

Bodelning i praktik och teori

Av professor ANDERS AGELL

1. Inledning

Ur rättsjämförande synpunkt kan olika regelsystem om makars egendomsförhållanden och om bodelning sägas spegla ett val mellan å ena sidan fasta regler med ringa utrymme för särskilt beaktande av skäligheten i det enskilda fallet och å andra sidan obestämda regler, som ytterst ger domstolarna frihet att laga efter lägligheten. Engelsk och amerikansk rätt är särskilt typiska för "skälighetsmodellen", som visserligen ofta antas befrämja individuell rättvisa men som i hög grad motverkar förutsebarhet och lockar till processande. Resultaten av det svenska giftorättssystemet inklusive reglerna om bodelning är i princip förutsebara i de allra flesta hänseenden, även om jämningsregler blivit införda som ventiler, särskilt skevdelningsregeln i ÄktB 12:1.

Äktenskapsbalken innehåller ett regelkomplex om makars ekonomiska förhållanden som måste sägas vara detaljerat, särskilt om man tar i betraktande både de allmänna bestämmelserna om giftorättens omfattning och innebörd och de sex kapitel (9–13 och 17) som i omkring 45 paragrafer reglerar bodelningens formella och materiella innehåll. Inte desto mindre föranleder bodelning, särskilt vid äktenskapsskillnad, en rad tillämpningsproblem och ger upphov till åtskilliga tvister. Det är ett välkänt men tillspetsat påstående att makars egendomsförhållanden just inte föranleder några problem under äktenskapet men att problemen hopar sig vid äktenskapsskillnad. För övrigt kan nog även ett mycket detaljerat regelsystem framlocka motsättningar genom att det ger fast mark att stå på för den part som vill minutiöst ta tillvara sina intressen.

Ett välkänt hjälpmedel för advokater och andra, som hanterar bodelningsproblem i praktiken, har varit advokaten Örjan Telemans bok "Bodelning efter äktenskapsskillnad" (1982, 2 uppl. 1985). Boken har nu kommit ut i ny version efter tillkomsten av äktenskapsbalken och under ny titel: Bodelning under äktenskap och vid skilsmässa. Norstedts förlag. Stockholm 1989, 325 s.

Denna artikel innebär en längre behandling av Telemans bok än avsikten var från början. Förklaringen är att boken lockar till kommentar beträffande många frågor enligt ÄktB vilka ännu inte fått något säkert svar i rättstillämpningen. (Jfr hur en bokrecension blev en längre artikel om den nya arvsrätten i SvJT 1990 s. 1 ff.)

Författaren är på ett stimulerande sätt engagerad av sitt ämne, som kan medföra en stor mängd problem av både praktisk och teoretisk natur. Som redan framgått kan jag dock inte hålla med Telemans om att "lagreglerna om bodelning är mycket knappa" (s. 74). Endast i ett hänseende tycker jag för min del att lagreglerna — med den allmänna uppläggning som systemet fått — kanske skulle ha kunnat göras utförligare, nämligen i fråga om makes redovisningsplikt enligt ÄktB 9:3.

2. Allmänt om Telemans bok

Att bokens praktiska användbarhet varit författarens ledstjärna framkommer på olika sätt. Redan rubrikerna till de sexton kapitlen pekar hän mot praktiska delproblem: Egendomsslagen, Skuldslagen, När skall bodelning ske?, Bodelningsförfarandena, Formregler, Bouppteckning, Värdering av boet, Skuldavräkning och lottläggning etc.

Synbarligen har författaren under varje kapitel velat beröra alla de delfrågor som kan dyka upp i just det sammanhanget, även om samma spörsmål kanske aktualiseras även i ett annat kapitel. Detta kan nog underlätta bokens praktiska bruk, men gör det samtidigt besvärligt för en läsare att få ett helt säkert grepp om vad författaren säger i en viss fråga, eftersom denna kan behandlas med delvis samma, delvis olika synpunkter på olika ställen i texten.

Se som illustration s. 24 f., 55, 69 f., 71 och 114 om grundkravet att bodelning skall ske efter äktenskapsskillnad, s. 53 och 223 om behandling av egendom förvärvad efter dagen för ansökan om äktenskapsskillnad, s. 63 f. och 231 om förändring av skulder efter samma dag, 168 ff. och 181 ff. om bodelningslikvid, s. 22 noten och 225 f. om kravet på tillstånd för makes förfogande över gemensam bostad både enligt ÄktB 7:5 och ev. enligt samäganderättslagen.

En del frågetecken måste också sättas för ordningen mellan olika kapitel och för indelningen av materialet. Uppläggningsbetingas säkert av författarens strävan att skriva en praktiskt användbar bok där kapitelindelningen tycks motsvara någon slags tidskronologi eller praktisk handläggningsordning. Detta må ha vissa fördelar, men också klara nackdelar genom att beskrivningen av regelsystemet inte blir riktigt systematiskt och pedagogiskt klargörande.

I ett avsnitt om bodelningsavtal (s. 90) behandlas kallelse av okända borgenärer, men den frågan hör väl snarare till ett avsnitt om vilka skulder som skall ingå i bodelning (s. 61 ff.). Ett avsnitt om vilka bon som föranleder bodelning (s. 69 ff.) borde enligt min mening ha kommit före behandlingen av vilken egendom som omfattas av bodelning (s. 53 ff.). Föravtal till bodelning behandlas (s. 75 ff.) innan bodelningsavtal i allmänhet beskrivits (s. 87 ff.), vilket inte förefaller så lyckat för den juri-

diska förståelsen. (Bl. a. behandlas allmänna frågor om ogiltighet av avtal mellan makar nu i avsnittet om föravtal.) Frågan om vilken make som äger vad behandlas (s. 150 ff.) förvånande nog i kapitlet om skuldavräkning och lottläggning. Vilka skulder som skall beaktas vid bodelning behandlas både i 4 och i 10 kap., delvis på ordagrant samma sätt (jfr s. 59 ff. och 162 ff.). Effekterna av att en make avlider efter ansökan om äktenskapsskillnad behandlas (s. 222 f.) något överraskande i ett kapitel betecknat "Redovisningsperioden".

