



MAARIT JÄNTERÄ-JAREBORG

SVENSK DOMSTOL OCH UTLÄNDSK RÄTT

EN INTERNATIONELLT PRIVAT-
OCH PROCESSRÄTTSLIG STUDIE

53

SKRIFTER FRÅN

JURIDISKA

FAKULTETEN

I UPPSALA

 **IUSTUS FÖRLAG**
Juridiska Föreningen i Uppsala

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>

SKRIFTER FRÅN
JURIDISKA FAKULTETEN I UPPSALA

53

Redaktör: Nils Jareborg

SVENSK DOMSTOL OCH UTLÄNDSK RÄTT

En internationellt privat-
och processrättslig studie

Maarit Jänträ-Jareborg

© Författaren och Iustus Förlag AB, Uppsala 1997

ISSN: 0282-2040

ISBN: 91-7678-338-3

Omslag: IdéoLuck AB

Tryck: Graphic Systems AB, Göteborg 1997

Adress till förlaget: Östra Ågatan 9, 753 22 Uppsala, telefon 018-693091

Förord

I denna bok diskuteras de frågor och problem som uppstår när utländsk rätt är att tillämpa i Sverige. Trots problematikens stora praktiska betydelse är det i flera hänseenden ovisst vad som gäller. Boken avser att klarlägga läget särskilt i fråga om rollfördelningen mellan domstol och parter. Mycket av det som sägs torde äga giltighet även i fråga om annan myndighetsutövning i utlandsanknutna fall.

Boken innehåller en detaljerad innehållsförteckning. Avsikten är att den tillsammans med korshänvisningarna skall utgöra ett komplement till bokens mer översiktliga sakregister.

Under arbetets gång har jag besvärat talrika domare och myndigheter med frågor. Särskilt kanslirådet Agneta Lundvall vid UD:s enhet för internationell rättshjälp bör nämnas i sammanhanget. Hon har också läst de avsnitt i boken som handlar om UD:s uppgiftslämnande verksamhet och lämnat värdefulla synpunkter. Assistenten Titti Lundmark vid Juridiska institutionen i Uppsala har skickligt ombesörjt utskriften för manuskriptet och även skött sättningsarbetet. Min make professor Nils Jareborg har hjälpt mig med redigeringsarbetet. Departementsrådet Göran Lambertz har låtit mig planlägga min tjänstgöring i Justitiedepartementet på ett sådant sätt att bokens slutförande varit möjligt. All denna hjälp har varit ovärderlig och jag vill framföra mitt varmaste tack för den.

Manuskriptet till boken blev färdigställt i september 1996. Material som har blivit tillgängligt efter det har jag endast sporadiskt kunnat beakta.

Boken har finansierats med stöd från Humanistisk- och samhällsvetenskapliga forskningsrådet och Emil Heijnes Stiftelse för rättsvetenskaplig forskning.

Uppsala den 6 december 1996

Maarit Jänträ-Jareborg

*Bakom en kvinna finns
en förstående familj*

*Till Nils och Poppo
med tack för ert
enastående tålamod*

Innehåll

Förkortningar	16
1. Introduktion	21
1.1 Behörighet, lagval och erkännande av utländska beslut	21
1.2 Relevanta frågeställningar	23
1.3 Undersökningens syfte och avgränsning	25
1.4 Metod och material	26
2. Den internationella privaträtten, dess källor och metod	28
2.1 Internationell privaträtt i olika bemärkelser	28
2.2 Rättskällorna	29
2.3 Den internationella privaträttens metod	31
2.3.1 Sambandet mellan domsrätt, lagval och verkan av utländska avgöranden	31
2.3.2 Några lagvalsspörsmål	34
<i>Kvalifikation</i>	34
<i>Renvoi</i>	37
<i>Ordre public</i>	38
2.3.3 Nationalitetsprincipen eller hemvistprincipen?	42
2.4 Om bokens terminologi	45
3. Varför tillämpas utländsk rätt?	49
3.1 Olika förklaringsmodeller	49
3.1.1 <i>Comitas gentium</i>	50
3.1.2 Läran om välförvärvade rättigheter	51
3.1.3 von Savignys lagvalssystem	51
3.2 von Savignys arv i modern internationell privaträtt	55
3.2.1 Den starkaste anknytningens lag	55

3.2.2	Likställighetsprincipen	56
3.2.3	Tvåsidiga lagvalsregler	56
3.2.4	Strävan efter internationell beslutsharmoni	57
3.3	Svensk rätt	58
3.3.1	En partikularistisk inställning med universalistiska drag	58
3.3.2	Rensningsbehov	62
3.4	Exempel på svenska lagvalsregler	63
3.5	Om internationellt lagsamarbete sedan 1950	66
3.5.1	Ideal och verklighet	66
3.5.2	Vilken IP-fråga är den primära?	67
	<i>Haagkonferensens arbete</i>	68
3.5.3	Forumshopping	70
	<i>Syftet bakom forumspekulationer</i>	71
	<i>EG:s lagsamarbete som motåtgärd</i>	72
3.6	Reaktioner mot tillämpningen av utländsk rätt	73
3.6.1	Den internationella privaträttens "misär" i rättstillämpningen	74
3.6.2	Teorierna om tillämpning av utländsk rätt har ej förmått övertyga	76
	<i>Äldre lagstiftning</i>	76
	<i>Nyare lagstiftning</i>	79
3.6.3	Intresseavvägningar vid lagvalet	81
	<i>Tysk rätt</i>	81
	<i>USA-amerikansk internationell privaträtt</i>	82
3.6.4	Kritiken träffar svensk rätt endast delvis	82
3.6.5	"Jurisprudence Bisbal" i fransk rättspraxis	84
3.6.6	Kvalitetsinriktade och processekonomiska argument – tillämpning ex officio eller på partsbegäran?	87
4.	En tillbakablick	90
4.1	Svensk rätt fram till 1700-talet	90
4.1.1	Främlingsrättsliga regler	90
4.1.2	Den tysk-romerska rättens inflytande	91
4.2	Förbud att återopa främmande lag och använda främmande språk enligt 1734 års lag	93

4.3	Den moderna internationella privaträttens genombrott	95
4.3.1	1880 års växellag	95
4.3.2	Utländsk doktrin som inspiration och huvudkälla	97
4.3.3	Haagkonferensens betydelse	98
4.4	Användningen av utländsk rätt – enligt det nya synsättet	100
4.4.1	Regleringen i IÄL och IÄR	100
4.4.2	Är lagvalsreglerna absoluta eller dispositiva regler?	103
4.4.3	Vem har utredningsansvaret rörande innehållet i den tillämpliga främmande lagen?	106
	<i>Förekomsten av s.k. utredningsbestämmelser</i>	106
	<i>Bestämmelsernas innebörd</i>	110
4.4.4	Följden av att innehållet i utländsk rätt förblivit outrett	114
4.4.5	Stöder utredningsbestämmelserna principen om ex officio-tillämpning av utländsk rätt?	116
	<i>Den internationellt privaträttsliga lagstiftningen</i>	116
	<i>Bestämmelsen i RB 35:2 2 st. andra meningen</i>	117
5.	När bör utländsk rätt tillämpas?	119
5.1	Ledande principer rörande utländsk rätts användning	119
5.1.1	Ex officio-principen och ”åberopande-principen”	119
5.1.2	Den internationellt privaträttsliga likställighetsprincipen	120
5.1.3	Lex fori-principen och isolationsprincipen	120
5.1.4	Den lojala tillämpningens princip	122
5.2	Tillämpning ex officio?	123
5.2.1	Avtalsrättsliga tvister	124
5.2.2	Elektiva lagvalsregler	127
5.2.3	Lagvalsregler som godtar partsautonomi	128
5.2.4	Processhandlingars betydelse	129
5.2.5	Indelningen i dispositiva och indispositiva mål	130

5.2.6 Förarbetsuttalanden stöder flexibilitet	132
5.3 Om processuella lagvalsavtal i dispositiva mål	133
5.3.1 NJA 1973 s. 57	134
5.3.2 NJA 1977 s. 92	135
5.3.3 NJA 1978 s. 590	137
5.3.4 NJA 1987 s. 815	139
5.3.5 NJA 1990 s. 726	141
5.3.6 NJA 1991 s. 43	142
5.3.7 NJA 1992 s. 278	144
5.3.8 Slutsatser	146
<i>I dispositiva mål får parterna alltid avtala om tillämpning av svensk rätt</i>	146
<i>Restriktioner i fråga om tillämpning av utländsk rätt</i>	147
5.4 Tillämpning av utländsk rätt endast på begäran av part?	148
5.4.1 Gränsdragningen mellan fall där det finns en konkludent processuell lagvalsöverenskommelse och fall där parterna förbisett lagvalsfrågan	148
5.4.2 Arbetsdomstolens praxis	151
AD 1988 nr 143	152
AD 1988 nr 177	153
AD 1991 nr 71	155
AD 1993 nr 40	156
AD 1995 nr 113	157
Slutsatser	157
5.4.3 Allmänna domstolars praxis	158
NJA 1986 s. 712	158
NJA 1993 s. 341	159
Andra mål	162
5.5 Finns det en "åberopsbörda" i internationellt privaträttsliga mål?	164
5.5.1 Innebörden av 17 kap. 3 § 2 p. RB	164
5.5.2 Tillämpligheten i internationellt privaträttsliga mål	167
5.5.3 Ställningstaganden i doktrin	169

5.5.4 Åberopsbörda i belysning av senaste rättspraxis – en värdering	174
<i>Inledning</i>	174
<i>NJA 1977 s. 92</i>	175
<i>NJA 1993 s. 341</i>	175
5.5.5 Vilka krav bör ställas på domstolens materiella processledning?	178
<i>Processledningen bör kompensera parternas okunnighet i IP-mål</i>	178
<i>Ett exempelfall</i>	180
<i>Det gällande rättsläget i Sverige</i>	182
<i>Dansk doktrin</i>	183
<i>Slutsatser</i>	185
5.6 Måste alla dispositiva mål behandlas på samma sätt?	187
5.6.1 Obligationsrättsliga mål och andra mål – är en uppdelning motiverad?	187
5.6.2 Bör styrkan av målets anknytning till Sverige respektive en främmande stat tillmätas betydelse?	189
5.6.3 Bör förekomsten av tvingande regler i den tillämpliga lagen påverka bedömningen?	190
5.6.4 Bör konventionsgrundade lagvalsregler särbehandlas?	191
<i>Den svenska ståndpunkten:</i>	
<i>alla lagvalsregler är likvärdiga</i>	192
<i>Kan Sveriges EU-medlemsskap ge anledning till omprövning?</i>	194
5.6.5 Andra grunder för olika behandling	200
<i>Twistens värde, m.m.</i>	200
<i>Lagvalet saknar relevans för twistens utgång</i>	200
<i>Summarisk process</i>	202
5.6.6 Slutsatser	203
5.7 Indispositiva mål	204
5.7.1 Vilka mål är indispositiva enligt svensk rätt?	204
5.7.2 Vad innebär ex officio-tillämpning av lagvalsreglerna och utländsk rätt i dessa mål?	206

<i>Parterna kan inte disponera över anknytningsfakta</i>	206
<i>Parternas önskemål om tillämplig lag saknar relevans</i>	208
<i>Ex officio-principen är av begränsad betydelse i rättstillämpningen</i>	209
<i>Några terminologiska spørsmål</i>	210
5.7.3 Mål om äktenskapsskillnad	211
<i>Skilsmässotalan prövas i Sverige</i>	211
<i>Stadfästelse av utländska skilsmässobeslut</i>	213
5.7.4 Faderskapsmål	214
5.7.5 Adoptionsärenden	217
5.7.6 Vårdnadsfrågor	220
<i>Allmänt</i>	220
<i>Tillämplig lag för vårdnadstoister</i>	221
<i>Rättspraxis</i>	222
<i>Reflexioner</i>	223
<i>Tillämplig lag för den legala vårdnaden</i>	225
<i>Rättspraxis</i>	226
5.8 Tillämpning av utländsk rätt vid andra myndigheter	228
5.8.1 Några allmänna påpekanden	228
5.8.2 Skattemyndighetens verksamhet	230
5.8.3 Tillgängligt bistånd och annan rådgivning	232
6. Utredning om innehållet i främmande rätt	235
6.1 Inledning	235
6.2 Vem skall inhämta utredning?	236
6.3 Till vilken part bör anmaning om utredning riktas?	238
6.4 Är den gällande ordningen ändamålsenlig?	241
6.4.1 Systemets funktionsduglighet	241
6.4.2 Olika krav bör gälla för dispositiva och indispositiva mål	242
6.4.3 Undantag	244
6.5 UD:s roll vid utredning av innehållet i främmande rätt	248
6.5.1 En väletablerad "utredningskanal"	248
6.5.2 "Klienterna"	250

6.5.3 På vilket underlag grundas utredningen?	253
6.5.4 Systemets för- och nackdelar	255
<i>Snabbt och billigt?</i>	255
<i>Tillförlitligt?</i>	256
6.6 Utländska modeller	260
6.6.1 Tyskland	260
6.6.2 Österrike	265
6.6.3 Schweiz	267
6.6.4 England	269
6.7 Den europeiska konventionen angående uppgifter om innehåll i utländsk rätt	272
6.7.1 Behov av internationellt samarbete	272
6.7.2 Europarådskonventionens betydelse för Sverige	274
6.7.3 Förordningen (1981:366) om rätt att i vissa fall begära uppgifter om innehåll i utländsk rätt	278
<i>Tillämpningsområdet – 1 §</i>	279
<i>Krav på samband med ett redan inlett rättsligt förfarande – 2 §</i>	280
<i>Utvidgningar till 1 och 2 §§ föranledda av tilläggsprotokollet – 3 §</i>	281
<i>Konventionens utvidgning till straffrättens område – 4 §</i>	283
<i>Framställningens innehåll – 5 §</i>	284
<i>Svaret</i>	285
<i>Språkraven – 6 §</i>	287
<i>UD:s uppgifter – 7 och 8 §§</i>	288
<i>Uppgift om de fördragsslutande staterna – 9 §</i>	290
6.7.4 Värdering	291
<i>En blick utåt</i>	291
<i>Diskussionens relevans för svenska förhållanden</i>	293
<i>Språkfrågan</i>	294
<i>Framtidsutsikter</i>	297

7. "Lojal" tillämpning av utländsk rätt	300
7.1 Den lojala tillämpningens princip	300
7.2 Särskilda frågor	304
7.2.1 Beaktande av värdeomdömen i främmande lag	304
7.2.2 Skillnader i tolkningstradition	306
7.2.3 "Lucka" i tillämplig främmande lag	307
7.2.4 Intertemporala spörsmål	310
7.2.5 Parternas rätt att avtala om innehållet i utländsk rätt – den fria bevisföringen och den fria bevisprövningen.	311
7.3 Lagförarbeten	314
7.4 Rättspraxis	316
7.4.1 Allmänt	316
7.4.2 Utländsk rätt presumeras överensstämma med svensk rätt	317
<i>SvJT 1950 s. 958</i>	318
<i>RÅ 1970 ref. 31</i>	319
<i>RÅ 1971 S 190</i>	320
<i>SvJT 1971 rf s. 18</i>	321
<i>NJA 1988 s. 440</i>	321
7.4.3 Kommentarer	322
<i>Den förmodade överensstämmelsen är ofta en fiktio</i>	322
7.4.4 Utländsk rätt presumeras inte överensstämma med svensk rätt	323
7.4.5 Slutsatser	326
7.5 Prövning av utländsk rätts tillämpning i HD	328
 8. Konsekvensen av bristande utredning	 332
8.1 Allmänt	332
8.2 Bör talan prövas enligt svensk rätt?	334
8.3 Bör talan ogillas?	337
8.4 Bör talan avvisas?	340
8.4.1 Eeks synsätt	340
8.4.2 Undantag	343
8.4.3 Senare doktrin	345
8.5 Bör svensk lag tillämpas när detta är skäligt?	348

8.6 Bör talan prövas enligt vad domstolen finner sannolikt motsvara innehållet i tillämplig främmande lag?	351
8.7 Svensk rättspraxis	353
8.8 Bör frågan lagregleras?	354
8.8.1 Utländska förebilder	354
8.8.2 Slutsats	358
Litteratur	361
Rättsfall	379
Sakregister	385

Förkortningar

AD	Arbetsdomstolens domar
AJCL	American Journal of Comparative Law
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
CC	Code civil
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Wien 1980)
Clunet	Journal du droit international
DIP	Droit international privé
Dir	Direktiv
Ds	Departementsserien
EES	Europeiska ekonomiska samarbetsområdet
EFTA	European Free Trade Association
EG	Europeiska gemenskapen
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
ERPL	European Review of Private Law
EU	Europeiska unionen
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FB	Föräldrabalken
FS	Festskrift
FÖD	Försäkringsöverdomstolen
HD	Högsta domstolen
HovR	Hovrätt
ICJ	International Court of Justice
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
IDL	Lag (1937:81) om internationella rättsförhållanden rörande dödsbo

IECL	International Encyclopedia of Comparative Law
IFL	Lag (1985:367) om internationella faderskapsfrågor
IKL	Lag (1964:528) om tillämplig lag beträffande internationella köp av lösa saker
IntFamL	Lag ang. vissa familjerättsliga förhållanden av internationell natur, 5.12.1929/329 (Finland)
IP	Internationell privaträtt
IPR	Internationales Privatrecht
IPRspr.	Die Deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des Internationalen Privatrechts
IPRax	Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts
IPRG	IPR-Gesetz
IÄL	Lag (1904:26 s. 1) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap och förmynderskap
IÄR	Lag (1912:69) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskaps rättsverkningar
JFT	Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland
JR	Juristische Rundschau
JT	Juridisk Tidskrift
L	Lag
LIA	Lag (1971:796) om internationella rättsförhållanden rörande adoption
LIMF	Lag (1990:272) om vissa internationella frågor rörande makars förmögenhetsförhållanden
LM	Lakimies
LQR	Law Quarterly Review
Lvk	Lainvalmistelukunta
Mich. L. Rev.	Michigan Law Review
ND	Nordiske Domme i Sjøfartsanliggender
NDL	Lag (1935:44) om dödsbo efter dansk, finsk, isländsk eller norsk medborgare, som hade hemvist här i riket, m.m.

NIA	Statens nämnd för internationella adoptionsfrågor
NILR	Netherlands International Law Review
NJA	Nytt juridiskt arkiv, avd. I
NJA II	Nytt juridiskt arkiv, avd. II
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NÄF	Förordning (1931:429) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap, adoption och förmynderskap
OGH	Oberster Gerichtshof
OLG	Oberlandesgericht
O.J.	Official Journal of the European Communities
PFVL	Promulgationsförordningen till 1880 års växelag
PIL	Private International Law
prop.	Kungl. Maj:ts eller regeringens proposition
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RB	Rättegångsbalken
Rec. des Cours	Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye
Rev.crit.d.i.p.	Revue critique de droit international privé
RH	Rättsfall från hovrätterna
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft/ Aussenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters
RK	Rättsfall från kammarrätterna
RP	Regeringens proposition (Finland)
RÅ	Regeringsrättens Årsbok
SCB	Sveriges statistiska centralbyrå
SFS	Sveriges författningssamling
Sof.	Socialförsäkring
SOU	Statens Offentliga Utredningar
StAZ	Das Standesamt, Zeitschrift für Standesamtswesen
Stan. J.Int. L.	Stanford Journal of International Law
SvJT	Svensk Juristtidning
SvJT rf	Svensk Juristtidnings rättsfallsavdelning

SÖ	Sveriges internationella överenskommelser (före 1991 Sveriges överenskommelser med främmande makter)
TfR	Tidsskrift for Rettsvitenskap
TR	Tingsrätt
TSA	Tidsskrift för Sveriges Advokatsamfund
UD	Utrikesdepartementet
UfR	Ugeskrift for Retsvæsen
USL	Lag (1929:147) om utländska skiljeavtal och skil- jedomar
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZPO	Zivilprozessordnung
ÄB	Ärvdabalken
ÄktB	Äktenskapsbalken
ÄktK	Konvention mellan Danmark, Finland, Island, Norge och Sverige innehållande internationellt privaträttsliga bestämmelser om äktenskap, adoption och förmynderskap (Stockholm 1931)
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung

1. Introduktion

1.1 Behörighet, lagval och erkännande av utländska beslut

Aldrig tidigare har enskilda människor och företag haft så många och invecklade kontakter med utlandet som idag. Ett stort antal familje- och förmögenhetsrättsliga handlingar sker dagligen över gränser. Hemvistbyten bland företag och enskilda från ett land till ett annat har blivit vanliga; även över betydande geografiska avstånd. Familjer lever splittrade i olika stater, och företagskoncerner kan ha dotterbolag och annan verksamhet i olika världsdelar. På det rättsliga planet innebär denna utveckling att det internationellt privaträttsliga regelsystemet dras med i bedömningen.

Den internationella privaträtten reglerar privaträttsliga förhållanden som har anknytning till fler än en stat. Tre spörsmål står i förgrunden. Det är *för det första* fråga om huruvida domstolen (eller annan rättstillämpande myndighet) i den egna staten har behörighet att pröva mål och ärenden med utlandsanknytning (= domsrättsfrågan). *För det andra* är det fråga om vilket lands lag som skall tillämpas (= lagvalsfrågan). *För det tredje* uppstår ofta frågan huruvida ett utländskt avgörande eller utländskt statusförhållande gäller i den egna staten (= erkännandefrågan).

Det finns ett nära samband mellan dessa frågor. Ju vidare gränserna dras för den egna domsrätten, desto oftare kommer behörighet att föreligga även i fall med stark utlandsanknytning. Om då utgångspunkten är, såsom traditionellt i den internationella privaträtten, att varje rättsförhållande bör vara

underkastat lagen i den stat till vilken den starkaste anknytningen finns, kommer flera mål att vara att bedöma enligt en främmande stats lag. Snäva gränser för domsrätt har en motsatt effekt. Anknytningen till den egna staten är då så stark att det endast undantagsvis finns anledning att tillämpa utländsk rätt. I Sverige, liksom i flertalet kontinentaleuropeiska länder, har domsrätsreglerna sedan gammalt varit tämligen liberala. Domsrättsfrågans bedömning påverkas inte av om rättsförhållandet enligt de tillämpliga lagvalsreglerna är att bedöma enligt inhemsk eller utländsk rätt. En motsatt tradition har gällt i de angloamerikanska rättsordningarna. Följaktligen har det hos oss och i de kontinentala staterna funnits mycket större utrymme för tillämpning av utländsk rätt än i common law-staterna.

Ett ställningstagande rörande behörighetsfrågan kan även ha betydelse för vilken verkan ett utländskt avgörande ges i den egna staten. Om domsrätten bedöms restriktivt så att endast mycket stark anknytning till den egna staten kan grunda behörighet för statens domstolar, kan det i en sådan stat finnas särskild anledning att vara liberal vad gäller erkännande av utländska beslut. Annars riskerar man att de berörda parterna hamnar i en situation där de vägras rättsskydd: det utländska avgörandet erkänns inte men parterna kan inte heller få sin sak avgjord av det egna landets domstolar (s.k. *déni de justice*). När däremot det egna domstolsväsendet står till parternas förfogande, kan man i och för sig hävda att parterna inte har samma behov av att få återopa utländska avgöranden. Förutsatt att det funnits en skälig anledning till att saken prövades i den främmande staten och att otillbörligheter inte förekommit, talar dock processekonomiska aspekter (och den osäkerhet som en ny prövning i sak kan innebära för parterna) normalt för erkännande även i det fallet. Generellt sett är detta också utgångspunkten i modern internationellt privaträttslig lagstiftning i Sverige. En föga tillfredsställande huvudregel hos oss är dock att utländska avgöranden erkänns endast när svensk lag så föreskriver.

Sambandet mellan erkännandefrågan och lagvalsfrågan är svagare på så sätt att det i modern internationell privaträtt spelar en allt mindre roll på vilket lands lag avgörandet grundats. Tidigare var det dock inte ovanligt att ett avgörande erkändes endast under förutsättning att det grundats på "rätt lag". Dessa påpekanden gäller även för svensk internationell privaträtt.

1.2 Relevanta frågeställningar

Denna studie handlar om den internationella privaträttens gamla kärnfråga, nämligen *förutsättningarna för tillämpning av utländsk rätt*. Den internationella privaträttens existens har ansetts vara beroende av möjlighet till utländsk rätts användning. Vad för sorts anknytning skall det finnas till ett främmande land för att svensk lag bör ge vika för där gällande lag? Vad är det som krävs, när en svensk lagvalsregel hänvisar till utländsk rätt, för att avgörandet till slut av den svenska domstolen grundas på den främmande lagen (eller på något som föreställer den statens rätt)? Hur pass lik är den svenska modellen (i den mån en sådan kan identifieras) de lösningar som har utvecklats på annat håll? Frågorna berör nära den internationella processrätten varför ämnet kan betraktas som både internationellt privaträttsligt och internationellt processrättsligt.

Av de ovan i avsnitt 1.1 nämnda internationellt privaträttsliga spörsmålen har *lagvalsfrågan* varit det mest uppmärksammade och omstridda; i snäv bemärkelse inskränker sig ämnet till denna fråga. Som motvikt till pompösa förklaringar om vikten av att utländsk rätt respekteras har det bland annat hävdats att man inte någonsin kunnat ange hållbara skäl för användning av utländsk rätt vid en annan stats domstol. Tillämpningen av domstolslandets lag borde i stället alltid vara given inte minst av det skälet att landets suveränitet annars kommer i kläm. Användning av utländsk rätt har ifrågasatts

också av det skälet att rättstillämpningen då ofrånkomligen blir av sämre kvalitet än när domstolen tillämpar den egna statens rätt. Det har även hävdats att tillämpning av utländsk rätt i regel är mer eller mindre meningslös, eftersom parterna inte är intresserade därav, utom när de har något att vinna på det. Rättssystemet skall inte främja sådana "egenintressen". Dessutom är denna tillämpning komplicerad, tidskrävande och dyr.

Frågan om förutsättningarna för användning av utländsk rätt inrymmer ett antal andra mer specifika frågeställningar som också måste besvaras. Viktigt för svensk rätts del är särskilt de följande frågorna:

(1) Vem – domstolen eller parterna – bör ta initiativet till användning av utländsk rätt?

(2) Hur långtgående bör domstolens materiella processledning vara när domstolen finner parternas processföring angående frågor av relevans för lagvalet vara oklar?

(3) Vem – domstolen eller parterna – bär ansvaret för att innehållet i den tillämpliga utländska rätten blir utrett?

(4) Vilka krav bör en godtagbar utredning uppfylla?

(5) Vilka krav bör ställas på själva tillämpningen av den utländska rätten, d.v.s. bör domstolen sträva efter att tillämpa den på samma sätt som denna rätt används i det land vars lag det gäller, eller får tolkningen och tillämpningen anpassas exempelvis till det som gäller i domstolslandet?

(6) Vilken lösning bör väljas när domstolen finner den framlagda utredningen vara bristfällig eller när den främmande lagens innehåll förblivit outrett?

I utlandet har dessutom den högsta rättsinstansens roll livligt diskuterats, särskilt vad gäller dess möjligheter att kontrollera å ena sidan, att rätt stats lag tillämpats och, å andra sidan, att den tillämpliga utländska rätten blivit korrekt använd. Denna aspekt kan således läggas till i förteckningen ovan.

Dessa frågor har endast i begränsad utsträckning diskuterats i svensk rätt och inte heller lagstiftning eller rättspraxis ger all-

tid tydlig ledning. Av denna anledning är det naturligt att i lämpliga sammanhang beakta utländska lösningsmodeller och den debatt som förts i andra, oss närstående eller annars viktiga rättsordningar.

1.3 Undersökningens syfte och avgränsning

Syftet med denna studie är att undersöka hur utländsk rätt behandlas i svensk rätt i privaträttsliga mål och ärenden med utlandsanknytning och vilken rollfördelning som gäller mellan domstol och parter. Tonvikten ligger vid familjerättsliga mål inklusive arvsrättsliga. Denna betoning är naturlig av det skälet att det stora flertalet internationellt privaträttsliga mål som prövats vid svenska domstolar har handlat om familjerättsliga frågor. I Sverige, liksom i de flesta andra länder, är det mycket mera sällsynt att internationellt förmögenhetsrättsliga mål prövas vid allmänna domstolar. Dessa mål brukar i stället kanaliseras till skiljeförfarande, där avgöranden sällan offentliggörs. Förfarandet vid skiljedomstolar behandlas inte i denna bok.

Sedan 1960-talet har ett antal förmögenhetsrättsliga mål med utlandsanknytning prövats vid HD eller vid Arbetsdomstolen. I flera av dessa mål har sådana frågeställningar aktualiserats som är av direkt intresse för denna studie. Hur de bedömts skiljer sig inte från bedömningen i familjerättsmål. Dessa avgöranden utgör ett viktigt komplement till det övriga materialet och beaktas i lämpliga sammanhang i studien.

Förutom domstolarna kommer också en mängd andra svenska myndigheter i kontakt med utländsk rätt och förväntas, i vissa situationer, tillämpa eller beakta främmande rättsregler. Myndigheterna stöter då på likartade problem som domstolarna. En vanlig uppfattning, som torde ha fog för sig, är dock att man i detta hänseende inte kan ställa samma krav på olika förvaltningsmyndigheter som på domstolarna. Av ut-

rymmesskäl berörs utländsk lags tillämpning vid andra myndigheter endast i förbigående.¹

Vidare behöver enskilda personer i många olika situationer veta vilka regler som gäller i ett annat land utan att en rätts tvist är aktuell. Det kan handla om upprättande av ett äktenskapsförord eller ett testamente, om avtalsförhandlingar mellan företag i olika stater, om en förälders funderingar om vilken lag som vid en eventuell skilsmässa kommer att tillämpas på vårdnaden om barn, etc. Detta informationsbehov är av "allmänt preventivt" slag och faller utanför denna studie.² När sedan en tvist uppkommit avgör dock normalt en parts kunskap om tillämplig främmande lag, inklusive dess innehåll, huruvida parten kommer att påyrka den lagens tillämpning.

1.4 Metod och material

Svensk rätt, såsom den kommer till uttryck i lagstiftning, rättspraxis, doktrin samt uttalanden i förarbeten till internationellt privaträttslig lagstiftning, står i förgrunden för denna studie. Eftersom bokens huvudsyfte – granskning av hur utländsk rätt behandlas i Sverige – är mycket praktiskt förankrat, har särskilt HD:s ställningstaganden stor betydelse. Även annat publicerat rättsfallsmaterial har beaktats.

¹ Se nedan, avsnitt 5.8.

² I vissa fall kan det räcka med telefonsamtal till UD:s enhet för internationell rättshjälp (tidigare UD:s rättsavdelning) och den muntliga information som UD omedelbart kan ge, medan i vissa andra fall det är lämpligt att konsultera en advokat, som besitter kunskaper om den aktuella utländska lagen. Nämnas bör att UD, utom när det gäller äktenskapshinder enligt främmande lag, lämnar upplysningar om innehållet i utländsk lag i princip endast när det finns ett svenskt rättsskipningsintresse. Rör det sig däremot om exempelvis utfärdande av ett äktenskapsförord enligt utländsk lag brukar den uppgiftssökande hänvisas till en advokat. Också den europeiska konventionen angående upplysningar om innehållet i utländsk lag förutsätter, för att den konventionsenliga mekanismen skall stå till förfogande, ett samband med ett redan inlett rättsligt förfarande eller, åtminstone, att en tvist uppkommit. Enligt konventionen måste dessutom begäran om upplysningar härstamma från en domstol. Enligt tilläggsprotokollet kan en sådan begäran framställas också av en annan myndighet eller av ett biträde till en person som beviljats allmän rättshjälp. Se nedan, avsnitt 6.7.3.

Jag använder också en hel del utländskt material, dock endast i s.k. betjänande syfte. Materialet har hämtats främst från de tyskspråkiga länderna (Förbundsrepubliken Tyskland, Schweiz och Österrike) där omfattande internationellt privaträttsliga reformer relativt nyligen genomförts. Svensk internationell privaträtt har traditionellt haft betydligt större likheter med dessa rättsordningar än t.ex. med fransk rätt. Utvecklingen i fransk rätt berörs mera i förbigående. Engelsk rätt har måhända fått oväntat stor uppmärksamhet med tanke på att principiellt helt olika utgångspunkter gäller där vid behandlingen av utländsk rätt än i Sverige. I praktiken är det dock fråga om förvånansvärt stora likheter. Slutligen ges i studien visst utrymme åt lösningar i dansk, finsk och norsk rätt.

Det utländska materialet består huvudsakligen av doktrin och lagstiftning, förutom några viktiga prejudikat. Det är inte fråga om någon systematisk redogörelse för vad som gäller i vissa utländska rättsordningar, utan avsikten har främst varit att använda utländska lösningsmodeller som illustration och jämförelsematerial för att ge visst perspektiv beträffande den svenska rättens lösningar. Tonvikten ligger dock mycket tydligt på svensk rätt. Av utrymmesskäl och av hänsyn till att behoven i det praktiska rättslivet för denna sorts information kan vara begränsade beaktas utländska lösningar ofta i fotnoter, där den intresserade läsaren kan göra vissa "djupdykningar" och finna vägledning för närmare studier i ämnet.

2. Den internationella privaträtten, dess källor och metod

2.1 Internationell privaträtt i olika bemärkelser

Beteckningen "internationell privaträtt" antyder att fråga är om internationellt gällande privaträtt. Så är dock inte fallet utan det rör sig om ett nationellt rättsområde vars rättsregler och metod har litet gemensamt med den övriga "privaträtten". Ämnets internationalitet består främst i att det reglerar privaträttsliga förhållanden, som är internationella i den bemärkelsen att de har anknytning till fler än en rättsordning.³ Ett annat internationellt drag är att lagstiftningen i flera länder, inklusive Sverige, i stor utsträckning grundar sig på internationella konventioner.

Något förbryllande kan också vara att man talar om den internationella privaträtten i olika bemärkelser. I *den vida bemärkelsen* handlar det om domstolars och andra rättstillämpande myndigheters internationella behörighet, val av tillämplig rättsordning samt frågan om förutsättningar för erkännande och verkställighet av utländska avgöranden. I *den snäva bemärkelsen* handlar den internationella privaträtten endast om

³ Svåra gränsdragningsproblem kan uppstå beträffande vad som är privaträtt och vad som är offentlig rätt även i IP-mål och avse både forumstatens lag och utländsk rätt. Se Bogdan, Svensk IP, s. 79-83 och Jänterä-Jareborg, Partsautonomi, s. 244-245.

val av tillämplig lag, medan de övriga frågorna betraktas som en del av internationell processrätt. Den sist nämnda indelningen är vanlig särskilt i Tyskland och i andra kontinental-europeiska stater; den internationella processrätten hör då närmast hemma under den "vanliga", interna processrätten. Hos oss innefattar uttrycket internationell privaträtt däremot normalt alla de ovan nämnda frågorna, låt vara att en viss tendens att skilja mellan dem, såsom på kontinenten, kan skönjas. Sålunda heter den för närvarande ledande läro- och handboken i ämnet "Svensk internationell privat- och processrätt", skriven av professor Michael Bogdan.⁴ Den internationella processrätten är dock hos oss fortfarande en del av den internationella privaträtten och har förblivit ett område som processrättsforskare föga intresserat sig för.

Det är vanligt, både i Sverige och utomlands, att man särskiljer ämnet i delar, såsom internationell familjerätt, internationell arvsrätt och internationell förmögenhetsrätt. I den svenska internationella familjerätten, exempelvis, studeras svenska domstolars behörighet i internationella familjerättsmål, val av tillämplig lag för sådana mål samt erkännande av utländska familjerättsliga avgöranden och statusförhållanden.⁵ Ett sådant samlat grepp kan anses välmotiverat av hänsyn till frågeställningarnas nära samband (se ovan 1.1).

2.2 Rättskällorna

Rättskällorna i den internationella privaträtten är i princip desamma som för de övriga positivrättsliga delarna av den svenska rättsordningen, nämligen svenska lagar och andra författningar, svensk rättspraxis, svenska lagförarbeten, doktrin,

⁴ Likaså Karlgren, Kortfattad lärobok i internationell privat- och processrätt, femte upplagan, Lund 1979. Jfr Pålsson, Författningssamling i internationell privaträtt, sjätte upplagan, Lund 1993 och Pålsson, Rättsfallssamling i internationell privaträtt, femte upplagan, Lund 1991.

⁵ Ett lysande exempel är Pålssons bok "Svensk rättspraxis i internationell familje- och arvsrätt". Stockholm 1986.

o.s.v.⁶ En viktig skillnad är dock att stora delar av den svenska lagstiftningen på området grundar sig på internationella konventioner till vilka Sverige anslutit sig. Själva konventionstexten, dess förarbeten och annat konventionsrelaterat material får därmed särskild betydelse vid tolkningen och tillämpningen av denna lagstiftning.

På den internationella privaträttens område har *doktrinen* från första början spelat en mycket stor roll. Denna doktrins framträdande roll kan i stor utsträckning förklaras med brister i de andra rättskällorna. Betydande delar av den svenska internationella privaträtten faller fortfarande utanför lagreglering.⁷ Regelsystemet är fragmentariskt och i stora delar föråldrat. När även rättspraxis är mager, söks ledning i den juridiska litteraturen i ämnet. Många i lag icke reglerade frågor har aldrig prövats av HD, eller så har så lång tid förflutit sedan ett visst avgörande att dess prejudikatvärde blivit ovisst. Den internationellt privaträttsliga doktrinen har ofta påverkats av lösningar i utlandet, såsom dessa kommit till uttryck i lagstiftning, konventioner eller rättspraxis samt av ställningstaganden i utländsk doktrin. Vikten av internationellt godtagbara lösningar, vilket kan förutsätta omfattande rättsjämförelser, är en annan förklaring till doktrins inflytande på området.⁸

Det förekommer även att svenska domstolar, särskilt HD, söker ledning i utländska lösningar vid prövning av IP-rätts-

⁶ Se Bogdan, Svensk IP, s. 19. Ett nytt drag är att numera har även EG:s rättsakter betydelse inom den internationella privaträtts område.

⁷ En ändring är dock på gång (1996). Romkonventionen om tillämplig lag för avtalsförpliktelser förväntas inom kort bli införlivad med svensk rätt, vilket innebär lagfästa regler för flertalet avtalsförpliktelser. Inom Justitiedepartementet pågår arbete på heltäckande lagstiftning rörande internationella familjeförhållanden.

⁸ Karlgren gav den svenska internationellt privaträttsliga doktrinen ett lågt betyg och ansåg den kännetecknas av stor löslighet och av benägenhet för allmänna spekulationer av ofta rätt tvivelaktigt värde. Karlgren, s. 15. Inte minst på grund av Lennart Pålssons noggrant genomförda analytiska författarskap har denna kritik inte längre alls samma tyngd som tidigare. Den internationellt privaträttsliga doktrinen i Sverige är idag också av en helt annan volym än exempelvis p 1950- och 1960-talen. Redan på 1950-talet ansåg sig Eek kunna lovorda doktrins insatser på området. Eek, Minneskrift 1957, s. 112-113.

liga tvister.⁹ Vid internationellt privaträttsligt lagstiftningsarbete spelar utländskt material en framträdande roll.

Utomlands, särskilt i Tyskland, beskrivs den internationella privaträtten (i den ovan nämnda snäva bemärkelsen) ofta som "de lärdas rätt", som skapats och styrs av doktrinen ("Gelehrtenrecht", "an area of law for the happy few scholars").¹⁰ I Sverige har doktrinen inflytande visserligen varit stort, särskilt i början av 1900-talet då det fanns mycket litet lagstiftning i ämnet, men ämnet har inte utvecklats till en "professorsrätt" som domstolarna blint underkastar sig. Ämnet har också rykte att vara utomordentligt komplicerat, abstrakt och svåröverskådligt och har betecknats som rättsvetenskapens atomfysik.¹¹

2.3 Den internationella privaträttens metod

2.3.1 Sambandet mellan domsrätt, lagval och verkan av utländska avgöranden

I kontinentaleuropeisk teori står lagvalsfrågan i centrum, medan behörighetsfrågan och erkännandefrågan behandlas mer eller mindre styvmoderligt såsom varande av en lägre rang eller såsom hörande under processrätten. I svensk internationell privaträtt betraktas behörighetsfrågan såsom minst lika viktig som lagvalsfrågan, stundom till och med viktigare.¹² Detta är

⁹ Se t. ex. *NJA* 1990 s. 734. Sådan ledning söks dock även i rent interna mål när det svenska rättsläget är osäkert. Se t.ex. *NJA* 1995 s. 356 angående rätt till kvittning.

¹⁰ Se Flessner, *RabelsZ* 1970, s. 584: "Die Führerrolle der Wissenschaft ist erklärlich, denn das Internationale Privatrecht ist in der ganzen Welt wie kein anderes Rechtsgebiet seit jeher Gelehrtenrecht gewesen, dessen intellektueller Auktorität die Gerichte aus eigenem nichts entgegenzusetzen hatten."

¹¹ Se Kötz, *RabelsZ* 1970, s. 663.

¹² Se Pålsson, *Rec. des Cours* 1986:IV, s. 329. Om svensk rätt jämförs i detta hänseende med t.ex. tysk rätt, visar sig rättssystematiska skillnader vara av betydelse. I tysk rätt regleras lagvalsfrågorna huvudsakligen i EGBGB, d.v.s. introduktionslagen till den stora civilrättskodifikationen, BGB. Domsrättsfrågorna, däremot, regleras i den pro-

välgrundat redan av det skälet att om svensk domstol saknar behörighet är det tämligen ointressant, särskilt för de berörda parterna, hur lagvalsfrågan bedöms i Sverige.

När talan i en tvist av internationell karaktär väcks vid svensk domstol är, i princip, domstolens första uppgift att *ta ställning till sin behörighet*.¹³ Finnes den föreligga, är den nästa, specifikt internationellt privaträttsliga uppgiften att *välja tillämplig rättsordning*. Man kan nämligen hävda att domstolen inte utan vidare skall tillämpa svensk rätt, eftersom tvisten även har anknytning till utlandet. Om det redan finns ett utländskt avgörande mellan samma parter i samma sak, uppstår frågan om *avgörandets verkan i Sverige*. En sakligt sett föga tillfredsställande huvudregel i svensk rätt är att utländska avgöranden gäller här endast, om det finns stöd därför i svensk lag.¹⁴ Sådant stöd har varit begränsat och finns i regel endast som följd av av Sverige ratificerade internationella konventioner i förhållande till de övriga konventionsanslutna staterna. Följaktligen har utländska avgöranden sällan utgjort rättegångshinder i Sverige, utan deras värde har inskränkt sig till ett mer eller mindre starkt bevis i en ny process i Sverige.¹⁵

cessrättsliga lagstiftningen, i första hand i ZPO. En målsättning i svensk rätt, som kommer till uttryck särskilt i nyare IP-författningar, är att alla de IP-rättsliga spörsmålen bör regleras i samma lag; därmed bildar de också en sammanhängande helhet. Se t.ex. lagen (1985:367) om internationella faderskapsfrågor. Denna systematik förekommer redan i lagen (1937:81) om internationella rättsförhållanden rörande dödsbo.

¹³ Sådana domsrättsregler som skall iakttas ex officio av domstolen är dock relativt få. Ett exempel på en lagfäst regel är 8 § 2 st. NÅF, se *NJA* 1962 s. 305. Svensk rättspraxis ger vid handen att domsrätt i mål angående vårdnad om barn skall prövas ex officio även när det saknas lagfästa domsrättsregler, se *NJA* 1993 s. 65. – I dispositiva mål räcker det normalt för svensk domsrätt att svaranden går i svaromål utan att göra invändning om domstolens behörighet. Frågan har ansetts böra behandlas som andra rättegångshinder vars tillämpning är beroende av en partsinvändning. Se *SOU* 1987:18, s. 230.

¹⁴ Utländska statusavgöranden och liknande synes i tidigare svensk rättspraxis under vissa förutsättningar ha kunnat godtas även utan stöd i lag. Se t.ex. *NJA* 1967 s. 300 och *NJA* 1970 C 1064. Praxis skärptes dock på 1970-talet då HD fann stöd i lag vara ett villkor för erkännande. Se *NJA* 1974 s. 324 (faderskap inkl. underhåll) och *NJA* 1974 s. 629 I (vårdnad). Av 3 kap. 2 § i utskökningsbalken följer att utländska avgöranden inte får verkställas i Sverige utan stöd av lag.

¹⁵ Denna restriktiva inställning kan ifrågasättas och det förefaller sannolikt att det pågående reformarbetet avseende den svenska internationella familjerätten leder till mer liberala regler rörande erkännande (verkställighet) av utländska avgöranden.

Såsom inledningsvis påpekades är domsrättsfrågan, lagvalsfrågan och erkännandefrågan sammanflätade med varandra. Länkarna frågorna emellan bör nu klarläggas ytterligare.

I avsnitt 1.1 nämndes bl.a. hur en snäv behörighet respektive en vid behörighet brukar påverka lagvalet. Svensk rätt kännetecknas av en relativt liberal inställning till svenska myndigheters behörighet i utlandsanknutna fall. Möjligheten att få saken avgjord vid svensk domstol ses i stor utsträckning som en form av samhällsservice åt parterna. Denna service har ansetts böra erbjudas så snart det finns ett praktiskt behov eller ett rimligt intresse av att saken prövas av svensk domstol, även om det i och för sig finns en starkare anknytning till en annan stat.¹⁶ En följd av denna policy är att svensk domsrätt inte nödvändigtvis sammanfaller med tillämpningen av svensk rätt. Om anknytningen till en annan stat är starkare, kan det finnas goda skäl att tvisten avgörs i enlighet med den statens lag. Vilken styrka som tillmäts olika anknytningar (= för lagvalet relevanta omständigheter) framgår av de svenska lagvalsreglerna, som kan vara lagfästa eller skapade i rättspraxis.

Den ovan beskrivna återhållsamheten gentemot utländska avgöranden har följande, enligt många uppfattning obegripliga följd. Utan stöd i lag gäller ett utländskt avgörande inte i Sverige och kan inte heller verkställas här, fastän avgörandet härstammar från domstolen i det land, vars lag enligt svenska lagvalsregler är tillämplig och också grundats på den lagen! Om svensk domstol är behörig, tvingas den i stället att själv avgöra målet i enlighet med den tillämpliga utländska rätten. En sådan lösning förbiser processekonomiska argument och är föga rationell också på så sätt att man underkänner det avgörande som fattats av den tillämpliga lagens främsta uttolkare.¹⁷

¹⁶ Se t.ex. SOU 1983:25, s. 77-78 och prop. 1989/90:87, s. 28. Den internordiska regleringen har däremot utformats så att den behöriga myndigheten regelmässigt får tillämpa sin egen lag.

¹⁷ Se t.ex. NJA 1974 s. 324 (faderskap och underhåll) och NJA 1986 s. 119 (utomobligatoriskt skadestånd). Mycket borde tala för att det utländska avgörandet betraktas som bevis om innehållet i den tillämpliga lagen och godtas som tillfyllestgörande utredning, om inte i ett visst ärende starka skäl talar emot detta. Enligt familjessakkunnigas uppfattning får avgörandet i ett sådant fall en särskild tyngd. Av-

Starka skäl talar för att förutsättningarna för erkännande inte bör påverkas av om avgörandet grundats på den rätt som enligt svenska lagvalsregler är tillämplig.¹⁸ Allvarliga hinder för domars "rörlighet" skulle eljest uppstå, eftersom lagvalsregler som nationella regler kan skilja sig mycket från land till land. Med förbehåll för statusavgöranden finns det numera, i motsats till äldre rätt, en allmän tendens att frikoppla erkännandefrågan från lagvalsfrågan.¹⁹

2.3.2 Några lagvalsspörsmål

Kvalifikation

Antag att en gift man, som var medborgare i Storbritannien men sedan länge bosatt i Sverige, avlider här efter 1 juli 1990, d.v.s. efter den dag då lagen (1990:272) om vissa internationella frågor rörande makars förmögenhetsförhållanden trädde i kraft.²⁰ Det blir tvist om kvarlåtenskapen (som finns i Sverige

görandets bevisverkan kan t.o.m. vara så stark att gränsen till rättskraft förefaller härfin. Men eftersom det ändock endast rör sig om bevisverkan, har parterna full frihet att i en process i Sverige ta upp alla sak- och rättsfrågor och föra bevisning därom. Se SOU 1987:18, s. 154. Emedan beslutsunderlaget då kan bli ett annat kan också utgången bli en annan, fastän samma stats lag är tillämplig.

¹⁸ Att innehållsmässigt "rätt" lag tillämpats är dock relevant i äldre författningar. Se 2 kap. 12 § lagen (1937:81) om internationella rättsförhållanden rörande dödsbo (IDL), där som villkor för erkännande av ett utländskt avgörande rörande bodelning efter makes död, arv eller testamente gäller att avgörandet inte grundats på en lag vars bestämmelser strider mot den lag som enligt lagvalsreglerna i IDL varit tillämplig på rättsförhållandet. Detta villkor gäller dock endast i fråga om sådan egendom som vid dödsfallet fanns i Sverige. Enligt 4 § 3 p. i lagen (1936:79) om erkännande och verkställighet av dom som meddelats i Schweiz gäller som villkor för erkännande, när domen avser en person-, familje- eller arvsrättslig fråga, att domen inte grundats på en lag vars bestämmelser i ämnet strider mot den lag som enligt svenska lagvalsregler är tillämplig. Såsom bestämmelserna utformats torde i detta hänseende avgörande vara att utgången blivit densamma, som enligt den enligt svensk rättsuppfattning tillämpliga lagen.

¹⁹ Se Kropholler, IPR, s. 34 och de Boer, NILR 1993, s. 5 och s. 13. Se också SOU 1987:18, s. 151. I Bryssel- och Luganokonventionernas erkännanderegler får lagvalsfrågan relevans endast i de situationer som omfattas av art. 27(4) samt art. 34 st. 2 och är således av begränsad betydelse. Se närmare Pålsson, Bryssel- och Luganokonventionerna, s. 206-207.

²⁰ Har dödsfallet inträffat dessförinnan skall enligt lagens övergångsbestämmelser förmögenhetsförhållandena i äktenskapet underkastas bestämmelserna i lagen (1912:69) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskaps rättsverkningar.

och i England) mellan den efterlevande maken och makarnas gemensamma, vuxna barn. Barnen väcker talan vid svensk domstol och gör gällande att den avlidnes egendom i enlighet med engelsk rätt tillfallit dem. Änkan gör anspråk på att i enlighet med 1 kap. 1 § 1 st. ÄB få överta kvarlåtenskapen med fri förfoganderätt. Det har inte upprättats något förord angående förmögenhetsförhållandena i äktenskapet (= lagvalsförord eller äktenskapsförord) och inte heller testamente. Hur bedöms målet enligt svensk internationell privaträtt?

Domstolen skall först ta ställning till sin behörighet. Uppgiften är relativt enkel i ett fall som detta, eftersom det tycks klart omfattas av den lagfästa domsrättsregeln i 2 kap. 10 § 1 st. lagen (1937:81) om internationella rättsförhållanden rörande dödsbo (nedan: *IDL*). Enligt denna skall tvist om arv eller testamente eller om efterlevande makes rätt i dödsbo upptas av svensk domstol, såframt den avlidne var svensk medborgare eller hade hemvist här i riket eller när tvisten rör egendom som finns i Sverige. Avgörande för lagrummets tillämplighet är (a) att tvisten kan *kvalificeras* såsom avseende arv, testamente eller efterlevande makes rätt i dödsbo och (b) att det kan fastställas att den avlidne hade hemvist i Sverige. I vårt exempelfall utgår vi från att dessa kriterier är uppfyllda.

I målet grundar parterna sina anspråk på engelsk respektive svensk rätt. Lagvalsfrågan har således förts på tal av parterna själva och det är nu domstolens sak att avgöra vilket lands lag som skall tillämpas. Svaret anges av de svenska lagvalsreglerna (kollisionsreglerna). Men innan domstolen kan fastställa vilken lagvalsregel i svensk rätt som är tillämplig, måste den ha *subsumerat* den ifrågavarande tvistefrågan såsom hemma-hörande i någon lagvalsregels *tillämpningsled* (referensled). Just denna subsumtionsprocedur, där en tvistefråga utrustas med ett juridiskt epitet, brukar kallas för den internationellt privaträttsliga kvalifikationsfrågan.²¹

²¹ Se Bogdan, Svensk IP, s. 58-59. Språkbruket är dock vacklande och kvalifikation i lagvalssammanhang kan även beskrivas på ett annat sätt. Se t.ex. Göranson i Göranson & Jänterä-Jareborg, s. 19-22.

Eftersom målet inte bara handlar om arv utan också om efterlevande makes rättsställning, som är ett klart vidare begrepp, synes två lagvalsregler komma i fråga. Den första är regeln i 4 § i lagen (1990:272) om vissa internationella frågor rörande makars förmögenhetsförhållanden (nedan: LIMF): "Har tillämplig lag inte bestämts genom avtal, gäller lagen i den stat där makarna tog hemvist när de gifte sig." (1 st.) "Om båda makarna senare tagit hemvist i en annan stat och varit bosatta där i minst två år, tillämpas i stället den statens lag. Har båda makarna tidigare under äktenskapet haft hemvist i den staten eller är båda makarna medborgare i den staten, tillämpas dock den statens lag så snart de tagit hemvist i staten." (2 st.)

Den andra är bestämmelsen i 1 kap. 1 § 1 st. IDL: "Rätt till arv efter svensk medborgare varde, ändå att han ej hade hemvist i riket, bedömd enligt svensk lag. I avseende å arv efter medborgare i annat land gälle lagen i det landet."

Innan vi går vidare måste några elementära, men ändå grundläggande frågor besvaras. Varför har vi kommit på att just dessa två lagvalsregler är tillämpliga? Är meningen att båda två skall användas eller skall domstolen endast välja en av dem som tillämplig beroende på om tvisten anses handla om makars förmögenhetsförhållanden eller om arv?

Kvalifikationen sker normalt med utgångspunkt i domstolslandets lag (= lex fori), vilken princip gäller även i vårt exemplfall. Vi konfronteras då med det problemet att det inte finns någon lagvalsregel med ett så omfattande tillämpningsled som *efterlevande makes rättsställning*. I svensk materiell rätt består efterlevande makes rättsställning av dels äktenskapsrättsliga förmåner, dels arvsrättsliga förmåner, vilket i detta fall innebär att båda lagvalsreglerna är tillämpliga.

Lagvalsreglernas uppgift är att utpeka den tillämpliga rättsordningen. När denna rätt blivit fastställd, är uppgiften slutförd. För parterna, däremot, börjar först nu det väsentliga, nämligen *hur utgången blir* enligt den tillämpliga materiella lagen.

Antag att makarna varit bosatta i Sverige de senaste tjugofem åren. Det följer av 4 § 2 st. LIMF att svensk rätt är tillämp-

lig på makarnas förmögenhetsförhållanden och att giftorättsgemenskap gäller. (Det fanns ju inget äktenskapsförord.) Vid en bodelning tillfaller hälften av makarnas sammanlagda giftorättsgods den efterlevande maken. Vad som skall hända med den andra hälften, d.v.s. om den tillfaller änkan, eller barnen eller skall delas mellan parterna, skall avgöras i enlighet med engelsk rätt till vilken lagvalsregeln i 1 kap. 1 § 1 st. IDL hänvisar.

Vi återkommer till denna fråga längre fram i texten i samband med frågan om *ordre public*.

Renvoi

Den utredning som vidtas rörande innehållet i engelsk rätt visar, att enligt engelska lagvalsregler bedöms kvarlåtenskapens överföring enligt lagen i det land där den avlidne hade sin domicile (s.k. domicile of origin eller, om den inte längre gäller, domicile of choice). Efterlämnar han fast egendom (immovable property), gäller dock i denna del lagen i det land där fastigheten är belägen. Vi antar nu att den avlidne enligt engelsk rätt hade förvärvat domicile of choice i Sverige och att han också ägde en fastighet i Sverige. Skall domstolen, som är hänvisad till att tillämpa engelsk rätt, ta hänsyn till att de engelska lagvalsreglerna hänvisar frågorna till svensk rätt, och i slutändan ändå pröva rätten till arv enligt svensk materiell rätt? Vi har här att göra med frågan om *renvoi* eller *återförvisning*. Sådana här situationer är vanliga i internationella tvister, vilket beror på att lagvalsreglerna som nationella regler är olikartat utformade i olika länder.

Åtminstone sedan HD:s avgörande i plenimålet *NJA 1939 s. 96* har den svenska internationella privaträttens inställning till *renvoi* varit klart negativ. Målet handlade om arvsrätt till fast egendom i Sverige efter en i USA bosatt, men vid sin bortgång statslös person som var f.d. svensk medborgare. HD fann att målet var att pröva enligt delstaten Washingtons lag, där den avlidne hade haft sitt hemvist. HD ansåg det sakna betydelse att enligt hemviststatens internationella privaträtt arvsrätt till

fast egendom var underkastad lagen i det land där fastigheten var belägen, d.v.s. svensk rätt. Att svensk rätts inställning till renvoi är oförändrad, bekräftas av *NJA* 1969 s. 163 (tillämplig lag för rätten till utomobligatoriskt skadestånd). Därmed skall domstolen även i vårt exempel fall förbigå de engelska lagvalsreglerna.

Den svenska ståndpunkten kan tyckas vara märklig av flera skäl. Man kan exempelvis hävda att det är föga processekonomiskt att inte beakta utländska lagvalsregler, när dessa hänvisar till svensk rätt. Man kan också hävda att det är verklighetsfrämmande att hålla fast vid tillämpning av en utländsk rätt, när denna rätt enligt laglandets uppfattning inte är tillämplig. Är inte situationen i själva verket jämförbar med en felaktig tillämpning av den utländska rätten (jfr nedan i avsnitt 5.1.4 angående den lojala tillämpningens princip)?

Invändningar av denna typ har enhälligt förkastats i den svenska internationellt privaträttsliga doktrinen. Svenska lagvalsregler har inte avsetts omfatta främmande länders internationella privaträtt. Valet av anknytningsmoment i de svenska lagvalsreglerna (exempelvis medborgarskap eller hemvist) ger uttryck för vad man i *Sverige* bedömt vara den starkaste anknytningen för den sortens rättsfrågor. Det finns inte anledning att böja sig för en avvikande uppfattning i den tillämpliga utländska rättsordningens internationella privaträtt.²²

Ordre public

I ett ofta citerat uttalande likställde den tyske professorn Raape lagvalsreglers tillämpning med ett språng in i mörkret.²³ Som formella regler anger lagvalsreglerna endast vilket lands lag som skall tillämpas, medan det för parterna väsentliga – utgången i tvisten – förblir ovisst. Om liknelsen utvecklas

²² Den negativa inställningen till renvoi är dock inte helt utan undantag i svensk rätt. Se Bogdan, *Svensk IP*, s. 55-56. Av införlivande med svensk rätt av "renvoi-vänliga" EG-direktiv följer vidare allt fler undantag. Se t.ex. lagen (1993:645) om tillämplig lag för vissa försäkringsavtal där partsautonomi i vissa fall tillåts "i kraft av vidareförvisning".

²³ Raape & Sturm, s. 90.

vidare kan man säga att avgörande för huruvida man landar på benen, slår sig eller bryter nacken är vad innehållet råkar vara i den rätt som enligt forumstatens lagvalsregel är tillämplig.

Lagvalsreglerna, båda lagfästa och praxisbildade, är normalt allmänt tillämpliga, d.v.s. de gäller i förhållande till alla stater.²⁴ I en internationell tvist kan sålunda vilket som helst lands lag bli tillämplig, beroende på vad det finns för anknytning till utlandet. Eftersom de materiellrättsliga lösningarna kan skilja sig stort länderna emellan, har systemet från början behövt korrektiv som slår vakt om vissa grundläggande värderingar i forumstatens rättsordning. Denna uppgift sköts av s.k. ordre public-förbehåll, som ger möjlighet att helt eller delvis åsidosätta tillämpning av den utländska rätt som lagvalsregeln i lex fori hänvisar till. Ordre public-förbehållet gäller idag som en allmänt erkänd internationellt privaträttslig grundsats, som är väl förankrad i lagstiftning, rättspraxis och doktrin. Förbehållets innehåll och förutsättningarna för dess användning kan dock variera från rättsordning till rättsordning.

I svensk rätt går förbehållet ut på att en bestämmelse i utländsk rätt inte får tillämpas om tillämpningen skulle vara uppenbart oförenlig med grunderna i den svenska rättsordningen. Motsvarande gäller för avgörande som meddelats av en utländsk myndighet.²⁵ Av dessa krav följer en restriktiv tillämpning.²⁶ Enligt i svensk rätt rådande uppfattning skall be-

²⁴ Konventionsgrundade lagvalsregler kan däremot ha utformats på så sätt att de endast gäller i förhållande till de övriga konventionsstaterna. I svensk rätt gäller detta beträffande de internordiska lagvalsreglerna.

²⁵ Prövningen av förutsättningarna för erkännande är normalt summarisk. Således är det sällan fråga om att den myndighet som skall ta ställning till erkännandet behöver ge sig in på en bedömning av den utländska myndighetens bevisvärdering eller rättstillämpning. Av intresse i detta sammanhang är att det faktum att avgörandet grundats på felaktig rättstillämpning – och t.o.m. när det grundats på en felaktig tillämpning av den anmodade statens lag! – åtminstone hos oss normalt inte anses utgöra en sådan grund som av hänsyn till ordre public ger rätt att vägra erkännande. Se SOU 1987:18, s. 171. Enligt Bryssel- och Luganokonventionerna är det uteslutet att på denna grund under hänvisning till ordre public vägra erkännande, se art. 29. Pålsson, Bryssel- och Luganokonventionerna, s. 208-209.

²⁶ Se närmare, Bogdan, Svensk IP, s. 70 ff. När det gäller erkännande av utländska avgöranden har också s.k. *processuell ordre public* betydelse. Denna innebär att erkännande kan vägras om det har förekommit fundamentala brister i det utländska för-

dömningen ta sikte på *resultatet* i ett konkret fall. Knyter man an till liknelsen ovan, måste det snarast vara fråga om att man riskerar att "bryta nacken" för att ordre public-förbehållet kan användas. Förbehållet möjliggör således inte ett kategoriskt avvisande av en viss rättsordning eller vissa regler där, ens när dessa framstår som mycket främmande för svensk rättsuppfattning²⁷ eller medför en utgång som bedöms underlägsen svensk rätt. Av "resultatorienteringen" följer att bedömningen är kasuistisk och att vissa från svensk rätt avvikande regler kan godtas i ett fall men inte i ett annat.

Antag, exempelvis, att en vårdnadstvist mellan iranska makar är att pröva enligt lagen i Iran, där barnen för närvarande har sitt hemvist och vistas. Enligt iransk rätt tillkommer vårdnaden om barnet modern, tills barnet fyllt två år om det är en son, och sju år, om det är en dotter, medan vårdnaden därefter tillkommer fadern ensam.²⁸ Makarna har två döttrar, två och fyra år gamla. Förutsatt att den svenska domstolen finner modern som lämplig som vårdnadshavare, torde den utan vidare kunna grunda sitt avgörande på iransk lag och tillerkänna henne vårdnaden. Antag däremot att domstolen finner henne olämplig, men anser fadern lämpad för uppgiften. I så fall kan det finnas anledning att vägra tillämpa den iranska lagen såsom stridande mot svensk ordre public med hänvisning till barnets bästa.

Både 4 § LIMF och 1 kap. 1 § 1 st. IDL gäller generellt med undantag för vissa internordiska fall som underkastats särreg-

farandet, särskilt om den tappande parten inte har fått tillfälle att föra sin talan. Se SOU 1987:18, s. 132.

²⁷ I RH 1993:116 ansågs ett yrkande om betalning av mohar (= morgongåva) enligt islamsk rätt kunna prövas i Sverige utan hinder av att detta utgjorde ett s.k. typfrämmande rättsinstitut och bifallas utan hinder av reglerna om ordre public. I NJA 1993 s. 420 ansågs underhållsskyldighet mot vuxet barn enligt den tillämpliga utländska lagen inte strida mot svensk ordre public. I NJA 1986 s. 690 gjorde HD den bedömningen att det inte kunde anses strida mot svensk ordre public att här erkänna och verkställa ett utländskt avgörande avseende underhåll till barnbarn.

²⁸ Se RH 1993:53. Beskrivningen ovan av iransk rätt grundar sig på vad som framgår av det målets referat.

lering.²⁹ I vårt exempel fall hänvisades endast bedömningen av rätten till arv till utländsk rätt genom bestämmelsen i IDL. Antag att enligt den framlagda utredningen om innehållet i engelsk rätt en efterlevande make har en mycket stark arvsrättslig ställning, förutsatt att annat inte följer av den avlidnes testamente. Den efterlevande makens andel utgör £ 125 000, om den avlidne efterlämnar barn, och £ 200 000, om barn saknas. All bohagsegendom tillfaller denna make.³⁰

Innehållet i engelsk rätt är inte identiskt med den svenska rättens reglering i ÄB, men kan den sägas strida mot grunderna i den svenska rättsordningen? Svaret är ett tveklöst nej! Engelsk rätt ger på detta område uttryck för samma sorts värderingar som den svenska rätten. Båda rättsordningarna prioriterar den längst levande maken, när testamente saknas. Det får accepteras att barnens arvsrätt är beroende av om kvarlåtenskapens värde överstiger £ 125 000, när den avlidne inte har upprättat ett testamente till deras förmån. Visserligen kan det tyckas att den efterlevande maken blir överkompenserad i vårt exempel fall. Hennes starka arvsrättsliga ställning enligt engelsk rätt måste nämligen ses mot bakgrund av att hon inte kan ställa anspråk på den avlidnes egendom på grundval av egendomsordningen i äktenskapet, eftersom engelsk rätt bygger på total egendomsskillnad mellan makar. Nu får hon också det skydd som följer av giftorättssystemet vid en bodelning. Sådana här resultat (liksom motsatsen, en lika slumpartad underkompensation av den längst levande) kan undvikas endast genom att den efterlevande makens rättsställning underkastas en stats lag. Detta, i sin tur, har ansetts kräva en lagreform.³¹

I grunden handlar en ordre public-situation om en konflikt mellan grundläggande principer i forumstatens interna rätts-

²⁹ För dessa gäller förordningen (1931:429) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap, adoption och förmynderskap och lagen (1935:44) om dödsbo efter dansk, finsk, isländsk eller norsk medborgare, som hade hemvist här i riket, m.m.

³⁰ Administration of Estates Act 1925, med senare ändringar. Se Hamilton & Standley, s. 78-79.

³¹ Se närmare, Jänterä-Jareborg, Partsautonomi, s. 15-18 och s. 323-327. Se också familjelagssakkunnigas förslag till lag om internationella familjerettsfrågor, 5 kap. 5 § i SOU 1987:18.

ordning (materiell rätt, grundlag) och de bärande principerna i det internationellt privaträttsliga lagvalssystemet, nämligen att ett internationellt rättsförhållande bör vara underkastat lagen i den stat till vilken den närmaste anknytningen finns och att utländsk rätt härvidlag skall behandlas lika med inhemsk rätt. Inom familjerättens område kan olika religiösa, kulturella eller sociala värderingar mellan de berörda rättsordningarna strida mot varandra på ett sådant sätt att tillämpningen av ordre public-förbehållet aktualiseras, t.ex. i mötet mellan västeuropeisk och islamisk rätt.³²

2.3.3 Nationalitetsprincipen eller hemvistprincipen?

Vid valet av tillämplig lag för personrättsliga förhållanden har två principer dominerat i svensk internationell privaträtt, nämligen *nationalitetsprincipen* och *hemsistprincipen* (domicil-principen). Enligt den förra bedöms en persons rättsställning enligt lagen i det land där han eller hon är medborgare. Den senare principen fäster avgörande vikt vid lagen i det land där vederbörande har sitt hemvist. Båda bygger på idén att en människas personrättsliga förhållanden bör vara underkastade lagen i det land till vilket hon har starkast anknytning. Det är dock inte bara fråga om lagvalsprinciper, utan man kan säga att de i väsentlig utsträckning även styr domsrättsfrågan i familjemål. Vid bedömningen av domsrättsfrågan kan i viss utsträckning båda principerna beaktas medan vid lagvalsfrågans bedömning normalt den ena eller den andra är utslagsgivande.

³² "Without any value judgment it can hardly be admitted as a principle that European family laws and Islamic family regulations are equivalent and therefore interchangeable." Vischer, Rec. des Cours 1992:I, s. 29. På det hela taget anses ordre public-synpunkter göra sig mindre starkt gällande när det redan finns en utländsk dom, vars erkännande står på spel, än när rättegången förs i forumlandet och en part yrkar en motsvarande dom grundad på den främmande rätten. Det finns en tendens att göra en klar skillnad mellan å ena sidan att godta ett redan uppkommet rättsläge och, å andra sidan, att aktivt medverka till att skapa samma rättsläge. Se SOU 1987:18, s. 152-153.

Den internationella privaträtten började i Sverige att utvecklas som ett särskilt rättsområde först mot slutet av 1800-talet. Avgörande för denna utveckling var det arbete som år 1893 påbörjats vid Haagkonferensen för internationell privaträtt.³³ År 1903 ratificerade Sverige tre familjerättsliga konventioner antagna vid Haagkonferensen. Dessa tre konventioner, nämligen (1) konventionen för lösande af konflikter mellan lagar och jurisdiktioner i fråga om äktenskap, (2) konventionen för lösande af konflikter mellan lagar och jurisdiktioner i fråga om skillnad i äktenskap och ständig skillnad till säng och säte, samt (3) konventionen angående förmynderskap för minderåriga, samtliga från 1902, resulterade i införandet av lagen (1904 nr. 26 s. 1) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap och förmynderskap (nedan: IÄL). Senare ratificerade Sverige även konventionen rörande äktenskaps personliga och förmögenhetsrättsliga verkningar och konventionen om omyndighetsförklaring och liknande åtgärder, vilka införlivades i svensk rätt genom lagen (1912:69) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskaps rättsverkningar och genom ändringar i IÄL. Därmed hade Sverige blivit part i samtliga familjerättsliga Haagkonventioner från tiden före det andra världskriget.

De ovan nämnda Haagkonventionerna byggde på nationalitetsprincipen vilket genom Sveriges tillträde innebar principens definitiva genombrott i svensk internationell privaträtt. Av särskild betydelse var att de implementerande svenska lagarna inte begränsades till att gälla endast i förhållande till andra fördragsslutande stater utan gavs allmän tillämplighet. Detta skedde antingen direkt, såsom beträffande 1904 års lag, eller indirekt, genom analogisk tillämpning utanför de konventionsreglerade förhållandena, såsom i fråga om 1912 års lag. Kulmen för nationalitetsprincipens frammarsch i Sverige var antagandet av lagen (1937:81) om internationella rättsförhållanden rörande dödsbo, som i väsentliga hänseenden bygg-

³³ Se Stadga för Haagkonferensen för internationell privaträtt, Haag 31.10.1951, SÖ 1953:71. Konferensens bakgrund, organisation och verksamhet beskrivs av van Loon i SvJT 1993, s. 293-307.

ger på nationalitetsprincipen fastän fråga var om autonom, icke-konventionsgrundad lagstiftning.

Hädanefter bevittnar vi en gradvis nedgång till hemvistprincipens förmån. Denna vändning berodde bl.a. på följande:

En orsak var att nationalitetsprincipen kom att strida mot utvecklingen i svensk materiell rätt. En sådan situation aktualiserades först i mål om äktenskapsskillnad, sedan den svenska interna skilsmässolagstiftningen liberaliserats. Enligt IÅL kunde en svensk medborgare som gift sig med en utlänning inte beviljas skilsmässa i Sverige fastän grund därtill förelåg enligt svensk rätt, om inte den andra makens nationella lag medgav skilsmässa. För att komma undan sådana konsekvenser drog sig Sverige ur äktenskapsskillnadskonventionen år 1933.³⁴ Motsvarande komplikationer uppstod också beträffande andra i Haagkonventionerna reglerade frågor och Sverige fann det så småningom motiverat att upphäva samtliga av dessa konventioner.

En annan orsak var att Sverige vid tiden för det andra världskriget omvandlades från ett *utvandringsland* till ett *invandringsland*. Det var fråga om en förändring som sedermera bestått. Sverige är idag ett multinationellt samhälle med drygt 500 000 utländska medborgare från alla delar av världen.³⁵ I ett sådant samhälle stöter tillämpning av nationalitetsprincipen på flera problem. Principen har för det första förlorat sin tidigare klarhet. Vid sidan av statslösa finns det ett växande antal invånare med dubbelt medborgarskap.³⁶ Den innebär också en stor arbetsbörda för domstolarna och andra rätts-tillämpande myndigheter som måste vara beredda att tillämpa alla länders lagar. Det är dessutom tveksamt om den kan motiveras av hänsyn till partsintressena, eftersom människor bosatta i ett annat land i regel har svårt att hänga med rätts-utvecklingen i medborgarskapslandet och brukar anpassa sitt

³⁴ Se NJA II 1933, s. 713-715 och NJA II 1934, s. 423.

³⁵ Vid utgången av år 1994 var Sveriges befolkning 8 816 381 invånare av vilka 537 441 var utländska medborgare. Källa: SCB.

³⁶ Antalet personer med dubbla medborgarskap har uppskattats till 100 000 personer i Sverige och till flera miljoner i Västeuropa. Prop. 1989/90:87, s. 18.

handlande till hemviststatens lagar. Härtill kommer att utredningen om innehållet i utländsk rätt är förknippad med många praktiska problem och regelmässigt innebär tidsutdräkt, ökade kostnader och ofta också ett sämre juridiskt beslutsunderlag.

Hemvistprincipens frammarsch har varit påtaglig i all lagstiftning och i rättspraxis från och med början av 1970-talet.³⁷ Den utgör idag den klart dominerande domsrätts- och lagvalsgrunden i svensk internationell familjerätt. Fråga är om en omvärdering av vad som utgör den starkaste personrättsliga anknytningen. Således förklaras det numera att en person normalt har starkare anknytning till det land där han eller hon lever än till medborgarskapslandet. Som ytterligare argument brukar anges att hemvistprincipen möjliggör en tillämpning av familjerättsliga regler som står i samklang med sociala värderingar och lagstiftning i den miljö där personen i fråga lever och till vilken vederbörande har anpassat sig.³⁸

2.4 Om bokens terminologi

Den internationella privaträtten bygger sedan gammalt på en säregen terminologi, som man inte möter på andra positivrättsliga områden. En central roll spelas av *lagvalsregler* som utpekar tillämplig rättsordning. En mer ålderdomlig, av den tyska doktrinen lånad beteckning för dessa regler är *kollisionsregler*. Den av lagvalsregeln angivna tillämpliga rättsordningen kallas ofta för *statut* (vårdnadsstatut, avtalsstatut, e.dyl. beroende på rättsfrågans art). I den internationellt privaträttsliga doktrinen världen över är latinska standarduttryck vanliga.³⁹ Exempelvis används uttrycken *lex patriae* och *lex domicilii* i stor utsträckning som beteckning för medborgarskapsstatens lag respektive hemviststatens lag. Även i övrigt har terminologin

³⁷ Undantaget är namnfrågorna, där nationalitetsprincipen fortfarande spelar en väsentlig roll. Se 50 § namnlagen (1982:670) och prop. 1982/83:38, s. 7. Jfr RH 1993:2.

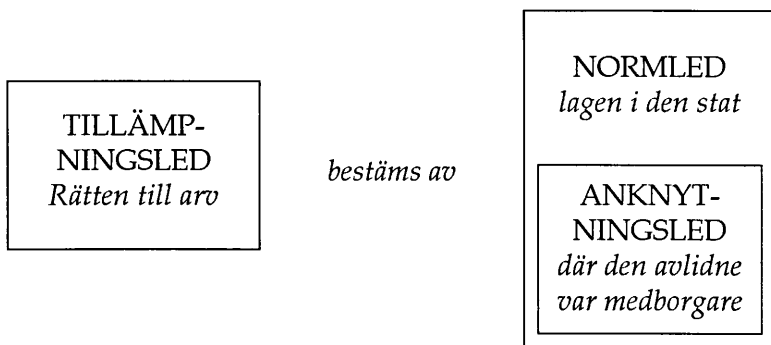
³⁸ Se t.ex. prop. 1989/90:87, s. 16-17.

³⁹ En förteckning över de viktigaste uttrycken finns i Bogdan, Svensk IP, s. 36-37.

en stark internationell prägel. Det mest iögonenfallande i svensk doktrin är kanske ett antal franska standarduttryck, såsom *ordre public* och *renvoi*.

I denna bok definieras specifikt internationellt privaträttsliga uttryck i de sammanhang där de aktualiseras. Några uttryck är emellertid så väsentliga och av betydelse för hela studien att det är angeläget att redan här göra klart för läsaren vad de står för.

En *lagvalsregel*, som i ett utlandsanknutet fall utpekar den utslagsgivande rättsordningen, kan delas upp i tre s.k. *led*. Som exempel kan användas en traditionell typ av lagvalsregel, såsom bestämmelsen i 1 kap. 1 § 1 st. IDL.



Tillämpningsledet anger vilka frågor som faller under regelns tillämpningsområde. *Normledet* pekar ut den tillämpliga rättsordningen med hjälp av *anknytningsledet* som fastställer vilket anknytningsmoment till en viss stat som avgör lagvalet.

Eftersom denna studie handlar om tillämpning av utländsk rätt, är det naturligt att intresset fokuseras på *normledet* i upp-

delningen ovan. En självklar fråga är då, vad som menas med "lagen" i den stat där den avlidne var medborgare. Nyckelordet i normledet är just den anvisade "lagen". Detta uttryck står för alla de lagfästa och praxisskapade regler som gäller i den utpekade staten angående rätten till arv.⁴⁰ Denna "lag" anses böra tolkas och tillämpas på samma sätt som gäller i laglandet, d.v.s. den stat vars lag det handlar om. Detta innebär att i princip alla där gällande rättskällor skall beaktas och dess tolkningstraditioner respekteras.⁴¹ En sådan rättstillämpning brukar i internationell privaträtt kallas för den lojala tillämpningens princip.

Enligt sin ordalydelse utpekar de svenska lagfästa lagvalsreglerna genomgående en viss stats "lag" som tillämplig, fastän det egentligen vore mer korrekt att de uttryckligen hänvisade till en viss stats rätt eller rättsordning. En lagvalsregels hänvisning till en viss stats lag inskränker sig ju enligt vedertagen uppfattning aldrig till skriven lag. Språkbruket är dock etablerat och innebär, när en lagvalsregel sägs hänvisa till utländsk lag, att man talar om *utländsk lag* och *utländsk rätt* i samma vida bemärkelse.

Andra uttryck som normalt används synonymt med "utländsk lag" respektive "utländsk rätt" (rättsordning) är *främmande lag* och *främmande rätt*. Så görs även i denna studie, inte minst i syfte att åstadkomma variation i språkbruket.

I en *flerrättsordning*, d.v.s. en stat där parallella rättsordningar gäller för olika geografiska områden, exempelvis delstater (såsom i USA), eller för olika befolkningsgrupper, exempelvis på grundval av religiös tillhörighet (t.ex. Israel), anses uttrycket "främmande rätt" ha en vidare innebörd än "utländsk rätt". Främmande rätt omfattar då även de inhemska regler som skiljer sig från reglerna på domstolens jurisdiktionsområde eller som gäller för den egna befolk-

⁴⁰ Undantaget är internationellt privaträttsliga regler, som i svensk rätt inte innefattas av en lagvalsregels hänvisning till utländsk rätt.

⁴¹ Se också Eek, *Lagkonflikter I*, s. 189, enligt vilken en utländsk lag i "importlandet" i princip skall tillämpas under hänsynstagande till alla de omständigheter som skulle vara av betydelse vid ett avgörande av domstol i det främmande landet.

ningsgruppen. Detta språkbruk har ingen omedelbar relevans i Sverige som är en enhetlig rättsordning.

Viktiga uttryck i boken är vidare *forumstaten*, *forumstatens lag* (*lex fori*) samt *laglandet*. Med forumstat avses den stat där en rättstvist slits (= domstolslandet) eller där ett ställningstagande görs utanför process, exempelvis angående vilka lagvalsregler som gäller där eller rörande verkan av ett utländskt avgörande i den staten.⁴² Den interna rätten i denna stat brukar i internationellt privaträttsliga sammanhang kallas för forumstatens lag, *lex fori*. Laglandet står för den stat vars rätt enligt den tillämpliga lagvalsregeln skall användas. Laglandet kan vara både forumstaten eller en främmande stat, beroende på om lagvalsregeln hänvisar till *lex fori* eller till utländsk rätt.

⁴² Om erkännande (verkställighet) begärs och medges i en viss stat, kan man också tala om *erkännandestaten* (verkställighetsstaten). Är det fråga om internationellt samarbete kallas denna stat stundom för den *anmodade staten*. Den stat från vilken ansökan om erkännande/verkställighet härrör kallas då för den *ansökande staten*.

3. Varför tillämpas utländsk rätt?

"The purpose of private international law is to make possible the application, within the territory of the state, of the law of foreign states. This is an object directed by considerations of justice, convenience, the necessities of international intercourse between individuals and, indeed, as has occasionally been said, by an enlightened conception of public policy itself."¹

3.1 Olika förklaringsmodeller

Enligt den kontinentaleuropeiska synen är lagvalsfrågan den internationella privaträttens huvudfråga.² Tillämpningen av utländsk rätt står i förgrunden; ämnet kan till och med sägas gå ut på att skapa förutsättningar och utrymme för användning av utländsk rätt. Lagvalsfrågan dominerar inte på samma sätt i den svenska internationella privaträtten, även om den också hos oss varit det mest uppmärksammade internationellt privaträttsliga spørsmålet.³

¹ Lauterpacht i det s.k. *Boll*-målet mellan Sverige och Nederländerna, som avgjordes av den Internationella Domstolen i Haag år 1958. ICJ Reports, 1958, s. 94.

² Se ovan, avsnitt 2.3.1.

³ Sålunda skriver Bogdan: "Den svenska internationella privaträttens huvuduppgift är att fastställa vilka rättsförhållanden som skall prövas enligt främmande rätt och vilken främmande rättsordning det i så fall skall röra sig om." Bogdan, *Svensk IP*, s. 22. Se också prop. 1989/90:87, s. 9: "Den svenska internationella familjerättens huvuduppgift är att fastställa vilka rättsförhållanden med utländsk anknytning som skall prövas enligt främmande rätt och vilken främmande rättsordning det i så fall blir fråga om." - Gihl, *Studier*, s. 357-358, definierar den internationella privaträtten som "sammanfattningen av de till den nationella rätten hörande regler, i kraft varav ett lands dom-

Trots fokuseringen på lagvalsfrågan och tillämpningen av utländsk rätt har det varit svårt att finna en allmänt godtagen förklaring till *varför* utländsk rätt skall tillämpas.⁴ Åtskilliga teorier har lanserats under århundradens lopp. Vissa av dem har haft mycket stort inflytande under en viss period, för att sedan modifieras eller förkastas av de kommande juristgenerationerna.⁵

3.1.1 Comitas gentium

En förklaring som haft mycket stort inflytande är den holländska skolans (1600-1700-talet) teori om s.k. *comitas gentium*. Denna teori underströk staternas suveränitet också vid bedömningen av utlandsanknutna rättsfrågor, varför det inte kunde vara fråga om en skyldighet att använda främmande rätt. Problemet, enligt detta synsätt, var att staternas suveränitetsanspråk kom i konflikt med varandra. För att samexistens och internationell samfärdsel skulle vara möjliga ansågs *internationell hövlighet* (älskvardhet mot främmande stater, *comitas gentium*) kräva att domstolarna i viss utsträckning var beredda att använda utländsk rätt.⁶ Härtill kom förväntningarna om reciprocitet: om lagen i staten A beaktades i staten B, hade staten B större anledning att räkna med att dess lag i en motsvarande situation skulle respekteras i staten A.⁷

stolar tillämpa främmande rätt på ett förhållande, som innefattar ett främmande element”.

⁴ “The question therefore is: what reasons can, under certain circumstances, make it necessary to apply foreign law? It may be astonishing to note that a uniform answer to this question has not been established.” Vischer, *Rec. des Cours* 1992:I, s. 24.

⁵ En redogörelse för olika teorier ges av von Bar, *FS Laurent*, s. 1167 ff. Se även Gihl, *Studier*, s. 332-338.

⁶ I denna del kan man måhända hävda att fråga var om en princip som kunde härledas från *övernationella regler*. Se Vischer, *Rec. des Cours* 1992:I, s. 24. Se även Gihl, *Historia*, s. 153-159; Karlgren, s. 21-22 och Bogdan, *Svensk IP*, s. 25.

⁷ Intressant nog förekommer denna sorts resonemang även i modern svensk rättspraxis. Se *NJA* 1984 s. 693 (s. 699) angående verkan i Sverige av en säkerhetsöverlåtelse (av en bil) som lagenligt ägt rum i Tyskland. En beredvillighet från svensk sida att reciprokt beakta rättigheter som är skiftade utomlands påpekades av HD vara en förutsättning för att svenska säkerhetsrätter skulle gälla utomlands. – Generellt kan konstateras att det stundom är svårt att skilja mellan ”den internationella samfärdsels krav” som argument för tillämpning av utländsk rätt och reciproka förvänt-

3.1.2 Läran om välförvärvade rättigheter

Comitas gentium-teorin utvecklades i de anglo-amerikanska länderna till *läran om välförvärvade rättigheter* (vested rights), enligt vilken rättigheter som förvärvats i ett land i enlighet med där gällande lag också skulle erkännas i andra stater. I denna modell är det inte direkt fråga om att *tillämpa* främmande rätt, utan snarare om att godta det resultat som föranletts av en utländsk lag. Från domstolens synpunkt är det således fråga om huruvida en viss rättighet har uppkommit eller, såsom det uttryckts i engelsk doktrin, huruvida ett visst *faktum* existerar.⁸ Detta sätt att se på utländsk rätts tillämplighet är fortfarande av viss relevans i common law-staterna. Även i svensk och kontinentaleuropeisk internationell privaträtt strävar man att i möjligaste mån erkänna i utlandet uppkomna statusförhållanden och där förvärvade rättigheter.⁹

3.1.3 von Savignys lagvalssystem

På den europeiska kontinenten ersattes comitas gentium-teorin av ett, såsom systemet senare kom att utvecklas, väsensskilt sätt att se på internationella förhållanden och tillämpning av utländsk rätt. Upphovsmannen till det nya systemet var tysken Friedrich Carl von Savigny, som presenterade sina idéer i en år 1849 utgiven bok.¹⁰ I huvuddrag gick dessa ut på följande:

(a) Varje rättsförhållande har sitt "säte" ("Sitz des Rechtsverhältnisses"), d.v.s. sin geografiska tyngdpunkt, i en viss rättsordning.

ningar om att få den egna lagen respekterad utomlands. Detta gäller särskilt i fråga om "välförvärvade rättigheter".

⁸ Se Fentiman, LQR 1992, s. 143-144.

⁹ Det bör påpekas att det inte alltid går att tydligt skilja mellan tillämpning av utländsk rätt och erkännande av utomlands förvärvade rättigheter. I många fall skall domstolarna nämligen pröva de utomlands förvärvade rättigheterna enligt utländsk rätt. Se Bogdan, Svensk IP, s. 25 och s. 27-28.

¹⁰ Fråga var om åttonde bandet av von Savignys stora verk "System des heutigen Römischen Rechts".

(b) Ett rättsförhållandes geografiska tyngdpunkt kan fastställas enligt allmänt gällande objektiva kriterier.

(c) Varje stat har en förpliktelse att bedöma rättsförhållandet enligt lagen i det land där denna tyngdpunkt finns.

(d) Av de enhetliga kriterierna (reglerna) följer *internationellt enhetliga avgöranden*.

Som det mest revolutionerande draget i von Savignys lära har betraktats idén om att lagvalet utgår från det *rättsförhållande* (sakförhållande) som skall bedömas. Systemet går ut på att fastställa den rättsordning som det förhandenvarande fallet (rättsförhållandet) skall underkastas. Dessförinnan frågade man, med *lagen* som utgångspunkt, huruvida dess tillämpningsområde även omfattade gränsöverskridande fall.¹¹ Enligt denna s.k. statutteori delades lagarna i tre kategorier, nämligen *statuta personalia*, *statuta realia* och *statuta mixta*.¹² *Statuta personalia* bestod av regler vilka hänförde sig till en persons personliga förhållanden och ansågs följa med honom oavsett i vilket land han befann sig. Om sålunda X, som var undersåte i staten A, ämnade ingå äktenskap i staten B, innefattades frågan om X:s behörighet att gifta sig av A-statens lag som hennes *statuta personalia*. *Statuta realia* avsåg egendom, framför allt fast egendom, och ansågs vara tillämplig på all egendom inom en viss stat. Med *statuta mixta* avsågs regler som inte klart kunde hänföras under den ena eller den andra av de två övriga kategorierna. I denna grupp inordnades inte minst regler som hade med rättshandlingar att göra. Reglerna i denna kategori hämtades huvudsakligen från *lex fori*.

¹¹ "Savignys größte Bedeutung beruht wohl in dem Wechsel der Fragestellung", skriver Gamillscheg, s. 254. Se även Neuhaus, *RebelsZ* 1982, s. 6-9 och Gihl, *Historia*, s. 201-202. Det spelar utan tvekan en väsentlig roll (a) om utgångspunkten är att leta efter tillämplig lagvalsregel med hänsyn till *rättsförhållandets* karaktär eller (b) om utgångspunkten är att fastställa tillämpningsområdet för en viss materiellrättslig författning i *lex fori* eller i en utländsk rättsordning. Det är sällsynt att det skulle gå att läsa ut ur materiellrättsliga lagregler i vilken utsträckning de är avsedda att tillämpas i mål med utlandsanknytning. Tvärtom är det sedan länge väletablerat i svensk rätt att man i IP-mål skall komma fram till tillämplig rättsordning, också när det gäller svensk lag, genom lagvalsreglernas förmedling.

¹² Se Gihl, *Historia*, s. 102-134; Bogdan, *Svensk IP*, s. 24-25 samt Ferid, *IPR*, s. 42.

Ett annat revolutionerande drag var att enligt von Savigny skulle skillnad inte göras mellan inhemsk och utländsk rätt utan de skulle i princip komma till användning under likartade förutsättningar. Tillämpningen av utländsk rätt var snarast att uppfatta som en folkrättslig skyldighet grundad på gemenskapen mellan kristna nationer.¹³ En främmande rättsordning kunde visserligen inte "göra anspråk" på tillämpning vid en annan stats domstol, men praktiska skäl och den internationella samfärdselns krav talade för att den beaktades. I denna del synes resonemanget vara påtagligt influerat av den holländska skolans idéer.¹⁴

von Savignys inflytande på utvecklingen i kontinentaleuropeisk internationell privaträtt har varit enastående och känns tydligt än idag. Numera talar man om att utlandsanknutna rättsförhållanden skall bedömas enligt lagen i den stat till vilken rättsförhållandet har den närmaste (starkaste) anknytningen, vilket kan betraktas som ett modernt sätt att se på var ett rättsförhållande har sitt "säte". Idén om att det i detta sammanhang skulle finnas särskilda skyldigheter gentemot "civiliserade (kristna) nationer" är dock utagerad liksom huvudsakligen tänkesättet att utländsk rätt tillämpas av hövlighet mot utländska stater. Avgörande är i stället vad som anses ändamålsenligt ur forumlandets synvinkel. Exempelvis Bogdan skriver att man "tillämpar utländsk rätt därför att man ur domstolslandets egen synvinkel anser att det är lämpligt, inte därför att främmande stater kräver eller förväntar sig en sådan tillämpning".¹⁵ "Lämpligheten" består i detta fall av till vilket

¹³ von Savigny, s. 26-27.

¹⁴ Också enligt von Savigny kunde tillämpningen av "sätets" lag, utan diskriminering av främmande rätt, ses som en välvillig eftergift mellan suveräna stater ("freundliche Zulassung unter souveränen Staaten"). von Savigny, s. 28. Likheterna mellan von Savigny och den holländska skolan framhävs också av Siehr, FS Zajtay 1982, s. 420. Se även Gihl, Historia, s. 206-207.

¹⁵ Bogdan, Svensk IP, s. 27. Resonemangets likhet med exempelvis Zajtays är påfallande: "Die Anwendung des ausländischen Rechts stellt sich dem Richter nicht wie ein Problem staatlicher Souveränität und die Grundlage der Anwendung des ausländischen Rechts befindet sich in der lex fori selbst. Denn der Richter gehorcht immer seinem eigenen Gesetzgeber; er gehorcht diesem auch dann, wenn er ausländisches Recht anwendet, da er in diesem Fall die Anordnung der Kollisionsnormen der lex fori durchführt." Zajtay, ZfRV 1971, s. 271. Föreställningen om att det rör sig om in-

land den närmaste anknytningen enligt forumstatens uppfattning bedömts finnas med hänsyn tagen till i forumlandet rådande rättspolitiska målsättningar. Resonemanget måste ses mot bakgrund av att den internationella privaträtten (mot von Savignys förmodan) utvecklats till ett nationellt rättsområde och att forumstatens domsrätt kan omfatta fall där anknytningen till den egna staten är svag.

Resonemanget kan dock fortfarande röra sig på ett mera allmänt, t.o.m. "övernationellt plan", såsom i Lauterpachts ovan citerade uttalande; man åberopar då skäl såsom rättvisehänsyn, lämplighet och, inte minst, den internationella samfärdselsns krav.¹⁶ Rör det sig om ett internationellt rättsförhållande får det inte utan vidare "nationaliseras", vilket skulle ske om domstolen direkt tillämpade forumstatens materiella rätt. Med

kräktande på forumstatens suveränitet i bemärkelsen av ett intrång i dess egen rättsordnings tillämplighet, har dock visat sig vara djuprotad. Se t.ex. von Bar, FS Laurent, 1989, s. 1176, som anser det ligga en del i kritiken. I engelsk rätt anmärkte Dicey: "Rules prevailing in other countries ... are not laws to us at all, since they do not rest on the authority of our own state." Främmande rättsregler var i stället att betrakta som faktiska omständigheter, en föreställning som än idag är vanlig i engelsk rätt. Se nedan, avsnitt 6.6.4. – Frågan kom till diskussion på 1970-talet i Österrike i samband med landets stora internationellt privaträttsliga kodifikation. Den föreslagna internationellt privaträttsliga lagstiftningens *grundlagsenlighet* blev ifrågasatt på grund av att reglerna kunde medföra tillämpning av utländsk rätt. Under hänvisning till att utländsk lag inte hade antagits av österrikiska lagstiftningsorgan och inte heller hade på vederbörligt sätt promulgerats i Österrike, ansågs utländsk rätts tillämpning sakna legitimitet. Praktiska behov och det faktum att utländsk rätt sedan gammalt hade tillämpats vid österrikiska domstolar ansågs till slut väga tyngre än dessa invändningar och lagen kunde antas. Se Schwind, RabelsZ 1990, s. 256-258. – Av de teorier som lanserats för att förklara tillämpning av utländsk rätt på den europeiska kontinenten, bör nämnas teorin om "rinvio ricettizio" (integrationsteorin), enligt vilken domstolen integrerar med den egna rättsordningen den utländska lag som den är anvisad att tillämpa och således använder denna som inhemsk ("naturaliserad") lag. Enligt en annan variant av samma teori utgör den av lagvalsreglerna anvisade utländska lagen "modellen" för den "inhemska lag" som avgörandet grundas på. Mot denna teori står den s.k. *kompetensteorin* enligt vilken lagvalsreglerna är att betrakta som regler om en rättsordnings kompetens; i den något äldre svenska IP-doktrinen kallas lagvalsregler följaktligen stundom för *kompetensregler*. Se t.ex. Hassler & Nial, s. 1-2. En sådan teori skapar lätt det intrycket att utanför eller ovanpå de olika rättsordningarna finns normer om deras inbördes kompetens, vilket inte är fallet. Se Eek, Lagkonflikter I, s. 135. Se också Zajtay, ZfRV 1971, s. 271.

¹⁶ "It is important to note that the application of foreign law is not only a logical way of sanctioning certain specific legal relationships – it also represents a necessary gesture aiming to sustain a delicate international balance of interests and prides." Varady, FS Zajtay, s. 490. Se även Jokela, FS Merryman, s. 397-399. Enligt Jokela har den offentliga internationella rätten blivit allt viktigare i privatpersoners gränsöverskridande förhållanden.

hänsyn till rättsförhållandets internationella karaktär måste det i stället finnas både möjlighet och utrymme till användning av utländsk rätt. En allmän uppfattning, när det gäller konventionsgrundade lagvalsregler, är att staten genom sin konventionsanslutning har åtagit sig en folkrättslig skyldighet att tillämpa främmande rätt. Denna synpunkt har kommit i skymundan i modern svensk internationell privaträtt.

3.2 von Savignys arv i modern internationell privaträtt

3.2.1 Den starkaste anknytningens lag

Enstämigheten är påtaglig i kontinentaleuropeisk och nordisk internationell privaträtt rörande de formella grunderna för tillämpningen av utländsk rätt: varje privaträttsligt förhållande bör vara underkastat lagen i den stat till vilken den starkaste (mest relevanta) anknytningen finns. Denna grundidé kommer till uttryck såväl i nyligen genomförda internationellt privaträttsliga kodifikationer¹⁷ som i nya internationella lagvalskonventioner, såsom EG:s konvention om tillämplig lag för avtalsrättsliga förpliktelser.¹⁸ Det rör sig om ett mera tidsenligt sätt att uttrycka von Savignys idé om tillämpningen av lagen i

¹⁷ Se t.ex. § 1 i den österrikiska IP-lagen från 1978, Bundesgesetz vom 15. Juni 1978 über das internationale Privatrecht, här återgiven i engelsk översättning utgiven i AJCL 1980, s. 222 ff.: "Factual situations with foreign contacts shall be judged, in regard to private law, according to the legal order to which the strongest connection exists. The special rules on the applicable legal order which are contained in this Federal Statute (conflicts rules) shall be considered as expressions of this principle."

¹⁸ Se art. 4 i den s.k. Romkonventionen från 1980, som trädde i kraft 1991. "I den utsträckning tillämplig lag för avtalet inte har valts i enlighet med artikel 3 skall avtalet regleras av lagen i det land som avtalet har närmast anknytning till. Om en del av avtalet kan skiljas från resten av avtalet och denna del har närmare anknytning till ett annat land kan dock lagen i detta land genom ett undantag tillämpas på denna del." (Art. 4 st. 1 såsom den återges i Ds 1996:7.) I artikelns andra till fjärde stycken anges ett antal presumptionsregler rörande till vilket land ett avtal skall anses ha närmast anknytning. Enligt art. 4 st. 5 skall dessa presumptionsregler inte tillämpas om omständigheterna visar att avtalet har närmare anknytning till ett annat land.

rättsförhållandets geografiska tyngdpunkt. Detta sätt att närma sig lagvalet har kännetecknat kontinentaleuropeisk internationell privaträtt under hela 1900-talet. I tysk doktrin talar man om strävan efter *internationellt privaträttslig rättvisa*: internationella rättsförhållanden skall underkastas lagen i den närmast anknutna staten även om detta innebär resultat som skiljer sig från *lex fori*.¹⁹

3.2.2 Likställighetsprincipen

Även på ett annat sätt är von Savignys inflytande fortfarande stort. Enligt honom skulle ingen skillnad göras mellan inhemsk lag och utländsk rätt. Låg rättsförhållandets säte utomlands, var domstolen skyldig att grunda avgörandet på den statens rätt. Detta synsätt brukar i den internationella privaträtten kallas för *likställighetsprincipen* eller likhetsgrundsatsen.²⁰ Likställighetsprincipen utgör en hörnsten i det kontinental-europeiska lagvalstänkandet och är också starkt förankrad i svensk internationell privaträtt. I rättstillämpningen förbises den dock i stor utsträckning både hos oss och i utlandet.

3.2.3 Tvåsidiga lagvalsregler

En förutsättning för likställighetsprincipen är att det rör sig om s.k. *tvåsidiga lagvalsregler*. Anknytningsledet i dessa är så utformat att det, beroende på omständigheterna i det enskilda fallet

¹⁹ Heldrich, FS Ferid, 1978, s. 218. Av denna "internationellt privaträttsliga rättvisa" anses vidare följa att om innehållet i den tillämpliga främmande lagen inte kan utredas, skall denna lag ändå, bl.a. genom studier av andra närbesläktade rättsordningar, ges det innehåll som sannolikast motsvarar dess verkliga innehåll. Se nedan, avsnitt 8.6.

²⁰ Ytterligare ett uttryck är *ömsesidighetsprincipen*, som dock synes förutsätta ett reciprokt åtagande av de berörda staterna till en främmande lags användning. Dessa uttryck skall ställas mot *isolationsprincipen*, som allmänt ansetts gälla i förhållande till utländsk offentlig rätt, se nedan avsnitt 5.1.3. Den går ut på att utländsk rätt normalt inte kan komma till användning vid en annan stats domstol. Se Bogdan, Svensk IP, s. 80. Denna traditionella inställning har på senare tid börjat omvärderas. Se t.ex. art. 13 i den schweiziska IP-lagen (1987): "En hänvisning enligt denna lag till utländsk rätt omfattar alla där gällande regler som är tillämpliga på sakförhållandet. Tillämpning av en bestämmelse i utländsk rätt skall inte vara utesluten enbart på den grunden att den anses vara av offentligrättslig karaktär." (Min översättning.)

(d.v.s. det avgörande anknytningsmomentet), hänvisar antingen till forumstatens lag eller till en utländsk rättsordning. Är t.ex. hemvistanknytningen enligt den tillämpliga lagvalsregeln avgörande, beror valet av tillämplig lag på var vederbörande person har sitt hemvist. Om hemvistet finns i forumlandet Sverige, skall således svensk lag tillämpas. Är hemvistet i Frankrike, är fransk lag tillämplig. O.s.v. Tvåsidiga lagvalsregler är klart dominerande i svensk internationell privaträtt, oavsett om de är lagfästa eller praxissskapade. Deras motsats utgörs av s.k. *ensidiga lagvalsregler*. Dessa är så utformade att de endast kan leda till tillämpning av *lex fori*.²¹

3.2.4 Strävan efter internationell beslutsharmoni

I sammanhanget måste också beaktas strävan efter *internationell beslutsharmoni*, som var själva poängen i von Savignys teori. von Savigny förväntade sig att västvärlden ("civiliserade kristna nationer") skulle kunna enas om, var "sätet" låg för olika typer av rättsförhållanden och att det skulle skapas enhetliga lagvalsregler länder emellan. Även om försök gjorts på flera håll sedan slutet av 1800-talet att skapa enhetliga regler, inte minst inom Haagkonferensen för internationell privaträtt, utvecklades den internationella privaträtten till ett nationellt präglat rättsområde. Den inbyggda motsättningen är uppenbar: med *nationella* rättsregler som verktyg försöker man skapa rättvisa i gränsöverskridande rättsförhållanden.

Man kan tala om en kamp mellan ett universalistiskt och ett partikularistiskt synsätt.²² *Universalisterna* strävar efter för alla länder gemensamma lagvalsregler och hade starkt stöd i Europa, inklusive Sverige, under 1900-talets två första årtionden. Enligt denna uppfattning utvecklas lagvalsreglerna lämpligast genom internationellt samarbete. *Partikularisterna* betonar däremot nationella intressen och anser att lagvalsreglerna i varje

²¹ Se t.ex. 2 § 1 st. LIA, enligt vilken ansökan om adoption prövas enligt svensk lag.

²² Lando, *Komparativ ret*, s. 102-104.

land skall utformas med hänsyn till landets särskilda behov, dess rättstraditioner samt kulturella och politiska förhållanden. Denna senare uppfattning har kommit att dominera.

Vad vi har idag är stor kontinentaleuropeisk enighet om de grundläggande idéerna, samtidigt som olika länder har olika uppfattningar om vilken betydelse olika anknytningsmoment skall ges. Detta kan i och för sig betraktas som en olycklig vändning i förhållande till de ursprungliga målsättningarna om ett enhetligt lagval. Därmed är det också fråga om ett misslyckande. En enhetlig bedömning vore utan tvekan av stort värde, eftersom flera länders domstolar kan vara behöriga beträffande samma sak.²³ Endast om sådan bedömning kan åstadkommas kan man tala om rättssäkerhet och förutsebarhet i internationella förhållanden. Av denna anledning brukar internationell beslutsharmoni i många länder fortfarande framställas som den internationella privaträttens målsättning, låt vara att den hittills kunnat förverkligas endast i begränsad utsträckning.²⁴

3.3 Svensk rätt

3.3.1 En partikularistisk inställning med universalistiska drag

Modern svensk internationell privaträtt, såsom den kommer till uttryck i de olika rättskällorna, är mer pragmatiskt inställd.

²³ Regionala integrationssträvanden, inte minst i Europa i form av den Europeiska Unionen, kan komma att resultera i större enhetlighet även i de deltagande ländernas internationella privaträtt. Viktiga exempel är EC:s s.k. Bryssel- och Romkonventioner; Romkonventionen avser just att förenhetliga det avtalsrättsliga lagvalet i medlemsstaterna. Det judiciella samarbetet inom Maastrichtfördragets tredje pelare kan komma att omfatta reglering av internationellt processrättsliga frågor och lagvalsfrågor på det familjerättsliga området.

²⁴ Så särskilt i tysk doktrin. Se t.ex. Kropholler, IPR, s. 32-38. "Das Ergebnis eines Rechtsstreits soll nicht einfach vom Ort des Verfahrens abhängen. ... Bei unterschiedlicher Beurteilung desselben Falles von Land zu Land leiden nämlich das Ansehen des Rechts und das Vertrauen auf seine internationale Unverbrüchlichkeit in besonderem Maße." Kropholler, a.a., s. 33.

Hos oss är idén om att utländsk rätt endast tillämpas i svenskt intresse djuprotad. Hänvisar exempelvis en skriven svensk lagvalsregel till utländsk rätt, är förklaringen till detta i korthet att den svenska lagstiftaren funnit det mest ändamålsenligt och lämpligt att frågan bedöms enligt den statens lag.²⁵ Hos oss får man leta efter renodlade *universalister*, vilket sannolikt beror på dåliga erfarenheter av de tidiga, av Sverige ratificerade familjerättskonventionerna, antagna vid Haagkonferensen för internationell privaträtt i början av 1900-talet.²⁶ Den svenska rättens negativa inställning till renvoi, som i många länder motiverats just av hänsyn till internationellt enhetliga avgöranden, kan också betraktas som en uttrycksform för en partikularistisk hållning.

Å andra sidan brukar man vid utarbetande av ny lagstiftning inom den internationella privaträttens område sträva efter internationellt godtagbara lösningar genom att beakta utvecklingstendenser i ett antal andra länder och i möjligaste mån anpassa de svenska lösningarna till dessa. Syftet är att undvika konflikter i form av svårförenliga lösningar i förhållande till oss viktiga rättsordningar.²⁷ Detta har betydelse särskilt vid bedömningen av personrättsliga statusförhållanden vilka inte gärna får bli "haltande", d.v.s. att de skulle gälla i Sverige men inte i ett annat land till vilket parterna har stark anknytning.

²⁵ Se Beckman, s. 41; Eek, Lagkonflikter I, s. 259; Sohlberg, SvJT 1964, s. 740; Bogdan, Svensk IP, s. 27.

²⁶ Se ovan avsnitt 2.3.3.

²⁷ Enligt direktiven till utredningen om internationella faderskapsfrågor skulle utredningen, såvitt möjligt, beakta önskemålet att faderskapsförhållandet för ett barn skall bedömas på samma sätt i skilda länder till vilka barnet har eller kan förväntas få anknytning. "Detta önskemål ger uttryck för den i den internationella privaträtten tämligen allmänt erkända grundsatsen att lagvalsreglerna bör utformas så att de tillgodoser kravet på *internationell enhetsbedömning* eller *konfliktminimum*. Som ideal innebär det att en sak bör avgöras enligt samma lag och på samma sätt, oavsett om den kommer upp till prövning i det ena eller i det andra av de länder som är inblandade." SOU 1983:25, s. 103. Se också prop. 1973:158, s. 69, där man som argument för Sveriges anslutning till 1970 års Haagkonvention om erkännande av äktenskapsskillnader och hemskillnader angav att det ligger ett stort värde i att konferensens medlemsstater i så stor utsträckning som möjligt tillträder de konventioner som antas där.

