag avgörande men beträffande arv efter medborgare i de nordiska länderna enligt lagen 1935 i samma ämne 1 § decujus' domicillag att tillämpa. Sist nämnda regel gäller dock icke, därest den döde vid dödsfallet icke sedan minst fem år hade hemvist i domicillandet; i dylikt fall skall i stället, förutsatt dock att det påyrkas av någon arvinge eller testamentstagare, vars rätt därav beror, den avlidnes hemlands lag vinna tillämpning.

Beträffande den närmare innebörden av nu angivna regler är följande att märka.

Att på sätt ovan hävdats *vårnaden* om barnet skall bestämmas enligt dess lag innebär, att enligt nämnda lag i regel bör avgöras, huruvida barnet efter viss uppnådd ålder eller efter ingånget giftermål fortfarande skall stå under annans vårdnad; och efter samma lag skall avgöras vem som skall hava vårdnaden och vilka befogenheter denna innefattar. I sistnämnda avseende innebär regeln bland annat, att man enligt barnets lag har att avgöra, vem det tillkommer att bestämma angående barnets uppfostran och utbildning samt religion ävensom angående dess uppehållsort; vidare i vilken omfattning aga eller andra korrekptionsmedel få användas, under vilka förutsättningar och i vilken utsträckning rätt att förfoga över barnets arbetskraft är för handen samt vem dylik rätt tillkommer, huruvida barnet för att få ingå äktenskap behöver tillstånd av föräldrarna eller endera av dem eller annan giftoman eller av myndighet, vem behörighet tillkommer att vid domstol företräda barnet i frågor rörande dess personliga förhållanden, huruvida under särskilda förhållanden vårdnadshavare kan berövas vårdnaden o. s. v.

Att även frågor rörande barnets *ekonomiska förhållanden* skola avgöras uteslutande enligt dess lag innebär först och främst, att enligt denna lag skall bestämmas, huruvida barnet genom att uppnå viss ålder eller genom att ingå äktenskap¹ blir

¹ Så t. ex. enligt den schweiziska Zivilgesetzbuch Art. 14.

myndigt.¹ Om sålunda en enligt sitt hemlands lag omyndig (underårig) kvinna, exempelvis en 18-årig svenska, gifter sig med en schweizisk undersåte och därigenom förvärvar medborgarskap i Schweiz, är det ur vår lags synpunkt otvivelaktigt, att hon genom giftermålet blir myndig, i det enligt schweizisk rätt »Heirat macht mündig». Tveksamt kan det däremot vara, huru det motsatta fall bör bedömas, då exempelvis en omyndig schweizisk kvinna gifter sig med en svensk och därigenom blir svensk undersåte. Enligt sitt föregående hemlands lag skulle hon genom giftermålet bli myndig, enligt sitt nya hemlands lag däremot icke. Enligt WALKER² vore det mest ändamålsenligt att i dylikt fall låta omyndigheten upphöra, enär det icke föreläge anledning »dem Vater Rechte zuzusprechen kraft des Personalstatuts des Schwiegersohnes». Denna synpunkt synes dock icke böra vara avgörande. Vad frågan gäller är ju icke så mycket faderns eller föräldrarnas rättigheter utan fastmera behovet av skydd för den underårige. Fasthåller man härvid, synes det icke finnas anledning att ens för detta fall frångå regeln i IÄL 4: 4.³

Enligt samma lag är vidare att avgöra huruvida omyndigt barns förmögenhet skall förvaltas av legal eller särskilt förordnad förmyndare med redovisningsplikt beträffande såväl kapital som avkastning eller i stället omhänderhavas av föräldrarna eller endera av dem med mer eller mindre vidsträckt rätt att njuta avkastningen.⁴

Skall barnet enligt sitt hemlands lag stå under förmyndare, har man att enligt reglerna i IÄL 4 kap. resp. — beträffande medborgare i de nordiska länderna — KF 1931 14—19 §§ avgöra, var förmynderskapet skall anordnas och vem rätten att vara förmyndare tillkommer samt huru förvaltningen skall ge-

¹ På samma sätt bestämmes enligt barnets lag, huruvida en sådan mera begränsad självständighet, varom stadgas t. ex. i code civil art. 476 ff, på grund av giftermål eller annan orsak tillkommer det underåriga barnet.

² WALKER s. 788 f. — Till resultatet överensstämmande med WALKER även WOLFF s. 61, RAAPE, Einführungsgesetz s. 468. I FIFL Motiv s. 30 såges det likaså, att föräldramyndigheten »självfallet upphör även om lagen i faderns (eventuellt moderns) hemland tillägger giftermålet sådan verkan». — Av motsatt åsikt åter FRANKENSTEIN s. 73.

³ Jmfr FRANKENSTEIN s. 73.

⁴ Annorlunda enligt fransk rättspraxis, som beträffande frågan om föräldrars rätt att åtnjuta »l'usufruit légal» tillämpar faderns lag; se t. ex. NIBOYET nr 675. Kritisk till denna rättspraxis ställer sig bland andra WEISS, Manuel s. 546.

staltas och kontrolleras m. m.; och enligt samma författningar jämte de särskilda bestämmelserna i KF ¹⁰/₁₀ 1924 samt Växellagen 79 § och Checklagen 58 § har man att pröva frågan om omyndighetens rättsverkningar och om förmyndarens behörighet. Beträffande det närmare innehållet av dessa regler kan här hänvisas till det ovan redan anförda.

Regeln att barnets lag bör läggas till grund för avgörandet av nu nämnda frågor angående vårdnaden om barnet och angående dess ekonomiska förhållanden är emellertid icke undantagslös. Till en början är att erinra om att åtskilliga undantag till förmån för *lex fori* äro motiverade av hänsyn till *l'ordre public*. I detta hänseende har givetvis allt vad ovan¹ redan närmare utvecklats för normalfallet sin tillämpning även i nu ifrågavarande fall och behöver icke här vidare utvecklas.

Vidare torde det vara anledning avvika från huvudregeln så vitt angår frågan om laga ursäkt till befrielse från förmynderskap. Det synes rimligt, att förmyndaren, eftersom det här gäller regler givna till hans skydd, må åberopa sig på sin egen lag.² Å andra sidan kan det också vara rimligt, eftersom dessa regler äro givna även i den omyndiges intresse, att tillåta tillämpning av dennes lag. Konsekvensen synes vara, att en dylik befrielsegrund bör få åberopas, så snart den upptages i någon deras lag.³

Slutligen är att märka, att regeln om barnets lag såsom normerande för alla frågor rörande vårdnaden utgår från förutsättningen, att någon egentlig intressekonflikt mellan de i vårdnadsförhållandet implicerade personerna icke är för handen, i det vårdnadshavaren uteslutande har att iakttaga barnets intresse. Därest denna förutsättning i visst fall skulle brista, måste tydligen också regeln vidkännas undantag. En dylik komplikation uppstår, därest *konflikt* råder *mellan barnets föräldrar*, i det de eller endera av dem vidtagit åtgärder för äktenskapets upplösning genom hemskillnad eller äktenskapskillnad eller de i allt fall på grund av söndring i äktenskapet

¹ S. 74 ff.

² Så beträffande fransk rätt bl. a. NIBOYET nr 674, DESPAGNET nr 289 s. 857, SURVILLE nr 325; av annan åsikt åter VALÉRY nr 822, som anser, att åtminstone beträffande förmynderskap, som anordnas i Frankrike för franska undersåtar fransk lag även i nu ifrågavarande avseende bör tillämpas.

³ Så DESPAGNET nr 289 s. 857. Jmfr WEISS, Manuel s. 450 (allenast den omyndiges lag).

leva skilda. I sådana fall kan man, ehuru de med vårdnaden sammanhängande frågorna närmast röra barnen, icke bortse från att vardera av föräldrarna har ett djupt grundat självständigt intresse i sakens utgång och att de intressen, som sålunda tillkomma dem, ofta äro alldeles oförenliga. De avgöranden rörande vårdnaden,¹ som skola träffas, komma därför icke allenast att beröra barnen utan i allra högsta grad även föräldrarna. Vid sådant förhållande är det — detta synes i litteraturen angående detta spörsmål i allmänhet hava alltför litet beaktats² — icke möjligt att helt bortse från att avgörandet bör innefatta en så vitt möjligt tillfredsställande lösning även av konflikten mellan föräldrarna.³ På grund härav torde i dessa fall avgörandet böra träffas av den lag, som med hänsyn till föräldrarnas intresse i frågan kan anses indicerad. Barnets lag bör således i detta fall i motsats till de ordinära lämnas utan avseende. Visserligen skall enligt svensk intern rätt domstolens beslut angående vårdnaden om barnen alltid träffas »efter vad med hänsyn främst till barnens bästa synes skäligt». I den mån ett avgörande enligt den lag, som med hänsyn till föräldrarnas ifrågavarande intresse må anses tillämplig, skulle kom-

¹ Beträffande frågan om förmynderskap synes däremot i nu ifrågavarande fall icke föreligga någon likartad anledning att avvika från regeln för normalfallen, och än mindre är så händelsen i fråga om övriga ovan diskuterade rättsförhållanden.

² Se dock HABICHT s. 154 f, NIEDNER s. 54, LEWALD s. 139; närmare angående dessa förf. nedan s. 94 not 3.

³ Detta synes FRANKENSTEIN helt förbise, då han (s. 60) polemiserar mot tanken, att frågan om fördelningen av barnen mellan föräldrarna kan vara att avgöra efter en annan lag än frågan om innehållet av föräldrarnas rättsförhållande till barnen. Under äktenskapets bestånd bestämmes frågan om vårdnaden av barnen till alla delar efter en och samma lag, »das Kindschaftsstatut des Art. 19 EG, nicht das Ehestatut des Art. 14», framhåller FRANKENSTEIN, och vid sådant förhållande vore det »gegen alle Logik, bei der Scheidung plötzlich das bis dahin allein massgebende Kindschaftsstatut auszuschalten, um dem Scheidungsstatut einen Einfluss zu geben, den das Ehestatut nie gehabt hatte». Vari det ologiska skulle bestå är dock icke möjligt att inse. Vad som föreligger till bedömande vid bestämmandet av vårdnaden efter äktenskapsskillnad är en helt annan fråga än den, som föreligger i normalfallen — det föreligger en intressekonflikt, vartill saknas motstycke i dessa senare fall — och det är därför FRANKENSTEIN, som gör sig skyldig till bristande logik, då han, trots de olika premisserna i de båda fallen, för dem båda drager enahanda slutsats. Till det nu nämnda argumentet har emellertid FRANKENSTEIN fogat ett annat: »Die personenrechtliche Bindung der Kinder ist den dinglichen Rechten verwandt und wirkt erga omnes.» Då förf. framför denna sats och vidare talar om »die Belastung des Kindes mit diesem Recht», väntar man sig nästan även få höra den slutsatsen, att lex rei sitae skall vara avgörande. Den slutsatsen drager förf. dock visserligen icke. Men vad innebörd denna från förmögenhetsrätten hämtade analogi eljest kan tänkas äga, torde väl ingen utom dess upphovsman, om ens han, kunna förstå.

ma att strida mot eller icke tillbörligt beakta barnets intresse, kan emellertid en tillämpning av dess lag icke åstadkomma någon garanti för att icke detta intresse blir skjutet åt sidan. En sådan garanti torde, i den mån den kan behövas, i stället böra sökas i *lex fori*.

Vad nu sagts får sin betydelse framför allt, då det är fråga om att i en process angående hemskillnad eller äktenskaps-skillnad bestämma vilkendera av två föräldrar med olika hemland vårdnaden om barnen bör tillerkännas. Frågan aktualiseras emellertid icke sällan även i den formen, att ena maken flyttat från det gemensamma hemmet och därvid tagit barnen med sig, varefter andra maken yrkar, att barnen skola utlämnas till honom, i det han påstår, att enligt hans eller barnens hemlands lag vårdnaden om dem tillkommer honom ensam, medan åter andra maken gör gällande, att vårdnaden enligt hans hemlands lag tillkommer honom, eller bör tillerkännas honom.

Förstnämnda spörsmål är så vitt angår förhållandet mellan undersåtar i de nordiska länderna reglerat genom uttryckliga regler i KF 1931 7 och 9 §§. Enligt dessa regler kan frågan om vårdnad om barn upptagas antingen i samband med väckt yrkande om hemskillnad eller äktenskapsskillnad, vilket i enlighet med 7 § i lagen innebär, att sådan fråga kan upptagas i första hand i den stat, där båda makarna hava hemvist eller där de senast haft hemvist samtidigt och endera allttjämt är bosatt, men i andra hand i stat, där endera maken är medborgare; eller ock kan frågan om vårdnaden upptagas senare av myndighet i den stat, där den, mot vilken talan riktas, har hemvist. I båda fallen skall man vid prövningen anlita *lex fori*, d. v. s. i förstnämnda fall samma lag, enligt vilken yrkandet om hemskillnad eller äktenskapsskillnad skall prövas.

För andra fall än de nyss nämnda finnas beträffande nu ifrågavarande spörsmål inga uttryckliga regler. Över huvud saknas i vår lagstiftning alla kollisionsregler angående rättsverkningarna av äktenskapsskillnad och hemskillnad. Vid sådant förhållande måste innehållet av de regler, som böra tillämpas i dylika kollisionsfall, bestämmas enligt allmänna principer.

Beträffande vissa rättsverkningar av en äktenskapsskillnad eller hemskillnad kan det säkerligen vara motiverat att tillämpa

samma lag, som varit bestämmande för motsvarande rättsverkningar av äktenskapet under dess bestånd; så t. ex. vid bestämmandet av underhåll till fränskild eller hemskild make och så även beträffande ekonomiska rättsverkningar.¹

Annorlunda förhåller det sig åter så vitt angår makarnas framtida förhållande till barnen i avseende å vårdnaden. I detta avseende har hemskillnaden resp. äktenskapsskillnaden medfört helt förändrade förutsättningar. Till besvarande föreligger ett helt och hållet nytt spörsmål, vilket framstår som en fråga om en *speciell* rättsverkan av den redan beslutade eller förestående *äktenskapsskillnaden*, ej däremot som en redan under äktenskapet existerande och efter dess upplösning fortlevande verkan av detta. Frågan vem som skall »få barnen», som det populärt brukar uttryckas, eller »huru de skola fördelas mellan föräldrarna» är regelmässigt intimt förbunden, ofta fullständigt sammanvävd med frågan, om skillnadsyrkandet skall bifallas. Att saken mycket ofta ter sig så för makarna själva kan icke betvivlas. Men även i vår interna lagstiftnings hithörande regler kommer samma förhållande klart till synes, i det, såsom lagberedningen² framhållit, reglerna angående vårdnaden om barnen »i vissa delar både i form och i sak [anknyta sig] till bestämmelserna om skillnadsgrunderna». Åtskilliga förhållanden, som i GB 11 kap. upptagas som skillnadsskäl, skola enligt lagen 1920 om barn i äktenskap 8 § kunna medföra, att make berövas vårdnaden, och över huvud är i båda avseendena makes skuld till den i äktenskapet uppkomna söndringen av väsentlig betydelse. Med hänsyn till nu berörda förhållanden synes frågan angående rätten att hava vårdnaden om barnen principiellt böra bedömas enligt samma lag, som lägges till grund vid prövningen av de för själva skillnadsyrkandet åberopade skälen.³

¹ Jmfr beträffande frågan om de ekonomiska rättsverkningarna, så vitt angår medborgare i de nordiska länderna, KF 1931 9 § 1 st.

² Lagberedningen I s. 68.

³ Så HABICHT s. 154 f, som med avseende å föräldrarnas relationer till de gemensamma barnen efter äktenskapsskillnad skiljer mellan *dels* makarnas rättigheter gent emot varandra med avseende å barnen, vilka rättigheter enligt H. äro att bestämma enligt skillnadsstatutet, *dels* föräldrarnas rättigheter gent emot barnen, vilka äro antingen »*elterrechtliche*» och underkastade regeln i EG Art. 19 (faderns lag) eller »*vormundschaftsrechtliche*» och underkastade lex fori. Frågan vilkendera av föräldrarna vårdnaden om barnen bör tilläggas är således enligt HABICHT att bedömas enligt skillnadsstatutet. Så även NIEDNER s. 54, LEWALD s. 159. Av annan åsikt är åter PLANCK s. 64, WOLFF s. 134 not 8, NUSSBAUM s. 158 not 5, RAAPE s. 187, 206, FRANKENSTEIN s. 57 ff, vilka anse den för vårdnads-

Att en regel av motsvarande innebörd, såsom ovan nämnts, upptagits i KF 1931 8 och 9 §§ torde därför icke vara betingat av några särskilda, endast i förhållande till medborgare i våra nordiska grannstater giltiga skäl utan torde kunna betraktas som uttryck för en rättsuppfattning av allmänare räckvidd.

En sådan princip låter sig emellertid icke genomföra utan vidare i vår rätt. I de flesta fall möter ett hinder härför i den omständigheten, att man enligt vår lag (IÄL 3:2) vid prövning av frågan, om orsak till äktenskapsskillnad eller hemskillnad är för handen, i regel har att tillämpa makarnas *lex patriae* och *lex fori* kumulativt.¹ En sådan regel kan icke bringas till användning, när det gäller frågan angående vårdnaden om barnen. En kumulativ tillämpning av två lagar har någon mening allenast då den fråga, varom det står strid, kan avgöras med ett helt negativt svar; i dylikt fall innebär en kumulativ tillämpning av två olika lagar, att visst framställt yrkande, ex-

förhållandet i normalfallen tillämpliga lagen böra vara avgörande även i skillnadsfallen; konsekvensen härav är för de förstnämnda fyra förf., att enligt EG Art. 19 i regel faderns lag blir att tillämpa, för FRANKENSTEIN åter att barnets lag blir att lägga till grund, dock med beaktande av att denna lag eventuellt genom att »kvalificera» vårdnadsfrågan i dylika fall som en skillnadsfråga kan lägga denna under skillnadsstatutet, som därigenom blir att anse som barnets sekundära statut.