Bokens praktiska användbarhet förhöjs av ett avsnitt med 25 sidor "formulär". Dessa senare utgör i själva verket en rad fullständigt utförda exempel på bodelningsavtal och andra handlingar. I det avslutande delningsbeslutet av bodelningsförrättare (s. 300 ff.) får läsaren del av diverse knepigheter. Exempelen fångar läsarens intresse genom sin lärorika realism, som när bodelningsförrättaren med hänsyn till makarnas villkor ansett det skäligt att låta hustrun från bodelningen som personlig egendom undanta pälsar värda 2 700 kr. men däremot inte en diamantring (tillika förlovningsring), värderad till 13 000 kr.

Författarens sakkunskap och kloka attityder kommer till särskilt uttryck i en del textpartier, som inte skulle ha kunnat skrivas av någon utan lång praktisk erfarenhet. En läsare som vill få kött på benen för den praktiska hanteringen av bodelningsreglerna har här mycket att hämta.

Jag tänker på avsnitt som de om en bodelningsförrättares uppgifter (s. 91 ff.) och om lottläggningen (s. 166 ff.), på det innehållsrika kap. 9 om värdering (t. o. m. värdering av telefonabonnemang berörs på s. 146), på kap. 13 om redovisningsperioden (dock med en reservation enligt ovan för systematiken) och på kap. 16 om kostnadsfördelning och rättshjälp. På s. 44 ff. finns en omfattande, ambitiös och nyttig uppställning över olika former av "egendom av särskilt slag", som normalt inte skall ingå i bodelning. Även på andra håll i boken förekommer många matnyttiga förklaringar eller påpekanden, som fogas in där de praktiskt hör hemma.

Nyheter i 1987 års lagstiftning förklaras och exemplifieras, ofta med återgivande av uttalanden i lagförarbetena, vilket säkert är av värde för den praktiskt arbetande läsaren, oavsett vad man har för principiell uppfattning om de enskilda förarbetsuttalandenas bärkraft. Boken innehåller också i övrigt rikliga och ambitiösa hänvisningar till rättsfall och litteraturuttalanden. Den tillhandahåller därigenom läsaren ett omfattande referensmaterial.

Trots framställningens förtjänster är det dock inte svårt att ange enskilda punkter för kritik eller diskussion utöver de frågetecken som ovan angetts beträffande bokens disposition. Rättsfallsreferaten blir ibland litet för kortfattade för att vara klargörande eller

någon gång lätt missvisande, och en del rättsfall placeras inte i det riktigt bästa sammanhanget.

Det från andra sammanhang välkända påståendet att äktenskapsförord skall tolkas restriktivt för att medföra minsta möjliga avsteg från den legala egendomsordningen återges på s. 33, och sägs på följande sida vara illustrerat av bl. a. *NJA 1959 s. 161* och *1987 s. 815* angående behandlingen av avkastningen på enskild egendom. Principuttalandet är onyanserat (låt vara att författaren haft förebilder) och jag kan inte heller se att det stöds av rättsfallen (jfr mitt utlåtande och HDs dom i 1987 års fall).

Inte heller är det rättvisande att som författaren (s. 40) säga att *RH 1981:198* angick frågan om en fastighet, som hustrun köpt, blivit *surrogat* för enskild egendom; målet gällde (vilket i och för sig framgår av författarens referat) frågan om mannen borde anses som *samägare* till fastigheten (jfr s. 157 där den senare iakttagelsen görs). I sammanhanget (s. 40 f.) gör författaren dessutom en i varje fall för mig obegriplig kommentar till det uppmärksammade rättsfallet *NJA 1978 s. 526* (angående hustruns köp av en fastighet genom mindre kontantinsats av enskild egendom och upptagande av lån; hela fastigheten ansågs bli enskild egendom).

Rättsfallet *NJA 1936 s. 166* gällde makes rätt till bodelning även om han tidigare förklarat sig avstå därifrån; fallet nämns på s. 25 not 7 (utan referat) och s. 69 f. till belysning av att bodelning i princip alltid skall ske efter äktenskapsskillnad. Det refereras emellertid kort första gången på s. 55 på tal om bodelning när makarna bara har enskild egendom; men där tycks mig rättsfallet näppeligen ha att göra.

På s. 184 kommenteras *NJA 1975 s. 699* i vilket fall HD medgav mannen att få häva ett bodelningsavtal därför att hustrun inte fullgjort ett åtagande att utge fyllnadsbelopp i pengar. HD stödde synbarligen hävningsrätten på den allmänna principen beträffande hävning, att det skall föreligga ett väsentligt avtalsbrott. Det blir därför inte någon klagörande kommentar när författaren först konstaterar att HD medgav hävningsrätt samt, sedan utgången fastslagits, lägger till att HD "förklarade därtill bl. a., att hustruns dröjsmål med att erlagga lösensbeloppet inte var 'av allenast ringa betydelse'"; detta förhållande var ju en viktig förutsättning för hävningsrätten.

På s. 243 faller det i ögonen att det principiellt viktiga rättsfallet *NJA 1983 s. 277 I* (angående konkurrens mellan utmätning och makes begäran inför bodelning om särskild förvaltning av andra makens egendom) ännu omtalas med beslutsnummer i HD och utan hänvisning till *NJA*; själva referatet är dessutom så kortfattat att jag betvivlar att en läsare i allmänhet kan förstå problemet.