Man kan dock inte helt värja sig för intrycket att hos oss andas lagförarbeten ofta av större internationalism (universalism) än vad som kommer till uttryck i själva lagstiftningen.²⁸ Till saken hör att Sverige efter det andra världskriget varit mycket selektivt vad gäller ratificering av internationellt privaträttsliga lagvalskonventioner och föredragit processrättskonventioner, som garanterar erkännande av svenska avgöranden utomlands.²⁹ Endast ett fåtal lagvalskonventioner har tillträtts av Sverige. Man har funnit de internationella lagvalskonventionernas kompromisskaraktär besvärande, åtminstone när den inte kompenseras av en bred konventionsanslutning, och har i stället satsat på autonom svensk lagstiftning anpassad till svenska behov.³⁰ Den slutsats som ligger nära till hands är att strävan efter internationellt enhetliga avgöranden inskränker sig i Sverige till en "läpparnas bekännelse", på så sätt att man medvetet satsat på autonoma svenska lagvalsregler, låt vara att man vid utformandet av dessa tagit visst in-

²⁸ Av intresse i sammanhanget är Pålssons reservation i SOU 1987:18, s. 343-348. Pålsson, som var ledamot i utredningen, ansåg att de av majoriteten föreslagna reglerna rörande tillämplig lag för äktenskapshinder (se 1 kap. 1 och 2 §§ i förslaget) i allt för stor grad skulle utmynna i tillämpning av svensk lag och på så sätt medföra en påtaglig risk för att här ingångna äktenskap inte skulle betraktas som giltiga i andra stater till vilka parterna har nära anknytning. "De av majoriteten föreslagna reglerna har obestriddligen den förtjänsten att de innebär förenklingar för berörda svenska myndigheter, vilka i betydligt mindre utsträckning än för närvarande behöver bekymra sig om innehållet i utländsk äktenskapsrätt. Det är dock en synpunkt som rimligen måste anses vara av mycket underordnad betydelse i sammanhanget." SOU 1987:18, s. 347-348. Pålsson står således för ett mer "universalistiskt" synsätt än utredningens majoritet.

²⁹ Av konventionerna antagna vid Haagkonferensen för internationell privaträtt efter år 1950 har Sverige på det familjerättsliga området (september 1996) tillträtt 1958 års konvention om erkännande och verkställighet av avgöranden om underhåll till barn, 1961 års konvention om lagkonflikter i fråga om formen för testamentariska förordnanden, 1970 års konvention om erkännande av äktenskapsskillnader och hemskillnader, 1973 års konvention om erkännande och verkställighet av avgöranden angående underhållsskyldighet samt 1980 års konvention om de civila aspekterna på internationella bortföranden av barn. Av dessa är endast 1961 års konvention en lagvalskonvention. På det förmögenhetsrättsliga området har Sverige tillträtt 1955 års Haagkonvention om tillämplig lag beträffande internationella köp av lösa saker.

³⁰ Som exempel kan anges lagen (1990:272) om vissa internationella frågor rörande makars förmögenhetsförhållanden. Ett alternativ hade varit att ansluta sig till 1978 års Haagkonvention om tillämplig lag för makars förmögenhetsförhållanden, men man avstod från det. Se SOU 1987:18, s. 53 och prop. 1989/90:87, s. 14-16. Om den svenska inställningen gentemot Haagkonventioner, se Jänterä-Jareborg, NILR 1993, s. 49-65.

tryck av lagvalsreglerna i internationella konventioner, särskilt familjerättsliga Haagkonventioner.

Man kan också beskylla Sverige för viss opportunism vid ratificeringen av internationellt privaträttsliga konventioner. Med undantag av 1961 års testamentskonvention, har alla de familjerättsliga konventioner som Sverige tillträtt efter det andra världskriget byggt på *ömsesidighet*. Förutom konventionerna om erkännande och verkställighet av underhållsavgöranden från 1958 respektive 1973 har Sverige ratificerat 1970 års konvention om erkännande av äktenskapsskillnader och hemskillnader samt 1980 års konvention om de civila aspekterna på internationella bortföranden av barn. Ömsesidigheten innebär att konventionen är tillämplig endast mellan de fördragsslutande staterna. Anslutningen till de nämnda konventionerna har inneburit stora praktiska fördelar för Sverige: svenska avgöranden angående underhåll eller skilsmässa gäller i de övriga konventionsanslutna staterna och det går att få ett barn, som olovligen bortförts till en annan konventionsstat, återlämnat till Sverige.

De nyare lagvalskonventionerna från Haagkonferensen, bygger däremot inte på ömsesidighet. Detta innebär dels att en fördragsslutande stat är skyldig att tillämpa konventionsbestämmelser i förhållande till alla stater, dels att staten inte vinner några omedelbara fördelar genom konventionsanslutningen. Dess egen lag kommer inte att tillämpas i större utsträckning i de övriga konventionsanslutna staterna än om den hade stannat utanför konventionen. "Värdet med en ratifikation ligger i att en tillträdande stat tydligt markerar sin anslutning till de värderingar konventionen ger uttryck åt", såsom familjelagssakkunniga anført i ett annat sammanhang.³¹

Sveriges selektiva inställning strider naturligtvis mot idén om internationellt enhetliga avgöranden. Å andra sidan har Sveriges hållning varit förenlig med uppfattningen att lagvalsreglerna bör utformas utifrån forumstatens värderingar och att

³¹ Se SOU 1987:18, s. 189 (angående 1978 års Haagkonvention om ingående och erkännande av äktenskap).

den internationella privaträtten numera, först och främst, bör vara nationell rätt.³² Sveriges medlemskap i EU kommer att kräva en viss omprövning av denna attityd. Sverige har exempelvis förbundit sig att tillträda EG:s lagvalskonvention på det kontraktsrättsliga området (den s.k. Romkonventionen).³³ Det är inte osannolikt att i framtiden flera lagvalskonventioner kommer att utarbetas inom EG/EU.³⁴

3.3.2 Rensningsbehov

Det ovan anförda föranleder följande slutsats. I svensk internationell privaträtt finner man på det mera teoretiska planet fortfarande stor respekt för de idéer, som von Savignys lagvalssystem byggde på, samtidigt som idéerna förverkligats endast när det befunnits tjäna svenska intressen. Den pragmatism till trots, som visats vid övervägande av skäl för och emot Sveriges anslutning till internationella konventioner, borde mycket i det gamla lagvalstänkandet ha "rensats bort". Därmed har lagvalsfrågan blivit den mest problematiska delen av den svenska internationella privaträtten. Att inte krav tidigare ställts på att hela systemet måste omprövas, kan endast förklaras med det ringa intresse som ämnet tilldragit sig i Sverige.

En viss reaktion mot den internationella privaträttens grundteser, influerad av utvecklingen i USA ett tiotal år tidigare, ägde rum på den europeiska kontinenten på 1970-talet. Den medförde att europeisk internationell privaträtt blev mer orienterad i sak (resultatorienterad eller "materialiserad" d.v.s. återspeglade målsättningar i den materiella rätten i *lex fori*) än tidigare. Genom lagreformer har exempelvis införts flera olika typer av lagvalsregler, utformade med hänsyn till statens rättspolitiska målsättningar på det ifrågavarande området. Regleringarnas stelbenthet har på detta sätt

³² De svenska lagvalsreglerna är vidare huvudsakligen tvåsidiga regler, vilket innebär att det åtminstone principiellt sett finns en omfattande beredvillighet i Sverige till användning av utländsk rätt. Se ovan, avsnitt 3.2.3.

³³ Se Ds 1996:7, s. 12 f.

³⁴ Liksom i fråga om Romkonventionen vars utarbetande påbörjades redan år 1969 – konventionen antogs 1980 och trädde i kraft 1991 – kan man dock utgå ifrån att arbetet kommer att vara svårt och dra ut på tiden.

minskat åtskilligt. Det görs också allt fler undantag från tillämpning av utländsk rätt till förmån för *lex fori*, när något enligt forumstatens uppfattning beaktansvärt skyddsintresse står på spel fastän lagvalsregeln skulle ange utländsk rätt som tillämplig. Denna utveckling brukar, kortfattat, kallas för den internationella privaträttens "materialisering" och är fullt synlig också i svensk internationell privaträtt. Som exempel på familjerättens område kan anges lagvalsreglerna i lagen (1985:367) om internationella faderskapsfrågor och lagvalsreglerna i lagen (1990:272) om vissa internationella frågor rörande makars förmögenhetsförhållanden.

Dock skulle man kunna påstå att dessa reformer inte gått långt nog. De har visserligen gjort att de internationellt privaträttsliga regleringarna blivit mer tidsenliga och fått ny legitimitet men ämnets grundprinciper har åtminstone i Sverige inte omprövats tillräckligt grundligt.³⁵

3.4 Exempel på svenska lagvalsregler

- (1) "Rätt till arv efter svensk medborgare varde, ändå att han ej hade hemvist i riket, bedömd enligt svensk lag. I avseende å arv efter medborgare i annat land gälle lagen i det landet." (Lag 1937:81 om internationella rättsförhållanden rörande dödsbo, 1 kap. 1 §.)
- (2) Skadeståndsskyldighet i utomobligatoriska förhållanden bedöms i enlighet med lagen i det land där den skadegörande handlingen företogs. (Se *NJA* 1933 s. 364, 1935 s. 585, 1936 s. 291, samt *NJA* 1969 s. 163.)
- (3) Om köparen och säljaren inte har avtalat om tillämplig lag för köpet, tillämpas lagen i det land där säljaren har sitt hemvist då han mottar beställningen eller, om be-

³⁵ Ett utländskt verk där den internationella privaträttens grundprinciper, såsom dessa kommer till uttryck i tysk doktrin, ventileras och vädras ordentligt är Flessners bok "Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht" från 1990. Bokens teser har dock väckt anstöt i den etablerade doktrinen, vilket mycket tydligt kommer till uttryck i Schurigs kritiska recension och replik i *RabelsZ* 1995, s. 229-244.

ställningen mottas vid ett säljaren tillhörigt fast driftställe, lagen i det land där detta är beläget. "Lagen i det land där köparen har sitt hemvist eller där han innehar fast driftställe, från vilket beställningen göres, skall dock tillämpas, såframt säljaren eller hans representant mottager beställningen i detta land." (Lag 1964:528 om tillämplig lag beträffande internationella köp av lösa saker, 4 § 1 och 2 st., något redigerat.)

- (4) "En man som är eller har varit gift med ett barns mor skall anses som barnets far, då det följer av lagen i den stat där barnet vid födelsen fick hemvist eller, om inte någon skall anses som barnets far enligt den lagen, då det följer av lagen i en stat där barnet vid födelsen blev medborgare. Fick barnet vid födelsen hemvist i Sverige, skall frågan dock alltid bedömas enligt svensk lag." (Lag 1985:367 om internationella faderskapsfrågor, 2 §.)

- (5) "Har tillämplig lag inte bestämts genom avtal, gäller lagen i den stat där makarna tog hemvist när de gifte sig.

Om båda makarna senare har tagit hemvist i en annan stat och varit bosatta där i minst två år, tillämpas i stället den statens lag. Har båda makarna tidigare under äktenskapet haft hemvist i den staten eller är båda makarna medborgare i den staten, tillämpas dock den statens lag så snart de tagit hemvist i staten." (Lag 1990:272 om vissa internationella frågor rörande makars förmögenhetsförhållanden, 4 §.)

De ovan angivna fem lagvalsreglerna är karakteristiska för den svenska internationella privaträtten såsom denna ser ut i mitten av 1990-talet. Det rör sig om en kombination av föräldrade och moderna regler, lagfästa och praxisbildade. von Savignys arv är mer eller mindre tydligt när reglerna studeras närmare. Generellt sett, skiljer sig de svenska reglerna inte nämnvärt från vad som gäller i andra europeiska stater. De ger alla uttryck för målsättningen att ett internationellt rättsförhållande

är att pröva enligt lagen i den stat till vilken den mest relevanta anknytningen finns.

Det första exemplet handlar om en ålderstigen regel, som knappast är förenlig med den utveckling mot hemvistprincipens dominans, kombinerad med ett beaktande av parternas önskemål, som skett inom närliggande områden i den internationella privaträtten. Det andra exemplet utgörs av en praxisbildad, schematisk lagvalsregel. Den tredje lagvalsregeln grundar sig på 1955 års Haagkonvention om tillämplig lag beträffande internationella köp av lösa saker, som Sverige tillträdde år 1964. De två sist angivna reglerna är exempel på lagvalsregler i modern autonom (d.v.s. icke konventionsgrundad) svensk lagstiftning inom den internationella familjerättens område. Exempelen kan kortfattat kommenteras på följande sätt.

De två först angivna reglerna är schematiska (alternativlösa) på så sätt att endast *en* anknytning tillmäts betydelse vid val av tillämplig lag. Tillämplig lag för rätten till arv, exempelvis, bestäms uteslutande på grundval av den avlidnes medborgarskap. Det är irrelevant var han eller hon hade sitt hemvist, även om det skulle röra sig om ett livslångt hemvist i ett annat land. Rätten till skadestånd i utomobligatoriska förhållanden bedöms enligt lagen i det land där den skadevållande handlingen företogs. Rör det sig exempelvis om en trafikolycka, tillämpas lagen i det land där olyckan inträffade oavsett att ingen av de inblandade personerna hade anknytning till det landet.

I det tredje exemplet beaktas i något större utsträckning omständigheterna i det enskilda fallet, om än på ett stelbent sätt. Följden blir att i vissa fall får huvudregeln (i avsaknad av ett lagvalsavtal mellan parterna) om tillämpning av säljarens lag åsidosättas till förmån för tillämpning av köparens lag.

Lagvalsregeln i det fjärde exemplet är klart mer resultatorienterad än de föregående reglerna. I första hand är det fråga om att erkänna den legala faderskapspresumtion som gäller enligt lagen i en stat till vilken barnet vid födelsen hade i bestämelsen närmare angiven anknytning. I denna del liknar

regeln en alternativ lagvalsregel.³⁶ Det gäller att först bedöma en legal faderskapspresumtions uppkomst enligt hemviststatens lag. I andra hand, om utgången enligt denna primärt tillämpliga lag är negativ, skall frågan bedömas enligt medborgarskapsstatens lag. Om barnet vid födelsen fick hemvist i Sverige, skall dock svensk lag alltid tillämpas oavsett utgången. I denna del är regeln utformad som en *ensidig lagvalsregel*, som endast hänvisar till svensk rätt. Lösningen har motiverats med att det inte rör sig om att erkänna en redan förvärvat familjerättslig status, som en invandrare tar med sig till Sverige.³⁷ I stället är det fråga om ett förhållande som från början haft en så stark anknytning till Sverige att svensk lag ensam skall få bestämma över förutsättningarna för den legala faderskapspresumtionens uppkomst.

Det sista exemplet har en del likheter med det tredje, men är mindre schematiskt. Makarnas hemvist avgör valet av tillämplig lag, om inget annat avtalats. På i stadgandet närmare angivna sätt följer lagvalet ändringarna i makarnas hemvist under äktenskapet. Avsikten är att bedöma de äktenskapliga förmögenhetsrelationerna enligt lagen i den stat där makarna har sin sociala miljö. Denna lags tillämpning presumeras i allmänhet stämma överens med makarnas förväntningar.

3.5 Om internationellt lagsamarbete sedan 1950

3.5.1 Ideal och verklighet

von Savigny räknade med en omfattande konsensus länder emellan om hur den viktigaste anknytningen skulle bestämmas, rättsförhållande för rättsförhållande. Denna förutsättning

³⁶ Karakteristiskt för en sådan regel är att den öppnar möjlighet att pröva en viss fråga alternativt enligt fler än en rättsordning i syfte att uppnå ett visst (positivt) resultat. Resultatet uppnås så fort förutsättningarna enligt *en* av de ifrågakommande rättsordningarna är uppfyllda. Se Bogdan, Svensk IP, s. 39.

³⁷ Se SOU 1983:25, s. 113-114.

för enhetliga lagvalsregler har inte förverkligats. Att vi står fjärran från detta ideal är uppenbart när man studerar i vilken utsträckning stater varit beredda att tillträda olika lagvalskonventioner.

Under 1900-talets första årtionden var det en utbredd uppfattning att lagvalsreglerna lämpligast skulle utvecklas i internationellt samarbete. Fram till det andra världskriget väckte de lagvalskonventioner som antagits vid Haagkonferensen för internationell privaträtt stort intresse och många stater (inkl. Sverige) anslöt sig till dem. Därefter har den allmänna inställningen gentemot multilaterala lagvalskonventioner varit mycket mer skeptisk. Om inte redan tidigare, är det under efterkrigstiden som den internationella privaträtten världen över utvecklats till ett nationellt, mer eller mindre partikularistiskt präglat rättsområde. Ändå hör det fortfarande till den officiella retoriken, också i lagstiftningssammanhang, att stort värde sätts på internationellt samarbete på området.

3.5.2 Vilken IP-fråga är den primära?

Om man talar om den internationella privaträtten i den vida bemärkelsen³⁸ har dithörande konventioner, av betydelse för europeiska förhållanden, antagits huvudsakligen vid Haagkonferensen för internationell privaträtt, FN, Europarådet och inom EG. *Lagvalskonventionerna*, d.v.s. produkter av den internationella privaträtten i en mer snäv bemärkelse, härstammar däremot huvudsakligen från Haagkonferensen, men även andra organisationer har uppmärksammat lagvalsfrågor. Av dessa bör särskilt EG nämnas. En mycket viktig lagvalskonvention antogs år 1980 av EG:s dåvarande medlemsstater rörande val av tillämplig lag för avtalsrättsliga förpliktelser. EG har också utfärdat ett antal direktiv innehållande bestämmelser om tillämplig lag.³⁹ Än så länge är det inom den internationella privaträttens område huvudsakligen fråga om pro-

³⁸ Se ovan, avsnitt 2.1.

³⁹ Ett uppmärksammat exempel är konsumentavtalsvillkorsdirektivet (93/13/EEG).

cessrättsliga och förmögenhetsrättsliga regleringar. Maastrichtfördragets tredje pelare har dock öppnat dörren för lag-samarbete också beträffande familjerättsliga spörsmål.

Nedan berörs endast arbetet inom Haagkonferensen och inom EG (se 3.5.3), eftersom dessa är de från europeisk synpunkt viktigaste organisationer som arbetar för enhetliga lag-valsregler.

Haagkonferensens arbete

Enligt art. 1 i stadgan för Haagkonferensen för internationell privaträtt (31.10.1951) har konferensen till ändamål att verka för ett gradvis förenhetligande av den internationella privaträttens regler. Ett trettiotal konventioner har antagits vid konferensen sedan början av 1950-talet. Sverige är för närvarande (1996) anslutet till tio av dessa konventioner.

Av Haagkonventionerna har konventionerna om samarbete i vid bemärkelse varit de mest framgångsrika, mätt i form av antalet ratifikationer. Uppgifterna nedan anger läget i september 1996. Sålunda har konventionerna om avskaffande av legaliseringskrav rörande offentliga dokument (1961), om delgivning i utlandet av handlingar i mål och ärenden av civil eller kommersiell natur (1965), om bevisupptagning i utlandet i mål och ärenden av civil eller kommersiell natur (1970) samt konventionen om de civila aspekterna på internationella bortföranden av barn (1980) tillträtts, var och en, av minst 20 stater, i vissa fall upp till 50 stater. Sverige har ratificerat samtliga dessa konventioner, utom 1961 års legaliseringskonvention (ratificering har inte skett trots att fler än 50 stater anslutit sig till den). Den senaste vid Haagkonferensen antagna konventionen är konventionen om skydd av barn och om samarbete vid internationella adoptioner från 1993.⁴⁰ Också denna är i första hand en processuell samarbetskonvention och den förväntas få stor internationell anslutning.

⁴⁰ I oktober 1996 antogs ytterligare en ny konvention i Haag, nämligen Convention on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children.

Också vissa familjerättsliga erkännandekonventioner har vunnit bred anslutning. Sammanlagt 19 stater har anslutit sig till konventionen om erkännande och verkställighet av avgöranden om underhåll till barn (1958), medan 17 stater är parter till 1973 års konvention om erkännande och verkställighet av avgöranden angående underhållsskyldighet. 1970 års konvention om erkännande av äktenskapsskillnader och hemskillnader har tillträtts av 16 stater. Samtliga dessa konventioner är ratificerade av Sverige.

Antalet konventionsanslutningar är generellt sett lägst i fråga om sådana konventioner som reglerar lagvalsfrågor.⁴¹ Med undantag av konventionen från 1961 om lagkonflikter i fråga om testamentariska förordnanden som vunnit mycket stor internationell anslutning – år 1996 hade 35 stater anslutit sig till den – och 1956 års konvention om tillämplig lag ifråga om underhållsskyldighet mot barn, som vid samma tidpunkt hade tillträtts av 13 stater, har var och en tillträtts av mindre än tio stater. Några av de vid Haagkonferensen antagna lagvalskonventionerna har aldrig ens trätt i kraft. Den enda familjerättsliga lagvalskonvention som Sverige är part i är 1961 års testamentskonvention.⁴² Nederländerna står i spetsen, när det gäller antalet ratifikationer, följt av Frankrike, Luxemburg, Portugal och Spanien.⁴³ Intressant nog har det i flera hänseenden stora IP-landet Tyskland tillträtt endast 11 Haagkonventioner från efterkrigstiden.

Kartläggningen ovan visar att Sverige inte ensamt varit selektivt vid övervägande av tillträde till diverse Haagkonventioner. De övriga nordiska länderna har visat ungefär lika stort intresse som Sverige och det är vanligt att de nordiska

⁴¹ Fråga är om en heterogen grupp konventioner på så sätt att vissa av dem reglerar endast lagvalsfrågan, medan vissa andra också innehåller bestämmelser om domstols behörighet och/eller erkännande.

⁴² Enligt de Boer, NILR 1993, s. 7 skulle testamentskonventionens målsättningar lika väl ha kunnat uppnås genom en konvention om erkännande.

⁴³ I september 1996 hade Nederländerna tillträtt 23 Haagkonventioner, Frankrike 18 samt Luxemburg, Portugal och Spanien, var och ett 15 konventioner. Permanent Bureau of the Hague Conference, Signatures and Ratifications of the Hague Conventions, September, 1996.

staterna är parter till samma konventioner.⁴⁴ Den visar också att processrättsliga konventioner i bemärkelsen samarbets- och erkännandekonventioner värdesätts högre av Haagkonferensens medlemsstater än lagvalskonventioner. Man kan fråga sig om inte internationellt processrättsliga spörsmål idag väger tyngre än lagvalsfrågan, särskilt med tanke på att konventioner om erkännande och/eller verkställighet (liksom också nationella autonoma erkännanderegler) numera sällan ställer som villkor att avgörandet grundats på den lag som varit tillämplig enligt lagvalsreglerna i den anmodade staten, d.v.s. den stat där erkännande eller verkställighet söks. För stabilitet i internationella förhållanden måste det väl vara viktigare att ens familjerättsliga status (gift, skild, fastställt faderskap, adoption, e.dyl.) eller förvärvade rättigheter, såsom rätten till underhållsbidrag, erkänns utomlands, än att de berörda staterna tillämpar enhetliga lagvalsregler? En allt större medvetenhet om lagvalsreglernas tillkortakommanden kan noteras. Allt fler delar numera uppfattningen att parternas intressen tillgodoses bättre genom liberala regler om erkännande än genom enhetliga lagvalsregler.⁴⁵

3.5.3 Forumshopping

“‘Forum shopping’ is a dirty word; but it is only a pejorative way of saying that, if you offer a plaintiff a choice of jurisdictions, he will naturally choose the one in which he thinks

⁴⁴ Av de nordiska länderna har Finland ratificerat 12 Haagkonventioner, Norge 11, Sverige tio och Danmark nio. Island är inte medlem vid Haagkonferensen för internationell privaträtt. Islands anslutning till vissa där antagna konventioner är dock för närvarande aktuell.

⁴⁵ “For the parties concerned, the assurance that their legal status quo will be recognized abroad is probably more important than a guarantee of uniform choice-of-law results. When it comes to unification, I am inclined to put more stock in conventions on recognition and enforcement than in uniform rules of choice of law.” de Boer, NILR 1993, s. 5. I samma stil resonerar även Vischer: “There is, and I dare say there never will be, an international understanding on the proper method for the conflicts solution. ... The efforts towards mediation should therefore in my opinion be focused on recognizing. A liberal practice of recognizing foreign judgments and legal acts would be the best way to overcome the negative effects of the divergence of national conflicts solutions.” Vischer, Rec. des Cours 1992:I, s. 234. Se även Kropholler, IPR, s. 34.

his case can be most favourably presented: this should be a matter neither for surprise nor for indignation."⁴⁶

Syftet bakom forumspekulationer

Erfarenheterna från internationella rättstvister har visat att lagvalsfrågan blir irrelevant först när det råder fullständig rättsenhetlighet. Det räcker inte med generösa erkännanderegler; även enhetliga lagvalsregler behövs. Annars finns det en uppenbar risk för s.k. *forum shopping*. Med detta avses att domstolsland väljs av käranden med hänsyn till den för denne mest förmånliga utgången i tvisten, en bedömning varvid valet av tillämplig lag brukar vara av stor relevans.

Ett val av forum som kärandesidan ensidigt företar brukar i första hand styras av utsikterna för att det kommande avgörandet erkänns och verkställs. Av denna anledning väcks talan ofta i en stat där svaranden tillhörig egendom finns. Även andra fora kan komma i fråga förutsatt att avgörandet kan förväntas komma att gälla i en annan stat där käranden vill åberopa det.

Ett annat stort incitament till "forum shopping" är, såsom sagts, lagvalet. Om kärandeparten redan kan räkna med att det kommande avgörandet kommer att erkännas/verkställas utanför domstolslandet, brukar hans intresse fokusera sig på vilka lagvalsregler som gäller i de för tvisten behöriga staterna. *Law shopping* blir då själva syftet med forum shopping. Sådana här överväganden är fullt naturliga i internationella tvister och borde i själva verket, i klientens intresse, alltid beaktas.⁴⁷ Av

⁴⁶ Se Siehr, FS Zajtay s. 435, not 89.

⁴⁷ "... jeder geschickte Anwalt muss sich - bevor er überhaupt einen Prozess im Inland anstrengt und die inländischen Kollisionsnormen für sich in Anspruch nimmt - fragen, ob seinem Mandaten mit einer Klage vor einem ausländischen Gericht nicht vielleicht besser gedient ist." Siehr, FS Zajtay, s. 435. Se också Vischer, Rec. des Cours 1992:I, s. 225: "Contempt of the claimant who deliberately chooses the most promising forum is, however, hardly justified. It is certainly the counsel's duty to advise the claimant to introduce the action in the jurisdiction where the most favourable decision can be expected and the claimant should not be discredited if he follows this advice." - Det kan dock finnas anledning att genom internationellt samarbete försöka motverka missbruk av möjligheter till forumplanering. Ett lämpligt instrument skulle kunna vara regler som gör det möjligt för domstolen att avstå från sin behörighet på grund av att domstolen finner det lämpligare att tvisten prövas vid en annan stats

betydelse för "law shopping" kan också vara att olika krav ställs i olika länder för lagvalsreglernas och utländsk lags tillämpning.

Även processekonomiska hänsynstaganden, såsom rättegångskostnader och processens förväntade längd är av betydelse. Också det s.k. rättsliga klimatet i en viss stat kan spela en avgörande roll. I en skadeståndsprocess kan käranden, exempelvis, föredra att föra sin talan vid en domstol i USA eftersom utsikterna är goda att domstolen där dömer ut ett större belopp än vad som brukar komma i fråga vid en process i Europa.⁴⁸

EG:s lagsamarbete som motåtgärd

I internationellt lagsamarbete beaktas forum shopping dock inte som någonting positivt. Risken för att domstolsland väljs med utgångspunkt i lagvalsspekulationer var, förmodligen, huvudskälet till att EG-staternas konvention om domstols behörighet och om verkställighet av domar på privaträttens område (den s.k. Brysselkonventionen, 1968) snart bedömdes behövas kompletteras med inom EG enhetliga förmögenhetsrättsliga lagvalsregler.

Brysselkonventionen är en s.k. dubbelkonvention som reglerar både domstols behörighet och erkännande och verkställighet av domar inom konventionens tillämpningsområde.⁴⁹ När det gäller domstols behörighet är konventionen, med några få undantag, tillämplig endast i de fall där svaranden har sitt hemvist i en konventionsansluten stat. I fråga om erkännande och verkställighet gäller att om domen har meddelats i en

domstol (s.k. *forum non conveniens*). I motsats till vad som gäller för common law-staterna har forum non conveniens-doktrinen emellertid inte vunnit nämnvärt fotfäste i de kontinentala rättsordningarna. Se närmare, Vischer, a.a., s. 226-228.

⁴⁸ Det har ansetts att skadeståndets storlek kan bero mera på det rättsliga klimatet i forumstaten än på valet av tillämplig lag. Välkänt i sammanhanget är Lord Dennings uttalande i målet *Smith Kline & French Laboratories Ltd. and Others v. Bloch*, (1983) 2 All ER 72 (74): "As a moth is drawn to the light, so is a litigant drawn to the United States". Se Vischer, Rec. des Cours 1992:I, s. 225-226.

⁴⁹ Detsamma gäller för konventionens parallellkonvention, den s.k. Luganokonventionen från 1988, som gäller mellan EG- och EFTA-staterna och EFTA-staterna inbördes. Luganokonventionen trädde i kraft i Sverige den 1 januari 1993.

konventionsstat så skall den erkännas och verkställas i de övriga fördragsslutande staterna, oavsett om behörigheten grundats på konventionens domsrättsregler eller på andra regler. Denna "domars fria rörlighet" inom EG kan naturligtvis stimulera forum shopping.

Som motåtgärd antogs år 1980 av EG:s dåvarande medlemsstater konventionen om tillämplig lag för avtalsförpliktelser (den s.k. Romkonventionen).⁵⁰ Konventionen syftar till ett enhetligt lagval inom EG på det avtalsrättsliga området.⁵¹ Romkonventionens regleringar kompletteras numera av ett antal avtalsrättsliga EG-direktiv.⁵²

Både Brysselkonventionen och Romkonventionen har tillträtts av EG:s tolv första medlemsstater. Det förväntas att Sverige, såsom också de två övriga nya medlemmarna i EU, inom kort ansluter sig till de båda konventionerna.⁵³

3.6 Reaktioner mot tillämpningen av utländsk rätt

"Man wird aber von der Wahrheit nicht allzu weit entfernt sein, wenn man annimmt, dass in den weitaus meisten

⁵⁰ Såsom namnet antyder är konventionens sakliga tillämpningsområde (på grund av motstridiga nationella intressen i de olika medlemsstaterna) klart snävare än Brysselkonventionens och begränsad till kontraktsrättsliga frågor.

⁵¹ Av mycket varierande nationella traditioner bland EU-staterna beträffande förutsättningar för lagvalsreglernas och utländsk rätts tillämpning följer dock att målsättningen inom hela Unionen kan uppnås endast när en part har ett intresse av konventionens tillämpning och, därför, åberopar utländsk rätt (samt, åtminstone i Storbritannien, styrker dess innehåll). Denna problematik behandlas nedan i avsnitt 5.6.4.

⁵² Ett exempel är konsumentavtalsvillkorsdirektivet (93/13/EEG) vars implementering givit upphov till ett antal problem både i Sverige och i de övriga medlemsstaterna. Se närmare Bogdan, SvJT 1995, s. 189 ff. och Bogdan, SvJT 1996, s. 37 ff. Som andra exempel kan nämnas det andra livförsäkringsdirektivet 90/619/EEG och det andra skadeståndsdirektivet 88/357/EEG, vilka ligger till grund för lag (1993:645) om tillämplig lag för vissa försäkringsavtal.

⁵³ Sverige har förbundit sig att tillträda de konventioner som avses i art. 220 i Romfördraget eller som är oskiljaktigt förbundna med förverkligandet av Romfördragets mål, vilka kriterier de nu aktuella konventionerna uppfyller. Se art. 4.2 i den anslutningsakt som hör till anslutningsfördraget mellan de nya staterna (Sverige, Finland och Österrike) och de "gamla" medlemsstaterna.

Fällen – aus welchem Grund auch immer – ausschließlich die lex fori angewandt wirdt.”⁵⁴

3.6.1 Den internationella privaträttens ”misär” i rättstillämpningen

Tillämpningen av utländsk rätt har överallt stött på motstånd. Kritikerna har pekat på ett stort antal egendomligheter och nackdelar som aktualiseras, när avgöranden skall grundas på utländsk rätt. Därför borde tillämpningen av forumstatens materiella lag betraktas som en självklar utgångspunkt även i mål med utlandsanknytning. Utländsk rätt skall endast undantagsvis tillämpas när starka skäl påkallar det.

Till och med i ett sådant land som Tyskland med mycket starka traditioner inom den internationella privaträttens område och en omfattande doktrin och praxis inom ämnet har tillämpningen av utländsk rätt mött mycket liten förståelse hos lägre domstolar, andra rättstillämpande myndigheter och praktiskt verksamma jurister. Den klassiska doktrinenes företrädare har ständigt tvingats vara på defensiven.⁵⁵ Visst finns det ett stort antal domstolsavgöranden där utländsk rätt tillämpats på ett exemplariskt sätt och som även i övrigt ger uttryck för insikt om den internationella privaträttens målsättningar, men detta påstås vara huvudsakligen de i målet anlitade sakkunnigas förtjänst. I tysk rättstillämpning är det nämligen vanligt att domstolen inhämtar ett utlåtande (eller flera) från ett inom den internationella privaträttens och jämförande rättsvetenskapens område verksamt (i regel universitetsanknutet) institut rörande målets bedömning enligt den av lagvalsreglerna anvisade utländska rätten.⁵⁶ Det är också vanligt att avgörandet sedan direkt grundas på det avgivna utlåtandet (s.k. Gutachten).

⁵⁴ Stojanovic, s. 1.

⁵⁵ Se von Bar, FS Laurent, s. 1168-1169 och Flessner, Interessenjurisprudenz, s. 141.

⁵⁶ Se nedan, avsnitt 6.6.1.

I tysk doktrin talar man ofta om "misären" inom den internationella privaträtten.⁵⁷ Med detta avses domstolarnas påfallande okunnighet om ämnet, vilket resulterat i en mängd felaktiga domar. Dessa kännetecknas främst av att de tyska lagvalsreglerna och av dem anvisad utländsk rätt lämnats obeaktade eller tillämpats felaktigt. Man hävdar att rättspraxis regelmässigt är av hög standard endast när avgörandet grundats på ett sakkunnigutlåtande av en framstående expert på den internationella privaträttens område. Domstolarna kritiseras också för att, när sakkunnigutlåtande framskaffats, osjälvständigt och okritiskt följa det. I grund och botten anses felet ligga i juristutbildningen som bortser från det praktiska rättslivets behov och ger blivande domare minimala grundkunskaper för behandling av utlandsanknutna mål.⁵⁸

Situationen har inte varit mera angenäm för en företrädare för den svenska internationella privaträtten. I kanske ännu högre grad än sina tyska kolleger är denne van vid bristande förståelse och t.o.m. ett totalt ointresse för det ämne han eller hon specialiserat sig i. Möjligheterna att påverka rättstillämpningen och dess kvalitet är dessutom mindre än i Tyskland redan av det skälet att vi saknar en motsvarighet till den tyska Gutachtenpraxis (nedan avsnitt 6.6.1) och det finns endast några få svenska experter. Det är ovanligt att en svensk domstol, av eget initiativ eller efter framställning av en part, inhämtar ett sakkunnigutlåtande rörande bedömning av ett utlandsanknutet mål enligt främmande lag. Domstolen stöder sig i stället ofta på en ytlig utredning som verkställts av UD eller som en part anskaffat.⁵⁹ I andra fall grundas avgörandet på svensk lag. Den svenska HD har inte heller på samma sätt som den tyska BGH kontinuerligt gjort principiellt viktiga

⁵⁷ Se Ferid, FS Möring 1973, s. 1 ff; Luther, RabelsZ 1973, s. 660 ff; Simitis, StAZ, 1976 s. 6-15 samt Neuhaus & Kropholler, FamRZ 1980, s. 753-754.

⁵⁸ Se Otto, FS Firsching, s. 230-231. I motsats till vad gäller dagens juristutbildning i Sverige är internationell privaträtt vid tyska universitet, liksom i många andra länder, ett valfritt ämne.

⁵⁹ Ett intyg som UD utfärdat följs enligt Bogdan i praktiken om det inte motbevisas. Bogdan, Svensk IP, s. 49. Se nedan, avsnitt 6.5.

ställningstaganden rörande utländsk rätts tillämpning och på så sätt klarlagt vilka krav som gäller.⁶⁰

Tillämpningen av domstolslandets materiella lag i internationellt privaträttsliga mål dominerar världen över, om än på varierande grunder. Nedan görs några försök att förklara hur det kommit sig att den internationella privaträttsens läror om tillämpning av utländsk rätt haft så pass begränsad genomslagskraft i rättstillämpningen.⁶¹

3.6.2 Teorierna om tillämpning av utländsk rätt har ej förmått övertyga

En given förklaring måste vara att deklarationer, som att utländsk rätt tillämpas i forumstatens intresse, låter ihåliga och t.o.m. provokativa när de konfronteras med innebörden i ett stort antal gällande lagvalsregler, generellt eller applicerade på ett konkret fall.

Äldre lagstiftning

Vi kan ta som exempel lagvalsregeln i 1 kap. 1 st. IDL, enligt vilken rätten till arv bedöms enligt lagen i det land där den avlidne var medborgare.⁶² Antag att den avlidne var medborgare i Iran men hade varit bosatt i Sverige sedan 20 år tillbaka. Han var gift med en svenska och hans barn, samtliga bosatta i Sverige, är svenska medborgare. All hans egendom finns i Sverige. I detta fall hänvisar lagvalsregeln i IDL till iransk rätt,

⁶⁰ Som exempel på relativt färska sådana ställningstaganden kan anges BGH:s uttalanden i avgörandet BGH, NJW 1991, s. 1418 (vilka krav som bör ställas beträffande domstolens utredningsskyldighet rörande innehållet i främmande rätt) och i avgörandet BGH, NJW 1993, s. 2305 (domstolen är skyldig att tillämpa lagvalsreglerna ex officio, när tillämpning av utländsk rätt kan komma i fråga). Utan ledning från den högsta rättsinstansen blir osäkerhetsmarginalen omfattande och doktrinen rekommendationer klingar som tomma ord.

⁶¹ "Es gibt vermutlich kein anderes Privatrechtsgebiet mit Anspruch auf praktische Relevanz, dem einerseits die Praxis durch ihr Verhalten und ihre Anschauungen so regelmäßig wiederkehrend und massiv die Nützlichkeit abspricht und für welches, andererseits, die Doktrin so oft und eindringlich die schuldige Beachtung anmahnen muß." Flessner, *Interessenjurisprudenz*, s. 142.

⁶² Se ovan, avsnitt 3.4.

som successionen skall grundas på. Men vad består det svenska intresset av att underkasta kvarlåtenskapen iransk rätt? Att nu förklara att den avlidnes starkaste anknytning enligt svenskt synsätt var till Iran låter knappast trovärdigt, sannolikt allra minst för hans anhöriga i Sverige, med mindre den avlidne i sitt testamente stipulerat att den iranska lagen skall gälla eller åtminstone fällt yttranden i den riktningen under sin livstid. Än mindre övertygande blir resonemanget, när man beaktar den framträdande roll som hemvistprincipen från och med 1970-talet fått såväl i svensk internationellt familjerättslig lagstiftning som i rättspraxis. Förarbetena till den nyare lagstiftningen lämnar inget tvivel om att det är *hemvistet* som skall anses stå för en människas närmaste anknytning.⁶³ Denna standpunkt brukar också motiveras med de berörda personernas förväntningar. Att i stället tillämpa medborgarskapsstatens lag skulle komma som en stor överraskning, påstås det.

Förmodligen hade också vår iranske arvlätare genom den långvariga bosättningen i Sverige och giftermålet med en svenska anpassat sig så väl till de svenska förhållandena, att han tog för givet att svensk lag skulle gälla eller åtminstone önskade sig så vara fallet.

Exemplet kan naturligtvis hävdas vara extremt, eftersom det handlar om ett rättsområde där lagvalsreglerna notoriskt sett är föråldrade och där en lagreform varit aktuell sedan början av 1960-talet.⁶⁴ Det sorgliga är emellertid att en sådan eftersläpning på inget sätt är unik för den internationella successionsrätten, utan tvärtom är vanlig i den lagfästa internationella privaträtten. Sålunda övergavs tillämpningen på makars förmögenhetsförhållanden av lagen i den stat där *mannen* var medborgare vid äktenskapets ingående enligt 1912 års lag (IÄR) först genom lagen (1990:272) om vissa internationella frågor rörande makars förmögenhetsförhållanden (LIMF), fastän det åtminstone sedan 1960-talet fanns en stor enighet om att

⁶³ Se t.ex. prop. 1989/90:87, s. 16-17.

⁶⁴ Se Dir Ju 1960 I:31 och SOU 1969:60.

regeln var föråldrad och stred mot principen om makars rättslikhet i den övriga svenska lagstiftningen.⁶⁵

Inom den internationella förmögenhetsrätten kan kritik riktas exempelvis mot regeln i 4 § 2 st. i lagen (1964:528) om tillämplig lag beträffande internationella köp av lösa saker (IKL). Vari ligger det svenska intresset av att enligt den bestämmelsen avvika från huvudregeln om tillämpning av säljarens lag (= lagen i den stat där säljaren har sitt hemvist) till förmån för tillämpning av köparens lag, när säljaren – exempelvis ett småländskt småföretag som tillverkar möbler – råkar emotta beställningen i köparens hemviststat? En sådan lösning förkastades vid utarbetande av 1980 års Romkonvention, som inkluderar köp.

Kritiken kan kanske i detta fall avfärdas något lättare än i de föregående genom ett påpekande att det rör sig om lagstiftning grundad på en av Sverige ratificerad internationell konvention och att Sverige inte ensidigt kan ändra sådan lagstiftning.⁶⁶ När det gäller en konventionsanslutning måste man se till fördelarna som helhet och vara beredd att "på köpet" godta vissa mindre önskvärda regleringar.

En huvudorsak till att eftersläpningar blivit så vanliga i svensk internationell privaträtt är att ämnet bedömts vara ett relativt sekundärt (politiskt mindre intressant) rättsområde och att behövliga lagreformer ständigt fått anstå tills "mera brådskande" reformer på andra områden slutförts. Denna inställning har gällt från början och är påtaglig än idag.⁶⁷

⁶⁵ Av förarbetena till IÄR framgår att lagen var avsedd som ett provisorium. Meningen var att undersöka, sedan den pågående kodificeringen av den materiella familjerätten slutförts, huruvida det fanns anledning att i stället införa allmänt tillämplig lagstiftning. Se prop. 1912:58, s. 11-12.

⁶⁶ I fråga om IDL rör det sig om autonom svensk lagstiftning. IÄR grundade sig på en av Sverige ratificerad Haagkonvention på området från 1905. Sverige upphävde emellertid denna konvention redan 1960, varefter vårt land hade "fria händer" att införa nya regler.

⁶⁷ Se Pålsson, *Rec. des Cours* 1986:IV, s. 332 och Jänträ-Jareborg, NILR 1993, s. 50 med hänvisningar.

Nyare lagstiftning

Svårigheterna att definiera det svenska intresset är emellertid mer generella och kan gälla även i förhållande till nyligen stiftade lagvalsregler.

Antag att ett svenskt par vid äktenskapets ingående tar hemvist i Tyskland, dock med diffusa planer om att i framtiden återflytta till Sverige. Några år senare, innan återflyttningen genomförts, skiljer sig makarna i Sverige genom svensk domstols dom.⁶⁸ Båda (f.d.) makarna flyttar därefter till Sverige. Av 4 § 1 st. LIMF följer att förmögenhetsförhållandena i äktenskapet är underkastade tysk rätt, om inte makarna skriftligen avtalat om en annan lags tillämpning, en valfrihet som i det här fallet omfattar svensk rätt.⁶⁹ Sådant avtal har inte ingåtts. Bodelningen i Sverige måste då grundas på tysk lag, förutsatt att makarna inte i samband med den kommer överens om tillämpning av svensk rätt.⁷⁰ Detta lyckas inte eftersom den ena parten, närmare bestämt den make som har mest före äktenskapets ingående förvärvat egendom, upptäckt att det gynnar hans intressen att låta bodelningen ske enligt tysk rätt. All makarnas egendom finns i Sverige.

Antag i stället att makarna skiljer sig en månad efter det att de flyttat tillbaka till Sverige. Då följer det av 4 § 2 st. LIMF att bodelningen skall grundas på svensk rätt. Någon lagvalsfrihet finns inte längre, eftersom båda makarnas hemvist sammanfaller med bådas medborgarskap.

Det är svårt att finna en sådan skillnad mellan målen att det i det ena fallet är motiverat att tillämpa tysk rätt, i det andra fallet svensk rätt. I båda fallen har parterna mycket stark anknytning till Sverige. Vilket svenskt intresse finns det då av att tillämpa tysk lag i den först nämnda situationen? Lagvalsutgången förefaller snarare bero på en slump än ett rättspolitiskt motiverat ställningstagande. Studerar man tysk internationell

⁶⁸ Domsrätt följer i det målet av 3 kap. 2 § 1 p. i lagen (1904:26 s. 1) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap och förmynderskap.

⁶⁹ Se lagens 3 § 1 st.

⁷⁰ Resonemanget utgår ifrån att makarnas hemvist vid tiden för bodelningsgrunden, d.v.s. ansökan om skilsmässa, avgör lagvalet, när makarna inte avtalat om annat.

privaträtt upptäcker man dessutom att enligt där gällande lagvalsregler (makarnas gemensamma medborgarskap avgör lagvalet) skulle förmögenhetsförhållandena i båda fallen vara underkastade svensk rätt. En sådan upptäckt saknar dock relevans i Sverige på grund av den svenska internationella privaträttens avvisande inställning till renvoi.⁷¹

Den svenska lagstiftaren har vid antagandet av LIMF gjort den bedömningen att makar normalt har den närmaste anknytningen till sitt hemvistland. Man motiverade tillämpning av hemviststatens lag också med att det skulle motsvara makars förväntningar.⁷² När hemvistet är utomlands vid för lagvalet relevant tidpunkt är således det svenska intresset av tillämpning av den statens lag förenat med behovet att respektera parternas närmaste anknytning och deras förväntningar. Det finns emellertid "atypiska" fall, där dessa antaganden inte gäller, i vilka fall mer individualistiska lösningar är påkallade.⁷³ Av hänsyn till att makarna kan ha intresse av tillämpning av en annan stats lag ger således 3 § LIMF dem en viss frihet att själva bestämma tillämplig lag (s.k. partsautonomi). Partsautonomin har dock den svagheten att den endast fungerar om makarna kan komma överens om den tillämpliga lagen. I den första varianten av exempelfallet strandade möjligheten till en mer individuellt inriktad bedömning på makarnas motstridiga intressen vid bodelningen.

⁷¹ Se ovan, avsnitt 2.3.2.

⁷² Prop. 1989/90:87, s. 16-17. Sådana här allmänna antaganden är emellertid starkt generaliserade. När empiriskt underlag saknas kan presumtioner av denna sort dessutom användas som argument för t.o.m. rakt motsatta uppfattningar. Sålunda hävdar exempelvis Kegel i tysk rätt att de flesta människor föredrar tillämpning av medborgarskapsstatens lag, eftersom de regelmässigt "vuxit upp under den lagen"! Kegel, IPR, s. 109.

⁷³ Med tanke på sådana fall innehåller 1987 års schweiziska IP-lag en allmänt tillämplig undantagsbestämmelse som här återges i officiell engelsk översättning: "As an exception, the law to which this Act refers shall not govern if, under the entire circumstances, it is obvious that the facts only have a remote connection to that law but a much closer connection to another law. This provision shall not be applicable where a choice of law exists." (Art. 15) Enligt den sista meningen gäller bestämmelsen alltså inte i de fall där parterna har valt tillämplig lag.

3.6.3 Intresseavvägningar vid lagvalet

Tysk rätt

I utländsk doktrin, särskilt i Tyskland, brukar man föra "intressebetonade" resonemang för att motivera valet av tillämplig lag i utlandsanknutna fall. Sålunda har man i tysk doktrin förklarat lagvalsreglerna vara resultat av en sammanvägning av typiska *partsintressen* ("Parteinteressen"), *omsättningsintressen* ("Verkehrsinteressen") samt *ordningsintressen* ("Ordnungsinteressen"). Partsintressen går ut på att en persons rättsförhållanden är att bedöma enligt lagen i en stat som personen allmänt kan förmodas känna särskild samhörighet med. Omsättningsintressen tar hänsyn till tredje mans behov av rättsskydd. Ordningsintressen består av bl.a. strävan efter förutsebarhet och säkerhet i rättstillämpningen.⁷⁴

En sådan uppdelning brukar inte göras i svensk internationell privaträtt. Hos oss talar man på ett mycket allmänt plan om det svenska intresset av att avgörandet i vissa fall grundas på utländsk rätt, fastän Sverige är domstolsland. Detta intresse kan sammanfalla med parternas intressen, förutsatt att de önskar sig den utländska lagens användning. Men det kan också skilja sig från partsintressena. Detta gäller särskilt indispositiva mål där parterna i svensk internationell privaträtt endast undantagsvis kan sätta den enligt lagvalsregeln tillämpliga utländska rätten ur spel.⁷⁵ I dessa mål är ett offentligt intresse inblandat, vilket ansetts kräva en viss, tvingande reglering även rörande lagvalsfrågan. I sak synes det inte vara fråga om någon avsevärd skillnad jämfört med den tyska rättsens "ordnings- och omsättningsintressen". – Det går natur-

⁷⁴ Se Kegel, IPR, s. 109-116. I sin bok "Interessenjurisprudenz" (1990) ifrågasätter Flessner lämpligheten och relevansen av denna sorts intresseresonemang. Flessner förespråkar i stället en annan sorts "reell" Interessenjurisprudenz där partsintressena och sociala realiteter står i förgrunden och internationellt privaträttsliga ordningsintressen är av mycket sekundär betydelse. Se Flessner, a.a., exempelvis s. 3-4, s. 49 och s. 52-53. En illustrativ redogörelse för vad motsättningarna mellan dessa två synsätt består av ges av Schurig, RabelsZ 1995, s. 229-244.

⁷⁵ Se nedan, avsnitt 5.7.2.

ligtvis också i svensk rätt att tala om "partsintressen" på ett allmänt plan i betydelsen vad som generellt sett kan antas motsvara parternas önskemål i vissa situationer; någon individuell prövning är det i så fall inte fråga om.

USA-amerikansk internationell privaträtt

Ytterligare en variant är de s.k. intresseorienterade teorierna i amerikansk internationell privaträtt, vilka förekommit sedan 1960-talet.⁷⁶ Här är det förenklat fråga om att i gränsöverskridande fall skall det fastställas vilket intresse de berörda staterna (inklusive forumstaten) har av att avgörandet grundas på den egna statens lag. De amerikanska teorierna anses ha bidragit till att kontinentaleuropeisk internationell privaträtt blivit mer resultatorienterad; deras inflytande har i övrigt varit begränsat i Europa.

3.6.4 Kritiken träffar svensk rätt endast delvis

Ett grundläggande fel i det gällande lagvalstänkandet är enligt kritikerna att utländsk rätt betraktas som likvärdig med forumstatens lag, fastän det saknas anledning till sådan lika-behandling.⁷⁷ I skymundan kommer också, hävdas det, att en stat i själva verket alltid har intresse av att dess domstolar i största möjliga utsträckning får grunda sina avgöranden på *lex fori*.⁷⁸

Den kritik som med visst fog kan riktas mot flera av de kontinentaleuropeiska lagvalssystemen träffar inte på samma sätt

⁷⁶ Se t.ex. Jänterä-Jareborg, JFT 1984, s. 109-110.

⁷⁷ "Die traditionelle kontinentaleuropäische Lehre scheitert schon daran, daß es für die Gleichberechtigung der Rechtsordnungen, die sie anstrebt, keinen realen Interessen gibt. Rechtsordnungen als solche sind geistiges Gebilde und soziale Struktur; sie haben nicht selbst ein "Interesse" (oder Desinteresse) an ihrer Anwendung. Ein solches Interesse könnte der Staat haben, der sie schafft und unterhält. ... Real vorhanden sind ... in den allermeisten privatrechtlichen Fällen nur die Interessen der privaten Beteiligten, aber sie sind gerichtet auf Anwendung dieses oder jenes Recht um der Belange der beteiligten Privaten willen, nicht um den beteiligten Rechtsordnungen die Gleichberechtigung zu verschaffen." Flessner, *Interessenjurisprudenz*, s. 115. Jfr Schurig, *RabelsZ* 1995, s. 242.

⁷⁸ Se Kropholler, IPR, s. 28-29 och Vischer, *Rec. des Cours* 1992:I, s. 90-91.

den svenska internationella privaträtten. Enligt den härskande meningen på den europeiska kontinenten är lagvalsreglerna tvingande i förhållande till parterna och obligatoriska (absoluta) gentemot domstolen.⁷⁹ Följaktligen skall domstolen av eget initiativ tillämpa lagvalsreglerna och av dessa anvisad utländsk rätt, helt oavsett parternas önskemål (intressen) och vad tvisten gäller. Nyare svensk rättspraxis ger vid handen att man hos oss i dispositiva mål inte tvingar tillämpning av utländsk rätt på parterna, utom när ena parten begär det och denna begäran får stöd i de gällande svenska lagvalsreglerna.⁸⁰ En sådan praxis minskar naturligtvis påtagligt användningen av utländsk rätt vid svenska domstolar, men torde också vara förenlig med partsintressen.

Inte oväntat begär en part att ett avgörande grundas på utländsk rätt endast när det gagnar hans intressen. Härvidlag torde innehållet i den tillämpliga utländska lagen vara avgörande; stundom kan dock parts enda syfte vara att på detta vis fördröja målets handläggning. I propositionen till 1990 års LIMF anges det vara olyckligt när lagstiftning får sådana konsekvenser.⁸¹ Hemvistprincipens fördel är i en sådan situation att den i regel medför tillämpning av svensk rätt och att utländsk rätt relativt sällan är användbar. Påpekas skall att också i den indispositivt reglerade delen av den svenska internationella familjerätten har det under en längre tid funnits en tendens att skära ner antalet tillfällen där utländsk rätt blir tillämplig. Detta har skett dels genom en övergång till hemvistprincipen, t.ex. i faderskapsfrågor enligt IFL, dels genom bestämmelser som föreskriver att vissa frågor under vissa förutsättningar alltid skall prövas enligt svensk rätt, t.ex. ansökan

⁷⁹ Se nedan avsnitt 3.6.6.

⁸⁰ Denna inställning kommer mycket tydligt till uttryck i *NJA* 1993 s. 341. – Den svenska inställningen kan naturligtvis tänkas komma i konflikt med vissa andra staters inställning och bör omprövas i fråga om konventionsbaserade lagvalsregler.

⁸¹ Se prop. 1989/90:87, s. 17. Likadant SOU 1987:18, s. 71.

om adoption vid svensk domstol, 2 § LIA, och vårdnad om barn i samband med skilsmässomål i Sverige, 3 kap. 6 § IÄL.⁸²

3.6.5 "Jurisprudence Bisbal" i fransk rättspraxis

Fransk rätt saknar skrivna regler rörande tillämpning av främmande rätt. Kassationsdomstolens (*Cour de cassation*) ställningstaganden har i stället varit vägledande.

I det s.k. *Bisbal-målet* år 1959 fällde kassationsdomstolen ett uttalande som kom att styra rättstillämpningen i utlandsanknutna mål under närmare 30 års tid.⁸³ Målet handlade om omvandling till skilsmässa av en legal separation mellan makar som var spanska medborgare. Den tillämpliga (oskrivna) franska lagvalsregeln hänvisade till spansk lag men det var först vid kassationsdomstolen som ena parten gjorde gällande att spansk lag var utslagsgivande. *Cour de cassation* slog då fast att de internationellt privaträttsliga lagvalsreglerna av en fransk domstol inte kunde betraktas som obligatoriska regler när de hänvisade till utländsk rätt. Följaktligen kunde man inte lägga appellationsdomstolen till last att den inte hade tillämpat spansk lag ex officio.⁸⁴ Fransk rätt var i stället att tillämpa på alla privaträttsliga förhållanden som prövades vid fransk domstol, förutsatt att en part inte yrkade tillämpning av utländsk rätt.

Ställningstagandet kompletterades av domstolen i det s.k. *C.A.C.B.-målet* året därpå.⁸⁵ Nu angavs fransk domstol ha rätt att pröva utlandsanknutna mål enligt främmande stats lag,

⁸² Man kan i sammanhanget tala om parallellism mellan lagvalet och domsrätten, d.v.s. om "lex fori in foro proprio". Se Lando, FS Due, s. 207-208.

⁸³ Cass. civ. 12.5.1959, Rev.crit.d.i.p. 1960, s. 62 f.

⁸⁴ "... les règles françaises de conflit de lois, en tant du moins qu'elles prescrivent l'application d'une loi étrangère, n'ont pas un caractère d'ordre public, en ce sens qu'il appartient aux parties d'en réclamer l'application, et qu'on ne peut pas reprocher aux juges du fond de ne pas appliquer d'office la loi étrangère ..." – Redan innan detta uttalande fälldes hade idén att utländsk rätt skulle tillämpas endast på begäran av part visst stöd både i fransk rättspraxis och doktrin.

⁸⁵ Cass. civ. 2.3.1960, Rev.crit.d.i.p. 1960, s. 97.

fastän den lagens tillämpning inte hade begärts av part. Sammantagna innebär dessa ställningstaganden, som utgjort underlaget för den efterföljande rättstillämpningen, följande: Domstolen är skyldig att tillämpa lagvalsreglerna och av dessa angiven utländsk rätt endast när en part begär det, men domstolen har å andra sidan alltid rätt att pröva målet enligt den utländska lagen oavsett parternas yrkanden. I ett med Bisbal-fallet i det närmaste identiskt mål (Bertoncini, 1961) förkastade Cour de cassation talan, som hade grundats på att appellationsdomstolen inte hade tillämpat italiensk rätt, med motiveeringen att ingendera parten hade inför de lägre instanserna åberopat makarnas italienska medborgarskap och begärt tillämpning av italiensk rätt.⁸⁶

Kassationsdomstolens praxis sedan slutet av 1980-talet har emellertid ansetts ge vid handen att de av Bisbal-målet inspirerade reglerna numera övergivits.⁸⁷ Sedan reglerna utformades har den franska civilprocessen reformerats, vilket är av betydelse i sammanhanget. Enligt art. 8 i den nya civilprocesslagen får domstolen be parterna att komplettera faktaunderlaget, när det enligt rättens bedömning kan vara av betydelse för tvistens utgång.⁸⁸ Domstolen får vidare beakta även sådana omständigheter som talan inte har grundats på, om dessa framgår av processmaterialet.⁸⁹ Lagen öppnar således möjligheter för ex officio-tillämpning av främmande lag. Enligt härskande mening är utländsk rätt att tillämpa ex officio, förutsatt att det rör sig om konventionsgrundade lagvalsregler eller om tvingande rätt; i övriga fall skall utländsk rätt tillämpas på begäran av part.⁹⁰ Den nya praxis är dock inte enhetlig och vissa avgöranden har t.o.m. ansetts bekräfta att Bisbal-praxis fortfarande gäller eller har återinförts. Enligt Batiffol och Lagarde är kas-

⁸⁶ Cass. civ. 11.7.1961, se Batiffol & Lagarde, s. 531-532.

⁸⁷ Se Herzfelder, RIW 1990, s. 354-358; Vischer, Rec. des Cours 1992:I, s. 75-77 samt Koerner, s. 4-29, särskilt s. 28-29.

⁸⁸ Se Batiffol & Lagarde, s. 532-533.

⁸⁹ "prendre en considération même des faits que les parties n'auraient pas spécialement invoqués au soutien de leur prétention", art. 7(2).

⁹⁰ Se Koerner, s. 28-29 och Herzfelder, RIW 1990, s. 356-357.

sationsdomstolens rättstillämpning fortfarande så pass vacklande att några säkra slutsatser inte kan dras om vilka förutsättningar som gäller vid tillämpning av utländsk rätt.⁹¹ Klart är emellertid att en domstol inte får tillämpa utländsk rätt utan att först ha givit parterna möjlighet att diskutera den utländska lagens tillämplighet på tvisten samt vad den lagen har för innehåll.⁹²

Avslutningsvis bör påpekas att Bisbal-praxis har varit mycket omdebatterad både i Frankrike och i andra länder. Kritikerna har ansett den strida mot den internationella privaträttens grundidéer och medföra godtycklig rättstillämpning.⁹³ Andra har välkomnat den särskilt på grund av den möjlighet den givit att pröva franskanknutna mål enligt fransk rätt, fastän lagvalsregeln utpekar en utländsk lag som tillämplig.⁹⁴ I utlandet har modellen rönt stort intresse emedan den öppnar möjlighet för parterna att påverka lagvalet. Den har sålunda utgjort en viktig förebild för den s.k. *fakultatIVES Kollisionsrecht-teorin* i tysk doktrin, enligt vilken utländsk rätt bör tillämpas endast på begäran av en part, utom när det rör sig om konventionsgrundade lagvalsregler.⁹⁵

⁹¹ Batiffol & Lagarde, s. 531. Se även Koerner, s. 28-29. Detta gäller även frågan om utredning av innehållet i främmande rätt.

⁹² Batiffol & Lagarde, s. 532-533.

⁹³ Se Batiffol & Lagarde, s. 533-534. Det har exempelvis ansetts vara betänkligt att en fransk lagvalsregels hänvisning till utländsk rätt inte är lika förpliktande som när samma regel hänvisar till fransk rätt. Betänkligt är också att domstolen avgör huruvida utländsk eller inhemsk rätt skall tillämpas när parterna inte yrkat användning av främmande lag. Lagvalet kan bli helt beroende av vid vilket forum i Frankrike frågan prövas. "Rechtseinheit, Rechtsgleichheit und Rechtssicherheit sind gefährdet, wenn in Orléans anders entschieden werden kann als in Bourges oder Dijon", skriver Sturm, FS Zweigert, s. 339. Det har också invänts att en sådan frihet som domstolarna åtnjuter enligt Bisbal-praxis gynnar ideologiskt och t.o.m. politiskt färgade domar.

⁹⁴ Se Vischer, Rec. des Cours 1992:I, s. 81.

⁹⁵ Se särskilt Flessner, RabelsZ 1970, s. 547 ff. Vid utarbetande av 1986 års reform av EGBGB tog man dock bestämt avstånd från denna teori, se Begründung, s. 25-26. Den förkastas också av BGH, se BGH, NJW 1993, s. 2305, nedan avsnitt 3.6.6.

3.6.6 Kvalitetsinriktade och process-ekonomiska argument – tillämpning ex officio eller på partsbegäran?

Avslutningsvis bör erinras om vissa vedertagna påpekanden vilkas sanningsenlighet är väldokumenterad: utländsk rätts tillämpning är en processekonomiskt dyr lösning och rätts-skipningen håller inte samma kvalitet som när ett avgörande grundas på *lex fori*.

Från domarens synpunkt är tillämpning av utländsk rätt en avsevärt svårare uppgift än att tillämpa den egna statens rätt. Innehållet i den främmande rätten måste dessutom först utredas; processen drar ut på tiden och blir dyrare. Få domare känner sig riktigt förtrogna med främmande rättsregler. Reglerna tillämpas av en tveksam nybörjare i stället för en erfaren expert.⁹⁶ Därför har det stundom hävdats att rättvisan försvinner när utländsk rätt gäller.⁹⁷ De som drabbas är parterna i målet.⁹⁸

Trots att högljudda krav har ställts i den kontinentala doktrinen och alldeles särskilt i Tyskland på att utländsk rätt (med vissa undantag) endast bör tillämpas på begäran av part⁹⁹ har ex officio-tillämpningen stärkt sin position. Den bekräftas i alla

⁹⁶ "Will das Gericht nach ausländischem Recht urteilen, so erhalten die Parteien einen schlechteren Richter, als wenn deutsches Recht zugrunde gelegt würde – statt eines 'gelernten' einen dilettantischen, statt eines erfahrenen einen 'Anfänger', statt eines überlegenen einen ängstlichen", förtydligar Flessner, *RabelsZ* 1970 s. 552. I samma stil resonerar även Zweigert, *RabelsZ* 1973, s. 445. Tesen om likställighet mellan inhemsk och utländsk rätt framstår, påpekas det, ohållbar mot denna bakgrund. Därom, se Flessner, a.a., s. 562-563. Och inte bara domarens utan även advokatens insats blir sämre när målet skall prövas enligt en utländsk lag. Se även Gaarder, s. 13-14.

⁹⁷ Till denna känsla av bristande rättvisa bidrar naturligtvis också att den främmande lagen kan medföra en annan utgång än vad som skulle följa av forumstatens regler.

⁹⁸ Jfr dock Schurig, *RabelsZ* 1995, s. 243. Enligt Schurig är en part endast intresserad av en för denne fördelaktig utgång i tvisten. Vilken kvalitet rättstillämpningen har är utan intresse ur parts synvinkel.

⁹⁹ I tysk doktrin talar man i sammanhanget om s.k. *fakultatives Kollisionsrecht*. Som dess främste förespråkare torde kunna betraktas Flessner, men teorin vinner sympati även hos andra framstående rättsvetenskapsmän. För teorins grundteser, vilka vilar på de nu aktuella processekonomiska och kvalitativa argumenten, se särskilt Flessner, *RabelsZ* 1970, s. 547 ff. Se även Sturm, *FS Zweigert*, s. 329 ff. och Müller-Graff, *RabelsZ* 1984, s. 289 ff.

nya internationellt privaträttsliga kodifikationer i Europa, uttryckligen, såsom i Österrikes (1978) och Turkiets (1982) internationellt privaträttsliga lagar, eller implicit, såsom i 1986 års revision av EGBGB i Tyskland och Schweiz' (1987) och Italiens (1995) kodifikationer.¹⁰⁰

Mot varandra står således två kolliderande synsätt. Å ena sidan har vi synen på lagvalsregler som bestämmelser som kompletterar den materiella rätten i *lex fori* och vilkas tillämpning inte är något självändamål. Lagvalsreglerna skall komma till användning endast när parternas rättsskydd och berättigade förväntningar förutsätter det.¹⁰¹ Å andra sidan står uppfattningen om lagvalsregler som obligatoriska (tvingande) regler vilkas själva existens gör att de skall tillämpas.

Det senare synsättet kommer till uttryck i ett avgörande av den tyska högsta domstolen (BGH) från 1993.¹⁰² Målet handlade om ett myndigt barns rätt till skadestånd från sina föräldrar och talan hade grundats på att dessa hade använt barnet tillhörande medel för sina egna behov. Barnet, som var käranden i målet, hade skadats på ett tyskt sjukhus i samband med sin födsel och hade i anledning av det erhållit skadestånd från det allmänna vilket hennes föräldrar hade tagit hand om. Skadeståndsbeloppet hade använts till köp av ett hus i Tyskland, som föräldrarna senare hade sålt. Talan hade bifallits i de lägre instanserna i enlighet med reglerna i den tyska civillagboken, BGB. Högsta domstolen upphävde domen och återförvisade målet till appellationsdomstolen, OLG. Enligt BGH skall nämligen, när tillämpning av utländsk rätt kan komma i fråga, de tyska lagvalsreglerna tillämpas *ex officio*. Av OLG:s dom framgick inte på vilken grund den hade funnit tysk lag vara tillämplig; inte heller hade för lagvalet relevanta anknytningsfakta klarlagts. – BGH:s ställningstagande kan framstå som något pedantiskt för en svensk jurist med tanke på att målet hade mycket stark tysk anknytning och att det enligt tysk in-

¹⁰⁰ Som "motvikt" godtar dessa lagkodifikationer partsautonomi i betydligt större utsträckning än i tidigare rätt.

¹⁰¹ Se Vischer, *Rec. des Cours* 1992:I, s. 75 och Buure-Häggglund, LM 1977, s. 373.

¹⁰² BGH, NJW 1993, s. 2305. Se Kegel, IPR, s. 363.

ternationell privaträtt var ovisst vilka lagvalsregler som skulle gälla och om tysk eller utländsk rätt skulle komma till användning. Den utländska anknytning som föranledde BGH att fästa uppmärksamhet på lagvalsfrågan var att kärandens far, som numera var tysk medborgare, vid hennes födsel hade varit medborgare i Egypten! Fråga var vidare enligt tysk rätt om ett mål där förhandlingsprincipen ("Verhandlungsgrundsatz") gäller beträffande de faktiska omständigheterna.

4. En tillbakablick

4.1 Svensk rätt fram till 1700-talet

4.1.1 Främlingsrättsliga regler

Det har antagits att den internationella privaträttens historia för Sveriges del börjar vid tiden för kristendomens införande i landet (1000- och 1100-talen), då samfärdseln med utlandet började ta fart.¹ Enligt Eek synes man länge i första hand ha försökt lösa de problem, som de utländska kontakterna gav upphov till, genom s.k. främlingsrättsliga regler, d.v.s. särskilda materiella regler utformade med hänsyn till utlänningar och deras rättsförhållanden i Sverige.² Sådana fanns både i landskapslagarna och i stads- och landslagarna. Ett välkänt exempel är bestämmelserna i de äldre lagarna rörande utlännings rätt att ta arv i Sverige, som numera motsvaras av bestämmelsen i 1 kap. 3 § ÄB.³ I övrigt synes utlänningar i Sverige ha varit underkastade samma regler som svenska undersåtar.⁴ Eftersom även de främlingsrättsliga reglerna var svens-

¹ Eek, Lagkonflikter I, s. 24.

² Eek, a. st.

³ "Utländsk medborgare får lika med svensk taga arv här i riket. Är i annan stat svensk medborgare icke likställd med inlänning i fråga om rätten att taga arv, eller måste han där vidkännas större avdrag än denne, äger regeringen förordna att motsvarande inskränkning skall gälla för den statens medborgare här i riket." Lagrummet anger inget annat än att en utlänning i Sverige inte får diskrimineras som arvtagare. Det är ingen lagvalsregel. Dessa hittar man f.n. i lagen (1937:81) om internationella rättsförhållanden rörande dödsbo. Tillämplig lag för rätten till arv och för behörigheten att ta arv, utpekas av lagvalsreglerna i lagens 1 kap. 1 och 9 §§.

⁴ Eek, Lagkonflikter I, s. 24-25. Att observera är att som undersåte i Sverige räknades var och en som var bosatt i landet oavsett var vederbörande var född. Nationalitets-

ka materiellrättsliga bestämmelser, kan man således säga att *territorialitetsprincipen* gällde i Sverige. Den svenska rätten var dock i icke obetydlig grad influerad av utländsk rätt, vilket var naturligt med hänsyn till kyrkans inflytande och att alla högre studier fram till grundandet av de första inhemska universiteten ägde rum utomlands.⁵ Även handelsförbindelserna med de kontinentala länderna satte sina spår på rättsutvecklingen.

4.1.2 Den tysk-romerska rättens inflytande

Sveriges utveckling till en politisk stormakt på 1600-talet hade långtgående följder för det svenska samhället och dess rättssystem. Landets territorium ökade markant, näringslivet expanderade, handelskontakterna med utlandet intensifierades, o.s.v. Vilka utmaningar som denna utveckling ställde den svenska rätten inför beskrivs av Jägerskiöld på följande sätt:

”Rättegångar blevo aktuella även inför svensk domstol, vilka rörde affärsmän i Holland, Tyskland och England, och vilka kunde komma att svara mot processer inför främmande fora, särskilt som den internationella processrätten ännu icke reste några stora skrankor för prövning domstolsväg av samma tvist i olika länder. De svenska domstolarna måste gång efter annan taga ställning till mera utvecklade affärsformer, nya instrument och därmed förknippade rättsregler. De måste döma efter grunder, som kunde övertyga även en tysk eller holländsk köpman, som förvisso inte saknade juridisk assistans. I många fall inflyttade till riket framstående utlänningar, vilka medförde sin rättsuppfattning, hämtad från ett av den tysk-romerska rätten dominerat land.”⁶

Denna utveckling hjälpte till att bana väg för utländsk rätt i Sverige, framför allt romersk och tysk-romersk rätt. Jägerskiölds studier visar att det under 1600-talet var vanligt att svenska domstolar, framför allt hovrätterna, åberopade främ-

begreppet började utvecklas i Sverige, liksom också utomlands, först efter de franska och amerikanska revolutionerna. Bogdan, FS Laurent, s. 679.

⁵ Se Inger, s. 13.

⁶ Jägerskiöld, s. 30.

mande lagar i sina avgöranden.⁷ Denna praxis var inte på något sätt begränsad till mål med utlandsanknytning, utan förekom även i rent interna mål. Den utländska rättens reception underlättades av att Sverige saknade modern lagstiftning och att hovrättsledamöterna rekryterades från en krets av akademiskt, ofta utomlands utbildade jurister som var väl förtrogna med den på kontinenten dominerande romerska rätten.⁸ Dessa var ofta benägna att komplettera den bristfälliga svenska rätten med rättsregler och rättsinstitut hämtade från romersk rätt.⁹

Den romerska rättens ökande inflytande förde också med sig att den svenska rättsterminologin blev latiniserad. Särskilt de högre instansernas språk blev en blandning mellan svenska och latin, men även en del parter och ombud gjorde bruk av "romarspråket och den gemeinrechtliga terminologien", såsom Jägerskiöld uttrycker saken.¹⁰

⁷ Jägerskiöld, s. 89-90 och s. 95. Enligt Almquist måste tysk-romersk rätt tillämpas av Svea hovrätt (som primär rättskälla) vid behandling av mål som överklagats från Reval och Riga. Almquist, s. 63.

⁸ Se Jägerskiöld, s. 33-37 och s. 45-49 samt Inger, s. 65-66. När universitetsstudier i Uppsala återupptogs i slutet av 1500-talet/början av 1600-talet, anställde man som lärare svenskar som studerat utomlands eller inkallade utländska vetenskapsmän.

⁹ Inger, s. 71-72. Enligt Inger kan man här tala om såväl behovsreception som auktoritetsreception. Se också Jägerskiöld, s. 90-91. En motsvarande rättstillämpning synes ha varit vanlig på den europeiska kontinenten. Se Sass, AJCL 1968-69, s. 347-349.

¹⁰ Jägerskiöld, s. 92.

4.2 Förbud att åberopa främmande lag och använda främmande språk enligt 1734 års lag

”All dom bör fästas på skäl och lag, och ej på godtycke: och skall själva saken och målet, där i tvisten består, med dess nödvändiga omständigheter, tydligen däri utsättas, så ock de huvudskäl, och den lag, där å slutet grundas: *men utländsk lag, må ej där i åberopas, eller främmande språk brukas.*”¹¹

Denna moderniserade bestämmelse i rättegångsbalken i 1734 års lag (24:3 första meningen) har varit mycket omdiskuterad i svensk doktrin. Meningsutbytet har gällt huruvida stadgandet avsåg att förbjuda all tillämpning av utländsk rätt i Sverige eller om det endast var riktat mot praxis att grunda domar på romersk rätt. En motsvarande bestämmelse fanns redan i Kristoffers landslag från 1442, som förbjöd att ”utländske rätter dragas in i riket allmogen till tunga”.

Den svenska rätten blev åtminstone sedan 1200-talet starkt influerad av romersk (och kanonisk) rätt. Denna utveckling kulminerade i en omfattande reception av romersk rätt på 1600-talet vilket, såsom påpekats, också innebar en latinisering av den svenska juridiska terminologin. Därför är det naturligt att i första hand betrakta de nu aktuella förbuden som en reaktion mot utländsk rätts (och främmande juridisk terminologis) inflytande i Sverige. Förbudet i Kristoffers landslag har sålunda förklarats med att det innan ett enhetligt rättssystem infördes inte var ovanligt att domaren bland de olika lagarna – landslagar, stadslagar, kanonisk rätt, etc. – valde den han kände bäst utan hänsyn till om den var territoriellt gällande eller inte!¹²

Bestämmelsen i 1734 års lag kan ses som en vidareutveckling av detta förbud, men också som en markering av att den

¹¹ Min kursivering.

¹² Se Eek, Lagkonflikter I, s. 24-25, not 31.

svenska rättens kodifiering genom denna lag satte punkten för utländsk rätts reception. Dessförinnan, mot slutet av 1600-talet, hade en stark reaktion ägt rum i Sverige (liksom också i många andra länder) mot romersk rätts inflytande; det starka beroendet av utländsk rätt uppfattades som förnedrande.¹³ Tolkad på detta vis angick bestämmelsen i 24 kap. 3 § gamla RB inte alls lagvalsproblematiken i gränsöverskridande mål, utan var avsedd att hindra användningen av utländsk rätt som svensk lag i vanliga interna tvister.¹⁴ Tolkningen stöds av att den lagstiftning, som infördes efter 1734 års lag, inte följde förbudstanken i fråga om möjligheten att beakta utländsk rätt i utlandsanknutna fall. I detta sammanhang brukar 1748 års växelstadga anges som exempel, där viss hänvisning gjordes till främmande rätt.¹⁵

Trots tillgång till flera mål, där utländsk rätt beaktats efter tillkomsten av 1734 års lag, har det inte ansetts möjligt att dra några slutsatser om domstolars teoretiska utgångspunkter vid tillämpningen av främmande lag.¹⁶ I vart fall i processuellt hänseende synes utländsk rätt hos oss, liksom också på den europeiska kontinenten, ha likställts med faktiska omständigheter, d.v.s. sådant som det ankom på part att åberopa och styrka.¹⁷

¹³ Jägerskiöld, s. 102. Enligt Jägerskiöld hade reaktionen att göra med de i Sverige då aktuella nationalromantiska stämningarna.

¹⁴ Det är en allmän uppfattning i svensk doktrin att bestämmelsen endast avsåg interna tvister. Se Kallenberg, I, s. 98-99; Beckman, s. 40; Karlgren, s. 32 samt Eek, Lagkonflikter I, s. 27 och densamme i Minnesskrift, s. 109-110. Se även Matz, s. 111. På samma sätt har liknande förbud i äldre dansk rätt tolkats. Se Philip, Ufr 1960 B, s. 152. Jfr dock Löfgren, s. 12-13, enligt vilken lagrummet måste ursprungligen ha avsett ett allomfattande förbud att tillämpa utländsk lag i Sverige.

¹⁵ Sverige ingick senare också ett antal traktater med främmande stater där iakttagande av utländsk lag påbjöds. Se Löfgren, s. 10-12 och s. 16.

¹⁶ Se Eek, Lagkonflikter I, s. 25-28. Det har dock ansetts att man i vissa rättsfall och uttalanden i doktrin kan spåra ett visst inflytande av läran om välförvärvade rättigheter. Eek, Lagkonflikter I, s. 28 not 47. Löfgren redogör för ett intressant sådant avgörande av HD från 1820, återgivet i Schmidts Juridiska Arkiv XV, s. 97. Se Löfgren, s. 14-15. Reuterskiöld antyder att tillämpningen av utländsk rätt i Sverige före den moderna internationella privaträttens genombrott endast kunde grundas på *comitas gentium*. Reuterskiöld, Om äktenskap, m.m., s. 308-309.

¹⁷ Angående läget på den europeiska kontinenten, se Sass, AJCL 1968-69, s. 350-351.

4.3 Den moderna internationella privaträttens genombrott

4.3.1 1880 års växellag

”Beropar sig någon på utländsk lag eller sedvana och vill han att afseende derå fästas skall; vare han skyldig att sin uppgift styrka, der den ej af vederparten medgifves.”

(Promulgationsförordningen till 1880 års växellag, 5 § 8 p.)

Den första författning i svensk rätt som innehöll lagvalsregler av den nuvarande typen var växellagen d. 7 maj 1880. Bestämmelserna i lagens 14:e kapitel, ”Om förhållandet till utländsk lag”, utgick från förutsättningen att en utlännings i enlighet med främmande lag ingångna växelförbindelser ägde giltighet i Sverige, och föreskrev enligt vilket lands lag frågor såsom, behörighet att ingå växelförbindelser och växelförbindelsens form var att bedöma.¹⁸

Den citerade bestämmelsen i promulgationsförordningen till 1880 års växellag (PFVL) kan ses som det första verkligt intressanta stadgandet i svensk rätt angående tillämpningen av utländsk rätt i gränsöverskridande mål. Det rör sig inte om en lagvalsregel, d.v.s. bestämmelse om tillämplig rättsordning, utan om en till både domstolen och parterna riktad handlingsregel. Enligt den mening som kom att härska i svensk rätt slog bestämmelsen fast att domstolen inte av eget initiativ (d.v.s. *ex officio*) skulle tillämpa främmande rätt, utan det var en *parts sak* att yrka främmande lags tillämpning.¹⁹ Dessutom skulle parten styrka innehålllet i den åberopade utländska lagen, med mindre det medgavs av motparten. Fullgjorde parten inte sin bevisskyldighet, skulle svensk lag tillämpas.²⁰ Både vad gäller

¹⁸ Se Löfgren, s. 15-20. Växellagen, liksom också den år 1898 antagna checklagen (se 14 § där), var ett resultat av skandinaviskt lagsamarbete.

¹⁹ Se Hassler & Nial, s. 38.

²⁰ Enligt Reuterskiöld, Om äktenskap, m.m., s. 312, skulle talan i stället ogillas.

initiativ till användning av utländsk rätt och vid utredning om dess innehåll skulle domstolen således vara passiv.²¹

Tolkat på detta sätt fick stadgandet analog användning inom förmögenhetsrättens område långt in på 1900-talet.²² Detta kan förefalla märkligt med hänsyn till att en ny syn rörande tillämpning av utländsk rätt samtidigt gjorde inträde i svensk rätt. Enligt denna var domstolen skyldig att på tjänstens vägnar tillämpa främmande rätt och att det fanns inget som hindrade att rätten själv skaffade fram utredning om innehållet i utländsk lag. Bestämmelsen i PFVL upphörde att gälla först när den nya växellagen trädde i kraft år 1933.²³

I processuellt hänseende var det inte ovanligt i början av 1900-talet att utländsk rätt likställdes med faktiska omständigheter (och sedvänjor). Således ansågs de processuella reglerna rörande fakta också gälla i fråga om utländsk rätt.²⁴ Stöd för denna uppfattning ansåg man få av den ovan citerade bestämmelsen i 1880 års PFVL.

Motsvarande åsikter framfördes även utomlands. Under 1900-talets första årtionden pågick på den europeiska kontinenten en mycket livlig diskussion om huruvida utländsk rätt vid en annan stats domstol var "ius" eller "factum" eller en egen, särskild kategori, s.k. tertium. Av klassificeringen av utländsk rätt under någon av dessa kategorier drogs där efter långtgående slutsatser angående frågor såsom vem, d.v.s. domstol eller en part, skall ta initiativet till användningen av utländsk rätt, vem som skall styrka innehållet i den tillämpliga främmande lagen samt även, huruvida revision vid högsta rättsinstans kan tillåtas på den grunden att

²¹ Denna tolkning ifrågasattes dock av Kallenberg, som ansåg 5 § 8 p. i PFVL på inget sätt tvinga fram sådana tolkningar. Det enda som enligt honom fastslogs där var att domstolen saknade skyldighet att skaffa utredning om den främmande lagens innehåll. Kallenberg, II, s. 94-95. Se även Matz, s. 111. Till stöd för den härskande meningen kan dock anges att den var i överensstämmelse med den dåvarande uppfattningen i Europa. Se Sass, AJCL 1968-69, s. 350-351.

²² Hassler & Nial, s. 17 och s. 38.

²³ Hassler & Nial skriver dock även i tredje upplagan av sitt kompendium (1948) att "de svenska domstolarna ända fram till nuvarande tid i förmögenhetsrättsliga mål, däri parterna ha dispositionsrätt över tvistens föremål, låtit det bero på part, som därav haft intresse, att åberopa tillämplig utländsk lag". S. 38. Se också a.a., s. 17.

²⁴ Så t.ex. Löfgren, s. 20-22 och Granfelt, s. 132.

utländsk rätt blivit felaktigt tillämpad i målet.²⁵ Arbetsfördelningen mellan domstolen och parterna skulle motsvara den som gäller beträffande fakta respektive rättsregler. En motsvarande starkt begreppsrättsligt präglad diskussion har inte förekommit i svensk doktrin sedan de första internationellt privaträttsliga författningarna infördes i början av 1900-talet. Att utländsk rätt är *rätt, ius*, när den på grundval av en svensk lagvalsregel skall tillämpas i Sverige, ansågs inte kunna påverkas av att den *processuellt* i flera hänseenden var underkastad andra regler än svensk rätt.²⁶

4.3.2 Utländsk doktrin som inspiration och huvudkälla

Bara några år efter det att von Savignys idéer om tillämpning av utländsk rätt publicerats var de redan kända i svensk doktrin.²⁷ Under de efterföljande årtiondena utgavs i Sverige ett antal böcker där domstols skyldighet att ex officio tillämpa utländsk rätt godtagits som utgångspunkt. Enligt Eek finner man vid slutet av 1800-talet också ett och annat rättsfall där främmande rätts eventuella tillämpning diskuterats på ett relativt modernt sätt, men det är först från omkring år 1910 som en ny metod börjar sätta sin prägel på rättspraxis.²⁸ Den internationella privaträtten hade därmed etablerat sig i Sverige som en självständig disciplin och ett självständigt rättsområde. Det utländska och särskilt det tyska inflytandet var påtagligt. Inte bara rättsvetenskapsmän använde den nya tyska doktrinen som huvudkälla, utan även i rättstillämpningen förefaller domstolarna direkt ha sökt ledning i tysk rätt. Sålunda var Reuterskiölds "Handbok i svensk privat internationell rätt", som utkom år 1907 och som brukar räknas som det svenska pionjärverket på området, starkt influerad av tysk doktrin. Den välkända beskrivningen av svensk internationellt privat-

²⁵ Se Zajtay, IECL, s. 6-8.

²⁶ Se Kallenberg, II, s. 93-101. Denna uppfattning är numera vanlig även i utlandet. Avgörande för vilka regler (vilken rollfördelning) som skall gälla bör vara vad som är processuellt ändamålsenligt. Se Zajtay, IECL, s. 6.

²⁷ Se Eek, Lagkonflikter I, s. 29-30.

²⁸ Se Eek, Lagkonflikter I, s. 30-31 med hänvisningar.

rättslig praxis i början av 1900-talet som mer eller mindre korrekt tillämpad doktrin, avsåg enligt Eek *utländsk doktrin*.²⁹

4.3.3 Haagkonferensens betydelse

Till denna snabba "reception" av den moderna internationella privaträtten bidrog väsentligt att Haagkonferensens för internationell privaträtt verksamhet inleddes ungefär samtidigt (år 1893). Konferensens arbete byggde på utgångspunkten att internationellt privaträttsliga problem endast kan lösas tillfredsställande genom mellanstatliga överenskommelser om identiska regler. Sverige, som var med för första gången år 1894, valde att satsa på detta arbete.³⁰ Redan år 1903 ratificerade Sverige tre vid konferensen antagna familjerättsliga konventioner, vilket resulterade i införandet av lagen (1904 nr. 26 s. 1) om vissa internationella frågor rörande äktenskap och förmynderskap (nedan: IÄL). Några år senare infördes lagen (1912:69) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskaps rättsverkningar (nedan: IÄR) i anledning av Sveriges tillträde till ytterligare en Haagkonvention. När Sverige år 1924 tillträtt även konventionen om omyndighetsförklaring och liknande åtgärder, hade vårt land blivit part i samtliga familjerättsliga Haagkonventioner från tiden före det andra världskriget.

Betydelsen av detta får inte underskattas. Klarhet skapades angående ett stort antal frågor beträffande vilka den svenska rättens inställning varit oviss. Till de viktigaste resultaten hör att nationalitetsprincipen blev huvudregeln i den svenska internationella familjerätten. Av särskild vikt är att de implementerande svenska lagarna inte begränsades till att endast gälla i förhållande till andra konventionsanslutna stater, utan

²⁹ Eek, Minnesskrift, s. 110 f.

³⁰ En kanske inte upplyftande, men säkerligen sanningsenlig förklaring ges av Pålsson: "Conflict of laws was long a subject of limited practical significance and not one to which the legal community in Sweden devoted its greatest interest or best efforts. It was considered a matter properly to be dealt with by international legislation, and it seems to have been widely believed at the beginning of this century that the co-operation which had started shortly before at The Hague would be successful in building up a truly international system of solutions to the problems of conflict of laws." Pålsson, Rec. des Cours 1986:IV, s. 332.

fick generell tillämplighet. Detta skedde antingen direkt, såsom beträffande 1904 års lag, eller indirekt genom analog tillämpning utanför de konventionsreglerade förhållandena, såsom i fråga om 1912 års lag.

Tillämpning av hemvistprincipen innebär i stor utsträckning att domstolslandets lag är utslagsgivande: vederbörande har ju normalt hemvist i det land där tvisten slits. Nationalitetsprincipen innebär däremot att lagvalet ofta utfaller till förmån för tillämpning av en utländsk lag. I sekelskiftets rättspraxis hade tillämpning av svensk rätt tydligt dominerat även i de utlandsanknutna målen, vilket har tolkats som ett utslag av domicilprincipen.³¹ Haagkonventionernas införlivande med svensk rätt innebar därmed i Sverige helt nya dimensioner för användning av utländsk rätt. Dels byggde reglerna i dessa konventioner på nationalitetsprincipen, dels hade reglerna utformats på ett sätt som inte lämnade någon tvekan om att rättsordningarna var att betrakta som likvärdiga vid prövningen av i konventionerna avsedda frågor. Oavsett om parterna var medborgare i forumstaten eller i ett annat land, var medborgarskapsstatens lag att tillämpa.

En sådan syn på lagvalsfrågan reser, naturligtvis, ett antal praktiska problem. Ett sådant, som gav sig till känna redan från början i Haagkonferensens arbete, var hur domstolen skulle kunna erhålla kännedom om innehållet i den tillämpliga utländska lagen.

Ett förslag till samarbete staterna emellan lades fram vid den tredje Haagkonferensen år 1900. Det gick ut på att konventionsstaterna skulle inbördes förplikta sig att dels officiellt meddela varandra texten i de lagar som i anledning av Haagkonventionerna kunde stiftas, dels på begäran av en annan konventionsstat lämna intyg (certifikat) om innehållet i den egna statens rätt på civil- och handelsrättens områden.³² Varje

³¹ Se Bogdan, FS Laurent, s. 680-681. Dock ansåg Sveriges ombud vid Haagkonferensen år 1894 (det första möte där Sverige deltog) sig kunna uttala att svensk rätt i stor utsträckning var förenlig med de i konferensen antagna resolutioner, d.v.s. att nationalitetsprincipen gällde hos oss. Eek, Lagkonflikter I, s. 31.

³² Se Reuterskiöld, Om äktenskap, m.m., s. 309.

konventionsstat skulle utse en myndighet som i den egna staten ansvarade för upplysningarna. Förslaget stötte dock på hård kritik bland konferensens medlemsstater och idén om ett reglerat samarbete på området föll så småningom. En viktig förklaring till denna utgång tycks ha varit att flera av staterna ansåg diplomatiska kanaler, som stod till förfogande även när det gällde att få fram information om utländsk rätt, väl räcka till.³³ I Sverige fortsatte man dock länge att hoppas på internationellt samarbete i den i Haagförslaget skisserade stilen. Detta får ses som förklaringen till bestämmelserna i svenska internationellt privaträttsliga författningar där hänvisningar görs till förordnanden om i vilken ordning domstolen må söka upplysning om innehållet i utländsk rätt.³⁴ På grund av uteblivet internationellt samarbete kom några sådana förordnanden inte att meddelas. Därför fick de nu aktuella bestämmelserna inte heller någon praktisk betydelse. Det skulle komma att dröja ända fram till år 1968 innan en sådan konvention, som efterlysts i Haag vid sekelskiftet, kunde antas, nu inom ramen för Europarådet.³⁵

4.4 Användningen av utländsk rätt – enligt det nya synsättet

4.4.1 Regleringen i IÄL och IÄR

Lagvalsreglerna i IÄL och IÄR var så utformade att de, beroende på vederbörandes medborgarskap, hänvisade antingen till svensk rätt eller till utländsk rätt. Som exempel kan anges

³³ Reuterskiöld, a.a., s. 110.

³⁴ Se 5 kap. 4 § 2 st. IÄL, 3 § 2 st. IÄR samt den sista av dessa bestämmelser, 3 kap. 2 § 2 st. IDL. Enligt Eek, Lagkonflikter I, s. 230, torde bestämmelserna i IÄL och IÄR kunna förklaras med att konventionsstaterna gentemot varandra hade åtagit sig att underlätta forskningsarbetet.

³⁵ Se nedan, avsnitt 6.7.

bestämmelserna i 1 kap. 1 och 2 §§ IÄL rörande rätten att ingå äktenskap.³⁶

”Svensk undersåte må ej å utrikes ort träda i äktenskap, utan att han enligt svensk lag äger det äktenskap ingå.” (1 kap. 1 § IÄL)

”Vill utländsk undersåte inför svensk myndighet träda i äktenskap, varde hans rätt att äktenskapet ingå pröfvad efter lagen i den stat, han tillhör. Är enligt den lag medgifvet, att lagen å annan ort i sagda afseende tillämpas, må sådan lag i stället lända till efterrättelse.” (1 kap. 2 § 2 mom. IÄL)

Som ett annat exempel kan anges 1 § 1 p. IÄR:

”Makars inbördes rättigheter och skyldigheter i personligt hänseende skola bedömas enligt lagen i makarnas hemland.”

Eftersom medborgarskapsstatens lag enligt båda författningarna var avgörande, ansågs regleringarna därför behöva kompletteras med särskilda bestämmelser om hur domstolen skall erhålla kännedom om innehållet i tillämplig främmande lag. Departementschefen skrev: ”Frågan huru en domstol skall erhålla kännedom om innehållet af främmande lag, hvars tillämpning är föreskrifven uti något till domstolens pröfning öfverlämnadt rättsärende, samt hvad verkan skall blifva däraf, att tillfredsställande upplysning om den främmande lagens innehåll ej står att vinna, intager, såsom lätt torde inses, en i hög grad betydelsefull ställning bland spörsmålen på den internationella rättens område”.³⁷ Han hänvisade därefter till det förslag till samarbete som framlagts vid Haagkonferensen för internationell privaträtt några år tidigare³⁸ och ansåg Sverige böra göra bruk av systemet, när det väl kommit till stånd.

³⁶ IÄL införlivade de bakomliggande Haagkonventionerna med svensk rätt genom *transformering*, d.v.s. konventionsbestämmelserna hade omskrivits för att bättre passa in i det svenska rättssystemet. Ordalydelsen i de citerade stadgandena kan jämföras med den bakomliggande bestämmelsen i Haagkonventionen för lösande af konflikter mellan lagar i fråga om äktenskap, art. 1: ”I fråga om rätten att ingå äktenskap är beträffande hvardera af de blifvande makarne hans nationella lag bestämmande, där ej ett stadgande i nämnda lag uttryckligen hänvisar till annan lag.”

³⁷ NJA II 1905, nr 5, s. 35.

³⁸ Se ovan avsnitt 4.3.3.

I det rådande rättsläget kunde man inte undgå att *även* av parterna kräva medverkan vid utredningen om innehållet i tillämplig främmande lag.

I detta sammanhang uppstod också frågan vad följden skulle bli när den främmande lagens innehåll inte blivit styrkt. Bortsett från talan om äktenskaps återgång eller äktenskaps-skillnad avstod man dock från att i lagen reglera verkan av utebliven eller otillräcklig utredning av främmande lag.

De i sammanhanget relevanta bestämmelserna fick följande innehåll:

"Gitter ej den, som väckt talan om återgång af äktenskap eller om äktenskapsskillnad, styrka innehållet af främmande lag, hvilken, efter ty här förut är sagdt, skall lända till efterrättelse, och är ej lagens innehåll ändå för rätten känt, må hans talan ej bifallas." (5 kap. 4 § 1 mom. IÄL)

"Skall, efter ty här förut är sagdt, i visst mål främmande lag lända till efterrättelse, och är ej innehållet af den främmande lagen för rätten känt, äge rätten förelägga part att i sådant hänseende förebringa utredning." (3 § 1 mom. IÄR)

"Har Konungen förordnat, huru underrättelse om innehållet af främmande lag må af rätten sökas, vare rätten, där ej lagens innehåll förut är för rätten känt, pliktig att i sådan ordning därom söka underrättelse." (3 § 2 mom. IÄR och 5 kap. 4 § 2 mom. IÄL, senare 6 kap. (7 kap.) 4 § 2 mom. IÄL)

När det ursprungliga förslaget till vad som senare blev 1912 års IÄR skickades ut på remiss, fanns inga bestämmelser medtagna rörande utredning om innehållet i främmande rätt. Lagrådet betraktade detta som en påtaglig brist och efterlyste bestämmelser om "huruvida det skall åligga den, som vill åberopa sig på främmande lag, att styrka dennas innehåll eller om den myndighet hos hvilken tillämpningen af främmande lag påkallas eller eljest ifrågakommer, har att ex officio förskaffa sig kännedom om denna lag och, i så fall, på hvad sätt myndigheten därvid skall gå till väga."³⁹ Att den föreslagna lagen

³⁹ NJA II 1912, nr 3, s. 69.

innehöll sådana bestämmelser ansågs vara särskilt viktigt därför att lagens tillämpning kunde aktualiseras även hos andra myndigheter än domstolar.

Påpekandena gav upphov till 3 § IÄR. Enligt departementschefen följde därav (3 § 1 mom. IÄR) att rätten hade befogenhet att begagna parts medverkan för att vinna utredning om främmande lags innehåll. Däremot var det lämpligt att avstå från att i lagen angiva vilken part som skulle åläggas förelbringa utredning om den tillämpliga främmande lagens innehåll och vad partens underlåtenhet skulle ha till följd. Domstolen skulle i stället i dessa fall handla efter vad omständigheterna i det särskilda fallet föranledde.⁴⁰

Den nya lagstiftningen gav anledning att ompröva de principer som tidigare styrte användningen av utländsk rätt i Sverige.⁴¹ De nyss citerade bestämmelserna tolkades i flera hänseenden innebära en väsentlig ändring jämfört med dittillsvarande rätt.

4.4.2 Är lagvalsreglerna absoluta eller dispositiva regler?

Den första fråga som ställdes var huruvida domstolen är skyldig att av eget initiativ, d.v.s. på tjänstens vägnar, tillämpa lagvalsreglerna eller om reglernas tillämpning är beroende av partsyrkande. Enligt den tidens terminologi rörde det sig om huruvida lagvalsreglerna var *absoluta* i förhållande till domstolen (= indispositiva i förhållande till parterna) eller *dispositiva* i relationen till parterna (detta torde i så fall innebära att de var "relativa" i förhållande till domstolen). Eftersom svaret på huruvida utländsk eller inhemsk lag är tillämplig ges av lagvalsreglerna, gick frågeställningen hand i hand med frågan om domstolen skulle använda främmande rätt ex officio eller endast på begäran av en part.

⁴⁰ NJA II 1912, nr 3, s. 79.

⁴¹ Se ovan, avsnitt 4.2 och 4.3.1.

Frågan besvarades till synes enhälligt i den volymmässigt ständigt växande doktrinen: lagvalsreglerna var absoluta regler som domstolen var skyldig att tillämpa ex officio.⁴² Till stöd för denna uppfattning åberopades i början särskilt principen om rättsordningarnas likställighet, som ansågs komma tydligt till uttryck i de nya lagvalsreglerna. Likställighetsprincipens innebörd i sammanhanget har på ett mycket tydligt sätt beskrivits av Hassler och Nial i de följande meningarna:

”Utgår man från *likställighetsprincipen* med tillbörligt beaktande av innebörden i denna grundsats, måste man finna det ohållbart att uppställa den skillnad mellan inhemsk och utländsk rätt, att den förra skulle tillämpas ex officio, den senare blott efter parts yrkande. Detta skulle faktiskt betyda en mycket avsevärd inskränkning i den utländska rättens användning. I många fall, då part anser sig ej ha något att för egen del vinna av att utländsk rätt tillämpas, underlåter han naturligtvis att åberopa den, så mycket mer som detta kan vålla honom besvär och kostnader. Men det skulle ju illa stämma med kravet på säkerhet och likformighet i rättskipningen, om valet av tillämplig lag på detta sätt gjordes beroende av vad part yrkar. Den internationella privaträttens syfte är just att söka åstadkomma en sådan ordning, att en rättsfråga blir bedömd efter samma lag varhelst den upptages till prövning. Det är tydligt, att om detta syfte skall nås, kompetensnormerna [d.v.s. lagvalsreglerna] måste vara i princip absoluta och alltså tillämpas av domstol ex officio. Härom är man som sagt inom modern doktrin i allmänhet ense.”⁴³

Både IÄL och IÄR handlade om konventionsgrundad lagstiftning. Därför hade det varit möjligt att stödja en ex officio-tillämpning av utländsk rätt på den konventionsförpliktelse som Sverige åtagit sig genom tillträde till den bakomliggande traktaten.⁴⁴ I svensk rätt ville man emellertid gå längre än så. Det

⁴² Se Reuterskiöld, Handbok, s. 33-34; Undén, Studier, s. 68-69; Matz, s. 110-111; Kaltenberg, II, s. 93-94; Hassler & Nial, s. 38; Beckman, s. 44; Eek, Lagkonflikter I, s. 137; Karlgren, s. 73 samt Bogdan, Svensk IP, s. 40-44. Det är dock tveksamt om denna uppfattning även avsåg val av tillämplig lag i internationella avtalsförhållanden. Se nedan, avsnitt 5.2.1.

⁴³ Hassler & Nial, s. 36-37.

⁴⁴ Så resonerade Undén, Internationell äktenskapsrätt, s. 5-6.

påpekades att anledning saknas att göra skillnad mellan tillämpningen av utländsk rätt, när det gäller konventionsstaternas medborgare, och tillämpningen i andra rättsförhållanden,⁴⁵ en uppfattning som förefaller rimlig med tanke på att både IÄL och IÄR blev generellt tillämpliga i Sverige. Också senare när det gällt i rättspraxis skapade eller lagfästa *autonoma* svenska lagvalsregler har man i doktrinen vidhållit principen om domstolens skyldighet att självmant tillämpa främmande lag. Här är det fråga om en påfallande lyhördhet för ämnets grundläggande idéer även i ett läge där den internationella privaträtten överallt utvecklats till ett nationellt, partikularistiskt rättsområde.

Ett sådant synsätt har långtgående konsekvenser, varför det har sitt intresse att studera hur det kunde vinna allmänt gehör i svensk doktrin. Vad som gör frågan särskilt intressant är att en skyldighet för domstolen att på tjänstens vägnar tillämpa utländsk rätt inte uttryckligen fastställts i lagstiftningen, trots det ständigt ökande antalet internationellt privaträttsliga författningar.

Den kanske vanligaste motivering som givits är att det vid tillämpningen av utländsk rätt är fråga om att genomföra direktiv av svensk rätt. Den utländska lagens tillämplighet är nämligen en följd av innehållet i en svensk lagvalsregel. Anledning saknas att en svensk lagvalsregel inte skulle förplikta domstolen på samma sätt som en svensk materiell regel. Såväl de svenska lagvalsreglerna som av dem utpekad utländsk rätt bör därför komma till användning under samma förutsättningar som svensk materiell rätt.⁴⁶ Här rör det sig om en förklaring som äger motsvarigheter på den europeiska konti-

⁴⁵ Hassler & Nial, s. 38. Se också departementschefens yttrande i NJA II 1905, nr 5, s. 9.

⁴⁶ Se Kallenberg, II, s. 93; Karlgren, s. 73 och Eek, Lagkonflikter I, s. 136. – I modern internationell privaträtt föranleder en sådan uppfattning snarast den slutsatsen att man även i utlandsanknutna fall bör såvitt möjligt skilja mellan dispositivt och indispositivt reglerade mål. En *ex officio*-tillämpning av lagvalsreglerna och av dem utpekad utländsk rätt oavsett parternas processföring förefaller då vara motiverad endast när målet enligt svensk rättsuppfattning (i motsvarande interna fall) är indispositivt. Se nedan, avsnitt 5.2.5.

nenten och som också ansluter till idén om rättsordningarnas likvärdighet.

Domstolens skyldighet att ex officio använda främmande lag har också ansetts bli bekräftad av de ovan citerade bestämmelserna rörande utredning om innehållet i utländsk rätt. Denna uppfattning stärktes av att ett antal bestämmelser motsvarande 3 § 1 mom. IÄR (se ovan, 4.4.1) infördes i senare svensk internationellt privaträttslig lagstiftning. Kronan på verket var på sätt och vis den generellt tillämpliga bestämmelsen om utredning om innehållet i utländsk rätt i 1942 års RB i dess 35 kap. 2 § 2 st. 2 meningen. Dessa bestämmelser behandlas i de näst följande avsnitten i detta kapitel.

4.4.3 Vem har utredningsansvaret rörande innehållet i den tillämpliga främmande lagen?

Förekomsten av s.k. utredningsbestämmelser

Innan det nya internationellt privaträttsliga tänkandet slog igenom i Sverige synes utländska rättsregler i processuellt hänseende ha betraktats som *faktiska omständigheter* som måste åberopas av en part för att kunna beaktas av domstolen.⁴⁷ Det ansågs också vara naturligt att part hade bevisskyldighet för sitt påstående om utländsk rätts tillämplighet och att denna rätt hade det innehåll som parten gjorde gällande. Fullgjorde parten inte sin bevisskyldighet, skulle svensk rätt tillämpas. Undantagna var fall där den andra parten medgav att den främmande lagen hade det påstådda innehållet.

Ett åtminstone delvis annorlunda synsätt kommer till uttryck i de ovan i avsnitt 4.4.1 citerade bestämmelserna, särskilt när dessa ses mot bakgrund av lagvalsreglerna i de aktuella författningarna. Av dessa är bestämmelsen i 5 kap. 4 § 1 mom. IÄL (senare 6/7 kap. 4 § 1 mom.) säregen och förblev den enda

⁴⁷ Se ovan, avsnitt 4.3.1.

av sitt slag i svensk lagstiftning.⁴⁸ Bestämmelsen angav vad följden skulle vara när käranden inte hade styrkt innehållet i den tillämpliga främmande lagen. Uppmärksamheten kommer därför i första hand att fästas vid de övriga bestämmelserna. Jag har valt att kalla alla de nu aktuella bestämmelserna för *utredningsbestämmelser*, eftersom de handlar om hur innehållet i tillämplig utländsk rätt utreds.

Slående är att lagstiftaren valt att inkludera ett med bestämmelsen i 3 § 1 mom. IÄR i det närmaste identiskt stadgande i de efterföljande internationellt privaträttsliga författningarna. Alla dessa bestämmelser bekräftar, att en part kan av domstolen åläggas att frambringa utredning om den tillämpliga främmande lagens innehåll. En allmän tolkning blev att domstolen har *rätt* att själv skaffa fram utredningen – exempelvis genom att vända sig till Utrikesdepartementet med begäran om upplysningar⁴⁹ – men att domstolen inte är skyldig att agera aktivt i detta hänseende. Liksom enligt dittillsvarande rätt ansågs bevisskyldigheten ligga hos parterna. Till stöd för denna uppfattning åberopades också att sådana förordnanden, som avsågs i 5 kap. 4 § 2 mom. IÄL och 3 § 2 mom. IÄR, inte utfärdats.

Denna "duplicering" av bestämmelsen i 3 § 1 mom. IÄR förekommer för första gången i *13 § i lag (1929:147) om utländska skiljeavtal och skiljedomar (USL)*:

"Är innehållet av främmande lag, som skall tillämpas i mål eller ärende rörande främmande skiljeavtal eller skiljedom, ej känt för domstol eller annan myndighet, på vilken tillämpningen ankommer, äge den förelägga part att i sådant hänseende förebbringa bevisning."

