

Jämkning av familjerättsliga avtal med stöd av 36 § avtalslagen

*Den oskäligen skifteslikviden**

TOVE LINDGREN**

1. Inledning

I den här artikeln behandlas *NJA 2020 s. 624* (Den oskäligen skifteslikviden). Rättsfallet är det senaste i en rad avgöranden där HD har tagit ställning till frågor som ligger i gränslandet mellan förmögenhetsrätt och familjerätt.¹ I fallet var prejudikatfrågan huruvida andra utgångspunkter än rent förmögenhetsrättsliga ska antas vid tillämpning av avtalslagens ogiltighetsregler på familjerättsliga avtal. HD angav att hänsyn skulle tas till familjerättsliga avtals särdrag och pekade också ut vissa sådana särdrag. Det kan uppfattas som att HD mot bakgrund av dessa särdrag landade i slutsatsen att bodelningsavtal som innebär en kraftig skevdelning jämfört med äktenskapsbalans hälftindelning som utgångspunkt ska jämkas, om avtalet ingåtts under

* Har tidigare publicerats i *Juridisk Tidskrift* Nr 2 2021/22 s. 453 ff. Artikeln har genomgått vetenskaplig expertgranskning (peer review).

** Doktorand i civilrätt vid Stockholms universitet och verksam vid Stockholm Centre for Commercial Law. Ett stort tack för värdefulla synpunkter riktas till Jori Munukka, Alexander Unnersjö, Algot Bengtsson och Pernilla Leviner. Tack också till den anonyma granskaren för noggrann läsning och konstruktiva förslag. De fel och misstag som kvarstår är endast mina egna.

¹ Se *NJA 2016 s. 1057* där en make hade bekostat renovering av makarnas samägda bostadsfastighet. HD löste frågan om kostnadsfördelning mellan makarna på allmän förmögenhetsrättslig väg, trots att parterna argumenterade utifrån familjerättsliga regler. I *NJA 2017 s. 168* (Mahr) hade HD att ta ställning till om ett visst avtal ingånget mellan makar var att betrakta som ett förmögenhetsrättsligt eller familjerättsligt avtal och i *NJA 2019 s. 23* (Den betalande sambon) var frågan om principen om obehörig vinst kunde grunda en ersättningsrätt i ett samboförhållande. Frågor som hamnar i dessa gränsområden mellan förmögenhetsrätten och andra rättsområden har lagstiftaren i flera fall lämnat till rättstillämparen att lösa, se till exempel *SOU 1974:28 s. 100 f.* och *prop. 1975/76:81 s. 113*.

”omständigheter som inger betänkligheter”. Här diskuteras om de faktorer som enligt HD konstituerar familjerättsliga avtals särprägel verkligen träffar helt rätt. I artikeln diskuteras om inte HD:s bild av familjerättsliga avtals särdrag behöver kompletteras med andra karakteristika och att det med beaktande av dessa ytterligare karakteristika kanske inte skulle vara lika självklart att jämkning ska ske av bodelningsavtal som innebär en kraftig skevdelning.²

2. Bakgrund och underinstansernas domar

I samband med äktenskapsskillnad hade två makar undertecknat ett bodelningsavtal. I avtalet angavs att parterna var överens om att boets tillgångar och skulder vid bodelningen skulle fördelas så att kvinnan skulle överta parternas gemensamma bostadsfastighet samt de lån som belastade fastigheten. Det medförde att hennes nettolikvid uppgick till cirka fyra miljoner kronor. Mannen skulle varken få tillgångar eller ta över några skulder. Enligt äktenskapsbalkens regler skulle kvinnan ha haft att kompensera mannen med en skifteslikvid om hälften av hennes överskott, det vill säga cirka två miljoner kronor. I avtalet angavs dock att ”[Kvinnan] och [mannen] har, oavsett vad som ovan angivits, överenskommit att en skifteslikvid om totalt 880 000 kronor ska erläggas av [kvinnan] till [mannen].” Under perioden innan bodelningsavtalet slöts hade mannen mått psykiskt mycket dåligt. Kort efter att avtalet undertecknats hade kvinnan betalat skifteslikviden om 880 000 kronor till mannen.

Mannen väckte cirka två år senare talan i första hand om att bodelningsavtalet skulle förklaras ogiltigt med stöd av grunderna för 31–33 §§ avtalslagen.³ I andra hand yrkade han att avtalet skulle jämkas enligt grunderna för 36 § avtalslagen. Tingsrätten jämkade bodelningsavtalet i enlighet med mannens andrahandsyrkande på så sätt att en hälftindelning av överskottet skulle ske. Kvinnan överklagade tingsrättens dom. Hovrätten ändrade tingsrättens dom och ogillade käromålet.

² Termen ”skevdelning” för tanken till 12 kap. 1 § äktenskapsbalken, som kan tillämpas endast till förmån för den make med nettogiftorättsgods av högst värde. Termen används emellertid av HD i domen i meningen avvikelse från balkens hälftdelningsregel, varför jag också gör det (se till exempel HD:s dom p. 28).

³ Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område.

3. HD:s dom

HD redogjorde inledningsvis för vissa grunder för bodelning vid äktenskapskillnad.⁴ När ett äktenskap upplöses ska bodelning, förutom i undantagsfall, genomföras. Bodelningen förrättas av makarna tillsammans och över bodelningen ska det upprättas en handling som ska undertecknas av bägge makarna. Makarna har dels en allmän upplysningsplikt enligt vilken de är skyldiga att lämna varandra information av betydelse för att kunna bedöma familjens ekonomiska förhållanden, dels en särskild redovisnings- och upplysningsplikt i samband med bodelningen.⁵ Den särskilda redovisnings- och upplysningsplikten innebär att varje make är skyldig dels att redovisa såväl sin egen egendom som sådan egendom som maken har haft hand om men som tillhör den andra maken, dels att i övrigt lämna uppgifter som kan vara av betydelse. Syftet med bodelningen är att lösa fördelningen av makarnas giftorättsgods och har inget annat avtalats ska makarnas nettogiftorättsgods delas lika mellan dem.⁶ Äktenskapsbalkens regler om bodelningsförfarandet är dispositiva; i princip råder avtalsfrihet mellan makar som vill göra en annan uppdelning än den som anges i äktenskapsbalken.

Därefter redogjorde HD för de ogiltighetsregler i avtalslagen som hade åberopats i målet.⁷ HD konstaterade att vissa av bestämmelserna bildar en yttre ram för parternas avtalsfrihet medan andra snarare syftar till att komma till rätta med situationer då ena partens vilja varit en annan än vad som har kommit till uttryck i avtalet. I de fall som omfattas av 31 § eller 33 § avtalslagen har båda parterna vid avtalets ingående i och för sig haft den gemensamma vilja som avtalet ger uttryck för, men den förfördelade partens vilja har påverkats av förhållanden av sådant slag att avtalet inte bör bli bestående. Dessa bestämmelser tar närmast sikte på hur avtalet har ingåtts. Angående tillämpningen av 32 § första stycket avtalslagen om förklaringsmisslag, uttalade HD att den bestämmelsen omfattar fall där den ena parten inte haft den vilja som avtalet ger uttryck för. HD konstaterade att det väsentliga med bestämmelsen egentligen är det som framgår motsatsvis; om motparten

⁴ HD:s dom p. 8–11.

⁵ 1 kap. 4 § och 9 kap. 3 § äktenskapsbalken.

⁶ 10 kap. 1 § och 11 kap. 3 § äktenskapsbalken.