Som synes värderar jag sålunda Telemans bok högt för dess praktiska nytta men har kritiska anmärkningar mot systematiken och det juridiska finsnickeriet. Detta är nu inte så förvånande, eftersom författaren näppeligen haft för avsikt att skriva någon rättsvetenskaplig monografi. Vissa delfrågor är f. ö. så pass komplicerade att rättsläget är oklart eller att det finns utrymme för särskild diskus-

sion. Några sådana frågor skall nu belysas även om min framställning, betraktad som bokrecension, eljest borde ha avslutats här.

Efter det att denna uppsats lämnats till sättning utkom Lars Totties stora lagkommentar Äktenskapsbalken och promulgationslag m. m., Norstedts Blå Bibliotek, 1990. Här och var i det följande har jag i korrekturet lagt till hänvisningar till Totties bok.¹

3. Några särskilda frågor

3.1. Författaren gör en omsorgsfull genomgång (s. 152–159) av förutsättningarna för *samäganderätt mellan makar*. Det är dock inte så lyckat att han alltså tar som utgångspunkt två publicerade hovrättsavgöranden från 1974, vilka saknar värde för bestämmande av rättsläget efter HDs domar i början av 1980-talet. Förhållandet antyds i försiktiga ordalag av författaren: "Agell och Höglund menar att ovan nämnda hovrättsavgöranden ... torde vara överspelade". Jag hoppas att detta är ett understatement. Författarens egen sammanfattning av HDs domar betonar (s. 155 f.) tre moment som vägledande för förekomsten av dold samäganderätt till fastighet: köp för att bereda makarna gemensam bostad, finansiell insats av maken med dolt ägandeanspråk, förekomsten av en uttrycklig eller tyst överenskommelse mellan makarna vid fastighetsköpet om att fastigheten skall vara deras gemensamma. Detta är riktigt i och för sig men det borde framhävas, att betydelsen av de två första momenten skapar en presumtion för existensen av det tredje, den gemensamma partsviljan vid köpet av fastigheten, som avgörande rekvisit; det senare förhållandet omtalas nu visserligen också genom en hänvisning till recensenten ("Agell anser ..."). Författarens uppläggning klargör dock inte riktigt att de två första rekvisiten bara är hjälpfakta för uppfyllande av kravet på en åtminstone underförstådd överenskommelse mellan makarna som den avgörande förutsättningen för dold samäganderätt. Med hänsyn till formkravet för fastighetsköp och ogiltigheten av löfte att överlåta en fastighet (frågor som författaren inte berört) är det nödvändigt att bygga det dolda samäganderättsanspråket på makarnas uttryckliga eller underförstådda överenskommelse före köpet. Det blir då fråga om ett kommissionsköp av fastighet (köp t. ex. i mannens namn men även för hustrun räkning) i vilka fall avsteg kunnat göras från regeln att löfte om överlåtelse av fastighet är ogiltigt. (Se

¹ Tottie, mångårig sekreterare i familjelagssakkunniga men på åskådarplats när lagstiftningen förbereddes i justitiedepartementet, ger en utomordentlig överblick över regelsystemet och dess framväxt med mycket klargörande analyser av rättsläget enligt den nya lagstiftningen. Av de här nedan behandlade frågorna får kanske alldeles särskilt spørgsmålet om eftergift vid bodelning en klargörande presentation i lagkommentaren. Se inledningen till kap. 13 ÄktB och kommentaren till 13:1.

om de principiella problemen Agell, Äganderätten till fastighet för makar och samboende, 1985.) Olika frågor om "dold samäganderätt" har väckt så mycket förvirring i praktiken, att det är viktigt att klargöra utgångspunkterna.

3.2. På s. 55 (jfr s. 71) tolkar författaren ett uttalande i förarbetena till ÄktB (prop. 1986/87:1 s. 146 f.) så att bodelning kan komma ifråga *utan att det finns någon egendom som skall ingå i bodelning* (all egendom kanske är makarnas enskilda), nämligen om makarna är oense om vilken egendom som tillhör vem. "I ett sådant fall" fortsätter författaren, "synes bodelning komma att bestå i en äganderättsutredning". Förarbetsuttalandet i fråga ger onekligen författaren ett stöd för hans förmodan, men det är fällt i sådant sammanhang att intentionsdjupet är svårbedömt. Enbart oenighet mellan makarna i en äganderättsfråga är rent begreppsmässigt inte ett bodelningsproblem i ÄktB:s mening. Det skall då till särskilda skäl för en utvidgad eller analog tillämpning av bodelningsreglerna. Möjligheten att förordna en bodelningsförrättare innebär visserligen ett flexibelt förfarande, men eftersom oenighet i en äganderättsfråga ytterst kan bero på bevisfrågor tycks det mig tvivelaktigt om det skulle innebära någon fördel att förordna bodelningsförrättare enbart för en sådan fråga.²

3.3 Möjligheten av *föravtal till bodelning* ägnas en ganska utförlig behandling i boken (s. 75–86). Enligt giftermålsbalken var det välbekanta problemet vid skilsmässa, att bodelning kunde ske först efter lagakraftvunnen dom på äktenskapsskillnad samtidigt som det i praktiken förekom muntliga föravtal tidigare, föravtal vars existens var erkänd i en särskild jämkningsbestämmelse (GB 11:16 om uppenbart obilligt avtal inför förestående äktenskapsskillnad). Genom ÄktB har rättsläget förändrats i två hänseenden. Dels skall nu slutgiltig bodelning genomföras på makes begäran redan när ansökan väckts om äktenskapsskillnad (ÄktB 9:4). Dels har det införts en särskild möjlighet till *skriftligt* föravtal inför omedelbart förestående äktenskapsskillnad (9:13). Föravtalet blir då i sig bindande mellan parterna men måste (vid risk att vägrande make eljest blir skadeståndsskyldig) bekräftas efter ansökan om äktenskapsskillnad för att bli slutgiltigt mellan makarna liksom för verkan mot borgenärerna till den make som genom bodelningen överlätit egendom till den andre maken.

