

HALTANDE ÄKTENSKAP OCH SKILSMÄSSOR

KOMPARATIVA STUDIER ÖVER INTERNATIONELLT-
PRIVATRÄTTSLIGA PROBLEM BETRÄFFANDE ÄKTEN-
SKAP OCH SKILSMÄSSOR MED TERRITORIellt BE-
GRÄNSAD GILTIGHET

AKADEMISK AVHANDLING

SOM MED TILLSTÅND AV VITTLAGFARNA JURIDISKA FA-
KULTETEN I LUND FÖR VINNANDE AV JURIS DOKTORS-
GRAD FRAMSTÄLLES TILL OFFENTLIG GRANSKNING Å
STÖRRE SEMINARIERUMMET, JURIDICUM, LÖRDAGEN DEN
3 DECEMBER 1966 KL. 10

AV

LENNART PÅLSSON

JUR. LIC., HLD

LUND 1966

CARL BLOMS BOKTRYCKERI A.-B.

E-boken är publicerad av Juridiska fakulteten vid Lunds universitet 2024

eISBN: 9789198891966

DOI: <https://doi.org/10.37852/oblu.301>



Denna text är licensierad under CC BY-NC 4.0, Erkännande.

(Se fullständiga villkor: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv>).

Enligt licensen får verket spridas och bearbetas utan att tillstånd behövs, men ej användas i kommersiella syften. Verkets upphovsperson måste anges.

HALTANDE ÄKTENSKAP OCH SKILSMÄSSOR

KOMPARATIVA STUDIER ÖVER INTERNATIONELLT-
PRIVATRÄTTSLIGA PROBLEM BETRÄFFANDE ÄKTEN-
SKAP OCH SKILSMÄSSOR MED TERRITORIellt BE-
GRÄNSAD GILTIGHET

AV

LENNART PÅLSSON

Mit einer Zusammenfassung in deutscher Sprache

P. A. NORSTEDT & SÖNERS FÖRLAG
STOCKHOLM

STOCKHOLM

© Lennart Pålsson 1966

LUND 1966
CARL BLOMS BOKTRYCKERI A.-B.

FÖRORD

Professor Åke Lögdberg har under avhandlingsarbetets gång varit min handledare. Till honom vill jag framföra ett varmt tack för värdefulla råd samt för stöd och uppmuntran i arbetet.

Professor Ole Lando, Köpenhamn, har granskat och med mig diskuterat preliminära manuskript till flertalet partier i avhandlingen. Jag är honom synnerligen tacksam för de värdefulla synpunkter och den positiva kritik som han därvid framfört.

Professor Karl Olivecronas licentiatseminarier har givit mig nyttig skolning i rättsvetenskaplig metodik.

För mitt forskningsarbete har jag vid ett flertal tillfällen vistats vid Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht i Hamburg. Institutets medarbetare har härvid visat mig stor välvilja och hjälpsamhet. I synnerhet vill jag tacka Professor Dr. Dr. Paul Heinrich Neuhaus, som bl.a. gjort mig uppmärksam på viss litteratur inom avhandlingsämnet och med mig diskuterat olika problem i avhandlingen. Dessa diskussioner har för mig varit ytterst stimulerande.

Hovrätten över Skåne och Blekinge har beviljat mig tjänstledighet för avhandlingsarbetet. Juridiska Fakulteten i Lund har givit mig frikostigt ekonomiskt stöd i form av stipendier och anslag och ställt arbetsrum till mitt förfogande. Universitetsbiblioteket i Lund har under avhandlingsarbetet gjort mig många värdefulla tjänster. Till dessa institutioner ber jag att få framföra ett hjärtligt tack.

Den tyska sammanfattningen har språkgranskats av Assessor Dierk Müller, Hamburg, som på en rad punkter föreslagit förbätt-

IV

ringar av texten. På korrekturstadiet har sammanfattningen ytterligare granskats av Assessor Peer-Holger Fricke, Lund. Vid korrekturläsningen har jag haft hjälp av amanuensen Johan Hansson och jur. stud. Per Hellsvik samt av min hustru. Jag ber att få tacka alla dessa för deras medverkan.

Malmö i november 1966

Lennart Pålsson

INNEHÅLLSFÖRTECKNING

Avd. I: INLEDNING OCH BAKGRUND (kap. I—II)

Kap. I. Inledning

§ 1. Begreppen haltande äktenskap och haltande skilsmässa	3
I. Preliminär definition	3
II. Haltande äktenskap	4
A. Giltighets- och ogiltighetsbegreppen	4
B. De olika fallen av haltande äktenskap	8
1. Äktenskapet giltigt i ett land, nullitet i annat land, 8. —	
2. Äktenskapet i snävare mening giltigt i ett land, angripbart	
i annat land, 8. — 3. Äktenskapet ogiltigförklarat i ett land	
genom dom som ej erkännes i annat land, 9.	
III. Haltande skilsmässor	9
§ 2. Huvuddragen av avhandlingens problematik och disposition	10
§ 3. Metod, material och inriktning	17

Kap. II. Uppkomsten av haltande äktenskap och skilsmässor

§ 1. Allmänt om orsakerna härtill	22
§ 2. Rättsolikheter beträffande äktenskaps ingående	23
I. Vigsselformen	24
A. Vigsselförrettarens behörighet	24
1. Interna och IP-rättsliga regler härom, 24. — 2. Den ogiltig-	
het som uppkommer i ifrågasvarande fall är oftast av typen	
nullitet, 34.	
B. Andra moment i formkravet	35
II. De materiella förutsättningarna	35
A. Inledning	35
B. IP-regler om de materiella förutsättningarna för äktenskaps	
ingående	36
C. IP-regler om erkännande av ingånget äktenskaps giltighet i	
materiellt hänseende	38
D. Avslutande anmärkningar	38

VI

§ 3. Rättsolikheter beträffande äktenskaps upplösning	39
I. Skilsmässan giltig i domlandet, ogiltig i annat land	40
Orsaker härtill:	
A. Vissa länder, vilka i sin interna rätt inte känner institutet skilsmässa, erkänner överhuvud inte utländska skilsmässo- domar beträffande egna medborgare. Skilsmässodomar mel- lan sådana länders medborgare kan enligt andra länders IP-regler komma till stånd i olika fall	40
1. Fall där sådana skilsmässodomar kan komma till stånd i län- der med nationalitetsprincip, 41. — 2. Do i andra länder, 45.	
B. Vissa länder gör anspråk på exklusiv domsrätt i skilsmässo- mål mellan egna medborgare och erkänner inte utländska skilsmässodomar i sådana fall. Andra länder respekterar ofta inte detta anspråk	47
C. Andra fall av skiljaktiga uppfattningar mellan domlandet och forumlandet beträffande skilsmässodomstolens internatio- nella behörighet	48
D. Skiljaktigheter mellan domlandet och forumlandet beträf- fande frågan om tillämplig lag i skilsmässomålet	50
E. Andra förhållanden som kan ge upphov till haltande skils- mässor	51
II. Skilsmässan ogiltig i skilsmässolandet, giltig i annat land	54

Avd. II: ALLMÄN DEL (kap. III—VI)

Kap. III. Den prejudiciella frågan (Vorfrage-problemet)

§ 1. Inledning	59
I. Begreppet prejudiciell fråga m.m. i intern rätt	59
II. Den prejudiciella frågan i IP-rättslig mening	60
III. Plan för den fortsatta framställningen i kap. III	62
§ 2. Problemområdet	62
I. Olika typer av Vorfrage-situationer, belysta med exempel	62
A. Fall där det inte föreligger någon dom beträffande pf	62
B. Fall där sådan dom föreligger	63
II. Vorfrage-situationernas karakteristik	64
A. Huvudfrågan lyder under främmande rätt	64
B. IP-reglerna i lex fori och lex causae leder till skilda resultat	66
C. Ytterligare förutsättningar?	66
§ 3. Närmare om de olika lösningsalternativen	70
I. Lex fori- och lex causae-lösningarna	70
II. Speciella situationer	73
A. Vorfrage-problem i flera led	73
B. Vorfrage-problem uppkommer samtidigt med renvoi-problem	74

§ 4. Avgränsning av Vorfrage-problemet mot vissa andra frågeställningar i den internationella privaträttens allmänna del	74
I. Inledning	74
II. Vorfrage och renvoi	75
III. Vorfrage och kvalifikation	76
A. Vorfrage och primär kvalifikation	76
B. Vorfrage och sekundär kvalifikation	78
IV. Vorfrage och spaltning	80
V. Vorfrage och substitution	81
§ 5. Avslutande anmärkningar	83

Kap. IV. Huvuddragen av Vorfrage-problemets behandling i doktrinen

§ 1. Inledning	86
§ 2. Vorfrage-doktrinen upprinnelse	86
I. Tiden före början av 1930-talet	86
II. De första framställningarna i tysk doktrin	87
A. Melchior	87
B. Wengler	90
C. Raape och Balogh	96
§ 3. Den fortsatta utvecklingen	97
I. Tyskland	97
A. Inledning	97
B. Lex causae-principens anhängare	98
C. Lex fori-principens anhängare	98
D. Författare som inte uppställer någon allmän princip	99
II. Frankrike	100
A. Maury m.fl.	100
B. Lepaulle och Niboyet	101
C. Den nyare doktrinen	101
III. England	105
A. Breslauer, Robertson	105
B. Nussbaum m.fl.	106
C. Den nyare doktrinen	107
IV. Andra länder (utom Skandinavien)	110
A. Allmänt om doktrinen	110
B. Särskilt om Schwind	110
V. Skandinavien	113
A. Madsen-Mygdal	113
B. Gihl, Svénné Schmidt, Eek	113
§ 4. Systematisk översikt av doktrinen ståndpunkter	117
I. Avgränsningen av problemområdet	117
II. De olika lösningsschemata	119

III. Särskilt om de differentierande lösningsschemata	121
Olika differentieringsfaktorer:	
1. Typen av mål, 122. — 2. Anknätningsförhållandena, 124 (a. Anknätningen beträffande vigseln resp. skilsmässan, 124; b. Anknätningen beträffande huvudfrågan, 124). — 3. De materiella resultaten av lex fori- resp. lex causae-lösningen, 125.	

Kap. V. Diskussion av Vorfrage-problemet

§ 1. Inledning	127
§ 2. Avgränsning av problemområdet: distinktionen Vorfrage-»Erstfrage» ..	127
I. Sammanfattning av doktrinen	127
II. Kritik av den ifrågavarande distinktionen	128
III. Slutsats	133
§ 3. Grundläggande metodfrågor vid Vorfrage-problemets lösning	134
I. Regler eller kasuistik?	134
II. Generella eller speciella regler?	134
III. Fast regel eller presumptionsregel?	135
§ 4. Lex fori-princip eller lex causae-princip?	136
I. Renvoi-lärens roll i diskussionen	136
A. Sammanfattning av doktrinen	136
B. Egna synpunkter	137
II. Kravet på »begreppstrogen» (lojal) användning av främmande rätt såsom argument för lex causae-principen	138
A. Sammanfattning av doktrinen	138
B. Kritiska synpunkter	140
1. Argumentet går delvis i cirkel, 140. — 2. Argumentet ej heller eljest hållbart, 141. — 3. Sammanfattning av kritiken, 146.	
III. Kravet på internationell enhetsbedömning såsom argument för lex causae-principen	146
A. Sammanfattning av doktrinen	146
B. Egna synpunkter	148
1. Lex causae-principens faktiska effekt med avseende på enhetsbedömningen, 148. — 2. Värdering härav, 150.	
IV. Kravet på materiell harmoni såsom argument för lex fori-principen	152
A. Sammanfattning av doktrinen	152
B. Leder lex causae-principen till motsägelser?	153
C. Kan dessa motsägelser tolereras?	156
D. Kan lex causae-principen överhuvud få något utrymme?	158
1. Argument för jakande svar, 158. — 2—4. Argument för nekande svar, 159, 160, 161. — 5. Sammanfattande värdering, 162.	
V. Ytterligare synpunkter till förmån för lex fori-principen	162
VI. Sammanfattning och värderingar	163

§ 5. Undantag från lex fori-principen? Generella synpunkter	164
I. Anknytningsförhållandena	165
A. Anknytningen beträffande det prejudiciella rättsförhållandet	165
B. Anknytningen beträffande huvudfrågan	168
II. Valideringssynpunkten	169
III. Sammanfattning	170

Kap. VI. Tillämplig lag beträffande de olika rättsverkningarna av haltande äktenskap och skilsmässor. Undantag från de vanliga kollisionsnormerna?

§ 1. Frågeställningarna	171
I. Skall undantag från den normalt tillämpliga rättens kompetens göras?	171
II. Vilken lag skall i så fall tillämpas i dess ställe?	173
§ 2. Doktrinen	174
I. Inledning	174
II. Frankenstein	175
III. Niboyet	177
IV. Nyare fransk (och belgisk) doktrin	180
V. Nyare tysk doktrin	181
A. Raape och hans anhängare	181
B. Neuhaus m.fl.	182
VI. Sammanfattning	183
§ 3. Diskussion och eget principiellt ställningstagande	185
I. Frånvaron av lagstöd för de ifrågasatta undantagen	185
II. Undantag från kollisionsnormerna en logisk nödvändighet?	187
III. Undvikandet av spaltning såsom argument för undantag	188
IV. Omöjligheten att uppnå internationell enhetsbedömning genom de vanliga kollisionsnormerna såsom argument för undantag från dessa	193
V. Möjligheten att ett äktenskap förlorar sin egenskap av haltande såsom argument mot undantagsregler	194
VI. Svårigheterna med den närmare utformningen av undantagsreglerna	196
A. Reglernas närmare tillämpningsområde	196
1. Vid vilka typer av haltande äktenskap? 196. — 2. Beträffande vilka rättsverkningar av äktenskapet eller skilsmässan? 196.	
B. Reglernas närmare innehåll: hur bestämma den lag som skall träda i stället för den normalt tillämpliga?	197
VII. Komplikationerna för rättstillämpningen såsom argument mot undantag	197
VIII. Sammanfattning	198

Avd. III. SPECIELL DEL (kap. VII—XV)

Kap. VII. Inledning till den speciella delen

I. Inriktning	201
II. Materialet	202
III. Dispositionen	203

Kap. VIII. Mål om skilsmässa

§ 1. Utgångspunkter och frågeställningar	205
I. Domsrättsfrågor	205
II. Övriga frågor	206
A. Vorfrage-problemet	206
B. Tillämpligt skilsmässostatut vid haltande äktenskap	207
§ 2. Domsrättsfrågor	208
I. Extendering av domsrätten vid haltande äktenskap?	208
A. Engelsk rätt	208
B. Tysk rätt	210
C. Fransk rätt	212
II. Särskilt om läget vid domsrättsregler som gör jurisdiktionen beroende av erkännande i makarnas hemland eller av att hemlandet ej självt gör anspråk på exklusiv domsrätt	216
A. Schweizisk rätt	216
B. Tysk rätt	220
C. Österrikisk rätt	223
D. Svensk rätt	224
III. Sammanfattning och värderingar	225
§ 3. Vorfrage-problemet	228
I. Doktrinen	228
II. Rättspraxis	230
III. Värderingar	230
§ 4. Tillämpligt skilsmässostatut vid haltande äktenskap	233
I. Tysk rätt	233
A. »Fiktiv» användning av (mannens) <i>lex patriae</i> ?	233
1. Utgångspunkterna och den äldre doktrinen, 233. — 2. Doktrin och praxis under 1930-talet, 235 (a. Huvudtendensen, 235; b. Avvikande meningar, 237). — 3. Efterkrigstidens doktrin och praxis, 238. — 4. Särskilt om fall där äktenskapet från hemlandets synpunkt redan är upplöst genom skilsmässa, 241.	
B. Vilken lag skall tillämpas i stället?	242
1. <i>Lex fori</i> , 242. — 2. Den objektiva metoden, 244 (a. <i>Lex loci celebrationis</i> , 244; b. Hustruns personalstatut, 245; c. »Das Recht des (letzten) gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts», 247).	
II. Österrikisk rätt	247
III. Schweizisk rätt	248

IV. Fransk rätt	250
A. »Fiktiv» användning av främmande rätt?	250
1. Äldre doktrin och praxis, 250. — 2. Ghattas-avgörandet och dess efterföljd i nyare doktrin, 253. — 3. Motiveringen för den i nyare doktrin härskande läran, 254. — 4. Kvarstående meningsskiljaktigheter i doktrinen, 255.	
B. Vilken lag skall tillämpas i stället?	256
V. Belgisk rätt	257
1. Äldre praxis (till omkr. 1920), 257. — 2. Senare praxis och dess tolkning i doktrinen, 258 (a. Fall där den främmande rätten lämnats utan beaktande, 258; b. Fall där den främmande rätten tillämpats, 260). — 3. Den nya lagstiftningen av år 1960, 261.	
VI. Svensk rätt	261
VII. Sammanfattning och värderingar	262
A. »Fiktiv» tillämpning av främmande rätt såsom skilsmässostatut?	262
B. Vilken lag skall tillämpas i stället?	265
1. Lex fori? 265. — 2. Hur förfara om en objektiv metod föredras? 268.	

Kap. IX. Mål om äktenskaps personliga rättsverkningar

§ 1. Utgångspunkter och frågeställningar	271
I. Kollisionsnormer i ämnet	271
II. Frågeställningar	272
A. Vorfrage-problemet	272
B. Tillämplig lag vid haltande äktenskap	273
§ 2. Vorfrage-problemet	273
I. Doktrin och rättspraxis	273
II. Värdering	276
§ 3. Tillämpligt statut beträffande äktenskapets personliga rättsverkningar vid haltande äktenskap	277
I. Tysk rätt	277
A. Utgångspunkterna samt den äldre doktrinen och praxis	277
B. Frankenstein samt nyare doktrin och praxis för eliminering av den normalt tillämpliga lex patriae	278
C. Nyare doktrin och praxis för upprätthållande av de vanliga kollisionsnormerna	281
II. Fransk rätt	282
III. Övriga länder	284
IV. Sammanfattning och värderingar	285
A. »Fiktiv» tillämpning av främmande rätt?	285
B. Vilken lag bör träda i stället för den eliminerade främmande rätten?	287

Kap. X. Mål om äktenskaps förmögenhetsrättsliga rättsverkningar	289
--	-----

Kap. XI. Mål om barns äkta börd samt om legitima- tion genom efterföljande äktenskap

§ 1. Utgångspunkter och frågeställningar	293
I. Utgångspunkter	293
A. Materiella regler om förutsättningarna för äkta börd och legi- timation	293
1. Förutsättningar hänförliga till föräldrarnas äktenskap, 293. — 2. Övriga förutsättningar, 296.	
B. Kollisionsnormer i ämnet	297
II. Frågeställningar	298
A. Vorfrage-problemet	298
B. Tillämpligt börd- resp. legitimationsstatut vid haltande äkten- skap	299
C. Frågan om barnet kan få äkta börd (legitimeras) trots ogiltig- heten av föräldrarnas äktenskap	300
§ 2. Vorfrage-problemet	301
I. Tysk rätt	301
A. Inledning	301
B. Äktenskapet giltigt enligt de tyska, ogiltigt enligt de främ- mande IP-reglerna	302
1. Lex causae-lösningen, 302. — 2. Lex fori-lösningen, 305.	
C. Äktenskapet ogiltigt enligt de tyska, giltigt enligt de främ- mande IP-reglerna	308
1. Lex fori-lösningen, 308. — 2. Lex causae-lösningen, 313.	
D. Skiljaktigheten mellan tysk rätts och den främmande legis causae IP-regler hänför sig till giltigheten av en skilsmässa	316
II. Österrikisk rätt	317
A. Doktrinen	317
B. Rättspraxis	320
III. Schweizisk rätt	322
IV. Fransk och belgisk rätt	324
V. Engelsk rätt	325
A. Inledning	325
B. »The preliminary question» i doktrinen	326
C. Rättspraxis	327
VI. Svensk rätt	334
VII. Sammanfattning och värderingar	336
A. Äktenskapet giltigt enligt forumrättens IP-regler, ogiltigt en- ligt legis causae motsvarande regler	336

B. Äktenskapet ogiltigt enligt forumrättens IP-regler, giltigt enligt legis causae motsvarande regler	337
1. Sammanfattning av rådande meningar, 337. — 2. Skillnad mellan äktabörds- och legitimationsfall? 337. — 3. Favor legitimitatis-synpunkten såsom argument för lex causae-lösning, 338.	
§ 3. Tillämpligt börds- resp. legitimationsstatut vid haltande äktenskap ...	341
I. Doktrin och rättspraxis	341
II. Sammanfattning och värderingar	344
§ 4. Kan barnet få äkta börd (legitimeras) trots ogiltigheten av föräldrarnas äktenskap?	344
I. Tysk rätt	344
A. »Nichtehe» utesluter äkta börd (legitimation)	344
B. Bördsstatutet (legitimationsstatutet) tillämpligt	346
C. »Das Ehenichtigkeitsstatut» tillämpligt	349
1. Innehörden av detta lösningsalternativ, 349. — 2. Uttalanden i doktrinen till förmån för detta alternativ, 350. — 3. Stöd i rättspraxis för ifrågavarande alternativ, 352. — 4. Fall där två eller flera lagar samtidigt är »Ehenichtigkeitsstatut», 355. — 5. Det närmare tillämpningsområdet för »das Ehenichtigkeitsstatut», 357.	
II. Fransk rätt	359
III. Övriga länders rätt	364
A. »Nichtehe» utesluter äkta börd (legitimation)	364
B. Bördsstatutet (legitimationsstatutet) tillämpligt	365
C. Tillämpning av ogiltighetsstatutet	365
IV. Sammanfattning och värderingar	366
A. Är äkta börd (legitimation) utesluten vid ogiltigt äktenskap?	366
B. Börds- resp. legitimationsstatutet eller ogiltighetsstatutet? ..	367
Skäl för ogiltighetsstatutet:	
1. Frågorna om äktenskapets ogiltighet och om rättsverkningarna därav hänger nära samman, 367. — 2. Alla barn i samma förbindelse bör ställas lika i bördshänseende, 370.	
C. Situationer där två eller flera lagar är ogiltighetsstatut	370
D. Ogiltighetsstatutets räckvidd	374

Kap. XII. Mål om arv

§ 1. Utgångspunkter och frågeställningar	375
I. Utgångspunkter	375
A. Makes arvsrätt förutsätter giltigt och bestående äktenskap	375
B. Kollisionsnormer i ämnet	376
II. Frågeställningar	376
A. Vorfrage-problemet	376
B. Tillämplig lag beträffande makes arvsrätt vid haltande äktenskap	377
C. Avslutande anmärkningar	377

XIV

§ 2. Vorfrage-problemet	378
I. Tysk rätt	378
A. Doktrinen	378
1. Lex fori-lösningen, 378. — 2. Lex causae-lösningen, 379.	
B. Rättspraxis	380
II. Fransk rätt	383
A. Doktrinen	383
1. Lex fori-lösningen, 383. — 2. Lex causae-lösningen, 384.	
B. Rättspraxis	384
III. Engelsk rätt	386
A. Doktrinen	386
B. Rättspraxis	388
IV. Övriga länders rätt	394
V. Sammanfattning och värderingar	396
A. Sammanfattning av rådande meningar	396
B. Kritisk granskning av de skäl som anförts för lex causae-lösningen	396
1. Kravet på lojal tillämpning av arvsstatutet m.m., 396. —	
2. Rätten till arv mer »avlägsen» rättsverkan av äktenskapet än andra? 396. — 3. Lex causae-lösning svarar bäst mot arvlåtarens vilja? 397. — 4. The foreign court theory, 399. —	
5. Slutsats, 399.	
§ 3. Tillämplig lag beträffande makes arvsrätt vid haltande äktenskap ..	400

Kap. XIII. Mål om rättsverkningar av skilsmässa makarna emellan samt mellan dem och barnen

§ 1. Utgångspunkter och frågeställningar	403
I. Utgångspunkter	403
II. Frågeställningar	404
A. Vorfrage-problemet	405
B. Tillämplig lag beträffande rättsverkningarna vid haltande skilsmässa	405
C. Hur förfara när den främmande rätten överhuvud inte känner institutet skilsmässa?	405
D. Avslutande anmärkningar	406
§ 2. Frågornas behandling i tysk rätt	407
I. Rättsförhållandet makarna emellan	407
II. Rättsförhållandet mellan makarna och barnen	410
A. Doktrinen	410
B. Rättspraxis	411
§ 3. Värderingar	415
I. Vorfrage-problemet	415
II. Tillämplig lag beträffande skilsmässans rättsverkningar vid haltande skilsmässa	416
III. Fall där den främmande lex causae inte känner institutet skilsmässa ..	417

Kap. XIV. Omgifte efter tidigare äktenskap samt mål om det nya äktenskapets giltighet

§ 1. Utgångspunkter och frågeställningar	419
I. Utgångspunkter	419
A. Tidigare äktenskap utgör hinder för nytt äktenskaps ingående och är grund för ingånget nytt äktenskaps ogiltighet	419
B. Kollisionsnormer i ämnet	419
II. Frågeställningar	420
A. Vorfrage-problemet	420
B. Tillämplig lag beträffande de materiella förutsättningarna för det nya äktenskapet efter haltande skilsmässa	422
§ 2. Vorfrage-problemet	422
I. Tysk rätt	422
A. Inledning	422
B. Fall där det föreligger en tysk skilsmässodom som inte erkännes i nupturientens hemland	424
1. Det nya äktenskapet skall ingås i Tyskland, 424 (a. Inledning, 424; b. Lex causae-lösning, 424; c. Kompromisståndpunkter, 434; d. Lex fori-lösning, 438). — 2. Det nya äkten- skapet har redan ingåtts; är det giltigt? 442.	
C. Fall där det föreligger en utländsk skilsmässodom som erkännes i Tyskland men inte i hemlandet	444
1. Inledning, 444. — 2. Nytt äktenskaps ingående i Tyskland, 444. — 3. Giltigheten av ingånget nytt äktenskap, 445.	
D. Fall där det föreligger en utländsk skilsmässodom som meddelats i nupturientens hemland eller erkännes i detta land men som inte erkännes i Tyskland	446
1. Det nya äktenskapet skall ingås i Tyskland, 446. — 2. Det nya äktenskapet har redan ingåtts; är det giltigt? 448.	
E. Fall där det föreligger en tysk s.k. »Privatscheidung»	452
F. Fall där inget skilsmässoförfarande ägt rum beträffande det föregående äktenskapet men där detta äktenskap är haltande	453
1. Det föregående äktenskapet är giltigt enligt tysk rätts men inte enligt hemlandets IP-regler, 453. — 2. Det föregående äktenskapet är ogiltigt enligt tysk rätts men giltigt enligt hem- IP-regler, 454.	
II. Österrikisk rätt	455
A. Inledning	455
B. Vorfrage-problemet i doktrin och praxis	456
1. Fall där det föreligger en österrikisk eller i Österrike erkänd utländsk skilsmässodom som inte erkännes i nupturientens hemland, 456. — 2. Fall där det föregående äktenskapet är haltande, 458.	
III. Schweizisk rätt	459
A. Inledning	459

B. Fall där det föreligger en schweizisk skilsmässodom som inte erkännes i nupturientens hemland eller en utländsk skilsmässodom som erkännes i Schweiz men inte i hemlandet	460
1. Lex causae-lösningen, 460. — 2. Lex fori-lösningen, 463	
C. Fall där det föreligger en utländsk skilsmässodom som meddelats i eller erkännes i lex causae-landet men inte i Schweiz	465
D. Fall där inget skilsmässoförfarande ägt rum beträffande det tidigare äktenskapet men där detta är haltande	466
IV. Fransk rätt	467
A. Inledning	467
B. Fall där det föreligger en fransk skilsmässodom som inte erkännes i nupturientens hemland eller en utländsk skilsmässodom som erkännes i Frankrike men inte i hemlandet . .	469
1. Skilsmässodomen avser den utländske nupturienten själv, 469. — 2. Skilsmässodomen avser den utländske nupturientens medkontrahent, 474.	
C. Fall där det föreligger en utländsk skilsmässodom som inte erkännes i Frankrike	476
1. Det nya äktenskapet skall ingås i Frankrike, 476. — 2. Det nya äktenskapet har redan ingåtts; är det giltigt? 478 (a. Det nya äktenskapet har ingåtts i Frankrike, 478; b. Det nya äktenskapet har ingåtts utomlands, 478).	
V. Belgisk rätt	481
A. Inledning	481
B. Vorfrage-problemet i doktrin och praxis	481
1. Frånskild utländsk medborgares omgifte efter belgisk skilsmässodom som inte erkännes i hemlandet, 481. — 2. Utländsk medborgares äktenskap med frånskild belgisk medborgare, vars skilsmässa ej erkännes i utlänningens hemland, 483.	
VI. Engelsk rätt	485
A. Inledning	485
B. Vorfrage-problemet i doktrin och praxis	486
VII. Svensk rätt	490
A. Inledning	490
B. Fall där det föreligger en svensk skilsmässodom som inte erkännes i nupturientens hemland eller en utländsk skilsmässodom som erkännes i Sverige men inte i hemlandet	491
C. Fall där det föregående äktenskapet enligt svensk rätts IP-regler är giltigt och bestående	494
1. Det nya äktenskapet skall ingås i Sverige, 494. — 2. Det nya äktenskapet har redan ingåtts; är det giltigt? 495.	
VIII. Sammanfattning och värderingar	499
A. Det föregående äktenskapet är enligt forumrättens IP-regler ogiltigt eller upplöst men enligt legis causae motsvarande regler giltigt och bestående	499

1. Sammanfattning av rådande meningar vid inländsk skilsmässodom, 499. — 2. Betydelsen av kravet på »Ehefähigkeitszeugnis» o.l. vid omgifte, 499. — 3. Hänsyn till internationell enhetsbedömning såsom argument mot omgiftets tillåtlighet, 500. — 4. Kritiska synpunkter mot det vid 3 anförda, 501. — 5. Hänsyn till kravet på materiell harmoni såsom argument för omgiftets tillåtlighet, 503 (a. När skilsmässodomen avser den utländske nupturienten, 504; b. När skilsmässodomen avser den utländske nupturientens medkontrahent, 505). — 6. Summering pro et contra beträffande omgifte efter inländsk skilsmässodom, 506. — 7. Omgifte i övriga hithörande fall, 507. — 8. Giltigheten av ingånget nytt äktenskap, 507.

B. Det föregående äktenskapet är enligt forumrättens IP-regler giltigt och bestående men enligt legis causae motsvarande regler ogiltigt eller upplöst 507

1. Nytt äktenskaps ingående, 507. — 2. Giltigheten av ingånget nytt äktenskap, 508.

§ 3. Tillämplig lag beträffande de materiella förutsättningarna för det nya äktenskapet efter haltande skilsmässa 511

I. Fransk rätt 511

II. Övriga länders rätt 512

III. Värdering 513

Kap. XV. Sammanfattning beträffande de allmänna problemen i avhandlingen

I. Vorfrage-problemet 515

II. Tillämplig lag beträffande rättsverkningarna av haltande äktenskap och skilsmässor 517

Zusammenfassung 519

Citerad litteratur 590

Citerade rättsfall 610

Vissa förkortningar 620

AVDELNING I

INLEDNING OCH BAKGRUND

KAPITEL I

INLEDNING

§ 1. BEGREPPEN HALTANDE ÄKTENSKAP OCH HALTANDE SKILSMÄSSA

I. »När någon har dött, är han död i hela världen. När någon har gift sig, är han då gift i hela världen?» Frågans formulering, som är *Gihls*,¹ indicerar svaret: det är långt ifrån säkert. Måhända är vederbörandes äktenskap giltigt och bestående från ett eller flera rättssystemens synpunkt men från ett eller flera andra rättssystemens synpunkt (från början) ogiltigt eller (ehuru giltigen ingånget) upplöst. Vederbörande är då »gift» i relation till de förra men »ogift» resp. (tidigare »gift» men numera) »frånskild» i relation till de senare rättssystemen.

Att detta kan förekomma beror, såsom Gihl framhåller, ytterst på att »gift» (liksom »ogift», »frånskild», »make», »giltigt äktenskap» etc., men i motsats till t.ex. »död», som är ett naturfaktum) är en rent *rättslig* kvalifikation.² Det är fråga om en (icke verklig) »egenskap» som någon tillskrives uteslutande på grund av innehållet i vissa rättsregler, regler som kan skilja sig åt från det ena rättssystemet till det andra.

Det är nämnda förhållande som avses när man i den IP-rättsliga doktrinen talar om haltande (eller: »relativt giltiga») äktenskap och skilsmässor. Med dessa uttryck — och deras motsvarigheter på andra språk: *matrimonium claudicans*,³ hinkende Ehe (Scheidung), *mariage (divorce) boiteux*, limping marriage (divorce)

¹ Gihl Principer 1.

² Gihl l.c. Jfr även Strömberg 125 ff.

³ Termen *matrimonium claudicans* har präglats av Endemann 113 och användes ofta, särskilt i den tyska doktrinen.

— menas alltså *äktenskap (skilsmässor) med territoriellt*⁴ *begränsad giltighet*. Sådana äktenskap (skilsmässor) kan ställas i motsats till dem som är *universellt*, d.v.s. från alla möjliga rättssystem synpunkt, giltiga eller ogiltiga.

Några terminologiska anmärkningar må här göras:

För enkelhetens skull använder jag i avhandlingen genomgående termen *skilsmässa* i stället för det i svensk lagtext allmänt brukade — men en smula otypliga — ordet *äktenskapsskillnad*.

I överensstämmelse med i doktrinen vanligt språkbruk använder jag vidare termen äktenskap om allt som *påstås* eller *ifrågasättes* vara eller ha varit ett giltigt äktenskap. Även om det befinnes, att äktenskapet i verkligheten är en nullitet, talar jag alltså om ett äktenskap, nämligen ett ogiltigt sådant. På motsvarande sätt använder jag termen skilsmässa även i fall där en (utländsk) dom på skilsmässa befinnes inte kunna lända till efterrättelse, d.v.s. inte skall erkännas. Termerna äktenskap och skilsmässa är således inte synonyma med *giltigt* äktenskap resp. skilsmässa.

När ett äktenskap eller en skilsmässa säges vara från ett visst lands synpunkt *giltigt*, innefattas däri även fall där äktenskapet ingåtts resp. skilsmässan beviljats *utomlands* och *erkännes* enligt det förra landets (forumlandets) IP-regler.

I fortsättningen skiljer jag mellan haltande äktenskap (II) och haltande skilsmässor (III).

II. Vilka situationer som innefattar ett haltande äktenskap, beror på hur man i detta sammanhang definierar giltighets- och ogiltighetsbegreppen. Denna fråga, som vållar vissa svårigheter, behandlas under A nedan. Därefter återkommer jag (under B) med en närmare bestämning av begreppet haltande äktenskap.

A. Med *giltigt* äktenskap i snävare mening förstås ett äktenskap som inte är behäftat med sådana brister, som gör det ipso jure ogiltigt eller medför att det kan förklaras ogiltigt (dömas att återgå); jfr härom nedan. Positivt uttryckt krävs det vanligen, dels att vigseln förrättats i viss form (särskilt att vigselförrättaren varit behörig), dels att vissa materiella förutsättningar (framför allt frånvaro av s.k. upplösande äktenskapshinder) varit uppfyllda.⁵ De

⁴ Giltigheten kan också tänkas vara begränsad på annat sätt än till ett visst territorium, t.ex. vid rättssystem som anknyter till en persons religionstillhörighet. Härifrån bortses dock för enkelhetens skull i min framställning.

⁵ För svensk rätts del framgår ifrågavarande förutsättningar motsättningsvis av GB 4:9 resp. 10:1—3.

närmare förutsättningarna i dessa båda hänseenden växlar naturligtvis från det ena rättssystemet till det andra.

Ett äktenskap som är i angiven mening giltigt drar med sig en lång serie rättsverkningar av olika slag, beträffande underhåll, namn, barnens ställning, arv och mycket annat, olika enligt olika rättssystem. »Giltigt äktenskap» fungerar — som det ibland uttryckes i skandinavisk doktrin — som »tekniskt mellanled» (»formuleringstekniskt mellanbegrepp») mellan ett komplex av förutsättningar (rekvisit) och ett komplex av rättsverkningar (rättsföljder).⁶

Till kategorin *ogiltiga* äktenskap hör utan varje tvekan *nullitetsfallen*. Nullitet förekommer huvudsakligen vid överträdelse av vissa grundläggande föreskrifter beträffande vigselformen,⁷ t.ex. när vigseln förrättats av någon som överhuvud inte haft behörighet därtill. I dessa fall uteblir vanligen *alla* de rättsverkningar som är knutna till ett giltigt äktenskap; det anses som om något äktenskap aldrig hade kommit till stånd (*matrimonium non existens*).⁸ Och så sker utan vidare, d.v.s. utan att det behövs någon dom eller annat myndighets avgörande för att slå fast ogiltigheten (ehuru talan härom, som då går ut på att erhålla en fastställelse, enligt många rättsordningar är möjlig)⁹; ogiltigheten verkar *ipso jure*. I tysk rätt talas härvid om *Nichtehe* eller *stundom*, ehuru mindre träffande, om (absolut) *nichtige Ehe* eller *nicht bestehende Ehe*, i fransk rätt om *mariage inexistant* samt i engelsk rätt om *void marriage* eller, där ogiltigheten beror på vissa fundamentala formbrister, om *matrimonium non factum*.¹⁰

Utöver de giltiga och ogiltiga äktenskapen i nu angiven mening finns i de västerländska rättssystemen en typ av äktenskap som sammanfattningsvis kan betecknas som *angripbara*. Det är härvid

⁶ Jfr t.ex. Ross 1951, särskilt 474 ff, och 1954: 253 ff, Olivecrona 118 ff (beträffande rättighetsbegreppet) samt Strömberg 128 f.

⁷ I svensk rätt är detta den enda anledningen till nullitet; se GB 4: 9.

⁸ Se t.ex. beträffande svensk rätt LB 304 och Familjerättskommitténs Äktenskapsrätt II (SOU 1964: 35) 99. — Det i texten sagda kan i vissa rättsordningar modifieras av institutet putativäktenskap. Så i engelsk rätt, där barnen även vid ett »void marriage» får äkta börd, om någon av föräldrarna varit i god tro beträffande äktenskapets giltighet; se Bromley 288 f.

⁹ Jfr beträffande svensk rätt GB 15: 2 och beträffande tysk rätt ZPO § 606 I.

¹⁰ Begreppsbildningen i de olika ländernas rätt är inte fullt kongruent. För en jämförelse mellan tysk och engelsk rätts begreppsbildning beträffande äktenskaps giltighet se Raape 1959: 478 f.

mest fråga om äktenskap som är behäftade med vissa materiella brister, framför allt att de ingåtts i strid med ett upplösande äktenskapshinder;¹¹ i en del länder kan dock även vissa formfel beträffande vigseln (vilka inte är så grova att de föranleder nullitet) ge upphov till angripbarhet.¹² I svensk rätt talar man i dessa fall om äktenskap som är behäftade med återgångsanledning, d.v.s. som kan dömas att återgå, i tysk rätt om nichtige (eller bättre: vernichtbare) Ehen¹³ och aufhebbare Ehen, i fransk rätt om mariage nul eller stundom (och bättre) om mariage annulable samt i engelsk rätt om voidable marriage.

Utmärkande för det angripbara äktenskapet är, att det på därom i vederbörlig ordning förd talan skall förklaras ogiltigt genom dom (vilken får konstitutiv karaktär), i svensk rätt betecknad som återgångsdom. Intill dess så skett, har det angripbara äktenskapet samma eller väsentligen samma rättsverkningar som ett giltigt äktenskap i förut angiven mening;¹⁴ det medför t.ex. underhållsplikt, det kan upplösas genom skilsmässa, det utgör hinder för omgifte (utan föregående skilsmässa) etc. *Efter* det ogiltigförklaring (återgång) ägt rum, blir rättsverkningarna enligt en del rättssystem (t.ex. engelsk och fransk rätt) åtminstone i princip desamma som vid nullitet (d.v.s. det anses som om något äktenskap aldrig kommit till stånd, ogiltigförklaringen verkar retroaktivt), enligt andra (t.ex. schweizisk rätt) desamma som av skilsmässa (d.v.s. ogiltigförklaringen verkar endast ex nunc), enligt åter andra rättssystem (t.ex. svensk rätt) i princip desamma som vid skilsmässa men i vissa avseenden desamma som vid nullitet.¹⁵ I vissa rättssystem finns slut-

¹¹ Se beträffande svensk rätt GB 10: 1—3.

¹² Se t.ex. beträffande österrikisk rätt EheG § 21 och beträffande fransk rätt C.c. art. 191.

¹³ Beteckningen nichtige Ehe (Nichtigkeit) användes således både om nullitetsfall (=Nichtehe) och om angripbara äktenskap. I min framställning reserveras termen för sistnämnda betydelse, vilken numera synes vara den vanliga i tyskt språkbruk (så i lagtexten, EheG §§ 16—22). — Jfr om terminologin i olika tyskspråkiga länder Köstler 85 f.

¹⁴ Se t.ex. beträffande engelsk rätt Bromley 54 f, fransk rätt Planiol-Ripert 239 f, schweizisk rätt ZGB art. 132 och Egger 98 f, svensk rätt LB 318 f, tysk rätt (den tyska) EheG §§ 23 och 29 och Beitzke Familienrecht 40 ff samt beträffande österrikisk rätt (den österrikiska) EheG §§ 27 och 34 och Schwind Kommentar 124.

¹⁵ Se beträffande engelsk rätt Bromley 54 f och 63 ff samt beträffande fransk rätt Planiol-Ripert 240 ff. Engelsk och fransk rätts regler i detta hänseende går

ligen olika typer av angripbarhet med skilda rättsverkningar knutna till ogiltigförklaringen; så t.ex. medför enligt tysk och österrikisk rätt dom på Aufhebung samma rättsverkningar som skilsmässa, medan en Nichtigkeitserklärung i princip har retroaktiv verkan.¹⁶

De angripbara äktenskapen skiljer sig tydligen såväl från de giltiga (genom att de kan förklaras ogiltiga resp. dömas att återgå) som från de ogiltiga (genom sina rättsverkningar i övrigt) äktenskapen i förut angiven mening. De bildar, kan man säga, en kategori för sig, vid sidan av de giltiga och de ogiltiga äktenskapen. I de flesta länder synes man dock i systematiskt avseende hänföra de angripbara äktenskapen till ogiltighetskategorin. Eftersom det angripbara äktenskapet emellertid, som sagt, i regel har samma rättsverkningar som det giltiga, kompletteras denna konstruktion så, att »ingen får åberopa sig på ogiltigheten förrän ogiltigförklaring ägt rum» e.l.¹⁷

Från detta mönster avviker svensk internrättslig systematik, där man numera synes ha helt övergett ogiltighetskonstruktionen och övergått till att säga, att det föreligger ett giltigt äktenskap (vars återgång betecknas som en upplösning, inte som en ogiltigförklaring).¹⁸

I denna framställning kan jag i huvudsak bygga på sistnämnda konstruktion. I regel betecknar jag sålunda ett äktenskap som giltigt, oavsett om det är behäftat med en brist som gör det angripbart. När jag t.ex. talar om giltigt äktenskap som förutsättning för vissa rättsverkningar, underförstås — när annat inte anges — att det inte spelar någon roll om äktenskapet är behäftat med en sådan brist. I

tillbaka på den kanoniska rättens. De modifieras emellertid högst avsevärt, särskilt i fransk rätt, genom — det likaledes kanoniska — institutet mariage putatif (putative marriage); se härom nedan kap. XI s. 294 f. — Beträffande schweizisk rätt se ZGB art. 133—134 och beträffande svensk rätt GB 10: 4—11.

¹⁶ Se beträffande tysk rätt EheG §§ 26—27 och 37 samt Beitzke Familienrecht 41 f och beträffande österrikisk rätt EheG §§ 29—32 och 42 samt Schwind Kommentar 143 ff. Den retroaktiva verkan av en Nichtigkeitserklärung är, såsom härav framgår, i själva verket starkt inskränkt.

¹⁷ Se den tyska EheG § 23 samt den österrikiska EheG §§ 27 och 29 II. Jfr även Köstler 86, som kritiserar ogiltighetskonstruktionen i tysk och österrikisk rätt och anser en term som »vorläufig gültig» mera realistisk än »nichtig».

¹⁸ Se LB 319 f och t.ex. Folke Schmidt 121 f. Ogiltighetskonstruktionen, som präglade även intern svensk rätt före 1915 års lagstiftning om äktenskaps ingående och upplösning, har även senare ibland använts i svenska IP-rättsliga framställningar; se t.ex. Hult 1943: 61 ff och Undén IÅR 53 ff.

överensstämmelse härmed reserverar jag i princip termen ogiltighet för nullitetsfallen. Avvikelser från denna terminologi måste dock ibland göras, först och främst vid definitionen av ett fall av haltande äktenskap (se nedan under B 2) men även i vissa andra sammanhang. Sådana avvikelser kommer att särskilt markeras.

B. På grundval av det under A sagda kan man skilja mellan tre fall av haltande äktenskap:

1. Fall där äktenskapet är *giltigt i ett land men ogiltigt (=nullitet) i ett annat land*. Som exempel kan tagas följande fall, vilket är hämtat från tysk rättspraxis:¹⁹ Två grekiska medborgare av ortodox trosbekännelse hade ingått äktenskap i Bergen (Norge). Vigseln hade förrättats i borgerlig form, av därtill enligt norsk lag behörig myndighet. Hustrun väckte sedermera talan om skilsmässa vid tysk domstol. Härvid uppkom fråga huruvida äktenskapet var giltigt (om det var ogiltigt, kunde det inte komma i fråga att bevilja skilsmässa). Så var inte fallet från grekisk rätts synpunkt, enär vigseln enligt grekisk rätt för att bli giltig måste förrättas av ortodox präst, ett krav som upprätthålles även när giftermålet, såsom i förevarande fall, sker utomlands; vigseln var en nullitet.²⁰ Däremot var äktenskapet giltigt i Norge, eftersom en i norsk rätt medgiven vigselsform iakttagits.²⁰ På grund härav betraktade också de tyska domstolarna äktenskapet som giltigt²¹ (och kunde skilsmässa äga rum). Säkerligen skulle bedömningen utfallit på samma sätt i Sverige.²²

Detta är den typ av fall som i doktrinen vanligen avses med begreppet haltande äktenskap²³ och som i praktiken oftast vållar problem. I det följande kommer jag också mest att syssla med sådana fall.

2. Fall där äktenskapet är *i snävare mening giltigt (=varken en nullitet eller angripbart) i ett land men ogiltigt i betydelsen angripbart i ett annat land*. Exempel: En svensk medborgare, vars första äktenskap blivit upplöst av en domstol i Mexiko genom en skilsmäs-

¹⁹ RG 1.10.1925.

²⁰ Se härom nedan kap. II s. 24 ff.

²¹ Med stöd av EG art. 11 I.

²² Se IÄL 1: 6.

²³ Se t.ex. Ferid 1955: 62 (särskilt not 2), Frankenstein III 213, Neuhaus Grundbegriffe 253 ff, Raape 1948: 98, Sedlacek 81, Stauffer 1949: 106.

sodom som inte erkännes i Sverige, har i Mexiko ingått ett nytt äktenskap. Detta är giltigt i Mexiko men i Sverige angripbart. Det behandlas här inte utan vidare som obefintligt (en nullitet) men kan dömas att återgå.²⁴

Situationer av denna typ har i doktrinen inte tilldragit sig lika stort intresse som de förut angivna och synes inte heller i praxis så ofta ha vållat problem. Många författare synes knappast räkna dem till fall av haltande äktenskap i egentlig mening.²⁵ Så länge ogiltigförklaring (återgång) inte ägt rum i något land, torde äktenskapet överallt — i vårt exempel ovan även i Sverige — i åtminstone de allra flesta hänseenden behandlas som giltigt, alldeles oavsett om de angripbara äktenskapen systematiskt hänföres till giltighets- eller till ogiltighetskategorin. Emellertid kan vissa av de IP-rättsliga problem som knyter sig till haltande äktenskap och som skall dryftas i denna avhandling ställas också i situationer av här avsedd typ. Det synes därför ändamålsenligt att kunna använda termen haltande äktenskap även beträffande dessa situationer. För att undvika oklarheter kommer jag dock att särskilt markera när termen ges denna vidsträcktare betydelse.

3. Fall där ett i ett visst land angripbart äktenskap i detta land *förklarats ogiltigt (dömts att återgå) genom dom som inte erkännes i ett annat land*. Har det i vårt exempel under 2 ovan dömts till återgång i Sverige av det nya mexikanska äktenskapet, torde denna dom inte kunna påräkna erkännande i Mexiko, där omgifet ju var fullt lagligt och det nya äktenskapet inte behäftat med någon grund för angripbarhet. Den sålunda uppkomna situationen är närmast analog med den som föreligger vid en haltande skilsmässa, jfr nedan under III.

III. Med haltande skilsmässor avses, såsom redan framgått, *skilsmässor vilka betraktas som giltiga i ett eller flera länder men inte erkännes i ett eller flera andra länder*. Sådana skilsmässor kan sägas begreppsmässigt alltid innefatta ett haltande äktenskap; äktenskapet betraktas som upplöst i det eller de länder, från vilkas synpunkt

²⁴ GB 2:10 och 10:1 (svensk rätt tillämplig beträffande återgångsfrågan enligt allmänna, oskrivna grundsatser; se t.ex. Undén IÄR 55 f).

²⁵ Jfr de ovan i not 23 nämnda författarna. En vidsträcktare uppfattning av de haltande äktenskapen, innefattande även fall sådana som de här avsedda, är däremot vanlig i fransk doktrin; jfr nedan kap. II vid not 52 med hänvisningar.

skilsmässan är giltig, men såsom alltjämt bestående i länder där skilsmässan inte erkännes. I min framställning talar jag dock i dessa fall endast om haltande skilsmässa; termen haltande äktenskap reserveras för de under II angivna fallen.

Vid haltande skilsmässa förhåller det sig i allmänhet så, att skilsmässan betraktas som giltig i det land där den beviljats men inte erkännes i ett eller flera andra länder.²⁶ Som exempel kan tagas följande fall: En svensk domstol har dömt till skilsmässa mellan en svenska och hennes italienske make.²⁷ Sedan denna dom vunnit laga kraft, är äktenskapet för svenskt vidkommande upplöst. Men domen erkännes inte i Italien²⁸ (och troligen inte heller i en del andra länder), varför äktenskapet där alltjämt anses äga bestånd.

§ 2. HUVUDDRAGEN AV AVHANDLINGENS PROBLEMATIK OCH DISPOSITION

Beträffande de haltande äktenskapen och skilsmässorna intresserar dels 1) deras *uppkomst*, dels 2) bestämmandet av deras *rättsverkningar*.

1) Förstnämnda del av ämnet torde från lagstiftarsynpunkt och framför allt från det internationella konventionsarbetets synpunkt vara den mest intressanta. En viktig målsättning för i synnerhet det konventionsarbete som sedan länge bedrivs på det IP-rättsliga planet är att få till stånd regler som motverkar uppkomsten av haltande äktenskap och skilsmässor, liksom överhuvud av haltande familjerättslig status. All sådan verksamhet måste utgå från kunskap om roten till det onda som skall bekämpas, d.v.s. om vad som ger upphov till de haltande rättsförhållandena.

I kap. II kommer jag att lämna en översikt av vissa huvudorsaker till uppkomsten av haltande äktenskap och skilsmässor. Fullständighet eftersträvas här inte. Redogörelsen i kap. II är närmast av-

²⁶ Läget kan dock också vara det omvända: att skilsmässan är ogiltig i det land där den beviljats men betraktas som giltig i annat land; se nedan kap. II s. 54 f.

²⁷ Detta kan ske enligt IÅL 7: 2 I.

²⁸ Jfr nedan kap. II s. 40 f.

sedd som en bakgrund till framställningen i de följande kapitlen om de haltande äktenskapens och skilsmässornas rättsverkningar och begränsas i princip till vad som syntes nödvändigt eller lämpligt för förståelsen av dessa senare delar av avhandlingen. I huvudsak kommer jag därför att inrikta mig på sådana fall av haltande äktenskap (skilsmässa), vilka återkommer i avhandlingens senare delar och har praktisk betydelse för de länder vilkas doktrin och rättspraxis i dessa delar systematiskt behandlas (jfr nedan under § 3).

2) Tyngdpunkten i avhandlingen kommer att läggas vid den andra aspekten av de haltande äktenskapen och skilsmässorna, deras rättsverkningar. De lege lata är denna del av ämnet den avgjort svårare och därmed också den för den juridiska doktrinen intressantare. En mängd intrikata situationer och svårlösta problem uppkommer som en följd av det haltande rättsförhållandet. Häråt ägnas återstoden av avhandlingen, kap. III—XV.

Uttrycket »rättsverkningar av äktenskap (skilsmässa)» tages här och eljest i avhandlingen i en vidsträcktare bemärkelse än som är vanligt i intern- såväl som IP-rättslig systematik. Det innefattar *alla* de avseenden, i vilka giltigheten av ett äktenskap (en skilsmässa) kan vara relevant. Till rättsverkningarna av äktenskap i denna mening räknar jag t.ex. skilsmässa; ty för dom på skilsmässa krävs ett giltigt äktenskap. Och till rättsverkningarna av skilsmässa räknar jag t.ex. rätten att ingå nytt gifte (vilket eljest vanligen inte sker i IP-rättslig systematik, jfr nedan kap. XIV s. 419 f), eftersom denna rätt förutsätter en giltig skilsmässa. — Något annat är det, när jag talar om »äktenskaps rättsverkningar i personligt hänseende», »rättsverkningarna av skilsmässa makarna emellan» etc. Dessa uttryck begagnar jag i deras tekniska, IP-rättsliga betydelse.²⁹

I förstone är det måhända svårt att se, att de haltande äktenskapens (skilsmässornas) rättsverkningar kan erbjuda några speciella problem. Från varje lands synpunkt är ett äktenskap (en skilsmässa) alltid antingen giltigt eller ogiltigt, aldrig haltande; haltande kan ett rättsförhållande vara endast om man ser det från (minst) två länders synpunkt. Är nu äktenskapet (skilsmässan) t.ex. giltigt i ett visst land, A, måste — vill det åtminstone preliminärt synas — detta lands myndigheter utgå härifrån när fråga uppkommer om att knyta någon rättsverkan till äktenskapet (skilsmässan). Och härefter bör — synes det vidare — de olika rättsverkningarna av äktenskapet (skilsmässan) bestämmas på vanligt sätt, d.v.s. inte nödvändigtvis av landet A:s egen interna rätt men med ledning av

²⁹ Jfr nedan kap. IX s. 271, kap. X s. 289 och kap. XIII s. 403.

dess kollisionsnormer och den eller de rättsordningar som utpekas av dessa. Den omständigheten, att det ifrågavarande äktenskapet (skilsmässan) i ett *annat* land, B, är ogiltigt — m.a.o. att rättsförhållandet, sett från A:s och B:s synpunkt, är haltande — synes inte i någotdera avseendet kunna spela någon roll. Hur landet B ser på äktenskapet (skilsmässan) tycks från landet A:s synpunkt komplett likgiltigt och vice versa.

Låt oss se på exemplet ovan i § 1 s. 8: det i borgerlig form i Norge ingångna äktenskapet mellan två greker, vilket var giltigt i (bl.a.) Norge, Tyskland och Sverige men ogiltigt i Grekland. Antag att hustrun (H) väcker talan mot mannen (M) med yrkande om underhåll eller om skilsmässa eller att endera maken efter den andres död gör anspråk på arv efter den avlidne eller att det uppkommer fråga om ett barn, som fötts av hustrun under äktenskapet, har äkta börd. Antag först att frågan kommer upp i Norge, Tyskland eller Sverige, där äktenskapet hålles för giltigt. Måste inte en domstol i vart och ett av dessa länder lägga denna uppfattning till grund för sitt avgörande och därefter — ev. med tillämpning av grekisk rätt såsom vederbörandes *lex patriae* — i vanlig ordning pröva om förutsättningarna i övrigt för underhållsförpliktelse etc. är förhanden? Antag att målet i stället kommer upp vid grekisk domstol. Måste de ställda frågorna då inte få ett nekande svar, som en konsekvens av att Grekland förnekar äktenskapets giltighet?

Antag i stället, att någondera maken i exemplet utan föregående skilsmässa vill ingå ett nytt äktenskap. Nog är det väl klart, att det tidigare äktenskapet utgör hinder härför i Norge, Tyskland eller Sverige men inte i Grekland?

Kunde man utgå från att det generellt förhåller sig på sätt nu i princip antagits, skulle det inte finnas någon anledning att särskilt syssla med de haltande äktenskapens (skilsmässornas) rättsverkningar. Visserligen kunde man peka på en mängd förvecklingar — på det mänskliga och sociala planet ofta mycket olyckliga — som måste uppkomma. Den grekiske mannen skulle t.ex. efter den borgerliga vigseln utomlands kunna överge sin familj och återvända till sitt hemland, där han vore oåtkomlig för underhållsanspråk och andra skyldigheter på grund av äktenskapet. Han skulle t.o.m. kunna gifta om sig i Grekland — medan hans första hustru alltjämt vore bunden av förbindelsen med honom — men skulle då å andra sidan kanske utsätta sig för risken av bigamiåtal, om han seder-

mera återvändande utomlands o.s.v. Men allt detta och en mängd annat, som här inte skall närmare beröras, skulle te sig som givna och oundvikliga konsekvenser av det förhållandet, att det första äktenskapet nu en gång är haltande. Från juridisk synpunkt skulle läget i princip vara »problemfritt». I den mån några problem beträffande rättsverkningarna av äktenskapet uppkom i något land, skulle de inte vara specifika för just haltande äktenskap.

Emellertid är riktigheten av denna, i förstone väl så naturliga uppfattning långtifrån obestridd. Det finns i själva verket en hel del fall, där fastställandet av ett haltande äktenskaps (skilsmässas) rättsverkningar måste sägas bjuda på svårigheter. Vad är det här fråga om för situationer, och vilka problem är det, närmare bestämt, som de ger upphov till?

Till illustration härav kan vi åter se på en variant av exemplet ovan beträffande äktenskapet mellan grekiska medborgare, vilket ingåtts med borgerlig vigsel i Norge. Antag att M avlider och efterlämnar egendom i Sverige. En arvstvist efter honom kommer upp vid svensk domstol. Bland arvspretendenterna befinner sig H. Äger hon taga arv?

Enligt svensk IP är arvlåtarens *lex patriae* arvsstatut,³⁰ i detta fall alltså grekisk rätt. Enligt grekisk rätt är efterlevande make arvsberättigad före övriga i tvisten uppträdande arvspretendenter, antages det.³¹ Vidare är, som sagt, enligt svensk rätts (forumlandets) IP-regler den norska borgerliga vigseln giltig. Med tillämpning härav skulle hustrun således tilldelas arvet. Emellertid kan man här inte komma ifrån att överväga, om inte den grekiska rättens motsatta ståndpunkt beträffande äktenskapets giltighet förtjänar beaktande. Grekisk rätt är ju arvsstatut och har i denna sin egenskap att bestämma beträffande arvsfördelningen. Bör grekisk rätt då inte också få bestämma beträffande äktenskapets giltighet, såvitt är av betydelse för arvsfördelningen? Om denna fråga besvaras jakande, får hustrun, på grund av äktenskapets ogiltighet enligt grekisk rätt (och då den grekiska regeln om arvsrätt för efterlevande make förutsätter ett *giltigt* äktenskap), tydligen inte någon del av arvet.

Vad som ifrågasattes i detta exempel var, att en främmande lag, som enligt forumrättens kollisionsnormer var kompetent beträffande en viss rättsverkan (arvsrätt) och som lät denna rättsverkan

³⁰ IDL 1: 1.

³¹ Jfr Greklands civillagbok art. 1820—1821.

inträda under förutsättning av giltigt äktenskap, också (via *sine* IP-regler) skulle få bestämma huruvida denna förutsättning in concreto var uppfylld och att forumlandets egna IP-regler härom i motsvarande mån skulle träda tillbaka. Hur förhåller det sig överhuvud, när det ifrågakommer att knyta olika rättsverkningar till ett äktenskap eller en skilsmässa och frågan om dessa rättsverkningar lyder under en (från forumlandets synpunkt) främmande lag? Vilkendera uppfattningen om äktenskapets (skilsmässans) giltighet är avgörande, forumlandets egen eller den främmande lagens?

Den frågeställning som sålunda kan aktualiseras vid haltande äktenskap och skilsmässor är ett typiskt exempel på vad som i den IP-rättsliga doktrinen brukar kallas *den prejudiciella frågan* eller, efter den tyska benämningen, *Vorfrage-problemet*. I franskspråkig doktrin talar man om la question préalable, i engelskspråkig doktrin om the preliminary (eller: incidental) question. I svensk doktrin användes någon gång också uttrycket den preliminära frågan.³²

En närmare redogörelse för förutsättningarna för och innebörden av denna synnerligen invecklade och omtvistade problematik — såvitt den för avhandlingsämnet är av intresse — skall lämnas i kap. III. För dess hittillsvarande behandling i doktrinen redogöres i kap. IV. En närmare diskussion av Vorfrage-problemet med eget principiellt ställningstagande till detsamma följer i kap. V.

Exemplet ovan ändras nu därhän, att den vid den svenska domstolen förda talan i stället för arv avser skilsmässa mellan de grekiska makarna (detta var vad saken gällde, när målet förekom i tysk rättspraxis), vilka antages vara bosatta i Sverige. Oavsett hur målet i övrigt bedöms, är det en förutsättning för bifall till skilsmässosyrkandet, att parternas äktenskap är giltigt. Denna fråga kan innefatta ett Vorfrage-problem (jfr ovan) men torde i detta fall tveklöst vara att avgöra utifrån svensk rätts egna IP-regler,³³ varför svaret blir jakande. Men hur förhåller det sig med förutsättningarna *i övrigt* för bifall till skilsmässosyrkandet? Enligt svensk IP krävs i princip att orsak till skilsmässa är förhanden dels enligt makarnas *lex patriae*, dels enligt svensk rätt.³⁴ Men enligt grekisk rätt, makarnas *lex patriae*, är äktenskapet ju utan vidare obefintligt. Måste man likväl hålla på kravet att det skall finnas en skilsmässorsak

³² Jfr Eek 1964: 121.