⁷ HD:s dom p. 12, 14, 16, 17 och 18. I målet var 31, 32, 33 och 36 §§ avtalslagen åberopade. I stämningsansökan hade psykisk störning också åberopats, med den följd att avtalet skulle ogiltigförklaras enligt lagen (1924:323) om verkan av avtal, som slutits under påverkan av en psykisk störning. Den grunden tycks dock ha frånfallits tidigt i processen; den fanns inte med i någon domstols dom.

är i god tro blir den som har avgett den felaktiga viljeförklaringen normalt bunden av den. Därefter angav HD att 36 § avtalslagen kan komma till användning både när det har funnits brister i en parts vilja, och när viljan i och för sig förelegat men denna har påverkats på ett oacceptabelt sätt vid avtalets tillkomst. Paragrafen kan också aktualiseras när avtalets innehåll är sådant att en missgynnad part inte bör vara bunden. En helhetsbedömning ska företas när domstolen överväger att tillämpa 36 §.

HD konstaterade sedan att det för vissa familjerättsliga avtal finns ogiltighetsregler i äktenskapsbalken men att en sådan regel saknas för bodelningsavtal.⁸ Avtalslagen är direkt tillämplig endast på förmögenhetsrättsliga avtal, men i förarbetena till äktenskapsbalken anges att familjerättsliga avtal kan ogiltigförklaras eller jämkas enligt grunderna för avtalslagen. En fråga som har diskuterats i doktrin är om det ska vara svårare eller lättare att få ett bodelningsavtal ogiltigförklarat eller jämkat jämfört med vad som gäller i fråga om förmögenhetsrättsliga avtal. Efter att ha konstaterat att praxis – NJA 1961 s. 124 (Exmannens arbetsoförmåga) och NJA 1982 s. 230 (Det innehållslösa bodelningsavtalet) – inte ger något entydigt svar i frågan angav HD att förutsättningarna vid familjerättsliga avtal i vissa avseenden avviker från vad som i regel gäller vid förmögenhetsrättsliga avtal. Hänsynen till omsättningsintresset gör sig inte gällande på samma sätt på familjerättens område som på förmögenhetsrättens. Vidare har makar en mer långtgående upplysningsplikt om sina ekonomiska förhållanden än vad som normalt gäller mellan två parter i ett förmögenhetsrättsligt avtal. Det nära förhållandet mellan makar kan innebära att den ena maken har ett större inflytande över den andre än vad som brukar vara fallet mellan avtalsparter på förmögenhetsrättens område och det styrkeförhållandet konstaterades kunna bestå även under och efter en skilsmässa. HD konstaterade vidare att den ena eller båda makarna ofta är känslomässigt påverkade av situationen och att de av det skälet kan ha svårare att tillvarata sina ekonomiska intressen. Enligt HD bör hänsyn tas till dessa särdrag när grunderna för avtalslagens bestämmelser om ogiltighet tillämpas på familjerättsliga avtal.

Efter att ha konstaterat att fördelningen i ett bodelningsavtal kan jämföras med den som gäller enligt lag gjorde HD följande uttalande om de principiella utgångspunkterna när fråga är huruvida en avtalad skevdelning ska jämkas.

⁸ HD:s dom p. 19–20.

En fördelning som avviker påtagligt från den som skulle ha skett enligt lag kan i och för sig bero på att något i parternas relation, t.ex. hänsynen till gemensamma barn, har gjort att båda efter moget övervägande har ansett att en sådan avvikelse är befogad. Om det emellertid samtidigt föreligger omständigheter kring avtalets ingående som visar att den ena makens vilja inte överensstämmer med vad som kommit till uttryck i avtalet, eller att denne ingick avtalet under inverkan av omständigheter som inger betänkligheter, kan det tala för en jämkning av avtalet eller för att det helt eller delvis ska lämnas utan avseende.⁹

Därefter övergick HD till bedömningen i det konkreta fallet. HD konstaterade att fördelningen hade inneburit en kraftig skevdelning till nackdel för mannen. Mot bakgrund av parternas inriktning att låta barnen bo kvar i sitt uppväxthem var skevdelningen dock inte i sig nog för att jämka eller ogiltigförklara avtalet. Därefter konstaterade HD helt kort att det genom utredningen inte var klarlagt att mannen vid avtalets ingående hade haft en annan vilja än den som kunde utläsas av avtalet eller att han vid avtalets ingående givit uttryck för något sådant. Hade då avtalet ingåtts under inverkan av omständigheter som ingav betänkligheter? I punkterna 30–32 i HD:s dom angavs en rad omständigheter:

- När avtalet ingicks hade det gått omkring en månad sedan mannen tvångsvårdades inom psykiatri efter ett självmordsförsök.
- Mannen blev väldigt uppriven av kvinnans besked om att hon önskade skiljas.
- Han tog ledigt från arbetet på obestämd tid.
- Han slutade medicinera mot depression.
- Han började dricka alkohol i stora mängder.
- Han var i mycket dåligt mentalt skick.
- Han ville snabbt slutföra bodelningen i syfte att få loss pengar till en längre utlandsresa.
- Mannens mentala tillstånd var synligt för kvinnan och hon kände till samtliga omständigheter ovan.
- Kvinnan formulerade innehållet i avtalet, genom användning av en avtalsmall och i mannens närvaro.
- I parternas relation var hon den stabila personen och mannen hyste stor tillit till henne, något som hon måste ha varit medveten om.

⁹ HD:s dom p. 26.

HD gjorde bedömningen att kvinnan sammantaget måste ha insett att mannen vid avtalets ingående var kraftigt ur balans och att det fanns en risk för att det var hans nedsatta tillstånd som gjorde att han accepterade ett villkor som gav henne så påtagliga ekonomiska fördelar. Vid en helhetsbedömning av samtliga omständigheter runt avtalets ingående sammantaget med den kraftiga skevdelningen mellan makarna konstaterade domstolen att det aktuella avtalsvillkoret var oskäligt. Avtalet skulle därför jämkas enligt grunderna för 36 § avtalslagen så att kvinnan i stället skulle utge en skifteslikvid som motsvarade en hälftindelning.¹⁰

4. Likheter och skillnader mellan familjerättsliga och förmögenhetsrättsliga avtal

4.1 Inledning

Målet rörde frågan om ett bodelningsavtal skulle förklaras ogiltigt eller jämkas enligt grunderna för vissa bestämmelser i avtalslagen. Prejudikatfrågan var huruvida bedömningen då ska göras med delvis andra utgångspunkter än när bestämmelserna tillämpas direkt på förmögenhetsrättsliga avtal.¹¹ Frågan besvarades jakande: Delvis andra utgångspunkter *ska* antas när man överväger att tillämpa avtalslagens ogiltighetsregler på ett bodelningsavtal. De *särdrag* som utmärker familjerättsliga avtal ska alltså beaktas.¹² HD angav i domen fyra särdrag som utmärker bodelningsavtal. Det första särdraget som angavs var att *omsättningsintresset* inte gör sig gällande lika starkt som inom förmögenhetsrätten. Det andra var att makar har en *upplysningsplikt* gentemot varandra som är mer långtgående än vad som gäller inom förmögenhetsrätten. Det tredje var att det, enligt HD, på familjerättens område oftare kan förekomma ojämna *styrkeförhållanden* än vad som är vanligt inom förmögenhetsrätten – och att dessa kan bestå även under och efter skilsmässan. Det fjärde särdraget som HD identifierade var att makarna ofta är *känslomässigt påverkade* av situationen. Dessa särdrag diskuteras och problematiseras i avsnitt 4.2 nedan. Därefter diskuteras om det finns ytterligare särdrag som präglar de familjerättsliga avtalen (avsnitt 4.3). Innan HD avgjorde det konkreta fallet angav domstolen i punkten 26 (som citeras i avsnitt 3 ovan) en metod för att avgöra om ett bodelningsavtal bör jämkas. Metoden

¹⁰ HD:s dom p. 32 och 33.