Enligt ÄktB 9:13 "får" makar "inför en omedelbart förestående äktenskapsskillnad avtala om den kommande bodelningen eller om annat som har samband med denna (föravtal)"; och avtalet

² Jfr diskussionen hos Tottie a. a. s. 234 f.

skall, enligt stadgandets fortsättning, som sagt vara skriftligt. Författaren förmodar (s. 76) att det inte varit "lagstiftarens avsikt" att genom ÄktB 9:13 förbjuda föravtal, som tillkommit efter dom på äktenskapsskillnad. Med den utgångspunkten diskuterar han sedan olika frågor om innebörden av föravtal i allmänhet. Senare i framställningen (s. 89 och s. 103 med not 71) kommer han in på frågor om *partiell* bodelning och om *villkorad* bodelning som förstadium till slutlig bodelning. Han relaterar då inte dessa senare frågor till vad han tidigare sagt om föravtal efter den tidpunkt då slutlig bodelning kan ingås med fulla verkningar.

Den primära funktionen hos ett föravtal enligt den nya regeln i ÄktB 9:13 är att reglera möjligheten till bodelning, med bindande verkan mellan parterna, före den tidpunkt då en bodelning med fulla rättsverkningar kan komma till stånd. Eftersom en slutlig bodelning enligt ÄktB 9:4 kan ske efter ansökan om äktenskapsskillnad, faller avtal efter denna tidpunkt utanför vad som omedelbart reglerats som föravtal i ÄktB 9:13. Det finns enligt min mening inte anledning att enligt ÄktB:s regelsystem klassificera sådana avtal som föravtal utan den beteckningen kan, tycker jag, lämpligen reserveras för enbart avtal som faller under den särskilda regeln. En sak för sig är att ett avtal, som ingåtts efter ansökan om äktenskapsskillnad, kan vara partiellt eller villkorat. Ett partiellt avtal kan teoretiskt tänkas vara av mycket skiftande slag och gälla t. ex. en värderingsfråga eller vem som skall överta en viss tillgång vid den slutliga bodelningen. Det kan också innebära ett omedelbart överförande av en viss tillgång från en make till en annan. Det finns inte någon anledning att fränkänna sådana avtal full verkan, vilket i fråga om överföring av en tillgång betyder giltighet även gentemot makarnas borgenärer. I den mån avtalet uppfattas som villkorat av den slutliga bodelningen, blir det mera tivelaktigt vilka rättsverkningar som inträder.

Nackdelen av författarens etikettering som föravtal av preliminära avtal, som träffats efter ansökan om äktenskapsskillnad, visar sig måhända bl. a. genom att han som sagt inte kopplat ihop avtal efter ansökningstillfället med frågorna om partiell eller villkorad bodelning.^{3, 4}

³ Tottie a. a. s. 287 anger en uppfattning som kan sägas ligga mittemellan Telemans framställning och vad jag anført ovan. Enligt Tottie kan det inte anses föreligga något hinder mot att tillämpa 9:13 analogiskt på avtal efter en skillnadsdom, och under det att ett mål pågår om äktenskapsskillnad "kan det i varje fall bli så att ett föravtal och en (partiell) bodelning utgör tänkbara alternativ till varandra, eftersom en bodelning skall förrättas om ena maken begär det". Tottie har sålunda noterat sambandet mellan föravtal och partiell bodelning, men bibehåller termen föravtal även då formell bodelning är möjlig och det enligt min egen terminologi i texten ovan är fråga om partiell bodelning eller villkorad bodelning, eventuellt båda varianterna på en gång.

Inte heller kan man gärna enligt ÄktB 9:13 acceptera att ett föravtal, som nu alltid måste vara skriftligt, skulle ens undantagsvis (Teleman s. 84 f.) kunna förvandlas till ett formellt (och även sakrättsligt giltigt) bodelningsavtal utan bekräftelse men genom en dom på äktenskapsskillnad.

3.4. Från bokens utmärkta kap. 8 om *värdering* av egendom och skulder vill jag här beröra en liten fråga av visst praktiskt och teoretiskt intresse. Frågan gäller hur egendom skall värderas och redovisas vid bodelningen, om den efter den kritiska tidpunkten minskat i värde på grund av förslitning. Teleman har pekat på fallet då mannen under redovisningsperioden använt sin egen bil. Antag att bilen på grund av förslitning (inte på grund av att årsmodellen föråldrats) under denna tid minskar i värde från 125 000 till 100 000 kr. Värdeminskningen utgör, enligt vad författaren framhåller, en redovisningsbrist enligt ÄktB 9:3 för vilken den andre maken skall ha compensation vid bodelningen. För åstadkommande av detta slutresultat hänvisar han (s. 142 och s. 228) till ett förarbetsuttalande enligt vilken bilen ges olika värden beroende på vilken make som får bilen på sin lott vid bodelningen. Om ägaren själv tilldelas bilen skulle den upptas med det högre värdet, om den andre maken får den till det lägre.