Motiveringen var i kortaste laget: lagrummet angavs ha en motsvarighet 3 § IÄR!⁵⁰ Med detta torde ha avsetts att fråga var om en i svensk rätt vedertagen ordning.

⁴⁸ Se närmare nedan, avsnitt 4.4.4.

⁴⁹ Utrikesdepartementets roll som förmedlare av upplysningar om främmande rätt nämns av Reuterskiöld redan år 1909 i dennes kommentarer till i IÄL reglerade frågor. Reuterskiöld, Om äktenskap, m.m., s. 308-309.

⁵⁰ NJA II 1929, s. 98.

Därefter hittar man en motsvarande bestämmelse i de lika lydande reglerna i *växellagens* (1932:130) 87 § och *checklagens* (1932:131) 65 §:

”Skall, efter ty här förut är sagt, i visst mål främmande lag lända till efterrättelse, och är ej innehållet i den främmande lagen för rätten känt, äge rätten förelägga part att i sådant hänseende förebringa utredning.”

Endast stadgandet i växellagen motiverades. Det angavs stå i överensstämmelse med rättspraxis på andra områden och äga sin motsvarighet i (dåvarande) 6 kap. 4 § IÄL och 3 § IÄR.⁵¹ Dessutom påpekades det innebära en förändring jämfört med vad som följde av 1880 års promulgationsförordning till växel-lagen (se ovan avsnitt 4.3.1). Förutsättning för tillämpning av utländsk rätt skulle inte längre vara att den utländska lagens innehåll är ostridigt mellan parterna eller styrkes av ena parten, utan ”domstolen kan till grund för domen lägga sin egen kännedom om den främmande lagen”. Den med 87 § växellagen likalydande bestämmelsen i *checklagens* 65 § motiverades överhuvudtaget inte, förmodligen därför att det ansågs överflödigt med tanke på likheten till växellagen.

Den sista ”dupliceringen” i en internationellt privaträttslig författning är bestämmelsen i 3 kap. 2 § 1 st. i *lagen* (1937:81) om internationella rättsförhållanden rörande dödsbo (IDL):

”Skall enligt vad i denna lag sägs utländsk lag lända till efterrättelse och är ej innehållet av den utländska lagen för rätten känt, äge rätten förelägga part att i sådant hänseende förebringa utredning.”

I lagmotiven hänvisades till 3 § IÄR. Fastän några i 3 § 2 st. IÄR avsedda förordnanden inte utfärdats, ansågs det inte finnas anledning att göra någon avvikelse på denna punkt utan en liknande bestämmelse intogs också i IDL (3 kap. 2 § 2 st.). (Eftersom där avsedda förordnanden uteblivit, har bestämmelserna inte kommit till praktisk användning.) Frågan vilken part som av domstolen skall åläggas frambringa utredning om

⁵¹ NJA II 1932, s. 598-599.

den tillämpliga främmande lagens innehåll och vad partens underlåtenhet skall få för verkan, skulle enligt motiven bedömas efter allmänna processuella regler.⁵² – Det kan noteras att IDL är en autonom svensk författning medan däremot alla de övriga författningarna utfärdades i anledning av Sveriges tillträde till en multinationell konvention.

Efter dessa sakligt sett likadana stadganden i särskilda, ämnesspecifika författningar tillkom den allmänt tillämpliga bestämmelsen i 35 kap. 2 § 2 st. 2 meningen i 1942 års rättegångsbalk. Innehållsmässigt är även denna i linje med de övriga, låt vara att ordet "förelägga" ersatts med "anmana".⁵³ Bestämmelsen lyder:

"Skall främmande lag lända till efterrättelse och är ej dess innehåll för rätten känt, äge dock rätten anmana part att förebringa bevisning därom."

I lagmotiven konstateras att domaren i fråga om utländsk rätt inte har skyldighet att ha kunskap om dess innehåll, men att han, å andra sidan, äger begagna den kännedom han kan ha.⁵⁴ Av reglerna för processledningen anges dock följa att parterna skall erhålla tillfälle att uttala sig rörande den främmande lagens innehåll.⁵⁵ I brist på kunskaper om den främmande lagen äger rätten enligt lagrummet anmana part att lägga fram bevisning.

På sätt som är förenligt med tidigare förarbetsuttalanden konstateras det att en sådan anmaning inte behöver innebära något ställningstagande från domstolens sida om följden för

⁵² NJA II 1938, s. 255.

⁵³ Gärde, m.fl., s. 478, skriver att ordet "anmana" valts i stället för "förelägga" för att markera att "rätten icke vid detta besluts fattande tagit ställning till frågan, huruvida partens underlåtenhet att förebringa bevis skall medföra, att hans talan ogillas" och antyder att stadgandet i detta hänseende skiljer sig från utredningsbestämmelserna i de ovan angivna IP-författningarna. Någon sådan skillnad kan dock knappast iaktas med hänsyn till de iögonenfallande lika motivuttalandena.

⁵⁴ NJA II 1943, s. 446-447.

⁵⁵ Detta innebär att de främmande rättsreglernas innehåll skall bli föremål för en diskussion mellan domstolen och parterna. Även om domstolen har det sista ordet härvidlag måste parterna få framföra sina egna synpunkter rörande reglernas tolkning och tillämpning. Se nedan angående den materiella processledningen, avsnitt 5.5.5.

utebliven bevisning.⁵⁶ Härutöver hänvisar man till de övriga bestämmelserna i svensk rätt rörande utredning om innehållet i utländsk rätt, som stagandet i RB anges motsvara.

Eftersom rättegångsbalken gäller generellt vid process i Sverige, har det inte funnits anledning att medta motsvarande stadganden i efterföljande svensk internationellt privaträttslig lagstiftning.⁵⁷

Bestämmelsernas innebörd

Såsom påpekats i avsnitt 4.4.2 var ett viktigt argument till stöd för att domstolen har skyldighet att ex officio tillämpa utländsk rätt uppfattningen att rättsordningarna var att betrakta som likvärdiga i mål med utlandsanknytning. När man emellertid studerar ordalydelsen i de nyss angivna bestämmelserna blir man något fundersam. Bekräftar de inte i själva verket att likställigheten mellan inhemsk och utländsk lag inte kan gälla fullt ut?

Svaret på detta är ett tveklöst "Ja"! Utredningsbestämmelserna visar att man i svensk rätt från början gjort vissa reservationer i fråga om lika behandling av utländsk och inhemsk rätt.⁵⁸ I början, när det fanns hopp om internationellt samarbete vid utrönande av innehållet i utländsk rätt, var avstegen, kanske, avsedda som ett provisorium. Snart blev de emellertid en vedertagen lösning. Således bekräftar alla de ovan citerade bestämmelserna att principen "iura novit curia", domstolen känner lagen och att rättsregler således inte behöver bevisas, inte i alla hänseenden har samma innebörd i fråga om utländsk rätt som när det gäller svensk rätt.⁵⁹

⁵⁶ NJA II 1943, s. 447.

⁵⁷ Se SOU 1987:18, s. 323-324.

⁵⁸ "För min del kan jag ej finna det principiellt riktigt och ännu mindre praktiskt lämpligt att härutinnan likställa främmande rätt med inländsk." Kallenberg, II, s. 95. Se även Matz, s. 112-113.

⁵⁹ Grundsatsen kan också definieras så att det ankommer på domstolen att avgöra målets rättsfråga självständigt utan någon bundenhet till de rättsregler, som parterna eventuellt har hänvisat till eller till parternas tolkningar rörande de tillämpliga rättsreglerna. Se Lappalainen, JFT 1993, s. 36 och Westberg, s. 326-327. Denna definition (vinkling av grundsatsen) lämpar sig också för utlandsanknutna mål där lagvalsreg-

I rent interna mål ingår det i grundsatsen "*iura novit curia*" att domstolen är skyldig att ta reda på den tillämpliga lagens innehåll, om den är osäker om det.⁶⁰ I den "regeldjungle" som råder i en modern rättsstat kan man nämligen inte förutsätta att domstolen *i förväg* känner till allt vad som gäller. Samma sorts skyldighet gör sig naturligtvis gällande också i internationellt privaträttsliga mål, när svensk lag är tillämplig. När däremot de svenska lagvalsreglerna hänvisar till utländsk rätt, gäller ingen ovillkorlig skyldighet för domstolen att ta reda på lagens innehåll utan domstolen äger – enligt de nu aktuella bestämmelserna – anmana part att frambringa utredning om den tillämpliga lagens innehåll. Grundsatsen äger då giltighet såtillvida att det gäller för domaren att använda sina eventuella kunskaper om den främmande rätten samt, när utredning anskaffats av domstolen eller av parterna, avgöra hur den främmande rätten i det föreliggande fallet skall tolkas och tillämpas.

En sådan arbetsfördelning mellan domstol och parter som utredningsbestämmelserna fastställer, synes för det mesta vara välöverbärgad. I internationellt privaträttsliga mål har de allmänt tillämpliga, tvåsidiga lagvalsreglerna världens alla rättsordningar som "måltavla".⁶¹ Den lag, som en lagvalsregel hänvisar till, kan vara en närbesläktad rättsordning vars innehåll relativt lätt kan utredas här. Men denna lag kan också vara en avlägsen, från svensk synpunkt "exotisk" rättsordning, vars innehåll endast med stor möda kan utrönas. Att ålägga domstolen skyldighet att på tjänstens vägnar utforska den ut-

lernas – och utländsk rätts – tillämpning aktualiseras. I dispositiva mål exempelvis anses parterna ha dispositionsrätt rörande de anknytningsfakta som föranleder att en viss rättsordning skall tillämpas, *varvid domstolen anses ex officio böra bedöma vilket lands lag som skall tillämpas på de åberopade anknytningsfakta*. Se t.ex. Rättegångsbalken I, 17:12a och Lindell, s. 49. – Lindell, Partsautonomins gränser, s. 34 ff. efterlyser en mera nyanserad diskussion rörande grundsatsens innehåll i svensk processrätt.

⁶⁰ Se Kallenberg, II, s. 92 och Bogdan, Svensk IP, s. 48. Enligt Palmgren, JFT 1937, s. 46, innebär domstolens skyldighet att känna till innehållet i inhemsk rätt vidare att domstolen härvidlag inte kan påräkna något bistånd av andra myndigheter eller av parterna. Om domstolen dömer i strid mot innehållet i den tillämpliga rättsregeln, har rättens ledamöter gjort sig skyldiga till ett tjänstefel.

⁶¹ Härvidlag är det irrelevant om det rör sig om lagfästa eller praxisbildade regler.

ländska rättens innehåll skulle för denna innebära en tung arbetsbörda. Dessutom skulle en sådan lösning i många fall vara mindre praktisk. I början brukade det påpekas att en sådan ordning inte var möjlig "under nuvarande internationella förhållanden",⁶² men än idag är läget sådant att det inte kan betraktas som motiverat att ålägga domstolen en generell utredningsskyldighet utan hänsyn till målets art och omständigheterna i det enskilda fallet. Förutsättningen för att en utländsk rätt överhuvudtaget kan bli tillämplig är ju, bortsett från fall där en omfattande lagvalsfrihet råder, att rättsförhållandet har anknytning till den ifrågavarande främmande staten. Ofta har åtminstone den ena parten nära anknytning till den staten, vilket gör att denna part kan ha goda förutsättningar att utan några större problem skaffa kännedom om lagens innehåll. Som jämförelse bör dock påpekas att i flera andra stater har domstolen en mer eller mindre absolut skyldighet att utreda den tillämpliga främmande lagens innehåll.⁶³ Likadana tankegångar har med visst fog framförts också hos oss när det gäller indispositiva mål.⁶⁴

Intressant nog synes alla de ovan citerade bestämmelserna utgå ifrån att domstolen i vissa fall *i förväg* kan känna till innehållet i den tillämpliga främmande lagen, en kunskap som den i så fall får begagna. Utgångspunkten är således även här en sorts "iura novit curia", dock utan den efterforskningsskyldighet som gäller i förhållande till inhemsk rätt. Bestämmelserna kan också ses som en uttrycklig bekräftelse av att utländsk rätt, när den anges som tillämplig av en svensk lagvalsregel, är *rätt* vid svensk domstol, en bedömning som inte skall påverkas av att en annan arbetsfördelning vid utredningen gäller mellan domstolen och parterna. Tydligast, kanske, kommer detta till uttryck när 35 kap. 2 § 2 st. RB studeras i dess helhet. Enligt den första meningen i andra stycket "erfordras ej heller bevis

⁶² Se Kallenberg, II, s. 95. I Sverige inhyste man länge förhoppningar om internationellt myndighetssamarbete vid utredningen om innehållet i utländsk rätt, vilket är förklaringen till bestämmelsen i 3 kap. 2 § 2 st. IDL, som kom till så sent som 1937.

⁶³ Se nedan, avsnitt 6.6.

⁶⁴ Denna problematik behandlas nedan i avsnitt 6.4.

om vad lag stadgar". Den från internationellt privaträttslig synpunkt relevanta andra meningen blir då ett undantag vid den processrättsliga behandlingen av "lagen". Är det fråga om *främmande lag* får nämligen rätten begära bevisning av en part, om den inte själv känner till lagens innehåll. Av relevans i sammanhanget är att det i äldre doktrin var en omtvistad fråga, huruvida domstolen fick använda sina egna kunskaper om den främmande lagens innehåll;⁶⁵ enligt de nya bestämmelserna var detta givet. I det praktiska rättslivet torde dock sådana fall vara mycket sällsynta, där domstolen i förväg känner till den utslagsgivande främmande lagens innehåll.⁶⁶ Samma utgångspunkt som i de svenska utredningsbestämmelserna kommer till uttryck i flera kontinentaleuropeiska rättsordningar.⁶⁷

När den nu aktuella "moderna" internationellt privaträttsliga lagstiftningen infördes i svensk rätt var landets juristutbildning fortfarande mycket påverkad av utländsk rätt, om kurslitteraturen utgör måttstocken. Inom flera rättsområden synes utländsk och särskilt tysk doktrin ha varit förebilden för den svenska litteraturen i ämnet. Det kan dock ifrågasättas om den förtrogenhet som juristerna genom litteraturen skaffade sig angående vissa utländska rättsordningar gav dem sådan kunskap att de kunde anses "känna till" innehållet i utländsk rätt.

Endast när domstolen i en tillräckligt liknande tvist tidigare haft att tillämpa samma främmande lag, kan en sådan situation uppstå där domaren anser sig redan känna till den främmande lagens innehåll. En sådan uppfattning kan naturligtvis vara motiverad först sedan det utretts att ingen lagändring ägt rum eller ny rättspraxis tillkommit som ger anledning att tolka lagen på ett annat sätt. Den pågående

⁶⁵ Se Kallenberg, II, s. 95-96 och ovan, avsnitt 4.3.1.

⁶⁶ Kännedom om utländsk rätt ingår överhuvudtaget inte i de kompetenskrav som en domare skall uppfylla, påpekade redan Löfgren, s. 22.

⁶⁷ Det viktigaste exemplet är bestämmelsen i ZPO § 293 i tysk rätt: "Das in einem anderen Staat geltende Recht, die Gewohnheitsrechte und Statuten bedürfen des Beweises nur insofern, als sie dem Gericht unbekannt sind. Bei der Ermittlung dieser Rechtsnormen ist das Gericht auf die von den Parteien beigebrachten Nachweise nicht beschränkt; es ist befugt, auch andere Erkenntnisquellen zu benutzen und zum Zwecke einer solchen Benutzung das Erforderliche anzuordnen."

internationaliseringen av juridikstudier i Sverige, som bl.a. innebär att studenter kan tillbringa ett par terminer vid utländska juridiska institutioner, kan dock medföra att vi i framtiden kommer att ha sådana domare som i vissa fall i förväg känner till innehållet i den tillämpliga främmande lagen. I samma riktning verkar naturligtvis juristyrkets allmänna internationalisering som genom EG/EU berör även svenska domare.

Normalt måste dock hänvisningen till domstolens egen eventuella kännedom om den tillämpliga främmande lagen endast anses innebära en bekräftelse av att det är *domstolen* som avgör om den själv skall skaffa fram utredning om den främmande lagen – och på detta sätt komma i besittning av kunskaper om dess innehåll – eller om uppgiften överförs till en part. Vilket alternativ som väljs har i svensk rätt ansetts vara en lämplighetsfråga.⁶⁸

4.4.4 Följden av att innehållet i utländsk rätt förblivit outrett⁶⁹

Det synes från början har rått enighet i svensk doktrin om att domstolen inte i något fall har *skyldighet* att utforska innehållet i en tillämplig utländsk lag, men att utredningsbestämmelserna ändå ger domstolen *rätt* att sörja för utredningen.⁷⁰ En viktig fråga blev vad det skulle ha för verkan om utredning inte skett, därför att uppgiften varit omöjlig att genomföra eller därför att den anmanade parten underlåtit eller misslyckats med att styrka lagens innehåll.

Endast den först utfärdade utredningsbestämmelsen, det i avsnitt 4.4.1 citerade stadgandet i 5 kap. 4 § 1 mom. IÄL, angav vad folgen skulle vara när käranden misslyckats med uppgiften: talan fick i så fall inte bifallas, vilket ansetts innebära att talan skulle ogillas. Denna, kan man tycka, dramatiska

⁶⁸ Se nedan, avsnitt 6.2.

⁶⁹ Det nuvarande rättsläget behandlas nedan i kapitel 8.

⁷⁰ Se Reuterskiöld, Om äktenskap, m.m., s. 308; Kallenberg, II, s. 95-98; Karlgren, s. 73-74 samt Bogdan, Svensk IP, s. 48. Se också Pålsson, Bülow, m.fl., s. 8.

följd motiverades med de i stadgandet avsedda frågornas – återgång av äktenskap samt äktenskapsskillnad – (indispositiva) karaktär: lösningen var inte avsedd som allmän regel inom IÄL:s tillämpningsområde.⁷¹ Bestämmelsen flyttades senare till lagens 6 kapitel, därefter till lagens 7 kapitel och upphävdes genom 1973 års reform av IÄL. Att fråga var om en exceptionell lösning framgår också av att man vid utformandet av IÄR och de andra ovan angivna internationellt privaträttsliga författningarna, avstod från att införa en motsvarande bestämmelse. Följden av utebliven utredning (liksom också frågan till vilken av parterna anmodan om utredning skall riktas) lämnades i stället öppen. Enligt motiven skulle domstolen handla efter omständigheterna i varje enskilt fall, något närmare besked lämnades inte.⁷² Man avstod således från att uppställa några bevisbörderegler rörande innehållet i utländsk rätt.

Spekulationer i doktrinen om lämpliga påföljder har inte saknats. I de första "moderna" framställningarna ställde man sig bakom tillämpningen av svensk rätt, när innehållet i den utslagsgivande utländska lagen inte hade blivit känt.⁷³ Denna uppfattning anammades också i den efterföljande doktrinen i Sverige. Det är först långt senare som diskussionen hos oss blivit mer nyanserad och även andra lösningar förespråkats.⁷⁴

⁷¹ Se NJA II 1905, nr 5, s. 35.

⁷² Se ovan, avsnitt 4.4.3.

⁷³ Reuterskiöld ansåg det följa av allmänna regler att domstolen skulle vara nödgad att tillämpa svensk rätt, när det saknades tillförlitlig utredning om innehållet i den främmande lagen. Svensk rätt var ju den enda rättsordning som domstolen var skyldig att känna till! Men intressant nog tycks Reuterskiöld ha ansett denna lösning endast passa *indispositiva* frågor. Enligt honom skulle nämligen, "i den mån förhållandet beror af parternas privatdisposition", jämlikt grunderna för promulgationslagen till 1880 års växellag och 5 kap. 4 § IÄL, den part som åberopade tillämpning av utländsk rätt vara skyldig att bevisa innehållet i den. Om bevisningen brast, skulle yrkandet ogillas. Också Kallenberg förespråkade tillämpning av svensk rätt, men synes ha reserverat sig i fråga om indispositiva mål, d.v.s. sådana som "må kunna vara analoga med dem som 6:4 i 1904 års lag", i vilket fall talan borde ogillas. I andra fall skulle däremot svensk rätt tillämpas. Kallenberg, II, s. 100.

⁷⁴ Se nedan, kapitel 8.

4.4.5 Stöder utredningsbestämmelserna principen om ex officio-tillämpning av utländsk rätt?

Den internationellt privaträttsliga lagstiftningen

Slående är att det i ingen av de nu aktuella bestämmelserna uttryckligen *direkt* tas ställning till huruvida domstolen är skyldig att självant tillämpa främmande rätt. De behandlar alla en annan, i tidsperspektivet (tidsaxeln) senare fråga, nämligen vem som skall styrka innehållet i tillämplig utländsk lag när det redan klarlagts att utländsk rätt är tillämplig i målet. Lagmotiven ger inte heller någon vägledning i denna primära fråga. Kan man nu ändock, såsom länge gjorts i svensk doktrin, anse att utredningsbestämmelserna ger stöd för uppfattningen att utländsk rätt bör tillämpas ex officio av domstolen?

Innan frågan kan besvaras måste man veta vad som avses med "ex officio-tillämpning av utländsk rätt". I detta sammanhang är det snarast fråga om hur och när domstolens skyldigheter aktualiseras. Skall domstolen oavsett parternas processföring slå vakt om lagvalsreglernas och utländsk rätts tillämpning när utlandsanknutna omständigheter synes finnas, eller aktualiseras domstolens skyldighet att tillämpa dessa regler först utifrån vad parterna yrkat i målet?

Vid tiden för utfärdandet av de nu aktuella lagarna, som alla kom till före den nya RB, synes den förra uppfattningen ha varit rådande. Bestämmelserna i dessa äldre IP-författningar är så utformade att en skyldighet för domstolen att på eget initiativ, oavsett parternas yrkanden, tillämpa lagvalsreglerna och av dessa anvisad utländsk rätt måste ursprungligen ha varit avsedd. Denna tolkning stöds av att utredningsbestämmelserna i de nu aktuella författningarna hänvisar till en skyldighet *enligt lagen* att tillämpa utländsk rätt: "*Skall enligt vad i denna lag sägs utländsk lag lända till efterrättelse . . .*" (3 kap. 2 § 1 st. IDL).

Till saken hör att det i stor utsträckning var fråga om konventionsgrundad lagstiftning och att Sverige genom tillträde till dessa konventioner hade åtagit sig att tillämpa de överenskomna lagvalsreglerna och därmed främmande rätt.⁷⁵ Att viss konventionsgrundad lagstiftning i Sverige gjordes allmänt tillämplig ger inte anledning till en annan bedömning. IDL i sin tur handlar om autonom svensk internationellt privaträttslig lagstiftning, dock utan att lagens lagvalsregler för den skull skiljer sig från de konventionsgrundade reglerna i tidigare svenska internationellt privaträttsliga författningar.

När reglerna kom till var vidare den rådande uppfattningen på den europeiska kontinenten och i Norden att domstolen på tjänstens vägnar utan bundenhet till parternas yrkanden skall pröva frågan huruvida utländsk rätt kan bli tillämplig. Med hänsyn till den svenska internationella privaträttens bundenhet till utländska förebilder särskilt under 1900-talets första årtionden,⁷⁶ saknas det anledning att förmoda att den svenska lagstiftaren skulle ha intagit en annan ståndpunkt. I så fall hade detta säkerligen uttryckligen konstaterats i förarbetena.

Bestämmelsen i RB 35:2 2 st. andra meningen

Bestämmelsen i 1942 års rättegångsbalk behöver dock inte ges samma tolkning i detta hänseende. Denna regel är *allmänt tillämplig* och innefattar således alla sorters frågor, både indispositiva och dispositiva, familjerättsliga och förmögenhetsrättsliga. Det är inte självklart att alla mål skall behandlas likadant. I detta hänseende är det fråga om en markant skillnad jämfört med utredningsbestämmelserna i den ovan berörda internationellt privaträttsliga lagstiftningen eftersom dessa endast avsåg i vederbörande lag reglerade frågor. Härtill kommer att bestämmelsen genom sin funktion som *allmänt tillämplig regel* i

⁷⁵ Ett tydligt exempel är den av Sverige ratificerade konventionen för lösande av vissa lagkonflikter på växelrättens område (Gèneve, 1930), där enligt konventionens art. 1 de kontraherande staterna "förbinda sig ömsesidigt att, för lösande av här nedan omnämnda lagkonflikter rörande växlar, tillämpa de regler, som angivas i här följande artiklar."

⁷⁶ Se ovan, avsnitt 4.3.2.

rättegångsbalken inte bör ges en tidsbunden tolkning, d.v.s. att avgörande vikt läggs vid vad som avsågs vid regelns utfärdande. Bestämmelsen utgör dessutom endast ett led i det processuella förfarande som regleras i RB och påverkas av de övriga reglerna.

En mycket mera nyanserad syn beträffande förutsättningarna för utländsk rätts användning jämförd med de tidiga IP-författningarna kommer till uttryck i förarbeten till senare svensk internationellt privaträttslig lagstiftning, liksom också i rättspraxis sedan början av 1970-talet.⁷⁷ Om exempelvis bestämmelsen i 17 kap. 3 § RB omfattar dispositiva utlandsanknutna mål är det mer eller mindre givet att domstolen är skyldig att tillämpa lagvalsreglerna och utländsk rätt utifrån vad parterna åberopat i målet. Liksom i fråga om rent interna mål bestämmer domstolen ex officio vilka rättsregler som gäller utifrån det faktaunderlag som parterna valt att åberopa. I motsats till den äldre uppfattningen är det sålunda parterna som i dessa mål styr huruvida de utlandsanknutna omständigheterna får beaktas av domstolen. Sätillvida har skyldigheten att ex officio tillämpa utländsk rätt en annan, mer relativ innebörd (dimension) än enligt det äldre synsättet.

⁷⁷ Se nedan, avsnitt 5.2-5.5.

5. När bör utländsk rätt tillämpas?

5.1 Ledande principer rörande utländsk rätts användning

5.1.1 Ex officio-principen och "åberopandepincipen"

En mängd olika grundsatser brukar nämnas när det gäller utländsk rätts tillämpning. Det är inte ovanligt att det – åtminstone på ett mer abstrakt plan – finns två olika principer beträffande en och samma fråga, vilka teoretiskt sett kan vara varandras motpoler. När det gäller frågan på vems initiativ utländsk rätt skall användas, kan man sålunda skilja mellan *ex officio-principen*, enligt vilken domstolen självmant, oberoende av parts yrkande, skall beakta att under vissa omständigheter utländsk rätt bör tillämpas och *principen att utländsk rätt måste åberopas av en part*, för att domen skall kunna grundas på en främmande stats lag. Ex officio-principen upphöjdes tidigt till en allmänt gällande grundsats i svensk rätt vid användningen av utländsk rätt. Såsom framgått ovan i avsnitt 4.4.5 kan man dock tala om ex officio-tillämpning av utländsk rätt i olika bemärkelser.

5.1.2 Den internationellt privaträttsliga likställighetsprincipen

Ex officio-principen sågs som en förutsättning för rättsordningars likvärdighet, vilken i sin tur ansågs tydligt komma till uttryck i de tidiga svenska internationellt privaträttsliga författningarna (ovan, avsnitt 4.4.1-4.4.3). Denna s.k. *internationellt privaträttsliga likställighetsprincip* (likhetsgrundsats) innebär bokstavligt att i mål med utlandsanknytning bör utländsk lag komma till användning under samma förutsättningar som inhemsk lag. Enhällighet har dock från början gällt i svensk rätt att vid utredning om innehållet i den tillämpliga lagen kan utländsk rätt inte fullt ut likställas med svensk rätt. Domstolen har således inte ålagts någon ovillkorlig skyldighet att själv efterforska innehållet i den tillämpliga främmande lagen, låt vara att det i vissa fall kan vara lämpligt att just domstolen sköter utredningen.

5.1.3 Lex fori-principen och isolationsprincipen

Numera torde den s.k. *lex fori-principen*¹ kunna anges som likställighetsprincipens motpol. Enligt denna skall prövningen, förutsatt att den egna statens domstol (eller annan myndighet) är behörig, grundas på lex fori oavsett vad det finns för anknytning till utlandet. Det finns dock många olika varianter av "lex forismen", alltifrån ensidigt utformade lagvalsregler som endast kan föreskriva tillämpning av lex fori,² till en mängd andra metoder som används för att domen i slutändan skall

¹ I sammanhanget kan också den s.k. *territorialitetsprincipen* nämnas. Denna går, förnklat, ut på att alla som vistas inom ett visst lands territorium är (i vissa avseenden) underkastade där gällande regler. Denna princip spelade tidigare en viktig roll. I grunden kan den anses gå längre än lex fori-principen eftersom den senare får betydelse först när en fråga kommer till prövning i den egna staten. Principerna torde i viss utsträckning också överlappa varandra.

² Ett exempel i svensk rätt är 2 § 1 st. LIA: "Ansökan om adoption prövas enligt svensk lag." Den norska barneloven (8. april 1981 nr. 7) bygger på denna sorts "lex forismen": när norsk domstol är behörig i ett barnrättsligt mål, tillämpas norsk rätt. Se Gaarder, s. 16.

kunna grundas på domstolslandets egen lag.³ Genomförandet av kvalifikation, ställningstagandet till renvoi eller ordre public kan alla användas i detta syfte.⁴ Detsamma gäller när en utländsk lag, vars innehåll inte blivit utrett, på lösa grunder antas överensstämma med lex fori. En ny variant av lex forismen är enligt kritikerna när så hårda krav ställs på utredningen att den inte får kvarlämna någon tvekan om innehållet i främmande lag; i annat fall tillämpas domstolslandets lag.⁵ Tillämpningen av lex fori kan vidare gälla som grundregel ("basic rule") som endast undantagsvis kan åsidosättas. En sådan inställning har ansetts känneteckna USA-amerikansk internationell privaträtt.⁶

Också den s.k. *isolationsprincipen*⁷, enligt vilken användning av utländska offentligrättsliga regler är utesluten, bör nämnas i sammanhanget. Denna negativa inställning gentemot utländska rättsregler har motiverats med att domstolslandet saknar intresse att genomdriva en utländsk stats offentligrättsliga anspråk.⁸ Likställighet mellan utländsk och inhemsk rätt i ovan nämnd bemärkelse kan det således vara fråga om endast när det ligger i forumstatens intresse. Likställighet är vidare begränsad till privaträttsliga regler. Isolationsprincipen har tidigare åtnjutit stöd i svensk rätt. I ett modernt samhälle kan dock många undantag vara påkallade, vilket naturligtvis också gäller Sverige.⁹

³ Angående "lex forismen" eller "homeward trend", se Lando, *RabelsZ* 1993, s. 159: "Lex forism excludes predictability. It makes the applicable law depend upon in which country the suit is brought. It thereby encourages the plaintiff to go to the court of the country whose laws will give him the most favourable judgment (forum shopping)."

⁴ Se ovan avsnitt 2.3.2.

⁵ Se Heldrich, *FS Ferid*, s. 209 ff.

⁶ Se Ehrenzweig, *Mich. L. Rev.* 1959/60, s. 637 ff.

⁷ Se Hjerner, *Främmande valutalag*, s. 254.

⁸ Se Bogdan, *Svensk IP*, s. 80-83 och Gihl, *Studier*, s. 367-368.

⁹ Ett exempel är det nyligen avslutade revideringsarbetet vid Haagkonferensen för internationell privaträtt rörande 1961 års konvention om skydd för minderåriga. Liksom den tidigare konventionen omfattar även den nya konventionen både privaträttsliga och offentligrättsliga åtgärder till skydd för barn. Huvudregeln enligt *Convention on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of*

5.1.4 Den lojala tillämpningens princip

Av relevans är vidare *principen om lojal tillämpning av främmande lag*, som vidhållits i svensk internationellt privaträttslig doktrin allt sedan det nya lagvalstänkandet slog igenom. Denna går ut på att svensk domstol, när den är hänvisad till användning av utländsk rätt, skall sträva efter att tolka och tillämpa den främmande lagen på samma sätt som den tolkas och tillämpas i laglandet. Detta innebär att man skall använda de rättskällor och de tolkningsprinciper som gäller i laglandet och respektera den tolkning som domstolarna där kommit fram till.¹⁰

Den lojala tillämpningens princip kan ses både som en parallell till och en följd av den internationellt privaträttsliga likställighetsgrundsatsen. Principen åsidosätts, när så låga krav ställs på utredningen om den främmande lagens innehåll att avgörandet i själva verket grundas på den tillämpliga lagens presumerade eller sannolika innehåll. I ett sådant fall skulle man kanske kunna tala om en "illojal" tillämpning av den utländska lagen. Eftersom påbudet att använda utländsk rätt i internationellt privaträttsliga mål alltid finns i den egna rättsordningen, synes dock all sorts lojalitetsresonemang verklighetsfrämmande och stridande mot ämnets övervägande nationella karaktär; en svensk domstol får exempelvis normalt inte beakta lagvalsreglerna i den utslagsgivande utländska rättsordningen.¹¹ Här är det dock endast fråga om kritik på se-

Children (96-10-19) är att den behöriga myndigheten skall tillämpa den egna statens interna lag. Undantagsvis skall myndigheten även kunna tillämpa en annan stats lag, i vilket hänseende ingen skillnad görs mellan offentligrättsliga och privaträttsliga bestämmelser. Den reviderade konventionen torde komma att utgöra ett mycket värdefullt instrument som Sverige bör överväga att ratificera. Förmynderskapsutredningen, som år 1987 avfärdade svensk anslutning till 1961 års konvention, angav som ett skäl för sitt ställningstagande "praktiska problem som kan uppstå genom att konventionen innehåller såväl privaträttsliga som offentligrättsliga regler" (sic!). Se SOU 1987:73, s. 131. - "Isolationen" av utländska offentligrättsliga föreskrifter har brutits i den schweiziska IP-lagen från 1987, art. 13, enligt vilken en utländsk regels tillämpning inte är utesluten på den grunden att den är av offentligrättslig karaktär. Se ovan, avsnitt 3.2.2 not 20.

¹⁰ Se Bogdan, Svensk IP, s. 44-45.

¹¹ Se ovan, avsnitt 2.3.2. (renvoi).

mantiska grunder.¹² Skall utländsk rätt överhuvudtaget tillämpas är det naturligt att i den egna statens och parternas intresse sträva efter att tillämpa den korrekta, d.v.s. i princip på samma sätt som domstolen i laglandet skulle göra. Man bör med andra ord sträva efter en *ursprungstrogen tillämpning*.

5.2 Tillämpning ex officio?

Enligt den traditionella uppfattningen i svensk internationellt privaträttslig doktrin bör de svenska lagvalsreglerna *och* av dem utpekad utländsk rätt tillämpas ex officio av domstolarna och andra myndigheter.¹³ Denna uppfattning har fortfarande stöd i doktrinen.¹⁴ Såsom framgår av redogörelsen nedan rör det sig om en förenklad och nyanslös beskrivning av gällande rätt: det som har framställts som regel utgör snarare ett undantag. Exempelvis har den numera viktiga skillnaden mellan dispositiva och indispositiva mål ofta inte beaktats. Man kan vidare ifrågasätta vad som menas med ex officio-tillämpning. Innebär den att domstolen oavsett parternas yrkanden och övrig processföring skall slå vakt om lagvalsreglernas och utländsk rätts tillämpning, när utlandsanknutna omständigheter synes finnas, eller aktualiseras domstolens skyldighet att tillämpa dessa regler först, när en part åberopat sådana omständigheter till stöd för sin talan som enligt lagvalsreglerna är av relevans?

¹² Se också nedan, avsnitt 7.1.

¹³ Se Kallenberg, II, s. 93 f.; Beckman, s. 44; Eek, Lagkonflikter I, s. 137; Karlgren, s. 73; Bogdan, Svensk IP, s. 41 samt Pålsson, Svensk rättspraxis, s. 36.

¹⁴ Se Bogdan, Svensk IP, s. 41.

5.2.1 Avtalsrättsliga tvister

I avtalsrättsliga tvister synes en förutsättning för utländsk rätts tillämpning alltid ha varit att en part uttryckligen begärt det.¹⁵ Har tillämpning av utländsk rätt inte yrkats, har domen grundats på svensk rätt.

Av avgörande betydelse i sammanhanget är att *partsautonomi* rörande val av tillämplig lag blev tidigt erkänd inom den internationella obligationsrätten, medan den länge – i Sverige i princip fram till 1970-talet – inte ansågs ha något utrymme i den internationella familjerätten. Vid bedömningen av avtalsrättsliga tvister i Sverige ansågs det vara fritt fram för parterna att under processen avtala om tillämpning av svensk rätt.¹⁶ Partsautonomins genombrott på området torde främst kunna förklaras med den internationella handelns behov, vilket ansågs kräva att parterna i kontraktsträttsliga relationer inte ovillkorligen var underkastade en viss stats lag utan kunde själva disponera över lagvalsfrågan. Något motsvarande behov förelåg inte inom familjerätten.

Utvecklingen i den svenska internationella avtalsrätten innebar att huvudregeln blev tillämpning av den lag som kontrahenterna *uttryckligen eller konkludent avtalat om*. När lagvalsfrihet råder har det i alla länder funnits en tendens att grunda utslaget på forumstatens lag, när det inte stått utom tvivel att parterna avsett en annan stats lag vara tillämplig.¹⁷ Man har härvidlag inte ställt krav på att avtalet skall vara uttryckligt utan även godtagit s.k. konkludenta (tysta) lagvalsöverenskommelser. När lagvalsfrågan inte har förts på tal av en part,

¹⁵ Se Löfgren, s. 21 och Hassler & Nial, s. 17 och s. 38. Huruvida de lagreglerade internationella växel- och checkfrågorna utgjort ett undantag, se ovan avsnitt 4.4.3 och 4.4.5, är ovisst eftersom det inte finns publicerade avgöranden om saken.

¹⁶ Se Hassler & Nial, s. 37. Exempel på avgöranden där lagvalet synes ha grundats på parternas under rättegången träffade avtal om tillämpning av svensk rätt är *NJA 1956 s. 343* och *NJA 1963 s. 136*.

¹⁷ Se t.ex. Lando, Juristen 1967, s. 2-3 och Gaarder, s. 95-96. "... prosederes det på grunnlag av norsk rett, partene har fri rådighet over sakens gjenstand og saken har en rimelig tilknytning til Norge, er det neppe noen feil om domstolen anser norsk rett valgt av partene." Gaarder, a.st. Enligt Lando, FS Due, s. 216, har Romkonventionens antagande inte inneburit någon ändring härvidlag i EU:s medlemsstater.

har det legat nära till hands att tolka detta så att parterna har avtalat om tillämpning av forumstatens lag.¹⁸ Tanken har varit att det som så att säga är underförstått mellan parterna inte behöver uttryckligen föras på tal.

Man har i sammanhanget stundom också talat om den *hypotetiska* (*presumerade*) *partsviljan* i den betydelsen, att om kontrahenterna skulle ha tagit ställning till lagvalet så skulle de ha avsett tillämpning av svensk lag.¹⁹ I det läge där frågan om parternas intentioner rörande lagval aktualiseras är deras intressen emellertid ofta motstridiga och parterna, om de blir tillfrågade, gör olika uppfattningar gällande. Av denna anledning måste frågan ställas mer allmänt såsom avseende vad två förståndiga parter i samma situation skulle ha valt vid avtalets ingående om de då hade tänkt på saken.²⁰

Det har också hävdats att i dispositiva (obligationsrättsliga) mål tillämpas utländsk rätt endast i parternas intresse, varför initiativet till utländsk rätts användning måste komma från parterna eller ena parten.²¹ Yrkar ingendera kontrahent tillämpning av främmande lag, skall domen grundas på *lex fori*.

Talet om uttryckliga, konkludenta och hypotetiska lagvalsöverenskommelser förutsätter vissa definitioner. Kortfattat kan dessa uttryck anges stå för följande.

¹⁸ Så resonerade exempelvis Löfgren, s. 21. Förklaringen kritiseras av Kallenberg: "Närmare har denna åsikt utförts sålunda, att, då landets domstolar ha till hufvuduppgift att afdöma de tvister, som påkalla tillämpning af svensk lag, parter, som dit hänskjuta sin sak *utan* att begära tillämpning af främmande rätt, böra anses tacite ha underkastat sig den svenska lagens tillämplighet. ... Ett dylikt antagande förmenar jag vara h.o.h. godtyckligt." Kallenberg, II, s. 94 not 101. Se också Philip, Dansk IP, s. 57. -Tillämpningen av svensk rätt i *NJA 1984 s. 404* i en tvist rörande agentur som skulle utövas i Sverige skulle, kanske, kunna förklaras med att parterna "tyst" hade överenskommit om det. Enligt Pålsson, SvJT 1987, s. 343-344, är en sådan konstruktion dock inte nödvändig eftersom i detta fall även de objektiva anknytningsfakta otvetydigt pekade på svensk rätt.

¹⁹ Denna sorts resonemang kan anses komma till uttryck i *NJA 1941 s. 350* angående tillämplig lag för anställningsavtal. Målet är emellertid inte lämpat som exempel på fall där lagvalsfrågan under domstolshandlingen förbigåtts med tystnad. Tvärtom gjorde svarandesidan redan i första instans gällande att tvisten skulle prövas enligt den främmande stats (Sydafrika) lag där arbetet utförts, medan kärandesidan åberopade tillämpning av svensk rätt.

²⁰ Se Bogdan, Svensk IP, s. 241.

²¹ Se Philip, Dansk IP, s. 57-58.

Ett *uttryckligt lagvalsavtal* förekommer i situationer där parterna skriftligt eller muntligt direkt uttryckt sitt val av tillämplig lag. Uttrycklighetskravet uppfylls också när parterna under en process inför domstolen muntligt överenskommer om tillämplig lag. I det senare fallet kan man tala om en *uttrycklig processuell lagvalsöverenskommelse*

En *konkludent lagvalsöverenskommelse* kännetecknas av att den tillämpliga lagen inte utpekats direkt, utan framgår av exempelvis villkoren i ett skriftligt avtal eller av parternas agerande under processen.²² Om således både käranden och svaranden kan anses ha fört sin talan som om svensk rätt vore tillämplig i målet, kan man tala om förhandenvaron av en *konkludent processuell lagvalsöverenskommelse* rörande svensk lags tillämpning. Det är emellertid viktigt att understryka att ett konkludent lagvalsavtal kan existera endast under förutsättning att parterna faktiskt haft en viss, sinsemellan överensstämmande inställning till lagvalsfrågan.²³ Något krav på otvetydighet synes dock sällan ha ställts i rättspraxis i den bemärkelsen att det inte får föreligga någon rimlig tvekan om vilken lag som parterna valt som tillämplig. Detta innebär inte minst att gränsdragningen mellan en konkludent lagvalsöverenskommelse och en hypotetisk sådan kan vara glidande.²⁴ Sålunda kan den ena parten hävda att omständigheterna otvetydigt pekar på ett visst lagval medan detta bestrids av den and-

²² Se t.ex. Romkonventionens formkrav för en giltig lagvalsöverenskommelse, art. 3 st. 1, andra meningen, såsom översatt i Ds 1996:7. "Lagvalet skall vara uttryckligt eller på annat sätt tydligt framgå av avtalsbestämmelserna eller av övriga omständigheter". Den här kursiverade delen avser ett konkludent avtal om tillämplig lag. Enligt Buchta, s. 48, kan ett konkludent processuellt lagvalsavtal avseende tillämpning av tysk lag (*lex fori*) ta någon av de följande formerna: (1) båda parterna hänvisar till tyska rättsregler vid sin argumentering, (2) endast ena parten hänvisar till tysk rätt men detta emotsägs inte av den andra parten, samt (3) domstolen grundar domen på tysk lag vilket inte frågasätts av en part i nästa rättsinstans.

²³ Se Karlgren, s. 96 och Buchta, s. 50-51.

²⁴ Enligt Pålsson torde man tills vidare få utgå från att frågan om tyst partshänvisning förblir "a question of fact" som får avgöras av domstolarna i varje enskilt fall. Pålsson, SvJT 1982, s. 230.

ra parten. Sist och slutligen blir det en bevisfråga om vad som kan anses ha blivit överenskommet mellan parterna.²⁵

5.2.2 Elektiva lagvalsregler

Förutsättningarna för utländsk rätts tillämpning kan också vara beroende av vilken typ av lagvalsregel det gäller. Av särskilt intresse i sammanhanget är de s.k. *elektiva lagvalsreglerna*. Enligt en sådan regel *kan* förutsättningen för utländsk rätts tillämpning vara att en part framställer yrkande därom. Uteblir yrkandet, tillämpas forumstatens lag. Sålunda tillämpas enligt lagen (1935:44) om dödsbo efter dansk, finsk, isländsk eller norsk medborgare, som hade hemvist här i riket, m.m. (NDL), svensk rätt på rätten till arv förutsatt att en arvinge eller testamentstagare inte begär tillämpning av lagen i den stat där den avlidne var medborgare, d.v.s. en utländsk lag. En elektiv lagvalsregel kan också verka åt motsatt håll. Huvudregeln är då tillämpning av utländsk rätt, men en part ges möjlighet att i stället begära att en viss fråga prövas enligt svensk lag. Som exempel kan anges 1 kap. 1 och 2 §§ IÄL: Rätten att ingå äktenskap inför svensk myndighet prövas i första hand enligt lagen i den stat där vederbörande är medborgare. En utländsk medborgare med hemvist i Sverige sedan minst två år har dock rätt att kräva, att hans behörighet att gifta sig prövas enligt svensk rätt.

Exemplen visar att elektiva lagvalsregler förekommer i svensk rätt både i dispositiva och i indispositiva frågor. Det är möjligt att betrakta dem som en form av resultatorienterade, "materialiserade" internationellt privaträttsliga regler (se ovan avsnitt 3.3.2), eftersom de tillåter parterna påverka lagvalet. Såsom denna lagstiftningsteknik använts i Sverige kan den an-

²⁵ Av intresse i sammanhanget är den skärpning som skett i Österrikes 1978 års IP-lag beträffande kraven för under processen träffade lagvalsöverenskommelser, § 11 st. 2: "Eine in einem anhängigen Verfahren bloß schlüssig getroffene Rechtswahl ist unbeachtlich." Detta innebär m.a.o. att en under processen träffad lagvalsöverenskommelse måste vara uttrycklig för att vara giltig. Det räcker inte att parternas processföring ger vid handen att de utgått från samma lags (regelmässigt *lex fori*) tillämplighet. Liknande tendenser kan skönjas i den senaste schweiziska praxis. Se Schwenzer, IPRax 1991, s. 130-131.

ses vara förenlig med den internationellt privaträttsliga likställighetsprincipen. Beroende på det ifrågavarande spörsmålet och situationen, kan elektiva lagvalsregler öppna möjlighet till användning av svensk *eller* utländsk rätt.²⁶

5.2.3 Lagvalsregler som godtar partsautonomi

Härtill kommer att det numera finns ett antal lagfästa regler vilka lämnar lagvalet åt parterna (s.k. partsautonomi). Som exempel kan anges 3 § lagen (1964:528) om tillämplig lag beträffande internationella köp av lösa saker (IKL), enligt vilken köparen och säljaren äger genom uttrycklig bestämelse överenskomma att lagen i ett visst land skall tillämpas på köpet. Ett annat exempel är 3 § lagen (1990:272) om vissa internationella frågor rörande makars förmögenhetsförhållanden (LIMF), som ger makarna det avgörande ordet rörande valet av tillämplig lag för egendomsordningen i äktenskapet.

Saknas lagvalsöverenskommelse skall man i de båda exemplfallen göra bruk av respektive lags subsidiära lagvalsregler. Dessa kan dock i stor utsträckning åsidosättas genom olika typer av processhandlingar.²⁷ Såsom framgått (avsnitt 5.2.1), har utländsk rätts tillämpning i avtalsrättsliga tvister varit beroende av att den yrkats av en part. I belysning av senare rättspraxis gäller detta numera även i dispositiva familjerättsmål.²⁸

När en lag på angivet sätt uttryckligen godtar partsautonomi, kan tillämpningen av *utländsk rätt* vara beroende av att parterna avtalat om det. Om således ett fransk-tyskt par vid äktenskapets ingående tar hemvist i Sverige, blir svensk lag enligt 4 § 1 st LIMF tillämplig på makarnas förmögenhetsförhållanden, med mindre makarna avtalat om tillämpning av den franska eller den tyska lagen (3 §).

²⁶ Det kan påpekas att även familjelagssakkunniga i SOU 1987:18 i vissa fall gör bruk av elektiva lagvalsregler.

²⁷ Se nedan, avsnitt 5.2.4.

²⁸ Se särskilt NJA 1993 s. 341.

5.2.4 Processhandlingars betydelse

Den traditionella uppfattningen förbiser också att parterna i svensk rätt har långtgående möjligheter att genom processhandlingar påverka lagvalsfrågan. Dessa möjligheter har i själva verket alltid existerat i någon utsträckning, men erkänns numera i allt större utsträckning. Man kan hävda att det är just denna sorts möjligheter att disponera över tillämplig lag som starkast skakat grunderna för läran om ex officio-tillämpning av utländsk rätt.

Med *processhandlingar* avses rättssubjektens verksamhet i en rättegång.²⁹ Viktiga processhandlingar, som i sig också ligger nära till att påverka valet av tillämplig lag i ett internationellt privaträttsligt mål, är parternas yrkanden och åberopanden.³⁰ *Yrkandet* är en till rätten riktad begäran om ett beslut av visst innehåll, i ett internationellt privaträttsligt mål t.ex. en begäran om ett avgörande som bygger på tillämpning av en viss utländsk rättsordning. Som stöd för ett yrkande kan anföras fakta – i internationellt privaträttsliga mål t.ex. parternas utländska medborgarskap eller hemvist – men även erfarenhets-satser och rättsregler. De processhandlingar varigenom detta sker brukar betecknas som *åberopanden*. Ett åberopande ingår således alltid i motiveringen för ett yrkande. Det kommer att visa sig nedan (avsnitt 5.4), att parterna kan disponera över tillämplig lag också när de låter bli att framföra yrkanden och åberopanden.³¹

En annan viktig processhandling, som kan påverka domstolens val av tillämplig rättsordning, är *parternas under processen träffade överenskommelse om tillämplig lag*. Processuella lagvalsavtal har länge varit ett viktigt inslag i den internationella för-mögenhetsrätten i Sverige men har på sistone vunnit insteg även i den svenska internationella familjerätten, till och med när en lagvalsfrihet inte har stöd i skriven lag.

²⁹ Ekelöf & Boman, Rättegång I, s. 29.

³⁰ Angående dessa begrepp, se Ekelöf & Boman, Rättegång I, s. 30 ff.

³¹ Se särskilt AD 1988 nr 143 och NJA 1993 s. 341.

En sträng ex officio-lära skulle innebära att parterna helt saknade möjlighet att sätta den tillämpliga lagvalsregeln – och därmed ofta en viss utländsk lag – ur spel; parternas processhandlingar skulle med andra ord ha begränsad betydelse för själva lagvalet. De internationellt privaträttsligt relevanta fakta, lagvalsreglerna och av dessa utpekad lag skulle alltid beaktas ex officio av domstolen, som också vore skyldig att av egen drift tillämpa utländsk lag.³² För att kunna förverkligas fullt ut torde den vidare förutsätta en skyldighet för domstolen att efterforska innehållet i tillämplig främmande lag. I annat fall, om parterna ensamt får stå för utredningen, kan de nämligen, genom att underlåta att frambringa (tillfyllestgörande) utredning, sätta den främmande lagen ur spel.

En sådan lagvalssyn kan åtminstone numera betraktas som främmande när det gäller prövning av dispositiva mål vid svenska domstolar. I fråga om indispositiva mål synes den däremot vinna stöd i rättstillämpningen. Någon ovillkorlig efterforskningsplikt för domstolen rörande innehållet i den tillämpliga främmande lagen har det dock inte varit fråga om.

5.2.5 Indelningen i dispositiva och indispositiva mål

Vid ett nyanslöst åberopande av ex officio-principen bortser man också från olikheter mellan civilrättsmål. Liksom i den svenska materiella rätten finns det också i den svenska internationella privaträtten anledning att skilja mellan dispositiva och indispositiva mål, beroende på om förlikning om saken är tillåten eller ej. När ett mål med utlandsanknytning tas upp vid svensk domstol blir det ju i processuellt hänseende underkastat den svenska rätten. I svensk processrätt är denna uppdelning av betydelse, bl.a. i fråga om parternas respektive domstolens befogenheter. Oavsett vilken lag som är tillämplig på den materiella rättsfrågan, d.v.s. om det är svensk eller ut-

³² Flexibilitet vid lagvalet kan då åstadkommas endast genom regler som uttryckligen godtar partsautonomi. Genom att göra bruk av sin lagvalsfrihet kan parterna sätta den eljest tillämpliga lagen åt sidan.

ländsk rätt som den tillämpliga lagvalsregeln hänvisar till, talar praktiska skäl för att målets klassificering som tillhörande den ena eller den andra gruppen grundas på svensk materiell rätt.³³

Så har också undantagslöst skett i svensk rättspraxis, när frågan gällt parternas rätt att under processen disponera över tillämplig lag.³⁴ I dispositiva mål anses i svensk rätt parternas intressen stå i förgrunden, medan i indispositiva mål ett offentligt intresse anses kräva en viss rättsföljd oavsett parternas önskemål. Det går dock inte alltid att genomföra indelningen utan betydande svårigheter redan av det skälet att gränsen mellan privata och offentliga intressen kan vara svår att dra.

En följd av denna uppdelning bör bli att domstolen i alla hänseenden som är av betydelse för lagvalet intar en klart aktivare roll i indispositiva än i dispositiva mål och ärenden. Således förefaller det naturligt att domstolen i indispositiva mål *ex officio* tillämpar utländsk rätt, medan i dispositiva mål initiativet till utländsk rätts användning bör komma från parterna eller endera parten. Ett sådant synsätt har förespråkats i nyare nordisk internationellt privaträttslig doktrin³⁵ och får också stöd av ny svensk rättspraxis.³⁶

Uppdelningen går naturligtvis inte att genomföra på föreslaget sätt om man betraktar lagvalsreglerna som obligatoriska för domstolen och indispositiva i förhållande till parterna. Ett sådant synsätt, som inte är ovanligt på den europeiska kontinenten, har i svensk internationell privaträtt förespråkats av

³³ Traditionellt betraktas denna sorts klassificering som en *materiellrättslig* fråga med följden att klassificeringen ansetts böra grundas på den rättsordning som lagvalsregeln i *lex fori* utpekar som tillämplig. I litteraturen har det emellertid föreslagits att klassificeringen just i *detta fall* sker enligt svensk rättsuppfattning. Se Bogdan, Svensk IP, s. 40. Jfr Jänterä-Jareborg, Partsautonomi, s. 342-344; Vischer, Rec. des Cours, 1992:I, s. 78 samt Glenn, ERPL 1993, s. 60.

³⁴ Se nedan de under avsnitt 5.3 angivna målen.

³⁵ Se Philip, UfR 1960 B, s. 159 ff. och Buure-Häggelund, LM 1977, s. 373.

³⁶ Se NJA 1993 s. 341 och AD 1988 nr 177. Som jämförelse kan nämnas att nyare fransk rättspraxis har ansetts ge vid handen att avgörande är reglernas karaktär enligt den tillämpliga lagen. Om en fransk lagvalsregel hänvisar till tvingande utländsk lag, skall den lagen tillämpas *ex officio* av domstolen. Se Koerner, s. 10-11 samt ovan, avsnitt 3.6.5.

Eek.³⁷ Lagvalsreglernas och utländsk rätts tillämpning riskerar då att ske på ett sätt som bortser från parternas intressen, d.v.s. deras behov av rättsskydd och deras berättigade förväntningar, och vad som är processuellt ändamålsenligt.

För egen del känner jag stor sympati för uppfattningen att lagvalsreglerna är att se som ett komplement till den materiella rätten.³⁸ Särskilt när fråga är om autonoma lagvalsregler synes det naturligt att dessa bygger på samma värderingar som *lex fori* i övrigt och har samma "status" som övriga i forumstaten gällande regler.³⁹ Därmed finns det inte utrymme att betrakta lagvalsreglerna som en säregen kategori av regler som är obligatoriska respektive indispositiva oavsett huruvida förlikning om den i tvisten aktuella frågan vore tillåten enligt svensk rätt.

5.2.6 Förarbetsuttalanden stöder flexibilitet

Viktigt i sammanhanget är också att någon doktrinär, stelbent inställning inte kommer till uttryck i förarbetena till den internationellt privaträttsliga lagstiftning som tillkommit under de senaste 25 åren i Sverige. Av betydelse härvidlag torde ha varit att de nyare lagfästa reglerna är autonoma svenska regler utom regeln i 1 kap. 4 § IDL om tillämplig lag för testamenteres giltighet till formen, som grundar sig på en Haagkonvention. Lagvalsreglerna i de tidiga internationellt privaträttsliga författningarna var däremot huvudsakligen konventionsstyrda. De var utformade på samma sätt oavsett om fråga var om indispositiva eller dispositiva frågor enligt det svenska internrättsliga synsättet. Här torde vi se åtminstone en förklaring till den tidigare nyanslösa framhållningen av *ex officio*-principen utan skillnad mellan exempelvis dispositiva och indispositiva mål.

³⁷ Se Eek, Lagkonflikter I, s. 137-139.

³⁸ Vischer, Rec. des Cours: 1992: I, s. 75, talar om lagvalsreglernas speciella karaktär i det att de är "in the service of substantive law" och att de följaktligen är av "auxiliary nature". Se även Buure-Hägglund, LM 1977, s. 373.

³⁹ Ett sådant synsätt har ansetts komma till uttryck i fransk rättspraxis. Se ovan, avsnitt 3.6.5.

Det bör nämnas att i det senaste stora betänkandet på den internationella privaträttens område, nämligen "Internationella familjerettsfrågor" (SOU 1987:18) av familjelagssakkunniga, avstod utredningen från att ta ställning för en viss lösning. De sakkunniga påpekade att sådana frågor som de nu aktuella kan uppstå i en lång rad högst skiftande situationer för vilka det är svårt att ange riktlinjer som kan tjäna till någon reell vägledning.⁴⁰ "Gemensamma bestämmelser och kodifiering av allmänna principer inom den internationella privaträtten uformas bäst mot bakgrund av de bestämmelser som skall gälla inom de olika rättsområdena", konstaterade man.⁴¹ Utredningen synes ha strävat efter nyansrikedom allt efter rättsfrågans art eller den situation där lagvalsfrågan kommer upp.

5.3 Om processuella lagvalsavtal i dispositiva mål

"I alla händelser kan den traditionella läran, enligt vilken främmande rätt skall tillämpas ex officio även i dispositiva mål, inte längre vidhållas utan betydande inskränkningar. Klart är nämligen att en i och för sig tillämplig utländsk lag kan skjutas åt sidan i sådana mål genom att parterna i rättegången kommer överens om tillämpning av svensk lag samt att en sådan överenskommelse inte behöver vara uttrycklig utan också kan framgå konkludent av parternas agerande under processen. Detta gäller i vart fall om rättsförhållandet har något mått av anknytning till Sverige (en förutsättning som regelmässigt är uppfylld när saken provas här)."⁴²

Lennart Pålssons ord återger i ett nötskal den utveckling som skett i svensk internationell privaträtt de senaste årtiondena. Idag synes det vara fritt fram för parterna att genom en inför

⁴⁰ SOU 1987:18, s. 324.

⁴¹ Se SOU 1987:18, s. 323.

⁴² Pålsson, SvJT 1992, s. 477-478.

domstolen träffad uttrycklig eller konkludent lagvalsöverenskommelse underkasta alla sorts dispositiva mål *svensk rätt*.

Det är fråga om en gradvis utveckling. Processuella lagvalsavtal avseende tillämpning av svensk rätt i avtalsmål har sedan gammalt stöd i svensk rätt (ovan, avsnitt 5.2.1), vilket i sig varit naturligt med tanke på partsautonomin på området. Från och med 1970-talet finns det flera avgöranden där ett sådant avtal godtagits i en familjerättslig tvist, utan att partsautonomi hade stöd i lag eller i praxisbildade regler. Med undantag av *NJA* 1992 s. 278 har det i samtliga fall varit fråga om svensk rätts tillämpning. Avgörandet från 1992, i sin tur, ger vid handen att parterna under processen även får avtala om tillämpning av en främmande stats lag förutsatt att det finns naturligt anknytning till den staten.

HD har under årens lopp och särskilt sedan 1970-talet gjort ett antal viktiga uttalanden som, steg för steg, klargjort läget. I det följande redogörs för vad dessa inneburit.

5.3.1 *NJA* 1973 s. 57

Målet avsåg dels fastställelse av faderskap, dels barnets rätt till underhåll. Barnet och dess mor var tyska medborgare med hemvist i Tyskland medan svaranden, d.v.s. den påstådde fadern, var svensk medborgare med hemvist i Sverige.

Parterna hade i de två första rättsinstanserna varit överens om att målet skulle prövas enligt svensk rätt, vilket också skett. Men när HD gjorde parterna uppmärksamma på lagvalsfrågan, gjorde svaranden plötsligt gällande att tysk lag, enligt vilken underhållsanspråket delvis var preskriberat, skulle tillämpas. Kärandesidan hävdade i sin tur att lagvalsöverenskommelsen var bindande.

Enligt HD skulle (den indispositiva) faderskapsfrågan prövas enligt tysk lag utan att domstolen tog hänsyn till att parterna tidigare ansett svensk lag vara tillämplig. Vad underhållsfrågan beträffar skulle lagvalet enligt HD "träffas enbart med hänsyn till de sakliga omständigheterna i målet, eftersom parterna inte längre var eniga om tillämplig lag". Detta val

utföll enligt HD till förmån för tillämpning av tysk rätt, vilket i och för sig kan betraktas som naturligt. Fråga blev ju om tillämpning av lagen i den stat till vilken huvudpersonen – barnet – hade anknytning både i form av hemvist och medborgarskap.

Intressant i detta avgörande är att HD i själva verket härledde en rätt för parterna att avtala om tillämplig lag från huruvida parterna i intern svensk rätt har rätt att disponera över det ifrågavarande spörsmålet. Eftersom frågor om faderskap är indispositivt reglerade, synes den tidigare lagvalsöverenskommelsen enligt HD ha saknat all relevans. Underhållsfrågor, däremot, är (i princip) dispositivt reglerade i svensk rätt. HD:s uttalande synes ge vid handen att parternas överenskommelse i detta hänseende skulle ha kunnat godtas förutsatt att de fortfarande hade varit eniga om saken. Detta är intressant också såtillvida att partsautonomi på den tiden inte hade stöd i svensk rätt i fråga om underhåll.

Målet har givit upphov till spekulationer rörande räckvidden av HD:s ovan citerade uttalande. Innebär det att en part alltid, kanske så sent som i HD, har rätt att ensidigt frångå en tidigare under processen träffad lagvalsöverenskommelse utan att behöva åberopa något som helst skäl?⁴³ Eller finns det några gränser som inte kan överskridas? Läget klarlades först genom HD:s avgörande i *NJA 1987 s. 815*.⁴⁴

5.3.2 *NJA 1977 s. 92*

Partsautonomins genombrott i den internationella obligationsrätten i Sverige har redan berörts ovan i avsnitt 5.2.1. Ett intressant senare mål på området är *NJA 1977 s. 92*. Särskilt HD:s uttalande rörande valet av tillämplig lag är där värt uppmärksamhet.

Twisten avsåg en utländsk medborgares ställning som representant i Syrien för ett svenskt bolag. I ett rättsförhållande av

⁴³ Se SOU 1987:18, s. 233-234.

⁴⁴ Se nedan, avsnitt 5.3.4.

förevarande art åtnjuter parterna enligt svensk rätt partsautonomi, d.v.s. de äger rätt att själva utse den tillämpliga lagen. Av referatet att döma hade parterna inte vid avtalets ingående⁴⁵ gjort bruk av denna rätt. Tillämpning av utländsk rätt yrkades inte av någondera part under rättegången.

Twisten prövades enligt svensk lag i alla rättsinstanserna, ett ställningstagande som varken TR eller HovR brydde sig om att motivera i sina domar. Först HD kom med en förklaring i form av följande uttalande: "I målet förekommer omständigheter som har anknytning till främmande stater, främst på så sätt att saken rör representantskap som skulle utövas i Syrien. Fråga kunde därför uppkomma om tillämpning av utländsk lag. Parterna har emellertid fört sin talan med utgångspunkt från att svensk lag skulle vara tillämplig. Målet rör rättsförhållanden, varom förlikning är tillåten och som har anknytning även till Sverige. På grund härav bör, såsom också skett i underdomstolarna, saken prövas enligt svensk lag."

Det citerade uttalandet har i litteraturen ansetts vara svårtolkat. Två tolkningar har betraktats som möjliga. Den ena går ut på att parterna genom sitt agerande i processen hade träffat en *konkludent* överenskommelse om tillämpning av svensk rätt.⁴⁶ Enligt den andra ger uttalandet vid handen att domstolen i ett (enligt svensk rättsuppfattning) dispositivt mål inte var beredd att utan parternas anmaning tillämpa utländsk rätt.⁴⁷ Sedd mot bakgrund av vad som på 1970-talet ansågs vara gällande rätt i Sverige är den första tolkningen den naturliga. Twisten gällde ju en fråga beträffande vilken partsautonomi förelåg. Dåvarande rättspraxis gav vid handen att svensk rätt skall tillämpas i avtalsrättsliga tvister, om det framgår av parternas processföring eller andra omständigheter att de avsett svensk lag vara utslagsgivande.⁴⁸ HD ansåg alltså

⁴⁵ Parterna tvistade också om huruvida ett bindande avtal kommit till stånd mellan dem samt vad avtalet i så fall hade för innehåll.

⁴⁶ Se Bogdan, Svensk IP, s. 43-44, Pålsson, SvJT 1982, s. 230 och Jänterä-Jareborg, Partsautonomi, s. 339-340.

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ Se NJA 1956 s. 343 och NJA 1963 s. 136.

dessas kriterier vara uppfyllda, varför målet skulle prövas enligt svensk rätt.⁴⁹ Vid ifrågavarande tidpunkt var den andra tolkningen alltför radikal ("stridande mot gällande rätt"), varför i doktrinen övervägande skäl har ansetts tala för det första tolkningsalternativet.⁵⁰

Enligt min mening börjar med detta avgörande en serie av intressanta uttalanden från HD rörande förutsättningarna för tillämpning av utländsk rätt. Värt att notera är att HD nu uttryckligen fäste vikt vid att det rörde sig om en tvist varom förlikning är tillåten enligt svensk rätt. Av betydelse för lagvalet var vidare, enligt HD, att målet hade anknytning till Sverige. Sådana här förtydligande förklaringar angående varför parternas under processen ingångna avtal om tillämpning av svensk lag godtagits, får man förgäves söka efter i tidigare avgöranden. – Såsom kommer att framgå nedan har HD i en rad efterföljande mål förklarat svensk rätts tillämpning på ett liknande sätt.

5.3.3 NJA 1978 s. 590

Detta mål rörde makes skyldighet att vid äktenskapets upplösning betala underhåll till den andra maken, dels för viss för-

⁴⁹ Pålsson har påpekat att det skulle ha tett sig mycket överraskande om HD, sedan parterna processat i tre instanser och de lägre instanserna dömt i enlighet med svensk rätt, av egen drift skulle ha avgjort målet enligt en utländsk lag som överhuvudtaget inte varit på tal i målet. Pålsson, SvJT 1982, s. 230. Också Lando, Juristen 1967, s. 3-4, avfärdar ett sådant agerande. – Av HD:s akter i målet framgår tydligt att talan på bägge sidorna hade grundats på svensk rätts tillämplighet i målet. Intressant är emellertid att i en senare tvist mellan parterna – HD, Dnr T 308/1982 – rörande agentens rätt till provision, som kan ses som en direkt fortsättning till den av HD prövade tvisten, gjorde bolaget gällande att *syrisk rätt* skulle tillämpas. Enligt den, hävdade bolaget, förelåg ingen grund för ersättning. Detta plötsliga intresse för utländsk rätts tillämpning väcker frågan, huruvida denna part först efter HD:s uttalande insett att även utländsk rätts tillämpning varit möjlig. TR ansåg emellertid bolaget inte ha "förebragt någon omständighet som föranleder tingsrätten att intaga annan ståndpunkt än den som Högsta domstolen givit uttryck åt i NJA 1977 s. 92". I hovrätten vidhöll bolaget sin invändning om att syrisk lag skulle tillämpas på tvisten. Hovrättens motivering är, om möjligt, ännu mer intetsägende i denna del: "I frågan vilket lands lag som skall tillämpas finner hovrätten övervägande skäl tala för att saken prövas enligt svensk lag". Vad dessa "övervägande skäl" består av, nämns inte! HD meddelade inte prövningstillstånd i målet.

⁵⁰ Se särskilt Bogdan, Svensk IP, s. 43-44 och Pålsson, SvJT 1982, s. 230.

fluten tid, dels för viss tid efter skilsmässodomen. Hustrun, som yrkade underhåll, var jugoslavisk medborgare, medan mannen var rumänsk medborgare. Mannen hade sedan några år tillbaka hemvist i Sverige, medan hustruns rätt till arbets- och uppehållstillstånd i Sverige var under prövning vid målets handläggning.

Lagvalsfrågan förbigicks med tystnad i underrätten men beaktades ex officio av HovR som ansåg att rumänsk lag som mannens *lex patriae* var tillämplig.⁵¹ I HD enades parterna om att svensk lag skulle tillämpas. HD godtog överenskommelsen under motivering att tvisten avsåg en fråga varom parterna enligt svensk intern rätt kan träffa avtal.⁵²

Av intresse, liksom också i *NJA* 1973 s. 57, är att det rörde sig om en familjerättslig fråga beträffande vilken partsautonomi inte hade stöd vare sig i skriven lag eller i rättspraxis. Vid bedömningen av vilken betydelse som skulle tillmätas parternas överensstämmande förklaringar om att svensk rätt skulle tillämpas, valde HD att likställa internationellt privaträttsliga mål med motsvarande rent interna mål. Konstruktionen här är precis densamma som i *NJA* 1977 s. 92: Gäller dispositionsfrihet enligt svensk intern rätt på det ifrågavarande området föl-

⁵¹ Vid tiden för avgörandet gällde 1912 års lag (IÄR) åtminstone formellt i fråga om underhållsfrågor mellan makar. Utanför lagregleringen föll dock ett fall som det förevarande där makarna var av olika medborgarskap. Det var först i *NJA* 1986 s. 615, som rörde underhåll till f.d. make, som HD uttryckligen frångick lagvalsreglerna och nationalitetsprincipen i IÄR.

⁵² Parternas lagvalsöverenskommelse i detta mål har väckt viss förvåning i litteraturen, eftersom man har ansett att det hade legat i hustruns intresse att HovR:s dom och tillämpningen av den rumänska lagen stod sig. Se Pålsson, SvJT 1982, s. 219. I HovR hade hon nämligen i enlighet med rumänsk lag beviljats underhåll både för viss fluten tid och därefter förskottvis per kalendermånad. Av svensk lags tillämpning följde däremot att mannen befriades från underhållsskyldighet för tiden efter skillnadsdomen. Av allt att döma synes dock hustrun, som i HD i likhet med mannen hävdade att svensk lag var tillämplig, ha utgått ifrån att käromålet enligt denna i sin helhet skulle bifallas. Det kan ha tett sig osäkert huruvida HovR:s på rumänsk rätt grundade dom skulle stå sig, sedan svaranden bestritt HovR:s tolkning och tillämpning av den rumänska lagen. Mannen hävdade nämligen i andra hand att han inte heller enligt rumänsk lag var underhållsskyldig. – Av HD:s akter i målet framgår att hustruns ombud i HD gjorde gällande att det vore fel att ge företräde åt en av makarnas nationella lag då ingen av dem vid äktenskapets ingående hade haft för avsikt att lämna Sverige. Eftersom båda makarna vistades i Sverige fanns det anledning att låta "domicilprincipen vara avgörande".

jer därav, att parterna i ett utlandsanknutet mål har rätt att överenskomma om tillämplig lag.⁵³

5.3.4 NJA 1987 s. 815

Twisten gällde tolkningen av en "ektepakt" (äktenskapsförord) som upprättats mellan en dansk kvinna och en norsk man före äktenskapets ingående. Makarna, som efter giftermålet flyttade till Schweiz, hade sedermera tagit hemvist i Sverige.

Sedan rättegången inletts förklarade sig parterna vara ense om svensk rätts tillämpning i målet. Lagvalsöverenskommelsen godtogs av samtliga rättsinstanser. HD uttalade: "Twisten rör en fråga om vilken parterna enligt svensk intern rätt kan träffa avtal, närmare bestämt en fråga om makars förmögensförhållanden. Båda parter har klar anknytning till Sverige. Under sådana omständigheter bör en överenskommelse mellan parterna om tillämpning av svensk lag läggas till grund för prövning av tvisten."

Liksom i de ovan återgivna avgörandena, härleder HD lagvalsfriheten från den dispositionsfrihet som gäller i motsvarande rent interna mål.⁵⁴ Parternas anknytning till Sverige anges, såsom i *NJA* 1977 s. 92, legitimera valet av svensk rätt som utslagsgivande rättsordning.

HD:s avgörande i detta mål är av intresse också på så sätt att det klargör vilka möjligheter en part har att senare med rättslig verkan frångå ett tidigare ingånget processuellt lagvalsavtal. Ett klarläggande i detta hänseende var angeläget efter utgången i *NJA* 1973 s. 57, där svaranden så sent som i HD kunde

⁵³ Utgången i rättsfallet *RH* 1981:50 är i full överensstämmelse med *NJA* 1978 s. 590. I detta fall förklarade sig makarna, som var medborgare i Turkiet, vara överens om tillämpning av svensk rätt på underhållstvisten, varefter målet prövades i enlighet med denna.

⁵⁴ Att makarna enligt svensk internationell privaträtt åtnjöt en viss frihet att avtala om tillämplig lag för den äktenskapliga förmögenshetsordningen fick visst stöd redan i *NJA* 1970 s. 420, *NJA* 1982 C 25 samt *RH* 1980:95. Se Jänterä-Jareborg, *Partsautonomi*, s. 283-286. I dessa fall rörde det sig dock inte om processuella lagvalsöverenskommelser.

återkalla sitt tidigare samtycke om svensk rätts tillämpning.⁵⁵ Frågans stora principiella och praktiska betydelse framhävs av att ett utanför process ingånget avtal om tillämplig lag kan upphävas endast gemensamt av båda avtalsparterna.⁵⁶

I målet återkallade i HD svaranden sitt medgivande i lagvalsfrågan och anförde att i stället norsk lag var att tillämpa. Som skälet för återkallandet angav han att medgivandet i lagvalsfrågan hade vilat på förutsättningen att rättsverkningarna av ektepakten var desamma, oavsett vilken av de ifrågakommande rättsordningarna som tillämpades. TR:s och HovR:s avgöranden gav emellertid vid handen att så kanske inte var fallet.⁵⁷ Käranden bestred svarandens rätt att frångå överenskommelsen.

HD ansåg svaranden inte ha åberopat tillräckliga skäl för att han först i HD skulle få återkalla sitt medgivande om tillämplig lag. "Förhållandena är inte sådana att ena parten i högre rätt fritt bör få återkalla sitt medgivande i fråga om lagvalet", konstaterade HD. Avgörandet kan i denna del anses ha inneburit en viss skärpning jämfört med *NJA* 1973 s. 57, dock utan att det kan anses helt skära av en parts möjlighet att på ett sent stadium frångå en tidigare under processen träffad lagvalsöverenskommelse.⁵⁸ Man kan exempelvis fråga sig om det hade påverkat bedömningen om HD, i likhet med de lägre in-

⁵⁵ Se ovan, avsnitt 5.3.1. Enligt familjelagssakkunniga vore det "olyckligt om parterna, sedan de i underrätten uttryckligen enats om att processa enligt ett visst lands lag, alltid skulle ha möjlighet att långt senare, kanske i sista instans, ensidigt och utan att behöva åberopa något som helst skäl kunna frångå överenskommelsen och på så sätt förändra förutsättningarna för rättegången". SOU 1987:18, s. 233-234.

⁵⁶ Se t.ex. prop 1989/90:87, s. 41 rörande ett mellan makar ingånget avtal om tillämplig lag för förmögenhetsförhållandena i äktenskapet enligt 3 § LIMF.

⁵⁷ Äktenskapsförordet hade upprättats av en dansk advokat under medverkan av en norsk advokat. Vid tiden för äktenskapsförordets upprättande uppehöll sig parterna i Danmark. Förordet var skrivet på norska. Fastän det borde ha varit klart att parterna vid förordets tillkomst avsett den norska/danska lagens tillämplighet (s.k. konkludent lagvalsavtal vars innebörd framgår bl.a. av innehållet i parternas äktenskapsförord) ansågs det nu ändå kunna tolkas i enlighet med svensk rätt.

⁵⁸ Om tolkningen av avgörandet, se Jänterä-Jareborg, *Partsautonomi*, s. 335-336; Welamson, SvJT 1989, s. 520 samt Pålsson, SvJT 1992, s. 481. Enligt Welamson tyder avgörandet på att en återkallelse av medgivande i lagvalsfrågan skulle vara bunden till mindre stränga regler än återkallelse av ett vanligt processuellt medgivande. Enligt praxis får det senare fritt återkallas endast i den rättsinstans där det gjorts.

stanserna, kommit fram till att utgången enligt svensk rätt skilde sig från utgången enligt dansk och norsk rätt. Den materiellrättsliga utgången i HD gick i stället svaranden till mötes. I enlighet med hans yrkande ansågs makarnas äktenskapsförord även innefatta avkastningen av enskild egendom, vilket innebär att svensk lag på denna punkt av HD inte bedömdes skilja sig från dansk eller norsk rätt.⁵⁹ På det viset saknade lagvalsfrågan i själva verket betydelse i målet.

5.3.5 NJA 1990 s. 726

En tysk medborgare med hemvist i Tyskland hade tecknat ett försäkringsavtal med ett tyskt försäkringsbolag i Tyskland. Den försäkrade skadades senare i Sverige vid en trafikolycka som vållades av en i Sverige registrerad och här trafikförsäkrad bil. Målet kom att handla om den tyske försäkringsgivarens rätt till regress för den ersättning som den på grund av avtalet betalat den skadade försäkringstagaren. Frågan uppstod enligt vilket lands lag tvisten skulle prövas.

Med hänsyn till målets starka anknytning till Tyskland skulle avgörandet mycket väl ha kunnat grundas på tysk lag.⁶⁰ Tvisten prövades dock i samtliga instanser enligt svensk rätt. En uttrycklig förklaring till detta finner man i HD:s dom: "Parterna är ense om att Trygg Hansa skall betala vad Inter yrkat, om Inter har rätt till återkrav enligt svensk rätt. Det är därför denna fråga som skall prövas i målet." Detta lakoniska ställningstagande bekräftar endast att en överenskommelse om tillämpning av svensk rätt hade ingåtts under processen och att den ansågs böra läggas till grund för domstolens prövning av tvisten.

⁵⁹ I HD återopade svaranden tre expertutlåtanden rörande äktenskapsförordets tolkning, det första med utgångspunkt i norsk rätt, det andra med utgångspunkt i dansk rätt och det tredje med utgångspunkt i svensk rätt, skrivna av en familjerättsprofessor i respektive land. Vad beträffar själva tvistefrågan förelåg det enligt utlåtandena inte någon beaktansvärd skillnad mellan de tre rättsordningarna.

⁶⁰ Jfr NJA 1990 s. 734, också ett svensk-tyskt mål rörande ett tyskt försäkringsbolags rätt till regress där omständigheterna var påfallande lika dem som förelåg i det nu aktuella målet. I det målet hade talan grundats på tysk rätt som också tillämpades av HD. Se närmare, Pålsson, SvJT 1992, s. 490.

5.3.6 NJA 1991 s. 43

Twisten gällde en svensk fastighetsköpares rätt till skadestånd på grund av brister vid förmedlingen av en fastighet belägen i Spanien genom ett svenskt fastighetsmäklarbolag. Båda parterna synes ha fört sin talan med utgångspunkt från svensk rätts tillämplighet. (Det hade antecknats i TR:s dom att parterna förklarat sig vara ense om att svensk rätt tillämpas på förhållandet mellan dem.) Målet avgjordes också i samtliga instanser enligt svensk rätt. En tillfredsställande motivering till detta hittar man dock först i HD:s dom: "Enligt anteckning i TR:ns dom är parterna överens om att svensk lag skall tillämpas på förhållandet mellan dem. Twisten gäller fråga som parterna enligt intern svensk lag kan träffa avtal om. Rättsförhållandet mellan parterna - vilket har stark anknytning till Sverige - bör redan på grund av överenskommelsen bedömas enligt svensk lag."

Den uppmärksamma läsaren upptäcker genast en slående likhet mellan det citerade uttalandet och tidigare ställningstaganden av HD. Men han eller hon hittar också ett tillägg som saknas i de tidigare fällda uttalandena, nämligen ordet "redan". Antyder detta lilla komplement att en ytterligare uppmjukning är på väg att ske rörande möjligheterna att grunda dispositiva mål med utlandsanknytning direkt på svensk lag? Eller syftar man på de starka objektiva anknytningar som målet hade till Sverige? Med stor sannolikhet hade väl dessa fällt lagvalet till förmån för tillämpning av svensk rätt?

Med hänsyn till HD:s prejudikatbildande roll vore det frestande att tolka domstolens uttalanden som länkar i en välgenomtänkt utveckling av principer för bedömningen av internationellt privaträttsliga mål. Från en sådan utgångspunkt vore det naturligt att anse att HD genom sitt ordval ville markera att själva överenskommelsen var avgörande. Uttalandet skulle i så fall kunna ses som en precisering av HD:s lagval i tidigare avgöranden. Sett i sitt kontextuella sammanhang synes ordet "redan" dock snarare syfta på målets starka objek-

tiva anknytning till Sverige som legitimation för svensk rätts tillämpning.⁶¹

Från internationellt privaträttslig synpunkt är det störande att HD inte konsekvent hållit fast vid en viss formulering, när det gällt betydelsen av parternas överenskommelse om svensk rätts tillämpning, utan från avgörande till avgörande ändrat ordalagen något. Denna sorts inkonsekvens (eller strävan efter språklig variation?) ger lätt upphov till onödiga spekulationer om HD:s avsikter.

NJA 1991 s. 43 kom också att handla om vad som skulle kunna kallas för svensk materiell lagstiftnings "tillämplighet i rummet", d.v.s. huruvida sådan lagstiftning omfattar endast rent interna fall eller även fall med relevant utlandsanknytning. Man kan också tala om materiell lagstiftnings "geografiska tillämpningsområde". När domstolarna kommit fram till att svarandesidan utfört sitt uppdrag i egenskap av fastighetsmäklare, uppstod nämligen frågan huruvida lagen (1984:81) om fastighetsmäklare kunde gälla när fastigheten är belägen i Spanien. Målets rubrik i NJA tyder på att detta av HD betraktas som själva huvudfrågan i tvisten: "Lagen (1984:81) om fastighetsmäklare är tillämplig på förmedling av fastighet utomlands beträffande förhållandet mellan parterna."⁶² Det finns emellertid anledning att understryka att i ett internationellt privaträttsligt mål kan frågan om vilken lag (vilka regler) som i *svensk rätt* är tillämplig uppkomma först när det redan står klart att svensk rätt är styrande i målet.⁶³ I detta fall var själva frågan om tillämplig rättsordning oproblematiserad sedan alla rättsinstanserna god-

⁶¹ Jfr Kleineman, som anser att HD "så att säga helgarderat de eventuella ip-problem som kunnat aktualiseras genom att dels fastslå att rättsförhållandet mellan parterna har 'stark anknytning till Sverige', dels erinra om att det enligt anteckning i tingsrättens dom framgår att parterna skulle vara överens om att svensk rätt skulle tillämpas på förhållandet mellan dem". Kleineman, JT 1990-91, s. 674. Såsom framgått, har sådana här "dubbla kriterier" redan tidigare åberopats av HD.

⁶² Se närmare Jänterä-Jareborg, SvJT 1995, s. 378-380.

⁶³ Undantagsvis kan dock vissa regler i svensk rätt vara av sådan karaktär att de anses omedelbart böra tillämpas oavsett målets anknytning till utlandet.

tagit parternas under processen träffade överenskommelse om tillämpning av svensk rätt.⁶⁴

Man slås av att både TR och HovR tog ställning till fastighetsmäklarlagens tillämplighet på ett sätt som starkt påminner om vad som i den internationella privaträtten kallats för *den individualiserande metoden* vid val av tillämplig rättsordning. TR ansåg anknytningen till Sverige vara så stark att den omständigheten att fastigheten var belägen utomlands inte kunde medföra att mäklarlagen inte var tillämplig: "Samtliga parter är svenska medborgare och bosatta i Sverige. Förmedlingen har påbörjats i Sverige och köpeskillingen har erlagts här. Vid angivna förhållanden bör den omständigheten att fastigheten är belägen utomlands inte medföra att mäklarlagen inte är tillämplig." HovR kom till samma slutsats. Av betydelse var enligt HovR, förutom de omständigheter som TR fäst uppmärksamhet vid, att mäklarlagen inte begränsats till att avse enbart objekt i Sverige. Denna bedömning delades av HD som fann anledning att understryka att fastighetsmäklarlagen varken enligt sin ordalydelse eller på grund av sin konstruktion är begränsad till att gälla enbart förmedling av fastighet i Sverige. Vidare, påpekade HD, framgår en sådan begränsning inte heller av lagmotiven.⁶⁵

5.3.7 NJA 1992 s. 278

Målet rörde underhåll till hustru och barn utan samband med mål om äktenskapsskillnad. Den underhållsskyldige var sedan 1985 bosatt i Sverige, medan hustrun och barnen bodde kvar i Chile. Samtliga parter var chilenska medborgare. Svaranden

⁶⁴ Beträffande läget i gällande rätt, se 3 § i fastighetsmäklarlagen (1995:400). Lagens lösning kritiserar av Bogdan, SvJT 1995, s. 1-6 och Jänterä-Jareborg, SvJT 1995, s. 374-384.

⁶⁵ Det är mycket sällsynt i svensk civilrätt att man, på sätt som skedde i NJA 1991 s. 43, inte skulle ta för givet att när svensk rätt är tillämplig de sakligt närmast liggande svenska reglerna gäller oavsett målets utlandsanknytningar. En förklaring till detta synsätt är säkert att lagstiftningen normalt ges en generell utformning på så sätt att den inte uttryckligen begränsas till att gälla vissa, till Sverige nära anknutna fall. Vid utarbetande av materiellrättslig lagstiftning torde man sällan ägna någon tanke åt hur lagstiftningen kommer att förhålla sig till utlandsanknutna fall. En ändring i detta hänseende vore dock önskvärd. Se närmare, Jänterä-Jareborg, FS Agell, s. 285 ff., särskilt s. 295-301, och Jänterä-Jareborg, SvJT 1995, s. 377-378.

bestred yrkanden om underhåll bl.a. under hänvisning till sin bristande förmåga att utge underhåll.

Liksom i NJA 1978 s. 590 (ovan 5.3.3) rörde det sig om ett fall där lagvalsfrågan inte reglerats i lag. Sedan rättegången inletts förklarade sig parterna vara ense om att chilensk lag skulle tillämpas. Lagvalsöverenskommelsen nämns i både TR:s och HovR:s domskäl, dock utan att skäl anges varför den godtagits.

I sitt domslut hade HovR angivit att domen enligt 20 kap. 12 § 1 st. FB inte fick överklagas. Enligt HD:s beslut gäller överklagandeförbudet inte när ett underhållsavgörande grundats på utländsk rätt. Vad själva utgången i målet beträffar fann HD inte anledning att meddela prövningstillstånd.

Sakligt sett måste bedömningen av lagvalsfrågan i målet anses vara invändningsfri; underhållsborgenärerna hade ju mycket stark anknytning till Chile. Det var från första början klart att parterna önskade att den chilenska rätten lades till grund för målets bedömning. Det förelåg också viss av parterna ombesörjd utredning om den lagens innehåll. Under sådana omständigheter saknas det anledning att behandla en överenskommelse avseende tillämpning av utländsk rätt anorlunda än ett avtal om tillämpning av svensk rätt. Det nu aktuella målet hade sannolikt även utan parternas överenskommelse prövats enligt chilensk lag.⁶⁶ Det finns nämligen en klar trend i svensk rättspraxis att pröva underhållsanspråk enligt lagen i den stat där den (påstått) underhållsberättigade har sitt hemvist.⁶⁷ Avgörandet har i litteraturen ansetts bekräfta att en processuell lagvalsöverenskommelse i underhålls-

⁶⁶ I ett som "Rättsutredning" rubricerat arbetspapper i målets akter återfinns följande uttalande: "I fråga om underhållsskyldighet gentemot hustrun torde lagvalet vara av dispositiv karaktär. I fråga om underhållsskyldigheten mot barnen torde det vara korrekt att tillämpa chilensk lag." Vad den senare frågan beträffar hänvisades till Bogdans "Svensk internationell privat- och processrätt", där barnets *lex domicilii* anses böra vara styrande.

⁶⁷ Se Pålsson, SvJT 1993, s. 621-623 och Jänterä-Järeborg, SvJT 1993, s. 335-336. En annan sak är sedan att den underhållsskyldiges förmåga att utge underhåll prövades enligt svensk lag, fastän rätten till underhåll bedömdes enligt chilensk rätt. Detta synes stämma överens med familjelagssakkunnigas förslag i SOU 1987:18, se s. 240-241.

mål även får avse tillämpning av utländsk rätt, i vart fall om saken har någon naturlig anknytning till den valda lagen.⁶⁸

Av rättssäkerhetsskäl torde det vara rimligt att kräva att ett processuellt lagvalsavtal avseende tillämpning av *utländsk rätt* alltid måste vara uttryckligt. I detta hänseende bör det således ställas strängare krav än när det gäller tillämpning av svensk lag (jfr NJA 1977 s. 92, ovan avsnitt 5.3.2).

5.3.8 Slutsatser

I dispositiva mål får parterna alltid avtala om tillämpning av svensk rätt

Sammantagna bör HD:s ställningstaganden rörande valet av tillämplig lag i NJA 1973 s. 57, NJA 1977 s. 92, NJA 1978 s. 590, NJA 1987 s. 815, NJA 1990 s. 726 samt NJA 1991 s. 43 anses bekräfta följande regel såsom gällande i svensk internationell privaträtt: När det rör sig om en tvist vid svensk domstol, som enligt svensk rättsuppfattning är dispositiv, äger parterna i processen avtala om tillämpning av *svensk rätt*, förutsatt att det finns en naturlig anknytning till Sverige.

I samtliga fall hade målet redan i första instans prövats enligt svensk rätt. Detta tyder på att en överenskommelse avseende tillämpning av svensk lag förelåg från början. Ändock förekommer det att först HD ger en förklaring till svensk lags tillämpning. Intrycket blir att de lägre instanserna tagit för givet att parterna får avtala om tillämpning av svensk rätt i dispositiva mål och av detta skäl låtit bli att i sina domskäl motivera lagvalet.⁶⁹

NJA 1978 s. 590 är speciellt i flera hänseenden. Det rörde sig om ett i lag inte reglerat fall, vars motsvarighet inte heller varit föremål för ett auktoritativt domstolsavgörande. I TR hade avgörandet grundats på svensk rätt under förbiseende av lag-

⁶⁸ Pålsson, SvJT 1993, s. 621. Se även Jänterä-Jareborg, SvJT 1993, s. 335, särskilt not 23 där.

⁶⁹ Ett mer radikalt tolkningsalternativ, vilket i vissa fall är möjligt, är att en förutsättning för utländsk rätts tillämpning är att den begärs av en part.

valsfrågan; någon lagvalsöverenskommelse synes på detta stadium inte ha existerat. I HovR uppmärksammades lagvalsfrågan ex officio av domstolen och avgörandet grundades på utländsk rätt. Det är först i HD som båda parterna yrkade tillämpning av svensk rätt, vilket godtogs av domstolen.

Generellt sett kan det knappast anses önskvärt att parterna på ett så sent stadium får ändra förutsättningarna för rättegången genom att avtala om en annan lags tillämpning än vad som dittills varit styrande. I detta fall kan man dock påstå att HovR:s "rättsskapande" lagval inte var självklart, varför det fanns goda skäl för en omprövning i HD. Man skulle, kanske, till och med kunna hävda att det var HovR som överrumplade parterna genom att föra utländsk lags tillämpning på tal och sedan grunda domen på den. I ett sådant fall, när osäkerhet föreligger om den tillämpliga lagvalsregelns innehåll, är det väl motiverat att parterna får överenskomma om tillämpning av *svensk rätt*.

Restriktioner i fråga om tillämpning av utländsk rätt

Endast i ett publicerat avgörande i svensk rätt har parterna i processen avtalat om tillämpning av *utländsk rätt*, vilken överenskommelse också godtogs. Det rör sig om NJA 1992 s. 278, som kommenterats i 5.3.7. Målet synes vara väl ägnat för generaliseringar; underhållstvister kan nämligen inte anses inta någon i detta hänseende relevant särställning bland dispositiva mål. Följaktligen måste det finnas stark anknytning till den främmande stat, vars lag enligt parterna skall tillämpas. Vidare bör överenskommelsen om tillämplig lag ha ingåtts redan i första rättsinstans och utredning om den tillämpliga lagens innehåll på ett eller annat sätt ha framlagts där. Det måste vidare röra sig om en uttrycklig lagvalsöverenskommelse. En internationellt privaträttslig likställighetsprincip till trots kan man nämligen inte bortse från att utländsk rätt för svensk domstol är främmande rätt. Skall domstolen grunda avgörandet på utländsk rätt emedan parterna önskar det måste, rimligen, deras lagval vara klart från första början.

Det har framgått att processuella lagvalsöverenskommelser fick i svensk rätt stöd först på avtalsrättens område, där parts-autonomi var väletablerad. I samtliga fall rörde det sig om tillämpning av svensk rätt, en omständighet vars betydelse inte bör underskattas bl.a. av hänsyn till de stora *processekonomiska fördelar* som tillämpning av forumstatens lag innebär. Härtill kommer traditionen på förmögenhetsrättens område att grunda avgörandet på svensk rätt, när tillämpning av utländsk rätt inte yrkats av en part. Godtagandet av processuella lagvalsöverenskommelser gav viss legitimitet åt denna praxis, särskilt med hänsyn till svårigheterna att dra en klar gräns mellan fall där det rörde sig om ett konkludent lagvalsavtal och fall där parterna förbisett lagvalsfrågan.

Sådana här argument gäller av naturliga skäl inte när parternas under rättegången träffade överenskommelse avser tillämpning av utländsk rätt. I stället brukar utländsk lags tillämpning medföra dröjsmål och utredningssvårigheter rörande den tillämpliga lagens innehåll. Detta talar för restriktivitet vid bedömning av processuella avtal rörande utländsk rätts tillämpning.

5.4 Tillämpning av utländsk rätt endast på begäran av part?

5.4.1 Gränsdragningen mellan fall där det finns en konkludent processuell lagvalsöverenskommelse och fall där parterna förbisett lagvalsfrågan

HD:s motivering i *NJA* 1977 s. 92 rörande svensk lags tillämpning väckte frågan om HD i ett enligt svensk rättsuppfattning dispositivt mål inte var beredd att tillämpa utländsk rätt utan

begäran av en part.⁷⁰ Man har emellertid i doktrinen varit försiktig med att dra en sådan slutsats av målet. I stället har HD:s uttalande ansetts innebära att domstolen ansåg parterna har träffat en tyst (konkludent) överenskommelse om tillämpning av svensk rätt, vilken HD godtog. För denna tolkning har talat att det rörde sig om en tvist beträffande vilken partsautonomi råder i svensk rätt.

Från svensk rättspraxis kan dock lyftas fram flera mål, där domen grundats på svensk lag fastän partsautonomi inte varit etablerad på området och den tillämpliga lagvalsregeln – lagfästa eller praxisskapade – sannolikt skulle ha utpekat en utländsk lag som tillämplig. Ett exempel på familjerättens område är underhållsavgöranden baserade på svensk rätt, ehuru den underhållsberättigade hade sitt hemvist utomlands och utländsk lag därmed borde ha varit utslagsgivande.⁷¹ Ett annat exempel är tvister rörande ett utomlands upprättat testamenter giltighet i Sverige.⁷²

Det har varit svårt att förena dessa avgöranden med en doktrin som nyanslöst föreskrivit ex officio-tillämpning av utländsk rätt i alla typer av mål. Försök har gjorts att förklara tillämpningen av svensk rätt som en följd av parternas tysta överenskommelse. Denna förklaring har fått ökad tyngd genom HD:s senare praxis (ovan, avsnitt 5.3) att i dispositiva in-

⁷⁰ Se ovan, avsnitt 5.3.2.

⁷¹ Se *NJA* 1974 s. 7 rörande jämkning av i Sverige fastställt underhållsbidrag. Den utländska anknytningen var i detta fall uppenbar och låg i själva verket till grund för den underhållsskyldiges talan. Denne gjorde nämligen gällande att underhållet skulle jämkas till ett lägre belopp, eftersom barnet tillsammans med sin mor flyttat till Ungern där levnadskostnaderna var väsentligt lägre än i Sverige. Att lagvalsfrågan förbistogs i detta mål har ansetts vara svårtolkat. En tolkning är att parterna hade träffat en tyst överenskommelse om tillämpning av svensk lag, vilken godtogs av domstolarna. Det bör dock noteras att svaranden i TR invänt att enligt *ungersk lag* skall underhållsbidrag utgå med lägst 20 % av den underhållsskyldiges nettoinkomst. Att en sådan upplysning lämnades tyder snarast på att svaranden, åtminstone i detta skede av rättegången, ansett ungersk lag böra tillämpas i målet. En annan förklaring är att domstolen fäste avseende vid att samtliga parter var (naturaliserade) svenska medborgare och av den anledningen ansåg svensk lag böra tillämpas. Senare svensk rättspraxis ger dock tämligen otvetydigt vid handen att rätten till underhåll är att pröva enligt lagen i den stat där den underhållsberättigade har sitt hemvist. Se t.ex. *NJA* 1983 s. 573, *NJA* 1993 s. 420 och *NJA* 1986 s. 615. Se närmare angående 1974 års avgörande och olika tolkningsalternativ, Pålsson, Svensk rättspraxis, s. 160-161.

⁷² Se *NJA* 1967 s. 158.

ternationellt privaträttsliga mål godta processuella lagvalsöverenskommelser avseende tillämpning av svensk rätt, oavsett om lagfästa eller praxisskapade lagvalsregler föreskriver lagvalsfrihet eller inte. I flertalet fall, där HD uttalat sig om saken, har det visserligen varit fråga om uttryckliga processuella lagvalsavtal. Till saken hör emellertid att en konkludent, under rättegången träffad överenskommelse avseende tillämpning av svensk rätt sedan gammalt ansetts likvärdigt med ett uttryckligt processuellt lagvalsavtal. Även om således ex officio-lärans fasader fått en stöt, har de inte rasat. Man har fortfarande kunnat klänga sig fast vid bygget.

Vid tolkning av rättspraxis bör dock konstruktionen om en tyst överenskommelse för tillämpning av svensk rätt inte tänjas ut hur långt som helst. Det måste rimligen kunna krävas att det framgår av referatet att båda parterna varit klart inställda på svensk lags tillämpning. Detta krav kan knappast anses vara uppfyllt i alla de mål där avgöranden, trots utlandsanknytning, grundats på svensk lag.⁷³

En annan förklaring har därför börjat framstå som allt naturligare och dessutom mera rätlinjig. Denna går ut på att domstolarna i dispositiva mål inte är beredda att tillämpa utländsk rätt utan anmodan av en part. Underförstått är då att domstolarna finner tillämpningen av svensk rätt vara den naturliga lösningen, när parterna inte yrkar främmande lags användning.

Därmed faller vi tillbaka på en förklaring som tidigare framskymtat i doktrinen i anledning av *NJA* 1977 s. 92, men som då avvisades såsom stridande mot gällande rätt. Detta innebär dock inte att fel tolkning då kom att dominera utan att en viss rättsutveckling skett. Varje rättsordning är ju underkastad en ständig ändringsprocess. Övervägande skäl kan således idag anses tala för en tolkning som framstod som mer eller mindre oacceptabel för ett antal år sedan.

⁷³ Se t.ex. *NJA* 1974 s. 7. Se också *NJA* 1967 s. 158 rörande testamentes giltighet till formen, *NJA* 1984 s. 404 rörande agentur samt *NJA* 1986 s. 712 rörande skadestånd i ett utomobligatoriskt förhållande.

Nedan görs ett försök att utreda vilket stöd som den nyss lanserade uppfattningen kan anses få i senare rättspraxis. Framställningen inleds med en redogörelse för några avgöranden från arbetsdomstolen rörande enskilda anställningsavtal. Alla dessa avgöranden har grundats på svensk lag, fastän även utländsk lags tillämpning hade kunnat komma i fråga på grund av anknytningen till utlandet. Arbetsdomstolen har de senaste årtiondena avgjort ett större antal internationellt privaträttsliga mål.⁷⁴ Dess praxis utgör ett värdefullt tillskott till det i svensk rätt relativt magra internationellt förmögenhetsrättsliga rättsfallsmaterialet.

5.4.2 Arbetsdomstolens praxis

Arbetsrätten utgör inte något från den övriga internationella privaträtten avskilt område, utom på så sätt att tvisterna ofta har offentligrättsliga inslag och i stor utsträckning prövas vid arbetsdomstolen i stället för vid allmän domstol. Arbetsdomstolens praxis i internationellt privaträttsliga tvister är av intresse inte minst därför att den är rikligare än förmögenhetsrättslig praxis från HD. En icke ovanlig åsikt torde dock vara att man inte, när det gäller utlandsanknutna mål, kan ställa samma krav på arbetsdomstolen som på de allmänna domstolarna.⁷⁵

Liksom vad gäller stora delar av förmögenhetsrätten, saknas det på detta område skrivna regler om lagval.⁷⁶ Generellt sett kan arbetsdomstolens prövning av lagvalsfrågan knappast sägas ha skilt sig alltför mycket från de allmänna domstolarnas även om några avvikande inslag också förekommit.⁷⁷ Den internationellt privaträttsliga doktrinen inflytande på arbets-

⁷⁴ De internationellt privaträttsliga rättsfallsöversikterna i SvJT inkluderar numera även relevanta avgöranden av arbetsdomstolen.

⁷⁵ Se t.ex. Pålsson, SvJT 1987, s. 346, i anledning av AD 1981 nr 24.

⁷⁶ Romkonventionens förestående ikraftträdande i Sverige kommer att innebära en ändring på båda områdena.

⁷⁷ I AD 1992 nr 10 ansluter sig AD:s prövning direkt till HD:s i NJA 1987 s. 885. De avvikande inslagen har stundom uppfattats som tecken på osäkerhet hos AD. Se Pålsson, SvJT 1987, s. 344-345 rörande AD 1982 nr 82 och AD 1977 nr 9.

domstolens praxis är också tydligt. Således har domstolen i flera mål i avsaknad av en lagfäst eller praxisskapad regel grundat lagvalet på en sorts individualiserande metod⁷⁸ som enligt uttalanden i doktrinen skulle gälla när parterna inte avtalat om tillämplig lag och det inte heller finns tillgång till en fast lagvalsregel. Också partsviljan har tillmätts betydelse.⁷⁹

I flera mål har arbetsdomstolen uttryckligen motiverat sitt lagval.⁸⁰ I senaste praxis finns dock också ett par mål som synes direkt ha grundats på svensk rätt utan någon som helst motivering. Frågan inställer sig om det rör sig om en medveten attitydändring av innebörd att arbetsdomstolen numera tillämpar utländsk rätt endast på uttrycklig begäran av en part. Eller förblir stödet för sådana antaganden ändock så pass magert att domstolen inte kan sägas ha frångått sin tidigare praxis, åtminstone inte på något entydigt sätt? Framställningen nedan avser arbetsdomstolens senaste praxis där problematiken aktualiserats.

AD 1988 nr 143

Efter en månads spel vid en svensk basketklubb fick en jugoslavisk spelare, som anställdts genom ett muntligt avtal, beskedet att han skulle åka tillbaka till Jugoslavien. Tvisten gällde huruvida anställningsavtalet avsåg en provanställning på en månad eller en anställning under ett år.

Tvisten synes utan vidare ha grundats på svensk lag i både TR, som prövade målet som första instans, och i arbetsdomstolen. Detta kan i och för sig betraktas som invändningsfritt, eftersom enligt svensk internationell privaträtt ett anställningsavtal normalt anses böra prövas enligt lagen i den stat där arbetet utförs.⁸¹ Med tanke på den anställdes starka an-

⁷⁸ Se t.ex. AD 1977 nr 9, AD 1982 nr 82, AD 1989 nr 120 samt AD 1991 nr 71. Enligt Pålsson, SvJT 1987, s. 344-345 grundades lagvalet i de två först nämnda fallen på "en extremt långt driven individualiserande metod".

⁷⁹ I AD 1989 nr 120 kan vid lagvalet en implicit partsvilja sägas ha beaktats vid sidan av andra omständigheter. Se Pålsson, SvJT 1992, s. 492. Se också AD 1993 nr 40.

⁸⁰ Se t.ex. AD 1977 nr 9, AD 1982 nr 82, AD 1989 nr 120 samt AD 1991 nr 71.

⁸¹ Se Pålsson, SvJT 1992, s. 491 och Bogdan, Svensk IP, s. 243-244.

knytning till ett annat land genom hemvist och medborgarskap är det dock anmärkningsvärt, att lagvalsfrågan inte alls berördes i domen.

Fyra förklaringar är tänkbara. Av yrkandena i målet framgår att båda parterna grundat sin talan på svensk rätt, vilket i de allmänna domstolarnas praxis ansetts innebära att parterna *konkludent* avtalat om tillämpning av svensk rätt. Sådana i rättegången ingångna avtal har godtagits, när fråga varit om dispositiva tvistemål.⁸²

Den första förklaringen går således ut på att svensk lag tillämpades på grund av parternas avtal om saken. En annan förklaring är att lagen (1982:80) om anställningsskydd, som avgörandet grundades på, ansågs som *social skyddslagstiftning* vara omedelbart tillämplig ("internationellt tvingande") eftersom det var fråga om anställning i Sverige. Med hänsyn till denna lagstiftnings tillämplighet på grund av tvistens art bortföll alltså den internationellt privaträttsliga lagvalsfrågan.⁸³

En tredje förklaring är att svensk lag tillämpades därför att ingen av parterna hade yrkat tillämpning av utländsk rätt. Denna förklaring är inte beroende av förekomsten av en processuell lagvalsöverenskommelse avseende tillämpning av svensk rätt.

Den fjärde förklaringen går ut på att svensk lags tillämpning följde av målets starka anknytning till Sverige. Man har m.a.o. beaktat lagvalsreglerna på området, som befunnits hänvisa till svensk rätt, men ansett det onödigt att nämna detta i domen.⁸⁴

AD 1988 nr 177

Denna tvist mellan Torneå stad i Finland och en f.d. arbetstägare inom det finska folkskoleväsendet gällde den senares

⁸² Se ovan, avsnitt 5.3.

⁸³ I 1973 års proposition till lagen om anställningsskydd konstaterades att "lagens karaktär av social skyddslagstiftning torde medföra att i princip allt arbete som utföres i landet blir underkastat lagen"! Prop. 1973:129, s. 229. Om *internationellt tvingande svenska regler*, se Jänterä-Jareborg, SvJT 1995, s. 376-378.

⁸⁴ På samma sätt kan även NJA 1984 s. 404 rörande agentur i Sverige tolkas. Se Pålsson, SvJT 1987, s. 343-344. Se även AD 1995 nr 113.

skyldighet att återbetala under tjänstledighet uppburen lön. Talan hade grundats på att den f.d. arbetstagaren, i strid mot en med arbetsgivaren ingången förbindelse, inte efter tjänstledigheten hade tjänstgjort inom den finska folkskolan.

Det rörde sig således om en tvist som uteslutande var knuten till Finland och den finska arbetsmarknaden. De omständigheter som vardera parten åberopade till stöd för sin talan hade helt och hållet finsk anknytning. Den enda anknytningen till Sverige var att arbetstagaren, flera år efter den tidpunkt som tvisten avsåg, flyttat till Sverige. Målet kom således till svensk domstols prövning på grund av svarandens hemvist här.

