

Föravtal inför äktenskapsskillnad*

ÖRJAN TELEMAN**

1. Inledning

I 9 kap. 13 § äktenskapsbalken (ÄktB) stadgas, att makar får inför en omedelbart förestående äktenskapsskillnad avtala om *den kommande bodelningen eller annat som har samband med denna (föravtal)*. Avtal som makar i annat fall har ingått om kommande bodelning är utan verkan om det inte utgör äktenskapsförord.

För giltigt föravtal krävs

- iakttagande av skriftlig form
- undertecknande av makarna
- att det har nära tidsmässigt samband med äktenskapsskillnaden
- att det tar sikte på deras förestående bodelning p.g.a. äktenskapsskillnaden samt
- att det innehåller en reglering av delningen eller annat som har samband med denna.

Genom föravtalet, som inte binder tredje man utan bara har obligationsrättslig verkan mellan makarna, förbinder de sig att efter den för delningen relevanta tidpunkten – den dag då talan om äktenskapsskillnad väcks (enligt 9 kap. 2 § ÄktB) – avtala om bodelningen jämlikt föravtalets innehåll.¹ Detta sker vanligtvis genom att makarna upprättar och undertecknar en kort skriftlig bekräftelse. Föravtalet kan mot denna bakgrund sägas vara ett avtal om att framdeles ingå ett visst avtal. Vägrar ena maken att underteckna bekräftelsen, har den andre möjlighet att få till stånd delningen genom bodelningsförrättning (17 kap. 1 § ÄktB). Den passive maken kan ådra sig skadeståndsskyldighet för sin ovilja att samarbeta.² En förrättare har normalt att följa föravtalet om ”tvångsdelning” erfordras.

* Stora delar av texten är också relevant vid tillämpning av sambolagen 10 § rörande föravtal om kommande bodelning p.g.a. upplösning av samboförhållande.

** Advokat och författare inom den ekonomiska familjerätten.

¹ NJA 1978 s. 497.

² Lagrådet i prop. 1986/87:1 s. 316.

12 kap. 13 § ÄktB föregicks av ett stadgande i 1915 års lag om äktenskaps ingående och upplösning, enligt vilket stadgande ett avtal med avseende på förstående hemskillnad eller äktenskapsskillnadavtal var giltiga. Vid tillkomsten av giftermålsbalken 1920 (GB) ströks stadgandet och istället tillkom 11 kap. 29 § GB om jämkning av oskäliga föravtal. Vid 1973 års ändringar flyttades bestämmelsen till 11 kap. 16 §. Någon uttrycklig regel om föravtal ansågs inte motiverad³ men tillkom sedermera genom 9 kap. 13 § ÄktB. Då föreskrift om viss form i princip bara kan ges i lag (eller genom avtal), innebar detta, att muntliga föravtal godtogs på GB:s tid.⁴ Detta ställde många gånger till bekymmer då parterna visserligen kände till att en bodelning åstadkoms skriftligen men inte anade att de kunde fastna i en delning som de muntligt tagit fram.

Utöver vad som stadgats i 9 kap. 13 § ÄktB gäller allmänna avtalsregler för föravtal.⁵

Talan mot ett tvistigt föravtal ska väckas vid bodelningsforum, dvs. vid den rätt där någon av makarna har att svara i tvistemål i allmänhet.⁶ Har någon av makarna avlidit vid bodelningen, ska tvisten tas upp där den döde hade att svara vid sitt allmänna tvistemålsforum.

2. Form

Som ovan framhållits ska makarna upprätta föravtalet skriftligt. De ska underteckna handlingen. Deras undertecknande behöver inte ske vid samma tillfälle. De kan representeras av ombud eller annan företrädare. Underskrifterna behöver inte dateras eller bevitnas. Inte heller ska det registreras. Föravtalet behöver inte upprättas på svenska språket.⁷ Formföreskrifterna i 9 kap. 13 § ÄktB är i sig tvingande och bildar därmed en yttre ram för avtalsfriheten.⁸

Ett vederbörligt och alldeles fullständigt föravtal är ett värdefullt bevismedel vad gäller

- mellan vilka parter det upprättats
- när det kommit till
- var det upprättats
- vad som ska delas
- hur det ska delas.