¹¹ HD:s dom p. 1.

¹² HD:s dom p. 25.

diskuteras i avsnitt 4.4 och slutligen diskuteras den av HD valda rättsföljden i målet (avsnitt 4.5).

4.2 Familjerättsliga avtals särdrag

4.2.1 Särdrag 1: Omsättningsintresset gör sig inte gällande

Det sägs ibland att de förmögenhetsrättsliga reglerna syftar till att främja samhällsekonomin eller ekonomisk effektivitet. Att varor kan överlåtas eller pantsättas – alltså omsättas – fritt på en marknad, har då för samhällsekonomin funktionssätt ett värde i sig självt.¹³ HD konstaterade i domen att omsättningsintresset ”inte gör sig gällande på samma sätt” för familjerättsliga avtal som för avtal på förmögenhetsrättens område. Detta menade HD motiverar att partsviljan bakom ett avtal tydligare får komma i förgrunden i stället för vikten av att skydda en avtalsparts tillit.¹⁴

Det är inte alldeles klart hur detta ska förstås. Å ena sidan är det riktigt att ett av förmögenhetsrättens – men inte familjerättens – främsta syften är att främja ekonomisk effektivitet. Å andra sidan motiveras tillitsprincipen knappast av *endast* omsättningsintresset. Det är ju inte bara i fall där ett avtal utgör en del av den allmänna omsättningen som en part ska kunna lita på motpartens viljeförklaring. Det enskilda avtalet har ju för övrigt – varken på förmögenhetsrättens eller familjerättens områden – mycket sällan någon omedelbar koppling till eller effekt på samhällsekonomin. Poängen är ju att parter *i allmänhet* ska kunna förlita sig på att avtal hålls – det gyn-

¹³ Flodgren, B., *Civilrätten i ett framtidsperspektiv*, SvJT 100 år, 2016, s. 24, Lehrberg, B., *Avtalsrätts grundelement*, 2 u. 2006, s. 47 f., Lindskog, S., *Betalning*, 2 u. 2018, s. 47 ff. och Lindskog, S., *Oskälighetsbegreppet i 36 § avtalslagen*, JT 2005–06, s. 275 ff. på s. 301. I den familjerättsliga litteraturen har bland andra Agell och Wallin diskuterat omsättningsintressets betydelse för familjerättsliga avtal. Se Agell, A. *Familjerättsliga avtals rättsgiltighet*, TFR 1987, s. 68 ff. och Wallin, G., *Avtal mellan makar*, 1958, s. 122 ff.

¹⁴ HD:s dom p. 23. I domen hänvisas till Wallin, 1958 och Agell, A. & Brattström, M., *Äktenskap Samboende Partnerskap*, 6 u. 2018, s. 161. De senare anger att omsättningsintresset brukar åberopas till stöd för tillitsgrundsatsen, men att eftersom avtal mellan makar inte utgör något inslag i den allmänna omsättningen bör tillitsgrundsatsen tillmätas mindre betydelse än inom förmögenhetsrätten. Författarna hänvisar till Björling, G., *Löftes- och tillitsgrundsatsernas tillämplighet utanför förmögenhetsförhållanden*, Nordiska juriststämman 1926, s. 52. Björling tycks dock mena att vad gäller avtal mellan makar där det ekonomiska intresset är ”helt förhärskande” hänsyn bör tas till tillitsgrundsatsen på samma sätt som inom förmögenhetsrätten. Björling anger bodelningsavtal som ett exempel på sådana primärt ekonomiska avtal (s. 64 f.).

nar omsättningen.¹⁵ Nog finns det ett allmänt intresse av att en make efter en skilsmässa ska kunna inrätta sig efter en överenskommelse om delning av makarnas ekonomi, trots att en sådan överenskommelse inte har någon omedelbar koppling till samhällsekonomin. I NJA 1978 s. 132 konstaterade HD att en bodelning förr eller senare leder till nya dispositioner över den fördelade egendomen. Med hänsyn därtill låg det i den allmänna omsättningens intresse att ett visst skifte betraktades som definitivt.¹⁶

De senaste åren har HD åberopat omsättningsintresset flera gånger, men oftast utan att närmare ange vad detta intresse innebär.¹⁷ I NJA 2013 s. 1190 – som rörde frågan om avräkningsordningen vid odestinerade betalningar – angav HD emellertid att sådana principer som skapar förutsebarhet och inte verkar konflikt drivande främjar omsättningsintresset.¹⁸ Mot bakgrund av att bodelningssystemet är tänkt att vara så enkelt att makar i allmänhet ska kunna genomföra bodelningen på egen hand föreligger intresset av att skapa regler som är förutsebara och inte verkar konflikt drivande också på detta område.¹⁹ Bodelning är i regel obligatorisk,²⁰ och med hänsyn till att skilsmässofrekvensen är hög är det kanske särskilt angeläget att detta område präglas av enkelhet och låga konflikt nivåer. Idag är det inte många makar som söker juridiskt biträde för att genomföra bodelning och i regel blir makarna också

¹⁵ Angående att förutsebarhet gynnar omsättningsintresset påpekar Lindskog att detta ju inte bara gäller förmögenhetsrätten utan rättsordningen i stort. Lindskog, 2018, s. 48.

¹⁶ NJA 1978 s. 132 på s. 136. Se också Domeij, B., Coase, externa effekter och omsättningens intresse, JT 2000–01, Festskrift till Ulf Bernitz, s. 5 ff. på s. 16 f.

¹⁷ Från senare tid se till exempel NJA 2009 s. 570 där omsättningsintresset åberopades för att motivera tillåtligheten av en viss typ av överlåtelse, NJA 2011 s. 739 där omsättningsintresset åberopades för att förklara varför en misstagsbetalare i ett visst fall inte ska återfå en misstagsbetalning och NJA 2017 s. 1045 där omsättningsintresset åberopades för att motivera borttagande av anteckning om förbehåll i fastighetsregistret. Se även Domeij, JT 2000–01, som delar in rättsfall där omsättningsintresset åberopats av HD i fyra olika kategorier: 1. *Condictio indebiti*-fall, 2. Fall där argumentet används för att skydda besittning av egendom, 3. Fall där försäljningar genomförts i flera led, och 4. Fall där argumentet använts för att betona vikten av ett stabilt och förutsebart rättsläge.

¹⁸ NJA 2013 s. 1190 p. 11.

¹⁹ Se Brattström, M. & Singer, A., Skuldförhållanden mellan sambor, Lexnova Expertkommentar, april 2019, avsnitt 4, där författarna anger: ”När det gäller familjerättsliga delningsregler för makar och sambor brukar det anföras att systemet bör vara enkelt att förstå och tillämpa samt vara utformat på ett sätt som inte är konflikt drivande. Motsvarande utgångspunkter bör enligt vår mening vara styrande när förmögenhetsrättsliga frågor ska avgöras med beaktande av familjerättsliga hänsyn.”