³³ Se nedan kap. VIII § 3 s. 228 ff.

³⁴ IÄL 3: 2.

även enligt grekisk rätt? Eller kan den svenska domstolen i ett fall som detta bortse från vad grekisk rätt har att säga beträffande skilsmässorsakerna? Skall domstolen i så fall härutinnan tillämpa enbart svensk rätt eller tilläventyrs också någon annan främmande lag i den grekiska rättens ställe (i så fall närmast norsk rätt, som ju var *lex loci celebrationis*)?

Även i detta exempel ifrågasattes tydligen, att en främmande lags från forumrätten avvikande uppfattning om äktenskapets giltighet skulle tillmätas relevans, men på ett helt annat sätt än enligt doktrinen om den prejudiciella frågan. Utgångspunkten var, att forumrättens egen uppfattning om äktenskapet såsom giltigt skulle vara utslagsgivande, m.a.o. att Vorfrage-problemet redan klarats av. Vad spørsmålet därefter gällde var, om en främmande lag, som enligt forumrättens kollisionsnormer i princip var kompetent beträffande en rättsverkan av äktenskapet (i exemplet: beviljandet av skilsmässa) men som för sin del förnekade äktenskapets giltighet, av denna anledning borde, med avvikelse från sagda kollisionsnormer i forumlandet, uteslutas från tillämpning även beträffande förutsättningarna i övrigt för den ifrågavarande rättsverkan. Vid jakande svar blev nästa fråga, vad domstolarna i forumlandet borde göra *i stället* för att tillämpa den uteslutna främmande lagen. Skulle de falla tillbaka på (enbart) sin egen interna rätt eller tilläventyrs på någon annan främmande rätt (och i så fall vilken)? — Motsvarande spørsmål kan ställas vid haltande skilsmässa, när en främmande lag, som i princip är kompetent beträffande en rättsverkan av (den i forumlandet giltiga) skilsmässan, för sin del inte erkänner skilsmässan som giltig.

En närmare redovisning av denna problematik och av dess behandling i doktrinen samt eget principiellt ställningstagande till densamma sker i kap. VI.

Båda de problem som hittills skisserats kan, i likhet med t.ex. renvoi- och kvalifikationsproblemen, sägas höra hemma i den internationella privaträttens *allmänna* del. Härmed avses, att frågeställningarna och de möjliga lösningarna samt till huvudsaklig del också argumenten för och emot dessa lösningar är gemensamma för många olika typer av mål. Sålunda kan, som sagt, båda de här avsedda problemen aktualiseras i tvister beträffande varjehanda rättsverkningar av äktenskapet (skilsmässan), t.ex. i mål om underhåll, om barns äkta börd eller legitimation genom efterföljande äkten-

skap, om arv eller om omgifte(s giltighet) efter skilsmässa. Problemen kan också komma upp vid annan haltande familjerättslig status, t.ex. vid haltande adoptioner eller faderskapsfastställelser, samt även utanför familjerättsens område; åtminstone gäller detta för Vorfrage-problemets del. Sin ojämförligt största frekvens och praktiska betydelse torde frågeställningarna dock ha just vid haltande äktenskap och skilsmässor.

Uppgiften i kap. III—VI blir att gå igenom de allmänna aspekter som sålunda finns på de nämnda problemen. Kap. III—VI bildar därmed tillhoppa avhandlingens *allmänna del*. Ehuru framställningen i princip begränsas till vad som är erforderligt med hänsyn till mål om olika rättsverkningar av äktenskap och skilsmässa, kommer den att ha betydelse även härutöver. I synnerhet torde de beskrivningar, analyser och värderingar som göres beträffande Vorfrage-problemet att i största utsträckning vara tillämpliga beträffande detta problem överhuvud.

Att frågeställningarna inom den internationella privaträttsens allmänna del är gemensamma för en mängd olika fall behöver inte betyda, att *lösningarna* utfaller eller bör utfalla lika överallt. Som exempel kan man tänka på inställningen till renvoi-problemet. I länder som i princip accepterar renvoi göres ofta undantag härifrån i vissa typer av mål (t.ex. inom kontraktsrätten); och omvänt ges i länder som i princip avvisar renvoi ofta ett visst spelrum åt denna mekanism i några typer av fall.³⁵

Även beträffande de problem som här skall behandlas ter sig läget delvis olika från den ena typen av mål till den andra, även om man — såsom här sker — begränsar blickfältet till de olika rättsverkningarna av äktenskap och skilsmässa. I doktrinen behandlas frågorna ofta inte från generella synpunkter utan endast såvitt angår en viss eller vissa bestämda typer av mål. Och i rättspraxis göres sällan några generella ställningstaganden utan begränsas avgörandets räckvidd till den typ av situation som i varje särskilt fall är föremål för bedömning. De valda lösningarna tillåter ofta inte, åtminstone inte med säkerhet, några slutsatser av generell natur.

Av dessa skäl är det nödvändigt att behandla de här ifrågavarande problemen också beträffande *varje särskild typ av mål för sig*, där

³⁵ Se t.ex. beträffande fransk rätt Batiffol DIP 354 f, 366 f (renvoi godtages i princip, men undantag göres på vissa rättsområden) och beträffande svensk rätt Karlgren IPR 68 f (renvoi avvisas i princip men förekommer i vissa fall).

giltigheten av ett äktenskap (en skilsmässa) kan vara relevant. En dylik framställning ges i kap. VII—XV, vilka utgör avhandlingens *speciella del*. I en särskild inledning till denna del (kap. VII) redogöres för urvalet av måltyper och dispositionen inom densamma.

Utöver de nämnda problemen av allmän räckvidd, vilka återkommer beträffande samtliga de olika typerna av mål, skall jag behandla vissa frågor, vilkas räckvidd är begränsad till särskilda typer av mål. För dessa frågor redogöres först i resp. kapitel i den speciella delen.³⁶

§ 3. METOD, MATERIAL OCH INRIKTNING

Den internationella privaträtten är som bekant och såsom i det föregående tyst förutsatts med avseende på sina källor i princip nationell rätt. Men lagstiftningen och — ehuru sannolikt i mindre mån — även rättspraxis uppvisar starkare »internationella» inslag, i den meningen att de mera påverkas av mellanstatligt samarbete (konventioner och förarbeten därtill) och av förebilder i främmande länder samt av hänsyn till vad som kan tänkas bli internationellt erkänt, än som annars är vanligt inom nationella discipliner. Och framför allt arbetar den IP-rättsliga doktrinen traditionellt i mycket stor utsträckning med komparativa metoder. I synnerhet är så fallet inom ämnets allmänna del, i framställningar över t.ex. kvalifikations- och renvoi-problemen, ordre public och den prejudiciella frågan.

Skälen till den komparativa inriktningen är många. Viktigast är väl, att de IP-rättsliga reglerna, ehuru i princip nationella till sitt ursprung, dock tar sikte på »livsförhållanden» av internationell karaktär, frågor som har anknytning till flera länder. Reglerna har, som det brukar sägas, ett internationellt *föremål*. Det faller sig med hänsyn härtill långt mera naturligt och nödvändigt på detta område än inom t.ex. straff- eller processrätt att intressera sig för andra rättssystem lika väl som för det egna landets. Har man att göra med en konkret tvist som har anknytning till två eller flera länder, ter det sig nära nog självfallet att fråga sig, om utgången blir densamma

³⁶ Se nedan kap. VIII § 2 s. 208 ff och kap. XI § 4 s. 344 ff.

oavsett i vilket av dessa länder den kommer upp till prövning. Detta beror i första hand på en jämförelse mellan de olika ländernas IP-rättsliga regler. Lika naturlig ter sig en sådan jämförelse på det abstrakta planet, vid uppställandet av en IP-rättslig regel i ett visst land.

Av stor vikt är vidare, att den internationella privaträtten knappast i något land synes ha blivit så positivrättsligt fastlagd som andra rättsområden. Särskilt är lagstiftningens plats i de flesta länders internationella privaträtt ännu förhållandevis blygsam, i all synnerhet i vad avser ämnets allmänna del. I den mån lagstiftning alls finns, är den f.ö. ofta bristfällig och/eller ofullständig.³⁷ Sant är, att det i stället successivt utbildas en allt rikligare rättspraxis, som fyller en del av luckorna. Men framväxten av denna praxis torde knappast någonsin kunna tänkas ge de nationella rättssystemen samma enhetliga och definitiva prägel som en systematisk kodifikation av modernt snitt.³⁸ I alla händelser har det ännu inte på långt när gått dithän. Detta gör, att osäkerhetsmarginalen, »den ovissa räjongen»,³⁹ i regel är större än på andra rättsområden. Härigenom får doktrinen ett större spelrum. Den har inte, som ofta annars, varit hänvisad att bedriva en i huvudsak exegetisk verksamhet i den nationelle lagstiftarens spår — en verksamhet som oundvikligen synes leda till partikularism och nationell isolering — utan kunnat ägna sig åt mer konstruktiva uppgifter. Otivelaktigt har dessa förhållanden — ämnets förhållandevis låga grad av positivitet och doktrинens häremot svarande större roll — bidragit till att frågeställningar och tänkesätt, särskilt inom ämnets allmänna del, i högre grad än på andra rättsområden förblivit kosmopolitiska.

I länder som Tyskland och Frankrike förekommer det väl stundom, att monografiska framställningar över ett begränsat IP-rättsligt ämne huvudsakligen, i synnerhet vad gäller rent positivrättsliga delar, begränsas till det egna landets rätt. I ett litet land som Sverige torde det däremot vara mycket få IP-rättsliga ämnen som kan tänkas bli tillfredsställande belysta med hjälp av enbart eller huvudsakligen inhemskt material.⁴⁰ Dels är inländsk doktrin och rättspraxis alltså ganska sparsam och — vad gäller rättspraxis —

³⁷ Jfr t.ex. vad därom anföres nedan i kap. VI § 3 I s. 185 f.

³⁸ Jfr Eek IPR 52 f.

³⁹ Eek 1964: 121 f; jfr även Eek IPR 110 ff.

⁴⁰ Jfr Hjerner XI.

ofta mycket »konkret» inriktad, utan ambitioner att träda i lagstiftarens ställe.⁴¹ Dels har den svenska IP-rättsliga doktrinen, i den mån den alls existerar, i största utsträckning hämtat sina impulser från de stora länderna och övertagit eller bearbetat tankegodts av utländskt ursprung; indirekt torde härigenom också rättspraxis ha påverkats utifrån. Av dessa skäl synes det vara i grunden förfelat att i en svensk IP-rättslig avhandling försöka ens i huvudsak begränsa sig till svensk rätt, på det sätt som vanligen sker i svenska avhandlingar inom andra discipliner.

De nu anförda synpunkterna beträffande den internationella privaträtten i allmänhet är tillämpliga, t.o.m. i ovanligt hög grad, beträffande de frågor som skall dryftas i denna avhandling. Svensk och annan nordisk doktrin är här mycket mager samt, på det hela taget, av sekundär betydelse. Positivrättsligt material saknas nästan helt. Undersökningen måste därför till största delen bygga på material från andra länder. Detta material kan givetvis inte omedelbart användas som underlag för uttalanden om gällande svensk rätt. Men härav följer inte, att materialet saknar intresse från svensk synpunkt. De frågor som behandlas är genomgående sådana som kan aktualiseras också vid svenska domstolar eller för andra svenska myndigheter. Och de lösningar eller tendenser som gör sig gällande i närstående länder, där hithörande spörsmål diskuterats eller aktualiserats i praxis, kan näppeligen lämnas obeaktade, när det gäller att för svensk rätts del ta ställning till frågorna.⁴²

Emellertid är meningen inte att huvudsakligen utnyttja det utländska materialet för diskussioner om svensk rätt eller överhuvud att skjuta svensk rätt i förgrunden för undersökningen. Fastmera kommer jag att systematiskt behandla de förekommande spörsmålen från ett antal länders synpunkt, utan något särskilt företräde för svensk rätt. Undersökningens omfattning och intensitet beträffande resp. land får härvid bestämmas av det förefintliga materialets beskaffenhet.

Inom större delen av området för avhandlingens egentliga problematik (med bortseende från den orienterande redogörelsen i kap. II) har den tyska doktrinen varit den ledande. I Tyskland finns också en betydligt rikligare rättspraxis än i något annat land beträffande

⁴¹ Jfr t.ex. Lando 245 ff; vad där säges om dansk domsskrivningsteknik synes stämma väl också på svenska domar. Se också Eek IPR 53.

⁴² Jfr t.ex. Eek IPR 53 f, Hjerner XI.

de här aktuella problemen. Även från fransk och engelsk doktrin och rättspraxis finns en hel del material av intresse. I vissa delar av ämnet är vidare belgisk och österrikisk doktrin och praxis — vilka naturligt inbjuder till jämförelser med fransk resp. tysk rätt — samt schweizisk rätt av betydelse för belysning av ämnet. Utöver de nu nämnda ländernas rätt kommer jag att systematiskt gå igenom den skandinaviska doktrinen samt svenskt positivrättsligt material på området. På enstaka punkter kommer jag slutligen också att uppmärksamma doktrin eller rättsfall från andra länder. Någon systematisk materialgenomgång beträffande dessa länder kommer emellertid inte att företas.

I och för sig vore det sannolikt av intresse åtminstone i vissa delar av avhandlingen att beakta amerikansk rätt. Så kommer dock inte att ske. Dels är det material från olika amerikanska jurisdiktioner som finge genomgåas synnerligen omfattande och delvis svår-tillgängligt, dels skiljer sig utgångspunkterna och problematiken för de amerikanska domstolarna avsevärt från dem som är aktuella i de europeiska länderna. På grund härav kan det antas, att utbytet av det amerikanska materialet inte skulle stå i rimlig proportion till den möda och de svårigheter som skulle vara förenade med en systematisk genomgång därav.

Beträffande härefter de särskilda delarna av avhandlingen må i detta sammanhang följande sägas.

I kap. II skall jag, såsom redan nämnts, ge en orienterande redogörelse för vissa viktigare orsaker till uppkomsten av haltande äktenskap och skilsmässor. Detta förutsätter en jämförelse mellan vissa regler i olika länder beträffande äktenskaps ingående och upplösning. Härvid inriktar jag mig väsentligen på sådana situationer som förekommit i de ovan nämnda ländernas rättspraxis. Uppgiften blir i denna del rent deskriptiv; framställningen kommer att strikt hållas inom ramen för *lex lata*.

Avhandlingens allmänna del (kap. III—VI) syftar, såsom framgått, till att klargöra frågeställningar och olika lösningsalternativ till dessa (kap. III) samt till en redogörelse för och granskning av argument av allmän räckvidd för och emot de olika lösningarna (kap. V). Denna del av uppgiften kan — liksom ofta sker i framställningar över problem inom den internationella privaträttens all-

männa del, t.ex. kvalifikations- eller renvoispörsmålen⁴³ — genomföras utan anknytning till någon speciell rättsordning. Härvid har man tydligen att bortse från rena positiva (särskilda lagbestämmelser samt rättspraxis), speciella för ett visst land. Vad som kan diskuteras i den allmänna delen är, huruvida man utifrån allmänna överväganden, särskilt rättspolitiska synpunkter, kan komma till några slutsatser beträffande här aktuella problem. Som underlag för denna diskussion tjänar den redogörelse för doktrinen som lämnas i kap. IV.

Undersökningarna i den allmänna delen kan inte utmyнна i några bestämda uttalanden om gällande rätt i det ena eller andra landet. Sådana uttalanden kan göras först i den speciella delen, efter undersökning av lagbestämmelser, rättspraxis etc. i de olika länderna. De ställningstaganden som kan göras på generell nivå får närmast karaktär av rekommendationer de lege ferenda, rekommendationer som dessutom måste göras med reservation för att särskilda hänsyn kan motivera andra lösningar i speciella typer av mål. Å andra sidan är härmed naturligtvis inte sagt, att de rekommendationer som ges inte skulle vara förenliga med gällande rätt, utan blott att detta inte låter sig fastställas — i vart fall inte med något större mått av precisering — i den allmänna delen.

Vad slutligen angår den speciella delen (kap. VII—XV), inriktas framställningen där framför allt på det positivrättsliga läget i de olika länderna. Detta innebär — då lagstiftning nästan helt saknas beträffande de här aktuella problemen — att rättspraxis kommer i förgrunden. Även doktrinen måste emellertid beaktas; ofta finns det även de lege lata ingenting annat än doktrинens meningar att hålla sig till. Utöver dessa redogörelser ges också egna rekommendationer de lege ferenda, vilka kompletterar dem som lämnas i den allmänna delen. Närmare uppgifter om den speciella delen lämnas i kap. VII.

Att de generella aspekterna på ämnet sålunda kommer *före* presentationen av gällande rätt kan väl medföra vissa svårigheter vid läsningen av avhandlingen. Enligt min mening är detta förfarings-sätt dock nödvändigt både för att kunna ge en riktig bild av doktrinen — vars ställningstaganden i de särskilda typerna av mål ofta är »utflöden» av ståndpunkter som intas på det generella planet — och för att kunna fatta en egen konsekvent ståndpunkt till de olika frågorna.

⁴³ T.ex. i stor utsträckning i Gihls författarskap på det IP-rättsliga området; jfr Gihl Principer VIII.

KAPITEL II

UPPKOMSTEN AV HALTANDE ÄKTENSKAP OCH SKILSMÄSSOR

§ 1. ALLMÄNT OM ORSAKERNA HÄRTILL

Uppkomsten av haltande äktenskap och skilsmässor beror, såsom förut omtalats, på skiljaktigheter mellan olika rättssystem. Närmare bestämt är här av betydelse dels skillnader beträffande de *IP-rättsliga* reglerna (kollisionsnormerna samt reglerna om erkännande av utländska domar och andra avgöranden), dels skillnader beträffande den *interna (materiella)* rätten (saknormerna).

I terminologiskt hänseende skiljer jag, inom kategorin IP-rättsliga regler, mellan kollisionsnormer (kollisionsrättsliga regler) och regler om erkännande av utländska domar och andra avgöranden.¹ Med det förra menar jag enbart regler som anvisar kompetent lag i ett visst hänseende (choice-of-law rules, »lagvalsregler»), t.ex. en regel av innehåll att frågor om äktenskaps formgiltighet skall bedömas enligt lagen i det land där vigseln förrättats. Reglerna om erkännande av utländska avgöranden innefattar, i motsats till kollisionsnormerna, i princip själva en reglering i sak; de ger svar på frågan hur forumlandet skall ställa sig till en utländsk dom e.l. Termerna intern och materiell rätt samt saknormer begagnas i min framställning, utan inbördes åtskillnad, om alla regler som inte tillhör den internationella privaträtten.

De stora materiella rättsolikheter som finns mellan olika länder, i vad avser äktenskaps ingående och upplösning, kan bli »akuta», d.v.s. ge upphov till haltande äktenskap och skilsmässor, endast i den mån rättsolikheterna ger sig tillkänna också på det IP-rättsliga

¹ Jfr till detta stycke Neuhaus Grundbegriffe 48 f och Eek IPR 18 f, 77 ff. Från Eeks terminologi skiljer sig min därigenom, att jag använder uttrycket *intern rätt* — jämsides med termen materiell rätt — för att beteckna de regler som inte hör till den internationella privaträtten, samt genom att jag använder termen saknormer *endast* om den interna rätten.

planet. I många länders interna rätt är t.ex. civil vigsselform obligatorisk; i vissa andra länder är å andra sidan religiös vigsselform föreskriven.² Men dessa rättsolikheter på det materiella planet ger inte i och för sig nödvändigtvis upphov till haltande äktenskap. De »neutraliseras» av de IP-rättsliga reglerna, i den mån dessa stämmer överens i olika länder. Om t.ex. alla länder hade den kollisionssnormen, att frågor om äktenskaps formgiltighet skall avgöras enligt vigsellandets lag och begreppet form dessutom hade samma innehåll i de olika länderna, skulle ett ingånget äktenskap överallt bli antingen giltigt eller ogiltigt, beroende på vigsellandets ståndpunkt. Endast om även kollisionssnormerna skiljer sig åt — t.ex. så att formfrågan i vissa länder prövas enligt vigsellandets lag, i andra länder enligt kontrahenternas hemlands lag — kan haltande äktenskap uppkomma.

På liknande sätt »neutraliseras» materiella rättsolikheter beträffande äktenskaps upplösning av IP-rättsliga regler, i den mån enligt dessa regler skilsmässor som beviljats och är giltiga utomlands erkännes.

Vid skildringen av orsakerna till de haltande äktenskapen och skilsmässorna har man således att ta hänsyn både till IP-rättsliga och till materiellrättsliga faktorer. Tyngdpunkten kommer dock att läggas vid de förstnämnda. I fortsättningen skiljer jag mellan rättsolikheter beträffande äktenskaps ingående (§ 2) och rättsolikheter beträffande äktenskaps upplösning (§ 3).

§ 2. RÄTTSOLIKHETER BETRÄFFANDE ÄKTENSKAPS INGÅENDE

Dessa olikheter hänför sig dels — och här praktiskt viktigast — till formen för äktenskaps ingående (I), dels till de materiella förutsättningarna härför (II).³

² Se nedan § 2 s. 24 f.

³ Beträffande den i vissa delar omtvistade gränsdragningen mellan formella och materiella förutsättningar se t.ex. Rabel I 207 ff; denna tvistefråga behöver här inte diskuteras.

I. VIGSELFORMEN

Vad angår vigselformen, föranledes de flesta fall av haltande äktenskap av skiljaktigheter mellan olika länders (interna och IP-rättsliga) regler om *vem som äger förrätta vigsel* (A). Beträffande denna fråga finns betydelsefulla differenser mellan uppfattningarna i olika länder. Stundom ger dock även *andra moment* i formkravet upphov till haltande äktenskap (B).

A. 1. Beträffande först de *interna* reglerna om vem som giltigen äger förrätta vigsel må följande nämnas:⁴ I de flesta länder på den europeiska kontinenten kan giltig vigsel förrättas endast i *civil* form, av därtill behörig statlig myndighet. Detta gäller bl.a. i Belgien, Frankrike, Luxemburg, Nederländerna, Schweiz, Tyskland, Österrike och (numera) samtliga östeuropeiska länder. — Andra länder, med starkt religiöst inslag i sin äktenskapsrätt, uppställer däremot, såvitt gäller kontrahenter som tillhör visst trossamfund (i europeiska länder rör det sig härvid i allmänhet om ortodoxa eller katolska kyrkan; i äldre rätt gällde ofta särbestämmelser beträffande judar), krav på *religiös* vigsel i viss ordning. De viktigaste exemplen härpå i Europa är numera Grekland och Spanien. Till samma kategori hör bl.a. Liechtenstein, Malta⁵ och Cypern samt, utanför Europa, provinsen Quebec i Canada, Israel och en del muslimska länder (Irak, Iran m.fl.). Tidigare var religiös vigselform obligatorisk också i många andra europeiska länder, bl.a. i Ryssland (fram till revolutionen), i Österrike⁶ (fram till Anschluss 1938, då tysk äktenskapsrätt infördes) samt i Bulgarien, Litauen och delar av Polen och Jugoslavien (fram till 1940-talet). — Till en tredje kategori kan man sammanföra länder, vilka i sin interna rätt känner *både* den civila och (olika slag av) den religiösa vigseln och där dessa båda former *fakultativt* står till buds. Hit hör bl.a. England, USA och överhuvud nästan alla common law-länder samt Italien, Portugal och de skandinaviska länderna. Avsevärda skillnader finns

⁴ Beträffande redogörelsen i detta stycke kan hänvisas t.ex. till Schnitzer I 351 och Rabel I 213 ff.

⁵ Beträffande maltesisk rätt se de engelska rättsfallen *Chapelle v. Chapelle* (1950) och *Lepre v. Lepre* (1965).

⁶ Beträffande äldre österrikisk rätt se ABGB §§ 75 (den allmänna bestämmelsen) samt 123 och 127 (särbestämmelser beträffande judar) i deras äldre lydelse och härtill Klang 501 ff, 797 ff, 804 ff.

mellan dessa länder inbördes med avseende på vilka slag av religiös vigsel som tillåtes. Så synes t.ex. enligt portugisisk rätt behörighet att förrätta religiös vigsel tillkomma endast katolska kyrkan (kanonisk rätts form), medan t.ex. enligt svensk rätt inte bara svenska kyrkan utan även flera andra trossamfund erhållit vigselrätt.⁷

I *IP-rättsligt* avseende gäller i de allra flesta länder i princip, att vigsel som förrättas i det egna landet blir giltig endast om den form resp. någon av de former, som föreskrives i detta lands interna rätt, iakttagits. Den eller de ifrågavarande vigsselformerna står i regel öppna även för utlänningar eller för kontrahenter med hemvist utomlands⁸ men är å andra sidan tvingande även för sådana kontrahenter. Regeln *locus regit actum* tillägges såtillvida en *obligatorisk* karaktär.⁹

Å andra sidan kräver (krävde) de allra flesta av de länder, vilkas interna rätt obligatoriskt föreskriver (föreskrev) kyrklig vigsel, åtminstone av egna medborgare iakttagande av denna form även när äktenskapet ingås utomlands.¹⁰ Sådillvida erkänner (erkände) dessa länder inte ens fakultativt regeln *locus regit actum*.

⁷ Beträffande portugisisk rätt se Rau 120 ff, särskilt 124. Beträffande svensk rätt se KK 26.10.1951 med vissa bestämmelser ang. vigsselförrättare inom annat trossamfund än svenska kyrkan, intagen i SRL under GB 4:2, jämte de under denna författning i SRL anmärkta KRes om rätt att förrätta vigsel.

⁸ Vid tillämpning av bestämmelser om religiös vigsel kan utlänningens religionstillhörighet naturligtvis tänkas utgöra ett hinder. Exempel: Enligt svensk rätt må vigsel inom svenska kyrkan äga rum, endast om någon av de trolovade tillhör kyrkan (GB 4:2; jfr dock även KF 3.12.1915 om rätt till vigsel inom svenska kyrkan för medlemmar av vissa utländska evangelisk-lutherska trossamfund). — Enligt fransk rätt får utlänning, som befinner sig »en séjour temporaire» i Frankrike, där gifta sig endast efter tillstånd av administrativ myndighet; se Batiffol DIP 186, 495 f. — Även Schweiz gör viss skillnad mellan utlänningar med och utan domicil i Schweiz, se NAG art. 7 c.

⁹ Se härom t.ex. Rabel I 211, 216 ff. Angående undantag för s.k. diplomatisk vigsel se nedan s. 30 f.

¹⁰ Se härom Rabel I 213 f, 232 f samt Schnitzer I 351, 354 f och 360. Beträffande grekisk rätt se vidare Greklands civillagbok art. 1367 samt härtill Mariadakis 1952: 661, Gogos-Aubin 266 f och Rammos 9 ff. Beträffande spansk rätt se Cod.civ.esp. art. 42 och härtill Boschan 1963:20 (med hänvisningar till spansk rättspraxis). — Annorlunda förhöll det sig dock enligt äldre polsk och österrikisk rätt, där regeln *locus regit actum* erkändes vid vigsel utomlands, ehuru den interna rätten krävde religiös vigsel. Se den polska IP-rättsliga lagen av den 2.8.1926 (intagen i tysk översättning i Makarov Quellen under Polen), art. 5, och härtill avgörande av Polens högsta domstol 12.4.1929 samt beträffande öster-

Enligt uppfattningen i de länder som kräver religiös vigsel, även när den förrättas utomlands, synes det härvid inte vara fråga om något verkligt undantag från regeln *locus regit actum*. I t.ex. grekisk och spansk IP är denna regel uttryckligen lagfäst (Greklands civillagbok art. 11 resp. Cod. civ. esp. art. 11) och gäller i princip även beträffande ingående av äktenskap; några uttryckliga undantag som i detta sammanhang kan vara relevanta finns inte. Förklaringen härtill torde vara, att kravet på religiös vigsel i dessa länder inte uppfattas som ett *formkrav* utan, med hänsyn till att äktenskapet enligt ortodox såväl som katolsk uppfattning är ett religiöst sakrament, anses ha en *materiellträttslig* karaktär.¹¹ Vigselreglernas konfessionella karaktär tycks medföra, att varje territoriell begränsning (av typen *locus regit actum*) är dem främmande. Det tillämpningsområde de gör anspråk på begränsas endast av omständigheter hänförliga till kontrahenternas *person*. Och härvid dras gränslinjen stundom *endast* vid deras religionstillhörighet, inte vid deras nationalitet eller andra i den internationella privaträtten vedertagna personliga anknytningsmoment. Sålunda talar art. 1367 i Greklands civillagbok helt generellt om »die Ehe der Angehörigen der griechisch-orthodoxen Kirche» (Gogos' översättning), utan (i vart fall uttrycklig) begränsning till grekiska medborgare. Tillräckligt för tillämpligheten av ifrågavarande bestämmelser i grekisk och spansk rätt, liksom i allmänhet vid konfessionell äktenskapslagstiftning, är f.ö., att *endera* kontrahenten tillhör det ortodoxa resp. katolska trossamfundet. — I de verkliga eller fingerade exempel beträffande grekiska och spanska medborgare, vilka förekommer i avhandlingen, förutsättes genomgående — utan att det särskilt framhålles i varje enskilt fall — att vederbörande tillhör den ortodoxa resp. katolska kyrkan.

Det är tydligt, att hemlandets krav på religiös vigsel kan komma i konflikt med vigsellandets krav på iakttagande av dess vigsselform och att haltande äktenskap som följd härav kan uppkomma. Låter t.ex. en grekisk eller spansk medborgare viga sig inför präst inom ortodoxa resp. katolska kyrkan i Tyskland eller Frankrike, blir denna vigsel visserligen giltig i hemlandet men ogiltig i vigsellandet.¹² Väljer vederbörande i stället tysk resp. fransk rätts civila

rikisk rätt t.ex. Klang 496 f och Walker 660 ff. Detsamma är alltså fallet med liechtensteinsk rätt, se t.ex. Beck 180, Beitzke 1966: 36 och Oehry 235.

¹¹ Se de ovan i not 10 citerade författarna. — Det föreligger här vad som i doktrinen brukar kallas en »kvalifikationskonflikt», i det att regler om religiös vigsel i andra länder uppfattas såsom avseende allenast äktenskaps *form*. Vanligen har denna konflikt i de västeuropeiska länderna lösts i enlighet med forumlandets uppfattning, d.v.s. kravet har ansetts angå äktenskaps *form*. Se t.ex. Rabel I 214 ff. 218 f.

¹² Enligt fransk rätt blir äktenskapet dock inte en nullitet (»inexistant») utan ogiltigt endast i betydelsen angripbart (»nul»), se nedan vid not 37. Beträffande tysk rätt jfr även nedan vid not 16.

vigsselform, blir äktenskapet visserligen giltigt i vigsellandet men ogiltigt i hemlandet. Enda möjligheten att undgå ett haltande äktenskap i fall sådana som dessa — där ena kontrahenten är medborgare i ett land med krav på religiös vigsel och vigseln förrättas i ett land med obligatoriskt civiläktenskap — är att kontrahenterna kompletterar den i vigsellandet nödvändiga civila vigseln med den i hemlandet erforderliga religiösa ceremonin.

För att göra kontrahenterna uppmärksamma härpå och motverka uppkomsten av haltande äktenskap har man i tysk, österrikisk och schweizisk rätt infört bestämmelser, enligt vilka trolovade från vissa angivna länder, där kyrklig vigsel är obligatorisk, i samband med den civila vigseln bör förete en s.k. »Traubereitschaftserklärung».¹³ Detta är en av präst inom vederbörande trossamfund undertecknad förklaring att han är beredd att efter den civila vigseln förrätta en kyrklig vigsel mellan kontrahenterna. Civilståndsmyndigheterna har också att upplysa kontrahenterna om följderna av underlåtenhet att genomgå den kyrkliga vigseln. Ifrågavarande bestämmelser är dock inte alls eller endast ofullständigt sanktionerade. Åtminstone enligt tysk och österrikisk rätt utgör vägran att förebringa »Traubereitschaftserklärung» ej laga grund för att avslå kontrahenternas begäran om civil vigsel. Och även om dylik förklaring föreligger, finns det inga garantier för att den kompletterande religiösa vigseln sedermera verkligen kommer till stånd.

De fall rörande haltande äktenskap, som möter i äldre västeuropeisk rättspraxis (fram till 1930-talet), utgöres i mycket stor utsträckning av fall där östeuropeiska (särskilt ryska, polska och österrikiska) judar, vilka enligt sitt hemlands lag kunde ingå äktenskap endast i konfessionell ordning, i t.ex. Tyskland, Frankrike eller Belgien, där de hade sitt hemvist, gift sig i enbart borgerlig form. Särskilt i tysk, fransk och belgisk praxis finns det gott om sådana fall. Även beträffande andra östeuropeer (jugoslaver, bulgarer, litauer, polacker) finns det i den tidigare västeuropeiska rättspraxis många fall av haltande äktenskap.

Under efterkrigstiden synes de allra flesta fall av haltande äktenskap, vilka framträder i rättspraxis, avse greker eller spanjorer, vilka såsom »Gastarbeiter» eller i annan egenskap vistats i något av de centraleuropeiska länderna (samtliga utpräglade invandringsländer) och där ingått äktenskap. Det vanligaste torde vara, att dessa

¹³ Se härom i tysk rätt t.ex. Raape IPR 246 not 16 och Jost 299, i österrikisk rätt Schwind Kommentar 101 f samt i schweizisk rätt Götz 150 ff, 178 ff.

äktenskap ingås såväl i civil som i kyrklig ordning.¹⁴ Men det synes ofta förekomma, att antingen det ena eller det andra momentet (oftast den religiösa ceremonin) försummas och att äktenskapet därför blir haltande.

Nämnas kan, att antalet greker och spanjorer som ingick äktenskap i (Förbundsrepubliken) Tyskland år 1963 utgjorde 1.745 resp. 1.552.¹⁵ I flertalet av dessa fall — 1.020 resp. 1.042 — rörde det sig om äktenskap mellan grekisk resp. spansk medborgare och tysk medborgare.

Dessa siffror avser dock endast fallen av vigsel inför de tyska civilståndsmyndigheterna. I hur många av dessa fall kyrklig vigsel underlåtitis, framgår inte, ej heller i hur många fall enbart kyrklig vigsel förrättats.

I detta sammanhang bör dock också nämnas, att det i *tysk* rätt sedan 1947 finns en särskild bestämmelse (EheG § 15 a), som innefattar ett undantag från principen om obligatoriskt civiläktenskap och som numera (sedan 1964) har praktisk betydelse för bl.a. grekiska och spanska »Gastarbeiter» i Tyskland. Första stycket i denna bestämmelse lyder:

Als Ausnahme von den Bestimmungen — — — dieses Gesetzes kann eine Ehe zwischen Verlobten, von denen keiner die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt, vor einer von der Regierung des Landes, dessen Staatsangehörigkeit einer der Verlobten besitzt, ordnungsgemäss ermächtigten Person in der von den Gesetzen dieses Landes vorgeschriebenen Form geschlossen werden.

Denna regel täcker, förutom fall av s.k. diplomatisk vigsel (varom mera nedan), också vigslar som förrättas av präst eller annan som har vederbörligt förordnande från sitt hemlands regering. Sådana förordnanden har under år 1964 och senare meddelats för i Tyskland verksamma grekiska (ortodoxa) och spanska (katolska) präster. Dessa är därför även enligt tysk rätt numera behöriga att förrätta vigsel mellan grekiska resp. spanska medborgare.¹⁶ Att märka

¹⁴ Jfr Götz 150 (beträffande spanjorers giftermål i Schweiz).

¹⁵ Statistisches Jahrbuch für die Bundesrepublik Deutschland 1965 s. 63. — Antalet grekiska och spanska »Gastarbeiter» i Tyskland beräknades år 1965 till 175.000 resp. 170.000, se R. Lüderitz 285.

¹⁶ I viss tysk doktrin och praxis hade det hävdats, att EheG § 15 a vore tillämplig beträffande bl.a. grekiska och spanska präster även utan särskilda förordnanden från hemlandets regering, då dessa präster enligt sitt hemlands lag redan ägde en vigselbehörighet som inte var territoriellt begränsad. Se Weyers' i litteraturförteckningen upptagna arbete samt rättsfallen OLG Köln 18.10.1963 och OLG Düsseldorf 27.11.1964. Denna tolkning av EheG § 15 a blev dock inte allmänt

är emellertid, att ifrågavarande undantagsregel inte gäller vid äktenskap mellan *tysk* medborgare och utlänning. Ett sådant äktenskap kan alltså bli giltigt i Tyskland endast om vigseln förrättats av tysk Standesbeamter.

Någon motsvarighet till EheG § 15 a finns f.n. inte i de övriga länderna med obligatoriskt civiläktenskap. Här måste den civila formen alltså iaktas även när båda kontrahenterna är t.ex. grekiska eller spanska medborgare.

Förrättas vigseln däremot i något av de länder, vilkas interna rätt jämställer den religiösa med den civila vigseln och där vigselrätt tillkommer det trossamfund utlänningen tillhör, kan ett halande äktenskap undvikas genom att utlänningen väljer den religiösa form som hans hemland obligatoriskt föreskriver och som vigsellandet fakultativt medger. Greken eller spanjoren kan t.ex. i Sverige gifta sig inom ortodoxa resp. katolska kyrkan.¹⁷ Äktenskapet blir då giltigt såväl i hemlandet som i vigsellandet. Skulle utlänningen emellertid välja den civila vigselform som fakultativt står till buds i vigsellandet, blir resultatet naturligtvis ogiltighet i hemlandet. Flera exempel härpå erbjuder bl.a. engelsk rättspraxis.¹⁸

Länder vilka i sin interna rätt har obligatoriskt civiläktenskap eller jämställer den civila och den religiösa vigselformen erkänner — i motsats till förenämnda länder med obligatorisk religiös vigsel — i allmänhet äktenskap som dess egna medborgare ingått utomlands i den form (någon av de former) som är föreskriven i *lex loci celebrationis*, oavsett om fråga är om civil eller religiös vigsel; *locus regit actum*.¹⁹ En tysk eller fransman kan t.ex. i Sverige gifta

godtagen, framför allt inte av Bundesgerichtshof. Se ur rättspraxis OLG Celle 5.6.1963 och 5.11.1964, BGH 22.1.1965 och BayObLG 15.12.1965 samt ur doktrinen Sonnenbergers i litteraturförteckningen angivna uppsats och Neuhaus 1965: 541 f. Vigslar som förrättats före tidpunkten för förordnandena från hemlandet (alltså i stort sett före år 1964) beröres inte av dessa och är därför alltså ogiltiga i Tyskland, se t.ex. BGH 22.1.1965.

¹⁷ KRes 25.1.1895 beträffande vigselrätt för romersk-katolska kyrkan samt KRes 27.8.1954 beträffande vigselrätt för Grekisk-katolska Ortodoxa Kristi Förklarings kyrka, båda anmärkta under GB 4: 2 i SRL.

¹⁸ Se t.ex. fallen *Stathatos v. Stathatos* (1913), *Chapelle v. Chapelle* (1950), *Formosa v. Formosa* (1963) och *Lepre v. Lepre* (1965). — Engelsk rätt synes, i motsats till svensk, inte medge vigselrätt för de ortodoxa och katolska kyrkorna utan blott för *The Church of England* och vissa andra samfund, jfr *Bromley* 41 ff och *Wolff PIL* 350.

¹⁹ Så bl.a. i: Belgien (C.c. belge art. 170, *Graulich* 49 f), Danmark (*Borum*

sig i religiös form med giltighet även i Tyskland resp. Frankrike, ehuru detta inte är möjligt i hans hemland. En svensks eller engelsmans äktenskap utomlands betraktas likaledes som formgiltigt i Sverige resp. England närhelst vigsellandet gör det. Sätillvida föreligger det ingen risk för uppkomsten av haltande äktenskap.

Emellertid erkänner vissa länder, som i sin interna rätt har fakultativ religiös vigselform, *härutöver* — på denna punkt i likhet med länder med obligatorisk kyrklig vigsel — stundom äktenskap, som dess egna medborgare ingått utomlands i religiös form, även om denna form enligt *lex loci celebrationis* inte är tillräcklig; regeln *locus regit actum* ges m.a.o. ibland en blott fakultativ karaktär vid egna medborgares giftermål utomlands. Sålunda erkänner svensk rätt generellt äktenskap utomlands mellan svenska medborgare, om vigseln förrättats av präst inom svenska kyrkan, i vissa fall t.o.m. sådan vigsel mellan svensk och utlänning.²⁰ I den mån vigsel enligt dessa bestämmelser äger rum i ett land där vigselförrättarens behörighet inte erkännes — en präst inom svenska kyrkan viger t.ex. två svenska medborgare i Paris²¹ — uppkommer tydligen ett haltande äktenskap.

En viss likhet med kyrklig vigsel utomlands har den s.k. diplomatiska vigseln. Liksom den svenske statskyrkoprästen i det sista exemplet härleder diplomatiska och konsulära representanter sin behörighet att förrätta vigsel från hemlandet, inte från det land där de utövar sin verksamhet. Och även beträffande diplomatisk vigsel gäller, att den inte utan vidare blir giltig i »mottagarlandet» (vigsellandet). I många länder erkännes visserligen en viss behörighet för

110 f), England (Dicey 230 ff), Finland (FIFL § 7), Frankrike (C.c. art. 170, Batiffol DIP 491 ff), Italien (Cod.civ.it. art. 26), Luxemburg (Bernecker 276 ff), Nederländerna (Schnitzer I 359), Norge (Gaarder 82), Portugal (Rau 128 ff), Schweiz (NAG art. 7 f, Schnitzer I 358), Sverige (IÄL 1: 6), Tyskland (EG art. 11 I, Kegel Kommentar 692, Bem. 5, och 694, Bem. 13), USA (Rabel I 211), Österrike (Köhler 61 f). Se vidare Rabel I 222 ff och Schnitzer I 355. — Annorlunda förhåller det sig dock enligt den nya *tjeckoslovakiska* IP-rättsliga lagen av år 1963 (intagen i fransk översättning i R 1965: 614 ff). Enligt denna kan en tjeckoslovakisk medborgare ingå giltigt äktenskap endast i civil form; detta gäller även vid vigsel utomlands. Se nämnda lag art. 20 II.

²⁰ IÄL 1: 8. — Det må anmärkas, att någon motsvarighet till denna regel inte finns i dansk IP, enligt vilken *lex loci celebrationis* måste iakttas; se Borum 110 f.

²¹ Ett sådant fall har förekommit i fransk rättspraxis, se Rabel I 222.

främmande diplomater och konsulter att förrätta vigsel,²² det föreligger såtillvida, kan man säga, ett undantag från regeln att en vigsel blir giltig i det land där den förrättas endast om den uppfyller detta lands (internrättsliga) formföreskrifter. Men som villkor för erkännande av diplomatisk vigsel sättes ofta, att *båda* kontrahenterna skall vara medborgare i den främmande stat som diplomaten-vigsselförrättaren representerar.²³ Och det finns flera länder som intar en helt avvisande hållning till diplomatiska eller konsulara äktenskap på sitt territorium.²⁴ I den mån vigslar förrättas, vilka ligger inom ramen för den av »avsändarstaten» meddelade behörigheten (och alltså blir giltiga i denna stat) men utanför de gränser inom vilka »mottagarlandet» erkänner densamma (eller om det inte alls erkänner sådan behörighet), blir äktenskapet tydligen haltande. Från rättspraxis i skilda länder föreligger en mängd fall av denna typ.²⁵

Ett annat närliggande fall är följande: Enligt en del länders rätt äger den som tillhör utomlands stationerad avdelning av krigsmakten under vissa omständigheter ingå äktenskap i det främmande landet inför officer eller militärkaplan vid trupperna (så enligt bl.a. belgisk och engelsk rätt).²⁶ Vederbörande behöver m.a.o. enligt sitt hemlands lagstiftning inte anlita den lokala (civila eller religiösa) vigsselformen i det främmande land där han är stationerad. Men det är inte säkert, att detta land för sin del erkänner den militära vigseln. Stor praktisk betydelse såsom källa till haltande äktenskap har nämnda förhållande under efterkrigstiden haft i Tyskland och Österrike, där främmande ockupationstrupper varit förlagda. I en

²² I vissa länder erkännes behörigheten endast i mån av särskild överenskomst med »avsändarstaten» eller av »mottagarlandet» beviljat tillstånd; jfr för svensk rätts del IÄL 1:5 I. I andra länder, bl.a. i Belgien och Frankrike, ges erkännandet utan sådana krav, se Rabel I 221.

²³ Så bl.a. i belgisk och fransk rätt, se Graulich 52 och Batiffol DIP 498 ff.

²⁴ Så bl.a. Schweiz och Österrike, vilka varken sedvanerättsligt erkänner sådana äktenskap eller ingått konventioner härom. Se Schnitzer I 353, 356 samt Schwind Kommentar 101 och Köhler 59. Detsamma gällde i huvudsak i Tyskland före tillkomsten av EheG § 15 a (1947); grundsatsen modifierades dock här i någon mån av konventioner. Se t.ex. Beitzke 1952: 169 och Raape IPR 255.

²⁵ Se t.ex. de av Rabel I 220 not 77 citerade fallen samt det österrikiska fallet OGH 25.10.1952 och det franska fallet Trib. Seine 31.3.1952, behandlade nedan i kap. XI vid noterna 66 resp. 167. Jfr också Beitzke 1952: 169.

²⁶ Se beträffande belgisk rätt C.c. belge art. 88—89 och beträffande engelsk rätt Foreign Marriage Act, 1892, section 22 (ändrad 1947), och härtill Dicey 241 f.

mängd fall har t.ex. soldater ur de brittiska trupperna i dessa länder ingått äktenskap med en tyska eller österrikiska inför vederbörande engelska »marriage officer» (en militärkaplan), på sätt föreskrives i den engelska Foreign Marriage Act, utan medverkan av tysk resp. österrikisk Standesbeamter.²⁷ Dessa äktenskap, vilka är giltiga i England, erkännes inte i Tyskland resp. Österrike.²⁸

På grund av den stora frekvensen av sådana fall i Österrike nödgades lagstiftaren ingripa. Genom en lag 1947 »über die Eheschliessungen vor Funktionären der Besatzungsmächte» bestämdes retroaktivt, att äktenskap av ifrågavarande typ, om de ingåtts före den 1.8.1947, skulle hållas för giltiga i Österrike. Emellertid synes vigslar även senare i stort antal ha förrättats av engelsk »marriage officer».²⁹ Dessa äktenskap beröres inte av den nämnda lagstiftningen och är ogiltiga i Österrike.

Hittills har vi sett äktenskapets giltighet endast från två länders synpunkt, vigsellandets och hemlandets. Hur ställer sig nu *tredje land* till frågan? Antag att grekiska medborgare (före år 1964) har gift sig i Tyskland i (a) endast tysk civil form, (b) endast grekisk religiös form. I det förra fallet är äktenskapet giltigt i Tyskland men ogiltigt i Grekland, i det senare fallet är det ogiltigt i Tyskland³⁰ men giltigt i Grekland. Hur ställer sig t.ex. Sverige till giltigheten av äktenskapet i dessa båda fall?

Avgörande härför är tredje lands egna IP-regler. De allra flesta länder intar i dessa regler den ståndpunkten, att de erkänner ett äktenskap mellan utlänningar (lika väl som mellan egna medborgare, jfr ovan) som formgiltigt, om så är fallet enligt lagen i det land där det ingåtts, *lex loci celebrationis*; »a marriage good where contracted is good everywhere» (åtminstone vad formen beträffar).³¹ Sätillvida spelar det ingen roll vad kontrahenternas *lex patriae* eller annan lag må ha att säga. I fallet (a) blir äktenskapet i enlighet härmed giltigt vid svenskt forum, emedan så är fallet i Tyskland.

I flera länder ges den sålunda vid vigsel utomlands mellan utlän-

²⁷ Se härom t.ex. Sedlacek 80 f.

²⁸ Ett exempel härpå är det tyska rättsfallet LG Köln 20.2.1953, refererat nedan i kap. XI vid not 53. Jfr även nedan kap. IV s. 110 ff (Schwind).

²⁹ Jfr Schwind 1958: 454.

³⁰ Annorlunda om den religiösa vigseln förrättats efter 1964, se ovan vid not 16.

³¹ Se hänvisningarna ovan not 19 samt Rabel I 234 f. Beträffande Schweiz och Österrike se dock nedan vid not 34.

ningar erkända regeln *locus regit actum* *obligatorisk* karaktär, på samma sätt som vid vigsel i det egna landet. Detta innebär, att äktenskapet blir ogiltigt, om så är fallet enligt *lex loci celebrationis*; »a marriage invalid where concluded is invalid everywhere». Det hjälper inte, att äktenskapet ev. betraktas som giltigt i kontrahenternas hem- eller domicilland. Så synes i princip vara fallet enligt engelsk och amerikansk rätt samt, troligen, enligt belgisk, dansk och norsk rätt.³² I sådana länder skulle man alltså, i överensstämmelse med tysk rätt men i motsats till grekisk rätt, anse äktenskapet giltigt i fallet (a) men inte i fallet (b).

Många länder anser dock, vid vigsel mellan utlänningar utomlands, regeln *locus regit actum* som blott *fakultativ*. De erkänner ett äktenskap som formgiltigt, även om det anses ogiltigt i vigsellandet, under förutsättning att det betraktas som giltigt i kontrahenternas hemland (om kontrahenterna vid vigseln har olika nationalitet, i båda deras hemländer). Denna regel, som upptagits i 1902 års Haagkonvention om äktenskaps ingående, gäller generellt enligt bl.a. svensk och tysk IP samt möjligen även enligt fransk IP.³³ Vid svenskt forum blir äktenskapet alltså giltigt även i fallet (b) i vårt exempel ovan, emedan så är förhållandet enligt grekisk rätt, kontrahenternas *lex patriae*. Och den av svensk statskyrkopräst i Paris förrättade vigseln mellan två svenska medborgare (ovan vid not 21) blir giltig, förutom i Sverige, t.ex. i Tyskland (men ogiltig i Frankrike och därmed också i länder där *locus regit actum* är tvingande regel).

Några länder synes slutligen gå så långt, att de erkänner ett utomlands av utlänningar (eller av utlänning med inländsk medborgare)

³² Belgien: Graulich 52 (nr 69 not 4). Beträffande övriga i texten nämnda länder se ovan not 19. Till det i texten angivna resultatet kommer också Scheucher 26 ff för österrikisk rätts del; se emellertid beträffande österrikisk rätt nedan vid not 34. — Beträffande engelsk rätt bör nämnas, att nyare rättspraxis gjort viktiga undantag från grundsatsen om *lex loci celebrationis* såsom ensam avgörande, i det att s.k. *common law-marriages* erkänts som giltiga oberoende av *lex loci celebrationis*. Se fallen *Taczanowska v. Taczanowski* (1957) och *Kochanski v. Kochanska* (1958) m.fl. Räckvidden av denna praxis synes ännu något oklar, jfr *Cheshire* 299 ff med kritik av fallen.

³³ Haagkonventionen art. 7; Frankrike: *Aubry-Rau* I 267, *Lerehours-Pigeonnière* DIP 538, *Mezger* 383, *Ponsard* 1955: 8; jfr dock även *Batiffol* DIP 501 (med not 37); Sverige: IÄL 1: 9; Tyskland: EG art. 11 I och 13 I samt *Kegel Kommentar* 692 Bem. 2—3. — Se också *Rabel* I 211 f och 236 samt, beträffande Schweiz och Österrike, nedan not 34.

ingånget äktenskap *endast* om det erkännes jämväl i kontrahenternas hemland (hemländer; är ena kontrahenten inländsk medborgare, kommer det endast an på andra kontrahentens hemland). Giltighet enligt *lex (leges) patriae* är m.a.o. en *obligatorisk* förutsättning, giltighet enligt *lex loci celebrationis* inte tillräcklig. Till denna (mindre) grupp av länder hör troligen Schweiz och möjligen Österrike, länder vilka båda erkänner regeln *locus regit actum* såvitt angår *egna* medborgares giftermål utomlands (d.v.s. när *båda* kontrahenterna är schweiziska resp. österrikiska medborgare).³⁴ Vid schweiziskt eller österrikiskt forum skulle i enlighet med denna uppfattning äktenskapet vara giltigt i fallet (b) men ogiltigt i fallet (a) i vårt exempel ovan.

2. När ett äktenskap av någon av de nu berörda anledningarna blir ogiltigt i vigsellandet eller i annat land, rör det sig i allmänhet om ogiltighet i egentlig mening, *nullitet*. Å ena sidan är denna form av ogiltighet nämligen den vanligaste, när vigseln förrättats av präst, främmande diplomat etc., vars behörighet att viga inte erkännes i vigsellandet.³⁵ Å andra sidan betraktar också de länder som kräver religiös vigsel vid giftermål utomlands regelmässigt ett i annan form ingånget äktenskap som en *nullitet* (så bl.a. grekisk och spansk rätt).³⁶ De haltande äktenskap som uppkommer i ovan berörda fall är därför vanligen av den typ som avses vid 1 ovan i kap. I s. 8: giltiga i ett land (eller flera länder) men en *nullitet* i ett annat land (eller flera andra länder).

Enligt den uppfattning som är rådande i Frankrike och Belgien medför dock ett åsidosättande av det i dessa länder gällande kravet på civil vigsel i regel inte äktenskapets *nullitet* (»*inexistence*»). Sådan påföljd inträder endast i de (i praktiken ytterst sällsynta) fall där det inte ens finns ett sken (»*une apparence*») av riktig vigsel. Ett sådant sken anses föreligga t.ex. när vigseln förrättats av en präst eller främmande diplomat. Äkten-

³⁴ Se beträffande schweizisk rätt Beck 230 och Schnitzer I 346, 355 samt rättsfallet BG 11.11.1954 (Erw. 5). I Österrike saknas tillämplig rättspraxis. Flertalet författare i den österrikiska doktrinen tolkar emellertid reglerna i DVO på det sätt som anges i texten. Se t.ex. Bolla 47, Köhler 60 f, Loewe 112 samt Schwind Kommentar 100 f, 1954: 246 och 1965: 164 f. Annorlunda Scheucher 26 ff m.fl. — Beträffande *egna* medborgares giftermål utomlands enligt schweizisk och österrikisk rätt se ovan not 19.

³⁵ Se beträffande engelsk rätt Bromley 67 f, schweizisk rätt Egger 79, svensk rätt LB 304, tysk rätt Beitzke Familienrecht 24 samt beträffande österrikisk rätt Schwind Kommentar 96 och 120 f.

³⁶ Se beträffande grekisk och spansk rätt hänvisningarna ovan i not 10.

skapet blir därför allenast »nul»; särskild ogiltighetstalan är nödvändig för att ogiltigheten skall kunna göras gällande.³⁷ Den av svensk statskyrko-präst i Paris förrättade vigseln mellan två svenska medborgare (ovan vid not 21) ger således upphov till ett haltande äktenskap i den mening som avses vid 2 eller — efter fransk ogiltighetsdom — 3 ovan i kap. I s. 8 f.

B. Ibland hänför sig de skiljaktigheter som ger upphov till haltande äktenskap till *andra moment i formkravet* än vigselförrättarens behörighet. Någon systematisk genomgång av de fall som här är tänkbara skall inte göras; i rättspraxis synes dylika fall inte så ofta förekomma. Som exempel från praxis på situationer där ett haltande äktenskap antagits föreligga må nämnas två fall som förekommit i Tyskland. I det ena, som avsåg ett i Tyskland ingånget äktenskap mellan en fransman och en tyska, hade vigseln inte föregåtts av lysning i Frankrike, på sätt föreskrives i den franska C.c. art 170 beträffande fransk medborgares giftermål utrikes.³⁸ I det andra fallet, som gällde ett likaledes i Tyskland ingånget äktenskap mellan en sovjetrysk medborgare och en tyska, hade vigseln inte blivit vederbörligen registrerad hos sovjetrysk diplomatisk eller konsulär representation, vilket enligt rysk rätt antogs vara en förutsättning för erkännande av äktenskapet.³⁹ I båda dessa fall utgick de tyska domstolarna — i det förstnämnda fallet säkerligen med orätt — från att äktenskapet (vilket var giltigt i Tyskland) i utlänningens hemland betraktades som ett »Nichtehe».

II. DE MATERIELLA FÖRUTSÄTTNINGARNA

A. Beträffande de materiella förutsättningarna för äktenskaps ingående (die sachlichen Voraussetzungen, les conditions de fond, the

³⁷ Se beträffande fransk rätt Planiol-Ripert 201 ff och Aubry-Rau VII 91 ff samt beträffande belgisk rätt De Page 788 ff.

³⁸ LG Köln 23.10.1950. — Detta avgörande var in casu felaktigt, jfr Ferid JR 1953:255 f. Den ifrågavarande föreskriften i fransk rätt — vilken efterbildats i en rad andra länder, bl.a. Italien, Schweiz och Nederländerna; se t.ex. Beyer 1957:33 och Jost 299 — kan nämligen enligt fransk rättspraxis endast under speciella omständigheter föranleda ogiltighet, se t.ex. Batiffol DIP 493 f. Den form av ogiltighet som kan ifrågakomma är f.ö. inte »inexistence» utan endast »nullité», jfr föregående not.

³⁹ BayObLG 20.4.1955, behandlat nedan i kap. IX s. 279 ff. — Beträffande ett liknande krav på registrering i fransk rätt se KG 14.9.1961 och Beyer 1957:33.

essentials of marriage eller substantive requirements for marriage)⁴⁰ finns mycket stora skillnader mellan olika länders interna rätt. Dessa skillnader avser sådant som giftermålsålder, erforderliga samtycken från föräldrar och andra, släktskaps- och svågernskapshinder, religionstillhörighet och en mängd annat. Likaså finns stora rättsolikheter i vad avser äktenskapshindrens upplösande verkan. Att här närmare redogöra för dessa skillnader är varken möjligt eller behövligt. Endast så mycket må i största allmänhet sägas, att äktenskapshindren i de flesta länder är vidsträcktare än i Sverige och andra skandinaviska länder samt att de också i betydligt större utsträckning än här har upplösande verkan.⁴¹

De IP-rättsliga reglerna i olika länder medger i stor utsträckning, att nämnda rättsolikheter »aktualiseras» och föranleder haltande äktenskap. Konstellationen är härvid vanligen den, att det enligt lagen i ett visst land, till vilket anknytning finnes genom nupturiens nationalitet och/eller domicil, föreligger ett upplösande äktenskapshinder, att äktenskapet likväl får ingås i ett annat land, enligt vars IP-regler hänsyn inte behöver tas till den främmande lagens äktenskapshinder, samt att äktenskapet härefter blir giltigt i vigsellandet men inte i hem- resp. domicillandet, ev. inte heller i tredje land.

I det följande skall jag (under B och C) peka på några IP-rättsliga regler och grundsatser, vilka i detta sammanhang är av intresse.

B. Till en början må framhållas, att hindersprövningen i samband med vigseln i vissa länder principiellt företas enligt vigsellandets egen interna rätt (territorialitetsprincipen). Främmande rätt beaktas inte, även om kontrahenterna är utlänningar eller har sitt domicil utomlands. Så förfares bl.a. i USA och Danmark (i båda fallen dock med vissa undantag till förmån för kontrahenternas *lex domicilii*).⁴²

I de flesta länder torde dock huvudprincipen vara, att de materiella förutsättningarna för äktenskapet bestämmas av kontrahen-

⁴⁰ Ang. terminologin se Rabel I 243.

⁴¹ En redogörelse för vissa länders rätt lämnas i Familjerättskommitténs PM ang. utländsk medborgares rätt att ingå äktenskap inför svensk myndighet, s. 6 ff. I övrigt må hänvisas till Bergmann-Ferids i litteraturförteckningen angivna arbete.

⁴² Rabel I 246 ff, Borum 104 ff.

ternas personalstatut (personalitetsprincipen). Vardera kontrahenten måste, för att få ingå äktenskapet, uppfylla förutsättningarna i sin lag (distributiv tillämpning av *leges causae*). Härvid gäller som kontrahenternas personalstatut i de flesta hithörande länder deras *lex (leges) patriae* (så enligt 1902 års Haagkonvention om äktenskaps ingående, i de allra flesta länder på den europeiska kontinenten samt i svensk rätt),⁴³ i några länder dock deras *lex (leges) domicilii*.⁴⁴

Emellertid synes nämnda huvudprincip i flera länder vara starkt undergrävd till förmån för tillämpning av vigsellandets egen interna rätt, stundom t.o.m. i sådan grad att undantagen kan antas spela större praktisk roll än huvudregeln. Som exempel kan nämnas, att enligt svensk IP utländska kontrahenter äger få sin rätt att ingå äktenskapet prövad enligt enbart svensk rätt, om de har haft hemvist i Sverige i minst 2 år och begär sådan prövning.⁴⁵ Härigenom öppnas tydligen möjlighet att sätta sig över äktenskapshinder i hemlandets lag. Beträffande fransk IP kan nämnas, att de franska vigselmyndigheterna inte har skyldighet att beakta kontrahenternas främmande *lex patriae ex officio*;⁴⁶ detta synes innebära, att hänvisningstagandet till äktenskapshinder i den främmande rätten blir beroende av myndigheternas skön.

Av betydelse är vidare, att äktenskapshinder i den främmande, i princip kompetenta rätten stundom lämnas utan beaktande under hänvisning till vigsellandets *ordre public*. Typiska exempel härpå från olika europeiska länders rättspraxis är fall, där den främmande rätten förbjudit äktenskap mellan personer av olika ras eller religion.⁴⁷ Såsom i viss mån ett specialfall av *ordre public*-ingripande kan man se den praktiskt viktiga situationen, att en utlänning efter skilsmässa i ett tidigare äktenskap tillåtes omgifte, oaktat den beträffande hindersprövningen tillämpliga främmande rätten (i mot-

⁴³ Se Rabel I 261 ff med hänvisningarna i not 72 (beträffande österrikisk rätt bör hänvisningen rätteligen avse DVO § 6 I).

⁴⁴ Så i princip norsk rätt, Gaarder 82 ff, samt troligen också engelsk rätt, Dicey 249 ff.

⁴⁵ IÅL 7: 4 a.

⁴⁶ Se *Instruction générale du Garde des Sceaux, ministre de la Justice relative à l'état civil* (intagen i R 1955: 574 ff, med senare ändringar i R 1957: 737 ff), art. 473—475, samt härtill *Batiffol* 1955—1957: 46 ff och *Holleaux* 1955—1957: 56 f.