³ LB 1918 s. 286 f.

⁴ NJA 1978 s. 497.

⁵ Se t.ex. Grönfors & Dotevall, *Avtalslagen*. En kommentar, 4 u., s. 38 m. hänv. Jfr prop. 1986/87:1 s. 64.

⁶ 10 kap. 9 § resp. 10 kap. 1 § rättegångsbalken.

⁷ Se härtill Teleman, *Bodelning*, 7 u. 2022, s. 29 not 29 m. hänv.

⁸ Grönfors & Dotevall, s. 201.

En underskrift kan troligen inte ersättas av elektronisk signatur eller ens en kvalificerad sådan.⁹

Lagens skriftlighetsstadgande innebär att den med föravtalet avtalade delningen måste täckas av den skrivna texten. Kravet är här inte strängt. I NJA 1994 s. 265 angavs i det godkända bodelningsavtalet utan närmare specifikation, att makarnas ”ekonomiska mellanhavanden med varandra slutligt reglerats”. Detta ger onekligen vid handen att skriftlighetskravet är synnerligen uttunnat.¹⁰

Föravtal om bodelning torde liksom avtal om fastighetsköp falla under den s.k. ömsesidighetsprincipen. Denna innebär att varken den förste eller den siste undertecknaren blir bunden av sin underskrift förrän den siste undertecknaren skrivit under handlingen *och* utgivit denna.¹¹

Som framgår av det nedan anförda kan makar i ett föravtal inte bara reglera delningen utan även moment som har samband med denna. Dessa behöver för sig inte vara formbundna men då de omfattas av avtalet och har samband med de övriga delarna är det motiverat att låta dem falla under skriftlighetskravet.

Ett brott mot formföreskrifterna medför att något föravtal inte kommit till stånd. Därmed föreligger en nullitet, dvs. självverkande ogiltighet.

Den part som bär ansvaret för ett formfel, anses inte kunna åberopa detta till sin fördel (*venire contra factum proprium*).¹²

3. När kan makar avtala ett föravtal?

Som framgår av det ovan anförda, godtas blott sådana föravtal som tillkommit *inför en omedelbart förestående äktenskapsskillnad*. Föravtal accepteras således inte inför en bodelning under pågående äktenskap (9 kap. 2 § andra stycket ÄktB) eller inför en sådan bodelning som ska företas p.g.a. att make avlidit innan talan om äktenskapsskillnad väckts. Om föravtalet upprättats efter det att skilsmässotalan väckts, är det bindande såvida inte förutsättningarna för avtalet väsentligt brustit till följd av dödsfallet.¹³ Bodelning ska i sådant fall göras i enlighet med föravtalet mellan å ena sidan efterlevande maken och å den andra av den avlidne makens arvingar och universella testamentstagare (9 kap. 5 §). Om dödsfallet sålunda inträffar under pågående mål om äktenskapsskillnad – och äktenskapet därmed upplöses – är visserligen de bestämmelser som avser bodelning i anledning av skilsmässa tillämpliga (9 kap. 11 §), viket lagrum

⁹ Se prop. 1999/2000:117 s. 56, prop. 2007/08:45 s. 60 och Kihlman, Elektronisk signatur, en antologi, s. 21. Jfr Ramberg & Ramberg, Allmän avtalsrätt, 11 u. 2019, s. 130.

¹⁰ Jfr beträffande testamente NJA 1992 s. 758 och Agell, Testamentsrätt, 3 u. 2003, s. 81 f.

¹¹ Se NJA 2012 s. 1095 om tillämpningen av ömsesidighetsprincipen.

¹² Se t.ex. SOU 1981:85 s. 351. Ang. skadeståndsskyldighet, jfr Teleman, Äktenskapsförord, 4 u., s. 27 not 24.