²⁰ Enligt 9 kap. 1 § äktenskapsbalken ska bodelning företas när ett äktenskap upplöses, förutom när bodelning inte behövs därför att all makarnas egendom är enskild och ingen begär att få överta den gemensamma bostaden.

nöjda med bodelningen.²¹ Krångliga och oförutsebara regler skulle kunna göra att den saken ändras. Om makarna inte lyckas komma överens om hur deras ekonomiska mellanhavanden ska lösas skulle tvisterna i domstol sannolikt öka. Att osäkerhet om respektive makes ekonomiska status därmed skulle föreligga under en tid gynnar inte omsättningsintresset. Men ett ännu starkare argument – än att förutsebara och icke-konflikt drivande regler på det här området gynnar omsättningen – är nog att det är *rättspolitiskt önskvärt* att i så hög grad som möjligt hålla konfliktnivåerna låga på det här området, särskilt eftersom det ofta finns barn med i bilden.

4.2.2 Särdrag 2: En långtgående upplysningsplikt

Ytterligare ett särdrag avseende familjerättsliga avtal är, enligt HD, att makar har en mer långtgående upplysningsplikt om sina ekonomiska förhållanden än vad som normalt gäller inom förmögenhetsrätten. Enligt 1 kap. 4 § äktenskapsbalken ska makar, under äktenskapets bestånd, lämna varandra ”de upplysningar som behövs för att familjens ekonomiska förhållanden skall kunna bedömas”. Dessutom finns det, som ovan angetts, också en särskild upplysningsplikt i samband med bodelning i 9 kap. 3 § äktenskapsbalken. Om makarna har ingått ett avtal av ekonomisk natur (till exempel ett bodelnings- eller underhållsavtal), men det kan konstateras att den ena maken vid avtalsslutet underlät att lämna de uppgifter som behövdes för en bedömning av makens ekonomiska förhållanden, kan avtalet förklaras ogiltigt på avtalsrättslig grund.²²

Se härtill NJA 1961 s. 124 (Exmannens arbetsoförmåga), som HD hänvisade till i sin dom. I det fallet hade en man och en kvinna ingått ett avtal av innebörd att kvinnan avstod sin rätt till underhåll mot att mannen till henne överlät ett skuldebrev samt betalade henne en mindre kontant ersättning. Bakgrunden till överenskommelsen var att mannen hade varit sjukskriven sedan äktenskapsskillnaden och inte betalat något underhåll till kvinnan. Kvinnan behövde pengar och trodde att mannen var varaktigt arbetsoförmögen på grund av sjukdom. Kort tid efter avtalet började mannen arbeta igen. Han var sedan i arbete ända tills kvinnan väckte talan för att få avtalet ogiltigförklarat, då han blev sjukskriven på nytt. Enligt ett läkarintyg gick

²¹ Civilutskottets offentliga utfrågning om familjerätten är i takt med tiden, anförande av professor Margareta Brattström, Riksdagstryckeriet, Stockholm 2016, s. 7.

²² NJA 1961 s. 124 och Tottie, L. & Teleman, Ö., Äktenskapsbalken, (31 maj 2020, version 4, JUNO) kommentaren till 1 kap. 4 §.

det inte att hålla mannen i arbete, när han trodde sig behöva betala underhåll åt kvinnan. Detta berodde på att varje belastning av fysisk eller psykisk art försatte honom i ett psykiskt insufficiensstillstånd. Läkaren hade därför givit honom rådet att försöka göra upp med kvinnan i syfte att ”få lite lugn och ro”. Avtalet förklarades ogiltigt under återopande av grunderna för 33 § avtalslagen. Enligt HD hade det ålegat mannen att informera kvinnan om allt som kunde ha betydelse för att bedöma hans förvärvsförmåga, särskilt vad gällde läkarens bedömning av mannens hälsa, vilket mannen inte hade gjort. Mot denna bakgrund skulle det enligt HD strida mot tro och heder att återropa avtalet.

I Den oskäliga skifteslikviden förelåg inte något brott mot upplysningsplikten.²³ HD pekade alltså inte ut någon specifik upplysning som kvinnan undanhållit. I stället anförde domstolen att det i litteraturen har framhållits att en *konsekvens av makars omfattande upplysningsplikt är att ribban sätts lägre för att en makes agerande ska utgöra till exempel svek eller ocker*. I fall där parterna är makar skulle det alltså, i jämförelse med vad som gäller vid andra partsförhållanden, krävas en lägre grad av vilseledande eller utnyttjande av någons lättsinne eller oförstånd för att det ska vara fråga om svek eller ocker.²⁴ I det aktuella fallet ansågs inte kvinnans beteende utgöra svek eller ocker. Jag menar att det generellt kan ifrågasättas hur mycket vidare den allmänna upplysningsplikten mellan makar är än den som gäller mellan avtalslutande parter i allmänhet. Det saknas sanktioner för den make som inte ger upplysningar enligt 1 kap. 4 § äktenskapsbalken. Enligt förarbetena är det heller inte tänkt att någon sanktion ska finnas i en sådan situation, utan tanken är att makarna ska visa varandra öppenhet och förtroende och inte undanhålla några upplysningar om sina ekonomiska förhållanden.²⁵ När det familjerättsliga avtalet ingås i ett skede där parternas relation är på väg att upplösas – vad gäller bodelningsavtal vid skilsmässa är ju själva *syftet* med ett sådant avtal att

²³ Fallet Exmannens arbetsförmåga är därför svårt att jämföra med Den oskäliga skifteslikviden. I Exmannens arbetsförmåga hade ju mannen underlåtit att lämna nödvändiga upplysningar till kvinnan.

²⁴ Jfr Wallin, 1958, s. 133 och 136 ff., som HD också hänvisar till i p. 23 i domen. Se även Norlén A., Oskälighet och 36 § avtalslagen, 2004, s. 382.

²⁵ Prop. 1986/87:1 s. 113 f. Den särskilda redovisnings- och upplysningsplikten i 9 kap. 3 § äktenskapsbalken är sanktionerad genom 9 kap. 7–8 §§. Enligt de bestämmelserna ska domstolen förordna en bodelningsförrättare om det behövs, samt sätta en makes egendom under särskild förvaltning om det behövs för att skydda den andra makens rätt. Upplysningsplikten kan dock bli än mer konkret för makar på så sätt att domstolen vid vite kan förelägga en make att lämna uppgifter om sin ekonomi som efterfrågats av en bodelningsförrättare, 17 kap. 5 § äktenskapsbalken.

avsluta makarnas ekonomiska samliv – kan man dock knappast ta för givet att makarnas relation präglas av den öppenhet och transparens om ekonomiska förhållanden som det talas om i förarbetena.²⁶ Det bör dock heller inte antas att relationen präglas av motsatsen. Om makarna till exempel har gemensamma barn kan det tänkas att makarnas fokus är blandat. Vardera maken har då förstås ett intresse av att delningen av egendomen faller väl ut för egen del, men samtidigt också ett intresse av att försäkra sig om goda levnadsvillkor för sina barn, och därmed ett fortsatt gemensamt intresse med den andra maken. Men detta blandade fokus mellan det individualistiska och gemensamma återfinns även inom förmögenhetsrätten, bland annat genom lojalitetsplikten som innebär att en avtalspart är skyldig att visa rimlig omtanke om motparten.²⁷

4.2.3 Särdrag 3: Makarnas styrkeförhållanden

HD konstaterade att det nära förhållandet mellan två makar kan innebära ”att den ena maken har ett större inflytande över den andre än vad som brukar vara fallet mellan avtalsparter på förmögenhetsrättens område. Styrkeförhållandet mellan makarna kan bestå även under – och efter – en skilsmässa och kan medföra att ena maken har lättare att få sin vilja igenom i till exempel ett bodelningsavtal”.²⁸ I det aktuella målet konstaterade HD att kvinnan hade varit ”den stabila personen” i parternas relation och att mannen hade hyst stor tillit till henne, något hon också hade varit medveten om.