Mot denna bakgrund är det häpnadsväckande att målet utan någon som helst motivering prövades enligt svensk rätt. Denna utgång i lagvalsfrågan strider mot den i svensk rätt väl-etablerade regeln att ett anställningsavtal normalt bör prövas enligt lagen i den stat där arbetet utförs.⁸⁵ Man skulle vidare kunna hävda att en tillämpning av 17 kap. 3 § 2 p. RB borde ha medfört finsk rätts användning, eftersom alla de av parterna åberopade omständigheterna hade med Finland att göra.⁸⁶

Ingendera parten yrkade uttryckligen tillämpning av finsk rätt i målet. Man kan emellertid fråga sig om inte de ändock konkludent gjorde det genom att de endast kunde åberopa omständigheter som hade med Finland att göra och vilkas rättsliga bedömning var beroende av vad som gällde på den finska arbetsmarknaden. I ett fall som detta verkar det något långsökt att påstå att parterna förde sin talan med utgångspunkt från svensk rätts tillämplighet.

⁸⁵ Se AD 1988 nr 143 och kommentaren ovan.

⁸⁶ Det har varit omtvistat huruvida en åberopsbörda enligt 17:3 2 p. RB kan anses gälla i internationellt privaträttsliga mål. Men förutsatt att så är fallet, torde resultatet i detta fall ha blivit tillämpning av finsk lag. Såsom Bogdan skriver: "De omständigheter som av part åberopats torde å andra sidan kunna användas för att bestämma tillämplig lag även när de åberopats för ett annat ändamål, måhända utan att den part som åberopat dem varit medveten om deras internationellt-privaträttsliga relevans." Bogdan, Svensk IP, s. 41. Se också framställningen nedan i avsnitt 5.5 rörande åberopsbördan enligt 17:3 RB i internationellt privaträttsliga mål.

Enligt Pålsson kan tillämpningen av svensk rätt i målet inte förklaras på annat sätt än att ingen av parterna hade yrkat tillämpning av finsk rätt; i vart fall ansåg arbetsdomstolen sig tydligen inte böra resa lagvalsfrågan ex officio.⁸⁷

Härutöver kan två förklaringar betraktas som möjliga. *Den ena* går ut på att käranden, som var ett offentlighetsrättsligt subjekt från ett annat land, ansågs ha ställt ett offentlighetsrättsligt anspråk. Enligt i svensk internationell privaträtt traditionellt gällande uppfattning kan talan inte prövas enligt utländsk offentlighetsrättslig lag.⁸⁸ Mot denna tolkning talar emellertid att talan togs upp till prövning i Sverige: hade den uppfattats som avseende ett offentlighetsrättsligt anspråk hade den rimligtvis ansetts böra avvisas.⁸⁹ *Den andra* går ut på att arbetsdomstolens dom inte hade grundats på en viss svensk författning eller ett visst svenskt lagstadgande, utan snarast på en allmän bedömning av vad som kunde anses vara skäligt i en tvist av detta slag. Det kan inte uteslutas att denna bedömning hade fallit lika även om domen grundats på finsk rätt. Domstolen fann kanske därför lagvalsfrågan sakna betydelse.

AD 1991 nr 71

Ett anställningsavtal avseende arbete som barnflicka utomlands hade ingåtts mellan två svenska medborgare. Arbetsgivaren var anställd hos Utrikesdepartementet och stationerad i sin tjänst i Seoul, Sydkorea, medan arbetstagaren var bosatt i Sverige där hon också ingick avtalet. Innan arbetstagaren hann tillträda sin anställning blev hon uppsagd av arbetsgivaren.

Den anställdes talan om skadestånd på grund av uppsägningen prövades av TR och arbetsdomstolen i enlighet med

⁸⁷ Se Pålsson, SvJT 1992, s. 477 och s. 491. Pålsson synes också ge den omständigheten betydelse att ingendera part förebragt utredning om finsk lag. – Pålsson har tidigare, i anledning av arbetsdomstolens dom i *AD 1981 nr 24* rest spörsmålet i vad mån det kan krävas att arbetsdomstolen ex officio skaffar sig kännedom om och tillämpar utländsk rätt.

⁸⁸ Som förklaring brukar anges att utländsk rätt tillämpas endast i domstolslandets eget intresse och att sådant intresse saknas i fråga om utländska offentlighetsrättsliga anspråk. Se närmare, Bogdan, Svensk IP, s. 79-81.

⁸⁹ Se Bogdan, Svensk IP, s. 80-81.

svensk rätt. Båda domstolarna motiverade sitt lagval med hänvisning till omständigheterna i målet, d.v.s. i första hand parternas starka anknytning till Sverige och fann att talan skulle prövas enligt lagen (1970:943) om arbetstid m.m. i husligt arbete.

I det här fallet måste lagvalet från internationellt privaträttslig synpunkt betraktas som invändningsfritt. Även om det finns en stark presumtion för tillämpning av lagen i det land där arbetet utförs, fanns i detta fall anledning att frångå den regeln bl.a. av det skälet att den avsedda anställningen utomlands inte kunde tillträdas. Däremot kan avgörandet med hänsyn till hur det motiverades inte tolkas på så sätt att lagen om arbetstid m.m. i husligt arbete som social skyddslagstiftning alltid skall tillämpas när det finns stark svensk anknytning.⁹⁰

Av intresse för denna studie är att avgörandet inte utan vidare grundades på svensk rätt fastän båda parterna synes ha grundat sin talan på den, utan båda domstolarna motiverade uttryckligen svensk lags tillämplighet i målet.

AD 1993 nr 40

Tvisten gällde huruvida arbetstagaren, (förmodligen) en svensk medborgare som anställts som direktör för ett finskt företag med verksamhet världen över, brutit mot den konkurrensklausul som ingick i hans avgångsavtal. Fråga var också om arbetstagarens åtagande enligt klausulen sträckte sig längre än vad som kunde anses skäligt enligt 38 § avtalslagen och om det fanns skäl att med stöd av 36 § avtalslagen jämka klausulen. Arbetstagaren hade varit stationerad i London men med ansvar för företagets verksamhet i flera länder i skilda delar av världen.

I TR gjorde arbetsgivaren som kärande gällande att den f.d. arbetstagaren brutit mot konkurrensklausulen och krävde återbetalning av avgångsvederlag. Käromålet synes helt ha

⁹⁰ Se kommentaren ovan rörande *AD 1988 nr 143*, särskilt det andra tolkningsalternativet där.

grundats på avtalstexten utan att lagvalsfrågan fördes på tal. Arbetstagaren, som i första hand bestred kontraktsbrott,⁹¹ åberopade i andra hand tillämpning av 38 § avtalslagen och i tredje hand jämkning enligt 36 § avtalslagen. Svensk lags tillämplighet i tvisten synes tyst ha godtagits av arbetsgivaren, som enligt vad som framgår av TR:s dom, t.o.m. haft synpunkter på avtalslagens tolkning i målet. Man torde således kunna säga att svensk lags tillämpning i detta mål i både TR och arbetsdomstolen grundade sig på parternas under rättegången träffade konkludenta avtal om saken.

AD 1995 nr 113

Käranden, som av allt att döma var finsk medborgare med hemvist i Finland, yrkade skadestånd på grund av uppsägning utan saklig grund. Käranden hade varit anställd som coach för en basketbollförening i Uppsala men hade avskedats efter knappt ett halvt år.

Den internationellt privaträttsliga lagvalsfrågan nämns överhuvudtaget inte. Bägge sidorna hade grundat sin talan på anställningsskyddslagen. Också arbetsdomstolen konstaterade i sin dom att det är ostridigt i målet att anställningsskyddslagen är tillämplig på avtalsförhållandet mellan parterna. Vad som har anförts ovan angående lagvalet i *AD 1988 nr 143* passar i allt väsentligt beträffande detta mål.

Slutsatser

Inledningsvis ställdes frågan om arbetsdomstolen numera är beredd att tillämpa utländsk rätt endast på begäran av part. Avgörandena i *AD 1988 nr 143*, *AD 1988 nr 177* samt *AD 1995 nr 113* skulle möjligen kunna tolkas på detta sätt. I dessa mål

⁹¹ Man skulle kanske kunna hävda att enligt parterna fråga i första hand var om avtalstolkning som kunde genomföras utan att lagvalsfrågan behövde beaktas. Av referatet framgår att arbetstagaren, innan han undertecknade avgångsavtalet, konsulterade både en engelsk och en svensk jurist om klausulens innebörd och då fått intrycket att den inte kunde göras gällande mot honom. Det är inte sällsynt att parterna föreställer sig kunna reglera frågor uttömmande i sitt avtal utan att en viss stats lag anses behöva utpekas som tillämplig.

kan dock även andra omständigheter anges som förklaring till svensk rätts tillämpning. I *AD 1991 nr 71* gjorde arbetsdomstolen bruk av en sorts individualiserande metod vid lagvalet. Den starka svenska anknytningen angavs motivera svensk lags tillämpning i målet. Detta avgörande kan således inte åberopas till stöd för en *lex fori*-trend av innebörd att lagvalsfrågan måste föras på tal av en part för att förhindra tillämpning av svensk rätt. Svensk lags tillämpning i *AD 1993 nr 40* synes i sin tur kunna förklaras såsom förenlig med parternas processföring, som här bedömts innebära en tyst överenskommelse under rättegången om saken. Sammantagna ger de här kommenterade fem avgörandena en något motstridig bild av rättsläget. Den uppställda tesen kan inte anses ha blivit bekräftad.

5.4.3 Allmänna domstolars praxis⁹²

NJA 1986 s. 712

Ett svenskt företag hade levererat en hamnkran till en hamn i Danmark. Kranen välte under arbete i hamnen och skadades. Tvisten gällde tillverkarens – en underleverantör till det svenska företaget – skyldighet att ersätta den danska hamnen för den uppkomna skadan.

Lagvalsfrågan fördes inte på tal av parterna och målet avgjordes i samtliga rättsinstanser i enlighet med svensk rätt. Visserligen fanns det stark svensk anknytning på så sätt att tillverkaren (i likhet med kransäljaren) var ett svenskt företag. Men å andra sidan stod parterna i målet inte i ett kontraktsrättsligt förhållande till varandra, vilket kunde ha talat för tillämpning av dansk rätt som *lex loci delicti*, d.v.s. lagen på den ort där den skadevållande handlingen företogs, alternativt skadan inträffade. Eftersom lagvalsfrågan inte alls diskuteras i de olika rättsinstansernas domsmotiveringar, bidrar avgörandet

⁹² Angående arvsskattepraxis, se Jänterä-Jareborg, *Partsautonomi*, s. 349-350.

inte på något sätt till den internationella privaträttens utveckling i Sverige.⁹³

NJA 1993 s. 341

Twisten gällde huruvida en av den avlidna (på danska) skri-ven, men av henne inte undertecknad handling rörande sin kvarlåtenskap kunde anses giltig såsom nödtestamente. Hand-lingen, som bestod av ett anteckningsblock innehållande testa-mentariska föreskrifter under rubriken "Mine ønsker" och tre brev, var upprättad dagen före dödsfallet. I denna förordnade den avlidna till förmån för sin mor och vissa andra henne när-stående personer.

Målets internationella anknytningsmoment var från första början uppenbara, framför allt på så sätt att den avlidna, som var svensk medborgare, de senaste fyra åren hade varit sta-digvarande bosatt i England där också handlingen hade upp-rättats. Twisten bedömdes dock i alla rättsinstanser med ut-gångspunkt i svensk lags tillämplighet.⁹⁴

Käranden (den avlidnas i Danmark bosatta mor) yrkade vid domstolen att handlingen skulle fastställas som avseende ett sådant förordnande om kvarlåtenskapen som avses i 10 kap. 3 § ÄB (holografiskt testamente). Den efterlevande maken och den avlidnas barn bestred yrkandet.

Twistens utgång var beroende av huruvida handlingen kun-de anses uppfylla de formkrav som ställs för ett nödtestamen-te. Vid sin bedömning av målet var HD:s ledamöter inte eniga om hur formföreskrifterna i ÄB skulle tolkas i ett fall som det

⁹³ Målet kommenteras kortfattat av Pålsson i SvJT 1992, s. 492-493. – Man skulle kan-ske kunna applicera principerna i Romkonventionen om tillämplig lag för avtalsför-pliktelser även på utomkontraktuella förhållanden. Eftersom den karakteristiska pres-tationens lag enligt konventionen i princip är styrande vid avsaknad av lagval från parternas sida, skulle det medföra tillämpning av svensk lag. Det var emellertid först i *NJA* 1990 s. 734 som HD öppet hänvisade till lagvalsreglerna i Romkonventionen, i en tvist rörande tillämplig lag för försäkringsgivarens regressanspråk.

⁹⁴ Detsamma gäller *NJA* 1967 s. 158, där testamente hade upprättats i Danmark, när testatorn låg på sjukhus efter plötsligt insjuknande under semesterresa i landet. Också i det fallet var det tveksamt huruvida handlingen uppfyllde formkraven enligt svensk rätt för ett giltigt testamente. I det målet synes regeln i 1 kap. 4 § IDL ha lämnats obe-aktad av domstolarna. Kritiskt Pålsson, Svensk rättspraxis, s. 193-194.

nu aktuella. Med hänsyn till den föreliggande osäkerheten rörande den svenska rättens innehåll, vilket illustrerades av att de i målet inhämtade sakkunnigutlåtandena pekade åt olika håll, var således målets utgång enligt svensk lag inte given. Därför, kan man tycka, borde det ha legat i kärandens intresse att i enlighet med 1 kap. 4 § IDL alternativt påyrka tillämpning av engelsk rätt, ifall domstolen skulle finna att formkraven enligt svensk rätt inte var uppfyllda.

Bestämmelsen i 1 kap. 4 § IDL, som införlivar 1961 års Haagkonvention om lagkonflikter i fråga om formen för testamentariska förordnanden med svensk rätt, har nämligen till syfte att i största möjliga utsträckning, genom alternativa lagvalsgrunder, säkra ett testamentes giltighet till formen. Ett testamente skall anses giltigt till formen om det uppfyller vad som i det hänseendet föreskrivs i lagen på den ort där testamentet upprättades eller den ort där testator vid upprättandet eller vid sin död hade hemvist eller lagen i den stat där testator vid upprättandet eller vid sin död var medborgare. Hade detta stadgande tillämpats hade talan kunnat bifallas, förutsatt att handlingen kunde betraktas som ett till formen giltigt testamente enligt engelsk *eller* enligt svensk rätt.

Av målets vid HD bevarade akter, till vilka jag haft tillgång, framgår att käranden varit väl medveten om möjligheterna till tillämpning av engelsk rätt, men valt att grunda sin talan på svensk rätts tillämplighet. Detta val torde kunna förklaras som ett resultat av preliminära undersökningar rörande innehållet i engelsk rätt; således skulle enligt skriftlig uppgift från en av svarandesidan konsulterad engelsk advokat handlingen inte godtas som testamente enligt engelsk rätt. Enligt ett av käranden åberopade utlåtande av f.d. justitierådet Walin, uppfyllde emellertid handlingen de formella krav som i *svensk rätt* ställs beträffande s.k. nödtestamente.

Av referatet att döma var HD den första domstol som i målet tog ställning till tillämpligheten av 1 kap. 4 § IDL. Efter att ha återgivit denna lagvalsregels innehåll påpekade HD, att det i målet inte hade gjorts gällande att den ifrågavarande handlingen skulle godtas som testamente enligt engelsk rätt.

”Frågan huruvida det föreligger ett giltigt nödtestamente skall därmed, såsom också skett i domstolarna, bedömas enligt svensk lag”, konstaterade HD. Utgången blev att käromålet ogillades, eftersom enligt majoritetens (3-2) uppfattning uppfyllde handlingen inte de formkrav som ställs i svensk rätt.

Iögonenfallande är att HD i detta fall använder en annan motivering än vad den gjort bruk av i en serie tidigare avgöranden.⁹⁵ Utan att gömma sig bakom ett lika svårtolkat uttalande som i *NJA* 1977 s. 92 eller hänvisa till en överenskomelse mellan parterna om svensk lags tillämpning, konstaterar HD nu rakt och tydligt att målet skall prövas enligt svensk rätt, eftersom tillämpning av utländsk rätt inte yrkats av en part. Det är frestande att se detta uttalande som den länge förutsedda, definitiva dödsstöten mot läran om ex officio-tillämpning av utländsk rätt i dispositiva tvistemål.⁹⁶

HD gjorde med andra ord klart att det är den intresserade partens sak att åberopa utländsk rätt till stöd för sin talan. Saknas sådant yrkande, tillämpas svensk rätt. Intressant nog kom HD att göra detta viktiga ställningstagande i ett mål där den tillämpliga lagvalsregeln grundade sig på en av Sverige ratificerad internationell konvention. Det är en vanlig uppfattning utomlands att konventionsgrundade lagvalsregler måste beaktas ex officio och tillämpas av domstolen på grund av den folkrättsliga förpliktelse som staten åtagit sig genom tillträde till konventionen.⁹⁷ Avgörandet kan åtminstone indi-

⁹⁵ Se ovan, avsnitt 5.3.

⁹⁶ Uttalandet har en del likheter med den danska högsta domstolens motivering av dansk rätts tillämpning i *UfR* 1918. 212 (*H*), i ett mål rörande ett i Chile fött barns rätt till arv (som barn i äktenskap) efter moderns äktaman. Domstolen konstaterade att ”der ikke bliver spørgsmål om anvendelse af fremmed ret, allerede fordi ingen af parterne har nedlagt påstand herom”. Av röstprotokollet framgår att domstolen uttryckligen ville ta ställning i frågan. Den efterföljande danska doktrinen ville dock ta avstånd från detta ställningstagande, vilket förklarar varför frågan fortsatte att vara livligt debatterad. Se Philip, *Dansk IP*, s. 54-55.

⁹⁷ Se t.ex. Schnyder, s. 30, angående schweizisk IP. ”Wer kollisionsrechtlichen Abkommen beitrifft, übernimmt auch die Verpflichtung, diese Normen in Fällen mit Auslandsberührung anzuwenden, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob die Parteien dies wollen oder nicht. Der kleine Schritt, den solche Abkommen in Richtung Rechtsvereinheitlichung und Entscheidungsharmonie tun, rechtfertigt es, Parteiinteressen hintanzusetzen.” Sturm, *FS Zweigert*, s. 342.

rekt anses bekräfta uppfattningen att man i svensk rätt inte gör skillnad mellan konventionsgrundade lagvalsregler och autonoma svenska lagvalsregler.⁹⁸

Såsom det refererats framstår avgörandet som en milstolpe i den svenska internationella privaträttens utveckling. HD:s uttalande synes ge vid handen att det hädanefter krävs en tydlig begäran av en part för att främmande lag skall tillämpas. Svensk lags tillämpning behöver inte längre motiveras som en följd av en konkludent, under rättegången träffad överenskommelse. Fördelen med detta är att man slipper den glidande gränsen mellan faktiska konkludenta lagvalsöverenskommelser och blott presumerade sådana.⁹⁹

HD:s uttalande hade vunnit i klarhet om det formulerats mer generellt med tanke på framtida mål, som den regel som gäller i alla enligt svensk rättsuppfattning dispositiva mål. Målet kommer att kommenteras ytterligare nedan i avsnitt 5.5.4 rörande åberopsbördan i dispositiva mål.

Andra mål

Det finns ytterligare ett antal internationellt privaträttsliga mål med stark svensk anknytning, som utan att lagvalsfrågan berörs i domsmotiveringen prövats enligt svensk rätt. Kännetecknande för dessa mål är att den objektiva anknytningen till Sverige varit av sådan karaktär att målet ändock, om lagvalsfrågan förts på tal utan att parterna överenskommit om det, med stor sannolikhet hade bedömts enligt svensk rätt. *NJA*

⁹⁸ Se ovan, avsnitt 4.4.2 och nedan, avsnitt 5.6.4.

⁹⁹ Se ovan, avsnitt 5.2.1. Det har kommit till min kännedom att parterna i tingsrätten varit överens om svensk rätts tillämpning i målet. Denna uppgift har dock inte medtagits i referatet och framgår inte heller av de hos HD bevarade akterna. Under alla omständigheter synes man här kunna finna en godtagbar förklaring till underrätternas hantering av lagvalsfrågan. För HD synes lagvalsöverenskommelsen dock inte ha haft någon betydelse. Måhända kan detta bero på att svaranden i HD plötsligt hänvisade till 1961 års Haagkonvention och lade fram viss utredning om innehållet i både engelsk och dansk rätt. HD kan ha tolkat detta som om svarandesidan ville backa ur den tidigare lagvalsöverenskommelsen. Inget av detta framgår dock av det publicerade referatet i *NJA* 1993 s. 341 varför det enligt min mening inte kan tillmätas betydelse vid tolkning av avgörandet.

1984 s. 404 rörande tvist om agentur i Sverige är ett typiskt exempel.¹⁰⁰

I detta sammanhang, där fråga är om förutsättningarna för *utländsk lags* tillämpning, är dessa mål tämligen ointressanta. De ger dock anledning att notera att svensk lags tillämpning i dessa svenskdominerande mål inte ansetts kräva någon motivering, när saken inte varit tvistig mellan parterna. Att av dessa avgöranden dra den slutsatsen att domstolen i dispositiva mål inte ansett sig skyldig att ex officio tillämpa lagvalsreglerna låter sig kanske inte göras av det skälet att utgången – tillämpning av svensk lag – stämmer överens med vad som (förmodligen) skulle ha följt av de svenska lagvalsreglerna. Det är nog snarare fråga om underlåtenhet att ange alla de regler som domen grundats på.

I sammanhanget bör vidare beaktas att det även finns fall där en domstol ex officio synes ha tagit upp lagvalsfrågan och sedan funnit svensk lag vara tillämplig. Som exempel kan anges HD:s avgörande i *NJA* 1983 s. 573 om underhåll till ett i Sverige bosatt barn.¹⁰¹ Talan fördes i detta fall mot en utomlands bosatt förälder som i likhet med barnet var utländsk medborgare.

Sammanfattningsvis kan följande sägas. Det går inte att motivera det förhållandet att lagvalsfrågan tas upp i domen i det ena men inte i det andra fallet med graden av osäkerhet rörande valet av tillämplig lag. Lagvalsfrågorna är nämligen generellt sett så pass bristfälligt reglerade i svensk internationellt privaträttslig lagstiftning att det kan hävdas att domstolen alltid bör motivera sitt val av tillämplig lag.¹⁰²

¹⁰⁰ Målet kommenteras av Pålsson i SvJT 1987, s. 343-344. Från arbetsdomstolens praxis kan AD 1988 nr 143 kanske föras in i denna kategori av mål. Se ovan 5.4.2.

¹⁰¹ Se Pålsson, Svensk rättspraxis, s. 152.

¹⁰² Se även Eek, Lagkonflikter I, s. 136.

5.5 Finns det en "åberopsbörda" i internationellt privaträttsliga mål?

5.5.1 Innebörden av 17 kap. 3 § 2 p. RB

I sammanhanget återstår att ta ställning till om det i internationellt privaträttsliga mål finns en "åberopsbörda" i enlighet med 17 kap. 3 § 2 p. RB. Enligt detta lagrum får dom i dispositiva mål inte grundas på omständighet, som inte har åberopats av part som grund för hans talan.

Idén om det nämnda lagrummets tillämplighet i internationellt privaträttsliga mål är relativt senkommen och synes även hos oss ursprungligen ha lanserats i syfte att mjuka upp principen om domstolens skyldighet att ex officio tillämpa utländsk rätt.¹⁰³ I internationellt privaträttsliga mål skulle innebörden vara att lagvalsreglernas och av dem anvisad utländsk rätts tillämplighet förutsätter att en part åberopat en sådan omständighet till grund för sin talan som direkt aktualiserar denna tillämpning.

Termen "åberopa" i 17 kap. 3 § 2 p. RB har en särskild juridiskt-teknisk innebörd som skall skiljas från det vidare begreppet "införa", vilket förutom åberopanden täcker även åtskillig

¹⁰³ Den svenska diskussionen härvid förefaller ha inspirerats av den danska internationellt privaträttsliga doktrinen. I en uppsats år 1960 gjorde Philip gällande att i internationellt privaträttsliga mål borde utländsk rätt tillämpas endast om en part påyrkat det eller åtminstone åberopat omständigheter, som aktualiserar ett lagval. Philip lanserade ursprungligen sin teori i syfte att förena den danska doktrinen, som förespråkade ex officio-tillämpning av utländsk rätt i alla typer av mål, med rättspraxis där utländsk rätt huvudsakligen beaktades endast på begäran av part. Som utgångspunkt tog Philip regeln i 293 § 2 st. retsplejeloven (numera 338 §), som nära motsvarar 17 kap. 3 § RB: "Retten kan ikke tilkende en part mere, end han har påstået, og kan kun tage hensyn til anbringender, som parten har gjort gældende, eller som ikke kan frafaldes." Se Philip, UfR 1960 B, s. 149 ff., särskilt s. 159 ff. Se också Jänterä-Jareborg, Partsautonomi, s. 342 not 253 och s. 346. Jfr Gomard, s. 301: "Et krav om, at de kendsgerninger, der begrundet anvendelsen af fremmed ret, skal være påberåbt som et særligt anbringende, der har betydning for valg af retssystem, kan ikke stilles. Påberåbes, at et skib førte fremmed flag, må retten anvende den rette fremmede ret, selv om den f.eks. måtte finde, at ikke flaget, men havnen er det afgørende tilknytningsmoment."

annan processuell verksamhet.¹⁰⁴ Boman definierar *åberopandet* som ett slags yrkande om att domstolen måtte uppta det åberopade i domsgrunden som stöd för sitt beslut.¹⁰⁵ Endast en part kan framställa ett åberopande i den betydelse som avses i lagrummet.¹⁰⁶ Ett åberopande kan vidare avse endast rättsfakta, medan ett *införande* täcker även andra fakta. Ett faktum införs i målet t.ex. genom att det omnämnts av något processsubjekt eller i någon till domstolen inlämnad skriftlig handling eller iakttas av domstolen.¹⁰⁷ Skillnaden mellan åberopade och införda omständigheter understryks av att i dispositiva mål kan domstolen inte döma över en omständighet som *införts* i målet (eller som eljest är domstolen bekant) om den inte har *åberopats* av part.¹⁰⁸

Den nu aktuella bestämmelsen i RB har formulerats så att den är av relevans för både domstolens och parternas handlande. För *domstolens del* bestämmer den vilka rättsfakta som domen får grundas på. För *en part* innebär lagrummet en erinran om att han eller hon måste vara på ett visst sätt verksam i processen. Om en omständighet inte har åberopats får domstolen inte döma däröver ens i det fallet att den införts eller eljest är för domstolen känd. En part, i sin tur, kan gå miste om ett kanske väsentligt stöd för sin talan och därmed förlora tvisten genom att inte åberopa ett för honom eller henne fördelaktigt rättsfaktum.¹⁰⁹

I syfte att understryka det ansvar som i detta hänseende åligger en part har Boman lanserat termen "*åberopsbörda*". Att en part har åberopsbördan för en viss omständighet betyder enligt Boman att denna part har att bära nackdelen av att omständigheten inte åberopats i målet och således inte ingår i processmaterialet såsom rättsfaktum.¹¹⁰ Part skall med andra

¹⁰⁴ Boman, s. 11-12.

¹⁰⁵ Boman, s. 13.

¹⁰⁶ Boman, s. 11.

¹⁰⁷ Boman, s. 12.

¹⁰⁸ Boman, s. 7 och s. 13.

¹⁰⁹ Boman, s. 7. Se Ekelöf, TfR 1966, s. 650.

¹¹⁰ Boman, s. 8. Se också Rättegångsbalken I, 17:10.

ord aktivt göra gällande för hans eller hennes sak fördelaktiga omständigheter. I allmänhet åligger åberopsbördan och bevisbördan för ett visst rättsfaktum samma part. Kravet på åberopande av rättsfakta motiveras av motpartens intresse att få kännedom om varemot han har att rikta sin motargumentation och motbevisning.¹¹¹

När nu åberopanden spelar en så avgörande roll för målets utgång är det naturligtvis viktigt att otydligheter och ofullständigheter i parternas framställningar undanröjs på ett tidigt stadium. Enligt 42 kap. 8 § 2 st. RB skall rätten, allt efter målets beskaffenhet, *vid förberedelsen* verka för att tvistefrågorna blir klarlagda och att parterna anger allt som de vill åberopa i målet. Rätten skall genom frågor eller erinringar försöka avhjälpa otydligheter och ofullständigheter i parternas framställningar. En liknande bestämmelse avseende *huvudförhandlingen* ingår i 43 kap. 4 § 2 st RB: "Rätten skall också se till att målet blir utrett efter vad dess beskaffenhet kräver och att inget onödigt dras in i målet. Genom frågor och påpekanden skall rätten försöka avhjälpa otydligheter och ofullständigheter i de uttalanden som görs."

Enligt Boman torde det sällan i en välskött process inträffa att man är osäker huruvida klara och tydliga rättsfakta av dominerande betydelse åberopats eller inte. Men om tvekan skulle föreligga "bör rättens ordförande göra bruk av sin materiella processledning och fråga parten, huruvida denne avsett att åberopa omständigheten som rättsfaktum".¹¹² Domaren måste ha visshet härom redan under förhandlingen, eftersom motparten måste beredas tillfälle att bemöta åberopandet. Fastän klarhet borde vinnas redan under förberedelsen händer det emellertid lätt, för att citera Boman, "att domaren låter ut-sagan glida förbi utan precisering, eller att han först vid överläggningen till dom kommer till insikt om att faktum ifråga var en omständighet av betydelse i målet".¹¹³ Flera rättsfallsre-

¹¹¹ Se Ekelöf, Tfr 1966, s. 650.

¹¹² Boman, s. 15.

¹¹³ Boman, s. 15-16.

ferat i mål med utlandsanknytning tyder på att först hovrätten eller HD insett betydelsen av utländska anknytningsfakta för lagvalet. En parts anföranden skall enligt Boman inte av domstolen betraktas som ett åberopande i den betydelse som avses i 17 kap. 3 § 2 p., medmindre även motparten haft utsagans karaktär av åberopande fullt klar för sig. Brister det i detta hänseende kan fortsatt huvudförhandling bli nödvändig.¹¹⁴

5.5.2 Tillämpligheten i internationellt privaträttsliga mål

Frågan om tillämpligheten av 17 kap. 3 § 2 p. RB får en särskild innebörd, när det finns sådana utlandsanknutna omständigheter som enligt de svenska lagvalsreglerna är av relevans för valet av tillämplig rättsordning. Ett särdrag hos internationellt privaträttsliga mål och ärenden är ju att det finns ett extra led i rättstillämpningen, nämligen *lagvalsreglerna* som anger vilken stats lag som är tillämplig. Förhandenvaron av en utländsk anknytning, t.ex. utländskt medborgarskap eller hemvist, som ger tvisten internationellt privaträttslig karaktär, brukar framgå av sådana handlingar som måste inges domstolen.

Antag att någon som avlidit vid sin bortgång var medborgare i Tyskland. En tvist anhängiggörs vid svensk domstol rörande kvarlåtenskapens överföring. Det följer av 1 kap. 1 § IDL att successionen är underkastad tysk rätt. Frågan är nu om det räcker för tysk rätts tillämpning att det exempelvis framgår av den avlidnes personbevis att han var tysk medborgare – d.v.s. en i målet *införd* omständighet – eller om en arvinge eller testamentstagare också måste åberopa den avlidnes tyska medborgarskap till stöd för sin talan? Ifall ett åberopande krävs, hur bör det formuleras?

I praktiken påyrkar parterna eller ena parten utländsk rätts tillämpning endast när parten anser sig ha något att vinna på det, oftast i form av en mer förmånlig materiellrättslig utgång.

¹¹⁴ Se Boman, s. 16.

Antag att den avlidnes mor är underrättad om att hon enligt tysk lag har rätt till laglott, vilket svensk rätt inte medger. Av denna anledning kan hon ha ett intresse av att arvstvisten prövas enligt tysk rätt. Det naturliga är att hon yrkar att få ut sin laglott i enlighet med tysk rätt under hänvisning till att den avlidne var medborgare i Tyskland. Det tyska medborgarskapet åberopas nu som en omständighet som skall läggas till grund för domstolens val av tillämplig lag och, på detta sätt, även till grund för domen. Utlandsanknutna rättsfakta torde i praktiken sällan åberopas i den bemärkelse som avses i 17 kap. 3 § 2 p. RB, utan att parten varit medveten om deras relevans för valet av tillämplig rättsordning. Dessa åberopanden sker därför regelmässigt i samband med ett direkt yrkande om tillämpningen av en viss stats lag i målet, till vilken den påstått relevanta svenska lagvalsregeln anges hänvisa.

Ett mål kan naturligtvis ha relevant anknytning till utlandet utan att det framgår av processmaterialet; den utlandsanknutna omständigheten har med andra ord inte införts i målet och båda parterna för sin talan som om målet vore rent internt. Frågan har väckts om domstolen i en sådan situation har rätt, alternativt skyldighet, att efterforska utlandsanknutna omständigheter.¹¹⁵ Denna fråga förefaller meningsfull endast i de fall där domstolen har anledning att misstänka förhandenväron av utlandsanknutna omständigheter. Många gånger förblir domstolen dock omedveten om dem. Med tanke på mål som prövas i Sverige synes en efterforskningsplikt dessutom kunna aktualiseras endast under förutsättning att målet enligt svensk rättsuppfattning är indispositivt. Medaljens andra sida är att om en part i ett dispositivt mål, som framställts och bedömts som internt, plötsligt i en högre instans begär utländsk rätts tillämpning och till stöd för detta åberopar en ny omständighet, torde det normalt vara fråga om en otillåten ändring av talan.

¹¹⁵ Se t.ex. Vischer, *Rec. des Cours* 1992:I, s. 79-81.

5.5.3 Ställningstaganden i doktrin

I svensk doktrin har flera författare uttalat sig positivt beträffande tillämpligheten av 17 kap. 3 § RB i internationellt privaträttsliga mål, låt vara närmast i förbigående.¹¹⁶ Det relativt ringa intresse som frågan väckt torde kunna förklaras med att den uppfattningen har varit vanlig att reglerna i RB, generellt sett, inte har utformats med tanke på internationellt privaträttsliga mål. I flera situationer har det funnits anledning att ompröva denna ståndpunkt (eller kanske snarare, de slutsatser som den föranleder). Tas en fråga upp av svensk domstol, måste det vara mer eller mindre givet att det processuella förfarandet följer svensk rätt och att samma villkor gäller för lagvalsreglernas tillämpning som för andra svenska regler.

Enligt Karlgren, som "gömt" detta viktiga uttalande i en fotnot (!), skulle det således strida mot svensk processrätt, ifall domstolen i dispositiva mål skulle efterforska fakta som föranleder tillämpning av utländsk rätt, när parterna inte åberopat dessa.¹¹⁷ Bogdan synes i allt väsentligt ansluta sig till Karlgren. Enligt Bogdan "behöver och bör domstolen i dispositiva mål inte självmant efterforska faktiska omständigheter vilka kan aktualisera tillämpning av främmande rätt, t.ex. den omstän-

¹¹⁶ Se dock Jänterä-Jareborg, *Partsautonomi*, s. 336-352. I den äldre litteraturen tycks man ha utgått från att domstolen är skyldig att tillämpa lagvalsregler och utländsk rätt utifrån vad som *införts* i målet. Belysande är Hasslers och Nials syn på saken. Enligt dem skulle "parterna eller en av dem kunna undgå tillämpning av utländsk lag genom att underlåta att anföra och styrka ett faktum, som har karaktären av anknytningsmoment, alltså faktum, som gör utländsk rätt tillämplig på rättsförhållandet. Domaren har ju ej anledning att använda sig av en viss kompetensnorm om det ej står fast, att vederbörligt anknytningsmoment föreligger. Har emellertid ett faktum, som har karaktären av sådan anknytningsmoment, införts i rättegången av part, synes domaren böra gå i författning om att få utrett, huruvida nämnda faktum existerar eller ej." Hassler & Nial, s. 37. Man skall dock inte bortse från att man i äldre rätt (i synnerhet före den nya rättegångsbalkens ikraftträdande) inte klart skilde mellan åberopande och införande av fakta. Se t.ex. Kallenberg, II, s. 13. Vad tillämpning av främmande rätt beträffade ansåg Kallenberg, att domstolen var skyldig att använda den *ex officio* "förutsatt härvid, att det eller de fakta, som betinga tillämpligheten, stå fast". Kallenberg, a.a., s. 97. Enligt Boman ansåg Kallenberg att man knappast någonsin behövde göra skillnad mellan att part uttryckligen åberopat en omständighet och att han blott "anfört" den, när det var till hans fördel. Med anförande kunde i stort sett likställas även den situation, där en omständighet omnämnts av på partens begäran hört vittne eller i ett av parten åberopat skriftligt bevis. Se Boman, s. 14-15 och s. 45.

¹¹⁷ Karlgren, s. 73, not 3.

digheten att det omtvistade testamentet skrivits utomlands".¹¹⁸ "Beträffande dylika fakta torde man i princip böra följa RB 17:3, enligt vilken domstolen i dispositiva mål inte får grunda domen å omständighet som icke av part åberopats till grund för hans talan. De omständigheter som av part åberopats torde å andra sidan kunna användas för att bestämma tillämplig lag även när de åberopats för ett annat ändamål, måhända utan att den part som åberopat dem varit medveten om deras internationellt-privaträttsliga relevans. För att inte överrumpla parterna är det dock lämpligt att domstolen inom ramen för sin materiella processföring gör parterna uppmärksamma på denna relevans och bereder dem tillfälle att med vetskap där-om återta resp. bemöta åberopandet."¹¹⁹ I kommentaren till rättegångsbalken anges parterna ha dispositionsrätt rörande de anknytningsfakta som föranleder att en viss rättsordning skall tillämpas, varvid domstolen skall ex officio bedöma vilket lands lag som skall tillämpas på grund av de åberopade anknytningsfakta.¹²⁰ Denna uppfattning delas av Ekelöf och Boman.¹²¹ Uppfattningen innebär att parterna genom sitt val

¹¹⁸ Bogdan, Svensk IP, s. 41. Det kan betraktas som något förbryllande att både Karlgren och Bogdan sätter åberopande enligt 17 kap. 3 § RB i samband med domstolens *efterforskningsplikt*. Verbet efterforska för nämligen tankarna till en aktiv verksamhet från domstolens sida där denna på eget initiativ utreder förhandenvaron av vissa omständigheter, i det här fallet utlandsanknutna fakta, som inte behöver ha framkommit under själva processen. Det bör påpekas att i den processrättsliga litteraturen har domstolens efterforskningsplikt i dispositiva mål ansetts vara begränsad till sådana *indispositiva moment*, vid vilka det skulle finnas risk för kringgående av tvingande bestämmelser. I fråga om andra indispositiva moment skall domstolen beakta dem utan åberopande av part utifrån det som *införts* i målet. Endast undantagsvis, när det finns särskild anledning att misstänka ett sådant moments existens, anses domstolen böra utreda saken närmare. Se Boman, s. 67-68. - Beträffande hur frågeställningen brukar gestalta sig i utlandsanknutna mål, se Sass, AJCL 1968-69, s. 334-335: "Presentation of facts indicating the presence of a connecting factor is in general within the parties' domain and the party alleging such facts has the eventual burden to prove their existence. After the establishment of a connecting factor, the question then is what else the party must do to have the court apply the law of the foreign country designated by the domestic conflicts rules." Se även Glenn, ERPL 1993, s. 59-60.

¹¹⁹ Bogdan, Svensk IP, s. 41-42.

¹²⁰ Se Rättegångsbalken I, 17:12a.

¹²¹ Ekelöf och Boman, Rättegång IV, s. 240. Ekelöf uttrycker sig betydligt utförligare om saken i en anmälan av Hans Smits bok "International Co-operation in Litigation: Europe" (1965). Han anför där att en parts skyldighet att åberopa rättsfakta gör sig "med samma styrka gällande med avseende på den internationella privaträtts an-

av faktaunderlag bestämmer om den internationellt privaträttsliga lagvalsfrågan alls får tas upp. När faktaunderlaget väl står fast är det emellertid domstolen som på tjänstens vägnar bestämmer vilka rättsregler – inklusive lagvalsregler och eventuellt utländsk rätt – som är tillämpliga. Lika litet som parterna i rent interna mål får disponera över själva rättsreglerna får de göra det i utlandsanknutna mål.

Också författaren till denna bok har tidigare i annat sammanhang pläderat för en åberopsbörda för parterna i enlighet med 17 kap. 3 § RB, kombinerad med en omfattande materiell processledning från domstolens sida.¹²² Till stöd för denna uppfattning angavs flera olika skäl. Det påpekades bl.a. att lagvalsregler som svenska rättsregler skall användas under samma betingelser som svenska rättsregler i övrigt. Av betydelse i sammanhanget ansågs också vara att det processuella förfarandet även i internationellt privaträttsliga mål alltid grundar sig på svensk rätt, när rättegången förs vid svensk domstol.¹²³ Också i internationellt privaträttsliga mål är det således parterna som bestämmer föremålet för processen. Även ändamålsskäl ansågs stödja uppfattningen. Det är att beakta att utredning av innehållet i och tillämpning av utländsk rätt är en betydligt mer komplicerad uppgift än när saken gäller svensk rätt. Vid användning av utländsk rätt är både utrednings- och tolkningssvårigheter betydande och därmed missförstånd vanliga.¹²⁴ Detta innebär dröjsmål och ökade kostnader. Allt detta ansågs tala för att 17 kap. 3 § RB bör anses gälla fullt ut i sådana internationellt privaträttsliga mål som enligt svensk rättsuppfattning är dispositiva. I prak-

knytningsfakta som då det är fråga om materiella rättsfakta av vanligt slag". "Och visserligen kan bristen på åberopande medföra att rätten inte kommer att döma enligt det tillämpliga materialstatutet. Men RB 17:3 leder överhuvudtaget till att processer kan få en 'materiellt oriktig' utgång på grund av bristande åberopande. Detta stadgande har i rätt hög grad reducerat den praktiska betydelsen av den gamla principen *jura novit curia*." Ekelöf, TFR 1966, s. 650-651.

¹²² Se Jänterä-Jareborg, *Partsautonomi*, s. 341-351.

¹²³ Se också Karlgren, s. 73 not 3. Att det processuella förfarandet är underkastat *lex fori* är en allmän internationellt privaträttslig grundsats och anses gälla åtminstone när internationellt privaträttsliga mål handläggs av domstol.

¹²⁴ Se Jänterä-Jareborg, *Partsautonomi*, s. 344 med hänvisningar.

tiken, påpekade jag, skulle detta för det mesta innebära att utländsk rätt i denna typ av mål tillämpas endast på begäran av part.

En annan uppfattning har förfäktats av Eek. Enligt Eek har 17 kap. 3 § 2 p. RB inte till syfte att styra förutsättningarna för tillämpning av utländsk rätt. Enligt honom kan regeln tillämpas först på ett senare stadium, när lagvalsreglerna fyllt sin uppgift, d.v.s. angivit den i målet tillämpliga rättsordningen.¹²⁵ Visar det sig att parterna enligt den tillämpliga materiella lagen (d.v.s. den lag som den tillämpliga svenska lagvalsregeln angivit som styrande) äger förlikas om saken, får dom i sakfrågan, i enlighet med 17 kap. 3 § RB, inte grundas på omständighet som inte av part åberopats till grund för hans talan. Enligt Eeks synsätt är lagvalsreglerna alltid tvingande (indispositiva) med följderna att de inte kan åsidosättas av parterna genom att dessa låter bli att åberopa sådana omständigheter som medför tillämpning av främmande lag. Oavsett parternas processföring skall domstolen utröna, huruvida sådana fakta föreligger i saken som gör en lagvalsregel tillämplig.¹²⁶

Eeks synsätt påminner om den uppfattning enligt vilken utländsk rätt genom lagvalsreglernas blotta existens dras in bland de regler som domaren måste använda.¹²⁷ Lagvalsreglerna uppfattas som en säregen kategori av tvingande regler av vilken anledning man inte kan närma sig dem utifrån internrättsliga uppdelningar grundade på det ifrågavarande målets karaktär enligt forumstatens lag, t.ex. uppdelningen i dispositiva och indispositiva mål enligt svensk rätt. Ett sådant synsätt har stöd i flera kontinentaleuropeiska stater. Motiveringen går ut på att det vore lika med att inte ta lagvalsreglerna på allvar ifall parternas yrkanden och annan processuell aktivitet fick styra lagvalet.¹²⁸ Det skulle vidare strida mot

¹²⁵ Se Eek, Lagkonflikter I, s. 139.

¹²⁶ Eek, Lagkonflikter I, s. 136.

¹²⁷ Se Philip, Dansk IP, s. 56. Se också avsnitt 3.6.6, ovan.

¹²⁸ Se t.ex. Kegel, FS Nipperdey, s. 457-458. Ett sådant synsätt torde kunna anses komma till uttryck även i den tyska högsta domstolens uttalande i målet *BGH, NJW* 1993, s. 2305, se ovan avsnitt 3.6.6. Även den österrikiska IP-lagen kan anges grunda

rättsordningarnas likvärdighet i utlandsanknutna fall ifall *lex fori* på detta sätt fick övertaget. Som motvikt bör dock nämnas att även idén att utgångspunkten vid lagvalet bör vara de berörda parternas egna intressen, när något officiellt intresse inte står på spel, har stöd på kontinenten, både i doktrin och, stundom, även i rättstillämpningen.¹²⁹ När ingendera parten är intresserad av utländsk rätts tillämpning, bör parterna kunna underkasta sitt rättsförhållande forumstatens lag. Detta synsätt kommer mycket nära det svenska.¹³⁰

Av den föregående framställningen har framgått att svenska domstolar inte synes ha uppfattat lagvalsreglerna som tvingande i dispositiva utlandsanknutna mål och att de inte heller har självant efterforskat utlandsanknutna omständigheter. Eeks åsikt kan därför betraktas som saknande förankring i modern svensk rättspraxis. Den har förblivit en avvikande mening i svensk rätt som inte har rönt intresse i processrättsdoktrinen.

sig på sådana här värderingar. Enligt lagens 2 § skall nämligen de faktiska och rättsliga förutsättningarna för valet av tillämplig rättsordning fastställas *ex officio*, utom när parterna enligt lagen har frihet att välja tillämplig lag, d.v.s. i obligationsrättsliga förhållanden och i fråga om förmögenhetsförhållanden i äktenskap. Enligt lagens § 3 skall, när utländsk lag är tillämplig, den utländska lagen tillämpas *ex officio*. I svensk rättspraxis, däremot, har avgörandet i dispositiva mål kunnat grundas på svensk rätt oavsett om partsautonomi varit godkänd enligt den på frågan tillämpliga lagvalsregeln.

¹²⁹ Se Vischer, Rec. des Cours 1992: I, s. 78-79 och Flessner, *Interessenjurisprudenz*.

¹³⁰ Förutsättningarna för *lex foris* tillämpning kan dock variera. Enligt svensk rättspraxis synes det sålunda vara tillräckligt att målet enligt svensk intern rätt är dispositivt och parterna inför domstolen kommer överens om tillämpning av svensk lag eller avstår från att åberopa tillämpning av utländsk rätt. En motsvarande praxis är vanlig utomlands i obligationsrättsliga tvister, där partsautonomi gäller. En något annorlunda lösning ingår i en ungersk IP-lag från 1979, § 9. Enligt denna skall ungersk lag alltid tillämpas om parterna *gemensamt begär* att av lagvalsregeln anvisad utländsk rätt *inte* skall tillämpas. Råder partsautonomi på området, kan de också inom ramen för sin lagvalsfrihet avtala om tillämpning av en annan stats lag. I den internationella diskussionen har man efterlyst vägledning i själva lagvalsreglerna. Vischer, Rec. des Cours 1992: I, s. 78 föreslår att dessa bör utformas så att det klart framgår huruvida parterna får underkasta sitt rättsförhållande *lex fori*. På detta sätt skulle man komma undan det i princip olösliga problemet i IP-mål beträffande huruvida tvistens karaktär är att bedöma enligt *lex fori* eller enligt den enligt lagvalsregeln utslagsgivande rättsordningen (*lex causae*).

5.5.4 Åberopsbörda i belysning av senaste rättspraxis – en värdering

Inledning

När den senaste rättspraxis nu underkastas kritisk granskning kan följande påpekanden tjäna som utgångspunkt.

Den internationella privaträtten är till övervägande del nationell rätt. Härav följer bl.a. att lösningarna är relativa i den bemärkelsen att de kanske inte gäller i en annan med målet anknuten rättsordning. Lagvalet i den andra staten skulle måhända bedömas annorlunda eller, oavsett på vilket lands lag det svenska avgörandet grundas, så erkänns det kanske inte i den andra staten. Det saknas därför all anledning att låta sig övertygas (betungas) av den i utlandet vanliga uppfattningen att lagvalsreglerna alltid är tvingande. När fråga är om autonoma svenska lagvalsregler är det den svenska lagstiftaren (alternativt HD) som bestämmer vad reglerna har för karaktär. Jag kan inte se några skäl till varför samma arbetsfördelning som gäller mellan domstolen och parterna i en intern svensk tvist inte så långt som möjligt även skulle gälla i ett utlandsanknutet mål som tas upp i Sverige.¹³¹ Lagvalsreglernas tillämplighet och därmed även möjligheten att tillämpa utländsk rätt bör därför i mål som enligt svenskt synsätt är dispositiva vara bunden till parternas processföring.¹³²

¹³¹ Såsom framgått ovan (avsnitt 4.4.3) har det i svensk rätt inte ansetts möjligt att ålägga domstolen skyldighet att känna till (utreda) innehållet i utländsk rätt. Enligt de s.k. utredningsbestämmelserna i svensk rätt äger domstolen i stället uppmana part att förebringa utredning om den tillämpliga främmande lagens innehåll. Parternas möjligheter att åberopa rättsfakta påverkas däremot inte av huruvida dessa fakta hänförs sig till utlandsanknutna eller inhemska omständigheter, bortsett från eventuellt större bevissvårigheter. I denna del är således modifikationer inte nödvändiga jämfört med vad som gäller i rent interna dispositiva mål.

¹³² Undantag kan dock vara påkallade i fråga om EG-rättsliga lagvalsregler. Se nedan, avsnitt 5.6.4.

Fastän man i den nyare litteraturen ställt sig positiv till tillämpligheten av 17 kap. 3 § 2 p. RB beträffande omständigheter av relevans för lagvalet, har rättspraxis i detta hänseende inte varit otvetydig. Visserligen skulle man i vissa starkt utlandsanknutna fall kunna uppfatta svensk lags tillämpning som ett resultat av att parterna avstått från att åberopa utländska rättsfakta. Man skulle, exempelvis, kunna betrakta detta som en naturlig förklaring till HD:s uttalande i NJA 1977 s. 92: "I målet förekommer omständigheter som har anknytning till främmande stater, främst på så sätt att saken rör representantskap som skulle utövas i Syrien. Fråga kunde därför uppkomma om tillämpning av utländsk lag. Parterna har emellertid fört sin talan med utgångspunkt från att svensk rätt skulle vara tillämplig. Målet rör rättsförhållanden, varom förlikning är tillåten och som har anknytning även till Sverige. På grund härav bör, såsom också skett i underdomstolarna, saken prövas enligt svensk lag."

Det citerade uttalandet har emellertid också ansetts kunna tolkas så att parterna genom sitt agerande i processen hade träffat en konkludent överenskommelse om tillämpning av svensk rätt, vilken godtogs av domstolen.¹³³ Svensk rätts tillämpning anses då grunda sig på parternas överenskommelse och det saknas anledning att härutöver spekulera över vilken betydelse som parternas åberopanden bör tillmätas vid lagvalet. Detsamma gäller de efterföljande mål där HD, i mer eller mindre tydliga ordalag, motiverat svensk rätts tillämpning med parternas enighet om saken.

Det första relativt tydliga avgörandet rörande "åberopsbördans" betydelse för valet av tillämplig rättsordning är NJA 1993 s. 341, som beskrivits ovan i avsnitt 5.4.3.

¹³³ Se ovan, avsnitt 5.3.2.

I detta fall råder det ingen tvekan om att sådana utländska anknytningsfakta, som var av relevans för valet av tillämplig rättsordning, hade införts i målet. Det framgick tydligt att den som testamente omtvistade handlingen hade upprättats i England där den avlidna var bosatt. Dessa utländska rättsfakta hade emellertid inte åberopats i målet på sätt som kunde aktualisera tillämpning av engelsk rätt. HD uttrycker saken på följande sätt efter att först ha redogjort för innehållet i 1 kap. 4 § IDL: "I målet har inte gjorts gällande att den ifrågavarande handlingen skulle godtas som testamente enligt engelsk rätt. Frågan huruvida det föreligger ett giltigt nödtestamente skall därmed, såsom också skett i domstolarna, bedömas enligt svensk lag." Vad som gör uttalandet särskilt intressant är att HD inte gick in på att bedöma huruvida det fanns en överenskommelse mellan parterna om svensk lags tillämpning.

Att uttalandet gjordes i ett mål där den tillämpliga lagvalsregeln *alternativt* hänvisar till olika rättsordningar i syfte att i största möjliga utsträckning tillåta ett testamentes giltighet till formen kan förefalla en smula märkligt. Om nämligen endast en av de ifrågakommande rättsordningarna tillämpas och utgången enligt den blir negativ, synes även de andra alternativen böra beaktas för att lagrummets syfte skall kunna uppnås.¹³⁴ Enligt 1 kap. 4 § IDL är det sålunda tillräckligt för ett testamentes giltighet till formen att det uppfyller kraven enligt en av de ifrågavarande rättsordningarna, vilket kärandesidan hävdade vara fallet beträffande svensk rätt. HD:s uttalande lämnar dock ingen tvekan om att även i ett sådant fall är det den därav intresserade partens sak att göra utländsk rätts tillämpning gällande. Det räcker med andra ord inte att själva lagvalsregelns tillämplighet på grund av utländska anknytningsmoment aktualiserats.

Ett åberopande i den bemärkelse som avses i 17 kap. 3 § 2 p. RB hade förmodligen förutsatt följande för att engelsk rätt skulle kunna tillämpas: Käranden borde till grund för sin talan ha gjort gällande att handlingen var att betrakta som giltig

¹³⁴ Se nedan avsnitt 5.6.4.

som testamente enligt engelsk rätt, eftersom den hade upprättats i England (där den avlidna dessutom hade sitt hemvist). Hon kunde naturligtvis också ha gjort gällande att handlingen var att betrakta som giltigt testamente *antingen* enligt svensk rätt *eller* enligt engelsk rätt *eller* enligt bägge rättsordningarna. Att denna grund inte åberopades i målet torde endast kunna förklaras med att kåranden bedömt sin sak som utsiktslös enligt engelsk rätt.

Det bör påpekas att i målet hade det på båda sidorna införskaffats sakkunnigutlåtanden rörande målets bedömning, också från internationellt privaträttslig synpunkt. I HD inkom svarandesidan med upplysningar om målets bedömning enligt dansk rätt i form av ett utförligt sakkunnigutlåtande.¹³⁵ Enligt detta var det ett oeftergivligt krav enligt dansk rätt att handlingen undertecknats av testatorn. Svarandesidan inkom också med viss information om innehållet i engelsk rätt enligt vilken testamentet inte heller uppfyllde den engelska rättens formkrav. Svaromålet synes i detta läge ha gått ut på att handlingen inte enligt någon av de ifrågakommande rättsordningarna kunde betraktas som ett giltigt testamente.

NJA 1993 s. 341 kan således anses stödja uppfattningen att det är den intresserade partens sak att åberopa tillämpning av utländsk rätt i ett enligt svensk rättsuppfattning dispositivt internationellt privaträttsligt mål (och styrka denna lags innehåll).¹³⁶ Om avgörandet ses för sig kan man kanske tycka att jag drar för långtgående slutsatser av HD:s uttalande. Jag ser det emellertid mera som en länk i en kedja av avgöranden (se

¹³⁵ Att utredning om målets bedömning enligt dansk rätt införskaffades torde kunna förklaras med att enligt svarandesidans uppfattning hade den avlidna sitt hemvist i Danmark, en uppfattning som dock inte delades av HD.

¹³⁶ Det har senare kommit till min kännedom (en uppgift som inte framgår av referatet) att parterna i underrätten hade varit överens om svensk rätts tillämpning i målet. En naturlig förklaring för en sådan överenskommelse är, sett särskilt från svarandesidans synpunkt, att svensk rätt var en av de rättsordningar som enligt 1 kap. 4 § IDL var att beakta. Att svarandesidan i HD visade nytt intresse för lagvalsspörsmålet väcker frågan huruvida denna part på detta sena stadium av processen ville frånträda den tidigare överenskommelsen. Rättsfallsreferatet är dock helt intetsärande i denna del och lämnar helt öppet exempelvis vad ett sådant händelseförlopp hade för betydelse för HD:s resonemang. Så också min kommentar ovan, avsnitt 5.4.3.

ovan avsnitt 5.3) och ett steg vidare i förhållande till HD:s tidigare ställningstaganden rörande lagvalet i utlandsanknutna mål. Tydligare vägledning, i form av en generellt utformad regel, vore önskvärd från HD.

5.5.5 Vilka krav bör ställas på domstolens materiella processledning?

Processledningen bör kompensera parternas okunnighet i IP-mål

I sammanhanget bör också domstolens materiella processledning och de krav som bör ställas på den beröras. Det är ju allmänt känt att parterna – och ofta även deras juridiska ombud – är dåligt informerade om de internationellt privaträttsliga reglerna. Där sådan kännedom finns, är den ofta felaktig eller bristfällig. Detta förklarar åtminstone delvis varför yrkanden om tillämpning av utländsk lag så ofta uteblir, fastän den främmande lagens användning borde ligga i en parts intresse. Denna okunnighet, som torde vara utan motstycke inom andra rättsområden, borde som sådan tala för en aktiv materiell processledning även beträffande möjlighet till utländsk lags tillämpning.¹³⁷ Om sålunda domstolen i ett dispositivt mål upptäcker att de tvistande kanske inte känner till lagvalsreglerna och det är oklart huruvida en för lagvalet relevant omständighet åberopats i syfte att aktualisera lagvalsfrågan, bör domstolen göra parterna uppmärksamma på frågan.¹³⁸ Det kan vidare inträffa att en part (parterna) pläderar för tillämpning av en viss stats lag, men att denna lag enligt domstolens uppfattning inte är tillämplig. Också i denna situation är det påkallat att domstolen tar upp lagvalsfrågan. Domstolens förfrågan och vägledning måste i dessa fall betraktas som invändningsfria.

¹³⁷ Lando spekulerar sålunda huruvida det förhållandet att parterna i så stor utsträckning avstått från att yrka tillämpning av utländsk rätt, kan vara själva grunden för den i doktrinen vanliga uppfattningen att domstolen skall ex officio uppmärksamma lagvalsfrågan. Lando, *Juristen* 1967, s. 3.

¹³⁸ Om parten svarar att han inte önskar åberopa den ifrågavarande omständigheten, förblir det därvid. Se Ekelöf & Boman, *Rättegång* I, s. 61.

De utgör ett komplement till åberopsbördan enligt 17 kap. 3 § 2 p. RB och har till syfte att skapa klarhet om vilka omständigheter som domstolen får lägga till grund för domen. Är målet indispositivt får en i lagvalshänseende aktiv processledning betraktas som invändningsfri, emedan domstolen i sådana mål anses ha ett längre gående ansvar för att målet blir grundligt utrett.

Frågan kan naturligtvis ställas om inte dessa situationer är jämförbara med dem som uppstår när en person stäms in vid svensk domstol i ett mål med utländsk anknytning. Det kan hända att svaranden av okunnighet låter bli att göra invändning om svensk domstols behörighet. Om målet är dispositivt anses talan kunna prövas i Sverige, fastän ingen annan grund för svensk domsrätt föreligger. Det har inte ställts krav på särskild ledning från domstolens sida. Frågan har ansetts böra behandlas som andra rättegångshinder vars tillämpning är beroende av en invändning.¹³⁹ Rör det sig däremot om ett indispositivt mål, t.ex. en vårdnadstvist, måste domstolen ex officio pröva sin behörighet.¹⁴⁰

Även om det finns likheter mellan lagvalsreglerna och reglerna om domstols behörighet (inkl. de interna forumreglerna)¹⁴¹ finns det också skillnader. En viktig skillnad är att lagvalsreglerna har betydelse för tvistens utgång i sak och därför, beroende på omständigheterna, bör omfattas av den materiella processledningen. Med utgångspunkt i att en åberopsbörda gäller i dispositiva mål i fråga om för lagvalet relevanta anknytningsfakta bestämmer parterna även i utlandsanknutna fall *vilken tvist* de vill ta till domstolen. Den materiella processledningen tjänar i dessa fall inte enbart parternas utan även domstolens intressen. Domstolen måste nämligen få klarhet om vilket faktaunderlag parterna vill åberopa. Behörighetsfrågan i ett dispositivt tvistemål är av annan karaktär, varför det

¹³⁹ Se 34 kap. 2 § RB och SOU 1987:18, s. 230.

¹⁴⁰ Se t.ex. NJA 1962 s. 305, NJA 1969 s. 145, NJA 1987 s. 600 samt NJA 1993 s. 65.

¹⁴¹ En sådan likhet är att det i bägge fallen är fråga om *formella regler*. Se Philip, Dansk IP, s. 56.

kan godtas att domstolen inte ex officio behöver fästa parternas uppmärksamhet på frågan.

Enligt processlagberedningen följer det av reglerna för processledningen att parterna skall erhålla tillfälle att uttala sig om den främmande lagens innehåll.¹⁴² Detta innebär att de främmande rättsreglernas innehåll skall bli föremål för en dialog mellan domstolen och parterna; en part skall också kunna bemöta den utredning som lagts fram av den andra parten. Vilken stats lag som gäller avgörs dock av domstolen på grundval av de åberopade anknytningsfakta och det är också domstolen som i slutändan avgör hur en främmande stats lag skall tolkas och tillämpas i det aktuella målet.

Ett exempelfall¹⁴³

Antag, exempelvis, att en i Sverige bosatt underhållsskyldig förälder väcker talan i Sverige och yrkar jämkning av i Sverige fastställt underhållsbidrag på grund av att barnet flyttat till ett annat land där levnadskostnaderna är väsentligt lägre än i Sverige. Käranden framställer inte ett direkt yrkande om vare sig svensk lags tillämpning eller tillämpning av lagen i barnets nya hemviststat. Lagvalsfrågan förs inte heller på tal av motparten, som bestrider käromålet.

I en sådan situation är det rimligt att förutsätta att domstolen ingriper genom att göra parterna uppmärksamma på lagvalsfrågan. I detta fall har nämligen käromålet grundats på en omständighet som måste anses direkt aktualisera tillämpning av den numera gällande, praxisskapade lagvalsregeln enligt vilken underhållsfrågorna prövas enligt lagen i den stat där den underhållsberättigade har sitt hemvist.¹⁴⁴ Att ingendera

¹⁴² NJA II 1943, s. 447. Detta måste gälla oavsett om domstolen själv utrett den främmande lagens innehåll eller byggt sin uppfattning på de upplysningar som lagts fram av parterna (en part). Processlagberedningens uttalande, som fölls i anslutning till den situation där domstolen verkställt utredning (eller i förväg haft kunskap om den utländska lagen), kan möjligtvis tyda på en snävare tolkning. En sådan tolkning kan dock inte i dagsläget betraktas som ändamålsenlig.

¹⁴³ Exemplet bygger i allt väsentligt på NJA 1974 s. 7.

¹⁴⁴ Se t.ex. NJA 1977 s. 325, NJA 1983 s. 573 och NJA 1993 s. 420. Jfr NJA 1974 s. 7, ovan avsnitt 5.4.1.

parten uttryckligen fört utländsk lags tillämplighet på tal kan vara ett medvetet val, men det kan också bero på okunnighet om lagvalsreglerna. Domstolens ingripande kan föranleda att båda parterna förklarar sig önska tillämpning av svensk lag, vilket i så fall torde respekteras.¹⁴⁵ Med det kan också föranleda att ena parten begär tillämpning av den främmande statens lag. Detta kan i så fall innebära att förutsättningarna för rättegången ändras, varför ett sådant ingripande bör ske på ett så tidigt stadium som möjligt, företrädesvis i underrätten.¹⁴⁶

Antag i stället att käromålet i den ovan angivna underhållstvist grundats på svensk rätt, närmare bestämt reglerna i FB. Svaranden bestrider käromålet, men gör inte gällande att tvisten skall prövas enligt lagen i det land där barnet numera har sitt hemvist. Bör domstolen även i detta fall föra lagvalsfrågan på tal eller bör den i stället förhålla sig passiv under förövandning att parterna konkludent överenskommit om svensk rätts tillämpning? Att parterna – eller ena parten – är okunniga om lagvalsreglerna kan inte uteslutas i ett sådant här fall. Därför förefaller det rimligt att domstolen fäster parternas uppmärksamhet på lagvalsfrågan även i detta fall. Detta är särskilt angeläget med hänsyn till att målet avser underhåll till barn. Man kan nämligen hävda att i sådana här mål bör domstolen alltid, trots att målet i princip är dispositivt, aktivt slå vakt om

¹⁴⁵ Se t.ex. *NJA* 1978 s. 590, ovan avsnitt 5.3.3.

¹⁴⁶ Se Boman, s. 21. – Vilka konsekvenser som domstolens ingripande rörande lagvalsfrågan kan få, när det sker först i en högre instans, illustreras av *NJA* 1973 s. 57, ovan avsnitt 5.3.1. Målet rörde fastställande av faderskap och underhåll till barn och hade i de två första rättsinstanserna prövats i enlighet med svensk rätt, dock utan att detta motiverades. När HD gjorde parterna uppmärksamma på lagvalsfrågan, framgick det att de i underrätten varit överens om tillämpning av svensk rätt. Ett sådant lagvalsavtal ansågs inte kunna tillmätas betydelse ifråga om det indispositiva faderskapsmålet. Men domstolens ingripande hade till följd att svaranden – en i Sverige bosatt svensk medborgare – nu fann anledning att frånträda lagvalsöverenskommelsen även i den dispositiva reglerade underhållsdelen. I likhet med faderskapsfrågan prövades följaktligen även barnets rätt till underhåll enligt tysk rätt. Se Pålsson, *Svensk rättspraxis*, s. 159. – Normalt måste det anses vara fråga om en otillåten ändring av talan om en part först i en högre instans begär utländsk rätts tillämpning och åberopar en ny omständighet till stöd för detta.

barnets intressen.¹⁴⁷ Men man torde även mer allmänt kunna motivera att domstolens processledning omfattar lagvalsfrågan. Annars vore det på grund av parternas okunnighet om rättsreglerna ofta en fiktion att tala om att parterna själva avgör i vilken utsträckning de vill åtnjuta rättsskydd.¹⁴⁸

Det gällande rättsläget i Sverige

I gällande rätt regleras den materiella processledningen i 42 kap. 8 § 2 st. RB vad gäller *förberedelsen* och i 43 kap. 4 § 2 st. RB i fråga om *huvudförhandlingen*.¹⁴⁹ Dessa regler hör till de mest debatterade i svensk processrätt på grund av sin stora principiella och praktiska betydelse. Frågan hur de förhåller sig till internationellt privaträttsliga mål har dock inte rönt intresse.¹⁵⁰

Svensk rättspraxis i internationellt privaträttsliga mål tillåter inte några säkra slutsatser om i vilken utsträckning domstolarna ansett sig böra föra en aktiv materiell processledning rörande själva lagvalsfrågan. Man kan dock misstänka att åtminstone underrätterna föredrar att "ligga lågt" i detta hänseende bl.a. med hänsyn till risken för utländsk rätts tillämpning. Som ett exempel kan, återigen, anges *NJA 1977 s. 92*. I detta mål hade parterna tydligen inte i något skede av rättegången ombetts ta ställning till lagvalet, fastän målet hade stark utlandsanknytning. Lagvalsfrågan förbigicks med tystnad i TR och HovR. Först HD tog ställning till saken men fann (åtminstone i detta skede) saken böra prövas enligt svensk rätt.¹⁵¹

¹⁴⁷ Enligt Ekelöf och Boman skall domstolen i mål om underhåll vara ex officio verksam till barnets fördel; såtillvida är underhållsmål indispositiva. Ekelöf & Boman, *Rättegång I*, s. 56-57.

¹⁴⁸ Det har hävdats att parternas valfrihet i dispositiva mål blir illusorisk, om de inte upplyses om vad de har att välja mellan, vilket i sin tur förutsätter en omfattande materiell processledning. Se Lindell, *Partsautonomins gränser*, s. 21-22.

¹⁴⁹ Se ovan, avsnitt 5.5.1.

¹⁵⁰ Ett undantag är Kallenberg som fann det angeläget att domstolen utövade en erforderlig materiell processledning i internationellt privaträttsliga mål. Domstolen skulle bl.a. fästa parts uppmärksamhet på internationellt privaträttsligt relevanta fakta. Se Kallenberg, II, s. 100-101.

¹⁵¹ Se ovan, avsnitt 5.3.2.

I en efterföljande rättegång mellan parterna, som i allt väsentligt var en fortsättning på NJA 1977 s. 92, gjorde det svenska bolaget redan i TR gällande att tvisten var att pröva enligt *syrisk rätt*.¹⁵² Det kan inte uteslutas att HD:s uttalande i det förra målet rörande lagvalsfrågan mer eller mindre "öppnat" parternas ögon för möjligheten att få tvisten prövad enligt utländsk rätt, vilket nu den part, som funnit den ifrågavarande utländska rätten fördelaktig för den egna saken, ville göra bruk av. Både TR och HovR fann dock även i detta fall att målet var att pröva enligt svensk rätt.¹⁵³

Det är inte otänkbart att domstolarna efter HD:s uttalande i NJA 1993 s 341¹⁵⁴ finner det ännu mindre angeläget att fästa parternas uppmärksamhet på lagvalsfrågan. Det uttalandet synes ju bekräfta lagvalsreglernas dispositivitet i dispositiva internationellt privaträttsliga mål. Om däremot den slutsatsen dras av uttalandet att domstolen får förhålla sig passiv beträffande utländsk lags tillämplighet och befriad från materiell processledning i detta hänseende, har uttalandet isolerats från det ifrågavarande målet och börjat leva ett eget liv. Akterna i målet visar nämligen tydligt att parterna var väl medvetna om den tillämpliga lagvalsregelns innehåll, men de fann av olika skäl inte anledning att begära utländsk lags tillämpning i målet. I ett annat dispositivt mål besitter kanske parterna eller ena parten inte samma kunnande om lagvalsreglernas innehåll, vilket ställer andra krav på domstolens materiella processledning.

Dansk doktrin

För vägledning får man vända sig till dansk doktrin, där spörsmålet ägnats viss uppmärksamhet.¹⁵⁵ Utgångspunkten i den danska diskussionen har varit densamma som i svensk rätt, nämligen bestämmelsen i 338 § retsplejeloven, som har

¹⁵² HD, Dnr T 308/1982.

¹⁵³ Domstolarnas motivering av sitt lagval är dock under all kritik! Se ovan avsnitt 5.3. HD meddelade inte prövningstillstånd i målet.

¹⁵⁴ Se ovan, avsnitt 5.4.3 och 5.5.4.

¹⁵⁵ Se närmare, Jänterä-Jareborg, Partsautonomi, s. 346-348.

betydande likheter med 17 kap. 3 § 2 p. RB. "Retten kan ikke tilkende en part mere, end han har påstået, og kan kun tage hensyn til anbringender, som parten har gjort gældende, eller som ikke kan frafalde", lyder lagrummet. Bestämmelsen har ansetts innebära att i dispositiva mål får utländsk rätt tillämpas endast när det påyrkats av part eller när en part åberopat omständigheter som aktualiserar ett lagval.¹⁵⁶ Enligt Siesby kan man inte ange ett enda rättsfall där en dansk domstol av eget initiativ skulle ha tillämpat främmande rätt.¹⁵⁷

Enligt Gomard, som får betraktas som en företrädare för dansk processrätt, bör domstolen, om parterna underlåtit att uttala sig om vilken betydelse som sakens anknytning till utlandet bör tillmätas, göra bruk av sin förfrågningsrätt för att få parternas uppfattning klarlagd.¹⁵⁸ En sådan förfrågan synes ofta föranleda att parterna önskar få saken avgjord enligt dansk rätt, vilket i så fall bör respekteras.

Ställningstagandena är betydligt mer nyanserade i den danska internationellt privaträttsliga litteraturen. Allmänt sett karaktäriseras dessa av uppmaningar till återhållsamhet, vilket främst får anses vara föranlett av processekonomiska hänsynstaganden. Parterna bör upplysas om möjlighet till användning av utländsk rätt i första hand endast i sådana fall där det står klart att utländsk rätt enligt lagvalsreglerna är tillämplig och det finns anledning att förmoda att utgången enligt den lagen kommer att väsentligt avvika från vad som skulle följa enligt lex fori. Man har också understrukit vikten av domstolens opartiskhet i sammanhanget. Det har befarats att parterna, om domstolen på eget initiativ tog upp lagvalsfrågan, lätt skulle få det intrycket att målets utgång är beroende av om lex fori eller utländsk rätt tillämpas och inleder dyra och tidskrävande utredningar som inte står i proportion till tvistens värde och principiella betydelse.¹⁵⁹ Fastän man inte velat uppställa någon

¹⁵⁶ Se Philip, Dansk IP, s. 55-56.

¹⁵⁷ Siesby, s. 48.

¹⁵⁸ Gomard, s. 301.

¹⁵⁹ Se Siesby, s. 48-49 och Lando, Juristen 1967, s. 4.

fast regel, anses domstolen endast undantagsvis vara *skyldig* att fästa parternas uppmärksamhet på lagvalsfrågan i ett enligt dansk rätt dispositivt mål.¹⁶⁰ En sådan skyldighet kan undantagsvis föreligga, exempelvis om ena parten uppträder i underrätt utan juridiskt ombud och riskerar att förlora målet på grund av bristande kännedom om lagvalsreglerna.¹⁶¹ Att rätten visar aktivitet anses påkallat också, när det rör sig om ett principiellt eller ekonomiskt betydelsefullt mål där utredning av innehållet i utländsk lag inte står i uppenbart missförhållande till tvistens värde. Detsamma bör gälla även i vissa andra fall, såsom när domstolen vet att innehållet i den tillämpliga utländska lagen är lätt att utreda eller när målet saknar anknytning till forumstaten och tillämpning av *lex fori* skulle vara till skada för ena parten. Domstolen bör göra parterna uppmärksamma på lagvalsfrågan också, när ena parten åberopat sådana omständigheter som har betydelse endast om utländsk rätt tillämpas.¹⁶²

Generellt sett bör dock domstolen inte aktivt pådriva utländsk rätts tillämpning.¹⁶³

Slutsatser

Diskussionen i den interna svenska processrätten kännetecknas av krav på en mer aktiv processledning.¹⁶⁴ Rimligt är att processledningen omfattar lagvalsfrågan åtminstone i de inledningsvis nämnda situationerna. Det vore absurt om man i

¹⁶⁰ Enligt Philip bör dock domstolen alltid ha *rätt* att göra parterna uppmärksamma på möjligheten till utländsk rätts användning. Philip, Dansk IP, s. 59.

¹⁶¹ Se Lando, Juristen 1967, s. 4.

¹⁶² Se Philip, Ufr 1960 B, s. 159 och Lando, Juristen 1967, s. 4-5.

¹⁶³ "Sålænge oplysningskilderne er så usikre og tilvejebringelse af oplysningerne så tidskrævende og kostbar, som tilfældet ofte er, bør dommeren ikke belaste enhver lille sag med fremmed tilknytning ved at inddrage problemet om anvendelse af fremmed ret. I denne henseende kan fremmed ret ikke behandles som anden ret." Lando, Juristen 1967, s. 5. Sedan meningen yttrades har en konvention antagits angående upplysningar om innehållet i utländsk rätt, se nedan avsnitt 6.7. Konventionsstaterna emellan finns det numera förutsättningar för snabba och icke kostnadskrävande upplysningar.

¹⁶⁴ Se Westberg, s. 547 och Lindell, Partsautonomins gränser, s. 15. Meningarna är dock delade angående hur långt processledningen bör sträcka sig.

dispositiva internationellt privaträttsliga mål plötsligt skulle gå från den ena ytterligheten till den andra, nämligen från krav på stor aktivitet från domstolens sida rörande utländsk rätts tillämpning till att alla initiativ måste komma från parterna och att domstolen skall avstå från att ge vägledning.¹⁶⁵ De i dansk doktrin uttalade meningarna synes inte utan vidare lämpa sig för svenska förhållanden. En väsentlig skillnad är att dansk rätt, generellt sett, innehåller betydligt färre lagfästa lagvalsregler. Man kan dessutom hävda att den internationella privaträttens klassiska axiom har större utrymme i gällande svensk rätt än i dansk rätt. Dessa faktorer talar för en mer omfattande processledning än vad som ansetts motiverad i dansk doktrin. Av betydelse i sammanhanget är vidare att en av processledningens funktioner är att skapa ett bättre underlag för materiellt riktiga domar. För aktiv materiell processledning talar vidare begränsningarna i rättegångsbalken vad gäller en parts möjlighet att senare under processen ändra eller åberopa nya omständigheter till stöd för sin talan.

Det måste numera anses vara uteslutet att domstolen i ett enligt svensk rätt dispositivt mål skulle tillämpa utländsk rätt, utan att först ha givit parterna möjlighet att uttala sig om lagvalet.¹⁶⁶ Även om åberopsbördan angående utlandsanknutna omständigheter bärs av den part som har intresse av att ut-

¹⁶⁵ Enligt Sturm, FS Zweigert, s. 341-342, saknar det betydelse om målet är underkastat dispositionsprincipen eller officialprincipen; domaren måste alltid ta upp lagvalsfrågan. "Die Antwort ist aber stets von den Parteien zu geben und von niemandem sonst. Es geht ja nicht darum, ob fremdes Recht von Amts wegen zu ermitteln ist oder nicht. Es geht darum, ob bei Fällen mit Auslandsberührung das fremde Element ohne weiteres zur Einschaltung von Kollisionsnormen zwingt oder ob über ihre Heranziehung die Parteien, auch wenn sie im übrigen nicht Herren des Verfahrens sind, entscheiden."

¹⁶⁶ Redan Kallenberg synes ha varit av denna uppfattning. Se Kallenberg, II, s. 100-101, samt not 48 där. Detsamma anses gälla i dansk rätt. Se Philip, Dansk IP, s. 58 och Siesby, s. 48. Likadana tankegångar har i finsk rätt framförts av Buure-Hägglund, LM 1977, s. 373. Det är värt att observera att denna uppfattning har stöd även utanför Norden och har t.ex. slagits fast av den tyska BGH. Se BGH, NJW 1976, s. 474. I en resolution från år 1966 påpekade den internationella domarföreningen att domaren – som enligt resolutionen bör vara skyldig att ex officio tillämpa lagvalsreglerna och utländsk rätt – alltid skall först upplysa parterna om den främmande lagens tillämplighet och ge dem möjlighet att ta ställning till saken. Se Müller, RabelsZ 1968, s. 156-157. Se också von Overbeck, Allgemeine Bestimmungen, s. 101.

ländsk rätt används i målet är det ändå domstolen som bestämmer vilket lands lag som på grund av de åberopade omständigheterna skall tillämpas.¹⁶⁷ När parten av domstolen informerats av vilken relevans en av honom eller henne åberopad omständighet har för lagvalet, måste denna part naturligtvis, i enlighet med svensk processrätt, ha möjlighet att återta sitt åberopande.¹⁶⁸ Utsikten (risken) för utländsk rätts tillämplighet i målet kan t.o.m. bidra till en förlikning mellan parterna. Eftersom utländsk rätts tillämpning kan innebära både extra besvär och större kostnader, minskas processlusten kanske påtagligt när en part inser att domen kan komma att grundas på främmande rätt.

5.6 Måste alla dispositiva mål behandlas på samma sätt?

Frågan har ställts om alla dispositiva mål "måste skäras över en kam", när fråga är om förutsättningar för tillämpning av utländsk rätt, eller om det är påkallat att skilja mellan olika typer av mål.¹⁶⁹ Samma fråga har aktualitet också beträffande ett antal närrelaterade spørsmål. Nedan berörs olika grunder som skulle kunna motivera en olikartad behandling.

5.6.1 Obligationsrättsliga mål och andra mål – är en uppdelning motiverad?

Såsom framgått (avsnitt 5.2.1) har det i svensk rätt funnits en viss tendens att betrakta obligationsrättsliga mål med internationell anknytning som en säregen kategori. Oavsett hur väl-

¹⁶⁷ Rättegångsbalken I, 17:12a.

¹⁶⁸ Se Boman, s. 90; Lindell, Partsautonomins gränser, s. 42 och 66; Westberg, s. 553-554 samt Rättegångsbalken I, s. 17:11-17:12. Se också Bogdan, Svensk IP, s. 41.

¹⁶⁹ Pålsson, Svensk rättspraxis, s. 38.

etablerad ex officio-läran än varit i doktrinen, har man även där visat viss förståelse för idén att utländsk rätt i dessa mål tillämpas endast på parts begäran. Av betydelse i sammanhanget har naturligtvis varit att lagvalsfrihet (partsautonomi) snart efter den "moderna" internationella privaträttens genombrott blev erkänd i den internationella avtalsrätten, men inte på andra rättsområden.¹⁷⁰

För svensk rätts del har den utveckling som ägt rum under de senaste årtiondena och som beskrivits ovan i avsnitten 5.3-5.5 inneburit att det numera i detta hänseende saknas anledning att skilja mellan avtalsmål och andra dispositiva, internationellt privaträttsliga mål.¹⁷¹ Såsom framgått, har HD inte låtit målets obligationsrättsliga eller familjerättsliga natur vara avgörande för godtagande av processuella lagvalsöverenskommelser parterna emellan.¹⁷² Denna praxis är väl förenlig med det närmande som skett mellan obligationsrätten och familjerätten i Sverige både på ett materiellrättsligt och på ett internationellt privaträttsligt plan. Antalet tvingande regler har ökat inom den nationella obligationsrätten, medan parternas önskemål i större utsträckning än tidigare beaktas inom den materiella familje- och successionsrätten.¹⁷³ Detta återspeglas i den internationella familje- och successionsrätten på så sätt att partsautonomi har vunnit inträde på dessa områden. Det måste dock påpekas att avgörande för HD synes uteslutande ha

¹⁷⁰ Detsamma har gällt för dansk internationell privaträtt. Den danska doktrinen synes även ha varit mer pragmatiskt inställd än den svenska. Utgångspunkten åtminstone sedan 1960-talet har varit att i dispositiva förmögenhetsmål tillämpas utländsk rätt endast av hänsyn till parterna. Av denna anledning ankommer det på en part att göra utländsk lags tillämpning gällande. När ett sådant yrkande uteblivit, har det legat nära till hands att förklara att parterna nöjt sig med dansk rätts användning. Då finns det inte heller någon anledning att belasta vare sig parterna eller domstolen med utredning rörande en utländsk lags innehåll. På andra dispositivt reglerade områden, där partsautonomi inte vinner stöd i lagvalsreglerna, har parterna ansetts kunna träffa lagvalsöverenskommelser sedan rättegången inletts. Se Philip, Dansk IP, s. 57-58.

¹⁷¹ Detsamma torde gälla för dansk rätt. Sålunda har det påpekats att det veterligen aldrig inträffat att en dansk domstol i ett dispositivt mål skulle ha tillämpat utländsk rätt ex officio. Se Philip, Dansk IP, s. 55 och Siesby, s. 47. Se också Lando, Juristen 1967, s. 3 med hänvisningar till ett antal domstolsavgöranden (not 9).

¹⁷² Se ovan, avsnitt 5.3.

¹⁷³ Se Jänterä-Jareborg, Partsautonomi, s. 66-67.

ländsk rätt används i målet är det ändå domstolen som bestämmer vilket lands lag som på grund av de åberopade omständigheterna skall tillämpas.¹⁶⁷ När parten av domstolen informerats av vilken relevans en av honom eller henne åberopad omständighet har för lagvalet, måste denna part naturligtvis, i enlighet med svensk processrätt, ha möjlighet att återta sitt åberopande.¹⁶⁸ Utsikten (risken) för utländsk rätts tillämplighet i målet kan t.o.m. bidra till en förlikning mellan parterna. Eftersom utländsk rätts tillämpning kan innebära både extra besvär och större kostnader, minskas processlusten kanske påtagligt när en part inser att domen kan komma att grundas på främmande rätt.

5.6 Måste alla dispositiva mål behandlas på samma sätt?

Frågan har ställts om alla dispositiva mål "måste skäras över en kam", när fråga är om förutsättningar för tillämpning av utländsk rätt, eller om det är påkallat att skilja mellan olika typer av mål.¹⁶⁹ Samma fråga har aktualitet också beträffande ett antal närrelaterade spørsmål. Nedan berörs olika grunder som skulle kunna motivera en olikartad behandling.

5.6.1 Obligationsrättsliga mål och andra mål – är en uppdelning motiverad?

Såsom framgått (avsnitt 5.2.1) har det i svensk rätt funnits en viss tendens att betrakta obligationsrättsliga mål med internationell anknytning som en säregen kategori. Oavsett hur väl-

¹⁶⁷ Rättegångsbalken I, 17:12a.

¹⁶⁸ Se Boman, s. 90; Lindell, Partsautonomins gränser, s. 42 och 66; Westberg, s. 553-554 samt Rättegångsbalken I, s. 17:11-17:12. Se också Bogdan, Svensk IP, s. 41.

¹⁶⁹ Pålsson, Svensk rättspraxis, s. 38.

mycket praktisk, eftersom den normalt torde innebära att lagvalsreglerna, och därmed även utländsk rätt, åsidosätts. En annan sak är sedan att domstolen när det finns utlandsanknytning genom sin materiella processledning bör undanröja oklarheterna rörande parternas syn på tillämplig lag.¹⁷⁸

5.6.3 Bör förekomsten av tvingande regler i den tillämpliga lagen påverka bedömningen?

Det finns numera en trend mot "socialiserad" civilrätt. En parallell till denna utveckling är den internationella privaträttens närmande till den materiella rätten, d.v.s. resultatorientering. Allt fler tvingande regler, grundade på ett socialt skyddsintresse och som på olika sätt slår vakt om den "svagare partens" rättsskydd, har införts i den interna rätten på tidigare dispositivt reglerade områden.¹⁷⁹ Ändock är mål rörande sådana tvingande reglerade frågor generellt sett enligt svensk rättsuppfattning inte indispositiva. *Sedan tvist uppkommit* kan en part med bindande verkan avstå från det skydd som han eller hon åtnjuter enligt reglerna.¹⁸⁰ Detsamma måste i internationellt privaträttsliga mål anses gälla en parts möjlighet att avstå från sådant skydd, vare sig den tillämpliga lagen är svensk eller utländsk.¹⁸¹

Förekomsten av tvingande skyddsnormer i den enligt lagvalsreglerna tillämpliga lagen kan knappast som sådan i nu aktuellt hänseende tjäna som kriterium för verksamhet ex

¹⁷⁸ Se ovan avsnitt 5.5.5.

¹⁷⁹ Se Wilhelmsson, s. 46 och Jänterä-Jareborg, SvJT 1995, s. 375.

¹⁸⁰ Se Ekelöf & Boman, Rättegång I, s. 57. Se också Rättegångsbalken I, 17:11.

¹⁸¹ Också i modern svensk internationellt privaträttslig lagstiftning finns motsvarande tvingande skyddsnormer. Se t.ex. 9 § i lagen (1990:272) om vissa internationella frågor rörande makars förmögenhetsförhållanden och 3 § i lagen (1991:351) om handelsagentur. I enlighet med vad som gjorts gällande i texten ovan måste en part, sedan rättegången inletts, med bindande verkan kunna avstå från de rättigheter som följer av de svenska reglerna.

officio från domstolens sida.¹⁸² Härför talar att domstolen inte kan förväntas ha kunskap om sådana regler i en utländsk lag, förrän den lagens tillämplighet (genom lagvalsreglerna) aktualiserats och lagens innehåll blivit utrett. Ett sådant kriterium skulle i själva verket innebära att domstolen "för säkerhets skull" i vissa typer av dispositiva mål alltid vore skyldig att beakta lagvalsreglerna och – på ett eller annat sätt – skaffa fram utredning om innehållet i (eventuellt) tillämplig främmande lag. Mot en sådan lösning talar naturligtvis också processekonomiska överväganden.

Alldeles givet är dock svaret inte. Under alla omständigheter förefaller det rimligt att domstolen i frågor där sociala skyddsintressen allmänt sett brukar stå på spel, såsom tvister rörande underhåll till barn, konsumentskydd och arbetstagskydd, utövar en aktiv materiell processledning och, följaktligen, i den svagare partens intresse i princip alltid för lagvalsfrågan på tal.¹⁸³ I nuvarande internationellt privaträttslig praxis synes dessa mål dock inte inta någon särställning, utan behandlas som vanliga dispositiva mål också beträffande lagvalsfrågan.¹⁸⁴

5.6.4 Bör konventionsgrundade lagvalsregler särbehandlas?

Enhetliga konventionsgrundade lagvalsregler syftar till att frågorna inom deras tillämpningsområde bedöms lika oavsett i

¹⁸² Däremot kan det finnas anledning att ställa hårdare krav på domstolen vid utredningen av innehållet i den tillämpliga främmande lagen när sociala skyddsintressen står på spel. Detta spörsmål aktualiseras dock först när det redan bestämts att målet är att bedöma enligt utländsk lag. Se Bengtssons uttalande i *NJA* 1987 s. 885 rörande vilka krav som i ett sådant mål bör ställas på utredning om innehållet i utländsk rätt, nedan avsnitt 7.4.4.

¹⁸³ Se även Lindblom som anser att dispositionsprincipen och en aktiv materiell processledning framstår som något av nödvändiga betingelser för varandra på rättsområden som t.ex. konsument-, miljö- och hyresrätten. Dispositionsprincipen bör enligt honom behållas så långt som möjligt men kombinderas med en särskilt aktiv materiell processledning i mål där tvingande lagstiftning av nu aktuellt slag förekommer. Lindblom, s. 53.

¹⁸⁴ I vissa fall kan dock svensk rätt slå igenom som en sorts internationellt tvingande lag. Se Jäntrå-Jareborg, *SvJT* 1995, s. 375-378.

vilken konventionsstat som frågan tas upp. Om olika förut-sättningar för lagvalsreglernas och därmed utländsk rätts till-lämpning gäller i de olika konventionsanslutna staterna, undergrävs naturligtvis denna målsättning högst påtagligt. Konventionsanslutningen – och därmed sammanhängande krav på staten att leva upp till sina folkrättsliga åtaganden – skulle kunna ses som skäl till varför sådana lagvalsregler, oav-sett att målet enligt svensk rättsuppfattning är dispositivt, bör tillämpas ex officio av domstolen. Det är en vanlig uppfattning utomlands att domstolen på eget initiativ skall tillämpa kon-ventionsgrundade lagvalsregler och är i förhållande till dessa regler inte bunden av parternas yrkanden.¹⁸⁵

Den svenska ståndpunkten: alla lagvalsregler är likvärdiga

Resonemanget har dock saknat förankring i svensk internationell privaträtt. Idén att man skulle göra skillnad mellan sådana lagvalsregler som grundar sig på av Sverige ratificerade inter-nationella konventioner och andra lagvalsregler har haft litet stöd i modern svensk doktrin.¹⁸⁶ Hur man i lagstiftningssam-manhang sett på frågan är svårt att bedöma i avsaknad av en-tydiga ställningstaganden i lagmotiven.¹⁸⁷

¹⁸⁵ Se t.ex. Lequette, Rev.crit.d.i.p. 1989, s. 318-321. Denna uppfattning kommer dock inte alltid till uttryck i rättstillämpningen.

¹⁸⁶ Jfr dock Undén, Internationell äktenskapsrätt, s. 5-6. Också Eek verkar tillmäta en bakomliggande folkrättslig förpliktelse särskild betydelse när han anför att konven-tionsgrundade lagvalsregler förpliktar domstolarna att energiskt efterforska innehållet i tillämplig främmande lag. Eek, Lagkonflikter I, s. 229-230. – En annan sak är att kon-ventionsgrundade lagvalsregler, liksom andra konventionsgrundade internationellt privaträttsliga regler, normalt bör ges företräde framför andra regler. Här rör det sig om en allmän grundsats som utgör utgångspunkten också i det pågående reform-arbetet inom den internationella familjerätten, se t.ex. SOU 1987:18.

¹⁸⁷ Ett illustrativt exempel är de överväganden som den planerade ratificeringen av 1961 års Haagkonvention om lagkonflikter i fråga om formen för testamentariska för-ordnanden gav upphov till, se prop. 1973:175. Det påpekas, s. 16, att de fördrags-slutande staterna förpliktar sig genom konventionen att generellt tillämpa konven-tionens regler om tillämplig lag i fråga om formen för testamentariska förordnanden och att en fördragsslutande stat inte får uppställa strängare krav på giltighet än kon-ventionen medger. I beskrivningen av konventionens art. 1, som motsvarar den sena-re antagna regeln i 1 kap. 4 § IDL, anges bestämmelsen räkna upp flera olika lagar som *fakultativt får tillämpas*, se s. 10. Man torde dock kunna påstå att om domstolen inte ex officio beaktar de alternativa lagvalsgrunder som har aktualitet i det fall som

Det har dock inte varit fråga om slapphänthet i förhållande till möjligheterna att tillämpa utländsk rätt, utan länge om själva motsatsen: Lagvalsreglerna och av dem anvisad utländsk rätt ansågs böra tillämpas på tjänstens vägnar, oavsett målets art och oavsett om det rörde sig om konventionsgrundad lagstiftning eller autonoma regler.¹⁸⁸ När en attitydförändring senare gradvis ägde rum, kom även den att innefatta *alla* lagvalsregler.

I NJA 1993 s. 341 angav sålunda HD att målet var att pröva enligt svensk rätt, eftersom det inte hade gjorts gällande att det omtvistade testamentet var giltigt enligt engelsk rätt, d.v.s. lagen i den andra till fallet nära anknutna staten. Detta uttalande har särskild relevans i det nu aktuella sammanhanget. Lagvalsregeln i svensk rätt rörande ett testaments giltighet till formen (1 kap. 4 § IDL) grundar sig nämligen på en av Sverige ratificerad Haagkonvention och utpekar i ett fall som det nu aktuella den engelska rätten som alternativt tillämplig. Uttalandet visar tydligt att HD i ett enligt svensk rättsuppfattning dispositivt mål inte fäste avseende vid den i och för sig tillämpliga lagvalsregelns konventionsbakgrund såtillvida, att härav skulle ha ansetts följa mer långtgående skyldigheter för domstolen än vad generellt gäller i dispositiva mål.

Lagvalsregler som härstammar från av Sverige ratificerade internationella konventioner är sällsynta i svensk rätt, sedan Sverige frånträtt de tidiga familjerättsliga Haagkonventionerna.¹⁸⁹ För närvarande (1996) finns sådana regler endast i 1 kap. 4 § IDL (rörande testaments giltighet till formen) och i lagen (1964:528) om tillämplig lag beträffande internationella köp av lösa saker, vilka båda grundar sig på av Sverige tillträdna Haagkonventioner. Härutöver finns det vissa konventionsgrundade internordiska lagvalsregler. De senare medför

skall bedömas, ställer man de facto strängare krav på giltighet än vad som följer av konventionen! Jfr NJA 1993 s. 341, ovan avsnitt 5.4.3 och 5.5.4.

¹⁸⁸ Se ovan, avsnitt 4.4.2.

¹⁸⁹ Se ovan, avsnitt 2.3.3 och 4.3.3.

dock regelmässigt tillämpning av forumstatens lag (i egenskap av *lex domicilii*) och är mindre intressanta i sammanhanget.¹⁹⁰

En förklaring till varför betydelsen av en konventionsanslutning inte närmare analyserats hos oss, när det gäller förutsättningarna för lagvalsreglernas och utländsk rätts tillämpning, kan vara att sådana lagvalsregler är relativt få i svensk rätt. Frågan har helt enkelt haft för liten betydelse för att dra uppmärksamhet till sig. Alternativt har det tagits för givet att det processuella förfarandet, inklusive rollfördelningen mellan domstolen och parterna, även i dessa fall i alla hänseenden följer svensk lag.

Kan Sveriges EU-medlemsskap ge anledning till omprövning?

För Sverige som ny medlemsstat i EU kan det dock finnas anledning att se spörsmålet i ny dager. Det finns numera ett större antal obligationsrättsliga lagvalsregler av EG-rättsligt ursprung som syftar till att på olika sätt bidra till den gemensamma marknaden. Det kanske viktigaste instrumentet på området är 1980 års konvention om tillämplig lag för avtalsrättsliga förpliktelser, antagen mellan dåvarande EG-stater i Rom (= Romkonventionen).¹⁹¹ Denna konvention har tillträtts av EU:s tolv första medlemsstater. En tilläggskonvention om de tre nya medlemsstaternas tillträde till Romkonventionen blev färdigförhandlad i maj 1996. Därmed är det bara en tidsfråga innan de nya lagvalsreglerna har införlivats med svensk rätt.

Romkonventionen är att uppfatta som en direkt fortsättning till 1968 års EG-konvention om domstols behörighet och om verkställighet av domar på privaträttens område (= Brysselkonventionen), som brukar härledas från artikel 220 i Romför-

¹⁹⁰ I vissa situationer kan dock tillämpning av en annan konventionsstats lag aktualiseras, exempelvis när en arvinge, enligt 1 § NDL, yrkar tillämpning av lagen i den stat där den avlidne var medborgare. Med tanke på behovet i sådana fall av upplysningar rörande innehållet i en annan konventionsstats lag antogs i samband med den nordiska arvskonventionen (1934) ett särskilt slutprotokoll om saken.

¹⁹¹ Se ovan, avsnitt 3.5.3.

draget.¹⁹² Lagvalskonventionens syfte är att genom enhetliga regler om kontraktsrättsligt lagval bidra till den fria rörligheten av personer, gods, tjänster och kapital inom EG. En enhetlig tillämpning och tolkning av konventionen, i enlighet med i Romfördraget fastställda principer, har ansetts viktig.¹⁹³

Om konventionsreglernas tillämpning i de olika EU-staterna är bunden till olika, i varje stat gällande "nationella" villkor för lagvalsreglernas och utländsk rätts användning, minskas konventionens betydelse väsentligt. Man kan befara att detta skulle kunna uppmuntra till *forum shopping* inom EU och på så sätt gå stick i stäv mot Romkonventionens intentioner.¹⁹⁴ Om en dom meddelad i en EU-stat måste (i enlighet med Brysselkonventionen) erkännas inom hela Unionen, kan det tyckas vara önskvärt att domstolarna inom Unionen tillämpar samma stats lag.

Härutöver innefattar flera EG-direktiv även lagvalsfrågor. Några av dessa har redan införlivats med svensk rätt.¹⁹⁵ Direktiven binder medlemsstaterna i fråga om själva resultatet. Det torde strida mot direktivens syften, ifall lagvalsreglerna i dem inte skulle tillämpas under likartade förutsättningar i de olika medlemsstaterna.

Trots frågans stora principiella betydelse för alla EU:s medlemsstater har den mig veterligt blivit mycket litet diskuterad.¹⁹⁶ En förklaring kan vara att läran om tillämpning *ex officio* av lagvalsreglerna och utländsk rätt, särskilt när fråga är om konventionsgrundad lagstiftning, varit tämligen väletablerad i flertalet av EU:s medlemsstater. Idén om lagvalsreglernas och utländsk lags tillämpning endast på begäran av part har

¹⁹² Se Giuliano & Lagarde, O.J. 1980 No C 281/5. "In short, it forms part of 'the Community legal order'", säger Plender, s. 7-8 om Romkonventionen.

¹⁹³ I konventionens artikel 18 slås fast att konventionsbestämmelserna skall tillämpas enhetligt: "Vid tolkning och tillämpning av ovanstående enhetliga regler skall hänsyn tas till deras internationella karaktär och till önskemålet om en enhetlig tolkning och tillämpning." Se Ds 1996:7.

¹⁹⁴ Se ovan, avsnitt 3.5.3.

¹⁹⁵ Som exempel kan anges lagen (1993:645) om tillämplig lag för vissa försäkringsavtal och 13 § lagen (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden.

¹⁹⁶ De senaste åren har den dock börjat uppmärksammas. Se Fentiman, LQR 1992, s. 144-145 och Lando, FS Due, s. 216-217 och s. 221-223.

inte heller vunnit gehör i nationellt lagstiftningsarbete på den europeiska kontinenten.¹⁹⁷ Det synes ha tagits mer eller mindre för givet att en domstol gör bruk av Romkonventionens regler, när en avtalstvist faller inom konventionens tillämpningsområde, oavsett om parterna (en part) begär det.¹⁹⁸ Att diskussion hittills i stor utsträckning uteblivit torde också kunna förklaras med att 1980 års lagvalskonvention trädde i kraft så pass sent som i april 1991; en del av de andra direktivgrundade lagvalsreglerna är av ännu senare datum.

Skeptiska uttalanden har framförts i dansk och engelsk doktrin. Enligt Philip är alla de frågor, som inte behandlas i Romkonventionen, underkastade de allmänna internationellt privaträttsliga principerna i varje fördragsslutande stat. "Eksistensen af en konvention medfører ikke en højere grad af forpligtelse til at anvende fremmed ret end den, der gælder i relation til ulovbestemte lovvalgsregler", anför han för dansk rätts del.¹⁹⁹ Lando avfärdar idén om lagvalsreglernas ex officio-tillämpning och anser att ett sådant krav leder till hyckleri och kringgående.²⁰⁰ Enligt North kan Romkonventionen inte skapa enhetlighet vid det avtalsrättsliga lagvalet på grund av de olika bevisregler som gäller i medlemsstaterna.²⁰¹ Detta uttalande har jag tolkat såsom avseende de särskilda villkor som gäller vid engelsk domstol när utländsk rätt skall tillämpas och som skiljer sig markant från vad som gäller på den europeiska kontinenten. Den intresserade parten måste enligt engelsk rätt både åberopa utländsk rätt ("plead foreign law") och styrka

¹⁹⁷ Se nedan, avsnitt 6.6.1-6.6.3.

¹⁹⁸ Jfr dock Lando enligt vilken utländsk rätt på det avtalsrättsliga området i flertalet av medlemsstaterna tillämpas endast på begäran av part. Lando, FS Due, s. 216.

¹⁹⁹ Philip, EU-IP, s. 135. Enligt i dansk rätt rådande uppfattning tillämpas utländsk rätt på sådana områden där partsautonomi råder endast på begäran av part. Detta synsätt får således stor relevans inom hela Romkonventionens tillämpningsområde. Se Philip, Dansk IP, s. 57. "Ulovbestemte lovvalgsregler", d.v.s. icke lagfästa lagvalsregler, är mycket vanliga i dansk internationell privaträtt.

²⁰⁰ "In our view the ideal claim that the choice of law rule should be applied and foreign law ascertained in all cases will lead to hypocrisy and covert techniques. The courts have shown how reluctant they are to apply the choice of law rules, and how often they have thrown false weights in the scales in order to avoid foreign law. That has done more damage to justice than a realistic resignation." Lando, FS Due, s. 222.

²⁰¹ North, s. 123.

("prove") dess innehåll; annars tillämpas engelsk rätt.²⁰² Fentiman tar upp samma problem. Han finner det inte vara uteslutet att frågan om "voluntary pleading" av utländsk rätt, vilket i engelsk rätt innebär att parterna fritt avgör om de vill göra utländsk rätt gällande, är att betrakta som avseende bevisning och förfarande, vilka (enligt Romkonventionens art. 1 st. 2 punkten h) faller utanför konventionens tillämpningsområde.²⁰³ Oavsett hur den nu aktuella frågan kvalificeras innebär parternas skyldighet enligt engelsk rätt att styrka innehållet i utländsk rätt att utländsk rätt inte kan tillämpas om parterna underlåter att komma med utredning.²⁰⁴ Här har vi, åtminstone enligt det engelska synsättet, att göra med en renodlad fråga om bevisning som inte omfattas av konventionen.

Ser man på reglernas utformning i Romkonventionen synes de dock stöda en ex officio-tillämpning av lagvalsreglerna: "the contract *shall* be governed by the law chosen by the parties" (art. 3), respektive "the contract *shall* be governed by the law of the country with which it is most closely connected" (art. 4). Av betydelse är också att konventionen vid lagvalet utesluter en blott presumerad (hypotetisk) partsvilja, vilken tidigare i stor utsträckning i medlemsstaternas rättspraxis avgjort lagvalet till förmån för tillämpning av forumstatens lag.²⁰⁵ Enligt artikel 3 i Romkonventionen skall parternas val av tillämplig lag vara uttryckligt eller på annat sätt tydligt framgå av avtalsbestämmelser eller av övriga omständigheter. Endast om dessa krav uppfylls, kan parternas önskemål om tillämpning av forumstatens lag beaktas; detta gäller även i fråga om en processuell lagvalsöverenskommelse.²⁰⁶ Vidare, så får kon-

²⁰² Se nedan, avsnitt 6.6.4.

²⁰³ Fentiman, LQR 1992, s. 144-145.

²⁰⁴ I engelsk rätt brukar denna utredning bestå av att s.k. expertvittnen förhörs av domstolen. Se nedan, avsnitt 6.6.4.

²⁰⁵ Se Giuliano & Lagarde, O.J. 1980 No C 281/5, s. 19-20 och Lando, RabelsZ 1993, s. 168 och s. 159.

²⁰⁶ "The application of the forum law should ... always need a common accord of the parties. Mere silence with regard to the choice of laws issue should not suffice. Vischer, Rec. des Cours 1992:I, s. 79. Enligt Lando, FS Due, s. 216, har dessa krav åsidosatts exempelvis i tysk rättspraxis. Philip, EU-IP, s. 139-140, anser att ett lagvalsavtal enligt Romkonventionen också kan träffas på så sätt att "den ene part ikke pro-

ventionens artikel 4 mycket begränsad genomslagskraft om konventionens lagvalsregler och utländsk rätt bara tillämpas på uttrycklig begäran av en part. En möjlighet för en part att på detta sätt sätta konventionens kanske viktigaste lagvalsregel ur spel vore anmärkningsvärd.²⁰⁷ Likadana tveksamheter uppstår i förhållande till art. 5 st. 3 (konsumentavtal) och art. 6 st. 2 (anställningsavtal) i Romkonventionen.

De argument som med (viss) framgång kunnat riktas mot tillämpning ex officio av nationella, autonoma lagvalsregler och kanske även mot i en icke-regional organisation antagna allmänt tillämpliga lagvalskonventioner, kan i sig knappast anses ha samma tyngd ifråga om inom EG utarbetade lagvalsregler. Här rör det sig om den gemensamma marknadens funktionsduglighet, d.v.s. en alldeles speciell form av "internationell samfärdsel", till vilken en enhetlig tillämpning av de enhetliga lagvalsreglerna kan väsentligt bidra.²⁰⁸ Därför synes det vara rimligt att hävda att dessa regler ställer längre gående krav på en EU-stats domstol än vad andra i en EU-stat gällande lagvalsregler gör och att ett måls internrättsliga klassificering som dispositivt, indispositivt, e.dyl., härvidlag är mer eller mindre irrelevant.

EG-rätten tillämpas visserligen i de olika medlemsstaterna utifrån där gällande nationella processregler, vilket skulle kunna anses innebära att de ovan nämnda skeptiska åsikterna har relevans även för svensk rätts del och påverkar ställningstagandet. Å andra sidan skall medlemsstaterna enligt art. 5 i EG-fördraget vidta alla lämpliga åtgärder, både allmänna och särskilda, för att säkerställa att de skyldigheter fullgörs som följer av fördraget eller av åtgärder som vidtagits av gemenskapens institutioner. Medlemsstaterna skall vidare underlätta att ge-

testerer imod den lov, især lex fori, der lægges til grund af den anden part i dennes processkrifter eller procedure".

²⁰⁷ Saken kan få avsevärd praktisk betydelse emedan erfarenhetsmässigt parterna sällan i förväg gör bruk av sin rätt att avtala om tillämplig lag. Se Bogdan, Svensk IP, s. 234. Jfr dock Lando, FS Due, s. 222.