¹³ SOU 1982:85 s. 249.

skulle kunna inkludera regleringen i 9 kap. 13 § första stycket. Det huvudsakliga syftet med bestämmelsen är dock att underlätta samförståndslösningar vid upptakten till en skilsmässa. Efter en makes död finns därmed inte något utrymme för föravtal.¹⁴

Möjligen godtas t.o.m. föravtal, som tillkommit sedan skilsmässodomen vunnit laga kraft.¹⁵

Under GB:s tid skulle ett föravtal upprättas inför en *förestående* äktenskapskillnad för att gälla. Det rådde en viss oklarhet om hur lång tid före som kunde accepteras. Denna ovisshet undanröjdes till viss del med regleringen i äktenskapsbalken, som enligt ovan innebär att bara föravtal som tillkommit inför en *omedelbart* förestående skilsmässa är giltiga. Det finns goda skäl att inte godta ”gamla” föravtal. En make kan vid dess tillkomst ha haft svårt att överblicka sina framtida ekonomiska förhållanden och bör inte långt i förväg kunna ådra sig särskilda förpliktelser eller avstå från sina familjerättsliga rättigheter. Ett gammalt föravtal kan också komma i konflikt med bestämmelserna om äktenskapsförord.

Vi har, som sagt, tyvärr inte helt blivit kvitt den aktuella oklarheten med 9 kap. 13 § ÄktB. Vad innebär *omedelbart* förestående? Varken lag, praxis eller doktrin innehåller någon precisering. ”Omedelbart” torde i dagligt tal brukas i betydelsen ”genast”, dvs. att något ska företas utan något som helst dröjsmål. Denna betydelse lär lagstiftaren inte ha avsett då torde vara svårt att förena med parternas begränsade praktiska möjligheter i en skilsmässosituation. I tveksamma fall synes istället ett tydligt *nära sakligt samband* mellan avtalet och skilsmässan vara avgörande, varmed syftet med föravtalet tillgodoses.

Familjelagssakkunniga angav i sitt betänkande att ett föravtal bara ska få verkan vid en bodelning som äger rum i anledning av en äktenskapskillnad ”som verkligen var förestående när avtalet träffades” men tillade, att ”Om makarna sedan ett föravtal ingåtts beslutar sig för att fortsätta äktenskapet och detta sedan också varar en tid innan det på nytt blir aktuellt med skilsmässa, bör det tidigare föravtalet anses ha spelat ut sin roll. *Korta misslyckade försök* att fortsätta äktenskapet behöver dock inte få denna verkan. När det erforderliga sambandet föreligger mellan föravtalet och skilsmässan får bedömas med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet”.¹⁶ Det ska *vara aktuellt* med skilsmässa. Departementschefen har påpekat, att ett föravtal inte kan ha rättslig betydelse om det ingås ”*alltför långt i förväg*”¹⁷ men då ”betänketid kan komma att föregå

¹⁴ Tottie & Teleman, Äktenskapsbalken. En kommentar, 4 u., s. 275.

¹⁵ Jfr NJA 1978 s. 497; se Teleman a.a., s. 285 f.

¹⁶ SOU 1981:85 s. 249.

¹⁷ Prop. 1986/87:1 s. 70.

äktenskapsskillnaden [...] kan det komma att förflyta *en viss tid*¹⁸ innan föravtalet fullföljs eller ersätts av bodelningen”.^{19, 20}

Att skilsmässoförfarandet drar ut på tiden saknar betydelse i det nu aktuella sammanhanget. Förfarandet är så konstruerat att målet inte tillåts vara anhängigt någon längre tid.²¹ Den tid som ska bedömas i sammanhanget är den från avtalstidpunkten till dess det skilsmässoförande inleds som sedan ska utmynna i bodelning. Sannolikt gäller detsamma fall då väckt talan om äktenskapsskillnad återkallas och en ny talan – som motiverar bodelning – väcks vid en senare tidpunkt.²²

”Mellantiden” kan förlängas av tillfälligheter medan det erforderliga sambandet fortfarande finns mellan föravtalet och skilsmässan. Ena maken måste kanske arbeta utomlands något halvår och då lägga äktenskapsskillnaden och vad därtill hör på is eller någon av makarna kan ha blivit svårt sjuk och då fått läggas in på sjukhus. I sådana fall lär föravtalet behålla sin giltighet.