Att styrkeförhållanden ska beaktas vid tillämpning av 36 § avtalslagen är inte någon nyhet. Enligt paragrafens ordalydelse ska hänsyn tas särskilt till den som ”intager en underlägsen ställning” och syftet vid paragrafens tillkomst var att bestämmelsen särskilt skulle vinna tillämpning i konsumentförhållanden.²⁹ Här slog HD fast att detta också gäller när bestämmelsen tillämpas analogt på familjerättsliga avtal.

²⁶ Hultmark, C., Upplysningsplikt vid ingående av avtal, 1993, s. 52 f. och s. 68. Om upplysningsplikten ändå *är* mer omfattande mellan makar än mellan andra parter på grund av att det kan antas att relationen präglas av öppenhet och transparens så skulle väl det motivera att en make i hög grad bör kunna fästa tillit till den andra makens viljeförklaring och att tillitsprincipen skulle få en klart mer framskjuten plats i familjerättsliga avtal (jfr avsnitt 4.2.1 ovan)?

²⁷ Munukka, J., Lojalitetsplikten som rättsprincip, SvJT 2010, s. 837.

²⁸ HD:s dom p. 24.

²⁹ Prop. 1975/76:81 s. 104.

HD gav dock inga besked om vilka faktorer som har betydelse för att avgöra vilken av makarna som ska anses ha haft det ”större inflytandet”. Om till exempel den ena maken har varit psykiskt stabil men fattig och den andra rik eller haft större intjäningsförmåga men även varit psykiskt instabil, vem ska då anses ha haft det ”större inflytandet” i relationen? Vidare är det tänkbart att inbördes styrkeförhållanden i ett äktenskap skiftar över tid. Vid vilken tidpunkt ska detta ”större inflytande” ha förelegat? Vid avtalets ingående? Under större delen av relationen? En make som har varit psykiskt stabil under tiden som relationen har pågått kan ju tänkas vara psykiskt instabil just när bodelningsavtalet ska ingås. I förmögenhetsrätten i övrigt kan ju styrkeförhållanden ofta avgöras efter status, till exempel konsument/näringsidkare eller hyresgäst/hyresvärd. Den av HD nu anbeffna metoden pekar mot att domstolarna, när parterna är makar, snarare ska genomföra psykologiska analyser av relationen. HD:s prejudikat anvisar nämligen ett sådant förfaringsätt.

4.2.4 Särdrag 4: Parterna kan vara känslomässigt påverkade

Slutligen angav HD att den ena eller båda makarna ofta kan vara känslomässigt påverkade av situationen och att de av det skälet kan ha svårt att tillvarata sina ekonomiska intressen. I det aktuella fallet konstaterade HD att mannen hade blivit väldigt uppriven av kvinnans besked om att hon ville skiljas. Efter skilsmässobeskedet och en månad innan avtalet ingicks hade han kortvarigt tvångsvårdats inom psykiatri efter ett självmordsförsök. Han hade också tagit ledigt från arbetet och slutat medicinera mot depression. Efter att ha varit helynkter i flera år hade han börjat dricka stora mängder alkohol.

Det känsliga läge som ofta råder inför en skilsmässa ska, enligt förarbetena till regeln om jämkning av föravtal till bodelning, 12 kap. 3 § 2 st. äktenskapsbalken, särskilt beaktas om den ena maken obehörigen har påverkat den andra maken.³⁰ Vid jämkning av ett sådant avtal kan alltså det känsliga läget vara en faktor som talar för jämkning om den ena maken samtidigt har utsatt den andra för påverkan som varit obehörig. I Den oskäligen skifteslikviden var fråga om jämkning enligt avtalslagen, inte äktenskapsbalken, men kontexten – att fråga var om ett ekonomiskt avtal som har ingåtts i en situation där läget kan vara känsligt – liknar den kontext som kan föreligga vid ingående av föravtal till bodelning. Inget i HD:s dom talar dock för att det fanns någon

³⁰ Prop. 1986/87:1 s. 195.

obehörig påverkan från kvinnans sida.³¹ HD verkar ha beaktat att hon kände till att mannen mådde psykiskt dåligt och att hon måste insett att det fanns en *risk* för att det var hans nedsatta tillstånd som gjorde det möjligt för henne att ingå ett avtal som gav henne så påtagliga ekonomiska fördelar. Huruvida det fanns ett orsakssamband mellan hans nedsatta tillstånd och ingåendet av avtalet berörde HD emellertid inte.³²

Det är inte alldeles klart *hur* det faktum att parterna kan vara känslomässigt påverkade ska inverka på bedömningen. Om känslomässig påverkan är något som särpräglar situationen vid ingående av bodelningsavtal, bör den omständigheten också användas som skäl för att jämka ett sådant avtal? Annars brukar det ju vara förekomsten av omständigheter som uppfattas som oväntade eller aparta jämfört med ”det vanliga” som motiverar en tillämpning av 36 § avtalslagen. Möjligen menar HD här att mannen var *extra* känslomässigt påverkad av situationen och att det var det som motiverade en tillämpning av 36 §.³³

4.3 Finns det andra särdrag för familjerättsliga avtal än de som identifierades av HD?

4.3.1 Omfattningen av en bodelning

Nu för tiden slutar många äktenskap i skilsmässa. Varje år registreras cirka 50 000 giftermål och cirka 25 000 skilsmässor enligt SCB.³⁴ Inom äktenskapet är makarna visserligen självständiga ekonomiska subjekt på så sätt att vardera maken råder över sin egendom och ansvarar för sina skulder, men när ett

³¹ I HD:s dom p. 32 anfördes att mannens dåliga mentala tillstånd varit synligt för kvinnan och att hon kände till samtliga omständigheter kring hur han tog beslutet om skilsmässan, den psykiatriska tvångsbehandlingen och alkoholmissbruket. Det angavs också att hon, i mannens närvaro och med användning av en avtalsmall, var den som hade formulerat innehållet i avtalet och att hon var den stabila personen i parternas relation. Dessa omständigheter kan dock knappast utgöra någon obehörig påverkan.

³² Jfr lagen (1924:323) om verkan av avtal, som slutits under påverkan av en psykisk störning. För att ogiltighet ska komma ifråga enligt den lagen krävs det att den psykiska störningen ska ha medverkat till rättshandlingen, Persson, I., Lag (1924:323) om verkan av avtal, som slutits under påverkan av en psykisk störning, 1 juli 2020 Karnov (JUNO).

³³ Se Ramberg, C., Förlikningsavtal och ”Den oskäligen skifteslikviden”, Lexnova Expertkommentar, november 2020, där författaren anför att hennes erfarenhet är att också parter i förmögenhetsrättsliga avtal överraskande ofta agerar utifrån känslor och inte strikt rationellt.

³⁴ Enheten för statistik om befolkning och ekonomisk välfärd, ”Befolkningsutveckling 1749–2020”.

äktenskap upphör ska egendomen delas genom bodelning.³⁵ I bodelningen är utgångspunkterna att egendomen ska delas lika mellan makarna och att all makarnas egendom ska ingå i bodelningen.³⁶ Syftet med bodelningen är att förverkliga makarnas anspråk på giftorätt i den andra makens egendom. För många människor är en bodelning livets mest omfattande ekonomiska transaktion. Även förmögenhetsrättsliga avtal kan vara omfattande, men i en bodelning är själva utgångspunkten att den omfattar all makarnas egendom. Jag uppfattar därför att ett av bodelningsavtalets särdrag är att det – typiskt sett – rör sig om ett avtal som påtagligt påverkar parternas livssituation och som har stor ekonomisk betydelse för dem.