⁴⁷ Se t.ex. *Batiffol* DIP 488, *Beyer* 1957: 35, Rabel I 258 f, 279 ff (*permissiv ordre public*), *Schnitzer* I 341.

sats till vigsellandet) inte erkänner skillnadsdomen. När den svenska hustrun vid svensk domstol utverkat skilsmässodomen från sin italienske make (exemplet ovan i kap. I s. 10), torde sålunda även den sistnämnde äga ingå nytt gifte i Sverige, oaktat italiensk rätt enligt svenska kollisionsnormer är tillämplig beträffande förutsättningarna härför (det bortses från den ovannämnda undantagsregeln vid 2-årigt hemvist i Sverige) och italiensk rätt betraktar mannen såsom alltjämt bunden av det första äktenskapet.⁴⁸

C. Ehuru äktenskapet ingåtts i strid med ett upplösande äktenskapshinder i kontrahenternas *lex patriae* och/eller *lex domicilii*, blir det i all regel giltigt i *vigsellandet*. I *andra länder* blir det däremot ofta ogiltigt. I vad mån så blir fallet, beror givetvis på dessa länders egna IP-regler. Allmänt sett torde det kunna sägas, att länder som vid vigsel i det egna landet i princip låter främmande rätt vara bestämmande för de materiella förutsättningarna, i den mån kontrahenterna är utlänningar eller har domicil utomlands, för erkännande av ett utomlands ingånget äktenskap vanligen kräver att motsvarande princip iakttagits i det främmande vigsellandet.⁴⁹ I sådana länder — till vilka hör bl.a. de i avhandlingen närmast aktuella — erkännes äktenskapet således som regel inte i ovan berörda fall. Viktiga undantag från denna grundsats finns dock i vissa länder, bl.a. i Sverige och Schweiz,⁵⁰ undantag som går i validerande riktning.

D. Haltande äktenskap av här berörd typ är sannolikt i praktiken ganska vanliga. Likväl spelar de för min undersökning en avsevärt mindre roll än de under I behandlade fallen. Huvudskälet härtil är, att de upplösande äktenskapshindren — till skillnad från de under I behandlade formbristerna — vanligen inte medför ogiltighet ipso jure utan endast gör äktenskapet *angripbart*.⁵¹ Intill dess det av domstol blivit förklarat ogiltigt (dömts att återgå), skall det m.a.o. i regel behandlas på samma sätt som ett giltigt äktenskap även i det eller de länder, enligt vilkas IP-regler det är behäftat med ifråga-

⁴⁸ Se härom nedan kap. XIV § 2 VII B.

⁴⁹ Se t.ex. Batiffol DIP 483, Raape IPR 241, Rabel I 286 ff, 540.

⁵⁰ Se beträffande svensk rätt IÄL 2: 1 (för återgång av äktenskap mellan utländska medborgare krävs orsak därtill *även* enligt svensk rätt) och beträffande schweizisk rätt NAG art. 7 f (om denna bestämmelse se nedan kap. XIV § 2 III A).

⁵¹ Jfr t.ex. Familjerättskommitténs ovan not 41 omnämnda PM, s. 11.

varande brist. Äktenskapet är haltande endast i den mening som avses vid 2 ovan i kap. I s. 8 f.

Även i dessa fall kan dock, såsom tidigare påpekats, problem uppkomma. Särskilt i *fransk* doktrin — med dess utgångspunkt i intern fransk rätt, där »nullité» (angripbarhet) är den normala sanktionen både vid formfel och vid materiella brister i äktenskapet — synes man benägen att åtminstone i vissa hänseenden bortse från om äktenskapet från den främmande rättens synpunkt är en nullitet eller allenast angripbart.⁵²

Vidare märkes att i vissa länder, särskilt i England och andra common law-länder, även brister i de materiella förutsättningarna i åtskilliga fall föranleder ogiltighet ipso jure (»void marriage»).⁵³ Detta gäller t.ex. vid omgifte under tidigare äktenskaps bestånd. Här kan det uppkomma haltande äktenskap av samma typ som under I: giltiga i ett land men en nullitet i ett annat land.

§ 3. RÄTTSOLIKHETER BETRÄFFANDE ÄKTENSKAPS UPPLÖSNING

Beträffande skilsmässa finns som bekant mycket vittgående skillnader mellan olika länder, i vad avser såväl de interna som de IP-rättsliga reglerna,⁵⁴ skillnader som i talrika fall leder till haltande skilsmässor. Den vanligaste typen härav är, att en skilsmässa som är giltig i det land där den beviljats inte erkännes i ett eller flera andra länder (I). Det förekommer emellertid också, att en skilsmässa be-

⁵² Jfr särskilt nedan kap. VI s. 177 f och 180, kap. VIII s. 255 samt kap. IX s. 283. Se också det nedan i kap. XIV vid not 133 refererade *schweiziska* rättsfallet Caliaro, där Bundesgericht — synbarligen i överensstämmelse med schweizisk praxis i övrigt — ansåg ett utomlands ingånget äktenskap, vilket enligt tillämplig främmande (italiensk) rätt var (inte ett »Nichtehe» utan blott) »vernichtbar», inte kunna *erkännas* i Schweiz och därför ej heller kunna inskrivas i schweiziskt civilståndsregister. Äktenskapet synes ha behandlats på samma sätt som om det varit ett »Nichtehe». Jfr på denna punkt Cermak 14.

⁵³ Bromley 65, 32 ff.

⁵⁴ Generellt kan hänvisas till Bergmann-Ferids i litteraturförteckningen angivna arbete.

traktas som giltig i andra länder än det där den kommit till stånd men inte i sistnämnda land (II).

Det land där en skilsmässodom meddelats eller skilsmässan eljest kommit till stånd betecknar jag i det följande som *domslandet* eller *skilsmässolandet*. Med *forumlandet* menar jag det land, där fråga uppkommer om att erkänna en beviljad skilsmässa.

I. SKILSMÄSSAN GILTIG I DOMSLANDET, OGILTIG I ANNAT LAND

Uppkomsten av haltande skilsmässor av denna typ beror oftast på förekomsten i skilda länder av IP-rättsliga regler, vilka — i förening med materiella regler vartill de in concreto hänvisar — i vissa fall medger beviljande av en skilsmässa som enligt IP-rättsliga regler i andra länder inte kan erkännas; sistnämnda regler är i sin tur ofta ett »utflöde» av en negativ eller restriktiv inställning till skilsmässa i forumlandets interna rätt, se särskilt under A nedan. I det följande skall jag gå igenom en del hithörande fall (A—D). Stundom beror den haltande skilsmässan på att domslandets IP-rättsliga regler (resp. därav anvisade materiella rättsregler) av en eller annan anledning satts ur spel. Några sådana fall skall omtalas under E.

A. Välkänt är, att ett flertal länder, samtliga starkt katolskt präglade, i sin interna rätt överhuvud inte känner institutet skilsmässa.⁵⁵ Hit hör bl.a. Italien, Spanien, Eire, Liechtenstein (i sistnämnda land avser skilsmässoförbudet endast katoliker), Malta, Argentina, Brasilien, Chile och några andra sydamerikanska länder. I Portugal är äktenskap som ingåtts i religiös (kanonisk) form oupplösliga.⁵⁶ Tidigare fanns ett absolut skilsmässoförbud för katoliker bl.a. i delar av Polen (fram till 1940-talet) och i Österrike (fram till Anschluss 1938).⁵⁷

⁵⁵ Se t.ex. Rabel I 387, 430 och Schnitzer I 369, 381 ff.

⁵⁶ Detta gäller numera även när makarna är utländska medborgare, se RabelsZ 1966: 326. Annorlunda enligt en tidigare dom av Portugals högsta domstol (5.12. 1958); se härtill Rau 118 ff. — Vid civiläktenskap är skilsmässa möjlig.

⁵⁷ Beträffande Polen se t.ex. RVII II 717. Beträffande Österrike se ABGB § 111 i dess äldre lydelse och härtill t.ex. Klang 738 ff. Särskilda bestämmelser gällde i Polen såväl som i Österrike beträffande judar; dessa bestämmelser, vilka grun-

I IP-rättsligt avseende ställer sig de länder som sålunda inte känner skilsmässoinstitutet i sin interna rätt i allmänhet också helt och hållet negativa till utländska skilsmässodomar beträffande *egna medborgare* (även när endast *endera* av de frånskilda makarna är inländsk medborgare). Detta gäller bl.a. enligt italiensk, spansk och portugisisk rätt (enligt portugisisk rätt dock endast om äktenskapet ingåtts i kanonisk form).⁵⁸ Detsamma var tidigare fallet enligt bl.a. österrikisk rätt — vilken alltjämt är gällande i Liechtenstein — i fall där någondera maken vid äktenskapets ingående var katolik.⁵⁹

I vad mån händer det nu, att sådana skilsmässoförbud inte respekteras av andra länders domstolar och att det således uppkommer haltande skilsmässor? Härvid kan skiljas mellan 1) länder vilkas IP-regler för beviljande av skilsmässa huvudsakligen bygger på nationalitetsprincipen och 2) andra länder.

1. I förstnämnda länder är det för beviljande av skilsmässa i allmänhet ett minimikrav, att lagen i makarnas hemland överhuvud känner institutet skilsmässa. Det går därför i princip inte att döma till skilsmässa mellan t.ex. italienska eller spanska medborgare. Detta gäller bl.a. i de allra flesta länder i Centraleuropa och även i Sverige.⁶⁰

På särskilt sätt ligger det dock till i sådana fall då makarna är av *olika* nationalitet («*mariages mixtes*») och endast *endera* av dem är medborgare i det land som förbjuder skilsmässa, t.ex. om hustrun är svenska och mannen italienare. Dylika fall torde i äldre tid inte ha varit vanliga.⁶¹ I allmänhet förlorade hustrun nämligen genom dade sig på eller hänvisade till judisk-talmudisk rätt, medgav i vissa fall skilsmässa. Se ABGB §§ 132 ff i deras äldre lydelse samt t.ex. Raape Kommentar 433 ff.

⁵⁸ Däremot erkänner Italien och Portugal — men, åtminstone enligt vad som vanligen antages, inte Spanien — under vissa förutsättningar utländska skilsmässodomar beträffande *utländska* medborgare. Se beträffande olika hithörande länders ståndpunkt till utländska skilsmässodomar redogörelserna hos Schnitzer I 381 ff och Valladão 1959: 444 ff. Jfr beträffande spansk rätt även R. Lüderitz 288.

⁵⁹ Se beträffande den äldre österrikiska rätten — där den i texten angivna principen underkastades vissa modifikationer — Walker 636. Beträffande liechtensteinsk rätt se Schnitzer I 399.

⁶⁰ Se översikterna hos Rabel I 427 ff (i detaljer något föråldrad) och Schnitzer I 381 ff.

⁶¹ Walker 696 betecknar — ännu år 1934 — dessa fall såsom förekommande »sehr selten».

giftermålet sin tidigare nationalitet och förvärvade i stället mannens.⁶² Fall av olika nationalitet inträffade därför huvudsakligen när endera maken efter äktenskapets ingående växlade nationalitet, utan att detta berörde andre maken, t.ex. om en svenska, som genom giftermålet (förlorat sitt svenska och) förvärvat sin italienske makes medborgarskap, sedermera — kanske efter det makarna separerat och hustrun ensam återvänt till Sverige — återfick sitt svenska medborgarskap.⁶³

Numera är fall av »mariages mixtes» däremot mycket talrika. Detta beror på att hustrun i medborgarskapshänseende fått en självständigare ställning. Vanligen förlorar hon inte automatiskt genom giftermålet med en utlänning sitt tidigare medborgarskap och förvärvar hon ej heller utan vidare mannens.⁶⁴ På grund härav spelar »mariages mixtes» i nutida IP en mycket stor roll. Det torde rentav kunna antagas, att de flesta äktenskapsmål av IP-rättsligt intresse (i länder med nationalitetsprincip) numera utgöres av sådana fall.

Den IP-rättsliga behandlingen av skilsmässomål vid »mariages mixtes» har varit och är delvis fortfarande ett av den internationella privaträttens stora tvisteämnen. Här kan vi inte följa den intressanta historiska utvecklingen av denna fråga⁶⁵ utan får nöja oss med några anteckningar om gällande rätt, såvitt i detta sammanhang är av intresse.

a) Huvudintresset knyts till sådana fall där endera maken är medborgare i det land där skilsmässosyrkandet framställles, medan den andre är utlänning. I en rad länder — bl.a. i Belgien, Schweiz, Sverige, Tyskland och Österrike — finns särskilda lagbestämmelser, enligt vilka domstolarna för flertalet av dessa fall dels tillägges en vidsträcktare domsrätt än när båda makarna är utlänningar, dels anvisas att vid den sakliga prövningen av målet tillämpa *enbart den inländske makens lag* (=lex fori).

⁶² Läget i äldre rätt samt den nyare utvecklingen beträffande hustruns ställning i medborgarskapshänseende skildras komparativt av Valladão 1962: 108 ff.

⁶³ Jfr GMedbL § 4.

⁶⁴ Se t.ex. den tyska RuStAG § 6 (i dess lydelse av den 19.8.1957), den franska Code de la Nationalité française 1945, art. 37—43, 94, den schweiziska Bundesgesetz über Erwerb und Verlust des Schweizerbürgerrechts 1952, art. 9 (men: se också art. 3, som står kvar på den äldre ståndpunkten), samt, beträffande den svenska MedbL, NJA II 1950: 332. I övrigt hänvisas till Valladão, ovan not 62.

⁶⁵ Även i detta hänseende kan hänvisas till Valladão, ovan not 62.

Främst gäller detta för sådana fall då den inländske maken är *kärande* och utlänningen svarande; dessa fall är, naturligt nog, de som oftast förekommer i praxis. I dessa fall är inländsk domstol enligt särskilda regler behörig, antingen generellt (så enligt den tyska, österrikiska och schweiziska lagstiftningen)⁶⁶ — varvid det alltså inte spelar någon roll om makarna haft och alltjämt har sitt hemvist utomlands — eller dock i vidare mån än när båda makarna är utlänningar (så bl.a. enligt svensk rätt, där det för domsrätt — om sådan inte föreligger redan enligt de allmänna reglerna — i dessa fall är tillräckligt, att den inländske käranden sedan minst 1 år har hemvist i Sverige).⁶⁷ I samtliga hithörande fall där inländsk domsrätt föreligger avgör domstolarna i de ovannämnda länderna målet enligt sitt eget lands interna rätt.⁶⁸ Den belgiska, schweiziska, svenska, tyska eller österrikiska hustrun eller mannen kan således i åtskilliga fall vid sitt hemlands domstolar erhålla skilsmässa från sin italienske eller spanske man resp. hustru. Den italienska, spanska etc. rättens skilsmässoförbud lämnas utan beaktande.

Även vid den omvända partsställningen — den utländske maken kärande, den inländske svarande — är sådana skilsmässor i många fall möjliga i ifrågavarande länder. Nämnas må i detta sammanhang, att i vissa länder, bl.a. Tyskland och Österrike, svarandens inländska nationalitet är tillräcklig (oberoende av hemvistförhållandena) för att grunda domsrätt.⁶⁹ Bortsett härifrån kan domsrätt naturligtvis föreligga enligt allmänna regler. Vid det materiella avgörandet av målet bortses även i dessa fall ofta från den utländske kärandens lag. Längst i denna riktning går den nya belgiska IP-rättsliga lagstiftningen (av år 1960), enligt vilken enbart belgisk rätt beaktas i alla fall där endera maken är inländsk medborgare.⁷⁰ Enligt tysk och österrikisk IP tillämpas *mannens lex patriae*.⁷¹ Den

⁶⁶ Schweiz: NAG art. 7 g I; Tyskland: ZPO § 606 (jfr § 606 b); Österrike: JN § 76.

⁶⁷ IÄL 7: 2 II. Huvudregeln om svensk domsrätt finns i IÄL 3: 1 I. — Beträffande de *belgiska* domsrättsreglerna i förevarande fall se Francescakis-Gothot 268 ff.

⁶⁸ Belgien: Lag 27.6.1960 »sur l'admissibilité du divorce lorsqu'un des conjoints au moins est étranger», art. 2 och 3; Schweiz: NAG art. 7 g II; Sverige: IÄL 7: 2 II; Tyskland: EG art. 17 I, III; Österrike: DVO § 8 I, III.

⁶⁹ Se hänvisningarna ovan not 66.

⁷⁰ Se den ovan not 68 omnämnda lagen, art. 3.

⁷¹ EG art. 17 I resp. DVO § 8 I.

italienska hustrun kan därigenom vid tysk domstol få skilsmässa enligt tysk rätt från sin tyske make (men inte den italienske mannen från sin tyska hustru). Samma regel gäller subsidiärt enligt svensk IP; i första hand skall här makarnas sista gemensamma *lex patriae*, om sådan finnes, tillämpas.⁷²

Ett liknande system av IP-rättsliga regler gällde fram till mitten av 1950-talet i Frankrike. Enligt C.c. art. 14 och 15, såsom de tolkats i rättspraxis,⁷³ är franska domstolar alltid behöriga när endera maken, kâranden eller svaranden, är fransk medborgare. Och enligt den tidigare rättspraxis skulle enbart fransk rätt tillämpas åtminstone i de fall då den franske parten var kârande, enligt en del av denna praxis också vid den omvända partsställningen.⁷⁴ Till följd av en omsvängning i rättspraxis är läget i fransk rätt i kollisionsrättsligt avseende (men inte beträffande domsrätten) numera principiellt ett annat; se härom nedan under 2.

b) Även i de, i praxis mera sällsynta, fall av »*mariages mixtes*» då *båda* makarna är från skilsmässolandets synpunkt utlänningar är det ibland möjligt att skilsmässa beviljas, ehuru endera makens *lex patriae* inte känner detta institut. Också i dessa fall är det nämligen i länder med nationalitetsprincip en vanlig IP-rättslig ståndpunkt, att man vid valet av tillämplig lag tar hänsyn blott till *endera* makens nationalitet. Så är fallet bl.a. i fyra av de under a) nämnda länderna: Belgien (endast kârandens *lex patriae* beaktas), Sverige (makarnas sista gemensamma *lex patriae* eller, i avsaknad härav, mannens *lex patriae*), Tyskland och Österrike (mannens *lex patriae*).⁷⁵ Ett i Belgien bosatt svensk-italienskt par kan t.ex. under vissa förutsättningar erhålla skilsmässa vid belgisk domstol, om den svenske maken väcker talan härom. Och den tyske mannen kan få skilsmässa från sin italienska hustru t.ex. vid svensk domstol (om domsrättsförutsättningarna i IÄL 3:1 är uppfyllda och skilsmässogrund föreligger enligt såväl tysk som svensk rätt, IÄL 3:2 och

⁷² IÄL 7:2 I jfrd med 3:2.

⁷³ Se härom t.ex. Batiffol DIP 762 f.

⁷⁴ Se härom t.ex. Batiffol DIP 513 f.

⁷⁵ Se beträffande belgisk rätt den i not 68 nämnda lagen, art. 2. Beträffande övriga i texten nämnda länder se ovan noterna 71—72. — Däremot beaktas enligt schweizisk IP båda makarnas *leges patriae*, se NAG art. 7 h samt härtil rättsfallet BG 29.6.1933 och Schnitzer I 380. Samma system tillämpas t.ex. i Finland, FIFL § 10 I, och tidigare (före 1960 års nya lagstiftning) i Belgien, se Graulich 114.

7: 2 I). Skilsmässoförbudet i italiensk rätt lämnas i fall sådana som dessa obeaktat.

2. I länder vilkas IP på förevarande område inte bygger på nationalitetsgrundsatsen fästes i skilsmässomål överhuvud inget avseende vid makarnas *lex patriae*, i regel inte heller vid någon annan främmande lag. Skilsmässa beviljas med tillämpning av enbart *lex fori*. Så sker bl.a. i England, USA, andra common law-länder samt i Danmark och Norge.⁷⁶ Hinder möter således inte i dessa länder att döma till skilsmässa mellan t.ex. italienska eller spanska medborgare, inte ens i fall då makarna har gemensam nationalitet.⁷⁷

En IP-rättslig gräns härför sättes endast på *domsrättsplanet*. Enligt engelsk IP krävs för domsrätt som huvudregel, att makarna har sitt domicil, i engelsk rätts stränga mening, i England; härvid tages hänsyn endast till mannens förhållanden (hustrun anses alltid, oberoende av de faktiska förhållandena, ha domicil i samma land som mannen).⁷⁸ Från kravet på domicil i England har genom lagstiftning införts vissa undantag till förmån för hustrun, vilka fyller en funktion liknande de särskilda bestämmelser som i länder med nationalitetsprincip gäller till förmån för inländsk medborgare (jfr om dessa bestämmelser ovan under 1). Sålunda har hustrun, f.ö. oberoende av nationalitet, fått möjlighet att väcka talan om skilsmässa vid engelsk domstol, bl.a. om hon under de sista 3 åren varit »ordinarily resident» i England (men saknar domicil i detta land).⁷⁹

Till kretsen av länder som övergett nationalitetsprincipen i skilsmässomål hör numera även Frankrike, dock endast såvitt angår »mariages mixtes». Under 1950-talet har de franska domstolarna nämligen — med början i det berömda rättsfallet *Rivière*, som prövades av Cour de Cassation 1953 — gått över till att beträffande alla »mariages mixtes», vare sig ena maken är fransk medborgare (det praktiskt viktigaste fallet) eller båda är utlänningar, tillämpa makarnas gemensamma *lex domicilii* (vid tidpunkten för rättegången).⁸⁰

⁷⁶ Rabel I 422 ff, Dicey 302 f, Borum 117 f, Gaarder 86 f.

⁷⁷ Exempel från engelsk rättspraxis: *Zanelli v. Zanelli* (1948).

⁷⁸ Dicey 289 ff, 295 f, 119 f.

⁷⁹ Dicey 299 f.

⁸⁰ Se rättsfallen Cass.civ. 17.4.1953 (*Rivière*), 15.3.1955 (*Lewandowski*), 17.11.1958 (*Del Torchio*), 22.2.1961 (*Corcos*), 15.5.1961 (*Ortiz*), 12.6.1961 (*Garaccione*). — För en översikt över denna intressanta rättsbildning genom praxis må hänvisas till Droz 125 ff.

I de allra flesta hithörande fall som kommit upp i fransk rättspraxis har det gemensamma domicilet varit i Frankrike och har den nya regeln därför lett till användning av fransk rätt. I sådana fall då makarna haft sitt (faktiska) domicil i skilda länder har domstolarna gripit tillbaka på fransk rätt i dess egenskap av *lex fori*, såsom ett slags *ultima ratio*.⁸¹ Det nya, genom rättspraxis skapade systemet innebär således, att man i regel helt bortser från främmande *lex patriae* (ehuru, som sagt, endast vid »*mariages mixtes*»). Makarna i ett italienskt-spanskt äktenskap kan t.ex., om de båda har sitt domicil i Frankrike eller har domicil i skilda länder (och fransk domsrätt föreligger), erhålla skilsmässa vid fransk domstol enligt fransk rätt, oaktat skilsmässa inte är möjlig enligt någonderas *lex patriae*.⁸²

De ovan under 1 och 2 kortfattat skildrade IP-rättsliga reglerna är av den största praktiska betydelse. Antalet av framför allt italienare och spanjorer på arbetsmarknaderna i länder som Schweiz, Tyskland, Frankrike, Belgien och även Sverige är stort.⁸³ Talrika »*mariages mixtes*» — mellan italienare resp. spanjorer och inländska eller tredje lands medborgare — kommer till stånd. De IP-rättsliga särbestämmelser till förmån för egna medborgare, som finns i invandringsländerna och som ovan berörts, torde finna sin huvudsakliga motivering i en önskan att bereda egna medborgare möjlighet till skilsmässa i fall av ifrågavarande slag.⁸⁴ Som en — till sina

⁸¹ Cass.civ. 15.5.1961 (Tarwid). Se även Paris 26.1.1965.

⁸² Jfr det ovan i not 80 citerade rättsfallet Corcos.

⁸³ Nämnas kan, att antalet italienska och spanska »Gastarbeiter» i Tyskland år 1965 beräknats till 300.000 resp. 170.000; se R. Lüderitz 285. Antalet italienare och spanjorer som ingick äktenskap i Tyskland (inför Standesbeamter) uppgick år 1963 till 3.983 resp. 1.552, varav 3.247 resp. 1.042 med tysk medborgare; se Statistisches Jahrbuch für die Bundesrepublik Deutschland 1965 s. 63. I Schweiz fanns det år 1965 enligt uppgifter i dagspressen omkr. 800.000 utländska arbetare, av vilka huvuddelen var italienare. År 1962 ingicks i Schweiz 2.020 äktenskap mellan schweizisk och italiensk medborgare; se Statistisches Jahrbuch der Schweiz 1963 s. 46. I Sverige — det avgjort minsta av ifrågavarande invandringsländer — utgjorde antalet italienare med uppehållstillstånd år 1964 4.491; se Statistisk årsbok 1964, tab. 55. Aktuella siffror beträffande antalet giftermål där ena eller båda kontrahenterna är utländska medborgare saknas för Sveriges del. Beträffande antalet skilsmässor i äktenskap där ena eller båda makarna är utländska medborgare föreligger inga uppgifter från något av länderna.

⁸⁴ Se om motiven till att Schweiz, Sverige och Tyskland uppsade 1902 års Haagkonvention i ämnet (skillnadskonventionen), enligt vilken ifrågavarande

konsekvenser måhända inte alltid noga övervägd — biprodukt av dessa särbestämmelser får man emellertid en mängd haltande skilsmässor. Det i Sverige, Tyskland etc. upplösta äktenskapet mellan en inländsk medborgare och en italienare, en spanjor etc. anses i den sistnämndes hemland — och f.ö. ofta även i andra länder, i den mån nationalitetsprincipen där är rådande⁸⁵ — alltså jämt äga bestånd.

B. Ytterligare några länder, utöver de under A nämnda, intar en helt negativ attityd till utländska skilsmässor beträffande egna medborgare (däremot inte i andra fall). Hit hör bl.a. Polen, Ungern, Israel och Turkiet.⁸⁶ Dessa länder känner visserligen — i motsats till de under A behandlade — institutet skilsmässa i sin interna rätt men förbehåller sina egna domstolar (eller andra myndigheter) *exklusiv* kompetens i skilsmässomål där medborgare i det egna landet är part. I princip gäller detsamma i Frankrike. Enligt fransk praxis kan makarna dock frivilligt avstå från sitt — ur C.c. art. 14 och 15 härledda — »privilegium» att kära och svara utslutande vid fransk domstol. Har sådant avstående inte skett, uttryckligen eller konkludent (genom att den franske maken väcker talan eller såsom svarende inlåter sig på den av andre maken inledda processen vid utländsk domstol), är erkännande av den utländska skilsmässodomen emellertid utslutet.⁸⁷ Även Tyskland och Österrike gör för vissa fall (men inte generellt) anspråk på exklusiv domsrätt beträffande egna medborgare.⁸⁸

Ett sådant förbehåll om exklusiv jurisdiktion respekteras i viss utsträckning enligt en del länders IP. I Schweiz, Tyskland och Österrike är det sålunda en förutsättning för inländsk domsrätt i skilsmässomål mellan utländska medborgare, att den blivande skilsmässodomen kan beräknas bli erkänd i makarnas hemland resp. hemländer (så i schweizisk IP) eller åtminstone i mannens hemland

skilsmässor inte var tillåtna, t.ex. Schnitzer I 370 (not 111), Raape IPR 291 f, NJA II 1934: 423 ff.

⁸⁵ Sålunda erkännes enligt övervägande mening i bl.a. tysk doktrin och rättspraxis utländska skilsmässor som beviljats i annat land än mannens hemland endast om de erkännes även i detta land. Se t.ex. Raape IPR 314 och OLG München 2.4.1964 (A och B) (a.m. Kegel Kommentar 806 f, Bem. 73).

⁸⁶ Schnitzer I 403, 407, 414, 415.

⁸⁷ Batiffol DIP 768 f, 842 f.

⁸⁸ Tysk rätt: ZPO § 606 jfrd med § 606 a; österrikisk rätt: JN § 76. Jfr t.ex. Köhler 65.

(så i tysk och österrikisk IP).⁸⁹ Och i bl.a. svensk IP finns det, efter mönster från 1902 års Haagkonvention i ämnet (skillnadskonventionen), en bestämmelse, enligt vilken skilsmässomål som regel inte kan tas upp till prövning, om makarnas hemland förbehåller sig att självt pröva sådana mål.⁹⁰ En schweizisk, svensk, tysk eller österrikisk domstol kan därför i princip inte döma till skilsmässa mellan t.ex. ungerska medborgare.⁹¹ Den ifrågavarande bestämmelsen i svensk rätt har emellertid i rättspraxis getts den märkligt snäva tolkningen, att det krävs ett *uttryckligt* förbehåll om exklusiv domsrätt i den främmande lagen. På grund härav har i Sverige hinder inte ansetts möta att taga upp skilsmässomål, där mannen varit polsk medborgare; domsrättsförbehållet är nämligen i polsk rätt inte fixerat i skriven lag.⁹² Här blir resultatet tydligen — om käromålet bifalles — en haltande skilsmässa.

Andra länder med nationalitetsprincip — bl.a. Belgien och Frankrike — samt länder som i skilsmässomål inte alls följer nationalitetsprincipen, t.ex. England, ålägger sig överhuvud inga restriktioner av nämnd typ.⁹³ De bestämmer förutsättningarna för sin jurisdiktion helt oberoende av hur makarnas hemland ställer sig härtill. Ingenting hindrar t.ex. en fransk, belgisk eller engelsk domstol — om förutsättningarna i övrigt är uppfyllda — att taga upp skilsmässomål mellan israeliska, polska, ungerska eller turkiska medborgare. Om talan bifalles, blir resultatet även här en haltande skilsmässa.

C. De flesta länder erkänner, i motsats till de under A och B behandlade, under vissa förutsättningar utländska skilsmässodomar även beträffande egna medborgare. Den viktigaste av dessa förut-

⁸⁹ Schweiz: NAG art. 7 h I och Schnitzer I 379 f; Tyskland: ZPO § 606 b; Österrike: JN § 76 och Loewe 106.

⁹⁰ IÄL 3: 1 II; beträffande fall av olika nationalitet se IÄL 7: 2 I (se även Haagkonventionens art. 5 och en liknande bestämmelse i finsk rätt, FIFL § 8 III). Undantag från dessa regler göres dock numera inom ramen för 1964 års lag om svensk domstols prövning av äktenskapsmål i vissa fall, 1 §.

⁹¹ Se beträffande svensk rätt rättsfallet NJA 1956: 601.

⁹² Se rättsfallet SvJT 1958 rf s. 1. — I tysk och schweizisk praxis göres ingen sådan skillnad mellan uttryckliga och andra förbehåll i den främmande *lex patriae*, se t.ex. Schnitzer I 387, 403.

⁹³ Se beträffande belgisk rätt Graulich 182 (med not 1) och beträffande fransk rätt Batiffol DIP 519 f. Beträffande engelsk rätt jfr ovan vid not 78. — Annorlunda i äldre fransk och belgisk praxis, där ifrågavarande förbehåll respekterades, se Rigaux Qualifications 419 f.

sättningar torde vara, att den utländska domstolen enligt uppfattningen i forulandet varit *internationellt behörig*.

Vid avgörandet huruvida den utländska domstolen haft sådan behörighet (»la compétence indirecte») hämtas vanligen ledning från forulandets regler om de *egna* domstolarnas internationella behörighet (»la compétence directe») i skilsmässomål åtminstone såtillvida, att det för erkännande av den utländska domen regelmässigt kräves minst samma anknytning till domslandet — genom makarnas eller enderas nationalitet, hemvist, »gewöhnlicher Aufenthalt» e.d. — som enligt forulandets IP-regler måste föreligga till det egna landet för att *dess* myndigheter skall vara behöriga. »La compétence directe» sätter i allmänhet en yttersta gräns även för »la compétence indirecte», skulle man kunna säga. Enligt t.ex. svensk IP krävs för upptagande av skilsmässomål vid svensk domstol som huvudregel, att svaranden har sitt hemvist i Sverige; på motsvarande sätt är huvudregeln för erkännande av utländsk skilsmässodom i Sverige, att svaranden skall ha haft sitt hemvist i det främmande domslandet.⁹⁴

När den utländska domstolen dömt till skilsmässa, har den ju emellertid rättat sig efter *sitt* lands regler om den internationella behörigheten, regler som kanske ger en vidsträcktare kompetens än motsvarande regler i det land där fråga om erkännande sedermera uppkommer. På grund härav kan haltande skilsmässor komma till stånd. Antag t.ex. att en svensk domstol har dömt till skilsmässa mellan brittiska medborgare (engelsmän) och att fråga uppkommer om erkännande av denna dom i England. Härför krävs som huvudregel, att makarna haft sitt »domicile» i engelsk rätts mening i Sverige,⁹⁵ på samma sätt som »domicile» i England i princip utgör förutsättningen för engelsk jurisdiktion i skilsmässomål. Men frågan om makarnas »domicile» har inte alls prövats av den svenska domstolen, när den upptagit skilsmässomålet. Den har prövat sin behörighet enligt reglerna i den svenska IÄL. Och enligt dessa regler är det som sagt tillräckligt, att svaranden har sitt hemvist — i *svensk* rätts mening — i Sverige (IÄL 3: 1 och 7: 3).

Härtill kommer, att man inte alltid är beredd att erkänna utländska domstolars behörighet i samma utsträckning som forulandet självt gör anspråk härpå. »La compétence indirecte» begränsas

⁹⁴ IÄL 3:5 jfrd med 3: 1.

⁹⁵ Dicey 304 f.

m.a.o. stundom snävare än »la compétence directe». Såsom tidigare framgått, finns det i många länder — bl.a. Frankrike, Tyskland, Schweiz, Österrike, Sverige och England — särskilda regler, enligt vilka domstolarna tillägges internationell behörighet (exklusiv eller fakultativ) i fall då endera maken är inländsk medborgare resp. är »ordinarily resident» i det egna landet. Men en utländsk domstols behörighet erkännes inte alltid vid motsvarande anknytning till det främmande domslandet. Ett typiskt exempel härpå erbjöd svensk rätt före en lagändring som trädde i kraft den 1/1 1965. Ehuru svensk domstol kunde grunda sin behörighet i skilsmässomål på att käranden var svensk medborgare och sedan minst ett år hade hemvist i Sverige (IÄL 7:2 II), erkändes inte utländska skilsmässodommar, om den främmande domstolen grundat sin behörighet på motsvarande anknytning till domslandet, t.ex. en tysk skilsmässodom mellan tysk hustru och hennes svenske make, vilka haft sitt gemensamma hemvist i Sverige men av vilka hustrun sedermera återvänt till Tyskland.⁹⁶ Numera är läget dock ändrat för svensk rätts del, så att sådana domar kan erkännas.⁹⁷

D. I en del länder med nationalitetsprincip kräves för erkännande av utländsk skilsmässodom vidare, att den utländska domstolen vid det sakliga avgörandet av målet tillämpat samma lag som skulle kommit till användning, om målet i stället avgjorts i det land där fråga om erkännande uppkommer, eller åtminstone att det praktiska resultatet — beviljandet av skilsmässa — skulle blivit det samma, om denna lag iakttagits, d.v.s. att skillnadsorsak faktiskt förelegat även enligt ifrågavarande lag. Detta krav uppställles bl.a. i fransk och svensk IP (men inte t.ex. i belgisk och schweizisk IP).⁹⁸ Något liknande gäller i tysk och österrikisk IP, såvitt angår *egna* medborgare. Erkännande av utländsk skilsmässodom är i dessa länder uteslutet, om i den utländska domen »zum Nachteil einer deutschen (österreichischen) Partei» (ett dunkelt uttryck, om vars inne-

⁹⁶ Jfr t.ex. NJA II 1937: 20.

⁹⁷ Se 1964 års lag om svensk domstols prövning av äktenskapsmål i vissa fall, 4 § II.

⁹⁸ Se beträffande fransk rätt Batiffol DIP 851 ff och beträffande svensk rätt IÄL 3: 5 och 3: 2 samt rättsfallet NJA 1946: 233. Beträffande Belgien se Graulich 196 ff, beträffande Schweiz NAG art. 7 g III.

börd enighet inte råder) avvikits från de tyska resp. österrikiska kollisionssnormerna om skilsmässa.⁹⁹

I länder med nationalitetsprincip respekteras dessa krav i stort sett när *båda* makarna är medborgare i det främmande landet. För beviljande av skilsmässa fordras då regelmässigt, att det in concreto finns en skillnadsgrund (även) enligt hemlandets lag.¹⁰⁰ Ett undantag härifrån utgör Belgien. Enligt den förut nämnda belgiska lagstiftningen av år 1960 skall makarnas *lex patriae* beaktas endast såtillvida, att denna lag *överhuvud* måste känna institutet skilsmässa; skilsmässogrunderna in concreto bestäms däremot av belgisk rätt såsom *lex fori*.¹⁰¹ Det går t.ex. i Belgien att döma till skilsmässa mellan två svenska medborgare, även om skillnadsgrund skulle saknas enligt svensk rätt (blott sådan grund finnes enligt belgisk rätt), en skilsmässa som i så fall blir haltande.

I fall av »*mariages mixtes*» kan kravet på tillämpning av från forumlandets synpunkt »rätt» lag återigen (liksom kravet på internationell behörighet) ej sällan leda till att den utländska domen inte erkännes. När t.ex. en svensk domstol dömt till skilsmässa mellan en svenska och hennes tyske make enligt svensk rätt (med stöd av IÅL 7: 2 II), kan denna dom inte erkännas i Tyskland, om det inte faktiskt förelegat en skilsmässogrund även enligt tysk rätt (vilken enligt tysk IP varit att tillämpa, se EG art. 17 I) och avgörandet på grund härav befinnes vara »*zum Nachteil der deutschen Partei*».¹⁰²

E. Även i den mån det, såsom fallet är i länder med nationalitetsprincip, finns regler, vilka föreskriver att hänsyn på ett eller annat sätt skall tas till främmande rätt vid avgörandet av domsrättsfrågan och/eller vid den sakliga bedömningen av målet och vilka synes förhindra beviljande av skilsmässa i sådana fall, då domen inte kan erkännas i hemlandet, är det ingalunda säkert, att sådana domar — och därmed haltande skilsmässor — undvikes. Rättsfallssamlingarna i olika länder ger många belägg för att nämnda regler av skilda orsaker kan komma att sättas ur spel.

Härvid må till en början erinras om att domstolarna i en del län-

⁹⁹ ZPO § 328 (1) p. 3 (tillämplig även i Österrike enligt DVO § 24).

¹⁰⁰ Se ovan vid not 60.

¹⁰¹ Se den ovan i not 68 nämnda lagen, art. 3.

¹⁰² Ev. strandar erkännandet i detta fall redan på att den svenska domstolen enligt tysk uppfattning saknat internationell behörighet; jfr ZPO §§ 606 och 606 a.

der, bl.a. i Belgien och Frankrike, inte anser sig skyldiga att beakta främmande rätt ex officio utan först efter åberopande av densamma från part och bevisning om dess innehåll.¹⁰³ I den mån de utländska makarna är överens om att skiljas och därför inte åberopar sin »skilsmässofientliga» lex patriae och domstolarna inte heller gör bruk av ev. befogenhet (såsom de har enligt fransk rätt) att självmant beakta den främmande rätten, kommer lex fori till användning, måhända med resultat att skilsmässa beviljas. Så har det t.ex. i Frankrike förekommit, att domstolarna dömt till skilsmässa enligt fransk rätt mellan spanska medborgare samt mellan italienska medborgare.¹⁰⁴

En stor och heterogen grupp av fall, som förekommer också i länder där främmande rätt skall användas ex officio, är sådana, där domstolarna vid prövningen av domsrätsfrågan eller det sakliga avgörandet av målet bygger på oriktiga faktiska premisser eller misstar sig i rättsligt hänseende och därför kommer att bevilja en skilsmässa som inte blir erkänd utomlands och som rätteligen inte heller bort komma till stånd i domslandet.

Ett sådant fall som sannolikt inte är ovanligt är det, att domstolen inte uppmärksammar frågan om makarnas nationalitet eller — måhända avsiktligt — vilseledd av parterna som vill undvika tillämpning av sin »skilsmässofientliga» lex patriae — gör felaktiga antaganden härom och därför tillämpar enbart lex fori.¹⁰⁵ Tänkbart är också, att domstolen av andra skäl, t.ex. bristande kännedom om de IP-rättsliga reglerna, underlåter att beakta främmande rätt och till följd därav felaktigt beviljar en skilsmässa.¹⁰⁶

Vidare händer det, att domstolarna väl uppmärksammar att främmande rätt skall tillämpas men härvid förfar på oriktigt sätt — de tolkar t.ex. det vaga skilsmässorekvisitet »excès, sévices ou injures» i fransk rätt (C.c. art. 232) på ett sätt som inte överensstämmer med fransk rättspraxis — och att skilsmässodomen därför inte blir erkänd i det land vars rätt domstolen sagt sig tillämpa. Från svensk rättspraxis kan nämnas ett fall där erkännande av en ut-

¹⁰³ Fransk rätt: Batiffol DIP 385 ff; belgisk rätt: Graulich 25.

¹⁰⁴ Cass.civ. 12.5.1959 (Bisbal) och 11.7.1961 (Bertoncini). Jfr Batiffol 1955—1957: 48.

¹⁰⁵ Jfr Ferid SA 1953: 280. Se också följande not.

¹⁰⁶ Jfr t.ex. Gamillscheg 1961: 70 och Raape 1958: 281 samt, ur tysk rättspraxis, OLG Hamburg 3.1.1923, KG 11.7.1924 och 7.3.1938 samt OLG Hamm 15.10.1951 (sistnämnda fall refereras nedan i kap. VIII vid not 59).

ländsk (schweizisk) skilsmässodom vägrats, emedan den utländska domstolen tillämpat en bestämmelse i den svenska GB på ett sätt som skiljer sig från svensk praxis.¹⁰⁷

Ett icke ovanligt misstag vid användningen av främmande rätt i länder som på detta område använder renvoi-mekanismen synes vara, att domstolarna, ibland ganska lättvindigt, antar förekomsten av en återförvisning från den främmande rätten till *lex fori*. Det har t.ex. förekommit, att tyska domstolar på denna grund dömt till skilsmässa mellan italienska medborgare, vilka sedan längre tid varit bosatta i Tyskland; en påtagligt oriktig rättstillämpning.¹⁰⁸ Av tvivelaktig riktighet är också t.ex. en fransk dom, varigenom — med tillämpning av renvoi-doktrinen — dömts till skilsmässa enligt fransk rätt mellan brasilianska medborgare,¹⁰⁹ säkert är, att även denna skilsmässa förvägras erkännande i makarnas hemland.

I detta sammanhang kan man slutligen också peka på de förut omtalade bestämmelser i tysk, österrikisk och schweizisk rätt, enligt vilka det för upptagande av skilsmässomål i vissa fall fordras, att den blivande skilsmässodomen kan beräknas bli erkänd i makarnas eller i mannens hemland. Tillämpningen av dessa bestämmelser bygger inte på några förhandsbesked från hemlandet om hur man där kommer att ställa sig till en skilsmässodom, beviljad under de omständigheter som in concreto föreligger; sådana besked går naturligt nog inte att få. Domstolarna har i stället att själva, på grundval av tillgänglig utredning om innehållet i den främmande rätten, göra en prognos beträffande möjligheterna till erkännande. Sådana prognoser kan vara mycket vanskliga att göra. I efterhand visar de sig ej sällan felaktiga; domen blir inte erkänd i det främmande landet, skilsmässan blir haltande.¹¹⁰

I det föregående har jag tyst utgått från den förutsättningen, att skilsmässodomen, även om den inte blir erkänd utomlands, dock blir gällande i *domslandet*. Tvekan härom kunde måhända råda i de under E berörda fall, där domstolen överskridit sin internationella behörighet eller eljest underlåtit att tillämpa eller felaktigt tillämpat

¹⁰⁷ NJA 1957: 207.

¹⁰⁸ Se Ferid SA 1953: 280.

¹⁰⁹ Paris 15.3.1956. Beträffande brasiliansk rätts inställning till utländska skilsmässodomar se Valladão 1959: 447 ff.

¹¹⁰ Jfr Rabel I 413, Lewald 1939: 94 och det där anförda engelska rättsfallet samt Loeve 106 f.

sitt lands IP-rättsliga regler eller främmande rätt. Emellertid synes enighet råda om att domen även i dessa fall, trots den begångna felaktigheten, vinner rättskraft i vanlig ordning.¹¹¹ Endast i andra länder än domslandet kan det hända, att skilsmässan inte blir erkänd.

II. SKILSMÄSSAN OGILTIG I SKILSMÄSSOLANDET, GILTIG I ANNAT LAND

I de västerländska stater som överhuvud känner skilsmässoinstitutet i sin interna rätt ankommer mål om skilsmässa i allmänhet på de *statliga* domstolarna och/eller, såsom i Danmark och Norge, den statliga administrationen.¹¹²

Enligt en del länders rätt kommer skilsmässa däremot till stånd utan medverkan av statlig myndighet, antingen genom rent privat rättshandling eller under medverkan av vederbörandes religiösa samfund. I äldre rätt var detta betydligt vanligare än nu. Nämnas kan, att exklusiv kyrklig domsrätt fanns i vissa europeiska länder fram till 1940-talet (så bl.a. i Bulgarien, Jugoslavien och Litauen, tidigare också i Grekland).¹¹³ Enligt tidigare sovjetrisk rätt (fram till 1944) kunde skilsmässa komma till stånd genom formlös överenskommelse mellan makarna eller t.o.m. genom ensidig viljeförklaring.¹¹⁴ Enligt judisk rätt, som tidigare gällde för judar i en del östeuropeiska länder och numera gäller i Israel,¹¹⁵ äger skilsmässan rum under medverkan av rabbinkollegium och med överlämnande av skiljebrev, s.k. »gueth», från mannen till hustrun. Och enligt muselmansk rätt, som gäller t.ex. i Egypten och Iran, äger mannen

¹¹¹ Frågan har framför allt diskuterats i tysk doktrin, där man numera synes ense om den i texten angivna lösningen. Annorlunda förhåller det sig endast i vissa sällsynta fall, där svaranden i målet rätteligen skolat komma i åtnjutande av folkrättslig immunitet. Se t.ex. Riezler IZPR 361 f, Kegel Kommentar 802 (Bem. 54), Raape IPR 304. Ur rättspraxis: KG 11.7.1924.

¹¹² Rabel I 417 (uppgifterna i not 111 om vissa östeuropeiska stater numera dock föråldrade).

¹¹³ Se Rabel I 417 not 111.

¹¹⁴ Gamillscheg 1961: 75.

¹¹⁵ Beträffande särbestämmelserna om skilsmässa för judar i Litauen, Polen, Österrike och (det försovjetiska) Ryssland under äldre tid se t.ex. Raape Kommentar 433 ff. Beträffande Israel: Schnitzer I 414.

ensidigt förskjuta sin hustru (»talagh»); inte heller här krävs det någon medverkan av statlig myndighet.¹¹⁶

Hur går det nu, om en skilsmässa av sistnämnda typ äger rum i ett västeuropeiskt land? Israeliska judar låter t.ex. skilja sig enligt sin religiösa rit i Tyskland. Härom finns en rikhaltig rättspraxis i framför allt Tyskland och Frankrike men även i Belgien, Schweiz och Österrike. Skilsmässorna synes regelmässigt ha ansetts giltiga i makarnas hemland. Domstolarna i de nämnda länderna har emellertid konsekvent (i Frankrike dock först efter en tids vacklan) betraktat dessa skilsmässor som nulliteter, såvitt de ägt rum i det egna landet.¹¹⁷ Liksom beträffande äktenskaps ingående har regeln *locus regit actum* såtillvida, kan man säga, getts obligatorisk karaktär; skilsmässa har ansetts kunna komma till stånd endast i den form som föreskrives i den interna rätten. De ifrågavarande skilsmässorna har således varit haltande, ehuru på annat sätt än i de under I genomgångna fallen; de har varit ogiltiga i det land där de ägt rum men giltiga i ett eller flera andra länder.

Anmärkningsvärt är, att frågan om giltigheten av skilsmässa enligt judisk rit bedömts på annat sätt i modern *engelsk* rättspraxis än i de nämnda länderna. En skilsmässa av denna typ, vilken ägt rum under medverkan av »the Rabbinical Court» i London och erkändes som giltig i makarnas domicilland (Israel), har sålunda hållits för giltig i England.¹¹⁸

¹¹⁶ Raape IPR 305.

¹¹⁷ Se Rabel I 417 f med hänvisningar till belgisk, fransk, tysk och schweizisk rättspraxis. Från nyare fransk och tysk praxis se t.ex. Paris 7.7.1959 resp. OLG München 21.11.1949. Beträffande Schweiz se också Beck 413 f. Beträffande Österrike se Schwind 1954:254 (beträffande skilsmässor mellan israeliska judar i Österrike) och i Klang-Gschnitzer 850.

¹¹⁸ Har-Shefi v. Har-Shefi (1953).

11

12

13

14

15

16

17

18

19

20

AVDELNING II

ALLMÄN DEL

4

5

6

7

8

9

10

11

12

13

KAPITEL III

DEN PREJUDICIELLA FRÅGAN (VORFRAGE-PROBLEMET)

§ 1. INLEDNING

I. Termer som »prejudiciellt rättsförhållande», »prejudiciell fråga» och »prejudiciell rättsanvändning» begagnas ofta i *intern* (process)rätt. I grunderna för en dom säges sålunda ingå bl.a. domarens uppfattning om prejudiciella rättsförhållanden.¹ Bakgrunden härtill är, att saknormerna ofta uttrycker vissa rekvisit med rent juridiska begrepp (i motsats till begrepp som omedelbart hänför sig till faktiska förhållanden), såsom existensen eller icke-existensen av ett visst rättsförhållande, vilket i ett annat förfarande kan göras till föremål för särskilt avgörande.² Hit hör bl.a. giltigheten av ett äktenskap eller en skilsmässa såsom förutsättning för olika rättsverkningar. Förutsättning för den i FB 1:1 uppställda pater est-presumptionen är t.ex., att barnets moder lever i ett giltigt och bestående äktenskap eller att ett giltigt äktenskap bestått till viss kortare tid före barnets födelse. Och när ÄB 3:1 ger efterlevande make arvsrätt, förutsättes likaså ett äktenskap som var giltigt och ägde bestånd vid tidpunkten för arvlåtarens död. På grund av sådana regler kan det bli nödvändigt att i *domskälen* ta ställning till frågan om ett äktenskaps eller en skilsmässas giltighet (ehuru det torde vara utomordentligt sällan som dylika spörsmål verkligen aktualiseras i rent internrättsliga förhållanden). Denna fråga säges då vara *prejudiciell* i förhållande till det spörsmål (barnets äkta börd, rätten till arv etc.) som avgöres i domslutet, *huvudfrågan* (hf) i målet. Endast det senare ställningstagandet vinner rättskraft, den

¹ Se t.ex. Agge 154, Ekelöf 25.

² Se beträffande svensk rätt RB 13:2 II och Olivecrona 227.

prejudiciella bedömningens betydelse är inskränkt till den föreliggande processen.³

Prejudiciella frågor (pf) kan också komma upp i *flera led*. Ett barns arvsrätt efter sin fader är t.ex. beroende av att det har äkta börd; bördspåfrågan är beroende av giltigheten av föräldrarnas äktenskap; och detta spörsmål är måhända i sin tur avhängigt av hur det förhåller sig med ett tidigare äktenskap (dess giltighet och ev. upplösning), som barnets moder eller mannen ingått. Bördspåfrågan är här en prejudiciell fråga *av första graden*⁴ (pf¹), nämligen i förhållande till det spörsmål som skall avgöras i domslutet, arvsfrågan (hf¹). Samtidigt är bördspåfrågan huvudfråga (hf²) i förhållande till giltigheten av det senare äktenskapet, som är en prejudiciell fråga *av andra graden* (pf²) och samtidigt huvudfråga (hf³) i förhållande till det tidigare äktenskapets giltighet och bestånd. Sistnämnda spörsmål är en prejudiciell fråga *av tredje graden* (pf³). Ett och samma spörsmål kan alltså i samma mål vara såväl hf som pf; termerna är, kan man säga, relativa.

II. Den prejudiciella frågan (Vorfrage-problemet) i *IP-rättslig* mening är, såsom framgått, ett särskilt IP-rättsligt problem, vilket kan aktualiseras vid prejudiciellt ställningstagande till (bl.a.) giltigheten av ett äktenskap eller en skilsmässa. Ett typiskt exempel på detta problem såg vi ovan i kap. I s. 13: arvstvisten efter den grekiske mannen, som hade gift sig borgerligt i Norge och som efterlämnade egendom i Sverige, på vilken hans hustru gjorde anspråk såsom arvinge. Den svenska domstolen blev här tvungen att prejudiciellt ta ställning till frågan om äktenskapets giltighet; grekisk rätt — som enligt svenska kollisionsnormer hade att bestämma beträffande arvsfördelningen — förutsatte för bifall till hustruns anspråk ett giltigt äktenskap med arvlåtaren. Problemet var, huruvida nämnda prejudiciella bedömning skulle företas utifrån grekisk rätt (arvsstatutet) eller utifrån svensk rätt (lex fori). I förra fallet blev äktenskapet att anse som ogiltigt (och kunde hustruns anspråk följaktligen inte bifallas), i senare fallet däremot giltigt (och var hustrun således arvsberättigad).

³ Se t.ex. Agge 152 ff, Olivecrona 226 ff.

⁴ Denna terminologi (pf av första, andra graden etc.), vilken ofta användes i IP-rättsliga framställningar över Vorfrage-problemet, synes gå tillbaka till Breslauer 19.

Generellt kan det IP-rättsliga Vorfrage-problemet formuleras så: Skall bedömningen av prejudiciella rättsförhållanden — d.v.s., såvitt här är i fråga, giltigheten av ett äktenskap eller en skilsmässa — alltid företas utifrån IP-reglerna i *lex fori* eller stundom, nämligen när hf hör under främmande rätt, utifrån motsvarande regler i denna främmande *lex causae* (med denna term avses här och i fortsättningen den rättsordning, som enligt forumrättens kollisionsnormer är tillämplig beträffande hf)?

Logiskt sett rör det sig här om ett *första* led i den tankeoperation som erfordras för att ta ställning till den prejudiciella frågan i den under I angivna meningen, d.v.s. till äktenskapets (skilsmässans) giltighet. Först när det står klart vilket lands IP-regler som är relevanta, kan man tillämpa dessa regler (och av dem utpekad materiell rätt) beträffande äktenskapets (skilsmässans) giltighet.

I denna framställning kommer jag, i likhet med andra författare som behandlat ämnet, att använda termerna prejudiciell fråga (prejudicialfråga), Vorfrage-problem o.l. i båda de här angivna betydelseerna, dels i den vidare, under I angivna meningen beträffande frågan om äktenskapets (skilsmässans) giltighet, dels i den snävare, under II angivna IP-rättsliga meningen beträffande frågan vilket lands IP-regler som skall användas vid prövningen härav. Denna dubbelmening synes i doktrinen knappast ens ha observerats och torde inte föranleda några missförstånd.

Det förekommer f.ö. även annars, att IP-rättsliga termer — säkerligen i regel omedvetet — används i en liknande dubbelmening. Sålunda brukas termen »kvalifikationsproblem» dels beträffande frågan om användningsområdet för olika kollisionsnormer, dels beträffande frågan om metoderna att fastställa detta användningsområde.⁵ Sistnämnda spörsmål — vilket traditionellt formulerats som en fråga vilket lands rättssystematik man skall utgå från vid tolkningen av kollisionsnormernas systembegrepp — är uppenbarligen endast ett första led i besvarandet av det förstnämnda. Bestämmer man sig t.ex. (med den härskande läran) för att forumlandets interna rättssystematik skall vara avgörande för kvalifikationsproblemets lösning, är ju härmed inte avgjort vilket användningsområde den ifrågasvarande kollisionsnormen — t.ex. beträffande äktenskaps personliga rättsverkningar — har. Det återstår att undersöka vad den interna rätten förstår med detta begrepp. — Användningen av termen kvalifikationsproblem erbjuder således en parallell till bruket av termen den prejudiciella frågan (Vorfrage-problemet).

⁵ Jfr t.ex. Gihl Principer 335 (rubriken) med 340 samt Gihl 1950: 134 x med 134 y och 135.

III. I det följande skall jag först gå närmare in på *förutsättningarna* för uppkomsten av ett IP-rättsligt Vorfrage-problem beträffande äktenskap eller skilsmässa, d.v.s. söka fastställa *problemområdet* (§ 2). Av det föregående har framgått, att man vid Vorfrage-problemet i princip har att välja mellan två olika *lösningalternativ*. I § 3 skall dessa alternativ närmare granskas. I § 4 undersökes sedan på vad sätt Vorfrage-problemet skiljer sig från en del *andra IP-rättsliga frågeställningar av allmän natur*, med vilka det ofta förväxlas. Slutligen göres i § 5 några avslutande reflexioner beträffande bl.a. den praktiska betydelsen av det IP-rättsliga Vorfrage-problemet.

§ 2. PROBLEMOMRÅDET

Ett Vorfrage-problem beträffande äktenskap eller skilsmässa kan uppkomma i flera olika typer av situationer. Först skall jag ge exempel på dessa olika fall (I). Därefter undersökes vad som är gemensamt för de olika fallen och som därför kan sägas vara konstitutivt för en Vorfrage-situation (II).

I. OLIKA TYPER AV VORFRAGE-SITUATIONER, BELYSTA MED EXEMPEL

A. Arvstvist efter en grekisk medborgare (M). Tvisten kommer i fallen 1)–3) upp vid svensk domstol, i fallet 4) vid tysk domstol. Till arvspretendenterna hör den avlidnes hustru (H), som är och även vid äktenskapets ingående var tysk medborgare. Grekisk rätt, vilken såsom den avlidnes *lex patriae* är arvsstatut,⁶ ger efterlevande make arvsrätt.

1) Vigseln mellan M och H har ägt rum i Tyskland och förrättats av vederbörande tyska Standesbeamter. Den är giltig enligt tysk rätt (*lex loci celebrationis*) och därmed även enligt svensk IP men ogiltig från grekisk rätts synpunkt.⁷

2) Vigseln har ägt rum i Tyskland men förrättats i religiös form, av präst inom ortodoxa kyrkan. Den är giltig från grekisk rätts syn-

⁶ Se i svensk rätt IDL 1: 1 och i tysk rätt EG art. 25.

punkt men ogiltig från tysk rätts synpunkt. Då tysk rätt är såväl *lex loci celebrationis* som ena kontrahentens *lex patriae*, följer svensk IP även här den tyska ståndpunkten och betraktar vigseln som ogiltig.⁷

3) Vigseln har förrättats i Sverige i borgerlig form. I detta fall är vigseln giltig från svensk rätts synpunkt (liksom även enligt tysk IP) men ogiltig enligt grekisk IP.⁷

4) Samma omständigheter som vid 2), vigseln alltså ogiltig från tysk rätts (liksom även från svensk rätts) synpunkt men giltig enligt grekisk IP. Arvstvistens kommer upp vid tysk domstol.

I fallen 1) och 2) hade vigseln förrättats i ett *tredje land* (varken forumlandet eller *lex causae*-landet), i fallen 3) och 4) — vilka är de som oftast förekommer i domstolarnas praxis — däremot i *forumlandet*. I fallen 1) och 3) är äktenskapet giltigt med tillämpning av forumlandets men ogiltigt enligt *lex causae*-landets IP-regler. I fallen 2) och 4) är läget det omvända. I samtliga fyra fall blir det för arvstvistens avgörande nödvändigt att ta ställning till huruvida forumlandets eller *lex causae*-landets uppfattning om äktenskaps giltighet skall vara relevant.

B. Fråga om omgifte efter skilsmässa.

1) Skilsmässodomen har meddelats av tysk domstol mellan tysk hustru (H¹) och hennes italienske make (M).⁸ M kommer senare till Sverige och vill här gifta om sig med en svenska. Enligt svenska kollisionsnormer skall M:s rätt att ingå äktenskap (om han inte haft hemvist här i minst två år) bedömas enligt italiensk rätt såsom hans *lex patriae*.⁹ Enligt italiensk rätt är det naturligtvis en förutsättning för äktenskaps ingående, att det inte finns något tidigare, giltigt och alltjämt bestående äktenskap (vederbörande skall ha »*libertà di stato*», *Cod.civ.it.* art. 86). Den tyska skilsmässodomen erkännes emellertid inte i Italien,¹⁰ varför M från italiensk synpunkt alltjämt är bunden av äktenskapet med H¹ (det förutsättes, att hon

⁷ Se ovan kap. II s. 24 ff.

⁸ Med stöd av ZPO § 606 och EG art. 17 III, jfr ovan kap. II vid noterna 66 och 68.

⁹ IÄL 1: 2 (jfr 7: 4 a).

¹⁰ Jfr ovan kap. II vid not 58.

inte avlidit). Enligt svenska IP-regler kan den tyska skilsmässodomen däremot erkännas.¹¹

2) Samma omständigheter som vid 1), utom att H¹ är svensk medborgare och att skilsmässodomen har meddelats av svensk domstol.¹² Även i detta fall vägrar Italien att erkänna skilsmässodomen, medan densamma — självfallet — är gällande i Sverige såsom meddelad av svensk domstol.

3) Svensk domstol har, liksom i fallet 2), dömt till skilsmässa mellan svensk hustru (H) och hennes italienske make (M¹). H vill sedermera ingå ett nytt äktenskap i Tyskland. Enligt tyska kollisionnormer skall hennes rätt därtill prövas enligt hennes *lex patriae*, svensk rätt.¹³ Från svensk synpunkt utgör det tidigare äktenskapet inte något hinder; detsamma är upplöst genom den svenska skilsmässodomen. Enligt tysk IP erkännes denna dom emellertid inte, eftersom den kommit till stånd i strid med M:s *lex patriae*.¹⁴

I fallet 1) hade skilsmässodomen meddelats i *tredje land*, i fallet 2) — det praktiskt viktigaste — i *forumlandet*, i fallet 3) i *lex causae-landet*. I fallen 1) och 2) var skilsmässan giltig med tillämpning av forumlandets regler härom men erkändes inte i *lex causae-landet*. I fallet 3) var läget det omvända. Liksom i de under A genomgångna exemplen blir det i samtliga fall nödvändigt att avgöra, huruvida den prejudiciella bedömningen — här avseende giltigheten av en skilsmässa — skall företas med utgångspunkt från forumlandets eller från *lex causae-landets* uppfattning.