²⁰⁸ Lando, FS Due, s. 223, hävdar i stället att lagvalsreglerna kommer till korta i detta hänseende och efterlyser en enhetlig europeisk avtalsrätt. – En annan förmodligen ännu mer utopisk metod vore en för Unionen gemensam civilprocessrätt.

menskapens uppgifter fullgörs och avstå från varje åtgärd som kan äventyra att fördragets mål uppnås.

Det verkar givet att lagvalsreglerna baserade på EG-direktiv måste betraktas som särskilt förpliktande, åtminstone i den mån de är förenliga med direktivens krav. Att tillämpningen av Romkonventionens lagvalsregler görs beroende av parternas processföring i enlighet med reglerna i RB möter i och för sig mindre invändningar, men bör enligt min mening ändå avfärdas av ovan angivna skäl. Vad beträffar Romkonventionens (framtida) tillämpning i Sverige innebär konventionen den "lättningen" att partsautonomi gäller som huvudregel och ger parterna möjlighet att när som helst avtala om svensk rätts tillämpning. Det stora flertalet fall som tas upp i Sverige kommer förmodligen att på denna grund kunna avgöras enligt svensk lag. Det måste dock krävas att svensk domstol vid minsta tvekan om huruvida en överenskommelse föreligger om svensk lags tillämpning för lagvalsfrågan på tal.²⁰⁹ Vidare, om utländsk lag är att tillämpa, bör konventionens EG-bakgrund och syfte innebära att domstolen är skyldig att aktivt verka för att tillfyllestgörande utredning kan framskaffas om den främmande lagens innehåll.²¹⁰ I bägge hänseendena synes det motiverat att ställa strängare krav på domstolen än vad som gäller i "vanliga" fall.

²⁰⁹ Jfr Lando, som anser att domstolen inte bör föra fram lagvalsfrågan om den har anledning att tro att tillämpning av lex fori leder till samma resultat som den tillämpliga främmande lagen. Detsamma bör gälla om utredning angående den främmande lagen inte skulle stå i proportion till tvistens betydelse. Se Lando, FS Due, s. 222.

²¹⁰ Åtgärder borde vidtas inom EU som syftar till att underlätta utbyte av information om medlemsstaternas lagar. Även om det finns anledning att se positivt på den europeiska konventionen angående upplysningar om utländsk rätt (nedan, avsnitt 6.7), bör det inom Unionen finnas förutsättningar för ett effektivare samarbete i detta hänseende. Den europeiska konventionen hade år 1996 tillträtts av samtliga EU-stater utom Irland.

5.6.5 Andra grunder för olika behandling

Twistens värde, m.m.

Eftersom tillämpning av utländsk rätt förutsätter att dess innehåll dessförinnan utretts (om nu inte domstolen i förväg råkar känna det – se ovan avsnitt 4.4.3), finns det en risk för dröjsmål i processen och ökade kostnader. Av denna anledning har det hävdats, i synnerhet i dansk doktrin, att domstolen bör föra lagvalsfrågan på tal endast i principiellt eller ekonomiskt betydelsefulla mål, där utredning av innehållet i utländsk rätt inte står i uppenbart missförhållande till twistens värde,²¹¹ eller när en part uppträder i underrätt utan advokat.²¹² Domstolen bör föra lagvalsfrågan på tal också i vissa andra situationer när ena parten uteblivit, förutsatt att den utländska anknytningen är tydlig och domstolen upptäcker att lagvalsfrågan har betydelse för twistens utgång.²¹³

Dessa åsikter avser dock i första hand *domstolens materiella processledning*, som diskuterats ovan i avsnitt 5.5.5, inte frågan om domstolens skyldighet att ex officio tillämpa främmande rätt. Liknande grunder kan dock påstås ha relevans för all domstolens verksamhet ex officio i utlandsanknutna mål.

Lagvalet saknar relevans för twistens utgång

När de ifrågakommande rättsordningarna har identiskt innehåll på den i målet aktuella punkten, är det enligt Bogdan tillräckligt att domstolen konstaterar detta utan att behöva besvara lagvalsfrågan, d.v.s. avgöra vilken av de ifrågakommande lagarna som är att tillämpa i målet.²¹⁴ Till stöd för denna uppfattning kan åberopas processekonomiska argument. Internationellt sett är dock åsikten, som är vanlig även i utländsk

²¹¹ Se Lando, Juristen 1967, s. 4 och densamme i FS Due, s. 222.

²¹² Philip, Dansk IP, s. 58.

²¹³ Philip, Dansk IP, s. 58-59.

²¹⁴ Bogdan, Svensk IP, s. 44. Bogdan synes dock förutsätta att domstolen i domen (eller under målets handläggning i parternas närvaro) förklarar varför den avstått från lagvalet.

doktrin och som också har kommit till uttryck i rättspraxis, långtifrån okontroversiell.²¹⁵

Av relevans i sammanhanget har varit osäkerheten huruvida en revision till den högsta rättsinstansen alls är möjlig, när lagvalet på detta sätt lämnats öppet. Frågan hänger samman med att enligt många länders processrätt kan, på diverse grunder, utländsk rätts tillämpning inte omprövas av den högsta instansen²¹⁶ och får därför stor principiell betydelse om en av de ifrågakommande rättsordningarna är *lex fori*. Fastän något motsvarande förbud inte finns i svensk processrätt, kan utsikterna för ett prövningstillstånd i HD vara sämre när det inte framgår på vilken stats lag avgörandet grundats.²¹⁷ Ett annat motargument är att de ifrågakommande lagarna kan ha ett verkligen identiskt innehåll endast när det rör sig om unifierad materiell lagstiftning, såsom CISG. Sådana regler finns, generellt sett, endast i begränsad utsträckning. Inte ens sådan lagstiftning inom EU-staterna, som grundar sig på EG-direktiv, kommer, annat än undantagsvis, att uppfylla detta krav. Således måste det vara fråga om att *resultatet* blir detsamma oavsett vilken stats lag som tillämpas. Ett ställningstagande i detta hänseende torde vara möjligt först efter vissa jämförelser mellan de ifrågakommande rättsordningarna. En sådan rättsjämförelse bör i sin tur genomföras med viss grundlighet, om man inte nöjer sig med en sannolikhetsbedömning som också kan slå fel.²¹⁸ Samtidigt innebär detta – en viss utredning av den utländska rätten är ju nödvändig – att

²¹⁵ Enligt Varady, FS Zajtay, s. 501, är metoden vanlig i internationellt kommersiellt skiljeförfarande. Jessurun d'Oliveira, Hague-Zagreb Essays, s. 227, gör i sin tur gällande att metoden, som han kallar för "non-selection rule", används flitigt av lägre rättsinstanser.

²¹⁶ Se nedan, avsnitt 7.5.

²¹⁷ Se nedan, avsnitt 7.5.

²¹⁸ Oftast torde valet stå mellan tillämpning av svensk rätt eller utländsk rätt. Om resultatet på lösa grunder anses vara detsamma oavsett om svensk eller utländsk rätt tillämpas, är situationen helt jämförbar med den som gäller när en helt eller delvis outredd utländsk lag, som funnits vara utslagsgivande i målet, presumeras överensstämma med svensk rätt. Se nedan, avsnitt 7.4.2.

de processekonomiska fördelarna med metoden går förlorade och, därmed, själva poängen med den.²¹⁹

Summarisk process

Enligt ett beslut av Belgiens högsta domstol från 1985 får domstolarna i *summariskt rättegångsförfarande* tills vidare lämna utländsk rätt obeaktad.²²⁰ Beslutet föranleddes när denna processform översvämmades av utlandsanknutna familjerättsmål. Det bör noteras att summarisk process i Belgien, liksom också i flera andra kontinentaleuropeiska stater, har en klart vidare innebörd än i svensk rätt. Den omfattar alla sorters interimistiska förordnanden, som dessutom ofta tenderar att bli permanenta.²²¹ I Nederländerna har dock den högsta domstolen gjort klart i ett antal avgöranden att även vid detta förfarande är domaren skyldig att på eget initiativ tillämpa lagvalsreglerna och av dem anvisad utländsk rätt.²²²

I svensk rätt brukar summarisk process definieras som ett förenklat processuellt förfarande i stället för vanlig rättegång, exempelvis ett betalningsföreläggande eller en handräckning. I internationellt privaträttsliga sammanhang har denna processform relevans exempelvis vid handräckning för överflyttning av barn till vårdnadshavare enligt 21 kap. 7 och 8 §§ FB. Vid detta förfarande kan tillämpning av utländsk rätt aktualiseras vid vårdnadsfrågans bedömning, när sökanden grundar sin

²¹⁹ Se Schwind, IPR, s. 59: "Wenn das Ergebnis wirklich in allen Folgerungen gleich oder der Anspruch unter allen denkbaren Gesichtspunkten abzuweisen ist, dann ließ sich dieser Standpunkt aus praktischen, prozeßökonomischen Gründen vertreten. In den allermeisten Fällen war aber die Gleichheit des Ergebnisses nur scheinbar." Likheten beträffande resultatet är enligt Schwind, m.a.o., normalt endast skenbar. Av denna anledning lämnar den nya österrikiska IP-lagen inget utrymme för det nu aktuella tillvägagångssättet.

²²⁰ Cour de Cassation, 12 December 1985. Se Erauw, FS Voskuil, s. 73.

²²¹ En bra beskrivning av *kort geding*, d.v.s. en form av summarisk process i nederländsk rätt, ges av Jessurum d'Oliveira i FS Voskuil, s. 124 ff. Förfarandet karakteriseras framför allt av dess snabbhet – avgörandet ges normalt inom åtta dagar och i vissa fall t.o.m. samma dag.

²²² Kritiskt, Jessurum d'Oliveira, FS Voskuil, s. 130-131.

ställning som vårdnadshavare direkt på lag och barnet har sitt hemvist utomlands.²²³

Det finns ett antal fall i svensk rättspraxis där ansökan om handräckning gjorts av en utomlands bosatt vårdnadshavare, oftast på grund av att barnet olovligen förts till Sverige eller olovligen kvarhållits här, varvid överflyttning av barnet till utlandet aktualiserats.²²⁴ Sådan handräckning anses i princip kunna ske under samma förutsättningar som i rent interna fall, låt vara att den i praktiken ger upphov till särskilda problem. Påpekas skall också att oavsett huruvida vårdnadsfrågans bedömning enligt lagvalsreglerna borde ha grundats på utländsk rätt, har svensk lag ändock i flertalet fall varit styrande.²²⁵

5.6.6 Slutsatser

I detta avsnitt ställdes inledningsvis frågan om alla dispositiva mål måste behandlas lika i fråga om förutsättningar för utländsk rätts användning. Olika grunder har diskuterats som skulle kunna tala för en differentiering. Endast i ett fall förefaller det dock givet att strängare krav systematiskt bör ställas på domstolen, nämligen när det gäller de harmoniserade lagvalsreglerna inom EG (avsnitt 5.6.4). I de övriga fallen torde det ofta finnas skäl för att domstolens officialverksamhet begränsar sig till en måttligt aktiv materiell processledning.

²²³ Se t.ex. RÅ 1970 s. 432, där californisk lag beaktades. – Denna möjlighet nämns också i lagens förarbeten. Se NJA II 1967, s. 477.

²²⁴ Se Bogdan, JFT 1982, s. 110-114 och Pålsson, Svensk rättspraxis, s. 135-139.

²²⁵ Skälen härför har dock varierat något. Se nedan, avsnitt 5.7.6. Intressant nog uppmanar lagförarbetena till försiktighet vid utländsk rätts användning (såsom också när det gäller verkställighet av främmande domar). Utländsk rätt anges inte utan vidare kunna jämföras med svensk lag. Av särskild relevans i sammanhanget anges barnets bästa vara. Se NJA II 1967, s. 477.

5.7 Indispositiva mål

5.7.1 Vilka mål är indispositiva enligt svensk rätt?

Vad beträffar mål, som enligt svensk rättsuppfattning är *indispositiva*, är läget till synes klarare. I doktrinen anges enighet råda om att de svenska lagvalsreglerna och av dem utpekad utländsk lag skall beaktas *ex officio* av domstolen och andra myndigheter.²²⁶

Eftersom andra krav anses gälla beträffande dessa mål än i fråga om dispositiva mål, är det viktigt att identifiera vilka mål som enligt svensk rätt anses vara indispositiva.

I den internationellt privaträttsliga litteraturen har man i stor utsträckning nöjt sig med att definiera dessa mål som mål där förlikning om saken inte är tillåten.²²⁷ Motsatsen utgörs av dispositiva mål som behandlats i de föregående avsnitten och kännetecknas av att "förlikning är tillåten". Definitionerna ansluter sig till terminologin i RB, där man på flera ställen använder lokutionen "mål där saken är sådan, att förlikning där-om är tillåten", respektive mål där förlikning "icke är tillåten".

I svensk rätt hänförs till gruppen indispositiva mål alla typer av familjerättsliga statusmål, såsom äktenskapsmål, partnerskapsrättsliga mål, faderskapsmål, adoptionsärenden och även vårdnadsmål. Övriga familjerättsmål, liksom förmögenhetsrättsliga mål i allmänhet, klassificeras i regel som dispositiva. I den förmögenhetsrättsliga gruppen betraktas dock vattenmål och fastighetsbildningsmål som indispositiva.²²⁸ Kännetecknande för indispositiva mål är att ett tungt vägande allmänt

²²⁶ Se t.ex. Bogdan, Svensk IP, s. 40-41 och Pålsson, Bülow, m.fl., s. 8. Samma skäl som tidigare angivits tala för att rollfördelningen mellan domstolen och parterna i dispositiva mål med utlandsanknytning följer reglerna i RB talar för en motsvarande slutsats i sådana utlandsanknutna mål som enligt svensk intern rätt är indispositiva.

²²⁷ Bogdan, Svensk IP, s. 40.

²²⁸ Se Ekelöf & Boman, Rättegång I, s. 52 och Rättegångsbalken I, s. 17:10-11.

intresse anses vara inblandat.²²⁹ Vid handläggningen gäller *officialprincipen*. Om målet har utlandsanknytning anses det innebära bl.a. att parterna inte får disponera över lagvalsreglerna.

Alla fall kan inte lösas genom en mekanisk subsumtion under kriteriet "att saken är sådan att förlikning därom inte är tillåten".²³⁰ Som exempel kan anges mål rörande vårdnaden om barn, där föräldrarna är ense i vårdnadsfrågan. Även om rätten kan förordna i överensstämmelse med föräldrarnas vilja är den inte bunden av deras avtal, om resultatet är "uppenbart oförenligt med barnets bästa". Fastän föräldrarnas överenskommelse om vårdnaden tillmätts stor betydelse, är vårdnadsmål underkastade en sådan "officialbevakning" att de betraktas som indispositiva.

Problematiskt kan också vara att avgöra om ett mål överhuvudtaget är indispositivt. Exempelvis har mål om underhåll till barn beskrivits som "i huvudsak dispositiva".²³¹ Enligt Ekelöfs och Bomans uppfattning är mål om underhåll till barn såtillvida indispositiva att domstolen ex officio skall vara verksam till fördel för barnet. I underhållsmål med utlandsanknytning borde härav följa att parterna får disponera över lagvalet endast när det ligger i barnets intresse.

En annan sak är sedan att dispositiva och indispositiva frågor kan handläggas i samma mål, utan att hela målet behöver subsumeras under den ena eller den andra kategorin (s.k. blandade mål). I dessa fall tillämpas dispositionsprincipen endast i fråga om det processmaterial som läggs till grund för avgörandet i den dispositiva delen;²³² målet i övrigt är underkastat *officialprincipen*. Förfarandet lämpar sig också för mål med utlandsanknytning, såsom exempelvis *NJA* 1973 s. 57 bekräftar.²³³

I den processrättsliga litteraturen anges indispositiva mål karakteriseras av att domstolen i viss utsträckning kan grunda

²²⁹ Enligt Westberg, s. 45-46, är allmänt intresse sådant som (fiktivt) hänförs till samtliga medborgare eller merparten av dem. Det är fråga om intressen som avser den grundläggande samhällsstrukturen i socialt och ekonomiskt hänseende.

²³⁰ Se Ekelöf & Boman, Rättegång I, s. 56 med hänvisningar. Kategoriklyvningen mellan helt dispositiva och helt indispositiva mål får numera anses vara överspelad. Se Lindblom, s. 32 och Westberg, s. 83.

²³¹ Ekelöf & Boman, Rättegång I, s. 56.

²³² Se Ekelöf & Boman, Rättegång I, s. 57.

²³³ Se ovan, avsnitt 5.3.1.

domen på rättsfakta, som inte åberopats av part, samt ex officio införskaffa vittnesbevisning. Parts erkännande och medgivande är inte bindande för rätten, och parts utevaro leder inte till tredskodom.²³⁴ Det bör påpekas att förekomsten av tvingande regler inom ett i övrigt dispositivt reglerat område inte automatiskt medför att mål rörande sådana indispositivt reglerade frågor skulle betraktas som indispositiva; tvärtom anses dessa mål generellt sett vara underkastade dispositionsprincipen.²³⁵ *Sedan tvist uppkommit* kan nämligen en part i stor utsträckning med bindande verkan avstå från det skydd som han eller hon åtnjuter enligt de tvingande reglerna.²³⁶

5.7.2 Vad innebär ex officio-tillämpning av lagvalsreglerna och utländsk rätt i dessa mål?

Vad betyder det i praktiken att lagvalsreglerna och utländsk rätt skall tillämpas ex officio, när målet enligt svensk rättsuppfattning är indispositivt? Nedan görs ett försök att besvara denna fråga.

Parterna kan inte disponera över anknytningsfakta

I strikt bemärkelse måste en ex officio-lära i dessa fall innebära att parterna saknar möjlighet att sätta den tillämpliga lagvalsregeln – och därmed ofta en viss utländsk rätt – ur spel. De internationellt privaträttsligt relevanta omständigheterna, lagvalsreglerna och av dessa anvisad rättsordning skall beaktas ex officio av domstolen som också är skyldig att av egen drift tillämpa lagvalsreglerna och utländsk rätt.²³⁷ Domstolen är då inte bunden av parternas processföring utan skall sträva efter

²³⁴ Se Ekelöf & Boman, Rättegång I, s. 55.

²³⁵ Se Ekelöf & Boman, Rättegång I, s. 57 samt Rättegångsbalken I, s. 17:11. Av betydelse i sammanhanget är den allmänna trend till civilrättens "socialisering", som är tydlig även i svensk rätt. Se ovan, avsnitt 5.6.3.

²³⁶ Ett s.k. officialfaktum skall dock beaktas ex officio för att parterna inte skall kunna kringgå lagens tvingande bestämmelser. Ekelöf & Boman, Rättegång I, s. 57.

²³⁷ Se Jänäterä-Jareborg, Partsautonomi, s. 332-333.

klarhet rörande juridiskt relevanta omständigheter, inklusive sådana som kan aktualisera lagvalsreglernas och en utländsk lags tillämpning, utifrån det som på ett eller annat sätt blivit *infört* i målet. En överrätt som upptäcker att underrätten förbiset lagvalsfrågan är skyldig att *ex officio* ta upp frågan och grunda avgörandet på den rättsordning som enligt lagvalsregeln är tillämplig.

Det synes vara i denna bemärkelse som *ex officio*-läran hävdats i den svenska internationellt privaträttsliga doktrinen.²³⁸ Uppfattningen får visst stöd av hovrättens resonemang i *RH* 1989:82, ett komplicerat fall som rörde vårdnaden om och underhåll till barn i samband med ett mål om äktenskapsskillnad mellan en svensk man och hans brasilianska hustru. Vid muntlig förberedelse i målet uppgav sig hustrun ha under äktenskapet fött ett barn i Brasilien, till vilket den äkta mannen inte var far. Den äkta mannen hade också väckt särskild talan vid TR med yrkande om att han skulle förklaras inte vara far till barnet. Trots detta förordnade TR att hustrun skulle ha vårdnaden om barnet och ålade mannen underhållsskyldighet för barnet. Som motiv angavs bl.a. faderskapspresumtionen enligt FB.

HovR påpekade att det åligger domstolen att i ett indispositivt mål som ett vårdnadsmål tillse att domen grundas på erforderlig utredning, också rörande de faktiska omständigheter som är av betydelse för lagvalet. TR:s underlåtenhet att skaffa fram utredning om barnets födelse, nationalitet och uppehållsort ansågs av hovrätten utgöra rättegångsfel. "Utan sådan utredning har rätten inte haft möjlighet att avgöra huruvida frågan om vårdnad och underhåll skall prövas enligt svensk eller utländsk lag och därmed också huruvida faderskapspresumtionen föreligger", påpekade HovR. TR borde

²³⁸ Se Bogdan, Svensk IP, s. 40-41. En klart längre gående uppfattning förespråkas av Eek, som anser att domstolen alltid – oavsett om målet är dispositivt eller indispositivt och oavsett parternas yrkanden och *övriga processuella aktiviteter* – skall *efterforska* fakta som kan aktualisera utländsk rätts användning. Eek, Lagkonflikter I, s. 136.

inte heller ha avgjort vårdnads- och underhållsfrågorna, förrän faderskapsfrågan tagits upp till behandling.²³⁹

Parternas önskemål om tillämplig lag saknar relevans

Svensk rättspraxis har också ansetts bekräfta att parternas under processen uttryckta önskemål om tillämplig lag saknar betydelse, när målet enligt svensk rättsuppfattning är indispositivt.²⁴⁰ Avgörandet skall i stället grundas på av den tillämpliga lagvalsregeln angivna lagen, svensk eller utländsk.

En avvisande inställning till processuella lagvalsöverenskommelser kom sålunda mycket tydligt till uttryck i *NJA* 1962 s. 123. I målet yrkade barnet att den man, som modern vid tiden för barnets födelse varit gift med, skulle förklaras inte vara far till barnet. Samtliga parter uttryckte önskemål om att svensk lag skulle tillämpas i målet. Talan avvisades enär enligt italiensk lag, där mannen var medborgare när barnet föddes, kunde en sådan talan endast föras av den äkta mannen.²⁴¹ Samtliga rättsinstanser fann italiensk rätt böra tillämpas oavsett att parterna "önska i förevarande mål underkasta sig svensk rättsordning".²⁴²

²³⁹ Målet kommenteras av Pålsson i SvJT 1992, s. 485. – Ett annat indispositivt mål med vissa likheter med det förra är *RH* 1994:39 rörande ansökan om adoption av två barn som enligt uppgift vistades i Somalia. På grund av krigstillstånd i Somalia kunde de sökande inte till rätten inge intyg om barnens existens i form av personbevis, födelseattest eller motsvarande eller verifiera att barnens biologiska föräldrar dött. I anledning av dessa brister i materialet fann HovR en saklig prövning inte vara möjlig och avvisade ansökan. (I TR hade ansökan ogillats under motivering att det inte gick att bedöma om adoptionens eventuella ogiltighet i Somalia skulle medföra olägenhet för barnen!) HovR passade på att konstatera att domstolens utredningsskyldighet i adoptionsärenden inte omfattar sådana grundläggande uppgifter som saknades i detta mål. Se även *NJA* 1992 C 112: ansökan om stadfästelse av ett utländskt skilsmässobeslut avvisades, emedan den saknade grundläggande uppgifter om parternas hemvist och medborgarskap.

²⁴⁰ Se Pålsson, Svensk rättspraxis, s. 36 och Bogdan, Svensk IP, s. 40-41. Det bör dock tilläggas att s.k. *elektiva lagvalsregler* finns i svensk rätt även beträffande vissa indispositiva frågor, se 1 kap. 2 § samt 3 kap. 4 § 2 och 3 st. IÅL. Såsom påpekats i avsnitt 5.2.2, ger dessa regler parterna en viss frihet att disponera över tillämplig lag.

²⁴¹ Jfr dock *NJA* 1964 s. 1, där ett undantag gjordes till förmån för svensk lags tillämpning.

²⁴² Det måste anses ha rört sig om en allmän principfråga när parternas önskemål om tillämpning av svensk lag inte tillmättes relevans. Avgörandet borde redan i ljuset av dåvarande rätt ha kunnat kritiseras som alltför formalistiskt; mannen hade bl.a. senare

HD:s avgörande i NJA 1973 s. 57 kan anses följa samma linje. I detta mål hade parterna i underrätten överenskommit om tillämpning av svensk rätt för fastställelse av faderskap och barnets rätt till underhåll.²⁴³ När HD fäste parternas uppmärksamhet på lagvalsfrågan backade svaranden (mannen) ur överenskommelsen, och hävdade att tysk rätt skulle tillämpas på underhållsfrågan. Att observera är att HD inte med ett ord berör betydelsen av parternas lagvalsöverenskommelse för fastställelse av faderskap, utan fann på anförda skäl (bl.a. att barnet var tysk medborgare med hemvist i Tyskland) tysk rätt vara tillämplig. I denna indispositiva del ansåg HD helt enkelt lagvalsöverenskommelsen – som underrätterna okritiskt ”svalt” – sakna verkan.

Ex officio-principen är av begränsad betydelse i rättstillämpningen

Ex officio-läran är av begränsad betydelse i rättstillämpningen redan av det skälet att det numera är sällsynt att indispositiva mål i svensk internationell privaträtt är underkastade utländsk rätt. Här rör det sig om en markant skillnad jämfört med rättsläget när nationalitetsprincipen härskade i svensk internationell familjerätt.

Två faktorer är av särskild betydelse härvidlag. Dels är det fråga om den generella övergång till domicilprincipen som skett i svensk internationell privaträtt och som berör sådana indispositiva frågor som faderskap och vårdnad. I det stora flertalet fall där talan om faderskap eller vårdnad väcks vid svensk domstol, har barnet hemvist i Sverige med den följd att svensk lag enligt de nuvarande lagfästa eller praxisbildade lagvalsreglerna är styrande. Dels är vissa indispositiva frågor numera direkt underkastade svensk lag, oavsett var vederbörande har sitt hemvist eller är medborgare. Sålunda tillämpas svensk rätt när talan om äktenskapsskillnad prövas vid svensk domstol, 3 kap. 4 § 1 st. IÄL. Vidare skall vårdnad om barn i

blivit svensk medborgare. Såsom kärandesidan gjorde gällande, var parternas anknytning till Italien ytterst liten. Inte heller kärandens åberopande av barnets rättskyddsintresse till stöd för svensk lags tillämpning i målet påverkade utgången.

²⁴³ Se ovan, avsnitt 5.3.1.

samband med ett äktenskapsmål i Sverige prövas enligt svensk lag, om barnet vistas i Sverige, 3 kap. 6 § IÄL. Båda reglerna kom till i samband med 1973 års reform av lagen. Ansökan om adoption prövas vid svensk domstol alltid enligt svensk lag enligt 2 § i lagen (1971:796) om internationella rättsförhållanden rörande adoption.

Några terminologiska frågor

Normalt är det i den internationella privaträtten fråga om utländsk rätts *tillämpning*: man grundar avgörandet på den lag som den tillämpliga lagvalsregeln anger som utslagsgivande i målet. Det kommer emellertid att framgå nedan att man i samband med indispositiva mål ofta talar om att *beakta* utländsk lag. Ett sådant uttryck synes stå för något klart mindre betungande än en rättstillämpning. Bokstavligen är det fråga om att man *tar hänsyn till* utländsk lag, utan att avgörandet grundas på den. Innehållet i den utländska lagen beaktas, mer eller mindre, som en för utgången relevant faktisk omständighet. Det är i denna betydelse som uttrycket "beakta" används, vid prövning av förutsättningar för adoption, i 2 § 2 st. lagen (1971:796) om internationella rättsförhållanden rörande adoption. Ett annat exempel är bestämmelserna i 3 kap. 4 § 2 och 3 st. IÄL, enligt vilka utländsk lag i vissa fall har betydelse för skilsmässotalans prövning i Sverige. Språkbruket är dock i många fall vacklande och någon klar gräns går inte alltid att dra mellan situationer där utländsk rätt tillämpas och situationer där den blott "beaktas".

Nedan görs en summarisk kartläggning av huruvida och i vilken utsträckning den av doktrinen förespråkade ex officio-läran är förankrad i rättstillämpningen vid bedömningen av indispositiva familjerättsmål. Kartläggningen avser gällande lagvalsregler. Endast när det har särskilt principiellt intresse kommer sådan rättspraxis att beröras, där lagvalsfrågans bedömning på grund av senare rättsutveckling framstår som föråldrad.

5.7.3 Mål om äktenskapsskillnad

Skilsmässotalan prövas i Sverige

Sedan 1973 års reform av IÄL gäller *svensk lag* som huvudregel vid prövning av skilsmässomål vid svensk domstol (3 kap. 4 § 1 st. IÄL). I två situationer, där *båda makarna* förutsätts vara utländska medborgare, beaktas dock även utländsk lag när makarna inte kan komma överens om svensk skilsmässa. Att observera är att innehållet i utländsk lag kan i dessa fall endast *hindra* en äktenskapsskillnad enligt svensk lag. Att svensk domstol skulle döma till äktenskapsskillnad under åberopande av utländsk rätt har inte avsetts.²⁴⁴

Således får enligt 3 kap. 4 § 2 st. IÄL inte *mot makes bestående* dömas till äktenskapsskillnad, om grund till äktenskapets upplösning inte föreligger enligt makarnas eller, om de är medborgare i olika främmande stater, någondera makens nationella lag *och* ingendera av makarna haft hemvist i Sverige sedan minst ett år.²⁴⁵ Fråga är om ett absolut förbud mot att döma till äktenskapsskillnad.

Det andra undantaget regleras i 3 kap. 4 § 3 st. IÄL. Det har ett vidare tillämpningsområde på så sätt att det ger en make rätt att bestrida äktenskapsskillnad enligt svensk lag oavsett hur länge makarna haft hemvist i Sverige. Förutsättningen är att grund för äktenskapets upplösning saknas enligt lagen i den stat där denna make är medborgare *och* det med hänsyn till hans eller hennes eller gemensamma barns intressen föreligger särskilda skäl mot skilsmässa. I den skälighetsprövning det blir fråga om är dock makarnas anknytning till Sverige av stor betydelse, inte minst genom bosättningsens längd i landet.²⁴⁶

Såsom 3 kap. 4 § har utformats torde en ex officio-tillämpning av utländsk rätt inte kunna aktualiseras i skilsmässomål i

²⁴⁴ Prop 1973:158, s. 106.

²⁴⁵ Se prop. 1973:158, s. 106-107 och Bogdan, Svensk IP, s. 168-169.

²⁴⁶ Se NJA 1988 s. 308 och prop. 1973:158, s. 107.

Sverige.²⁴⁷ I detta hänseende är dock formuleringen av regelns 2 st. inte helt klar. Bestämmelsen synes även kunna tolkas så att en make endast behöver bestrida äktenskapsskillnad utan att behöva ange något skäl härför. Det blir då domstolens sak att ex officio beakta innehållet av lagen i den stat (de stater) där makarna är medborgare.²⁴⁸ I stadgandets 3 st. förutsätts det däremot uttryckligen att maken yrkar tillämpning av sin nationella lag. Det finns inga publicerade rättsfall där tillämpning av 4 § 2 st. aktualiserats varför frågan om dess tolkning förblir öppen. Däremot finns det fall där en make motsatt sig äktenskapsskillnad under åberopande av 3 kap. 4 § 3 st. IÄL.²⁴⁹

Det har tidigare (avsnitt 5.7.2) påpekats, att det inte alltid går att dra en klar gräns mellan situationer där utländsk rätt blott *beaktas* och situationer där utländsk rätt *tillämpas*. Ett tydligt exempel är när innehållet i utländsk rätt blir av betydelse enligt 3 kap. 4 § 2 eller 3 st. IÄL. I doktrinen har det anförts att utländsk rätt i dessa situationer *beaktas*.²⁵⁰ Detta val av terminologi torde väl bero på att regeln även i de där aktuella situationerna är att svensk rätt tillämpas, ehuru vissa jämförelser görs med utländsk rätt. Den utländska lagen får omedelbar betydelse för målets utgång, endast om den inte möjliggör äktenskapets upplösning genom dom (överhuvudtaget eller i det aktuella fallet) *och*, i 3 st. avsedda situationer, en skilsmässa enligt svensk lag dessutom vore orimlig med hänsyn till den bestridande makens eller gemensamma barns intressen. Uppfylls emellertid dessa villkor, synes den utländska lagen bli utslagsgivande med den följd att talan måste ogillas. I dessa

²⁴⁷ Här rör det sig om en markant skillnad jämförd med äldre rätt. Se dock även 2 § i den provisoriska lagen 27 nov. 1964 om svensk domstols prövning av äktenskapsmål i vissa fall. Lagvalsreglerna före 1973 års reform av IÄL var invecklade och förutsatte att grunden till skilsmässa förelåg både enligt lagen i den stat där makarna var medborgare *och* enligt svensk lag. Ex officio-tillämpning av lagvalsreglerna och av dem utpekad utländsk rätt synes ha varit väl förankrad i rättstillämpningen. Se Beckman, s. 61-63.

²⁴⁸ Jfr dock SOU 1969:60, s. 197, enligt vilken i äktenskapsskillnadsmål utländsk lag beaktas endast om det åberopas av part.

²⁴⁹ Se NJA 1988 s. 308 och NJA 1991 A 2.

²⁵⁰ Se Bogdan, Svensk IP, s. 168-169. Så också i prop. 1973:158, s. 88 och s. 106.

fall får beaktandet av utländsk lag sådan effekt att det är att likställa med *tillämpning* av främmande rätt.

Stadfästelse av utländska skilsmässobeslut

Rättspraxis efter 1973 års reform av IÄL innehåller flera mål där domstolen, vid prövning av förutsättningarna för stadfästelse av utländska skilsmässobeslut enligt lagens 3 kap. 8 §, synes ex officio ha skaffat fram utredning om innehållet i den främmande statens lag rörande äktenskaps upplösning. Det har rört sig om i förhållande till Sverige "exotiska" rättsordningar, där skilsmässoförfarandet och lagen väsentligt avviker från svensk rätt.

Ett exempel är *NJA 1989 s. 95* som gällde stadfästelse av en marockansk äktenskapsskillnad. Den av mannen åberopade handlingen hade av Svea HovR inte ansetts utgöra ett sådant avgörande som avses i 3 kap. 8 § IÄL och ansökningen hade avvisats. Beslutet överklagades till HD som genom Utrikesdepartementets försorg införskaffade utredning om innehållet i marockansk rätt. HD påpekade att när mannens förskjutande av hustrun "i enlighet med tillämplig nationell lag sker genom en inför domstol eller myndighet avgiven förklaring, vilken på ett betryggande sätt registrerats i form av ett officiellt dokument, bör detta dokument kunna anses tillräckligt som underlag för en prövning enligt nämnda lagrum av äktenskapsskillnadens giltighet i Sverige". HD upphävde beslutet och visade målet åter till Svea HovR för erforderlig handläggning.²⁵¹

I *NJA 1977 C 269* var det fråga om stadfästelse av en talakskilsmässodom som hade avkunnats av en domstol i Irak. Svea HovR biföll ansökningen under hänvisning till makarnas då-

²⁵¹ Ett mycket likartat fall är *NJA 1989 C 83*, som gällde stadfästelse av en handling avseende skilsmässa i Gambia. Även i detta fall hade ansökningen avvisats av Svea HovR. HD införskaffade utredning om innehållet i gambisk rätt och, mot bakgrund av vad utredningen gav vid handen, gjorde den bedömningen att handlingen kunde anses utgöra underlag för prövning enligt 3 kap. 8 § IÄL. Målet återförvisades till Svea HovR för erforderlig handläggning. Utgången blev en annan i *NJA 1992 C 1*. HD, som verkställt viss utredning om innehållet i lagen i Ghana, delade där HovR:s uppfattning att den av den sökande åberopade handlingen inte uppfyllde de krav som prövning enligt 3 kap. 8 § IÄL förutsätter.

varande anknytning till Irak. Enligt HD gällde det emellertid också att pröva huruvida skilsmässodomen gällde enligt irakisk lag, emedan makarna efter domen flyttat samman. HD fann domen inte ha förlorat sin verkan enligt irakisk lag och fastställde HovR:s beslut.

I båda fallen synes det vara fråga om ett *beaktande ex officio* av utländsk lag från HD:s sida. Utgångspunkten vid prövningen är ju 3 kap. 8 § IÄL och det gäller att fastställa huruvida den utländska skilsmässan utgör ett sådant beslut som avses där. Fastän prövningen förutsätter kännedom om den utländska lagen kan man knappast säga att HD i dessa fall *tilllämpat* utländsk rätt. Skillnaden är dock inte alldeles klar.

5.7.4 Faderskapsmål

Fram till 1 juli 1985 då lagen (1985:367) om internationella faderskapsfrågor (nedan: *IFL*) trädde i kraft var internationellt privaträttsliga spörsmål rörande faderskap huvudsakligen oreglerade i lag.²⁵² I rättspraxis gjorde man en klar skillnad mellan mål om fastställelse av faderskap (till barn födda utom äktenskap) och mål om hävande av den legala faderskapspresumtionen (för barn födda inom äktenskap). Den förra typen av mål ansågs i princip böra bedömas enligt lagen i den stat där barnet blev medborgare vid födelsen, i vart fall om den därigenom utpekade lagen sammanföll med barnets hemvistlag.²⁵³ I mål om hävande av den legala faderskapspresumtionen bestämdes lagvalet i princip utifrån moderns och hennes äkta mans, d.v.s. den presumerade faderns, medborgarskap vid tiden för barnets födelse.²⁵⁴

²⁵² Se dock lag (1979:1001) om erkännande av nordiska faderskapsavgöranden.

²⁵³ Pålsson, Svensk rättspraxis, s. 87. Se *NJA* 1963 s. 489 och *NJA* 1973 s. 57. Om emellertid barnet hade hemvist i Sverige, synes svensk lag genomgående ha tillämpats oavsett barnets medborgarskap. Se *NJA* 1946 s. 310 och *NJA* 1969 s. 301. Se också *NJA* 1958 C 162, *NJA* 1960 C 518, *NJA* 1963 C 90, *NJA* 1963 C 922, *NJA* 1966 C 306, *NJA* 1969 C 459 samt *NJA* 1969 C 1241. Jfr Walin, som förespråkat att faderskapsregeln i 1 kap. 5 § FB skulle uppfattas som en *övervägande processuell föreskrift* och därmed alltid vara tillämplig när rättegången äger rum i Sverige. Walin, s. 507-508.

²⁵⁴ Se *NJA* 1957 s. 135, *NJA* 1962 s. 123, *NJA* 1964 s. 247, *NJA* 1970 s. 274, *NJA* 1970 C 1255, *NJA* 1973 s. 151, *NJA* 1973 A 17 samt *NJA* 1979 s. 242. Se närmare Pålsson,

På grund av medborgarskapets betydelse vid lagvalet hänvisade de praxisskapade lagvalsreglerna ofta till utländsk lag. Denna lag synes också i stor utsträckning ha tillämpats ex officio av domstolen. Ett uttryck för ex officio-lärans starka förankring i rättstillämpningen var att parternas önskemål om tillämpning av svensk lag för hävande av den legala faderskapspresumtionen och för fastställelse av faderskap lämnades obeaktade i *NJA* 1962 s. 123 respektive *NJA* 1973 s. 57.²⁵⁵

IFL innehåller däremot en gemensam lagvalsregel för positiv och negativ faderskapstalan. Avgörande är enligt lagens 5 § lagen i den stat där *barnet* har sitt hemvist när målet avgörs i första instans. I flertalet fall, där talan väcks i Sverige och svensk domstol befinner sig, kan det förmodas att barnet har hemvist i Sverige.²⁵⁶ Följaktligen har utrymmet för tillämpning av utländsk rätt väsentligt minskat genom antagandet av IFL.²⁵⁷ Vad lagvalet beträffar saknar äldre rättspraxis således relevans.

Sedan IFL trätt i kraft har lagvalsfrågan aktualiserats endast i ett fåtal publicerade fall.

I *NJA* 1986 C 22 hade barnets talan om upphävande av den legala faderskapspresumtionen avvisats av de två första rättsinstanserna under motivering att talan var att pröva enligt polsk lag, som inte medgav barnet talerätt i ett sådant mål förrän det blivit myndigt. Efter HovR:s beslut trädde emellertid IFL i kraft. Eftersom barnets talerätt enligt 5 § IFL var att bedöma enligt svensk lag (= lagen i den stat där barnet har sitt hemvist när målet avgörs i första instans), undanröjde HD

Svensk rättspraxis, s. 88 med hänvisningar. I flera fall var det fråga om barnets rätt att väcka negativ bördstalan; talan avvisades på grund av att barnet saknade talerätt enligt den tillämpliga utländska lagen. HD höll fast vid detta lagval under hänvisning till en "hävdvunnen uppfattning inom svensk doktrin och praxis" (*NJA* 1979 s. 242). Kritiskt, Pålsson, SvJT 1982, s. 220-221.

²⁵⁵ Se ovan, avsnitt 5.7.2.

²⁵⁶ Se *NJA* 1986 C 22, RH 1987:85 och RH 1991:104. Jfr RH 1986:23 (negativ bördstalan) och *NJA* 1988 s. 105 (ogiltigförklaring av faderskapserkännande), där särskilda skäl för svensk domsrätt i enlighet med 4 § 1 st. IFL inte ansågs föreligga. I båda fallen var barnet bosatt utomlands.

²⁵⁷ Se dock lagens 2, 6 och 8 §§, som förmodligen i större utsträckning än 5 § kommer att utpeka en främmande lag såsom tillämplig.

beslutet och återförvisade målet till TR för erforderlig handläggning.

I RH 1987:85 yrkade barnet, som hade hemvist i Sverige, att en viss avlidne man, som vid sin död var medborgare och bosatt i Storbritannien, skulle förklaras vara hans far. Av 5 § IFL följde att svensk lag var tillämplig i målet. Engelsk rätt kom dock att få betydelse i målet sedan änkan, mot vilken talan väckts, vädjat mot domen. HovR tog då ex officio upp frågan om rätt svarande i målet. Enligt tillämpliga regler i svensk lag skulle talan föras mot den efterlevande maken och de arvingar som var närmast till arv efter den avlidne mannen. Vilka de sist nämnda var ansågs av HovR böra bedömas enligt engelsk rätt, som enligt de svenska lagvalsreglerna var tillämpligt arvsstatut. Utredning gav vid handen att enligt engelsk rätt stod den avlidnes mor närmast till arv efter honom. Eftersom talan endast riktats mot den efterlevande maken, undanröjdes TR:s dom på grund av domvilla.²⁵⁸ I målet hade redan TR verkställt utredning om de engelska arvsreglerna. Enligt den hade den efterlevande maken ärvt all den avlidnes egendom. Det var förmodligen av detta skäl som endast änkan stämtes in.²⁵⁹

I RH 1991:104 prövades talan om faderskap mot en i Bolivia bosatt man enligt svensk lag. Barnet var fött i utlandet men hade senare kommit till Sverige tillsammans med sin mor. En naturlig förklaring till tillämpningen av svensk lag är att barnet vid tiden för rättegången ansågs ha fått hemvist i Sverige, se 5 § 2 st. IFL. Lagvalet motiveras dock inte i domen.

²⁵⁸ Se närmare Pålsson, SvJT 1992, s. 482 och Welamson, SvJT 1989, s. 514.

²⁵⁹ I HovR blev det fråga om *kvalifikation* av vad som avses med begreppet "arvinge". Denna fråga ansågs böra bedömas enligt svensk lag som *lex fori*. Eftersom enligt svensk lag med "arvinge" avses inte bara den som rent faktiskt erhåller egendom efter den avlidne utan även den som tillhör kretsen arvsberättigade men som av olika anledningar inte får del av kvarlåtenskapen, var även den avlidnes mor att stämma in som svarande i målet.

5.7.5 Adoptionsärenden

En ansökan om adoption vid svensk domstol prövas enligt 2 § 1 st. lag (1971:796) om internationella rättsförhållanden rörande adoption (nedan: *LIA*) enligt *svensk lag*. Om emellertid ansökningen avser barn under aderton år skall enligt 2 § 2 st. *LIA* särskilt beaktas, huruvida sökande eller barnet genom medborgarskap eller hemvist eller på annat sätt har anknytning till främmande stat och det skulle medföra avsevärd olägenhet för barnet, om adoptionen inte blir gällande där.²⁶⁰

Sammantaget följer av dessa bestämmelser att det skall göras både en rent internrättslig och en internationellrättslig bedömning. Utgångspunkten måste alltid vara att förutsättningarna för adoption enligt 4 kap. FB är uppfyllda. Men även när dessa uppfyllts, kan det finnas anledning att lämna ansökningen utan bifall emedan adoptionens ogiltighet i det andra landet bedöms medföra avsevärd olägenhet för barnet.²⁶¹ Adoptionens genomförande "stupar" i det fallet på den utländska lagen. Vid bedömningen av "avsevärd olägenhet för barnet" enligt 2 § 2 st. *LIA* åtnjuter domstolarna dock en betydande bedömningsfrihet och omständigheterna i varje enskilt fall spelar en mycket stor roll.

Tillämpningen av 2 § 2 st. *LIA* har i publicerad rättspraxis aktualiserats endast i ett fåtal fall. I samtliga fall har det handlat om en prövning som domstolen vidtagit ex officio.

²⁶⁰ Jfr med den tidigare gällande bestämmelsen i 6 kap. 1 § lag (1904:26 s. 1) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap, förmynderskap och adoption, enligt vilken utländsk medborgare fick adopteras i Sverige endast under förutsättning att adoptionen blev gällande i den stat där han var medborgare. Även i dessa fall prövades dock adoptionsansökan enligt svensk lag. Se prop. 1971:113, s. 29-30.

²⁶¹ Om förutsättningarna för adoptionen enligt 4 kap. FB inte är uppfyllda, saknas det naturligtvis anledning att i enlighet med 2 § 2 st. *LIA* beakta, huruvida den ansökta adoptionen skulle bli gällande i en annan stat. Se t.ex. *RH 1981:199*, där ansökningen avsåg ett släktingbarn i Turkiet. I detta fall lämnade HovR ansökan utan bifall med en rent internrättslig motivering. TR hade däremot förfarit på det rakt motsatta sättet: ansökan avlogs under hänvisning till att adoptionen inte skulle gälla i Turkiet, vilket bedömdes medföra avsevärd olägenhet för barnet. Huruvida förutsättningarna för adoption enligt FB prövades framgår inte av referatet. Se också TR:s dom i *RH 1994:39*.

I *NJA* 1985 s. 651 hade två makar, som var utländska medborgare men bosatta i Sverige, ansökt om adoption av ett släktingbarn som var bosatt i Tanzania. Ansökan hade lämnats utan bifall av TR under en rent internrättslig motivering (bl.a. att ålderskillnaden mellan hustrun och barnet var endast nio år, att hustrun ännu inte fyllt 25 år och att det inte fanns synnerliga skäl för adoptionen). Denna bedömning delades av HovR som också fäste avseende vid att adoptionen inte skulle bli gällande i Tanzania, där mannen och barnet var medborgare och där de hade kvar en stor släkt.

Ansökningen bifölls dock av HD. HD fann förutsättningarna för adoptionen enligt 4 kap. FB vara uppfyllda (vid det laget hade hustrun fyllt 25 år). Enligt HD:s bedömning kunde adoptionens ogiltighet i Tanzania inte medföra sådan olägenhet för barnet att det skulle utgöra ett hinder mot adoptionen. Av betydelse för denna bedömning var att makarna, som länge hade varit bosatta i Sverige, hade uppgivit sig ämna stanna i Sverige och uppfostra barnet här.

Sakligt sett påminner *NJA* 1991 s. 21 mycket om det förra ärendet. Också här handlade det om två makar som var utländska medborgare (mannen var dock medborgare även i Sverige) men bosatta i Sverige och som ville adoptera ett släktingbarn från sitt ursprungsland. Även i det här fallet var ålderskillnaden liten (tio år) mellan hustrun och barnet och hustrun hade ännu inte fyllt 25 år.

I detta fall synes ett behov av utredning av innehållet i lagen i Marocko (där makarna och barnet var medborgare och barnet dessutom bosatt) ha uppstått först i HD. HD fann nämligen, i motsats till de lägre instanserna, kraven för adoptionstillstånd enligt 4 kap. FB vara uppfyllda. Utredningen visade att en svensk adoption inte skulle bli giltig i Marocko. Med hänsyn till vad som hade framgått – bl.a. att vårdnaden om barnet överförts till den ena sökanden (mannen) i enlighet med marockansk sedvanerätt – ansåg HD adoptionens ogiltighet i Marocko inte medföra sådan olägenhet för barnet att ansökan av det skälet skulle lämnas utan bifall.

Utgången blev en annan i *RH* 1989:86. En spansk medborgare hade ansökt om adoption av sin hustrus son. Hustrun var ensam vårdnadshavare till sonen, som i likhet med sin mor var svensk medborgare. Familjen hade hemvist i Spanien. Barnets biologiska far, som av allt att döma var svensk medborgare bosatt i Sverige, bestred bifall till ansökningen.

I detta fall ansåg TR adoptionens fördelar för barnet överväga olägenheten av att den inte skulle gälla i Spanien. HovR fäste däremot avseende vid det haltande rättsförhållande som adoptionen skulle skapa: i Sverige skulle adoptanten med hemvist i Spanien anses vara far, medan i Spanien barnets biologiska far med hemvist i Sverige skulle betraktas som far. Detta skulle enligt HovR:s mening kunna få svåröverblickbara och inte önskvärda konsekvenser för barnet, varför ansökningen avslogs.

Avslutningsvis bör påpekas att tillämpningen av 2 § 2 st. LIA verkar ha givit upphov till problem endast när det gällt internationella adoptioner inom släkten eller familjen och adoptanterna varit utländska medborgare. I det klart vanligaste fallet av internationell adoption i Sverige, d.v.s. när i Sverige bosatta makar vid svensk domstol ansöker om adoption av ett litet främmande barn från ett annat land, synes bestämmelsen inte ha givit upphov till problem. Stadgandet synes överhuvudtaget inte ha avsetts bli tillämpligt i sådana fall.²⁶² Enligt lagförarbetena torde frågan huruvida den svenska adoptionen blir giltig i barnets hemland regelmässigt sakna varje praktisk betydelse.²⁶³ Svenska domstolar synes också nor-

²⁶² Se Walin, s. 566.

²⁶³ "I hithörande fall har man i allmänhet inte anledning räkna med att barnet i framtiden kommer att flytta tillbaka till hemlandet, särskilt inte om barnet skall upp-tas till svensk medborgare efter adoptionen. Men i så fall är det också likgiltigt för alla parter huruvida den främmande statens lag erkänner adoptionen." Prop. 1971:113, s. 30. Observera att barnet numera automatiskt blir svensk medborgare i och med ett svenskt adoptionsbeslut, om det inte fyllt tolv år. Se lagen (1950:382) om svenskt medborgarskap, 1 a §. Denna bestämmelse kom till genom lag (1992:392).

malt utgå ifrån att det i dessa fall saknas anledning att beakta den svenska adoptionens giltighet i barnets ursprungsland.²⁶⁴

5.7.6 Vårdnadsfrågor

Allmänt

De gällande lagfästa reglerna rörande vårdnadsfrågor täcker endast vissa situationer. Sålunda prövas enligt 9 § 1 st. NÄF vårdnadsfrågor, som uppkommer i skillnadsmål mellan nordiska medborgare eller efter avgörandet i ett sådant mål, enligt svensk lag (*lex fori*) när det i enlighet med 7 och 8 §§ NÄF finns svensk domsrätt. Utanför det nordiska regelsystemet utgör bestämmelsen i 3 kap. 6 § IÄL den enda skrivna regeln. Enligt denna får frågor rörande bl.a. vårdnaden om barn uppstå i äktenskapsmål. Om barnet vistas i *Sverige*, skall svensk lag alltid tillämpas.²⁶⁵

När lagregleringen är så här bristfällig, brukar rättspraxis få en vägledande roll. När det gäller lagvalet i vårdnadsfrågor är problemet att denna praxis är långtifrån enhetlig eller tydlig. I äldre rättspraxis spelade familjens gemensamma medborgarskap en viktig roll vid lagvalet.²⁶⁶ Denna praxis torde numera

²⁶⁴ Statens nämnd för internationella adoptionsfrågor (NIA) får ibland förfrågningar från domstolar rörande innehållet i den utländska lagen även i sådana här fall. Telefonuppgift av byrådirektör Lars-Bertil Svensson, NIA 950127.

²⁶⁵ Jämfört med rent interna fall där domstolen alltid skall *ex officio* ta ställning till vårdnaden i samband med skilsmässomål, går 3 kap. 6 § IÄL således inte lika långt. Behoven kan i de utlandsanknutna fallen nämligen skilja sig från de interna situationerna. Det bör spela en viss roll huruvida det finns praktiska möjligheter att få fram tillfredsställande utredning om vårdnadsfrågan i det svenska skillnadsmålet och vilka utsikter en svensk vårdnadsdom har att bli respekterad i det land där barnet finns och kan väntas växa upp, påpekar Pålsson, Svensk rättspraxis, s. 103. Se RH 1993:105. Den av Sverige tillträdde Haagkonventionen om de civila aspekterna på internationella bortföranden av barn (1980) bygger också på tanken att en vårdnadstvist bör prövas i den stat där barnet har sitt hemvist. Konventionen har införlivats med svensk rätt genom lagen (1989:14) om erkännande och verkställighet av utländska vårdnadsavgöranden m.m. och om överflyttning av barn. Denna skillnad mellan behoven i de rent interna fallen och i de utlandsanknutna vårdnadstvisterna kan dock inte anses medföra att internationella vårdnadsmål vore mindre indispositiva än interna vårdnadsmål. Se ovan, avsnitt 5.7.1.

²⁶⁶ Se Bogdan, Svensk IP, s. 195-196 och Pålsson, FS Hjernern, s. 499 med hänvisningar.

vara av begränsat värde på grund av den allmänna övergången till hemvistprincipen i svensk internationell familjerätt. I nyare rättspraxis finns en tydlig tendens att på en eller annan grund låta svensk rätt avgöra utgången. Oklarheterna är så pass många att denna praxis inte är särskilt vägledande.²⁶⁷

Tillämplig lag för vårdnadstvister

Ser man till doktrинens rekommendationer, är det även där fråga om ett oenhetligt system som uppenbarar sig. Lögonenfallande är inte minst de många undantag som ansetts kunna göras till förmån för tillämpning av svensk lag.

Således anges lagvalsregeln i 3 kap. 6 § IÄL kunna tillämpas även när barnet inte vistas i Sverige, t.ex. om båda föräldrarna är svenska medborgare.²⁶⁸ Som stöd för denna uppfattning brukar man hänvisa till vissa förarbetsuttalanden rörande den nu aktuella bestämmelsen.²⁶⁹ Vidare anses stadgandet kunna tillämpas analogt när vårdnadsfrågor prövas utan samband med ett äktenskapsmål. Detta brukar motiveras med att det saknas saklig anledning att bedöma frågorna olika beroende på i vilket sammanhang de prövas.²⁷⁰

Man kan tycka att övergången till hemvistprincipen i svensk internationell familjerätt även borde gälla vårdnadsfrågor med den följd att ett judiciellt vårdnadsbeslut alltid grundas på lagen i den stat där barnet har sitt hemvist.²⁷¹ Denna lagvalsgrund förefaller särskilt motiverad i vårdnadstvister eftersom den medför tillämpning av lagen i den stat där barnet har sin

²⁶⁷ Enligt Pålsson saknar den nyare praxis all ansats till artikulerad regelbildning. Pålsson, Svensk rättspraxis, s. 116 (judiciella beslut om vårdnad) och s. 117 (legala vårdnadsförhållanden).

²⁶⁸ Se Bogdan, Svensk IP, s. 196-197 och Pålsson, Svensk rättspraxis, s. 116.

²⁶⁹ Se särskilt prop. 1973:158, s. 110.

²⁷⁰ Se Bogdan, Svensk IP, s. 197 och Walin, s. 557-558. Det bör påpekas att en regel motsvarande 3 kap. 6 § IÄL fanns redan i lagen (1964:726) om svensk domstols prövning av äktenskapsmål i vissa fall (3 §), vilken i sin tur var en bekräftelse av tidigare rättspraxis.

²⁷¹ Ett sådant förslag har lagts fram av förmynderskapsutredningen (SOU 1989:100). Utredningen fann sig visserligen också nödsakad att föreslå undantag till förmån för tillämpning av svensk lag, om det krävs med hänsyn till barnets bästa. Se SOU 1989:100, s. 212. Jfr Pålsson, FS Hjernern, s. 500-502.

sociala miljö. Samma grundtanke kommer till uttryck i den konventionsgrundade lagen (1989:14) om erkännande och verkställighet av utländska vårdnadsavgöranden m.m. och om överflyttning av barn. Enligt lagens 11 § 2 st. är således ett bortförande eller kvarhållande olovligt, om bortförandet eller kvarhållandet strider mot den rätt att ta vård om barnet som dess vårdnadshavare eller någon annan har i den stat där barnet hade sitt hemvist omedelbart före bortförandet eller kvarhållandet.²⁷²

I rättspraxis dominerar tillämpningen av svensk lag mycket tydligt, men det förblir ofta oklart på vilken grund svensk lag ansetts böra tillämpas.

Rättspraxis

I *NJA* 1986 s. 338 hade modern, som var ungersk medborgare, olovligen bortfört barnet till Ungern sedan hovrätten genom ett interimistiskt beslut anförtrott fadern vårdnaden. Fadern var svensk medborgare och fram till det olovliga bortförandet hade parterna varit bosatta i Sverige. När vårdnadsfrågan kom till HD:s prövning hade barnet under drygt två års tid vistats i Ungern tillsammans med sin mor. Tvisten, som utmynnade i att HD anförtrodde modern vårdnaden, prövades enligt *svensk lag* utan någon som helst diskussion rörande lagvalet. Som en möjlig förklaring har angivits att barnet ansågs fortfarande äga hemvist i Sverige med hänsyn till att bortförandet var olovligt.²⁷³

NJA 1992 s. 93 liknar i vissa avseenden det föregående målet. Fadern, som var både svensk och tunisisk medborgare, hade egenmäktigt fört parets gemensamma son till Tunisien, medan vårdnaden tillkom föräldrarna gemensamt. Sonen hade placerats hos farföräldrarna i Tunisien medan fadern själv återvände till Sverige. Tvisten i det långdragna målet om äkten-

²⁷² Bestämmelsen grundar sig på Haagkonventionen om de civila aspekterna på internationella bortföranden av barn, som för Sveriges del trädde i kraft 1 juni 1989.

²⁷³ Bogdan, *Svensk IP*, s. 195.

skapsskillnad, m.m., mellan föräldrarna²⁷⁴ gällde bl.a. vilken av föräldrarna som vårdnaden om sonen skulle tillerkännas. När frågan kom till HD:s prövning hade tio år gått sedan det olovliga bortförandet. Med hänsyn till den långa tidsperiod som förflutit kunde sonen knappast längre anses ha hemvist i Sverige. HD fann dock att tvisten även i förhållande till honom (föräldrarna och brodern konstaterades ha hemvist i Sverige) hade sådan anknytning till Sverige att *svensk lag* var att tillämpa. HD påpekade särskilt att sonen, när det egenmäktiga bortförandet ägde rum, hade hemvist i Sverige. I de lägre instanserna hade svensk lag tillämpats utan motivering.

Reflexioner

En svårighet när det gäller lagvalet i vårdnadstvister är att ett vårdnadsavgörande alltid måste grundas på barnets bästa. När bedömningen sker i Sverige är det ofrånkomligt att prövning av barnets bästa påverkas av den svenska rättsuppfattningen. Bortsett från en *lex fori*-regel, d.v.s. en bestämmelse som föreskriver att bedömningen alltid grundas på svensk lag, måste man därför alltid vara beredd att göra undantag från användningen av den lag som den tillämpliga lagvalsregeln utpekar som utslagsgivande. Man brukar i sammanhanget tala om vårdnadsfrågornas känslighet ur ordre *public-synvinkel*.²⁷⁵

Man verkar därför vara tvungen att dra den slutsatsen att det vid prövning av vårdnadstvister inte kan vara fråga om någon fullständig likställighet mellan svensk och utländsk lag.²⁷⁶ En utländsk lag kan helt enkelt inte tillämpas om den i ett visst fall medför en annan utgång än vad som är förenlig med svensk lag. Som måttstock för "barnets bästa" är således

²⁷⁴ TR hade genom deldom dömt till äktenskapsskillnad mellan makarna år 1986.

²⁷⁵ Se Bogdan, Svensk IP, s. 196; Eek, Lagkonflikter II, s. 67. Se också justitierådet Karlgrens skiljaktiga motivering i NJA 1956 s. 337 (s. 342). Annorlunda Pålsson, FS Hjerter, s. 501-502. Enligt Pålsson är en sådan synpunkt "tämligen överdriven".

²⁷⁶ Se också departementschefens uttalande i NJA II 1967, s. 477: "Utländsk lag kan dock inte alltid jämföras med svensk lag, lika litet som utländska domar kan utan vidare tillämpas här i riket." Citatet avser handräckning enligt 21 kap. FB i de situationer där vårdnadshavaren grundar sin rättsställning direkt på lag, d.v.s. fråga är om ett legalt vårdnadsförhållande. Se också nedan, avsnitt 7.2.1.

svensk lag alltid med i bedömningen. Eftersom också lagvalsgrunden kan variera från fall till fall – barnets vistelse i Sverige (NJA 1970 C 1327 och NJA 1971 s. 345), barnets hemvist i Sverige, fastän det vistades i ett annat land (NJA 1986 s. 338) samt barnets hemvist i Sverige när det olovligen bortfördes utomlands (NJA 1992 s. 93) – synes uppgiften att utreda i vilken utsträckning ex officio-läran är förankrad i rättstillämpningen inte kunna genomföras på ett meningsfullt sätt.

Det finns anledning att i sammanhanget hänvisa till en uppsats av Buure-Hägglund från 1977, där förutsättningarna för tillämpning av utländsk rätt i Finland underkastades en kritisk granskning.²⁷⁷ Utan att fästa avseende vid vårdnadsfrågornas indispositivitet använde författaren dessa som illustration på en situation där det skulle strida "mot sunt förnuft" att tillämpa lagvalsreglerna och utländsk rätt: Antag att makarna, som är stadigvarande bosatta i Finland gemensamt ansöker om äktenskapsskillnad och yrkar att vårdnaden om deras minderåriga barn anförtros modern. Fadern och barnet är medborgare i utlandet. Det skulle i en sådan situation enligt Buure-Hägglund t.o.m. vara fråga om rättsmissbruk att avgöra vårdnaden enligt en utländsk lag när lagvalsregeln hänvisar till främmande lag. Barnets bästa och makarnas vilja måste helt enkelt väga tyngre än lagvalsregelns existens, ansåg författaren.²⁷⁸

Den finska internationellt privaträttsliga regleringen på vårdnadsområdet har nyligen reviderats.²⁷⁹ Judiciella beslut om vårdnad om barn kan numera endast grundas på *finsk lag*, d.v.s. fråga är om en renodlad "lex fori approach": "Då ärenden som gäller vårdnad om barn eller umgängesrätt avgörs och avtal fastställs, skall finsk lag tillämpas" (4 kap. 22 § lagen angående vårdnad om barn och umgängesrätt).

²⁷⁷ Buure-Hägglund, LM 1977, s. 365-377.

²⁷⁸ Buure-Hägglund, LM 1977, s. 367. Det bör dock påpekas att den finska HD i ett senare avgörande ansett den dåvarande lagvalsregeln i 19 § lagen ang. vissa familjerättsliga förhållanden av internationell natur, 5.12.1929/379, vara bindande för domstolen i vårdnads mål, ehuru utländsk lag sedan kan åsidosättas om den medför ett resultat som skiljer sig från finsk rätt genom lagens allmänna ordre public-regel. Se HD 1978 II 80 och Jänträ-Jareborg, Partsautonomi, s. 235 med hänvisningar. Se även RP nr 60/93, s. 25.

²⁷⁹ Se lagen om ändring av lagen angående vårdnad om barn och umgängesrätt, 1994/186.

Lösningen skall ses mot bakgrund av att finsk domstol eller socialnämnd är behörig i dessa ärenden endast under förutsättning att barnet är bosatt i Finland (4 kap. 19 §). Detta kriterium anses vara uppfyllt när barnet utan avbrott bott i Finland i minst ett års tid omedelbart innan ärendet blev anhängigt, om inte annat framgår i saken.²⁸⁰

Också den norska barneloven (8. april 1981 nr. 7) bygger på tillämpningen av norsk lag när en vårdnadstvist prövas vid norsk domstol.²⁸¹

Tillämplig lag för den legala vårdnaden

Frågan vem som är den legala vårdnadshavaren, när det inte finns något i Sverige giltigt vårdnadsavgörande, uppkommer ofta prejudiciellt vid både domstolar och förvaltningsmyndigheter.²⁸² På vilket lands lag grundas denna bedömning?

Man kan tycka att utländsk lag i detta hänseende borde kunna komma till användning i betydligt större utsträckning än i fråga om vårdnadstvister vid svensk domstol. Det kan nämligen betraktas som en naturlig utgångspunkt att den eller de, som utan särskilt beslut blivit vårdnadshavare vid barnets födelse eller på grund av en senare händelse (exempelvis föräldrarnas senare ingångna äktenskap), kvarstår i denna egen-

²⁸⁰ Tillämplig lag för vårdnad om barn *direkt med stöd av lag* regleras särskilt i lagens 4 kap. 18 §. Frågan skall avgöras enligt finsk lag, om barnet vid tidpunkten för födelsen, äktenskapets ingående eller någon annan händelse, som är avgörande för bestämmande av vårdnaden, var bosatt i Finland. Om barnet inte var bosatt i Finland vid denna tidpunkt, skall frågan avgöras enligt den lag som skall tillämpas av ifrågasvarande myndighet i det land, där barnet var bosatt vid den nämnda tidpunkten. I sist nämnda fall kan dock främmande lag lämnas obeaktad, om 1) dess tillämpning skulle leda till ett resultat som uppenbart strider mot de grundläggande principerna i Finlands rättsordning, eller 2) tillämpningen skulle leda till ett resultat som uppenbart är oförenligt med barnets bästa. Vidare stadgas att om innehållet i en främmande stats lag inte kan utredas utan oskäligt dröjsmål, bestäms vårdnaden enligt finsk lag. Se nedan, avsnitt 8.8.1.

²⁸¹ Se Gaarder, s. 16.

²⁸² I NJA 1974 s. 629 slog HD fast att utländska vårdnadsavgöranden gäller i Sverige endast under förutsättning av stöd i lag. Sådant lagstöd finns i förhållande till de nordiska länderna (se 8 och 22 §§ NÅF), Schweiz (i enlighet med lagen 1936:79 om erkännande och verkställighet av dom som meddelats i Schweiz) samt de stater som i likhet med Sverige tillträtt 1980 års Europarådskonvention om erkännande och verkställighet av avgöranden rörande vårdnad om barn samt om återställande av vård av barn (se 5 § lagen 1989:14 om erkännande och verkställighet av utländska vårdnadsavgöranden m.m. och om överflyttning av barn).

skap även när familjen eller barnet flyttar till ett annat land, så länge som någon ändring inte har skett genom ett domstolsbeslut.²⁸³ Frågan är om det också bör finnas utrymme att grunda bedömningen på en annan lag. När exempelvis barnet och föräldrarna eller barnet tillsammans med den ena föräldern vistats under en längre tid i Sverige på ett stadigvarande sätt kan en möjlighet till svensk lags tillämpning ha särskild betydelse, om den utländska lagen bygger på andra principer än svensk lag. En sådan situation aktualiserades i *RH* 1993:53, som kommer att beskrivas nedan.

Rättspraxis

Frågan om tillämplig lag för det legala vårdnadsförhållandet kan aktualiseras vid olika myndigheter i många olika sammanhang. Rättspraxis bidrar emellertid inte med någon större klarhet. Det framgår sällan av besluten enligt vilket lands lag det legala vårdnadsförhållandet prövats.²⁸⁴

I något äldre förvaltningsrättslig praxis, bl.a. i mål rörande handräckning för överflyttning av barn enligt 21 kap. FB, finns några fall där det legala vårdnadsförhållandet ansetts böra prövas enligt familjens nationella lag.²⁸⁵

Denna lagvalsgrund torde dock numera sällan tillämpas.²⁸⁶ Idag synes det i stället finnas en viss tendens att i brist på ett i Sverige giltigt vårdnadsavgörande anse att föräldrarna i *enlighet med svensk lag* har gemensam vårdnad om barnen. Förutsättningen är att föräldrarna är eller har varit gifta med

²⁸³ Se Pålsson, FS Hjerner, s. 502-503 och Pålsson, Svensk rättspraxis, s. 119-120 (i anledning av försäkringsöverdomstolens avgörande i *FÖD* 84:18, Sof. 3/1984, s. 24). Se också SOU 1989:100, s. 211.

²⁸⁴ Se närmare, Pålsson, Svensk rättspraxis, s. 117-120 och s. 135-139.

²⁸⁵ Se *RÅ* 1970 ref. 31 och *RÅ* 1970 s. 432. I båda fallen presumerade dock domstolen att den utländska lagens innehåll stämde överens med svensk lag. Se nedan, avsnitt 7.4.2.

²⁸⁶ Se dock bestämmelsen i 6 kap. 4 § 2 st. FB, enligt vilken föräldrarna kan få gemensam vårdnad om ett barn efter anmälan till skattemyndigheten. En förutsättning för att förfarandet kan användas är att föräldrarna och barnet är svenska medborgare. Eftersom ingen myndighetsprövning görs i detta fall av huruvida gemensam vårdnad är förenlig med barnets bästa, kommer lösningen mycket nära en gemensam vårdnad *ex lege*.

varandra. I annat fall betraktas modern som ensam vårdnadshavare. Denna bedömning synes inte vara beroende av att barnen har hemvist i Sverige.

I RH 1989:40 gjorde sålunda HovR följande uttalande: "Utländska vårdnadsavgöranden anses i brist på särskilt lagstöd sakna rättsverkan i Sverige. Med hänsyn härtill utgår hovrätten vid sin bedömning från att makarna - enligt svensk lag - skall anses äga gemensam vårdnad om barnen."²⁸⁷

Ett annat avgörande där denna trend är synbar är RH 1993:53. I detta mål om ansvar för egenmäktighet med barn uppstod prejudiciellt frågan om det legala vårdnadsförhållandet vid tiden för bortförandet var att bedöma enligt svensk eller iransk lag. Hustrun och barnen hade år 1988 flyttat till Sverige från Iran, där de var medborgare. Knappt två år senare bortfördes barnen till utlandet av sin far som saknade egen anknytning till Sverige. Frågan var om uppsåt kunde läggas fadern till last med hänsyn till att enligt iransk lag en far ensam är vårdnadshavare till barn i den i målet aktuella åldern.

Både TR och HovR ansåg att vårdnadsförhållandet vid den aktuella tidpunkten borde bedömas enligt svensk lag. Med hänsyn till att vårdnaden således tillkommit föräldrarna gemensamt och att fadern måste ha insett möjligheten att enligt svensk lag även modern kunde vara vårdnadshavare, dömdes han för egenmäktighet med barn.

En motivering för svensk lags tillämplighet på vårdnadsfrågan finner man endast hos de två skiljaktiga hovrättsledamöterna.²⁸⁸ Enligt dem måste numera övervägande skäl anses tala för att frågor rörande vårdnaden om barn bedöms enligt svensk lag, när barnet vistas i Sverige. Eftersom modern tillsammans med barnen bott i Sverige sedan drygt ett och ett halvt år när bortförandet ägde rum, fanns det anledning att i

²⁸⁷ Jfr dock NJA 1993 s. 107 (utlännings rätt till rättshjälp i mål om umgänge med barn) där den i Sverige bosatta f.d. hustrun synes i enlighet med en amerikansk dom ha ansetts ensam ha vårdnaden om barnet.

²⁸⁸ Själva skiljaktigheten avsåg dock endast påföljden för brottet.

enlighet med svensk lag utgå från att hon hade del i vårdnaden.

Om denna trend håller sig, kommer det knappt att finnas något utrymme för tillämpning av utländsk rätt på vårdnadsfrågor.²⁸⁹ Liksom i fråga om judiciella vårdnadsbeslut leder osäkerheten rörande själva lagvalsgrunderna till att det inte heller i detta hänseende går att utröna, i vilken utsträckning ex officio-läran följts i rättstillämpningen.

5.8 Tillämpning av utländsk rätt vid andra myndigheter

5.8.1 Några allmänna påpekanden

Det är naturligtvis inte endast svenska domstolar som i sin myndighetsutövning kommer i kontakt med utländsk rätt och i vissa situationer förväntas tillämpa (beakta) främmande rättsregler. Problematiken har, tvärtom, stor relevans även för en mängd andra svenska myndigheter, inte minst på det familjerättsrelaterade området. Det synes vara en allmän uppfattning att man inte kan belasta administrativa myndigheter alltför mycket i sammanhanget, av vilken anledning samma krav som gäller vid domstolar inte kan ställas.²⁹⁰ Till saken hör att dessa myndigheter inte alltid har juridiskt utbildad personal. Denna aspekt av problematiken har rönt mycket litet intresse, både hos oss och utomlands. Förutom några flyktiga

²⁸⁹ Jfr dock förmynderskapsutredningens förslag i SOU 1989:100: "Vid bedömningen av om ett vårdnadsförhållande föreligger omedelbart på grund av lag tillämpas lagen i den stat där barnet hade sitt hemvist när det föddes, ett äktenskap ingicks eller någon annan med hänsyn till frågan avgörande omständighet inträffade. Har barnet hemvist i Sverige, tillämpas dock svensk lag, om en tillämpning av den andra lagen uppenbart skulle strida mot barnets bästa." Utredningen ansåg det kunna medföra olägenheter för de berörda, om vårdnadsfrågan måste bedömas enligt nya regler så snart barnet byter hemvistland.

²⁹⁰ Se prop. 1973:158, s. 115 och SOU 1987:18, s. 224. Se också Varady, Hague-Zagreb Essays, s. 206.

förarbetsuttalanden finns det ingen egentlig diskussion om saken.²⁹¹

Man kan vidare påstå att det inte är lika naturligt att tala om *tillämpning* av utländsk rätt när det gäller en administrativ myndighets tjänsteutövning i de utlandsanknutna fallen. I stället synes det i stor utsträckning vara fråga om att *beakta* innehållet i utländsk lag, exempelvis när en administrativ myndighet tar ställning till huruvida ett utländskt avgörande uppfyller förutsättningarna för erkännande enligt svensk rätt.²⁹² Ett sådant beaktande är ofta att likställa med en *kontroll* av huruvida ett rättsförhållande lagenligt har kommit till enligt främmande lag. Det kan också vara fråga om en prövning huruvida det enligt den tillämpliga utländska lagen finns förutsättningar för äktenskapets ingående, när hindersprövning aktualiseras i Sverige. När en behörig utländsk myndighet har utfärdat ett intyg om att enligt dess lag något hinder inte finns mot det planerade äktenskapet, blir det regelmässigt fråga om att *godta* den utländska myndighetens bedömning. Någon *tillämpning* av den främmande lagen är det inte fråga om. Språkbruket förefaller vara något vacklande i sammanhanget och det går inte alltid att skilja mellan situationer, där en utländsk lag tillämpas och situationer där den "blott" beaktas.²⁹³

På det familjerättsrelaterade området är det särskilt sociala myndigheter, kronofogdemyndigheter och försäkringskassor som i olika situationer konfronteras med utländsk rätts till-

²⁹¹ Å andra sidan är uttalandena i doktrinen ofta av allmän karaktär utan att man skiljer mellan utländsk lags tillämpning vid domstolar och vid andra myndigheter.

²⁹² Se ovan angående terminologin, avsnitt 5.7.2. Enligt NIA:s jurist Lars-Bertil Svensson är det vid NIA:s myndighetsutövning inte fråga om att tillämpa utländsk rätt utan om att beakta att nödvändiga förutsättningar enligt utländsk lag är uppfyllda. Telefonuppgift 950127. Detta gäller exempelvis när NIA i enlighet med 3 § 2 st. LIA prövar huruvida ett utomlands meddelat beslut om adoption gäller i Sverige. Se förordning (1976:834) om prövning av utländskt beslut om adoption.

²⁹³ Bogdan, t.ex., talar om tillämpning av utländsk rätt när det är fråga om att i Sverige ta ställning till utomlands ingångna äktenskaps giltighet, etc. Se Bogdan, Svensk IP, s. 27-28. En situation där det förefaller naturligt att tala om tillämpning av utländsk rätt är när hindersprövningen för äktenskapets ingående grundas på tillhandahållna allmänna upplysningar om utländsk rätt, exempelvis ett intyg om där gällande äktenskapshinder.

lämplighet på någon för ärendets bedömning relevant fråga.²⁹⁴ Den myndighet som problematiken har störst betydelse för torde dock vara skattemyndigheterna. Av denna anledning begränsas den följande framställningen till skattemyndighetens roll i sammanhanget. Framställningen är mycket allmänt hållen och avser endast att ge några exempel på situationer där en annan myndighet än en domstol har att hantera utländsk rätt.

5.8.2 Skattemyndighetens verksamhet

Som folkbokföringsmyndighet i Sverige får skattemyndigheten i ett mycket stort antal fall ta ställning till huruvida utländska statusförhållanden gäller här i landet och huruvida en person, följaktligen, kan folkbokföras som innehavande en viss familjerättslig status. Det kan handla om utomlands ingångna äktenskap, i utlandet beviljade skilsmässor eller andra former av äktenskapets upplösning, legala faderskapspresumtioner enligt utländsk rätt, utländska adoptioner eller utländska faderskapsavgöranden, etc. I ett antal internationellt privaträttsliga författningar anges under vilka förutsättningar som där avsedda statusförhållanden gäller i Sverige.²⁹⁵ Skattemyndighetens uppgift är att kontrollera, med ledning av visade intyg, m.m., huruvida villkoren för erkännande är uppfyllda så att en person kan folkbokföras som gift, skild, adopterad, etc. Även om prövningen i många fall är summarisk och i stor utsträckning grundas på de framlagda intygen, förutsätter den känne-

²⁹⁴ En socialnämnd kan t.ex. behöva ta ställning till huruvida en legal faderskapspresumtion föreligger enligt utländsk rätt när nämnden bedömer huruvida en faderskapsutredning skall inledas enligt 2 kap. FB. Se Walin, s. 512. Vidare: om ett barn inte har hemvist i Sverige torde t.ex. vårdnadsfrågan normalt vara att bedöma enligt främmande lag. När olika insatser övervägs inom socialtjänsten för barn och ungdom enligt lagen (1990:52) med särskilda bestämmelser om vård av unga, måste enligt utländsk lag avgöras vem som är barnets vårdnadshavare som skall samtycka till åtgärden. En kronofogdemyndighet stöter inte sällan på situationer där den måste beakta att utländsk lag är bestämmande för rätten till underhåll (tillämpningen av en utländsk indexlag kan aktualiseras då) eller för makarnas förmögenhetsförhållanden.

²⁹⁵ Se t.ex. 1 kap. 7 § IÄL och 7 och 8 §§ IFL.

dom om utländsk rätt. Skattemyndigheten måste kunna avgöra de utländska handlingarnas värde i sammanhanget.²⁹⁶

En annan viktig situation där skattemyndigheten kommer i kontakt med utländsk rätt är hindersprövning för äktenskap inför svensk myndighet. Huvudregeln enligt 1 kap. 1 § IÄL är att prövning av äktenskapshinder skall grundas på lagen i den stat där vederbörande är medborgare. Undantag görs i 1 kap. 2 § till förmån för tillämpning av lagen i den stat där vederbörande sedan två år tillbaka har sitt hemvist, dock endast under förutsättning att vederbörande själv begär det.²⁹⁷ Stadgandet i 1 kap. 1 § IÄL har utformats så att det inte kan råda någon tvekan om att det rör sig om ex officio-tillämpning/prövning enligt lagen i den stat där den ifrågavarande personen är medborgare.²⁹⁸ Denna prövning gjordes tidigare i den församling inom svenska kyrkan där kvinnan eller mannen var kyrkobokförd eller, om ingen av dem var kyrkobokförd i Sverige, i den församling där någon av dem vistades. Numera (genom lag 1991:495) skall prövning av äktenskapshinder göras av skattemyndigheten i det län där kvinnan eller mannen är folkbok-

²⁹⁶ I sitt remissvar 1988-01-29, Dnr 809/87-15, till familjelagssakkunnigas betänkande SOU 1987:18 underströk Riksskatteverket svårigheterna vid denna bedömning och påpekade att det ofta också blir aktuellt att översätta utländska handlingar. - Det har ansetts att man inte skall belasta skattemyndigheten alltför mycket i sammanhanget. Sälunda har den obligatoriska hovrättsprövning av utländska beslut om äktenskapskillnad, som skall föregå omgifte, motiverats med att man inte generellt kan överlåta på pastorsämbetet (numera: skattemyndigheten) att avgöra om sådana beslut skall gälla här i landet. Se prop. 1973:158, s. 115 och SOU 1987:18, s. 224. Familjelagssakkunniga föreslog ytterligare inskränkningar i detta hänseende. Enligt utredningens förslag skulle även giltigheten av utländska beslut om äktenskaps återgång eller ogiltighet framöver inför omgifte prövas av Svea hovrätt i stället för pastorsämbetet.

²⁹⁷ Härutöver förutsätts att den andra parten inte motsätter sig tillämpning av hemviststatens lag. En liknande elektiv lagvalsregel finns i 1 § NAF, men ordningen är den motsatta. För att huvudregeln om tillämpning av lagen i den stat där hindersprövning eller lysning till äktenskap söks skall kunna åsidosättas till förmån för tillämpning av medborgarskapsstatens lag, måste den sökande begära det. Huvudregeln gäller endast under förutsättning att en av de blivande makarna har hemvist i den stat där hindersprövning söks. Se t.ex. RÅ 1988 ref. 100 som gällde tillstånd för sjuttonårig kvinna, som var finsk medborgare, att ingå äktenskap. Begäran om tillämpning av finsk rätt hade inte framställts, förmodligen av okunnighet om finsk lags innehåll enligt vilken äktenskapsålder för kvinna var just 17 år. Noteras kan att Regeringsrätten vid sin bedömning även tog hänsyn till äktenskapsåldern enligt finsk lag (dock endast som ett argument som gav ytterligare stöd för rättens beslut att bevilja det ansökt tillståndet).

²⁹⁸ Se också 1 kap. 2 § 3 st. IÄL.

förd eller, om ingen av dem är folkbokförd i Sverige, i det län där de vistas (3 kap. 1 § 1 st. ÄktB).

Om någon, vars rätt att ingå äktenskap är att pröva enligt främmande stats lag, vill ingå äktenskap inför svensk myndighet skall han eller hon förete de intyg som avses i kungörelsen (1973:950) om utredning angående frihet från äktenskapshinder enligt lagen i främmande stat. Det gäller bl.a. intyg av behörig myndighet i den främmande staten att hinder inte möter det planerade äktenskapet eller, mer allmänt, vilka äktenskapshinder som gäller enligt den statens lag. Skattemyndigheten är således inte själv skyldig att skaffa fram de behövliga upplysningarna, utan det ankommer på den sökande.²⁹⁹ Skattemyndigheten måste dock bedöma informationens värde, en uppgift som av naturliga skäl är svårare när intyget inte avser det enskilda fallet utan består av allmänna upplysningar. Ett intyg utfärdat av behörig myndighet i den främmande staten kan ersättas av ett intyg utfärdat av Utrikesdepartementet om i det främmande landet gällande äktenskapshinder.³⁰⁰

5.8.3 Tillgängligt bistånd och annan rådgivning

De s.k. utredningsbestämmelserna i svensk rätt är i första hand adresserade till domstolen. Hur en annan myndighet skall gå tillväga i detta hänseende har inte reglerats i lagen. Det finns i sig inget formellt hinder för att myndigheten gör bruk av samma ordning som gäller enligt utredningsbestämmelserna; parternas möjligheter att skaffa fram upplysningar torde dock i allmänhet vara mer begränsade än i tvistemål. Hur myndigheten än skaffar sig kännedom om den relevanta

²⁹⁹ En part som begär hindersprövning enligt en främmande stats lag måste också med rimlig säkerhet kunna visa att han eller hon har sådan anknytning till den staten som krävs enligt IÄL. Det är inte ovanligt att flyktingar saknar dokument om sitt medborgarskap. Problem kan då uppstå med mindre hindersprövningen kan grundas på svensk lag på grund av den sökandes hemvist i Sverige eller i anledning av dispens enligt 1 kap. 2 § 3 st. IÄL.

³⁰⁰ Också i detta fall är det fråga om upplysningar av allmän oprecis karaktär. Kritiskt Pålsson, IECL, s. 103.

utländska lagen kommer det dock alltid att uppstå situationer där det är oviss vad som egentligen gäller enligt den lagen. Svensk lagstiftning innehåller vissa lösningar med tanke på sådana här fall.

Enligt 1 kap. 2 § 3 st. IÄL kan regeringen eller myndighet som regeringen bestämmer³⁰¹ för visst fall förordna, att svensk lag får tillämpas beträffande en utländsk medborgares rätt att ingå äktenskap inför svensk myndighet, fastän han eller hon inte har haft hemvist i Sverige sedan minst två år. Ett exempel där ett sådant förordnande kan komma i fråga är, enligt lagförarbetena, när det är svårt eller omöjligt att fastställa innehållet i viss främmande lag med avseende på förutsättningarna för äktenskaps ingående.³⁰² Fastän stadgandet i allmänhet har avsetts kunna tillämpas endast undantagsvis, torde det ha ett förhållandevis stort användningsområde just i dessa sammanhang.³⁰³ Det ankommer på parterna att ansöka om dispens från den utländska lagens tillämplighet.³⁰⁴

Situationen är en annan när det gäller att ta ställning till giltigheten av utländska statusavgöranden. En viktig rådgivande roll i detta hänseende spelas av Riksskatteverket i dess egenkap av central folkbokföringsmyndighet.³⁰⁵ UD:s uppgiftsförmedlande verksamhet står naturligtvis till förfogande även i dessa fall (se nedan, avsnitt 6.5). I vissa fall öppnar lagen en möjlighet att vända sig till Svea HovR som sedan skall pröva frågan huruvida det utländska avgörandet gäller i Sverige. Sålunda får enligt 9 § IFL en annan myndighet än en domstol, vid vilken frågan uppstått huruvida ett avgörande av utländsk domstol om faderskap gäller i Sverige, begära att Svea HovR

³⁰¹ Denna uppgift har delegerats till Justitiedepartementet.

³⁰² Prop. 1973:158, s. 97-98.

³⁰³ För detta talar propositionsuttalandet att sådana här situationer torde bli allt vanligare med hänsyn till det ökande antalet utlännningar från länder utanför Europa som söker sig till Sverige för längre eller kortare tid. Se prop. 1973:158, s. 98.

³⁰⁴ Se prop. 1973:158, s. 98.

³⁰⁵ Se Pålsson, Svensk rättspraxis, s. 38. Enligt Pålsson, a.st., lämnar centrala förvaltningsmyndigheter inom olika områden bistånd och rådgivning bl.a. i ärenden som innefattar tillämpning av utländsk rätt.

prövar frågan.³⁰⁶ När det gäller utländska beslut om äktenskapsskillnad kan en begäran om prövning framställas till Svea HovR endast av make. Har en make intresse av att det utländska beslutet gäller i Sverige, torde en sådan prövning normalt komma till stånd.

³⁰⁶ En liknande lösning har föreslagits av förmynderskapsutredningen i SOU 1989:100 rörande utländska adoptionsavgörandens giltighet i Sverige. F.n. sker i vissa fall denna prövning vid Statens nämnd för internationella adoptionsfrågor enligt förordningen (1976:834) om prövning av utländskt beslut om adoption.

6. Utredning om innehållet i främmande rätt

6.1 Inledning

Som utgångspunkt gäller i detta kapitel att domstolen kommit fram till att tvisten skall prövas enligt utländsk lag. Såsom framgått ovan synes detta i ett *dispositivt mål* numera förutsätta att parterna eller ena parten yrkat tillämpning av utländsk lag och att yrkandet får stöd av de gällande lagvalsreglerna.¹ I ett *indispositivt mål* saknar normalt parternas yrkanden rörande tillämplig lag betydelse, men omständigheterna skall vara sådana att utländsk lag enligt lagvalsreglerna är styrande.²

Nästa stora fråga som uppstår är *hur innehållet i den tillämpliga främmande lagen utreds*. Denna fråga har flera ingredienser. För det första gäller den vem – domstolen eller parterna – som bär ansvaret för att innehållet i den utländska lagen blir klarlagt. Om parterna anses böra ansvara för utredningen, vilken part bör ”utredningsbördan” åläggas? Är den gällande ordningen ändamålsenlig? Vilken roll spelar Utrikesdepartementet (nedan: UD) i sammanhanget? Vilka krav bör ställas på utredningen innan den kan godtas som underlag för domen? Den sist nämnda frågan berör direkt *rättsskipningens kvalitet* i de utlandsanknutna målen. Vad bör följden vara om domstolen inte finner utredningen vara tillräcklig, utan att bristen inom rimlig tid och utan oskäligen kostnader kan åtgärdas?

¹ Se ovan, avsnitt 5.4.3.

² Se ovan, avsnitt 5.7.2.

De angivna frågorna diskuteras i detta och de två följande kapitlen. Som jämförelsematerial kommer även utländska lösningsmodeller att beröras.

6.2 Vem skall inhämta utredning?

Innehållet i de många s.k. utredningsbestämmelserna i svensk rätt har berörts ovan i avsnitt 4.4.3. I all enkelhet innebär dessa att om inte domstolen känner till innehållet i den främmande lag som enligt domstolens bedömning är tillämplig, har den två alternativ att välja emellan. Antingen ombesörjer den själv utredningen, exempelvis genom att inhämta ett yttrande från UD.³ Eller så anmodar domstolen en part att anskaffa upplysningarna.

I svensk rätt har det ansetts vara en *lämplighetsfråga* vilket alternativ som väljs.⁴ Av betydelse härvidlag synes vara vem som lättast kan skaffa fram upplysningarna och vilka kostnader som en viss lösning är ägnad att medföra. Enligt förarbetsuttalanden bör anmaning till part inte användas om domstolen har lättare än part att skaffa utredning. Det har vidare ansetts vara en *lämplighetsfråga* huruvida domstolen eller part bör vända sig till UD.⁵ Det bör påpekas att UD:s eget arbete i sammanhanget är avgiftsfritt, oavsett om upplysningar läm-

³ Fram till den 30 juni 1996 stod UD:s rättsavdelning för upplysningar om innehållet i främmande staters lagar. Numera sköts uppgiften av UD:s enhet för internationell rättshjälp.

⁴ Se SOU 1987:18, s. 324 och prop. 1973:158, s. 107-108. Domstolen har naturligtvis även rätt att vidta egna studier rörande den utländska lagen. Domaren kan gå till lag- och domssamlingar, studera juridisk litteratur och söka ledning i uttalanden av myndigheter eller domstolar i laglandet. Flera svenska rättsfallsreferat har ansetts lämna upplysning om dylik "självverksamhet". Eek, Lagkonflikter I, s. 229. Jfr dock NJA 1993 s. 341 där domstolen synes ha varit fullständigt passiv i detta hänseende. – Edeltam, s. 136, anser mycket tala för att domstolen gör bruk av reglerna i 40 kap. RB när innehållet i utländsk rätt skall styrkas.

⁵ I propositionen om 1973 års reform av IÄL ansåg departementschefen det vara rimligt att en part själv vänder sig till UD i enkla fall, medan det i svårare ärenden kan vara lämpligt att begäran framställs av domstolen. Se prop. 1973:158, s. 107-108.

nas på partsbegäran eller på begäran av domstol.⁶ Om däremot UD, innan det kan informera om det utländska rättsläget, måste konsultera exempelvis en utländsk advokat och detta medför kostnader, får den som begärt upplysningar stå för kostnaderna. UD informerar dock alltid i förväg huruvida kostnader kommer att uppstå och det beräknade maximala beloppet för dessa. Det ankommer då på den sökande att ta ställning till huruvida framställningen vidhålls trots kostnaderna.⁷

Eftersom ingen särskild ordning fastställts i lag, har praxis vid inhämtande av upplysningar varierat mycket.⁸ Studerar man rättsfallsreferat kan det framgå att en part har lagt fram utredning om den tillämpliga främmande lagen. Om målet är av stort ekonomiskt eller principiellt intresse, är det inte ovanligt att båda parterna frambringar utredning och dessutom redovisar olika uppfattningar om den främmande lagens innehåll.⁹ Ibland framgår det av domen att domstolen själv – ofta rör det sig om HD – genom UD:s försorg verkställt viss utredning rörande den främmande lagens innehåll. Det har då regelmässigt handlat om enligt svensk rätt indispositiva frågor.¹⁰ Men även i indispositiva mål kan den utredning, som domen

⁶ En avgift tas ut endast när UD utfärdar intyg om äktenskapshinder i enlighet med kungörelsen (1973:950) om utredning angående frihet från äktenskapshinder enligt lagen i främmande stat. UD, muntlig information, 1996. En vanlig missuppfattning, som förmodligen bygger på detta undantag, är att dokumentationen är avgiftsbelagd när den utfärdas på partsbegäran. Se prop. 1973:158, s. 108 och Bogdan, Svensk IP, s. 49. Om däremot den europeiska konventionen används gäller, att endast domstolen kan göra bruk av den och att den erhållna informationen i princip alltid är kostnadsfri. Se nedan avsnitt 6.7.

⁷ Kanslirådet Agneta Lundvall, UD, 1996.

⁸ Ekelöf och Boman, Rättegång IV, s. 241, synes utgå ifrån att en part i allmänhet står för den behövliga utredningen. "Vid behov anses emellertid även domstolen bära inom rimliga gränser bedriva efterforskningar." Författarna hänvisar till förordningen (1981:366) om rätt att i vissa fall begära upplysningar om innehållet i utländsk rätt. Denna förordning ger domstolarna en särskild roll i sammanhanget. Förordningen, som införlivar den europeiska konventionen angående upplysningar om innehållet i utländsk rätt (1968) med svensk rätt, diskuteras nedan i avsnitt 6.7.3. – Enligt Edlestam bör domstolen bedriva efterforskningar, när en part inte inkommer med utredning. Edlestam, s. 136. Jfr dock *NJA* 1993 s. 341.

⁹ Så t.ex. i *NJA* 1987 s. 885.

¹⁰ Se ovan avsnitt 5.7.3 rörande stadfästelse av utländska skilsmässobeslut.

grundats på, ha inhämtats av en part.¹¹ Varför den ena eller den andra lösningen valts brukar överhuvudtaget inte motiveras.

Ofta framgår det dock inte av referatet vem som ombesörjt utredningen. Tydligt är att domstolarna funnit sådana här upplysningar vara överflödiga i domsmotiveringen, vilket knappast förvånar när hela spörsmålet blivit betraktat som en "lämplighetsfråga".¹² Alla de gällande utredningsbestämmelserna lämnar dessutom domstolen fria händer vid val av den lämpliga utredningsvägen.

6.3 Till vilken part bör anmaning om utredning riktas?

Det finns endast ett fåtal stadganden i svensk rätt som direkt ålägger en viss part skyldighet att frambringa utredning om tillämplig främmande lag. Ett sådant är bestämmelsen i 1 §

¹¹ Så t.ex. i *NJA* 1973 s. 57 om bl.a. fastställelse av faderskap.

¹² Enligt Palmgren, *JFT* 1937, s. 58, skall en domstol i sitt avgörande aldrig utsäga genom vems försorg domstolen erhållit kännedom om innehållet i tillämplig utländsk rättssats, på samma sätt som en domstol aldrig anger på vems initiativ den beaktat en bristande absolut processförutsättning. Av betydelse härvidlag synes vara att enligt Palmgren kan det vid utredning av innehållet i främmande lag aldrig vara fråga om någon beviskyldighet i vanlig mening och något äventyr kan inte heller föreläggas när en part, som anmanats anskaffa upplysningar, inte fullgjort uppgiften. I utländsk rättspraxis har man sett något mera nyanserat på spörsmålet. Den tyska rättens allmänna "utredningsbestämmelse" i § 293 ZPO, exempelvis, har ansetts innebära att det är domstolen som bär ansvaret för att innehållet i den tillämpliga utländska lagen blir utrett på ett tillförlitligt sätt, men parterna är skyldiga att medverka vid utredningen. Om parterna underlåter att medverka kan detta innebära för dem ofördelaktig rättstillämpning, även om det inte handlar om tillämpning av principerna rörande bevisbördan. Se von Bar, *IPR I*, s. 324-326 och Kropholler, *IPR*, s. 505-506. Jfr den tyska högsta domstolens uttalande i *BGH, NJW* 1976, s. 1518. I detta mål var turkisk rätt att tillämpa. En domare hade gjort efterforskningar rörande den turkiska rättens innehåll och hade kommit fram till ett visst resultat. En part bestred denna utgång och citerade vissa turkiska avgöranden enligt vilka den motsatta utgången skulle gälla. Emedan hon endast angav datum och aktnummer för dessa avgöranden godtogs upplysningarna inte av appellationsdomstolen som bevis för den turkiska rättens innehåll. Enligt *BGH* var det riktigt att som appellationsdomstolen låta partens bristande medverkan verka till hennes nackdel: "Diese fehlende Mitwirkung hat das Berufungsgericht, so ist sein Urteil zu verstehen, rechtsfehlerfrei zum Nachteil der Beklagten ausschlagen lassen." Se närmare, von Overbeck, *Allgemeine Bestimmungen*, s. 101-102.

förordningen (1931:429) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap, adoption och förmynderskap, som avser hindersprövning för äktenskap. Enligt denna *kan* vederbörande myndighet, när hemlandets (= medborgarskapsstatens) lag är att tillämpa, ålägga den sökande att styrka sin rätt att ingå äktenskap genom intyg från myndighet tillhörande hemlandet. Ett annat exempel är 7 § lagen (1935:44) om dödsbo efter dansk, finsk, isländsk eller norsk medborgare, som hade hemvist här i riket, m.m. (nedan: *NDL*). Enligt bestämmelsen skall den som påkallar tillämpning av utländsk lag styrka innehållet i den lagen.¹³ Lagrummet avser situationer där en arvinge (e.dyl.) påkallar tillämpning av lagen i den stat, där den avlidne var medborgare, i stället för svensk lag. Partsställning som kärande respektive svarande saknar betydelse.

Även generellt sett anses anmaningen i regel böra riktas till den part – kärande eller svarande – som stöder sig på den främmande lagen och som således har ett intresse av att lagens innehåll kan fastställas.¹⁴ I rättspraxis har det också godtagits

¹³ Lösningen ansågs innebära ett främmande inslag i det internordiska regelsystemet, av vilken anledning ett slutprotokoll rörande upplysningar om konventionsstaternas lagar ansågs behövt. I protokollet förklarar de fördragsslutande staterna sig vara ense om att framställning om upplysning angående innehållet av den i någon av staterna gällande lagen skall översändas från vederbörande justitie- eller utrikesdepartement och ställas, där fråga är om dansk, finsk, isländsk eller norsk lag, till justitiedepartementet, och i fråga om svensk lag till utrikesdepartementets rättsavdelning (numera: enheten för internationell rättshjälp). Sådan upplysning skall alltid ges i den mån det finns uttryckliga bestämmelser och i övrigt i den utsträckning som omständigheterna medger. Av denna formulering har ansetts följa att en parts skyldighet att styrka innehållet i den av honom eller henne åberopade utländska lagen blir aktuell först utanför lagstiftningens område. Philip, Dansk IP, s. 60. Den som framställer yrkandet skall också enligt lagrummet *visa* att förutsättningarna för tillämpning av medborgarskapsstatens lag är för handen, vilket i detta fall innebär att den avlidne vid sin bortgång inte haft hemvist i Sverige sedan minst fem år. – Om inget yrkande framställs, tillämpas svensk lag som den avlidnes *lex domicilii*.

¹⁴ Se Gärde, m.fl., s. 477 och Bogdan, Svensk IP, s. 48. Se AD 1992 nr 10, där de skiljaktiga ledamöterna gjorde följande uttalande: "I dispositiva mål har kärandepart som åberopar sig på utländsk rätt att förebringa utredning om denna rätts innehåll. Är den åberopade utredningen inte klarläggande skall käromålet inte bifallas." Ett sådant resonemang synes utgå ifrån att en avgörande grund för parts talan är att den utländska lagen har det innehåll som parten gör gällande. Enligt Eek, däremot, bör i princip *båda parterna* anmanas införskaffa bevisning. Enligt honom vore det inte heller uteslutet att vända sig till den part som lättare än motparten kan fullgöra uppgiften. Eek, Lagkonflikter I, s. 231.

att *käranden* belastas med utredningen, fastän det är svaranden som åberopat utländsk lag.¹⁵ Denna ordning torde dock kunna utnyttjas endast undantagsvis. Förklaringen för att en sådan lösning överhuvudtaget ansetts kunna komma i fråga måste vara att käranden är den part som tagit initiativ till rättegången och i vars intresse det ligger att talan kan bifallas.

Det verkar ha handlat om en medveten policy i svensk rätt att inte i lagen ange vilken part som skall styrka den främmande lagens innehåll och vad följden bör bli när parten misslyckats eller underlåtit att förete utredning.¹⁶ Frågan har påpekats kunna uppstå i så många olika situationer att en viss allmänt tillämplig lösning inte nödvändigtvis är lämplig.¹⁷

¹⁵ Så synes ha skett i *NJA* 1973 s. 57, där kärandesidan, som önskade tillämpning av svensk lag i målet om fastställelse av faderskap och underhåll till barn, lade fram utredning om innehållet i tysk lag.

¹⁶ Se t.ex. *NJA* II 1938, s. 255 och *NJA* II 1943, s. 446-447. I sitt förslag i SOU 1969:60 ansåg däremot familjerättskommittén spörsmålet böra lagregleras på följande sätt: "Yrkar part att främmande lag skall tillämpas i mål som avses i denna lag, äger rätten, när det finnes påkallat, anmana honom att förebära utredning om innehållet i den främmande lagen. Anmaningen får även riktas till den som väckt talan ehuru han ej åberopat främmande lag." Se förslag till lag om internationellrättsliga förhållanden rörande äktenskap, 5 kap. 3 § 1 st., SOU 1969:60, s. 13. Departementschefen ansåg det saknas anledning att i den begränsade reform, som lades fram i prop. 1973:158, ta upp en motsvarighet till den föreslagna regeln. Några motsvarande lagförslag har inte senare lagts fram.

¹⁷ Se SOU 1987:18, s. 324. Man talar i sammanhanget stundom om vilken part som bär *bevisbördan* rörande innehållet i den tillämpliga utländska lagen. Språkbruket förefaller adekvat om man resonerar som AD:s minoritet i AD 1992 nr 10, d.v.s. när följden av en misslyckad utredning anses böra bli att talan inte kan bifallas. Se även *NJA* 1993 s. 341. Att en part har bevisbördan med avseende på en viss omständighet betyder nämligen i svensk processrätt att domstolen inte skall lägga denna omständighet till grund för sin dom om inte bevisningen för omständigheten i fråga har en viss styrka. Se Juridikens termer. I det nu aktuella sammanhanget torde dock *utredningsbörda* vara ett lämpligare uttryck. Å andra sidan kan ett sådant resonemang som fördes av AD:s minoritet inte anses motsvara rådande mening i svensk rätt, enligt vilken det får avgöras från fall till fall ("enligt allmänna processrättsliga principer") vad en parts misslyckande att lägga fram tillfredsställande utredning bör ha till följd. Med tanke på detta är det tveksamt om man kan tala om vare sig bevisbördan eller utredningsbördan, när en viss negativ följd av ett misslyckande inte är given. Se även Zajtay, IECL, s. 23: "Strictly speaking, no burden of proving foreign law exists which is analogous to that of proving facts." Zajtay hänvisar till § 293 i ZPO i tysk rätt enligt vilken det är domstolens och inte parternas skyldighet att fastställa innehållet i tillämplig främmande rätt. Han förmodar att det skandinaviska systemet i detta hänseende är likt det tyska. Det bör dock påpekas att i motsats till vad som gäller i Tyskland har svenska domstolar inte någon allmän efterforskningsplikt rörande främmande rätt. - I den nya schweiziska IP-lagen från 1987 har man i detta hänseende gjort ett tydligt ställningstagande. Huvudregeln är enligt art. 16 st. 1 att domstolen är skyldig att ex officio fast-

6.4 Är den gällande ordningen ändamålsenlig?

6.4.1 Systemets funktionsduglighet

”Den internationella privaträttens funktionsduglighet är i väsentlig mån beroende av den behöriga myndighetens skyldighet att på tjänstens vägnar utreda innehållet i tillämplig främmande lag.”¹⁸

I samband med att utredningsbestämmelsernas innebörd kommenterades ovan i avsnitt 4.4.3 ansågs den arbetsfördelning mellan domstol och parter, som kommer till uttryck i dessa lagrum, för det mesta vara välöversvägd. Att generellt ålägga domstol skyldighet att på tjänstens vägnar inhämta upplysningar om innehållet i tillämplig främmande lag skulle öka domstolens arbetsbörda. En sådan skyldighet skulle dessutom gå stick i stäv mot den nuvarande strävan att minska kostnaderna för rättsväsendet. Den skulle knappast heller från parternas synpunkt vara den mest ändamålsenliga med tanke på en förlängd handläggningstid. Samtidigt måste dock påpekas att de krav som i detta hänseende ställs på domstolen på senare tid har skärpts i många utländska rättsordningar. Det har ansetts olämpligt att parternas beredvillighet att styrka den utländska lagens innehåll skulle få avgöra huruvida domen kan grundas på den tillämpliga främmande lagen.¹⁹

ställa innehållet i tillämplig främmande lag. Domstolen får i detta avseende be parterna att medverka men dessa har ingen bevisskyldighet. Gäller tvisten emellertid pekuniära frågor får domstolen enligt lagrummet lägga bevisbördan på parterna. Detta har ansetts innebära att den part som stöder sina anspråk på utländsk lag kan åläggas bevisa lagens innehåll. Se närmare, Schnyder, s. 29-30 och von Overbeck, Allgemeine Bestimmungen, s. 103. Se även Botschaft, s. 49-50.

¹⁸ Botschaft, s. 49. (Författarens översättning.)

¹⁹ Botschaft, s. 49, rörande schweizisk rätt.

6.4.2. Olika krav bör gälla för dispositiva och indispositiva mål

Problemet i svensk rätt synes i stället vara att man behandlat frågan alldeles för nyanslöst. Om nämligen olika förutsättningar gäller för utländsk rätts tillämpning beroende på om målet är indispositivt eller dispositivt²⁰ synes det naturligt att en liknande skillnad görs när det gäller ansvar för utredning av främmande lag.

I *indispositiva mål* är ex officio-användning av utländsk lag väl förankrad i rättstillämpningen. Parternas önskemål om tillämplig lag saknar betydelse. Det måste därför betraktas som olämpligt om ansvaret för utredningen i dessa mål utan vidare skulle kunna åläggas en part.

Domstolen bör i stället inta en aktiv roll och verka som en drivande kraft bakom att utförlig utredning förs fram.²¹ Flera olika utredningskanaler kan behöva anlitas för att få fram tillförlitlig utredning. Om exempelvis domstolen har begärt upplysningar från UD men sedan är osäker på hur fullständig den erhållna informationen är eller en part lägger fram upplysningar, kan det vara lämpligt att domstolen kompletterar denna information genom att begära upplysningar i enlighet med den europeiska konventionen angående upplysningar om innehållet i utländsk rätt.²² Svaret kommer då att upprättas av en myndighet i laglandet och brukar i allmänhet betraktas som mycket användbart förutsatt att den uppgiftssökande domstolen formulerat frågorna noggrant.

I ett enklare indispositivt mål kan det ibland räcka med att domstolen studerar den främmande lagtexten,

²⁰ Se ovan, avsnitt 5.2.5, 5.3.8 samt 5.7.