4. Vad får ett föravtal innehålla?

Som framgår av lagtexten (9 kap. 13 § ÄktB) får makar i ett föravtal avtala om

- kommande bodelningen och
- annat som har samband med denna.

Avtalet kan begränsas till att bara gälla delningen av en del av den aktuella egendomen eller eljest någon enstaka fråga, som har samband med bodelningen (partiellt föravtal).

Ett föravtal om bodelning anger lottläggningen av tillgångar och skulder samt storleken av ev. bodelningslikvid samt hur denna ska erläggas. *Annat som har*

¹⁸ Kursiveringarna i detta stycke är mina.

¹⁹ Prop. 1986/87:1 s. 155.

²⁰ Irene Nørgaard har beträffande tidigare dansk rätt antagit, att det knappast var ett absolut krav att beslut om separation eller skilsmässa i den konkreta situationen skulle vara träffat vid tillkomsten av ett föravtal utan att det må ha varit tillräckligt, att separationen eller skilsmässan förekommer som en överhängande faktiskt möjlighet. Ett nära tidsmässigt sammanhang krävs inte men det må ha varit en ”viss kontinuitet”, Formueordninger mellem ægtefæller efter gennemførelsen af særejereformen i 1990, Köpenhamn 2001, s. 207. Den nuvarande Ægtefælleloven trädde i kraft den 1 januari 2018. Enligt § 32 har makar rätt att avtala om bodelning ”i forbindelse med” separation eller skilsmässa, vilket svarar mot gällande praxis. Avtalsfriheten inträder när en separation eller skilsmässa är ”aktuell” och avtalet ingås med avseende på förestående bodelning. I sammanhanget må läggas vikt vid om man har ingivit en ansökan om separation eller skilsmässa vid tillkomsten av avtalet eller om det sker omedelbart efter det att avtalet har ingåtts, Ægtefællers økonomiske forhold, Betænkning nr. 1552, 2015, s. 92.

²¹ Tottie & Teleman a.a., s. 276.

²² Tottie & Teleman a.a., s. 275.

samband därmed kan vara allehanda delfrågor som omfattas av bodelningen men inte tar sikte direkt på vem av makarna som tilldelas vad. Förarbetena innehåller några exempel, nämligen

- hur avräkning för täckning av skuld ska ske²³
- hur värdering av egendomen ska göras²⁴
- vilka andelar som ska tillkomma makarna²⁵ och
- skadestånd (t.ex. såsom ersättning p.g.a. bristande redovisning, 9 kap. 3 §).

Ibland avtalar makar samtidigt om spörsmål rörande bodelning och underhåll då visst underhåll kan utgöra en förutsättning för vad de enats om i bodelningshänseende. Detta kan ligga nära till hands då skäl föreligger för engångsbidrag såsom när mottagande makan behöver medel till pensionsskydd (6 kap. 8 § ÄktB) eller då förhållandena är så speciella att engångsunderhåll är motiverat som bodelningskorrektiv (se ovan under 6 kap. 7 §). Dessa fall har samband med parternas bodelning och torde därmed kunna intas i ett föravtal trots att frågor om underhåll mellan makar är särskilt reglerade i 6 kap.