Detta tekniska förfarande förefaller mig, låt vara obevandrad i bodelningens praktiska konst, *dels* teoretiskt inkonsekvent med tanke på allmänna principer för värderingen, *dels* praktiskt tungrott, eftersom lottläggning normalt företas efter värderingen. Vore det inte både principiellt bättre och praktiskt enklare att alltid ge bilen det aktuella, lägre värdet vid bodelningen, och att som ytterligare tillgång på ägarmakens sida ta upp värdet på förslitningen som en form av erhållet förskott av den maken?

3.5. En fråga, som säkert förr eller senare kommer att leda till processer, gäller verkan av genomförd bodelning under pågående skilsmässomål, såvida *äktenskapsskillnaden aldrig blir fullföljd*. Författaren säger härom (s. 90 f.) att bodelningen ändå består och att ÄktB 7:2 (angående äktenskapsförord) exklusivt reglerar vad som utgör enskild egendom; därför måste den egendom som make erhåller genom bodelning under äktenskapsskillnadsmålet bli

⁴ Ang. *enbart* partiell bodelning *under* äktenskapet se de olika meningarna hos Teleman s. 266 ff, Eriksson i SvJT 1989 s. 331 f. och Walin i SvJT 1989 s. 720 f. samt jfr Domstolsverket informerar 12/1989 s. 23 med hänvisning till ett HovR över Skåne och Blekinge beslut i mål Ö 1122/89, varigenom partiell bodelning under äktenskap ansetts ogiltig och inte kunna ligga till grund för lagfart. I praktiken löses synbarligen ofta önskemål om delning under äktenskapet av bara vissa tillgångar genom att all annan egendom först görs till makes enskilda egendom, varefter full giftorättsgemenskap återinförs efter bodelningen.

giftorättsgods, om inte ett äktenskapsförord säger annat. Det är förvisso riktigt att vad make fått genom bodelning blir giftorättsgods i ett fortsatt äktenskap. Huvudfrågan gäller ju dock inte detta ostridiga förhållande utan om bodelningen som sådan skall bestå, om äktenskapet fortsätter. Det är nog riktigt att man som huvudregel bör anta att bodelningen består (jfr Eriksson i SvJT 1989 s. 335) men, som Walin konstaterat (SvJT 1989 s. 721 f.) går det nog inte att komma förbi att en sådan bodelning ibland bör kunna rivas upp därför att delningen gjorts med skilsmässan och makarnas isärflyttande som en väsentlig förutsättning (med tanke på barnens bostadsbehov, antagandet av engångsunderhåll m. m.)⁵. Till undvikande av bekymmer längre fram måste det vara önskvärt att makarna tar ställning till om de skall låta bodelningen återgå.

3.6. En fråga av viss ekonomisk betydelse kan ibland vara om make är skyldig att betala *ränta på bodelningslikvid* till den andra maken. Särskilt om bodelningen gjorts av bodelningsförrättare, vilkens beslut överklagats till domstol, kan det gå lång tid innan beslutet kan verkställas. Författaren betonar (s. 184 ff.) det rimliga i att ränta betalas, särskilt om den betalningspliktige maken under melantiden kunnat uppbära motsvarande avkastning på sitt giftorättsgods. Han rekommenderar den lagtekniskt fria lösningen, att ÄktB 9:3 om makes redovisningsplikt fram till bodelningen tillämpas analogt för tiden därefter som en grund för en skyldighet att betala ränta; denna bör enligt författaren "lämpligen" bestämmas till samma ränta (diskontot plus två procent) som utgår enligt 2 § 2 st. och 5 § räntelagen, när avtal återgår på grund av kontraktsbrott eller liknande. Som författaren själv nämner strider hans förslag mot ett publicerat hovrättsavgörande, *RH 1985:17*, enligt vilket ränta enligt räntelagen inte kan utgå förrän bodelningen vunnit laga kraft och bodelningsfordringen därmed förfallit till betalning. Eftersom HD inte tagit ställning till problemet, är rättsläget dock öppet.

För egen del vill jag tillfoga följande reflexioner som kanske skulle kunna tas till utgångspunkt för vidare överväganden. Visserligen kan varken ett avtal om bodelning eller ett tvångsskifte av bodelningsförrättare verkställas utan en efterföljande exekutionstitel av domstol (jfr Teleman s. 107 f.). Och enligt ÄB 19:15 st. 2 får en boutredningsman vid en bodelning eller arvskifte av skiftesman lämna ut egendom först sedan förrättningsbeslutet vunnit laga kraft. De nämnda principerna behöver dock inte nödvändigtvis bli avgörande för den särskilda frågan om ränta skall utgå på bodel-

⁵ Jfr även Tottie a. a. s. 249 med not 5.

ningslikvid. Det är i och för sig inte något konstigt i att en viss förpliktelse anses förfalla till betalning och av detta eller annat skäl börjar löpa med ränta, trots att fordringen inte ännu gjorts exigibel. Teleman har framhållit lämpligheten av att en förpliktelse att betala bodelningslikvid kan löpa med ränta i åtminstone vissa fall. Hans eget lösningsförslag tycks mig dock fritt i överkant; räntefrågan bör bedömas som ett särskilt spørsmål och inte besvaras genom en uttänjning av redovisningsplikten fram till bodelningen.