Med tanke på den stora ekonomiska betydelse som bodelningen har finns det ett intresse av att makarna, i vart fall vid någon tidpunkt, ska kunna inrätta sig efter fånet. I det aktuella målet ansökte mannen om stämning drygt två år efter att bodelningsavtalet hade ingåtts. Bodelning är det av lagstiftaren föreskrivna sättet för fördelning av giftorättsgodts vid skilsmässa och giftorättsanspråk preskriberas inte. En make kan alltså inte nöja sig med till exempel en faktisk fördelning av egendomen efter en skilsmässa, utan makarna ska vinnlägga sig om att en formenlig bodelning genomförs. I flera prejudikat har dock HD konstaterat att en make kan förlora sin rätt till bodelning på grund av passivitet, som innebär eftergift av bodelningen.³⁷ I praxis har sådan passivitet ansetts föreligga när äktenskapet upplösts cirka 20 år tillbaka i tiden, dock inte när äktenskapet upplösts tio år tillbaka i tiden. Mot den bakgrunden kan de två år som hade förflutit i Den oskäligen skifteslikviden tyckas vara kort tid. Men frågan om vad som gäller när makarna *inte* har bodelat bör inte blandas ihop med vad som gäller när en formenlig bodelning har genomförts. Signalen från lagstiftaren är att bodelning *ska* göras, innan dess är inget definitivt. Att giftorättsanspråk inte preskriberas hindrar alltså inte att en formenlig bodelning kan vara definitivt.³⁸

³⁵ 1 kap. 3 § och 9 kap. 1 § äktenskapsbalken.

³⁶ Det är makarnas giftorättsgodts som ska delas mellan dem, 10 kap. 1 § äktenskapsbalken. Egendom kan undantas bodelningen, till exempel därför att den utgör makes enskilda egendom eller personliga egendom, 7 kap. 2 § och 10 kap. 2 §. Principen om likadelning innebär att nettogiftorättsgodset ska delas lika, 11 kap. 3 § äktenskapsbalken. Se vidare Agell & Brattström, 2018, s. 167 ff. och Teleman, Ö., Bodelning, 2016, s. 94 ff. och s. 270 ff. angående bodelningens omfattning.

³⁷ NJA 1935 s. 613, NJA 1937 s. 180 och NJA 1993 s. 570.

³⁸ Kritik mot att giftorättsanspråk inte preskriberas har framförts. Se Brattström, M. & Singer, A., Preskription av äktenskapets rättsverkningar?, Uppsala Faculty of Law, Working paper 2010:10, s. 20 där författarna föreslår 10 års preskriptionstid, och Ds 2005:34, Några bodelningsfrågor, s. 156.

Med tanke på den betydelse det typiskt sett har för makarna att bli självständiga ekonomiska subjekt och alltså inte ha kvar giftorättsanspråk i den andres egendom borde möjligen aspekten kring bodelningsavtalets omfattning ha lyfts av HD.³⁹

4.3.2 Barnen

Ytterligare ett särdrag för familjerättsliga avtal är att det ofta finns gemensamma barn mellan avtalsparterna. I 6 kap. 2 a § föräldrabalken stadgas att barnets bästa ska vara avgörande för alla frågor om vårdnad, boende och umgänge. Men barns intressen vägs också in i andra familjerättsliga bedömningar än bara frågor om vårdnad, boende och umgänge. Ett exempel på detta är att den make som bäst behöver den gemensamma bostaden har rätt att få bostaden i avräkning på sin lott vid bodelning.⁴⁰ Om den ena maken ska ha barnen boende hos sig brukar den parten också anses ha störst behov av bostaden och därmed få den på sin lott.⁴¹ Om det är en hyrd bostad sker samma lottläggning men utan avräkning.⁴² Det kan kanske sägas att principen om barnets bästa ligger som ett djupare normativt stråk i familjerätten och att principen på så sätt har möjlighet att påverka olika familjerättsliga bedömningar. Numera är dessutom barnkonventionen svensk lag. Den stipulerar att när till exempel en domstol fattar ett beslut som rör barn så ska i första hand barnets bästa beaktas.⁴³ Det krävs inte att barnet är huvudperson, men om åtgärden *rör* barnet ska barnets intressen beaktas.

Det finns också exempel i praxis på när principen om barnets bästa har haft rättslig betydelse även utanför vad som kan uppfattas som principens kärnområde. I NJA 2013 s. 1241 ville Kronofogden utmäta en bostadsfastighet till täckande av en gäldenärs skatteskulder. I bostaden bodde, förutom gäldenären, gäldenärens maka och deras två barn. Enligt 4 kap. 3 § utsökningsbalken ska utmätning endast ske om beloppet som beräknas flyta in gör åtgärden försvarlig. Vid försvarlighetsbedömningen ska en intresseavvägning

³⁹ I det aktuella målet är det inte säkert vilken betydelse denna långa tidsutdräkt mellan avtalets ingående och stämning hade kunnat få; parterna tycks inte alls ha rört vid frågan. Likväl hade HD ändå kunnat diskutera frågan på ett principiellt plan.

⁴⁰ 11 kap. 8 § äktenskapsbalken. Ungefär samma sak gäller vid bodelning mellan sambor, se 16 § st. 2 sambolagen.

⁴¹ Prop. 1986:87:1 s. 179, och Tottie & Teleman, Äktenskapsbalken, (31 maj 2020, version 4, JUNO) kommentaren till 11 kap. 8 § under rubriken Första stycket.

⁴² Jfr 12 kap. 33 § jordabalken.

⁴³ Barnkonventionen art. 3.1.

göras mellan sökandens och gäldenärens intressen. I intresseavvägningen hänvisade HD till barnkonventionen och konstaterade att hänsyn skulle tas till barnets bästa.⁴⁴ I det konkreta fallet medförde intresseavvägningen att bostaden inte skulle utmätas. HD anförde att åtgärden skulle ”innebära en betydande olägenhet för [gäldenären] och hans familj”.⁴⁵ Barnen var alltså inte parter i målet, men deras intressen beaktades ändå i bedömningen. I NJA 2009 s. 437 påkallade en make bodelning drygt tio år efter äktenskaps-skillnad. Den andra maken hade bott kvar med barnen i makarnas tidigare gemensamma hem. Frågan i målet var om maken på grund av sin passivitet skulle anses ha nöjt sig med makarnas faktiska fördelning av egendomen och därmed eftergivit sin rätt till bodelning.⁴⁶ Som skäl för att han inte tidigare hade påkallat bodelning hade han uppgivit bland annat att det var bäst för barnen om de fick bo kvar i sin invanda boendemiljö, och att kvinnan inte hade haft ekonomiska möjligheter att lösa ut honom. HD konstaterade att rätten till bodelning inte hade gått förlorad och anförde att mannen hade lämnat förklaringar till sitt dröjsmål med att påkalla bodelning som åtminstone till viss del inte kunde lämnas utan avseende. Även i detta fall togs alltså hänsyn till barnens intressen, trots att de inte var parter i målet.

I Den oskäligen skifteslikviden hade parterna två gemensamma barn (varav det ena var under 18 år). HD konstaterade att makarna hade haft inriktningen att barnen skulle få bo kvar i sitt uppväxthem. Det förefaller ha varit ett av motiven till den kraftiga skevdelningen.⁴⁷ Skevdelningen kunde därför inte anses oskäligen i sig. Detta kan förstås som att HD i och för sig accepterade *omtanke om de gemensamma barnen* som en grund som skulle kunna motivera en kraftig skevdelning. Men när domstolen sedan gjorde en helhetsbedömning av omständigheterna nämns inte barnen. Inom ramen för den helhetsbedömning som görs vid en tillämpning av 36 § avtalslagen på familjerättsliga avtal bör kanske en bedömning och ett beaktande av barnets

⁴⁴ NJA 2013 s. 1241 p. 10.