I fransk doktrin är frågan föga uppmärksammat; att skillnadsstatutet reglerar »la garde» antager dock bl. a. NIBOYET nr 642. Annorlunda bl. a. PILLET nr 328, som anser faderns lag reglera denna liksom andra frågor vidrörande »la puissance paternelle». Annorlunda även VALÉRY nr 820 jmf. m. 818, som emellertid anser barnets lag böra tillämpas.

I schweizisk rätt avgöres frågan, vem vårdnaden bör anförtros, i skillnadsdomen enligt skillnadsstatutet; se SCHNITZER s. 208; jmf. emellertid ett av UNDÉN, Int. äktenskapsrätt s. 74 refererat fall.

Även i österrikisk praxis har vårdnadsfrågan avgjorts enligt skillnadsstatutet (makarnas hemlands lag); se WALKER s. 796, FRANKENSTEIN s. 57 not 1. — Samma lag (föräldrarnas) har ock vunnit tillämpning i en belgisk dom, citerad av FRANKENSTEIN s. a. st.

I engelsk rätt intager rättspraxis numer en ståndpunkt, som synes utgå från att skillnadsstatutet har avgörande betydelse. Man erkänner visserligen såsom ovan s. 71 not 2 utvecklats icke en utländsk vårdnadshavare uteslutande på grund av den utländska rättsgrund (lag eller myndighets beslut) han åberopar såsom behörig vårdnadshavare i fråga om utländska barn, som vistas i England. Men då en utlänning med stöd av en utländsk skillnadsdom, i vilken han tillerkänts vårdnaden om barnen, i England yrkat, att den fränskilda maken, som med barnen bosatt sig i England, skulle utlämna dem till honom, har hans yrkande bifallits, i det den utländska domen respekterats, sedan domstolen, efter prövning av den fränskilda makans invändningar, funnit, att barnens intresse icke stod emot deras utlämnande till fadern; se CHESHIRE s. 401 f, DICEY s. 552 ff.

¹ En kumulativ tillämpning av det »egentliga skillnadsstatutet» och *lex fori* föreskriver även tysk lag, EG Art. 17. Härvid synes emellertid HABICHT s. a. st. icke fästa något avseende.

empelvis på skilsmässa, underhåll etc. icke bifalles utan att grund för bifall finnes i båda lagarna. Annorlunda ter sig emellertid saken, då den omstridda frågan måste ges ett positivt svar, såsom då det gäller barnens ställning till föräldrarna; i dylikt fall kunna två lagar, som innehålla olika regler om vem vårdnaden skall tillkomma, uppenbarligen icke bringas till kumulativ tillämpning; den ena måste i stället föredragas framför den andra.¹

Med hänsyn till vad nu anförts kunde det kanske ifrågasättas, om icke den ovan angivna principiella regeln såsom impraktikabel borde lämnas utan avseende. En sådan slutsats synes dock knappast ligga närmast till hands. Rimligare synes vara att under de föreliggande förhållandena tillägga den nämnda principen åtminstone den innebörden, att den utpekar de lagar, som kunna tänkas bära ifrågakomma. Negativt har detta framför allt den betydelsen, att därigenom klargöres att ingendera makens lag i princip bör hava företräde framför den andres, en grundsats som står i bästa överensstämmelse med vår lags interna regler på detta område, vilka ju likställa makarna. Positivt anger åter den nämnda principen, så begränsad,

¹ Vad nu sagts synes även kunna anföras beträffande den åsikt, som BORUM s. 501 f utvecklade beträffande dansk rätt. BORUM, som dock icke särskilt avser situationen vid äktenskapsskillnad, tager sin utgångspunkt i den interna danska regeln, att »Föräldremyndighet» över barn i äktenskap tillkommer båda föräldrarna i förening utan någon företrädesrätt för mannen. Med hänsyn till den likställighet dansk lag sålunda givit föräldrarna avvisar BORUM möjligheten att låta faderns personalstatut vara avgörande, när föräldrarna hava olika statuter (olika domicil enligt dansk rätt). När modern är bosatt med barnen i Danmark, bör det därför icke tillåtas fadern att med stöd allenast av sitt personalstatut (sin domicillag) fordra, att barnen utlämnas till honom. Ett sådant yrkande bör, menar BORUM, bifallas endast om det har stöd *både* i hans domicillag *och* i dansk rätt. En sådan regel kan onekligen vid första påseende synas beakta den ovan framförda synpunkten, att det här gäller en fråga, vid vars avgörande de båda föräldrarnas mot varandra stridande intressen i första rummet kräva beaktande, och den kunde även synas göra full rättvisa åt vardera partens intresse. Vid närmare betraktande finner man dock, att detta knappast är fallet. Den regel BORUM hävdar innebär i verkligheten tvärtom, att den ena partens (den i Danmark domicilierades) intresse alltid gives *försteget* framför den andres, i det att hans lag alltid får det avgörande ordet, när den andres lag avviker från den, d. v. s. den danska. Detta innebär, att BORUM funnit de danska interna reglerna angående vårdnadsfrågan vara av sådan betydelse för dansk rättsordning, att danska domstolar icke kunna få avvika från dem. En dylik ståndpunkt är i och för sig mycket rimlig (jmf vad nedan s. 98 anföres angående svensk rätt i de fall, då den ena av föräldrarna är svensk undersåte med viss tids hemvist här i riket). Den synes emellertid snarast böra motiveras med hänvisning till l'ordre public; jmf motiveringen i ett avgörande av den tyska Reichsgericht, Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen Bd 81 (1913).

att man vid avgörandet regelmässigt har att lägga till grund antingen makarnas sista gemensamma hemlands lag eller domstolslandets lag.

I detta läge synes det vara naturligast att, eftersom det gäller en fråga om makarnas personliga förhållande till barnen, utgå från att personalstatutet bör hava företräde och att *lex fori*, här som eljest, skall komma i betraktande blott i den mån svensk ordre public så kräver. Resultatet härav blir, att frågan om vårdnaden av barnen i nu förevarande fall, då föräldrarna eller endera av dem äro av annan nationalitet än barnet, blir att avgöra icke efter barnets¹ utan efter föräldrarnas lag eller, om de äro av olika nationalitet, efter föräldrarnas sista gemensamma hemlands lag.²

Utgår man härifrån, står det emellertid ännu öppet, huru avgörandet bör träffas, därest makarna, såsom undantagsvis kan inträffa, aldrig tillhört samma stat. Bäst förenligt med de ovan utvecklade grundsatserna och gällande rättsregler synes då vara, att med analog tillämpning av regeln i IÄL 6:2 st. 2 tillämpa mannens lag; ty att tillämpa båda makarnas lagar kumulativt låter sig av ovan anförda skäl icke göra.³ Principiellt mera tillfredsställande skulle det dock onekligen vara att i dylikt fall låta ett föräldrarnas gemensamma domicil⁴ bestämma den tillämpliga lagen; därigenom skulle man i enlighet med den ovan utvecklade principen även för detta fall kunna undvika att giva någondera makens lag företräde framför den andres, och man skulle dessutom hava valt ett anknytningsfaktum, som med styrka anknyter familjen såsom en enhet till en viss lag. Då emellertid vår lag (IÄL 6:2 st. 2) beträffande prövningen av själva skillnadsyrkandet upptagit mannens lag såsom subsidiärt avgörande utan att denna regel dock har sin motivering i några allenast eller särskilt för skillnadsfrågan avgörande skäl, synes det med hänsyn till önskvärdheten av enhetlighet i hithörande regler trots allt lämpligast att fasthålla vid en motsvarande regel även beträffande vårdnadsfrågan.

¹ Av motsatt mening FRANKENSTEIN s. 57; se närmare ovan s. 94 not 3.

² Likartad uppfattning har kommit till uttryck i österrikisk rättspraxis; se WALKER s. 796 not 35.

³ Angående en motsatt åsikt hos BORUM (s. 501 f) se ovan s. 96 not 1.

⁴ En sådan regel har följts i en fransk dom, citerad av FRANKENSTEIN s. 57 not 1 men givetvis av honom ogillad.

Att märka är vidare, att den nu angivna regeln i ett par fall måste vidkännas undantag av hänsyn till svensk *ordre public*.

Ett sådant undantag följer redan av en konsekvent tillämpning av själva huvudprincipen. Är ena maken svensk undersåte och har han sedan minst ett år hemvist i riket, skall enligt IÄL 6:2 st. 2, därest denna make här väcker talan om äktenskapsskillnad eller hemskillnad, frågan huruvida orsak till skillnad är för handen prövas allenast enligt svensk lag. I dylikt fall kan tydligen den ovan angivna principiella regeln angående vårdnaden om barnen utan svårighet tillämpas och bör sålunda även denna fråga avgöras enligt svensk lag (*lex fori*). Denna regel framstår så till vida motiverad av hänsyn till svensk *ordre public*, som det nämnda stadgandet i 6:2 st. 2 otvivelaktigt har en sådan grund.¹

Ett annat undantag, mera direkt motiverat av nu ifrågavarande hänsyn, föranledes av nödvändigheten att i svensk lag söka en garanti för att barnets intresse vinner tillbörligt beaktande. Klart är att denna hänsyn gör sig gällande åtminstone så till vida, att det icke kan bliva tal om att svensk domstol med tillämpning av utländsk lag skulle anförtro vårdnaden om barnen till en make, vilken enligt svensk lag på grund av sådant för honom graverande förhållande, som avses i lag 1920 om barn i äktenskap 8 §, vore att anse som diskvalificerad för denna uppgift. Men det kan med skäl ifrågasättas, om man icke måste gå längre. Enligt svensk intern rätt (nyssnämnda lag 9 §) skall vid vårdnadsfrågans avgörande, då föräldrarna äro oense, i *främsta* rummet barnets intresse beaktas; och äro föräldrarna ense, får rätten giva beslut i enlighet med vad de önska, allenast »så framt det ej är uppenbart stridande mot barnens bästa». Att på detta sätt barnets intresse ryckes i förgrunden torde utgöra en rättsgrundsats av sådan art och vikt, att det knappast kan ifrågasättas, att svensk domstol vid tillämpningen av främmande rätt skulle kunna få avvika från den. Så vitt angår tvister beträffande vårdnaden om barnen efter äktenskapsskillnad eller hemskillnad innebär detta, att det blir utrymme för tillämpning av utländsk lag i enlighet med ovan hävdade kollisionsregler blott i den mån båda föräldrarna äro ungefärligen lika skickade att omhänderhava vårdnaden. I de

¹ Därom se departementschefens yttrande i NJA Avd. II 1934 s. 426 f.

fall åter, då enligt en i och för sig tillämplig utländsk lag föräldrarna kunna giltigen överenskomma om vårdnaden, bör en dylik överenskommelse av svensk domstol stadfästas blott så framt den icke finnes uppenbart stridande mot barnens bästa.

Till sist må erinras om att vårdnadshavare, som är att anse som olämplig att utöva vårdnaden över utländskt barn här i landet, kan berövas denna genom beslut av svensk domstol.¹ Ett dylikt ingripande kan givetvis företagas även gent emot den av föräldrarna, som enligt utländsk skillnadsdom tillerkänts vårdnaden om barnen. I första hand bör då liksom i ordinära fall barnets lag, icke skillnadsstatutet tillämpas, ty i dylikt fall gäller det en kontrovers mellan barnets intresse och den ifrågavarande faderns eller moderns intresse, icke en kontrovers mellan de båda föräldrarnas intressen. I sista hand får man emellertid även i dessa fall av förut antydda hänsyn till l'ordre public tillämpa svensk lag (lag 1920 om barn i äktenskap 8 §).

De synpunkter, som enligt det nu sagda böra vara vägledande vid bestämmandet av vårdnaden om barn, vars föräldrar leva åtskilda på grund av dom å hemskillnad eller äktenskapskillnad, torde i stort sett äga tillämpning även i den andra ovan åsyftade, i lagstiftningen icke till någon del uppmärksammade huvudgruppen av fall, d. v. s. då det gäller att träffa avgörande angående vårdnaden om barn, vars föräldrar *utan* dom å hemskillnad eller äktenskapsskillnad leva åtskilda på grund av söndring i äktenskapet.

¹ I tysk rätt är motsvarande spörsmål omdebatterat. Enighet synes i det hela råda därom att tysk myndighet (Vormundschaftsgericht) har kompetens att inskrida; av annan mening är dock PLANCK s. 64; jmf. även WALKER s. 791 (den tyska myndigheten kompetent, om fadern blivit tysk medborgare). Men olika meningar ha gjorts gällande i frågan, vilken lag som därvid bör tillämpas. Enligt en åsikt har man att tillämpa lex fori (BGB § 1635 och 1636); så NIEDNER s. 58, HABICHT s. 155 (som egendomligt nog anser en förmynderskapsrättslig fråga föreligga; jmf. ovan s. 94 not 3), WALKER s. 791 och (betr. österrikisk rätt) s. 796 (med åberopande av l'ordre public-hänsyn; mot en dylik uppfattning LEWALD s. 139), NUSSBAUM s. 159. Enligt en annan mening har man att med hänvisning till EG Art. 19 tillämpa faderns lag; så WOLFF s. 155, jmf. NUSSBAUM s. 158 not 5 in fine. Denna senare mening lär vara härskande i tysk rättspraxis; se NUSSBAUM s. 158. En något oklar mellanställning intager LEWALD s. 139, i det han anser, att en tysk domstol har att tillämpa faderns lag för att avgöra, om ett ingripande är befogat, och därefter vid avgörandets *utformning* lex fori (d. v. s. enligt tysk rätt BGB § 1635).

Klart är väl sålunda utan vidare, att man rimligen icke heller kan avgöra dessa fall efter den regel, som ovan hävdats för de normala fallen, då föräldrarna leva tillsammans. Liksom då det är fråga om att träffa beslut angående vårdnaden i samband med hemskillnad eller äktenskapsskillnad, gäller det i nu ifrågavarande fall en strid föräldrarna emellan, varför av ovan anförda skäl deras personliga statut, icke barnets, bör vinna beaktande. Garantien för att tillbörlig hänsyn tages till barnets intresse får i stället på sätt förut utvecklats sökas i *lex fori*.

Vid bestämmandet av det tillämpliga personalstatutet synes i enlighet med det nu sagda samma lag, som gäller beträffande bestämmandet av barnets ställning efter äktenskapsskillnad, böra tillämpas. Såsom skäl härför kan även åberopas önskvärdheten av att avgörandet om möjligt blir sådant, att det kan stå sig även efter äktenskapsskillnad, en omständighet som tydligen pekar på att samma lag bör anlitas, som om sådan skillnad vore för handen.

I den sålunda utpekade lagen böra de regler, som gälla om föräldrars förhållande till barnen under faktisk särlevnad, komma till användning. Mycket möjligt är emellertid, att i den främmande lagen särskilda regler för dylikt fall saknas och att sålunda tvisten mellan föräldrarna enligt nämnda lag komme att bedömas utan hänsynstagande till att dessa numer icke längre leva tillsammans. Antag exempelvis, att en tysk fader yrkar, att hans barn skola utlämnas av hans maka, som befinner sig här i landet med dem och som är av annan nationalitet än han. I ett dylikt fall komme den här hävdade regeln att leda till att mannens yrkande utan vidare måste bifallas, i det tysk lag, BGB § 1632, som enligt antagandet är tillämplig, tillerkänner fadern rätt att fordra barnets utlämnande »von jedem, der es dem Vater wiederrechtlich vorenthält», alltså även från modern och utan hänsyn till att hon och fadern faktiskt leva åtskilda. Resultatet skulle sålunda bliva ett avgörande, som komme i strid med de synpunkter, vilka varit vägledande vid uppställandet av den tillämpade svenska kollisionsnormen och enligt vilka i stället regler, analoga med dem som tillämpas vid skillnad, bort komma till användning. Ehuru den föreliggande rättsfrågan enligt svensk rättsuppfattning »kvalificerats» som ett spörsmål av samma typ som frågan om vård-

naden i skillnadsfall och kollisionsregeln med hänsyn härtill måste avse att angiva, vilket lands regler angående spörsmål av denna undantagstyp, som böra komma till användning, skulle kollisionsregelns förbehållslösa tillämpning kunna leda till användning av främmande lags regler om normalfallet (då föräldrarna sammanleva), vilket är av helt annan typ. Då orsaken härtill skulle vara den, att den främmande lagens regler för normalfallet hava en sådan omfattning, att de omsluta även det till sin typ avvikande undantagsfallet, kan man måhända icke undgå denna konsekvens genom att hävda, att den främmande lagen saknar regler av den typ, som kollisionsregeln avser. Man kan emellertid å andra sidan icke komma ifrån, att ett sådant resultat skulle stå i strid med svensk rättsuppfattning. Detta framträder såsom särskilt betydelsefullt, för så vitt fråga är om ett yrkande gent emot en här i landet bosatt moder eller — ett mindre praktiskt fall — fader, som är svensk undersåte. Ätminstone för detta fall bör väl därför med hänsyn till svensk ordre public tillämpningen av främmande lag i dylikt fall avböjas och tvisten i stället avgöras enligt lag 1920 om barn i äktenskap 9 §.

För denna uppfattning kan man söka ett, låt vara endast medelbart stöd i den på IÄL 6:2 st. 2 stödda regel, som i det föregående utvecklats angående vårdnadens bestämmande vid hemskillnad eller äktenskapsskillnad, då fall enligt sagda lagrum föreligger. Nämda stadgande är emellertid i detta sammanhang betydelsefullt framför allt av det skäl, att det visar, hurusom den svenska lagstiftaren, då en kollisionsnorm medför resultat, som stå i strid med i Sverige rådande rättsuppfattning, icke tvekar att av hänsyn till l'ordre public sätta kollisionsnormen ur kraft, i den mån den är till men för det svenska intresset. Därmed ger den stöd åt ett motsvarande avgörande i nu ifrågavarande fall, vilket i det väsentliga är likartat med det nyss nämnda och enligt svensk intern rätt är att bedöma på alldeles samma sätt som detta. Mera tvivelaktigt kan det åter vara, huruvida samma resonemang kan föras, om under angivna omständigheter talan riktas mot här i landet bosatt fader eller moder av utländsk nationalitet. Att svensk ordre public skulle kräva undantagsregelns utsträckande även till dessa fall torde dock icke med fog kunna hävdas.