Tilläggas bör, att situationer analoga med de under B angivna kan uppkomma, om omgifftet aktualiseras efter en dom som innefattar *ogiltigförklaring* (återgång) av det första äktenskapet.

II. VORFRAGE-SITUATIONERNAS KARAKTERISTIKA

A. Huvudfrågan lyder under främmande rätt

I samtliga de under I begagnade exemplen skulle huvudfrågan — rätten till arv resp. omgifte — bedömas enligt en annan rättsordning

¹¹ Se 1964 års lag om svensk domstols prövning av äktenskapsmål i vissa fall, 4 § II; jfr ovan kap. II vid not 97.

¹² Med stöd av IÄL 7:2 II, jfr ovan kap. II vid noterna 67—68.

¹³ EG art. 13 I.

¹⁴ Jfr ovan kap. II not 85.

än forumlandets egen. Detta är generellt en förutsättning för uppkomsten av en Vorfrage-situation.

I fall där hf lyder under forumlandets egen interna rätt — *lex fori* och *lex causae* sammanfaller m.a.o. — är det klart, att frågan om äktenskapets resp. skilsmässans giltighet skall bedömas med utgångspunkt från denna rättsordning. Den omständigheten, att andra länder ev. ser annorlunda än forumlandet på äktenskapet (skilsmässan), kommer överhuvud inte in i bilden.

Antag t.ex., att frågan om rätt till arv efter den grekiske mannen i exemplen under I A i stället kom upp vid domstol i Grekland. Enligt grekisk IP (liksom enligt svensk och tysk) skall arvsfrågan (hf) avgöras enligt grekisk rätts saknormer.¹⁵ Spörsmålet om äktenskapets giltighet kommer då självfallet att bedömas utifrån grekiska IP-regler, med resultat att H:s arvsanspråk ogillas i fallen 1) och 3) men bifalles i fallen 2) och 4). Om målet å andra sidan visserligen kommer upp i Sverige resp. Tyskland, såsom antogs under I A, men arvsfrågan enligt svensk resp. tysk kollisionsrätt vore att bedöma enligt svensk resp. tysk (intern) rätt (t.ex. såsom arvlåtarens *lex domicilii*), vore det heller ingen tvekan om bedömningen av äktenskapets giltighet; denna vore att företa utifrån svenska resp. tyska IP-regler, med resultat att H finge ärva i fallen 1) och 3) men inte i fallen 2) och 4).

Vad man på sin höjd kan tvista om i fall sådana som dessa är, *i vilken egenskap* forumrättens IP-regler kommer till användning vid den prejudiciella bedömningen. Tillämpas *lex fori* i denna sin egenskap eller i sin egenskap av *lex causae*?¹⁶ Detta spörsmål är emellertid allenast av rent teoretiskt intresse.

I en hel del typer av mål, för vilkas avgörande frågan om giltigheten av ett äktenskap eller en skilsmässa kan vara relevant, lyder hf *generellt* under *lex fori*. Hit hör i stort sett fall där hf utgöres av ett straff-, finans-, förvaltnings- eller överhuvud offentligrättsligt spörsmål. Sådana typer av mål kan därför lämnas utanför blickfältet. Framställningen begränsas till fall där hf utgöres av ett *privaträttsligt* spörsmål.¹⁷

¹⁵ Greklands civillagbok art. 28.

¹⁶ Hoffmeyer Vorfragenproblem 42 talar om denna situation såsom »*unentwickelte Vorfragenlage*».

¹⁷ En viss modifikation i det sagda göres dock med hänsyn till att ett Vorfrage-problem även i t.ex. ett straffrättsligt mål, som skall avgöras enligt *lex fori*, kan uppkomma i andra eller senare led i målet; jfr det nedan i kap. XI vid not 36 refererade rättsfallet RG 16.2.1914.

B. *IP-reglerna i lex fori och lex causae leder till skilda resultat*

I samtliga de exempel vi rört oss med under I ledde IP-reglerna i lex fori beträffande äktenskapets (skilsmässans) giltighet och motsvarande regler i lex causae till skiljaktiga resultat. Det förelåg i denna mening ett haltande äktenskap (en haltande skilsmässa). Detta är också en nödvändig förutsättning för att Vorfrage-problemet skall bli akut. Givetvis är det av denna anledning som Vorfrage-problematiken måste inta en central plats i en avhandling om haltande äktenskap och skilsmässor.

I fall där lex fori och lex causae leder till samma resultat — båda anser äktenskapet (skilsmässan) giltigt eller båda anser det ogiltigt — blir Vorfrage-problemet latent; man behöver inte ta ställning till detsamma.¹⁸ Antag i exemplen 1) — 3) under I A ovan, att det i stället för mannen är den tyska hustrun som avlidit. Även i detta läge skall den svenska domstolen tillämpa främmande rätt såsom arvsstatut, nu tysk rätt, vilken (i likhet med grekisk rätt) ger efterlevande make arvsrätt.¹⁹ Men M:s arvsanspråk kommer här inte att ställa Vorfrage-problemet på sin spets. Vare sig äktenskapets giltighet bedöms utifrån svensk rätt (lex fori) eller utifrån tysk rätt (lex causae), blir resultatet nämligen detsamma: äktenskapet är formgiltigt och M tilldelas arvet i fallen 1) och 3) men ej i fallet 2).

Det sagda hindrar inte, att man vid skildringen av rättspraxis bör ta hänsyn även till sådana fall. Även där båda lösningsalternativen beträffande Vorfrage-problemet leder till samma resultat, framgår det nämligen i regel av domstolarnas avgöranden åtminstone *implicit* vilketdera som tillämpats. Ehuru sådana ställningstaganden strängt taget har karaktär av *obiter dicta*, är de ofta av stort intresse när det gäller att ge en bild av praxis.

C. *Ytterligare förutsättningar?*

Enligt åtskilliga författare kan frågan om giltigheten av ett äktenskap (en skilsmässa) innefatta ett Vorfrage-problem i teknisk mening endast i sådana fall där den *uppkommer vid tillämpningen av*

¹⁸ Hoffmeyer Vorfragenproblem 43 talar i dessa situationer om »entwickelte (jfr ovan not 16), aber *ergebnisgleiche* Vorfragenlage».

¹⁹ BGB § 1931.

den utpekade främmande *lex causae* beträffande hf. »Die Vorfrage tritt immer im Bereich des materiellen ausländischen Rechts auf», den är »eine kollisionsrechtliche Frage, die erst bei der Anwendung des materiell massgebenden Rechts entsteht», säger man.²⁰

För att belysa vad som menas härmed är det lämpligt att återknyta till exemplen ovan under I. I de arvsrättsliga exemplen (under I A) uppkommer frågan om äktenskapets giltighet, emedan det befunnits att grekisk rätt (*lex causae*) innehåller en saknorm som ger make arvsrätt. Det är innehållet i denna saknorm som gör det nödvändigt för domstolarna att ta ställning till äktenskapets giltighet. På motsvarande sätt blir i exemplen under I B frågan om det tidigare äktenskapets giltiga upplösning relevant, emedan den beträffande de materiella förutsättningarna för omgifte tillämpliga lagen gör rätten till omgifte beroende av att det tidigare äktenskapet inte längre äger bestånd.

Så förhåller det sig, enligt ifrågavarande författare, generellt vid »äkta» Vorfragen. Domstolen tänkes först ha funnit den främmande *lex causae*. När den är i färd med att tillämpa de materiella reglerna i denna lag, visar det sig att dessa regler gör frågan om giltigt äktenskap (skilsmässa) relevant för utgången i målet. På grund härav — men först på grund härav — aktualiseras denna fråga. Innan man hunnit så långt som till tillämpningen av de materiella reglerna i *lex causae*, finns det ingen anledning att befatta sig med den; man vet då ännu inte, om äktenskapets (skilsmässans) giltighet har någon betydelse i målet. I de arvsrättsliga exemplen ovan under I A hade det, om grekisk rätt befunnits sakna regler om arvsrätt för make, inte funnits någon orsak att fundera över äktenskapets giltighet. Och hade, i exemplen under I B, den främmande *lex causae* tillåtit omgifte under det tidigare äktenskapets bestånd, hade det (bortsett från vigsellandets *ordre public*) inte funnits några skäl att undersöka hur det förhöll sig med skilsmässans giltighet.

Den prejudiciella (»preliminära») frågan framträder sålunda, enligt vad som allmänt antages, alltid *efter* hf. Detta förhållande har föranlett en del författare till kritik av termer som »Vorfrage» och »*preliminary question*».

²⁰ Citaten är hämtade från Serick 1956: 218 (jfr samme förf. 1953: 642) resp. Neuhaus Grundbegriffe 237. Se också t.ex. Dieckmann 102 not 29, Eek IPR 180, Gollieb 524 f, Jagmetti 122, Lagarde 1960: 461, Morris 1946: 89, Neuhaus 1965: 543, Niboyet III 388 f, Wengler JR 1963: 43, Wolff PIL 206 (»a question within the domain of interpretation of the foreign municipal law governing the case»).

Sålunda säger Nussbaum, att »the nomenclature of the new doctrine (d.v.s. beträffande »the preliminary question») reveals in itself a perilous mistake». ²¹ Likaså påpekar Robertson, att frågan egentligen är »subsequent» i den meningen, att den kommer upp efter hf, och »preliminary» endast i den meningen, att den måste *besvaras* innan ställning kan tas till hf. ²² Och samma skäl — att »the preliminary question» i verkligheten är »postliminary» — ligger bakom den av Wolff i engelsk doktrin lancerade termen »incidental question», ²³ vilken i allmänhet vunnit efterföljd i engelsk doktrin.

De kritiserade termerna är förvisso inte idealiska. Likväl synes de av Nussbaum uttryckta farhågorna högst överdrivna. Huvudsaken är, att man vet vad man talar om och blir förstådd med de invanda termerna. Den internationella privaträtten är full av termer, vilka sakligt sett kan te sig föga lyckade men som ändå inte ger anledning till missförstånd. Detta gäller inte minst om själva termen »internationell privaträtt». ²⁴ Om en viss osäkerhet råder om omfattningen av begreppet Vorfrage (jfr särskilt nedan i kap. IV s. 117 ff), beror detta säkerligen inte på bruket av *termer* som »Vorfrage» och »preliminär fråga» i stället för några andra termer.

Från de fall, vilka enligt vad som sagts i det föregående innefattar en Vorfrage i teknisk mening, är enligt den här aktuella doktrinen väl att skilja sådana situationer, där frågan om äktenskapets (skilsmässans) giltighet uppkommer på ett *tidigare* stadium än vid tillämpningen av den främmande *lex causae*. Ett ofta anfört exempel härpå är, att fråga uppkommer om tillämpning av en IP-rättslig regel, enligt vilken äktenskapets förmögenhetsrättsliga rättsverkningar skall bedömas enligt mannens *lex patriae* vid äktenskapets ingående. ²⁵ En sådan regel måste, framhålles det i den här aktuella doktrinen, för sin tillämplighet anses förutsätta ett giltigt äktenskap. Prövningen av denna fråga måste därför företas med utgångspunkt från forumrättens egna IP-regler. Att utgå från motsvarande regler i den främmande *lex causae* (mannens *lex patriae*) vore en logisk omöjlighet. Innan äktenskapet befunnits giltigt, vet man ju nämligen inte — framhålles det — om den främmande lagen alls är kompetent i målet; dess tillämplighet är beroende just av giltigt äktenskap.

²¹ Nussbaum Principles 105.

²² Robertson 567 f.

²³ Wolff PIL 206 samt 207 not 1.

²⁴ Härom se t.ex. Batiffol DIP 28, Karlgren IPR 11 och Neuhaus Grundbegriffe 3 ff.

²⁵ Se t.ex. Gihl 1950: 140 f, Melchior 259, 261 f, Neuhaus 1965: 543 och Svenné Schmidt Kvalifikationsproblemet 213 f.

I detta exempel var äktenskapets giltighet enligt doktrinen en »materiellrättslig förutsättning»²⁶ för tillämpligheten av forumrättens kollisionsnorm beträffande hf. Frågan därom innefattade — med en i tysk doktrin nyligen lancerad term — inte en Vorfrage utan en »Erstfrage»,²⁷ till vilken ställning måste tas innan man hunnit fram till den främmande lex causae.

Den ifrågavarande distinktionen göres som sagt av ett stort antal författare.²⁸ Dessa kommer härigenom att från Vorfrage-problematikens område avskärma en mängd situationer, innefattande ett haltande äktenskap eller skilsmässa. Åtskilliga kollisionsnormer synes nämligen, i likhet med den som exempel valda regeln beträffande den äktenskapliga förmögenhetsrätten, för sin tillämplighet förutsätta ett giltigt äktenskap eller en giltig skilsmässa.²⁹ Så snart tillämpning av sådana kollisionsnormer aktualiseras, skulle det vara givet, att bedömningen av äktenskapets (skilsmässans) giltighet är att företa utifrån forumrättens IP-regler. Realdiskussion av andra möjligheter skulle vara överflödigt.

Både från principiellt-metodisk och från praktisk synpunkt är distinktionen Vorfrage-»Erstfrage» av största intresse. Det är nödvändigt att känna till den och hålla den i minnet vid läsningen av redogörelsen för Vorfrage-problemets behandling i doktrinen nedan i kap. IV.

För egen del anser jag det inte lämpligt att redan i detta sammanhang ta ställning till huruvida distinktionen kan och bör genomföras. Frågan kräver närmare överväganden. Dessa anser jag böra göras först efter redogörelsen för doktrinen, i samband med diskussionen av de olika argumenten beträffande lösningarna på Vorfrage-problemet (nedan i kap. V § 2).

²⁶ Neuhaus Grundbegriffe 237.

²⁷ Jochem 393 ff. Jfr även Neuhaus 1965: 543.

²⁸ Se t.ex., förutom hänvisningarna ovan i noterna 20, 25 och 27, Maridakis 1962: 443 f, Neuhaus Grundbegriffe 88 f samt Schwind 1951: 42, 1955: 3 och 1958: 463.

²⁹ Jfr nedan kap. IV s. 119 och kap. V s. 131.

§ 3. NÄRMARE OM DE OLIKA LÖSNINGSALTERNATIVEN

I. LEX FORI- OCH LEX CAUSAE-LÖSNINGARNA

De lösningar man har att välja mellan vid ett Vorfrage-problem består, såsom framgått, i att låta antingen forumlandets egen eller lex causae-landets uppfattning om det prejudiciella rättsförhållandet — äktenskapet resp. skilsmässan — vara avgörande. Frågeställningen är m.a.o. denna: skall äktenskapet resp. skilsmässan ses med forumlandets eller med lex causae-landets ögon?³⁰ Det förra alternativet betecknar jag som lex fori-lösningen eller lex fori-metoden, det senare som lex causae-lösningen eller lex causae-metoden. När den ena eller andra lösningen uppställs som *regel* inom ett större eller mindre område av Vorfrage-problemet, talar jag i det följande om en lex fori-princip resp. lex causae-princip.

I tyskspråkig doktrin och praxis omtalas de båda lösningsalternativen vanligen såsom »selbständige» resp. »unselbständige» Anknüpfung der Vorfrage.

I överensstämmelse med i Vorfrage-doktrinen vanligt språkbruk har jag i det föregående ibland uttryckt frågeställningen så, att den avser ett val mellan *forumlandets och lex causae-landets IP-regler*. Detta uttryckssätt är i allmänhet också fullt adekvat. För att få reda på hur forumlandet resp. lex causae-landet ser på det prejudiciella rättsförhållandet (äktenskapet resp. skilsmässan) har man nämligen i regel att först gå till resp. lands IP-rättsliga regler, antingen dess kollisionsnormer eller dess regler om erkännande av utländska domar; oavsett vilketdera lösningsalternativet man stannar för, har man således att tillämpa IP-rättsliga regler.

Tydligast är väl detta förhållande i sådana fall där äktenskapet ingåtts resp. skilsmässan beviljats i *tredje land*. När det i exemplen 1) och 2) ovan i § 2 I A (s. 62) gäller att avgöra, huruvida svensk (legis fori) eller grekisk (legis causae) uppfattning om det i Tyskland ingångna äktenskapets giltighet skall vara relevant i arvsålet efter den grekiske mannen, är detta problem en fråga om ett val mellan de svenska och de grekiska kollisionsnormerna om äkten-

³⁰ Jfr t.ex. Wengler JR 1963: 43, där det rekommenderas att se Vorfragen »durch die Brille desjenigen Staates — — dessen materielles Recht auf die Hauptfrage anwendbar ist» (=lex causae-principen).

skaps giltighet. Såväl den svenska som den grekiska rättens inställning till äktenskapet framgår i detta fall uppenbarligen av IP-rättsliga regler.

På motsvarande sätt är det i exemplet 1) ovan i § 2 I B (s. 63) — den italienske mannen som efter tysk skilsmässodom vill gifta om sig i Sverige — tydligt, att valet står mellan olika IP-rättsliga regler, å ena sidan svensk rätts (legis fori), å andra sidan italiensk rätts (legis causae). Fallet skiljer sig från det föregående såtillvida, att det inte är fråga om ett val mellan resp. länders kollisionsnormer utan mellan deras regler om erkännande av utländsk dom; enligt den svenska regeln erkännes den tyska domen, enligt den italienska regeln däremot inte.

Men också i de fall där Vorfrage-problemet hänför sig till giltigheten av ett äktenskap som ingåtts i *forumlandet*, består Vorfrage-problemet i ett val mellan de båda ländernas IP-regler, närmare bestämt deras kollisionsnormer. Som exempel har jag — ovan § 2 I A 3) och 4), s. 63 — använt det fall, att en grek gift sig med en tyska i Sverige resp. Tyskland och att det därefter i vigsellandet uppkommer en arvsvist efter mannen, en tvist som skall avgöras enligt grekisk rätt. Såväl den svenska resp. tyska (legis fori) som den grekiska (legis causae) inställningen till äktenskapet framgår här lika väl som i de tidigare berörda fallen av resp. lands IP-regler, mellan vilka valet således står. En sak för sig är, att dessa regler, såvitt angår vigselformen, befinnes hänvisa till resp. lands egna interna rätt; enligt svensk och tysk IP krävs att den svenska resp. tyska vigselformen iakttagits, enligt grekisk IP att den grekiska rättens form iakttagits. Men man kan inte av denna anledning säga, att Vorfrage-problemet består i ett val mellan legis fori och legis causae *interna* rätt, här lika litet som i de fall där vigseln förrättats i tredje land.³¹ Det primära valet står mellan de båda ländernas kollisionsnormer; i den mån forumlandets resp. lex causae-landets interna rätt sedan kommer in i bilden, är det endast på grund av hänvisning i sagda kollisionsnormer.

En omständighet som kan vara ägnad att fördunkla de båda lösningsalternativen vid Vorfrage-problemet är, att de IP-rättsliga reglerna om äktenskaps eller skilsmässas giltighet inte alltid framträder självständigt, som fristående skrivna regler, utan kan vara inbyggda eller få intolkas i

³¹ Jfr t.ex. Balogh 583 f, Lepaulle DIP 136 f, Rabel I 590, Robertson 569, Valindas 338 f.

internrättsliga regler. Som exempel kan nämnas, att det ovan flerstädes berörda förhållandet i grekisk IP, att ortodoxa greker vid giftermål utomlands har att iakttä den interna grekiska rättens ordning (vigsel inför ortodox präst), inte kan utläsas ur någon särskild grekisk kollisionsnorm. I stället förhåller det sig så, att den grekiska sagnorm, som föreskriver vigsel inom ortodoxa kyrkan, *själv* anger sitt tillämpningsområde genom att säga, att föreskriften gäller beträffande alla som tillhör den ortodoxa kyrkan³² (underförstått: oavsett om vigseln förrättas i Grekland eller utomlands). I denna senare del fyller regeln samma funktion som en ensidig kollisionsnorm,³³ vilken föreskriver användning av grekisk (intern) rätt vid vigseln så snart endera kontrahenten tillhör ortodoxa kyrkan. Detta sätt att »inkapsla» en kollisionsnorm i en sagnorm kan möjligen bidra till det felaktiga intrycket, att det ena lösningsalternativet vid Vorfrage-problemet utgöres av omedelbar tillämpning av en grekisk sagnorm, inte av en kollisionsrättslig regel.

I en särskild Vorfrage-situation är det dock något missvisande att tala om ett val mellan forumlandets och lex causae-landets IP-rättsliga regler, nämligen när det föreligger en *i forumlandet meddelad dom* beträffande det prejudiciella rättsförhållandet. Av störst praktisk betydelse i detta sammanhang är fall där det har dömts till *skilsmässa* i forumlandet och fråga sedan uppkommer om rättsverkningar härav. Låt oss se på exemplet 2) ovan i § 2 I B (s. 64): italienaren, som sedan hans svenska hustru utverkat skilsmässodom i Sverige vill ingå nytt gifte i Sverige. Det ena lösningsalternativet består här i att tillämpa den italienska (legis causae) IP-regel, enligt vilken den svenska skilsmässodomen inte erkännes, och med stöd därav vägra omgiftet. Men det andra alternativet, lex fori-lösningen, består — till skillnad från förut berörda fall — inte i tillämpning av någon IP-rättslig regel i lex fori (svensk rätt). Den svenska rättens ståndpunkt till skilsmässodomen framgår direkt av internrättsliga regler, nämligen de processuella reglerna om svensk doms *rättskraft*. På detta sätt förhåller det sig generellt i ifrågavarande situationer. De båda lösningsalternativen är å ena sidan tillämpning av forumlandets regler om inländsk doms rättskraft, å andra sidan tillämpning av lex causae-landets regler om erkännande av utländska domar.

Omvänt kan valet också stå mellan forumlandets IP-regler om erkännande av utländska domar och lex causae-landets processuella regler om inländsk doms rättskraft. Detta inträffar i de fall där

³² Jfr ovan kap. II s. 26.

³³ Ang. begreppet ensidiga kollisionsnormer se t.ex. Eck IPR 117.

skilsmässodomen meddelats av domstol i *lex causae-landet*, där den alltså utan vidare »erkännes» (med stöd av nämnda processuella regler). Ett exempel härpå är fallet 3) ovan under § 2 I B, s. 64.

Trots förekomsten av de båda sistnämnda typerna av Vorfrage-situationer, där endast det ena av de båda lösningsalternativen utgöres av tillämpning av en IP-rättslig regel, kommer jag även i fortsättningen att använda det behändiga och i doktrinen allmänt brukliga uttryckssättet, att Vorfrage-problemet består i ett val mellan *legis fori* och *legis causae* IP-regler.

II. SPECIELLA SITUATIONER

A. En Vorfrage-situation kan tänkas föreligga i *flera olika led* i samma mål. Lösningsmöjligheterna blir då mer komplicerade i de senare leden.

Följande exempel, som är lånat från Eeks framställning,³⁴ kan illustrera detta: Vid skiftandet i Sverige av kvarlåtenskapen efter en fransman pretenderar en son till en avliden broder till den döde på del av arvet. Detta skall fördelas enligt fransk rätt (arvlåtarens *lex patriae*; IDL 1: 1). Den döde brodern var och sonen är medborgare i USA. Det invändes mot den sistnämndes arvsanspråk, att han saknar äkta börd; fransk rätt ger nämligen (antages det) arvsrätt endast åt barn med äkta börd. Här kan nu uppkomma ett Vorfrage-problem av ordinär typ (av första graden): Skall den prejudiciella bördfrågan bedömas enligt den lag som utpekas av svenska (*legis fori*) kollisionsnormer eller enligt den lag som utpekas av motsvarande franska (*legis causae*) kollisionsnormer? Om man nu på den ena eller andra av dessa vägar nått fram till att lagen i staten Louisiana skall anlitas för bedömande av bördfrågan, säger denna lag kanske, att det gäller att utröna om sonen fötts i ett giltigt äktenskap. En vigsel mellan föräldrarna hade ägt rum i Mexiko. Skall frågan om denna vigsel grundade ett giltigt äktenskap avgöras med ledning av IP-reglerna i svensk rätt (*lex fori*) eller motsvarande regler i fransk rätt (*lex causae* beträffande arvsfrågan, hf¹) eller motsvarande regler i Louisianas rätt (*lex causae* beträffande bördfrågan, hf²=pf¹)?

Sistnämnda spørsmål är ett Vorfrage-problem av andra graden.

³⁴ Eek IPR 179.

Beträffande dess lösning anmäler sig, som synes, *tre* olika alternativ, nämligen IP-reglerna i *lex fori*, i *lex causae* beträffande hf¹ samt i *lex causae* beträffande hf². Närmare skall jag inte gå in på dessa situationer, vilka i rättspraxis synes vara mycket sällsynta.³⁵

B. Komplicerade lösningsalternativ kommer vidare i betraktande i sådana fall, där ett Vorfrage-problem dyker upp *samtidigt med ett renvoi-problem*. Här skall jag nöja mig med att peka på möjligheten av sådana situationer, vilka knappast har något intresse i länder som ställer sig avvisande till renvoi-doktrinen.³⁶

§ 4. AVGRÄNSNING AV VORFRAGE-PROBLEMET MOT VISSA ANDRA FRÅGESTÄLLNINGAR I DEN INTERNATIONELLA PRIVATRÄTTENS ALLMÄNNA DEL

I. INLEDNING

Av redogörelsen i det föregående torde framgå, att Vorfrage-problemet är ett självständigt IP-rättsligt problem med egna karaktéristika. Härom är också de allra flesta författare, som på ett mera systematiskt sätt behandlat ämnet, ense.

Emellertid har också andra meningar hävdats i doktrinen. Sålunda uttalar *Nussbaum*, att »the preliminary question» är ett skenproblem och att de i doktrinen härom behandlade svårigheterna kan lösas med hjälp av »the familiar principles of Private International Law, especially on renvoi and qualification».³⁷ Ytterligare några författare tror, att det i verkligheten rör sig om ett slags renvoi- eller kvalifikationsproblem.³⁸ I rättspraxis och bland författare som inte systematiskt behandlat Vorfrage-problematiken synes det vanligt,

³⁵ Hithörande spörsmål behandlas i doktrinen bl.a. av *Gotlieb* 525 samt av *Wengler* 1934: 201 f, 212.

³⁶ De speciella problem som här uppkommer har behandlats av *Gotlieb* 526 ff, 545 ff.

³⁷ *Nussbaum Principles* 108. Se också *Nussbaum* 1940: 1471 not 40.

³⁸ Så synbarligen van *Hoogstraten* 219 f och *Madsen-Mygdal* 385, 746 f.

att man resonerar som om man hade att göra med ett kvalifikationsproblem.³⁹

Dessa uppfattningar kan jag för min del inte biträda. Det är riktigt, att Vorfrage-problemet har vissa likheter med framför allt renvoi- och kvalifikationsproblemen. Men det finns också sådana olikheter, att frågeställningarna är klart åtskilda från varandra. Detta skall påvisas under II och III nedan. Därefter skall jag, under IV och V, dra upp gränsen mot ett par andra institut, nämligen spaltning och substitution, vilka i doktrinen ofta behandlas tillsammans med Vorfrage-problemet.

II. VORFRAGE OCH RENVOI

Med en renvoi-situation menas ett läge där forumrättens kollisionsnormer hänvisar en viss fråga till bedömning enligt en främmande rättsordning och denna främmande rätts kollisionsnormer i sin tur hänvisar samma fråga till bedömning enligt en annan rättsordning, antingen forumlandets egen (återförvisning) eller ett tredje lands (vidareförvisning). Renvoi-problemet gäller, huruvida forumlandet skall beakta denna den främmande rätts ståndpunkt och således till sist avgöra målet enligt det lands saknormer som utpekats av de främmande kollisionsnormerna. En svensk domstol har t.ex. att slita en arvstvist efter en fransman, som hade sitt domicil i Sverige och som efterlämnat bl.a. fast egendom dels i Sverige, dels i Danmark. Enligt svensk kollisionsrätt skall fransk rätt tillämpas beträffande arvet i dess helhet (IDL 1:1). Enligt franska kollisionsnormer skall däremot svensk rätt tillämpas, såvitt angår den lösa egendomen och den fasta egendomen i Sverige, samt dansk rätt, såvitt angår den fasta egendomen i Danmark.⁴⁰ Skall den svenska domstolen beakta den åter- resp. vidareförvisning som här föreligger? Eller skall den, utan hänsyn till de franska kollisionsnormerna, tillämpa fransk rätts saknormer beträffande arvet?

Vid Vorfrage-problemet är läget ett annat. Det är, såsom fram-

³⁹ Ett exempel lämnas nedan under III A s. 77 f. En rad andra exempel förekommer i avhandlingens speciella del.

⁴⁰ Beträffande de franska kollisionsnormerna om arv se Batiffol DIP 708 ff.

hållits i doktrinen,⁴¹ inte fråga om att ersätta kollisionsnormen i *lex fori* med en kollisionsnorm i den främmande *lex causae* för nytt avgörande av *en och samma* fråga. Spörsmålet gäller i stället, huruvida en IP-regel i den främmande rätten skall komma till användning vid lösningen av en *annan* fråga (som uppkommer inom ramen för tolkningen och tillämpningen av den främmande rättens sakknormer). Antag att den svenska domstolen i exemplet ovan avvisar *renvoi* och alltså bestämmer sig för att avgöra målet enligt fransk rätts sakknormer. Utgången av tvisten visar sig emellertid beroende av huruvida det förelegat ett giltigt äktenskap mellan arvlåtaren och en av arvspretendenterna. Först *här* kan ett Vorfrage-problem aktualiseras: skall spörsmålet om äktenskapets giltighet bedömas enligt svensk rätts eller enligt fransk rätts kollisionsnormer? Om domstolen skulle bestämma sig för det senare alternativet, är det ingalunda fråga om något accepterande av *renvoi*; frågan härom hade ju redan besvarats nekande.

Mellan *renvoi*- och Vorfrage-problemen finns tydligen den rent yttre likheten, att lösningsalternativen i båda fallen består i tillämpning av å ena sidan forumlandets egna IP-regler, å andra sidan främmande IP-regler. Därjämte finns det, såsom vi senare skall se, en viss gemenskap beträffande motiveringen för *renvoi* och för *lex causae*-principen ävensom för avvisandet av dessa båda principer.⁴²

III. VORFRAGE OCH KVALIFIKATION

A. Antag att en person avlidit och att hans hustru framställer anspråk på andel i kvarlåtenskapen. I forumlandet finns dels en kollisionsnorm beträffande äktenskapligt förmögenhetsrättsliga frågor (X), dels en kollisionsnorm beträffande rätt till arv (Y). Om dessa båda kollisionsnormer i det konkreta fallet hänvisar till olika lagar — X säger t.ex., att mannens *lex patriae* vid äktenskapets ingående är tillämplig, Y att den avlidnes *lex patriae* vid dödsfallet skall användas — blir det av betydelse att avgöra, om den ena eller den andra eller ev. båda skall tillämpas i målet.

⁴¹ Beträffande skillnaden mellan *renvoi* och Vorfrage se t.ex. Eck IPR 180, Lagarde 1960: 464, Lepaulle DIP 201 f, Maridakis 1962: 446 f, Wengler 1934: 201 not 1, Wolff PIL 206.

⁴² Se nedan kap. V § 4 I B s. 137 f.

Detta är ett klassiskt exempel på kvalifikationsproblemet, närmare bestämt den s.k. *primära* kvalifikationen, sådant det vanligen uppfattas i doktrinen.⁴³ Vad spörsmålet där gäller är tolkningen av olika kollisionsnormer i *lex fori* i och för fastställandet av deras tillämpningsområde samt metoderna för denna tolkningsverksamhet. Utgår man från den konkreta tvisten kan man säga, att frågan gäller, huruvida den bör subsumeras under rekvisiten i den ena eller i den andra av de båda ifrågakommande kollisionsnormerna i forulandet.

Beträffande Vorfrage-situationer föres resonemanget, som sagt, ofta på samma sätt som vid ett kvalifikationsproblem. Ett exempel, som flera gånger förekommit i tysk rättspraxis, är följande:⁴⁴ En utlänning och en tyska är föräldrar till ett utomäktenskapligt barn. Föräldrarna har efter barnets födelse ingått äktenskap med varandra i Tyskland i annan form än inför tysk Standesbeamter. Fråga uppkommer om barnet blivit legitimerat genom denna vigsel. I tysk IP finns en särskild kollisionsnorm beträffande legitimation (EG art. 22), vilken hänvisar sådana frågor till bedömning enligt faderns *lex patriae*, i exemplet således främmande rätt. Den främmande rätten känner institutet legitimation genom efterföljande äktenskap, och dess förutsättningar är uppfyllda. Avgörande för utgången blir huruvida äktenskapet mellan barnets föräldrar är att anse som giltigt (ty den främmande rätten knyter legitimationsverkan allenast till ett giltigt äktenskap). Så är fallet med utgångspunkt från den främmande rättens IP-regler men inte enligt de tyska IP-reglerna, vilka ju kräver iakttagande av tysk rätts civila vigselform (EG art. 13). Tyska domstolar har i fall av denna typ ställt frågan så: Faller även spörsmålet om äktenskapets giltighet — i likhet med övriga förutsättningar för legitimationen — in under EG art. 22, så att det skall avgöras enligt den främmande rätten (med resultat att äktenskapet är giltigt och att legitimation ägt rum), eller skall det bedömas självständigt, enligt de särskilda kollisionsnormer som handlar om äktenskaps giltighet (i exemplet EG art. 13, enligt vilken resultatet som sagt blir det motsatta)? Liksom beträffande kvalifikationsproblemet framställs m.a.o. frågan som ett val mellan två olika kollisionsnormer i forulandet, under vilka det skulle vara möjligt att subsumera spörsmålet om äktenskapets giltighet.

⁴³ Jfr t.ex. Gihl *Principer* 335 ff, ish 347 f.

⁴⁴ Se t.ex. LG Köln 20.2.1953, behandlat nedan i kap. XI vid not 53.

Detta tänkesätt kommer till synes också i den tyskspråkiga terminologin, där man skiljer mellan »selbständige» och »unselbständige» Anknüpfung der Vorfrage (se ovan s. 70). Med det förra menas att den prejudiciella frågan underställes sina egna kollisionsnormer (=lex fori-lösningen), med det senare att frågan underställes samma kollisionsnorm som gäller beträffande huvudfrågan (=lex causae-lösningen).

Detta sätt att ställa problemet är dock vilseledande. Oavsett vad man har för åsikt om metoderna för kvalifikationsproblemets lösning, är det i det anförda exemplet ingen tvekan om att det föreligger dels ett spörsmål om legitimation, dels ett spörsmål om giltigheten av föräldrarnas äktenskap. För att avgöra målet måste man tillämpa kollisionsnormer i *båda* dessa ämnen; om något val dem emellan kan det näppeligen vara fråga. Man kan inte på allvar överväga att hänföra frågan om äktenskapets giltighet till kollisionsnormen om legitimation. Inte utan fog har ett sådant förfarande av en tysk författare liknats vid att »den Floh in die Gattung der Känguruhs einreihen mit der Begründung, dass er wie diese ja auch springe».⁴⁵ Konsekvensen av en dylik besynnerlig kvalifikation skulle f.ö. bli, att äktenskapets giltighet skulle bedömas enligt legitimationsstatutets *interna* rätt, inte enligt dess IP-regler (åtminstone om det bortses från renvoi). En sådan konsekvens är emellertid säkerligen inte avsedd, när frågan formuleras på ovan angivna sätt.

I de nämnda exemplen är det således ingen tvekan om att en kollisionsnorm beträffande äktenskaps giltighet måste tillämpas. Vad som kan vara föremål för tvekan och som meningsskiljaktigheterna realiter gäller är i stället, huruvida denna kollisionsnorm skall tagas från tysk rätt (lex fori) eller från det främmande legitimationsstatutet (lex causae). Detta är ett typiskt Vorfrage-problem.

Liksom i detta exempel består skillnaden mellan (primär) kvalifikation och Vorfrage generellt däri, att det förra problemet avser spörsmålet under vilken av två eller flera kollisionsnormer i forumlandet den föreliggande tvisten skall subsumeras, medan Vorfrage-problemet (liksom renvoi-problemet) är en fråga om tillämpning av forumlandets egen eller ett främmande lands IP-regel beträffande ett visst spörsmål.

B. I doktrinen laborerar man vidare ofta med begreppet *sekundär* kvalifikation (Qualifikation des zweiten Grades, qualifications

⁴⁵ Henrich Vorfrage 11.

en sous-ordre, secondary characterization).⁴⁶ Försök har också gjorts att hänföra Vorfrage-spörsmålet till denna problemkrets.⁴⁷

Spörsmålen rörande sekundär kvalifikation hänför sig till det stadium av ett IP-rättsligt mål, då den främmande, av en kollisionsnorm i forumlandet designerade rätten håller på att tillämpas. Vad frågan gäller kan sägas vara, *hur mycket* av den främmande rätten som skall användas. Antag att domaren funnit den föreliggande tvisten vara av arvsrättsligt slag (den primära kvalifikationen har alltså ägt rum) och att han därför, via sin kollisionsnorm beträffande rätt till arv, kommit fram till att en främmande lag, t.ex. den avlidnes *lex patriae*, skall tillämpas. Den sekundära kvalifikationen går nu ut på att avgöra *vilka* bestämmelser i den främmande lagen som skall komma till användning. Skall endast sådana bestämmelser användas, vilka enligt det främmande landets rättsdogmatik är att anse som »arvsrättsliga»? Eller skall den främmande rätten tillämpas *i sin helhet*, d.v.s. skall alla de saknormer däri användas som — oavsett om de i den främmande rätten systematiskt rubriceras som »arvsrättsliga» eller t.ex. som »äktenskapligt-förmögenhetsrättsliga» — är »sakligt relevanta»⁴⁸ i målet? Eller skall endast de regler i den främmande rätten tillämpas, vilka — oavsett hur de *där* inordnas i rättssystematiken — enligt *forumlandets* rättsdogmatik skulle vara att hänföra till arvsrätten (men inte sådana bestämmelser som enligt forumlandets uppfattning är t.ex. av äktenskapligt-förmögenhetsrättsligt slag)?

Vid Vorfrage-problemet är det inte på detta sätt fråga om användning av en större eller mindre del av saknormerna i den främmande *lex causae*. Uppkommer det i arvsålet ett Vorfrage-problem rörande giltigheten av en arvspretendents äktenskap med arvlåtaren, ifrågasättes ju inte, att detta spörsmål omedelbart skall bedömas enligt arvsstatutets *saknormer* utan enligt dess *IP-regler*; om dessa sedan befinnes hänvisa till arvsstatutets interna rätt, är det en annan sak, en tillfällighet. Klart är, att det föreligger ett från den sekundära kvalifikationen distinkt problem.

⁴⁶ Se t.ex. Eek IPR 123, 168 ff, Louis-Lucas R 1957: 157, Neuhaus Grundbegriffe 65, 229 f, Niederer 238 ff, Robertson 565 ff.

⁴⁷ Se t.ex. Niboyet III 388 ff och Schwind 1951: 43 (jfr beträffande Schwind nedan kap. IV § 3 IV B s. 110 ff).

⁴⁸ Eek IPR 169.

IV. VORFRAGE OCH SPALTNING

Utmärkande för de situationer, där ett Vorfrage-problem kan komma upp, är — såsom framgått — att bedömningen av en viss fråga (hf) är beroende av bedömningen av en annan fråga (pf), vilken måhända i sin tur är beroende av lösningen på en tredje fråga (pf²) o.s.v., samt att det för dessa olika spörsmål finns särskilda kollisionsnormer.

I och med att det finns olika kollisionsnormer för de särskilda i frågekomplexet ingående spörsmålen, är det klart att dessa kan komma att underställas skilda rättsordningars interna rätt. Detta gäller oberoende av vilken lösning som väljes på Vorfrage-problemet.

Beträffande rätt till arv tillämpas t.ex. i ett visst land (forumlandet) arvlåtarens *lex patriae* vid tiden för dödsfallet. Men beträffande giltigheten av äktenskap gäller såväl i forumlandet som i arvlåtarens hemland (*lex causae*-landet) helt andra kollisionsnormer. När denna fråga uppkommer prejudiciellt i arvsmålet, kan det därför, oavsett lösningen på Vorfrage-problemet, hända att skilda lagar blir tillämpliga såsom arvsstatut och beträffande äktenskapets giltighet. Man kan här tala om en kollisionsrättslig *spaltning* (Spaltung, dépeçage).⁴⁹

Dylik spaltning kan förekomma även eljest, beträffande frågekomplex vars olika delar inte på angivet sätt är kausala i förhållande till varandra. Ett exempel härpå är just äktenskaps giltighet, som ju innefattar dels en materiell, dels en formell sida. De flesta länder har, såsom tidigare framhållits, olika kollisionsnormer för dessa båda aspekter av äktenskapets giltighet; beträffande de materiella förutsättningarna är i princip kontrahenternas personalstatut tillämpligt, beträffande formen däremot, åtminstone fakultativt, *lex loci celebrationis*.⁵⁰ Det är därför vanligt, att skilda lagar blir tillämpliga i dessa båda hänseenden. Denna spaltning är tydligen av helt annat slag än i Vorfrage-situationer. Frågan om den materiella giltigheten är inte beroende av den formella och vice versa. Ingetdera spörsmålet är prejudiciellt i förhållande till det andra; båda utgör skilda aspekter av äktenskapets giltighet.

⁴⁹ Härom se t.ex. *Eck* IPR 122 ff, *Neuhaus Grundbegriffe* 83 ff, *Niederer* 207 ff.

⁵⁰ Jfr ovan kap. II s. 24 ff och 35 ff.

V. VORFRAGE OCH SUBSTITUTION

Följande fall är hämtat från engelsk rättspraxis:⁵¹

Makarna hade år 1924 ingått äktenskap i Sovjetunionen, där de då haft sitt domicil. Enligt dåvarande sovjetrysk rätt kunde äktenskapet upplösas antingen genom makarnas blotta överenskommelse, vilken skulle registreras hos myndighet, eller genom domstols dom. I sistnämnda fall behövdes endast ett yrkande från endera makens sida; några skäl behövde inte anföras, och någon realprövning ägde domstolen inte inlåta sig på. Hustrun framställde nu vid engelsk domstol yrkande om »separation» (i huvudsak = hemskillnad). En förutsättning för bifall till yrkandet var givetvis, att det förelåg ett giltigt äktenskap.

Något Vorfrage-problem uppkom här inte. Det var alldeles klart och ostridigt, att engelsk rätt (*lex fori*) skulle tillämpas beträffande separationsyrkandet;⁵² sovjetrysk rätt kom inte *här* in i bilden. Enligt engelska kollisionsnormer var det heller inte någon tvekan om att äktenskapet var giltigt såsom ingånget i överensstämmelse med sovjetrysk rätt. De engelska domstolarna frågade sig emellertid, om det »ryska» äktenskapet — med hänsyn till de fundamentala skillnader som rådde mellan den ryska och den engelska rätten beträffande möjligheterna till upplösning av äktenskapet — kunde anses svara mot den interna engelska rättens institut äktenskap. Detta hade i en tidigare mycket berömd dom i ett IP-rättsligt mål definierats såsom »the voluntary union for life of one man and one woman. to the exclusion of all others».⁵³ Var verkligen det »ryska» äktenskapet, som när som helst kunde på ena makens begäran utan vidare upplösas, i denna den engelska rättens mening ett äktenskap (ett s.k. »Christian marriage»)? Spörsmålet besvarades nekande i första instans men jakande i Court of Appeal.

Den frågeställning som här förelåg är ett exempel på vad som i kontinentaleuropeisk doktrin ofta benämnes *substitutionsproblemet* (även betecknat som spörsmål om »subsumtionsanpassning»).⁵⁴ Detsamma har vissa beröringspunkter med Vorfrage-problemet —

⁵¹ Nachimson v. Nachimson (1930).

⁵² Att sådana spörsmål enligt engelsk IP alltid bedöms enligt *lex fori*, se Dicey 337.

⁵³ Hyde v. Hyde (1866).

⁵⁴ Termen substitutionsproblem härrör från Lewald 1939: 130 ff och har även använts i nordisk doktrin, se Svenné Schmidt 1964: 463, 483 ff. Termen subsumtionsanpassning har lancerats av Schröder 99. I engelsk doktrin diskuteras motsvarande problem såsom ett spörsmål i vad mån man kan tala om »samma» status trots skiljaktigheter mellan olika rättsordningar beträffande rättsverkningarna. Se t.ex. Hicks 164 ff.

båda innefattar en fråga rörande ett prejudiciellt rättsförhållande, t.ex. äktenskap — och behandlas i doktrinen ofta tillsammans med Vorfrage-problemet⁵⁵ men skiljer sig klart från detta. Substitutionsproblemet avser, såsom framgår av exemplet, en *jämförelse mellan materiella rättsregler* beträffande det prejudiciella rättsförhållandet i å ena sidan den lag som är tillämplig beträffande rättsföljden (i exemplet = *lex fori*), å andra sidan den lag under vars herradöme rättsförhållandet tillkommit. Det gäller att se om det finns en tillräcklig grad av överensstämmelse, *ekvivalens*, mellan de olika rättsystemens regler för uppkomsten av och/eller rättsverkningarna av rättsförhållandet.

Den prövning, som sålunda är att företaga vid ett substitutionsproblem, kan sägas vara ett komplement till den rent kollisionsrättsliga, vilken måste vara gjord innan något substitutionsproblem kan uppkomma. Man måste m.a.o. *först*, såsom i exemplet, ha konstaterat att det enligt relevanta kollisionsnormer — vare sig dessa hämtas från *lex fori* eller från *lex causae* eller dessa båda lagar (såsom i exemplet) sammanfaller — och av desamma utpekade saknormer finns ett giltigt äktenskap. Därefter kan man börja fundera på om detta äktenskap kan subsumeras under rekvisitet äktenskap i den lag som är *lex causae* beträffande den i målet aktuella rättsföljden. Hade de engelska domstolarna i vårt exempel kommit till att det »ryska» äktenskapet var ogiltigt redan enligt de engelska kollisionsnormerna om äktenskaps ingående, hade något spörsmål om subsumtion av det »ryska» äktenskapet under rekvisitet »Christian marriage» i engelsk rätt uppenbarligen överhuvud inte blivit aktuellt.

Relationen Vorfrage-substitutionsproblem kan sammanfattas så: Det förra problemet uppkommer, logiskt sett, på ett tidigare stadium än det senare. Emellertid kan, såsom framgår av exemplet, ett substitutionsproblem aktualiseras även i fall där Vorfrage-problemet inte blir akut, emedan hf lyder under forumlandets interna rätt. Uppkomsten av ett substitutionsproblem är vidare oberoende av om Vorfrage-problemet, i den mån ett sådant förekommer i samma mål, löses enligt *lex fori*- eller *lex causae*-principen. Vad som förutsättes är endast, att den lösningsmetod som väljes leder till ett jakande svar på frågan om det prejudiciella rättsförhållandets (i exemplet äktenskapets) giltighet.⁵⁶

⁵⁵ T.ex. av Maury 1936: 554 ff, Raape Recueil 485 ff, 496 ff, Svénné Schmidt 1964: 463 ff och Wengler 1934: 148 ff, 188 ff.

⁵⁶ Jfr till det sagda Schröder 27, 84 f, Svénné Schmidt 1964: 483 ff.

§ 5. AVSLUTANDE ANMÄRKNINGAR

I doktrinen har *Goldschmidt* betecknat Vorfrage-spörsmålet som ett »rent pseudoproblem».⁵⁷ Även *Nussbaum* synes, såsom förut (ovan § 4 s. 74) nämnts, hysa denna åsikt. Och *Lepaulle* karakteriserar de författare, som sysslat med »la question préalable» så, att de »multiplient inutilement les termes techniques».⁵⁸

Gemensamt för de nämnda författarna är tydligen en skepsis mot själva frågeställningen vid Vorfrage-problemet. I övrigt är det emellertid inte alldeles lätt att förstå dessa meningsyttringar. Man kan tänka sig åtminstone fyra olika tolkningar.

1) En möjlighet är, att man menar att Vorfrage-problemet saknar självständiga konturer, vilka skiljer det från kvalifikations- och renvoi-problemen. Denna åsikt tror jag ha vederlagts genom vad som anförts ovan under § 4.

2) En annan möjlighet är, att frågeställningen vid Vorfrage-problemet anses präglad av begreppsjurisprudens (»conceptualistic»). Vorfrage-doktrinen skulle göra sig skyldig till misstaget att »under en hatt» föra samman en mängd fall, vilka i verkligheten är heterogena och vilka bör lösas var för sig efter rättspolitiska överväganden och utan dogmatisk bundenhet till en viss teori. Troligen ligger bl.a. detta i *Nussbaums* framställning liksom i vissa andra meningsyttringar i anglosaxisk doktrin.⁵⁹

På detta kan svaras, att man i och med formuleringen av en för ett stort antal situationer gemensam *frågeställning* inte har bundit sig för att uppställa någon allmän princip — från vilken deduktioner sedan kunde göras utan rättspolitiska hänsyn — för *lösningen* av problemet. Huruvida generella lösningar överhuvud kan uppställas är en fråga som inte a priori utan först efter undersökning låter sig besvaras. Vid denna undersökning får man naturligtvis inte försumma att ta fasta även på sådana rättspolitiska synpunkter som ev. skiljer olika Vorfrage-situationer åt och som därför kan motivera skilda lösningar i dessa situationer. Lika förfelat synes det emellertid vara att a priori utesluta, att det kan finnas gemensamma synpunkter, av rättspolitisk och annan art, att lägga på alla de fall — för min del begränsar jag mig ju f.ö. till fall där Vor-

⁵⁷ *Goldschmidt* *Filosoffia* 291.

⁵⁸ *Lepaulle* DIP 201 not 1.

⁵⁹ Jfr nedan kap. IV § 3 III B s. 106.

frage-problemet hänför sig till äktenskap och skilsmässa — där frågeställningen uppkommer. I detta hänseende kan man jämföra Vorfrage-problemet med renvoi-problemet. Det faller väl knappast någon in att avfärda hela detta problem såsom förlegad begrepps-jurisprudens. Lika lättsinnigt synes ett sådant förfaringssätt vara beträffande Vorfrage-problematiken.

3) En tredje möjlighet är, att man menar att Vorfrage-problemet är »rent teoretiskt» i den betydelsen, att det aldrig eller ytterst sällan blir aktuellt i det praktiska rättslivet. Detta är i själva verket en i doktrinen inte ovanlig mening.⁶⁰

Även om det skulle förhålla sig på det sätt dessa författare antar, är Vorfrage-problemet dock av mycket stort principiellt intresse. Den »teoretiska» diskussionen av detsamma har betydelse utöver Vorfrage-problemets egna domäner. Att man här har att göra med ett verkligt fundamentalt problem tycks man numera vara benägen att erkänna t.o.m. i anglosaxisk doktrin.⁶¹

Emellertid bekräftas uppfattningen om Vorfrage-problemets ringa praktiska betydelse inte av min undersökning. Även med den begränsning som här iakttas, nämligen till fall där Vorfrage-problemet hänför sig till äktenskap och skilsmässa, visar det sig att det finns en ganska stor rättspraxis. Framför allt i nyare tysk rätt synes Vorfrage-problemet just vid haltande äktenskap höra till de IP-rättsliga frågeställningar som oftast dyker upp för domstolarna.

Frekvensen av Vorfrage-situationer växlar dock starkt från land till land och från den ena typen av mål till den andra. Detta förhållande och några faktorer som bidrar härtill skall jag närmare beröra i kap. VII.

4) Slutligen kan det tänkas, att de nämnda författarna menar att Vorfrage-problemet inte är någon »äkta» frågeställning i den meningen, att dess lösning kan vålla tvekan. Detta är troligen en ståndpunkt som intas av samtliga tre nämnda författare.

Emellertid kan ett dylikt påstående lätt vederläggas. Det räcker med att hänvisa till den mycket stora splittring som råder i doktrinen och som jag närmare skall skildra i kap. IV. Nämnas kan, att Lepaulle i ett av honom anført fall betecknar *lex causae*-lösningen (en term som visserligen inte användes av Lepaulle) som »naturel et

⁶⁰ Se t.ex. Hoffmeyer Vorfragenproblem 123 f, Rigaux Qualifications 450, Robertson 581 f, Svenné Schmidt 1964: 471 f, Szászy 239.

⁶¹ Gotlieb 524, Dicey 63; jfr nedan kap. IV § 3 III C s. 107.

même logiquement nécessaire», medan däremot Goldschmidt och synbarligen även Nussbaum kategoriskt avvisar denna lösning. Vad som för den ene författaren är självfallet riktigt är således för den andre lika självfallet oriktigt. Härav torde kunna slutas, att ingendera lösningen a priori kan betraktas som given och att Vorfrageproblemet väl tål att diskuteras.

På samtliga genomgångna punkter tycks kritiken mot själva frågeställningen alltså vara obefogad.

KAPITEL IV

HUVUDDRAGEN AV VORFRAGE-PROBLEMETS BEHANDLING I DOKTRINEN

§ 1. INLEDNING

I detta kapitel skall jag översiktligt redogöra för doktrinen, såvitt Vorfrage-problemet däri behandlats som en *allmän* IP-rättslig frågeställning, d.v.s. som ett för alla Vorfrage-situationer gemensamt problem. Härvid kommer uppmärksamheten särskilt att inriktas på sådana fall, där Vorfrage-problemet hänför sig till äktenskap och skilsmässa. Författare som behandlat blott enstaka Vorfrage-situationer — utan att gå in på problemet i dess generella räckvidd — beröres inte i detta kapitel utan först i den speciella delen.

Framställningen i detta kapitel kommer i huvudsak att vara objektivt redogörande. Meningen är att såvitt möjligt klargöra olika författares meningar och att peka på ev. oklarheter. En diskussion med egna värderingar av de olika ståndpunkterna följer först i kap. V.

Vid läsningen av §§ 2 och 3 i det följande måste man komma i håg att många författare avgränsar själva problemområdet ganska snävt; se härom ovan kap. III s. 68 f. Detta gäller i synnerhet beträffande *lex causae-principens* anhängare, jfr nedan i § 4 I, s. 117 ff.

§ 2. VORFRAGE-DOKTRINENS UPPRINNELSE

1. Vorfrage-problemet som allmän IP-rättslig frågeställning kan sägas ha blivit »upptäckt» av doktrinen först i början av 1930-talet,

således betydligt senare än dess »släktingar», renvoi- och kvalifikationsproblemen.¹ Dessförinnan hade man väl i doktrinen behandlat och även i rättspraxis haft att göra med situationer, där man numera skulle säga att det förelegat ett Vorfrage-problem. I regel synes man emellertid inte, vare sig i doktrin eller i rättspraxis, ha klart sett denna frågeställning, i vart fall inte i dess generella räckvidd.² Något annat är, att man i doktrinen mycket tidigt uppmärksammat och funnit anledning framhålla det förhållandet, som ovan (kap. III s. 80) betecknats som spaltning, nämligen att huvudfrågan och den prejudiciella frågan kan vara att bedöma enligt skilda rättsordningars interna rätt, t.ex. att ett spörsmål om rätt till arv (hf) skall avgöras enligt arvlätarens personalstatut, medan frågan om arvspretendenterna har den familjerättsliga status som enligt arvsstatutet erfordras för arvsrätt (pf) skall bedömas enligt resp. arvspretendents eget personalstatut.³ I allmänhet synes man härvid, mer eller mindre oreflekterat, ha utgått från att den tillämpliga rätten i båda dessa hänseenden, alltså även beträffande det prejudiciella statusspörsmålet, skulle bestämmas med ledning av forumlandets egna kollisionsnormer. Den motsatta lösningen rekommenderades uttryckligen för vissa särskilda fall av en del författare och förekom även i rättspraxis.⁴ Men sådana rekommendationer grundade sig inte på någon systematisk bearbetning av Vorfrage-området utan var begränsade till enstaka situationer.

II. De första framställningarna av Vorfrage-problemet som ett spörsmål av allmän natur finner man i den *tyska* doktrinen. Här är framför allt att nämna tre namn: Melchior, Wengler och Raape.

A. Den allra första av dessa framställningar är *Melchiors* »Die Grundlagen des deutschen internationalen Privatrechts» (1932), där

¹ Ang. dessa problems upprinnelse och historia se t.ex. Gihl Principer 411 ff resp. 344 ff.

² Möjligen får man undanta Kahn I 22 f och Zitelmann 833 ff, vilka båda systematiskt rekommenderar lösningar som sammanfaller med lex fori-principens. Detsamma kan sägas om Raape Kommentar (flerstädes); om Raape se nedan under II C s. 96 f.

³ Så redan von Wächter 364 ff. Se också t.ex. Diena 781 ff (ish 786), Lewald 1925: 75 och IPR 300, Batiffol DIP 722 f, Kegel IPR 116, Madsen-Mygdal 385 samt, från svensk doktrin. Ramel 86 f, 89, 91.

⁴ Så i flera länder bl.a. beträffande utlännings omgifte efter inländsk skilsmässodom; se härom nedan i kap. XIV § 2.

ett kapitel betitlas »Vorfrage».⁵ Melchior uppställer där för tysk IP:s del följande huvudregel:

Demjenigen Recht, welches nach deutschem internationalen Privatrecht für die Entscheidung der Hauptfrage massgebend ist, steht grundsätzlich auch die Entscheidung über das auf praejudizielle Rechtsverhältnisse (die Vorfragen) anzuwendende Recht zu.

I denna regel möter för första gången formuleringen av *lex causae-principen* på ifrågavarande område. Melchior synes mena, att denna regel är såväl i och för sig önskvärd som bäst förenlig med vad de tyska domstolarna — utan att känna Vorfrage-problemets teoretiskt riktiga formulering — dittills faktiskt gjort i situationer som innefattat ett sådant problem.

Utgångspunkten för Melchiors angivna ställningstagande är, att tysk IP uttryckligen (EG art. 27) accepterar *renvoi* i stor utsträckning (och i rättspraxis i än större utsträckning).⁶ Melchior är visserligen noga med att skilja mellan *renvoi* och Vorfrage. Men den positiva attityden till *renvoi* är enligt Melchior ett mycket betydande indicium för att Vorfragen »im Zweifel» bör avgöras enligt IP-reglerna i *lex causae*. Vad som eftersträvas genom beaktandet av *renvoi* är nämligen — framhåller Melchior — bl.a., att den tyske domarens avgörande av målet skall bli innehållsmässigt detsamma som det vartill en domare i det främmande laglandet skulle komma. Detta strävande skulle motverkas, om den tyske domaren i Vorfrage-situationer tillämpade sitt eget lands IP-regler. Härigenom skulle han nämligen till sist ändå komma till annat resultat än sin utländske kollega och därmed — synes Melchior mena — göra tillämpningen av den främmande *lex causae* och den tyska kollisionsnorm som anvisat densamma illusorisk.

Som exempel tar Melchior det fall, att en tysk domstol får att avgöra en tvist om arv efter en fransk medborgare. Fransk rätt är här arvsstatut (EG art. 25). Om målet ger upphov till en fråga om giltigheten av arvlåtarens äktenskap⁷ (efterlevande makan gör an-

⁵ Melchior 245 ff.

⁶ Se härom t.ex. Melchior 207 ff (som dock med orätt antar, att tysk rättspraxis ansluter sig till den s.k. foreign court theory, varom nedan i § 3 s. 108 f) och, från senare tid, t.ex. Kegel Kommentar 942 (Bem. 28—32).

⁷ Melchior 247 f använder i verkligheten det exemplet, att det prejudiciellt aktualiserade spörsmålet hänför sig till giltigheten av en *adoption*. I och för sig torde detta exempel vara bättre; skillnaderna mellan tysk och fransk kollisionsrätt är nämligen mera påtagliga beträffande *adoption* än beträffande äktenskap.

språk på arv) samt de tyska och franska kollisionsnormerna i detta hänseende leder till skilda resultat — m.a.o. om det föreligger ett haltande äktenskap — skulle den tyska domstolen genom att avgöra denna prejudiciella fråga enligt tysk rätts egna kollisionsnormer kunna komma att tilldela hustrun arvet, ehuru hon enligt fransk rätt inte är arvinge (emedan en fransk domstol skulle betrakta hennes äktenskap med arvlåtaren som ogiltigt). Ett sådant resultat kan enligt Melchior inte vara riktigt. När den tyska kollisionsnormen beträffande rätt till arv förklarar arvlåtarens *lex patriae* kompetent, är detta enligt Melchior ett uttryck för att tysk rätt vill överlåta åt den främmande rätten att bestämma »vem som är arvinge» (d.v.s. vilka personer som in concreto skall taga arv). Men denna avsedda effekt skulle inte uppnås, om de tyska domstolarna på uppkommande prejudicialfrågor tillämpade IP-regler som avviker från arvsstatutets (generellt: *legis causae*) motsvarande regler; därigenom skulle tillämpningen av den främmande rätten bli illusorisk.

Emellertid gör Melchior ett viktigt undantag från den av honom uppställda huvudregeln, nämligen för fall av s.k. »begrepps nödvändiga förutsättningar».⁸ I t.ex. mål om skilsmässa — liksom beträffande personliga eller förmögenhetsrättsliga rättsverkningar av äktenskap — är giltigheten av parternas äktenskap en »begrepps nödvändig förutsättning» för bifall till talan. Utan denna förutsättning är skilsmässa — liksom äktenskapligt-förmögenhetsrättsliga förhållanden etc. — utesluten. Frågan om äktenskapets giltighet är då enligt Melchior inte en Vorfrage i egentlig mening utan en »del av huvudfrågan». Den skall därför avgöras av forumrättens egna IP-regler, inte av det främmande skilsmässostatutets (etc.) motsvarande regler.

Vidare räknar Melchior med att hans huvudregel även inom det egentliga Vorfrage-området kan behöva vidkännas undantag i vissa fall av hänsyn till forumlandets *ordre public*.⁹ Något försök att närmare definiera dessa fall göres inte. Som exempel citerar Melchior, synbarligen med gillande, ett fall där en italienare efter tysk skilsmässodom gift om sig i Tyskland; tysk domstol vägrade sedermera att bifalla ett yrkande om ogiltigförklaring av det nya äkten-

⁸ Melchior 259 ff.