Räntelagen är visserligen (se 1 §) generellt tillämplig enbart inom förmögenhetsrätten, men möjligheten till analog tillämpning inom familjerätten har förutsatts och är särskilt naturlig när en fristående betalningsförpliktelse preciserats.⁶ En utgångspunkt för räntefrågan skulle kanske kunna vara att bodelningslikvid enligt ÄktB 11:9 skall betalas genast; skäligt anstånd med betalningen kan dock medges om godtagbar säkerhet ställs. Med hänsyn till denna lagregel skulle betalningsdag för bodelningslikvid kunna anses fastställd till antingen dagen för avtalet eller den dag som bestäms, om anstånd överenskommes. Resonemanget om bodelningsavtal skulle utan alltför krystade tankegångar kunna föras över till fall av tvångsskifte genom bodelningsförrättare. Också då skulle betalningsdagen kunna anses i princip bestämd till dagen för beslutet eller den senare dag till vilken betalningsanstånd beviljas. Skulle tvångsskiftet bli klandrat borde domstolen samtidigt ha möjlighet att ompröva utgångspunkten för ränteberäkningen med tanke på bodelningens slutliga innehåll. En lösning efter ungefärligen dessa linjer kan sägas ligga emellan å ena sidan det rent formella resonemanget i *RH 1985:17* och å andra sidan Telemans förslag.

3.7. Eftergift vid bodelning och betydelsen av att make vid bodelning är i konkurs ägnas i boken ett särskilt kapitel (nr 14). Teleman behandlar en rad besvärliga delproblem och gör många viktiga påpekanden. På ett par ställen har jag dock inte lyckats förstå vad författaren menar (se kanske särskilt s. 258 f.), men regelsammanhangen är onekligen invecklade.

I fall av eftergift vid bodelning gäller att borgenärerna till den make, som gjort eftergiften, får ett direktanspråk mot den gynnade maken under de förutsättningar som anges i ÄktB 13:1. Därutöver kan bodelningen bringas att återgå enligt KonkL 4:7 om den eftergivande maken skulle gå i konkurs; talan enligt ÄktB 13:1 är då inte längre möjlig. Vad som är eftergift bestäms från utgångspunkten att giftorättsanspråk mot en make har företräde framför sådana fordringar från hans borgenärer, vilka tillkommit efter "den kri-

⁶ Jfr SOU 1974:28 (Räntelag) s. 100 f.

tiska dagen", dvs. vid skilsmässa dagen för ansökan om äktenskapskillnad (ÄktB 9:2 st. 1). ÄktB 13:1 utgör ett skydd för de borgenärer som fanns vid denna tidpunkt men även för senare tillkomna, *vilkas fordringar uppkommit före bodelningen*.

En make som gynnats vid bodelningen har däremot inte rimligen kunnat åläggas någon förpliktelse mot borgenärer, som i denna egenskap inte ens existerat vid bodelningstillfället. I sammanhanget förmodar Teleman att sådana, senare tillkomna borgenärer "förutsättes tydligen ha möjlighet att hålla sig informerade om den eventuella förändring i gäldenärsakens solvens, som bodelningen resulterat i" (s. 253). Den tanken tycks mig dock föga realistisk i fråga om borgenärer för skulder, som ännu inte uppkommit. Den kan heller inte, på sätt som nyss skett, förklara skillnaden mellan olika borgenärskategorier.

Författaren återger (s. 255) ett propositionsuttalande enligt vilket dispositioner, som makarna företar inom de ramar som den familjerättsliga lagstiftningen drar upp, normalt inte bör betraktas som eftergift; skevdelning nämns som illustration.⁷ Detta uttalande är otvivelaktigt riktigt, om skevdelningen är korrekt enligt lagen. De fordringar, som uppkommit före "den kritiska dagen", skall beaktas genom skuldavräkning oberoende av skevdelningsfrågan. Det särskilda eftergiftsproblemet, när det skett en skevdelning, beror på de fordringar vilka uppkommit efter den kritiska dagen men före själva bodelningen. Emellertid utgör makes anspråk på skevdelning ett utflöde av giftorättssystemet. En korrekt andelsbestämning av vardera makens anspråk vid bodelning med ledning av skevdelningsregeln bör sålunda i princip gå före borgenärsanspråk tillkomna efter den kritiska dagen på motsvarande sätt som den "fattigare" makens bodelningsanspråk enligt hälftendelningsregeln går före nytillkomna borgenärsanspråk mot den andre, "förmögare" maken.

Om en skevdelning är korrekt, kan detta alltså inte innebära någon eftergift som kan angripas av den "fattigare" makens borgenärer. Det finns emellertid ett mera långtgående skäl, som inte har med skevdelningsregeln att göra, för att avstående av bodelningsanspråk på den andre makens egendom aldrig bör anses utgöra eftergift enligt ÄktB 13:1 och KonkL 4:7. När en "fattigare" make avstått från bodelningsanspråk behöver man faktiskt inte alls dra in skevdelningsregeln i eftergiftsfrågan. Tanken skall strax förklaras närmare.

Tillämpningen av skevdelningsregeln kan däremot, närmare besett, få fristående betydelse för bedömningen av om den *förmög-*

⁷ Se prop. 1986/87:1 s. 199 (jfr s. 194).

nare maken gjort en eftergift genom att *inte* begära skevdelning och i stället gå med på vanlig hälftendelning. Antag exempelvis att en bodelning skall ske efter ett kortvarigt äktenskap mellan en förmögen man och en medellös kvinna. Skevdelningsmöjligheten har konstruerats med tanke på sådana fall, eftersom hälftendelning skulle vara oskäligen mot mannen, den förmögnare maken. Antag vidare att mannen i detta fall (osannolikt nog) skulle ha ådragit sig stora skulder efter dagen för ansökan om äktenskapsskillnad; dessa skulder skall inte föranleda skuldavräkning vid beräkningen av vardera makens andel i boet. Om mannen till nackdel för sina borgenärer underlåter att begära någon som helst jämkning enligt skevdelningsregeln, uppkommer fråga om en bodelning enligt hälftendelningsprincipen innebär en eftergift från hans sida som kan angripas av hans borgenärer. I ett så flagrant fall som det nämnda är det enligt min mening naturligt att anse, att mannen avstått från egendom i den mening som avses i ÄktB 13:1 och KonkL 4:7. En annan sak är att frågan om skevdelningsregelns tillämpning ger utrymme för visst spelrum, och att den närmare gränsdragningen av vad som är eftergift får ske med hänsyn därtill.⁸

Låt oss så återgå till eftergiftsfrågan enligt ÄktB 13:1 och KonkL 4:7 för den händelse att maken med minst nettogiftorättsgods avstår från att göra gällande sitt bodelningsanspråk på den andre makens egendom. Det har påståtts ovan att problemet kan bedömas helt oavsett om det funnits grund för skevdelning mellan makarna, men det återstår att motivera påståendet. Telemannen har inte berört frågan, men situationen är ingalunda opraktisk.