Den lag som enligt det nu sagda har att reglera frågan angående vårdnaden om barn till föräldrar, vilka på grund av söndring i äktenskapet eller efter hemskillnad eller äktenskapskillnad leva åtskilda, torde böra tillämpas beträffande alla i vårdnaden ingående befogenheter, för så vitt icke något annat följer av särskilt stadgande. Av den till stöd för nämnda regel anförda motiveringen följer visserligen omedelbart allenast, att den bör avse rätten att bestämma angående barnets uppehållsort samt sådant som har ett omedelbart sammanhang därmed, såsom bestämmanderätt beträffande barnets uppfostran och skolgång. Då man emellertid icke lämpligen kan företaga någon uppdelning av de i vårdnaden regelmässigt ingående befogenheterna och vår interna lag för nu ifrågavarande fall utgår från att alla dessa befogenheter böra vara samlade på en hand, synes det motiverat att antaga, att den ifrågakommande lagen i dessa fall bör tillämpas även beträffande barnets religiösa fostran, beträffande rätten att bestämma angående dess arbetskraft samt beträffande målsmanskap för detsamma.

Ätminstone i ett avseende måste emellertid göras undantag från denna regel, nämligen beträffande *giftomannaskap*. Frågan huruvida för barns behörighet att ingå äktenskap kräves giftomans samtycke är på grund av IÄL 1:1—2 i allmänhet att avgöra enligt barnets egen lag och i de fall, som avses i KF 1931, enligt lagen i det land, där äktenskapet skall ingås, under förutsättning att barnet sedan minst två år har hemvist därstädes, men eljest enligt dess hemlands lag.

Att man, då det gäller barn till föräldrar, vilkas äktenskap blivit upplöst,¹ icke kan bestämma giftomannarätten enligt samma regel som vårdnadsrätten över huvud, sammanhänger tydligen med att det här, samtidigt som det gäller att bestämma företrädet mellan föräldrarna, föreligger en fråga angående omfattningen av vårdnadsrätten, d. v. s. en fråga, som omedelbart berör barnets förhållande till vårdnadshavaren. Sådana frågor, som röra vårdnadens omfattning och varaktighet finnes det emellertid icke anledning att, blott därför att det gäller

¹ I det följande talas för korthetens skull blott om detta fall. Allt vad därvid säges har emellertid avseende även å de därmed enligt det ovan anförda jämställda fallen vid faktisk särlevnad.

barn till föräldrar, vilkas äktenskap blivit upplöst, behandla efter något annat statut än det normala.¹

Framhållas må till sist, att man även då förmynderskap skall anordnas för barn till föräldrar, vilkas äktenskap blivit upplöst, har att tillämpa de förutnämnda reglerna i IÄL 4 kap. och KF 1931 14—19 §§, då förutsättningarna därför äro för handen. Trots stadgandet i förmynderskapslagen 2: 1 st. 2 måste dessa regler givetvis komma till användning även då svensk domstol dömt till hemskillnad eller äktenskapsskillnad. Mycket möjligt är härvid att förmynderskap blir anordnat i barnets hemland enligt dess lag och att i följd härav den av föräldrarna, som icke har vårdnaden, blir utsedd till förmyndare.² För så vitt det emellertid enligt nyssnämnda stadganden ankommer på svensk domstol att i dylikt fall förordna förmyndare, kommer lex fori i tillämpning (IÄL 4: 2, KF 1931 16 §), varför enligt anförda stadgande i förmynderskapslagen den av föräldrarna, som fått vårdnaden sig anförtrodd, skall utses till förmyndare.

Av helt annan natur än reglerna om vårdnaden och om förmynderskap äro vår lags regler om *underhållsskyldigheten* för föräldrar gent emot barn och för barn gent emot föräldrar. Dessa senare regler utgöra typiska exempel på sådana i det föregående omtalade rättssatser, vilka äsyfta att positivt tillvarataga och främja ett visst intresse, i detta fall underhållsbehövande familjemedlemmars intresse. I enlighet med vad där-om utvecklats i det föregående böra kollisionsreglerna för dessa fall ges ett sådant innehåll, att lagstiftarens genom de interna reglerna manifesterade önskan att tillvarataga den underhållsbehövandes intresse blir så vitt möjligt realiserad, även då fall med internationell anknytning äro för handen. Detta synes bäst åstadkommas genom tillämpning av den ovan³ utvecklade valprincipen. I överensstämmelse härmed bör ett barn, som är av annan nationalitet än sin fader, eller den som är representant för sådant barn, äga frihet att till grund för en mot fadern riktad talan om underhåll efter sitt val lägga antingen

¹ Jmfr HABICHT s. 154 f.

² Så t. ex. om tysk lag, BGB § 1635, är tillämplig.

³ S. 48 f.

barnets lag eller faderns lag,¹ dock att, om endera av parterna är medborgare i domstolslandet, *lex fori* under alla förhållanden bör äga företräde.² Efter den sålunda bestämda lagen har man att pröva frågan, om rätt att anställa talan om åläggande för fadern att utgiva underhållsbidrag tillkommer barnet; vidare frågan om förutsättningarna för underhållsanspråket — med undantag dock av frågan om börden, vilken är att besvara självständigt enligt ovan angivna regler — sålunda framför allt frågan huruvida ovillkorlig, av barnets behov och föräldrarnas villkor oberoende underhållsskyldighet föreligger eller huruvida på grund av särskilda förhållanden underhållsskyldighet grundad på barnets behov är för handen; samt slutligen frågan angående anspråkets omfattning och varaktighet.³

¹ Jmfr beträffande adoptivförhållanden HASSLER s. 25, som, ehuru utan närmare motivering, hävdar, att vid bestämmandet av underhållsskyldighet i dylika förhållanden man bör tillämpa »den lag . . . som i det konkreta fallet går längst, ger den till understöd berättigade de största förmånerna»; vilken regel av HASSLER kompletteras med en hänvisning till l'ordre public, som skulle motivera, att underhållsplikten icke kunde antagas vara lindrigare än vad *lex fori* bestämmer. Denna huvudregel synes ganska nära överensstämma med den här för förhållandet mellan föräldrar och barn i äktenskap hävdade men går längre än denna. Härom må endast anmärkas, att svensk ordre public väl svårigen kan lederas av att underhållsskyldighet i ett internationellt rättsförhållande antages hava ett innehåll, som icke fullt når upp till det som i vår motsvarande interna lagstiftning förutsättes. Normen för vad som kan krävas med stöd av l'ordre public synes snarare böra sökas i fattigvårdslagstiftningen.

² Jmfr WINROTH s. 164 f, som beträffande underhållsskyldigheten anser, att man bör tillämpa *lex fori* i fråga om understöds mål mellan här vistande utlänningar men svarandens hemlands lag i fråga om talan av i utlandet vistande utlänning. Även i nu ifrågavarande avseende motiverar WINROTH *lex fori*-regeln med att här »ett allmänt intresse [påfordrar] de svenska rättsnormernas genomförande — om ej annat behovet att vidmakthålla skick och ordning inom familjen på sätt svensk lag avsett och med dess för ändamålet godkända medel». Detta argument är dock föga övertygande, ty knappast kan det vid utdömande av underhållsbidrag sägas föreligga en fråga om »skick och ordning» inom den ifrågavarande familjen. Möjligen har emellertid förf. därmed avsett att hänvisa till l'ordre public; jmfr följande not angående finsk lag.

³ Jmfr FIFL 57 §, varest stadgas: »Ej må någon under åberopande av främmande lag . . . undandraga sig en person i hans ställning enligt finsk lag åliggande underhållsskyldighet gent emot make, föräldrar eller barn.» Stadgandets innebörd synes något oviss. Det synes snarast motiverat av hänsyn till finsk ordre public och innebära, att den finska lagens regel betecknar den undre gränsen för underhållsanspråket. Uteslutet skulle enligt denna tolkning icke vara, att utländsk lag kunde tillämpas, därest den vore fördelaktigare för den underhållsberättigade än den finska. Emellertid heter det i motiven till detta lagrum (s. 33), att det innefattar ett undantag från huvudregeln (att barnets lag bör tillämpas), vilket »beror därpå, att i här berörda frågor rådande rättsuppfattning ansetts vara av den betydelse, att densamma borde bliva bestämmande också för det inbördes förhållandet mellan utlänningar, som vistas i Finland». Enligt denna motivering står det således öppet, vilken regel som bör gälla, därest utlänning som vistas utomlands anställer talan om underhåll vid finsk domstol. Men om verkligen l'ordre public i först nämnda fall kan fordra beaktande, borde den väl spela samma roll även i detta fall.

Alldeles detsamma bör givetvis gälla, därest talan i stället riktas mot modern eller mot fadern och modern gemensamt. Likaså böra motsvarande grundsatser gälla därest föräldrarna eller någondera av dem kräver underhåll av barnet.

Vad nu sagts har allenast avsett underhållsanspråk i egentlig mening. Helt annorlunda har man att bedöma ett av barn efter ingående av äktenskap framställt krav på *hemgift*. Någon rätt att kräva hemgift känner icke svensk lag. Enligt denna framstår sålunda föräldrarna såsom skyddade mot dylika anspråk. Härav bör enligt förut utvecklade grundsatser följa, att svensk domstol vid prövning av dylikt anspråk bör tillämpa svarandens, faderns eller moderns, lag.¹

Antag exempelvis, att vid svensk domstol framställles anspråk på »Aussteuer» mot en tysk fader av en i hans äktenskap med en svensk kvinna född dotter, vilken, sedan föräldrarnas äktenskap upplösts, stått under moderns vårdnad och samtidigt med att modern återförvärvat sitt gamla medborgarskap blivit svensk medborgare (i enlighet med lag 1924 om förvärvande och förlust av svenskt medborgarskap 7 § 3); i dylikt fall bör domstolen vid sin prövning lägga faderns lag, BGB § 1620, till grund och, om förutsättningarna enligt detta lagrum äro för handen, bifalla anspråket. Skulle åter dottern i nämnda exempel hava bibehållit sitt ursprungliga, tyska, medborgarskap och efter sitt giftermål anställa talan om »Aussteuer» mot sin svenska moder, skall moderns lag, d. v. s. svensk rätt, tillämpas och talan ogillas; att modern växlat statut medför, i enlighet med vad nedan närmare utföres, att hennes ställning till barnet i förevarande avseende blir att bedöma enligt hennes nya lag.

Påpekas må till sist att jämväl barns anspråk på *arv* äro att bedöma enligt sist angivna princip, d. v. s. efter faderns resp. moderns (arvlåtarens) lag. Denna regel innefattar allenast en tillämpning av den generella regeln om bestämmandet av arvsstatutet i lagen 1937 om internationella rättsförhållanden rö-

¹ Att faderns resp. moderns lag bör tillämpas antager i enlighet med sin huvudprincip även FRANKENSTEIN s. 55; detsamma blir i de flesta fall resultatet enligt härskande tysk uppfattning, i det EG Art. 19 blir att tillämpa. Annorlunda WINROT s. 166 f, som även här vill tillämpa barnets lag, under åberopande av att denna fråga icke lämpligen kunde skiljas från övriga frågor vidrörande rättsförhållandet mellan föräldrar och barn, d. v. s. främst de som röra vårdnad och förmynderskap.

rande dödsbo 1 § 1 st. Här torde detta stadgande icke behöva närmare kommenteras. Tilläggas må blott att beträffande arv efter medborgare i något av de nordiska länderna (Danmark, Finland, Island och Norge) ett undantag från nämnda regel gäller så till vida, att det avgörande i regel är arvlåtarens domicillag; se därom närmare lagen 1935 om dödsbo efter dansk, finsk, isländsk eller norsk medborgare, som hade hemvist här i riket 1 §.

Att barnet redan i och med sin födelse erhåller annan nationalitet än föräldrarna eller endera av dem är, såsom ovan framhållits, en tämligen sällsynt situation. Oftare kan det däremot inträffa, att en dylik divergens uppkommer därigenom, att antingen fadern eller modern eller barnet under dess uppväxttid eller senare *växlar nationalitet*. Om fader eller moder växlar nationalitet, torde detta emellertid i allmänhet, så vitt angår barn under deras vårdnad, medföra, att även barnet erhåller den nya nationaliteten, varför även i dylika fall en divergens av ifrågavarande slag torde vara relativt sällsynt. Såsom ett praktiskt fall av statutväxling har man dock särskilt att taga i betraktande möjligheten av att moder, som genom äktenskaps ingående förlorat sitt ursprungliga medborgarskap, återvinner detta i samband med äktenskapsskillnad eller hemskillnad (jmf. lag 1924 om förvärvande och förlust av svenskt medborgarskap 4 och 5 §§). Att åter barnet självständigt växlar statut lär i regel endast komma ifråga, sedan barnet nått den ålder, att föräldrarnas vårdnad redan upphört eller samtidigt med statutväxlingen kommer att upphöra; ett ganska vanligt fall är framför allt, att dotter förvärvar nytt medborgarskap genom ingående av äktenskap. Detta innebär åter, att statutväxlingen i dessa fall kan tänkas få faktisk betydelse huvudsakligen för frågan om underhållsskyldighet för föräldrarna eller endera av dem gentemot mot barnet eller för barnet gentemot föräldrarna.

I detta senare avseende torde statutväxling, vare sig det är någon av föräldrarna eller barnet, som förvärvar nytt medborgarskap, böra medföra, att det nya statutet vid utövandet av förutnämnda valrätt bör komma i fråga i stället för det föregående, så vitt angår frågorna om talerätten och om förutsättningarna för underhållsskyldigheten samt dess omfång

och varaktighet. Detta överensstämmer med vad ovan utvecklats angående statutväxlingens betydelse i de ordinära fallen, då föräldrarna och barnet äro av samma nationalitet och så förbliwa, samt torde kunna stödjas på samma överväganden, som motivera de angående sistnämnda fråga hävdade reglerna. Av samma skäl torde det också vara klart, att alla, sedan barnet växlat statut, tilläventyrs uppkommande frågor angående vårdnaden och angående förmynderskap samt angående därmed sammanhängande ekonomiska förhållanden, exempelvis frågan om rätten att förfoga över barnets arbetskraft, bliva att bedöma enligt barnets nya lag;¹ att åter i dylikt fall faderns eller moderns statutväxling saknar betydelse är en självklar konsekvens av själva huvudregeln.

Vad nu sagts har emellertid icke avseende å det ovan behandlade fallet, då det gäller att bestämma, vem vårdnaden om barnet efter föräldrarnas hemskillnad eller äktenskapsskillnad skall anförtras. Redan av den beträffande dessa fall utvecklade huvudregeln följer, att en statutväxling, vare sig det är fadern, modern eller barnet, som förvärvat nytt medborgarskap, blir utan betydelse. Där annat icke stadgats, bör således även frågan, huruvida ändrade förhållanden motivera en ändring av ett en gång redan avkunnat beslut angående vårdnaden om barnen, avgöras efter samma lag, som legat till grund för nämnda beslut.² Beträffande barn av föräldrar, tillhörande någon av våra nordiska grannstater, har emellertid givits en uttrycklig regel av annan innebörd. Enligt KF 1931 8 och 9 §§ skall yrkande, som efter beviljandet av hemskillnad eller äktenskapsskillnad väckes angående bland annat vårdnad om barn, upptagas i den stat, där den, mot vilken talan riktas, har hemvist, även om yrkandet avser ändring av beslut, som meddelats i annan stat; och sådant yrkande skall prövas enligt lex fori. Denna regel är uppenbarligen motiverad av den inom de nordiska staterna existerande rättslikheten på förevarande område och är därför icke ägnad att tagas till ledning, då det är fråga om avgöranden rörande medborgare i andra länder.

Beträffande till sist frågan, om barnet gent emot föräldrar-

¹ Jmfr FRANKENSTEIN s. 56 samt övriga ovan s. 82 not 1 anförda förf.

² Jmfr HABICHT s. 155. — Av motsatt mening är FRANKENSTEIN, som anser att barnets aktuella statut bör vara bestämmande.

na har något krav på hemgift, torde av de här tillämpade principerna följa, att faderns eller moderns statutväxling inom en viss gräns måste tillmätas betydelse; man torde böra tillämpa svarandens, faderns eller moderns, lag vid det tillfälle, då barnet ingår det äktenskap, som påstås grunda hemgiftskravet. En statutväxling i tiden dessförinnan är således att beakta, en senare statutändring däremot icke. Det ena som det andra är en konsekvens därav, att först i och med äktenskapets ingående något konkret krav på hemgift kan uppstå. Att åter barnets statutändring saknar betydelse följer redan av själva huvudregeln.

KAP. 4.

Rättsförhållandet mellan barn utom äktenskap och dess fader.