⁴⁵ NJA 2013 s. 1241 p. 12. Min kursivering.

⁴⁶ Jfr avsnitt 4.3.2 ovan.

⁴⁷ HD:s dom p. 28 ”Avtalet innebär en kraftig skevdelning till [mannens] nackdel jämfört med den fördelning som skulle ha skett enligt lag. Det finns dock omständigheter som skulle kunna förklara ett avtal med sådant innehåll. Utredningen visar att makarna har haft inriktningen att barnen skulle få bo kvar i sitt uppväxthem och att de kommit fram till att [kvinnan] var den som skulle bo kvar där med dem. Hennes ekonomi var begränsad.”

bästa finnas med i de fall det finns barn i familjen.⁴⁸ Det är visserligen inte säkert att ett sådant beaktande skulle ha lett till något annat slut i målet, men det skulle ha skickat en signal om att förekomsten av barn är ett särpräglade drag för familjerättsliga avtal och att det draget ska beaktas av domstolar.

4.4 En ny metod för tillämpning av 36 § avtalslagen på familjerättsliga avtal?

I domen angav HD ett antal omständigheter som kan ha betydelse för frågan om ett bodelningsavtal ska jämkas eller inte.⁴⁹ Kanske kan metoden för att avgöra om ett bodelningsavtal bör jämkas beskrivas enligt följande: Om makar önskar ”påtagligt avvika” från äktenskapsbalkens bodelningsregler krävs att (i) de finner avvikelsen befogad efter moget övervägande, (ii) det inte samtidigt föreligger omständigheter kring avtalets ingående som visar att den ena makens vilja inte överensstämmer med vad som kommit till uttryck i avtalet, och (iii) denne inte heller ingick avtalet under inverkan av omständigheter som inger betänkligheter.

Hur stor en avvikelse behöver vara för att vara påtaglig framgår inte av domen. HD uttalade att beloppet som parterna hade kommit överens om (880 000 kronor) kunde jämföras med det belopp som kvinnan hade haft att utge om äktenskapsbalkens regler hade tillämpats (2 028 032 kronor). Det utgjorde en påtaglig avvikelse. Att på detta sätt använda dispositiv rätt som måttstock vid skälighetsbedömningen föreslogs också i förarbetena till 36 § avtalslagen.⁵⁰ Makarna ska vidare finna den påtagliga avvikelsen befogad efter moget övervägande. I fallet hade makarnas inriktning varit att kvinnan skulle kunna bo kvar i makarnas bostad med barnen. I HD:s dom angavs ”hänsyn till gemensamma barn” som ett skäl för att makarna kan anse en påtaglig avvikelse vara befogad.

Vad sedan gäller punkterna (ii) och (iii) ovan så erbjuder de två alternativa grunder för jämkning: Om makarna har kommit överens om en påtaglig avvikelse från bodelningsreglerna efter moget övervägande, kan avtalet ändå behöva jämkas om det finns brister i viljeöverensstämmelse *eller* det finns

⁴⁸ Omständigheten *att* det fanns barn mellan parterna tycks dock inte ha förts in i målet i syfte att visa att avtalet var skäligt, utan som förklaring till varför parterna hade avtalat så som de hade. Det kan därför ha förelegat hinder för domstolen att grunda domen på den omständigheten, 17 kap. 3 § rättegångsbalken. Likväl hade det inte hindrat HD från att föra ett principiellt resonemang om betydelsen av principen om barnets bästa.

⁴⁹ HD:s dom p. 26, citerad i avsnitt 3 ovan.

⁵⁰ Prop. 1975/76:81 s. 121.

omständigheter som inger betänkligheter. I fallet konstaterade HD att det inte var klarlagt att mannen vid avtalets ingående hade haft en annan vilja än den som kunde utläsas av avtalet. Alltså hade det inte framkommit omständigheter kring avtalets ingående som visade att mannens vilja inte överensstämde med vad som kom till uttryck i avtalet. Däremot får man förstå det som att HD ansåg att avtalet hade ingåtts under ”omständigheter som inger betänkligheter”. Kriteriet får betraktas som öppet. I domen angav HD en rad omständigheter som hade förelegat i målet.⁵¹ Domstolen pekade dock inte ut *vilka* omständigheter det var som ingav betänkligheter, utan angav att det vid en helhetsbedömning av samtliga omständigheter runt avtalets ingående sammantaget med den kraftiga skevdelningen måste anses att avtalsvillkoret var oskäligt.

De svenska hushållen blir allt rikare.⁵² Det innebär att det – typiskt sett – står mer pengar på spel i bodelningar nu än tidigare. Att mycket pengar står på spel kan riskera att öka tvistebenägenheten. I syfte att hålla nere antalet bodelningstvister skulle tydliga och enkla gränser för avtalsfriheten på det här området vara önskvärt. Det hade därför varit önskvärt att få veta *vilka* av omständigheterna i målet det var som ingav betänkligheter. Räcker det att en make mår psykiskt mycket dåligt, eller är det kombinationen av ena makens psykiska ohälsa och andra makens psykiska stabilitet som inger betänkligheter? Om avtalet har skrivits i bägges närvaro, har det ändå betydelse vem som satt vid tangentbordet?⁵³

4.5 Rättsföljden

HD fann att jämkningen skulle ske på så sätt att skifteslikviden skulle motsvara vad mannen hade fått erhålla vid en hälftindelning enligt äktenskaps-

⁵¹ HD:s dom p. 27–32.

⁵² Se till exempel Statistiska centralbyrån: <https://www.scb.se/hitta-statistik/statistik-efter-amne/hushallens-ekonomi/inkomster-och-inkomstfordelning/inkomster-och-skatter/pong/statistiknyhet/inkomster-och-skatter-2019/>, hämtad den 29 juni 2021. Där framgår att hushållens ekonomiska standard ökar, även om takten saktar ner.

⁵³ Jfr NJA 2010 s. 416. Målet rörde överlåtelse av en häst. Överlåtelseavtalet hade författats för hand i bägge parternas närvaro i säljarens kök. Endast säljaren hade hållit i pennen. Tingsrätten tillämpade den så kallade oklarhetsregeln, med resultatet att säljaren drabbades av att avtalet i ett visst avseende hade varit oklart. Hovrätten meddelade inte prövningstillstånd. HD konstaterade att hovrätten borde ha meddelat prövningstillstånd eftersom det inte var säkert att förutsättningar för tillämpning av oklarhetsregeln hade förelegat. Det gick därför inte att med tillräcklig tillförlitlighet bedöma riktigheten av tingsrättens dom utan en fullständig rättegång i hovrätten.

balkens regler (cirka två miljoner kr). Från beloppet hade kvinnan rätt att dra av det belopp som hon redan hade betalat (880 000 kr). HD uttalade att den avtalade fördelningen kunde jämföras med vad som skulle ha gällt enligt dispositiv rätt, men motiverade inte närmare varför jämkningen skulle genomföras så att äktenskapsbalkens regler blev gällande.⁵⁴ I förarbetena till avtalslagen anges visserligen att hänsyn till innehållet i andra lagbestämmelser kan ha betydelse vid tillämpning av 36 §, men samtidigt anges att paragrafen främst är betydelsefull för att komma till bukt med kringgåenden av tvingande lagstiftning och att de dispositiva reglerna inte ska tillmätas så stor betydelse vid bedömningen av vad som ska anses skäligt att de i praktiken övergår till att bli tvingande.⁵⁵ Det finns åtminstone två andra jämningsalternativ som hade varit tänkbara.