⁹ Melchior 263 f.

skapet, oaktat italiensk rätt var tillämplig på denna fråga och skilsmässodomen inte erkändes i Italien.¹⁰

B. Samma huvudtes som Melchiors förfäktas av *Wengler* i en mycket berömd avhandling, »Die Vorfrage im Kollisionsrecht» (i *Rabels Zeitschrift* 1934). Denna är av grundläggande betydelse inte bara beträffande Vorfrage-problemet utan också beträffande vissa andra IP-rättsliga frågor av allmän natur, bl.a. substitutionsproblemet. *Wengler* har också i en rad senare skrifter¹¹ återkommit till samt ytterligare utvecklat och preciserat sin syn på Vorfrage-problemet, vilket synes bilda kärnan i och utgångspunkten för *Wenglers* stora författarskap inom den internationella privaträttens allmänna del.

I motsats till Melchior ställer *Wengler* sig i princip avvisande till renvoi, vars generella accepterande *Wengler* betecknar som »ein zweckloser Einbau in das System des Kollisionsrechts».¹² *Wengler* skiljer i sin argumentering för *lex causae*-principen mellan två huvudskäl, ett som kan kallas *formallogiskt* och ett *rättspolitiskt*. Båda dessa skäl är antydda redan i Melchiors framställning men synes där på ett något oklart sätt flyta ihop till ett.

Wenglers tankegång i förstnämnda hänseende torde kunna sammanfattas så:¹³ Antag att en främmande lag, vilken är tillämplig såsom bördsstatut, innehåller en regel, enligt vilken barn till föräldrar som sammanlevt under konceptionstiden har äkta börd. Tillämpningen av en sådan regel ger inte upphov till några särskilda problem. Domaren i fornumlandet har endast att rätta sig efter den direkta beskrivningen av rättsfaktum (»sammanlevnad») i den främmande saknormen jämte ev. rättspraxis och andra tolkningsdata i det främmande landet till denna beskrivning. Antag härefter, att den främmande *lex causae* i stället för faktisk sammanlevnad kräver ett »giltigt äktenskap» mellan föräldrarna. Även ett sådant rättsligt begrepp tjänar ytterst till att ange vissa faktiska förhållanden (ehuru inte desamma som i den föregående regeln), vilka utgör den främmande saknormens verkliga rekvisit. Det vore teoretiskt

¹⁰ RG 21.3.1912, behandlat nedan i kap XIV vid not 15.

¹¹ Se litteraturförteckningen.

¹² *Wengler* 1934: 192.

¹³ Detta och följande stycke är en sammanfattning av vad *Wengler* anför 1934: 192 ff, 1961: 411 (not 18), JR 1963: 43 och 1964: 622.

möjligt att — utan ändring av regelns sakliga innehåll — byta ut det rättsliga begreppet mot en direkt beskrivning av dessa rekvisit i termer som anknyter till rena fakta (»Tatsachenbegriffe»). Man finge då räkna upp alla de faktiska förhållanden, som *enligt den främmande rättens uppfattning* erfordras för giltigt äktenskap. Om den främmande saknormen uttrycks på detta sätt, hade det inte varit någon tvekan om att domaren i forumlandet haft att rätta sig efter den givna beskrivningen. Den omständigheten, att den främmande lagen i stället valt den lagtekniskt vida enklare metoden att ange rekvisitet såsom »giltigt äktenskap» och i andra regler tala om vad som krävs för »giltigt äktenskap», kan förnuftigtvis inte få medföra någon skillnad härutinnan; det bör alltså vara den främmande rätten själv som får bestämma de verkliga rekvisiten. Frågan om det föreligger ett giltigt äktenskap bör således besvaras på grundval av den främmande rätten, som uppställer kravet härpå.

Härvid är — framhåller Wengler vidare — teoretiskt två alternativ tänkbara. Antingen (1) menar den främmande rätten med »giltigt äktenskap» *endast* sådana äktenskap som ingåtts i överensstämmelse med dess *egna* saknormer; den aktuella rättsföljden knyts överhuvud inte till andra äktenskap. Vid detta alternativ — som i praktiken knappast torde förekomma beträffande äktenskap men som kan vara aktuellt vid vissa andra prejudiciella rättsförhållanden, särskilt adoptioner¹⁴ — är det klart, att domaren i forumlandet måste tillämpa den främmande regeln i överensstämmelse med dess betydelse i den främmande rätten. Han kan inte, utan att helt »förfalska» regelns innehåll, lägga forumrättens uppfattning om äktenskapets giltighet till grund för sin tillämpning av densamma. Eller också (2) — och detta är det i praktiken vanliga — är uttrycket »giltigt äktenskap» i den främmande rätten ett s.k. rambegrepp (»Rahmenbegriff»), d.v.s. det avser alla äktenskap som är giltiga enligt den främmande rättens kollisionsnormer, även såvitt dessa hänvisar till annan lag. Också i detta fall har domaren i forumlandet att rätta sig efter den främmande rättens ståndpunkt. Det finns

¹⁴ Se t.ex. det engelska rättsfallet *Re Wilby* (1956) och härtill Wengler 1956: 94 ff. Regeln i engelsk rätt om arvsrätt för adoptivbarn synes här ha getts den snäva tolkningen, att endast adoptioner som ägt rum enligt engelsk intern rätt drar med sig sådan verkan. Se även det franska rättsfallet *Cass.civ. 21.4.1931*, där ett liknande betraktelsesätt anlagts för fransk rätts del.

inte heller här någon som helst grund för att gripa in med forumlandets IP-regler vid bedömningen av äktenskapets giltighet i stället för den främmande rättens egna motsvarande regler. Härigenom skulle ett begrepp i den främmande *lex causae* »påtvings» en betydelse som det inte har.

När forumrätten t.ex. bestämmer, att en viss främmande lag skall vara arvsstatut och denna lag ger arvsrätt åt efterlevande make, kan — menar Wengler¹⁵ — frågan huruvida en viss person är make till arvlåtaren inte få avgöras med utgångspunkt från forumrättens kollisionsnormer om äktenskaps giltighet. Om så skedde, skulle domaren i forumlandet ta ifrån arvsstatutet en del av den kompetens det från början tilldelats, nämligen kompetensen »die tatsächlichen Bedingungen anzugeben, von denen es abhängt, ob jemand eine Erbberechtigung zusteht». Hade arvsstatutet i stället för att använda begreppet »make» direkt beskrivit dessa faktiska betingelser, hade något Vorfrage-problem inte uppkommit och hade det inte varit minsta tvekan om att domaren i forumlandet haft att rätta sig efter desamma; något ingrepp från *legis fori* sida hade då inte ens kunnat komma i fråga.

Huvudvikten lägger Wengler i sina framställningar dock vid rättspolitiska synpunkter. Härvid skjuter han kravet på *internationell enhetsbedömning* (»Gesetzharmonie», »internationale Entscheidungsgleichheit») eller *konfliktminimum*, av Wengler betecknat som kollisionsrättens »ekonomiska princip», i förgrunden.¹⁶ Även från denna utgångspunkt kommer Wengler till att *lex causae*-lösningen som regel bör föredras framför *lex fori*-lösningen. Om varje land, där en tvist kan komma upp till bedömande, tillämpar sina egna IP-regler vid ställningstagandet till Vorfrage-problem, minskas nämligen utsikterna att tvisten blir avgjord på samma sätt i de olika länderna. Användes å andra sidan *legis causae* motsvarande regler i Vorfrage-situationer, får målet samma utgång åtminstone i de länder som tillämpar samma lag beträffande huvudfrågan; särskilt ökar utsikterna till enhetsbedömning i förhållande till det främmande *lex causae*-landet.

Emellertid laborerar Wengler också med ett annat rättspolitiskt postulat, kravet på *materiell* (intern) *harmoni* (»das Prinzip der materiellrechtlichen Harmonie der Entscheidungen», »innere Ent-

¹⁵ Wengler 1934: 194 f (Wengler talar här om prejudiciella rättsförhållanden i allmänhet, inte speciellt om äktenskap, såsom förutsättning för arvsrätt).

¹⁶ Wengler 1934:196 ff. Se vidare Wengler 1952: 610 ff, 1953: 48, 1955: 114, 1958: 547, 1961: 371 ff, 410 ff, JR 1963: 43 och 1964: 622.

scheidungsgleichheit»¹⁷. Härmed avses, att avgörandena av *olika tvister i forumlandet* bör stå i viss samklang med varandra. Antag t.ex., att det först har yrkats fastställelse av giltigheten av ett äktenskap. Denna talan har, med tillämpning av forumlandets kollisionsnormer och därav anvisade saknormer, bifallits. Senare uppkommer i samma land en arvsfråga, vilken på nytt aktualiserar spörsmålet om äktenskapets giltighet, nu prejudiciellt. Prövningen härav skall enligt Melchiors och Wenglers huvudprincip företas utifrån arvsstatutets IP-regler, vilka leder till att äktenskapet är att anse som ogiltigt (forumlandets fastställersedom erkännes inte). Samma fråga — giltigheten av ett äktenskap — skulle således få motsatt svar i två olika sammanhang i samma land. Det är detta som avses, när det säges att *lex causae*-principen kommer i strid med forumlandets krav på materiell harmoni mellan dess olika avgöranden. Enligt Wengler måste denna olägenhet dock i stor utsträckning tolereras av förut angivna logiska och rättspolitiska (internationella) hänsyn. Emellertid uppställer Wengler ett ganska komplicerat schema över fall, där kravet på materiell harmoni bör sättas före denna hänsyn och motivera undantag från *lex causae*-principen.

Dessa undantagsfall synes, såvitt här är av intresse, karakteriseras av att ett äktenskaps eller en skilsmässas giltighet eller ogiltighet enligt uppfattningen i forumlandet antingen *med nödvändighet* (»ganz notwendig») *drar med sig en viss rättsverkan* eller är en *oundgänglig förutsättning* (»unentbehrliche Voraussetzung») *för en viss rättsverkan*.¹⁸ Denna tankegång illustreras av Wengler med bl.a. följande två exempel.

1) En nödvändig rättsverkan av giltigt äktenskap är i regel, att barn som fötts av hustrun under äktenskapet tillerkännes äkta börd (förutsatt att negativ bördstalan ej blivit förd). Om föräldrarnas äktenskap är giltigt enligt forumlandets IP, kan det därför åtminstone i allmänhet inte tolereras, att barnen fränkännes äkta börd under hänvisning till att en främmande lag, vilken är tillämplig såsom bördstatut, för sin del betraktar äktenskapet som ogiltigt. Har t.ex. två grekiska medborgare gift sig i Frankrike i civil form — varvid äktenskapet blir formgiltigt enligt såväl fransk som tysk IP men en nullitet enligt grekisk IP — bör en fransk eller tysk dom-

¹⁷ Wengler 1934: 204 ff. Se vidare Wengler 1952: 602 f, 1953: 48 f, 1955: 116, 1957: 58 ff, 1958: 547, 1961: 412 ff, JR 1963: 44 och 1964: 622.

¹⁸ Se Wengler 1934: 213 ff.

stol normalt anse barnen i förbindelsen ha äkta börd, ehuru de inte har denna ställning enligt grekisk rätt (som är bördssstatut såväl enligt fransk som enligt tysk IP).¹⁹ Ätminstone bör detta gälla, om inte grekisk rätt trots sin vägran att erkänna äktenskapets giltighet ger barnen samma eller i huvudsak samma ställning som barn med äkta börd.²⁰ — Annorlunda förhåller det sig enligt Wengler i det *omvända* fallet: att bördssstatutet men inte forumrätten betraktar äktenskapet som giltigt, t.ex. om de grekiska makarna gift sig i Tyskland i grekisk rätts religiösa form.²¹ Avsaknad av äkta börd är inte någon nödvändig följd av äktenskapets ogiltighet. Här bör huvudregeln beträffande Vorfragen därför upprätthållas, d.v.s. en tysk domstol bör i detta fall — ehuru äktenskapet från tysk synpunkt är en nullitet — låta barnen få äkta börd under motivering, att de har det enligt grekisk rätt som är bördssstatut och som betraktar äktenskapet som giltigt.

2) I ett land med monogamiprincip måste den som vill ingå nytt gifte visa, att hans förra äktenskap inte längre äger bestånd (eller att det är ogilligt). Icke-existensen av tidigare, giltigt och bestående äktenskap är en nödvändig förutsättning för omgiftet. Erkänner forumlandet enligt sina IP-regler inte en utländsk dom, varigenom det tidigare äktenskapet upplösts, kan det nya giftet därför inte tillåtas, även om skilsmässodomen skulle erkännas i det land vars lag är *lex causae* beträffande de materiella förutsättningarna för omgiftet. — Även här ligger det enligt Wengler annorlunda till i det *omvända* fallet: att skilsmässodomen erkännes enligt forumlandets regler men inte enligt den lag som är tillämplig beträffande de materiella förutsättningarna för det nya giftet, t.ex. om en tysk skilsmässodom inte erkännes i nupturientens hemland och det nya äktenskapet skall ingås i Tyskland. Här bör det enligt Wengler förbli vid huvudregeln och omgiftet vägras med stöd av den främmande *lex causae*.²²

Wengler framhåller emellertid, att gränsen mellan huvudregel

¹⁹ Jfr nedan kap. XI § 1 I B s. 297.

²⁰ Wengler 1934: 214, 1955: 116, 1961: 412 f, JR 1963: 43 f.

²¹ Se förutom hänvisningarna i föregående not Wengler JZ 1965: 536 f. — Om äktenskapet i exemplet ingåtts inför någon av de ortodoxa präster, vilka (sedan år 1964) erhållit särskilda vigsselförordnanden från den grekiska regeringen, skulle det vara giltigt även från tysk rätts synpunkt, jfr ovan kap. II s. 28 vid not 16.

²² Wengler 1934: 215 f, 1957: 57.

och undantag inte kan dras efter något enkelt och schematiskt kriterium. Ätminstone beträffande en del rättsverkningar går det inte att generellt säga, att de är eller inte är nödvändiga konsekvenser av äktenskapets giltighet etc. Hänsyn kan behöva tas dels till anknytningsförhållandena i det konkreta fallet — ju starkare anknytning till forumlandet, desto större skäl att frångå huvudregeln och låta forumrättens IP-regler gripa in — dels till att nya rättsförhållanden kan ha stiftats på basis av den ena eller andra lagens uppfattning om äktenskapets (skilsmässans) giltighet, varvid ett slags *fait accompli* kan ha åstadkommit, vars rättsenlighet bör respekteras.²³

Denna tankegång illustreras av Wengler med det ovan berörda exemplet beträffande äkta börd, där barnets föräldrar är grekiska medborgare, vilka ingått äktenskap i civil form i Frankrike (situationen blir densamma om äktenskapet ingåtts i Tyskland), ett äktenskap som är giltigt i Tyskland men inte i hemlandet. Såsom förut omtalats, kommer Wengler — med avvikelse från sin huvudregel beträffande Vorfrage-problemet — till att barnet i ett sådant fall i princip bör anses ha äkta börd. I synnerhet om alla de inblandade (föräldrarna och barnet) är bosatta i Tyskland (forumlandet), skulle — framhåller Wengler — den motsatta lösningen te sig intolerabel. Annorlunda skulle det emellertid ligga till, om de grekiska föräldrarna har återvänt till Grekland och där faktiskt separerat (någon skilsmässodom varken behövs eller kan erhållas i Grekland, eftersom det enligt grekisk rätts uppfattning ju inte finns något äktenskap), samt ev. också ingått nya äktenskap (mot vilket hinder av samma skäl inte mött i Grekland). Om hustrun därefter får barn, bör dessa enligt Wengler inte anses ha äkta börd i det första, från tysk synpunkt giltiga äktenskapet.²⁴ Mannen i detta äktenskap skall inte behöva anställa negativ bördstalan beträffande barnen, en talan för vilken det ev. inte ens skulle finnas någon behörig domstol i Tyskland. Det bör anses ha inträtt ett nytt läge — väl framför allt på grund av frånvaron av anknytning till Tyskland och koncentrationen av anknytningsfakta till Grekland, ev. också på grund av de nya äktenskapen — i vilket en tysk domstol inte längre bör vidhålla sin tidigare ståndpunkt utan välja den lösning som överensstämmer med det främmande *lex causae*-landets.

²³ Se Wengler 1934: 224 ff, 1957: 58, 1961: 413 f och JR 1963: 44.

²⁴ Wengler 1961: 413 och JR 1963: 44.

C. Den motsatta huvudtesen beträffande Vorfrage-problemets lösning utvecklades för första gången på ett mera systematiskt sätt av Raape i hans Haagföreläsningar år 1934 om »Les rapports juridiques entre parents et enfants comme point de départ d'une explication pratique d'anciens et de nouveaux problèmes fondamentaux du droit international privé». I ett avsnitt av dessa föreläsningar som ägnades Vorfrage-problemet²⁵ behandlar Raape särskilt äktenskaps giltighet såsom förutsättning för olika rättsverkningar (personliga och förmögenhetsrättsliga, skilsmässa, barns äkta börd, legitimation av utomäktenskapliga barn, arvsrätt).

Raape tar här avstånd från de av Melchior och Wengler framförda teserna. Enligt Raape skall äktenskaps giltighet (liksom andra Vorfragen) alltid bedömas med utgångspunkt från forumrättens egna IP-regler. Avgörande för Raape är det rättspolitiska kravet på »innerer Einklang»²⁶ (=materiell harmoni). Äktenskapets giltighet måste, menar Raape, i ett och samma land alltid avgöras på samma sätt, vare sig målet gäller personliga eller förmögenhetsrättsliga verkningar av äktenskapet, skilsmässa, rätt till arv eller något annat (ubiquitas matrimonii).²⁷ Endast detta är, hävdar Raape, förenligt med »la justice et l'équité». Vältaligt utvecklar Raape detta i fråga om makes arvsrätt:

Si une femme a été, du vivant du mari, sa femme légitime, si elle a eu tous les droits d'une épouse mais a aussi rempli fidèlement tous ses devoirs, deviendra-t-elle soudain, après la mort du mari, sa concubine, parce qu'un autre statut de conclusion du mariage, celui qui est indiqué par l'Etat du statut successoral, décide maintenant de la validité de son mariage différemment du statut appliqué jusqu'à présent? C'est un résultat impossible. — — — Il n'y a pas deux mariages (et deux parentés), les uns dans la vie et les autres dans la mort. Il n'y en a toujours qu'un.²⁸

Även Raape har i flera senare skrifter återkommit till problemställningen.²⁹ Hans huvudtes — lex fori-principen beträffande Vor-

²⁵ Raape Recueil 485 ff. Se också Raape Kommentar (flerstädes) — som är äldre (från 1931) — där i sak samma ståndpunkter intas beträffande de särskilda typerna av mål men där problemet inte göres till föremål för samlad behandling.

²⁶ Denna term, liksom dess motsats »äusserer Einklang», används av Raape i IPR 119.

²⁷ Raape Recueil 486, 493.

²⁸ Raape Recueil 492 f, 494.

²⁹ I IPR 116 ff, 316 ff, 434 f samt — beträffande särskilda fall — i några uppsatser, varom må hänvisas till litteraturförteckningen.

fragen — är i dessa skrifter orubbad. Vissa ej oväsentliga modifieringar, bl.a. just i fråga om makes arvsrätt, har dock gjorts till förmån för *lex causae*-principen. Avgörande har härvid varit hänsyn till »äusserer Einklang» (internationell enhetsbedömning). Genom dessa modifieringar har Raapes ståndpunkt kommit att närma sig Wenglers.

Ungefär samtidigt med och oberoende av Raapes Haagföreläsningar utvecklades samma mening i ett komparativt arbete över vissa äktenskapsrättsliga problem av *Balogh*,³⁰ vars framställning beträffande Vorfrage-problemet särskilt tar hänsyn till läget i tysk rätt. Liksom Raape avvisar Balogh *lex causae*-principen med i huvudsak den motiveringen, att den leder till intolerabla motsägelser i forumlandet. Balogh pekar också på de avgränsningssvårigheter som möter vid *lex causae*-principen och kritiserar Melchiors kriterium — »begrepps nödvändiga förutsättningar» (ovan under A) — såsom alltför vagt och inbjudande till godtycke.

Baloghs framställning synes emellertid inte ha blivit på långt när lika känd och beaktad i den efterföljande doktrinen som Raapes.

§ 3. DEN FORTSATTA UTVECKLINGEN

Sedan uppmärksamheten genom framför allt Melchiors, Wenglers och Raapes författarskap blivit fäst på Vorfrage-problemet, har det samma i den IP-rättsliga doktrinen tilldragit sig allt större intresse. Vid sidan av renvoi- och kvalifikationslärorna har det kommit att framstå som ett »paradnummer»³¹ inom den internationella privaträttens allmänna del.

I. TYSKLAND

A. I synnerhet i den tyska doktrinen har Vorfrage-problemet blivit föremål för utförlig behandling. Det dryftas där mer eller mindre ingående i alla nyare IP-rättsliga hand- och läroböcker, i en mängd tidskriftsartiklar och även i några (otryckta) monografier från 1950-talet.³²

³⁰ Balogh 575 ff.

³¹ Eek IPR 177.

³² Se de i litteraturförteckningen upptagna verken av Henrich (Vorfrage), Hoffmeyer (Vorfragenproblem) och v. Spiegel.

Diskussionen i den tyska doktrinen synes starkt påverkad av framför allt Wengler. Genomgående framhålles sålunda, att man vid Vorfrage-problemet har att göra med ett spörsmål om avvägningen mellan de motstående rättspolitiska kraven på internationell enhetsbedömning och på materiell harmoni.

B. Många av författarna — nämnas kan *Ferid, Firsching, Neuhaus, Neumayer, Serick, Wolff* och väl även *Zweigert*³³ — ansluter sig i princip också till den avvägning mellan de motstående synpunkterna som gjorts av Wengler. De nämnda författarna vill sålunda in dubio sätta kravet på enhetsbedömning främst och låta legis causae IP-regler vara avgörande för Vorfrage-problemets lösning. Till stöd härför åberopas ofta också liknande formallogiska argument som i Wenglers framställningar.

De nämnda författarna framhåller vidare, liksom Wengler, att undantag från huvudregeln måste göras i en del fall av hänsyn till kravet på materiell harmoni. Genomgående ges dock endast mycket vaga anvisningar (jämte enstaka exempel) för bestämmandet av dessa fall.

Sålunda kan enligt Wolff frågan när den ena eller andra lösningen bör väljas inte besvaras med någon allmän formel; avgörandet »hängt von der Auslegung der ausländischen materiellrechtlichen Norm ab, die die Antwort auf die Prinzipalfrage gibt». Och enligt Zweigert bör principen om konfliktminimum »bis zur Grenze einer völligen Unerträglichkeit der 'internen Dissonanz' prävalieren». Enligt Neuhaus slutligen bör undantag från lex causae-principen göras »wenn eine bestimmte Beantwortung der Vorfrage *notwendig* diese oder jene Antwort auf die Hauptfrage zur Folge hat» (jfr Wengler ovan § 2 s. 93 ff).

C. I nyare tysk doktrin synes emellertid den motsatta tendensen vara minst lika stark som den nu angivna. Åtskilliga författare ställer sålunda kravet på materiell harmoni i förgrunden; de motstående internationella hänsynen får vika. Till dessa författare hör, förutom de tidigare nämnda Raape och Balogh, bl.a. *Hoffmeyer, Jochem, Marquardt* (som dock gör vissa undantag till förmån för lex

³³ Ferid 1955: 63; Firsching 1954 sp. 639 ff; Neuhaus Grundbegriffe 237 ff och 1965: 543 f, jfr 1955: 220; Neumayer 1955: 75; Serick 1953: 642 f och 1956: 231; Wolff IPR 79 ff; Zweigert 1959: 193. Så också Henrich 1966: 67 och 224, Neumeyer 261 f samt — enligt vad som uppgives av Serick 1953: 643 not 1 — Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht i dess praxis vid avgivande av sakkunnigutlåtanden.

causae-principen) och framför allt *Kegel* samt de i rättspraxis i stor utsträckning använda *Kurzkommentare* till BGB (Achilles-Greifff, Erman och i synnerhet Palandt).³⁴ I detta sammanhang kan också nämnas *Rabel*, som på en komparativ bas kommer till samma ståndpunkt som de här nämnda författarna.³⁵

D. Några tyska författare — så *Lewald*, *Makarov* och *Gamillscheg* — menar, att man överhuvud inte kan uppställa allmänna regler för Vorfrage-problemets lösning.³⁶ Det vill dock närmast synas, som om även dessa författare tänker sig *lex fori*-lösningen såsom den för flertalet fall riktiga och endast undantagsvis vill ge utrymme för den motsatta lösningen. Något försök att uttömmande ange de fall där *lex causae*-lösningen bör ifrågakomma eller att uppställa generella kriterier för gränsdragningen mellan de båda lösningarna göres emellertid inte.

Gamillscheg ger dock det allmänna direktivet, att man vid valet av lösning måste beakta »wo das Lebensverhältnis wurzelt, um dessen Vorfrage es sich handelt». Man bör således ta hänsyn till anknytningsförhållandena i varje särskilt fall. Det är den från andra IP-rättsliga områden välbekanta tyngdpunktsläran eller *individualiserande metoden* som här föres in i bilden. Förutom anknytningen synes Gamillscheg i viss utsträckning också vilja ta hänsyn till det materiella resultatet av den ena eller andra Vorfrage-lösningen, på så sätt att validerande lösningar i viss utsträckning favoriseras. Gamillscheg illustrerar sin metod med bl.a. följande exempel:³⁷

En spanjor har gift sig i Tyskland i civil form. Makarna har före äktenskapet ett barn. Frågan gäller, om barnet blivit legitimerat genom

³⁴ Hoffmeyer Vorfragenproblem 53 ff, 63 ff, 124; Jochem 394; Kegel IPR 116 ff, Kommentar 520 f (Bem. 46—48) och 743 (Bem. 91); Marquardt Certificat 40 och 1963: 46. Beträffande de olika Kurzkommentare se hänvisningar i avhandlingens speciella del. Samma ståndpunkt även Blanke 93, Dieckmann 102 f (med not 29), Henrich Vorfrage 108 ff och 1964: 2015 (men se också Henrich 1966: 67 och 220 ff, där ståndpunkten modifierats) och — från äldre tid — Frankenstein IV 364.

³⁵ Rabel har inte behandlat Vorfrage-problemet på »abstrakt» nivå. Det i texten sagda framgår emellertid av Rabels ställningstaganden i en rad särskilda typer av mål, se Rabel I 419 f, 517 ff, 565 f, 578 f och 591 samt IV 355 f, 361 f.

³⁶ Gamillscheg 1961: 64 f och 1962: 587 f; Lewald 1939: 63 ff (särskilt 64 not 4); Makarov 1955: 451 ff, särskilt 453, och 1962: 156.

³⁷ Gamillscheg 1961: 64 f. Andra exempel Gamillscheg 1961: 66 och 1962: 587 f. Jfr även Henrich 1966: 223 f.

vigseln. Beträffande denna fråga är spansk rätt såsom faderns *lex patriae* tillämplig (EG art. 22). Från spansk rätts synpunkt är äktenskapet ogiltigt (inga andra hinder för legitimationen antages föreligga), medan detsamma är giltigt enligt tyska IP-regler.

Enligt Gamillscheg bör man här skilja mellan olika alternativ. Om det föreligger anknytning till Tyskland (utöver den omständigheten, att vigseln förrättats där) — om föräldrarna och barnet vistas där — bör Vorfrageproblemet lösas i överensstämmelse med tysk rätts (*legis fori*) uppfattning, så att legitimation anses ha ägt rum. Av viss betydelse för detta ställningsstagande är — framhåller Gamillscheg — en strävan till favor legitimationis; det är i och för sig »überaus misslich», om barn till föräldrar vilkas förbindelse omsider legaliserats även därefter skall förbli utomäktenskapliga. Å andra sidan: om de inblandade har bosatt sig i Spanien och mannen övergett hustrun, bör barnet, som inte har någon anknytning till Tyskland, inte kunna göra anspråk på att betraktas som legitimerat blott av den anledningen, att föräldrarnas vigsel ägt rum i Tyskland. Här blir således bristen på anknytning till forumlandet utslagsgivande; favor legitimationis-sympatierna får träda tillbaka härför.

I *andra länder* har Vorfrageproblemet kommit i blickpunkten senare än i Tyskland och då som regel med förebild i den tyska doktrinen. Problemställningen har dock inte någonstans kommit så i förgrunden som i Tyskland. Säkerligen sammanhänger detta med att rättspraxis på området — såsom skall framgå i avhandlingens speciella del — är mycket sparsammare än i Tyskland.

II. FRANKRIKE

A. I fransk doktrin introducerades Vorfrageproblemet, i anslutning till Melchiors, Wenglers och Raapes kort förut utkomna arbeten, av *Maury* i hans Haagföreläsningar 1936 över »*Règles générales des conflits de lois*».³⁸ Maury avvisade där Melchiors och Wenglers tankegångar och tog ställning för *lex fori*-principen. I synnerhet bestreds, att hänsyn till internationell enhetsbedömning kunde få gå före kravet på materiell harmoni. Om man valde den motsatta utgångspunkten, bleve det — framhöll Maury vidare — oundgängligen nödvändigt att i en del fall göra undantag från huvudregeln och därmed också att uppställa kriterier, varigenom undantagen kunde preciseras. Att finna sådana kriterier, om vilka enighet kunde nås, vore emellertid inte möjligt.

³⁸ Maury 1936: 554 ff. Dessförinnan hade spörsmålet dock i korthet berörts av Mezger 384 (samma ståndpunkt som Maury).

På det hela taget synes *lex causae*-principen med dess systematiska företrädare för utländska IP-regler i Vorfrage-situationer ha förblivit främmande för den franska doktrinen. Delvis synes de franska författarna knappast ha varit medvetna om att det här föreligger något särskilt problem.³⁹ Francescakis har träffande uttryckt detta så, att Vorfrage-doktrinen »est, peut-être, la seule pièce de la théorie contemporaine du conflit des lois que les auteurs français n'ont jamais entièrement »pensée» pour leur propre compte» och att den »représente pour la doctrine française un corps étranger difficilement assimilable».⁴⁰

B. Utan användning av *termerna* Vorfrage, *lex causae*-princip etc. kom dock ett par författare under 1940-talet, Lepaulle och Niboyet, i sak till annat resultat än Maury.⁴¹ Lepaulle och Niboyet utgår från att man vid tolkningen av olika begrepp i den till tillämpning förevarande främmande rätten har att bygga på den främmande rätten själv. »Le forum doit utiliser tous les termes du droit étranger dans le sens du droit étranger», säger sålunda Lepaulle.⁴² Detta gäller även när den främmande rätten använder sig av ett begrepp, t.ex. »giltigt äktenskap», som refererar till regler av IP-rättslig natur. I den mån så erfordras, bör även dessa regler i den främmande rätten användas vid tolkningsoperationen. Denna ståndpunkt betecknas av Lepaulle som självfallen och logiskt nödvändig; om man förfor på annat sätt, skulle man i verkligheten inte alls tillämpa den främmande rätten (»on fait un jeu de mots; on commet une trahison et une hérésie logique»⁴³).

C. I de senare årens franska doktrin har Vorfrage-problemet behandlats av flera författare, särskilt av *Batiffol*, *Francescakis*, *Lagarde*, *Louis-Lucas* och *Ponsard*.⁴⁴ Alltjämt kan dock sägas, att

³⁹ Beträffande nyare och mera kända läroböcker kan nämnas, att problemet blott summariskt omnämnes i Lerebours-Pigeonnière DIP 422 not 1 och ej alls figurerar i Savatiers framställning.

⁴⁰ Francescakis 1960: 282.

⁴¹ Lepaulle DIP 150, 200 ff, Niboyet III 390 ff. Se dock även Niboyet IV 825 ff, där Niboyet synes inta annan ståndpunkt.

⁴² Lepaulle DIP 198.

⁴³ Lepaulle 1943: 316.

⁴⁴ Batiffol DIP 351 not 24 och 1959: 488 ff; Francescakis Renvoi 203 ff, 1960: 282 f och 1963: 870 f; Lagarde Ordre public 74 ff och 226 ff samt 1960: 459 ff;

frågeställningen är långt ifrån att inta samma framskjutna position som i den tyska doktrinen.

Av de nämnda författarna synes Francescakis, Louis-Lucas och Ponsard ansluta sig till lex fori-principen som fast regel.⁴⁵ Även Batiffol utgår från lex fori-lösningen som den normalt sett riktiga men tycks kunna tänka sig fall, då den motsatta lösningen bör väljas. I likhet med Lewald, Makarov och Gamillscheg anser Batiffol det inte möjligt att uppställa bestämda regler härför.

I den mån särskild motivering ges för lex fori-principen, ansluter den sig i regel nära till de av Maury anförda synpunkterna. Särskilt betonas de gränsdragningssvårigheter som uppkommer, om man inlåter sig på lex causae-principen, och överhuvud de komplikationer denna måste dra med sig för rättstillämpande myndigheter.⁴⁶ Påfallande är vidare, att det i tysk doktrin så starkt betonade kravet på internationell enhetsbedömning i fransk doktrin inte vunnit något nämnvärt gehör; överhuvud synes fransk IP-rättslig doktrin, även i andra sammanhang, föga benägen att lägga vikt vid denna synpunkt.⁴⁷

Den ende författare i den nuvarande franska doktrinen som anslutit sig till lex causae-principen är Lagarde, vilken utförligast behandlat ämnet. Lika litet som de förut nämnda författarna vill Lagarde lägga avgörande vikt vid lex causae-principens praktiska fördelar i form av internationell enhetsbedömning. Fastmera söker Lagarde visa, att det inte går att uppnå detta mål, vare sig med den ena eller den andra metoden för Vorfrage-problemets lösning.⁴⁸ Enligt Lagarde är det i stället principiella synpunkter som gör att lex causae-principen bör föredras.

För det första pekar Lagarde härvid på vad han kallar »l'éloignement de la question préalable par rapport à l'ordre juridique du

Louis-Lucas R 1957: 153 ff, särskilt 166 ff; Ponsard i Aubry-Rau I 211 f och 1962: 714. Jfr även Déprez 394, som i sina resonemang utgår från lex fori-principen såsom den riktiga, och (Loussouarn i) Lerebours-Pigeonnière DIP 422 not 1.

⁴⁵ Louis-Lucas' framställning synes ha missförstått av Batiffol 1959: 489 och Svenné Schmidt 1964: 471 not 19, vilka båda hänför Louis-Lucas till de författare som inte uppställer fasta regler för Vorfrage-problemet. En korrekt sammanfattning av Louis-Lucas' ståndpunkt ges däremot av Lagarde 1960: 461 not 1.

⁴⁶ Se särskilt Francescakis 1960: 282 och 1963: 871.

⁴⁷ Jfr t.ex. Holleaux FamRZ 1963: 637.

⁴⁸ Lagarde 1960: 467 f. Jfr nedan kap. V § 4 III A s. 147.

for».⁴⁹ Forumrättens kollisionsnormer har i Vorfrage-situationer redan underställt huvudfrågan i målet en främmande lag; forumrätten intresserar sig inte för detta spörsmål, det undandras forumrättens (d.v.s. dess interna rättsreglers) kontroll (på annat sätt än genom dess ordre public). Än mindre har forumrätten då anledning att intressera sig för »la question préalable». Detta spörsmål har ingen kontakt med forumrätten, det tillhör en främmande rättssfär. Härav följer enligt Lagarde en stark presumtion för att forumrätten inte bör insistera på att få sin egen IP-rättsliga ståndpunkt genomförd.

Att man i stället bör låta den främmande legis causae ståndpunkt vara avgörande beror på att detta är nödvändigt för att »respecter la logique interne du droit étranger appliqué à la question principale».⁵⁰ Omvänt skulle man genom att använda forumrättens IP-regler beträffande det prejudiciella rättsförhållandet »denaturera» den främmande lex causae. I denna del argumenterar Lagarde efter samma linje som förut omnämnts beträffande Lepaulle och Niboyet.

Emellertid är de anförda argumenten, enligt vad Lagarde vidare framhåller, inte alltid bärande.⁵¹ Det finns fall där »la question préalable» har sådan anknytning (»contact») till forumlandet, att detta land måste få genomföra sin uppfattning om densamma. I dessa fall kan inte heller omsorgen om den främmande rättens interna logik få fälla utslaget till förmån för lex causae-principen. Fastmera bör dessa hänsyn vika för nödvändigheten att respektera »la logique interne du droit du for». Forumrättens IP måste därför tilldelas en »compétence subsidiaire», d.v.s. vissa undantag får göras från den i det föregående uppställda huvudregeln. Lagarde skiljer härvid mellan (1) fall där anknytningen till forumlandet uppkommit s.a.s. på naturlig väg (»insertion naturelle») och (2) fall där anknytningen uppkommit på »konstlad» väg (»insertion artificielle»).

1) Naturlig anknytning till forumlandet föreligger när forumrätten själv har »présidé à la création de la situation juridique qui est l'objet de la question préalable»⁵². Härmed menas, såvitt här är av

⁴⁹ Lagarde 1960: 468 ff.

⁵⁰ Lagarde 1960: 470 ff.

⁵¹ Lagarde 1960: 479 ff.

⁵² Lagarde 1960: 481.

intresse, fall där det prejudiciella rättsförhållandet avser ett äktenskap som ingåtts eller en skilsmässa som beviljats i *Frankrike (forumlandet)* och enligt fransk (legis fori) IP är giltig. Två greker har t.ex. i Frankrike ingått äktenskap i civil form, således i överensstämmelse med fransk rätts formkrav och fransk IP:s för detta fall tvingande regel *locus regit actum*. Ett sådant äktenskap (liksom en av fransk domstol meddelad skilsmässa) är en »*affaire française*». Fransk domstol kan aldrig hålla det för ogiltigt, även om den har att ta ställning till en rättsföljd av äktenskapet (skilsmässan) som skall bedömas enligt en främmande lag, vilken inte erkänner det samma. Uppkommer t.ex. fråga om barn, som fötts i äktenskapet mellan de grekiska undersåtarna, har äkta börd, så skall äktenskapet ovillkorligen betraktas som giltigt av fransk domstol, oaktat bördfrågan hör under grekisk rätt och äktenskapet enligt denna är ogiltigt.

2) Med den artificiella anknytningen avser Lagarde fall där »*la situation juridique*» visserligen har uppkommit utomlands men sedermera har s.a.s. »integrerats» i Frankrike (forumlandet) genom särskilt fastställelsebeslut av fransk (forumlandets) myndighet.⁵³ Som exempel härpå nämner Lagarde, att en utländsk skilsmässodom har erhållit s.k. *exequatur* i Frankrike, d.v.s. efter särskild prövning av fransk domstol — företagen enligt franska IP-regler — förklarats skola erkännas i Frankrike. En sådan skilsmässodom bör, lika väl som en av fransk domstol beviljad skilsmässa, t.ex. bana väg för omgifte i Frankrike, även om domen inte erkännes i vederbörandes hemland (vars lag är *lex causae* beträffande omgiften).

Lagarde's lösningsschema skiljer sig från andra varianter av *lex causae*-principen därigenom, att det klart och efter ett enkelt kriterium anger när undantag skall göras från huvudregeln. I verkligheten torde »undantagen» emellertid komma att bli väsentligt talrikare än de fall då huvudregeln skall tillämpas. De flesta fall där Vorfrage-problemet aktualiseras i praktiken är nämligen av den typ där det prejudiciella rättsförhållandet tillkommit i forumlandet och i överensstämmelse med dess IP-regler. Skillnaden mellan Lagarde och huvuddelen av den franska doktrinen är därför större på det principiellt-dogmatiska än på det praktiska planet.

⁵³ Lagarde 1960: 482.

III. ENGLAND

A. I engelsk doktrin presenterades Vorfrage-problemet första gången av en tysk, *Breslauer*, i ett komparativt arbete om den internationella successionsrätten i England, USA och Tyskland (1937).⁵⁴ Något senare behandlades problemet från anglo-amerikansk rätts synpunkt på ett mera adekvat sätt av *Robertson* (i tidskriftsartiklar 1939).⁵⁵ Medan *Breslauer* genomgående synes ta ställning för lex fori-lösningar inom det område han behandlar,⁵⁶ ansluter *Robertson* sig som huvudregel till lex causae-principen, vilken enligt honom också är bäst förenlig med vad de engelska domstolarna faktiskt gjort.⁵⁷ *Robertson* medger dock, att undantag kan behöva göras i en del fall »when considerations of justice require»;⁵⁸ närmare preciseras inte dessa fall.

*Robertson*s principiella huvudargument är detsamma som vi förut sett i både tysk och fransk doktrin: Användningen av lex causae IP-regler i Vorfrage-situationer är det enda sättet att »respektera» den främmande rätten — d.v.s. att tillämpa den på ett riktigt sätt — och därmed också det egna landets kollisionsnorm, som anvisat den främmande rätten till tillämpning.⁵⁹ Har t.ex. en engelsk domstol med ledning av sina kollisionsnormer funnit, att en arvs tvist skall avgöras enligt tysk rätt (såsom arvlåtarens lex domicilii), så betyder detta enligt *Robertson* att de personer skall taga arv som enligt tysk rätt är berättigade därtill. Är det tvivelaktigt, huruvida en arvspretendents äktenskap med arvlåtaren varit giltigt, måste denna fråga till följd härav bedömas med utgångspunkt från de tyska kollisionsnormerna. Om den engelska domstolen tillgrep sina egna kollisionsnormer beträffande äktenskaps giltighet, skulle den i verkligheten inte avgöra arvs tvisten enligt tysk rätt (och därmed ej heller följa sina egna kollisionsnormer, vilka föreskrivit ett sådant

⁵⁴ *Breslauer* 18 ff.

⁵⁵ Dels i *Harvard Law Review*, dels i *The Law Quarterly Review*. Här citeras den senare.

⁵⁶ *Breslauer* uttrycker sig ganska oklart och synes blanda ihop olika frågor. Det i texten sagda överensstämmer med andra engelska författares tolkning av hans framställning; se t.ex. *Gottlieb* 529 f (med not 17) och *Dacey* 61 not 21.

⁵⁷ *Robertson* 571 ff, 575 ff. Samma ståndpunkt synbarligen även *Mann* 1941: 128 not 72.

⁵⁸ *Robertson* 583 f.

⁵⁹ *Robertson* 570 f, 584.

avgörande). »— — — if the Court of the forum says it will apply the foreign law and then puts its meaning into the foreign concepts, it is simply not applying the foreign law at all.»

Robertson är på det klara med att bedömningen av äktenskapets giltighet enligt den av honom rekommenderade metoden kan utfalla olika i skilda processer i samma land.⁶⁰ Om en engelsk domstol får att bedöma giltigheten av ett äktenskap⁶¹ i och för sig, utan samband med någon särskild rättsföljd därav, företar den givetvis denna bedömning utifrån engelsk rätts egna IP-regler. Men detta är — framhåller Robertson, närmast gentemot Raape (jfr ovan § 2 s. 96) — inte något argument mot att i arvstvisten företa samma bedömning enligt tyska kollisionsnormer (och således ev. komma till annat resultat). Ty i denna tvist *avgöres* inte äktenskapets giltighet utan endast frågan huruvida en viss person äger taga arv eller inte. Detta avgörande kan därför aldrig komma i strid med det förra. Man måste skilja mellan avgöranden beträffande en persons »status» och knytandet av »incidents» (rättsverkningar) till denna status. Raapes påstående »att det inte finns två äktenskap, ett före och ett efter döden»,⁶² är — framhåller Robertson — fullkomligt sant men har ingen relevans för tvistefrågan. Robertson menar sig härmed kunna vederlägga det av Raape och andra framförda påståendet, att kravet på materiell harmoni nödvändiggör en lösning av Vorfrage-problemet enligt *lex fori*-principen.

B. En del av den anglo-amerikanska doktrinen är, inte oväntat, präglad av en viss skepsis gentemot Vorfrage-problemet (liksom mot en del andra IP-rättsliga frågeställningar av generell natur). Man synes — enligt min mening med orätt — mena, att redan själva frågeställningen är präglad av begreppsjurisprudens eller att den i vart fall är onödig eller opraktisk. Denna inställning kännetecknar, såsom förut nämnts, *Nussbaums* framställningar men åtminstone i någon mån även, synes det, *Morris'* tidigare inlägg i ämnet.⁶³ I sak

⁶⁰ Robertson 572 ff.

⁶¹ I Robertsons framställning avser exemplet inte giltigheten av ett äktenskap utan barns äkta börd (»legitimacy»).

⁶² Se ovan § 2 s. 96 vid not 28.

⁶³ Nussbaum Principles 104 ff och 1940: 1471 not 40, jfr ovan kap. III s. 83 ff; Morris 1938: 611 ff. Se även ur amerikansk doktrin Ehrenzweig 340 f, där Vorfrage-problemet betecknas som »another miscreant of a conceptualism gone rampant».

synes de nämnda författarnas attityd innebära, att de i situationer som enligt den ovan i kap. III gjorda analysen innefattar ett Vorfrage-problem åtminstone som regel låter forumrättens IP-regler fälla utslaget.⁶⁴

C. I nyare doktrin har Vorfrage-problemet från engelsk rätts synpunkt behandlats bl.a. av *Wolff* och *Falconbridge* samt, utförligast, av *Gottlieb*.⁶⁵ Framför allt på grund av Gottliebs ingående studie visade det sig, att »the incidental question» — i motsats till vad som hävdats av Nussbaum — inte är ett blott teoretiskt problem utan har intresse även för analys av engelsk rättspraxis. Problemet har också tagits upp till diskussion i de senaste upplagorna av de båda ledande handböckerna i engelsk IP, *Dicey* — i här aktuella delar författad av *Morris* — och *Cheshire*;⁶⁶ särskilt i *Dicey* beredes problemet ganska stort utrymme.

Av de nämnda författarna synes endast *Falconbridge* vilja rekommendera en enhetlig lösning för olika Vorfrage-situationer, nämligen enligt *lex fori*-metoden. De övriga av de nämnda författarna förordar differentierade lösningar.

Härvid ger *Wolff*, liksom i sin motsvarande framställning beträffande tysk rätt, som huvudregel företräde åt *lex causae*-principen, under motivering att densamma främjar »harmony of decisions» mellan forumlandets och ett eller flera andra länders domstolar. Samtidigt erkänner *Wolff* behovet av undantag i — icke närmare preciserade — fall där huvudregeln skulle medföra en alltför stark »internal dissonance». ⁶⁷ *Cheshire* tycks å andra sidan anse *lex fori*-principen som huvudregel, från vilken undantag skulle göras i sådana fall där den engelska *renvoi*-doktrinen är tillämplig (se härom vidare nedan).⁶⁸

⁶⁴ Så har *Nussbaums* framställning — vilken dock inte synes fri från motsägelser — allmänt uppfattats i doktrinen; se t.ex. *Gottlieb* 529 och *van Hoogstraten* 211. Att även *Morris* tidigare intog denna ståndpunkt synes klart framgå av vad han anför 1946: 89 f.

⁶⁵ *Falconbridge* 765 f; *Gottlieb* 523 ff; *Wolff* PIL 206 ff.

⁶⁶ *Cheshire* 72 f (se även 6 u., s. 85 f, samt 5 u., s. 87); *Dicey* 57 ff.

⁶⁷ Ett exempel härpå ger *Wolff* PIL 209 f. Detta exempel refereras nedan i kap. XII § 2 III A s. 387 f.

⁶⁸ *Cheshires* uttalande i denna del är formulerat som en beskrivning av hur de engelska domstolarna faktiskt gör (ehuru utan anförande av stöd från praxis). Preciseringsen av undantagen tillkom i 6 u. (1961); jfr 5 u. (1957) 87, där det

Gotlieb och Morris gör inga sådana principiella ställningstaganden. »There is really no problem of 'the incidental question', but as many problems as there are cases in which incidental questions may arise», säger Gotlieb med instämmande av Morris;⁶⁹ varje särskilt fall skall bero på »the particular factors involved». Meningen synes vara, att man skall skilja inte bara mellan olika typer av mål utan också se till olika omständigheter — väl både anknytningsförhållandena och det materiella resultatet av de olika lösningsmetoderna — i det konkreta fallet; alltså ånyo ett exempel på individualiserande metod. Gotlieb, som analyserar olika typer av Vorfrage-situationer, ger dock härvid vissa närmare rekommendationer. Härtill återkommer jag, i den mån det har intresse för denna framställning, i den speciella delen. Morris, som gör en analys av den engelska rättspraxis på området, kommer i denna del närmast till att praxis, så långt den täcker problemområdet, är bäst förenlig med *lex causae*-principen. Även härtill får jag emellertid återkomma i den speciella delen.

En stor roll i den engelska diskussionen spelar det förhållandet, att engelska domstolar i vissa fall tillämpar renvoi i dess typiskt engelska form, enligt den s.k. double (total) renvoi-theory eller *foreign court theory*.⁷⁰ Innebörden härav är i korthet, att en engelsk domare, som av en engelsk kollisionsnorm hänvisas att tillämpa en främmande lag, skall avgöra målet på exakt samma sätt som en domare i det främmande laglandet skulle göra. Skall t.ex. enligt engelska kollisionsnormer belgisk rätt tillämpas i ett arvsmål, skall den engelska domstolen vid avgörandet av målet »consider itself sitting in Belgium under the particular circumstances of the case»⁷¹. Den engelska domstolen har därför först och främst att beakta den främmande lagens kollisionsnormer men *också* — till skillnad från vad som gäller enligt den »vulgära» renvoi-teorin — den främmande lagens regler om renvoi. Om de belgiska kollisionsnormerna i exemplet ovan skulle hänvisa tillbaka till engelsk rätt (t.ex. såsom arvlåtarens *lex patriae*), skall den engelske domaren inte utan vidare

blott säges, att domstolarna »generally» tillämpade engelsk rätts egna IP-regler på prejudiciella frågor.

⁶⁹ Gotlieb 555 (jfr 542); Dicey 62 f.

⁷⁰ Se härom Cheshire 57 ff, Dicey 65 ff.

⁷¹ Citerat efter Sir H. Jenner i rättsfallet *Collier v. Rivaz* (1841), där den ifrågakvarande teorin introducerades i engelsk rätt.

stanna härvid och alltså avgöra målet enligt engelsk materiell rätt (såsom enligt renvoi-teorin i dess vanliga utformning). Det måste undersökas, om inte en belgisk domstol för sin del skulle acceptera återförvisningen från engelsk till belgisk rätt, m.a.o. tillämpa renvoi-läran i dess »vulgära» form. Befinnes så vara fallet — d.v.s. att en belgisk domstol faktiskt skulle tillämpa belgisk (intern) rätt i målet — skall den engelska domstolen göra detsamma; den har endast att söka imitera den utländska domstolens handlingsmönster. — Den rättspolitiska grunden för denna tämligen invecklade lära är densamma som i allmänhet brukar åberopas till förmån för renvoi: uppnående av internationell enhetsbedömning. Skillnaden mot det vanliga renvoi-systemet, sådant det praktiseras av t.ex. tyska och franska domstolar, kan sägas vara, att the foreign court theory ger större utsikter till uppnående av det eftersträvade målet.⁷²

Med utgångspunkt från the foreign court theory har man i den engelska doktrinen sagt sig, att engelska domstolar också i Vorfrage-situationer bör förfara på samma sätt som en domstol i det främmande laglandet skulle göra. Annars skulle den eftersträvade enhetsbedömningen ju inte uppnås och den policy, som ligger bakom the foreign court theory, motverkas. Som vi sett, anknyter Cheshire vid gränsdragningen mellan lex fori- och lex causae-principerna till the foreign court theory. Även Gotlieb tycks utgå från att sistnämnda lära, på de områden där den är gällande rätt, måste dra med sig lex causae-lösningar beträffande »incidental questions».⁷³ Stor vikt vid det ifrågavarande argumentet för lex causae-principen lägger också Wolff och Morris.⁷⁴

Av det anförda framgår, att det för Vorfrage-problemets del har viss betydelse att fastställa på vilka områden the foreign court theory är gällande engelsk rätt. Denna fråga är delvis omstridd. Här torde det vara tillräckligt att säga, att teorin tycks ha vunnit fotfäste endast i ett begränsat antal typer av mål. I denna avhandling är teorin aktuell huvudsakligen såvitt angår mål om arv, se nedan kap. XII § 2 III A s. 387.

⁷² Ätminstone så länge inga andra länder antar samma system. Jfr t.ex. Gihl Principer 468 ff.

⁷³ Gotlieb 531 f, 533 f, 545 ff.

⁷⁴ Jfr Wolff PIL 206, Dicey 61.

A. Under senare år har Vorfrage-problemet mer eller mindre ingående behandlats i många länders doktrin. Detta gäller bl.a. beträffande Belgien (Rigaux och Graulich), Grekland (Maridakis), Nederländerna (i synnerhet van Hoogstraten), Portugal (Cortes Rosa), Schweiz (Niederer, Schnitzer och Aubert samt, utförligast, Jagmetti), Spanien (Aguilar Navarro, Garde Castillo, Goldschmidt, Marín López, Miaja de la Muela, Verplaetse, Yanguas Messía) och Österrike (Hoyer, Sedlacek och i synnerhet Schwind).⁷⁵

De allra flesta hithörande författare ansluter sig åtminstone som huvudregel till *lex fori*-principen. Motiveringarna för denna ståndpunkt skiljer sig knappast från dem som redan berörts i tysk och fransk doktrin och synes därför inte behöva genomgås närmare.

Även andra meningsriktningar finns dock företrädda. Till *lex causae*-principens anhängare hör sålunda Cortes Rosa, Jagmetti, Maridakis och Yanguas Messía, samtliga synbarligen framför allt påverkade av Wengler. Ett par författare i spansk doktrin (Aguilar Navarro och Verplaetse) menar, i likhet med t.ex. Morris, att inga generella regler kan uppställas för Vorfrage-problemets lösning.

B. Av de nämnda författarna skall jag här något närmare syssla endast med *Schwind*, som för österrikisk rätts del flerstädes behandlat den hithörande problemkretsen ⁷⁶ och som i sina resonemang — ehuru knappast, åtminstone inte i någon större utsträckning, beträffande de praktiska slutresultaten — skiljer sig från flertalet andra författare.

Schwind utgår i sin diskussion flerstädes från det tidigare mycket praktiska fallet, att en soldat ur de i Österrike förlagda brittiska ockupationstrupperna i detta land ingått äktenskap (efter 1.8.1947) med en österrikiska i enlighet med den engelska Foreign Marriage

⁷⁵ Aguilar Navarro 353; Aubert 1955: 105 ff och 1962: 616 f; Cortes Rosa (se litteraturförteckningen jte rec. av M.A.N. i REDI 1961: 257 f); Garde Castillo 126 ff; Goldschmidt *Filosofía* 287 ff och *Suma* 75 ff; Graulich 169 ff; van Hoogstraten, särskilt 215 ff (jte 212 f om den nederländska doktrinen i ämnet i övrigt); Hoyer 1965: 619 f; Jagmetti 120 ff; Maridakis 1962: 437 ff; Marín López 138 ff, särskilt 145 f; Miaja de la Muela 290 ff; Niederer 87, 214 ff; Rigaux *Qualifications* 444 ff; Schnitzer I 112 ff; Sedlacek 82; Verplaetse 292 ff, särskilt 296 f; Yanguas Messía 194. Beträffande Schwind se nedan not 76.

⁷⁶ Schwind 1951: 31, 42 ff, 1954: 250 ff, 1955: 3, 1958: 453 f, 459 f, 462 f, 1965: 161 ff; för ytterligare hänvisningar se litteraturförteckningen.

Act inför en »marriage officer».⁷⁷ Detta äktenskap är från österrikisk rätts synpunkt ogiltigt. Uppkommer det för österrikisk domstol fråga huruvida ett barn, som fötts i denna förbindelse, har äkta börd, måste denna fråga därför enligt Schwind »zunächst» besvaras nekande. Den omständigheten, att engelsk rätt — mannens *lex patriae*, vilken enligt österrikisk IP är bordsstatut⁷⁸ — betraktar äktenskapet som giltigt, kommer på detta stadium inte i betraktande. Så långt är det ingen skillnad mellan Schwind och andra *lex fori*-anhängare.

Emellertid stannar Schwind inte härvid. I det nämnda exemplet är barnet som sagt »zunächst» att anse som utomäktenskapligt. Vilken lag skall nu reglera rättsförhållandet mellan föräldrarna och barnet såsom utomäktenskapligt? Jo, enligt österrikiska kollisionsnormer är moderns *lex patriae* härutinnan tillämplig.⁷⁹ Och modern har — enligt vad Schwind utgår från — genom giftermålet förlorat sitt österrikiska medborgarskap och i stället förvärvat brittisk nationalitet.⁸⁰ På så sätt kommer Schwind fram till tillämpligheten av engelsk rätt på rättsförhållandet. Emellertid innebär detta inte, enligt vad Schwind vidare framhåller, att en österrikisk domstol utan vidare bör tillämpa de regler i engelsk rätt som avser rättsförhållandet mellan föräldrar och utomäktenskapliga barn. Fastmera bör den engelska rätten tillämpas *i dess helhet*, d.v.s. alla de bestämmelser däri som tar sikte på den konkreta tvisten och som en engelsk domstol skulle använda sig av. I exemplet har barnet från engelsk rätts synpunkt äkta börd, eftersom föräldrarnas äktenskap är giltigt. En engelsk domstol skulle därför faktiskt tillämpa engelsk rätts regler om rättsförhållandet mellan föräldrar och »legitimate children». På samma sätt bör enligt Schwind den österrikiska domstolen i princip förfara.

På liknande sätt synes Schwind resonera i andra fall, där fråga är om att knyta rättsverkningar till ett haltande äktenskap. Gäller det t.ex. att bestämma rättsverkningarna i personligt hänseende av ett äktenskap mellan två grekiska medborgare, vilket ingåtts med

⁷⁷ Se Schwind 1951: 42, 1954: 245, 249 ff, 1955: 3. Jfr ovan kap. II s. 31 f.

⁷⁸ DVO § 9; jfr nedan kap. XI § 2 II A s. 317.

⁷⁹ Jfr DVO §§ 11 och 12.

⁸⁰ Se Schwind 1954: 249 f. Detta antagande stämmer i vart fall inte numera och torde ej heller tidigare ha varit riktigt, jfr ur österrikisk praxis VwGH 30.3.1954.

civil vigsel i Österrike, har den österrikiska domstolen preliminärt att utgå från äktenskapets giltighet, eftersom vigseln förrättats i överensstämmelse med österrikisk IP. Rättsverkningarna av äktenskapet skall enligt österrikiska kollisionsnormer bestämmas av grekisk rätt.⁸¹ Men den grekiska *lex causae* bör härvid enligt Schwind tillämpas i sin helhet (på samma sätt som den engelska rätten i det förra exemplet), inklusive de regler däri som säger, att vigseln i förevarande fall är en nullitet.⁸² Resultatet blir då (bortsett t.v. från ordre *public-hänsyn*), att de österrikiska domstolarna inte kan låta några rättsverkningar följa på äktenskapet, oaktat utgångspunkten var dess giltighet i Österrike.

Schwinds resonemang innebär, att han efter att ha löst Vorfrage-problemet enligt *lex fori*-principen applicerar sin uppfattning om s.k. sekundär kvalifikation på den föreliggande situationen.⁸³ Enligt Schwind skall denna operation principiellt företas så, att den främmande *lex causae* tillämpas i alla de delar som är sakligt relevanta för bedömningen av tvisten i dess helhet; någon blott partiell användning av den främmande rätten bör man inte inlåta sig på. På denna omväg kommer Schwind till resultat som ofta blir desamma som om Vorfrage-problemet från början lösts enligt *lex causae*-principen; så i exemplen ovan.

Dock sammanfaller Schwinds lära inte i alla situationer med *lex causae*-principen. Om rättsförhållandet mellan föräldrarna och det utomäktenskapliga barnet i det första exemplet ovan varit att bedöma t.ex. enligt österrikisk rätt — såsom fallet blir, om modern vid giftermålet bibehåller sin österrikiska nationalitet — kommer engelsk rätt enligt Schwinds lära överhuvud inte in i bilden (såsom den skulle göra enligt *lex causae*-principen) och förblir det således vid den österrikiska forumrättens uppfattning om äktenskapet såsom ogiltigt.

Emellertid måste det till sist sägas, att Schwind i mycket vidsträckt omfattning med hjälp av ordre *public*-mekanismen korrigerar de resultat hans tillämpning av den främmande rätten »i dess helhet» leder till. I exemplet med de grekiska makarna, som gift sig civilt i Österrike, anser Schwind sålunda resultatet av sin lära oförenligt med österrikisk ordre *public*. Denna kräver att äktenskapet behandlas som giltigt, och detta ej blott beträffande de personliga

⁸¹ DVO § 7, jfr nedan kap. IX § 1 I s. 271 f.

⁸² Schwind 1965: 162 ff.

⁸³ Se Schwind 1951: 43 och 1954: 250 f. Jfr ovan kap. III s. 79.

rättsverkningarna utan synbarligen i allehanda hänseenden (där-
emot göres ingen ordre public-korrektion i det första exemplet, där
äktenskapet enligt engelsk rätt var giltigt och barnet därför fick
äkta börd). Efter ordre public-övervägandena kommer Schwind så-
ledes i största utsträckning till samma resultat som de författare,
vilka löser Vorfrage-problemet enligt lex fori-principen utan att där-
efter inlåta sig på Schwinds sekundära kvalifikation. På grund
härav synes det slutligen riktigast att hänföra även Schwind till lex
fori-principens anhängare.

V. SKANDINAVIEN

A. I skandinavisk doktrin synes Vorfrage-problemet som gene-
rell frågeställning första gången ha berörts av *Madsen-Mygdal* i
hans avhandling »Ordre public og territorialitet» (1946).⁸⁴ Madsen-
Mygdal tar där ställning för lex fori-principen, dock utan att när-
mare gå in på problemet, vilket enligt honom »maaske er det vanske-
ligste i IPR». Det synes något tvivelaktigt, om Madsen-Mygdal själv
varit riktigt klar över problematiken. I den redogörelse han lämnar
för bl.a. Melchior och Wenglers meningar — vilka enligt Madsen-
Mygdal utgjorde »særopfatelser» — karakteriseras dessa nämligen
så, att de i verkligheten mynnar ut i en »Weiterverweisungs»-prin-
cip. Madsen-Mygdal synes m.a.o. sätta likhetstecken mellan lex
causae-principen beträffande Vorfragen och accepterandet av vida-
reförvisning inom ramen för renvoi-problemet. Detta är, såsom vi
har sett,⁸⁵ en oriktig och obefogad sammanblandning av två skilda
företeelser.