På få områden av den interna rätten torde de skilda rättsordningarna förete så stora skiljaktigheter som beträffande det utomäktenskapliga barnets ställning i förhållande till fadern. I många länder är alltjämt, delvis av religiösa och moraliska skäl, delvis av en mera socialt betonad hänsyn till familjens intressen, dessa barns ställning i högsta grad undertryckt. Det gäller exempelvis beträffande England, varest rätten icke tillgodoser ett utomäktenskapligt barns anspråk i vidare mån än att dess moder, däremot icke barnet självt, kan tillerkännas ett ringa underhållsbidrag. Det gäller vidare och framför allt i de romanska länder, varest den i code civil art. 340 ursprungligen upptagna grundsatsen: »La recherche de la paternité est interdite» alltjämt är mer eller mindre undantagslöst gällande och där barnets rätt sålunda i de flesta fall är beroende på om det frivilligt erkännes av fadern eller icke, i vilket fall, å andra sidan, barnet får i mycket samma ställning som barn i äktenskap, dock med, bland annat, vissa begränsningar med avseende å arvsrätten. I andra länder, särskilt de nordiska, har åter de utomäktenskapliga barnens ställning, både av moraliskt betonade rättfärdighetsskäl och av sociala lämplighetsskäl, under de senaste årtiondena i väsentlig grad förbättrats. Längst har härvid den norska lagen gått, i det den, beträffande såväl rätt till underhåll som rätt till arv och rätt till faderns namn, på det hela taget jämställer äkta och utomäktenskapliga barn, när viss mans faderskap i betryggande ordning blivit fastställt, och i motsatt fall ålägger envar, som haft intim förbindelse med modern under konceptionstiden, skyldighet att utgiva underhåll till barnet och i viss utsträckning till modern.

Mindre långt har vår egen lag gått, men även den tillgodoser dock i betydande mån det utomäktenskapliga barnets intressen. Framhållas må särskilt att vår lag, såvitt angår förhållandet till fadern, givit barnet anspråk på underhåll, avpassat efter bland annat faderns villkor och barnets begåvning, samt beträffande s. k. trolovningsbarn dessutom rätt till faderns namn och rätt till arv efter honom. På ett särskilt kraftigt sätt understrykes vidare vår lags syfte att tillvarataga det utomäktenskapliga barnets rätt genom att speciella samhälleliga organ, barnavårdsmännen, för detta ändamål hava tillskapats. I åtskilliga länder, bland dem exempelvis Tyskland, intager lagstiftningen om de utomäktenskapliga barnen ett slags mellanställning, visserligen icke helt avvisande men heller icke mycket tillmötesgående. Anmärkningsvärt är härvid bland annat, att enligt tysk rätt *exceptio plurium* är medgiven. Såsom betydelsefulla i förevarande avseende må till sist påpekas de olikheter beträffande den avgörande konceptionstidens bestämmande, som olika lagar vid inbördes jämförelse förete. Sålunda beräknas konceptionstiden för fullgånget barn i svensk praxis numer utgöra 300 — 240 dagar,¹ i norsk praxis antages den vara 320 — 240 dagar,² i tysk lag är den fastställd till 302 — 181 dagar³ och i schweizisk lag är den 300 — 180 dagar.⁴

Frågan, enligt vilken lag man skall bedöma förhållandet mellan ett utomäktenskapligt barn och dess fader, är i svensk rätt icke besvarad vare sig genom lagstiftning eller internationella konventioner. Rättspraxis åter är föga omfattande och dessutom knappast ägnad att tagas till rättesnöre. Icke heller ha hithörande frågor blivit föremål för någon mera givande samlad framställning i den svenska juridiska litteraturen.

Även den utländska lagstiftningen på området är sparsam.⁵ I utländsk litteratur åter hava här mötande spörsmål av gammalt varit mycket livligt diskuterade och, såsom ovan⁶ redan närmare utvecklats, givit anledning till en mångfaldig meningsbrytning. På grund av den splittring, som utmärker doktrinen,

¹ Se NJA 1936 s. 623.

² Se GAARDER s. 91.

³ BGB §§ 1592, 1717.

⁴ Schweizerisches Zivilgesetzbuch 1907 Art. 314.

⁵ Nämnas förtjänar huvudsakligen blott EG Art. 20 och 21, NAG Art. 8 och 9 samt FIFL 20 och 21 §§.

⁶ S. 30 f.

erbjuder emellertid icke heller denna här den ledning, som den på andra områden kan skänka.

Vid nu nämnda förhållanden är man även här liksom beträffande rättsförhållandet mellan föräldrar och barn i äktenskap hänvisad till att angiva de behöfliga kollisionsnormerna med stöd av allmänna rättsgrundsatser och praktiska lämplighets-skäl. Om därvid de i det föregående utvecklade synpunkterna och principerna tagas till ledning, så kan till en början fastställas, att rättsförhållandet mellan ett utomäktenskapligt barn och dess fader är i sin helhet underkastat personalstatutet, d. v. s. enligt svensk rätt hemlandets lag. Den särskilt tidigare¹ vanliga men även nu för tiden² icke sällan mötande åskådningen, att *lex fori* bör anses som generellt tillämpligt statut, måste av ovan³ redan anförda skäl anses sakna bärande motivering. Endast i den mån *l'ordre public* kan fordra det, bör *lex fori* tillämpas i stället för personalstatutet.

I. Från den sålunda givna utgångspunkten ter sig frågan, vilken lag bör reglera ifrågavarande rättsförhållande, i regel enkel, för så vitt barnet och dess föräldrar hava *samma nationalitet*. I dylikt fall kommer den för föräldrarna och barnet gemensamma lagen i allmänhet att tillämpas. Enligt nämnda lag komma således att prövas icke allenast den här helt dominerande frågan om faderns underhållsskyldighet gentemot barnet utan även övriga tilläventyrs uppkommande spørsmål angående deras ömsesidiga förhållande, exempelvis beträffande vårdnad och förmynderskap, barnets rätt att bära faderns namn, dess rätt till arv efter honom o. s. v. Undantag från denna regel har man att göra allenast i den mån så påfordras av hänsyn till *l'ordre public*. I detta senare avseende har allt vad ovan⁴ anförts angående förhållandet mellan föräldrar och barn i äktenskap motsvarande tillämpning och behöver här icke

¹ Se SAVIGNY och ett flertal andra äldre, av VON BAR s. 557 not 6 och WALKER s. 777 not 1 citerade förf.

² Se t. ex. VALÉRY nr 804; jmf. ock WINROTH s. 164 ff, Lagberedningen II s. 22 f (beträffande underhållsanspråk). Även GAARDER s. 93 ff, som anger barnets lag som principiellt bestämmande, kommer i verkligheten på grund av de omfattande undantag från huvudregeln han gör, nära en *lex fori*-teori. Anmärkas må ock FIFL 21 §, enligt vilken anspråk på underhållsbidrag, som i Finland väckes för barn utom äktenskap mot dess fader eller den, som kan vara dess fader, skola bedömas enligt finsk lag; jmf. även EG Art. 21.

³ S. 22 f.

⁴ S. 74 ff.

närmare utföras. Liksom i nyssnämnda fall måste emellertid också här beträffande giftomannaskap och förmynderskap för medborgare i de nordiska länderna göras undantag från huvudregeln till förmån för *lex domicilii*.

II. Vanskliga frågor uppkomma åter, om *barnet är av annan nationalitet än föräldrarna* eller i varje fall av annan nationalitet än endera av dem. En dylik situation är här icke sällan för handen. Vanligt är särskilt, att barnet är av annan nationalitet än fadern. Relativt sällsynt är det däremot, att barnet har annan nationalitet än modern, ty enligt de flesta länders medborgarskapslagstiftning anses barn utom äktenskap genom födseln förvärva medborgarskap i det land modern tillhör. Helt uteslutet är det dock icke, att moder och barn från början äro medborgare i skilda länder, i det *jus soli* i vissa länders medborgarskapslagstiftning alltjämt tillämpas i större eller mindre utsträckning.¹

Av de kompetenskonflikter, som kunna uppstå vid bestämmandet av utomäktenskapliga barns rättsförhållanden till fadern, tilldraga sig de, vilka föranledas av barnets *underhållsanspråk*, det ojämförligt största intresset. Oftast aktualiseras intet annat anspråk än detta. Med hänsyn härtill torde det vara lämpligast att här, med avvikelse från den ovan eljest tillämpade ordningen för olika frågors behandling, först framställa reglerna angående nämnda anspråk.

De regler rörande utomäktenskapliga barns underhållsanspråk, vilka svensk lag innehåller, utgöra typiska exempel på sådana stadganden, genom vilka lagstiftaren avser att positivt *främja* ett visst intresse.² Det intresse, som sålunda främjas,

¹ Att märka är att man, när det gäller barn utom äktenskap, i enlighet med det nyss sagda i allmänhet kan utgå från att barnet redan i och med födelsen och oberoende av särskild bevisning om dess härkomst förvärvar medborgarskap i visst land. Om man bortser från tillämpningen av *jus soli*, beror detta förhållande framför allt på att barnet i regel i medborgarskaphänseende följer modern och att dess härkomst från henne såsom notorisk utan vidare lägges till grund vid bestämmandet av dess nationalitet och personalstatut. Förhållandet kan dock även här liksom beträffande barn i äktenskap vara ett annat. Så blir nämligen fallet, därest, såsom t. ex. enligt den franska *code civil* och av den influerade lagar, barnets härkomst från modern såsom förutsättning för förvärvande av hennes medborgarskap anses beroende av bland annat att hon erkänner barnet som sitt eller att härstamningen blir fastställd genom rättegång mot modern (*recherche de la maternité*). I dylika fall föranleder redan fastställandet av barnets medborgarskap och personalstatut ett särskilt spörsmål, vilken lag man därvid har att tillämpa. I enlighet med vad ovan s. 65 ff redan utvecklats, bör härvid moderns (event. faderns) lag vid varje särskilt tillfälle anses vara avgörande.

² Jmfr BORUM, *Lovkonflikter*, 2 Udg., s. 122: »... i... udpræget Grad en social Beskyttelseslov...»

är enligt vår lag *barnets*. I enlighet med de principer vilka ovan utvecklats bör på grund härav det tillämpliga statutet i konfliktfall bestämmas efter barnets *val*, med förbehåll dock till förmån för *lex fori*, när denna lag är en av dem, som konkurrera.¹ Resultatet härav torde bliva följande.

Framställes underhållsanspråk av ett *svenskt barn* mot en utländsk man, skall *svensk rätt*, i detta fall alltså barnets lag, tillämpas; i dylikt fall finns intet utrymme för någon barnets valrätt. Detta gäller vare sig mannen tillhör ett land, exempelvis Italien, vars lag ställer sig mer eller mindre avvisande till dylika anspråk, eller ett land såsom Tyskland, vars lag icke avvisar dem men uppställer strängare förutsättningar än vår lag, eller mannen tillhör ett land, exempelvis Norge, vars lag ställer sig mera tillmötesgående mot barnets anspråk, än vad vår lag gör. En italiensk svarande kan således icke få åberopa regeln »la recherche de la paternité est interdite», en tysk svarande kan icke få åberopa *exceptio plurium*.² Å andra

¹ Beträffande de åsikter angående denna fråga, som kommit till uttryck i främmande rätt och doktrin, se framställningen ovan s. 30 f.

² Jmfr beträffande norsk rätt GAARDER s. 93, vilken med stöd av Barneoven av 1915 hävdar att norskt (i Norge domicilierat) barns anspråk mot utländsk (i utlandet domicilierad) man skola provas enligt norsk lag. — På en motsatt ståndpunkt står beträffande dansk rätt BORUM, s. 505 f, vilken gör gällande, att efter den utveckling lagstiftningen om de utomäktenskapliga barnen genomgått, numer icke kan vara tvivel om att förhållandet mellan fadern och hans utomäktenskapliga barn skall bestämmas enligt *faderns* personalstatut, d. v. s. i dansk rätt enligt hans domicillag; (jmfr emellertid den modifierade ståndpunkt BORUM intager i Lovkonflikter, 2. Udg. s. 122). Såsom grund härför åberopar BORUM, att förhållandet mellan fadern och hans barn utom äktenskap enligt gällande dansk rätt är ett familjerättsligt rättsförhållande med rättigheter och plikter å ömse sidor, vars reglering på många punkter erbjuder anknytningspunkter till rättsförhållandet mellan fadern och hans äkta barn. Denna motivering för att bedöma förstnämnda barns underhållsanspråk enligt mannens personalstatut synes emellertid icke alldeles övertygande. Sant är visserligen att rättsförhållandet mellan ett barn utom äktenskap och dess fader i undantagsfall är eller åtminstone kan vara av familjerättslig natur (fadern kan eventuellt få vårdnaden och förmynderskapet, barnet kan under vissa förutsättningar få bära faderns namn och få taga arv efter honom etc.). Sant är också att frågor angående äktenskaplig börd böra bedömas enligt *faderns* lag. Däremot synes det i regel av ovan anförda skäl riktigast att bestämma de ifrågavarande familjerättsliga relationernas förutsättningar i övrigt och deras innebörd enligt *barnets* lag. Vad nu särskilt det utomäktenskapliga barnets underhållsanspråk angår, kan det visserligen, om man vill taga sin utgångspunkt i de angående familjen gällande reglerna, synas naturligt att åberopa nyss nämnda regel angående frågor rörande äktenskaplig börd. Emellertid torde ej heller den regeln vara ägnad att läggas till grund vid bedömandet av ett utomäktenskapligt barns paternitets- och alimentationstalan, ty den familjerättsliga karaktär, som i undantagsfall i viss mån kan prägla förhållandet mellan ett utomäktenskapligt barn och dess fader, synes i varje fall *icke* prägla faderns *underhållsplikt* i förhållande till barnet. Det utomäktenskapliga barnet har i detta hänseende ett anspråk av annan art än de barn, som verkligen tillhöra mannens familj; det har intet anspråk på en så-

sidan kan t. ex. en norsk svarande, som haft intim förbindelse med barnets moder 320 dagar före barnets födelse, icke dömas att utge underhåll, ehuru han enligt norsk rätt skulle kunnat förpliktas därtill.¹ Utan betydelse är det, att konceptionen till äventyrs försiggått utomlands, utan betydelse likaså att barnet fötts i främmande land.

Icke allenast förutsättningarna för underhållsanspråket bedömas enligt vår lag utan även underhållets omfattning och varaktighet.² Då emellertid underhållet skall bestämmas med hänsyn bland annat till barnets behov, kan man givetvis vid tillämpningen av vår lag hava anledning att taga hänsyn till att barnet måhända vistas utomlands.

Beträffande härefter underhållsanspråk, som framställas *av utländskt barn*, komma olika regler i tillämpning allteftersom barnets talan riktas mot svensk eller utländsk man.

dan på familjerättslig grund vilande personlig omvårdnad, som tillkommer de i äktenskap födda barnen, utan kan avspisas med ett penningbelopp såsom bidrag till sitt uppehälle och uppföstran. Vid betalningen av detta belopp stannar regelmässigt faderns skyldigheter. Underhållsplikten berör sålunda icke mannen och hans familj i vidare mån än vilken penningskuld som helst. Något *sådan* familjerättsligt moment, som ur internationellt privaträttslig synpunkt kunde göra det berättigat att tillämpa mannens för familjens förhållanden bestämmande lag, kan icke påvisas. Härfor skulle förutsättas att mellan fadern och hans utomäktenskapliga barn samt mellan detta och faderns övriga barn förefunnnes en sådan *solidaritet*, som kännetecknar rättsförhållandet mellan medlemmarna av en familj och som gjorde familjens medlemmar direkt intresserade i förhållandet; ty då man i tvister rörande äktenskaplig börd tillämpar mannens lag, kan rimligtvis skälet härfor icke vara det, att nämnda lag skulle hava något företräde i och för sig framför exempelvis barnets lag, utan måste i stället vara det, att mannen representerar icke blott sig själv utan sin familj, d. v. s. en i förhållandet intresserad *tredje* parts intresse. Men så länge barnet icke begär annat än underhållsbidrag, ifrågasätter det ju icke någon sådan gemenskap med familjen, varigenom dennas i familjeförhållandet grundade intresse kunde beröras. Ett visst moment av solidaritet med mannens familj föreligger visserligen, i den mån barnets en gång fastställda underhållsanspråk kan bli föremål för skälig jämkning på grund av väsentligt ändrade förhållanden (jmf. BORUM, s. 505 och Lag om barn utom äktenskap 33 §). Att barnet så till vida delar öde med mannens familj medför dock icke någon sådan familjerättsligt betonad *gemenskap* dem emellan, som nyss åsyftats; och i varje fall är den ifrågavarande gemenskapen icke av den styrka, att den här kan få fälla utslaget. Med långt större styrka än familjens intresse framträder intresset hos den större organisation, det *samhälle*, som barnet tillhör, d. v. s. barnets hemlands intresse av att det erhåller tillbörligt underhåll. — Beträffande svensk rätt har KLEEN s. 128 gjort gällande, att utan åtskillnad »verkningarna av ett oäkta barnskap» i allmänhet skola regleras enligt barnets lag. Denna K:s sats är emellertid icke av förf. motiverad och torde, såsom hela framställningen ger vid handen, vila på en okritisk kompilation av fransk doktrin (enkannerligen WEISS'). — Till resultatet överensstämmande är för nu ifrågavarande fall WINROTH s. 164 ff. Jmfr och FIFL 21 §.

¹ Jmfr GAARDER s. 93 f.

² Jmfr GAARDER s. a. st.