²¹ Se också Pålsson, Bülow, m.fl., s. 8. Denna uppfattning är väletablerad i dansk doktrin. Se t.ex. Gomard, s. 302. I prop. 1973:158, s. 107, uttalas att domstol har både rätt och plikt att försöka utreda innehållet i utländsk rätt, om sådan skall tillämpas i ett mål. Uttalandet gjordes i anslutning till fall där svaranden bestrider rätten till skilsmässa enligt svensk lag.

²² För denna konvention redogörs nedan, i avsnitt 6.7. Konventionens tillämpning förutsätter att både den ansökande staten och den anmodade staten är konventionsanslutna.

exempelvis såsom den anges i tysk översättning i "Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht" av Bergmann och Ferid, ett välrenommerat verk som finns tillgängligt i vissa svenska domstolar.²³ I övrigt torde domare i allmänhet sakna tillgång till sådana källor som krävs för utforskande av en främmande lags innehåll på egen hand, och andra nödvändiga förutsättningar, såsom goda färdigheter i utländska språk och en allmän kännedom om främmande rättsordningar i systematiska, teoretiska och praktiska hänseenden.²⁴

I dispositiva mål, däremot, disponerar parterna över lagvalsfrågan. Är de intresserade av utländsk lags tillämpning, talar inte minst processekonomiska skäl för att de anmanas komma med upplysningar om lagens innehåll. Detta bör i synnerhet gälla när parterna avtalat om utländsk rätts tillämpning. I dessa mål kan man i princip säga att utländsk lag används uteslutande i *parternas intresse*. Både åberopsbördan och "utredningsbördan" bör primärt bäras av den part som har ett intresse av att utländsk lag tillämpas.²⁵

Emellertid bör man inte bortse från att i mer svårbedömda mål kan domstolen ofta lättare än parterna skaffa fram de behövliga upplysningarna. Av betydelse härvidlag är att domstolen bättre kan formulera de för målet relevanta rättsfrågorna beträffande vilka upplysningar önskas om den utländska lagens innehåll. Härtill kommer att om information söks i enlighet med den europeiska konventionen, måste begäran om upplysningar framställas av domstolen; i dessa fall måste man således bortse från målets dispositivitet.²⁶ En stor

²³ Se nedan, avsnitt 6.5.3.

²⁴ Enligt Eek är dock domaren betydligt bättre skickad för uppgiften än diplomaten, d.v.s. UD-tjänstemännen. Se Eek, TfR 1955, s. 150.

²⁵ Se även Philip, Dansk IP, s. 59: "... det kan i hvert fald i dispositive sager ikke antages, at ansvaret for at fremskaffe oplysninger alene påhviler retten, selvom retten må have en pligt til at udøve en selvstændig indsats for at skaffe sig oplysning om eller kontrollere fremkomne oplysninger om fremmed ret." Se även NJA 1993 s. 341.

²⁶ Se nedan, avsnitt 6.7.3. I förhållande till de stater som också har anslutit sig till 1978 års tilläggsprotokoll gäller att en sådan begäran även får framställas av den som är biträde enligt rättshjälpslagen. Se 3 § i förordningen (1981:366) om rätt att i vissa fall begära upplysningar om innehållet i utländsk rätt.

fördel i mer svårbedömda fall kan vara att de upplysningar som man erhåller enligt den europeiska konventionen i princip alltid är avgiftsfria.²⁷

6.4.3 Undantag

Det har framgått att konventionsgrundade lagvalsregler i många kontinentaleuropeiska stater anses vara särskilt förpliktande för domstolen. Frågan bör ställas om sådana regler i svensk rätt i nu aktuellt hänseende förpliktar domstolen mer än autonoma svenska lagvalsregler.

Liksom i fråga om förutsättningarna för lagvalsreglernas tillämpning synes man inte i svensk rätt ha tillmätt en regels nationella eller internationella ursprung betydelse härvidlag. De första svenska utredningsbestämmelserna ingick i konventionsgrundade författningar, men någon ovillkorlig efterforskningsplikt angående innehållet i tillämplig främmande lag ansågs, av hänsyn till de praktiska svårigheterna, inte kunna ställas på domstolen. Denna bedömning har relevans än idag.²⁸

Ett undantag synes dock påkallat när en svensk lagvalsregel som är grundad på ett EG-direktiv hänvisar till utländsk rätt eller när utländsk rätt i kraft av Romkonventionens bestämmelser är att tillämpa vid svensk domstol. Av hänsyn till reglernas syfte och den gemensamma marknadens funktionsduglighet måste det förutsättas att domstolen agerar aktivt även i utredningsavseende utan hänsyn till målets internrättsliga kvalificering. Denna fråga har berörts ovan i avsnitt 5.6.4.

Men inte heller i övrigt synes någon ensidig inställning vara motiverad. Om domstolen har misslyckats med att få fram tillförlitlig utredning, men det finns anledning att förmoda att en part kan få fram den, exempelvis på grund av sitt ursprung eller de kontakter som parten har i det landet, bör anmaningen

²⁷ Se nedan, avsnitt 6.7.3 och 7 § i förordningen (1981:366).

²⁸ Se *NJA* 1993 s. 341 där den konventionsgrundade lagvalsregeln hänvisade till engelsk rätt. Domstolen ansåg sig inte skyldig att efterforska innehållet i engelsk rätt. Se ovan, avsnitt 5.6.4.

kunna riktas till parten, fastän målet är indispositivt. I dispositiva mål bör utredningsfrågan i sista hand lösas under beaktande av målets svårighet och omständigheterna i det enskilda fallet. Av betydelse kan exempelvis vara parternas ekonomiska styrka och potential att på egen hand, d.v.s. genom juridiska ombud, få fram de erforderliga upplysningarna. Om exempelvis två företag tvistar med varandra om ett betydelsefullt avtal, är de normalt i en sådan position att de också kan skaffa fram erforderlig utredning. Om fråga i stället är om en vanlig bodelningstvist mellan två makar kan det vara motiverat att domstolen hjälper till med utredningen. Domstolens efterforskningar bör dock alltid framstå som rimliga i förhållande till tvistefrågan. Det bör påpekas att oavsett målets art finns det inte något – utom processekonomiska hänsynstaganden – som hindrar att domstolen vid behov kompletterar den utredning som lagts fram av en part (parterna). – Om målet har både dispositiva och indispositiva inslag (tvister om underhåll till barn, konsumenttvister, etc.) kan det vara motiverat med en i utredningsavseende aktiv domstol.

I detta sammanhang kan det ha sitt intresse att beröra de "riktlinjer" som angavs av finländaren Bo Palmgren i uppsatsen "Om tillämpning av utländsk rätt i tvistemål" från år 1937.²⁹ Trots att närmare 60 år har förflutit har rekommendationerna fortfarande viss aktualitet. Enligt Palmgren kan och bör domstolen efterforska utländsk rätt i den utsträckning som en efterforskning genom domstolens försorg är förenlig med god processekonomi och med domstolens allmänna tjänsteverksamhet och kan ske med de hjälpmedel som står till domstolens förfogande. "Härvid kan man säkerligen ställa större krav på överrätterna än på underrätterna, större krav på de större städernas domstolar än på domstolarna i de mindre städerna och på landet. Likaså kan man ställa större krav då det gäller närbesläktad rätt än då det gäller mera främmande rättsordningar, större krav då det gäller länder med kodifierad rätt än länder med spridda rättskällor

²⁹ Palmgren, JFT 1937, s. 34 ff. Palmgren understryker att verksamheten bör fördelas mellan domstolen och parterna på sådant sätt att processen så bra som möjligt kan fullgöra sin uppgift för upprätthållandet av rättsordningen och rättssäkerheten.

och större krav då det gäller länder, vilkas språk domstolen har möjligheter att förstå, än länder med för domstolen okänt språk. Och framför allt stegras kraven på självverksamhet från domstolens sida i den mån ett officialintresse gör sig gällande.”³⁰

Det är ägnat att förvåna att denna praktiskt och principiellt viktiga fråga inte väckt nämnvärt intresse i den processrättsliga litteraturen.³¹ Svensk rätt synes, mer eller mindre, ha stått stilla i detta hänseende allt sedan de första ”moderna” internationellt privaträttsliga författningarna antogs i vårt land i början av 1900-talet, då det ansågs att domstolen inte kunde åläggas någon utredningsplikt vad gäller innehållet i främmande rätt.³² Domstolen gavs däremot befogenhet att på egen hand söka förskaffa sig sådan kunskap. Ekelöf och Boman synes utgå från att det normalt är parternas sak att ordna den behövliga utredningen, men att domstolen vid behov inom rimliga gränser bör bedriva efterforskningar.³³ I den moderna doktrinen är det genomgående fråga om mycket allmänt

³⁰ Palmgren, JFT 1937, s. 54-55. Jfr von Overbeck, Allgemeine Bestimmungen, s. 102: ”Hier ist ein vernünftiges Verhältnis zwischen dem Aufwand für die Ermittlung und der Bedeutung des Resultats für die Parteien zu wahren. In einer unbedeutenden Sache ist dem Gericht nicht zuzumuten, kostspielige Expertisen über das Recht ferner Länder erstellen zu lassen. Ein allgemeines Rezept lässt sich nicht geben.” Uttalandet har sitt intresse eftersom det avser den nya schweiziska IP-lagen, enligt vilken domstolen är skyldig att ex officio efterforska innehållet i tillämplig främmande lag. Även mot bakgrund av en sådan reglering skall det således finnas utrymme för bl.a. processekonomiska hänsynstaganden.

³¹ Problematiken berörs endast i förbigående av Ekelöf och Boman i Rättegång IV, s. 241. Detsamma gäller för Rättegångsbalken II, 35-54-55. En något utförligare framställning finns i Gärde, m.fl., s. 477-478.

³² Enligt Kallenberg kunde man i detta hänseende inte likställa utländsk lag med inhemsk. ”Det låter sig under nuvarande internationella förhållanden icke rimligtvis göra att ålägga domstolen såsom en ämbetsplikt att förskaffa sig kunskap om hvad främmande rätt i ett visst fall stadgar eller ens att söka inhämta upplysningar i ett sådant hänseende. Att ålägga domstolen det förra, skulle vara detsamma som att förplikta domstolen till något, som det ej sällan skulle vara omöjligt att fullgöra, medan ett förpliktande till det senare knappast skulle ha afsevärd praktisk betydelse, om ej den förra skyldigheten blifvit erkänd. I senare afseendet kan knappast ifrågasättas annat än att ålägga domstol att i viss angifven ordning söka underrättelse om främmande rätts innehåll.” Se Kallenberg, II, s. 95 ff.

³³ Ekelöf & Boman, Rättegång IV, s. 241. Sveriges tillträde till den europeiska konventionen har helt korrekt ansetts innebära att domstolen bör visa större aktivitet i utredningshänseende.

hållna ställningstaganden utan någon analys av den gällande ordningens ändamålsenlighet.

I utlandet diskuteras däremot spørgsmålet livligt.³⁴ Utvecklingen på den europeiska kontinenten har på sistone gått mot allt större myndighetsmedverkan också vid utredning av innehållet i utländsk rätt, allt i syfte att garantera den internationella privaträttens funktionsduglighet.³⁵ I de nya österrikiska (1978, § 4 st. 1), schweiziska (1987, art. 16 st. 1) och italienska (1995, art. 15 st. 1) internationellt privaträttsliga kodifikationerna anges det sålunda uttryckligen att domstolen *ex officio* skall fastställa innehållet i tillämplig utländsk lag, med vilket avses att det är domstolen som har ansvaret för att innehållet i den tillämpliga främmande lagen blir utrett. Detta är också den tyska rättens ståndpunkt, vilket landets högsta domstol (BGH) upprepade gånger mycket tydligt har slagit fast.³⁶

³⁴ I doktrinen finns en viss tendens att göra en skillnad mellan mål som enbart avser parternas intressen och mål, där ett officialintresse står på spel. Se t.ex. Vischer, *Rec. des Cours* 1992: I, s. 82: "From an objective view the content of the applicable foreign law should be established *ex officio* whenever the case concerns public interests ... Certainly this does not prevent the assistance of the parties be requested in such cases; but the responsibility should remain with the judge. ... In proceedings where the issue at stake concerns rights of which the parties can freely dispose, it seems appropriate that the party who seeks an advantage from the application of the foreign rules should have to prove their content. If foreign law is applicable due to a choice of law by the parties, both parties are under the duty to provide for the content of the chosen law." Huruvida även lagstiftningen ger utrymme för en motsvarande flexibilitet är däremot tveksamt.

³⁵ Se nedan, avsnitt 6.6.1-6.6.3.

³⁶ Se t.ex. BGH, *NJW* 1991, s. 1418.

6.5 UD:s roll vid utredning av innehållet i främmande rätt³⁷

6.5.1 En väletablerad "utredningskanal"

Utrikesdepartementet har allt sedan det nya internationellt privaträttsliga tänkandet slog igenom i Sverige spelat en viktig roll vid utredningar rörande innehållet i främmande staters rättsordningar.³⁸ På begäran av domstol, annan myndighet eller part lämnar UD upplysningar om innehållet i främmande staters lagar. I enklare ärenden (s.k. standardförfrågningar) brukar UD självt stå för informationen. I svårare ärenden, exempelvis då rättspraxis är av betydelse på området, brukar den sökande hänvisas vidare till en för svarets upprättande lämpad person i "laglandet", normalt en där verksam advokat.³⁹ Stundom åtar sig dock UD att förmedla frågorna till utlandet varvid uppkommen kostnad debiteras den sökande.

Utrikesdepartementets roll i sammanhanget kan betraktas som naturlig såtillvida att staterna traditionellt anlitat diplomatiska kanaler när de behövt upplysningar om varandras lagar. Det har också sedan gammalt ingått i UD:s uppgifter att bistå svenska medborgare utomlands och i utlandsanknutna ärenden. Det rör sig dessutom om den sorts förmedlande verksamhet som UD även i övrigt i viss utsträckning är ansvarigt för. I flera internationellt privaträttsliga författningar har UD ålagts skyldighet att bistå med inhämtande av juridiskt relevanta upplysningar från utlandet, se t.ex. 4 kap. 2 § och 5 kap. 2 § IÄL. Formellt är det i dessa fall fråga om förmedlande av sådana upplysningar från utlandet som är av betydelse vid

³⁷ Framställningen avser UD:s förmedlande verksamhet i allmänhet, d.v.s. utanför den europeiska konventionens tillämpning. Den europeiska konventionen anger en viss utredningsordning. Se nedan, avsnitt 6.7.

³⁸ Se Reuterskiöld, Om äktenskap, m.m., s. 308 och s. 310, not 3 där.

³⁹ Se Hellners, TSA 1964, s. 109-110. – De ärenden som UD:s rättsavdelning (numera: enheten för internationell rättshjälp) handlagt samlas i dossier och utgör i praktiken en "faktabank" för likartade fall.

bedömningen av huruvida en viss åtgärd behöver vidtas i Sverige. Om exempelvis de genom UD inhämtade upplysningarna ger vid handen att förmynderskap inte kommer att anordnas i barnets medborgarskapsstat när barnet har hemvist i Sverige, skall enligt 4 kap. 2 § IÅL förmynderskap anordnas enligt svensk lag. Innan det svar som har erhållits från den främmande staten kan läggas till grund för ett svenskt beslut, måste det ofta bearbetas av UD som då också måste utreda innehållet i den främmande rätten. Steget härifrån till den sorts utredning som behövs vid rättstillämpning har ansetts vara litet.⁴⁰

I kungörelsen (1973:950) om utredning angående frihet från äktenskapshinder enligt lagen i främmande stat anges uttryckligen att där avsedda intyg också utfärdas av UD. I övrigt synes det vara fråga om en väletablerad praxis, som inte föranlett lagstiftning, att vända sig till UD vid behov av upplysningar om utländsk rätt.⁴¹ UD fungerar som det förmedlande organet både enligt slutprotokollet till den nordiska arvskonventionen⁴² och enligt den europeiska konventionen angående upplysningar om innehållet i utländsk rätt.⁴³ Dessa instrument förutsätter dock inte att UD skall utreda innehållet i främmande rätt. UD:s uppgift är i detta hänseende i stället att vidarebefordra framställningen om upplysningar till enligt konventionen behörigt utländskt organ, som sedan sörjer för att den begärda informationen lämnas.

Utredningsbestämmelserna i de gällande svenska författningarna lämnar öppet på vilket sätt en domstol, en annan myndighet eller en part bör införskaffa utredning om den tillämpliga främmande lagen. Det enda undantaget är bestämmelsen i 3 kap. 2 § 2 st. IDL som avser en situation där "Konungen förordnat huru underrättelse om innehållet av

⁴⁰ Hellners, TSA 1964, s. 105.

⁴¹ Se Hellners, TSA 1964, s. 105.

⁴² Konventionen mellan Danmark, Finland, Island, Norge och Sverige om arv, testamente och boutredning (Köpenhamn, 19.11.1934).

⁴³ London, 7.6.1968. Konventionen, som har antagits inom Europarådet, behandlas nedan i avsnitt 6.7.

utländsk rätt må av rätten sökas". Enligt den "vare rätten, då ej lagens innehåll förut är för rätten känt, pliktig att i sådan ordning därom söka underrättelse". Bestämmelsen är en upprekning av i avsnitt 4.4.1 berörda, numera upphävda regler i IÄL och IÄR och får anses ha kommit till i avvaktan på internationellt samarbete på området. Det avsedda samarbetet uteblev med den följd att några förordnanden om "utredningskanaler" inte utfärdades och bestämmelserna blev utan praktisk betydelse. Man har i stället ansett domstolarna vara helt fria vid bedömande av de vägar och medel som kan anlitas för att inhämta erforderlig utredning.⁴⁴ Den senare antagna europeiska konventionen angående upplysningar om innehållet i utländsk rätt har använts mycket litet av domstolarna.⁴⁵ I praktiken brukar domstolen vända sig direkt till UD, om den inte funnit det lämpligare att anmoda en part att komma med upplysningar.

6.5.2 "Klienterna"

UD:s förmedlande verksamhet, när det gäller upplysningar om innehållet i utländsk rätt, är numera så väletablerad att den tas mer eller mindre för given.⁴⁶ Förfrågningar kommer från domstolar, andra myndigheter och från enskilda. I det stora flertalet fall rör det sig om familjerättsliga frågor, ofta föranledda av en redan inledd eller förestående process där tillämpning av utländsk rätt kan komma att aktualiseras.⁴⁷ Förfrågningarna

⁴⁴ Hellners, TSA 1964, s. 103. Enligt Hassler & Nial innebär avsaknaden av sådana förordnanden att "domstolen över huvud ej har plikt att försöka sig kännedom om vad utländsk rätt i något fall stadgar". Hassler & Nial, s. 39.

⁴⁵ Se nedan, avsnitt 6.7.2.

⁴⁶ Till detta kan ha bidragit att man i svensk doktrin, allt sedan Reuterskiöld, hänvisat till UD i sammanhanget. Så också Hellners, TSA 1964, s. 103-104.

⁴⁷ Hellners, TSA 1964, s. 101. Läget var i detta hänseende oförändrat år 1996 enligt uppgift av kanslirådet Agneta Lundvall, UD.- I sammanhanget bör även *Institutet för utländsk rätt* i Stockholm nämnas. Fråga är om ett dotterbolag till Industriförbundet som funnits sedan år 1948. Institutet för utländsk rätt fungerar som ett serviceorgan för svenska företag, särskilt småföretag, på det skatterättsliga och handelsrättsliga området (inkl. bolagsrätt). Verksamheten består av allmän och enskild juridisk rådgivning, exempelvis när ett företag överväger utländskt samarbete eller etablering

behandlas likadant oavsett om de kommer från en myndighet eller en privatperson. Detta kan anses motiverat med tanke på svenska domstolars varierande praxis beträffande huruvida domstolen själv införskaffar utredning eller om en part anmodas göra det.⁴⁸

Som nämnts i avsnitt 6.2 tar UD inte ut några avgifter för sitt eget arbete på det förevarande området utan det bekostas av allmänna medel. En rimlig fråga synes därför vara i vilken utsträckning denna form av service skall stå till förfogande.

Enligt Hellners torde det vara rimligt att UD:s tjänster i nu aktuellt hänseende förbehålls svenska medborgare eller svenska intressen.⁴⁹ Med svensk medborgare skulle likställas statslös och politisk flykting med hemvist i Sverige. Hellners var samtidigt mån om att påpeka att i UD:s dåvarande praxis (1960-talet) utgjorde partens utländska medborgarskap inte något absolut hinder för bistånd, utan varje fall bedömdes för sig. I dagens läge synes det motiverat att närma sig frågan delvis på ett annat sätt.

En påfallande skillnad är, för det första, den övergång till hemvistprincipen som ägt rum i svensk internationell familjerätt under de senaste årtiondena. Svensk domsrätt är sällan beroende av parternas eller ena partens svenska medborgarskap, utan i tilltagande grad av parternas eller ena partens (i regel svarandens) *hemvist i Sverige*. Det är i första hand partens svenska hemvist som skapar ett svenskt rättskipningsintresse även om det också i andra fall bör finnas möjlighet att få en fråga prövad av svensk domstol. Föreligger svensk domsrätt och upplysningar behövs om utländsk rätt, förefaller det rimligt att UD står till tjänst oavsett på vilken grund frågan tas upp i Sverige. Till saken hör att av Sveriges befolkning är drygt en halv miljon utländska medborgare.⁵⁰ Det saknas också

utomlands. Arvodering sker i enlighet med normal advokattaxa. Muntlig information från Institutet för utländsk rätt, 1996.

⁴⁸ Se Hellners, TSA 1964, s. 106. Angående denna praxis, se ovan, avsnitt 6.2.1.

⁴⁹ Hellners, TSA 1964, s. 106.

⁵⁰ Enligt tjänstemän på UD brukar det i detta sammanhang inte förekomma att andra villkor skulle gälla för utländska medborgare än för svenska medborgare. Muntlig information, 1996. Normalt är det dock utländska medborgare som begär intyg om

anledning att kräva att talan redan väckts vid svensk domstol, som funnit sig vara behörig i målet, eller att tvist uppkommit. Det enda som bör förutsättas är att svensk domstol sannolikt skulle anse sig vara behörig om frågan tas till domstol.⁵¹

En annan skillnad är att det numera finns en stor medvetenhet om att offentliga utgifter måste skäras ned, mot vilken bakgrund UD:s avgiftsfria tjänster kan framstå som överdrivna. Som argument för avgiftsfrihet kan dock åberopas att det, åtminstone numera, handlar om information av mycket allmän karaktär, grundad på hos UD tillgänglig dokumentation, såsom kopior av lagtexter eller av lagkommentarer. Informationen bearbetas inte av UD av vilken anledning den kan vara svår att använda och av begränsat värde.⁵² Enligt uppgift utfärdar UD inte längre egentliga intyg om innehållet i utländsk rätt utom när fråga är om äktenskapshinder enligt främmande lag.⁵³

Där hemvistprincipen ryckt fram i svensk internationell familjerätt har behovet av upplysningar om innehållet i utländsk rätt klart minskat. Någon dramatisk nedgång av antalet förfrågningar har dock inte skett, förmodligen av det skälet att familje- och affärlivets internationalisering varit som intensivast de senaste årtiondena.⁵⁴

UD uttalar sig inte om innehållet i *svensk rätt*, exempelvis om vilka regler som gäller i svensk internationell privaträtt, utom på ett mycket allmänt plan. Det händer ofta att i samband med upplysningar om utländsk rätt förfrågan ställs också om de svenska internationellt privaträttsliga reglerna på

äktenskapshinder enligt främmande staters lagar (se kungörelse 1973:950) och en avgift tas alltid ut av UD för dessa intyg.

⁵¹ När detta krav inte är uppfyllt har det ansetts lämpligt att vederbörande hänvisas att söka upplysning på annat håll, exempelvis av en advokat i den ifrågavarande staten. Undantag kan dock göras när den begärda informationen redan finns lätt tillgänglig på UD på grund av tidigare verkställd utredning eller liknande. Hellners, TSA 1964, s. 106-107.

⁵² En förutsättning för att avgifter tas ut synes vara att uppgifterna lämnas i intygsform. Se Hellners, TSA 1964, s. 110. Detta ställningstagande har inte omprövats senare.

⁵³ Kanslirådet Agneta Lundvall, UD, 1996.

⁵⁴ Ingen statistik förs på UD om antalet förfrågningar.

området. Rör det sig om mer detaljerad information bör upplysningar sökas på annat håll.

6.5.3 På vilket underlag grundas utredningen?

”Handböcker kunna studeras och främmande lagtexter anskaffas. I stort blir det enbart fråga om en förmedlande verksamhet, vars värde bestämmes av kapaciteten hos de uppgiftsinsamlade konsults- och beskickningstjänstemännen.”⁵⁵

Det har ansetts vara självklart i svensk internationellt privaträttslig doktrin att främmande rätt, när den enligt svenska lagvalsregler är tillämplig, såvitt möjligt tillämpas *lojalt*, d.v.s. på samma sätt som den tolkas och tillämpas i sitt ursprungsland. Detta förutsätter bl.a. att man använder samma rättskäl-
lor och tolkningsprinciper som gäller i det främmande landet (“laglandet”).

En sådan utgångspunkt ställer naturligtvis stora krav på kvalitet på en utredning av innehållet i utländsk rätt. Kan UD vid sin upplysningsverksamhet leva upp till dessa krav? Av betydelse i sammanhanget är att även om den information som UD lämnar inte är bindande för domstolen, följs den i praktiken om den inte motbevisas.⁵⁶

Såsom tidigare påpekats, avser till UD riktade förfrågningar regelmässigt familje- och successionsrättsliga frågor. De upplysningar som UD lämnar bygger regelmässigt på vid departementet tillgänglig juridisk litteratur, tidigare dossiermaterial och från svenska ambassader och konsulat insända löpande uppgifter om ändringar i familjerättslig lagstiftning i verksamhetslandet.⁵⁷ Tjänstemän på UD:s enhet för internationell rättshjälp poängterar, att det rör sig om *förmedling av upplysningar*. De för verksamheten ansvariga medarbetarna

⁵⁵ Eek, Tfr 1955, s. 150.

⁵⁶ Se även Bogdan, Svensk IP, s. 49.

⁵⁷ Hellners, TSA 1964, s. 105-106 och Bogdan, Svensk IP, s. 49. Enligt UD gäller detta fortfarande år 1996.

saknar befogenhet att tolka utländsk rätt. Bland litteraturen åtnjuter de fortlöpande tyska "lösbladsverken" Bergmanns & Ferids "Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht" och Ferids & Firschings "Internationales Erbrecht" en särställning emedan de i princip omfattar de viktigaste lagarna och även annan relevant information på familje- och successionsrättens områden i alla världens rättsordningar. Av verkets lösblads-karaktär följer också att den där tillgängliga informationen oftast är à jour.⁵⁸ I enklare ärenden brukar man dock nöja sig med den i standardverket "International Law Digest" (del III) tillgängliga informationen om vilka regler som gäller i ett visst land.⁵⁹ Detta verk utkommer årligen och omfattar ett 50-tal stater.

UD lämnar information både muntligt och skriftligt. Informationen är av allmän karaktär och bearbetas inte utifrån omständigheterna i det fall som föranlett förfrågningen. Vanligt är att kopior av lagtexter bifogas liksom också kopior av anlitade lagkommentarer.

Om ärendet bedöms vara mer komplicerat, brukar UD först inhämta upplysningar från den svenska ambassaden eller svenskt konsulat i laglandet.⁶⁰ En sådan hänvändelse har ansetts motiverad exempelvis när lagstiftning saknas eller det kan förmodas att rättspraxis spelar en viktig roll på området.⁶¹ Ibland anlitar man också den svenska ambassadens juridiska rådgivare i den främmande staten.⁶² UD kan också finna det motiverat att någon annan står för utredningen. Det händer

⁵⁸ Har en lagändring inträffat, måste man dock räkna med att det kan dröja innan den nya lagen är återgiven, särskilt när det gäller mer exotiska rättsordningar. Även om de båda verken allmänt sett är mycket välenommerade, måste de användas med viss försiktighet ifråga om mindre kända rättsordningar och kompletteras med annat tillgängligt material. Det finns exempelvis alltid en risk att ursprungsspråket blivit felaktigt översatt till tyska.

⁵⁹ Verket utges av förlaget Martindale & Hubbell.

⁶⁰ Varje svensk ambassad och konsulat har skyldighet att rapportera om alla mer betydande lagändringar inom familjerättens område i sitt verksamhetsland. I allmänhet sker detta genom att lagtext och motiv insändes till enheten för internationell rättshjälp. Se Hellners, TSA 1964, s. 106.

⁶¹ Se Hellners, TSA 1964, s. 116. Denna praxis synes vara oförändrad på 1990-talet.

⁶² Information från UD:s enhet för internationell rättshjälp, 1996. I detta fall kan en kostnad uppstå som inte täcks av allmänna medel.

således att sökanden hänvisas att själv hos utländsk advokat – eller någon gång hos utländsk ambassad i Sverige – framställa sina frågor.⁶³ Stundom förmedlar UD begäran om upplysningar direkt till en för uppgiften enligt UD:s bedömning bättre lämpad adressat, ofta en praktiskt verksam jurist i laglandet.

UD:s roll vid utredningar rörande innehållet i utländsk rätt har sällan underkastats en kritisk granskning. Det finns endast två inlägg i litteraturen som närmare belyser innebörden av denna verksamhet. Det ena är Eeks kritiska uppsats "Lex causae okänd storhet" från 1955.⁶⁴ Det andra är Hellners' mycket informativa artikel "Utrikesdepartementets medverkan vid utredning angående utländsk rätt" från 1964,⁶⁵ som fortfarande på 1990-talet enligt UD får anses ge en i huvudsak aktuell bild av läget utom att några egentliga intyg om innehållet i främmande rätt inte längre utfärdas. Medan Eek ifrågasatte UD:s kompetens och resurser på området och pläderade för större ansvar för domstolarna, ansåg Hellners systemet i stort sett fungera bra och vara överlägset andra alternativ.

6.5.4 Systemets för- och nackdelar

Snabbt och billigt?

En stor fördel med denna verksamhet har ansetts vara att den är både snabb och billig.⁶⁶ Härtill kommer att UD:s informationsverksamhet är välkänd och myndigheterna och enskilda har lärt sig göra bruk av den.

Såsom tidigare har nämnts är UD:s eget arbete kostnadsfritt utom när det gäller intyg om äktenskapshinder enligt främmande lag. Väljer UD att anlita en utländsk advokat, får den

⁶³ Hellners, TSA 1964, s. 109.

⁶⁴ Tfr 1955, s. 132-151.

⁶⁵ TSA 1964, s. 101-118.

⁶⁶ Se Hellners, TSA 1964, s. 115-116.

som begärt upplysningar stå för de kostnader som kommer att uppstå. UD vidtar dock aldrig avgiftsbelagda utredningar utan den sökandes samtycke. I vissa situationer, där domstolen normalt är sökande, utgår ersättningen från allmänna medel.⁶⁷

Förfarandet kan stundom framstå som komplicerat. Domstolen vänder sig först till UD med begäran om upplysningar. Visar det sig att UD inte anser sig kunna lämna tillfredsställande upplysningar, informerar den domstolen om möjligheten att anlita en utländsk jurist som sakkunnig och vilka kostnader som detta kan ge upphov till. Domstolen kan då i enlighet med reglerna i 40 kap. RB utse en namngiven person som sakkunnig eller, alternativt, söka upplysningar på annat sätt.⁶⁸

Systemet har vidare ansetts garantera att svar erhålls utan någon större tidsutdräkt.⁶⁹ I enklare ärenden kan det räcka med telefoninformation. S.k. standarddokumentation, såsom vilka arvsregler som gäller i ett visst land, kan utfärdas inom ett par dagar. I de fall där UD måste vidta vissa efterforskningar, brukar det ta ett par veckor. Även i de mer komplicerade fall där utländsk jurist anlitas brukar upplysningar kunna erhållas inom sådan tidsrymd att handläggningen inte oskäligt fördröjs.⁷⁰

Tillförlitligt?

En väsentlig fråga är emellertid hur tillförlitlig den utredning är som man kan få fram genom UD:s försorg. Härtill kommer att den information som UD tillhandahåller är av *allmän karaktär*. Den består regelmässigt av lagtexten på det ifrågasvarande området, förutsatt att frågan är lagreglerad, komplet-

⁶⁷ Så är fallet när den utländska advokaten av domstolen utsetts som sakkunnig; ersättningen utgår då från allmänna medel förutsatt att målet är indispositivt. Se 40 kap. 17 § 2 st. RB. Detsamma gäller när fråga är om fri rättegång.

⁶⁸ För användning av den europeiska konventionen kan i detta fall tala att konventionen garanterar att upplysningar kan erhållas kostnadsfritt. Se nedan, avsnitt 6.7.3.

⁶⁹ Se Hellners, TSA 1964, s. 115-116.

⁷⁰ Hellners, TSA 1964, s. 115-116. Denna beskrivning var fortfarande år 1996 aktuell enligt UD:s bedömning.

terad med utdrag ur rättslitteraturen där rättspraxis, kanske, kommenteras.⁷¹

Det är däremot inte fråga om att direkt ange vilket lagrum som är att tillämpa i det enskilda fallet och hur det fall som givit upphov till förfrågningen bedöms enligt den främmande lagen.⁷² Tvärtom är en av UD verkställd utredning stundom av överdrivet allmän karaktär. I *NJA* 1978 s. 590, exempelvis, där fråga var om *hustruns* rätt till underhåll efter upplösning av ett barnlöst äktenskap, innehöll den (av hovrätten) genom UD införskaffade utredningen om rumänsk rätt minst lika utförliga upplysningar om hur barns rätt till underhåll och vårdnad om barn bedöms enligt rumänsk lag som om frånskild makes rätt till underhåll.⁷³ En större brist är att utredningen kan begränsa sig till en för oss svårbegriplig lagtext. För den oerfarne är sådan information av mycket begränsat värde.

Vi möter här systemets achilleshäl. Den information om utländsk rätt som UD genom eget arbete tillhandahåller kan i svårare mål knappast förutsättas utgöra ett pålitligt underlag för målets bedömning vid svensk domstol. Det finns också risk för att den för informationen ansvariga personen missförstått vilka regleringar i laglandet som är av relevans. Problem kan säkerligen också uppstå på det språkliga planet i form av svårigheter att sakligt korrekt på svenska återge den utländska lagens innehåll.

Enligt Eek är det fullt naturligt att man inte av en byrå i t.ex. det svenska utrikesdepartementet kan kräva komparativt rättsvetenskapligt kunnande eller vidsträckt praktisk erfarenhet av främmande rätt.⁷⁴ UD:s förutsättningar att bistå vid utredningen om utländsk rätt måste anses brista särskilt i fråga om den engelskspråkiga världens common law-rätts-

⁷¹ Som exempel kan hänvisas till utredningen i *NJA* 1968 s. 372 (s. 374) och *NJA* 1973 s. 57 (s. 60), där endast lagstiftning återges. En utförligare utredning verkställdes i *NJA* 1989 s. 95 och *NJA* 1989 C 83.

⁷² Se Hellners, TSA 1964, s. 109.

⁷³ Målet har beskrivits ovan i avsnitt 5.3.2.

⁷⁴ Eek, Tfr 1955, s. 150.

ordningar. Detta föranleder enligt Eek att en annan ordning bör övervägas, nämligen att man i stället ålägger *domstolarna* en begränsad efterforskningsplikt i fråga om främmande rätt: "Domaren är bättre skickad än t.ex. diplomaten att på grundval av det material, som föreligger, komma till en hållbar slutsats om den främmande rättens innehåll och har större möjlighet än parterna att upptäcka och söka fylla 'luckor' däri. Man kunde tänka sig en regel, som ålägger domstol att, sedan part efterkommit anmaning enligt RB 35:2, andra stycket, granska den förebragta bevisningen och, så långt det är möjligt, komplettera den med ex officio inhämtat material. Förevaron av en dylik erinran i lagtextens form borde ... leda till att domstolarna ... skaffade sig för dömandet erforderlig, relativt nära till hands liggande rättskunskap."⁷⁵ – Det bör påpekas att domstolen i en del andra länder har en efterforskningsplikt rörande innehållet i utländsk rätt. Det ställs också mycket långtgående krav på domstolen i detta hänseende.⁷⁶

I sitt inlägg från år 1964 valde Hellners, däremot, att tonar ner svårigheterna. Enligt hans uppfattning var vanskligheterna på väg att försvinna på grund av en allt bättre tillgång till utländska handböcker och annan juridisk litteratur, den fortlöpande rapporteringen från svenska ambassader och praxis att inhämta upplysningar från en tillförlitlig källa utomlands.⁷⁷ Det kan dock ifrågasättas att sådant material är tillräckligt.⁷⁸ Att få fram tillfyllestgörande utredning om utländsk rätt är fortfarande ett problem i rättstillämpningen.⁷⁹ Dessutom: det räcker inte att man erhåller tillförlitlig dokumentation om den främmande lagen. Innan domen kan grundas på den måste man också ha kännedom om vilka

⁷⁵ Eek, Tfr 1955, s. 150-151.

⁷⁶ Se nedan avsnitt 6.6.1-6.6.3.

⁷⁷ Hellners, TSA 1964, s. 116.

⁷⁸ I stor utsträckning rör det sig i dessa fall om s.k. sekundärrättskällor som i allmänna drag återger vilka regler som gäller i ett visst land. Vad som behövs är i stället tillgång till aktuella lagtexter, rättsfallssamlingar inkl. den senaste rättspraxis, auktoritativa kommentarer, tidskrifter samt monografier, d.v.s. samma rättskällor som domstolen i laglandet använder.

⁷⁹ Se nedan, avsnitt 7.4.

regler som är av relevans och hur det föreliggande fallet skall bedömas enligt den rätten. Allmänna upplysningar av den sort som UD lämnar är otillräckliga i detta hänseende.⁸⁰

Man kan invända att det är partsombudets sak att övervinna sådana här svårigheter.⁸¹ Problemet är att partsombud inte alltid, utom i de verkligt stora målen eller i de stora byråerna med etablerade utlandskontakter, finner det lönt att vidta egna aktiva efterforskningar, såsom att genom kolleger i det främmande landet verkställa en utredning, utan i stället i mycket stor grad nöjer sig med UD:s utredning. Det förekommer också att partsombud nöjer sig med att skaffa fram de uppgifter som stöder den egna klientens talan. Motinformationen "glöms" mer eller mindre bort. Detta kan naturligtvis få allvarliga konsekvenser om motparten har underlåtit att vidta egna undersökningar. För att garantera objektivitet krävs tillgång till ytterligare upplysningar. I det gällande systemet står UD ensamt för neutral information, om inte domstolen utnyttjar möjligheten att utse en sakkunnig i enlighet med 40 kap. RB eller, när denna möjlighet finns, är beredd att göra bruk av den europeiska konventionen angående upplysningar om utländsk rätt.

Det måste därför, särskilt i indispositiva mål underkastade utländsk rätt, anses påkallat att domstolarna slår vakt om vad för slags utredning som läggs fram. Påstötningar om kompletteringar måste göras. Man borde också i större grad än vad som förefaller vara brukligt idag utnyttja sakkunnigbevisning som ett sätt att utreda innehållet i utländsk rätt.

⁸⁰ Se också Pålssons kritik rörande intyg av det slag som UD utfärdar om äktenskapshinder enligt en främmande lag. Jämfört med intyg av behörig myndighet i den främmande staten att hinder mot äktenskapet ej föreligger, är det fråga om återgivande av tillämpliga regler i den främmande lagen, d.v.s. information av *allmän, oprecis karaktär*. Risk finns att sådana intyg misstolkas och tillämpas felaktigt. Pålsson, IECL, s. 103. Kritiken träffar direkt de intyg som UD utfärdar i enlighet med kungörelsen (1973:950) om utredning angående frihet från äktenskapshinder enligt lagen i främmande stat, 2 § 2 st.

⁸¹ Se Sohlberg, SvJT 1964, s. 741.

6.6 Utländska modeller

Nedan redogörs för vissa i utlandet dominerande metoder vid utredning av innehållet i utländsk rätt. Framställningen är fragmentarisk och avser endast att ge läsaren en uppfattning om hur frågan lösts i vissa andra stater.⁸²

Det är i princip fråga om två diametralt motsatta modeller. Enligt den första modellen, som gäller i Tyskland, Österrike och Schweiz, är utländsk rätt "rätt" även utanför laglandet och domstolen anses vara skyldig att på tjänstens vägnar utreda vad den har för innehåll. Motsatsen utgörs av den engelska modellen. Denna går ut på att utländsk rätt processuellt är att likställa med en faktisk omständighet med den följd att det ankommer på part att styrka dess innehåll; domstolen får inte göra egna efterforskningar. Härav följer också att sätten att styrka den främmande rättens innehåll är olika. I engelsk rätt sker det normalt genom vittnesförhör inför domstolen. Denna metod är mycket ovanlig i kontinentaleuropeiska rättssystem emedan den inte funnits förenlig med synen på främmande rätt som "rätt". Skulle "vittnen" någon gång anlitas, är de utsedda av domstolen; i det engelska systemet utses dessa vittnen av parterna.⁸³ Intressant nog utmynnar dock båda modellerna regelmässigt i samma utgång när utredningen eller bevisningen misslyckats: avgörandet grundas på *lex fori*.

6.6.1 Tyskland

"Ohne Gutachten geht es nicht!"⁸⁴

Som den främsta metoden för inhämtande av upplysningar om utländsk rätt nämns stundom det tyska "Gutachten-systemet".⁸⁵ Med detta avses sakkunnigutlåtanden rörande hur ett

⁸² Den intresserade läsaren kan dock hitta viss ytterligare information på olika ställen i bokens notapparat.

⁸³ Se Vischer, *Rec. des Cours* 1992:I, s. 84.

⁸⁴ Otto, *FS Firsching*, s. 219.

⁸⁵ Se t.ex. Lando, *Juristen* 1967, s. 7.

visst fall bedöms enligt tillämplig främmande rätt, som på begäran av domstol utfärdas av Max-Planck-Institutet för utländsk och internationell privaträtt i Hamburg eller av något universitetsanknutet rättsjämförande institut i Tyskland ("Rechtsgutachten", "Institutsgutachten").⁸⁶ Den vetenskapliga anknytningen ses som garanti för att det rör sig om pålitlig och högklassig information; följaktligen talar man ofta om *vetenskapliga utlåtanden* rörande innehållet i främmande rätt.⁸⁷

Utlåtandet skrivs normalt av en vid det tillfrågade institutet verksam tysk jurist, som förmodas ha särskilda kunskaper om den aktuella främmande rätten.⁸⁸ Det anses vara en särskild fördel att utlåtandet skrivs av en person som behärskar både den främmande rätten och tysk rätt, d.v.s. det rättssystem där den främmande rätten kommer till användning.⁸⁹ Till systemet hör att den sakkunnige ("Gutachter") har samtliga rättsakter i målet till sitt förfogande. Utlåtandet brukar utmynna i ett noggrant uppbyggt, konkret förslag till hur den föreliggande tvisten är att lösa enligt tillämplig främmande lag. Om rättsläget är oklart, gäller det för den sakkunnige att ange vilka lösningsalternativ som enligt den främmande rätten kommer i fråga.⁹⁰ Vid behov kan den sakkunnige, sedan utlåtandet

⁸⁶ Dessa utlåtanden är att skilja från s.k. Privatgutachten, som utfärdas på partsbegäran och är att likställa med privata sakkunnigutlåtanden. Ofta skrivs de dock av en universitetsanställd forskare, dock utom tjänsten och mot med parten överenskommen betalning. Vanligt är att Institutsgutachten handlar om familje- och arvsrättsliga spörsmål medan Privatgutachten avser avtals- och handelsrättsliga frågor. De utlåtanden som publiceras i verket "Gutachten zum internationalen und ausländischen Privatrecht", utgivet av Deutscher Rat für Internationales Privatrecht, är uteslutande s.k. Institutsgutachten och handlar regelmässigt om familje- och arvsrättsliga frågor.

⁸⁷ Se Kropholler, IPR, s. 511.

⁸⁸ Innan utlåtandet utfärdas, har det alltid genomgått viss intern granskning vid institutet. Se Tueller, Stan.J.Int.L. 1983, s. 125-126 och Max-Planck-Institutets riktlinjer "Richtlinien für Rechtsauskünfte des Instituts", Neufassung 1977.

⁸⁹ Tyska domstolar synes i allmänhet vara kritiskt inställda till upplysningar från en expert i laglandet och föredrar inhemska informationskällor. Samma sorts skepsis möter man också i tysk doktrin. Se t.ex. Schack, s. 234 och Samtleben, NJW 1992, s. 3057-3061.

⁹⁰ Se Krause, s. 38.

utfärdats, höras av rätten vid muntlig förhandling.⁹¹ Detta kan medföra att ett kompletterande yttrande inhämtas.

Praxis att inhämta ett utlåtande är mycket utbredd i de utlandsanknutna mål som tas upp vid tysk domstol. Det har sagts att vägen till domstolen i dessa mål brukar sammanfalla med vägen till en "Gutachter".⁹² Enligt en uppgift, som avsåg läget år 1981, hade enbart Max-Planck-Institutet i Hamburg avgivit mer än 10.000 utlåtanden, av vilka drygt tre fjärdedelar var från tiden efter det andra världskriget!⁹³

Det är en allmän uppfattning i Tyskland att Gutachten-systemet är nödvändigt för att domstolarna skall klara av sin plikt enligt § 293 ZPO att fastställa innehållet i främmande rätt och dessutom tillämpa den främmande rätten ursprungstroget, d.v.s. "lojalt".⁹⁴ Systemet är väletablerat och framställs ofta i den tyska doktrinen som överlägset andra alternativ.⁹⁵

Samtidigt har Gutachten-systemet inte undgått kritik. Det har hävdats att systemet har fått alldeles för omfattande användning och att det följaktligen inte har funnits utrymme för eller ens intresse av att göra bruk av andra utredningsmeto-

⁹¹ Jfr §§ 411 III, 402 och 397 ZPO. Se närmare, Kropholler, IPR, s. 511; Krause, s. 40-47 samt Schack, s. 235-236.

⁹² Simitis, StAZ 1976, s. 7.

⁹³ Tueller, Stan.J.Int.L. 1983, s. 122. Institutet hette ursprungligen Kaiser-Wilhelm-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht och grundades år 1926 i Berlin. I denna siffra synes ingå många olika typer av utlåtanden, bl.a. s.k. Briefgutachten, d.v.s. en enklare form av utlåtande, ofta i brevform, där en medarbetare vid institutet kort besvarar de uppställda frågorna om utländsk rätt. Se närmare Tueller, a.a., s. 124 och s. 127. Sådana här förfrågningar kan komma från notarier, partsombud, etc. Se även statistiken nedan i avsnitt 6.7.4 avseende antalet av vissa institut årligen utgivna Gutachten.

⁹⁴ Se t.ex. Otto, FS Firsching, s. 219. Angående innehållet i § 293 ZPO, se ovan avsnitt 4.4.3.

⁹⁵ Kropholler, IPR, s. 511. Implicit synes detta vara även Schacks uppfattning, s. 234-235. Enligt Schack är nämligen upplysningar om innehållet i utländsk rätt mer eller mindre värdelösa om inte den som förmedlar dem har kännedom om rättsakterna i målet och den tyska rättstillämpningssituationen. I detta sammanhang går det m.a.o. inte att på ett meningsfullt sätt hålla isär sakfrågan och rättsfrågan. Schack ifrågasätter följaktligen värdet av den europeiska konventionen angående upplysningar om innehållet i utländsk rätt, nedan, avsnitt 6.7.

der.⁹⁶ I sammanhanget bör påpekas att en tysk domstol inte har någon skyldighet att inhämta upplysningar just genom ett utlåtande. Liksom svensk domstol avgör även tysk domstol fritt hur innehållet i tillämplig främmande lag skall utredas.⁹⁷ Den tyska domstolen är dock alltid skyldig att ex officio utreda innehållet i tillämplig främmande rätt ("Amtsermittlungspflicht").⁹⁸ Gutachten-systemets flitiga anlitan har gjort att det blivit en hård belastning för de rättsjämförande instituten som tär på forskningsresurserna. En följd härav är att det kan ta mer än ett år från att domstolen framställt en begäran innan utlåtandet kan utfärdas.⁹⁹

Man har också funnit det betänkligt att domstolarna i mycket stor utsträckning godtar det förslag som utlåtandet utmynnar i utan någon seriös ansats till bearbetning av materialet.¹⁰⁰ Kritik har vidare riktats mot utlåtandenas bristande tillförlitlighet.¹⁰¹ Det har alltför ofta hänt att utlåtandet skrivits av någon som endast haft mycket begränsade kunskaper om

⁹⁶ Se Otto, FS Firsching, s. 219. Otto är särskilt kritisk mot att de institut, som står för utlåtandena, gärna gör anspråk för någon sorts ensamrätt på området ("Alleinvertretungsanspruch").

⁹⁷ Se närmare Schack, s. 232-236 och von Bar I, s. 324 ff., särskilt s. 326-328. Man brukar i sammanhanget skilja mellan "Freibeweisverfahren" och "förmliches Beweisverfahren". Väljer domstolen att inhämta upplysningar genom ett formenligt sakkunnigutlåtande blir det fråga om "Strengbeweis" och domstolen är bunden av ett antal regler i ZPO. Se även Arens, FS Zajtay, s. 9 ff.

⁹⁸ Se Schack, s. 232-233.

⁹⁹ Enligt Krause, s. 35, brukar det ta ett år eller mer. Otto, FS Firsching, s. 224, anger att det kan ta upp till två år innan utlåtandet utfärdas.

¹⁰⁰ I avsaknad av egen kännedom om den främmande rätten underkastar sig domstolarna alltför okritiskt en utomstående experts bedömning; på detta sätt blir det en snedvridning av maktbalansen. "Die Gutachten werden in aller Regel von den Gerichten fast wörtlich übernommen, der Richter formuliert seine Argumente in unmittelbarer Anlehnung an die von ihm angeforderte Stellungnahme. Und oft genug besteht die Entscheidung nur aus dem Gutachten. Kurzum, es wird nicht reflektiert, sondern rezipiert." Simitis, StAZ 1976, s. 10. Fastän problemet är allmänt erkänt, är det mycket ovanligt att domstolen skulle avvika från ett Institutsgutachten. Krause, s. 37. Se närmare Krause, s. 37-40; Simitis, StAZ 1976, s. 9-12; Heldrich, FS Ferid, s. 213 samt Schack, s. 235.

¹⁰¹ Se Heldrich, FS Ferid, s. 213: "Mehr oder weniger gewagte Spekulationen über den ausländischen Rechtszustand gehören nun einmal zum täglichen Brot der Gutachtenpraxis rechtsvergleichender Institute." Se även Otto, FS Firsching, s. 219-220.

den främmande rätten.¹⁰² Det har också uppstått fall där det funnits anledning att ifrågasätta huruvida utlåtandet ger en verklighetstrogen bild av den främmande rättens tillämpning i laglandet.

Frågan ställdes på sin spets i målet *BGH, NJW 1991, s. 1418*. En medarbetare vid Max-Planck-Institutet i Hamburg hade för institutets räkning skrivit ett utlåtande i ett mål där venezolansk rätt var att tillämpa. Närmare bestämt var det fråga om huruvida den venezolanska rätten redan före ikraftträdandet av 1983 års skeppshypotekslag gav sakrättslig verkan åt vissa skeppspanträttigheter (s.k. *prendas natales*).

De i utlåtandet tillhandahållna upplysningarna ifrågasattes av BGH som riktade hård kritik mot den lägre instansens utredning av innehållet i den främmande rättsordningen. I regel, konstaterade BGH, räcker det att domaren inhämtar ett utlåtande från ett rättsvetenskapligt institut som har erfarenhet på området och att den person som skrivit utlåtandet kallas till muntlig handläggning där han kan ytterligare förtydliga sitt utlåtande. I det nu aktuella fallet var emellertid omständigheterna sådana att domstolen borde ha insett att det inte gick att nöja sig med information om de positivrättsliga bestämmelserna i den venezolanska skeppshypoteksrätten, till vilka utlåtandet inskränkte sig, utan att även rättspraxis måste beaktas. Det framgick bl.a. av ett enskilt utlåtande, som käranden hade åberopat, att stor osäkerhet rådde i venezolansk doktrin och rättspraxis om hur de aktuella rättigheterna var att bedöma. Vid muntligt förhör hade utlåtandets författare dessutom medgivit att det var för första gången han uttalade sig om den venezolanska rätten och att han inte hade några sårkunskaper om denna rättsordning eller om där gällande rättspraxis. Han hade därför nöjt sig med att studera honom tillgänglig lagtext och litteratur. Enligt BGH måste domaren sträva efter att fastställa den främmande rättens verkliga innehåll, såsom detta kommer till uttryck i rättstillämpning, doktrin och

¹⁰² Problemet är, sägs det, att institutsutlåtanden ofta skrivs av yngre medarbetare med endast begränsad erfarenhet på området. Se Denkschrift, RabelsZ 1971, s. 326 och Kropholler, IPR, s. 512.

praxis.¹⁰³ Under dessa omständigheter hade det ankommit på domstolen att inhämta ytterligare upplysningar. BGH återförvisade målet till appellationsdomstolen.¹⁰⁴

I litteraturen har målet ansetts ge vid handen att s.k. Lehrbuchsgutachten, d.v.s. läroboksbaserade uttalanden, inte kan betraktas som tillräckliga vid utredning om innehållet i främmande rätt. BGH:s avgörande förtydligar i vart fall vilka krav som ett institutsutlåtande måste uppfylla för att räcka som bevis för den utländska lagens innehåll.¹⁰⁵ Avgörandet ger också vid handen att en tysk domstol har uppfyllt sina skyldigheter enligt § 293 ZPO först när den uttömmande har gjort bruk av alla de kunskapskällor som står till förfogande.

6.6.2 Österrike

Enligt § 3 i 1978 års österrikiska internationellt privaträttsliga lag skall främmande lag tillämpas ex officio och på samma sätt som i dess ursprungsstat.¹⁰⁶ I lagens § 4 sägs att innehållet i

¹⁰³ "Denn der Richter der Tatsacheninstanz, den der Gutachter bei der Ermittlung des ausländischen Rechts unterstützen soll, darf sich nicht auf die naturgemäß an seinem eigenen Rechtsdenken orientierte Auslegung ausländischer Normen beschränken; er ist vielmehr gehalten, das Recht als Ganzes zu ermitteln, wie es sich in Rechtsprechung und Rechtslehre entwickelt hat und in der Praxis Anwendung findet." S. 1419. Jfr ND 1994 s. 38 där HovR i ett likartat mål nöjde sig med av parterna införskaffade utdrag ur sjörättsliga kommentarer angående innehållet i panamansk lag.

¹⁰⁴ Det har spekulerats huruvida BGH:s uttalande kan tolkas så att BGH numera anser sig kunna pröva huruvida främmande rätt tillämpats korrekt i ett utlandsanknutet mål. Se t.ex. Schütze, EWS 1991, s. 372-373 och Samtleben, NJW 1992, s. 3061. Den meningen synes råda att avgörandet inte innebär någon ändring härvidlag utan endast är att se som ett uttryck för att BGH skall slå vakt om att domstolarna fullgjort sina skyldigheter enligt § 293 ZPO.

¹⁰⁵ Samtleben, NJW 1992, s. 3057-3062, anser att referatet av målet är missvisande och t.o.m. sanningsstridigt. Sålunda, påpekar han, sägs det i BGH:s motivering inte ett ord om att parterna redan i första instans hade lagt fram fyra omfattande utlåtanden om innehållet i venezolansk rätt, alla författade av venezolanska sjörättsexperter. Det utlåtande av Max-Planck-Institutet som kritiken riktades mot var ett s.k. *Obergutachten*, som inhämtats av domstolen p.g.a. det oklara rättsläget. Utlåtandet skrevs av en sjörättsexpert på institutet och granskades där av en annan sjörättsexpert. Enligt Samtleben gick 140 välanvända timmar åt dess författande. BGH underskattar således starkt, enligt Samtleben, det arbete och den möda som lades ner, när domstolen gör gällande att upplysningar hade kunnat skaffas utan svårigheter.

¹⁰⁶ Bundesgesetz vom 15. Juni 1978 über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz). En viss begränsning följer dock av lagens § 2. Enligt denna skall de faktiska och legala

främmande rätt skall utredas på tjänstens vägnar. Tillåtna hjälpmedel anges härvidlag vara parternas medverkan, upplysningar från Förbundsjustitieministeriet ("Bundesministerium für Justiz") och sakkunnigutlåtanden. Fråga är dock inte om någon uttömmande förteckning utan även andra medel får anlitas. Om den främmande lagens innehåll trots ingående ansträngningar inte inom rimlig tid kan fastställas, skall österrikisk lag tillämpas (§ 4 st. 2).

Det österrikiska Förbundsjustitieministeriet har sedan länge spelat en mycket viktig roll vid förmedling av upplysningar om utländsk rätt.¹⁰⁷ Detta har sitt intresse med tanke på de stora likheterna med det svenska UD:s funktion i sammanhanget. Liksom UD:s enhet för internationell rättshjälp i Sverige, får Förbundsjustitieministeriet endast förmedla lagtexter, avgöranden m.m. rörande den främmande lagen; Ministeriet får inte ge sig i kast med tolkning av främmande rätt och framträda som sakkunnigt i förhållande till den.¹⁰⁸ En annan likhet är att sakkunnigutlåtanden anges spela en relativt begränsad roll i sammanhanget. De österrikiska rättsjämförande instituten har mycket mindre resurser till sitt förfogande än motsvarande tyska institut och utfärdar endast i begränsad utsträckning utlåtanden rörande ett måls bedömning enligt främmande lag.

Intressant nog påstås det i litteraturen att det i Österrike regelmässigt går att utreda innehållet i främmande rätt och att man följaktligen mycket sällan har behövt göra bruk av österrikisk rätt som reservrättsordning.¹⁰⁹ Sedan 1978 års lag trädde i kraft har domstolarna i allt större utsträckning vänt sig till Förbundsjustitieministeriet för upplysningar om utländsk rätt. I det stora flertalet fall finns informationen tillgänglig på

föresättningar som bestämmer valet av tillämplig rättsordning fastställas ex officio, utom när det gäller frågor beträffande vilka parterna äger avtala om tillämplig lag.

¹⁰⁷ Se Otto, FS Firsching, s. 226 och Schwind, IPR, s. 56. Det är den internationellt privaträttsliga avdelningen i Ministeriet som står för upplysningarna. Upplysningarna är kostnadsfria om begäran har framställts av en österrikisk domstol eller förvaltningsmyndighet.

¹⁰⁸ Se Schwind, IPR, s. 56-57.

¹⁰⁹ Se Matscher, ÖJZ 1989, s. 710-711. Se även Otto, FS Firsching, s. 226.

Ministeriet eller kan framskaffas, exempelvis genom att man gör bruk av den europeiska konventionen angående upplysningar om innehållet i utländsk rätt.¹¹⁰

6.6.3 Schweiz

Enligt art. 16 st. 1 i 1987 års schweiziska internationellt privaträttsliga lag¹¹¹ skall innehållet i tillämplig utländsk lag fastställas ex officio, men parterna får ombes att medverka vid utredningen. Rör det sig om förmögenhetsrättsliga anspråk, får bevisbördan helt åläggas parterna. Om den utländska rättsens innehåll inte kan utredas skall, enligt art. 16 st. 2, schweizisk rätt tillämpas.

Nyheten i 1987 års lag är att domstolen på tjänstens vägnar skall utreda den utländska lagens innehåll. Enligt tidigare gällande rätt var frågan underkastad varje kantons egen civilprocessrätt; i flertalet av dessa hade utredningsbördan överflyttats till parterna. Huruvida avgörandet i slutändan kunde grundas på den utländska rätten var i stor utsträckning beroende av parternas beredvillighet att medverka. Fråga är således om en medveten skärpning i syfte att förbättra lagvalsreglernas funktionsduglighet.¹¹²

Man har varit medveten om att domstolarna inte på egen hand kommer att klara av uppgiften att fastställa innehållet i utländsk rätt. I förarbetena hänvisar man till den europeiska konventionen angående upplysningar om innehållet i utländsk rätt.¹¹³ Denna konvention har dock anlitats mycket litet av schweiziska domstolar.¹¹⁴ Man refererar vidare till det rättsjämförande institut som sedan år 1982 finns i Lausanne ("das

¹¹⁰ Matscher, ÖJZ 1989, s. 711. Enligt Otto, FS Firsching, s. 226 har dock österrikiska domstolar förhållandevis sällan gjort bruk av den europeiska konventionen.

¹¹¹ Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987. I den officiella översättningen till engelska har bestämmelsen fått följande lydelse: "The content of foreign law shall be determined ex officio. To this end, the assistance of the parties may be requested. In case of pecuniary claims the burden of proof may be imposed upon the parties."

¹¹² Se Botschaft, s. 49.

¹¹³ Botschaft, s. 49.

¹¹⁴ Se Otto, FS Firsching, s. 227 och von Overbeck, Allgemeine Bestimmungen, s. 106.

Schweizerische Institut für Rechtsvergleichung"). I institutets uppgifter ingår bl.a. att lämna upplysningar om innehållet i utländsk rätt till domstolar, förvaltningsmyndigheter, juridiska ombud och andra intresserade samt utfärda sakkunnigutlåtanden ("Gutachten"). Institutet har dock fått betydligt mindre resurser än t.ex. Max-Planck-Institutet i Hamburg och kan av denna anledning inte stå till förfogande i samma utsträckning.¹¹⁵ I praktiken synes domstolarna i mycket stor utsträckning vända sig direkt till Förbundsjustitieministeriet ("Bundesamt für Justiz") för upplysningar om utländsk rätt.¹¹⁶

Nu som förr är emellertid parternas medverkan ett mycket viktigt inslag vid utredning av innehållet i utländsk rätt. Vad denna medverkan närmare skall bestå av har inte ansetts kunna definieras.¹¹⁷ Såsom art. 16 har utformats synes syftet dock i första hand ha varit att öppna en sorts dialog mellan domstolen och parterna rörande innehållet i den tillämpliga utländska lagen; utländsk rätts tillämpning skall inte heller få komma som en överraskning för en part.

Från parternas medverkan i den nämnda mer vaga bemärkelsen bör skiljas domstolens rätt enligt art. 16 st. 1 sista meningen att lägga bevisbördan på parterna, när det rör sig om förmögenhetsrättsliga anspråk. Bevisbördan skall då, närmare bestämt, åläggas den part som härleder sitt anspråk från den utländska rätten.¹¹⁸ Denna föreskrift är kanske den intressantaste i sammanhanget. Om parten underlåter att lägga fram bevis och domstolen inte tar över härvidlag, kommer schweizisk rätt att tillämpas. Bestämmelsen kom till i syfte att begränsa omfattningen av domstolens ex officio-verksamhet.¹¹⁹

¹¹⁵ Se von Overbeck, RabelsZ 1982, s. 565-567 och von Overbeck, Allgemeine Bestimmungen, s. 106-107. Enligt von Overbeck kan kostnaderna för ett av institutet utfärdat sakkunnigutlåtande bli mycket betydande av vilken anledning det ofta är mer ändamålsenligt att på egen hand leta efter information i institutets mycket fina bibliotek.

¹¹⁶ Se Otto, FS Firsching, s. 227 och von Overbeck, Allgemeine Bestimmungen, s. 106. Liksom i Österrike är det den internationellt privaträttsliga avdelningen i Ministeriet som står för dessa upplysningar.

¹¹⁷ Se von Overbeck, Allgemeine Bestimmungen, s. 101-102.

¹¹⁸ Schnyder, s. 30.

¹¹⁹ Enligt von Overbeck, Allgemeine Bestimmungen, s. 103, formulerades bestämmelsen alldeles för vagt och gavs, följaktligen, för vitt tillämpningsområde. Han finner

Undantagna är fall där en konventionsbaserad lagvalsregel hänvisar till utländsk rätt. Den bakomliggande folkrättsliga förpliktelsen att respektera de överenskomna lagvalsreglerna och därmed att använda utländsk rätt anses inte kunna "relativiseras" genom att bevisbördan även i dessa fall skulle få flyttas över till en part.¹²⁰

6.6.4 England

I engelsk rätt likställs främmande rätt sedan gammalt med en faktisk omständighet, låt vara att det anses röra sig om ett faktum av säregen art, "a question of fact of a peculiar kind".¹²¹ Sålunda måste den både åberopas och styrkas av en part - normalt genom vittnesförhör - för att kunna komma till användning vid engelsk domstol.¹²² Domstolen saknar befo-

den betänklighet när den ena parten kan betraktas som särskilt skyddsvärd, såsom en konsument eller ett barn som ställer anspråk på underhåll. Lösningen gäller alla för-
mogenhetsrättsliga anspråk oavsett om partsautonomi godtas på det ifrågakvarande området eller inte.

¹²⁰ Se Schnyder, s. 30: "Es ginge diesfalls nicht an, die Verbindlichkeit staatsvertraglicher Anknüpfungen mittels einer autonomen Fakultativregelung auf der Anwendungsebene zu relativieren."

¹²¹ Se Cheshire & North, s. 107 samt Morris, s. 38 med hänvisningar till rättsfall. Grundsatsen att främmande rätt för en engelsk domstol är likvärdig med en faktisk omständighet har att göra med den allmänna utvecklingen i *common law*. Common law-domstolarna var måna om att skydda den egna rätten från utländskt, inte minst den romerska rättens inflytande, vilket innebar att det inte ansågs finnas något utrymme för tillämpning av främmande rätt. (Ursprungligen hade s.k. *admiralty courts*, sjörättsdomstolar, exklusiv behörighet i utlandsanknutna mål. Dessa prövades i enlighet med allmänna folkrättsliga, sjörättsliga och handelsrättsliga regler. Senare kom även common law-domstolar att utöva jurisdiktion i dessa fall.) Om det visade sig att ett mål hade utländsk anknytning, avböjdes domsrätt eller tillämpningsområdet för common law utsträcktes så att den även omfattade det aktuella fallet. Under främst Lord Mansfields inflytande ändrades inställningen under 1700-talets lopp, påkallat av de krav som den internationella samfärdseln ansågs ställa. Emedan en domare inte kunde besitta kunskaper om främmande rätt och det ansågs olämpligt att ålägga honom skyldighet att efterforska dess innehåll, blev det parternas sak att både åberopa utländsk rätt och styrka dess innehåll; utländsk rätt likställdes m.a.o. med fakta. Se Sass, AJCL 1968-69, s. 335-339. I modern engelsk doktrin anses det dock vara alldeles klart att det ändå i grunden handlar om en *rättsfråga* ("question of law"); sålunda är det domaren och inte juryn som bedömer vittnesmålets värde. I motsats till vad som gäller beträffande andra fakta, där appellationsdomstolen regelmässigt godtar den lägre instansens bedömning, har appellationsdomstolarna ansett sig på nytt kunna bedöma bevismaterialet rörande utländsk rätt.

¹²² Betecknande i detta hänseende är att hela problematiken rörande utländsk rätts tillämpning i engelsk doktrin går under beteckningen "Proof of foreign law", d.v.s.

genhet att efterforska den främmande rättens innehåll och bör i princip bortse från sina egna eventuella kunskaper om den.¹²³ Tillämpligheten av utländsk rätt i utlandsanknutna mål har således helt placerats i parternas händer. Huruvida parten lyckats bevisa lagens innehåll samt vad lagen har för innehåll, avgörs dock av domstolen.

Det är en väletablerad regel i engelsk rätt att främmande lag presumeras överensstämma med engelsk rätt om inte annat bevisas.¹²⁴ Både när bevisning uteblivit och när domstolen inte funnit den vara klargörande grundas avgörandet på engelsk rätt. Denna regel har visserligen inte gällt undantagslöst men avvikelserna från den anses vara av begränsad betydelse och inte lämpade för generaliseringar.¹²⁵

Det vanligaste sättet att styrka innehållet i den åberopade utländska lagen är genom muntligt förhör av s.k. expertvittnen. Dessa väljs av parterna – varje part kan utse sina egna vittnen – men måste godtas av domstolen. Ett krav har varit att det föreslagna vittnet skall besitta sådana kunskaper om

bevis om utländsk rätt. I den kontinentaleuropeiska internationella privaträtten är frågeställningarna härvidlag betydligt mer nyanserade och den primära frågan är huruvida domstolen ex officio eller enbart på parts begäran skall tillämpa främmande rätt. Fråga är om förutsättningar för utländsk rätts tillämpning i en betydligt vidare bemärkelse än i engelsk rätt.

¹²³ Vid de lägre instanserna är skotsk och nordirländsk rätt "främmande rätt", underkastade de ovan nämnda reglerna, medan för *House of Lords* fråga är om inhemsk rätt vars innehåll domstolen känner till. "The House of Lords may apply the laws of those countries even when they have been neither averred nor proved in the courts below." Anton & Beaumont, s. 774. Engelsk domstol förväntas vidare ha kännedom om folkrättsliga regler och EG-regler när dessa utgör del av engelsk rätt.

¹²⁴ "Unless the foreign law with which a case may be connected is pleaded by the party relying thereon, then it is assumed that it is the same as English law. The onus of proving that it is different, and of proving what it is, lies upon the party who pleads the difference. If there is no such plea, or if the difference is not satisfactorily proved, the court must give a decision according to English law, even though the case may be connected solely with some foreign country." Cheshire & North, s. 107. Kritiskt Morris, s. 41: "... this reasoning is so artificial that it seems better to abandon the terminology of presumption, and simply to say that where foreign law is not proved, the court applies English law." Påpekandet äger relevans även i fråga om svensk internationellt privaträttslig praxis, se nedan, avsnitt 7.4.2.

¹²⁵ I avgörandet *Sasby v. Foulton* (1909) 2 K.B. 208, 211, tog domaren avstånd från presumptionen att utländsk rätt överensstämmer med engelsk rätt när inte annat har bevisats: "I was asked to assume, in the absence of evidence, that the law of Monte Carlo is the same as in England as regards gaming, but I decline to make this assumption; it is notorious that at Monte Carlo roulette is not an unlawful game."

den främmande rätten, företrädesvis genom egen praktisk verksamhet i det landet, att han eller hon kvalificerar sig som expert angående där gällande rätt.¹²⁶ I okontroversiella fall kan domstolen även nöja sig med ett skriftligt utlåtande, "affidavit".¹²⁷

Domstolen erhåller kunskap om den utländska rätten genom att ställa noggrant formulerade frågor till de inkallade vittnena. Den ena partens vittnen kan korsförhöras av den andra parten. En stor fördel med systemet anses vara att den främmande rättens innehåll och de tolkningsfrågor som den ger upphov till på detta sätt blir öppet ventilerade vid domstolen. Samtidigt ställer systemet mycket stora krav på domstolen, vittnena och partsombuden. Vittnena måste vara tillräckligt kunniga och erfarna för att kunna ge ett godtagbart vittnesmål medan domstolen och de korsförhörande partsombuden måste kunna bedöma vilka frågor som är av relevans.¹²⁸ Om vittnena på bägge sidorna är eniga om den främmande rättens innehåll anses domstolen i princip böra godta det som bevis, utom när det är uppenbart att dess innehåll är ett annat. Domstolen har dock alltid både rätt och skyldighet att självständigt bedöma vittnesmålen. Domstolens handlingsfrihet ("discretion") är i detta hänseende mycket omfattande med den följd att utgången kan vara helt oförutsebar. Om meningarna mellan vittnena går isär skall domstolen utifrån vad som framkommit bilda sig en egen uppfattning om den främmande

¹²⁶ Se Cheshire & North, s. 109-111 och Zajtay, IECL, s. 19. Domstolarna har föredragit praktiskt verksamma jurister från laglandet och har, framför allt tidigare, haft en skeptisk inställning till rent akademiska kunskaper om främmande rätt. Numera intas en mer flexibel attityd. Enligt Civil Evidence Act 1972, sect. 4(1) är det inte avgörande att personen ifråga har varit praktiserande jurist i laglandet utan behövlig praktisk erfarenhet kan ha förvärvats på annat sätt.

¹²⁷ Se Zajtay, IECL, s. 19. – Av betydelse i sammanhanget är Civil Evidence Act 1972, sect. 4(2). Det räcker inte som bevis för den främmande rättens innehåll att man lägger fram en utländsk lagtext och sedan lämnar åt domstolen att dra sina slutsatser därav eller hänvisar till ett avgörande av en domstol i laglandet varav det framgår hur lagen skall tolkas. "The testimony of competent experts is always required to amplify and interpret such material, although an expert may always refer to such material to support his own evidence." Fentiman, LQR 1992, s. 146. Se även Cheshire & North, s. 108. Den europeiska konventionen angående upplysningar om innehållet i utländsk rätt, nedan avsnitt 6.7, har inte kommit till användning vid engelska domstolar.

¹²⁸ Se Fentiman, LQR 1992, s. 150-151 och Kegel, FS Nipperdey, s. 463-464.

rättens innehåll. Domstolen måste dock alltid hålla sig till det material som har lagts fram som bevis och får inte gå utanför vittnesmålen. Domstolen kan ansluta sig till den ena sidans uppfattning, men kan också ta avstånd från båda vittnesmålen.¹²⁹ Det har förekommit att domstolen valt bitar ur bägge vittnesmålen utan att godta någondera sidas bevisning i dess helhet. Den version av den utländska lagen som avgörandet sedan grundas på kan ha mycket litet gemensamt med den utländska lagens riktiga innehåll, utan är en nyskapelse av domstolen.¹³⁰

6.7 Den europeiska konventionen angående upplysningar om innehållet i utländsk rätt

6.7.1 Behov av internationellt samarbete

Hela den komplicerade internationella privaträtten vilar på ett ytterst bräckligt underlag, nämligen domstolarnas alltid vanskliga och i realiteten troligen ganska ofta med fel behäftade tillämpning av främmande lag.¹³¹

¹²⁹ Se Morris, s. 39-40 och Cheshire & North, s. 110-112.

¹³⁰ Fentiman, LQR 1992, s. 148-149. En bristande behörighet beträffande den ena frågan, d.v.s. domstolens möjlighet att själv ta initiativ till utländsk rätts tillämpning, "kompenseras" av en mycket långtgående behörighet att bedöma vittnesmålen angående innehållet i den av parterna åberopade utländska lagen. I motsats till flera kontinentala rättsordningar är den högsta rättsinstansen, House of Lords, inte förhindrad att ompröva tillämpningen av den främmande rätten vid en lägre instans. House of Lords är dock normalt bunden av den bevisföring angående den främmande rättens innehåll som ägde rum vid den första instansen; "all it can do is to place a different interpretation upon that evidence". Anton & Beaumont, s. 777-778.

¹³¹ Sammanfattning av ett uttalande av Malmström, SvJT 1981, s. 312-313. Uttalandet avser den internationella privaträtten i snäv bemärkelse, d.v.s. endast i förhållande till lagvalsproblematiken. Se ovan, avsnitt 2.1. En studie av 40 amerikanska rättsfall där utländsk rätt hade tillämpats visade, att i 32 fall hade den tillämpats felaktigt! Se Fentiman, LQR 1992, s. 151, med hänvisningar.

Även den enfaldigaste kan orientera sig på den egna marken; på okänd ort kan även den klyftigaste gå vilse. Lika naturligt som det är för en rationellt tänkande person att fråga en ortsbo om vägen, borde det vara att inhämta upplysningar om utländsk rätt direkt från en sakkunnig person i det land vars lag det gäller. Denna kommentar, som grundar sig på ett italienskt ordspråk, finner man i en ledande lärobok i anledning av de problem som behovet av utredning om innehållet i främmande rätt kan ge upphov till.¹³² I stället har det skapats en mängd olika system som går ut på att med egna krafter utreda innehållet i främmande staters lagar. I Sverige rör det sig huvudsakligen om UD:s förmedlande verksamhet, som har behandlats i de föregående avsnitten.

Önskemål om organiserat samarbete länder emellan rörande utbyte av rättslig information har också framförts. När Haagkonferensen för internationell privaträtt hade inlett sitt arbete, lades vid konferensens tredje session år 1900 fram ett förslag, enligt vilket konferensens medlemsstater skulle åta sig att officiellt meddela varandra texter till de lagar som stiftades i anledning av statens tillträde till en Haagkonvention samt på begäran av en annan fördragsslutande stat utfärda intyg om civil- och handelsrättsliga regleringar i den egna staten. Projektet föll dock utan att leda till en konvention. Meningarna var på den tiden alltför delade om vad för sorts information som skulle lämnas om den egna statens lag och om det alls fanns behov av en konvention på området.¹³³ Diplomatiske kanaler ansågs i allmänhet fungera väl i sammanhanget.

Det skulle komma att dröja ända till år 1968 innan en sådan konvention, som efterlysts i Haag vid början av 1900-talet, kunde antas. *Den europeiska konventionen angående upplysningar*

¹³² "Auch der Dummste weiss im eigenen Haus Bescheid, und im fremden findet sich auch der Gescheiteste nur sehr schwer zurecht." Raape & Sturm, s. 307.

¹³³ Mycket kritiserat blev förslaget om skyldighet för den anmodade staten (där utsedd myndighet) att uttala sig om lagarnas "gällande kraft" i den staten och om vilka rättsregler som skulle vara tillämpliga i ett visst angivet fall, eftersom därom kunde råda mycket olika meningar. Avsikten kunde svårligen vara att redogöra för meningskiljaktigheter eller för doktrinära kontroverser i den staten, ansågs det. Se Reuterskiöld, Om äktenskap, m.m., s. 309-310.

om innehållet i utländsk rätt (London, 7 juni 1968) har utarbetats inom Europarådet och är i första hand avsedd för Europarådets medlemsstater. Syftet är att underlätta utredning av innehållet i utländsk rätt och göra det möjligt för domstolar att snabbt och enkelt få tillgång till tillförlitlig information om en annan medlemsstats rätt.¹³⁴ Även icke-medlemsstater kan ansluta sig till konventionen, vilket Costa Rica (och Ryska federationen innan den år 1996 antogs som medlem i Europarådet) har utnyttjat. År 1996 hade 28 stater anslutit sig till konventionen.¹³⁵

Konventionens tillämpningsområde utvidgades genom ett tilläggsprotokoll år 1978. Det stora flertalet konventionsstater har anslutit sig till protokollet, men i flera fall endast till dess första kapitel där konventionens tillämpningsområde utsträcktes till straff- och straffprocessrättens områden.

6.7.2 Europarådskonventionens betydelse för Sverige

Europarådskonventionen trädde i kraft i Sverige den 1 februari 1970. I anledning av konventionsanslutningen utfärdades kungörelsen (1969:580) om tillämpning av den europeiska konventionen den 7 juni 1968 angående upplysningar om innehållet i utländsk rätt. Ett cirkulär (1971:150) till statsmyndigheterna kom till något år senare, där man angav hur konventionen skulle tillämpas i Sverige.

År 1981 anslöt sig Sverige till konventionens år 1978 antagna tilläggsprotokoll. I samband med detta utfärdades förordningen (1981:366) om rätt att i vissa fall begära upplysningar om utländsk rätt (nedan: *1981 års förordning* eller bara *förordning*). De tidigare nämnda instrumenten från år 1969 respektive år 1971 upphävdes då.

¹³⁴ I preambeln till konventionen anger signatärstaterna sig vara övertygade om att det genom konventionen skapade biståndssystemet är ägnat att bidra till en fastare enhet mellan Europarådets medlemsstater.

¹³⁵ Council of Europe, European Treaties, Nr 62, European Convention on Information on Foreign Law, Chart of Signatures and Ratifications, 7 June 1996.

Sverige tillhör de stater där lagvalsreglerna fortfarande i betydande utsträckning föreskriver tillämpning av utländsk rätt. Tvåsidiga lagvalsregler är nämligen regel i svensk internationell privaträtt och ensidiga lagvalsregler ett undantag.¹³⁶ Vill man slå vakt om den internationella privaträttens funktionsduglighet borde Europarådskonventionen utgöra ett värdefullt instrument för inhämtande av upplysningar om utländsk rätt. Det har hävdats att den information som erhållits konventionsenligt brukar vara överlägsen resultat av andra utredningsmetoder, särskilt om rättspraxis spelar en viktig roll i den anmodade staten.

Konventionsstaterna är inte skyldiga att i sina inbördes relationer göra bruk av det genom konventionen skapade biståndssystemet. Det utgör endast ett alternativ till andra utredningsmetoder. I stället för att anmoda en part att anskaffa upplysningar eller be UD att verkställa utredning om en annan fördragsslutande stats lag, kan domstolen vända sig till den staten med begäran om upplysningar om där gällande rätt.

Grundidén är direkta myndighetskontakter mellan de berörda länderna och att innehållet i utländsk rätt redovisas av en opartisk, sakkunnig instans eller person i det land vars lag det gäller.¹³⁷ Visserligen är UD inkopplat även när Europarådskonventionen används av en svensk domstol, men endast som det svenska organ som förmedlar framställningen till den andra staten och sedan mottar svaret för vidarebefordran till domstolen. UD står inte för själva utredningen och utfärdar således inte heller något intyg om utländsk lag.

Utredning i enlighet med konventionen borde te sig särskilt tilltalande i mer komplicerade fall där utredningen stöter på svårigheter. Inget hindrar heller att konventionen används parallellt med andra utredningskanaler. Finner domstolen det

¹³⁶ Se ovan, avsnitt 3.2.3. En annan sak är att användningsområdet för utländsk rätt har minskat sedan nationalitetsprincipen till stor del övergivits i den svenska internationella familjerätten.

¹³⁷ "Die Hauptaufgabe des Übereinkommens ist es, 'Mechanismus' zu schaffen, der zu vollständigen und richtigen Auskünften führt, die für das Gericht auch praktisch verwertbar sind." Otto, FS Firsching, s. 220. Se också Buchholz, FS Hauß, s. 26.

tveksamt huruvida tillförlitlig utredning, verkställd exempelvis av UD, har lagts fram i målet, kan den använda konventionen i kontrollsyfte.

Under de drygt 25 år som konventionen varit i kraft i Sverige har den använts i påfallande få fall.¹³⁸ Ändå har förordningen placerats på ett sådant ställe i Sveriges Rikes Lag, direkt efter bestämmelsen i 35 kap. 2 § RB, som bl.a. handlar om utredning av innehållet i utländsk rätt, att den inte kan passera en domstol obemärkt när en främmande lags tillämpning aktualiseras vid rätten.

Konventionens begränsade användning ter sig märklig med tanke på att det rör sig om ett snabbt, pålitligt och dessutom regelmässigt kostnadsfritt sätt att få fram upplysningar om för närvarande 27 främmande staters lagar. En förklaring kan vara att svenska domstolar svävar i ovisshet om konventionens uppenbara fördelar och har inte lärt sig använda den. En annan förklaring kan vara kännedom om att konventionen allmänt i Europarådets medlemsstater använts i begränsad utsträckning. Om domstolarna i de andra konventionsstaterna har varit avvaktande och hållit fast vid traditionella "beprövade" metoder vid utredning av innehållet i utländsk rätt, varför skulle man i Sverige göra en annan bedömning?¹³⁹ För-

¹³⁸ Tjänstemän på UD:s enhet för internationell rättshjälp uppskattar antalet fall, där svensk domstol eller annan svensk myndighet begärt upplysningar i enlighet med konventionen, till högst tio per år. Ingen statistik har förts på UD om fall, där Europarådskonventionen tillämpats. Förfrågningarna diarieförs landsvis och försvinner därefter in i ett mycket blandat material som har med det landet att göra. UD, muntlig information, 1996.

¹³⁹ Erfarenheterna från Tyskland, Österrike och Schweiz visar att domstolarna i mycket stor utsträckning hållit fast vid i det egna landet etablerade traditionella utredningsmetoder och betraktat dem som smidigare och effektivare än Europarådskonventionen. I Tyskland dominerar s.k. Gutachen-utlåtanden medan domstolarna i Schweiz och Österrike föredragit utredningar verkställda av respektive lands justitieministerium. Se Otto, FS Firsching, s. 226-228. För Storbritanniens del har konventionens betydelse inskränkt sig till en mekanism varigenom de andra fördragslutande staterna kan anskaffa information om landets rätt. Man har avstått från att utfärda särskild lagstiftning som skulle införliva konventionen med den egna rättsordningen (rättsordningarna), förmodligen av det skälet att konventionsmekanismen inte ansetts förenlig med det sätt varpå utländsk rätt utreds vid rikets domstolar. Se Anton & Beaumont, s. 55 och Dicey & Morris, s. 227. - Utredningsmetoderna i vissa främmande stater har diskuterats ovan i avsnitt 6.6.

modligen har inte heller parterna uttryckt önskemål om konventionens tillämpning i någon nämnvärd grad.

Mycket litet information har funnits tillgänglig om hur konventionen fungerar. Sedan 1971 års cirkulär upphävts finns det inga för svensk rätt typiska anvisningar, exempelvis i form av lagförarbeten, fastän det rör sig om en med svensk rätt genom transformering införlivad konvention. Som bekant har svenska domstolar vant sig vid att använda lagförarbeten, särskilt propositionstexter, som en mer eller mindre auktoritativ rättskälla. Denna sorts "bekväma information" saknas i fråga om 1981 års förordning och den bakomliggande Europarådskonventionen inklusive dess tilläggsprotokoll.

I processrättslitteraturen, liksom i internationellt privaträttsliga arbeten, nämns konventionen närmast i förbigående.¹⁴⁰ Rör det sig om mer än ett omnämnande har det hos oss funnits en tendens att leta efter brister i konventionen. Sålunda antyder Larsson att det är svårare att tillämpa Europarådskonventionen än att göra bruk av de traditionella metoderna vid utredning av innehållet i utländsk rätt. Trots bred uppslutning har konventionens betydelse i praktisk tillämpning varit ringa, informerar han.¹⁴¹ Bogdan upplyser att konventionens *största begränsning* ligger däri att den är en västeuropeisk konvention som inte omfattar mer exotiska länder vilkas rättsordningar kan vålla de största svårigheterna.¹⁴² Intressant nog synes läget i detta hänseende vara påfallande likt i flera konventionsstaters doktrin: När konventionen undantagsvis uppmärksammas har tonfallet för det mesta varit negativt. Kritiken har dock på senare tid börjat avfärdas och den anges ha sitt ur-

¹⁴⁰ Se Rättegångsbalken II, 35:54; Ekelöf & Boman, Rättegång IV, s. 241 not 41b samt Larsson, SvJT 1974, s. 781-782 och SvJT 1978, s. 453-454 och s. 456. Se också Eek, Lagkonflikter I, s. 232-233; Karlgren, s. 74-75 samt Bogdan, Svensk IP, s. 49-50. - Edelsam, s. 136, anger förfarandet när upplysningar om innehållet i utländsk rätt begärs av UD vara reglerat genom 1981 års förordning, låt vara endast i förhållande till vissa stater. Men förordningen tillhandahåller endast en fakultativt tillämplig särreglering som sällan har använts i förhållande till de övriga konventionsstaterna. UD:s allmänna väletablerade förmedlingsverksamhet vid utredning om innehållet i utländsk rätt regleras inte någonstans.

¹⁴¹ Larsson, SvJT 1978, s. 453.

¹⁴² Bogdan, Svensk IP, s. 49-50.

sprung i en total okunnighet om hur konventionen fungerar i rättstillämpningen.¹⁴³

Negativa eller reserverade kommentarer väcker knappast någon entusiasm hos en domstol för att göra bruk av konventionsmekanismen, när domstolen står inför uppgiften att tillämpa lagen i en annan fördragsslutande stat. Konventionsregleringen är dessutom så pass detaljerad och i viss mån även invecklad att man inte kan förvänta sig att domstolarna skulle vilja göra bruk av den utan konkret vägledning. I 1981 års förordning har endast en del av konventionstexten (inkl. protokollet) transformerats till svensk rätt, nämligen i fråga om förfarandet när en framställning om upplysningar görs från Sverige till en annan konventionsstat. Enbart mot bakgrund av förordningstexten kan man inte bilda sig en uppfattning om hur konventionen har avsetts att fungera.

Den följande framställningen har till syfte att bringa klarhet i detta hänseende. Regleringen i 1981 års förordning återges och kommenteras, för tydlighets skull, paragraf för paragraf mot bakgrund av själva konventionstexten från år 1968 och konventionens utvidgning genom 1978 års tilläggsprotokoll.

6.7.3 Förordningen (1981:366) om rätt att i vissa fall begära upplysningar om innehållet i utländsk rätt

Förordningen återger i huvuddrag de viktigaste bestämmelserna i 1968 års konventionstext och i tilläggsprotokollet från 1978. Vid utformningen har beaktats att inte alla konventionsstater har tillträtt protokollet eller att vissa stater, till skillnad från Sverige som antagit protokollet i dess helhet, har anslutit sig endast till en del av det. De utvidgningar i förhållande till 1968 års konventionstext som har gjorts i protokollet gäller endast i förhållande till en sådan fördragsslutande stat som är bunden av den ifrågavarande delen av protokollet. I detta hänseende får 1981 års förordning betraktas som lovvärt tydlig.

¹⁴³ Se Otto, FS Firsching, s. 118 och Krause, s. 60-61.

”Domstolar får hos en främmande stat som är ansluten till den europeiska konventionen den 7 juni 1968 angående upplysningar om innehållet i utländsk rätt begära upplysningar om rättsreglerna i den främmande staten på civil- och handelsrättens samt civilprocessrättens områden och om den främmande statens domstolsorganisation. Upplysningar får begäras även i andra frågor som har anknytning till de huvudfrågor som har angetts i framställningen.”

Europarådskonventionen är en *rättshjälpskonvention* där en särskild mekanism har skapats för formellt utbyte av information om rättsregler mellan de fördragsslutande staterna. De gängse diplomatiska kanalerna har förbigåtts till förmån för omedelbara kontakter mellan de berörda staternas myndigheter. Den stat som framställningen härstammar från kallas *den ansökande staten*. Den stat, om vars lag upplysningar önskas och dit framställningen översänds, kallas *den anmodade staten*.

Varje konventionsstat skall utse ett organ med uppgift att motta framställningar om upplysningar från de övriga fördragsslutande staterna och att sörja för att förfrågningarna besvaras. Detta organ som kallas för *det mottagande organet*, skall alltid vara ett statsdepartement eller annat statligt organ.¹⁴⁴ Därtill kan en fördragsslutande stat utse ett eller flera s.k. *förmedlande organ* med uppgift att ta emot framställningar om upplysningar från judiciella myndigheter i den egna staten och vidarebefordra dessa till vederbörande myndighet i den anmodade staten. Det mottagande organet kan utses till förmedlande organ. I Sverige har Utrikesdepartementet (UD) utsetts som både mottagande och förmedlande organ.

Enligt 1968 års konventionstext skall en framställning om upplysningar alltid härröra från en *judiciell myndighet*, d.v.s. en myndighet med domstolsfunktioner.¹⁴⁵ Upplysningar får begä-

¹⁴⁴ Se art. 2(1) i konventionen.

¹⁴⁵ Varje fördragsslutande stat avgör själv vilka av dess myndigheter som omfattas. I 1971 års cirkulär angavs det för Sveriges del vara fråga om de allmänna domstolarna, specialdomstolar såsom arbetsdomstolen samt förvaltningsdomstolarna.

ras om rättsreglerna på civil- och handelsrättens områden samt inom civilprocessrätten. Tillägget "även i andra frågor som har anknytning till framställningens huvudfrågor" har till syfte att hindra att gränsdragningen mellan privaträttsliga och offentligrättsliga regler, vilken kan variera mellan konventionsstaterna, står i vägen för kompletta upplysningar.

Vilka stater som är anslutna till konventionen framgår av regeringens tillkännagivande av främmande staters anslutning till vissa av Sverige biträdde konventioner angående inbördes rättshjälp, m.m. Enligt tillkännagivandet (1992:1004) rörde det sig om sammanlagt 27 stater. Dessa är: Sverige, Belgien, Bulgarien, Costa Rica, Cypern, Danmark, Finland, Frankrike, Grekland, Island, Italien, Liechtenstein, Luxemburg, Malta, Nederländerna, Norge, Polen, Portugal, Rumänien, Ryska federationen, Schweiz, Spanien, Storbritannien och Nordirland, Turkiet, Förbundsrepubliken Tyskland, Ungern samt Österrike. Till denna förteckning kan numera läggas Ukraina som år 1994 anslöt sig till konventionen. Enligt tillkännagivandet hade samtliga fördragsslutande stater också anslutit sig till tilläggsprotokollet, *utom* Costa Rica, Liechtenstein, Ryska federationen samt Turkiet.¹⁴⁶ Flera av staterna har dock endast antagit den straffrättsliga delen av protokollet (kapitel 1).¹⁴⁷

Krav på samband med ett redan inlett rättsligt förfarande – 2 §

"En framställning om upplysningar enligt 1 § måste ha samband med ett visst mål eller ärende och får inte göras förrän det rättsliga förfarandet har inletts. Part får upprätta en framställning men domstolen måste i så fall godkänna den. Godkännandet skall tecknas på framställningen eller framgå av bilaga till denna."

Enligt 1968 års konventionstext, som 2 § i förordningen grundar sig på, är en framställning om upplysningar bunden till ett

¹⁴⁶ Även Ukraina omfattas numera av tilläggsprotokollet.

¹⁴⁷ Se Council of Europe. Additional Protocol to the European Convention on Information on Foreign Law. Reservations and Declarations. European Treaty Series, Nr 97, 25 May 1994. Se även Chart of Signatures and Ratifications, 7 June 1996.

redan inlett rättsligt förfarande. Syftet är att tillmötesgå behovet av upplysningar om innehållet i utländsk rätt i ett redan påbörjat mål eller ärende. Konventionen får inte utnyttjas för att skaffa fram information i ett annat syfte, exempelvis med tanke på framtida behov, av rent akademiskt intresse eller för upprättande av ett avtal eller någon annan rättshandling.¹⁴⁸

Förenligt med grundidén att endast en domstol får göra i konventionen avsedd framställning är att domstolen normalt också upprättar framställningen. Stundom kan det dock vara motiverat att en part står för upprättandet. I så fall måste framställningen ha godkänts av rätten, vilket tydligt skall framgå av själva framställningen eller av en bilaga till den.

Utvidgningar till 1 och 2 §§ föranledda av tilläggsprotokollet – 3 §

”I förhållande till en främmande stat som är bunden av kapitel 2 i tilläggsprotokollet den 15 mars 1978 till den i 1 § nämnda konventionen gäller att en begäran om upplysningar enligt 1 § får göras även innan det rättsliga förfarandet har inletts och att begäran får göras även av den som är biträde enligt rättshjälpslagen (1972:429).”

Två påtagliga begränsningar i konventionens tillämplighet är att (a) framställningen skall göras av en judiciell myndighet (d.v.s. domstol, se 1 §) och (b) att den får göras först efter det att ett rättsligt förfarande har inletts (se 2 §). Båda begränsningarna har inom civil- och handelsrättens samt civilprocessrättens områden avtalats bort mellan de fördragsslutande stater, som anslutit sig till kapitel 2 i konventionens tilläggsprotokoll från 1978.

Enligt detta får *alla myndigheter*, d.v.s. inte enbart domstolar, samt personer, som inom offentligt system för rättshjälp eller juridisk rådgivning är verksamma för sådana personers räkning som har svag ekonomi, begära upplysningar. Denna utvidgning i förhållande till 1968 års konventionstext framgår

¹⁴⁸ Se Explanatory Report on the European Convention, s. 9 och Explanatory Report on the Additional Protocol, s. 7.

inte tydligt av 3 § i förordningen, där endast biträden till personer som beviljats allmän rättshjälp nämns.

Också kravet på att ett rättsförfarande skall ha inletts har slopats. Tanken har varit att ett behov av information om utländsk rätt mycket väl kan aktualiseras när en tvist har uppkommit men innan talan har väckts. Den utländska lagens innehåll kan t.o.m. ha avgörande betydelse för ställningstagandet huruvida det är lönt att processa vid domstol. En framställning enligt denna del av tilläggsprotokollet – och 3 § förordningen – förutsätter dock alltid att ett rättsligt förfarande är förutsebart eller övervägs.¹⁴⁹

Förordningens 3 § väcker en del frågor. I svensk rätt inleds rättegång i tvistemål genom inlämnande av stämningsansökan hos domstolen. Att domstolen redan dessförinnan skulle åta sig att agera som ansökande myndighet enligt konventionen förefaller verklighetsfrämmande. Såsom stadgandet utformats, synes det ha relevans endast i sådana situationer där ett biträde har förordnats enligt rättshjälpslagen för en i en eventuell rättstvist eller annat ärende inblandad person. Vid behov får biträdet göra en framställning om upplysningar. Det är emellertid inte ovanligt att andra myndigheter än domstolar är inblandade innan en fråga tas till domstol. Därför är det olyckligt att stadgandet, utan beaktande av utvidgningen i tilläggsprotokollet, inte anger att myndigheter i allmänhet får göra där avsedda framställningar. Man kan vidare fråga sig om inte ett "rättsligt förfarande" även kan förekomma inom en annan myndighet än en domstol.

Antag att två svenska makar, som genom beslut av en utländsk domstol har adopterat ett barn från det landet, i enlighet med 3 § 2 st. LIA ansöker att Statens nämnd för internationella adoptionsfrågor (NIA) stadfäster adoptionsbeslutet. Om adoptionen är stark kan beslutet godkännas av NIA, medan de sökande enligt praxis hänvisas till att ansöka om adoption vid svensk domstol, om det rör sig om ett svagt adoptionsbeslut. NIA finner det ovisst vad adoptionen har

¹⁴⁹ Se Explanatory Report on the Additional Protocol, s. 7.

för karaktär. Eftersom denna genomförts i en stat som har tillträtt den nu aktuella Europarådskonventionen, vill NIA göra bruk av konventionsmekanismen. I detta konstruerade fall rör det sig om en situation där ett rättsförfarande (adoptionsansökan vid svensk domstol) kan bli aktuellt, varför det borde uppfylla de krav som uppställts vid utvidgningen. Möjligtvis kan redan prövningen i NIA av den utländska adoptionens stadfästelse likställas med ett rättsligt förfarande.

Såsom påpekats (ovan under 1 §) har majoriteten av konventionsstaterna anslutit sig till 1978 års tilläggsprotokoll. Av dessa har emellertid Cypern, Malta, Nederländerna, Schweiz, Storbritannien och Nordirland samt Förbundsrepubliken Tyskland förklarat sig *inte* vara bundna av protokollets 2 kapitel. Förordningens 3 § gäller år 1996 således inte i förhållande till dessa stater, liksom inte heller i förhållande till Costa Rica, Liechtenstein, Ryska federationen eller Turkiet vilka står helt utanför protokollet.

Konventionens utvidgning till straffrättens område – 4 §

”Domstolar, åklagare, kriminalvårdsstyrelsen, kriminalvårdsnämnden och övervakningsnämnder får hos en främmande stat som är bunden av kapitel 1 i tilläggsprotokollet begära upplysningar om rättsreglerna i den främmande staten på straffrättens och straffprocessrättens områden, om domstols- och åklagarorganisationen på dessa områden samt om reglerna beträffande verkställighet av straffrättsliga påföljder. En sådan begäran får göras inte bara när ett straffprocessuellt förfarande har inletts utan även när ett sådant förfarande avses äga rum.”

Genom kapitel 1 i tilläggsprotokollet har konventionens tillämpningsområde utsträckts till straff- och straffprocessrätten. Innehållsmässigt liknar 4 § väsentligt 3 § i förordningen, men med hänsyn tagen till straffprocessuellt förfarande. En framställning om upplysningar får göras exempelvis när en åkla-

garmyndighet överväger inleda en förundersökning.¹⁵⁰ Det får anses röra sig om en uttömmande katalog av vilka myndigheter som får göra ifrågavarande framställningar.

Av de stater som anslutit sig till Europarådskonventionen är det bara Costa Rica, Liechtenstein, Ryska federationen samt Turkiet som inte är bundna till denna del av tilläggsprotokollet. Förordningens 4 § äger således inte tillämpning i förhållande till dessa stater.

Framställningens innehåll – 5 §

”En framställning om upplysningar skall ges in till utrikesdepartementet och innehålla uppgift om från vem framställningen härrör och om den sak det är fråga om. I framställningen skall så noggrant som möjligt anges i vilka frågor upplysningar önskas. Framställningen skall vidare innehålla sådana uppgifter om de faktiska omständigheterna i saken som behövs för att framställningen skall förstås rätt och för att ett exakt och fullständigt svar skall kunna lämnas.”

Vilka krav som en konventionsenlig framställning skall uppfylla regleras huvudsakligen i konventionens art. 4. Tanken har varit att endast en konkret, omsorgsfullt upprättad framställning kan resultera i ett sådant svar, som den rättstillämpande myndigheten har nytta av. I förordningen framgår kraven förutom av 5 §, av 1 § sista meningen, 2 § andra meningen samt av bestämmelsen i 6 § (se nedan). Sammantaget rör det sig om en ”blandad kompot” där krav som har att göra med det sakliga innehållet i framställningen blandas med formalia och språkrav.

Sammanfattat måste följande krav uppfyllas:

¹⁵⁰ Se Explanatory Report on the Additional Protocol, s. 6-7 och Larsson, SvJT 1978, s. 456. – I flera konventionsstaters lagar gäller krav på dubbel straffbarhet med den följd, att ett åtal kan väckas först när det står klart att gärningen är straffbar även enligt lagen i den stat där den begicks. Inte minst av denna anledning var det viktigt att en framställning om upplysningar inte är bunden till kravet på redan inlett rättsförande. Se närmare, Explanatory Report on the Additional Protocol, s. 5.

(1) Framställningen skall innehålla uppgift om den domstol (annan myndighet) från vilken den härrör och om den sak som målet eller ärendet angår.

(2) Framställningen skall så noggrant som möjligt ange de frågor beträffande vilka man önskar upplysningar om den anmodade statens lag. Om mer än ett rättssystem finns i den anmodade staten skall det anges vilket av dessa som framställningen avser.

(3) I framställningen skall också anges de faktiska omständigheter som är nödvändiga för att frågorna skall förstås rätt. Kopior av handlingar kan bifogas när så erfordras för att förtydliga framställningens innebörd.

(4) Framställningen kan omfatta frågor rörande regleringar på andra områden, förutsatt att frågorna har anknytning till själva huvudfrågan.

(5) Om framställningen har upprättats av en part, skall det framgå att den har godkänts av domstolen.

(6) Framställningen jämte bilagor skall ha avfattats på eller översatts till den anmodade statens språk eller ett av dess officiella språk.

Svaret

Hur svaret skall utarbetas regleras inte i 1981 års förordning som endast avser inhämtande av upplysningar om innehållet i utländsk rätt. Själva framställningen om upplysningar och svaret på denna är emellertid så intimt sammanvävda i konventionsmekanismen, att båda måste beaktas om man skall kunna förstå hur konventionen fungerar. Därför går redogörelsen nedan utanför det omedelbara tillämpningsområdet för 5 § i förordningen.

När en framställning har mottagits i den anmodade staten måste den besvaras, förutsatt att den uppfyller de ovan angivna kraven. Endast när den anmodade staten anser sina egna intressen beröras av den tvist som föranlett förfrågningen eller att svaret kan kränka statens suveränitet eller medföra

fara för dess säkerhet, får den vägra besvara framställningen.¹⁵¹ Är den ansökande myndigheten inte nöjd med det svar den fått, får den självklart begära kompletterande upplysningar från den anmodade staten.¹⁵² Den ansökande myndigheten kan också själv bli anmodad att lämna ytterligare information för svarets utarbetande.¹⁵³

Enligt konventionens art. 7 gäller att

”Svaret skall ha till syfte att på ett sakligt och opartiskt sätt lämna den judiciella myndighet som gjort framställningen upplysningar om rättsreglerna i den anmodade staten. I förekommande fall skall svaret innehålla texterna till tillämpliga lagar eller författningar och till rättsfall. I den utsträckning detta bedöms erforderligt för att den ansökande myndigheten skall få behövliga upplysningar skall vid svaret fogas kompletterande handlingar, såsom utdrag ur rättsvetenskapliga verk och förarbeten. Svaret kan också åtföljas av förklarande kommentarer.”

Svaret skall alltid avges skriftligt. Normalt upprättas det av en medarbetare vid ett ministerium i den anmodade staten.¹⁵⁴ Med saklighet och opartiskhet i svaret avses att det skall utarbetas på ett objektivt sätt och inte skall innehålla något uttalande om hur det mål eller ärende som föranlett framställningen bör avgöras.¹⁵⁵ Svaret skall lämnas snarast möjligt¹⁵⁶ och

¹⁵¹ Se art. 11. Är den anmodade staten exempelvis part i målet, berörs dess intressen påtagligt och den konventionsenliga skyldigheten att besvara framställningen bortfaller. Uttrycket ”intressen” skall förstås i vid bemärkelse, såsom innefattande ekonomiska, finansiella, politiska, etc. intressen. Se Explanatory Report on the European Convention, s. 13.

¹⁵² Explanatory Report on the European Convention, s. 13 och Wolf, NJW 1975, s. 1585. Den ansökande myndigheten kan naturligtvis också använda någon annan metod för att komplettera den erhållna informationen.

¹⁵³ Se art. 13.

¹⁵⁴ Undantaget är Grekland där *Hellenic Institute for International and Foreign Law* har utsetts som mottagande och förmedlande organ. Vid tillträde till konventionen förklarade Grekland att det ifrågavarande institutet betraktas som ”legal personality in public law”.

¹⁵⁵ Se Explanatory Report on the European Convention, s 11 och Wolf, NJW 1975, s. 1586.

¹⁵⁶ Om svarets utarbetande kommer att kräva en längre tid skall det mottagande organet underrätta den ansökande myndigheten om det och ange den dag då svaret sannolikt kommer att lämnas. Se art. 12.

normalt kostnadsfritt. De upplysningar som lämnas i svaret är inte bindande för den ansökande myndigheten.¹⁵⁷

Språkraven – 6 §

”Framställningen och eventuella bilagor skall avfattas på den främmande statens officiella språk eller på ett av dess officiella språk eller åtföljas av en översättning till ett sådant språk. En framställning till ett annat nordiskt land får dock avfattas på svenska. Om det behövs, skall utrikesdepartementet låta översätta framställningen till den främmande statens språk.”

Enligt konventionen skall framställningen avfattas på eller översättas till den anmodade statens språk. När också svaret enligt konventionen avfattas på det språket kan ett omfattande och krävande översättningsarbete aktualiseras i den ansökande staten i de båda faserna av ärendet. Språkfrågan har angivits som ett tungt vägande eller till och med som det avgörande skälet för att domstolarna i de fördragsslutande staterna föredragit andra utredningsmetoder.¹⁵⁸ För Sveriges del är problemet såtillvida löst att det enligt 1981 års förordning ankommer på UD att vid behov låta översätta framställningen.¹⁵⁹

¹⁵⁷ Konventionen reglerar inte frågan om ansvar för felaktiga upplysningar. Detta spörsmål ansågs lämpligast regleras inom varje konventionsstats interna lag. Se Explanatory Report on the European Convention, s. 6. Av intresse i sammanhanget är den deklaration som Luxemburg gjorde vid sitt tillträde till konventionen (1977): "The liability of the State in the case of an incomplete, false or mistaken reply to a request for information within the framework of this Convention, is limited to cases of fraud or inexcusable gross negligence." Ingen annan fördragsslutande stat har gjort någon liknande deklaration. Se Council of Europe. European Convention on Information of Foreign Law. Reservations and Declarations. European Treaty Series, Nr 62, 25 May 1994.

¹⁵⁸ Se Otto, FS Firsching, s. 226-228, där denne redogör för tyska, österrikiska och schweiziska erfarenheter av konventionen och även hänvisar till en motsvarande uppfattning i belgisk doktrin.

¹⁵⁹ Kostnaderna täcks av posten "Diverse kostnader för rättsväsendet", anslaget F6. UD har däremot ingen skyldighet att översätta svaret. – UD:s translators- och traktatöversättningssektion har anställda översättare till engelska, franska och tyska. När det gäller översättning till andra språk, anlitar UD enligt kanslirådet Agneta Lundvall fristående auktoriserade översättare.

”Utrikesdepartementet skall vidarebefordra framställningar till behörigt mottagande organ i den främmande staten.

Underrättar den främmande statens mottagande organ utrikesdepartementet om att ett besvarande kommer att föranleda kostnader, skall departementet vidarebefordra underrättelsen till den som har gjort framställningen. Denne skall därefter meddela utrikesdepartementet om framställningen vidhålls eller inte.” (7 §)

”Utrikesdepartementet skall tillställa den som har gjort en framställning svaret på denna och i samband därmed uppgive de kostnader som framställningen har föranelett.