För egen del har jag i annat sammanhang antagit att ÄktB 13:1 inte bör tillämpas i den angivna situationen. (Se Äktenskaps- och samboenderätt enligt 1987 års lagstiftning, 3 uppl. 1989, s. 128.)

⁸ Antagandet att eftergift kan föreligga i den angivna situationen motsvarar vad som på tal om dåvarande skevdelningsregel i GB 13:12a anfördes av departementschefen vid 1975 års lagändringar om återvinning i konkurs. Beträffande regeln om återvinning av bodelning i konkurs (32 § i dåvarande, 4:7 i nuvarande KonkL) framhölls nämligen att eftergift i princip bör anses föreligga, om gäldenären med tillämpning av GB 13:12a borde ha erhållit mera än vad han faktiskt fick; se prop. NJA II 1976 s. 186. Walin (Materiell konkursrätt, 2 uppl. 1987, s. 173) har tolkat yttrandet på samma sätt som jag gjort ovan men framhållit svårigheten för konkursboet att i angivet hänseende träda i den eftergiyna makens ställe. Tottie har uttalat att eftergift inte bör anses föreligga om makarna bestämt andelarna vid bodelning inom det s. k. *jämningsutrymmet* (a. a. s. 476 f.). Om sålunda nettobehållningen av giftorättsgods varit 350 tkr för mannen och 50 tkr för hustrun, leder en likadelning till att makarna får 200 tkr var. "Jämningsutrymmet befinner sig därför, sett från mannens sida, från 200 000 kr. till 350 000 kr." (a. a. s. 422). — Det "spelrum" för bedömningen av eftergiftsfrågan, som jag räknat med i texten ovan, utgör tydligen ett delområde av vad Tottie betecknat som "jämningsutrymmet". Eftersom Tottie inte tagit uttrycklig ställning till en sådan situation som jag berört i texten, är det kanske inte säkert att han är av annan mening, även om hans uttalande tycks innebära det.

Skälet har varit den nyinförda regeln i ÄktB 12:1 p. 2, att varje make skall som sin andel vid bodelningen behålla sitt giftorättsgods, om en make är försatt i konkurs. Regeln bygger på tanken att en makes (konkursgäldenärens) giftorättsanspråk i den andre makens egendom är en rätt för honom personligen men inte för hans borgenärer. Följaktligen, så är det tänkt enligt ÄktB 12:1 p. 2, bör den andre maken vid gäldenärsmakens konkurs inte tvingas avstå egendom till gäldenärens konkursbo.⁹

Med ledning av denna reglering har jag antagit det vara följdriktigt att uppställa den rättsanalogin, att det aldrig kan vara eftergift vid bodelning enligt ÄktB 13:1 om make skulle utanför konkurs avstå från ett krav på att få överta egendom från den andre maken. I själva verket bjuder konsekvensen därutöver, att eftergift inte heller anses föreligga enligt stadgandet i ÄktB 4:7 om återvinning av bodelning i konkurs; att ordalagen i de två lagrummen inte kommit att helt samordnas vid ny lagstiftning på båda rättsområdena (konkursrättens och äktenskapsrättens) bör inte få spela någon roll för tillämpningen. Ett hänsynstagande till principen i ÄktB 12:1 p. 2 vid tillämpning av både ÄktB 13:1 och KonkL 4:7 tycks mig för konsekvensens skull ofrånkomligt, trots att det nu är fråga om bodelning utanför konkurs.¹⁰ Återvinningsregeln i KonkL tar över möjligheten av direktanspråk enligt ÄktB 13:1 st., vilket gör att det vore meningslöst ge eftergiftsbegreppet en vidare innebörd enligt regeln om direktanspråk mot gynnad make till gäldenären.

⁹ Resonemanget lämnar dock oförklarad varför det inte har lagts i konkursgäldenärens hand att själv avgöra den speciella frågan, om han vill avstå från eller utnyttja sitt giftorättsanspråk i den andra makens egendom vid en bodelning under konkursen. En sådan bodelning skall visserligen företas mellan *konkursboet* och den andre maken, eftersom gäldenären inte är behörig att disponera över sin förmögenhet. Detta skulle dock inte ha behövt hindra att gäldenären, som kanske gärna vill betala sina skulder, fick avgöra om han ville avstå från sitt giftorättsanspråk. (Jfr den regeln i ÄB 3:7, att bröstarvinges rätt att begära jämkning av testamente eller gåva ej övergår till hans borgenärer.) Så länge en konkurs inte inträffat har den förmögnare maken inte något skydd mot att vad han utger vid bodelning tas i anspråk av den andre makens borgenärer. I nuvarande utformning kan ÄktB 12:1 p. 2 få slumpeffekter, eftersom förverkligandet av den fattigare makens giftorättsanspråk blir beroende av *om* och *när* han försätts i konkurs.