Riktat utländskt barn talan *mot svensk man*, böra samma regler gälla som i det nyss nämnda fallet av svenskt barns talan mot utländsk man. Svensk lag, d. v. s. i detta fall mannens lag, skall alltså tillämpas såväl beträffande förutsättningarna för faderskap som beträffande underhållsanspråkets omfattning och varaktighet.¹ Att barnets lag innehåller regeln »la

¹ I resultatet överensstämmande synes även för detta fall WINROTH s. 164 ff vara. Likaså FIFL 21 §. Annorlunda åter GAARDER s. 95 ff beträffande norsk rätt vid anspråk av utländskt (utomlands domicilierat) barn mot norsk (i Norge domicilierad) man. Enligt GAARDER, vilken utgår från den ovan s. 38 ff omtalade, i fransk doktrin utbildade teoretiska åskådningen, har man, med hänsyn till att Barneloven av 1915 främst åsyftar skydd för barnets intressen, principiellt att utgå från barnets domicillag som den kompetenta. Från denna huvudregel gör emellertid G., under åberopande främst av ordre public-hänsyn och processuella skäl, åtskilliga undantag. Dessa äro så omfattande, att de i själva verket bryta ryggen av huvudregeln; underhållsplikt kan icke åläggas en norsk man, om icke norsk lags minimiförutsättningar därför äro uppfyllda, och tvärtom kan dylik förpliktelse åläggas, trots att barnets utländska lag icke medger anställande av talan om underhållsbidrag ävensom när den medger ett alltför obetydligt belopp. Av praktisk betydelse blir huvudregeln, synes det, huvudsakligen genom att giva en i Norge domicilierad man möjlighet att, om barnets lag medger det, åberopa *exceptio plurium*. Detta resultat, om vars riktighet förf. själv dock icke synes alldeles övertygad, ter sig onekligen, icke minst när det betraktas från den utgångspunkt förf. valt, något överraskande. Överraskande äro ur denna synpunkt för övrigt även de ovan nämnda undantagen från huvudregeln. Såväl dessa undantag som vad som blir kvar av huvudregeln (alltså fr. a. den nyss berörda möjligheten att åberopa *exceptio plurium*) synas i själva verket bjärt kontrastera mot den grundläggande principen, att kollisionsreglerna skola utformas med hänsynstagande till den i norsk intern rätt genomförda grundsatsen, att det gäller »først og fremst å verne om barnets interesser». Såsom sakligt skäl för sin ståndpunkt beträffande *exceptio plurium* anför förf. bland annat, att »intet rettfærdighetskrav tilsier at en nordmann, om hvem det alene kan sies, at han kanskje er far og kanskje ikke, skal betale bidrag til et utenlandsk barns opfostring, når barnets egen hjemlandslov ikke pålegger ham en slik plikt, og kanskje likefrem vilde anse den umoralsk, hvilket er lett tenkelig i det tilfelle at saken reises mot to eller flere personer som påståes bidragspliktige i fellesskap». Icke heller dessa argument kunna emellertid övertyga. Anser man det över huvud *rettfærdigt* att ålägga en man underhållsplikt mot ett barn, ehuru det kan utredas, att barnets moder under konceptionstiden haft umgänge med flera män, så kan det väl knappast vara mindre *rettfærdigt* att ålägga dylik underhållsplikt, ehuru barnet tillhör ett land, vars lag utgår från en annan värdering av parternas motstridande intressen. Förf. gör visserligen gällande, att den norska lagens förbud mot *exceptio plurium* har sin förklaring däri, att det vore försvarligt att till förmån för *inländska* barn låta en viss kvalificerad möjlighet för faderskap medföra underhållsplikt »ut fra den betraktning at det er rimeligere å la den eller dem som i konsepsjonstiden bevislig har hatt samleie med barnemoren være med å bære byrdene ved barnets underhold fremfor å velte disse over på samfundet eller la moren bære dem alene». Att märka är ju emellertid att den ifrågavarande regeln ingalunda verkar till förmån blott för inländska barn utan under alla omständigheter utövar sin verkan till förmån även för alla sådana utländska barn, vilkas hemlandslag icke medger *exceptio plurium*. Den omständigheten att barnet är *utländskt* har därför i och för sig intet att betyda. Men är det sålunda i åtskilliga fall *rettfærdigt* även när det gäller underhåll till utländska barn att genomföra förbudet mot *exceptio plurium*, så kan väl den omständigheten allena, att ett visst barn tillhör en stat, i vars lagstiftning sagda förbud mot ex-

recherche de la paternité est interdite» hindrar icke talans anställande här i landet. Och att barnets lag medger exceptio plurium bör icke berättiga en svensk svarande att vid svensk domstol framställa en dylik invändning. Å andra sidan bör, såsom ovan framhållits, barnets valrätt även i dessa fall vara utesluten. Om reglerna i barnets lag angående förutsättningar för faderskaps fastställande eller angående innehållet av faderns underhållsplikt skulle vara för barnet förmånligare än motsvarande svenska regler, böra således det oaktat dessa senare tillämpas.¹ Kan en svensk svarande visa, att han icke haft intim förbindelse med barnets norska moder senare än 301 dagar före barnets födelse, kan barnets talan om underhåll icke bifallas,² oaktat enligt barnets lag, alltså regelmässigt norsk lag, förutsättningarna därför i denna del skulle varit för handen, så snart förbindelsen icke ägt rum tidigare än 320 dagar före barnets födelse.

I denna del är konsekvensen av den här utvecklade principen till resultatet överensstämmande med den av lagberedningen³ uttalade åsikten men avviker från de numer inom främmande lagstiftning, rättspraxis och doktrin allt vanligare åsikter,⁴ enligt vilka företräde bör givas antingen barnets eller moderns lag. Den avviker ock från svensk rättspraxis, sådan den kommit till uttryck i en dom av HD år 1915 (NJA 1915 s. 1). I detta mål, som gällde en för ett tyskt barn mot en svensk man anställd talan om uppfostringsbidrag, ogillades denna talan, i det mannen i enlighet med tysk men i strid mot

ceptio plurium icke vunnit insteg, näppeligen föranleda, att detta, om det upprätthölls även vid prövningen av detta barns talan, skulle te sig mindre rättfärdigt. En viss stats värdering av två mot varandra stridande parter intressen kan icke gärna för olika fall variera, allteftersom sagda värdering vunnit eller icke vunnit anklag i den konkurrerande lag, varom i varje särskilt fall kan vara fråga. Icke ens den omständigheten, att den avvikande värderingen i den konkurrerande lagen — såsom förf. i fråga om de lagar, vilka medge exceptio plurium, antyder — vilar på en bestämd moraluppfattning, kan i och för sig giva denna någon särskild tyngd; förf. tvekar ju icke heller att fränkänna t. ex. regeln »la recherche de la paternité est interdite» giltighet vid norska domstolar, trots att den otvivelaktigt måste sägas hava sin grund i vissa *moraliska* hänsyn.

¹ Detta överensstämmer i resultaten tydligen med den i föregående not omnämnda åsikt, vilken beträffande norsk rätt utvecklats av GAARDER och vilken har stöd i ett av G. åberopat norskt rättsfall (Norsk retstidende 1933 s. 649).

² Alldeles omöjligt är det visserligen ej, eftersom den i praxis tillämpade regeln om konceptionstiden ju på intet sätt är bindande.

³ Lagberedningen II s. 22 f.

⁴ Se ovan s. 30 f.

svensk lag tilläts framställa en »exceptio plurium». Detta avgörande kan dock knappast anses hava någon betydelse som vägledande prejudikat. Motiveringen för domen¹ jämte flera andra omständigheter² ger nämligen oförtydligt vid handen, att denna grundats på den numer allmänt övergivna åsikt, enligt vilken i dylika fall kompetenskonflikten skall avgöras till förmån för *lex loci delicti commissi*. Att den åsikten icke är hållbar torde emellertid numer allmänt erkännas och torde icke behöva närmare ådagaläggas. Uppenbart är i varje fall att en intim förbindelse med åtföljande konception icke kan anses som något vid tillfället förövat brott mot det blivande barnet.³

Att svensk lag bör tillämpas i samtliga de hittills berörda konfliktfallen har lagberedningen motiverat med vad »en av sociala skäl betingad 'ordre public' bjuder». Enligt den här utvecklade åsikten framstår samma regel som en konsekvent tillämpning av den grundläggande principen, att kollisionssnormen i dessa fall bör bestämmas genom ett val mellan de ifrågakommande personalstatuten i så nära överensstämmelse med *lex fori* som möjligt. Skillnaden mellan dessa principståndpunkter visar sin betydelse i den återstående gruppen av fall, d. v. s. då ett *utländskt barn* anställer talan om underhållsbidrag *mot en utländsk man*. En sådan talan bör enligt den här utvecklade åsikten avgöras efter endera partens personalstatut, bestämt efter barnets val, vilket naturligen i regel måste innebära, att den av dessa lagar, som är för barnet förmånligast, lägges till grund. Om exempelvis ett norskt barn begär underhåll av en italiensk man, så kommer givetvis norsk lag att tillämpas.⁴ Men även i det motsatta fallet, d. v. s. då ett italienskt barn begär underhåll av en norsk man, skulle samma lag, alltså norsk rätt, bliva att tillämpa i enlighet med barnets naturliga

¹ I denna åberopades, att frågan huruvida svaranden skulle anses såsom fader till karendens ifrågavarande barn skulle avgöras »efter i Hamburg gällande rättsregler»; men något anknytningsfaktum utom själva samlaget eller konceptionen, som kunde anknyta rättsförhållandet just till Hamburg var icke för handen; (att modern var *bosatt i Hamburg* kan domstolen icke rimligen hava tillmätt betydelse).

² Målet behandlades som ett brottmål, i det tillstånd enligt SL 1: 1 begärdes och meddelades. Jmfr även rubriken till referatet i NJA.

³ Jmfr GAARDERS polemik s. 96 mot åsikten att enligt norsk rätt lagen å platsen för konceptionen skulle vara avgörande.

⁴ Om någon återförvisning eller vidarehänvisning från den norska lagen kan det härvid givetvis icke bliva tal; vad barnets val i det nämnda fallet avser är icke den norska internationella privaträtten utan den norska interna rätten.

val. Däremot skulle, i motsats till vad lagberedningen synes mena vara riktigt, svensk lag (*lex fori*) icke kunna tillämpas, och detta av det skäl, att något svenskt intresse i detta fall icke vore implicerat.¹

Endast om svensk »ordre public» står i vägen för tillämpning av den utländska lagen synes det kunna vara tal om att tillämpa *lex fori*. I detta avseende har GAARDER² beträffande norsk rätt gjort gällande, att »ordre public»-hänsyn borde medföra, att *lex fori* komme till användning i alla sådana fall, då en i och för sig tillämplig utländsk lag antingen icke alls erkände underhållsplikt eller i varje fall icke medgäve »anständiga» underhållsbidrag. Detta synes väl, åtminstone om det tages efter orden, vara att, såsom så ofta sker, sträcka begreppet »ordre public» alltför långt. En tillämpning exempelvis av »exceptio plurium»³ kan omöjligen strida mot svensk »ordre public», så mycket kan man väl säga framgå även av 1915 års förut nämnda rättsfall. Däremot synas goda skäl föreligga att icke vid en svensk domstol medgiva tillämpning av en regel, sådan som den exempelvis i code civil art. 342 förekommande, vilken förbjuder barn, avlade i blodskam eller äktenskapsbrott, att anställa talan om fastställande av faderskap.⁴ Och otvivelaktigt är att satsen »la recherche de la paternité est interdite» är alltför skarpt stridande mot svensk rättsåskådning för att kunna få bringas i tillämpning av en svensk domstol.⁵ Om ett italienskt barn begär underhållsbidrag av en italiensk man, bör därför en svensk domstol icke tveka att med avvisande av den ifrågavarande rättssatsen upptaga barnets talan. Huruvida därmed denna talan även i övrigt skall bedömas enligt *lex fori* förefaller mera tveksamt; dock synes det svårt att finna något sakligt skäl för att avvika från det i och för sig tillämpliga

¹ Även WINROTH (s. 164) synes för detta fall, men blott därest barnet vistas i utlandet, göra undantag från huvudregeln att svensk rätt skall tillämpas; W. anser emellertid i dylikt fall *svarandens* lag böra tillämpas. Enligt FIFL 21 § åter tillämpas även i detta fall *lex fori*.

² GAARDER s. 100 f.

³ Beträffande »exceptio plurium» gör också GAARDER till sist uttryckligen undantag från den ifrågavarande satsen och vidhåller såsom förut nämnts huvudregeln (se ovan s. 115 not 1). Så vidsträckt formulerad och så motiverad som nämnda sats angående betydelsen av »ordre public» är hos GAARDER, är en dylik uttrycklig begränsning onekligen påkallad.

⁴ Jmfr RAAPE s. 208 beträffande tysk rätt.

⁵ Annorlunda WINROTH s. 161. Överensstämmande med den här hävdade åsikten däremot RAAPE s. 210. Jmfr även WALKER s. 804, 806.

personalstatutet i vidare mån, än det är nödvändigt av hänsyn till »l'ordre public». Ett ytterligare skäl för att ur denna synpunkt avböja den utländska lagens tillämpning kan emellertid tänkas ligga i att de underhållsbidrag den medger enligt svensk uppfattning te sig orimligt små.¹ Även det är något, som kan beröra »l'ordre public». En svensk domstol, som konstaterat viss mans faderskap, bör icke medverka till att ådöma en underhållsplikt, som med hänsyn till underhållsbeloppets ringhet ur svensk synpunkt ter sig som ett faktiskt negerande av de med faderskapet följande naturliga förpliktelserna. Att de enligt en utländsk lag utdömbara beloppen äro något mindre eller tiden för deras utgående något kortare, än vad som motsvarar svensk rätt, kan emellertid icke anses som något skäl att av hänsyn till »l'ordre public» sätta den utländska lagen åsido. Än mindre kan det föreligga något dylikt hinder för att tillämpa en utländsk lag, som är för barnet *förmånligare* än *lex fori*.² Att en utländsk man av svensk domstol dömes att till ett utländskt barn utgiva de underhållsbidrag, var till han enligt sin egen lag är förpliktad, kan omöjligen vara i den grad stridande mot fundamentala svenska intressen, att det kan sägas beröra svensk »ordre public». Men att bidragen utdömas enligt barnets lag kan å andra sidan icke heller rimligen föranleda, att något svenskt intresse sättes i fara. Då emellertid således inga tvingande skäl för en korrigerings av huvudprincipen föreligga, bör väl denna princip följas. Att, såsom lagberedningen³ framhållit, »de bidrag till barn utom äktenskap, som hos oss utgå, säkerligen ej torde vara lägre än i andra länder» kan icke utgöra något skäl för en tillämpning av *lex fori*, ty otvivelaktigt föreligga dock beträffande *försättningsarna* för bidragsplikten (exempelvis med avseende å konceptionstiden), såsom ovan visats, sådana skillnader mellan vår lag och vissa främmande lagar, att dessa senare lända till för barnet förmånligare resultat.

På ett helt annat sätt än utomäktenskapliga barns under-

¹ Överensstämmande härmed såsom ovan nämnts GAARDER s. 101. Likaså WALKER s. 806.

² Annorlunda däremot enligt EG Art. 21 in fine: «— — — es können jedoch nicht weitergehende Ansprüche geltend gemacht werden, als nach den deutschen Gesetzen begründet sind».

³ O. a. st.

hållsanspråk är ett av sådant barn framställt anspråk på *hemgift* att bedöma. Någon rätt att fordra hemgift känner svensk intern rätt över huvud taget icke. Enligt svensk rättsuppfattning framstår på grund härav i förevarande fall fadern såsom skyddad mot dylikt anspråk, och härav bör enligt förut utvecklade principer följa, att detta bör provas enligt faderns lag.¹

Frågan om *vårdnaden* av ett utomäktenskapligt barn tilldrager sig vid bestämmandet av rättsförhållandet mellan barnet och dess fader på grund av de i allmänhet föreliggande faktiska omständigheterna ett jämförelsevis ringa intresse. I den mån emellertid dylika frågor uppkomma, äro de att bedöma med hänsyn till det ovan påvisade förhållandet, att det här är fråga om rättsregler av en kvasi-förvaltningsrättslig natur, vilka i första hand avse att tillvarataga barnets intresse. Därav följer här liksom beträffande barn i äktenskap, att regelmässigt barnets lag² bör vara bestämmande.

Enligt barnets lag är således för det första att avgöra, huruvida behov av vårdnad är för handen.³ Som positivrättsligt

¹ Jmfr FIFL 21 §, enligt vilken ifrågavarande anspråk, så vitt det riktas mot finsk man, blir att pröva enligt finsk lag men i annat fall kommer att bedömas enligt barnets lag; beträffande denna regels motivering, vilken knappast är övertygande, jmfr nedan s. 123 not 2.

² Så även FIFL 21 §. Likaså förmodligen enligt fransk rättspraxis, som dock icke är fullt klar; därom se LEREBOURS-PIGEONNIÈRE nr 349 s. 416 not 1; jmfr WEISS, *Traité* s. 55 f, Manuel s. 537, DESPAGNET nr 274 m. fl. Det bör emellertid påpekas, att även fransk doktrin, när det gäller frågor angående vårdnaden om utomäktenskapliga barn och över huvud spörsmål rörande rättsverkningarna av »la filiation», är föga upplysande. I allmänhet är det endast eller i varje fall i första hand frågan om förutsättningarna för faderskapets fastställande man har i sikte. I regel torde man emellertid underförstå, såsom rimligt är, att rättsverkningarna bliva att bestämma enligt samma lag som är normerande vid faderskapets fastställande; se t. ex. SURVILLE nr 310, VALÉRY nr 802; jmfr dock NIBOYET nr 649 bis, som vill särhålla dessa frågor och därvid gör gällande, att, även om förutsättningarna för »la filiation» i enlighet med fransk rättspraxis bestämmas enligt barnets lag, dock verkningarna därav böra bestämmas enligt faderns lag; beträffande en dylik uppfattning se ovan s. 32 f. Jmfr även WEISS, Manuel s. 537, enligt vilken rättsverkningarna av en »filiation naturelle» principiellt äro att bedöma enligt den lag, som bestämmer förutsättningarna för »la filiation», men dock sådana rättsverkningar, vilka uppbäras av faderns intresse, exempelvis hans rätt att erhålla underhåll av barnet, äro att bestämma enligt hans egen lag. — För barnets lag uttala sig de lege ferenda WOLFF s. 136 och PETERS s. 50. — Beträffande skiljaktiga uppfattningar i utländsk doktrin se ovan s. 30 f.

³ Så även FIFL 21 §. Jmfr beträffande norsk rätt GAARDER s. 101, som helt generellt uttalar, att med hänsyn till »spörsmålet om foreldremyndigheten [og] vergemål for barnet» barnets lag är bestämmande. Annorlunda WINROTH s. 164, som vill tillämpa lex fori.

stöd härför kan framför allt åberopas en analogi från IÄL 4: 4.