Ersättning för uppkomna kostnader skall ofördröjligen översändas till utrikesdepartementet.” (8 §)

Utrikesdepartementet har utsetts som det svenska förmedlande organet, vilket innebär att en framställning enligt denna konvention alltid skall inges till UD, närmare bestämt enheten för internationell rättshjälp där. Utan UD:s förmedling får konventionsmekanismen överhuvudtaget inte användas i Sverige.¹⁶⁰ De omedelbara kontakter, som framställningen ger upphov till, äger rum mellan UD och vederbörande utländska mottagande organ. UD vidarebefordrar framställningen till det mottagande organet som i sin tur skickar svaret – och alla förfrågningar som har betydelse för svarets utarbetande – till UD.¹⁶¹ Svaret (liksom också eventuella förfrågningar dessförrinnan från den anmodade staten) vidarebefordras av UD till den ansökande myndigheten.

¹⁶⁰ Detta gäller oavsett om den anmodade staten bara omfattas av 1968 års konventionstext eller också är ansluten till tilläggsprotokollet, då UD redan i anledning av Sveriges konventionsanslutning utsågs som det förmedlande organet i Sverige. Själva konventionen uppställer inte någon skyldighet för de fördragsslutande staterna att utse förmedlande organ, däremot möjlighet därtill. En sådan skyldighet finns i stället enligt tilläggsprotokollet. Eftersom det senare ger rätt för myndigheter i allmänhet att göra konventionsenliga förfrågningar om upplysningar, ansågs det påkallat att ett förmedlande organ alltid är inblandat inte minst i kontrollerande syfte. Se Explanatory Report on the Additional Protocol, s. 7-8.

¹⁶¹ Förutom frågan huruvida den ansökande myndigheten vidhåller framställningen även när svarets upprättande föraneleder kostnader, kan det vara fråga om att den anmodade myndigheten anser sig behöva mera upplysningar från den ansökande myndigheten för att kunna besvara förfrågningen.

De citerade bestämmelserna lägger stor vikt vid kostnadsfrågan. Det finns därför anledning att påminna om att en grundidé i konventionen är att svaret upprättas kostnadsfritt. Svaret skall normalt utarbetas av det mottagande organet självt eller av ett annat statligt eller officiellt organ. Enligt konventionen får dessa inte ta ut någon avgift för det arbete som de lagt ner.

Det mottagande organet kan dock i vissa fall finna det lämpligt eller föranlett av förvaltningens organisation i den staten att svarets upprättande överlämnas till en enskild organisation eller en jurist som bedöms lämpad för uppdraget.¹⁶² Här rör det sig om en eftergift som gjorts av hänsyn till att förfrågningarna kan vara arbetskrävande och konventionsstaternas resurser begränsade samt att det även av organisatoriska skäl kan vara motiverat att svaret utarbetas av en expert utanför den statliga organisationen. Om lösningens användning kan antas medföra kostnader som den anmodade staten inte kommer att stå för, skall den ansökande myndigheten dessförinnan – i Sverige genom UD – underrättas om saken.¹⁶³ Beskedet om huruvida den ansökande myndigheten vidhåller framställningen trots kostnaderna förmedlas av UD till det utländska mottagande organet. Om framställningen inte vidhålls på grund av de förutsebara kostnaderna, bortfaller också den konventionsenliga skyldigheten att lämna de upplysningar som begärdes. Avsikten har varit att en anmodad stat endast undantagsvis skall anlita privata sakkunniga. Det skall inte uppstå en obalans i systemet på så sätt att i en stat upprättas svaret alltid kostnadsfritt i offentlig regi, medan en annan fördragsslutande stat skulle systematiskt få anlita utomstående experter.¹⁶⁴

¹⁶² Se art. 6. Som där avsedd jurist kan exempelvis en advokat eller en juris professor komma i fråga.

¹⁶³ Enligt art. 15.2 kan två eller flera fördragsslutande stater överenskomma att sinsemellan göra avvikelser från vad i konventionen föreskrivs om avgifter och kostnader.

¹⁶⁴ Se Explanatory Report on the European Convention, s 11 och Wolf, NJW 1975, s. 1585.

Det bör påpekas i sammanhanget att UD i enlighet med Sveriges underrättelse till Europarådets generalsekreterare också utsetts till svenskt mottagande organ.¹⁶⁵ Sedan kungörelsen upphävdes genom 1981 års förordning regleras UD:s mottagande funktion enligt denna konvention ingenstans, förmodligen på grund av förbiseende. Tjänstemän på UD bedömer att årligen mindre än tio konventionsenliga framställningar *mottas* från en annan fördragsslutande stat.¹⁶⁶ Förfrågan överlämnas till närmast berört departement, såsom Justitiedepartementet eller Socialdepartementet, för utarbetande av svar.¹⁶⁷

Uppgift om de fördragsslutande staterna – 9 §

”Uppgift om vilka främmande stater som är anslutna till den europeiska konventionen den 7 juni 1968 angående upplysningar om innehållet i utländsk rätt och till tilläggsprotokollet till denna konvention lämnas i tillkännagivandet (1980:926) av främmande staters anslutning till vissa av Sverige biträdda konventioner angående inbördes rättshjälp, m.m.”¹⁶⁸

I denna förordningens sista paragraf anges var uppgift står att finna både om vilka stater som anslutit sig till 1968 års konvention och om vilka av dessa som också biträtt tilläggsprotokollet. Flera av Europarådets nya medlemsstater har redan (1996) tillträtt konventionen medan vissa andra – Estland, Litauen, Slovakien samt Slovenien – än så länge endast har undertecknat den.¹⁶⁹ Flera ratifikationer är att vänta. Det kan därför finnas anledning att konsultera UD (enheten för folkrätt, mänskliga rättigheter och traktaträtt) om dagsläget,

¹⁶⁵ I 1 § i kungörelsen (1969:580) angavs Utrikesdepartementet vara svenskt förmedlande och mottagande organ i konventionens mening.

¹⁶⁶ Enligt uppgift från UD förs det inte heller någon statistik rörande dessa förfrågningar.

¹⁶⁷ Enligt kanslirådet Agneta Lundvall har UD inte anlitat privata sakkunniga i detta sammanhang.

¹⁶⁸ Detta tillkännagivande har ersatts av regeringens tillkännagivande 1992:1004.

¹⁶⁹ Council of Europe, European Treaties Nr 62, European Convention on Foreign Law, Chart of Signatures and Ratifications, 7 June 1996.

när frågan uppstår om en viss europeisk stat är ansluten till konventionen. Vad anslutningen till tilläggsprotokollet beträffar framgår det inte av regeringens tillkännagivande, om protokollet i sin helhet eller endast delvis antagits av de där angivna staterna. Även av denna anledning kan således UD behöva kontaktas i förväg.

6.7.4 Värdering

En konventions värde beror naturligtvis på hur väl den fungerar i den praktiska tillämpningen. Av betydelse i detta fall är särskilt vilken användning som en ansökande domstol kan ha av konventionsenliga upplysningar.

En blick utåt

Europarådskonventionen har inte underkastats någon ingående granskning i svensk doktrin. Någon nämnvärd diskussion synes den inte heller ha givit upphov till i de övriga nordiska länderna. Av denna anledning är det naturligt att blicka söderut, mot Tyskland, som tillträdde konventionen år 1975. Tyskland har sedermera anslutit sig också till den straffrättsliga delen av tilläggsprotokollet.

Konventionen fick en dålig start i Tyskland på så sätt att den hade "dömts ut" i den rättsjämförande och internationellt privaträttsliga litteraturen i landet redan innan den trädde i kraft där. Flera ledande rättsvetenskapsmän ifrågasatte konventionens värde.¹⁷⁰ Den ansågs vara ägnad att medföra tämligen meningslösa upplysningar. De frågor som ställs i framställningen fixerar svaret i förväg, hävdades det. Rör det sig om komplicerade fall måste det vara en praktiskt taget omöjlig uppgift för den ansökande myndigheten att formulera frågorna så att exakta och fullständiga upplysningar kan erhållas. Förfrågningen skulle kanske besvaras på ett helt annat sätt om den som utarbetar svaret hade kunskap om hela sakförhållan-

¹⁷⁰ Se Kegel, FS Nipperdey, s. 467-468; Wengler, JR 1983, s. 221 och 226; Kropholler, RabelsZ 1969, s. 584 samt Luther, RabelsZ 1973, s. 660 ff. och s. 677.

det. Svaret riskerar därför att inte innehålla annat än allmänna upplysningar om den anmodade statens rätt på det ifrågavarande området. Risken för missförstånd ökas av att det inte är tillåtet att bifoga kopior av *alla* handlingar i målet. Härtill kommer att den person som upprättar svaret inte är insatt i den ansökande statens rättsordning och begreppsbildning. Det finns med andra ord en uppenbar risk att både frågorna och svaren missuppfattas.

Kritiken måste ses mot bakgrund av den i Tyskland väletablerade "Gutachten-praxis" för vilken landets talrika, i regel universitetsanknutna rättsjämförande institut står.¹⁷¹ Den person vid institutet som skriver utlåtandet ("Gutachten") har till sitt förfogande målets samtliga handlingar och kan sedan, när utlåtandet inlämnats till domstolen, förhöras av rätten vid en muntlig förhandling. Till Gutachten-systemet hör att utlåtandet om innehållet i utländsk rätt brukar innehålla ett konkret förslag till lösning av den förhandenvarande tvisten. Ett sådant system är utan tvekan bekvämt för domstolarna, som ofta grundar avgörandet direkt på utlåtandet. I jämförelse med det innebär naturligtvis användning av Europarådskonventionen mer arbete för domstolarna.

På senare tid har i tysk doktrin konventionen börjat omvärderas. Erfarenheterna från konventionens tillämpning anges ha varit övervägande positiva.¹⁷² De domstolar som använt den har i regel varit nöjda med den information de fått, dessutom rekordsnabbt jämfört med andra utredningskanaler. Svaret enligt Europarådskonventionen har i genomsnitt tagit två månader i anspråk och som mest sex månader.¹⁷³ De konventionsenligt erhållna upplysningarna har i många fall varit klart överlägsna sedvanliga sakkunnigutlåtanden genom de tyska rättsjämförande instituten, särskilt i sådana fall där rättspraxis

¹⁷¹ Se ovan, avsnitt 6.6.1.

¹⁷² Se Otto, FS Firsching, s. 218; Krause, s. 58-59 samt Tueller, Stan. J. Int. L. 1983, s. 142-144.

¹⁷³ Otto, FS Firsching, s. 223-224 anger två år vara normal väntetid för utfärdande av "Institutsgutachten", medan det enligt Krause, s. 58, tar ungefär ett år.

spelar en viktig roll i den anmodade statens rätt.¹⁷⁴ Härtill kommer den uppenbara fördelen att det regelmässigt rör sig om kostnadsfria upplysningar, vilket särskilt i familjerättsmål är av stor betydelse. Hittills synes dock konventionen ha använts endast i en ringa del av de fall där den kunde ha tillämpats.

Under åren 1977-1983 gjorde tyska domstolar sammanlagt 169 framställningar enligt Europarådskonventionen.¹⁷⁵ Detta kan jämföras med antalet utlåtanden från landets två ledande rättsjämförande institut, nämligen Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht i Hamburg och Institut für internationales Recht der Universität München. Enbart år 1983 utfärdade Max-Planck-Institutet 206 utlåtanden och institutet i München 230 utlåtanden.¹⁷⁶

Diskussionens relevans för svenska förhållanden

Den tyska diskussionen kan naturligtvis endast med vissa modifikationer appliceras på svenska förhållanden. I Sverige, liksom också i de övriga nordiska länderna, finns det ingen motsvarighet till de tyska rättsjämförande instituten och det finns inte heller resurser att inrätta sådana.¹⁷⁷ Också antalet experter inom Norden, som kan uttala sig om innehållet i främmande staters lagar, är mycket begränsat. Därför borde konventionen utgöra ett utomordentligt hjälpmedel för en svensk domstol, oavsett om det gäller att utreda innehållet i en sådan stor och viktig rättsordning som fransk rätt eller en hos oss mindre välkänd rättsordning som rumänsk rätt. Endast i

¹⁷⁴ Otto, FS Firsching, s. 218 och s. 223-224 samt Krause, s. 58.

¹⁷⁵ Se Otto, FS Firsching, s. 222.

¹⁷⁶ Otto, FS Firsching, s. 228. Det framgår inte i vilken utsträckning utlåtanden från de rättsjämförande instituten avsett innehållet i en annan fördragsslutande stats rätt. Utlåtandena kan således ha avsett i princip alla världens rättsordningar.

¹⁷⁷ Den verksamhet som Institutet för utländsk rätt i Stockholm bedriver är begränsad till allmän information och till att assistera svenska företag när dessa kommer i behov av upplysningar om utländsk rätt. Det lär inte någonsin ha hänt att Institutet (dess medarbetare) skulle ha utsetts som sakkunnig av en domstol. De nu aktuella tyska instituten bör således inte blandas ihop med diverse privatägda institut som på olika sätt informerar om utländsk rätt.

förhållande till de nordiska länderna torde vi kunna klara oss bra även utan konventionen.

Det är svårt att instämma i påståendet att det är ett betungande arbete för domstolen att göra bruk av konventionen. Klart är att domstolen måste lägga ner arbete vid formuleringen av de frågor beträffande vilka upplysningar önskas. Men hur skulle en självständigt dömande domstol någonsin kunna slippa det, när en tvist är att pröva enligt en främmande stats lag? Att okritiskt underkasta sig en utomstående experts förslag hör inte till den svenska rättstraditionen.¹⁷⁸ Ingen rätts-tvist kan avgöras innan domstolen noga analyserat vilka rätts-frågor som är relevanta. Det finns dessutom alltid möjlighet att be en part upprätta framställningen, som dock sedan skall underställas domstolen för kontroll och godkännande.

Ett problem kan naturligtvis bli att svaret är så allmänt formulerat att domstolen finner sig inte kunna använda upplysningarna. I så fall kan domstolen alltid begära kompletterande upplysningar. Bristerna i svaret ger, kanske, i den situationen tydlig vägledning för hur frågorna bör formuleras så att ett fullständigt svar kan erhållas. Viktigt är att tid läggs ner både vid framställningens upprättande och vid svarets utarbetande. Kravet på saklighet och opartiskhet får inte drivas så långt att upplysningarna i svaret blir så allmänt hållna att de inte kan läggas till grund för ett avgörande i den tvist eller det ärende som föranlett framställningen.¹⁷⁹ Det har inte framgått att de svenska domstolar, som tillämpat konventionen, inte skulle ha varit nöjda med den erhållna informationen. Regelmässigt har dessa upplysningar, tvärtom, varit omsorgsfullt utarbetade och mer användbara än de upplysningar som UD genom egen försorg brukar kunna tillhandahålla.

Språkfrågan

Översättning av juridiska texter är en notoriskt svår uppgift. Problematiken har i svensk doktrin behandlats av Vogel i

¹⁷⁸ Jfr tysk praxis, ovan avsnitt 6.6.1.

¹⁷⁹ Se Wolf, NJW 1975, s. 1584.

boken "Juridiska översättningar" från år 1988. Vogel skriver bl.a.:

"Sakliga skillnader mellan olika rättsordningar medför att översättaren i det språk, till vilket han skall översätta, ingalunda alltid kan finna ekvivalenta motsvarigheter för termer som han måste översätta även om språkbruket i de båda språken förefaller snarlikt. Finner han en motsvarighet måste han räkna med skillnader i denotationer eller konnotationer, som ibland visar sig först efter ingående rättsutredning och komparativ analys; tar han inte hänsyn till sådana skillnader kan översättningens kvalitet påverkas negativt. Finner översättaren inte någon motsvarighet till en viss term som han skall översätta måste han gå omvägar. ... I översättningen får den översatta handlingens innehåll inte framstå som förflyttat från en rättsordning till en annan; sambandet med den rättsordning, som innehållet bygger på, får inte brytas."¹⁸⁰

Saknar översättaren goda juridiska kunskaper finns det, alltså, en uppenbar risk för allvarliga missförstånd. Ett välkänt exempel är översättningar där det något ålderdomliga men synonyma uttrycket för internationell privaträtt (i snäv bemärkelse) "kollisionsrätt" översatts till "law of accidents". I familjerättsliga sammanhang är missförstånd mellan vad som konstituerar hemskillnad respektive äktenskapsskillnad vanligt förekommande. Detsamma gäller för annullering och ogiltigförklaring av äktenskap. Resultatet blir juridiskt obegripliga, missvisande eller svårtolkade texter, om översättaren missförstått centrala begrepp i ursprungsspråket, angivit dessa så vagt att innehållet är tvetydigt eller nöjt sig med en ordagrann översättning i situationer där domstolslandets lag bygger på en helt annan begreppsbildning.¹⁸¹

¹⁸⁰ Vogel, s. 75-76.

¹⁸¹ Se Otto, FS Firsching, s. 224-225. Också Mattila, LM 1985, s. 66-69 fäster uppmärksamhet på hur budskapet i en juridisk text kan ändra karaktär under de olika faserna av ett översättningsarbete. Handlingarna kan behöva översättas från den ansökande statens språk till ett världsspråk för att därefter kunna översättas till den anmodade statens språk, o.s.v. Samma problem är naturligtvis aktuella även i många andra sammanhang där juridiska texter diskuteras. Ett exempel är lagstiftnings- och konventionsarbetet inom EG. Delegationerna använder sitt eget lands språk som sedan, ofta genom omvägar, tolkas till de övriga "EU-språken".

Språkfrågan utgör utan tvekan en betydande komplikation vid användningen av Europarådskonventionen. Behovet att översätta handlingar medför dessutom dröjsmål och kostnader i den ansökande staten. I många fall är det fråga om ett litet nationellt språk, som gäller i den anmodade staten. Konventionen (art. 12 st. 2) öppnar visserligen möjlighet för två eller flera fördragsslutande stater att sinsemellan komma överens om annat, men denna möjlighet synes ha använts litet.¹⁸² En mer flexibel lösning vore att föredra och borde tas upp på Europarådets agenda. Förmodligen borde den gå ut på att framställningen (och svaret till den) även får avfattas på sådana i konventionssammanhang väletablerade världsspråk som franska och engelska.

Som jämförelse kan nämnas hur språkfrågan har lösts i vissa andra av Sverige tillträdde konventioner, som åtminstone i vissa hänseenden kan hänföras till kategorin "internationella rättshjälpkonventioner" och som har fått stor praktisk betydelse. Även i dessa är huvudregeln att ansökan skall avfattas på eller översättas till den anmodade statens språk men den mjukas upp på olika sätt.

Konventionen om bevisupptagning i utlandet i mål och ärenden av civil eller kommersiell natur (Haag 18.3.1970, art. 4) ger möjlighet att avfatta framställningen på engelska eller franska (eller översätta den till ett av dessa språk) under förutsättning att den anmodade staten inte reserverat sig mot användningen av dessa språk. Enligt konventionen om de civila aspekterna på internationella bortföranden av barn (Haag 25.10.1980, art. 24) skall handlingarna vara avfattade på originalspråket och åtföljas av en översättning till det officiella språket i den anmodade staten. Om emellertid det är svårt att få till stånd en sådan översättning, får de översättas till franska eller engelska. En fördragsslutande stat får reservera sig mot att ettdera av dessa språk används i en ansökan eller någon annan handling som sänds till dess centralmyndighet. Den

¹⁸² Det har, tyvärr, inte varit möjligt att erhålla närmare upplysningar om saken från Europarådet. Att en framställning från Sverige till ett annat nordiskt land får avfattas på svenska är dock resultat av en sådan överenskommelse.

européiska konventionen om erkännande och verkställighet av avgöranden rörande vårdnad om barn samt om återställande av vård av barn (Luxemburg 20.5.1980, art. 6) öppnar möjlighet för att all kommunikation mellan de berörda centralmyndigheterna äger rum på engelska eller på franska om inte den ena staten reserverat sig mot det. Likaså får handlingarna i ett konventionsenligt ärende översättas till engelska eller franska om inte den anmodade staten genom reservation motsatt sig detta (art. 13.2). Enligt konventionen om internationell rätts hjälp (Haag 25.10.1980, art. 7) skall den anmodade staten godta handlingarna om de är avfattade på eller översatta till engelska eller franska, om det inte är möjligt att inom den ansökande staten få en översättning gjord till den anmodade statens språk. De fördragsslutande staterna får dock genom reservation utesluta användning av engelska och/eller franska (se art. 28).

Det rör sig om konventioner som från början avsetts få stor praktisk betydelse. Stelbenta språkrav skulle försvåra konventionernas tillämpning, varför sådana inte ställs. I det nuvarande Europa där öst och väst närmat sig varandra på ett sätt som fortfarande i mitten av 1980-talet framstod som fullständigt otänkbart, är en avog inställning gentemot franska eller engelska som "arbetspråk" vid tillämpning av en rätts hjälpskonvention förlegad. De reservationer mot användning av dessa språk som flera konventioner medger torde därför få minskad betydelse. Språkfrågan borde därför kunna lösas på ett inter-nationellt praktiskt sätt vid en revision av den europeiska konventionen angående upplysningar om innehållet i utländsk rätt.

Framtidsutsikter

Ett vanligt argument mot konventionen har varit att den har ett geografiskt begränsat tillämpningsområde och att den gäller i förhållande till stater om vilkas rättsordningar upplysningar smidigt kan inhämtas på annat sätt.

En sådan uppfattning förefaller överspelad idag. Tjugoåtta stater har för närvarande (1996) anslutit sig till konventionen och flera förväntas tillträda den i en nära framtid. Det rör sig om mycket olika rättsordningar. Inte minst bland de nya fördragsslutande staterna finns det flera vars rättsordning är dåligt dokumenterad utanför laglandet. I de stater vilka tillhörde det f.d. Sovjetblocket pågår en febril västinspirerad lagstiftningsverksamhet som det kanske kommer att ta årtionden att slutföra. I detta läge måste det informations- och biståndssystem, som skapats genom Europarådskonventionen, betraktas som en tillgång. En förutsättning är naturligtvis att konventionens tillämpning i de nya fördragsslutande staterna inte kommer att förorsaka oproportionellt stora svårigheter. Med hänsyn till de begränsade resurserna i dessa stater finns det naturligtvis en risk att konventionen under en övergångsperiod inte kommer att fungera så smidigt som avsikten varit. Besvarandet av konventionsenliga förfrågningar kan komma att dra ut på tiden. Dessa stater kan också finna sig nödsakade att överlåta svarets utarbetande till privata sakkunniga, vilket medför kostnader för den ansökande parten.

Initierade bedömare i Europa menar att konventionens betydelse kommer att öka i framtiden.¹⁸³ Bedömningen förefaller välgrundad med tanke på den politiska och ekonomiska utvecklingen i Europa. Det finns ett ökat behov av andra utredningsmetoder vid sidan av de traditionella nationella. I Tyskland, exempelvis, är de rättsjämförande instituten överhopade med förfrågningar om innehållet i utländsk rätt, vilket gör att varje utlåtande drar ut på tiden. I Sverige, liksom i många andra stater, torde huvudproblemet vara att utredningarna ofta är bristfälliga.

Av betydelse är också att i flera kontinentaleuropeiska stater, som anslutit sig till konventionen, har kraven skärpts i lagstiftning och rättspraxis vad gäller godtagbar utredning om utländsk rätt. Rör det sig om skyldighet för domstolen att klarlägga innehållet i tillämplig främmande lag, torde Euro-

¹⁸³ Se särskilt Krause, s. 60-61 och Otto, FS Firsching, s. 228-229.

parådskonventionen erbjuda ett lämpligt hjälpmedel.¹⁸⁴ De fördragsslutande staterna borde också ha intresse av konventionen som ett medel att säkra korrekta upplysningar om den egna lagen, när denna tillämpas vid en annan konventionsstats domstol.

¹⁸⁴ Så också enligt de officiella förarbetena till den schweiziska IP-lagen, Botschaft, s. 49. I Italiens internationellt privaträttsliga lag från 1995 anges internationella konventioner som en metod varigenom domstolen kan utforska innehållet i främmande rätt (art. 14 st. 1).

7. "Lojal" tillämpning av utländsk rätt

"Man får ... inte ställa alltför stora krav på utredningen om innehållet i främmande lag. Utredningar om innehållet i utländsk rätt kvarlämnar ofta tvekan, om de verkligen är alldeles korrekta eller fullständiga. Till en viss grad måste man bortse därifrån. F.ö. kan meningarna vara delade i den främmande staten om vad som gäller där."¹

7.1 Den lojala tillämpningens princip

Principen att utländsk rätt bör tillämpas lojalt är välförankrad i den svenska internationellt privaträttsliga doktrinen.² Med detta avses att den främmande lagen bör tolkas och tillämpas på samma sätt som i laglandet. Samma rättskällor och tolkningsprinciper som gäller där är att använda. Laglandets rättspraxis bör beaktas, liksom också vad en enhällig doktrin där gör gällande.³ Dessa riktlinjer har ofta sammanfattats till en uppmaning att döma på samma sätt som om saken vore föremål för bedömning vid en domstol i laglandet.⁴ Själva tillämp-

¹ Prop. 1973:158, s. 108 där departementschefen återger familjerättskommitténs bedömning i SOU 1969:60, s. 199. I tysk doktrin talar man i sammanhanget om behovet av "Mut zum Irrtum", d.v.s. mod att våga göra felbedömningar vid tolkningen av utländsk rätt. Se Kegel, FS Nipperdey, s. 455-457.

² Se t.ex. Eek, Lagkonflikter I, s. 259 och Bogdan, Svensk IP, s. 44-45.

³ Se Bogdan, Svensk IP, s. 44-45 och, mera allmänt, Zajtay, IECL, s. 27-28. Se även Otto, FS Firsching, s. 213: "Denn das Recht ist kein starres Prinzip, sondern in ständiger Entwicklung begriffen; es muß so verstanden und ausgelegt werden, wie es in der Rechtsprechung und bewährten Lehre des betreffenden Landes geschieht."

⁴ Se Eek, Lagkonflikter I, s. 259. Jfr Hjermer, som efterlyser ett mera nyanserat språkbruk, SvJT 1964, s. 742-743. Med rätta påpekar han att talrika undantag från denna sorts "lojalitet mot den tillämpning av lagen som sker vid domstolarna i laglandet"

ningsproceduren följer dock alltid reglerna i *lex fori* och den dom som den utmynnar i är en *svensk dom*.⁵

Grunden för den lojala tillämpningens princip är följande: Det är den svenska lagstiftaren som har funnit det bäst förenligt med svenska intressen att utländsk rätt är tillämplig vid ett visst utlandsanknutet fall inför svensk domstol.⁶ "Då främmande regler i kraft av svensk rätt skola tillämpas av svensk domstol, uppställer sig helt naturligt kravet på att rätts-tillämpningen skall vara lojal", skriver Eek.⁷ Man bör därför sträva efter samma höga standard i fråga om rättskunskaperna om den utländska lagen som när svensk lag tillämpas.⁸ Förutom kunskaper om och lyhördhet för i laglandet gällande tolkningsprinciper förutsätter en lojal tillämpning av främmande rätt givetvis en grundlig utredning om den rättens innehåll, vilket kan stöta på betydande svårigheter.

Rättspraxis i internationellt privaträttsliga mål visar att utländsk rätt sällan tillämpas "lojalt" i den ovan angivna

redan följer av den internationella privaträttens metod. Härtill kommer att det processuella förfarandet, inkl. bevisningen, är underkastat *lex fori*. Därför försöker man i rättstillämpningen i själva verket aldrig spela rollen av den främmande domstolen alltigenom. Språkbruket kan dessutom lätt föra tankarna till *återförvisningsläran* (*renvoi*), vilket absolut inte avses i sammanhanget. Se ovan avsnitt 2.3.2. – Missvisande är också att ordet "lojal" antyder en sorts förpliktelse mot någon annan, i det här fallet i första hand mot den utländska stat vars lag det gäller, vilket tänkesätt är främmande för modern internationell privaträtt. Därför borde språkbruket ersättas med ett annat mer verklighetstroget. Det förekommer dock att goda mellanstatliga relationer ("international comity") anses kräva att en stat tillämpar en annan stats rätt korrekt. Se t.ex. Varady, *Hague-Zagreb Essays*, s. 205 och Zajtay, *IECL*, s. 28.

⁵ Man bör inte utan goda skäl bortse från rättspraxis i laglandet men det skall inte heller vara fråga om ett mekaniskt anammande av en främmande domstols avgöranden. – "The court in applying foreign law remains the same court as when it applies the *lex fori* and retains the conviction that the judgment is its own product. It is wrong to believe that the application of foreign law entails a kind of dual character of the court, and that the court is the responsible authority when it applies the *lex fori*, but becomes an impersonal onlooker when it comes to apply foreign law. The application of the *lex fori* or of foreign law is a means and not an end; the end is the solution of the dispute in accordance with certain principles of law. If, in applying foreign law, the court seeks a just and reasonable solution, it will pursue this purpose even if it applies foreign law." Zajtay, *IECL*, s. 27.

⁶ Se Eek, *Lagkonflikter I*, s. 259 och Sohlberg, *SvJT* 1964, s. 740-741 – Där skriven lag saknas måste tillämplig lag fastställas i enlighet med allmänna svenska värderingar.

⁷ Eek, *TfR* 1955, s. 132.

⁸ Se Sohlberg, *SvJT* 1964, s. 740-742.

⁹ Bogdan, *Svensk IP*, s. 44-45.

bemärkelsen. Dels är det svårt att få fram fullständig utredning om utländsk rätt. Dels är det fråga om för rättstillämparen verkligen främmande rätt som denne inte är utbildad i och vars rätta innebörd ofta framstår som osäker. Såsom Hjermer påpekat synes domstolen klara av uppgiften endast när det gäller "en mer eller mindre mekanisk tillämpning av regler med relativt lätt och säkert urskiljbart innehåll".¹⁰ I alla andra fall, anför Hjermer, är svårigheterna så pass betydande att det kan ifrågasättas om domstolarna ens bör försöka döma på samma sätt som man gör i laglandet. Varför fortsätter man då i doktrinen att hålla fast vid den lojala tillämpningens princip om denna i själva verket inte är annat än en läpparnas bekännelse till den internationella privaträttens ideal?

Som jag kan se det rör det sig om det gällande internationellt privaträttsliga lagvalstänkandets grundvalar, d.v.s. dess egentliga berättigande. Systemet grundar sig på föreställningen om *likställighet* mellan utländsk och inhemsk rätt: avgörande för huruvida utländsk eller inhemsk lag bör komma till användning är till vilken rättsordning den s.k. närmaste anknytningen finns enligt domstolslandets uppfattning.¹¹ Likställigheten förutsätter inte enbart att utländsk och inhemsk rätt kommer till användning under samma förutsättningar, utan även att lagarna tillämpas "ursprungstroget", d.v.s. "lojalt".¹² Det senare kravet synes också utgöra en sorts kvalitetsgaranti. I annat fall riskerar parterna att drabbas av olika kvalitet i rättstillämpningen beroende på om avgörandet grundas på domstolslandets lag eller på utländsk rätt. Möjligheter att förutsäga tvistens utgång har också påståtts bli sämre, om inte främmande lag tillämpas lojalt.¹³

Såsom nyss antyddes förmår domstolarna vid tillämpning av utländsk rätt långtifrån alltid leva upp till doktrинens krav.

¹⁰ Hjermer, SvJT 1964, s. 113.

¹¹ Se ovan, avsnitt 3.2.2 och 5.1.2.

¹² I Österrikes IP-lag (1978, § 3) slås uttryckligen fast att utländsk rätt skall tillämpas på samma sätt som i ursprungslandet. Schwind, IPR, s. 57-58, ser här ett slutgiltigt fullbordande av likställighetsgrundsatsen.

¹³ Se Sohlberg, SvJT 1964, s. 740-742.

Det påstås stundom att domstolarna gör allt för att undvika utländsk rätts användning. Tillämpas främmande rätt, så tillämpas den sällan autentiskt. Enligt Eek är det fråga om att främmande regler betraktas som "mindre aktningvärda än forumreglerna" och följaktligen helt naturligt, i behov av "puts och översyn".¹⁴ Den svenska doktrinen uppmaningar till en lojal tillämpning av främmande rätt mjukas upp av det lilla men väsentliga tillägget "såvitt möjligt", vilket i själva verket synes utgöra en betydande eftergift.¹⁵ Öppet blir var denna "möjligheternas gräns" går.

I utlandet genomgår den lojala tillämpningens princip för närvarande en viss renässans och principen bekräftas i ett antal nyligen genomförda internationellt privaträttsliga kodifikationer.¹⁶ Parallellt med detta ställs det allt strängare krav på domstolens verksamhet ex officio vid utredningen av innehållet i främmande rätt.¹⁷ I ett sådant system är naturligtvis utsikterna mycket bättre för en ursprungstrogen tillämpning än i svensk rätt. Från svensk synpunkt sett ger dessa olikheter också upphov till märkliga konsekvenser. De lägre krav som ställs i Sverige vid utredningen av utländsk rätt både i form av eftergifter från den lojala tillämpningens princip och beträffande domstolens medverkan innebär att en dom hos oss kan grundas på "utländsk rätt", fastän utredningen om den främmande lagens innehåll var relativt anspråkslös och dess pålit-

¹⁴ Eek, Lagkonflikter I, s. 259.

¹⁵ Se t.ex. Bogdan, Svensk IP, s. 44. Jfr Hjerner, SvJT 1964, s. 113 och s. 742-744. Man förefaller se på frågan ungefär likadant i dansk IP-doktrin. Se Lando, Juristen 1967, s. 7-8 och Philip, Dansk IP, s. 61-62.

¹⁶ I Österrikes IP-lag från 1978 anges det uttryckligen att en främmande lag skall tillämpas på samma sätt som i laglandet. Vad de övriga beträffar anses detta vara införfäst. Enligt den sedan länge härskande meningen i exempelvis tysk doktrin skall domaren förhålla sig till utländsk rätt på samma sätt som till inhemsk rätt. "Zu den Grundprinzipien internationalprivatrechtlicher Doktrin gehört, jedenfalls in der Bundesrepublik, die an den Richter adressierte Forderung, sich bei der Anwendung ausländischen Rechts nicht anders als beim Umfang mit den inländischen Normen zu verhalten. Rechtssatz bleibt eben Rechtssatz und darum müssen die Gerichte so judizieren, wie wenn sie in dem Land zu entscheiden hätten, dessen Recht zur Debatte steht." Simutis, StAZ 1976, s. 7.

¹⁷ Se ovan, avsnitt 6.6.1-6.6.3.

lighet objektivt sett borde sättas i fråga.¹⁸ I en stat där det krävs ursprungstrogen tolkning blir följden i ett motsvarande fall regelmässigt tillämpning av *lex fori*!¹⁹ Domstolens medverkan garanterar å andra sidan i dessa länder att tillförlitlig utredning normalt kan erhållas och tillflykt till *lex fori* sällan blir aktuell. Till denna fråga återkommer vi i avsnitt 8.8.

7.2 Särskilda frågor

7.2.1 Beaktande av värdeomdömen i främmande lag

Liksom svensk rätt innehåller även främmande rättsordningar hänvisningar till allmänna kvalitativa värdeomdömen, såsom skäligt, rimligt, väsentligt, otillbörligt, stridande mot tro och heder eller förenligt med barnets bästa.²⁰ Det kan röra sig om en till synes slående likhet med svensk rätt. Det kan därför tyckas ligga nära till hands att dessa uttryck tolkas i enlighet med svensk rätt, särskilt om det visar sig att meningarna i laglandet är delade om ett värdeomdömes närmare innebörd.

Av den lojala tillämpningens princip anses dock följa att begreppen alltid skall ses som uttryck för laglandets rättsuppfattning, om denna kan utrönas. Vid ovisshet, exempelvis när meningarna är delade i laglandets doktrin, skall den tolkning väljas som där åtnjuter starkast stöd.²¹ I vissa fall kan emellertid de utländska värderingarna på ett sådant sätt strida mot grundläggande svenska krav att det är tveksamt huruvida de kan beaktas.

¹⁸ Se Bengtssons yttrande i *NJA* 1987 s. 885, nedan avsnitt 7.4.4.

¹⁹ Se nedan, avsnitt 8.8.1.

²⁰ Se Hjerner, *SvJT* 1964, s. 743 och Bogdan, *Svensk IP*, s. 45.

²¹ När ovisshet råder, synes Bogdan godta presumptionen om överensstämmelse med svensk rätt när fråga är om med Sverige jämförbara länder. Bogdan, *Svensk IP*, s. 45.

Antag att en vårdnadstvist vid svensk domstol mellan barnets föräldrar är att pröva enligt utländsk rätt. Den tillämpliga lagen anges i den staten bygga på principen om barnets bästa, som dock där har den innebörden att vårdnaden, bortsett från exceptionella fall, alltid skall anförtros fadern. Svensk domstol finner fadern mindre lämpad än modern som vårdnadshavare, men sådana omständigheter föreligger inte enligt den främmande lagen som, enligt där rådande uppfattning, ger rätt att anförtro modern vårdnaden. Bedöms barnets bästa i enlighet med bestämmelserna i 6 kap. FB synes det däremot givet att modern skall tillerkännas vårdnaden om barnet.

Domstolen står inför följande möjligheter. (1) Emedan det inte råder någon tvekan om hur barnets bästa tolkas i laglandet, anser sig domstolen vara bunden av denna tolkning. Fadern anförtros vårdnaden om barnet. Förmodligen skulle ingen svensk domstol döma på detta sätt i uppenbar strid mot vad barnets bästa enligt svensk rätt kräver. (2) En annan utväg ur dilemmat vore att tolka "barnets bästa" i enlighet med svensk rätt men i övrigt, åtminstone till synes, grunda avgörandet på den främmande lagen. Det blir emellertid fråga om en så pass tydlig avvikelse från den främmande rättskulturen att i själva verket där gällande lag helt åsidosätts. Någon "lojal tillämpning" av utländsk rätt är det givetvis inte fråga om.²² (3) Domstolen kan slutligen, under åberopande av det svenska ordre public-förbehållet, välja att sätta den utländska lagen åt sidan och öppet grunda avgörandet på svensk lag.²³ Den sist nämnda metoden synes vara att föredra.

²² Jfr Hjermer, som framför följande: "Allmänna uttryck som 'barnets bästa' lämna enligt min mening utrymme för ett visst domareskön, eller som jag också skulle kunna uttrycka det: en lojal tillämpning av den främmande lagen innebär inte nödvändigtvis att man bedömer alla förhållanden så som en främmande domare antages skola ha gjort - men jag menar också att en dylik frihet icke skall utnyttjas så att man helt enkelt låter svensk praxis träda i den utländska regelns ställe." Uttalandet tar sikte på ett konstruerat vårdnadsfall, där domaren har kunskap om att de främmande, till synes med svensk rätt likalydande vårdnadsreglerna, bl.a. rörande barnets bästa, i laglandet tolkas på ett annat sätt än i Sverige, mycket beroende på att de där rådande sociala värderingarna avviker från Sveriges. Hjermer, SvJT 1964, s. 744.

²³ Angående ordre public, se ovan, avsnitt 2.3.2.

Sammanfattningsvis torde man kunna påstå att när det rör sig om grundläggande svenska värderingar måste den svenska tolkningen alltid tillåtas slå igenom, även när den avviker från värderingarna i laglandet. Detta bör gälla oavsett om den tillämpliga utländska lagen ger uttryck för formellt liknande värdeomdömen eller inte, exempelvis vårdnadslagstiftning som anges slå vakt om "barnets bästa" respektive vårdnadslagstiftning där andra hänsynstaganden är utslagsgivande.²⁴ Såvitt möjligt bör dock avstegen från den tillämpliga lagen hållas inom snäva gränser vilket, från domstolens synpunkt, kan innebära svåra avvägningar.²⁵

7.2.2 Skillnader i tolkningstradition

Den lojala tillämpningens princip kan också möta problem när tolkningstraditionerna av politiska eller historiska skäl skiljer sig mellan de berörda rättsordningarna. Hur skall en svensk domstol exempelvis kunna tolka en socialistisk rättsordning i enlighet med "den revolutionära socialismens behov" eller i enlighet med vad som är "bäst förenligt med ett sant socialistiskt rättsmedvetande", d.v.s. statsnyttan?²⁶ Hos oss har det ansetts att i sådana fall bör det räcka med en summarisk användning av de främmande reglerna.²⁷

²⁴ Se också ovan, avsnitt 5.7.6.

²⁵ I viss utsträckning torde lagvalsreglerna kunna utformas med tanke på sådana här och liknande situationer. Som exempel på lämpliga lösningar kan anges bestämmelserna i 3 kap. 2 och 3 §§ förslaget till lag om internationella familjerätsfrågor, SOU 1987:18. Enligt dessa skall frågor om underhåll bedömas enligt lagen i den stat där den underhållsberättigade har hemvist. Vid fastställande av underhållsbidragets storlek skall den underhållsberättigades behov och den underhållsskyldiges ekonomiska förmåga beaktas, *även om den lag som är tillämplig föreskriver annat*. Effekten blir en sorts kombinerad tillämpning av två länders lagar, d.v.s. den primärt tillämpliga utländska lagen anpassas till i sammanhanget grundläggande svenska rättsprinciper.

²⁶ Se Hjermer, SvJT 1964, s. 113. I och med den s.k. järnridåns fall i Europa har denna problematik sedan 1990 inte längre någon intereuropeisk relevans. I världen i stort, i förhållande till de kvarvarande kommuniststaterna, har problematiken fortfarande viss aktualitet.

²⁷ Se Hjermer, SvJT 1964, s. 113 och Sohlberg, SvJT 1964, s. 741. Sohlberg påpekar att sådana här fall är mindre viktiga och därför inte kan användas som underlag för allmänna undantag från den lojala tillämpningens princip.

Ett annat exempel av stor praktisk betydelse är common law-rättsordningar, såsom England, där rättspraxis traditionellt stått i förgrunden men där det på allt fler områden också finns skriven lag. De rådande tolkningsprinciperna i engelsk rätt skiljer sig från vad som gäller enligt svensk rätt.

För att en svensk domstol skall kunna klara av uppgiften att lojalt tillämpa engelsk rätt måste den ha kännedom om i engelsk rätt gällande tolkningsprinciper. Exempelvis bör lagstiftning ("statutes") normalt tolkas både bokstavligt och grammatikaliskt med hänsyn tagen till formuleringarna i lagtexten.²⁸ Några lagförarbeten används inte. Vid konflikt mellan lagstiftning och prejudikat får prejudikaten ge vika. Vid användande av engelsk rätt är domstolen således mera bunden än när det gäller svensk rätt.

7.2.3 "Lucka" i tillämplig främmande lag

Med "lucka" i tillämplig lag avses fall där den tillämpliga rättsordningen saknar rättsregler rörande en viss fråga.²⁹ Ordvalet tyder på att det finns något som måste fyllas ut och frågan uppstår varifrån de kompletterande reglerna bör hämtas. Oftast torde det röra sig om en detaljfråga, som inte blivit reglerad i lag och som inte heller täcks av något prejudikat. Luckor kan bero på lagstiftarens "miss" men de kan också vara avsiktliga, såsom när en viss fråga har lämnats till rättstillämpningen.³⁰

Problemet rörande "luckor" i främmande lag behandlas ofta i samband med situationer där innehållet i utländsk rätt är ovisst på grund av otillfredsställande utredning. Det rör sig dock i grunden om en helt annan situation, som dessutom ofta kan upptäckas först när utförlig utredning presenterats. Problemet är således inte att man inte känner till innehållet i vissa

²⁸ Se närmare Bogdan, *Komparativ rättskunskap*, s. 130-134. Bogdan talar om tolkning enligt ordens "lexikaliska betydelse". Se också Zweigert & Kötz, s. 264-284.

²⁹ Se Bogdan, *Svensk IP*, s. 52.

³⁰ Om luckor som systemdefekt i lagstiftningen, se Jareborg, s. 127-132.

utländska regler utan helt enkelt, att regler rörande en viss i målet aktuell fråga inte finns i den tillämpliga rättsordningen.³¹

Det förefaller därför lämpligt att ta ställning till problematiken mot bakgrund av den lojala tillämpningens princip. Huruvida den tillämpliga lagen innehåller en "lucka" måste rimligtvis alltid bedömas enligt i laglandet rådande rättsuppfattning. Saknas det exempelvis regler till skydd för konsumenter kan detta bero på att man av konkurrens- och andra näringspolitiska skäl avstått från att införa sådana regler. Det kan också bero på att konsumentmedvetandet ännu inte kommit särskilt långt i det landet. I det första fallet vore det klart felaktigt att tala om en "lucka" i lagen i den nu aktuella bemärkelsen. (Däremot kan man kanske på goda grunder hävda att lagen lider av allvarliga brister.) Men uttrycket torde kunna betraktas som tveksamt också i det andra fallet. Det måste ju alltid vara laglandets rättsuppfattning som är avgörande. I annat fall skulle en "lucka" föreligga så fort som lex fori innehåller en mer långtgående (avancerad) eller en mer detaljerad reglering än den tillämpliga främmande lagen.

Med hänsyn till definitionsförsöken ovan kan det knappast heller röra sig om en "lucka", när den tillämpliga främmande lagen inte alls känner till ett visst rättsinstitut som är väletablerat i domstolslandet. Antag att en icke-nordisk medborgare som i Sverige ingått registrerat partnerskap, avlider här. Den efterlevande partners anspråk på kvarlåtenskapen bestrids av den avlidnes syskonbarn som gör gällande att en registrerad partner inte kan betraktas som arvinge enligt tillämpligt utländskt arvsstatut (enligt 1 kap. 1 § IDL lagen i den stat där den avlidne var medborgare vid sin bortgång). I stället rör det sig om grundläggande skillnader i värderingar mellan svensk rätt och den andra berörda rättsordningen. Sverige var det tredje landet i världen efter Danmark och Norge att införa registrerat partnerskap i sin lagstiftning. Lagstiftning på området har senare införts på Island och den är aktuell även i

³¹ Det har dock också ansetts att ovisshet om den tillämpliga främmande lagens innehåll går att likställa med en lucka i den främmande lagen och, följaktligen, bör bedömas på samma sätt. Se Palmgren, JFT 1937, s. 48.

Finland och i Nederländerna. I flertalet andra länder håller man sig avvaktande eller t.o.m. direkt avvisande till att införa institutet i den egna rättsordningen.

Om den främmande lagen tillämpas "lojalt" får syskonbarnen rätt. En registrerad partner ingår inte i kretsen av legala arvingar, varför han eller hon inte kan göra anspråk på en legal arvsrätt. Väl medveten om att sådana här situationer kan komma att uppstå valde emellertid partnerskapskommittén att resonera enligt andra linjer. Enligt kommittén bör svensk domstol i en sådan här situation tillämpa de regler i det utländska arvsstatutet som gäller efterlevande makes arvsrätt.³² Vad som avses är att de tillämpliga arvsreglerna skall hämtas från den utländska lagen, men att dessa regler skall ges ett annat tillämpningsområde än vad de har i laglandet. De skall, med andra ord, "anpassas" till den svenska rättens syn på att en registrerad partner är likvärdig med en äkta make.³³ Sakligt sett kan lösningen vara mycket väl motiverad, men den bryter starkt mot den lojala tillämpningens princip.

Om vi nu bortser från sådana här fall där det i själva verket inte är fråga om en "lucka" i lagen, utan om skilda värderingar mellan de berörda rättsordningarna, hur skall då verkliga "luckor" lösas i utlandsanknutna mål? Bogdan anser att tillämpning av *lex fori* kan vara en acceptabel lösning i vissa fall, men anger inga exempel där detta eller något annat alternativ vore lämpligt.³⁴ Gäller den lojala tillämpningens princip som utgångspunkt torde man i stället böra hävda att "luckan" måste fyllas ut i enlighet med laglandets rättsuppfattning; domstolen bör med andra ord vara rättsskapande utifrån i laglandet rådande värderingar. Endast när dessa synes sam-

³² Se SOU 1993:98, s. 122-123.

³³ En liknande lösning kommer till uttryck i 4 § 1 st LIA. Enligt denna skall ett barn, som adopterats utomlands genom ett i Sverige giltigt beslut, betraktas som *adoptantens barn i äktenskap* i fråga om vårdnad, förmynderskap och underhåll. Om de nämnda frågorna (enligt de internationellt privaträttsliga lagvalsreglerna) är att bedöma enligt en utländsk lag, som inte likställer adoptivbarn med barn i äktenskap, skall den främmande lagens regler för "äktabarn" tillämpas. Bakgrunden är att många utländska rättsordningar bygger på ett svagt adoptionsbegrepp, medan svensk lag endast känner den starka adoptionsformen.

³⁴ Bogdan, Svensk IP, s. 52.

manfalla med domstolslandets rättsuppfattning eller inte kan utrönas, är tillämpning av *lex fori* invändningsfri.³⁵

7.2.4 Intertemporal spörsmål

Inte bara svensk rätt utan även utländsk rätt är underkastad en ständig förändringsprocess. Vad har det för betydelse om den tillämpliga främmande lagen har fått ett nytt innehåll efter rättsförhållandets uppkomst?

Enligt i svensk doktrin rådande uppfattning bör utländsk rätt tillämpas som den är vid tiden för bedömningen.³⁶ Övergångsbestämmelser och oskrivna intertemporal grundsatser måste dock beaktas, vilket i vissa fall kan föranleda tillämpning av äldre rätt. Det torde saknas anledning att i detta sammanhang skilja mellan fall där tillämplig lag bestämts genom parternas lagvalsöverenskommelse och fall där den bestämts av en objektiv lagvalsregel.³⁷

Det ledande rättsfallet på området är *NJA 1968 s. 126*. Målet handlade om en bodelningstvist mellan f.d. makar, som hade ingått äktenskap i Tyskland som tyska medborgare men seder-

³⁵ Jfr Buchholz, FS Hauß, s. 23: "Es geht darum, die ausländische Rechtswirklichkeit zu erfassen, zu fragen, wie das ausländische Recht tatsächlich aussieht, und nicht, wie bei Anlegung eigener Auslegungsmaßstäbe aussehen würde oder sollte. ... Liegen einschlägige Entscheidungen der ausländischen Gerichte nicht vor, so sind Auslegung oder Rechtsfortbildung nur in der Weise zulässig, wie sie von dem ausländischen Richter, hätte er den Fall zu entscheiden, vorzunehmen sein würden." Uttalandet har sitt intresse inte minst därför att det fällt av en domare vid BGH!

³⁶ Pålsson, Svensk rättspraxis, s. 40-41 och Bogdan, Svensk IP, s. 46. Se också SOU 1987:18, s. 258-259.

³⁷ Visserligen kan parternas val av tillämplig lag ha styrts av lagens innehåll vid den tidpunkt då överenskommelsen ingicks. Men även här gäller utgångspunkten att parterna inte har rätt att "petrifiera" innehållet i tillämplig rättsordning utanför ramen för dispositiva bestämmelser. Såsom Hotz skrivit: "Es liegt im Wesen der kollisionsrechtlichen Verweisung", d.v.s. parternas överenskommelse om vilken stats lag som skall tillämpas, "dass alle zwingenden Bestimmungen des anwendbaren Rechts zu beachten sind. Hierzu zählen auch die intertemporalen Regeln, insoweit sie zwingender Natur sind. Nur innerhalb dispositiver Vorschriften kann im Sinne der materiellrechtlichen Verweisung das alte Recht beibehalten werden. Mit der kollisionsrechtlichen Verweisung wird eben eine Rechtsordnung als ganzes gewählt und nicht einzelne, isolierte Normen." Hotz, s. 124. Med materiellrättslig parthänvisning ("materiellrechtliche Verweisung") avses frihet att disponera över de dispositiva bestämmelserna i den tillämpliga lagen, medan den kollisionsrättsliga parthänvisningen avser val av tillämplig rättsordning. Den förra är på inget sätt begränsad till internationella förhållanden. Se Jänterä-Jareborg, Partsautonomi, s. 43-44.

mera hade flyttat till Sverige och blivit svenska medborgare. Av den dåvarande lagvalsregeln i 1 § 2 p. IÄR följde att tysk lag var tillämplig på förmögenhetsförhållandena i äktenskapet. Fråga uppstod om med tysk lag skulle förstås de tyska reglerna såsom dessa såg ut vid tiden för (a) äktenskapets ingående, (b) när den för lagvalet bestämmande anknytningen till Tyskland upphörde eller (c) när tvisten prövades vid svensk domstol. Frågan var viktig för den materiella utgången vid bodelningen, emedan den tyska lagen hade reviderats på ett genomgripande sätt år 1957, då makarna redan var svenska medborgare. HD fann det tredje alternativet böra gälla i enlighet med de tyska övergångsbestämmelserna till 1957 års lagreform.

Den svenska rättens ståndpunkt i denna fråga kan sägas väl överensstämma med de argument som anförts till stöd för den lojala tillämpningens princip.³⁸

7.2.5 Parternas rätt att avtala om innehållet i utländsk rätt – den fria bevisföringen och den fria bevisprövningen.

Antag att parterna i ett enligt svensk rättsuppfattning dispositivt tvistemål samstämmt inför domstolen förklarar att den tillämpliga utländska lagen har ett visst innehåll. Binder detta samförstånd domstolen som då skall grunda domen på parternas förklaring om den främmande lagens innehåll?

I modern svensk internationell privaträtt har svaret genomgående varit nekande.³⁹ Bogdan skriver: "Ett samförstånd mellan parterna om innehållet i den främmande lagen är inte bindande för domstolen, icke ens i dispositiva mål och oavsett

³⁸ Bogdan synes t.o.m. se den svenska uppfattningen som en följd av denna princip. "Kollisionsreglernas syfte är att underkasta rättsförhållandet den rättsordning till vilken det har den starkaste och mest relevanta anknytningen, inte att få det prövat enligt rättsregler vilka inte längre äger giltighet." Bogdan, Svensk IP, s. 46.

³⁹ En annan ordning synes dock ha gällt enligt promulgationsordningen till 1880 års växellag, se ovan avsnitt 4.3.1. Likvärdigt med att parten lyckats styrka tillämplig främmande lags innehåll synes ha varit samförstånd mellan parterna om lagens innehåll. Redan Kallenberg, II, s. 98-99, ansåg en dylik ordning vara fullständigt ohållbar.

att parterna är eniga under själva processen. Även främmande lag får i detta avseende behandlas som rätt och inte som en faktisk omständighet vilken i dispositiva mål måste accepteras av domstolen om den är ostridig.”⁴⁰ Bogdan påpekar att det är en helt annan sak att utländska rättsregler, som enligt sin egen utformning är dispositiva, kan avtalas bort. En liknande uppfattning får betraktas som härskande på den europeiska kontinenten.⁴¹

Av betydelse i detta sammanhang är att enligt i svensk rätt rådande mening disponerar parterna inte över rättsreglernas innehåll, inte ens i dispositiva mål.⁴² I detta hänseende skall således utländsk rätt behandlas på samma sätt som inhemsk rätt. Vad som emellertid kan förbrylla i sammanhanget är att utländsk rätt processuellt i flera hänseenden behandlas annorlunda än inhemsk rätt. I motsats till vad som gäller i förhållande till *lex fori* är domstolen, exempelvis, inte skyldig att känna till innehållet i den tillämpliga främmande lagen; domstolen har inte heller någon ovillkorlig skyldighet att själv skaffa fram utredning om den lagen. I stället får parterna anmodas att lägga fram utredning. Det förefaller också vara allmänt godtaget i svensk rätt att man vid tillämpning av utländsk lag inte bör kräva fullständiga kunskaper om den främmande lagens innehåll. Detta innebär, med andra ord, att man är beredd att acceptera ett annorlunda ”beslutsunderlag” i fråga om rättskunskaper än när svensk rätt skall tillämpas. Rättspraxis visar att domstolen i flera fall grundat sin rätts-tillämpning på mer eller mindre osäkra gissningar om den främmande lagens innehåll. Om detta godtas, varför inte också godta parternas samstämmiga förklaring om den främmande rättens innehåll?

⁴⁰ Bogdan, Svensk IP, s. 45-46. Likadant Gaarder, s. 96, angående norsk rätt.

⁴¹ Se von Bar, IPR I, s. 326. Jfr engelsk rätt, ovan avsnitt 6.6.4.

⁴² Se Boman, s. 48 f. och Westberg, s. 191. Problematiken diskuteras och ventileras på ett konstruktivt sätt av Lindell, *Partsautonomins gränser*, s. 64 ff. Lindell själv intar en avvikande mening och anser att situationen bör kunna likställas med förlikning. A.a., s. 99.

Någon egentlig konflikt är det emellertid inte fråga om. De processuella skillnaderna mellan användningen av utländsk rätt och *lex fori* är påtvingade av praktiska hänsynstaganden utan att beröva utländsk lag dess egenskap av "rätt", *ius*. Av betydelse i sammanhanget är att när innehållet i utländsk rätt skall utredas, gäller *den fria bevisföringen* och *den fria bevisprövningen*. Det är fritt fram för parterna att åberopa vilka bevis de vill, vilket också inkluderar deras samstämmiga förklaring om den tillämpliga lagens innehåll.⁴³ Men det står också domstolen fritt att bedöma värdet av detta samförstånd, såsom av all annan bevisning. Finner domstolen parternas uppfattning strida mot den utredning som lagts fram i målet eller vad domstolen kommit fram till, får det nog betraktas som uteslutet att domstolen skulle döma mot "bättre vetande" och i uppenbar strid mot den lojala tillämpningens princip.⁴⁴ Å andra sidan torde i dispositiva mål ett hänsynstagande till partsintressen och processekonomi tala för att parternas överenskommelse om den främmande lagens innehåll godtas, om inte den framstår som uppenbart oriktig. I rättstillämpningen är det inte ovanligt att parterna är eniga om innehållet i en utländsk lag, men har olika uppfattningar om *vilken stats lag* som skall tillämpas.⁴⁵

Den fria bevisföringen och den fria bevisprövningen vid utredningen av innehållet i utländsk rätt kan anses medföra en viss flexibilitet i rättstillämpningen, som saknas när svensk lag är tillämplig. Då gäller ju huvudregeln att bevis ej erfordras om vad lag stadgar (35 kap. 2 st. 1 meningen). En domare är i

⁴³ Bevisningen brukar bestå av översättningar av främmande lagtexter och prejudikat, utdrag ur juridiska handböcker, intyg av olika slag, sakkunnigutlåtanden, etc. Bogdan, Svensk IP, s. 49.

⁴⁴ "Inser domaren på basis af sitt allmänna juridiska vetande, att uppgiften icke kan vara riktig eller är synnerligen osannolik, bör det stå honom öppet att låta denna sin insikt uppväga det bevis, som erkännandet kan utgöra." Kallenberg, II, s. 99. Observera att den nu aktuella problematiken måste skiljas från parternas frihet att under processen få bestämma vilket lands lag som skall tillämpas. Jfr dock Rättegångsbalken II, 35:54. Se ovan, avsnitt 5.3.

⁴⁵ Se t.ex. NJA 1992 s. 823 rörande tillämplig lag för agenturavtal. I detta mål var parterna eniga om innehållet i portugisisk rätt, som svaranden åberopade till stöd för sitt yrkande om att talan skulle ogillas. Käranden ansåg däremot att svensk lag var tillämplig, en uppfattning som delades av HD.

det fallet skyldig att antingen kunna lagen eller ur lämpliga rättskällor skaffa sig erforderlig kunskap om en tillämplig rättsregel.⁴⁶ Det kan dock ifrågasättas om denna flexibilitet vid användning av utländsk rätt kan förenas med den lojala tillämpningens princip.⁴⁷

Rör det sig om ett *indispositivt mål*, som är att bedöma enligt utländsk rätt, måste det normalt förutsättas att domstolen verkar som en aktivt pådrivande kraft bakom utredningen och att målsättningen är att kunna tillämpa den utländska lagen "lojalt". Det offentliga intresse som är inblandat i dessa mål talar för att processekonomiska hänsynstaganden och parternas intresse av att bestämma vad den tillämpliga lagen har för innehåll i regel inte kan tillmätas betydelse.

7.3 Lagförarbeten

Studerar man lagförarbeten från och med 1960-talet finner man ett och annat insiktsfullt uttalande rörande vilka krav som en utredning om utländsk rätt bör uppfylla. Således underströk familjerättskommittén i sitt år 1969 utgivna betänkande "Internationell äktenskaps- och arvsrätt" (SOU 1969:60) att man inte fick ställa alltför stora krav på utredningen om innehållet i främmande lag och att man till viss grad måste bortse från den tvekan som sådana utredningar ofta kvarlämnar om huruvida de är korrekta eller fullständiga.⁴⁸ Samma uppfattning kommer till uttryck i det senaste stora inter-

⁴⁶ Se Rättegångsbalken II, 35:53. Detta hindrar dock inte att parterna förebringar bevisning om tolkningen av gällande lag eller om förefintligheten av sedvanerätt. Denna bevisning är dock endast vägledande och domaren kan även ur andra källor skaffa sig kunskap om lagens innebörd. Se NJA II 1943, s. 446.

⁴⁷ Med tanke på processlagberedningens uttryckliga påpekande att parterna bör ges tillfälle att uttala sig om den främmande lagens innehåll (när domstolen står för utredningen) och de låga krav som i rättstillämpningen ofta har ställts beträffande en utrednings tillförlitlighet, skulle man kanske kunna hävda att parterna i mål som är underkastade utländsk rätt i större grad än i mål där svensk lag är tillämplig disponerar över rättsreglerna. Se NJA II 1943, s. 447.

⁴⁸ SOU 1969:60, s. 199.

nationellt privaträttsliga betänkandet, nämligen familjelagssakkunnigas "Internationella familjerettsfrågor" (SOU 1987:18). Också enligt familjelagssakkunniga måste man till viss grad bortse från osäkerheten och så gott det går tillämpa den utländska lagen i det skick som den har presenterats.⁴⁹

Dessa uttalanden får anses ge vid handen att "ribban" inte får sänkas hur lågt som helst utan utredningen måste alltid enligt domstolens uppfattning vara av godtagbar kvalitet. Eftergifter beträffande utredningen om utländsk rätt är ofrånkomligen också eftergifter från principen om en lojal tillämpning av främmande lag. De nämnda förarbetsuttalandena stämmer såtillvida överens med doktrinen att de lämnar öppet var gränsen går.

Frågan om vilka krav som bör ställas på en utredning om främmande rätt hänger ihop med frågan, hur domstolen bör förfara när den inte finner utredningen acceptabel som underlag för domen. Bör talan avvisas eller ogillas eller bör domen i stället grundas på en annan stats lag – exempelvis *lex fori* – eller på s.k. allmänna rättsprinciper? Risken att talan i annat fall kommer att avvisas eller ogillas kanske gör att domstolen föredrar att inte ställa alltför höga krav på utredningen? Dessa frågor diskuteras nedan i kapitel 8.

I svensk rätt har man avstått från att lagreglera spörsmålen under förevändning att det rör sig om allmänna internationellt privaträttsliga problem som kan uppstå i mycket skiftande situationer.⁵⁰ Rättsutvecklingen på området har på detta sätt delegerats till rättstillämpningen som dock knappast levt upp till det självklara kravet att likartade situationer bör behandlas likadant.

⁴⁹ SOU 1987:18, s. 324.

⁵⁰ Se SOU 1987:18, s. 324. Familjelagssakkunniga bedömde det svårt att ange riktlinjer som kunde tjäna till någon reell vägledning.

7.4 Rättspraxis

7.4.1 Allmänt

Rättsfallsöversikten nedan visar att när utländsk rätt tillämpas, har mycket varierande krav ställts på utredningarnas kvalitet. I vissa fall rör det sig om jämförelsevis höga krav, som synes ha till syfte att utesluta risken att rättstillämpningen i laglandet skulle avvika från den framlagda utredningen. Som ett exempel kan anges hovrättens beslut att inte godta utredningen i *SvJT* 1950 s. 958. I andra fall synes tröskeln för godtagbar bevisning ha ställts lågt, såsom i *NJA* 1987 s. 885. Praxis i det stora flertalet fall synes vara förenlig med de ovan i avsnitt 7.3 nämnda förarbetsuttalandena. Som utredning har godtagits utdrag ur lagtexter och översiktliga kommentarer rörande lagens innehåll, inhämtade från något standardverk.⁵¹ Om det främmande landet saknar skriven lag på det ifrågavarande området kan det också vara fråga om mer eller mindre utförliga kommentarer om landets sedvanerätt.⁵² Hur tillförlitlig en sådan utredning är går inte att generellt bedöma; oftast torde dock en viss osäkerhet ha kvarstått om den främmande rättens innehåll.

Redogörelsen nedan avser fall där utländsk rätt bedömts vara tillämplig och där domstolen sedan funnit anledning att ta upp frågan om utredningens tillförlitlighet.⁵³ Detta slags reflexioner i en dom hör till undantagen; det vanliga är att en domstol inte berör frågan.

⁵¹ Se t.ex. *NJA* 1973 s. 57, *NJA* 1978 s. 590 och *ND* 1994 s. 38.

⁵² Se t.ex. *NJA* 1991 s. 21.

⁵³ I dispositiva mål synes numera utländsk rätt tillämpas endast på begäran av part. Om sådan begäran inte har framställts, saknar utredningsfrågan aktualitet. Se särskilt *NJA* 1993 s. 341.

7.4.2 Utländsk rätt presumeras överensstämma med svensk rätt

Det finns fall där knappt några ansträngningar förefaller ha gjorts för att få fram utredning om den tillämpliga främmande lagen. Hade en part uppmanats frambringa utredning, men underlåtit att göra det eller misslyckats med uppgiften? Eller hade domstolen själv försökt få fram utredning, t.ex. från UD:s rättsavdelning (enhet för internationell rättshjälp), dock utan att få fram de behövliga uppgifterna? Förutom dessa alternativ finns naturligtvis också den möjligheten att domstolen intagit en fullständigt passiv roll och utgått ifrån att en part självmant skall komma med upplysningar, vilka dock uteblivit. Såsom rättsfallsreferaten är skrivna framgår svaret inte alltid.

Gemensamt för de nu aktuella målen är att domstolen, när upplysningar saknats om den tillämpliga främmande rätten eller när utredningen inte betraktats som tillräcklig, dragit den slutsatsen att denna lag måste anses överensstämma med svensk rätt. Det har framgått ovan i avsnitt 6.6.4 att samma fiktion är en väletablerad regel i engelsk rättspraxis.⁵⁴ Trots att det rent principiellt finns grundläggande skillnader mellan svensk och engelsk rätt beträffande förutsättningarna för utländsk rätts tillämpning är utgången ofta påfallande lik. Vill man så kan man betrakta den svenska rättspraxis som ett uttryck för den s.k. *lex fori-trenden*.⁵⁵ En domare som gör bruk av denna sorts resonemang tillämpar emellertid inte rakt och öppet forumstatens lag, utan gömmer sig bakom en janusmask. I sin rättsutövning ger han eller hon sken av att respektera lagvalsreglerna i *lex fori*, men är samtidigt beredd att utan betänkligheter sätta dessa regler åt sidan, när utredningen stött på svårigheter. Domen grundas dock inte direkt på

⁵⁴ En sådan presumtion synes tidigare ha varit vanlig även i Norden och kontinentaleuropeiska rättsordningar. Den åberopades exempelvis av lagberedningen i Finland till stöd för regeln i 56 § IntFamL, enligt vilken finsk lag skall tillämpas när innehållet i tillämplig främmande lag inte har kunnat utredas. I modern IP-doktrin avfärdas presumtionen som fullständigt artificiell.

⁵⁵ Se ovan, avsnitt 5.1.3.

svensk lag, utan på den utländska lagens "presumerade spegelbild", d.v.s. svensk rätt.

SvJT 1950 s. 958

Det första publicerade avgörande, där domstolen presumerade att den bristfälligt utredda utländska rätten överensstämde med svensk rätt, torde vara *SvJT* 1950 s. 958 (Pittssons dödsbo). Målet handlade om giltigheten av återkallelse av testamente. Testatorn hade vid återkallelsen varit medborgare i USA och hade vid sin bortgång hemvist i delstaten New York. Lagvalsfrågan synes ha passerat obemärkt i första instans. Hovrätten för Västra Sverige fann att tvisten jämlikt 1 kap. 6 § IDL var att bedöma enligt amerikansk lag, intressant nog utan att ange vilken delstats lag som skulle tillämpas. HovR ålade kärandena, som gjorde gällande att testatorn återkallat testamentet under inflytande av rubbad själsverksamhet, att presentera utredning om tillämplig utländsk lag. Den utredning, som sedan lades fram av kärandena, bestod av en skrivelse från UD:s rättsavdelning där, enligt referatet, "vissa upplysningar ur tillgängliga handböcker lämnades angående lagbestämmelser rörande testamente i New York". En enhällig domstol fann att tillräcklig utredning om tillämplig lag inte lagts fram. Domstolen ansåg dock att "av vad härutinnan förekommit i målet kan icke anses framgå att den" (d.v.s. den tillämpliga främmande rätten) "skulle vara väsentligen olik svensk lag". Målet avgjordes därefter i enlighet med den svenska testamentslagen.

I detta fall godtog domstolen således inte s.k. litteraturstudier som bevis för den tillämpliga utländska rättens innehåll. Eftersom det rörde sig om en common law-rättsordning, där rättspraxis traditionellt varit vägledande, torde bedömningen ha varit välgrundad. Men det torde inte ha varit någon omöjlig uppgift att få fram kompletterande utredning i form av ledande rättsfall från delstaten New York.

Ett i den svenska internationellt privaträttsliga doktrinen uppmärksammat mål är *RÅ 1970 ref. 31*. Målet handlade om överflyttning av från Jugoslavien till Sverige olovligen bortfört barn. Det gällde för domstolen att *prejudiciellt* ta ställning till huruvida sökanden – ensam eller gemensamt med den bortförande föräldern – var barnets legala vårdnadshavare. Bakgrunden var att det hade dömts till äktenskapsskillnad mellan barnets föräldrar i Jugoslavien varvid den sökande (modern) hade tillerkänts vårdnaden om barnet. Fadern hade därefter utan hennes tillstånd fört barnet med sig till Sverige.

Regeringsrätten fann att den jugoslaviska domen i vårdnadsdelen inte kunde erkännas i Sverige. Det gällde därför att ta ställning till vem den legala vårdnaden tillkom, en fråga som enligt domstolens uppfattning skulle bedömas enligt jugoslavisk rätt.

Av referatet att döma ansåg domstolen tydligen ingen utredning behöva vidtas rörande innehållet i jugoslavisk rätt. Domstolen anger – kort och gott – upplysningar saknas om den jugoslaviska rättens ståndpunkt. Ändock anser sig domstolen kunna anta vad den har för innehåll på grundval av det jugoslaviska vårdnadsavgörandet: "Den jugoslaviska domstolen synes ... ha grundat sitt avgörande på den även med svensk rätt överensstämmande ordningen, att vårdnaden före skillnad tillkommer makarna gemensamt, och något annat har inte heller gjorts gällande från mannens sida. I avsaknad av här i riket giltigt förordnande om vårdnaden får man därför vid prövningen av förutsättningarna för tillämpning av 21 kap. 7 § föräldrabalken utgå från att såväl mannen som hustrun är att anse som vårdnadshavare." Det är ägnat att förvåna att inga ansträngningar synes ha gjorts för att på ett mer tillförlitligt sätt utröna innehållet i jugoslavisk rätt. Att få fram den i målet behövliga informationen exempelvis genom UD torde ha varit en relativt enkel uppgift.

Inte heller i senare rättspraxis har det varit ovanligt att utländsk lag, som funnits vara bestämmande för den legala vårdnaden, *antagits* överensstämma med svensk lag utan att dess innehåll utretts. Så var fallet exempelvis i RÅ 1971 S 190 rörande rätt till bidragsförskott. Regeringsrätten fann (ovisst på vilken grund) ungersk lag vara tillämplig och *antog* sedan⁵⁶ att vårdnaden enligt denna lag, liksom enligt svensk lag, tillkom föräldrarna gemensamt. Bidragsförskott kunde därmed inte utgå till barnen, som tillsammans med sin mor numera var bosatta i Sverige. Föräldrarnas äktenskap var upplöst genom dom i Ungern där familjen tidigare haft sitt hemvist och där fadern alltså var bosatt.

Det synes motiverat med följande påpekande: Även om det också i utlandet är en vanlig ordning att vårdnaden om barn tillkommer makarna gemensamt, är antaganden av denna sort inte samma sak som utredning om innehållet i utländsk rätt. Ett sådant antagande kan också slå fel, exempelvis i fråga om islamiska rättsordningar.⁵⁷ Ju oftare man antar utländsk rätt motsvara svensk rätt, desto mindre blir utrymmet för tillämpning av utländsk rätt. En part kan då hindra svensk lags tillämpning endast genom att bevisa på ett sätt som övertygar domstolen att den utländska lagen har ett annat innehåll.

⁵⁶ Regeringsrätten konstaterade i sitt avgörande: "Uppgifter föreligger inte om den ungerska rättens ståndpunkt beträffande vårdnaden om barn efter dom å äktenskapsskillnad, när domstol icke meddelat förordnande om vårdnaden ..." Av betydelse för antagandet om överensstämmelse synes ha varit också att den sökande inte gjort något annat gällande. Se även RÅ 1970 S 433 (fråga om barns rätt till bidragsförskott) där motiveringen är mindre tydlig. Tysk domstol hade dömt till äktenskapsskillnad mellan en tysk medborgare och en svensk medborgare medan frågan om vem vårdnaden om parets gemensamma barn skulle anförtrös ännu inte prövats. Den svenska moderns ansökan om bidragsförskott för barnet avsågs under motivering att vårdnaden inte, *såvitt visats*, tillkommer modern ensam. Även här presumerar man således att den utländska lagen har samma innehåll som den svenska. Pålsson, Svensk rättspraxis, s. 118, tolkar dock målet så att lagvalsfrågan helt förbisätts och att avslagsbeslutet motiverades "i rena bevisbördetermer".

⁵⁷ Se RH 1993:53, ovan avsnitt 5.7.6.

Målet handlade om förmyndarens rätt att avstå från arv som tillfallit en omyndigförklarad person. En medborgare i Amerikas Förenta Stater (USA) med hemvist i Sverige hade förklarats omyndig i Sverige i enlighet med svensk rätt. Dessförinnan hade hans fru, som likaledes var amerikansk medborgare med hemvist i Sverige, avlidit. Enligt makarnas inbördes testamente skulle kvarlåtenskapen tillfalla den längst levande maken och efter dennes död övergå med full äganderätt till mannens dotter. Förmyndaren hade funnit det påkallat att hälften av makarnas tillgångar redan efter hustruns död skulle tillfalla dottern.

Svea hovrätt fann amerikansk lag vara tillämplig på rätten till arv och av betydelse vid bedömningen av huruvida förmyndarens avstående från arv kunde likställas med gåva. I det här fallet gick det inte, på grund av brist på uppgifter om makarnas förhållanden, att bedöma vilken amerikansk rättsordning som skulle gälla. HovR ansåg emellertid att det inte fanns anledning att räkna med att den (oidentifierade) amerikanska lagen skulle medföra en annan bedömning av arvsavståendet än svensk lag. Antagandet förefaller djärvt och kan inte betraktas som motiverat i ett fall som detta.⁵⁸

NJA 1988 s. 440

Målet gällde huruvida ett konossement, som inte hade företetts när godset utlämnades till ett bygge i Bagdad, Irak, hade sådant förmögenhetsvärde att det kunde grunda svensk domstols behörighet i enlighet med 10 kap. 3 § RB. Av intresse i detta sammanhang är följande uttalande i föredragandens betänkande i HD: "Av konossementen framgår att italiensk rätt är tillämplig på den nu aktuella transporten. I målet har inte förekommit någonting som föranleder till antagande att den italienska rätten skulle avvika från den svenska i något

⁵⁸ Enligt Pålsson tycks HovR här ha hängett sig åt "lösa spekulationer av ett slag som med fördel kan undvaras i den rättsliga argumentationen". Se Pålsson, Svensk rättspraxis, s. 192-193.

hänseende som nu är av betydelse." HD:s beslut fattades sedan i enlighet med betänkandet.

7.4.3 Kommentrar

Följande kommentar synes påkallad i anledning av nyss berörda rättspraxis. I inget av fallen rörde det sig om tillämpning av en geografiskt och kulturellt avlägsen "exotisk" rättsordning, vars innehåll endast med stor möda hade kunnat utredas. Tvärtom torde den behövliga informationen i samtliga fall (med viss reservation för *SvJT* 1971 *rf* s. 18, där det var oklart vilken *delstats lag* som gällde) ha kunnat anskaffas utan nämnvärda svårigheter. Detsamma gäller möjligheterna till sådan kompletterande utredning som det fanns behov av i *SvJT* 1950 s. 958.

Den förmodade överensstämmelsen är ofta en fiktion

En presumtion som går ut på att en icke utredd utländsk rätt kan antas överensstämma med svensk rätt kan visserligen i vissa fall vara befogad, exempelvis när det gäller den legala vårdsnaden av barn födda i äktenskap enligt europeisk och nordamerikansk rätt, eller inom centrala handelsrättsliga områden. Men även i dessa fall kan den slå fel och kan absolut inte likställas med *utredning* om innehållet i den tillämpliga utländska lagen.

Det är en helt annan sak att som utgångspunkt vid utredningen godta att alltför stora krav inte får ställas på resultatet, än att laborera med presumtioner av denna art. I själva verket rör det sig ju inte om annat än en mer eller mindre verklighetsfrämmande *fiktion* som ger domstolen möjlighet att tillämpa *lex fori*. Om man däremot har skäl att förmoda att det föreligger en överensstämmelse mellan den utländska lagen och den svenska lagen, måste det bero på den förkunskap domstolen redan har om den utländska lagens innehåll. I så fall torde det normalt vara lätt att kontrollera huruvida denna kunskap är tillförlitlig. Ju mer avlägsen rätt i förhållande till forumstatens lag det handlar om, desto falskare klingar påståendet att den

främmande lagen i sak kan antas vara lik den inhemska lagen.⁵⁹

7.4.4 Utländsk rätt presumeras inte överensstämma med svensk rätt

Ett rättsfall där frågan om utredningens tillräcklighet ställdes på sin spets är *NJA 1987 s. 885*. Målet har ett särskilt intresse på grund av justitierådet Bertil Bengtssons minoritetsvotum angående vilka krav som bör ställas på en utredning om innehållet i tillämplig främmande lag. Enligt Bengtsson skall utredningen fylla höga krav och den får inte lämna någon tvekan om den tillämpliga lagens innehåll. Såsom framgår nedan, nöjde sig HD:s majoritet med en betydligt ytligare utredning.

Bakgrunden till målet var i korthet följande: Ett i Panama registrerat fartyg med ett likaså i Panama registrerat bolag som ägare, men med polsk besättning, sattes i blockad i svensk hamn av Svenska Transportarbetareförbundet. Fartyget hade varit i trafik till och från svenska hamnar. Blockaden syftade till att förmå redaren att ingå kollektivavtal med en internationell facklig organisation (ITF) och enskilda anställningsavtal med besättningsmännen. På grund av blockaden ingick redaren sådana avtal. Sedan besättningsmännen väckt talan om utfående av lön enligt nämnda anställningsavtal invände redaren, att anställningsavtalen och kollektivavtalet var ogiltiga eftersom de tillkommit genom rättsstridigt tvång i form av otillåten stridsåtgärd.

Twisten kom att handla om dels tillämplig lag för avtalens giltighet, dels - när panamansk lag funnits vara tillämplig - huruvida dess tillämpning kunde anses vara uppenbart oförenlig med grunderna för den svenska rättsordningen (s.k. *ordre public*). På grund av Bengtssons skiljaktiga yttrande i målet handlar det emellertid också om vilka krav som bör ställas på utredning om innehållet i tillämplig främmande lag. I det här målet lade båda parterna fram utredning om pana-

⁵⁹ Se Eek, TfR 1955, s. 146.

mansk lag, medan domstolen själv synes ha intagit en mer passiv roll härvidlag.⁶⁰ Parternas uppfattning om innehållet i den panamanska lagen gick isär, bl.a. beträffande räckvidden av vissa bestämmelser i landets Código Civil och Código de Trabajo. Svensk domstol ställdes inför den svåra uppgiften att avgöra huruvida det var möjligt att analogt tillämpa vissa panamanska rättsregler utanför reglernas egentliga användningsområde.

I sitt votum ansåg Bengtsson särskilda krav böra ställas på utredningen, när det rör sig om ett område där speciella sociala skyddssynpunkter enligt svensk rätt är framträdande och rättsförhållandet dessutom har påtaglig svensk anknytning:

*"Inte minst gäller detta i fråga om en från principiell ståndpunkt så långtgående konsekvens som att man med stöd av den främmande lagen skulle underkänna anställningsavtal och rentav kollektivavtal, som framstår som giltiga enligt svenska regler, på en sådan grund som att en stridsåtgärd använts som påtryckningsmedel. För att detta skall vara möjligt bör krävas att den främmande lagen utan några som helst tvivel föreskriver ogiltighet i fall som det aktuella. Det kan inte anses tillräckligt att en sådan lagtolkning, såvitt kan bedömas ur svenskt perspektiv, framstår som plausibel och kanske mera närliggande än andra tolkningsalternativ. Också från rättstekniska synpunkter är ett sådant krav på klara regler befogat: den svenska domstolen skall inte behöva bygga avgörandet på osäkra gissningar hur en domstol i det andra landet troligtvis skulle ha bedömt rättsfrågan."*⁶¹

Den framlagda utredningen bedömdes av HD:s majoritet innebära att avtalen enligt panamansk rätt var ogiltiga. Denna slutsats ifrågasattes av Bengtsson som fann utredningen vara

⁶⁰ I detta mål hävdade svaranden panamansk lag vara tillämplig (i andra hand engelsk rätt), medan kändesidan ansåg svensk lag böra tillämpas. Enligt kändesidans uppfattning var anknytningen till Panama av högst formell natur och att rederverksamheten hade bedrivits i Sverige.

⁶¹ Se s. 914 i NJA 1987 s. 885. Kursiveringen i citatet är min. Bengtssons synsätt har stora likheter med det som kommer till uttryck i den tyska högsta domstolens avgöranden sedan 1970-talet: Om tillförlitliga upplysningar inte kan erhållas om den tillämpliga främmande lagens innehåll, skall normalt tysk lag tillämpas. Se nedan, avsnitt 8.8.1.

alltför bristfällig för att utesluta all tvekan om utgången enligt panamansk lag. Utredningen i målet bestod av lagtexten till vissa paragrafer i landets Código Civil och Código de Trabajo i engelsk översättning; den spanska originaltexten var bara delvis tillgänglig som bilaga. Även om ett sådant material många gånger kunde anses vara tillräckligt som bevis för innehållet i utländsk rätt, var det klart otillräckligt när fråga var om så komplicerade rättsfrågor som de i målet aktuella. Bengtsson gav flera exempel på frågor av relevans för målets utgång, där det enligt hans uppfattning förblev ovisst hur frågorna skulle bedömas enligt panamansk rätt. Därmed var det också i hög grad tveksamt om enligt panamansk rätt de av stridsåtgärderna föranledda arbetsavtalen skulle vara ogiltiga; käromålet skulle därför bifallas. HD:s majoritet fann däremot utredningen vara tillräcklig som domsunderlag. Liksom de lägre instanserna fann HD därmed att stridsåtgärderna varit olovliga och ogillade käromålet.

Såsom Bengtssons ställningstagande formulerats tar det sikte på sådana fall där en grundläggande svensk rättighet står på spel och det finns stark svensk anknytning.⁶² Men det kan också anses ge uttryck för sådant sunt "bondförnuft" som borde gälla allmänt och som dessutom den internationella privaträtten skulle ha mycket att vinna på.⁶³ Osäkra gissningar om hur rättsfrågan skulle bedömas i det främmande laglandet

⁶² Bengtsson återkom till frågan i en annan kontext i *NJA* 1992 s. 733. I detta mål var det fråga om huruvida förutsättningarna var uppfyllda för verkställighet i Sverige av en utländsk (norsk) skiljedom eller om avgörandet var att uppskjuta. Enligt majoriteten skulle skiljedomen verkställas medan Bengtsson (s. 739 f.) med följande motivering ansåg att verkställigheten skulle uppskjutas: "Rättsläget i fråga om den norska domens verkställbarhet är, som också framgår av majoritetens uttalanden, tveksamt i två avseenden ... *Tillsammanlagda medför dessa förhållanden en sådan osäkerhet om bedömningen enligt norsk rätt, att - trots det angelägna i att utländsk skiljedoms verkställighet inte onödigt fördröjs - skäl talar för att verkställigheten bör uppskjutas ...*" (Min kursivering.)

⁶³ Sådana "systembevarande" motargument, som att den internationella privaträttens betydelse blir drastiskt reducerad om ingen tvekan får kvarstå om den tillämpliga främmande lagens innehåll, får anses väga mindre tungt i sammanhanget.

borde aldrig räkna som "bevis" för den utländska lagens innehåll.⁶⁴

I nordisk doktrin har man i allmänhet inte velat ställa som krav att den framlagda utredningen inte får kvarlämna någon som helst tvekan om utgången enligt tillämplig främmande lag. Det har ansetts tillräckligt att utredningen är pålitlig och att man utifrån den kan bilda sig en uppfattning om hur frågan sannolikt skulle bedömas av laglandets domstol.⁶⁵ Dessa krav kan knappast anses ha blivit uppfyllda i *NJA* 1987 s. 885.

7.4.5 Slutsatser

Avgörandet i *NJA* 1987 s. 885 får anses bekräfta den numera vanliga uppfattningen att svenska domstolar ofta ställer låga krav på utredningen om innehållet i tillämplig främmande lag. Omfattningen och arten av den utredning som hade lagts fram i målet har en del likheter med utredningen i *SoJT* 1950 s. 958, ett mål som berördes i avsnitt 7.4.2. I det målet ansåg emellertid en enhällig hovrätt att tillräcklig utredning om tillämplig främmande lag inte förebragts. Avgörandet grundades däref-

⁶⁴ Viss oklarhet kvarstår om avgörandet enligt Bengtsson bör grundas på svensk lag, när den främmande rättsordningens innehåll inte är klart, eller om den främmande lagen vid ovisshet bör presumeras överensstämma med svensk rätt. Bengtssons kritiska inställning till gissningar talar för den förra tolkningen. – Också i *AD* 1992 nr 10 var minoriteten (två ledamöter) av den uppfattningen att utredningen om den tillämpliga utländska lagen inte var "klarläggande". Att talans prövning grundas på allmänna antaganden om den utländska lagens (liberiansk rätt) syfte ansåg de inte böra komma i fråga. Utredningen, som käranden frambragt, bestod av lagtext och ett utlåtande av en amerikansk advokat (som i referatet angavs tillika vara rättsvetenskapsman) angående innehållet i liberiansk rätt. Även i övrigt hade målet stora likheter med *NJA* 1987 s. 885. Fråga var om kollektivavtals bindande kraft mot arbetsgivaren, när avtalet ingåtts som följd av blockad i svensk hamn.

⁶⁵ Se Philip, *Dansk IP*, s. 61-62 och Lando, *Juristen* 1967, s. 7-8. Enligt Lando finns det danska avgöranden där domstolen – omotiverat – ställt krav på överbevisning, se *UfR* 1960.104 H. Trots att parterna hade lagt ner stora ansträngningar för att få fram tillförlitlig utredning och den ena parten hade lyckats visa vad utgången med stor sannolikhet skulle bli i laglandet, fann domstolen utredningen inte vara tillräcklig. Denna utgång har dock ansetts kunna förklaras på annat sätt, nämligen som en följd av parternas dispositioner i processen. Philip, *Dansk IP*, s. 61 och s. 63. Jfr Landos uppfattning: "Dommeren vil gennemsnitlig øve mere retfærdighed, hvis han følger den sandsynligste løsning i fremmed ret, end hvis han anvender lex fori eller frifinder sagsøgte, fordi han ikke føler sig 100 %, men kun 80 % overbevist om, hvad resultatet ville blive ved den fremmede domstol." Lando, a.st.

ter på svensk rätt med motiveringen att den utländska lagen inte kunde antas vara väsentligen olik svensk lag. En ofrånkomlig slutsats synes bli att olika krav har ställts i situationer som åtminstone i viss utsträckning är jämförbara.

Avslutningsvis bör den frågan ställas om det finns några naturliga förklaringar till varför svenska domstolar så ofta synes inta en passiv roll, när det gäller att få fram utredning om tillämplig utländsk lag.

En förklaring kan naturligtvis vara den allmänna ovisshet som rätt beträffande tillämpning av utländsk rätt. Såsom tidigare framgått var det länge oklart huruvida domstolen av eget initiativ bör beakta lagvalsreglerna och av dem anvisad utländsk rätt.⁶⁶ Läget har i detta hänseende klarlagts först relativt nyligen. När nu bedömningen av denna grundläggande och i förhållande till utredning om innehållet i utländsk rätt primära fråga varit oviss, är det kanske inte så förvånande att domstolen inte alltid brytt sig om att vidta åtgärder för att få fram godtagbar utredning om innehållet i en främmande rättsordning, till vilken en svensk lagvalsregel hänvisat.

Härtill kommer att utredningsbestämmelserna i svensk rätt – av dessa är naturligtvis 35 kap. 2 § 2 meningen RB den viktigaste – inte direkt ålägger domstolen skyldighet att själv utreda innehållet i främmande rätt. Vill den, får den själv försöka utröna den främmande lagens innehåll eller använda andra informationskanaler, såsom UD:s enhet för internationell rättshjälp eller den europeiska konventionen, men uppgiften att få fram utredning kan också helt delegeras till en part. Det är möjligt, låt vara att detta inte med någon säkerhet kan utläsas ur de aktuella målen, att domstolarna förhållit sig mer avvaktande än vad utredningsbestämmelserna i själva verket förutsätter. I stället för att uppmana en part att komma med utredning när domstolen inte själv velat agera, har domstolen förväntat sig att en part självant kommer med upplysningar. När sådana upplysningar uteblivit, har det

⁶⁶ Se ovan, kapitel 5, särskilt avsnitten 5.2-5.7.

förefallit naturligt att tillämpa svensk lag.⁶⁷ Ett sådant uttalande i domen som att upplysningar saknas om den främmande lagens innehåll synes vara avsett som en förklaring till svensk lags tillämpning. Svensk lag har dock i dessa mål tillämpats "i förklädd form" på så sätt att den har antagits överensstämma med den utländska lagen. Någon skulle kanske till och med vilja hävda att detta i själva verket är samma sak som att tillämpa den utländska lagen. Kanske har domstolen genom denna lösning velat markera att den beaktat de svenska lagvalsreglerna på området? Denna konstruktion, liksom också sådan rättstillämpning som förekom i *NJA* 1987 s. 885, har möjliggjorts av att "full bevisning" om den tillämpliga främmande lagen inte har ställts som krav för den lagens tillämpning i Sverige.

Avslutningsvis bör påpekas att internationellt sett är trenden numera att allt högre krav ställs på tillförlitligheten av en utredning om innehållet i främmande lag. Om dessa krav inte bedöms vara uppfyllda, skall *lex fori* tillämpas. Presumtioner om den främmande lagens förenlighet med *lex fori* är enligt denna modell överflödiga.⁶⁸

7.5 Prövning av utländsk rätts tillämpning i HD

Enligt många kontinentaleuropeiska rättsordningar kan frågan huruvida utländsk rätt tillämpats felaktigt inte tas upp av den högsta rättsinstansen.⁶⁹ En motsvarande restriktion gäller inte

⁶⁷ Se särskilt *NJA* 1993 s. 341, ovan avsnitt 5.4.3 och 5.5.4. I detta mål synes domstolen ha ansett den främmande lagens innehåll sakna relevans, emedan den inte åberopats av någon part och därför inte var tillämplig på tvisten.

⁶⁸ Se nedan, avsnitt 8.8.

⁶⁹ Det finns olika förklaringar till denna restriktion. Av betydelse är bl.a. vilken domstolsorganisation som finns och vilka krav som ställs för att en viss fråga skall kunna tas upp av den högsta instansen. I många rättsordningar har tillämpningen av utländsk rätt klassificerats som en "sakfråga" (bevisfråga). Om endast rättsfrågor får prövas av den högsta instansen kan, följaktligen, revision inte grundas på att utländsk

enligt svensk rätt; utländsk rätt torde i detta hänseende formellt kunna likställas med svensk rätt.⁷⁰

Av förutsättningarna för prövningstillstånd enligt 54 kap. 10 § RB följer dock att ett prövningstillstånd ytterst sällan kan komma i fråga på den grunden att utländsk rätt tillämpats felaktigt. Att en lägre rättsinstans' feltolkning av den utländska rätten rättas till av HD kan inte anses vara av sådan vikt för ledning av rättstillämpningen i Sverige som avses i stadgandets första punkt.⁷¹ Utlandsanknutna mål är sällan lika varandra på så sätt att de både handlar om samma rättsfråga och dessutom är att pröva enligt samma stats lag. Verkan av en felaktig rättstillämpning blir således begränsad till det aktuella målet. Skulle emellertid en viss rättsfråga upprepade gånger komma till prövning enligt samma främmande stats lag i Sverige, kan förutsättningarna för prövningstillstånd enligt denna bestämmelse åtminstone i teorin tänkas bli uppfyllda. En annan sak är sedan att olika aspekter av principen om lojal tillämpning av utländsk rätt, såsom beviskrav, etc., kan bli före-

rätt har blivit felaktigt tillämpad. Se närmare Zajtay, IECL, s. 30 ff. och Arens, FS Zajtay, s. 7 ff. I andra fall synes det vara framför allt praktiska hänsynstaganden som ligger bakom den nu aktuella begränsningen. Domstolarna behåller en utländsk lag långtifrån lika säkert som den inhemska rätten; misstag vid rättstillämpningen är därför ofrånkomliga. Härtil kommer att allmänt tillämpliga lagvalsregler har alla världens rättsordningar som "måltavla". "In these circumstances, it cannot reasonably be expected that a national court should be able to review the interpretation of all the foreign rules applied by the courts below and to ensure that a particular interpretation conforms to that which the practice of the foreign country would adopt on the same question. Thus it is argued that any control of the interpretation of foreign law would be useless." Zajtay, IECL, s. 35. Enligt Kegel, FS Nipperdey, s. 459, handlar det om att den högsta rättsinstansen skulle förlora i anseende ifall den gjorde sig skyldig till en felaktig tillämpning av utländsk rätt. Sålunda har man i Tyskland, fastän utländsk rätt betraktas som "rätt" (§ 293 ZPO), ansett det följa av §§ 549 och 562 ZPO att frågan huruvida en utländsk lag tillämpats korrekt inte kan prövas av BGH. Domstolens uppgift är endast att slå vakt om enhetlig tillämpning av de egna rättsreglerna. Frågan är dock mycket omdebatterad i tysk doktrin och uppfattningen att en ändring är påkallad är utbredd. Se närmare, von Bar, IPR I, s. 330-333 och Schack, s. 239-241. 1987 års schweiziska IP-lag bygger på en kompromiss: revision av tillämpning av utländsk rätt kan godtas, förutsatt att det rör sig om icke-förmögenhetsrättsliga frågor. I engelsk rätt, se ovan 6.6.4, får *House of Lords* pröva hur vittnesmålen rörande innehållet i tillämplig utländsk rätt är att tolka och får ersätta den lägre instansens tolkning med en ny. Domstolen får dock inte ta upp ny bevisning. Se Zajtay, IECL, s. 30. Revision av utländsk rätt godtas i österrikisk civilprocess. Se Kralik, FS Fasching, s. 297-309.

⁷⁰ Se Bogdan, Svensk IP, s. 47-48.

⁷¹ Så också Bogdan, Svensk IP, s. 47-48.

mål för prövning. Här får det t.o.m. anses vara fråga om principiellt och praktiskt viktiga spörsmål beträffande vilka det finns ett uppenbart behov av ledning för rättstillämpningen.

Prövningstillstånd enligt stadgandets andra punkt förutsätter att det finns synnerliga skäl för prövning, såsom att det finns grund för resning eller att domvilla förekommit eller att målets utgång i hovrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag. Inte heller denna punkt torde innebära någon utvidgning i förhållande till första punkten. Av betydelse härvidlag är att man i svensk rätt inte har ställt särskilt höga krav beträffande utredningens tillförlitlighet; tvärtom har det ansetts fullt godtagbart att utredningen kvarlämnar viss tvekan om den främmande lagens innehåll. Vad som är mer eller mindre fullt legitimt kan inte utgöra "synnerliga skäl för prövning". För att prövningstillstånd på denna grund skulle kunna komma i fråga måste förutsättas att det rör sig om ett mycket grovt missförstånd om den främmande rättens innehåll, vilket inneburit betydande rättsförlust för part.

Det förekommer stundom att felaktig tillämpning av utländsk rätt åberopas som grund för revisionsansökan. Det har dock inte framgått att prövningstillstånd någonsin skulle ha meddelats på denna grund. Med tanke på att större krav i allmänhet bör ställas på domstolen när det utlandsanknutna målet enligt svensk rättsuppfattning är indispositivt, kan förutsättningarna för prövning i HD vara något större i sådana mål.

Frågan om felaktig tillämpning av främmande rätt som grund för revisionsansökan bör skiljas från fall där överklagandet till HD bygger på att fel lagvalsregel tillämpats.⁷² I dessa fall rör det sig ju om tillämpning av en *svensk regel*. Behovet av ledning för rättstillämpningen skiljer sig sålunda åtminstone formellt sett inte från vad som gäller beträffande andra typer av svenska regler och goda skäl kan tala för pröv-

⁷² Se t.ex. NJA 1978 s. 590.

ningstillstånd.⁷³ Det finns flera mål i svensk rättspraxis där lagvalsfrågan avgjorts på ett annat sätt av HD än av lägre instans.

⁷³ Också i de kontinentaleuropeiska rättsordningarna där revision inte kan grundas på en felaktig tillämpning av utländsk rätt, får den högsta rättsinstansen normalt pröva huruvida rätt lagvalsregel (i *lex fori*) tillämpats.

8. Konsekvensen av bristande utredning

8.1 Allmänt

Vilka krav som domstolen ställer på utredningen kan vara av avgörande betydelse för målets utgång. Ställningstagandet avgör inte minst frågan på vilket lands lag domen kommer att grundas. Finnes utredningen vara tillräcklig, tillämpas den främmande lagen med det innehåll som domstolen bedömt den ha. Betraktas utredningen däremot som bristfällig, dock utan att domstolen vidtar åtgärder för att få den kompletterad eller sådana åtgärder är resultatlösa, vilken lösning bör då väljas?¹

Orsakerna till en bristfällig eller t.o.m. obefintlig utredning om främmande rätt kan variera. En vanlig förklaring torde vara att en part, som uppmanats anskaffa utredningen, underlåtit att göra det. En part kan ha lagt fram viss utredning eller sådan kan ha verkställts av domstolen själv men domstolen finner det inte vara klarlagt hur den tillämpliga lagen ser på den uppkomna frågan. Domstolen finner det inte motiverat att fortsätta med efterforskningar. Det kan röra sig om förhållandevis vanliga fall, exempelvis om tillämpning av lagen i en s.k.

¹ Från denna fråga bör skiljas de fall där det är ovisst vilket lands lag som gäller, emedan det är oklart till vilket land den relevanta lagvalsanknytningen hänvisar. Antag att rätten till arv är att bedöma enligt lagen i den stat där den avlidne var medborgare, men det är okänt vad han hade för medborgarskap vid sin bortgång. Ett närliggande alternativ är att grunda lagvalet på en annan nära anknytning, exempelvis hemvistet. Se *NJA* 1939 s. 96. Normalt gäller dock att anlita vanliga bevisbörderegler, när tvivel råder om en för lagvalet relevant anknytning, såsom medborgarskap, hemvist, etc. Se Pålsson, *Svensk rättspraxis* s. 25-26. Se också 7 § i NDL.

common law-rättsordning, eller om tillämpning av en avlägsen "exotisk" rättsordning. Det kan också vara fråga om mycket speciella omständigheter, såsom när en revolution nyligen ägt rum i laglandet, ett inbördeskrig pågår där eller landet för inte länge sedan blivit självständigt. I de sist nämnda fallen kan ovisshet råda om vilka regler som överhuvudtaget gäller i laglandet. I dessa fall kan domstolen också från början göra den bedömningen att det inte går att få fram tillförlitliga upplysningar. Följaktligen avstår domstolen från att delegera utredningsuppgiften till en part (ingendera part lägger heller fram utredning av eget initiativ), men gör inte heller några egna efterforskningar.

Frågan vilken lösning som bör gälla när innehållet i den utländska lagen förblivit okänt är i högsta grad processrättslig. Ändå har dess lösning i den processrättsliga litteraturen överlåts till den internationella privaträtten.²

Men inte heller i den internationella privaträtten i Sverige har frågan blivit föremål för en grundlig analys. I regel har det rört sig om kortfattade, kategoriska ställningstaganden i internationellt privaträttsliga läroböcker. Ett undantag är Eeks år 1955 utgivna uppsats "Lex causae okänd storhet", där författaren kritiskt granskade olika problem vid användning av utländsk rätt i Sverige, bl.a. vilken lösning som bör väljas när innehållet i tillämplig främmande lag är okänt.³ Eeks inlägg gjorde att doktrinen sedan slutet av 1950-talet intagit en mer

² Sålunda skriver Ekelöf & Boman, Rättegång IV, s. 241 följande: "En omstridd fråga är hur den" (d.v.s. domstolen) "skall förfara, då det trots allt blir outrett vad som gäller enligt den utländska rättsordningen. Meningarna är delade om huvudprincipen skall vara att käromålet avvisas eller svensk rätt tillämpas. *Detta problem hör till den internationella privaträtten.*" (Min kursivering). Inte heller de olika kommentarerna till rättegångsbalken belyser frågan: Problemet existens konstateras, men utan att några konstruktiva försök görs för att lösa det. Se Rättegångsbalken II, 35 kap. 2 § och Gärde, m.fl., s. 477-478. En något mer utförlig framställning hittar man i Boldings doktorsavhandling "Bevisbördan och den juridiska tekniken", se s. 44-54. Enligt Bolding gäller frågan "vilket innehåll domen skall ha i sådana fall då man icke vet huru rättsregeln är beskaffad. Skall man då tillämpa en bevisbörderegeln eller skall man, betraktande problemet såsom havande rättslig karaktär, tillgripa en annan lösning?" Bolding, s. 44-45. Bolding synes luta mot det förra alternativet, men ger enligt min tolkning inget klart besked om vad följden av misslyckad utredning bör bli. Se nedan, avsnitt 8.3.

³ Eek, Tfr 1955, s. 132-151.

nyanserad hållning till problematiken i stället för att rakt ut förespråka tillämpning av svensk rätt som *lex fori*. Numera understryks det att problemet kan uppstå under så varierande omständigheter att det knappast bör lösas enhetligt.

De lösningar som haft aktualitet i svensk rätt är följande:

(1) Talan bör prövas enligt svensk rätt.

(2) Talan bör avvisas.

(3) Talan bör ogillas.

(4) Talan får inte bifallas om den inte med hänsyn till omständigheterna skäligen bör prövas enligt svensk lag.⁴

(5) Talan bör prövas enligt vad domstolen finner sannolikt motsvara innehållet i tillämplig främmande lag.

I det följande presenteras lösningarna ungefär i den ordning som de dykt upp. Det bör påpekas att man i svensk doktrin inte brukar skilja mellan fall, där det saknas all upplysning om den tillämpliga lagens innehåll, och fall, där en viss om än ofullständig utredning har lagts fram.⁵

8.2 Bör talan prövas enligt svensk rätt?

I den äldre "moderna" internationellt privaträttsliga doktrinen synes tillämpning av svensk rätt ha varit allmänt godtagen, när tillförlitlig utredning om utländsk rätt saknades. Reuter-skiölds förklaring var enkel; svensk rätt var den enda domstolen var skyldig att känna till! Att i stället grunda domen på

⁴ Familjerättskommitténs förslag i SOU 1969:60.

⁵ Att en sådan skillnad görs kan däremot framstå som naturligt när den rätta utvägen ur utredningssvårigheter anses vara att grunda avgörandet på den främmande lagens "sannolika" innehåll. Denna uppfattning åtnjuter fortfarande stöd i exempelvis tysk doktrin men har aldrig blivit etablerad i svensk rätt. Enligt Heldrich, FS Ferid, s. 216-217, synes tillämpning av *lex fori* kunna godtas endast när det råder fullständig ovisshet om den främmande lagens innehåll. I andra fall skall utredningen kompletteras genom studier av andra närbesläktade rättsordningar, etc. Denna lösning har visst stöd även i dansk doktrin, se t.ex. Lando, Juristen 1967, s. 10. Se nedan, avsnitt 8.6.

ovissa uppgifter om utländsk rätt eller att avvisa talan skulle enligt honom strida mot "allmänna regler".⁶

Reuterskiölds framställning lider dock av en del oklarheter och inkonsekvenser.⁷ Det får i stället anses vara framför allt processualisten Kallenberg's inflytande som gjorde att tillämpning av svensk lag utan någon nämnvärd diskussion länge kom att betraktas som den generella regeln i Sverige.

Kallenberg ansåg tillämpning av svensk rätt vara den naturliga lösningen när utredningen om utländsk rätt misslyckats.⁸ Undantaget var prövning av talan om äktenskaps återgång och äktenskapsskillnad, där påföljden av misslyckad bevisning var lagreglerad.⁹ Av betydelse i sammanhanget var enligt Kallenberg att ett utlandsanknutet mål, som var anhängigt vid svensk domstol, även hade viss svensk anknytning.

Kallenberg's uppfattning anammades i den internationellt privaträttsliga doktrinen utan invändningar. En förklaring till varför denna lösning kunde allmänt accepteras torde ha varit att den var utomordentligt praktisk och dessutom möjliggjorde att tvisten i slutändan (d.v.s. när utredningen inte givit önskvärt resultat) kunde prövas enligt i Sverige allmänt gällande regler. Genom ett rättskraftigt avgörande blev parternas behov av rättsskydd beaktat. Dessutom: hade en annan lösning befunnits rättspolitiskt påkallad, borde lagstiftaren rimligen ha reagerat. I stället har spørgsmålet förblivit oreglerat.¹⁰

⁶ Se Reuterskiöld, Om äktenskap, m.m., s. 312 och Reuterskiöld, Handbok, s. 33-34. Detta synsätt har stora likheter med den i common law-staterna gällande uppfattningen. Se ovan, avsnitt 6.6.4, angående engelsk rätt.

⁷ Dispositiva rättsfrågor synes sålunda ha varit undantagna. I sådana fall skulle i enlighet med grunderna för promulgationsförordningen till 1880 års växellag och 5:4 IÄL talan *ogillas* om inte den part som åberopat utländsk lag lyckats bevisa dess innehåll. Det kan för det första diskuteras om en sådan följd alls var avsedd enligt växellagen; den rådande uppfattningen synes snarare ha varit att *svensk lag* i så fall skulle tillämpas. Se ovan, avsnitt 4.3.1. Analogiserandet från 5 kap. 4 § IÄL (senare 6:4 och 7:4 IÄL) är svårbegripligt med hänsyn till att bestämmelsen avsåg i högsta grad indispositiva frågor.

⁸ Se Kallenberg, II, s. 100.

⁹ Se ovan, avsnitt 4.4.4.

¹⁰ Enligt finsk rätt, både enligt den allmänt gällande regeln i 24 kap. 3 § rättegångsbalken och enligt enskilda författningar, skall finsk lag tillämpas om utredning inte kan erhållas om innehållet i tillämplig främmande lag. Se närmare om skillnader mellan svensk och finsk rätt nedan, avsnitt 8.8.1.

I lagförarbeten till de svenska utredningsbestämmelserna hittar man ett och annat mycket allmänt hållet uttalande, som inte har bidragit till någon större klarhet. Exempelvis anges i förarbetena till den allmänt tillämpliga föreskriften i 35 kap. 2 § 2 meningen RB att en anmaning till en part inte behöver innebära att rätten tagit ställning till följderna av parts underlåtenhet att efterkomma denna.¹¹ Uttalandet har tolkats som avseende snarast "ett varsel till parterna om att främmande rätt skall tillämpas" och inte som ett bevisbeslut.¹² Ett annat exempel är hänvisningar till "allmänna processuella regler" som skall avgöra följderna av utebliven utredning.¹³ Även i det fallet förblir den konkreta vägledningen begränsad.