Har ett underhåll, som ska betalas med ett engångsbelopp, förfallit till betalning ska det enligt 11 kap. 6 § regleras i viss ordning vid bodelningen.²⁶

Överenskommelse att i bodelning föra in enskild egendom – som har fått sin karaktär p.g.a. äktenskapsförord – enligt 10 kap. 4 § kan anges i föravtal.²⁷ Det torde dock vara tillfyllest att konsekvensen av makarnas överenskommelse framgår av avtalstexten.²⁸ Om den slutliga bodelningen bygger på en särskild förutsättning eller visst villkor, är det lämpligt att uttryckligen ange detta för att undvika onödiga problem vid tillämpningen vid avtalet.²⁹

Ett avtal som inte gäller familjerättsligt kan vara giltigt enligt förmögenhetsrättsliga regler. Det är därför viktigt att kunna skilja mellan de två avtalstyperna. NJA 1997 s. 227 belyser detta. Efter upplösning av ett samboförhållande upprättade parterna en bodelningshandling, enligt vilken mannen tilldelades hela bostaden. Denna bestod av en villafastighet, som samägdes av parterna. I början av samboförhållandet ägde mannen bostaden själv men skänkte hälften till kvinnan några år senare. Han sökte lagfart på denna med åberopande av bodelningshandlingen. Underrätterna avslog ansökningsen med motiveringen att fastigheten inte kunde anses ha förvärvats för parternas gemensamma bruk. Den var därmed inte samboegendom. HD delade denna uppfattning men ansåg att överföringen

²³ SOU 1981:85 s. 248.

²⁴ SOU 1981:85 s. 396 och prop. 1986/87:1 s. 155.

²⁵ Prop. 1986/87:1 s. 155, (12 kap. 1 §, 12 kap. 3 § och 11 kap. 4 § m.fl. ÄktB).

²⁶ Se härtill Teleman, *Bodelning*, 7 u. 2022, s. 199 ff.

²⁷ Prop. 1986/87:1 s. 320.

²⁸ Jfr NJA 1994 s. 265.

²⁹ Här bör t.ex. borgenärsskyddet vid eftergift beaktas, se 13 kap. ÄktB.

till mannen gällde förmögenhetsrättsligt. Sambornas handling uppfyllde jordabalkens formkrav för köp eller gåva av fastighet och lagfart skulle beviljas.

Enligt 8 kap. 2 § ÄktB är utfästelse av en make att ge den andre maken en gåva där gåvan ska verkställas sedan äktenskapet upplösts (förutsatt att gåvolagens formregler följs).³⁰ Dock lär en tillämpning av grunderna för 9 kap. 13 § första stycket medföra att utfästelsen blir verkningslös om inte föreskrifterna för föravtal iakttas, t.ex. att den tillkommit inför en omedelbart förestående äktenskapsskillnad. Är makarnas avsikt, att utfästelsen ska ha verkan såväl under äktenskapet som vid skilsmässan, lär den bara kunna gälla förmögenhetsrättsligt.³¹ Det kan vara fråga om en förbindelse att utge ett vederlag vid uppsägning, dock senast vid äktenskapsskillnaden.³²

5. Jämkning av föravtal

Enligt 12 kap. 3 § andra stycket ÄktB får ett föravtal jämkas eller lämnas utan avseende om det är oskäligt med hänsyn till

- dess innehåll
- omständigheterna vid dess tillkomst
- senare inträffade förhållanden och
- omständigheterna i övrigt.³³

Jämkningsprövningen ska göras med en helhetsbedömning av samtliga relevanta omständigheterna.³⁴ Regeln är tvingande.

HD konstaterade i NJA 2020 s. 624, att man vid prövning av ett bodelningsavtal³⁵ har att beakta de särskilda omständigheter som ofta omgärdar ett familjerättsligt avtal. HD angav

³⁰ Jfr Walin & Herre, Lagen om skuldebrev m.m., 2 u. 2011, s. 273.

³¹ Jfr det norska avgörandet Rt. 2006 s. 168 och Tone Sverdrup, Ugyldighet i familieretten: Grensen mellom rene formuerettslige avtaler og avtaler om oppgjøret, i Ugyldighet i privatretten – minnesbok for Viggo Hagstrøm, Bergen, s. 460 och 480.

³² Till skillnad från tillitsprincipen.