Likaså har man beträffande frågan, huruvida fader kan göra anspråk på vårdnaden, att åtminstone i första hand tilllämpa barnets lag.¹ Om exempelvis en svensk man, som lever i konkubinats med en fransk kvinna, gör anspråk på att få utöva vårdnaden om deras gemensamma barn, är detta anspråk regelmässigt att pröva enligt fransk rätt (code civil art. 383) och på grund därav att bejaka, därest fadern före modern eller samtidigt med henne i föreskriven form erkänt barnet.

Om emellertid fadern först sedan barnet under mera avsevärd tid omhänderhaft av modern skulle framställa yrkande på dess skiljande från henne och dess överlämnande till honom själv, torde man böra göra ett undantag från den nyss nämnda regeln. I dylikt fall ter sig faderns anspråk som ett angrepp på moderns faktiska rättsställning, och vad som föreligger till bedömande är därför icke så mycket en fråga om barnets rätt och bästa utan fast mera en intressekollision mellan föräldrarna. Av ovan anförda principiella grunder synes det då naturligt att låta modern åberopa sig på sin lag till skydd för sin rätt att hava vårdnaden om hand. Har hennes omhänderhavande av barnet varit i överensstämmelse med hennes egen lag, bör därför — naturligen under förutsättning att modern icke är olämplig att uppfostra barnet — vårdnaden icke kunna fräntagas henne, oaktat den enligt barnets lag ursprungligen bort tilläggas fadern. Sålunda bör exempelvis en svensk moder till ett utomäktenskapligt barn av fransk nationalitet, därest hon under någon mera avsevärd tid haft barnet om hand, icke kunna fräntagas vårdnaden på yrkande av barnets franske fader, oaktat denne i barnets lag (code civil art. 383), enär han före eller samtidigt med modern erkänt barnet, har stöd för sitt anspråk på att förklaras ensam berättigad att utöva »la puissance paternelle».

Till stöd för en dylik regel kan ock åberopas att våra interna rättsregler angående vårdnaden om utomäktenskapliga barn visserligen i främsta rummet avse att tillvarataga barnets intresse men desutom även avse att beakta moderns naturliga

¹ Överensstämmande WINROTH s. 166, FIFL 21 §. Annorlunda åter BORUM, Personalstatutet s. 511 (faderns lag).

intresse att hava sitt barn i sin vård. Där förstnämnda intresse icke är i fråga, är det naturligt att vid kollisionsreglernas fastställande utgå från att sistnämnda intresse dominerar över faderns.

Slutligen må såsom en konsekvens av den här tillämpade principen även anmärkas, att alla frågor rörande innebörden av vårdnaden i de undantagsfall, då denna omhänderhaves av fadern, äro att bedöma enligt barnets lag.¹ Av denna normeras sålunda faderns rätt med avseende å barnets uppfostran och utbildning samt religion ävensom hans rätt att utdela aga, hans rätt att bestämma angående barnets vistelseort, hans rätt att förfoga över dess arbetskraft o. s. v. Likaså skall enligt barnets lag bestämmas huruvida faderns samtycke till äktenskaps ingående är erforderligt; stöd härför erbjuder IÄL 1: 1 och 2. För så vitt angår medborgare i de nordiska länderna är dock i sistnämnda avseende enligt KF 1931 1 § icke barnets hemlands lag utan lagen i dess domicilland avgörande.

Från nu nämnda regler kan det stundom vara nödvändigt att göra undantag av hänsyn till svensk *ordre public*. I detta hänseende kan här emellertid hänvisas till vad ovan² anförts angående motsvarande spörsmål beträffande barn i äktenskap.

Ett utomäktenskapligt barns *namn* kommer i regel att a priori bestämmas enligt barnets egen lag. Skälen härför äro desamma, som ovan³ redan anförts rörande samma fråga beträffande barn i äktenskap. Varje stat tillämpar beträffande sina undersåtar sina egna namnrättsliga regler, och det finns, så länge någon privaträttslig namnrättsfråga icke aktualiserats, ingen anledning, varför icke det namn ett utomäktenskapligt barn erhållit i enlighet med sitt hemlands lag skulle respekteras i andra länder. Resultatet härav lär enligt de flesta länders lagar bliva, att barnet erhåller moderns namn, men enligt vissa främmande lagar får det i stället faderns.

Annorlunda ställer sig saken emellertid, därest barnets begagnande av ett sålunda erhållet namn här i landet skulle påtalas såsom innefattande namnmissbruk. Så t. ex. om en svensk fader till ett utomäktenskapligt barn av engelsk nationalitet

¹ Annorlunda WINROTH (lex fori). Överensstämmande däremot FIFL 21 §.

² S. 74 ff.

³ S. 88.

påkallar förbud för barnet att här i landet begagna sig av hans familjenamn, under vilket barnet vid sin födelse blivit antecknat i engelska offentliga register. En dylik tvist, som rör de båda parternas privaträttsliga namnrätt, kan icke lösas genom tillämpning av barnets lag allena; ty är det riktigt att bestämma barnets namnrätt enligt dess lag, så måste det å andra sidan också vara riktigt att bestämma faderns namnrätt enligt hans lag och att sålunda enligt denna lag avgöra, huruvida intrång i hans namnrätt är för handen. Härför kan framför allt åberopas, att reglerna angående släktnamn avse att skydda icke blott individen utan även släkten och enkannerligen familjen mot namnmissbruk.¹ När ett utomäktenskapligt barn gör gällande ett anspråk på att få bära en viss mans namn, berör detta sålunda icke allenast mannen själv utan i hög grad även hans släktingar, framför allt hans familj. Principiellt bör därför ett sådant anspråk icke bifallas, för så vitt icke fog därför finnes i den lag varunder familjen lyder, d. v. s. mannens lag.² Enligt hans lag bör provas, såväl huruvida han av fri vilja kan giva sitt utomäktenskapliga barn sitt namn, som ock, huruvida ett sådant barn oberoende av faderns samtycke äger rätt bära hans namn.³ I det nyss nämnda exemplet bör följaktligen svensk domstol med tillämpning av faderns lag (d. v. s.

¹ Jmfr EBERSTEIN, Förslag till lag om släktnamn m. m. 1921 s. 49 samt Förslag till lag om barn utom äktenskap m. m. (1915) s. 80 f.

² Så också beträffande dansk rätt BORUM, Personalstatutet s. 511, dock att enligt dansk rätt personalstatutet är att bestämma enligt lex domicilii. Annorlunda beträffande norsk rätt GAARDER s. 101, som även i detta avseende anser barnets lag tillämplig. — Jmfr WINROTH s. 162 f., som anser barnets lag avgörande men låter den för barnets nationalitet prejudicerande frågan om äkta eller oäkta börd avgöras enligt faderns lag. — Jmfr ock FIFL 21 §, enligt vilken andra anspråk än underhållsanspråk, som i Finland för barn utom äktenskap väckas mot finsk man, alltså, såsom i motiven till lagen uttryckligen framhålles, även anspråk på att få bära viss finsk mans namn, skola provas enligt finsk lag, d. v. s. enligt mannens lex patriae, medan i övrigt rättsförhållandet mellan barnet och dess fader är att bedöma enligt barnets lag. Den skillnad finsk lag sålunda gör mellan fäder av olika nationalitet synes knappast välgrundad. Den har motiverats med »det starkt socialt betonade drag», som i Finland utmärker lagstiftningen om barn utom äktenskap. Om detta skäl vore bärkraftigt borde det, efter vad det förefaller, hava sin tillämpning även beträffande barn till utländska fäder. Huruvida finsk rätts regler om utomäktenskapliga barns namn verkligen äro »starkt socialt betonade» förefaller för övrigt tvivelaktigt.

³ Annorlunda FRANKENSTEIN s. 116 f, som anser barnets lag tillämplig, enär fråga är om en barnets »Persönlichkeitsrecht»; likaså LEWALD s. 143, NUSSBAUM s. 175, WOLFF s. 68; jmfr vidare nedan s. 139 not 3. Mot den slutsats man drager från nämnda premisser synes emellertid kunna invändas, att även faderns namnrätt är en dylik »Persönlichkeitsrecht», skyddad av hans lag, varför intrång däri icke böra få ske utan att denna lag medger det.

svensk rätt) förklara att barnet, för så vitt det icke är trolovningsbarn, saknar rätt att bära faderns namn. Denna regel synes böra följas oberoende av om barnets anspråk är riktat mot svensk eller utländsk man.¹ Om sålunda exempelvis ett svenskt utomäktenskapligt barn påstår rätt att såsom trolovningsbarn bära en tysk mans namn, bör detta anspråk prövas enligt tysk lag, som över huvud icke känner någon dylik namnrätt, och sålunda avvisas. Om däremot samma anspråk riktas mot en norsk man, bör det prövas enligt norsk lag och denna därvid lända till efterrättelse även så vitt angår faderskapets fastställande såsom förutsättning för anspråkets bifallande; detta innebär bland annat, att norska regler angående conceptionstidens bestämmande skola tillämpas och att, i motsats till vad som gäller enligt svensk lag, exceptio plurium får framställas. Även i dylikt fall kan således anspråket, ehuru välgrundat enligt svensk lag, komma att avvisas av svensk domstol, och detta trots att norsk lag giver utomäktenskapligt barn samma rätt till faderns namn som barn i äktenskap.

Beträffande de spörsmål som röra ett utomäktenskapligt barns ställning i förhållande till fadern i *förmögenhetsrättsligt* hänseende göra sig samma synpunkter gällande som beträffande de ovan avhandlade spörsmålen angående vårdnaden. Dessa frågor äro därför principiellt att pröva enligt barnets lag;² så exempelvis frågorna huruvida barnet är myndigt eller ej, huruvida det skall stå under förmyndare eller huruvida i stället rätt att taga avkastningen av barnets förmögenhet eller någon del därav tillkommer fadern o. s. v. Tvivelaktigt kunde det möjligen synas, huruvida en fadern i barnets lag tillagd rätt av sistnämnda slag kan av svensk domstol tillerkännas denne även beträffande egendom här i landet. Då emellertid några fundamentala svenska rättsregler knappast skulle lederas genom utövandet av en dylik rätt, synes något skäl att avböja densamma icke föreligga.³

För så vitt barnet skall stå under förmyndare blir IÄL 4

¹ Annorlunda enligt FIFL 21 §, varom se ovan s. 123 not 2.

² Detta är en allmänt godtagen regel. Vad svensk rätt beträffar har den stöd i IÄL 4 kap.

³ Frågan besvaras av WINROTH s. 166 jakande, av GAARDER s. 101 för norsk rätts del nekande.

kap. eller, om barnet är medborgare i något av de nordiska länderna, KF 1931 14—19 §§ att tillämpa; beträffande innehållet av dessa regler kan hänvisas till det ovan sagda.

Det återstår till sist att bedöma kompetenskonflikter i fråga om det utomäktenskapliga barnets rätt till *arv* efter fadern resp. faderns rätt till arv efter barnet. Även i dessa konfliktfall har man att beakta, att de rättsregler, varom det är fråga, framför allt uppbäras av den genom äktenskap grundade familjens intresse. Huruvida det utomäktenskapliga barnet, som står utanför denna familj, kan göra gällande någon arvsrätt i konkurrens med dem som tillhöra eller kunna räkna äkta släktskap med den, är därför en fråga som bör bedömas enligt familjens, d. v. s. enligt faderns lag; och på samma sätt bör vid prövning av faderns arvsanspråk barnets lag¹ vara avgörande. Detta överensstämmer ock med den numer allt allmänare antagna principen, att rätten till arv är att bestämma enligt de *cujus*' statut. I enlighet med denna princip stadgas i svensk rätt, lagen 15 mars 1937 om internationella rättsförhållanden rörande dödsbo 1: 1, att rätt till arv efter svensk medborgare, oberoende av att han icke hade hemvist i riket, skall bedömas enligt svensk lag, liksom att i avseende å arv efter medborgare i annat land lagen i det landet skall gälla. Den lag, som sålunda är tillämplig, måste anses avgörande beträffande *samtliga* förutsättningar för rätten att taga arv i visst fall, alltså även med avseende å prövningen av faderskapsfrågan. Att frågan, huruvida någon över huvud äger behörighet att taga arv eller testamente, efter 1: 9 i samma lag skall prövas enligt lagen i det land, i vilket han är medborgare, motsäger icke det nyss sagda; ty frågan om någon är annans utomäktenskapliga barn är visserligen en statusfråga men icke någon fråga om rättskapacitet eller arvskapacitet »över huvud» utan en fråga angående arvsrätt i förhållande till *viss arvlätare*. Att exempelvis med tillämpning av svenska regler angående faderskaps fastställande tillerkänna ett svenskt utomäktenskapligt barn arvsrätt efter norsk man vore uppenbarligen heller icke rimligt.

Från den nu angivna regeln är, så vitt angår arv efter med-

¹ Överensstämmande härmed WINROTH s. 167, BORUM, Personalstatutet s. 537, GAARDER s. 101.

borgare i något av de nordiska länderna (Danmark, Finland, Island och Norge), att göra undantag så till vida, att arvsrätten i dylika fall i regel blir att bestämma enligt arvlåtarens domicillands lag; härom se närmare lagen 1935 om dödsbo efter dansk, finsk, isländsk eller norsk medborgare, som hade hemvist här i riket, 1 §.

III. Med det nu sagda hava de allmänna huvudregler angivits, enligt vilka det utomäktenskapliga barnets förhållande till fadern synes böra bedömas. Dessa allmänna huvudregler fordra emellertid i ett avseende en precisering. Det måste för varje särskilt fall angivas, vilken tidpunkt som är avgörande vid bestämmandet av tillämpligt statut, då under tiden mellan det rättsgrundande faktums inträffande och prövningen av det därpå vilande anspråket det enligt regeln tillämpliga statutet har växlat, i det den av parterna, fadern eller barnet, vars lag kan komma i fråga att tillämpas, under sagda tid förändrat sin nationalitet.

Även de här mötande frågorna äro i det hela av vansklig natur. Icke minst är så fallet med de spörsmål, vartill statutväxlingen ger upphov vid bestämmandet av det utomäktenskapliga barnets *underhållsanspråk*. I detta hänseende hävdas oftast att tidpunkten för barnets födelse är under alla omständigheter avgörande och en statutväxling efter denna tidpunkt sålunda utan betydelse.¹ Icke sällan göres emellertid tvärtom gällande, att avgörandet tillkommer det nya statutet.² Härtill komma åtskilliga förmedlande åsikter. Bland dessa må — förutom åtskilliga, som anse huvudregeln i större eller mindre omfattning böra modifieras genom hänsynstagande till l'ordre public — särskilt omnämnas en åskådning, som lägger avgörande vikt vid huruvida barnets anspråk, innan dess till be-

¹ Så t. ex. enligt uttrycklig bestämmelse i tysk rätt EG Art. 21. Hänvisas må vidare till PILLET nr 324, DESPAGNET nr 274, NIBOYET nr 646, ARMINJON nr 47, SURVILLE nr 305, 306. Se även beträffande norsk rättspraxis det förutnämnda rättsfallet i Norsk rettstidende 1933 s. 649 samt 1927 s. 969; jmf. emellertid GAARDER s. 105. Se även BORUM, Personalstatutet s. 606 ff.

² Så t. ex. enligt fransk rättspraxis. Samma uppfattning uttalar helt generellt LEREBOURS-PIGEONNIÈRE s. 417: »La nationalité à considerer est celle de l'enfant demandeur au moment de l'instance»; dock med en viss modifikation till barnets förmån beträffande vissa bevisfrågor, då dess statut vid födelsen är för barnet förmånligare. Likaså FRANKENSTEIN s. 123. På samma linje går, i den mån han anser barnets lag avgörande, också WINROTH s. 169 samt i det hela även GAARDER s. 105 f.

dömande föreliggande talan om underhållsbidrag skall avgöras, redan blivit prövade och avgjorda genom en utländsk dom, och som hävdar, att en sådan dom, vare sig den bifallit eller ogillat barnets talan, bör även utanför domslandet respekteras.¹

Denna senare mening kan säkerligen i vissa länder förtjäna gillande.² För svensk rätts del³ torde emellertid betydelsen av en utländsk dom i detta sammanhang liksom över huvud vara relativt ringa. Detta beror på den negativa ståndpunkt svensk rätt alltså i princip intager till frågan om erkännande och verkställighet av utländsk dom, i det enligt praxis och doktrin en sådan dom, bortsett från s. k. konstitutiva domar, i regel⁴ icke har någon verkan här i landet.⁵ Denna vår rätts ståndpunkt innebär, att ett anspråk, som bifallits genom en utländsk dom, icke kan här realiseras, förrän rättsägaren genom en här anställd rättegång fått sitt anspråk ånyo sakligt prövat och godkänt. Härav torde i fråga om utomäktenskapligt barns krav på fastställande av faderskap och tillerkännande av underhåll följa, icke blott att en i utlandet meddelad dom, varigenom faderskap fastställts och underhållsbidrag utdömts, icke är här utan vidare exigibel⁶ utan dessutom att en sådan dom icke i och för sig kan förhindra, att såväl frågan om paterniteten som frågan om den därav beroende underhållsplikten av svensk behörig domstol tages upp till ny saklig prövning

¹ Så t. ex. beträffande dansk rätt BORUM, Personalstatutet s. 507 ff, vilken anser en i utlandet meddelad dom bindande för danska domstolar *dels* i den mån den fastslår faderskapet (däremot icke t. ex. beträffande underhållsbidragets storlek), *dels även* i det fall att den lämnat barnets talan utan bifall, vilken grund som härvid än åberopats.

² Så t. ex. givet, som BORUM gör gällande, i Danmark, som i stor utsträckning erkänner utländska domar; därom se t. ex. Lagberedningen II s. 18, Betänkande rörande erkännande och verkställighet av utländsk civildom av E. MARKS VON WÜRTEMBERG, Stockholm 1932 s. 8 f.