B. På ett teoretiskt betydligt mera tillfredsställande sätt har Vor-
frage-problemet senare behandlats av *Gihl* (i uppsatser 1950 och
senare) och, delvis i anslutning till honom, av *Svenné Schmidt* i hans
avhandling om kvalifikationsproblemet (1954) och, utförligare, i en

⁸⁴ Madsen-Mygdal 385 ff, 746 f (not 23).

⁸⁵ Ovan kap. III s. 75 f.

uppsats i Festskriften för Borum (1964) samt av *Eek* i hans lärobok »Internationell privaträtt. Metod och material» (1962).⁸⁶

De nämnda författarna ansluter sig alla — Gihl och Svénné Schmidt väl med mera dogmatisk bundenhet än *Eek* — till *lex causae*-principen. Härvid betonas, liksom så ofta i den främmande doktrinen, att fråga är om ett moment i tolkningen och tillämpningen av den redan designerade främmande *lex causae*. Spörsmålet om det föreligger ett giltigt äktenskap rör tolkningen av en främmande lags saknormer om t.ex. äkta börd eller arv. »Arvs- eller bördregeln som tillämpas fixeras till sitt innehåll genom den prejudiciella frågans avgörande och den prejudiciellt använda regeln kunde lätteligen inarbetas i bördregeln», säger t.ex. *Eek*.⁸⁷ Resonemanget utföres närmare av Gihl och framför allt av Svénné Schmidt⁸⁸ i anslutning till *Ross'* för en skandinavisk publik välkända lära om rättsreglernas fragmentariska karaktär och om »rättsregler i logisk mening».⁸⁹

Fragmentariska rättsregler är å ena sidan sådana som anger förutsättningarna för uppkomsten av äganderätt, giltigt äktenskap etc. — där ett dylikt juridiskt begrepp betecknar rättsföljden — å andra sidan sådana regler som anger rättsverkningarna av giltigt äktenskap etc. och där det juridiska begreppet betecknar rättsfaktum. En rättsregel i logisk mening är en kombination av rättsfaktum i den förstnämnda typen av regelfragment och rättsföljden i den sistnämnda typen av regelfragment. I rättsregeln i logisk mening har det »formuleringstekniska mellanbegreppet» giltigt äktenskap etc. bortfallit.

Om den till tillämpning förevarande regeln i den främmande *lex causae* formulerats såsom en rättsregel i logisk mening, alltså med direkt angivande av rättsfaktum, hade enligt Svénné Schmidt något Vorfrage-problem beträffande äktenskaps giltighet etc. överhuvud inte uppkommit. Det hade varit klart att den främmande rättens direkta beskrivning av rättsfaktum varit relevant. När den främmande rättens innehåll nu i stället uttryckts genom ett rättsregelfragment, där t.ex. giltigt äktenskap står såsom rättsfaktum, är detta blott en lagteknisk skillnad. Även i detta fall bör det därför vara den främmande rätten själv som får bestämma de verkliga rättsfakta. Detta förutsätter användning av den främmande rättens IP-regler, såvitt besvarandet av frågan om giltigt äktenskap etc. är beroende härav.

⁸⁶ *Eek* IPR 177 ff; Gihl 1950: 133 ff; Svénné Schmidt Kvalifikationsproblemet 212 ff (jfr även 47, 116) och 1964: 463 ff. Jfr också Strömholm 181 f.

⁸⁷ *Eek* IPR 180.

⁸⁸ Gihl t.ex. 1950: 146 ff, 1955: 27 ff; Svénné Schmidt 1964: 479 f.

⁸⁹ Om denna lära se *Ross* 1951, särskilt 474 ff, och 1954: 253 ff.

I sak är det här tydligen fråga om alldeles samma argumentering för *lex causae*-principen som tidigare utförts, oberoende av Ross' lära och utan hans terminologi, av Wengler.⁹⁰

Eek och Svénné Schmidt tar också upp rättspolitiska aspekter. Sålunda menar Eek — som framhåller, att Vorfrage-problemet i grunden är rättspolitiskt och att ingen lösning är den i och för sig, principiellt eller teoretiskt, riktiga — att de skäl som talar emot *specialiserade* kollisionsnormer, d.v.s. mot en kollisionsrättslig spaltning och därav följande bedömning enligt skilda lagar av olika spörsmål inom ett komplex av sammanhängande frågor, också talar mot *lex fori*-principen och för *lex causae*-principen.⁹¹

Vidare betonar Eek, att de rättspolitiska skäl som brukar åberopas mot *renvoi* — och som har medfört, att man i svensk doktrin och praxis för det mesta ställer sig avvisande till denna lära⁹² — inte har bärkraft för Vorfrage-problemets del. Situationen och frågeställningen är här en annan; det gäller att ta ställning till ett *nytt* IP-rättsligt spörsmål, som dyker upp inom ramen för den »lojala» tillämpningen av den främmande rätten.

Svénné Schmidt diskuterar närmare det av Wengler och hans efterföljare betonade rättspolitiska kravet på internationell enhetsbedömning såsom argument för *lex causae*-principen.⁹³ Enligt Svénné Schmidt bör avgörande vikt inte fästas härvid. Det är visserligen riktigt — framhåller denne författare — att *lex causae*-principen i många fall leder till att avgörandet i forumlandet blir detsamma som i *lex causae*-landet. Men det finns ingen säkerhet härför och heller inte för att utgången blir densamma som i *andra* länder. Möjligt är, att utsikterna till enhetsbedömning s.a.s. redan från början är obefintliga till följd av olikheter beträffande lagvalet i *huvudfrågan* i målet. Om enhetsbedömningen sålunda förkastas såsom huvudargument för *lex causae*-principen, bör i gengäld — menar Svénné Schmidt, vars framställning synes påverkad av Lagarde (jfr ovan under II s. 102 ff) — avgörande vikt fästas vid den ovan berörda principiella (formallogiska) argumenteringen.

Gihl, Eek och Svénné Schmidt synes å andra sidan ense om att den omständigheten, att ett äktenskaps eller en skilsmässas giltighet

⁹⁰ Ovan § 2 s. 90 ff.

⁹¹ Eek IPR 179 f (jfr 122 ff om spaltning).

⁹² Se Eek IPR 175 ff med hänvisningar i noten 29.

⁹³ Svénné Schmidt 1964: 477, jfr Kvalifikationsproblemet 215.

(liksom andra prejudiciella spörsmål) enligt *lex causae*-principen kan komma att bedömas på skilda sätt i olika rättegångar i samma land, inte är något avgörande skäl mot sagda princip. De nämnda författarna betonar, i likhet med Robertson (jfr ovan under III s. 106), att den prejudiciella bedömningen av en viss fråga inte innefattar något rättskraftigt avgörande av densamma utan sker utslutande i och för avgörandet av huvudfrågan i målet.⁹⁴ Den prejudiciella bedömningen innebär blott ett konstaterande — som ett rent faktum, synes man mena — att t.ex. ett äktenskap enligt uppfattningen i *lex causae* är giltigt eller inte giltigt. Häri kan, menar man, åtminstone inte principiellt ligga någon motsättning till en i annat sammanhang meddelad dom, vari äktenskapets giltighet bedömts på annat sätt med tillämpning av forumlandets egna IP-regler.

Emellertid finner dock Svenné Schmidt, att den olika bedömningen i de skilda rättegångarna i vissa fall kan medföra så orimliga och för rättskänslan stötande resultat, att man undantagsvis måste tillgripa en *lex fori*-lösning på Vorfrage-problemet.⁹⁵ Vid avgränsningen av dessa fall anknyter Svenné Schmidt till Lagardes ovan (under II s. 103 f) angivna lösningsschema. Liksom Lagarde menar Svenné Schmidt sålunda, att undantag måste göras i fall där det prejudiciella rättsförhållandet är anknutet till forumlandet genom att dess egna myndigheter medverkat vid rättsförhållandets stiftande (=Lagardes »insertion naturelle»), alltså — såvitt här är av intresse — efter *inländsk*, i laga ordning tillkommen vigsel eller skilsmässa. I dessa fall måste forumlandet anses ha ett så starkt intresse i hur den prejudiciella frågan bedöms, att dess egen uppfattning bör få fälla utslaget.

Däremot ställer Svenné Schmidt sig avvisande till det andra, av Lagarde uppställda undantagsfallet, d.v.s. där en utländsk dom förklarats skola erkännas i forumlandet genom exequaturbeslut e.d. (»insertion artificielle»). Att en dansk domstol t.ex. har förklarat, att en utländsk skilsmässodom skall erkännas, behöver enligt Svenné Schmidt inte betyda, att danska domstolar i fortsättningen utan vidare skall lägga detta avgörande till grund, därest spörsmålet om skilsmässans giltighet kommer upp prejudiciellt i en tvist där huvudfrågan lyder under främmande rätt.

⁹⁴ Se särskilt Gihl 1950: 145 ff och 1955: 27 ff samt Svenné Schmidt Kvalifikationsproblemet 215 f och 1964: 478. Jfr även Eek IPR 181 f (med not 51).

⁹⁵ Svenné Schmidt 1964: 481 ff.

Även Eek (men synbarligen inte Gihl) anser undantag behöva göras från *lex causae*-principen.⁹⁶ Eek uttrycker detta så, att »— — kollisionsnormerna i ett lands lagstiftning kunna vara utformade så, att de måste anses innefatta ett hinder eller förbud mot att avgöra vissa s.k. prejudiciella frågor med stöd av *lex causae*». Tankegången utföres dock inte närmare; det lämnas öppet, i vilka fall ett sådant hinder eller förbud måste anses föreligga och hur man skall kunna konstatera detsamma. Noteras kan, att i de exempel från äktenskapsrätten, som Eek använder till belysning av Vorfrage-problematiken och där han rekommenderar *lex causae*-lösningar, vigseln resp. skilsmässan ägt rum i annat land än forumlandet. Möjligen bör detta tolkas så, att en vigsel eller skilsmässa som kommit till i *forumlandet* i överensstämmelse med dess IP-regler ovillkorligen skall där respekteras, när fråga om dess giltighet sedermera uppträder prejudiciellt, alltså att *lex fori*-principen skall gälla i dessa fall. I så fall skulle Eeks ståndpunkt i denna del överensstämma med den som intagits av Lagarde och efter honom av Svénné Schmidt.

§ 4. SYSTEMATISK ÖVERSIKT AV DOKTRINENS STÅNDPUNKTER

Av redogörelserna ovan i §§ 2 och 3 framgår, att det i doktrinen råder starkt delade meningar och även åtskillig oklarhet rörande Vorfrage-problemet. Detta gäller såväl avgränsningen av problemområdet (I nedan) som de lösningar som bör väljas (II och III nedan). På få IP-rättsliga områden, om ens något, rör man sig på mer osäker mark.

I. AVGRÄNSNINGEN AV PROBLEMMOMRÅDET

Det är mycket svårt att få något säkert grepp om hur olika författare vill avgränsa problemområdet. Från *lex fori*-principens synpunkt har denna fråga heller inte någon praktisk betydelse; vare

⁹⁶ Eek IPR 181.

sig man rör sig inom eller utanför Vorfrage-området skall enligt denna uppfattning forumlandets egna IP-regler tillämpas. Av desto större intresse är en exakt gränsdragning, när utrymme ges för lex causae-principen. Innebörden härav är ju, att något annat — nämligen tillämpning av främmande IP-regler i stället för forumrättens egna beträffande prejudiciella spörsmål — skall gälla inom det egentliga Vorfrage-området än utanför detsamma.

Likväl synes även lex causae-principens anhängare arbeta med blott vaga kriterier för avgränsningen av problemområdet, i den mån de inte helt förbigår frågan. Uppenbarligen sammanhänger detta med att avgränsningen vållar svårigheter. Dessa svårigheter är f.ö., såsom vi har sett i det föregående, ett av de argument som brukar anföras mot att överhuvud låta lex causae-principen få något spelrum.

Såsom framgått av redogörelsen för tysk doktrin, har Melchior föreslagit en avgränsning, enligt vilken från Vorfrage-området skulle avskiljas sådana fall där äktenskapets (skilsmässans) giltighet är en »begreppsnyvärdig förutsättning» för en viss rättsverkan (se ovan § 2 s. 89). Detta kriterium har även senare vunnit viss anslutning i tysk doktrin.⁹⁷ Emellertid synes de flesta författare — även i den tyska doktrinen — förkasta Melchiors metod, bl.a. emedan det inte går att objektivt avgöra när förutsättningen är »begreppsnyvärdig».⁹⁸

Flertalet hithörande författare synes i stället — uttryckligen eller tyst — utgå från den i kap. III berörda distinktionen Vorfrage-»Erstfrage».⁹⁹ De hänför således till Vorfrage-området endast sådana fall där frågan om äktenskapets (skilsmässans) giltighet uppkommer som ett led i tillämpningen av den dessförinnan bestämda främmande lex causae. Övriga fall — där frågan antages uppkomma på ett tidigare stadium av domarens tankeoperation — avskiljes från problemområdet.

Det avgörande kriteriet för dessa författare blir kollisionsnormernas ordalydelse. Man frågar sig i den hithörande doktrinen inte, huruvida äktenskapets (skilsmässans) giltighet är en »begreppsnyvärdig förutsättning» för den aktuella rättsverkan, utan huruvida

⁹⁷ Se Neumeyer 236 not 23 och Serick 1956: 217 f.

⁹⁸ För kritik av Melchiors distinktion se t.ex. Balogh 580 f, Kegel Kommentar 521 not 4, Madsen-Mygdal 383 samt Wengler 1934: 204 f.

⁹⁹ Se ovan kap. III s. 66 ff med hänvisningar i noterna 20, 25, 27 och 28.

det av kollisionsnormerna framgår att de förutsätter ett giltigt äktenskap (skilsmässa).

Praktiskt sett synes denna distinktion dock — åtminstone såvitt gäller de i avhandlingen aktuella typerna av mål — leda till i huvudsak samma resultat som Melchioris. Liksom denne synes sålunda de hithörande författarna ense om att från Vorfrage-området avskilja spörsmål om äktenskaps giltighet och bestånd i mål om äktenskapets rättsverkningar i personligt och förmögenhetsrättsligt hänseende och om skilsmässa samt spörsmål om skilsmässas giltighet i mål om rättsverkningarna av skilsmässa makarna emellan samt mellan dem och barnen i äktenskapet. I alla dessa fall skall äktenskapets (skilsmässans) giltighet således även enligt flertalet av *lex causae*-principens anhängare prövas med utgångspunkt från forumrättens IP-regler.

Kvar inom det egentliga problemområdet blir bl.a. frågor om äktenskaps (skilsmässas) giltighet i mål om legitimation genom efterföljande äktenskap, om arv och om omgifte/s giltighet/ efter tidigare äktenskap. Delade meningar råder — såvitt här är av intresse — beträffande frågan om giltigheten av föräldrarnas äktenskap såsom förutsättning för äkta börd; detta spörsmål hänföres ibland till Vorfrage-, ibland till »Erstfrage»-området.¹⁰⁰

Enstaka författare, även bland dem som ger utrymme åt *lex causae*-principen, synes inte acceptera någon av de här berörda gränsdragningarna utan rekommenderar *lex causae*-lösningar även i vissa fall som enligt vad ovan sagts inte skulle höra till Vorfrage-området.¹⁰¹ Hur dessa författare — vilka ändå tycks förutsätta en skillnad mellan Vorfrage- och »Erstfrage»-fall — tänker sig att dra gränsen häremellan är emellertid mycket oklart.

II. DE OLIKA LÖSNINGSSCHEMATA

I doktrinen har det sagts, att sympatierna för *lex fori*- och *lex causae*-principerna skulle vara ungefär jämnt fördelade mellan olika författare.¹⁰² I stort sett synes detta påstående riktigt, om man ser endast till själva huvudprinciperna. Avsevärda skillnader finns dock, såsom framgått, från land till land. Påtagligt är t.ex., att det i

¹⁰⁰ Se härom närmare dels kap. V § 2 II s. 129 ff, dels kap. XI § 2 (flerstädes).

¹⁰¹ Så bl.a. Gamillscheg 1962: 587 f (exemplet beträffande äktenskaps personliga rättsverkningar).

¹⁰² Eek IPR 179 not 38—41, Morris Cases 24, Svénné Schmidt 1964: 471.

tysk doktrin finns en ganska stark *lex causae*-tendens (*lex causae*-principen betecknas där ibland såsom härskande lära), medan denna tendens är mycket svag i fransk doktrin.

Emellertid ger indelningen i *lex fori*- och *lex causae*-anhängare en alldeles för schematisk, för att inte säga direkt felaktig, bild av läget i doktrinen. Något mera nyanserat, men fortfarande med stark schematisering, kan man skilja mellan följande fem ståndpunkter:

- 1) *lex fori*-principen fast regel (t.ex. Kegel);
- 2) *lex causae*-principen fast regel (så synbarligen Gihl);
- 3) *lex fori*-principen huvudregel, undantag till förmån för *lex causae*-principen i vissa fall (t.ex. Raape);
- 4) *lex causae*-principen huvudregel, undantag till förmån för *lex fori*-principen i vissa fall (t.ex. Wengler);
- 5) olika lösningar i olika fall, ingen generell regel om företräde för någondera principen (t.ex. Morris).

Att märka är, att undantag göres i mycket större utsträckning av dem som uppställer *lex causae*-principen som huvudregel än av *lex fori*-principens anhängare. De förra synes nästan alla anse, att *lex causae*-principen i vissa fall leder till resultat som strider mot forumlandets ordre public eller eljest är alltför orimliga för att kunna accepteras. De undantag som av denna anledning göres till förmån för *lex fori*-principen är ofta mycket vidsträckta, ibland så vidsträckta att de i fråga om praktisk betydelse torde överskugga huvudregeln (så enligt Lagardes och Svénné Schmidts lösningsschemata). Däremot är det ganska få av *lex fori*-principens anhängare som laborerar med undantag till förmån för *lex causae*-principen; och i den mån sådana undantag göres, har de i allmänhet en begränsad räckvidd.

Av vikt är också, att *lex causae*-principens anhängare i allmänhet torde utgå från en ganska snäv avgränsning av problemområdet (jfr ovan under 1). Ju snävare denna avgränsning göres, desto mindre utrymme blir det för *lex causae*-principen. Avskiljandet av »Erstfrage»-fallen från problemområdet fyller för *lex causae*-principens anhängare samma praktiska funktion som undantag från huvudregeln, nämligen att forumrättens egna IP-regler blir tillämpliga.

Med hänsyn härtill synes det klart, att *lex causae*-principen i verkligheten spelar en mycket mindre roll i doktrinen än man skulle kunna tro, om man blott ser till antalet av principens anhängare. *Lex fori*-principen är i realiteten klart övervägande.

III. SÄRSKILT OM DE DIFFERENTIERANDE LÖSNINGSSCHEMATA

Av de ovan under II angivna fem ståndpunkterna beträffande Vorfrage-problemets lösning kan den första — lex fori-principen fast regel — tydligen uttryckas i en enda »monolitisk» regel. Beträffande ståndpunkt nr 2) i lösningsschemat — lex causae-principen fast regel — gäller detsamma endast om man godtar den avgränsning av problemområdet som göres eller förutsättes av de författare vilka omfattar sagda ståndpunkt. Om man däremot till Vorfrageområdet hänför även fall vilka av dessa författare avskiljes såsom »Erstfrage»-fall e.l. — såsom kommer att ske i min framställning, se nedan kap. V § 2 — kommer den ifrågakavande ståndpunkten att innefatta en differentiering av lösningarna inom det sålunda bestämda problemområdet. Beträffande slutligen ståndpunkterna 3) — 5) i schemat ovan under II s. 120 är det klart, att även de innefattar en differentiering av lösningarna.

I den mån en sådan differentiering förordas, dras skiljelinjen mellan fallen av lex fori-lösning och fallen av lex causae-lösning efter olika, mer eller mindre klart preciserade kriterier.

I detta hänseende vållar den ståndpunkten (nr 3 i schemat), att lex fori-principen skall vara huvudregel och lex causae-principen undantag, vanligen de minsta svårigheterna. De författare som har denna utgångspunkt brukar som sagt ge undantagen ett tämligen litet utrymme. De situationer då undantag skall ifrågakomma är i allmänhet någorlunda klart bestämda. Så t.ex. anser Raape (i sina senare skrifter), att lex causae-metoden undantagsvis bör användas i mål om arv (ett undantag som dock i sin tur förses med rätt väsentliga undantag), vid omgifte efter tysk skilsmässodöm som ej erkännes i den frånskildes hemland samt i ytterligare en angiven typ av mål.¹⁰³

De övriga av de differentierande ståndpunkterna — nr 2), 4) och 5) i schemat ovan under II — ger utrymme för större osäkerhet. Delvis kommer detta sig av den oklarhet som vidlåder de olika författarnas avgränsning av Vorfrage-begreppet. Men också inom själva problemområdet är gränsdragningen mellan de olika lösningarna vanligen mer eller mindre osäker.

Påtagligt är sistnämnda förhållande beträffande de författare som uppställer lex causae-principen som huvudregel och beträffande

¹⁰³ Raape IPR 120, 316 f, 434 f.

undantagen nöjer sig med att hänvisa till — den alltid vaga — *ordre public*-standarden (t.ex. Melchior). Och något större mått av precisering uppnår väl inte heller de författare (med Wengler i spetsen) som anger undantagen från *lex causae*-principen genom att säga, att det finns vissa »nödvändiga» konsekvenser av forumlandets uppfattning av äktenskapet såsom giltigt etc. Hur skilja mellan »nödvändiga» och »icke-nödvändiga» konsekvenser?

Emellertid konkretiseras de allmänna, vagt utformade direktiven för gränsdragningen mellan *lex fori*- och *lex causae*-princip ofta genom exempel. Härigenom blir det möjligt att utläsa vissa fixerade regler på en lägre generaliseringsnivå. Sådana mer konkreta regler kan uppställas — och uppställas också i viss mån — även av författare som inte utgår från någon allmän princip för Vorfrage-problemets lösning; skillnaden blir blott den, att formuleringen av konkreta regler för dessa författare inte kommer att te sig som en precisering av generella direktiv. I och för sig behöver avsaknaden av en allmän huvudprincip därför inte innebära ett större mått av osäkerhet, om blott denna avsaknad kompenseras av ett nät av mer konkreta regler.

Vid differentieringen av lösningarna är sällan något visst kriterium ensamt utslagsgivande. De allra flesta författare tar hänsyn till flera olika faktorer. Detta bidrar givetvis till den osäkerhet som råder. I de olika hithörande lösningsschemata synes det möjligt att skilja mellan i huvudsak tre olika faktorer som inverkar på gränsdragningen, 1)—3) nedan.

1) TYPEN AV MÅL,

d.v.s. — såvitt för avhandlingen är av intresse — den rättsverkan av äktenskapet resp. skilsmässan varom fråga är.

En gränsdragning efter detta kriterium innebär, att *lex fori*-lösningen väljes i vissa typer av mål, t.ex. beträffande underhåll, medan *lex causae*-lösningen väljes i andra typer av mål, t.ex. beträffande arv, ev. också att utrymme ges för båda lösningarna i vissa typer av mål, t.ex. om barns äkta börd; i sistnämnda fall blir det tydligen nödvändigt att ha ytterligare kriterier för gränsdragningen.

En dylik gränsdragning göres av alla författare, som överhuvud

förordar en differentiering av lösningarna. Den genomföres, såsom framgått, ej endast därigenom, att skilda lösningar på Vorfrage-problemet rekommenderas i olika typer av mål, utan också — särskilt av författare som utgår från *lex causae*-principen som huvudregel — så, att vissa typer av mål, i vilka fråga om äktenskaps eller skilsmässas giltighet kan aktualiseras, utmönstras från problemområdet (med resultat att frågan blir att bedöma utifrån forumrättens IP-regler).

De författare som utgår från *lex fori*-principen som huvudregel brukar, såsom förut nämnts, tämligen preciserat ange i vilka typer av mål de anser undantag böra göras. Hos andra författare är gränsen i allmänhet inte lika klart fixerad. Härtill bidrar bl.a. de oklarheter som finns rörande olika författares uppfattning om avgränsningen av problemområdet.

Beträffande vissa typer av mål är det påfallande, att olika författare kommer till samma lösning trots motsatta eller olika utgångspunkter beträffande Vorfrage-problemet i allmänhet. Dessa motsättningar utjämnas m.a.o. delvis genom undantag från de allmänna principerna i vissa typer av mål eller — i den mån någon allmän princip inte alls uppställes — genom särskilda regler för dessa typer av mål.

Sålunda kan det allmänt sett sägas, att det bland författare som avvisar *lex causae*-principen såsom generell regel dock finns en viss tendens till lösningar enligt denna princip i mål beträffande mer »avlägsna» rättsverkningar av äktenskapet resp. skilsmässan, rättsverkningar vilka uppfattas som icke oskiljaktigt förbundna med resp. institut (»die Nachwirkungen», »les effets secondaires», »the repercussions of marriage /divorce/»). Det bästa exemplet härpå torde vara mål om makes arvsrätt.¹⁰⁴ Å andra sidan är även de författare som inte uppställer *lex fori*-principen såsom generell regel i det närmaste ense om denna principens riktighet i mål beträffande rättsverkningar vilka uppfattas som närmare och mer oskiljaktigt knutna till äktenskapet resp. skilsmässan (»les effets directs»), t.ex. i mål om underhåll till make.¹⁰⁵

¹⁰⁴ Jfr nedan kap. XII § 2 s. 378 ff.

¹⁰⁵ Jfr nedan kap. IX § 2 s. 273 ff.

2) ANKNYTNINGSFÖRHÅLLANDENA

a) *Anknytningen beträffande vigseln resp. skilsmässan*

En del författare vill i vissa typer av mål skilja mellan fall av *inländsk* vigsel resp. skilsmässa och fall av *utländsk* vigsel resp. skilsmässa. I förstnämnda fall är det enligt hithörande författare nödvändigt att respektera forumrättens uppfattning, åtminstone när äktenskapet (skilsmässan) med tillämpning därav är att anse som giltigt. Däremot skulle det vara lättare att frångå forumrättens uppfattning till förmån för den främmande *lex causae* i fall där äktenskapet (skilsmässan) kommit till stånd utomlands.

Tydligast framträder denna distinktion i de lösningsschemata som uppställs av Lagarde och, efter hans förebild, av Svénné Schmidt. Dessa lösningsschemata utgår från *lex causae*-principen som huvudregel men gör genomgående undantag härifrån när vigseln förrättats resp. skilsmässan beviljats av behörig myndighet i forulandet.

Ett annat exempel på ifrågavarande distinktion finner man hos Rabel.¹⁰⁶ Enligt honom bör ett tidigare äktenskap aldrig anses utgöra hinder för omgifte, om det har upplösts genom skilsmässodom i forulandet, även om denna dom inte skulle erkännas i vederbörande kontrahents personalstatut (denna lag förutsättes tillämplig beträffande omgiftets materiella förutsättningar). Så långt är Rabels uppfattning i överensstämmelse med *lex fori*-principen (vilken även eljest förordas av Rabel). Men har skilsmässodomen meddelats utomlands (i tredje land), synes Rabel anse personalstatutets vägran att erkänna domen bära utgöra hinder för omgifte, även om domen enligt forulandets IP-regler skulle kunna erkännas; här är utgången inte »in open conflict with the authority of the forum». I denna del innefattar Rabels ståndpunkt en *lex causae*-lösning på Vorfrage-problemet.

b) *Anknytningen beträffande huvudfrågan*

I Vorfrage-situationer förutsätts det ju, att huvudfrågan lyder under främmande rätt. En viss anknytning till ett främmande land,

¹⁰⁶ Rabel I 517 ff. Se i detta sammanhang även Henrich 1966: 223 f.

t.ex. genom mannens nationalitet, föreligger således alltid i dylika situationer. Men anknytningsfakta i övrigt beträffande huvudfrågan (således de anknytningar, t.ex. parternas domicil, hustruns nationalitet etc., vilka enligt forumlandets kollisionssnormer *inte* är relevanta beträffande lagvalet i denna fråga) kan vara i högre eller lägre grad lokaliserade till forumlandet.

Härtill tar vissa författare hänsyn i en del typer av mål på så sätt, att de anser en *lex fori*-lösning på Vorfrage-problemet ligga närmare till hands, ju starkare anknytningen är till forumlandet, och omvänt. Exempel därpå har vi sett vid redogörelserna för Wenglers och Gamillschegs meningar om Vorfrage-problemet (ovan § 2 s. 94 f resp. § 3 s. 99 f). De distinktioner med hänsyn till anknytningsförhållandena som göres av dessa och andra författare har dock blott tagit sig uttryck i vissa såsom exempel anförda fall och låter sig inte fixeras i bestämda regler.

3) DE MATERIELLA RESULTATEN AV LEX FORI- RESP. LEX CAUSAE-LÖSNINGEN

De båda lösningsalternativen vid Vorfrage-problemet är i och för sig »neutrala» med avseende på det materiella resultatet; vardera metoden leder än till att äktenskapet (skilsmässan) blir att anse som giltigt, än till att det skall betraktas som ogiltigt, med de konsekvenser detta för med sig beträffande huvudfrågan i målet. Enligt en i doktrinen inte ovanlig mening bör valet av lösning i vissa typer av mål emellertid göras beroende av det materiella resultatet *in concreto* av resp. lösning.

Även denna distinktion leder ibland till att motsättningar beträffande dogmatisk utgångspunkt utjämnas. Som exempel kan tagas dels mål om barns äkta börd, dels spörsmål om omgifte efter skilsmässa.

Beträffande barns äkta börd bör sålunda enligt de allra flesta författare, även sådana som annars inte ansluter sig till *lex fori*-principen, föräldrarnas äktenskap anses giltigt, om så är fallet med tillämpning av forumlandets egna IP-regler. Barnet får därmed äkta börd, även om bördstatutet för sin del betraktar äktenskapet som ogiltigt. Å andra sidan anser inte bara *lex causae*-principens anhängare utan även en hel del andra författare, att föräldrarnas äkten-

skap bör hållas för giltigt också i det fall, att bordsstatutets (men inte forumlandets egna) kollisionsnormer leder till detta resultat. Barnet får således enligt en ganska utbredd mening äkta börd även i detta fall.¹⁰⁷

Beträffande omgifte efter skilsmässa finns det flera författare som — ehuru de inte tillhör *lex causae*-principens anhängare — i likhet med dessa anser, att sådant omgifte bör vägras, om en i forumlandet meddelad eller där erkänd skilsmässodöm inte erkännes enligt IP-reglerna i kontrahentens personalstatut (som förutsättes tillämpligt beträffande omgiftets materiella sida). Och å andra sidan väljer även *lex causae*-principens anhängare i regel en *lex fori*-lösning i den omvända situationen: att skilsmässan erkännes som giltig enligt personalstatutet men inte enligt forumlandets egna IP-regler. Även i denna situation vägras alltså omgifte.¹⁰⁸

¹⁰⁷ Jfr nedan kap. XI § 2 s. 301 ff.

¹⁰⁸ Jfr nedan kap. XIV § 2 s. 422 ff.

KAPITEL V

DISKUSSION AV VORFRAGE-PROBLEMET

§ 1. INLEDNING

I detta kapitel skall jag taga upp de i kap. IV berörda frågorna till närmare diskussion och för egen del ta ställning till desamma.

Till en början är det härvid nödvändigt att *avgränsa problemområdet*, såvitt denna fråga i det föregående (kap. III s. 66 ff) lämnats öppen. Detta sker i § 2.

Därefter skall jag övergå till en saktisk diskussion av *lösningarna* på Vorfrage-problematiken. Härvid börjar jag med vissa grundläggande metodfrågor, § 3. I § 4 gör jag sedan en inventering och kritisk granskning av de olika argument av generell räckvidd vilka i doktrinen åberopats för och emot de olika lösningsalternativen. Detta avsnitt utmynnar i ett eget ställningstagande för *lex fori*-principen. I § 5 diskuteras här efter vissa allmänna synpunkter på frågan om undantag från den sålunda uppställda huvudprincipen.

§ 2. AVGRÄNSNING AV PROBLEMOMRÅDET: DISTINKTIONEN VORFRAGE-»ERSTFRAGE»

I. I kap. III och IV har vi sett, att många författare, i synnerhet bland *lex causae*-principens anhängare, anser ett frågsmål om giltigheten av ett äktenskap (skilsmässa) kunna konstituera ett Vorfrage-problem i teknisk mening endast i sådana fall, där det uppkommer som ett led i tillämpningen av den dessförinnan bestämda *lex causae* beträffande huvudfrågan. Från Vorfrage-området och därmed i

regel också från sakdiskussion avskärmas däremot sådana fall, där frågan om äktenskapets (skilsmässans) giltighet visserligen är av betydelse för utgången i målet men tänkes uppkomma på ett tidigare stadium av domarens tankeoperation. I sistnämnda fall, där äktenskapets (skilsmässans) giltighet utgör en »Erstfrage» (eller en »begreppsnödvändig förutsättning»; detta kriterium synes, såsom nämnts, i huvudsak sammanfalla med »Erstfrage»-kriteriet), skulle det inte finnas anledning överväga något annat än tillämpning av forumrättens egna IP-regler.

Är denna distinktion realistisk? Kan den fortsatta diskussionen av Vorfrage-problemet lämpligen utgå från densamma och alltså bortse från »Erstfrage»-fallen?

Detta spørsmål synes böra ställas, även om man beträffande lösningen av Vorfrage-problemet ansluter sig till *lex fori*-principen. Sant är, såsom förut påpekats, att den närmare avgränsningen av problemområdet då inte får någon praktisk betydelse; lösningen blir densamma — tillämpning av forumrättens IP-regler — vare sig man rör sig inom eller utanför Vorfrage-området. Men från metodisk synpunkt synes det vara avgjort riktigast att låta sakdiskussionen om lösningen på Vorfrage-problemet föregås av en undersökning huruvida »Erstfrage»-fallen lämpligen kan från början utmönstras från denna diskussion.¹

II. Den ifrågavarande distinktionen bygger tydligen på antaganden om en viss logisk *sekvens* i prövningen av uppkommande frågor i ett mål; i vissa fall antages frågan om äktenskapets (skilsmässans) giltighet uppkomma före huvudfrågan (»Erstfrage»-fallen), i andra fall (Vorfrage-situationerna) antages sekvensen vara den omvända. Härifrån drages sedan slutsatser av saklig betydelse.

Liknande metoder har ofta kommit till användning i andra IP-rättsliga sammanhang. Som det klassiska operationsområdet för sekvensresonemang av olika slag torde man kunna beteckna kvalifikationsproblemet.² Emellertid har sådana resonemang just inom kvalifikationsproblemetets område också utsatts för mycken — och enligt min mening i huvudsak berättigad — kritik.³

¹ Sätillvida överensstämmande Jochem 393 ff.

² Ett utmärkt exempel på metodens användning i svensk doktrin erbjuder Gihls framställningar över kvalifikationsproblemet, se t.ex. Gihl Principer 335 ff, ish 340 f, 351 ff, 360 f, 363 f, 371, 379 f.

³ Se i svensk doktrin Malmström 1938: 15 ff, ish 33 ff.

Även den nu aktuella distinktionen ger anledning till gensaga. Härvid bör två olika synpunkter beaktas. För det första är distinktionen inte till alla delar klar; den ger i vissa fall utrymme för skilda meningar huruvida det föreligger en verklig Vorfrage eller en »Erstfrage». För det andra och viktigaste kan distinktionens sakliga berättigande — även när det i och för sig är möjligt att genomföra densamma — starkt ifrågasättas.

I båda dessa hänseenden torde det vara belysande att se på ett exempel, ett fall som i skandinavisk doktrin behandlats dels av Gihl, dels av Svenné Schmidt.⁴ Båda dessa författare är ju anhängare av *lex causae*-principen, och båda är också nogga med att betona vikten av den här aktuella distinktionen. Både Gihl och Svenné Schmidt tar som exempel upp det fall, att frågan om giltigheten av föräldrarnas äktenskap kommer upp prejudiciellt i ett mål om barns äkta börd, Gihl från svensk rätts och Svenné Schmidt från dansk rätts synpunkt.

Gihl utgår härvid från den i (tidigare) svensk rättspraxis antagna kollisionsnormen, att frågor om barns äkta börd skall avgöras enligt (den presumerade) *faderns* — d.v.s. den äkta mannens — lag (närmare bestämt hans *lex patriae* vid tiden för barnets födelse).⁵ Här-efter synes Gihl resonera så, att frågan om äktenskapets giltighet uppkommer som ett led i tillämpningen av det sålunda bestämda bördstatutet, i och med att det befinnes att denna lag gör barnets äkta börd beroende av giltigheten av föräldrarnas äktenskap. Enligt Gihls betraktelsesätt föreligger det alltså en verklig Vorfrage, vilken är att besvara med utgångspunkt från bördstatutets (*legis causae*) IP-regler.

Svenné Schmidt utgår från motsvarande danska kollisionsnorm, vilken likaså utbildats i rättspraxis och vilken av honom formuleras så, att spörsmål om barns äkta börd skall avgöras enligt *den äkta mannens* lag (närmare bestämt hans *lex domicilii* vid barnets födelse, en skillnad gentemot svensk rätt som inte har någon betydelse i detta sammanhang). Av denna formulering drar Svenné Schmidt härefter slutsatsen, att den danska kollisionsnormen förutsätter ett giltigt äktenskap, så att domaren först måste ta ställning härtill. Tanken är tydligen, att om äktenskapet inte är giltigt så finns det inte någon

⁴ Gihl 1950: 140 ff, 1952: 144 f; Svenné Schmidt 1964: 467 ff.

⁵ Denna regel gäller numera endast med avsevärda modifikationer, se rättsfallet NJA 1964: 1.

»ægtemand» och följaktligen inte heller någon lag till vilken den ifrågavarande kollisionsnormen hänvisar. Äktenskapets giltighet är m.a.o. enligt Svénné Schmidts resonemang inte en Vorfrage utan en »Erstfrage», vilken måste bedömas enligt dansk rätts (legis fori) egna IP-regler.

Denna meningsskiljaktighet mellan två av lex cause-principens anhängare synes avslöja ett visst godtycke i den ifrågavarande distinktionen. Tydligt är, att skillnaden mellan Gihl och Svénné Schmidt bottnar i att de båda författarna formulerar sina utgångspunkter — den svenska resp. danska kollisionsnormen beträffande äkta börd — något olika, Gihl så att kollisionsnormen kommer att hänvisa till (den presumerade) faderns lag, Svénné Schmidt så att hänvisningen kommer att avse den äkta mannens lag.

Beträffande denna skillnad må till en början anmärkas, att den inte tycks gå tillbaka på någon motsvarande skillnad mellan svensk och dansk lag eller rättspraxis utan vara konstruerad av doktrinen själv. Några skrivna kollisionsnormer beträffande äkta börd finns nämligen överhuvud inte, vare sig i svensk eller i dansk rätt. Och i den rättspraxis som finns och som är ganska mager synes domstolarna inte alls ha formulerat några abstrakta regler.⁶ Såväl den svenska som den danska kollisionsnormen torde därför efter behag kunna formuleras på Gihls eller Svénné Schmidts vis, utan att man kan säga att den ena formuleringen är riktigare än den andra. Det finns m.a.o. i gällande rätt inte något kriterium — någon kollisionsnorm som framträder med en fixerad ordalydelse — med ledning varav det (i rent yttre mening, t.v. utan hänsyn till distinktionens sakliga berättigande) vore möjligt att avgöra, huruvida äktenskapets giltighet är en Vorfrage eller en »Erstfrage». Redan med hänsyn härtill är det tydligt, att frågan om sättet för prövningen av äktenskapets giltighet inte kan lösas på rent deduktiv väg.⁷

Men även om de av Gihl och Svénné Schmidt formulerade kollisionsnormerna om äkta börd ginge tillbaka på hur svenska resp. danska domstolar faktiskt uttryckt sig, vore det enligt min mening förfelat att härav dra några som helst slutsatser i berörda hänseende.

⁶ I svensk rättspraxis synes vid tiden för Gihls uttalanden överhuvud inga publicerade rättsfall ha funnits; fallen NJA 1953: 4 och 1962: 123 är senare. De fall som kan vara aktuella i dansk praxis synes vara UfR 1918: 212 och 1949: 1049.

⁷ För en liknande kritik av gängse läror beträffande *kvalifikationsproblemet* se i svensk doktrin Hult 1959: 244 f och Malmström 1938: 36.

En sådan slutsats synes förutsätta, att domstolarna verkligen avsett att ta ställning till denna fråga, m.a.o. att kollisionssnormerna formulerats med tanke på att vara till ledning vid bedömningen av densamma. Men varken i svensk eller i dansk praxis kan något sådant antagas (det påstås ej heller av Gihl eller Svenné Schmidt). De IP-rättsliga avgöranden beträffande äkta börd som finns har nämligen alla gällt frågan om barnets härstamning från den äkta mannen/den presumerade fadern. I sådana fall är det likgiltigt, om kollisionssnormen formuleras på det ena eller andra sättet, såsom en hänvisning till den äkta mannens lag eller till (den presumerade) faderns lag; eftersom det är den äkta mannen som är den presumerade fadern, blir resultatet detsamma. Även om de danska domstolarna uttryckligen hade formulerat sig så, att spörsmål om äkta börd skall avgöras enligt den äkta mannens lag, synes det därför — om man eljest anser *lex causae*-principen böra ifrågakomma vid prejudiciell prövning av äktenskapets giltighet, vilket ju är Svenné Schmidts ståndpunkt — halsbrytande att av en sådan formulering sluta sig till att något annat måste gälla i bördsmål. Rimligtvis kan kollisionssnormens formulering på det ena eller andra sättet inte tillåta någon som helst slutsats i detta hänseende.

Om det bortses från äktabördsmålen, synes emellertid — såsom tidigare framgått — doktrinen tämligen ense om vilka typer av mål som enligt den ifrågavarande distinktionen skall falla utanför Vorfrage-området. Sålunda är äktenskapets (skilsmässans) giltighet enligt den här aktuella uppfattningen inte en Vorfrage utan en »Erstfrage» (»begreppsnydvändig förutsättning») i mål om äktenskaps rättsverkningar i personligt och förmögenhetsrättsligt hänseende, om skilsmässa och om rättsverkningarna av skilsmässa makarna emellan samt mellan de frånskilda och barnen.

I förstone ter sig doktrинens resonemang i dessa typer av mål väl också ganska bestickande. I t.ex. ett skilsmässomål förefaller det naturligt att säga, att frågan om giltigheten av parternas äktenskap uppkommer före spörsmålet om det föreligger någon skilsmässogrund. Äktenskapets giltighet är s.a.s. den grundläggande eller (med Melchiors terminologi) »begreppsnydvändiga» förutsättningen för skilsmässan. Föreligger inte denna förutsättning, är utgången i målet utan vidare klar; skilsmässa kan inte beviljas. Endast om förutsättningen befinnes uppfylld, finns det anledning att ta itu med nästa fas i målet, frågan om skilsmässogrunden.

Emellertid synes inga slutsatser kunna grundas på detta resonemang. På alldeles samma sätt är det nämligen möjligt att resonera i *alla* typer av mål, där äktenskapets (skilsmässans) giltighet är av betydelse för utgången, även i klara Vorfrage-fall, t.ex. i mål om arv. Är äktenskapet mellan arvlåtaren och den efterlevande »maken» inte giltigt, så kan arvsrätt för denne ju inte ifrågakomma. Äktenskapets giltighet är m.a.o. en lika begreppsnödvändig förutsättning för rätten till arv som för skilsmässa. Det skulle därför även i ett arvsfall kunna sägas, att äktenskapets giltighet inte är en verklig Vorfrage utan en »Erstfrage», vilken bör provas före övriga i målet uppkommande frågor. Föres detta resonemang överlag, skulle tydligen hela Vorfrage-problemet försvinna. Resonemanget är alltså otjänligt som grund för en distinktion.

Emellertid hänvisas ju i doktrinen också till kollisionssnormernas ordalydelse. Av en kollisionssnorm beträffande t.ex. äktenskaps personliga rättsverkningar skulle framgå, att den förutsätter ett giltigt äktenskap, medan t.ex. en kollisionssnorm om arv inte innehåller någon sådan förutsättning.

Det måste erkännas, att »Erstfrage»-sekvensen ter sig naturlig vid kollisionssnormer av förstnämnda typ. Icke desto mindre är det svårt att bli övertygad om distinktionens sakliga berättigande. Varför skulle ordningsföljden mellan de olika frågorna ha någon betydelse för den sakliga lösningen av desamma? De kollisionssnormer, som indicerar en »Erstfrage»-sekvens, har tvivelsutan uppställts och formulerats utan någon tanke på den hithörande IP-rättsliga problematiken. Att göra deduktioner beträffande denna utifrån kollisionssnormernas lydelse vore att »pressa» reglerna på besked i frågor som de inte är avsedda att ta ställning till. Mot ett sådant förfarande synes kunna riktas samma kritik som ovan skett mot Svenné Schmidts resonemang i det bordsrättsliga exemplet. Och denna kritik är tillämplig även i sådana fall där kollisionssnormerna erhållit en i lag fixerad ordalydelse.

Det torde f.ö. vara en allmän iakttagelse på den internationella privaträttens område, att man ur skrivna regler inte med samma mekaniska säkerhet kan deducera svaret på ett givet problem, ens om regeln enligt sin ordalydelse klart tar sikte på detsamma, som när man har att göra med rent interna rättsregler (saknormer). Rättspolitiska skäl, vilka talar för annan lösning än den som indiceras av kollisionssnormens ordalydelse, torde här lättare ta överhanden än på andra rättsområden.⁸

⁸ Jfr härom t.ex. Lando 252 f och Neuhaus Grundbegriffe 281 f.

I själva verket torde det också visa sig, att de rättspolitiska skäl som brukar åberopas för den ena eller andra lösningen på Vorfrage-problemet och som genomgås nedan i §§ 4 och 5 inte alls gör halt vid den i doktrinen antagna, här kritiserade gränsen kring Vorfrage-området. Dessa skäl synes i lika mån göra sig gällande beträffande de situationer som brukar hänföras till »Erstfrage»-området.

Enstaka författare i tysk doktrin, vilka i större eller mindre utsträckning förordar *lex causae*-principen, synes dela denna uppfattning.⁹ De upptar nämligen även vissa »Erstfrage»-fall till sakdiskussion, varvid de argument som anföres är desamma som inom själva Vorfrage-området. För egen del anser jag det enklare och klarare att helt slopa gränslinjen Vorfrage-»Erstfrage».

III. Min slutsats blir således, att man inte bör laborera med nämnda distinktion. I den fortsatta diskussionen kommer jag därför att till Vorfrage-området hänföra *alla* fall, där äktenskapets (skilsmässans) giltighet uppkommer prejudiciellt och där huvudfrågan lyder under främmande rätt. Problemområdet blir därmed i min framställning betydligt vidsträcktare än hos *lex causae*-principens anhängare.

Härmed är naturligtvis inte alls sagt, att jag beträffande de fall som sistnämnda författare avskiljer såsom »Erstfrage»-situationer ämnar förorda andra sakliga *lösningar* än som eljest är vanligt. Fastmera kommer jag beträffande Vorfrage-problemet i allmänhet, inklusive dessa situationer, till att forumrättens IP-regler bör föredras. Men detta resultat nås utifrån sakliga överväganden (se nedan § 4), oberoende av det här förkastade sekvensresonemanget.

⁹ Så bl.a. Gamillscheg 1962: 587 f, Neuhaus Grundbegriffe 238 f, 255 f samt Wengler 1934: 204 f och 1958: 545 ff. Se vidare nedan i kap. IX i och vid not 11.

§ 3. GRUNDLÄGGANDE METODFRÅGOR VID VORFRAGE- PROBLEMETS LÖSNING

I. REGLER ELLER KASUISTIK?

I kap. IV har framgått, att några författare anser det principiellt ogörligt att uppställa regler för Vorfrage-problemets lösning.¹⁰ Avgörandet bör enligt dessa författare träffas efter en bedömning av domaren från fall till fall, varvid hänsyn bör tas till en rad olika omständigheter in concreto, särskilt anknytningsförhållandena och det materiella resultatet av den ena eller andra lösningen.

Emellertid synes, såsom påpekats, ingen författare driva denna ståndpunkt så långt, att avgörandet *alltid* överlämnas till ett fritt domarskön. Utrymmet härför begränsas genom att de ifrågavarande författarna, trots sin principiella utgångspunkt, uppställer eller tyst utgår från vissa regler — på en högre eller lägre generaliseringsnivå — vilka åtminstone har karaktär av presumtioner.

För egen del anser jag det helt uteslutet att generellt överlåta åt domaren att in concreto laga efter lägligheten. För en sådan extremt pessimistisk ståndpunkt finns det inga skäl. Allra minst bör en dylik ståndpunkt ifrågakomma, om problemområdet, såsom skett ovan i § 2, bestämmes vidare än hos de författare som förordar en mer eller mindre kasuistisk metod.

Det är alltså enligt min mening nödvändigt att uppställa regler för Vorfrage-problemets lösning. Härmed är inte sagt, att man på förhand bör utesluta möjligheten att ta hänsyn till de särskilda omständigheterna i det konkreta fallet och att härvid ge domarskönet ett visst utrymme. Men sagda omständigheter synes böra beaktas endast inom ramen för ett regelsystem, såsom faktorer vilka ev. stundom kan medföra undantag från reglerna, jfr diskussionen nedan i § 5. Jag binder mig alltså inte nu för *fasta* regler över hela fältet.

II. GENERELLA ELLER SPECIELLA REGLER?

De flesta av de författare, vilkas ståndpunkter genomgåts i kap. IV, uppställer en *generell* princip för Vorfrage-problemets lösning,

¹⁰ Så Lewald, Makarov och Gamillscheg i tysk doktrin samt Gottlieb och Morris i engelsk doktrin, se kap. IV s. 99 f och 108.

antingen *lex fori-* eller *lex causae-*principen. Denna genomföres sedan antingen som fast regel (så endast — åtminstone om problemområdet bestämmes så vidsträckt som här skett — i fråga om *lex fori-*principen) eller blott som presumtionsregel, varvid den förses med olika undantag.

Å andra sidan finns, såsom också förut nämnts, en del författare som nöjer sig med regler på en lägre generaliseringsnivå än hela Vorfrage-området. Dessa författare uppställer t.ex. en särskild regel (eller flera särskilda regler) för mål om arv, en annan särskild regel (flera regler) beträffande äkta börd etc. Och dessa särskilda regler utgör inte »utflöden» av eller undantag från någon generell princip beträffande Vorfrage-problemet.

Vilkendera av dessa båda metoder bör föredras?

Såsom torde ha framgått i kap. IV och ytterligare belyses i det följande, är huvuddelen av argumentationen gemensam för de olika Vorfrage-situationerna. Det finns vissa skäl, främst av rättspolitisk prägel, för *lex fori-* resp. *lex causae-*principen, vilka ständigt kan åberopas i dessa situationer. I ett konsekvent regelsystem bör avvägningen mellan de generella synpunkter som sålunda kan anläggas utfalla lika i de olika fallen och — förutsatt att inga speciella hänsyn kommer in i bilden — utmynna i en gemensam lösning. Av dessa skäl synes det både möjligt och önskvärt att uppställa en regel på generell nivå, en allmän princip för Vorfrage-problemets lösning, vilken kan lända till efterrättelse åtminstone när det inte finns några speciella skäl som talar i annan riktning.

Det återstår att avgöra, huruvida *lex fori-* eller *lex causae-*principen bör föredras. Denna fråga behandlas i § 4 nedan.

III. FAST REGEL ELLER PRESUMPTIONSREGEL?

Vare sig man uppställer en allmän princip för lösningen av Vorfrage-problemet — såsom här skall ske — eller nöjer sig med speciella regler för särskilda typer av mål, blir nästa fråga huruvida den eller de uppställda reglerna skall vara fasta eller allenast ha karaktär av presumtioner, från vilka undantag kan göras. I sistnämnda fall blir spörsmålet vidare, vilka synpunkter som bör vara

vägledande vid gränsdragningen mellan huvudregel och undantag och huruvida gränslinjen kan konkret fixeras genom att undantagen låter sig »uppfångas» i bestämda regler.

Till dessa frågor kan ställning ej redan nu tagas. Vissa allmänna synpunkter på frågan om undantag från — den i § 4 såsom huvudregel uppställda — lex fori-principen anlägges nedan i § 5. Ett mera definitivt svar på frågan om och i vad mån undantag från lex fori-principen bör göras kan emellertid inte ges förrän i kap. XV, efter genomgången av de olika typerna av mål i den speciella delen.

§ 4. LEX FORI-PRINCIP ELLER LEX CAUSAE-PRINCIP?

I. RENVOI-LÄRANS ROLL I DISKUSSIONEN

A. SAMMANFATTNING AV DOKTRINEN

De allra flesta författare som sysslat med Vorfrage-situationer är på det klara med att dessa innefattar en annan frågeställning än renvoi-situationerna.¹¹ Icke desto mindre spelar, såsom delvis framgått i kap. IV, ställningstagandet beträffande renvoi hos många författare in också vid diskussionen av Vorfrage-problemet.

Sambandet är härvid oftast det, att man i accepterandet av renvoi ser ett positivt skäl för lex causae-principen beträffande Vorfrage-problemet. Denna synpunkt framfördes, såsom vi har sett i kap. IV, redan av Melchior och har sedan framför allt anammats av den engelska doktrinen, som utgår från renvoi-läran i dess specifikt engelska variant, the foreign court theory.¹²

Å andra sidan finns det också ett s.a.s. negativt samband mellan inställningen till renvoi och till Vorfrage-problemet. Sålunda finns det vissa författare som ställer sig avvisande till renvoi — eller behandlar ämnet från ett lands synpunkt, där denna värdering redan

¹¹ Se ovan kap. III s. 75 f (med not 41).

¹² Se ovan kap. IV s. 88 (Melchior) och s. 108 f (Cheshire, Gottlieb, Morris och Wolff).

är positivrättsligt fastlagd — och som däri ser ett skäl att också inta en negativ attityd till *lex causae*-principen beträffande Vorfragen.¹³

Emellertid är dessa tendenser till korrelation mellan lösningarna på renvoi- och Vorfrage-problemen inte alltför påtagliga. Särskilt i tysk och fransk doktrin finns det många författare som ställer sig positiva till renvoi — resp. utgår från att denna värdering redan gjorts i lagstiftning och/eller rättspraxis, såsom i största utsträckning är fallet i Tyskland och Frankrike — men som likväl avvisar *lex causae*-principen beträffande Vorfragen.¹⁴ Och å andra sidan finns det vissa författare — i kap. IV har Wengler nämnts; från skandinavisk doktrin kan nämnas Gihl — vilka ställer sig negativa till renvoi men ändå, under betonande av skillnaderna i frågeställning, ansluter sig till *lex causae*-principen beträffande Vorfrageproblemet.¹⁵

B. EGNA SYNPUNKTER

I och för sig tillåter den ena eller andra inställningen till renvoi inte någon deduktion rörande lösningen av Vorfrageproblemet. Det är ju, som sagt, fråga om två skilda problem.

Emellertid finns det en avsevärd gemenskap beträffande *motivering* för å ena sidan accepterandet av renvoi, å andra sidan *lex causae*-principen beträffande Vorfragen. Sålunda har det, särskilt i äldre doktrin, såsom ett huvudskäl för renvoi brukat anföras, att denna mekanism är nödvändig för en »begreppstrogen» eller »lojal» tillämpning av den i forumlandets kollisionsnorm utpekade främmande lagen; underlåtenheten att beakta de främmande IP-reglerna skulle innebära, att den främmande rätten bleve »oriktigt» tillämpad.¹⁶ Och framför allt har till förmån för renvoi brukat anföras det praktiska skälet, att en internationell enhetsbedömning därigenom

¹³ Så framför allt van Hoogstraten 219 f.

¹⁴ T.ex. Raape och Kegel i tysk doktrin (ovan kap. IV s. 96 resp. 99) samt Batiffol och Ponsard i fransk doktrin (kap. IV s. 101 f).

¹⁵ Beträffande Wengler se ovan kap. IV s. 90 ff. Beträffande Gihl se hans Principer 411 ff (betr. renvoi) samt ovan kap. IV s. 113 ff.

¹⁶ Om detta argument för renvoi se t.ex. Gihl Principer 413 ff, 463 f, Jagmetti 73 f, Niboyet III 462 f samt Robertson 584.

främjas; i synnerhet är det denna rättspolitiska ratio som ligger bakom engelsk rätts foreign court theory.¹⁷

Båda dessa skäl för renvoi utgör, såsom framgått i kap. IV och ytterligare belyses nedan under II och III, tillika huvudskälen för lex causae-principen beträffande Vorfragen. Med hänsyn härtill kan det synas konsekvent att, om man accepterar renvoi (resp. kan utgå från denna lösning såsom positivrättsligt klar), också godta lex causae-principen. Omvänt kan ett avvisande av renvoi också synas böra dra med sig ett avvisande av lex causae-principen. De omtalade tendenserna i doktrinen till korrelation mellan de båda lösningarna är alltså väl förklarliga.

Några definitiva slutsatser beträffande Vorfrage-problemet kan dock knappast dras utifrån inställningen till renvoi. Gemenskapen i rättspolitiskt och andra hänseenden är långt ifrån fullständig. Å ena sidan torde en positiv inställning till renvoi ofta till stor, måhända huvudsaklig, del bero på andra skäl än de nämnda, skäl som inte har någon motsvarighet vid Vorfrage-problemet (framför allt »the homeward trend», önskemålet att så ofta som möjligt få tillämpa lex fori).¹⁸ Å andra sidan har lex causae-principen beträffande Vorfragen nackdelar (i form av »interna dissonanser», se nedan under IV), vilka inte har någon motsvarighet vid renvoi. Måhända går det också att peka på vissa skäl för lex causae-principen, vilka inte kan återopas för renvoi.¹⁹

Trots dessa reservationer synes det rimligt att i inställningen till renvoi se ett *indicium* av betydelse för lösningen av Vorfrage-problemet. Framför allt ligger enligt min mening det negativa sambandet nära till hands: att med utgångspunkt från ett avvisande av renvoi också avvisa lex causae-principen.

II. KRAVET PÅ »BEGREPPSTROGEN» (LOJAL) ANVÄNDNING AV FRÄMMANDE RÄTT SÅSOM ARGUMENT FÖR LEX CAUSAE-PRINCIPEN

A. SAMMANFATTNING AV DOKTRINEN

En i den IP-rättsliga doktrinen tämligen allmänt erkänd princip är, att främmande rätt såvitt möjligt skall tillämpas »*begreppstroget*»

¹⁷ Om detta argument för renvoi se t.ex. Francescakis Renvoi 145 ff, 172 ff, Gihl Principer 464 ff, Jagmetti 72 f, Niboyet III 464 ff samt — beträffande den engelska foreign court theory — ovan kap. IV s. 108 f.

¹⁸ Jfr t.ex. Karlgren IPR 68 och Nussbaum Principles 37 ff, 93 f.

¹⁹ Ätminstone antages detta ofta i doktrinen, jfr t.ex. Eek IPR 180.

eller — med ett i svensk doktrin av Eek präglat uttryck — *lojalt*.²⁰ Innebörden härav kan sägas vara, att de främmande, till tillämpning anvisade rättsreglerna bör användas på samma sätt som en domstol i det främmande laglandet skulle göra. De begrepp som förekommer i t.ex. den främmande lagtexten bör ges samma innehåll som det främmande landets lagtillämpande myndigheter faktiskt tillägger dem. Skall t.ex. en skadeståndsfråga avgöras enligt främmande rätt och innehåller den främmande lagtexten en regel, enligt vilken skadestånd skall utgå vid viss »oaktsamhet» eller »försummelse» e.d., bör dessa i och för sig obestämda uttryck fattas i den mening som de har enligt det främmande landets lag och/eller rättspraxis; domaren får inte utan vidare ge dem samma innehåll som de har t.ex. i forumlandets egen interna rätt (även om denna skulle innehålla samma lagregel som den främmande rätten).

Den yttersta grunden för detta förfaringssätt är helt enkelt, att det är det enda som respekterar den främmande rätten och därmed också den egna kollisionsnormen, som gett anvisning på den främmande rätten såsom tillämplig i skadeståndsfrågan. Varje annat förfarande skulle riskera att komma i strid med den främmande rätten; tillämpningen av densamma skulle bli ett slags »lip-service», en lek med ord mer än en realitet.

I den här nämnda — också enligt min mening otvivelaktigt riktiga — principen ligger förmodligen den huvudsakliga förklaringen till uppkomsten av *lex causae*-principen beträffande Vorfrage-problemet (liksom till uppkomsten av *renvoi*-doktrinen under 1800-talet).²¹ Redan hos Melchior och Wengler möter sålunda den uppfattningen, att sagda problem är ett element i tolkningen av ett begrepp i den till tillämpning förevarande främmande rätten och att detsamma följaktligen, i likhet med andra sådana tolkningsproblem, bör lösas på basis av den främmande rätten själv; *cuius est condere, eius est interpretari* (se ovan kap. IV s. 88 ff).

I nyare doktrin återkommer denna synpunkt hos nästan alla *lex*

²⁰ Härom se t.ex. Eek IPR 215 f och Neuhaus Grundbegriffe 228 f samt Schnitzer 1959: 431 (Entwurf eines Rechtsanwendungsgesetzes, Allgemeiner Teil, Art. 5: Auslegung fremden Rechts), där principen formuleras på följande sätt: »Fremdes Recht ist so anzuwenden, wie es in seiner massgeblichen Rechtsprechung und bewährten Lehre ausgelegt wird.»