För det första hade HD kunnat jämka bort endast den ”påtagliga” delen av skevdelningen. Av domen tycks nämligen följa att det är först när en skevdelning är *påtaglig* som det är relevant att fråga sig om det finns omständigheter som gör att bodelningsavtalet bör jämkas.⁵⁶ Utgångspunkten är nog alltså att makarna alltjämt fritt kan avtala om en skevdelning fram till gränsen för vad som kan uppfattas som påtagligt.⁵⁷ En lösning med jämkning av endast det överskjutande beloppet hade bättre svarat mot bodelningsreglernas dispositiva karaktär. Då hade dock HD behövt ta ställning till hur stor del av skevdelningen som var påtaglig, vilket domstolen kanske ville undvika.⁵⁸

Det andra alternativet hade varit att förklara att hela avtalet skulle lämnas utan avseende. Det finns två argument som talar för den lösningen. För det första konstaterade HD att makarnas gemensamma inriktning hade varit att barnen skulle kunna bo kvar i sitt uppväxtem tillsammans med kvinnan och domstolen angav att detta kan vara en godtagbar grund för att tillåta även en kraftig skevdelning.⁵⁹ En förnyad förhandling mellan parterna där de hade kunnat försöka hitta lösningar för denna gemensamma inriktning med fokus på barnen hade kanske bättre svarat mot bodelningsreglernas dis-

⁵⁴ HD:s dom p. 26.

⁵⁵ Prop. 1975/76:81 s. 123 f. Se även Lehrberg, 2006, s. 197.

⁵⁶ Se HD:s dom p. 28 och 33.

⁵⁷ HD:s dom p. 11.

⁵⁸ En möjlig förklaring till valet att inte endast jämka bort den ”påtagliga” delen är kanske att HD ansåg att omständigheterna kring avtalets ingående var särskilt försvårande och att ställningstagandet därför inte ska uppfattas säga något om jämkning av mindre oskäligen, men likväl oskäligen bodelningsavtal. Något sådant framgår emellertid inte uttryckligen av domen.

⁵⁹ HD:s dom p. 26 och 28.

positiva karaktär.⁶⁰ För det andra är det vanligt att det i en bodelning förekommer förhandlingar mellan parterna. Ena maken kanske får behålla den gemensamma bilen i utbyte mot att maken låter den andra maken få något annat lösöre. Även om allt makarnas giftorättsgods ska ingå i bodelningen, är det ovanligt att varje liten pinal listas i bodelningshandlingen.⁶¹ I stället brukar parternas viktigare tillgångar och skulder anges, till exempel den gemensamma bostaden och eventuella lån knutna till denna.⁶² Därefter kan anges att bohag och övrig egendom har eller ska sämjedelas mellan parterna.⁶³ Det är alltså inte säkert att eventuella uppgörelser mellan makarna specificeras i själva bodelningshandlingen. I förevarande fall angavs i bodelningsavtalet att ”bohag och all annan egendom som inte tagits upp i fördelning nedan har delats upp i godo mellan undertecknade, och att de till skifte befintliga tillgångar och skulder ska tas upp och värderas enligt följande”. Den egendom som togs upp i fördelningen var endast fastigheten (och lån knutna till denna). HD jämkade avtalet på så sätt att endast skifteslikviden korrigerades, men fördelningen av all övrig egendom som parterna tidigare genomfört stod fast. Med tanke på att bodelningen ofta är föremål för förhandlingar mellan parterna kanske det hade varit lämpligare att lämna hela avtalet utan avseende. Risken är annars att domstolen kommer att fastställa en skifteslikvid som blir materiellt orättvis på grund av eftergifter som den ena maken gjort i andra delar av bodelningen, men som inte syns i bodelningshandlingen.

5. Avslutning

I Den oskäligen skifteslikviden fastslogs att hänsyn ska tas till familjerättsliga avtals särdrag vid tillämpning av 36 § avtalslagen. HD pekade ut fyra sådana särdrag, men det är inte säkert att domstolen har träffat helt rätt med dessa. Vad gäller den familjerättsliga *upplivningsplikten* kan ifrågasättas dels

⁶⁰ Kanske kan det argumenteras för att det inte vore någon lyckad lösning rent praktiskt – vid tidpunkten för processen pågick mellan samma parter också en straffrättslig process och en vårdnadstvist. Det är möjligt att deras relation inte präglades av vilja att förhandla och kompromissa.

⁶¹ Teleman, 2016, s. 330.

⁶² Av NJA 1994 s. 265 framgår att en bodelningshandling i och för sig är giltig även om det inte specificeras vilken egendom som har delats om det framgår att den har delats.

⁶³ Skillnaden kan vara avgörande. Om makarna anger att de ska sämjedela egendomen men sedan inte gör det har de ändå rätt till bodelningsförrättare. Om de i stället anger att egendomen har sämjedelats föreligger hinder mot att förordna bodelningsförrättare. NJA 2002 s. 626 jämfört med NJA 1994 s. 265.

om denna verkligen kan anses mer omfattande än den förmögenhetsrättsliga, dels om maken i det aktuella fallet hade brutit mot sin upplysningsplikt. Avseende särdraget *makarnas styrkeförhållanden* är det otydligt vilka faktorer det är som avgör vilken make som ska anses ha övertaget och när i tid detta övertag ska ha förelegat. Vad gäller särdraget att parterna ofta är *känslomässigt påverkade* av situationen kan ifrågasättas om särdraget bör användas som ett argument *för* en jämkning. Om parterna ofta är känslomässigt påverkade borde det kanske snarare tala för att omständigheten är påräknelig och inte borde ligga till grund för en jämkning av avtalet. Vad slutligen gäller *omsättningsintresset* är detta ett negativt definierat särdrag: ett särdrag för familjerättsliga avtal är att hänsyn *inte* behöver tas till omsättningen på marknaden. Detta motiverar, enligt HD, att partsviljan tydligare får komma i förgrunden i stället för vikten av att skydda en parts tillit. Omsättningsintresset förekommer som ett standardargument inom förmögenhetsrätten.⁶⁴ Argumentet är så pass förankrat i diskursen att den som åberopar omsättningsintresset sällan avkrävs någon närmare precisering eller definition. Ett allmänt problem med begreppet är att det är vagt.⁶⁵ Kopplingen som HD gör mellan omsättningsintresset och tillitsprincipen kan ifrågasättas. Nog finns det ett allmänt intresse av att en make i en bodelning ska kunna förlita sig på den andra makens viljeförklaring, alldeles oavsett om hänsyn ska tas till omsättningen på marknaden eller inte? Tillitsprincipen motiveras knappast *endast* av omsättningsintresset. I artikeln har ytterligare två särdrag föreslagits gälla för familjerättsliga avtal: *bodelningens omfattning* och den eventuella *förekomsten av barn* i familjen. Man kan fråga sig om ett beaktande av också dessa särdrag skulle leda till att jämningsfrågan hade bedömts annorlunda.

⁶⁴ Se Samuelsson J., Kvinnans annorlundavaro i avtalsrätten, De lege årsbok 2017, Genuskritiska frågor inom juridiken, 2018, s. 103–122 särskilt på s. 107.

⁶⁵ Se Lindskog, 2018, s. 47 och Domeij, JT 2000–01, s. 5 ff.