F. ö. kan påpekas att ÄktB 12:1 p. 2 inte rimligen kan åberopas mot ett genomförande av vanlig bodelning i konkurs för den händelse att ena makens konkursbo skulle lämna ett större överskott av giftorättsgods än som finns på den andra makens sida. Även detta fall täcks av lagrummets lydelse, men stadgandet bör då tolkas genom ett reduktionsslut som utesluter dess tillämpning. Stadgandets syfte är ju ingalunda att minska giftorättsanspråket för den make som inte är i konkurs.

¹⁰ Medan ÄktB 13:1 enbart talar om eftergift genom avstående av egendom, talar KonkL 4:7 om att en make eftergett sin rätt. 4 kap. 7 § i 1987 års KonkL har fått en utformning som i sak alldeles motsvarar 32 § om återvinning av bodelning enligt den äldre konkurslagen. Vid 1975 års lagstiftning om återvinning antogs lagrummet visserligen tillämpligt inte bara när make frånhänt sig sitt eget giftorättsgods utan även när han avstått från vad som enligt bodelningsreglerna tillkom honom av makens giftorättsgods (se NJA II 1976 s. 184). Enligt rättsanalogin i texten bör dock rättsläget anses förändrat genom tillkomsten av ÄktB 12:1 p. 2.

Via en återvinningstalan i konkurs skulle ju en ny bodelning med konkursboet som part kunna framtvängas. Då kan man inte komma förbi regeln för konkurs i ÄktB 12:1 p. 2, och återvinningsförfarandet enligt KonkL skulle bli ett slag i luften.¹¹

I anslutning till ett annat uttalande i riksdagspropositionen berör Teleman (s. 256) ytterligare en jämkningssituation ur eftergiftssynpunkt, nämligen rättsläget om enskild egendom dragits in i bodelningen genom *jämkning av äktenskapsförord* enligt ÄktB 12:3. I detta uttalande har framhållits att sådan jämkning kan angripas enligt ÄktB 13:1 om den skulle medföra skada för den avstående makens fordringsägare, och att detta gäller även om skevdelningen föregåtts av domstols bifall till talan om jämkning.¹² Uttalandet är något oklart, eftersom man vid tillämpning av ÄktB 13:1 tvingas att med tanke på jämkningsreglerna i ÄktB 12:3 (och för den delen 12:1, jfr ovan) skilja mellan borgenärer, som fanns vid den kritiska tidpunkten, och sådana som tillkommit senare. Rätten att påkalla jämkning av äktenskapsförord vid bodelningen bör rimligtvis, precis som rätten att kräva skevdelning, ses som ett utflöde av giftorätten. Därför bör denna rätt anses gå före fordringsanspråk, vilka tillkommit efter ansökningen om äktenskapsskillnad och inte skall föranleda skuldavräkning. En jämkning av äktenskapsförord så att en makes enskilda egendom blir giftorättsgods kan emellertid inte gärna innebära någon eftergift gentemot samme makes borgenärer, eftersom fordringar som fanns vid "den kritiska tidpunkten" skall föranleda skuldavräkning så länge gäldenärs makens egendom räcker, oavsett egendomens karaktär. Däremot kan borgenärer, som tillkommit senare men före bodelningen, komma i ett sämre

¹¹ I sin digra monografi Återvinning utom konkurs (1989) s. 33 ff. hävdar Ulf Göranson, att eftergift vid bodelning bör kunna föreligga, om en gäldenär utom konkurs avstått från anspråk på den andre makens egendom, trots att hans konkursbo inte kan ställa motsvarande krav vid bodelning under konkurs. De här ovan i texten åberopade argumenten gör det enligt min mening onödigt att gå in på de olika och mycket fria synpunkter, som Göranson åberopat till stöd för sin uppfattning, men ett par kommentarer vill jag gärna göra. Dels har Göranson i anslutning till det förarbetsuttalande, som citerats i texten här ovan, begränsat sin diskussion till avstående från giftorättsanspråk genom godtagande av skevdelning enligt ÄktB 12:1 p. 1. Som framgått i texten ovan är problemet dock av mera allmän natur och inte begränsat till fall då skevdelningsregeln åberopats. Dels är Göranson inne på tanken (a. a. s. 37 f.) att ett godtagande utom konkurs av ståndpunkten (som han finner rimlig i sig), att en make inte genom bodelning skall tvingas avstå egendom för att täcka den andres gäld, skulle leda till "att man kan börja ifrågasätta hela institutet egendomsgemenskap i den svenska tappningen"; särskilt anmärkningsvärd skulle ståndpunkten vara om det "kan konstateras kollusiva överväganden mellan makarna". Detta resonemang förvånar. Makarna är ju inte ansvariga för varandras skulder och det är därför liksom med tanke på giftorättens innebörd missvisande att tala om "egendomsgemenskap" (låt vara "i den svenska tappningen"). Om man anser (som enligt konkursregeln i ÄktB 12:1) att giftorättsanspråk bör kunna göras gällande bara av en make personligen och inte av hans konkursbo, finns det ingen grund för att alls tala om kollusiva överväganden från makarna.

¹² Prop. s. 199.

läge om äktenskapsförordet genom eftergift från gäldenärsmaken jämkas utan laga stöd; enskild egendom kan då bli förvandlad till giftorättsgods och överförd till den andra maken. Trots att eftergiftsbedömningen då grundats på hänsynstagande enbart till de nytillkomna borgenärerna kan emellertid talan enligt ÄktB 13:1 föras av alla borgenärer till gäldenärsmaken vilkas fordringar uppkommit före bodelningen.¹³

¹³ Att förarbetsuttalandet om tillämpning av ÄktB 13:1 på jämkning av äktenskapsförord är för onyanserat har påvisats av Tottie a. a. s. 452 f. och s. 475.