²¹ Jfr hänvisningarna ovan not 16.

causae-principens anhängare.²² De ser sagda princip som uttryck för »eine konzeptgetreue Anwendung des fremden Rechts» (Jagmetti). Lika väl som den främmande rätten själv får bestämma vad som menas med begreppet »försummelse» i den skadeståndsrättsliga regeln, lika väl bör den främmande lex causae själv få bestämma det reella innehållet i begrepp som »giltigt äktenskap» eller »giltig skilsmässa» i regler som knyter olika rättsverkningar härtill, d.v.s. till vilka äktenskap resp. skilsmässor dessa rättsverkningar skall knytas. Om forumlandet här ingrep med sina IP-regler, skulle den främmande rätten »påtvingas» ett innehåll som den inte har. Ett sådant förfarande skulle inte »respektera den främmande rättens interna logik» (Lagarde).

Stundom har detta resonemang i doktrinen tillspetsats därhän, att användningen av de främmande IP-reglerna i Vorfrage-situationer vore så självfallen, att man här inte alls behövde tala om något särskilt problem med egen terminologi; termer som Vorfrage och lex causae-princip kunde undvaras.²³ Även i rättspraxis möter någon gång fall som synes vara uttryck för en liknande uppfattning, i det att de främmande IP-reglerna används »spontant», synbarligen såsom något enligt domstolens mening självklart, beträffande prejudiciella frågor.²⁴

B. KRITISKA SYNPKUNKTER

1. Den här relaterade doktrинens resonemang synes ej sällan röra sig i en cirkel. Flera författare *utgår* från en sådan tolkning av forumlandets kollisionsnorm, att den utpekade främmande lex causae är kompetent att — via sina IP-regler — bestämma beträffande uppkommande Vorfragen. Men det är ju just detta som skall bevisas.

Så t.ex. resonerar doktrinen beträffande arvsmål ofta efter följande

²² Se t.ex. Gihl 1950: 146 ff, Jagmetti 121 ff, Lepaulle 1943: 315 ff och DIP 200 ff, Neuhaus Grundbegriffe 238 och 1965: 543, Niboyet III 390 ff, Robertson 570 f, Svénné Schmidt Kvalifikationsproblemet 214 f och 1964: 479 f.

²³ Så i synnerhet Lepaulle 1943: 316 och DIP 201. Jfr citatet nedan i kap. XII s. 384 vid not 24.

²⁴ Se t.ex. de nedan i kap. XII § 2 I B s. 380 ff omnämnda tyska rättsfallen.

mall:²⁵ I forumlandet finns det en kollisionsnorm, enligt vilken frågor om arv skall avgöras enligt den avlidnes *lex patriae* (*lex domicilii*). När den avlidne vid sin död var utländsk medborgare (hade utländskt *domicil*), är således främmande rätt arvsstatut. I sådana fall har forumlandet en gång för alla överlåt it åt den främmande rätten att bestämma »vilka personer som är arvingar» (»huruvida en viss person är arvinge»). Följaktligen måste även prejudiciella statusfrågor — t.ex. rörande giltigheten av ett äktenskap — av vilka någons arvsrätt är beroende, bedömas med utgångspunkt från den främmande rätten. Om dessa frågor bedömdes utifrån forumlandets egna IP-regler, skulle detta innebära en inkonsekvens; forumlandet skulle s.a.s. »ta tillbaka» en del av det utrymme som först beretts den främmande rätten.

Här föreligger uppenbarligen en *petitio principii*. Om man, såsom i exemplet, *förutsätter* att forumlandets kollisionsnorm beträffande arv åt den utpekade *lex causae* överlåter att avgöra »vem som är arvinge», *även såvitt detta beror på prejudiciella statusfrågor*, har man redan tagit ställning till Vorfrage-problemet, nämligen för en *lex causae*-lösning på detsamma. I exemplet kan Vorfrage-problemet formuleras så: Skall kollisionsnormen beträffande arv förstås så, att den åt arvsstatutet överlåter att bestämma inte bara vilka kategorier av personer (make, barn i äktenskap, adoptivbarn etc.) som är arvsberättigade utan också — via sina IP-regler och med undanskjutande av motsvarande IP-regler i forumlandet — vilka personer som tillhör dessa kategorier och alltså in concreto äger taga arv? Resonemanget ovan förutsätter, som sagt, ett jakande svar på denna fråga och därmed en *lex causae*-lösning på Vorfrage-problemet. Det kan följaktligen inte åberopas som *argument* för denna lösning.²⁶

2. Emellertid torde uttalandena i doktrinen i regel också kunna förstås så, att den vedertagna principen om »begreppstrogen» tillämpning av främmande rätt är ett skäl för att välja *lex causae*-principen beträffande Vorfrage-problemet. De rättspolitiska och andra synpunkter som gör sig gällande skulle vara desamma i de båda fallen.

Uppfattat på detta sätt undgår resonemanget den logiska cirkeln.

²⁵ Se t.ex. Gihl 1950: 157 f, Melchior 247 f, Lepaulle och Robertson (ovan not 22) samt Wengler 1934: 194 f.

²⁶ Så med rätta van Hoogstraten 215.

I sak är det emellertid enligt min mening inte hållbart. Det finns inte någon riktig parallell mellan den vanliga lojala tillämpningen av främmande rätt och *lex causae*-principen beträffande Vorfragen.

Till illustration härav kan det antas, att den främmande rätten är tillämplig såsom arvsstatut och att den innehåller en saknorm som ger efterlevande make viss arvsrätt. Man torde kunna utgå från att denna saknorm avfattats närmast för att »passa» till institutet äktenskap i det främmande landets *egen* interna rätt, utan tanke på internationella konfliktfall. Emellertid kommer rättsföljden arvsrätt i det främmande landet faktiskt att knytas inte bara till rent interna fall utan till alla sådana äktenskap som enligt det främmande landets kollisionsnormer är giltiga. Arvsrättsregeln fixeras till sitt innehåll i varje särskilt fall — den blir, för att tala med Ross, till en »rättsregel i logisk mening»²⁷ — genom att rättsföljden arvsrätt knytes ihop med de faktiska förutsättningar för giltigt äktenskap, som uppställes i den enligt arvsstatutets kollisionsnormer i detta hänseende in concreto kompetenta lagen; termen »giltigt äktenskap» i arvsrättsregeln skulle kunna utbytas mot en direkt beskrivning av förutsättningarna härför enligt just denna lag. Så långt är det ingenting att invända mot doktrинens resonemang.

Emellertid vore det alldeles oriktigt att — såsom *lex causae*-principens anhängare tycks göra — föreställa sig, att varje sådan in concreto bildad »rättsregel i logisk mening» skulle ge uttryck för ett på förhand genomtänkt rättspolitiskt samband mellan förutsättningar och rättsverkan, alltså — med Lagardes uttryck — en »intern logik» i den främmande *lex causae*. Arvsstatutets kollisionsnorm beträffande äktenskaps giltighet kan ju i det konkreta fallet hänvisa till vilken rättsordning som helst i världen; är äktenskapet giltigt enligt denna rättsordning, kommer det att dra med sig arvsrätt, även om den utpekade rättsordningens äktenskapsrätt tilläventyrs radikalt skiljer sig från arvsstatutets *egen*. Det måste därför betraktas som uteslutet, att det — annat än rent slumpmässigt — skulle finnas något särskilt samband mellan de rättsverkningar, t.ex. arvsrätt, som en viss lag knyter till ett visst rättsinstitut, t.ex. äktenskap, och förutsättningarna härför, sådana de framgår av den i samma lags kollisionsnormer utpekade rättsordningen.²⁸

²⁷ Jfr ovan kap. IV s. 114.

²⁸ Så med rätta van Hoogstraten 216. Jfr även Aubert 1962: 616, Eck IPR 199 not 97 och Francescakis 1963: 870 f.

Det vill därför synas, som om det inte skulle finnas någon grund för doktrinen påstående att den »begreppstroga» tillämpningen av främmande rätt — ovan illustrerad med ett exempel rörande tolkningen av uttrycket »försummelse» i en främmande skadeståndsrättslig regel — skulle indicera en *lex causae*-lösning av Vorfrageproblemet. Det vore en godtycklig denaturering av den främmande rätten att knyta rättsföljden skadestånd till fakta som väl enligt forumrätten men inte enligt den främmande *lex causae* konstituerar »försummelse». Men denna anklagelse kan inte riktas mot ett förfarande, varigenom arvsrätt knytes till ett äktenskap som visserligen är ogiltigt från det främmande arvsstatutets synpunkt men giltigt enligt forumlandets IP-regler. Den främmande *lex causae* har i detta fall inte gett uttryck åt någon materiellrättslig värdering, enligt vilken arvsrätt inte bör knytas till ett äktenskap av förevarande typ. Att äktenskapet från arvsstatutets synpunkt är ogiltigt kan t.ex. bero på att arvsstatutets IP-regler kräver iakttagande av kontrahenternas *lex patriae* vid vigseln (medan forumrätten för sin del nöjer sig med att *lex loci celebrationis* iakttagits). Något våldförande på den främmande rätten kan det under sådana omständigheter inte sägas vara, om arvsrätt knytes till äktenskapet. Från den här aktuella synpunkten kan det inte göra vare sig från eller till, om äktenskapets giltighet avgöres med utgångspunkt från forumrättens egna eller den främmande *legis causae* kollisionssnormer.

Överhuvud kan det vara befogat att tala om en »intern logik», ett medvetet rättspolitiskt samband mellan förutsättningarna för och rättsverkningarna av ett visst rättsinstitut, endast om förutsättningarna är *materiellrättsligt* angivna, såsom inom ett rättssystem *interna* rätt.²⁹ Ovan har redan framhållits, att en lagstiftare som knyter olika rättsverkningar till ett rättsinstitut, t.ex. äktenskap eller skilsmässa, härvid regelmässigt kan antas ha uppmärksamheten inriktad på institutets förutsättningar i hans egen interna rätt, inte på alla möjliga utländska motsvarigheter, även om de ifrågasvarande rättsverkningarna i enstaka fall till följd av IP-rättsliga regler faktiskt kan komma att knytas även till dessa motsvarigheter.

Det i det föregående kritiserade resonemanget synes därför, konsekvent genomfört, närmast böra leda till krav på avgörande av prejudiciella spörsmål enligt *legis causae interna* rätt, inte enligt dess IP-regler. Härigenom skulle ju uppnås, att förutsättningarna alltid

²⁹ Jfr Aubert 1962: 616, Schwind 1958: 456 f.

blev hämtade från samma lag som rättsverkningarna och att det rättspolitiska sambandet dem emellan aldrig behövde brytas.

Någon gång skyntar också i doktrinen, liksom även i rättspraxis, den uppfattningen, att *lex causae*-principen skulle bidra till att förhindra en spaltning, alltså till uppnående av den nämnda målsättningen.³⁰ Denna uppfattning synes dock oriktig. *Lex causae*-principen innebär ju endast, att den främmande *legis causae* IP-regler skall tillämpas i stället för foru-landets egna, ingalunda att den främmande *interna* rätten skall användas.

I själva verket skulle en sådan målsättning också föra alldeles för långt, ja t.o.m. få rent destruktiva verkningar. När en främmande *lex causae*, X, knyter en viss rättsverkan till t.ex. äktenskap och härvid likställer äktenskap som kommit till stånd enligt lagen Y — vilken enligt kollisionsnormerna i X är tillämplig beträffande äktenskaps giltighet — med sådana som kommit till stånd under den egna interna rättens hägn, kan detta sägas innebära, att lagen X för sin del inte fäster någon större vikt vid det rättspolitiska samband som må finnas mellan rättsinstitutets förutsättningar och rättsverkningar i dess egen interna rätt. Det kan då inte finnas något som helst skäl för foru-landet, där lagen X antages skola tillämpas beträffande rättsverkningarna, att tillmäta nämnda samband någon betydelse. Antag t.ex., att tysk rätt, som känner institutet legitimation genom efterföljande äktenskap,³¹ såsom legitimationsgrundande godtar varje äktenskap som enligt tyska kollisionsnormer är giltigt, t.ex. ett i Sverige inför präst inom svenska kyrkan ingånget äktenskap. Vad skulle det väl då finnas för skäl för t.ex. en svensk domstol, som får att tillämpa den tyska legitimationsregeln, att kräva att äktenskapet skall vara giltigt enligt tysk *intern* rätt, alltså att vara strängare än den tyska rätten själv? Detta skulle emellertid bli konsekvensen av den åsikten, att äktenskapets giltighet skall bedömas enligt samma interna rätt som den ifrågavarande rättsverkan (legitimationen). Enligt denna åsikt skulle en svensk domstol nödgas komma till det absurda resultatet, att barnet inte blivit legitimerat, emedan föräldrarnas äktenskap — ehuru giltigt enligt intern svensk rätt och

³⁰ Jfr i doktrinen t.ex. Eek IPR 179 f (refererad ovan kap. IV s. 115) och Schwind 1965: 177. Domstolarna uttrycker sig ofta som om de tillämpade eller till tillämpning övervägde *legis causae interna* rätt på prejudiciella frågor, jfr ovan kap. III s. 77 f och nedan kap. XII s. 390 och 393.

³¹ BGB § 1719.

därmed enligt såväl svensk som tysk IP — inte är giltigt med tillämpning av tysk intern rätt, *lex causae* beträffande legitimationen.

För fullständighetens skull skall jag till sist också säga något om sådana fall där den främmande *lex causae*, X, som knyter en viss rättsverkan till t.ex. giltigt äktenskap, *inte* — såsom hittills förutsatts — utan vidare jämställer ett enligt främmande rätt, Y (som enligt X:s kollisionsnormer är tillämplig) tillkommet äktenskap med ett som ingåtts enligt dess egen interna rätt. Det extremast tänkbara fallet — som väl knappast förekommer i praktiken — vore härvid, att lagen X låter den ifrågavarande rättsverkan inträda *endast* vid äktenskap som ingåtts enligt dess interna rätt.³² Av större praktisk betydelse torde vara fall där lagen X väl som regel likställer de »utländska» äktenskapen med de »inländska» men gör vissa undantag härifrån. Möjligt är t.ex., att lagen X för åtminstone en del rättsverkningar av äktenskap kräver, att äktenskapet — förutom att det enligt vanliga kollisionsrättsliga regler är giltigt — är monogamt; de ifrågavarande rättsverkningarna knyts m.a.o. inte till polygama äktenskap, även om dessa skulle vara giltiga enligt de kollisionsrättsliga reglerna.³³

Hur skall forumlandets domstolar ställa sig, om de får att tillämpa dylika regler i den främmande *lex causae*? Måste inte den främmande rättens krav här respekteras?

Svaret härpå bör utan tvivel vara jakande. Den främmande rätten har nämligen här uppställt bestämda *materiellrättsliga* förutsättningar, t.ex. att äktenskapet ingåtts monogamt, för de olika rättsverkningarna. Det skulle vara i strid med principen om lojal tillämpning av främmande rätt och innebära en godtycklig denaturering av densamma att bortse från sådana förutsättningar.

Veterligen har någon annan åsikt ej heller hävdats av *lex fori*-principens anhängare.³⁴ Förklaringen härtill är, att nämnda frågor

³² Nämnas kan, att det i äldre *engelsk* rätt för äkta börd (»legitimacy») möjligen krävdes, att föräldrarnas äktenskap var giltigt enligt intern engelsk rätt (»birth in lawful wedlock»). Se Lipstein 1953: 612 f. — Det i texten angivna fallet kan alltjämt vara aktuellt beträffande *adoptioner*, framför allt på så sätt att arvsrätt knyts endast till adoptioner som ägt rum enligt det egna landets interna rätt, jfr kap. IV not 14.

³³ Detta är t.ex. läget i engelsk rättspraxis, där det för vissa rättsverkningar, bl.a. skilsmässa, krävs ett »Christian marriage»; se t.ex. Dicey 278 ff.

³⁴ Jfr Aubert 1962: 616 och Maury 1936: 562 f, vilka båda författare är anhängare av *lex fori*-principen. Aubert säger i.c., att » — la première hypothèse

ligger utanför Vorfrage-problemet. I de här avsedda situationerna uppställer den främmande rätten ju som sagt, utöver de kollisionsrättsliga förutsättningarna för äktenskapets giltighet, vissa materiellrättsliga krav. Men Vorfrage-problemet hänför sig endast till den strikt IP-rättsliga prövningen av äktenskapets giltighet; endast i denna del har man enligt *lex fori*-principen att skjuta den främmande rätten åt sidan.

3. Sammanfattningsvis kan beträffande kravet på »begreppstrogen» användning av främmande rätt såsom argument för *lex causae*-principen sägas följande: Det här ifrågavarande argumentet vilar ofta på ett cirkelresonemang. Även i den mån så inte är fallet, är argumentet förfelat, emedan det inte finns någon parallell mellan den »begreppstroga» tillämpningen av främmande rätt och *lex causae*-principen. Den förra innebär ett respekterande av den främmande rättens materiellrättsliga normering, den senare hänför sig blott till den IP-rättsliga normeringen. Den förra principen kan och bör respekteras, alldeles oavsett hur man ställer sig till Vorfrage-problemet, alltså även om man ansluter sig till *lex fori*-principen.

III. KRAVET PÅ INTERNATIONELL ENHETSBEDÖMNING SÅSOM ARGUMENT FÖR *LEX CAUSAE*-PRINCIPEN

A. SAMMANFATTNING AV DOKTRINEN

Som rättspolitiskt huvudargument för *lex causae*-principen brukar anföras, att den ökar utsikterna till internationell enhetsbedömning i två eller flera länder. Detta argument framfördes första gången av Wengler och återkommer sedan hos de flesta av *lex causae*-principens anhängare.³⁵ Principens fördelar i ifrågavarande avseende er-

(=det fall där den främmande *lex causae* knyter den ifrågavarande rättsföljden endast till ett rättsförhållande som uppkommit enligt den egna lagen) *supprime tout problème*». Båda de citerade författarna använder, i likhet med Wengler (ovan kap. IV s. 91), som exempel arvsrätt på grund av *adoption*, där problematiken måhända är mera praktisk än vid äktenskap.

³⁵ Se t.ex. Dicey 61, Ferid 1955: 63, Jagmetti 125 f, Neuhaus Grundbegriffe 238, Robertson 570, Serick 1953: 643 och 1956: 231, Wengler (ovan kap. IV not 16), Wolff IPR 80 f och PIL 208 f samt Zweigert 1959: 193.

kännes också av en del av dess motståndare och föranleder några av dem att i vissa undantagsfall rekommendera lex causae-lösningar.³⁶

Andra författare — även bland lex causae-principens anhängare — hävdar däremot, att några sådana fördelar inte är förbundna med lex causae-principen eller att de i vart fall är så obetydliga, att man kan bortse från desamma.³⁷

Till de sistnämnda författarna hör fransmannen Lagarde, som menar att det i Vorfrage-situationer överhuvud inte är möjligt att uppnå enhetsbedömning, vare sig med den ena eller den andra lösningen. För att illustrera denna tes tar Lagarde följande exempel, som jag i den följande diskussionen skall utgå från: En belgisk domstol har dömt till skilsmässa mellan en belgisk medborgare och en italienare.³⁸ Den sistnämnde har därefter ingått ett nytt äktenskap. Fråga uppkommer vid fransk domstol huruvida detta nya äktenskap är giltigt. Enligt franska kollisionsnormer skall de materiella förut-sättningarna för omgiftet (»les conditions de fond du remariage»), såvitt italienaren angår, hämtas från italiensk rätt; italiensk rätt är således lex causae. Om den prejudiciella frågan om giltigheten av den belgiska skilsmässan bedöms med utgångspunkt från italiensk rätt, blir resultatet, att det nya äktenskapet måste förklaras ogiltigt, eftersom italiensk rätt inte erkänner skilsmässan utan betraktar mannen såsom alltjämt bunden av det första äktenskapet. En sådan fransk dom skulle emellertid, anför Lagarde, inte ha några utsikter till erkännande i Belgien, där skilsmässan beviljats. Skulle den franska domstolen å andra sidan lägga fransk rätts egna IP-regler till grund för prövningen av frågan om erkännande av den belgiska skilsmässodomen, kan det hända att denna fråga skulle besvaras jakande. I så fall skulle ogiltigförklaring av det nya äktenskapet tydligen inte kunna ifrågakomma. Men en sådan dom skulle inte erkännas i Italien. »Dans les deux cas» — konkluderar Lagarde — »le mythe de l'harmonie internationale s'est évanoui.»

³⁶ Så i tysk doktrin Raape IPR 120, 316 ff, 434 f, Henrich Vorfrage 108 ff och Marquardt 1963: 46.

³⁷ Så van Hoogstraten 216 f, 223, Lagarde 1960: 467 f, Svénné Schmidt 1964: 477 f.

³⁸ Att en sådan skilsmässodöm kan komma till stånd -- med tillämpning av enbart belgisk rätt — se den belgiska lagen 27.6.1960 (omnämnd ovan kap. II not 68).

B. EGNA SYNUNKTER

Till en början skall jag försöka klara ut, huruvida *lex causae*-principen faktiskt medför något större mått av enhetsbedömning än den motsatta principen eller om det i stället förhåller sig så som antages av Lagarde (1). Därefter skall jag göra vissa värderingar (2).

1. I Lagardes exempel skulle den franska domstolen, om den tillämpade *lex causae*-principen, komma till samma resultat som en italiensk domstol skulle göra (ogiltigförklaring av det nya äktenskapet). Enhetsbedömning skulle m.a.o. uppnås i förhållande till *lex causae*-landet (medan däremot *lex fori*-principen skulle inneburit avvikande avgörande).

Såsom påpekats redan av Wengler, medför *lex causae*-principen dock inte *alltid* denna fördel.³⁹ En förutsättning härför är, att *lex causae*-landets domstolar för sin del — om målet kom upp där — skulle använda samma lag (d.v.s. sin egen interna rätt) som forumlandet beträffande huvudfrågan. Skulle forumlandet och *lex causae*-landet härutinnan tillämpa olika materiella regler, kan det nämligen hända att utsikterna till enhetsbedömning redan från början är obefintliga till följd av skiljaktigheter mellan dessa regler.

Man kan t.ex. tänka sig ett arvsfall, där forumlandet anser lagen X såsom arvlåtarens *lex patriae* tillämplig såsom arvsstatut, medan landet X för sin del tillämpar lagen Y såsom arvlåtarens *lex domicilii*. Om denna skiljaktighet inte utjämnas genom renvoi-mekanismen och om det materiella innehållet i lagarna X och Y skiljer sig åt, t.ex. på så sätt att den ena lagen ger efterlevande make hälften av behållningen efter den avlidne i arv medan motsvarande andel enligt den andra lagen uppgår till blott en fjärdedel av behållningen, går det överhuvud inte att uppnå enhetsbedömning. Vare sig äktenskapets giltighet bedöms utifrån forumlandets egna eller utifrån landet X:s IP-regler, blir utgången olika i de båda länderna.

Trots denna reservation kan det emellertid fastslås, att *lex causae*-principen, in abstracto talat, ökar utsikterna till lika avgöranden i forumlandet och *lex causae*-landet. Målsättningen uppnås i de fall — sannolikt de allra flesta i praktiken förekommande Vorfrage-situationer⁴⁰ — där den nämnda förutsättningen är uppfylld. I

³⁹ Wengler 1934: 200 f. Se också t.ex. Aubert 1962: 616, van Hoogstraten 217 och Svenné Schmidt 1964: 477.

⁴⁰ Att märka är att det främmande landet, även om dess kollisionsnormer primärt skulle utpeka annan lag än den egna såsom tillämplig på huvudfrågan, av olika skäl — särskilt renvoi och ordre public — ändå till sist kan komma att

övriga fall, sannolikt få till antalet, är det från enhetsbedömningens synpunkt likgiltigt, om den ena eller andra lösningen väljes. I den mån *lex causae*-principen alls har någon effekt i förevarande hänseende, är det alltså i »enhetsbefrämjande» riktning. Så långt har Wengler och hans efterföljare obestriddligen rätt.

Emellertid skulle ju, enligt vad Lagarde utgår från, i hans exempel en fransk dom på ogiltigförklaring av det nya äktenskapet skilja sig från det resultat en *belgisk* domstol skulle komma till (medan däremot en fransk dom som grundades på *lex fori*-metoden och alltså ej biföll ogiltighetsyrkandet skulle stämma överens med den utgång processen skulle få i Belgien). *Lex causae*-lösningen skulle m.a.o. — ehuru den medförde enhetsbedömning i förhållande till *lex causae*-landet — direkt motverka enhetsbedömningen i förhållande till ett tredje land. Måste man inte på grund härav med Lagarde säga, att *lex causae*-principens påstådda fördelar i här aktuellt hänseende är illusoriska?

I verkligheten synes Lagardes exempel dock inte tillåta några generella slutsatser om hur *lex causae*-principen verkar i förhållande till tredje land. Det vore lätt att konstruera om exemplet så, att *lex causae*-lösningen komme att innefatta enhetsbedömning även i förhållande till tredje land. Antag t.ex. att skilsmässodomen mellan italienaren och hans hustru i stället meddelats av *fransk* domstol och att denna dom inte erkännes enligt belgiska IP-regler. I detta fall skulle en ogiltigförklaring av det nya äktenskapet — alltså en *lex causae*-lösning på Vorfrage-problemet — medföra enhetsbedömning även i förhållande till Belgien; en belgisk domstol skulle ju, under här antagna förutsättningar, anse vederbörande bunden av det första äktenskapet.

Lagardes exempel säger alltså ingenting i detta hänseende. I verkligheten kan *lex causae*-principen än gagna än motverka enhetsbedömningen, såvitt angår förhållandet till tredje land. Det synes inte möjligt att på förhand, in abstracto, säga att den ena effekten är mer eller mindre sannolik än den andra.⁴¹

En outtalad förutsättning för såväl Lagardes som mitt eget resonemang i denna del är dock, att det tredje landet inte också för sin del ansluter sig till *lex causae*-principen. Antag i Lagardes exempel,

tillämpa sin egen interna rätt (varigenom den i texten angivna förutsättningen blir uppfylld).

⁴¹ Jfr van Hoogstraten 217.

att en belgisk domstol — för vilken, liksom för den franska, italiensk rätt såsom vederbörandes *lex patriae* är *lex causae* beträffande frågan om de materiella förutsättningarna för det nya äktenskapets giltighet⁴² — i stället för att rätta sig efter den egna skillnadsdomen lät den italienska *lex causae* vara bestämmande för frågan om det tidigare äktenskapets bestånd. I så fall skulle ju den belgiska domstolen komma till att det nya äktenskapet måste ogiltigförklaras. Från den franska domstolens synpunkt sett kan det sägas, att en *lex causae*-lösning på Vorfrage-problemet medför enhetsbedömning även i förhållande till Belgien, om det kan förutsättas att också en belgisk domstol skulle stanna för samma lösning på detta problem.

Så förhåller det sig generellt. *Lex causae*-principen främjar enhetsbedömning i förhållande till tredje land, i den mån detta lands domstolar — förutom att de anser samma lag tillämplig på huvudfrågan som forulandet gör — också för egen del väljer samma lösningsmetod beträffande Vorfrage-problemet. Är dessa förutsättningar inte uppfyllda, är *lex causae*-principen »neutral» i här aktuellt hänseende; den varken gynnar eller missgynnar enhetsbedömningen i förhållande till tredje land.

Sammanfattningsvis kan alltså sägas, att *lex causae*-principen ökar utsikterna till enhetsbedömning i förhållande till *lex causae*-landet samt att den under vissa förutsättningar kan ha samma effekt även i förhållande till tredje land och att den i vart fall inte har någon negativ effekt i detta hänseende. Jag kan därför inte dela den slutsats till vilken Lagarde m.fl. kommer, enligt vilken det från enhetsbedömningssynpunkt inte skulle spela någon roll, om den ena eller andra lösningen väljes på Vorfrage-problemet.

Förutskickas må, att frågan ligger till på särskilt sätt i vissa typer av mål som skall behandlas i den speciella delen.⁴³

2. Hur skall man härefter värdera de fördelar från enhetsbedömningssynpunkt som *lex causae*-principen medför?

Det synes inte nödvändigt att i detta sammanhang gå närmare in på doktrинens skiftande värderingar av enhetsbedömningen såsom målsättning för den internationella privaträtten överhuvud.⁴⁴ Så mycket kan väl utan risk för mycken gensägelse påstås, att enhets-

⁴² Jfr Graulich 68.

⁴³ Se nedan kap. VIII § 3 III s. 230 f (skilsmässomål) samt kap. XIV § 2 VIII A 3 och B 1 (omgifte efter tidigare äktenskap).

⁴⁴ Härom se t.ex. Madsen-Mygdal 28 ff, Neuhaus Grundbegriffe 38 ff.

bedömningen i och för sig är något önskvärt och att dess uppnående är *en* faktor — om också inte den enda — att beakta vid de IP-rättsliga reglernas utformning och tillämpning.

Vidare märkes, att det praktiska intresset av enhetsbedömning i konkreta fall regelmässigt torde vara åtminstone huvudsakligen inriktat på ett enda eller några få främmande länder — »die beteiligten Staaten», »les états impliqués (intéressés)» — olika från det ena fallet till det andra. I första hand ifrågakommer härvid det eller de länder, till vilka saken på ett eller annat sätt har anknytning. I de flesta fall — det gäller också för Vorfrage-situationer — torde det förhålla sig så, att tvisten inte har anknytning till mer än *ett* främmande land. Är det t.ex. fråga om en arvstvist, vilken skall bedömas enligt främmande rätt emedan arvlåtaren är utländsk medborgare, torde övriga i målet förekommande anknytningsfakta (arvlåtarens domicil, egendomens belägenhet etc.) oftast antingen vara lokaliserade enbart i forumlandet — en viss, ofta ganska stark, anknytning till detta land fordras ju i regel för domsrätt — eller vara fördelade mellan forumlandet och *lex causae*-landet. Den utländske arvlåtaren hade t.ex. sitt domicil i forumlandet, och hans egendom finns i detta land eller (delvis) i hans hemland.

Den enhetsbedömning som i ett sådant fall ter sig önskvärd är åtminstone i första hand lika avgöranden i forumlandet och i hemlandet (= *lex causae*-landet). Huruvida dessa länders avgöranden överensstämmer med eller skiljer sig från det resultat ett tredje land — vartill tvisten saknar varje anknytning — skulle komma till, är däremot i regel inte av någon praktisk betydelse.

En viss reservation får dock göras till denna synpunkt. Det är nämligen möjligt, att saken till följd av *framdeles* inträffande händelser, t.ex. en domicilväxling, kan bli av intresse för ett land, till vilken all anknytning saknas vid tiden för målets avgörande. Härvid kan vilket land som helst i världen komma i fråga, utan att det kan med säkerhet förutses. Trots dessa, i olika fall mer eller mindre avlägsna möjligheter synes det riktigt att säga, att intresset av enhetsbedömning i varje särskilt fall i huvudsak är inriktat på de länder till vilka aktuell anknytning föreligger.

Naturligtvis förekommer det fall — ehuru de synes vara relativt ovanliga — där anknytning finns, förutom till forumlandet, till två eller t.o.m. till flera främmande länder. Sådant var läget i Lagardes exempel ovan, där anknytning fanns, förutom till Frankrike (forumlandet), till både Italien och Belgien. Även i sådana fall skulle det

möjligen kunna sägas, att det från forumlandets synpunkt bör framstå som särskilt betydelsefullt, att dess avgörande kommer att överensstämma med det som skulle träffas i just *lex causae*-landet. Att forumlandet i ett läge där anknytning föreligger till länderna X, Y och Z väljer att göra just lagen X till *lex causae* i målet är ju ett uttryck för en forumlandets värdering att anknytningen till landet X, åtminstone typiskt sett, väger tyngre än övriga anknytningar.

För Vorfrage-problemets del blir slutsatsen härav, att man inte bör förkasta det här ifrågavarande argumentet för *lex causae*-principen av det skälet, att sagda princip inte kan garantera enhetsbedömning i förhållande till alla möjliga länder utan i huvudsak blott nedbringa konfliktmöjligheterna med *lex causae*-landet. Just denna fördel kan vara värdefull nog. De lege lata kan det, såsom förut påpekats (ovan under I s. 137 f), finnas särskild anledning att ta fasta på densamma i länder som accepterar renvoi.

Det föreligger således här verkligen ett argument som talar till *lex causae*-principens förmån. Härmed är naturligtvis inte sagt, att man bör ansluta sig till denna princip. Det återstår att väga enhetsbedömningen mot andra synpunkter, vilka i det följande (IV och V) skall tas upp till behandling.

IV. KRAVET PÅ MATERIELL HARMONI SÅSOM ARGUMENT FÖR LEX FORI-PRINCIPEN

A. SAMMANFATTNING AV DOKTRINEN

Det generella huvudargumentet för *lex fori*-principen — första gången formulerat av Wengler — är, såsom framgått i kap. IV, att densamma svarar mot kravet på materiell harmoni (av Svenné Schmidt betecknad som *nationell* harmoni) i forumlandet. Omvänt vållar *lex causae*-principen »interna dissonanser» (Wolff). Enligt densamma kan t.ex. ett äktenskap eller en skilsmässa i ett och samma land bli att anse som giltig i vissa hänseenden men som ogiltig i andra hänseenden. En sådan »juridisk schizofreni» (Goldschmidt) kan — menar *lex fori*-principens anhängare — inte tolereras.⁴⁵ Av samma skäl uppställer nästan alla författare som i och för sig tar

⁴⁵ Se t.ex. Francescakis 1963: 871, Goldschmidt *Filosofía* 291, van Hoogstraten 217 ff, Kegel IPR 117, Maury 1936: 560, Rigaux *Qualifications* 450, Szászy 248.

annan dogmatisk utgångspunkt än lex fori-principen olika undantag till förmån för denna princip.⁴⁶

Emellertid har det av många författare hävdats, att lex causae-principen i själva verket inte skulle leda till några motsägelser eller att dessa motsägelser inte, i vart fall inte generellt, skulle vara av så allvarlig art att de inte kunde tolereras. I det följande upptages dessa invändningar till närmare granskning.

B. LEDER LEX CAUSAE-PRINCIPEN TILL MOTSÄGELSER?

Av stort principiellt intresse är ett resonemang som förts av Robertson och till vilket bl.a. Svénné Schmidt anslutit sig.⁴⁷ Dessa författare framhåller, att bedömningen av t.ex. ett äktenskaps giltighet i ett arvsfall inte innefattar något egentligt *avgörande* av frågan. Om bedömningen företas på grundval av IP-reglerna i arvsstatutet (lex causae), skulle detta inte innebära mer än att domaren såsom ett rent faktiskt förhållande konstaterar, att äktenskapet *enligt uppfattningen i nämnda lex causae* är giltigt eller ogiltigt.

Samma tanke har i svensk doktrin framförts av Gihl i anslutning till den i skandinavisk doktrin förda diskussionen av begreppet *rätts-tillämpning* och Gihls speciella uppfattning härom.⁴⁸ Enligt Gihl blir de regler som kommer till användning vid prejudiciella ställningstaganden aldrig i egentlig mening tillämpade — ty tillämpning av rättsregler äger enligt Gihl rum allenast i domslutet — utan endast tagna i anspråk för att fastslå vad som faktiskt menas med olika begrepp, t.ex. giltigt äktenskap, i den till tillämpning aktuella rättsregeln.

Sådana konstateranden i domskälen av olika faktiska förhållanden — t.ex. att arvsstatutets IP-regler beträffande äktenskaps giltighet har det och det innehållet och att äktenskapet enligt dessa regler är giltigt — skulle aldrig kunna innefatta någon inkonsekvens i förhållande till en annan dom i samma land, i vilken äktenskapets giltighet bedömts på motsatt sätt *med stöd av en annan lags IP-regler* (t.ex. forumlandets egna). Någon motsägelse föreligger enligt ifråga-

⁴⁶ Se t.ex. Jagmetti 126 ff, Neuhaus Grundbegriffe 106, 238 f, Wengler (ovan kap. IV not 17), Wolff IPR 80 f och PIL 209.

⁴⁷ Robertson 572 f; Svénné Schmidt Kvalifikationsproblemet 216 och 1964: 478.

⁴⁸ Gihl 1950: 145 ff, ish 153 ff, 1952: 141 ff och 1955: 28.

varande författare inte ens i det fall, att äktenskapets giltighet i en tidigare rättegång i forumlandet varit föremål för särskild talan och därvid — i domslutet — bedömts annorlunda än i det senare arvs-målet. Genom den tidigare domen skulle nämligen allenast ha av-gjorts, att äktenskapet *enligt uppfattningen i lex fori* är t.ex. ogiltigt (medan det enligt arvsstatutet är giltigt).

Dessa resonemang synes inte hållbara. Från två olika synpunkter kan kritik riktas mot desamma.

1. För det första är det — såsom i svensk doktrin framhållits av Karlgren gentemot Gihl⁴⁹ — missvisande att säga, att domaren vid prejudiciell rättsanvändning nöjer sig med rent teoretiska konstateranden om faktiska förhållanden, t.ex. att ett äktenskap enligt vissa regler är eller inte är giltigt. Fastmera drar domaren ju härav en bestämd slutsats med avseende på den rättsföljd som är föremål för yrkande i målet. Den prejudiciella bedömningen blir i *detta* hänseende bindande.

Om den prejudiciella bedömningen av äktenskapet företas enligt skilda regler i olika sammanhang och därför utfaller olika, får detta alltså uppenbarligen konsekvenser för rättsföljderna. Det blir ingalunda fråga om allenast teoretiska konstateranden av att de olika reglerna om äktenskapets giltighet skiljer sig åt.

En sak för sig är, att den prejudiciella bedömningen inte innefattar något (rättskraftigt) ställningstagande till äktenskapets giltighet *i och för sig* utan endast med avseende på den i målet aktuella rättsföljden.⁵⁰ Detta hindrar inte, att motsägelser uppkommer, om bedömningarna inte utfaller lika beträffande de olika rättsföljderna.

Likgiltigt är i detta hänseende vilken terminologi som användes. I motsats till de här kritiserade författarna, vilka vill reservera termer som »avgörande» och »rättstillämpning» för de ställningstaganden som sker i domslutet, använder jag för min del dessa termer även beträffande bedömningar som göres prejudiciellt, i domskälen. Men det vore en oförsvarlig begreppsjurisprudens att från det ena eller

⁴⁹ Karlgren 1951: 459 ff.

⁵⁰ Denna synpunkt betonas även av flera andra författare. Se t.ex. Gottlieb 532, 546, Jagmetti 125 och Maridakis 1962: 440 f.

andra språkbruket i detta avseende dra några slutsatser av saklig betydelse.

2. Vidare synes det här kritiserade resonemanget även från sina egna förutsättningar inkonsekvent i den situationen, att det föreligger en *inländsk (rättskraftig) dom* beträffande den fråga som sedermera kommer upp till bedömning prejudiciellt. Å ena sidan är de hithörande författarna noga med att betona skillnaden mellan prejudiciella bedömningar och rättskraftiga avgöranden. Man skulle då vänta sig, att när det verkligen föreligger ett rättskraftigt avgörande, varigenom t.ex. ett äktenskap förklarats ogiltigt, så skall detta — i överensstämmelse med rättskraftsläran — ovillkorligen respekteras, närhelst frågan aktualiseras på nytt i samma land. Å andra sidan möter, såsom vi har sett, den uppfattningen, att det rättskraftiga avgörandet blott skulle vara ett uttalande om hur forumrätten faktiskt ser på frågan, ett uttalande som inte har någon relevans när frågan i en senare process skall bedömas med utgångspunkt från främmande rätt. I överensstämmelse härmed skulle en senare dom i t.ex. ett arvsfall, vilken grundades på arvsstatutets uppfattning av äktenskapet såsom giltigt, inte stå i strid med den föregående (rättskraftiga) ogiltigförklaringen av äktenskapet.⁵¹ I själva verket får det rättskraftiga avgörandet således inte större auktoritet än om det blott rört sig om en tidigare prejudiciell bedömning. Rättskraftsläran skjuts åt sidan, i den mån huvudfrågan i det nya målet skall avgöras enligt främmande rätt.

Det synes uppenbart, att de här kritiserade författarna i detta hänseende glider mellan två oförenliga uppfattningar.

Inget tvivel kan enligt min mening råda om att *lex causae*-principen verkligen leder till de motsägelser eller »interna dissonanser» som den anklagats för. En annan fråga är, om dessa motsägelser är av så allvarlig natur, att de måste föranleda att nämnda princip förkastas — helt eller delvis — eller om de tilläventyrs inte är värre än att de kan tolereras.

⁵¹ Svenné Schmidt går dock i praktiken i stor utsträckning mot sin i texten angivna ståndpunkt genom att uppställa undantag från *lex causae*-principen, jfr kap. IV s. 116. Även Robertson 572 f synes något hesitera inför den i texten angivna slutsatsen men vidhåller dock densamma.

C. KAN DESSA MOTSÄGELSER TOLERERAS?

I doktrinen har Lagarde pekat på att risk för motstridiga bedömningar av en och samma fråga ständigt föreligger även i rent intern rätt, nämligen till följd av maximen »domskäl vinna ej rättskraft».⁵² Möjligt är t.ex., om inget rättskraftigt avgörande träffats, att giltigheten av ett äktenskap bedöms olika i å ena sidan en rättegång om underhåll mellan makarna, å andra sidan ett senare arvsomål. Med hänsyn till denna, redan i det internrättsliga systemet inbyggda risk vore det — menar tydligen Lagarde — inte någon större olycka, om även lösningen på det IP-rättsliga Vorfrage-problemet skulle ge utrymme för samma risk.

Denna argumentering är i linje med den som kritiserats ovan under B men synes vara konsekventare än denna. I motsats till de under B nämnda författarna avvisar Lagarde nämligen vad som av Wengler betecknats som »rättskraftens kollisionsrättsliga relativitet».⁵³ Har den till prejudiciell bedömning förevarande frågan tidigare rättskraftigt avgjorts i forumlandet, skall detta avgörande enligt Lagarde ovillkorligen respekteras, oavsett vad den främmande *lex causae* intar för ståndpunkt till detsamma.⁵⁴ Utrymme för motsägelser begränsas till att avse olika prejudiciella bedömningar inbördes.

Icke desto mindre synes även Lagardes tankegång böra förkastas. Risken för motstridiga bedömningar av t.ex. ett äktenskaps giltighet på grund av den allmänna principen i olika länders interna processrätt om domskäls avsaknad av rättskraft torde i realiteten vara ytterst ringa. I alla händelser hänför denna risk sig endast till möjligheten att bevisningen om faktiska förhållanden (hur vigseln tillgått) värderas olika eller att rättsreglerna om äktenskaps giltighet — väl att märka hela tiden *samma* rättsregler — tolkas olika i två eller flera skilda processer beträffande olika rättsverkningar av äktenskapet. *Lex causae*-principen beträffande Vorfragen innebär en mångdubbel ökning av dessa risker, eftersom enligt denna princip även de *rättsregler* som ligger till grund för bedömningen kan bli olika från det ena tillfället till det andra. Medan motsägelser till följd av bristen på rättskraft torde vara mycket sällsynta »olycks-

⁵² Lagarde 1960: 476 ff.

⁵³ Wengler 1964: 622.

⁵⁴ Lagarde 1960: 478; jfr ovan kap. IV s. 103 f.

fall», skulle lex causae-principen medföra skiljaktiga bedömningar som en normal och alldeles ofrånkomlig företeelse, en konsekvens av en fullt riktig rättstillämpning.

Min slutsats blir därför, att frånvaron av rättskraft vid prejudiciella bedömningar inte kan tas till intäkt för godtagande av lex causae-principen med dess vida längre gående konsekvenser i form av »interna dissonanser».

Därtill kommer, som sagt, att Lagardes resonemang inte alls ger någon täckning för att låta lex causae-principen inkräkta på rättskraftsläran.

I själva verket leder lex causae-principen, generellt och systematiskt applicerad, till rent absurda resultat, till en fullt utbildad form av »juridisk schizofreni». Särskilt tydligt blir detta, om man — såsom skett i denna framställning — förkastar distinktionen Vorfrage-»Erstfrage» och alltså låter Vorfrage-området få större omfattning än lex causae-principens anhängare ger det.

Sålunda skulle, om lex. giltigheten av ett äktenskap alltid skulle underställas kollisionsnormerna i den rättsordning som är tillämplig beträffande dess rättsverkningar, forumlandets egna kollisionsnormer om äktenskaps giltighet förlora sin självständiga betydelse, i den mån rättsverkningarna hör under främmande rätt.⁵⁵ Är ett äktenskap enligt dessa kollisionsnormer giltigt, skulle det ändå inte dra med sig någon av ett giltigt äktenskaps rättsverkningar, om den beträffande dessa tillämpliga främmande rätten betraktar äktenskapet som ogiltigt. När rättsverkningarna sålunda skulle bortfalla, bleve talet om ett från forumlandets synpunkt »giltigt äktenskap» endast en tom fras utan praktisk betydelse.

De lege lata är det omöjligt — oavsett från vilket lands synpunkt man ser saken — att tänka sig en sådan ordning. Ej heller de lege ferenda kan något dylikt accepteras. Någon praktisk betydelse måste forumlandets kollisionsnormer under alla omständigheter ha; att ett äktenskaps giltighet eller ogiltighet, mätt med denna måttstock, i något fall skulle nedsjunka till ett tomt talesätt är otänkbart.

Slutsatsen härav blir, att lex causae-principen som generell och fast regel är ett alternativ som utan vidare kan utmönstras från diskussionen. Om nämnda princip överhuvud skall ha något utrymme, måste detta på ett eller annat sätt begränsas.

⁵⁵ Jfr Wengler 1958: 547. Se även Neuhaus Grundbegriffe 83 f.

Häröver är, såsom framgått i kap. IV, också *lex causae*-principens anhängare klara, i det att de dels begränsar Vorfrage-området snävare än här skett — men efter kriterier som jag för min del inte funnit rationella, se ovan § 2 s. 127 ff — och/eller förser sin huvudregel med ganska vittgående undantag, undantag som betingas just av kravet på materiell harmoni. Genom dessa begränsningar tages mer eller mindre udden ur principen.

D. KAN LEX CAUSAE-PRINCIPEN ÖVERHUVUD FÅ NÅGOT UTRYMME?

1. Kan man gå ett steg vidare än ovan skett och säga, att kravet på materiell harmoni över hela linjen har sådan tyngd, att det utesluter varje utrymme för *lex causae*-principen? Eller kan det sägas, att ifrågavarande synpunkt gör sig gällande med olika styrka i olika fall och inte utesluter en viss differentiering av lösningarna, så att *lex causae*-principen ändock kan få ett visst utrymme, måhända rentav som huvudregel?

Till stöd för den tesen, att de med *lex causae*-principen förenade motsägelserna åtminstone i viss utsträckning bör kunna tolereras, hänvisas i doktrinen ibland till att andra IP-rättsliga regler — vilka tvivelsutan tillhör gällande rätt — kan leda till samma resultat och att resultaten då godtages.⁵⁶ Antag t.ex., att forumlandets interna rätt ger efterlevande make viss arvsrätt. Trots förekomsten av denna regel kan det hända, att arvsrätt för efterlevande make stundom uteblir (eller får ett annat innehåll än i sagda regel), nämligen i den mån främmande rätt är arvsstatut och inte innehåller några regler om sådan arvsrätt (resp. innehåller regler som ger arvsrätten annat innehåll än i forumlandet). Men om ett sådant resultat kan få passera — en förutsättning för resonemanget är naturligtvis, att forumlandet inte stämplar avvikelserna från den egna interna rätten såsom ordre public-stridig — varför skulle forumlandet inte lika gärna kunna tolerera, att arvsrätt uteblir på den grund, att det främmande arvsstatutet, i motsats till forumlandet, betraktar äktenskapet som ogiltigt? Det praktiska resultatet blir i båda fallen detsamma: ehuru det från forumrättens synpunkt finns ett vid arvlåtarens död giltigt och bestående äktenskap, drar det, i motsats till vad fallet skulle

⁵⁶ Se t.ex. Dicey 61, Gihl 1950: 142 ff, Neuhaus Grundbegriffe 241, Raape IPR 317 och Robertson 574 f. Jfr även resonemanget hos Hicks 164 ff.

vara enligt forumlandets interna rätt, inte med sig arvsrätt för överlevande make. Några slutsatser härutöver dras ju inte av konstaterandet i domskälen, att äktenskapet är ogiltigt enligt arvsstatutet.

Generellt kan, i anslutning till exemplet, sägas följande: I den mån forumlandets kollisionsnormer utpekar en främmande *lex causae* såsom kompetent beträffande olika rättsverkningar av t.ex. äktenskap eller skilsmässa och även finner det förenligt med sin ordre public att tillämpa den främmande rätten, såvitt den avviker från forumlandets interna rätt beträffande dessa rättsverkningar, innebär det, att forumlandet godtar att ett giltigt äktenskap (skilsmässa) inte alltid behöver dra med sig samma praktiska konsekvenser som i forumlandets interna rätt är förenade därmed. Varför skulle forumlandet anlägga en strängare måttstock beträffande samma avvikelser, när de har sin grund i att den främmande *lex causae* ser annorlunda än forumlandet på äktenskapets (skilsmässans) giltighet? Vad som skiljer de båda fallen åt är ju, liksom i exemplet, endast motiveeringen, inte det praktiska resultatet.

Även mot detta resonemang torde dock vägande invändningar kunna riktas.

2. Till en början kan det betvivlas, att man, när det gäller att bedöma huruvida en viss utgång är (alltför) stötande eller inte, bör helt bortse från dess motivering. Även om ett land, vars interna rätt ger make arvsrätt, finner sig kunna tolerera tillämpning av en främmande lag som inte innehåller någon motsvarighet härtill, synes det inte behöva stämpas som inkonsekvent, om samma land såsom alltför stötande avvisar en lösning, enligt vilken arvsrätt skulle förvägras efterlevande maken med den motiveringen, att arvsstatutet — ehuru det i och för sig i likhet med forumlandets interna rätt ger make arvsrätt — betraktar äktenskapet som ogiltigt. Det synes nämligen åtminstone troligt, att en dom av den senare typen är svårare att göra begriplig och få accepterad som »rättvis» av parter och andra, vilka inte kan förväntas vara insatta i Vorfrage-problematikens irrgångar. Hur skall, för att anknyta till Raapes kritik av *lex causae*-principen (ovan kap. IV s. 96), den efterlevande hustrun kunna förstå, att hon numera, efter mannens död och sedan hon under hans livstid i varjehanda hänseenden betraktats och behandlats som hans lagliga hustru, är att anse som mannens konkubin — eftersom man-

nens främmande lag, som är arvsstatut, betraktar äktenskapet som ogiltigt — och därför inte kan få någon del av arvet?

Överhuvud torde det, såsom i doktrinen betonats av några författare,⁵⁷ vara en svaghet med *lex causae*-principen, att allmänheten knappast kan förväntas tillägna sig skälen för ett avgörande som är baserat på nämnda princip. Vid denna synpunkt synes ganska stor vikt böra läggas vid IP-rättsliga reglers utformning och tillämpning, på detta såväl som på andra områden.

3. En annan synpunkt som i detta sammanhang bör beaktas är följande. Vad som uppfattas som en stötande konsekvens av *lex causae*-principen är inte alltid, att en viss fråga enligt densamma i vissa sammanhang måste bedömas på ett sätt som avviker från vad som skulle följa av forumlandets egna IP-regler utan det förhållandet, att bedömningen *överhuvud måste utfalla olika* i skilda sammanhang. Antag att en utlänning har gift sig i en form som är ogiltig i forumlandet men giltig enligt hans hemlands IP-regler (en grek har t.ex. gift sig i Tyskland med en tyska enbart inför ortodox präst). Han förvärvar sedermera medborgarskap i forumlandet (i exemplet Tyskland). Barn har fötts i äktenskapet dels före och dels efter nationalitetsväxlingen. Beträffande frågan om deras äkta börd är mannens/den presumerade faderns *lex patriae* vid barnets födelse tillämplig (så är fallet enligt tysk IP).⁵⁸ Oavsett hur man ställer sig till Vorfrage-problemet, är det klart, att de barn som fötts *efter* nationalitetsväxlingen saknar äkta börd; *lex causae* är för dem = *lex fori* (tysk rätt), enligt vilken föräldrarnas äktenskap är ogiltigt. Däremot skulle enligt *lex causae*-principen de barn som fötts *före* nationalitetsväxlingen få äkta börd, eftersom äktenskapet är giltigt enligt mannens dåvarande *lex patriae* (grekisk rätt). I och för sig finner forumlandet det måhända inte alls anstötligt, kanske rent av behjärtansvärt, att barn får äkta börd, ehuru föräldrarnas äktenskap inte är giltigt enligt de egna IP-reglerna. Men är det verkligen försvarligt att välja denna lösning i ett läge där avgörandet måste bli det motsatta beträffande de barn som fötts efter nationalitetsväxlingen? Det faktum (vigseln), vars rättsliga konsekvenser skall fast-

⁵⁷ Francescakis 1963: 871; van Hoogstraten 224. Se också i svensk doktrin — visserligen på ett annat IP-rättsligt område — Walin FB 527.

⁵⁸ EG art. 18; jfr nedan kap. XI § 2 I A s. 301.

ställas, är ju gemensamt för alla barnen och bör rimligtvis bedömas lika beträffande dem alla.

Även denna synpunkt har generell räckvidd. *Lex causae*-principen leder ständigt till konsekvenser liknande dem i exemplet ovan.⁵⁹

4. Härtill kommer slutligen en tredje invändning. Antag att forumlandet, trots de ovan uttalade betänkligheterna, finner det möjligt att tillämpa *lex causae*-principen i t.ex. mål om arv. Samma värdering kan måhända med lika stort fog anläggas i en del andra typer av mål — beträffande mer »avlägsna» rättsverkningar av äktenskapet — betraktade *var för sig*. Men det ter sig ingalunda säkert, att den *sammanlagda* effekten härav blir acceptabel. Tydligen skulle det t.ex. komma att finnas en del äktenskap, vilka är giltiga enligt forumlandets kollisionsnormer men som likväl inte drar med sig andra rättsverkningar än de absolut »nödvändiga» (hur detta sedan skall närmare bestämmas) men i andra hänseenden behandlas som ogiltiga med stöd av en främmande *lex causae*, alltså en sorts bastarder mellan fullt giltiga och fullt ogiltiga äktenskap. När äktenskapet sålunda i flera avseenden behandlas på annat sätt än vad som skulle följa av forumlandets egna kollisionsnormer om äktenskaps giltighet, synes dessa kollisionsnormer bli otillbörligen undergrävda (jfr vad som anförts ovan under C). Dessa betänkligheter blir starkare, ju större utrymme *lex causae*-principen ges.

Mycket tydligt framträder dessa olägenheter av *lex causae*-principen, om man tänker sig en nationalitetsväxling (det förutsättes att nationaliteten vid varje särskild tidpunkt är det avgörande anknytningsmomentet beträffande äktenskapets rättsverkningar). Om makarna först är medborgare i ett land, X, och sedan blir medborgare i ett annat land, Y, blir lagen Y fortsättningsvis tillämplig i stället för X beträffande äktenskapets rättsverkningar. Till följd härav kan det naturligtvis hända, att rättsverkningarna delvis blir andra än förut; detta är den s.a.s. normala och ofrånkomliga konsekvensen av en statutväxling. Men antag att lagen Y i motsats till lagen X (och forumlandet) betraktar äktenskapet som ogiltigt och att *lex causae*-principen skall tillämpas beträffande Vorfrage-problemet. Följden blir då, att äktenskapet efter nationalitetsväxlingen i en

⁵⁹ Ett annat exempel ges nedan i kap. XIV § 2 VIII A 5 a).

rad avseenden överhuvud inte längre drar med sig ett giltigt äktenskaps rättsverkningar. Detta är något annat och mera vittgående än de normala konsekvenserna av en statutväxling och torde för de inblandade framstå som en högst överraskande, för att inte säga obegriplig lösning.

5. Sammanfattningsvis synes kunna fastslås, att kravet på materiell harmoni väl gör sig gällande med olika styrka i olika fall och att *lex causae*-principen knappast behöver helt utmönstras från vidare överväganden, men att det ifrågavarande argumentet likväl över hela linjen talar mot *lex causae*-principen och för *lex fori*-principen. Ju större utrymme den förra principen tänkes få, desto starkare betänkligheter väcker den.

V. YTTERLIGARE SYNPUNKTER TILL FÖRMÅN FÖR LEX FORI-PRINCIPEN

Av stor betydelse på detta såväl som på andra IP-rättsliga områden är, att reglerna såvitt möjligt bör vara överskådliga och kunna på förhand klart fixeras. Önskvärt är vidare, att reglerna inte leder till alltför stora komplikationer vid tillämpningen. Båda dessa synpunkter talar till förmån för *lex fori*-principen.

Väljer man *lex causae*-principen som huvudregel, kommer man sålunda inte ifrån det vanskliga spörsmålet när undantag bör göras från densamma. Vilka rättsverkningar är att anse som »nödvändiga» konsekvenser av forumlandets uppfattning om det prejudiciella rättsförhållandet? I den mån försök gjorts i doktrinen att närmare precisera denna standard, synes de huvudsakligen ha karaktär av såsom exempel anförda fall. Så mycket synes säkert, att varje mera systematiskt försök i denna riktning kommer att utfalla olika från land till land och från författare till författare. Till någon klar gränslinje, om vilken enighet skulle kunna nås, lär det inte gå att komma. En bred marginal av osäkerhet blir därmed ofrånkomlig. Detta är enligt min mening en av *lex causae*-principens största svagheter.⁶⁰

Häremot kunde måhända invändas, att något liknande riskeras

⁶⁰ Denna synpunkt betonas särskilt i fransk doktrin (Maury, Francescakis; ovan kap. IV s. 100 ff). Se också Aubert 1962: 616 samt Hoffmeyer Vorfragenproblem 66 ff.

om man utgår från lex fori-principen men inte antar denna som fast regel utan lämnar möjligheten till undantag öppen. Svårigheterna härvidlag torde dock bli avsevärt mindre och osäkerhetsmarginalen betydligt snävare. De fall där undantag skulle kunna ifrågakomma från lex fori-principen torde nämligen — såsom påpekats redan vid redogörelsen för doktrinen ovan i kap. IV — vara ganska få och lättare kunna preciseras till bestämda typer av fall än om man har den motsatta utgångspunkten.

Vidare torde det som sagt vara ofrånkomligt, att lex causae-principen leder till svårigheter vid den praktiska tillämpningen (även i den mån det i och för sig är möjligt att fixera gränsen mellan huvudregel och undantag). Nämnnda princip kräver ju av domaren, att han skall tillämpa ett främmande lands IP-rättsliga regler, vilka han normalt sett inte alls är förtrogen med. Detta är ofta en besvärlig uppgift, säkerligen ej sällan svårare än uppgiften att tillämpa ett främmande lands interna rätt. Dessa svårigheter bekräftas av erfarenheterna från de länder, där renvoi-läran accepterats i en eller annan form; den tillämpning av främmande IP-regler som sker i sådana länder synes ofta vara allt annat än riktig.⁶¹ Helhjärtat kan man i detta sammanhang instämma i ett yttrande av Francescakis,⁶² att »le progrès de notre discipline ne consiste plus à compliquer les choses mais à les rendre accessibles à la pratique, voire — pourquoi pas? — aus justiciables eux-mêmes».

VI. SAMMANFATTNING OCH VÄRDERINGAR

I § 3 har framhållits, att en generell regel för Vorfrage-problemets lösning bör uppställas på grundval av en avvägning mellan de argument av allmän räckvidd som talar för och emot vardera lösningsmetoden.

Ovan har framgått, att det enda generella argument som kan åberopas för lex causae-principen är, att densamma i viss utsträckning främjar internationell enhetsbedömning. För lex fori-principen talar å andra sidan framför allt hänsyn till kravet på materiell harmoni men därjämte också vissa andra synpunkter (angivna under V ovan).

⁶¹ Jfr t.ex. Gihl Principer 465 ff.

⁶² Francescakis 1963: 871. — Jfr även Francescakis 1960: 282 samt Hoffmeyer Vorfragenproblem 66 f och van Hoogstraten 223 f.

Vidare har den »rena» *lex causae*-principen kunnat avvisas som helt orealistisk. De alternativ som det härefter återstår att välja mellan är dels *lex fori*-principen såsom fast regel, dels olika differentierande lösningssystem, vilka kan tänkas bygga antingen på *lex fori*- eller på *lex causae*-principen som huvudregel.

Enligt min mening är det ingen tvekan om att kravet på materiell harmoni och övriga, ovan genomgångna skäl för *lex fori*-principen måste anses väga tyngre än hänsyn till internationell enhetsbedömning. Jag ansluter mig således för egen del till *lex fori*-principen.

Huruvida denna princip bör genomföras som fast regel eller förses med vissa undantag får t.v. lämnas öppet. Så mycket synes dock redan nu böra fastslås, att ev. undantag bör hållas inom snäva marginaler.

Det angivna ställningstagandet innebär för ingen del någon allmänt negativ inställning till internationell enhetsbedömning som målsättning för den internationella privaträtten. Men denna målsättning realiseras på förevarande område vida enklare och effektivare genom ett angrepp på själva roten till det onda som de haltande äktenskapen och skilsmässorna utgör, nämligen de regler som möjliggör att sådana äktenskap och skilsmässor kan *uppkomma*. Det är *här* som ett internationellt uniformeringsarbete — närmast beträffande de IP-rättsliga reglerna om erkännande av olika vigselformer samt av utländska skilsmässor — kunde och borde sättas in.⁶³ Att försöka återställa den internationella harmonin sedan skadan en gång skett — d.v.s. sedan ett haltande äktenskap (skilsmässa) uppkommit — kan inte bli mer än en mycket ofullkomlig halvmesyra.

Det här gjorda ställningstagandet bildar utgångspunkten för de egna värderingar som anlägges i de olika kapitlen i den speciella delen.

§ 5. UNDANTAG FRÅN LEX FORI-PRINCIPEN? GENERELLA SYNPKUNKTER

I det föregående har den möjligheten lämnats öppen, att vissa undantag bör göras från den såsom regel uppställda *lex fori*-principen. Vilka omständigheter kan tänkas vara ägnade att dra med sig

⁶³ Jfr t.ex. Gamillscheg 1961: 67 f och van Hoogstraten 223.

sådana undantag? Såsom framgått i kap. IV (s. 124 ff), kommer härvid i olika typer av mål dels *anknytningsförhållandena*, dels det *materiella resultatet* — särskilt den validerande effekten av en *lex causae*-lösning i vissa fall — i betraktande. I det följande behandlas dessa båda faktorer var för sig (under I och II nedan).