³ Därom se bl. a. ALEXANDERSON, N., Under vilka förutsättningar bör dom eller skiljedom, meddelad i något av de nordiska länderna, kunna erhållas i de övriga? Stockholm 1919, s. 30, Lagberedningen II s. 17 samt det i nästföregående not citerade betänkandet av MARKS VON WÜRTEMBERG.

⁴ För särskilda fall hava emellertid positiva regler givits; så bland annat genom lagen 1932 om erkännande och verkställighet av dom som meddelats i Danmark, Finland, Island eller Norge samt lagen 1936 om erkännande och verkställighet av dom som meddelats i Schweiz.

⁵ Detsamma gäller angående norsk rätt; se GAARDER s. 106 överst.

⁶ I förhållandet mellan de nordiska staterna har visserligen bl. a. på nu ifrågasvarande område en annan ordning åstadkommits genom den nedannämnda alimentationskonventionen och därtill anslutande lagstiftning. Detta betyder dock i själva verket, såsom av det följande framgår, icke ens för förhållandet mellan dessa stater något avsteg från vad i texten anføres.

och därvid avgöres med tillämpning av den lag, som enligt svensk internationell privaträtt är behörig. Ingenting hindrar, att vid denna prövning frågan om faderskapet erhåller ett nekande svar. Ingenting hindrar å andra sidan heller, att trots en i detta avseende negativ utländsk dom frågan om faderskapet och underhållsskyldigheten vid ny prövning inför svensk domstol erhåller ett jakande svar.

Att det nu sagda är riktigt bekräftas av bestämmelsen i den s. k. alimentationskonventionen¹ art. 1 st. 2, vilken, liksom motsvarande bestämmelse i lagen 1931 om indrivning i Sverige av underhållsbidrag, fastställda i Danmark, Finland, Island eller Norge 1 § 2 st., uttryckligen förutsätter och tager hänsyn till att i konventionsområdet kan inträffa, att underhållsbidrag utdömes i ett land, ehuru i ett annat land fastställts, att underhållsskyldighet ej föreligger, liksom ock att underhållsbidrag i ett land utdömes med annat belopp, högre eller lägre, än som i ett annat land redan förut utdömts.²

Det nu sagda hindrar naturligen dock ej, att en utländsk dom, särskilt en sådan varigenom faderskap och underhållsplikt fastställts, *faktiskt* får betydelse vid svensk domstols eventuella omprövning av samma fråga.³ Särskilt finnes i regel mycket god anledning att respektera en utländsk dom i den del den innebär fastställande av viss mans faderskap. Även om en sådan dom icke är konstitutiv i egentlig mening, står den dock åtminstone på gränsen till detta senare slag av domar, i det den har avseende å en persons *status*. Nu angivna verkan av en dylik dom är emellertid av självständig betydelse blott så till vida, att den svenska domstolen, *om* den finner den föreliggande frågan böra avgöras efter det i domen tillämpade statutet, icke gärna skall jäva den utländska domstolens rättstillämpning. Frågan *vilket* statut, som bör läggas till grund, måste däremot trots domen anses lämnad öppen. Denna fråga bör avgöras på ett och samma sätt, vare sig en utländsk dom redan föreligger eller icke.

Avvisar man sålunda för svensk rätts del åsikten om den utländska domens rättsgrundande betydelse, är därmed också

¹ Konventionen den 10 februari 1931 mellan Sverige, Danmark, Finland, Island och Norge angående indrivning av underhållsbidrag.

² Se även motiven, Lagberedningen II s. 37 ff.

³ Jmfr ovan s. 127 not 2 citerade betänkande av 1932 s. 5, 27.

sagt, att frågan om statutväxlingen skall i hela sin vidd underkastas ett enhetligt bedömande; icke ens den omständigheten, att det utomäktenskapliga barnet genom en utländsk dom fått sin status såsom avkomling av viss man avgjord, prejudicerar bedömandet av dess rättsställning i den framtida tidpunkt, då en statutväxling å endera sidan försiggått. De frågor, som framställa sig till besvarande, äro därför följande: 1) Kan statutväxlingen medföra förlust av det anspråk mot en viss man, som kunnat lagligen grundas å det föregående statutet, eller över huvud en försämring av barnets rättsställning? — 2) Kan statutväxlingen medföra en förbättring av barnets ställning, så att det därefter måste tillerkännas rätt till underhållsbidrag, ehuru sådan rätt enligt förut gällande statut helt saknats, eller över huvud vidsträcktare rätt till underhåll?

Vid dessa frågor besvarande torde man i första hand hava att utgå från att principiellt tidpunkten för barnets födelse är den avgörande. Tidpunkten för konceptionen, som möjligen i stället kunde synas böra vara bestämmande,¹ torde redan med hänsyn till svårigheten att fastställa densamma² icke böra komma i fråga.³ Vad det därefter gäller är att avgöra, huruvida det genom barnets födelse grundade rättsförhållandet, vilket sålunda enligt vårt antagande ursprungligen är underkastat endera partens personalstatut vid födelsestiden, sedermera kan underkastas en annan lag, nämligen någondera partens nya personalstatut.

Tillämpar man på denna fråga de redan i det föregående utvecklade grundsatserna angående en statutväxlings betydelse, torde resultatet därav bliva följande.

¹ Så öfvervägande enligt schweizisk rättspraxis; se SCHNITZER s. 213. Likaså v. BAR s. 558; jmf. även PETERS s. 37.

² Även andra skäl hava anförts; så t. ex. beträffande tysk rätt av PETERS s. 37, som anser, att regeln i EG Art. 21, enligt vilken moderns lag vid barnets födelse är avgörande, har sin grund i att statutets bestämmande med hänsyn till tidpunkten för konceptionen skulle kunna medföra att lagen i en annan stat än den, vari barnet genom födelsen vunnit medborgarskap, skulle kunna komma till användning. Denna förklaring av Art. 21 torde emellertid bero på att PETERS, trots lydelsen av detta stadgande, anser *barnets* lag ytterst vara avgörande (se a. a. s. 22 f, 25 f); skall barnets lag tillämpas, kan uppenbarligen någon annan tidpunkt än tiden för dess födelse icke komma ifråga.

³ Jmf. WINROTH s. 161, som vid bedömande av utländsk mans faderskap till utländskt barn anser, att man i första hand skall rätta sig efter de lagar, under vilka fadern lydde, »då de rättsfakta, vilkas verkan skall prövas, först uppstodo».

Växlar någondera parten, mannen eller barnet, efter dess födelse, personalstatut, och uppställer det nya statutet, jämfört med det statut, som enligt förut angivna regler tidigare bort läggas till grund för prövningen av barnets talan, strängare regler om *förutsättningarna* för utomäktenskapligt barns underhållsanspråk, enligt vilka barnets talan skulle komma att *ogillas*, förbliver det oaktat dess enligt det tidigare statutet grundade ställning av viss mans barn utom äktenskap orubbad, och barnets anspråk på underhållsbidrag kan således icke heller avvisas under hänvisning till statutväxlingen.¹ Om sålunda exempelvis en svensk eller en norrman, som enligt svensk resp. norsk lag vore att betrakta som fader till ett utomäktenskapligt barn av italiensk nationalitet, skulle förvärva medborgarskap i Tyskland, kan han icke med åberopande av tysk lags regler om *exceptio plurium* undgå att utgiva underhållsbidrag till barnet.

Uppstår åter i ett dylikt fall fråga om *räckvidden* av barnets underhållsanspråk och är det anspråk, som kan grundas på det nya statutet, av ringare omfattning — beträffande belopp, varaktighet eller eljest — än det anspråk, som kunde grundas på det förutvarande statutet, bör enligt förut antydda grundsatser det nya statutet tillämpas trots den därav följande försämringen av barnets ställning.² Barnet bör dock bibehålla sin rätt att enligt förut utvecklade regler³ välja det icke ändrade statutet, om detta nu är fördelaktigare och förutsättningsarna för underhållsrätt även enligt detta statut äro för handen. Endast mera sällan kan därför nu ifrågavarande regel erhålla någon större praktisk betydelse. Till sist kommer ju för övrigt i betraktande att även så vitt angår utländska barn,

¹ Angående dansk rätts ställning till denna fråga se ovan s. 127 not 1—2 samt BORUM, Personalstatutet s. 507. — Beträffande norsk rätt har GAARDER s. 106 hävdadt den från det ovan utvecklade helt avvikande åsikten, att då barnet efter statutväxling erhållit norskt personalstatut norsk lag är bestämmande beträffande minimiförutsättningarna för underhållsplikten, så att mannen, även om han enligt barnets förutvarande lag var underhållspliktig, efter statutväxlingen icke kan i Norge åläggas underhållsplikt, om icke den norska lagens förutsättningar därför äro för handen. — Enligt tysk rätt EG Art. 21 är moderns lag »zur Zeit des Geburt des Kindes» avgörande såväl beträffande förutsättningarna för som omfattningen av barnets underhållsanspråk, vilket anses innebära, att statutändring saknar betydelse. Samma principiella uppfattning uttalar även bl. a. WALKER s. 806. Jmfr VALÉRY nr 807.

² Jmfr BORUM, Personalstatutet s. 507, 509, 510.

³ Ovan s. 112 ff.

ordre public-hänsyn, såsom förut anmärkts,¹ kunna stå i vägen för tillämpning av en främmande lag, som tillmäter underhållsbidragen allt för snävt.

Är efter mannens eller barnets statutväxling det nya statutet för barnet *förmånligare* än någotdera av de förut ifrågakommande statuten, i det enligt förstnämnda statut förutsättningarna för fastställande av faderskap och utdömande av underhållsbidrag skulle vara för handen, medan åter enligt såväl barnets som mannens statut vid barnets födelse dess talan mot mannen måst ogillas, bör tydligen, därest de förut angivna principerna tillämpas, även efter statutväxlingen barnets ifrågavarande anspråk bedömas på samma sätt som tidigare och ogillandet av dess anspråk stå fast.² Ägde mannen före statutväxlingen t. ex. åberopa *exceptio plurium*, bör han enligt nämnda principer även därefter kunna åberopa samma invändning, trots att hans eller barnets nya lag icke medger dess framställande, och detta, såsom förut framhållits, oberoende av huruvida barnets anspråk redan tidigare blivit genom dem ogillade eller icke. Så t. ex. om ett tyskt barn anställer talan mot en vid dess födelse tysk man, som sedermera förvärvat norskt statsborgarskap.³

Alldeles oomtvistlig är emellertid dock kanske icke denna regel, och i varje fall kan den icke gälla utan betydande undantag. Den utgår från den förutnämnda principen, att en gång giltigen grundlagda rättsförhållanden måste alltid och överallt respekteras, och utgör ett slags korollarium till denna princip av innebörd, att den, som icke kunnat på grund av sitt handlande vid ett bestämt tillfälle enligt då tillämplig lag åläggas en viss förpliktelse, icke bör kunna vid ett senare tillfälle åvälvvas den ifrågasatta förpliktelsen under åberopande av en annan lag. Även om denna sats må synas självklar, kan väl emellertid kanske dess giltighet ifrågasättas, när förpliktelsens ursprungliga negerande haft sin grund i vissa för rättsområdet ifråga gällande bevis- och presumptionsregler. Att vanliga bevisregler böra i interna förhållanden äga tillbakaver-

¹ Ovan s. 118 f.

² Så ock beträffande dansk rätt för motsvarande fall BORUM, Personalstatutet s. 508 med förbehåll allenast för fattigvårdsmyndighets regressanspråk.

³ Jmfr beträffande österrikisk rättspraxis ett av WALKER s. 818 refererat rättsfall, som av honom kritiserats.

kande kraft synes oomtvistligt. Häremot svarar på det internationellt privaträttsliga området den otvivelaktiga regeln, att verkliga bevisfrågor böra bedömas enligt *lex fori*. Även om nu presumtionsregler av det slag, varom här är fråga (regler om konceptionstiden, *exceptio plurium*), enligt vad ovan¹ hävdats, icke utgöra bevisregler utan materiella regler, kan det dock i nu ifrågavarande sammanhang synas berättigat att fästa sig vid deras samband med faderskapsbevisningen. Om en faderskapstalan ogillas enligt exempelvis en presumtionsregel om konceptionstiden, har dock ytterst den negativa domen sin grund däri, att ett sådant sannolikhetsbevis, som gällande lag anser tillräckligt, icke kunnat åstadkommas. Skulle lagens uppfattning i denna del ändras och vad som förr ansågs otillräckligt nu betraktas som tillfyllest, synes det rimligt, att den regel, vari denna förändrade uppfattning om värdet av föreliggande bevisomständigheter kommer till uttryck, liksom vanliga bevisregler ges tillbakaverkande kraft. Men bör detta gälla beträffande frågan om dylika presumtionsreglers giltighet »i tiden», så bör så mycket hellre motsvarande synpunkt tagas till ledning vid bedömandet av sådana reglers giltighet »i rummet». Härav borde då beträffande frågan om den nu diskuterade statutväxlingens betydelse följa, att en talan om fastställande av faderskap och utdömande av underhållsbidrag, om det nya statutet gäve stöd däråt, borde bifallas, trots att den före statutväxlingen bort bliva och i en i främmande land anställd rättgång kanske även faktiskt blivit ogillad.²

Vad man nu än må tänka om en sådan regel såsom allmän princip, torde man till sist dock åtminstone för vissa fall böra medgiva, att den äger giltighet, nämligen för så vitt statutväxlingen inträffat därigenom, att antingen barnet eller fadern blivit svensk medborgare. Av betydelse är särskilt förstnämnda fall. När det gäller talan, som anställes för ett sådant barn, föreligger ur svensk synpunkt en alldeles särskild orsak att bringa barnets nya statut, d. v. s. Sveriges lag, i tillämpning.³ Att svenska utomäktenskapliga barn erhålla till-

¹ S. 58 ff.

² En sådan regel antager WINROTH s. 161 gälla i svensk rätt.

³ Likartad ståndpunkt intager för dansk rätts del BORUM, Personalstatutet s. 508 f beträffande det fall, att utländsk (utomlands domicilierad) fader till danskt (i Danmark domicilierat) barn tagit domicil i Danmark; annorlunda åter (s. 509), då

börligt underhåll av sina fäder utgör ett tungt vägande svenskt samhälleligt intresse. Måhända kan man icke utan att tänja begreppet ordre public¹ alltför långt påstå, att i ett dylikt fall användandet av en utländsk lag, som i motsats mot vår ogillar barnets talan, skulle innefatta en i vårt land icke tolerabel rättstillämpning. Men säkert synes åtminstone, att det svenska samhälleliga intresset av skydd för svenska undersåtar utgör en tillräcklig orsak att i en dylik i och för sig, såsom av det föregående torde framgått, synnerligen tveksam konflikt låta utslaget falla till förmån för det svenska intresset och den svenska lagen. Under villkor att vår lags förutsättningar för fastställande av faderskap och utdömande av underhållsbidrag äro uppfyllda, bör därför det svenskt vordna barnets talan bifallas av svensk domstol, trots att enligt före statutväxlingen tillämplig lag så icke kunnat ske, och även oberoende av att barnets tidigare framställda anspråk blivit av utländsk domstol ogillade.

Gäller nu detta om barnets ifrågavarande statutväxling, synes för konsekvensens skull motsvarande regel böra gälla beträffande det fall, då mannen blivit svensk medborgare. Är det befogat att å utländsk man till förmån för svenskt barn tillämpa svensk lag, synes det också rimligt att samma lag bringas i tillämpning å svensk man till förmån för utländskt barn.²

Är barnet enligt nu angivna regler berättigat till underhållsbidrag från viss man, bör efter en statutväxling, därest det nya statutet ger barnet *vidgad rätt* till underhåll, omfattningen av underhållsrätten bestämmas enligt detta statut.³ Att enligt svensk rättsuppfattning en fader till utomäktenskapligt barn icke har något rättsanspråk på att hans förpliktelser mot barnet skola utmätas enligt de vid barnets födelse förhandenvarande omständigheterna, torde kunna sägas

barnet förblivit utländskt (domicilierat utomlands). Och på en motsvarande ståndpunkt står för norsk rätts del GAARDER s. 105 f beträffande till Norge inflyttat barn; dock att GAARDER, trogen sin uppfattning rörande betydelsen av »exceptio plurium», vill låta fadern, åtminstone om denne är utländsk (domicilierad utomlands), åberopa dylik invändning, därest den har hemul i barnets förutvarande lag.

¹ Ordre public-hänsyn är det som såväl BORUM som GAARDER åberopa för sina i nästföregående not omnämnda ståndpunkter.

² Annorlunda i princip BORUM, Personalstatutet s. 510, dock efter vad det synes med en viss tvekan (s. 509) och i strid mot en av SCHEEL uttalad mening.

³ I princip överensstämmande BORUM, Personalstatutet s. 510, GAARDER s. 106.

framgå redan av den i lagen om barn utom äktenskap 33 § upptagna jämkningsregeln. Och på ett ännu mera näraliggande område kommer samma uppfattning till synes i de till nyssnämnda lag fogade övergångsbestämmelserna. Av dessa framgår, att denna lags, vid jämförelse med äldre rätt för barnet förmånligare bestämmelser äro tillämpliga även på barn, som fötts före lagens ikraftträdande, och detta oberoende av huruvida dessförinnan underhållsbidrag fastställts genom dom eller avtal. Såsom motiv härför anfördes¹ bland annat,² att underhållsskyldigheten visserligen är till sitt innehåll rent ekonomisk men »tjänar etiska och sociala syften samt är i huvudsak undandragen de enskildas disposition», varför den bör »vid varje tid bedömas efter den då rådande etiska och sociala uppfattningen». Motsvarande synpunkter förtjäna säkerligen att tagas till ledning vid bedömandet av statutväxlingens betydelse. Någon mannens »droit acquis» att få sina förpliktelser bedömda enligt det vid deras uppkomst tillämpliga personalstatutet kan därför icke erkännas.