Diskussionen i Sverige kom i gång först sedan Eeks studie "Lex causae okänd storhet" publicerats år 1955. Eek ansåg tillämpning av lex fori vara en godtycklig lösning som stred mot den internationella privaträttens grundidéer. Dessutom saknade den stöd i lagstiftning och det kunde, enligt hans mening, ifrågasättas om den alls slagit igenom i rättspraxis. I stället borde fältet vara fritt för en rättsutveckling efter nya linjer.¹⁴

Gensvaret lät inte vänta på sig. Sedan slutet av 1950-talet har det i doktrinen framhävts att problemet knappast kan lösas enhetligt.¹⁵ Fastän dörren således öppnats för olika lösningsmodeller, är tillämpning av svensk rätt fortfarande den lösning som ansetts ha störst användningsområde.¹⁶ Beaktas

¹¹ Se NJA II 1943, s. 447. Liknande uttalanden hade tidigare gjorts i förarbeten till diverse internationellt privaträttsliga författningar.

¹² Se Gärde, m.fl., s. 478; Bolding, s. 44-45 samt Rättegångsbalken II, 35:54. Ungefär så tolkar man motsvarande bestämmelser även i schweizisk och tysk rätt, när domstol begär att part medverkar vid utredningen. Se von Overbeck, Allgemeine Bestimmungen, s. 101-102 samt ovan, avsnitt 6.6.1 och 6.6.3.

¹³ Se t.ex. NJA II 1938, s. 255.

¹⁴ Se Eek, Tfr 1955, s. 145. Enligt Eek kunde endast hovrättens avgörande i målet *So/T* 1950 s. 958 anses ge visst stöd för lex fori-modellen. Därefter har emellertid flera avgöranden grundats på samma sorts argumentation. Se ovan, avsnitt 7.4.2.

¹⁵ Se Beckman, s. 44-45; Karlgren, s. 74; Pålsson, Svensk rättspraxis, s. 40 samt Bogdan, Svensk IP, s. 50-51. Detsamma gäller för dansk IP-doktrin. Se Lando, Juristen 1967, s. 8-10 och Philip, Dansk IP, s. 62-63. Även i tysk doktrin drar man numera denna slutsats. Se Kropholler, IPR, s. 195.

¹⁶ Se särskilt avsnitt 8.4.3 nedan där det framgår att i den senare doktrinen utgör tillämpning av lex fori alternativet till talans avvisning beroende på målets art och vil-

rättspraxis synes det vara den enda som fått verkligt genomslag.¹⁷

8.3 Bör talan ogillas?

En annan lösning som övervägts är talans ogillande på grund av bristfälliga eller obefintliga kunskaper om den tillämpliga utländska rätten. Kallenberg såg här i det enda tänkbara alternativet till svensk lags tillämpning, men avfärdade sedan denna lösning som olämplig som en allmän regel.¹⁸ För denna lösning kunde dock länge anses tala att den hade valts i den enda svenska bestämmelse som lagreglerade frågan: "Gitter ej den, som väckt talan om återgång av äktenskap, om äktenskapsskillnad eller om hemskillnad, styrka innehållet av främmande lag, vilken, ty här förut är sagt, skall lända till efterrettelse, och är ej lagens innehåll ändå för rätten känt, må hans talan ej bifallas", stod det i IÄL fram till den 1 januari 1974, då de reviderade internationellt privaträttsliga reglerna om äktenskapsmål trädde i kraft.¹⁹ Uttrycket "må hans talan ej bifallas" synes nämligen ha ansetts innebära *talans ogillande*.²⁰

I äldre internationellt privaträttslig doktrin förekom viss diskussion om huruvida bestämmelsen kunde anses ge uttryck

kendera part som stött sin talan på utländsk rätt. – I Finland gäller tillämpning av lex fori som en lagfäst subsidiär lösning. Se nedan, avsnitt 8.8.1. Lex fori-regeln är i sammanhanget väletablerad även i norsk rätt. Se Gaarder, s. 96-97.

¹⁷ Se nedan, avsnitt 8.7.

¹⁸ Kallenberg, II, s. 100. I finsk rättspraxis från början av 1900-talet finns ett antal avgöranden (makars förmögenhetsförhållanden) där käromålet ogillades emedan käranden inte kunnat visa att den tillämpliga främmande lagen – som i målen ofta åberopades av svaranden – gav honom den rätt som han gjorde gällande. Se Palmgren, JFT 1937, s. 56-58.

¹⁹ Såsom tidigare påpekats, hann bestämmelsen under årens lopp flera gånger byta plats inom IÄL; från 5 kap. 4 § till 6 kap. 4 § och slutligen till 7 kap. 4 §, som sedan upphävdes genom 1973 års lagreform.

²⁰ Kritiskt Eek, Tfr 1955, s. 142, not 31: "Grunden till regeln i 1904 års lag är respekten för kollisionsnormen och lex causae, men skall 'icke bifall' anses omöjliggöra ny talan, drives omsorgen om lex causae så långt, att man s.a.s. kysser den till döds. Det kan ju tänkas, att något annat forum än det svenska icke står käranden till buds och lex causae kan då aldrig förverkligas."

för en allmän rättsprincip. En sådan ståndpunkt förkastades dock allmänt.²¹ Betydelse tillmättes inte minst att regeln även inom IÄL:s tillämpningsområde endast avsåg äktenskapsmål. Som en specialreglering påkallad av de i lagrummet avsedda målens särart ansågs den inte lämpad för analog användning.

Talans ogillande innebär ett rättskraftigt avgörande i sak, d.v.s. en synnerligen långtgående lösning om orsaken endast är att utredning om den tillämpliga främmande lagen misslyckats.²² Käranden skulle vara förhindrad att komma åter med samma yrkande på samma grunder, när han eller hon lyckats anskaffa tillförlitlig utredning om den främmande lagen. Det har därför ifrågasatts om den citerade bestämmelsen i IÄL hade en sådan innebörd; snarare torde ha avsetts att "talan för närvarande inte kan bifallas".²³ Något egentligt stöd har uppfattningen att talan bör ogillas på grund av att innehållet i utländsk rätt förblivit okänt *inte* vunnit i den senare svenska internationella privaträtten.

Det kan dock inte helt uteslutas att de två skiljaktiga ledamöterna i AD 1992 nr 10 avsåg att käromålet borde *ogillas* och inte *avvisas*. Oklarheten beror i detta fall återigen på ovissheten om den närmare innebörden av att talan "inte kan bifallas".

Ett utländskt bolag hade ingått kollektivavtal i Sverige på grund av att ett av bolaget ägt fartyg hade försatts i blockad i svensk hamn. Bolaget väckte senare talan vid svensk domstol och yrkade att domstolen skulle fastställa att bolaget inte var bundet av avtalet. Talan hade grundats på liberiansk rätt ("flaggans lag") och käranden lade fram viss utredning rörande innehållet i denna. Arbetsdomstolen fann vid tillämpningen av liberiansk rätt att kollektivavtalet (till viss del) inte kunde anses bindande för käranden.

De skiljaktiga ledamöterna ville däremot underkänna utredningen och gjorde följande intressanta uttalande: "I dispositiva tvistemål har kärandepart som åberopar sig på ut-

²¹ Se Michaeli, s. 62-63 och Beckman, s. 44-45.

²² "Att förklara att en talan är sakligt ogrundad med motivering, att domstolen icke vet, huruvida den är grundad, utgör ... 'Justizverweigerung'", påpekar Eek. Eek, TfR 1955, s. 146 och Eek, Lagkonflikter I, s. 236. Se också Zajtay, IECL, s. 25.

²³ Så Eek, TfR 1955, s. 142-143 och Eek, Lagkonflikter I, s. 234-235.

ländsk rätt att förebringa utredning om denna rätts innehåll. Är den åberopade utredningen inte klarläggande *skall käromålet inte bifallas*.”²⁴

Emedan rättens majoritet ansåg utredningen om innehållet i den tillämpliga främmande lagen vara godtagbar, behövde den inte ta ställning till det nu aktuella spörsmålet.

Av visst intresse i sammanhanget är några uttalanden av Bolding som ansetts innebära att talan i vissa situationer bör *ogillas*, när innehållet i tillämplig främmande lag inte kunnat utredas.²⁵ När i sammanhanget tillämplig regel inte är känd uppstår enligt Bolding frågan om man skall tillämpa en bevisbörderegeln eller, med utgångspunkt i att det rör sig om ett rättsligt problem, tillgripa en annan lösning.²⁶ Om man inte efter så noggranna studier som man anser behövliga ”påträffar några rättskällefakta” (exempelvis en regel som promulgerats som lag eller rättspraxis) bör man enligt Bolding normalt utgå från att ett vakuum föreligger. Detta bör då fyllas ut med en ny regel, som man ger ett så ändamålsenligt innehåll som möjligt.²⁷ ”Annorlunda kan det förhålla sig i sådana fall, där rätten icke kan anses skyldig att göra efterforskningar och där man vet att ett rättskällefaktum finns men icke känner till hur det är beskaffat”, anger han. ”Då blir läget likartat med det läge som råder då händelserna i målet äro oklara, och det ligger nära till hands att använda en regel – den må sedan kallas bevisbörderegeln, in dubio-regeln eller något annat – som får till effekt att den ena av parterna drabbas av ovissheten. Det bör märkas att en dylik regel icke nödvändigtvis behöver drabba samma part som till äventyrs har en viss bevisskyldighet beträffande de fakta som avse händelseförloppet i målet.”²⁸ Boldings resonemang synes dock ansluta nära till förarbetsuttalandena utan att bidra med något nytt eller klagörande i sammanhanget.

²⁴ Min kursivering.

²⁵ Se Eek, TfR 1955, s. 143, särskilt not 33.

²⁶ Se Bolding, s. 44-45.

²⁷ Bolding anför vidare att det då är ganska naturligt att man genomgående tillgriper den lösning som har de starkaste skälen för sig, ”även om dessa skäl endast äro i den allra minsta mån starkare än skälen för en motsatt lösning”. Bolding, s. 53.

²⁸ Bolding, s. 53.

Huruvida fråga verkligen är om stöd för uppfattningen att talan skall ogillas torde kunna ifrågasättas; den har i vart fall inte vunnit stöd i processrättsdoktrinen.

Enligt Ekelöf och Boman står valet mellan talans avvisande och svensk rätts tillämpning; talans ogillande som utväg nämns överhuvudtaget inte.²⁹ Dessa processrättsforskare har dock avstått från att analysera spörsmålet ur processrättslig synvinkel och har i stället överlämnat det till den internationella privaträtten. I den internationella diskussionen har talans ogillande i nu aktuellt sammanhang ansetts vara den mest diskutabla följden och modellen åtnjuter knappast något stöd.³⁰

8.4 Bör talan avvisas?

8.4.1 Eeks synsätt

En tredje lösning är talans avvisande. Denna möjlighet har figurerat i svensk rätt allt sedan det moderna internationellt privaträttsliga tänkandet slog igenom i vårt land.³¹ Det är dock först sedan Eeks nämnda inlägg från 1955 som alternativet vunnit mer allmänt stöd i svensk doktrin och även förespråkats i vissa förarbetsuttalanden.³²

Lösningen går ut på att karendens talan skall avvisas utan saklig prövning. Detta innebär att karenden har möjlighet att återkomma när utredning anskaffats och tvisten därigenom blivit mogen för avgörande vid svensk domstol.³³ I stället för att talan bör avvisas talar man ofta om att rätten bör förklara

²⁹ Ekelöf & Boman, Rättegång IV, s. 241.

³⁰ Se Zajtay, IECL, s. 25.

³¹ Enligt Matz, s. 113-114 var talans avvisning att betrakta som ett mer logiskt alternativ än tillämpning av *lex fori*.

³² Avvisningsgrundsatsen synes tidigare ha förespråkats i annan nordisk litteratur, bl.a. av Gjelsvik, Borum och Hurwitz, vilket Eek åberopade till stöd för sitt resonemang. Se Eek, Tfr 1955, s. 147 med hänvisningar. Se även Gaarder, s. 96-97.

³³ Se Eek, Lagkonflikter I, s. 237.

att "talan för närvarande inte kan bifallas", av allt att döma i samma betydelse.³⁴

Eeks resonemang har inte underkastats någon ingående granskning i den efterföljande doktrinen.³⁵ Det är därför, 40 år senare, fortfarande påkallat att gå i polemik mot det. I slutet av avsnittet (8.4.3) diskuteras också situationer, där undantagsvis talans avvisande kan vara en lämplig lösning.

Som en utgångspunkt ter det sig lockande att redogöra för det konstruerade exempel som Eek själv använde till belysning av frågeställningen.³⁶

³⁴ Se t.ex. Bogdan, Svensk IP, s. 50. Så också i SOU 1969:60. Se även Eek, TfR 1955, s. 147, särskilt not 41 där. – Det finns en likhet mellan denna grund för talans avvisning och situationer när en talan eller en ansökan *avvisas* därför att uppgifter saknas om grundläggande rättsfakta. Någon saklig prövning kan inte ske då eftersom en viktig processföresättnings brister. Så skedde exempelvis i RH 1994:39. "Adoptionsansökan beträffande barn från Somalia har avvisats eftersom ansökan var så bristfällig att den inte kunde läggas till grund för en saklig prövning i ärendet" – Två makar av somaliskt ursprung ansökte om tillstånd att få adoptera två släktingbarn från Somalia. TR förelade makarna att komplettera sin ansökan med bl.a. intyg om barnens existens i form av personbevis, födelseattest eller motsvarande samt även intyg som verifierar att deras föräldrar inte längre lever. Makarna gjorde då gällande att sådana intyg inte kunde inhämtas på grund av det pågående kriget i Somalia. Ansökan *ogillades* av TR med motiveringen att det inte kan bedömas "om en adoption, som under vissa förutsättningar kan ske i Somalia enligt vad inhämtade uppgifter om somalisk rätt visar, skulle medföra olägenhet för barnen om adoptionen inte skulle bli gällande i Somalia". Göta HovR fäste avseende vid att det var mycket svårt att inhämta sådana upplysningar från Somalia som behövdes för ansökans prövning på grund av det pågående kriget. "Det nuvarande materialet är emellertid, även med beaktande härav, inte tillräckligt för att möjliggöra en saklig prövning. Domstolens utredningsskyldighet i adoptionsärenden omfattar inte de grundläggande uppgifter som saknas i målet. Eftersom någon prövning i sak alltså inte kan ske av adoptionsansökan skall den, ... *avvisas*." Talans/ansökans avvisande synes i svensk rätt ligga nära till hands också, när den avser (eller anses avse) annat än vad som är möjligt enligt svensk lag. Se t.ex. TR:s dom i RH 1992:49 (registrering av ett från regleringen i ÄktB avvikande äktenskapsförord).

³⁵ Enda undantaget synes vara Hjerner's recension av Eeks bok "Internationell privaträtt. Metod och material" från 1962, som var föregångaren till "Lagkonflikter i tvistemål I". Hjerner fann den av Eek förespråkade avvisningsgrundsatsen tveklaktig och påpekade att den syntes sakna förankring i rättstillämpningen. Se Hjerner, SvJT 1964, s. 113-114. Däremot synes den sedan slutet av 1970-talet ledande läro- och handboken i ämnet, Bogdans "Svensk internationell privat- och processrätt", i allt väsentligt ha godtagit Eeks resonemang. Se t.ex. bokens fjärde upplaga från 1992, s. 50-51. I tysk doktrin, där den nu aktuella problematiken givits stor uppmärksamhet, synes det råda enighet om att talans avvisning inte utgör någon lämplig lösning. I stället skall man alltid sträva efter ett avgörande i sak. Se t.ex. Müller, NJW 1981, s. 481 ff. och Kropholler, IPR, s. 190.

³⁶ Se Eek, TfR 1955, s. 141.

"En svensk upptäcktsresande på Madagaskar har i byäldstems närvaro gentemot en på Madagaskar bosatt fransk dam förklarat sig till henne bortskänka ett dyrbart smycke. Då hon senare kräver honom på smycket, vägrar han att överlämna det. Han reser hem till Sverige och deponerar dessförinnan smycket jämte en del andra tillhörigheter i en bank i Antananarivo. Den franska damen stämmer honom nu vid domstol i Sverige och yrkar smyckets utlämnande. Svensken medger att ceremonin ägt rum, men förklarar, att han inte menat allvar med det hela samt att gåva förutsätter tradition, som ostridigt icke kommit till stånd. Damen invänder, att enligt den lokala rätten på Madagaskar gåva fullbordas genom en sådan ceremoni, som den företagna. Domstolen anser, att Madagaskars rätt är tillämplig,³⁷ men domaren vet intet om denna och någon utredning förebringas icke från parterna för bedömning av kändens påstående om dess innehåll."

I en sådan situation, där innehållet i utländsk rätt är okänt, vore det självfallet uteslutet att utan vidare gilla yrkandet. Eek finner det också godtyckligt att grunda avgörandet på svensk rätt, "dels emedan den svenska kollisionsnormen då skulle sättas ur kraft allenast när domstolen icke vore i stånd att döma efter existerande och tillämplig lag, dels emedan den tappande känden just genom tillämpningen av *lex fori* borde ha skäl att sig 'rättelös att klaga'".³⁸ Exemplet förutsätter att svensk lag bygger på en annan lösning än den främmande rätten, i det här fallet att en bindande utfästelse av gåva inte föreligger enligt svensk rätt.

Den lämpligaste lösningen är enligt Eek att talan avvisas utan saklig prövning med möjlighet för känden att återkomma när utredning införskaffats. "Ogillas med stöd av sak-

³⁷ "Måhända är antagandet i texten icke hållbart i det att vid gåva 'givarens lag' ansetts åtminstone in dubio tillämplig; jfr *NJA* 1934 s. 320. Exemplet får då ändras så, att vid ceremonin i fråga 'givarens lag' var rätten på Madagaskar men att givaren först därefter förvärvat forum i Sverige och eventuellt också svenskt medborgarskap." Eek, *TfR* 1955, s. 141, not 28.

³⁸ Eek, *TfR* 1955, s. 141. Uttrycket inom citaten är en känga till Kallenberg som bl.a. med dessa ord avfärdat talans avvisande som lösning, när utländsk rätt förblivit okänt. Se Kallenberg, II, s. 100.

normerna i *lex fori* talan, kan domen ju icke angripas ens med extraordinära rättsmedel, om, sedan den vunnit laga kraft, dylik utredning komme till stånd och visade, att karendens uppgifter om Madagaskars rätt varit riktiga. När det väl dömts enligt svensk rätt, spelar det icke längre någon roll, vad lagen på Madagaskar säger", anför han.³⁹

Eeks ståndpunkt kan betraktas som en hyllning till den internationella privaträttens klassiska idéer.⁴⁰ Utgångspunkten är ju att varje utlandsanknutet fall skall bedömas enligt lagen i det land till vilket rättsförhållandet har sin närmaste anknytning. Vilken rättsordning som är tillämplig anges av de internationellt privaträttsliga lagvalsreglerna. Att inte respektera dessa, när innehållet i tillämplig främmande lag är okänt, är enligt Eek i processuellt hänseende jämförbart med "rättvisans bankruttförklaring".⁴¹ I ett sådant läge finns det i stället skäl att göra bruk av den gamla kirurgregeln "*in dubiis abstine*".⁴² Talan måste därför regelmässigt avvisas utan saklig prövning. Möjlighet finns, som sagt, för karenden att återkomma när utredning anskaffats.

8.4.2 Undantag

När avvisningsgrundsatsen, såsom den förespråkades av Eek, bedöms är det viktigt att beakta att den inte avsågs böra gälla undantagslöst.

Indispositiva mål synes exempelvis ha varit undantagna. I sådana mål ansåg Eek det finnas anledning för rätten att verka särskilt energiskt för att bristen i kunskapen om den främ-

³⁹ Eek, TfR 1955, s. 142.

⁴⁰ Se ovan, avsnitt 3.2.1. Motsvarande åsikter är vanliga i tysk doktrin.

⁴¹ Eek, TfR 1955, s. 145. Jfr Palmgren: "Det skulle i de allra flesta fall vara bevis på den högsta grad av handfallenhet och hjälplöshet från rättsskipningens sida om parts talan skulle avvisas eller lämnas utan bifall enbart emedan säker kännedom icke vunnits om innehållet i den tillämpliga rättsnormen." Palmgren, JFT 1937, s. 48-49. På samma sätt synes Eckhoff resonera i norsk doktrin. Se Gaarder, s. 97.

⁴² "Domstolen bör förhålla sig så, att den i minsta möjliga mån förgår sig mot den svenska rättens principiella krav på att den anonyma *lex causae* skall få tillfälle att vinna tillämplighet", förtydligar Eek, TfR 1955, s. 146.

mande rätten kunde botas.⁴³ I stället för att avvisa talan borde således uppskov för utredning meddelas. Om man inte heller under uppskovet lyckats få fram tillfredsställande utredning, synes valet enligt Eek stå mellan talans ogillande och tillämpning av *lex fori*.⁴⁴

När särskilda rättsskyddshänsyn påkallade ett avgörande i sak, skulle vidare *lex fori* tillämpas. Som exempel på situationer där detta kunde vara aktuellt angav han vårdnaden om barn och förfogandet över ett parti varor, som hotas av förstörelse.⁴⁵ I andra sammanhang synes Eek dock ha varit beredd att sträcka tillämpningsområdet för detta undantag långt utanför situationer, där man kan anse det finnas ett mer eller mindre akut behov av avgörande i sak. I sin kommentar till målet *SvJT* 1950 s. 958⁴⁶ anför han exempelvis att kärandens talan svårligen kunde ha avvisats, eftersom ovisshet om kvarlåtenskapens fördelning skulle ha blivit följden.⁴⁷ Man kan invända att en kärande alltid drabbas av ovisshet om talan avvisas på grund av bristande utredning om utländsk lag. Om man generellt tar hänsyn till denna ovisshet, finns det knappast något utrymme för avvisningsgrundsatsen!⁴⁸

Eek synes också ha godtagit svensk rätts tillämpning som en *nödlösning* i sådana situationer, där utredningen om innehållet i utländsk rätt stötte på oöverstigliga svårigheter, t.ex. på grund av pågående krig.⁴⁹

Såsom avvisningsgrundsatsen förespråkats av Eek är undantagen många. Det är kanske på grund av alla dessa undantag som det saknas rättsfall där domstolen skulle ha tagit intryck av rekommendationen och avvisat kärandens talan. Bris-

⁴³ Eek, Tfr 1955, s. 147.

⁴⁴ Lando, *Juristen* 1967, s. 10 anser *lex fori* böra tillämpas i en sådan situation. Likadant Philip, *Dansk IP*, s. 62.

⁴⁵ Se Eek, Tfr 1955, s. 148 och Eek, *Lagkonflikter I*, s. 237-238.

⁴⁶ Se ovan, avsnitt 7.4.2.

⁴⁷ Eek, Tfr 1955, s. 144.

⁴⁸ I ett annat sammanhang anför Eek att det är parterna "städse tillåtet att söka styrka, att rättsskyddshänsyn påkalla omedelbart avgörande (enligt *lex fori*).” Eek, *Lagkonflikter I*, s. 238, not 92.

⁴⁹ Eek, *Lagkonflikter I*, s. 238.

ten på rättsfall där lösningen använts behöver således inte innebära att den avfärdats av svenska domstolar. Själv anser jag att grundsatsen endast undantagsvis kan utgöra en lämplig lösning.⁵⁰

8.4.3 Senare doktrin

I den sedan början av 1980-talet ledande läro- och handboken i ämnet, Bogdans "Svensk internationell privat- och processrätt", har talans avvisande som lösning bemötts positivt. Enligt Bogdan kan det vara en lämplig lösning i sådana fall där *käranden* stöder sig på den främmande lagen.⁵¹ Om däremot *svaranden* bär risken för följderna av misslyckad utredning, anser Bogdan tillämpning av svensk rätt ligga närmast till hands.⁵² Påkallar emellertid rättsskyddshänsyn exempelvis i familjerättsmål ett avgörande i sak, synes tillämpning av svensk rätt regelmässigt vara att föredra "i vart fall om käranden kan anses ha gjort rimliga ansträngningar att anskaffa upplysningarna".⁵³ Man skulle enligt Bogdan t.ex. knappast kunna acceptera att ett barn tills vidare får leva med oklara faderskapsförhållanden och utan underhåll bara därför att innehållet i främmande rätt inte gick att utröna. "I dylika fall vore det antagligen bättre att tillämpa *lex fori* (svensk rätt) som ersättning för den främmande rättsordningen."⁵⁴ Bogdan är dock mån om att påpeka att problemet inte kan betraktas som löst för den svenska internationella privaträttsens del.

⁵⁰ Se nedan avsnitt 8.4.3. Se även Hjerner, som redan i början av 1960-talet fann lösningen tvekelaktig och bl.a. påpekade att den honom veterligt inte vunnit gehör i rättstillämpningen, vare sig i Sverige eller utomlands. Hjerner, SvJT 1964, s. 113.

⁵¹ Se Bogdan, Svensk IP, s. 51. Likadant Lando, Juristen 1967, s. 10.

⁵² Bogdan, a.st. Likadant Lando, Juristen 1967, s. 10. Bogdan hänvisar i sammanhanget till prop. 1973:158, s. 108. Fråga är där om en mycket speciell situation, nämligen att svaranden i ett skilsmässomål bestrider kärandens rätt att få äktenskapsskillnad enligt *svensk lag* och gör gällande att grund till äktenskapets upplösning saknas enligt utländsk rätt. Det stadgande, som det rör sig om, är 3 kap. 4 § IÅL. Om innehållet i den åberopade utländska lagen inte blivit känt, bör domstolen enligt propositionsuttalandet kunna lämna svarandens invändning utan avseende och i stället tillämpa huvudregeln, d.v.s. svensk rätt.

⁵³ Bogdan, Svensk IP, s. 51. Se även Philip, Dansk IP, s. 92-93.

⁵⁴ Bogdan, Svensk IP, s. 50-51.

I exemplen skymtar Eeks inflytande på ett påtagligt sätt, men Bogdan har också tagit intryck av i annan nordisk doktrin framförda åsikter.⁵⁵ Såsom avvisningsgrundsatsen förespråkas i svensk doktrin lider lösningen av den svagheten att den inte verkar vara förankrad i rättstillämpningen.⁵⁶ Man kan också fråga sig om inte numera i *dispositiva mål* talans prövning enligt *svensk rätt* vore att föredra, om kändanden, som åberopat utländsk lag men inte kan styrka dess innehåll, inte väljer att återkalla sin talan. I dispositiva mål synes ju utländsk rätt tillämpas endast på begäran av part.⁵⁷ Om nu kändanden inte förmår få fram den behövliga informationen om utländsk lag men inte heller vill återta sin talan, verkar det rimligt att kändanden också får bära risken för att tvisten kommer att prövas enligt svensk rätt.⁵⁸ Kändanden skulle med andra ord ha en viss bevisbörda rörande den utländska lagens innehåll, precis som svaranden anses ha när han eller hon grundar sina invändningar på främmande lag. Bogdans förslag lämnar obeaktat de nackdelar som svaranden i denna situation drabbas av om talan i stället avvisas. Det kommer då att sväva ett ständigt hot över svaranden om en ny rättegång någon gång i framtiden, när kändanden väl lyckats anskaffa utredningen!

Undantagsvis kan dock talans avvisande framstå som en naturligare lösning. Så torde fallet vara exempelvis när kändanden vid svensk domstol – som på någon grund har domsrätt – väcker talan om en sådan rättighet enligt en utländsk lag som inte existerar enligt svensk rätt.⁵⁹ Finner domstolen talan böra prövas enligt den åberopade utländska lagen, men lagens innehåll har förblivit outrett, kan tillämpning av svensk rätt knappast betraktas som en bra lösning. Talan skulle i så fall antingen ogillas eller omkvalificeras såsom avseende något i viss utsträckning liknande svenskt rättsinstitut i den mån

⁵⁵ Se särskilt Lando, *Juristen* 1967, s. 10 och Philip, *Dansk IP*, s. 62-63.

⁵⁶ Detsamma gäller enligt Gaarder, s. 97, för norsk rätt.

⁵⁷ Se särskilt *NJA* 1993 s. 341, ovan, avsnitt 5.4.3.

⁵⁸ Så synes också Hjermer ha sett på saken. Se Hjermer, *SvJT* 1964, s. 113-114.

⁵⁹ Om prövning av s.k. typfrämmande rättsinstitut vid svenska domstolar, se Bogdan, *Svensk IP*, s. 94-95.

sådant finns. Goda skäl torde i denna situation snarare tala för att talan avvisas.

Antag exempelvis att hustrun i samband med ett mål om äktenskapsskillnad yrkar att mannen förpliktas att till henne betala s.k. mohar ("morgongåva"). Yrkandet grundas på den lag som gäller för muslimer bosatta i Israel. Hustrun är bosatt i Israel medan mannen har sitt hemvist i Sverige; båda makarna är muslimer. Mannen bestrider yrkandet emedan det rör sig om ett för svensk rätt typfrämmande institut och hävdar att svensk lag skall tillämpas.

Domstolen finner att yrkandet kan prövas vid svensk domstol och att den åberopade utländska lagen är tillämplig. Det står klart i målet att hustrun är i behov av mohar och att underhåll enligt den tillämpliga utländska lagen inte kan utgå efter skilsmässa. Rätten anser emellertid utredningen rörande rätten till mohar enligt den främmande lagen inte vara tillräcklig. Vilken lösning bör väljas?

I denna situation torde talans avvisning såvitt avser rätten till mohar vara bättre motiverad än en tillämpning av svensk rätt eller talans ogillande.⁶⁰

Ett annat alternativ i den nu aktuella situationen vore att grunda avgörandet på den främmande lagens förmodade innehåll. Här rör det sig om en lösning som åtnjuter stöd i utlandet även när tillämpning av *lex fori* är väletablerad som allmän reservmetod.⁶¹ I en sådan här situation anses domstolen böra lägga ner stora ansträngningar för att den främmande lagens innehåll skall kunna klarläggas. Om tillförlitlig utredning ändock inte går att få fram, bör domen grundas på den främmande lagens "sannolika" innehåll, vilket anses kunna "vaskas fram" bl.a. genom beaktande av andra rättsordningar

⁶⁰ Exemplet bygger på det mål som prövades i *RH* 1993:116. I det fallet ansåg domstolen dock den tillämpliga utländska lagen vara tillräckligt utredd och avgörandet kunde grundas på den. TR:s dom innehåller en osedvanligt innehållsrik redogörelse för innehållet i den tillämpliga israelisk-muslimska lagen. Vem som hade skaffat denna utredning framgår dock inte av referatet. Målet kommenteras av Bogdan i *SvJT* 1993, s. 597-600.

⁶¹ Så t.ex. enligt den tyska högsta domstolen i *BGH, NJW* 1978, s. 496. Mer allmänt, se Zajtay, *IECL*, s. 26.

där samma rättsinstitut finns. I svensk internationell privaträtt har man i allmänhet haft en mycket avog inställning till denna lösning,⁶² men man har å andra sidan inte ställt lika hårda krav på utredningens tillförlitlighet som gäller i många andra rättsordningar.⁶³ Det har utan tvekan visst intresse att lösningen får stöd i dansk rätt; i sammanhanget brukar man hänvisa till avgörandet i *UfR 1959.419 SH*, där metoden anses ha kommit till användning.⁶⁴

8.5 Bör svensk lag tillämpas när detta är skäligt?

Med hänsyn till att varken utredningsbestämmelser eller lagförarbeten ger klart besked om vilken lösning som bör tillgripas,⁶⁵ har det ett visst intresse att familjerättskommittén i sitt betänkande "Internationell äktenskaps- och arvsrätt", SOU 1969:60, fann vägledning i lag vara motiverad. Enligt kommitténs förslag skulle följande gälla:

"Yrkar part att främmande lag skall tillämpas i mål som avses i denna lag, äger rätten, när det finnes påkallat, anmana honom att förebringa utredning om innehållet i den främmande lagen. Anmaning får även riktas till den som väckt talan ehuru han ej åberopat främmande lag.

Om den som anmanats att förebringa utredning underlåter det och innehållet av den främmande lagen ej har blivit känt på annat sätt, när den skall tillämpas i stället för svensk lag, får den väckta talan ej bifallas, om den icke med hänsyn till

⁶² Se nedan, avsnitt 8.6.

⁶³ Se t.ex. *NJA 1987 s. 885*.

⁶⁴ Se Philip, *Dansk IP*, s. 63. Enligt Lando, *Juristen 1967*, s. 10, bör man vid fullständig ovisshet om den främmande lagens innehåll sträva efter en *rimlig lösning i sak*.

⁶⁵ Här bortses nu från 7 kap. 4 § IÄL, såsom denna såg ut före 1973 års reform.

omständigheterna finnes skäligen böra prövas enligt svensk lag.”⁶⁶

Det intressanta i detta sammanhang är andra stycket i det föreslagna stadgandet. Underlåter en part, som anmanats förebringa utredning om tillämplig främmande lag, att komma med behövliga upplysningar, får den väckta talan inte bifallas. Undantag från denna huvudregel skulle göras endast när det med hänsyn till omständigheterna finns skälig anledning att pröva talan enligt svensk rätt. Bestämmelsen var avsedd att tillämpas analogt på sådana invändningar av svaranden som var att bedöma enligt utländsk lag.⁶⁷ Den skulle vidare äga analog tillämpning när domstolen, utan att någon anmaning riktats till en part, åtagit sig att själv skaffa fram utredningen, dock utan att lyckas med uppgiften.⁶⁸ Lagrummet var avsett att omfatta alla i förslaget reglerade frågor, d.v.s. äktenskaps ingående och rättsverkningar, äktenskapsmål, arv och testamente samt boutredning, bodelning och arvskifte. Det skulle således omfatta både indispositivt och dispositivt reglerade frågor.

Uttrycket ”får den väckta talan ej bifallas” var hämtat från 7 kap. 4 § IÄL, såsom denna bestämmelse såg ut före 1973 års lagreform. Enligt kommittén skulle det omfatta möjlighet för domstolen att *både* slutgiltigt ogilla den väckta talan *och* att ”med mera begränsad verkan för närvarande ogilla den”. I det först nämnda fallet skulle det vara fråga om ett rättskraftigt avgörande. I det andra fallet skulle part ges viss möjlighet att återkomma.⁶⁹ Vilken lösning som domstolen borde välja skulle bestämmas med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet. Kommittén talar i detta sammanhang vagt om ”praktiska olägenheter för parterna” som kan uppstå om talan av-

⁶⁶ En bestämmelse med detta innehåll ingick både i förslaget till Lag om internationellrättsliga förhållanden rörande äktenskap, 5 kap. 3 § och i förslaget till Lag om internationellrättsliga förhållanden rörande dödsbo, 3 kap. 4 §, SOU 1969:60.

⁶⁷ SOU 1969:60, s. 201.

⁶⁸ SOU 1969:60, s. 201-202.

⁶⁹ Familjerättskommittén anger i detta fall att ”domens rättskraft skulle vara begränsad”, se SOU 1969:60, s. 201.

visas och tvisten på det sättet förblir oavgjord, men också om att det kan vara "välmotiverat att lämna part viss möjlighet att återkomma".⁷⁰

Huvudregeln enligt familjerättskommitténs förslag var alltså att talan på ovan angivet sätt inte skulle bifallas med mindre tillfredsställande utredning anskaffats angående innehållet i tillämplig främmande lag. Samtidigt fann kommittén det motiverat att öppna möjlighet för tillämpning av svensk rätt om detta var påkallat av skälighetshänsyn. Som exempel angavs statusfrågor som måste lösas på något sätt oavsett om innehållet i främmande lag kan utredas, men också tvister avseende förmögenhetsförhållanden i äktenskap, när utredning om innehållet i utländsk rätt var förenad med stora svårigheter. Även i det senare fallet kunde det vara angeläget att slita tvisten varför det skulle vara obilligt att ogilla parts talan enligt huvudregeln.⁷¹ Med uttrycket "med hänsyn till omständigheterna" torde ha avsetts inte bara behov av ett avgörande i sak utan även krav på naturlig anknytning till Sverige.

Familjerättskommitténs förslag omfattade i princip hela den internationella äktenskaps- och arvsrätten. Den lagrevision som genomfördes år 1973 genom lag (1973:942) var emellertid betydligt mer begränsad och inskränkte sig huvudsakligen till nya regler om äktenskaps ingående och äktenskapsmål. Med hänsyn härtill ansågs det inte motiverat att i lagen medta någon motsvarighet till den av kommittén föreslagna regeln.⁷² Av betydelse torde också ha varit att utrymmet för tillämpning

⁷⁰ Se SOU 1969:60, s. 201.

⁷¹ Se SOU 1969:60, s. 201.

⁷² I propositionen nöjde man sig med att ge anvisning om hur domstolen bör förfara, när svaranden i ett mål om äktenskapsskillnad bestriider kärandens talan och gör gällande att denna skall ogillas på grund av innehållet i främmande lag men innehållet i denna inte är känt. I så fall skulle enligt departementschefen svarandens invändning lämnas utan avseende och talan i enlighet med huvudregeln prövas enligt svensk lag. Se prop. 1973:158, s. 108. Förslaget behöver dock inte ses som helt utagerat utan kan utgöra en lämplig lösning i vissa situationer. Enligt Bogdan har förslagets lösning den förtjänsten att "den skulle göra det möjligt att i varje enskilt fall ta hänsyn till tvistens natur, beakta parternas ställning och undersöka vem av parterna som bör stå för risken av att innehållet i den tillämpliga lagen förblev okänt". Bogdan, Svensk IP, s. 51.

av svensk lag utökades påtagligt genom lagreformen jämfört med dittillsvarande rätt.

I det efterföljande internationellt privaträttsliga reformarbetet har man avstått från att försöka lagreglera frågan. I sitt slutbetänkande "Internationella familjerettsfrågor", SOU 1987:18, nöjde sig sålunda familjelagssakkunniga med att konstatera att frågan kan uppstå i en lång rad högst skiftande situationer för vilka det är svårt att ange riktlinjer som kan tjäna till reell vägledning.⁷³

8.6 Bör talan prövas enligt vad domstolen finner sannolikt motsvara innehållet i tillämplig främmande lag?

Rubriken till detta avsnitt anger en lösning som förespråkats i synnerhet i tysk doktrin. Metoden går där under beteckningen "das wahrscheinlich geltende Recht", d.v.s. den sannolikt gällande rätten.⁷⁴ När godtagbar utredning saknas bör den utländska lagen ges ett sådant innehåll som domstolen genom komparativa studier finner sannolikt. Gäller det exempelvis turkisk rätt ligger det nära till hands att domstolen hämtar reglerna från schweizisk rätt, som genom reception övertagits i Turkiet. Eller om det är ovisst hur en viss fråga bedöms enligt

⁷³ Se SOU 1987:18, s. 324.

⁷⁴ Modellen finner stöd exempelvis hos Kegel, IPR, s. 371 och Kegel, Anwendung, s. 175-178; Heldrich, FS Ferid, s. 209 ff. samt Schack, s. 238. Den tyska högsta domstolen (BGH) har dock förhållit sig avvaktande till denna sorts rekommendationer. Se t.ex. målet BGH, NJW 1961, s. 410, 412. I avgörandet, BGH, NJW 1982, s. 1215, antyder domstolen denna metod kunna äga relevans endast när tillämpning av lex fori vore ytterst otillfredsställande ("äusserst unbefriedigend"), exempelvis när det inte finns någon anknytning till Tyskland. Metoden avfärdades också vid utarbetandet av 1987 års schweiziska lag. Botschaft, s. 50. I nordisk doktrin har metoden förespråkats av Palmgren, JFT 1937, s. 49, och den synes åtnjuta visst stöd i dansk internationell privaträtt. Se Philip, Dansk IP, s. 63 och Lando, Juristen 1967, s. 8-10. Metoden anses ha kommit till användning i rättsfallet *UfR 1959.419 SH*.

belgisk civilrätt, synes det naturligt att söka ledning i fransk rätt. Den belgiska civillagboken härstammar ju från den franska och reglerna har i stor utsträckning samma lydelse. Tanken är att man i möjligaste mån skall tillämpa just den lag som lagvalsregeln utpekar som utslagsgivande. Om lagens innehåll inte går att utreda, bör de där gällande reglerna ersättas med sådana regler som av allt att döma är likartade. Endast en nära "besläktad" lag kan komma i fråga som "ersättningsrättsordning"; *lex fori* åtnjuter inte något företräde i detta hänseende.

Som en variant av denna metod har föreslagits att domen grundas på allmänt gällande rättsgrundsatser.⁷⁵ En förutsättning bör vara att det rör sig om rättsfrågor av mycket allmän karaktär, företrädesvis på områden där regler har kommit till genom mellanstatligt samarbete, exempelvis inom sjörätten.⁷⁶ Beträffande konkreta och detaljerade frågor där olikheter är vanliga kommer metoden till korta.

Oavsett vilken variant det gäller förutsätter metoden att utredningen kompletteras med resultat av studier av besläktade rättsordningar, särskilt med beaktande av rättshistoriska sammanhang.⁷⁷ Utifrån detta underlag bör domaren sedan göra bruk av sin juridiska fantasi och intuition och "liksom en lagstiftare" fylla ut kunskapsluckan.⁷⁸

Dessa metoder har inte vunnit anhängare i svensk rätt. Snarare har det hos oss varnats för risken för felaktiga slutsatser när man presumerar en likhet mellan två främmande rättsordningar.⁷⁹ Även inom samma "rättsfamilj" kan en viss fråga

⁷⁵ Se särskilt Kötz, *RabelsZ* 1970, s. 666 och s. 671 ff.

⁷⁶ Se Zajtay, *ZfRV* 1971, s. 276; Zajtay, *IECL*, s. 26 och Schack, s. 238. Enligt Kötz, *RabelsZ* 1970, s. 671-673, bör man kunna göra bruk av allmänna rättsgrundsatser exempelvis i EG-sammanhang och inom den internationella handeln. Se även Kreuzer, *NJW* 1983, s. 1947.

⁷⁷ Eek, *Lagkonflikter I*, s. 236 och Zajtay, *IECL*, s. 26. Buchholz påpekar alldeles riktigt att sådana här metoder komplicerar beslutsfattandet i onödan. Det kan inte heller förutsättas att en domare är beredd att vidta tidskrävande rättsjämförande studier. Buchholz, *FS Hauß*, s. 27-28.

⁷⁸ Så särskilt Heldrich, *FS Ferid*, s. 216 f.

⁷⁹ Se t.ex. Bogdan, *Svensk IP*, s. 45, som påpekar att man vid tillämpning av reglerna i den belgiska civillagboken bör undersöka hur reglerna tolkas i Belgien och inte i

lösas på diametralt motsatta sätt. Eek talar i sammanhanget om en med hjälp av komparativa metoder skapad fantasiprodukt ("lex probabilis") och avråder från att göra bruk av metoden.⁸⁰ Det finns utbredd skepsis mot denna modell även utomlands, både i rättstillämpningen och i doktrinen.⁸¹

En annan lösning som i stället förekommer i svensk rättspraxis och som har *vissa* likheter med den nu aktuella metoden är att anse den innehållsmässigt mer eller mindre okända utländska lagen överensstämma med *svensk rätt*. Också i dessa fall kan fråga vara om ren fantasi. Denna praxis har beskrivits ovan i avsnitt 7.4.2.

8.7 Svensk rättspraxis

Av stort intresse är naturligtvis vad som gäller enligt svensk rättspraxis. Det material som kan betraktas som intressant i sammanhanget är dock begränsat. Det rör sig om samma avgöranden, som redovisats ovan i avsnitt 7.4.2. Mig veterligt finns det inga fall där talan avvisats eller ogillats på grund av att innehållet i tillämplig utländsk rätt varit okänt. I åtminstone ett fall – *AD 1992 nr 10* – har dock en sådan lösning förespråkats av minoriteten.⁸² – Mål som *NJA 1987 s. 885* saknar intresse i sammanhanget, eftersom domstolen där godtagit utredningen hur bristfällig den objektivt sett än må ha varit.

Den enda lösning, som tydligt har slagit igenom i rättspraxis, är således tillämpning av svensk rätt. Härvidlag synes målets karaktär ha saknat betydelse. I de här aktuella målen är det dock inte direkt fråga om att tillämpa svensk rätt som *lex fori*; snarare sker det under förevändningen att den utländska

Frankrike, varifrån de ursprungligen härstammar. Se också Eek, *Lagkonflikter I*, s. 236.

⁸⁰ Se Eek, *TfR 1955*, s. 148 och Eek, *Lagkonflikter I*, s. 236.

⁸¹ Sålunda har metoden ansetts bortse från de reella möjligheter som en domstol har till sitt förfogande och medföra ickeförutsebara och t.o.m. godtyckliga resultat. Se Buchholz, *FS Hauß*, s. 27-28 och Zajtay, *IECL*, s. 26.

⁸² Se ovan, avsnitt 8.3.

lagen får förmodas, i väsentliga hänseenden, stå i överensstämmelse med svensk lag. Det förefaller som om domstolen ansett denna, ofta endast förmodade likhet ge legitimitet för tillämpningen av svensk rätt. Det hade varit mer rakryggt att öppet förklara att domstolen funnit svensk rätt böra tillämpas *som ersättning* för den outredda utländska lagen, d.v.s. som subsidiärt utslagsgivande reservlösning.⁸³

Att materialet är så pass litet har flera naturliga förklaringar. En är givetvis de låga krav som ofta ställts på utredningen om utländsk rätt. De utlandsanknutna mål, som prövats enligt tillämplig främmande lag, är betydligt fler än de mål där svensk lag tillämpats som en utväg ur utredningssvårigheter. Det finns anledning att förmoda att domstolen ofta godkänner en i flera hänseenden bristfällig utredning som underlag.

En annan förklaring är att parterna i dispositiva mål i viss utsträckning disponerar över lagvalsreglerna. Om ingendera parten har ett intresse av lagvalsreglernas och utländsk rätts tillämpning, kan reglerna helt enkelt sättas åt sidan och målet bedömas enligt svensk rätt. Som en viktig tredje orsak kan anges att det stora flertalet familjerettsfrågor sedan 1970-talet är underkastade hemvistprincipen (eller en direkt tillämpning av svensk rätt) med den följd att svensk lag regelmässigt är att tillämpa. På så sätt har utrymmet för "avvisningsgrundsatsen" blivit betydligt mindre än vad exempelvis Eek utgick ifrån.

8.8 Bör frågan lagregleras?

8.8.1 Utländska förebilder

Frågan vilken lösning som bör väljas när innehållet i tillämplig främmande lag helt eller delvis har förblivit outrett, har naturligtvis aktualitet i alla de rättsordningar där tillämpning av

⁸³ Så har den tyska BGH motiverat tillämpningen av tysk rätt i ett antal utlandsanknutna mål. Kanske kan hovrättens bedömning i *RH 1989:40* av den legala vårdnadsfrågan direkt enligt svensk lag tolkas så att en sådan utveckling är på väg? Se ovan, avsnitt 5.7.6.

utländsk rätt kan komma i fråga. Likartade lösningsmodeller som de som har varit aktuella i Sverige har figurerat i den internationella diskussionen och åtnjuter varierande grad av stöd i olika länder.⁸⁴ Endast en lösning har emellertid blivit antagen i flera länders lagstiftning, nämligen tillämpningen av *lex fori* som subsidiärt utslagsgivande rättsordning. Tillämpning av *lex fori* synes vara den klart dominerande utvägen i de nu aktuella situationerna världen över, även utan stöd i skri-ven lag.⁸⁵

I motsats till många utländska rättsordningar saknar svensk rätt skrivna regler om subsidiär tillämpning av *lex fori*. Man har uppenbarligen ansett att en sådan lagfäst lösning skulle låsa rättstillämpningen alltför mycket och dessutom innebära att domstolarna alltför lätt skulle kunna falla för frestelsen att tillämpa svensk rätt. Vilken lösning som är lämplig får i stället bedömas med hänsyn till omständigheterna i varje enskilt fall.

Formellt råder det således stor flexibilitet i fråga om vad följden bör bli när innehållet i tillämplig främmande lag förblivit outrett. Medaljens andra sida är emellertid ovisshet om utgången, vilket får betraktas som negativt i sammanhanget. Lagstiftarens återhållsamhet synes inte heller ha lett till någon variationsrikedom i rättstillämpningen, utan tillämpning av svensk rätt är den enda lösning som får stöd i publicerad rättspraxis. Utan stöd i lag har dock domstolarna sällan vågat tillämpa svensk lag som en allmänt godtagbar reservlösning. I stället har det gjorts gällande att den utländska rätten på den outredda punkten får anses överensstämma med svensk rätt. På så sätt har fiktiva element, helt i onödan, införts i rätts-tillämpningen.

Det har sitt intresse att notera att i ett flertal rättsordningar har tillämpning av *lex fori* lagreglerats som en allmän reservlösning. Så är fallet exempelvis i finsk rätt. Enligt den allmänt tillämpliga bestämmelsen i 24 kap. 3 § 2 mom. rättegångsbal-

⁸⁴ Se Zajtay, IECL, s. 25-27 och Müller, NJW 1981 s. 481-482. En grundläggande redogörelse för läget i ett antal länder ges i verket "Die Anwendung ausländischen Rechts im internationalen Privatrecht". Framställningen där är dock inte längre helt à jour.

⁸⁵ Frågan har berörts ovan i avsnitt 6.6.

ken skall finsk lag följas om utredning ej kan erhållas om innehållet i tillämplig främmande lag. En motsvarande föreskrift ingår också i ett antal internationellt privaträttsliga författningar.⁸⁶ Den senaste sådana bestämmelsen kom till så sent som år 1993 i samband med revideringen av de internationellt privaträttsliga bestämmelserna rörande vårdnad och umgänge. Enligt denna skall finsk lag tillämpas om innehållet i en främmande stats lag inte kan utredas utan oskäligt dröjsmål.⁸⁷ Det antyds i lagmotiven att främmande rätt kommer att vara av begränsad betydelse i sammanhanget, när myndigheten inte är bekant med dess innehåll och parterna inte förmår redogöra för det.⁸⁸

Både den österrikiska (1978) och den schweiziska (1987) internationellt privaträttsliga kodifikationen innehåller ett uttryckligt stadgande om tillämpning av *lex fori*, när innehållet i utländsk rätt inte kunnat utredas.⁸⁹ Samma lösning gäller enligt tysk rättspraxis.⁹⁰

⁸⁶ Se t.ex. 56 § lagen om vissa familjerättsliga förhållanden av internationell natur, 5.12.1929/379: "Bör i mål, varom i denna lag är fråga, främmande stats lag tillämpas, äger rätten, där lagens innehåll ej är för densamma bekant eller av en part styrkes, därom söka upplysning. *Kan sådan upplysning ej erhållas, skall finsk lag tillämpas.*" Se även 87 § växellagen och 65 § checklagen, båda från år 1932: "Skall, efter ty här ovan är sagt, i visst mål främmande stats lag tillämpas, äger rätten, där lagens innehåll ej är för rätten bekant eller av part styrkes, därom söka upplysning hos ministeriet för utrikesärendena. *Kan sådan upplysning ej erhållas, skall finsk lag tillämpas.*" (Mina kursiveringar.) Såsom har framgått ovan i avsnitt 4.4.3, utrustades de motsvarande bestämmelserna i svensk rätt, föranledda av Sveriges tillträde till konventionerna på växel- och checkrättens områden, inte med någon reservmöjlighet rörande svensk rätts tillämpning.

⁸⁷ Denna bestämmelse, som återfinns i 4 kap. 18 § 4 mom. i lagen angående vårdnad om barn och umgängesrätt, avser dock endast tillämplig lag för den s.k. legala vårdnaden, d.v.s. vårdnad om barn direkt med stöd av lag.

⁸⁸ RP nr 60/93, s. 25.

⁸⁹ § 4 st. 2 i den österrikiska lagen lyder: "Kann das fremde Recht trotz eingehendem Bemühen innerhalb angemessener Frist nicht ermittelt werden, so ist das österreichische Recht anzuwenden." Den österrikiska lagen skall, m.a.o., tillämpas om innehållet i den främmande lagen trots ingående försök inte har kunnat utredas inom rimlig tid. Det relevanta stadgandet i schweizisk lag är art. 16 st. 2: "Ist der Inhalt des anzuwendenden ausländischen Rechts nicht feststellbar, so ist schweizerisches Recht anzuwenden." Utformningen är således mindre utförlig än i österrikisk lag, bl.a. anges ingen tidsfrist, men det torde inte innebära någon skillnad i sak. Se Botschaft, s. 49. – Tillämpningen av *lex fori* gäller som en reservlösning också enligt den nya italienska IP-lagen från 1995, art. 14 st. 2. Enligt lagen skall man dock i första hand tillämpa lagen i en annan stat till vilken rättsförhållandet har nära anknytning, förutsatt

Vid en jämförelse med svensk rätt kan följande sägas.

Vid tillämpning av utländsk rätt är utgångspunkterna i *finsk* rätt i princip de samma som enligt svensk rätt.⁹¹ Liksom i Sverige synes det åtminstone i viss mån vara en lämplighetsfråga om domstolen eller parterna anskaffar de behövliga upplysningarna om utländsk rätt.⁹² Den lagfästa reservlösningen har den fördelen att den undanröjer ovisshet om vilken lösning som kommer att gälla, om utredningen inte går att genomföra.⁹³ Samma lösning gäller för alla situationer; det saknar sålunda betydelse om den utländska lagen kan presumeras

att tillämpning av den statens lag får stöd av de subsidiärt tillämpliga lagvalsreglerna i lagen. Saknas sådan anknytning, skall italiensk lag tillämpas. Se närmare om denna teknik, Zajtay, IECL, s. 25.

⁹⁰ Regeln om tillämpning av lex fori är fast etablerad i den tyska högsta domstolens praxis, trots att även kritiska röster har höjts i doktrinen. Som exempel kan nämnas två avgöranden av BGH från 1977 som båda handlade om huruvida ett utom äktenskap fött barn kunde likställas med ett äktabarn på grund av föräldrarnas senare ingångna äktenskap. Enligt BGH var tunisisk lag att tillämpa i målen. BGH kom fram till att det inte gick att på ett tillförlitligt sätt utreda hur målen skulle bedömas av en tunisisk domstol, d.v.s. att uppgifter saknades om "law in action" och ansåg följaktligen tysk lag böra tillämpas. Se BGH, *IPRspr.* 1977 Nr. 98 b. Se också BGH, *NJW* 1982, s. 1215, där den tyska högsta domstolen uttryckligen konstaterade att tillämpning av lex fori som reserv bör ge vika endast när det vore ytterst otillfredsställande att grunda domen på tysk rätt. Kritiken i doktrinen går ut på att tillämpning av lex fori tillsammans med höga krav på utredningens kvalitet rörande innehållet i tillämplig främmande rätt skakar grundvalarna för den internationella privaträtten (tillämpning av den närmaste anknytnings lag) och minimerar lagvalsreglernas betydelse. Man har här sett en uttrycksform för s.k. homeward trend ("Heimwärtstreben"), d.v.s. strävan att trots lagvalsreglernas hänvisning till främmande rätt grunda avgörandet på lex fori. Se t.ex. Heldrich, FS Ferid, s. 217-218 och Schack, s. 237-238. Tillämpning av lex fori i utlandsanknutna mål dominerar även vid *engelska* domstolar, men utifrån andra utgångspunkter. Se ovan, avsnitt 6.6.4.

⁹¹ Se Jänterä-Jareborg, *Partsautonomi*, s. 385-388 med hänvisningar. Se även Klami, s. 74-83, där olika argument som gör sig gällande vid tillämpning av utländsk rätt diskuterar på ett teoretiskt intresseväckande sätt.

⁹² Se 17 kap. 3 § i den finska rättegångsbalken: "Skall främmande lag tillämpas och är ej dess innehåll för rätten känt, skall rätten anmoda part att förebibring bevisning därom." (1 mom.) "Är för visst fall särskilt stadgat, att rätten skall anskaffa utredning om innehållet i utländsk rätt, som i saken skall tillämpas, lände det till efterrättelse." (2 mom.) Innehållet i de aktuella särstadgandena är i huvudsak identiskt: Om främmande rätt är tillämplig men dess innehåll inte är bekant för domstolen eller styrks av part, bör domstolen söka upplysning om den hos ministeriet för utrikesärendena. Ifall detta inte lyckas, skall finsk lag tillämpas. Se Träskman, *JFT* 1979, s. 505-506. Som framgått har någon motsvarande ordning inte lagfästs i Sverige.

⁹³ Av motiven till 56 § IntFamL framgår att lagberedningen betraktade tillämpning av finsk lag vara en rimligare lösning än talans ogillande. Men lösningen motiverades också såsom förenlig med den på den tiden vanliga presumptionen att främmande lag på vissa punkter överensstämmer med lex fori. Se *Lvk* 1927:4, s. 47.

motsvara den finska. Bestämmelsen i vårdnadslagstiftningen synes möjliggöra tillämpning av finsk lag utan att ansträngningar har gjorts för att utreda den främmande lagens innehåll, bara det från början framstår som uppenbart att utredningen kommer att dra ut på tiden. Här verkar processekonomiska hänsynstaganden ha spelat in, men lösningen kan också motiveras som förenlig med barnets bästa.⁹⁴

Läget är i viss utsträckning ett annat i *österrikisk*, *schweizisk* och *tyisk* rätt. Dessa rättsordningar präglas av stor lyhördhet för den internationella privaträttens klassiska målsättningar. Sålunda skall domstolen inte bara tillämpa utländsk rätt på eget initiativ utan även sörja för utredningen.⁹⁵ De höga krav som ställs på domstolens ex officio-verksamhet i sammanhanget gör att tillförlitlig utredning för det mesta kan läggas fram.⁹⁶ I de återstående fall, där utredningen ändå misslyckats, får tillämpningen av lex fori betraktas som en godtagbar nödlösning.⁹⁷ I österrikisk doktrin har det påpekats att domstolarna inte har visat någon tendens att missbruka möjligheten att tillämpa lex fori som reservlösning enligt lag.⁹⁸

8.8.2 Slutsats

Avslutningsvis finns det anledning att försöka besvara den fråga som ställdes i rubriken: finns det anledning att reglera i

⁹⁴ Resonemanget bygger då på att det strider mot barnets bästa om vårdnadsfrågans bedömning kommer att dra ut på tiden.

⁹⁵ Se ovan, avsnitt 6.6.1-6.6.3.

⁹⁶ Zajtay, IECL, s. 24 med hänvisningar. Som exempel på vilka krav som gäller kan hänvisas till den tyska högsta domstolens avgörande i *BGH, NJW 1991, s. 1418*, se ovan, avsnitt 6.6.1. Avgörandet ger vid handen att domstolen har uppfyllt sina skyldigheter enligt § 293 ZPO först när den uttömmande gjort bruk av alla de kunskapskällor som står till dess förfogande. Dock kan det inte krävas att det skall stå utom allt tvivel att den utländska lagen har det innehåll som en grundlig utredning ger vid handen. Ett sådant krav skulle nämligen medföra att endast lex fori kan tillämpas. Se Samtleben, *NJW 1992, s. 3061*.

⁹⁷ Enligt *BGH* handlar det om den mest praktiska lösningen ("praktikabelste Lösung"), se Schack, s. 237; von Bar, *IPR I, s. 328-329* och Zajtay, *IECL, s. 26*. Enligt tysk praxis kan undantagsvis, när tillämpning av lex fori framstår som uppenbart olämplig, även andra lösningar komma i fråga, exempelvis att man tillämpar den utländska lagen på ett sådant sätt som man förmodar skulle gälla i laglandet.

⁹⁸ Se Matscher, *ÖJZ 1989, s. 710*.

lag vilken lösning som bör väljas när innehållet i utländsk rätt har förblivit outrett? Ett jakande svar framstår som motiverat inte minst när den rådande ovissheten i svensk rätt jämförs med den förutsebarhet som finns i länder som har valt att lagreglera spörsmålet. Tysklands exempel visar visserligen att önskvärd klarhet kan uppnås även på annat sätt än genom lagstiftning, nämligen genom rättsbildning i domstolarna samtidigt som det finns visst utrymme för flexibilitet. Den svenska HD har dock i allmänhet inte visat någon större beredvillighet att överta en ledarroll i internationellt privaträttsliga sammanhang och utforma allmänna principer av nu aktuellt slag. Med tanke på behovet av ordning och reda synes en lagfäst lösning därför vara påkallad.

För svensk rätts del synes två alternativ vara aktuella. *Det ena* är tillämpning av svensk lag som en allmän reservlösning, såsom man tillämpar *lex fori* i finsk, österrikisk och schweizisk rätt. *Det andra* är familjerättskommitténs ovan i avsnitt 8.5 berörda förslag. Enligt det får talan inte bifallas om den inte med hänsyn till omständigheterna finnes skäligen böra prövas enligt svensk lag. Endast en följd är möjlig enligt det första alternativet, medan det andra är mer öppet och lämnar utrymme för beaktande av omständigheterna i det enskilda fallet.

I det stora flertalet fall torde dock resultatet bli detsamma oavsett vilken av dessa lösningar som väljs. Sakens anknytning till Sverige, som möjliggör att den tas upp här, får normalt anses medföra att tillämpning av svensk lag är skäligen som reservlösning. Om valet lutar mot familjerättskommitténs förslag, borde det kanske ges en utformning som tydligare anger att avgörandet normalt bör grundas på svensk rätt.

Litteratur

- Almquist, Jan Eric. Den moderna romanistikens metoder och deras genombrott i Sverige vid början av 1900-talet. Minnesskrift utgiven av Juridiska fakulteten i Stockholm vid dess femtioårsjubileum 1957. Stockholm 1957. S. 45-70.
- Anton, A.E. & Beaumont P.R. Private International Law. A treatise from the standpoint of Scots law. Second edition. Edinburgh 1990.
- Arens, Peter. Prozessuale Probleme bei der Anwendung ausländischen Rechts im deutschen Zivilprozeß. Festschrift für Imre Zajtay. Tübingen 1982. S. 7-20.
- Die Anwendung ausländischen Rechts im internationalen Privatrecht. Festveranstaltung und Kolloquium anlässlich des 40. jährigen Bestehens des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht vom 6.-8. Juli 1966 in Hamburg. Im Institut bearbeitet von Dierk Müller. Berlin & Tübingen 1968.
- von Bar, Christian. Internationales Privatrecht. Erster Band. Allgemeine Lehren. München 1987 (cit. von Bar, IPR I).
- von Bar, Christian. Theorien zur Erklärung der Anwendung ausländischen Rechts und kollisionsrechtliche Methode. Liber Memorialis François Laurent 1810-1887. Brussel 1989. S. 1167-1179 (cit. von Bar, FS Laurent).
- Batiffol, Henri & Lagarde, Paul. Traité de droit international privé. Tome 1, 8^e édition. Paris 1993.
- Beckman, Nils. Svensk domstolspraxis i internationell rätt. Stockholm 1959.
- Begründung. Se: Gesetzentwurf der Bundesregierung.

- de Boer, Th. M. The Hague Conference and Dutch Choice of Law: Some Criticism and a Suggestion. NILR 1993, s. 1-13.
- Bogdan, Michael. Svensk internationell privat- och processrätt. Fjärde upplagan. Stockholm 1992 (cit. Bogdan, Svensk IP).
- Bogdan, Michael. Komparativ rättskunskap. Stockholm 1993.
- Bogdan, Michael. Internationella barnaröv ur svensk rätts synvinkel. JFT 1982, s. 97-139.
- Bogdan, Michael. Nationality as a Connecting Factor in Swedish Private International Law. Liber Memorialis François Laurent 1810-1887. Brussel 1989. S. 679-693 (cit. Bogdan, FS Laurent).
- Bogdan, Michael. Islamisk brudpenning (mahr) inför svensk domstol. SvJT 1993, s. 597-600.
- Bogdan, Michael. Fastighetsmäklare och svensk internationell konsumenträtt. SvJT 1995, s. 1-6.
- Bogdan, Michael. Oskäligen avtalsvillkor i gränsöverskridande konsumentavtal. SvJT 1995, s. 189-206.
- Bogdan, Michael. Om konsten att implementera konsumentavtalsvillkorsdirektivets art. 6(2). SvJT 1996, s. 37-41.
- Bolding, P.O. Bevisbördan och den juridiska tekniken. Uppsala 1951.
- Boman, Robert. Om återopande och återopsörda i dispositiva tvistemål. Stockholm 1964.
- Botschaft zum Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz) vom 10. November 1982. Zürich 1983 (cit. Botschaft).
- Buchholz, Fritz. Zur richterlichen Rechtsfindung in internationalen Familiensachen. Festschrift für Fritz Hauß zum 70. Geburtstag. Karlsruhe 1978. S. 15-32.

- Buchta, Klaus. Die nachträgliche Bestimmung des Schuldstatus durch Prozessverhalten im deutschen, österreichischen und schweizerischen IPR. München 1986.
- Buure-Häggglund, Kaarina. Tuomioistuimen velvollisuudesta soveltaa vieraan valtion lakia. LM 1977, s. 365-377.
- Cheshire and North's Private International Law. 12th edition by P.M. North and J.J. Fawcett. London 1992 (cit. Cheshire & North).
- Denkschrift vom 26. August 1970: Zur Verbesserung der Deutschen Zivilrechtsprechung in Internationalen Sachen, (Arndt, Karl & Ferid, Murad & Kegel, Gerhard & Lauterpacht, Wolfgang & Neuhaus, Paul Heinrich & Zweigert, Konrad.) RabelsZ 1971, s. 323-331.
- Dicey and Morris on the Conflict of Laws. 11th edition under the general editorship of L.A. Collins; with specialist editors. Two volumes. London 1987 (cit. Dicey & Morris).
- Ds 1996:7. Romkonventionen – införlivande med svensk rätt av EG-konventionen om tillämplig lag för avtalsförpliktelser.
- Edelstam, Henrik. Sakkunnigbeviset. En studie rörande användningen av experter inom rättsväsendet. Uppsala 1991.
- Eek, Hilding. Lagkonflikter i tvistemål. Metod och material i svensk internationell privaträtt. Stockholm 1972 (cit. Eek, Lagkonflikter I).
- Eek, Hilding. Lagkonflikter i tvistemål II. Regelsystemet i svensk internationell privaträtt. Stockholm 1978 (cit. Eek, Lagkonflikter II).
- Eek, Hilding. Lex causae okänd storhet. Tfr 1955, s. 132-151.
- Eek, Hilding. Sverige och den internationella rätten. Minneskrift utgiven av Juridiska fakulteten i Stockholm vid

- dess femtioårsjubileum 1957. Stockholm 1957. S. 87-116 (cit. Eek, Minnesskrift).
- Ehrenzweig, Albert A. The Lex Fori – Basic Rule in the Conflict of Laws. Mich. L. Rev. 1959/60, s. 637-688.
- Ekelöf, Per Olof. Anmälan av Hans Smit: International Cooperation in Litigation: Europe, Haag 1965. TfR 1966, s. 649-651.
- Ekelöf, Per Olof & Boman, Robert. Rättegång. Första häftet. Sjunde upplagan. Stockholm 1990 (cit. Ekelöf & Boman, Rättegång I).
- Ekelöf, Per Olof & Boman, Robert, Rättegång. Fjärde häftet. Sjätte upplagan. Stockholm 1992 (cit. Ekelöf & Boman, Rättegång IV).
- Erauw, J. Something Funny Happened to Foreign Law on Its Way to the Forum. Law and Reality. Essays on National and International Procedural Law in Honour of Cornelis Carel Albert Voskuil. Dordrecht & Boston & London 1992. S. 63-77.
- Explanatory Report on the European Convention on Information on Foreign Law. Council of Europe. Strasbourg 1968.
- Explanatory Report on the Additional Protocol to the European Convention on Information on Foreign Law. Strasbourg 1978.
- Fentiman, Richard. Foreign Law in English Courts. LQR 1992, s. 142-156.
- Ferid, Murad. Internationales Privatrecht. Das neue Recht. Ein Leitfaden für Praxis und Ausbildung. 3. völlig neubearbeitete Auflage unter Mitwirkung von Christof Böhmer. Frankfurt am Main 1986 (cit. Ferid, IPR).
- Ferid, Murad. Überlegungen, wie der Misere bei der Behandlung von Auslandsrechtsfällen in der deutschen Rechtspraxis abgeholfen werden kann. Festschrift für Oskar

- Möhring zum 70. Geburtstag. München 1973. S. 1-25 (cit. Ferid, FS Möhring).
- Flessner, Axel. Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht. Tübingen 1990 (cit. Flessner, Interessenjurisprudenz).
- Flessner, Axel. Fakultatives Kollisionsrecht. *RabelsZ* 1970, s. 547-584.
- Gaarder, Karsten. Innføring i internasjonal privatrett. Ajourført ved Hans Petter Lundgaard. Oslo 1990.
- Gamillscheg, Franz. Der Einfluss Dumoulin's auf die Entwicklung des Kollisionsrechts. Berlin & Tübingen 1955.
- Gesetzentwurf der Bundesregierung. Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts. Deutscher Bundestag 10. Wahlperiode. Drucksache 10/504, 20.10.1983 (cit. Begründung).
- Gihl, Torsten. Den internationella privaträttens historia och allmänna principer. Stockholm 1951 (cit. Gihl, Historia).
- Gihl, Torsten. Studier i internationell rätt. Stockholm 1955 (cit. Gihl, Studier).
- Giuliano, Mario & Lagarde, Paul. Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations. O.J. 1980, No C 281/5.
- Glenn, H. Patrick. Harmonization of law, foreign law and private international law. *ERPL* 1993, s. 47-66.
- Gomard, Bernhard. Civilprocessen. 2. udgave. Under medvirken af Allan Walbom. København 1984.
- Granfelt, O. Hj. Den materiella processledningen vid underdomstol i vanliga tvistemål enligt gällande finsk och svensk rätt. Helsingfors 1908.
- Gärde, N. & Engströmer, Thore & Strandberg, Tore & Söderlund, Erik. Nya Rättegångsbalken jämte lagen om dess

- införande. Med kommentar. Stockholm 1949 (cit. Gärde, m.fl.).
- Göranson, Ulf & Jänterä-Jareborg, Maarit. Internationell privaträtt. Studiematerial och rättsfall för Terminskurs 6. Andra översedda utgåvan. Uppsala universitet. Juridiska institutionen, vårterminen 1995 (cit. Göranson & Jänterä-Jareborg, Kompendium).
- Hamilton, Carolyn & Standley, Kate (Ed.). Family Law in Europe. London & Dublin & Edinburgh 1995.
- Hassler, Åke & Nial, Håkan. Internationell privaträtt. Efter föreläsningar av professor Åke Hassler. Tredje upplagan. Reviderad efter föreläsningar av professor Håkan Nial. Stockholm 1948.
- Heldrich, Andreas. Heimwärtsstreben auf neuen Wegen – Zur Anwendung der lex fori bei Schwierigkeiten der Ermittlung ausländischen Rechts. Konflikt und Ordnung. Festschrift für Murad Ferid zum 70. Geburtstag. München 1978. S. 209-220.
- Hellners, Vidar. Utrikesdepartementets medverkan vid utredning angående utländsk rätt, TSA 1964, s. 101-118.
- Herzfelder, François. Die Prüfungspflicht der französischen staatlichen Gerichte hinsichtlich kollisionsrechtlicher Fragen. Zur neuen Rechtsprechung des französischen Kassationshofs. RIW 1990, s. 354-358.
- Hjerner, Lars A.E. Främmande valutalag och internationell privaträtt. Studier i de främmande offentligrättsliga lagarnas tillämplighet. Uppsala 1956.
- Hjerner, Lars. Anmälan av Hilding Eek. Internationell privaträtt. Metod och material. Stockholm 1962. SvJT 1964, s. 109-114.
- Hjerner, Lars. Replik. SvJT 1964, s. 742-744.

Hotz, Klaus. Die Rechtswahl im Erbrecht im interkantonalen und internationalen Verhältnis. Zürich 1969.

ICJ Reports, 1958.

Inger, Göran. Svensk rättshistoria. Tredje upplagan. Stockholm 1986.

Jareborg, Nils. Straffrättsideologiska fragment. Uppsala 1992.

Jessurun d'Oliveira, H.U. Foreign Law and International Legal Cooperation. Hague-Zagreb Essays 2. Hague-Zagreb Colloquium on the Law of International Trade. Hague Session 1976. Alphen aan den Rijn 1978. S. 216-232 (cit. Jessurun d'Oliveira, Hague-Zagreb Essays).

Jessurun d'Oliveira, H.U. Foreign Law in Summary Proceedings (Kort Geding). Law and Reality. Essays on National and International Procedural Law in Honour of Cornelis Carel Albert Voskuil. Dordrecht & Boston & London 1992. S. 119-135 (cit. Jessurun d'Oliveira, FS Voskuil).

Jokela, Heikki. Internationalism in Private International Law. Comparative and Private International Law. Essays in Honour of John Henry Merryman on his Seventieth Birthday. Berlin 1990. S. 395-408.

Juridikens termer. Sture Bergström, Torgny Håstad, Per Henrik Lindblom, Staffan Rylander. Åttonde upplagan. Stockholm 1993.

Jägerskiöld, Stig. Studier rörande receptionen av främmande rätt i Sverige under den yngre landslagens tid. Lund 1963.

Jänträ-Jareborg, Maarit. Partsautonomi och efterlevande makes rättsställning. En internationellt-privaträttslig studie. Uppsala 1989 (cit. Jänträ-Jareborg, Partsautonomi).

- Jänterä-Jareborg, Maarit. Om makars egendomsordning i amerikansk internationell privaträtt - lösningsmodeller för Europa? JFT 1984, s. 93-127.
- Jänterä-Jareborg, Maarit. Har föräldrarna en livslång underhållsskyldighet i internationella förhållanden? Bl.a. om konventionsreservationers begränsade betydelse. SvJT 1993, s. 327-350.
- Jänterä-Jareborg, Maarit. The Influence of the Hague Conventions on the Development of Swedish Family Conflicts Law. NILR 1993, s. 49-65.
- Jänterä-Jareborg, Maarit. Efterlevande make, intern skyddslagstiftning och IP. Festschrift till Anders Agell. Uppsala 1995. S. 285-302 (cit. Jänterä-Jareborg, FS Agell).
- Jänterä-Jareborg, Maarit. Internationellt tvingande civilrättsregler, fastighetsförmedling och konsumenter - några reflexioner. SvJT 1995, s. 374-384.
- Kallenberg, Ernst. Svensk civilprocessrätt. Föreläsningar. I. Lund 1917 (cit. Kallenberg, I).
- Kallenberg, Ernst. Svensk civilprocessrätt. Andra bandet I. Lund 1927 (cit. Kallenberg, II).
- Karlgren, Hjalmar. Kortfattad lärobok i internationell privat- och processrätt. Femte upplagan. Lund 1979.
- Kegel, Gerhard. Internationales Privatrecht. Ein Studienbuch. 7., neubearbeitete Auflage. München 1995 (cit. Kegel, IPR).
- Kegel, Gerhard. Zur Organisation der Ermittlung Ausländischen Privatrechts. Festschrift für H.C. Nipperdey zum 70. Geburtstag. Band I. München & Berlin 1965. S. 453-470 (cit. Kegel, FS Nipperdey).
- Kegel, Gerhard. Die Ermittlung ausländischen Rechts. Die Anwendung ausländischen Rechts im internationalen

- Privatrecht. Berlin & Tübingen 1966. S. 157-184 (cit. Kegel, Anwendung ausländischen Rechts).
- Klami, Hannu Tapani. Suomen kansainvälinen yksityisoikeus. Helsinki 1986.
- Kleineman, Jan. Fastighetsmäklarens ansvar vid förmedling av utländska objekt. JT 1990-91, s. 669-674.
- Koerner, Dörthe. Fakultatives Kollisionsrecht in Frankreich und Deutschland. Tübingen 1995.
- Kralik, Winfried. Das fremde Recht vor dem Obersten Gerichtshof. Festschrift für Hans W. Fasching zum 65. Geburtstag. Wien 1988. S. 297-309.
- Krause, Wolfram. Ausländisches Recht und deutscher Zivilprozess. Konstanz 1990.
- Kreuzer, Karl. Einheitsrecht als Ersatzrecht. Zur Frage der Nichtermittelbarkeit fremden Rechts. NJW 1983, s. 1943-1948.
- Kropholler, Jan. Internationales Privatrecht. Auf der Grundlage des Werkes von Paul Heinrich Neuhaus: Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts. Tübingen 1990 (cit. Kropholler, IPR).
- Kropholler, Jan. Anmälan av De Gryse, Ludovic. De Toepassing van het Buitenlands Recht door de Nationale Richter. RabelsZ 1969, s. 582-585.
- Kötz, Hein. Allgemeine Rechtsgrundsätze als Ersatzrecht. RabelsZ 1970, s. 663-678.
- Lando, Ole. Kort indføring i komparativ ret. Viborg 1986 (cit. Lando, Komparativ ret).
- Lando, Ole. Fremmed ret for skandinaviske domstole. Juristen 1967, s. 1-11.

- Lando, Ole. The 1955 and the 1985 Hague Conventions on the Law Applicable to the International Sale of Goods. *RabelsZ* 1993, s. 155-174.
- Lando, Ole. *Lex fori in foro proprio*. Festskrift til Ole Due. København 1994. S. 207-223 (cit. Lando, FS Due).
- Lappalainen, Juha. Principen jura novit curia och domarens processledning. *JFT* 1993, s. 36-43.
- Larsson, Nils R. Internationell samverkan i rättegång. *SvJT* 1974, s. 766-785 och *SvJT* 1978, s. 453-460.
- Lequette, Yves. L'abandon de la jurisprudence Bisbal (à propos des arrêts de la Première chambre civile des 11 et 18 octobre 1988). *Rev.crit.d.i.p.* 1989, s. 277-339.
- Lindblom, Per Henrik. *Studier i processrätt*. Stockholm 1993.
- Lindell, Bengt. Sakfrågor och rättsfrågor. En studie av gränser, skillnader och förhållanden mellan faktum och rätt. Uppsala 1987 (cit. Lindell).
- Lindell, Bengt. Partsautonomins gränser - i dispositiva tvistemål och med särskild inriktning på rättsanvändningen. Uppsala 1988.
- van Loon, Hans. The Hague Conference - its origins, organization and achievements. *SvJT* 1993, s. 293-307.
- Luther, Gerhard. Kollisions- und Fremdrechtsanwendung in der Gerichtspraxis. *RabelsZ* 1973, s. 660-681.
- Lvk 1927:4. Ehdotus laiksi eräistä kansainvälisluontoisista perheoikeudellisista suhteista ynnä perustelut. Helsinki 1927.
- Löfgren, Eliel. Den svenska obligationsrättens ställning i afseende å tillämpandet af utländsk lag. Förhandlingarna vid Sveriges Advokatsamfunds årsmöte i Stockholm den 24 maj 1902. Stockholm 1902.

- Malmström, Åke. Anmälan av Michael Bogdan: Komparativ rätt, Lund 1978. SvJT 1981, s. 311-313.
- Matscher, Franz. Zehn Jahre IPR-Gesetz. ÖJZ 1989, s. 705-711.
- Mattila, Heikki E.S. Ulkomaanoikeus ja sen käyttö perheoikeudellisissa tapauksissa. LM 1985, s. 43-73.
- Matz, Sigfried. Om underdomarens materiella processledning i svensk ordinär civilprocess. Stockholm 1919.
- Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht. Richtlinien für Rechtsauskünfte des Instituts. Neufassung 1977. (Stencil.)
- Michaeli, Wilhelm. Internationales Privatrecht gemäss schwedischem Recht und schwedischer Rechtssprechung. Stockholm 1948.
- Morris, J.H.C. The Conflict of Laws. Third Edition. London 1984.
- Müller, Dierk. Union Internationale des Magistrats, Commission de Droit International. RabelsZ 1968, s. 156-157.
- Müller, Klaus. Zur Nichtfeststellbarkeit des kollisionsrechtlich berufenen ausländischen Rechts. NJW 1981, s. 481-486.
- Müller-Graff, Peter-Christian. Fakultatives Kollisionsrecht im internationalen Wettbewerbsrecht? RabelsZ 1984, s. 289-318.
- Neuhaus, Paul Heinrich. Abschied von Savignys Lehre? RabelsZ 1982, s. 4-25.
- Neuhaus, Paul Heinrich & Kropholler, Jan. Das Elend mit dem Internationalen Privatrecht. Gedanken zur anstehenden Gesetzesreform. FamRZ 1980, s. 753-754.
- NJA II. Nytt juridiskt arkiv. Avdelning II. Tidskrift för lagstiftning m m, 1905 nr 5, 1912 nr 3, 1929, 1932, 1933, 1934, 1938, 1943 samt 1967.

- North, Peter. Private International Law Problems in Common Law Jurisdictions. Dordrecht & Boston & London 1993.
- Otto, Günter. Die gerichtliche Praxis und ihre Erfahrungen mit dem Europäischen Übereinkommen vom 7.6.1968 betr. Auskünfte über ausländisches Recht. Festschrift für Karl Firsching zum 70. Geburtstag. München 1985. S. 209-232.
- von Overbeck, Alfred E. Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung. *RabelsZ* 1982, s. 565-567.
- von Overbeck, Alfred E. Die Ermittlung, Anwendung und Ueberprüfung der richtigen Anwendung des anwendbaren Rechts. Die allgemeinen Bestimmungen des Bundesgesetzes über das internationale Privatrecht. Referate und Unterlagen der Tagung vom 22. Oktober 1987 in Luzern. Herausgegeben von Yvo Hangartner. St. Gallen 1988. S. 91-113 (cit. von Overbeck, Allgemeine Bestimmungen).
- Palmgren, Bo. Om tillämpning av utländsk rätt i tvistemål. *JFT* 1937, s. 34-59.
- Philip, Allan. Dansk international privat- og procesret. 3. udgave. København 1976 (cit. Philip, Dansk IP).
- Philip, Allan. EU-IP. Europæisk International Privat- og Procesret. 2. udgave. København 1994 (cit. Philip, EU-IP).
- Philip, Allan. Om domstolenes anvendelse af fremmed ret. *UfR* 1960 B, s. 149-166.
- Plender, Richard. The European Contracts Convention. The Rome Convention on the Choice of Law for Contracts. London 1991.
- Prop. 1912:58. Kungl Maj:ts proposition med förslag till lag om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskaps rättsverkningar samt till lag om ändrad lydelse af 70 § utsökningslagen.

- Prop. 1971:113. Kungl Maj:ts proposition med förslag till lag om internationella rättsförhållanden rörande adoption, m.m.
- Prop. 1973:129. Kungl. Maj:ts proposition med förslag till lag om anställningsskydd, m.m.
- Prop. 1973:158. Kungl. Maj:ts proposition med förslag till lag om ändring i lagen (1904:26 s. 1) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap och förmynderskap, m.m.
- Prop. 1973:175. Kungl. Maj:ts proposition om godkännande av konvention om lagkonflikter i fråga om formen för testamentariska förordnanden, m.m.
- Prop. 1982/83:38. Regeringens proposition om internationella namnregler.
- Prop. 1984/85:124. Regeringens proposition om internationella faderskapsfrågor, m.m.
- Prop. 1989/90:87. Regeringens proposition om vissa internationella frågor rörande makars förmögenhetsförhållanden.
- Pålsson, Lennart. Marriage and Divorce. IECL. Private International Law, Volume III. Chapter 16. Tübingen & Alphen a/d Rijn 1978 (cit. Pålsson, IECL).
- Pålsson, Lennart. Svensk rättspraxis i internationell familje- och arvsrätt. Stockholm 1986 (cit. Pålsson, Svensk rättspraxis).
- Pålsson, Lennart. Bryssel- och Luganokonventionerna. Stockholm 1995.
- Pålsson, Lennart. Svensk rättspraxis. Internationell privat- och processrätt 1976-1980. SvJT 1982, s. 214-251.

- Pålsson, Lennart. Rules, Problems and Trends in Family Conflict of Laws – Especially in Sweden. *Rec. des Cours* 1986:IV, s. 313-413.
- Pålsson, Lennart. Svensk rättspraxis. Internationell privat- och processrätt 1981-1985. *SvJT* 1987, s. 331-368.
- Pålsson, Lennart. Vårdnad och umgängesrätt i svensk internationell privaträtt. *Festschrift till Lars Hjernér*. Stockholm 1990. S. 485-512.
- Pålsson, Lennart. Svensk rättspraxis. Internationell privat- och processrätt 1986-1990. *SvJT* 1992, s. 475-503.
- Pålsson, Lennart. Schweden. Bülow & Böckstiegel & Geimer & Schütze (Hrsg.). *Der internationale Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen*. 1992 (cit. Pålsson, Bülow, m.fl.).
- Pålsson, Lennart. Nya lagvalsregler för försäkringsavtal. *SvJT* 1993, s. 43-63.
- Pålsson, Lennart. Underhållsfrågor och internationell privaträtt. *SvJT* 1993, s. 613-633.
- Raape, Leo. *Internationales Privatrecht*. Band I: Allgemeine Lehren. 6., neubearbeitete Auflage von Fritz Sturm. München 1977 (cit. Raape & Sturm).
- Reuterskiöld, C.A. Föreläsningar öfver privat internationell rätt. I. Om äktenskap, äktenskapsskillnad och förmynderskap enligt svensk-internationell rätt. Uppsala 1909 (cit. Reuterskiöld, Om äktenskap, m.m.).
- Reuterskiöld, C.A. Föreläsningar öfver privat internationell rätt. II. Handbok i svensk privat internationell rätt. Andra upplagan. Uppsala & Stockholm 1912 (cit. Reuterskiöld, Handbok).
- RP 60/1993. Regeringens proposition till riksdagen med förslag till lagar om ändring av lagen angående vårdnad och umgängesrätt.

- Rättegångsbalken I & II. Peter Fitger. Stockholm 1984-
- Samtleben, Jürgen. Der unfähige Gutachter und die ausländische Rechtspraxis. NJW 1992, s. 3057-3062.
- Sass, Stephen L. Foreign Law in Civil Litigation: A Comparative Survey. AJCL 1968/69, s. 332-371.
- von Savigny, Friedrich Carl. System des heutigen Römischen Rechts. Achter Band. Berlin 1849.
- Schack, Haimo. Internationales Zivilverfahrensrecht. München 1991.
- Schnyder, Anton K. Das neue IPR-Gesetz. Eine Einführung in das Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das internationale Privatrecht (IPRG). Zürich 1988.
- Schurig, Klaus. Interessenjurisprudenz contra Interessenjurisprudenz im IPR. Anmerkungen zu Flessners Thesen. RabelsZ 1995, s. 229-244.
- Schwenzer, Ingeborg. Stillschweigende Rechtswahl durch Prozessverhalten im österreichischen IPR. IPRax 1991, s. 129-131.
- Schwind, Fritz. Internationales Privatrecht. Lehr- und Handbuch für Theorie und Praxis. Wien 1990 (cit. Schwind, IPR).
- Schwind, Fritz. Das österreichische IPR-Gesetz im deutschsprachigen Rechtskreis. RabelsZ 1990, s. 251-268.
- Schütze, Rolf A. Der Abschied von der Nichtrevisibilität ausländischen Rechts? EWS 1991, s. 372-373.
- Siehr, Kurt. Scherz und Ernst im Internationalen Privatrecht. Gedanken zur Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft des Kollisionsrechts. Festschrift für Imre Zajtay. Tübingen 1982. S. 409-437.
- Siesby, Erik. Lærebog i international privatret: almindelig del og formueret. 2 udgave. København 1989.

- Simitis, Spiros. Über die Entscheidungsfindung im internationalen Privatrecht. StAZ 1976, s. 6-15.
- Sohlberg, Stig. Tillämpning av främmande rätt. SvJT 1964, s. 740-742.
- SOU 1969:60. Internationell äktenskaps- och arvsrätt. Betänkande avgivet av Familjerättskommittén. Stockholm 1969.
- SOU 1983:25. Internationella faderskapsfrågor. Betänkande av utredningen om internationella faderskapsfrågor. Stockholm 1983.
- SOU 1987:18. Internationella familjerättsfrågor. Slutbetänkande av familjelagssakkunniga. Stockholm 1987.
- SOU 1987:73. Internationella förmynderskapsfrågor. Betänkande av förmynderskapsutredningen. Stockholm 1987.
- SOU 1989:100. Adoptionsfrågor. Slutbetänkande av förmynderskapsutredningen. Stockholm 1989.
- SOU 1993:98. Partnerskap. Del A. Betänkande av Partnerskapskommittén. Stockholm 1993.
- Stojanovic, Srdjan. Die Parteiautonomie und der internationale Entscheidungseinklang unter besonderer Berücksichtigung des internationalen Ehegüterrechts. Zürich 1983.
- Sturm, Fritz. Fakultatives Kollisionsrecht: Notwendigkeit und Grenzen. Festschrift für Konrad Zweigert zum 70. Geburtstag. Tübingen 1981. S. 329-347.
- Träskman, P.O. Främmande vin i egna läglar – utländsk rätt vid finsk domstol. JFT 1979, s. 499-514.
- Tueller, Douglas R. Reaching and Applying Foreign Law in West Germany: A Systematic Study. Stan. J.Int.Law 1983, s. 99-149.

- Undén, Östen. Internationell äktenskapsrätt enligt gällande svensk lag. Lund 1922 (cit. Undén, Internationell äktenskapsrätt).
- Undén, Östen. Studier i internationell äktenskapsrätt särskilt med hänsyn till Haag-konventionerna. I. Lund 1913 (cit. Undén, Studier).
- Varady, Tibor. Application of Foreign Law by Non-Judicial Authorities. Hague-Zagreb Essays 2. Hague-Zagreb Colloquium on the Law of International Trade. Hague Session 1976. Alphen aan den Rijn 1978. S. 204-215 (cit. Varady, Hague-Zagreb Essays).
- Varady, Tibor. Foreign Law before Domestic Authorities. Festschrift für Imre Zajtay. Tübingen 1982. S. 489-508 (cit. Varady, FS Zajtay).
- Vischer, Frank. General Course on Private International Law. Rec. des Cours 1992:I, s. 9-256.
- Vogel, Hans-Heinrich. Juridiska översättningar. Lund 1988.
- Walín, Gösta. Föräldrabalken och internationell föräldrarätt. 4 upplagan. Stockholm 1986.
- Welamson, Lars. Svensk rättspraxis: Civil- och straffprocessrätt. SvJT 1989, s. 497-652.
- Wengler, Wilhelm. Der deutsche Richter vor unaufklärbarem und unbestimmtem ausländischen Recht. JR 1983, s. 221-227.
- Westberg, Peter. Domstols officialprövning. En civilprocessuell studie i anslutning till RB 17:3 p 1. Lund 1988.
- Wilhelmsson, Thomas. Social civilrätt. Om behovsorienterade element i kontraktsrättens allmänna läror. Helsinki 1987.
- Wolf, Alfred. Das Europäische Übereinkommen v. 7.6.1968 betreffend Auskünfte über ausländisches Recht. NJW 1975, s. 1583-1586.

Zajtay, Imre. The Application of Foreign Law. IECL. Private International Law. Volume III, Chapter 14. Tübingen 1972 (cit. Zajtay, IECL).

Zajtay, Imre. Grundfragen der Anwendung ausländischen Rechts im Zivilprozeß. ZfRV 1971, s. 271-280.

Zweigert, Konrad. Zur Armut des internationalen Privatrechts an sozialen Werten. RabelsZ 1973, s. 435-452.

Zweigert, Konrad & Kötz, Hein. An Introduction to Comparative Law. Second Revised Edition. Oxford 1994.

Rättsfall

Sverige

NJA

NJA 1933 s. 364	s. 63
NJA 1935 s. 585	s. 63
NJA 1936 s. 291	s. 63
NJA 1939 s. 96	s. 37-38, 332 n. 1
NJA 1941 s. 350	s. 125 n. 19
NJA 1946 s. 310	s. 214 n. 253
NJA 1956 s. 337	s. 223 n. 275
NJA 1956 s. 343	s. 124 n. 16, 136 n. 48
NJA 1957 s. 135	s. 214 n. 254
NJA 1958 C 162	s. 214 n. 253
NJA 1960 C 518	s. 214 n. 253
NJA 1962 s. 123	s. 208, 214 n. 254, 215
NJA 1962 s. 305	s. 32 n. 13, 179 n. 140
NJA 1963 s. 136	s. 124 n. 16, 136 n. 48
NJA 1963 s. 489	s. 214 n. 253
NJA 1963 C 90	s. 214 n. 253
NJA 1963 C 922	s. 214 n. 253
NJA 1964 s. 1	s. 208 n. 241
NJA 1964 s. 247	s. 214 n. 253
NJA 1966 C 306	s. 214 n. 253
NJA 1967 s. 158	s. 149 n. 72, 150 n. 73, 159 n. 94
NJA 1967 s. 300	s. 32 n. 14
NJA 1968 s. 126	s. 310-311
NJA 1968 s. 372	s. 257 n. 71
NJA 1969 s. 145	s. 179 n. 140
NJA 1969 s. 163	s. 38, 63

NJA 1969 s. 301	s. 214 n. 253
NJA 1969 C 459	s. 214 n. 253
NJA 1969 C 1241	s. 214 n. 253
NJA 1970 s. 274	s. 214 n. 254
NJA 1970 s. 420	s. 139 n. 54
NJA 1970 C 1064	s. 32 n. 14
NJA 1970 C 1255	s. 214 n. 254
NJA 1970 C 1327	s. 224
NJA 1971 s. 345	s. 224
NJA 1973 s. 57	s. 134-135, 138, 139-140, 146, 181 n. 146, 205, 209, 214 n. 253, 215, 238 n. 11, 240 n. 15, 257 n. 71, 316 n. 51
NJA 1973 s. 151	s. 214 n. 254
NJA 1973 A 17	s. 214 n. 254
NJA 1974 s. 7	s. 149 n. 71, 150 n. 73, 180 n. 143 och n. 144
NJA 1974 s. 324	s. 32 n. 14, 33 n. 17
NJA 1974 s. 629 I	s. 32 n. 14, 225 n. 282
NJA 1977 s. 92	s. 135-137, 138-139, 146, 148-149, 150, 161, 175, 182-183, 189 n. 175
NJA 1977 s. 325	s. 180 n. 144
NJA 1977 C 269	s. 213-214
NJA 1978 s. 590	s. 137-139, 145, 146-147, 181 n. 145, 257, 316 n. 51, 330 n. 72
NJA 1979 s. 242	s. 214 n. 254
NJA 1982 C 25	s. 139 n. 54
NJA 1983 s. 573	s. 149 n. 71, 163, 180 n. 144
NJA 1984 s. 404	s. 125 n. 18, 150 n. 73, 153 n. 84, 162-163
NJA 1984 s. 693	s. 50 n. 7
NJA 1985 s. 651	s. 218
NJA 1986 s. 119	s. 33 n. 17
NJA 1986 s. 338	s. 222, 224
NJA 1986 s. 615	s. 138 n. 51, 149 n. 71
NJA 1986 s. 690	s. 40 n. 27
NJA 1986 s. 712	s. 150 n. 73, 158-159
NJA 1986 C 22	s. 215-216
NJA 1987 s. 600	s. 179 n. 140
NJA 1987 s. 815	s. 135, 139-141, 146, 189 n. 175

NJA 1987 s. 885	s. 151 n. 77, 191 n. 182, 237 n. 9, 304 n. 18, 316, 323- 326, 328, 348 n. 63
NJA 1988 s. 105	s. 215 n. 256
NJA 1988 s. 308	s. 211 n. 246, 212 n. 249
NJA 1988 s. 440	s. 321-322
NJA 1989 s. 95	s. 213, 257 n. 71
NJA 1989 C 83	s. 213 n. 251, 257 n. 71
NJA 1990 s. 726	s. 141, 146
NJA 1990 s. 734	s. 31 n. 9, 141 n. 60, 159 n. 93
NJA 1991 s. 21	s. 218, 316 n. 52
NJA 1991 s. 43	s. 142-144, 146, 189 n. 175
NJA 1991 A 2	s. 212 n. 249
NJA 1992 s. 93	s. 222-223, 224
NJA 1992 s. 278	s. 134, 144-146, 147
NJA 1992 s. 733	s. 325 n. 62
NJA 1992 s. 823	s. 313 n. 45
NJA 1992 C 1	s. 213 n. 251
NJA 1992 C 112	s. 208 n. 239
NJA 1993 s. 65	s. 32 n. 13, 179 n. 140
NJA 1993 s. 107	s. 227 n. 287
NJA 1993 s. 341	s. 83 n. 80, 128 n. 28, 129 n. 31, 131 n. 36, 159-162, 175-178, 183, 189, 193, 237 n. 8, 243 n. 25, 244 n. 28, 316 n. 53, 328 n. 67, 346 n. 57
NJA 1993 s. 420	s. 40 n. 27, 149 n. 71, 180 n. 144
NJA 1995 s. 356	s. 31 n. 9

RÅ

RÅ 1970 ref. 31	s. 226 n. 285, 319
RÅ 1970 s. 432	s. 203 n. 223, 226 n. 285
RÅ 1970 S 433	s. 320 n. 56
RÅ 1971 S 190	s. 320
RÅ 1988 ref. 100	s. 231 n. 297

AD

AD 1977 nr 9	s. 151 n. 77, 152 n. 78 och n. 80
AD 1981 nr 24	s. 151 n. 75, 155 n. 87
AD 1982 nr 82	s. 151 n. 77, 152 n. 78 och n. 80
AD 1988 nr 143	s. 129 n. 31, 152-153, 154 n. 85, 157-158, 163 n. 100
AD 1988 nr 177	s. 131 n. 36, 153-155, 157-158
AD 1989 nr 120	s. 152 n. 79 och n. 80
AD 1991 nr 71	s. 152 n. 80, 155-156, 158
AD 1992 nr 10	s. 151 n. 77, 239 n. 14, 240 n. 17, 326 n. 64, 338, 353
AD 1993 nr 40	s. 152 n. 79, 156-157, 158
AD 1995 nr 113	s. 153 n. 84, 157-158

SvJT

SvJT 1950 s. 958	s. 316, 318, 322, 326-327, 336 n. 14, 344
SvJT 1971 rf s. 18	s. 321, 322

RH

RH 1980:95	s. 139 n. 54
RH 1981:50	s. 139 n. 53
RH 1981:199	s. 217 n. 261
RH 1986:23	s. 215 n. 256
RH 1987:85	s. 215 n. 256, 216
RH 1989:40	s. 227, 354 n. 83
RH 1989:82	s. 207-208
RH 1989:86	s. 219
RH 1991:104	s. 215 n. 256, 216
RH 1993:2	s. 45 n. 37
RH 1993:53	s. 40 n. 28, 227-228, 320 n. 57
RH 1993:105	s. 220 n. 265
RH 1993:116	s. 40 n. 27, 347 n. 60
RH 1994:39	s. 208 n. 239, 217 n. 261, 341 n. 34

ND 1994 s. 38 s. 265 n. 103, 316 n. 51

FÖD 84:18 s. 226 n. 283

HD 1978 II 80 s. 224 n. 278

UfR 1918. 212 H s. 161 n. 96
UfR 1959. 419 SH s. 348, 351 n. 74
UfR 1960. 104 H s. 326 n. 65

BGH, NJW 1961, s. 410	s. 351 n. 74
BGH, NJW 1976, s. 474	s. 186 n. 166
BGH, NJW 1976, s. 1518	s. 238 n. 12
BGH, IPRspr. 1977 Nr. 98 b	s. 357 n. 90
BGH, NJW 1978, s. 496	s. 347 n. 61
BGH, NJW 1982, s. 1215	s. 351 n. 74, 357 n. 90
BGH, NJW 1991, s. 1418	s. 76 n. 60, 247 n. 36, 264-265, 358 n. 96
BGH, NJW 1993, s. 2305	s. 76 n. 60, 84 n. 95, 86 n. 95, 88-89, 172 n. 128

Frankrike

- Cour de cass. 12.5.1959, Rev.crit.d.i.p. 1960,
s. 62 f. (*Bisbal*) s. 84
- Cour de cass. 2.3.1960, Rev.crit.d.i.p. 1960, s. 97
(*C.A.C.B.*) s. 84-85
- Cour de cass. 11.7.1961 (*Bertoncini*) s. 85

Storbritannien

- Sasby v. Foulton (1909) 2 K.B. 208 s. 270 n. 125
- Smith Kline & French Laboratories Ltd.
and Others v. Bloch (1983), 2 All ER 72 s. 72 n. 48

Sakregister

- adoptionsärenden s. 208 n. 239, 217-220, 282-283
- alternativa lagvalsregler s. 66, 176
- anknytningsled s. 46
- anställningsavtal s. 151-158
- arv s. 34-36, 37, 40-41, 167-168
- avtalsrättsliga tvister s. 124-127, 135-137, 141, 148
- avtal om utländsk lags innehåll s. 311-314
- beaktande av innehållet i utländsk rätt s. 210, 212-213, 229
- Brysselkonventionen s. 72-73, 194-195
- comitas gentium s. 50
- déni de justice s. 22
- domicil, se hemvistprincipen
- domstols behörighet s. 21-22, 31-33, 72
- efterlevande make s. 34-37, 41
- elektiva lagvalsregler s. 127-128, 208 n. 240
- ensidiga lagvalsregler s. 57, 66
- erkännande av utländska avgöranden s. 21-23, 31-34, 70, 72-73
- Europarådskonventionen s. 272-299
- europaisk konvention ang. upplysningar om innehållet i utländsk rätt, se Europarådskonventionen
- ex officio-tillämpning av utländsk rätt
- allmänt s. 103-106, 116-118, 119, 123, 129-130, 130-133
 - arbetsdomstolens praxis s. 151-158
 - dispositiva mål s. 124-127, 128, 133-151, 158-163, 174-178, 187-203
 - EG-rättsliga regler s. 194-199
 - indispositiva mål s. 204-228
 - rättsjämförande perspektiv s. 81-89, 195-197, 260-272
 - förvaltningsmyndigheter s. 228-232

faderskapsmål s. 134-135, 208-209, 214-216
 fakultatives Kollisionsrecht s. 86, 87 n. 99
 fastighetsförmedling s. 142-144
 felaktig tillämpning av utländsk rätt s. 74-75, 272, 328-331
 flerrättsordning s. 47-48
 forum shopping s. 70-73, 195
 forumstaten s. 48
 främlingsrättsliga regler s. 90-91
 förmynderskap s. 321
 försäkringsavtal s. 141
 förvaltningsmyndigheter s. 228-234
 Haagkonferensen för internationell privaträtt s. 43, 60 n. 29,
 61, 67-70, 98-100
 hemvistprincipen s. 42, 44-45, 251-252
 holografiskt testamente s. 159-162, 175-178, 193-194
 hypotetisk partsvilja s. 125, 162, 197
 individualiserande metod s. 144, 152, 158
 internationell beslutsharmoni s. 57-58, 59-61
 intertemporala spörsmål s. 310-311
 intresseavvägningar vid lagvalet s. 81-82
 isolationsprincipen s. 56 n. 20, 121
 iura novit curia s. 110-114
 jurisprudence Bisbal s. 84-86
 konkludent lagvalsöverenskommelse s. 126, 149
 konossement s. 321-322
 konventionen om domstols behörighet och om verkställighet
 av domar på privaträttens område, se Brysselkonventionen
 konventionen om tillämplig lag för avtalsförpliktelser, se
 Romkonventionen
 konventionsgrundade lagvalsregler s. 55, 161-162, 191-198,
 244-245
 kvalifikation s. 34-37, 216 n. 259
 law shopping s. 71-72
 lex domicilii s. 45
 lex fori s. 48
 lex fori-principen s. 120-121, 224-225, 317-318, 357 n. 90
 lex forism s. 120-121, 224-225, 317-323

lex patriae s. 45
lex probabilis s. 351-353
likställighetsprincipen s. 56, 104, 120, 302
lojal tillämpning av utländsk rätt s. 122-123, 300-315
lucka i tillämplig främmande lag s. 307-310
makars förmögenhetsförhållanden s. 36-37, 77-78, 79-80,
139-141
nationalitetsprincipen s. 42-44
normled s. 46-47
offentligrättslig lagstiftning s. 56 n. 20, 121, 155
officialprincipen s. 205
ordre public s. 38-42, 305
partsautonomi s. 124-127, 128, 135-139, 188-189
processekonomiska hänsynstaganden s. 33, 72, 87, 184-185,
200, 243, 245, 314
processhandlingar s. 129-130, 164-166
processledning s. 178-187, 190, 191, 200
processuella lagvalsavtal s. 133-148, 208-209
prövning av äktenskapshinder s. 231-232, 233, 237 n. 6, 239
registrerat partnerskap s. 308-309
renvoi s. 37-38
revision s. 328-331
Romkonventionen s. 73, 194-199
rättskällor s. 29-31
von Savignys lagvalssystem s. 51-54, 55-56, 57
sociala skyddsintressen s. 153, 156, 190-191, 324
starkaste anknytningens lag s. 55-56
stadfästelse av utländska skilsmässobeslut s. 213-214
statut s. 45
statutteorier s. 52
summarisk process s. 202-203
talans avvisning s. 340-347
talans ogillande s. 337-340
talans prövning enligt svensk lag s. 334-335, 348-351, 353-354
territorialitetsprincipen s. 120 n. 1
tillämpningsled s. 46
typfrämmande rättsinstitut s. 40 n. 27, 346-347

tvåsidiga lagvalsregler s. 56-57

underhåll s. 134-135, 137-139, 144-146, 149 n. 71, 163, 180-182, 205

utomobligatoriskt skadestånd s. 38, 158-159

utredning av innehållet i främmande lag

- allmänt s. 235-247, 316-328
- Europarådskonventionen s. 272-299
- förvaltningsmyndigheter s. 232-234
- UD:s roll s. 236-237, 248-259, 275, 279, 288-290
- utebliven utredning s. 102-103, 114-115, 240, 332-359
- utländska modeller
 - England s. 196-197, 269-272
 - Finland s. 355-358
 - Schweiz s. 247, 267-269, 356, 358
 - Tyskland s. 74-75, 247, 260-265, 292-293, 357 n. 90, 358
 - Österrike s. 247, 265-267, 356, 358

utredningsbestämmelser s. 106-110, 174 n. 131, 236, 249-250, 327

uttryckligt lagvalsavtal s. 126

vårdnadsfrågor s. 40, 202-203, 205, 207-208, 220-228, 305-306, 319-320

välförvärvade rättigheter s. 51

åberopandeprincipen s. 118-119

åberopsbörda s. 154 n. 86, 164-178, 186-187

återförvisning, se renvoi

återkallelse av lagvalsavtal s. 134-135, 139-141, 181 n. 146

återkallelse av testamente s. 318

äktenskapsförord s. 139-141

äktenskapsmål s. 211-213

ömsesidighetsprincipen s. 56 n. 20, 61

Nationella gränser blir allt mindre betydelsefulla, det internationella samarbetet intensifieras och lagstiftningen förutsätter i tilltagande utsträckning att domstolar och andra myndigheter tillämpar utländsk rätt. Erfarenhetsmässigt är dock användningen av främmande lag en svår uppgift och rättstillämpningen blir sällan av samma kvalitet som när endast inhemsk rätt skall beaktas.

I denna bok diskuteras de problem som uppstår när frågor om tillämpning av utländsk rätt aktualiseras. Vem – domstolen eller parterna – bör ta initiativet till användning av utländsk rätt? Hur långtgående bör domstolens materiella processledning vara i detta hänseende? Vem skall sörja för utredningen angående den främmande lagens innehåll? Vilka krav bör en godtagbar utredning uppfylla? Vilka krav bör ställas på själva tillämpningen av den främmande lagen? Sist men inte minst, vilken lösning bör domstolen välja när den utländska rättens innehåll har förblivit outrett?

Trots problematikens stora praktiska betydelse är det i flera hänseenden ovisst vad som gäller. Boken avser att klargöra rättsläget särskilt i fråga om rollfördelningen mellan domstol och parter.

Maarit Jänträ-Jareborg är docent och universitetslektor vid Juridiska institutionen i Uppsala. Hon har också varit verksam som sakkunnig i Justitiedepartementet.



IUSTUS FÖRLAG
Juridiska Föreningen i Uppsala

ISSN
0282-2040

ISBN
91-7678-338-3