³³ Såsom ett familjerättsligt avtal med stark förmögenhetsrättslig prägel prövas ett (slutligt) bodelningsavtal med analog tillämpning av 36 § avtalslagen, se Grönfors och Dotevall a.a., s. 38. 12 kap. 3 § ÄktB är som synes formulerad med 36 § avtalslagen som mönster. – Se Teleman a.a., s. 285 ff. för en närmare genomgång av den aktuella problematiken och exempel på fall där avtal av här ifrågakarande slaget prövats enligt allmänna avtalsregler om ogiltighet och jämkning. Jfr Teleman, Äktenskapsförord, 4 u. 2020, s. 81 ff.

³⁴ Se härtill NJA 1988 s. 230.

³⁵ Man kan utgå från att de av HD här beaktade omständigheterna är lika relevanta vid prövning av ett föravtal om kommande bodelning.

- att omsättningsintresset inte gör sig gällande på samma sätt som inom förmögenhetsrätten, vilket motiverar att partsviljan kommer i förgrunden
- att makar har en mer långtgående upplysningsplikt än vad som normalt gäller för två parter till ett förmögenhetsrättsligt avtal
- att styrkeförhållandet mellan makar ibland är ojämnt, vilket kan medföra att ena maken har lättare att få igenom sin vilja
- att ena maken eller båda makarna vid en skilsmässa är känslomässigt påverkade av situationen och av det skälet har svårare att ta tillvara sina ekonomiska intressen samt
- att fördelningen i ett bodelningsavtal kan bedömas genom en jämförelse med den som gäller enligt lag.

I 2020 års fall skulle en sedvanlig hälftindelning ha medfört att hustrun skulle erlagt en bodelningslikvid om två miljoner kr till mannen. Makarna enades istället om 880 000 kr. En stor skevdelning är dock inte tillräckligt för jämkning p.g.a. oskälighet. Särskilda omständigheter i det enskilda fallet såsom beaktande av gemensamma barns behov kan motivera avsteg från hälftedelningsprincipen. Hänsyn till omständigheterna vid avtalets tillkomst och dess innehåll konstituerade i det aktuella fallet oskälighet. Mannen mådde mentalt mycket illa när makarna ingick bodelningsavtalet, vilket formulerats av hustrun. Mannen hade varit föremål för psykiatrisk tvångsvård och hade haft återfall i alkoholmissbruk. Förhållandena hade varit fullt synliga för hustrun.

HD fann i sitt avgörande från 2020 att full jämkning var motiverad. Mannen tillerkändes därför en likvid om två miljoner kr. Några skäl för *graden av jämkning* gavs inte.³⁶ Vi kan dock utgå från att HD fann förhållandena mycket speciella. Ett avtals oskälighet kan vara av olika grader och därmed också den jämkning som ska bota oskäligheten men inte mer. Domstolarna har inte fått någon generell fullmakt att justera avtalet till vad som uppfattas som den rimligaste lösningen.³⁷ I förarbetena till avtalslagen anges att de dispositiva reglerna inte ska tillmätas så stor betydelse för vad som ska anses vara skäligt, att de i praktiken blir tvingande.³⁸ Jämkning ska göras restriktivt med så litet ingrepp i avtalet som möjligt.³⁹

Det måste fastställas vad som är etiskt godtagbart, vilket ibland är en mycket svår uppgift. Avtalet kan bestå av flera moment som vid förhandling ställs mot varandra. Dessa kan inte alltid värderas på vanligt sätt, vilket torde medföra att jämkning bara kommer ifråga när omständigheterna tydligt visar oskälighet. Tröskeln ska sättas högt.

³⁶ Avgörandet har kritiserats av Tove Lindgren i JT 2021–22, s. 453 ff. och av Christina Ramberg Förlikningsavtal och ”Den oskälige skifteslikviden”, Lexnova expertkommentar, november 2020.

³⁷ Jfr Tottie & Teleman a.a., s. 419, se även Lødrup, Familieretten etter Ekteskapsloven (Oslo 1991), s. 269.

³⁸ Prop. 1975/76:81 s. 123 f.

³⁹ Ramberg & Ramberg a.a., s. 157.