Den här hävdade rätten att efter en statutväxling begära underhållsförpliktelsens utmätande efter det nya statutet bör, i enlighet med de i det föregående³ utvecklade principerna, barnet äga, vare sig det är barnet eller mannen som växlat statut. För att det nya statutet skall kunna tillämpas i nu förevarande avseende kräves emellertid givetvis, att förutsättningar för underhållsanspråkets existens äro för handen jämväl enligt det nya statutet.

Beträffande härefter frågan om *vårdnad* och *förmynderskap*, som i det föregående funnits böra regleras enligt barnets lag, ligger det i sakens natur, att det efter barnets statutväxling är dess nya statut, varpå det kommer an. Den stat barnet i visst ögonblick tillhör bör bestämma, såväl huruvida behov av sådant skydd för barnet, som dessa regler åsyfta, är för handen som ock på vad sätt skyddet skall beredas.⁴ Detta över-

¹ Förslag till lag om barn utom äktenskap (1915) s. 187.

² Dessutom anfördes att ifrågavarande underhållsskyldighet vore »grundad å det bestående blodsbandet»; då exceptio plurium icke medges, bör väl emellertid icke blodsbandets betydelse alltför mycket betonas.

³ Ovan s. 112 ff.

⁴ En annan fråga, av vidsträcktare omfattning, är den huruvida det avgörande, som i dessa delar träffas enligt en viss lag, kan antagas bliva respekterat, när kollisioner med utländsk tredje mans rätt inträffa, exempelvis till följd av olika

ensstämmer ock med de ovan utvecklade allmänna principerna. Så vitt fråga är om förmynderskap har det därjämte stöd i reglerna i IÄL 4 kap. 2 och 4 §§.

För frågan om det utomäktenskapliga *barnets rätt till faderns namn* är enligt det förut utvecklade faderns personalstatut avgörande. Eftersom det också här gäller en rättsverkan av barnets födelse, bör i första hand lagen i det land fadern tillhör vid födelsetillfället tillämpas. Förvärvar fadern senare medborgarskap i ett annat land, bör den därav föranledda statutväxlingen icke hava någon inverkan å barnets namnrätt, för så vitt barnet dessförinnan enligt faderns föregående lag erhållit eller varit berättigad antaga hans namn. Om exempelvis fråga är om ett utomäktenskapligt barn, som erhållit sin norske faders namn, eller om ett »trolovningsbarn» med svensk fader, vilket enligt lagen om barn utom äktenskap kan antaga faderns namn, måste barnets redan definitivt förvärvade resp. villkorliga namnrätt såsom en verklig »droit acquis» respekteras, även om fadern sedermera skulle bli tysk medborgare. Är åter läget det motsatta, d. v. s. har barnet enligt mannens lag före statutväxlingen saknat rätt till faderns namn, medan dennes nya lag medger barn utom äktenskap att antaga sin faders namn, synes det riktigaste vara att medgiva barnet att åberopa faderns nya personalstatut.¹ I enlighet härmed bör exempelvis ett utomäktenskapligt barn av kategorien »trolovningsbarn», det må vara av svensk eller utländsk nationalitet, tillerkännas sin i Sverige naturaliserade faders namn, trots att denne vid tiden för barnets födelse var tysk medborgare. Och likaså torde ett barn, vars ursprungligen tyske fader blivit norsk medborgare, böra tillerkännas rätt att antaga hans namn, om förutsättningarna därför enligt den norska lagen äro för handen.

Såsom skäl för här hävdade regler kan framför allt anföras, att i de ifrågavarande fallen är fråga om förutsättningarna för rätten att mer eller mindre lång tid efter barnets födelse *antaga* ett visst namn (faderns) i stället för ett annat (moderns). Det är med andra ord fråga om ett *efter*

regler om myndighetsåldern; därom se IÄL 5 § 2 st., Växellagen 1932 79 §, Checklagen s. å. 58 §.

¹ Annorlunda måhända BORUM, Personalstatutet s. 511; jmf däremot FRANKENSTEIN IV s. 116 f.

statutväxlingen försiggående rättighetsförvärv; men förutsättningar för ett dylikt förvärv böra väl bestämmas av de *vid förvärvet* förhandenvarande förhållandena, till vilka ju emellertid höra även mannens nya medborgarskap och därav följande nya personalstatut, eller från en annan synpunkt bortfallandet av det förutvarande personalstatutet. Mannens intresse att förhindra barnets antagande av hans namn, en gång (enligt hans förutvarande personalstatut) respekterat, betraktas icke längre, sedan han kommit under en ny lag, såsom skyddsvärt. Att en dylik lösning väl överensstämmer med svensk rätt bestyrkes slutligen även, på sätt framgår av vad i det föregående anförts, genom de till lag om barn utom äktenskap fogade övergångsbestämmelserna, vilka innebära, att denna lags nya regler om utomäktenskapligt barns namn äro tillämpliga även på barn, som fötts före lagens ikraftträdande.

Beträffande till sist det utomäktenskapliga barnets rätt till *arv efter fadern* samt faderns rätt till *arv efter* sådant *barn* uppstår tydligen icke någon fråga om statutväxling, eftersom, enligt vad av det föregående framgår, arvlåtarens statut vid dödsfallet är avgörande.

KAP. 5.

Rättsförhållandet mellan barn utom äktenskap och dess moder.

Rättsförhållandet mellan ett utomäktenskapligt barn och dess moder erbjuder ur internationellt privaträttslig synpunkt icke något större självständigt intresse. Endast få utländska lagar, t. ex. den tyska och den finska, hava givit särskilda kollisionsregler för detta fall. Enligt den förra av dessa lagar är moderns lag normerande,¹ enligt den senare åter barnets lag.²

Enligt svensk intern rätt är detta rättsförhållande gestaltat i huvudsaklig överensstämmelse med förhållandet mellan barn i äktenskap och dess föräldrar, bortsett från att modern här ensam spelar den roll, som tillkommer båda föräldrarna tillsammans eller fadern ensam i ett äktenskapligt förhållande. I överensstämmelse härmed bliva även uppkommande internationellt privaträttsliga frågor här att bedöma efter samma principer som motsvarande frågor beträffande förhållandet mellan barn i äktenskap och dess föräldrar. Sålunda har man att regelmässigt lägga personalstatutet till grund. Tillhöra moder och barn samma land, tillämpas deras gemensamma lag. För det fall åter, då moder och barn äro av olika natio-

¹ EG Art. 20, »Das Rechtsverhältnis zwischen einem unehelichen Kinde und dessen Mutter wird nach den deutschen Gesetzen beurtheilt, wenn die Mutter eine Deutsche ist. Das Gleiche gilt wenn die Reichsangehörigkeit der Mutter erloschen, die Reichsangehörigkeit des Kindes aber bestehen geblieben ist».

² FIFL 20 §: »Rättsförhållandet mellan ett barn utom äktenskap och dess moder skall bedömas enligt lagen i den stat de tillhöra. Äro modern och barnet medborgare i olika stater tillämpas lagen i barnets hemland.» Detta stadgande kompletteras av den ovan nämnda regeln i 57 §, enligt vilken i fråga om moderns underhållsplikt mot barnet och barnets underhållsplikt mot modern lex fori så till vida är bestämmande, att ingen under åberopande av främmande lag kan undandraga sig den underhållsplikt, som finsk lag ålägger en person i hans ställning.

nalitet, har man att efter barnets lag¹ avgöra först och främst alla sådana frågor angående *vårdsnaden* om barnet, vilka avse dennas varaktighet och innehåll; såsom exempel på det senare må nämnas frågor beträffande rätten att bestämma barnets vistelseort, att övervaka och att tukta det, att förfoga över dess arbetskraft, att inlägga förbud mot barnets ingående av äktenskap (giftomannaskap) o. s. v. Naturligen äro emellertid även här alla förut² angivna, av hänsyn till l'ordre public motiverade undantag till förmån för lex fori att iakttaga.

Enligt barnets lag skall ock avgöras, vem vårdsnaden om barnet tillkommer.³ Om exempelvis fadern till ett franskt utom-äktenskapligt barn med svensk moder gör anspråk på att barnet skall utlämnas till honom såsom innehavare av »la puissance paternelle», har man att bedöma detta anspråk enligt fransk lag, code civil art. 383, varför det avgörande i första hand blir, huruvida fadern eller modern först erkänt barnet såsom sitt, medan åter därest de båda samtidigt erkänt barnet, utövandet av föräldramyndigheten tillkommer fadern ensam.

Från denna regel torde man dock såsom redan ovan⁴ utvecklats nödgas göra ett undantag för det fall, då fadern gör anspråk på föräldramyndigheten gällande först sedan modern faktiskt under mera avsevärd tid varit i utövning av vårdsnaden.⁵ Ett sådan anspråk bör, förutsatt att modern är kompe-

¹ Så även WINROTH s. 166 f. Av samma mening äro väl i allmänhet de, vilka anse, att förhållandet mellan barn i äktenskap och dess föräldrar är att bedöma enligt barnets lag; se ovan s. 85 not 1—3. En annan mening hava åter de, vilka beträffande sistnämnda fråga omfatta andra regler; så t. ex. BORUM, Personalstatutet s. 502, Lovkonflikter s. 111, som anser moderns lag (enligt dansk rätt lex domicilii) böra läggas till grund, ARMINJON nr 55 (moderns lex patriae); likaså förmodligen PILLET nr 328, NIBOYET nr 674, POULLET nr 374; då dessa förf. utpeka faderns lag såsom tillämplig i frågor rörande »la puissance paternelle», torde de visserligen hava i sikte allenast barn i äktenskap men böra väl, då det är fråga om förhållandet mellan barn utom äktenskap och dess moder, ex analogia komma till det resultat, att moderns lag är tillämplig.

² Se ovan s. 74 ff.

³ Så även FRANKENSTEIN s. 103. Annorlunda BORUM, Lovkonflikter s. 111 (moderns lag).

⁴ S. 121 f.

⁵ Att föräldrarna redan vid ett utomäktenskapligt barns födelse tvista om vårdsnaden lär väl enligt sakens natur knappast någonsin inträffa. Om så likväl någon gång skulle förekomma, synes det icke föreligga samma anledning som i de i texten behandlade fallen att taga hänsyn till föräldrarnas motstridande intressen, Varken den enes eller den andres intresse har i detta läge någon verklig tyngd, utan i stället är det barnets intresse, som dominerar situationen. Av detta skäl finns i ett dylikt fall icke heller någon objektiv grund för att giva den enes lag företräde framför den andres. En kumulativ tillämpning är åter, av skäl som framgår av det ovan s. 95 f sagda, ogenomförbar. Allt talar således för att man i dylikt fall bör förbli vid huvudregeln och tillämpa barnets lag.

tent att vårda och fostra barnet, icke bifallas för så vitt det icke har stöd även i moderns lag. Ett sådant avgörande synes motiverat med hänsyn till att det i dylikt fall är fråga om en tvist, som icke i första hand gäller barnets utan i stället moderns intresse.

Frågan huruvida, när modern har barnet i sin vård, vårdnaden kan på grund av någon henne diskvalificerande omständighet fråntagas henne, bör i regel bedömas enligt barnets lag. Liksom beträffande barn i äktenskap i motsvarande fall kan dock här svensk ordre public i viss omfattning fordra beaktande och föranleda tillämpning av svensk lag (lag 1917 om barn utom äktenskap 2 § 3 st.), som ger domstolen befogenhet att överflytta vårdnaden på fadern eller särskilt förordnad förmyndare, så snart modern finnes »ej vara lämplig förese barnet».

Enligt barnets lag blir i regel, av skäl som redan anförts i det föregående,¹ barnets *namn* a priori bestämt. På grund härav kommer barnet oftast att i sitt hemland erhålla moderns namn men undantagsvis i stället faderns. Även i sistnämnda fall bör barnets namn åtminstone tills vidare respekteras av svenska myndigheter. Därmed är emellertid icke sagt, att barnet i dylikt fall har en här i landet erkänd privaträtt till faderns namn. Den frågan blir i stället att pröva enligt faderns lag. Skälen härför hava redan ovan² anförts. Enligt faderns lag bör även avgöras, huruvida fadern av fri vilja kan giva sitt utomäktenskapliga barn sitt namn. Slutligen bör efter samma princip avgöras huruvida ett utomäktenskapligt barns styvfader kan giva barnet sitt namn; i strid mot en inom tysk doktrin³ härskande mening måste man således i dy-

¹ S. 122.

² S. 122 ff.

³ LEWALD s. 143, NUSSBAUM s. 175, WOLFF, s. 68, FRANKENSTEIN s. 101 f m. fl. Annerlunda dock HABICHT s. 158, RAAPE s. 208, 382 samt RAAPE, Einführungs-gesetz s. 498 ävensom härskande tysk rättspraxis (framför allt Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen Bd 119 s. 44) som torde utgå från, att här en fråga rörande rättsförhållandet mellan moder och barn föreligger, vilken jämlikt EG Art. 20 är att bedöma enligt moderns aktuella lag; jmf RAAPE s. 208. De förstnämnda förf., vilka kritisera Reichsgerichts ståndpunkt, betona, att namnrätten är en »Persönlichkeitsrecht» och därför beträffande varje individ underkastad hans personalstatut. Härvid synes man emellertid förbise, att denna synpunkt är att hålla i sikte icke blott vid bedömandet av barnets namnrätt utan jämväl vid bedömandet av styvfaderns motsvarande rätt. På styvfaderns lag bör det

likt fall anse styvfaderns lag vara avgörande. Att barnets lag icke känner någon motsvarande regel kan icke få tillmätas någon betydelse; det enda man med avseende å barnets lag synes kunna kräva är, att denna över huvud medger möjligheten av en namnförändring och vidare att de villkor för en namnförändring den tilläventyrs uppställer bliva iakttagna, t. ex. att barnets eller moderns medgivande, när sådant förutsättes, blir inhämtat.¹

Enligt barnets lag är vidare även i nu ifrågavarande fall att avgöra, huruvida barnet är *myndigt* eller icke samt huruvida modern äger förvalta barnets förmögenhet och därvid tilläventyrs åtnjuta viss rätt med avseende å avkastningen eller huruvida tvärtom förmögenhetsförvaltningen skall omhändervhas av särskild förmyndare. För så vitt enligt dessa regler barnet skall stå under förmyndare äro de förutnämnda stadgandena i IÄL 4 kap. och KF 1931 14—21 §§ att tillämpa.

I fråga om en mot modern riktad talan med krav på *underhållsbidrag* bör, i enlighet med den ovan² motiverade valprincipen antingen moderns eller barnets lag kunna läggas till grund för käromålet, dock med förbehåll till förmån för lex fori, därest denna är den ena av de konkurrerande lagarna. Talan om erhållande av *hemgift* är åter att pröva enligt moderns lag.

Likaså äro barnets anspråk på *arv* efter modern att pröva enligt hennes (de cuius') lag, varvid i allmänhet enligt 1937 års lag om internationella rättsförhållanden rörande dödsbo 1 § 1 st. hennes hemlands lag är att lägga till grund men om hon är medborgare i något av de nordiska länderna i stället enligt 1935 års lag i ämnet 1 § i regel hennes domicillands lag.

Jämväl frågan om betydelsen av *statutändring* torde här i det hela böra bedömas i analogi med de därom ovan³ beträf-

därför ankomma att bestämma gränserna för hans namnrätt; men en fråga om dessa gränser är det just man har att avgöra, då man skall bestämma, om barnet kan få bära styvfaderns namn (däremot föreligger, i motsats till vad nyssnämnda uppfattning i tysk rätt antager, icke någon fråga om rättsförhållandet mellan moder och barn). En annan sak är det, att naturligen även de förutsättningar för en namnändring, vilka barnets lag uppställer, böra uppfyllas.

¹ Jmfr beträffande adoptivbarns namn HASSLER s. 24 f.

² S. 48 ff.

³ S. 106 ff.

fande barn i äktenskap utvecklade reglerna.¹ Detta innebär att, så vitt angår frågan om barnets krav på underhåll av modern, hänsyn bör tagas till såväl moderns som barnets statutändring. Beträffande alla med vårdnaden sammanhängande frågor, för vilka barnets lag är bestämmande, har man att tillämpa dess vid varje särskilt tillfälle aktuella lag. Mot modern riktat krav på hemgift blir åter att bedöma enligt hennes lag vid tidpunkten för barnets ingående av det hemgiftsgrundande äktenskapet. Frågan om barnets namn slutligen bör, så vitt detta enligt vad ovan² utvecklats är att bestämma enligt barnets lag, bedömas med hänsyn till dess statut vid födelsestiden;³ genom statutändring kan barnet således icke förlora det namn det en gång förvärvat.⁴ Så vitt emellertid fråga är om barnets rätt att bära faderns namn, böra de därom ovan⁵ utvecklade reglerna gälla. Enligt dessa är i första hand faderns lag vid tidpunkten för barnets födelse avgörande, dock att barnet efter faderns statutändring kan antaga faderns namn, när dennes nya statut i motsats till det gamla giver barnet sådan rätt. Enligt samma regler har man ock att besvara frågan, om fadern kan giva barnet sitt namn, liksom ock frågan, om styvfadern kan giva barnet sitt namn, blir att bedöma enligt hans lag vid den tidpunkt, då namnändringen skall företagas.

¹ Jmfr HABICHT s. 158, LEWALD s. 141 f, FRANKENSTEIN s. 97, NUSSBAUM s. 175 WOLFF s. 136, WALKER s. 802, ZITELMANN s. 901 f, RAAPE s. 207, vilka alla i princip tillmäta statutändring betydelse. Enligt positiv tysk rätt, EG Art. 20, får emellertid denna princip vidkännas ett undantag, i det rättsförhållandet mellan moder och barn, som, om modern är tyska, enligt huvudregeln är att bedöma enligt tysk rätt, skall följa samma regler även om modern förlorar sitt tyska medborgarskap, medan barnet förblir tyskt.

² S. 139.

³ Jmfr beträffande tysk rätt WALKER s. 811.

⁴ Annorlunda till synes NIEDNER s. 59 i polemik mot PLANCK.

⁵ S. 122 ff.