I. ANKNYTNINGSFÖRHÅLLANDENA

A. ANKNYTNINGEN BETRÄFFANDE DET PREJUDICIELLA RÄTTSFÖRHÅLLET

En uppfattning som i doktrinen tydligast framträder hos Lagarde är, att forumlandet i vissa fall — nämligen när det prejudiciella rättsförhållandet (äktenskapet resp. skilsmässan) vid sin tillkomst saknade all anknytning till forumrätten — inte har något särskilt intresse för hur frågan om rättsförhållandets giltighet bedöms och att avgörandet därför i dessa fall kan överlätas åt *lex causae*.⁶⁴ Även eljest möter i doktrinen stundom den uppfattningen, att skillnad beträffande Vorfrage-problemets lösning bör göras mellan fall där äktenskapet ingåtts (skilsmässan beviljats) i forumlandet (då en *lex fori*-lösning skulle vara nödvändig) och andra fall.⁶⁵

Tanken på en forumrätts »désintéressement» i sådana fall där anknytning till den egna interna rätten saknas (eller är så obetydlig, att den inte anses böra föranleda tillämpning av *lex fori*) synes i doktrinen ha spelat en ganska stor roll på skilda IP-rättsliga områden och har gett upphov till vissa läror av stor räckvidd. Sålunda ligger nämnda idé »i botten» i den lära, enligt vilken varje land i princip bör begränsa sin kollisionsrättsliga reglering till att ange de fall där det egna landets interna rätt skall tillämpas, d.v.s. till att uppställa ensidiga kollisionsnormer, ävensom i vissa varianter av den välkända läran om erkännande av »välförvärvade rättigheter».⁶⁶

⁶⁴ Lagarde 1960: 468 ff; jfr ovan kap. IV s. 102 f. — Kritik av Lagardes uppfattning i denna del hos van Hoogstraten 220 f.

⁶⁵ Jfr ovan kap. IV s. 124.

⁶⁶ Om forumrätts »Desinteressiertheit» i fall där den egna rätten inte är tillämplig se t.ex. Neuhäus Grundbegriffe 181 (närmast beträffande återförvisningsläran). — Beträffande läran om ensidiga kollisionsnormer se Niboyet III 243 ff och 325 ff, där denna lära hävdas med stor energi, samt (kritiskt) t.ex. Neuhäus Grundbegriffe 56 ff. Angående läran om erkännande i vissa fall av rättigheter

Man synes kunna instämma med Lagarde så långt, att forumlandets intresse i hur frågan om äktenskapets (skilsmässans) giltighet prejudiciellt bedöms framstår som svagare i sådana fall där vigseln resp. skilsmässan kommit till stånd utomlands än när det skett i forumlandet. Men även om denna utgångspunkt accepteras, synes man inte kunna komma till den slutsats Lagarde drar, nämligen att forumrätten skall avstå från att genomdriva sin egen reglering av frågan och överlåta lösningen åt *lex causae*.

Låt oss till belysning av frågan utgå från följande exempel: En tysk domstol har dömt till skilsmässa mellan tysk hustru och hennes italienske make. Den sistnämnde har därefter gift om sig i Tyskland⁶⁷ och kommit till Sverige. Det väckes här en talan om återgång av det nya äktenskapet, grundad på att den tyska skilsmässodomen inte erkännes enligt italiensk rätt — *lex causae* beträffande återgångsfrågan enligt svenska kollisionnormer⁶⁸ — och att mannen följaktligen lever i tvegifte. Om den svenska domstolen nu följer svensk rätts egna IP-regler, när den tar ställning till frågan om det tidigare äktenskapets bestånd, torde den komma till att den tyska skilsmässodomen skall erkännas;⁶⁹ och med utgångspunkt härifrån skall återgångstalan ogillas. Antag emellertid, att domstolen i stället anammar Lagardes resonemang. Den säger sig alltså, att skilsmässan vid sin tillkomst inte hade någon som helst kontakt med Sverige och att svensk rätt därför inte har något särskilt intresse av att se sin IP-rättsliga ståndpunkt genomförd i denna del. Det överlåtes därför åt främmande rätt, till vilken skilsmässan vid sin tillkomst hade anknytning, att bestämma i frågan. Men då möter det problemet, att anknytning förelåg såväl till Tyskland som till Italien och att dessa båda länder ser olika på skilsmässan; enligt tysk rätt är den giltig, enligt italiensk rätt erkännes den inte. Hur skall den svenske domaren göra i detta läge? Lagarde ger svaret, att den italienska rättens ståndpunkt är relevant, eftersom italiensk rätt är

som förvärvats utomlands, under främmande lag, ehuru denna lag enligt forumrättens egna kollisionnormer inte varit tillämplig, se t.ex. Francescakis Renvoi 152 f, 189 ff, Jagmetti 154 ff, Lepaulle DIP 223, 228 samt Makarov 1955: 439 ff.

⁶⁷ Sådant omgifte torde enligt tysk uppfattning rätteligen ej kunna äga rum. Åtskilliga exempel på att omgifte likväl kommit till stånd finns dock i tysk praxis. Se vidare nedan kap. XIV § 2 I s. 422 ff.

⁶⁸ IÅL 2: 1 jämte tillhörande KF 8.7.1904.

⁶⁹ Se 1964 års lag om svensk domstols prövning av äktenskapsmål i vissa fall, 4 § II.

tillämplig beträffande huvudfrågan i målet, återgången av det nya äktenskapet. Men varför skulle den svenske domaren, när han nu vänder sig till främmande rätt för att få svar på sin fråga, inte lika gärna rätta sig efter den tyska rätten — till vilken anknytningen i skilsmässomålet ju faktiskt var väl så stark och vars ståndpunkt dessutom överensstämmer med svensk rätts egna IP-regler — som efter den italienska rätten? Härpå synes Lagardes lära inte kunna ge något tillfredsställande svar.⁷⁰

Av exemplet framgår en svaghet som genomgående utmärker de läror, enligt vilka forumlandet i den ena eller andra situationen bör avstå från att genomföra en egen lösning på ett IP-rättsligt spörsmål, och som flerfaldiga gånger påtalats i doktrinen.⁷¹ Dessa läror torde kunna få praktisk betydelse endast i sådana fall, där (såsom i exemplet) rättsförhållandet vid sin tillkomst hade anknytning till åtminstone två främmande länder. Men om dessa länder (såsom i exemplet) ger olika lösningar på det IP-rättsliga spörsmålet, vilken lösning skall då föredras? Vanligen synes man i doktrinen anse, att det inte finns något annat att göra än att till sist falla tillbaka på forumrättens egna IP-regler. I alla händelser synes det godtyckligt att i Vorfrage-situationer välja just den lags lösning, som är *lex causae* beträffande huvudfrågan i målet. Det är inte säkert, att det prejudiciella spörsmålet överhuvud har någon anknytning till denna lag (ehuru viss sådan anknytning fanns i exemplet ovan).

Härmed vill jag inte bestrida, att äktenskapets resp. skilsmässans brist på anknytning till forumlandet i enstaka fall i förening med andra omständigheter kan vara ett skäl att frångå forumrättens egna IP-regler beträffande rättsförhållandets giltighet. En dylik avvikelse torde främst te sig motiverad i sådana fall där de främmande rätts-system, till vilka anknytning förelåg vid äktenskapets (skilsmässans) tillkomst, är *överens* om den IP-rättsliga lösningen och denna tillika leder till ett *validerande* resultat.⁷² Man tänke sig en skilsmässodom som vore giltig ej blott i domslandet utan även i det eller de andra länder, till vilka anknytning förelåg, men som av någon anledning

⁷⁰ Lagarde (1960: 470) hänvisar till »la logique interne du droit étranger». Men detta argument har enligt min mening — se ovan § 4 s. 142 f — ingen bärkraft.

⁷¹ Se t.ex. Makarov 1955: 445 f, Neuhaus Grundbegriffe 57 och Niboyet III 252 ff, 257 ff.

⁷² Här kommer den ovan nämnda läran om välförvärvade rättigheter in i bilden, jfr hänvisningarna härtill ovan i not 66.

— t.ex. att skilsmäsoorsak ej förelegat enligt den lag som enligt svenska kollisionssnormer skolat beaktas — ej erkännes i Sverige. Här kan det finnas goda skäl för en svensk domstol, som får att taga befattning med en återgångstalan beträffande ett senare (utomlands) ingånget äktenskap, att frånfalla den svenska rättens ståndpunkt beträffande skilsmässodomen och rätta sig efter den ståndpunkt varom de inblandade främmande länderna är ense. Även eljest torde bristen på anknytning till forumlandet i förening med en strävan till validering någon gång kunna tänkas motivera avvikelser från forumlandets IP-regler. Några allmänna regler härom torde inte kunna ges. Vissa exempel på rekommendationer av sådana avvikelser lämnas i avhandlingens speciella del.⁷³

Om forumlandets egna IP-regler får träda tillbaka för motsvarande främmande regler i situationer sådana som de nämnda, är detta emellertid — såsom framhållits i doktrinen⁷⁴ — något helt annat än en *lex causae*-lösning på ett Vorfrage-problem. De främmande IP-reglerna tillämpas inte alls emedan huvudfrågan i målet är underställd främmande rätt utan emedan det prejudiciella rättsförhållandet vid sin tillkomst hade anknytning (endast) till de främmande länderna. En dylik tillämpning kan äga rum även utanför Vorfrage-situationernas ram och är överhuvud inte något för dessa situationer karakteristiskt.

B. ANKNYTNINGEN BETRÄFFANDE HUVUDFRÅGAN

Vid övervägandet av frågan om undantag från *lex fori*-principen synes — såsom i doktrinen framhållits bl.a. av Wengler och Gamillscheg⁷⁵ — hänsyn böra tas även till de anknytningsomständigheter som avser huvudfrågan i målet. Ju svagare anknytningen är till forumlandet, desto svagare blir också skälen att genomdriva forumrättens ståndpunkt beträffande det prejudiciella rättsförhållandet. Denna tes kan illustreras av de båda nämnda författarnas exempel, se ovan kap. IV s. 95 och 99 f.

Härmed är inte sagt, att jag ansluter mig till den individualiserande

⁷³ Nedan kap. XIV § 2 VII C 2 och samma kap. not 251 m.fl. ställen.

⁷⁴ van Hoogstraten 221. Jfr även Aubry-Rau I 211 not 39.

⁷⁵ Wengler 1961: 412 ff och JR 1963: 44; Gamillscheg 1961: 64 f, 1962: 587 f. Se även Henrich 1966: 223 f.

metod som Gamillscheg synes vilja förorda. Min utgångspunkt är, att *lex fori*-principen uppställts som huvudregel. Om anknytningsförhållandena i det konkreta fallet överhuvud skall ha någon betydelse för Vorfrage-problemets lösning, bör det enligt min mening vara på så sätt, att undantag från huvudregeln göres, därest anknytning till forulandet helt saknas eller är mycket svag.⁷⁶

Huvudsakligen torde bristen på anknytning till forulandet böra komma i betraktande som möjlig undantagsgrund i förening med andra omständigheter, framför allt den i det följande behandlade valideringssynpunkten. Några preciserade regler om anknytningsförhållandenas betydelse låter sig knappast uppställas, åtminstone inte på generell nivå.

II. VALIDERINGSSYNPUNKTEN

I doktrinen har från skilda håll föreslagits, att hänsyn bör tas till det materiella resultatet av den ena eller andra lösningen på Vorfrage-problemet på så sätt, att en *lex causae*-lösning stundom väljes, om det därigenom blir möjligt att komma till ett validerande resultat, d.v.s. när äktenskapet (skilsmässan) enligt den främmande *lex causae*, men inte enligt *lex fori*, är giltigt. I fransk doktrin har Francescakis, som för egen del är motståndare till *lex causae*-principen, gått så långt, att han överhuvud vill förklara den användning av främmande IP-regler i Vorfrage-situationer, som skett i (framför allt tysk) rättspraxis, på detta sätt.⁷⁷ De verkliga motiven för domstolarnas avgöranden skulle således inte vara de principiella och öppet redovisade utan en önskan hos domstolarna att, med avseende på den i målet aktuella rättsverkan, »rädda» ett rättsförhållande som annars finge anses ogiltigt.

En dylik »opportunistisk» användning av en IP-rättslig teknik för att främja vissa materiellrättsliga syften vore inte något enastående. I samma validerande syfte kan t.ex. ibland *renvoi*-mekanismen ut-

⁷⁶ I praktiken synes det svårt att tänka sig fall utan någon som helst anknytning till forulandet; viss anknytning fordras regelmässigt för domsrätt (att t.ex. äktenskapet ingåtts eller skilsmässan beviljats i forulandet — m.a.o. förekomsten av en anknytning beträffande det *prejudiciella* rättsförhållandet — torde vanligen inte räcka).

⁷⁷ Francescakis *Renvoi* 214 ff. Instämmande Graulich 172 not 8. Jfr också *Miaja de la Muela* 294.

nyttjas («renvoi-expédient»)⁷⁸. Dessa företeelser kan betecknas som »projiceringar» på det IP-rättsliga planet av motsvarande materiellt-rättsliga tendenser — här en tendens som kan sammanfattas i maximen ut res magis valeat quam pereat — i intern rätt. Sådana »projiceringar», även av andra internrättsliga tendenser än den nämnda, förekommer ständigt i den internationella privaträtten.⁷⁹

Det har, väl att märka, beträffande Vorfrage-problemet aldrig ifrågasatts någon *generell* och systematisk preferens för lex causae-lösningar, närhelst dessa leder till ett validerande resultat. Överhuvud synes tanken på att upphöja valideringssynpunkten till allmän princip näppeligen vara gångbar inom den internationella privaträtten.⁸⁰ Vad som föreslagits och kan ifrågasättas, såvitt Vorfrage-problemet angår, är endast, att hänsyn bör tas till nämnda synpunkt i vissa typer av mål, t.ex. beträffande äkta börd, och där medföra undantag från den såsom huvudregel uppställda lex fori-principen. Några allmänna regler om den betydelse som bör tillkomma synpunkten låter sig inte på förhand formuleras. Den vidare diskussionen av frågan får föras i den speciella delen, beträffande de särskilda typer av mål där det i doktrin och/eller praxis hävdats att valideringssynpunkten bör spela någon roll.⁸¹

III. SAMMANFATTNING

Sammanfattningsvis bör enligt min mening alla de här nämnda faktorerna beaktas såsom möjliga anledningar till undantag från lex fori-principen. Däremot är det knappast möjligt att i förväg uppställa fixerade regler av allmän räckvidd för den betydelse som bör tillkomma de olika faktorerna, var för sig eller tillsammans.

⁷⁸ Se härom t.ex. Lewald 1939: 59 f och Francescakis Renvoi 195 f samt — kritiskt — Neuhaus Grundbegriffe 182 f.

⁷⁹ Jfr Bartins berömda tes, att den internationella privaträtten är »la projection des institutions internes sur le plan international».

⁸⁰ Jfr Neuhaus Grundbegriffe 116.

⁸¹ Så sker nedan i kap. XI § 2 VII B 3 s. 338 ff (om äkta börd och legitimation) och kap. XIV § 2 VIII B 2 (om giltigheten av nytt äktenskap).

KAPITEL VI

TILLÄMPLIG LAG BETRÄFFANDE DE OLIKA RÄTTSVERKNINGARNA AV HALTANDE ÄKTENSKAP OCH SKILSMÄSSOR. UNDANTAG FRÅN DE VANLIGA KOLLISIONSNORMERNA?

§ 1. FRÅGESTÄLLNINGARNA

I. Som nämnts i inledningen till avhandlingen (kap. I s. 14 f), kan de haltande äktenskapen och skilsmässorna utöver Vorfrage-problemet ge upphov till ytterligare ett problem av generell natur. Till illustration härav valdes ett mål om skilsmässa vid svensk domstol mellan två greker, vilka hade gift sig i Norge i borgerlig form och nu var bosatta i Sverige. Äktenskapet var giltigt enligt svensk men ogiltigt enligt grekisk rätt. Enligt svensk IP krävdes för beviljande av skilsmässa i princip, att det fanns en skilsmäsoorsak enligt grekisk rätt såsom makarnas *lex patriae*. Frågan var, om denna regel skulle upprätthållas, oaktat grekisk rätt för sin del betraktade äktenskapet som ogiltigt. Skulle grekisk rätt m.a.o. tillämpas — såsom det uttryckts i tysk doktrin¹ — »*fiktivt*», d.v.s. utifrån en annan utgångspunkt (äktenskapets giltighet) än dess egen? Eller borde den grekiska rätten, men hänsyn just till sin vägran att erkänna den grundläggande skilsmäsoförutsättningen (äktenskapets giltighet), jämväl i övrigt uteslutas från tillämpning i målet? Borde den svenska kollisionsnorm, som anvisat den främmande rätten till tillämpning, m.a.o. vidkännas undantag i denna situation?

Ett annat exempel, nu beträffande rättsverkningarna av skilsmässa: En svensk domstol har dömt till skilsmässa mellan svensk hustru och hennes italienske make. Denne vill sedermera ingå nytt gifte i Sverige. Enligt svenska kollisionsnormer skall de materiella förutsättningarna för omgiftet, såvitt på italienaren ankommer, i

¹ Neuhaus Grundbegriffe 256.

princip bestämmas av italiensk rätt.² Emellertid skjutes den italienska rättens uppfattning åt sidan såtillvida — antages det — att det tidigare äktenskapet, vars upplösning ju inte erkännes av italiensk rätt, inte anses utgöra hinder för omgiftet; den svenska forumrättens uppfattning av det tidigare äktenskapet såsom upplöst tar över (lex fori-lösning på Vorfrage-problemet). Skall italiensk rätt här efter tillämpas i vanlig ordning, såvitt angår förutsättningarna i övrigt för äktenskapet? Eller bör den italienska rätten tilläventyrs även i dessa avseenden träda tillbaka, med hänsyn till att en dylik tillämpning skulle bli »fiktiv», d.v.s. ske utifrån en uppfattning om det prejudiciella rättsförhållandet (skilsmässans giltighet) som inte överensstämmer med dess egen?

De båda exemplen har följande struktur, vilken är gemensam för alla hithörande fall:

1) Huvudfrågan lyder principiellt under främmande rätt (i exemplen grekisk resp. italiensk rätt).

2) Denna främmande rätt betraktar äktenskapet (skilsmässan) som ogiltigt.

3) I motsats härtill betraktar forumrätten äktenskapet (skilsmässan) som giltigt.

4) Det i denna situation föreliggande Vorfrage-problemet löses i enlighet med forumrättens uppfattning.

Vad frågeställningen gäller är, om den främmande, enligt forumrättens kollisionsnormer i princip kompetenta rätten bör förbli tillämplig beträffande huvudfrågan, oaktat den för sin del betraktar äktenskapet (skilsmässan) som ogiltigt, m.a.o. tillämpas »fiktivt». Man kan också säga, att frågan gäller, huruvida forumrättens kollisionsnormer skall upprätthållas i de angivna situationerna eller om de bör vidkännas undantag.

Liksom Vorfrage-problemet kan detta spørsmål ställas i en rad olika typer av mål, i princip överallt där giltigheten av ett äktenskap (en skilsmässa) är relevant för en viss rättsverkan och tillämpning av främmande rätt beträffande denna kan ifrågakomma. Diskussionen i doktrinen är visserligen, såsom vi skall se, företrädesvis inriktad på några få typer av mål. Men de argument som anföres i debatten har i stor utsträckning generell räckvidd. Med hänsyn här-

² IÄL 1:2 (det bortses från den särskilda regeln i IÄL 7:4 a vid 2-årigt hemvist i Sverige).

till synes det inte lämpligt att på förhand begränsa diskussionen till vissa rättsverkningar.

Förutskickas kan, att jag för egen del principiellt kommer till det resultatet, att argumenten för avvikelser från de vanliga kollisionsnormerna i hithörande situationer inte har tillräcklig bärkraft, d.v.s. att den främmande, av kollisionsnormerna anvisade rätten i regel kan och bör tillämpas i vanlig ordning. Med denna ståndpunkt kommer den närmare avgränsningen av problemområdet inte att få någon praktisk betydelse.

II. Antag emellertid, att den under I ställda frågan besvaras så, att avvikelse skall göras från forumlandets kollisionsnorm i de där antagna situationerna; främmande rätt bör *inte* tillämpas »fiktivt». De svenska domstolarna säger sig t.ex., att grekisk rätt inte bör komma till användning i skilsmässomålet, därför att det från grekisk rätts synpunkt inte finns något giltigt äktenskap.

Vad skall domstolarna nu göra i stället? *Någon* lag måste ju bestämma, huruvida skilsmässa kan komma till stånd och i så fall under vilka förutsättningar det kan ske. Bör de svenska domstolarna i exemplet avgöra målet enligt enbart svensk rätt? Eller bör de tilläventyrs beakta (även) norsk rätt — till vilken anknytning ju förelåg genom att vigseln förrättats i Norge — i stället för den eliminerade grekiska rätten? Vilka regler eller principer bör domstolarna överhuvud följa beträffande tillämplig rätt i de här förutsatta situationerna?

Två principiella ståndpunkter är möjliga. Antingen kan *lex fori* (i exemplet svensk rätt) generellt tillämpas i den eliminerade främmande rättens ställe. Eller också kan valet av tillämplig rättsordning träffas efter en *objektiv* metod, med ledning av subsidiärt relevanta anknytningsfakta. I det senare fallet kan även främmande rätt — d.v.s. en annan främmande rättsordning än den eliminerade — ifrågakomma, i den mån det subsidiära anknytningsfaktum är lokaliserat till ett främmande land som i likhet med forumlandet betraktar äktenskapet (skilsmässan) som giltigt.

Det objektiva lösningsalternativet ger i sin tur utrymme för skilda sätt att bestämma det subsidiära anknytningsfaktum. Ett tänkbart alternativ beträffande olika rättsverkningar av äktenskap är att gripa tillbaka på vigselortens lag, *lex loci celebrationis*. I exemplet

ovan beträffande skilsmässa mellan de grekiska makarna skulle en sådan regel leda till användning av norsk rätt (i kumulation med svensk rätt såsom *lex fori*, IÅL 3: 2 I). En annan möjlighet, vilken är tänkbar såväl beträffande rättsverkningar av äktenskap som beträffande rättsverkningar av skilsmässa, är att subsidiärt anknyta till parternas hemvist. En sådan regel skulle (i likhet med den regel, enligt vilken *lex fori* skall tillämpas i denna sin egenskap) i skilsmässoexemplet ovan leda till användning av (enbart) svensk rätt. De olika lösningsalternativen beröres närmare i det följande, särskilt i kap. VIII § 4.

§ 2. DOKTRINEN

I. INLEDNING

De här aktuella spörsmålen har i sin *generella* formulering inte alls tilldragit sig lika stort intresse i doktrinen som Vorfrage-problematiken. Det synes vara endast i tysk och fransk doktrin som en del författare generellt — eller åtminstone beträffande flera olika rättsverkningar — ifrågasatt undantag från de vanliga kollisionsnormerna i hithörande situationer.

Däremot har man i åtskilliga länder, vilkas IP-regler bygger på nationalitetsprincipen, sedan lång tid varit uppmärksam på problemet i en *speciell* typ av mål, nämligen i det ovan såsom exempel valda fallet, att det yrkas skilsmässa i ett äktenskap som (betraktas som giltigt i forumlandet men) inte erkännes i makarnas hemland. Anledningen till att diskussionen i stor utsträckning begränsats till denna typ av mål kan förmodas delvis vara, att andra typer av mål som kan aktualisera frågeställningarna är avsevärt mindre frekventa i rättspraxis. En viktigare orsak är dock sannolikt, att skälen till undantag från de vanliga kollisionsnormerna — såsom vi senare skall se³ — synes betydligt mera påtagliga just i skilsmässofall än beträffande andra rättsverkningar av ett äktenskap (eller en skils-

³ Se nedan kap. VIII § 4 VII A s. 262 ff.

mässa). Men hänsyn härtill ligger det också i och för sig nära till hands att tolka doktrinen begränsning av diskussionen till skilsmässomålen så, att undantag från de vanliga kollisionsnormerna *inte* ifrågasättes i andra typer av mål.

Å andra sidan är de motiveringar som i doktrinen åberopas för den ståndpunkten, att man i skilsmässomål bör göra undantag från regeln om *legis patriae* kompetens, ofta mycket vittgående. »Das Heimatsrecht scheidet hier aus, da ja nach Heimatsrecht eine gültige Ehe, die geschieden werden könnte, überhaupt nicht geschlossen worden ist», säger t.ex. Lewald.⁴ Liknande formuleringar återkommer hos många andra författare som i skilsmässomål intar den ifrågavarande ståndpunkten.⁵ Man tycks se elimineringen av *lex patriae* som en *logiskt nödvändig följd* av dess negativa inställning till äktenskapets giltighet. Sådana motiveringar ger i och för sig stöd för antagandet av motsvarande undantag från den främmande rättens tillämplighet även i andra typer av mål (vilka inte behandlas av ifrågavarande författare), t.ex. beträffande de personliga rättsverkningarna av äktenskapet eller makes arvsrätt.

II. FRANKENSTEIN

Första gången de här aktuella spörsmålen togs upp på ett generellt plan synes ha varit i tysk doktrin, av Frankenstein i hans »Internationales Privatrecht» (särskilt i band III, 1934).⁶

Frankenstein behandlar endast haltande äktenskap, inte haltande skilsmässor. I sin framställning skiljer Frankenstein — såvitt här är av intresse — mellan (1) fall där hemlandet betraktar det i forumlandet giltiga äktenskapet som en nullitet på grund av formfel och (2) fall där äktenskapet av materiella skäl ogiltigförklarats i hemlandet och där denna dom ej erkännes i forumlandet.

1) I förstnämnda fall — som typexempel använder Frankenstein ett civiläktenskap mellan grekiska medborgare i Tyskland — anser Frankenstein det omöjligt att tillämpa *lex patriae* beträffande rättsverkningarna. Civiläktenskapet mellan greker är enligt Frankenstein

⁴ Lewald IPR 112.

⁵ Se t.ex. Benjamin 77, Holleaux 1955: 154 f, Lauterbach i Palandt Anm. 4 b) till EG art. 17, Louis-Lucas 1959: 420, Niboyet III 570, V 314, 423 f, Wilke 2354.

⁶ Frankenstein III 213 ff.

inte »eine griechische Ehe» (emedan det är en nullitet i Grekland) och kan därför ej heller underställas grekisk rätt med avseende på sina rättsverkningar. I stället vill Frankenstein tillämpa tysk rätt. Skälet härtill är, att det är tysk rätt som låtit äktenskapet komma till stånd och som förhindrar angrepp på dess giltighet. Det föreligger, säger Frankenstein, »eine rein deutschrechtliche Ehe», vilket i varje hänseende bör bedömas såsom ett äktenskap mellan tyska medborgare.

Har vigseln förrättats i tredje land — civiläktenskapet mellan grekerna har t.ex. ingåtts i Frankrike — och skall dess rättsverkningar sedermera bedömas i Tyskland (t.ex. efter en domicilväxling), blir läget såtillvida detsamma, som att grekisk rätt ej heller här kan komma till användning beträffande rättsverkningarna. Däremot bör enligt Frankenstein i detta fall inte tysk utan fransk rätt träda i stället för den grekiska rätten. Den tyska rätten har nämligen här inte själv spelat någon roll vid äktenskapets tillkomst; »bindningen» har skapats av fransk rätt såsom vigselortens lag och *erkännes* sedermera av den tyska rätten (enligt EG art. 11 I).

Frankensteins lösningar i fallen (1) kan alltså sammanfattas så, att han vill ersätta *lex patriae* med *lex loci celebrationis*.

Emellertid synes Frankenstein trots allt inte i *alla* hänseenden vilja förfara så. Den angivna grundsatsen bör enligt Frankenstein tillämpas i mål om skilsmässa samt beträffande allehanda rättsverkningar av äktenskapet — personliga såväl som förmögenhetsrättsliga — *makarna emellan*. Men meningen synes inte vara att utsträcka principen därutöver, t.ex. till frågorna om barnens äkta börd eller om makes arvsrätt. I dessa hänseenden skall främmande rätt tydligen kunna tillämpas i vanlig ordning, även om den inte erkänner äktenskapets existens.⁷ Någon förklaring till denna begränsning i den ifrågavarande principens tillämpningsområde ges inte.

2) I fall där hemlandet av materiella skäl ogiltigförklarat ett äktenskap men forumlandet alltjämt betraktar äktenskapet som giltigt (liksom i det fall, att någon ogiltigförklaring ännu inte ägt rum beträffande äktenskapet) bör däremot enligt Frankenstein inget hinder möta för användningen av hemlandets lag vid bestämmandet av äktenskapets rättsverkningar. De vanliga kollisionsnormerna upp-

⁷ Jfr Frankenstein IV 14, 367 f.

rätthålles m.a.o. i denna situation. Detta motiveras endast med hänvisning till att förbindelsen i sådana fall även från hemlandets synpunkt en gång varit ett giltigt äktenskap.

III. NIBOYET

Väsentliga delar av Frankensteins tankegods återfinns också hos en annan av den internationella privaträttens stora systembyggare, fransmannen Niboyet.⁸ De av denne författare intagna ståndpunkterna skiljer sig dock i vissa avseenden från Frankensteins.

Liksom Frankenstein behandlar Niboyet från här aktuella synpunkter endast haltande äktenskap, inte haltande skilsmässor. Härvid utgår Niboyet från sin ordre public-lära och det i anslutning därtill präglade begreppet »mariage français» (jfr Frankensteins »deutschrechtliche Ehe»). Härmed förstås ett äktenskap som ingåtts i Frankrike uteslutande i kraft av fransk rätt och som därför inte erkännes i hemlandets lag. Begreppet täcker dels fall där hemlandet obligatoriskt kräver religiös vigsel och därför inte erkänner ett i fransk rätts civila form ingånget äktenskap, dels fall där hemlandets lag — vilken enligt fransk kollisionsrätt i princip är kompetent beträffande äktenskapets materiella förutsättningar — i denna del på någon punkt befunnits stridande mot fransk ordre public och därför lämnats utan beaktande.⁹ I motsats till Frankenstein för Niboyet således samman fall där den omständighet som från hemlandets synpunkt gör äktenskapet ogilligt hänför sig till formen för dess ingående med fall där sagda omständighet hänför sig till äktenskapets materiella förutsättningar. Huruvida äktenskapet från hemlandets synpunkt är en nullitet eller allenast angripbart får därmed enligt Niboyets lära inte någon betydelse. Detta sammanhänger väl med det förut omtalade förhållandet, att man i fransk *intern* rätt inte brukar göra skillnad mellan formogiltighet

⁸ Se till det följande Niboyet III 568 ff, V 313 ff och 423 ff samt 1947: 115 ff och 446 ff. Beträffande skilsmässomål intog Niboyet samma ståndpunkt redan i Manuel 748.

⁹ Niboyet synes inte ens förutsätta, att det i hemlandets rätt förekommande, icke respekterade äktenskapshindret är av upplösande natur.

och ogiltighet av materiella skäl; i båda fallen anses regelmässigt »nullité» (inte »inexistence») föreligga.¹⁰

I de ovan angivna situationerna bör enligt Niboyet — och häri ligger det originella i hans ordre public-lära — konsekvensen av att hemlandets lag i ett visst avseende inte kan respekteras vid äktenskaps ingående bli, att denna lag skjutes åt sidan i *allt* som angår äktenskaps förutsättningar (»totalement et définitivement»). När den främmande rätten kräver religiös vigsel — och alltså i denna del under alla omständigheter måste lämnas obeaktad — bör den m.a.o. inte alls få komma till tals heller beträffande de materiella förutsättningarna. Det vore nämligen, menar Niboyet, godtyckligt att i sådana fall göra skillnad mellan formella och materiella förutsättningar i den främmande rätten; det vore att »défigurer l'institution du mariage, telle qu'elle découle de la loi étrangère». ¹¹ Och när den främmande rätten på någon punkt innehåller materiella förutsättningar som är ordre public-stridiga (t.ex. äktenskapsförbud för personer av olika religion), så bör den enligt Niboyet elimineras även i övrigt, på punkter där den i och för sig inte är ordre public-stridig. I stället skall fransk rätt reglera samtliga aspekter av äktenskaps ingående; det skall ske en »francisation intégrale du rapport de droit» ¹² (härav beteckningen »mariage français»).

När äktenskapet sålunda vid sin tillkomst helt undandragits *lex patriae*, kan denna lag ej heller — menar Niboyet — få bestämma dess rättsverkningar. »Comment, en effet, appliquer la loi nationale étrangère des époux pour sanctionner les obligations nées d'un mariage qu'elle ne reconnaît pas valable?» Något sådant vore att »présenter du droit étranger une véritable caricature du droit», att tillämpa den »à l'encontre d'elle-même». ¹³ I denna situation måste man i stället gripa tillbaka på den lag som givit äktenskapet dess giltighet, »qui lui donne sa vie», nämligen fransk rätt.

Niboyets huvudtes kan sägas vara, att äktenskapet är ett *enhetligt*

¹⁰ Jfr ovan kap. II vid not 37.

¹¹ Niboyet V 314, jfr också V 310 ff. Niboyets ståndpunkt i denna del sammanhänger med att den främmande rätten, som uppställer krav på religiös vigsel, själv regelmässigt betraktar detta krav som materiellrättsligt, inte som ett formkrav. Jfr härom ovan kap. II vid not 11.

¹² Niboyet V 442.

¹³ Niboyet V 423 resp. 1947: 115.

rättsinstitut («une institution parfaitement homologène»). Det skulle vara artificiellt att dela upp de olika aspekterna (de formella och de materiella) av dess ingående, dess rättsverkningar och dess upplösning på skilda lagar; man skulle då skapa en »institution morcelée». ¹⁴ *En enda lag* måste vara bestämmande i alla dessa hänseenden.

I konsekvens med denna huvudtes är, att Niboyet också kan tänka sig fall där inte fransk rätt utan en annan främmande lag bör träda i stället för den eliminerade *lex patriae*. Om äktenskapet ingåtts i tredje land i kraft av dess lag samt erkännes som giltigt i Frankrike men inte i hemlandet — två greker gifter sig civilt i Belgien — bör sålunda enligt Niboyet dess rättsverkningar bestämmas av det tredje landets (belgisk) rätt, som i detta fall är den som har »givit äktenskapet dess liv». ¹⁵ Niboyets mening sammanfaller här med Frankensteins; *lex loci celebrationis* träder i den eliminerade *legis patriae* ställe.

Lika litet som Frankenstein synes Niboyet — trots sina generella och kategoriska formuleringar — anse sin lära tillämplig beträffande *alla* rättsverkningar av äktenskap. Vad som täcks av densamma synes närmast vara mål om skilsmässa och om hemskillnad («séparation de corps») samt om äktenskapets rättsverkningar i personligt hänseende ¹⁶ (men inte, till skillnad från Frankensteins lära, de förmögenhetsrättsliga verkningarna). Förmodligen beröres de mer »avlägsna» rättsverkningarna, såsom arvsrätten, inte av läran.

Såsom nämnts, behandlar Niboyet inte uttryckligen rättsverkningarna av en *skilsmässa*, vilken inte erkännes i makarnas hemland. Det vill emellertid synas som om de av Niboyet förda resonemangen (liksom måhända även Frankensteins resonemang) vore tillämpliga även i dessa fall. Har skilsmässodomen meddelats av fransk domstol och erkännes den inte i hemlandet («un divorce purement français»), ¹⁷ skulle då fransk rätt bli tillämplig beträffande rättsverkningarna därav, med undanskjutande av makarnas *lex patriae*. ¹⁸

¹⁴ Niboyet 1947: 117; se också Niboyet V 423 f.

¹⁵ Niboyet 1947: 447.

¹⁶ Jfr Niboyet III 570 ävensom den nedan vid not 21 citerade regeln ur ett lagförslag som bär Niboyets prägel.

¹⁷ Detta uttryck användes av Niboyet V 432.

¹⁸ Jfr nedan i kap. XIV § 3 I beträffande *omgifte* efter sådan skilsmässa.

IV. NYARE FRANSK (OCH BELGISK) DOKTRIN

Niboyets lära synes ha haft ett ganska stort inflytande i den moderna franska (och i viss mån den belgiska) doktrinen. Visserligen har Niboyets utgångspunkt — den vidsträckta elimineringen av främmande rätt beträffande äktenskaps ingående, även i de delar där den inte i och för sig är ordre public-stridig — i allmänhet förkastats.¹⁹ Men oberoende härav synes de allra flesta franska författare som yttrat sig i frågan ense med Niboyet om att främmande rätt inte bör tillämpas beträffande rättsverkningarna, om äktenskapet enligt den främmande rätten är ogiltigt. Till dessa författare synes höra *Batiffol, Delaume, Francescakis, Holleaux, Lagarde, Lerebours-Pigeonnière, Louis-Lucas, Loussouarn* och *Ponsard* samt belgaren *Rigaux*.²⁰ Liksom Niboyet synes dessa författare till de från hemlandets synpunkt ogiltiga äktenskapen räkna även sådana som enligt hemlandets uppfattning är behäftade med en materiell ogiltighetsgrund, vilken gör äktenskapet angripbart.

Niboyets lära — såvitt angår fall av haltande äktenskap vilka ingåtts i Frankrike — har också tagits till efterföljd i ett franskt IP-rättsligt lagförslag (från 1950), där regeln formulerats på följande sätt:²¹

Sont soumis à la loi française les effets du mariage, le divorce ou la séparation de corps des époux, lorsque leur mariage, célébré valablement en France, n'est pas reconnu pour des raisons de fond ou de forme dans le pays étranger dont la loi régissait normalement leur état à l'époque du mariage.

Detta förslag, som inte upphöjts till lag, torde i citerad del ge ett adekvat uttryck för den uppfattning som alljämt är härskande i fransk doktrin.

Såsom vi sett, ville Niboyet (liksom Frankenstein) i hithörande fall ersätta *lex patriae* med *lex loci celebrationis*; härigenom skulle i vissa fall — nämligen där vigseln förrättats i tredje land — även främmande rätt komma i fråga såsom ersättning för den eliminerade *lex patriae*. I denna del synes Niboyets ståndpunkt dock inte ha vunnit anslutning. De flesta författare (och även det ovan nämnda

¹⁹ Jfr *Lagarde* *Ordre public* 212 ff, *Lepaulle* *DIP* 244 not 1, *Maury* 1954: 13 f.

²⁰ *Batiffol* *DIP* 518 (not 70) och 523 samt 1955: 727; *Delaume* 20 f; *Francescakis* *Renvoi* 215 (not 1); *Holleaux* *FamRZ* 1963: 637; *Lagarde* 1960: 480 samt *Ordre public* 76 (not 114) och 227; *Lerebours-Pigeonnière* 1947: 163; *Louis-Lucas* 1951: 610 och 1959: 420 (jfr också *J* 1957: 304); *Loussouarn* 1952: 659; *Ponsard* 1955: 50 ff; *Rigaux* *Qualifications* 423 och 1957: 76 f. — A.m.: *Maury* 1950 nr 5299.

²¹ *Projet de loi relative au droit international privé* (utarbetat av la Commission de réforme du Code civil, intaget i *R* 1950: 111 ff), art. 33.

lagförslaget) har behandlat endast det fall, att vigseln förrättats i Frankrike — och fransk rätt alltså är såväl *lex fori* som *lex loci celebrationis* — och därför inte behövt ta ställning till frågan. Några av de ovan nämnda författarna har dock klart uttalat sig för generell tillämpning av fransk rätt i dess egenskap av *lex fori*, även när vigseln förrättats utomlands.²²

V. NYARE TYSK DOKTRIN

A. I tysk doktrin blev de av Frankenstein och Niboyet (och, såvitt angår skilsmässomål, även av en del andra författare; jfr nedan i kap. VIII s. 233 f) hävdade uppfattningarna tidigt föremål för en ingående kritik av *Raape*.²³ Till honom har i nyare doktrin bl.a. *Massfeller*, *Serick*, *Kegel* och *Jochem* i princip anslutit sig.²⁴

Enligt Raape bör frågan om äktenskapets giltighet (och säkerligen på motsvarande sätt frågan om giltigheten av skilsmässa, ehuru detta inte direkt berörts i diskussionen) och de olika spörsmålen om dess rättsverkningar bedömas helt oberoende av varandra. Beträffande vart och ett av dem har man att hålla sig till de vanliga kollisionsnormerna i tysk rätt, oavsett att den främmande rätten inte erkänner äktenskapets giltighet.

I korthet motiverar Raape denna mening på följande sätt:²⁵ Kollisionsnormerna beträffande äktenskaps rättsverkningar i olika avseenden ger själva inget stöd för den uppfattningen, att deras hänvisning till en viss lag har till förutsättning att äktenskapet är giltigt från denna lags synpunkt; en sådan tolkning skulle fastmera ofta vara direkt *contra legem*. Några logiska eller andra skäl som skulle tvinga till sagda tolkning finns ej heller. När t.ex. två greker gifter sig i civil form i Tyskland, uppkommer i verkligheten inte — såsom från den motsatta sidan ibland slagordsmässigt påstås (jfr t.ex. Fran-

²² Så av de i not 20 nämnda författarna Lerebours-Pigeonnière, Holleaux och Rigaux.

²³ Raape Kommentar 399 ff, Recueil 487, 1934: 2951 ff och IPR 246, 296 ff.

²⁴ Jochem 392 ff; Kegel IPR 293, Kommentar 762 (Bem. 39) och 794 (Bem. 22) samt 1962: 81 och 113 f; Massfeller 1955: 175 f; Serick 1956: 207 ff, 217 ff (ish 220 f, 236 f). Se också K. Wolff 827.

²⁵ Den mest ingående motiveringen finns hos Raape 1934: 2951 ff, varav det följande utgör ett sammandrag. Argumenteringen utvecklas och granskas närmare nedan i § 3.

kenstein, ovan under II s. 176) — »eine deutsche Ehe». Vad som sker är endast, att vigseln förrättas i tysk rätts *form*, medan de materiella förutsättningarna i vanlig ordning hämtas från grekisk rätt. Äktenskapet är således i själva verket »eine griechisch-deutsche». Varken från logiska eller från andra synpunkter är det något som hindrar, att rättsverkningarna av äktenskapet i vanlig ordning bestäms av grekisk rätt, ehuru grekisk rätt inte erkänner äktenskapet. Den motsatta ståndpunkten skulle, om den konsekvent genomfördes, innebära en urholkning av de egna kollisionssnormerna om äktenskaps giltighet. Det skulle ju nämligen, vid bestämmandet av äktenskapets rättsverkningar, aldrig vara tillräckligt att konstatera att äktenskapet är giltigt enligt sagda kollisionssnormer; en kompletterande prövning av samma fråga finge företas med utgångspunkt från den beträffande rättsverkningarna i princip kompetenta rätten (för att avgöra om denna skulle förbli tillämplig). Denna dubbla prövning skulle dessutom innebära stora komplikationer för rättstillämpningen. I själva verket har den ifrågavarande ståndpunkten heller aldrig genomförts konsekvent, beträffande alla rättsverkningar av äktenskapet (jfr härom ovan under II och III). Men en avgränsning mellan de fall då den dubbla prövningen skall företas och andra fall kan inte bli annat än godtycklig.

Nämnas må, att Raape och övriga här nämnda författare dock behandlar skilsmässomålen särskilt. Ehuru de principiellt anser främmande rätt både kunna och böra tillämpas, oavsett dess inställning till äktenskapets giltighet, gör de sålunda vissa undantag härifrån i nämnda mål; se härom vidare nedan kap. VIII s. 234 f, 240.

B. Annan ståndpunkt än de under A nämnda författarna har i nyare tysk doktrin förfäktats bl.a. av *Neuhaus*.²⁶ Liksom de förut berörda författarna behandlar Neuhaus endast haltande äktenskap (inte haltande skilsmässor). Och härmed förstår Neuhaus — i likhet med andra författare i tysk doktrin men till skillnad från huvuddelen av den franska doktrinen, se ovan under III och IV, s. 177 resp. 180 — endast fall där äktenskapet i det främmande landet (hemlandet) är ett »Nichtehe».

²⁶ Neuhaus Grundbegriffe 255 f. Se även Lauterbach 1955: 36, som utan reservation uttalar, att rättsverkningarna av ett i Tyskland slutet äktenskap, vilket är giltigt enligt tysk rätt men ogiltigt i de trolovades hemland, måste bestämmas av tysk rätt.

Såsom framgått i kap. IV (s. 98), vill Neuhaus i viss utsträckning — nämligen beträffande »icke-nödvändiga» rättsverkningar av äktenskapet — lösa Vorfrage-problemet enligt lex causae-principen. I den mån så sker, innebär det att vissa rättsverkningar uteblir, eftersom äktenskapet från den främmande legis causae synpunkt är ogiltigt, och att de här aktuella problemen bortfaller.

Vad åter angår »die unabdingbaren Wirkungen der Ehe» — vartill Neuhaus förmodligen räknar de flesta av äktenskapets rättsverkningar i personligt hänseende samt skilsmässa — avvisar Neuhaus den »fiktiva» användningen av lex patriae såsom »sinnlos» (utan närmare motivering). I denna del överensstämmer Neuhaus' ståndpunkt med den som hävdats av Frankenstein.

Liksom sistnämnde författare vill Neuhaus vidare använda en objektiv metod för valet av »Ersatzrecht» för den eliminerade lex patriae. Härvid tänker Neuhaus sig emellertid i första hand att gripa tillbaka på »das Recht des (letzten) gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts» — i regel väl svarande mot makarnas lex domicilii²⁷ — och endast i andra hand (om förstnämnda anknytning av någon anledning inte skulle ge utslag) lex loci celebrationis.

VI. SAMMANFATTNING

Tendensen att mera generellt (alltså ej blott i skilsmässomål) göra undantag från de vanliga kollisionsnormerna i här aktuella situationer synes vara starkast i fransk doktrin. En viss sådan tendens finns också i tysk doktrin men är där knappast övervägande. Såväl i den franska som i den tyska doktrinen har diskussionen gällt endast rättsverkningarna av haltande *äktenskap*. Troligt synes dock, att de framförda meningarna äger motsvarande tillämplighet beträffande rättsverkningarna av haltande skilsmässor.

I andra länder än Tyskland och Frankrike (samt Belgien) finns det — alltså med reservation för skilsmässomålen — inga tendenser att frånga de vanliga kollisionsnormerna i hithörande fall. Härav kan dock inga särskilt säkra slutsatser dras, då spörsmålen inte alls synes ha diskuterats på generell nivå.

²⁷ Ang. begreppet »gewöhnlicher Aufenthalt» se Neuhaus Grundbegriffe 151 ff.

Bland de författare som principiellt motsätter sig »fiktiv» användning av främmande rätt och alltså i hithörande situationer vill göra undantag från de vanliga kollisionsnormerna finns vissa, i det föregående redovisade meningsskiljaktigheter. Dessa avser dels frågan vilken lag som bör träda i den främmande, primärt kompetenta rättens ställe, dels räckvidden av de förordade undantagen.

I förstnämnda hänseende rekommenderas sålunda å ena sidan tillämpning av *lex fori* i denna sin egenskap, å andra sidan ett val av »*Ersatzrecht*» på objektiv grundval. Förespråkarna för sistnämnda metod tänker sig oftast *lex loci celebrationis* såsom »*Ersatzrecht*». Annan mening har dock framförts av Neuhaus, se ovan under V s. 183.

Vad angår undantagsreglernas räckvidd, finns i två hänseenden skillnader mellan olika författare.

För det första brukar i tysk doktrin, i den mån undantag från de vanliga kollisionsnormerna där förordas, dessa undantag begränsas till fall där äktenskapet från den främmande, primärt tillämpliga rättens synpunkt är en nullitet (på grund av formfel), alltså till fall av haltande äktenskap i snävare mening (jfr ovan kap. I s. 8). I fransk doktrin utsträcker undantagen däremot även till fall där äktenskapet från den främmande rättens synpunkt är allenast angripbart (på grund av materiella brister); begreppet haltande äktenskap toges i den franska doktrinen i en vidsträcktare mening.

För det andra råder delade meningar — och dessutom i viss utsträckning oklarhet om de olika ståndpunkterna — rörande frågan vilka rättsverkningar av äktenskapet som skall beröras av undantagsreglerna. Så mycket förefaller klart, som att ingen författare, trots att undantagen brukar motiveras med mycket generella argument, vill dra in *alla* rättsverkningar under undantagssystemet. Vad som uttryckligen hänföres dit är oftast skilsmässomålen, till vilka huvudintresset alltjämt knyts, och mål om äktenskapets personliga rättsverkningar. Däremot brukar ingenting sägas om de förmögenhetsrättsliga rättsverkningarna (Frankenstein behandlar dem dock på samma sätt som de personliga), ej heller om barns äkta börd eller legitimation genom efterföljande äktenskap eller om makes arvsrätt. Förmodligen menar de flesta hithörande författare, att dessa typer av mål inte skall beröras av undantagsreglerna.²⁸

²⁸ Annorlunda dock i fransk doktrin Lagarde; jfr nedan kap. XI vid not 126 och kap. XIII vid not 66.

§ 3. DISKUSSION OCH EGET PRINCIPIELLT STÄLLNINGSTAGANDE

I det följande skall jag, i anslutning till den i § 2 lämnade redogörelsen, inventera och granska de olika argument av allmän räckvidd som kan åberopas för och emot särskilda undantagsregler i här aktuella situationer (I--VII nedan). Diskussionen avslutas med ett sammanfattande eget ställningstagande (VIII).

I. FRÄNVARON AV LAGSTÖD FÖR DE IFRAGASATTA UNDANTAGEN

I den tyska doktrinen — med dess utgångspunkt i de (delvis) skrivna kollisionsnormerna i EG beträffande olika rättsverkningar av äktenskap — hänvisas ofta till att dessa kollisionsnormer inte själva ger något stöd för den tolkningen, att deras hänvisning till främmande rätt skulle ha till förutsättning, att äktenskapet är giltigt även från den främmande rättens synpunkt.²⁹

På samma sätt vore det i och för sig möjligt att argumentera i andra länder. Veterligen har det undantag från de vanliga kollisionsnormerna, som i en del av doktrinen förordas när äktenskapet är ogiltigt från den anvisade främmande rättens synpunkt, nämligen inte i något land stöd i lagtext.

Emellertid kan enligt min mening inte något större avseende fästas vid detta argument.

Till en början får man komma i håg, att kollisionsnormerna beträffande olika rättsverkningar av äktenskap och skilsmässa i stor utsträckning är okodifierade. I den mån skrivna kollisionsnormer finns på området — en hel del sådana regler finns t.ex. i schweizisk, svensk, tysk och österrikisk IP — är de mycket ofta, ja nästan regelmässigt, ofullständiga i ett eller annat avseende.

Ett känt exempel härpå är, att de flesta kollisionsnormerna i den tyska EG (liksom i den österrikiska DVO, vilken direkt övertagit åtskilliga av reglerna i EG) är blott ensidiga eller allsidiga men ofullständiga.³⁰ Från svensk rätt kan som exempel nämnas IÅR 1 § p. 1. Denna regel ger det

²⁹ Se Jochem 396, Raape 1934: 2952 och Serick 1956: 208.

³⁰ Om dessa kollisionsnormer och deras tolkning se t.ex. Neuhaus Grundbegriffe 51. — Angående de IP-rättsliga kodifikationernas bristfällighet och därmed sammanhängande tolkningssvårigheter jfr vidare t.ex. Eek 1964: 122 och Schnitzer 1955: 56 f (beträffande den schweiziska NAG).

beskedet, att »makars inbördes rättigheter och skyldigheter i personligt hänseende» skall bedömas enligt lagen i makarnas hemland. Men regeln gäller (omedelbart) endast i förhållande till vissa uppräknade länder. Vad som skall gälla i förhållande till andra länder framgår inte av någon lagtext.³¹ Och även i förhållande till de länder, gentemot vilka den skrivna regeln är direkt tillämplig: vad skall ske i de — numera allt talrikare — fall där makarna har olika nationalitet? Inte heller härpå får man svar i lagtexten (bortsett från fall där makarna tidigare haft gemensam nationalitet, IÅR 1 § p. 9).

I den mån tillämpning av främmande rätt beträffande olika rättsverkningar av äktenskap och skilsmässa sker utan direkt stöd i lagtext — en dylik tillämpning förekommer i större eller mindre utsträckning i alla här aktuella länder — är det uppenbart, att inte heller ev. undantag från de regler, som ligger till grund för en sådan tillämpning, behöver ha stöd i lag. Det förhållandet, att lagtexten inte säger något särskilt beträffande haltande äktenskap och skilsmässor, tillåter m.a.o. inte någon som helst slutsats i här aktuellt hänseende.

Enligt min mening bör någon sådan slutsats emellertid ej heller dras, i den mån de kollisionsnormer, från vilka undantag ifrågasättes i här aktuella fall, verkligen är fixerade i lag. Överhuvud torde det beträffande IP-rättsliga regler sällan finnas anledning uppställa någon grundsats, enligt vilken undantag från dessa regler skulle kräva uttryckligt lagstöd. De IP-rättsliga reglerna är ofta så vittomfattande, att de inte gärna kan upprätthållas i *alla* de fall som enligt reglernas lydelse skulle täckas av desamma.³² Såsom ett uttryck härför kan man se det förhållandet, att domstolarna i allmänhet anses kunna — även utan lagstöd och under förutsättningar som inte i förväg preciserats — korrigera de resultat de IP-rättsliga reglerna i och för sig skulle leda till med hjälp av ordre public-mekanismen. Uppenbarligen finns det även eljest en del specialfall, där det måste överlätas åt domaren att avgöra om de IP-rättsliga lagreglerna lämpligen bör upprätthållas.

Som ett sådant specialfall kan man också se de här aktuella situationerna. Desamma hör (liksom Vorfrage-situationerna) till dem som lagstiftaren regelmässigt kan antas ha varit obekant med vid formu-

³¹ Jfr härom Walin 1965: 198 ff. Såsom där framhålles, råder enighet om att reglerna i IÅR i huvudsak är analogiskt tillämpliga utanför sitt omedelbara verksamhetsområde.

³² Jfr ovan kap. V vid not 8 samt Schöndorf 75.

leringen av de skrivna kollisionssnormerna eller som han i vart fall inte avsett att ta ställning till. Om det verkligen finns bärande skäl för en avvikande kollisionsrättslig lösning i hithörande situationer, bör frånvaron av lagstöd för en sådan avvikelse därför näppeligen utgöra något avgörande hinder.

Endast så mycket synes riktigt och bör fasthållas i det här kritiserade resonemanget, att de av Frankenstein, Niboyet m.fl. föreslagna reglerna innefattar *undantag* från de vanliga kollisionssnormerna beträffande olika rättsverkningar av äktenskap. Genom dessa undantag skulle, såsom framhållits av Raape,³³ även forumrättens kollisionssnormer beträffande äktenskaps giltighet i viss mån komma att urholkas. Det skulle ju nämligen i här aktuella situationer aldrig vara tillräckligt att konstatera, att äktenskapet är giltigt enligt dessa kollisionssnormer; en kompletterande prövning från den främmande legis causae synpunkt bleve ständigt nödvändig.

Klart synes vara, att det måste till särskilda skäl för en sådan ordning. Så länge inga sådana skäl låter sig upptäckas, har man otvivelaktigt att hålla sig till de vanliga kollisionssnormerna. Dessa har m.a.o. *presumtionen* för sig. En dylik presumtion (om vars styrka man kan ha delade meningar) synes man böra räkna med, även om kollisionssnormerna inte föreligger i form av lagtext utan utbildats på annat sätt.

II. UNDANTAG FRÅN KOLLISIONSNORMERNA EN LOGISK NÖDVÄNDIGHET?

Å andra sidan betraktas det, såsom vi sett, i doktrinen ofta som något självklart, synbarligen logiskt nödvändigt, att en främmande lag, som inte erkänner giltigheten av ett äktenskap, inte heller kan ha något att säga till om beträffande dess rättsverkningar. »Das Heimatrecht vermag hier deswegen nicht den Ausschlag zu geben, weil es die Ehe gar nicht anerkennt», säger t.ex. Dölle härom.³⁴

Denna motivering synes innefatta en *petitio principii*; den anger i själva verket blott *förutsättningen* för vår problemställning. Vad som skall bevisas är ju just, att denna förutsättning — hemlandets vägran att erkänna äktenskapet (skilsmässan) — bör föranleda den

³³ Raape 1934: 2952.

³⁴ Dölle 1955: 94 (beträffande personliga rättsverkningar). Se också ovan § 2 s. 175 med noterna 4 och 5 samt nedan kap. VIII § 4 (flerstädes).

slutsats som dras därav, nämligen att hemlandets lag inte kan komma till användning beträffande äktenskapets (skilsmässans) rättsverkningar.³⁵

Påpekas må att de IP-rättsliga reglerna på andra områden ej sällan leder till att en viss lag blir att tillämpa på samma, förment ologiska sätt som om *lex patriae* användes beträffande rättsverkningarna av ett enligt denna lag ogiltigt äktenskap (skilsmässa). Ett köpekontrakt eller ett testamente hålles t.ex. i regel för giltigt till formen, om det upprättats enligt *lex loci actus*. Men rättsverkningarna av kontraktet eller testamentet kan mycket väl vara att bedöma enligt annan lag såsom »Wirkungsstatut», t.ex. den av parterna valda lagen resp. den avlidnes *lex patriae* eller *lex domicilii*. Veterligen har det emellertid aldrig ifrågasatts, att denna lag skulle mista sin kompetens i sådana fall då den för sin del anser rättshandlingen ogiltig på grund av formfel. Den blir helt enkelt inte tillfrågad om sin ståndpunkt i formfrågan, därest rättshandlingen är giltig enligt *lex loci actus*. Den tillämpas beträffande rättsverkningarna, som om den betraktade kontraktet resp. testamentet som giltigt (»fiktivt»).³⁶ Något logiskt hinder häremot står inte att upptäcka.

Det ifrågavarande argumentet för undantag från de vanliga kollisionssnormerna måste således förkastas.

III. UNDVIKANDET AV SPALTNING SÅSOM ARGUMENT FÖR UNDANTAG

Ett vanligt påstående i doktrinen är, såsom framgått, att man i hithörande fall har att göra med »*eine deutsche Ehe*», »*un mariage français*» etc.³⁷ Detta påstående får tjäna som motivering för tillämpningen av annan lag (tysk, fransk etc.) beträffande äktenskapets rättsverkningar än den som enligt vanliga kollisionssnormer skulle ifrågakomma.

Det är inte lätt att få grepp om vad som egentligen menas med denna slagordsmässiga motivering. Måhända är den uttryck för

³⁵ Överensstämmande Mezger 385, Raape Recueil 487 och 1934:2952 samt Serick 1956:209, 215 ff.

³⁶ Jfr t.ex. Neuhaus Grundbegriffe 256.

³⁷ Se t.ex. Delaume 20 f, Frankenstein III 215, Holleaux 1955:155, Niboyet III 570 samt Schöndorf 76. Även begreppet »*divorce français*» förekommer, se ovan not 17.

ungefär samma tankegång som kritiserats ovan under II: eftersom äktenskapet blivit ingånget uteslutande i kraft av tysk eller fransk rätt etc., så måste också dess rättsverkningar med logisk nödvändighet bestämmas av denna rätt. I den mån detta är meningen, kan hänvisas till kritiken ovan.

Emellertid kan meningen också vara, att det är *rättspolitiskt önskvärt att en och samma lag får bestämma beträffande samtliga aspekter av äktenskapet*, alla »faser» av dess utveckling (dess ingående, dess rättsverkningar och upplösning, ev. också rättsverkningarna av upplösningen). En sådan tanke synes klart framträda — vid sidan av idén om »logisk nödvändighet» — i Niboyets framställningar.

Den angivna ståndpunkten har något omedelbart tilltalande över sig. Den har, liksom ofta med Niboyets läror, fördelen att vara klar, enkel och konsekvent. Den är också i linje med en viss tendens i modern IP-rättslig doktrin att i görligaste mån respektera »rättsinstitutens enhet», d.v.s. att undvika en kollisionsrättslig spaltning av nära sammanhörande frågor.³⁸

Emellertid är ett krav på användning av en och samma lag på alla aspekter av äktenskapet alldeles för vittgående. Om man t.v. bortser från de haltande äktenskapen — vilka ju är ett specialfall — kan man lätt konstatera, att den internationella privaträtt som faktiskt finns är fjärran från en sådan målsättning. I de flesta länders kollisionsrätt skiljes t.ex., vad angår äktenskapets ingående, mellan formen härför och de materiella förutsättningarna, med påföljd att dessa frågor kan bli bedömda enligt olika lagar.³⁹ Och beträffande de olika rättsverkningarna av äktenskap finns det särskilda kollisionsnormer, vilka ingalunda generellt leder till användning av den lag eller någon av de lagar, vilka varit relevanta vid äktenskapets ingående. Det positivrättsliga läget illustreras väl med ett av Raape anfört exempel:⁴⁰ En fransman gifter sig med en schweizisk kvinna i Tyskland. De materiella förutsättningarna bestäms här av fransk rätt (beträffande mannen) och schweizisk rätt (beträffande hustrun); vigseln förrättas i tysk rätts form. Förvärvar makarna (eller enbart mannen) sedermera nederländskt medborgarskap, skall ett mål om

³⁸ Jfr t.ex. Eck IPR 122 ff, Neuhaus Grundbegriffe 82 ff och Schwind 1958: 456 ff.

³⁹ Jfr ovan kap. II s. 24 ff och 35 ff.

⁴⁰ Raape 1934: 2951 f.

skilsmässa mellan makarna vid tysk domstol bedömas enligt nederländsk rätt (i kumulation med tysk rätt såsom *lex fori*). Det är alltså uppenbart, att äktenskapets förutsättningar och rättsverkningar de lege lata mycket ofta måste bedömas enligt skilda rättsordningar.

I själva verket synes Niboyets ståndpunkt även de lege ferenda skjuta vida över målet. Såsom det redan i tidigare sammanhang funnits anledning framhålla,⁴¹ torde spaltningen i regel inte vålla svårigheter eller olägenheter av något slag. Varför skulle man inte, i exemplet ovan, kunna knyta nederländsk rätts rättsverkningar, inklusive skilsmässa, till äktenskapet, ehuru nederländsk rätt inte haft något att säga till om vid dess ingående? Svårigheter att koppla ihop två eller flera rättsordningar kan visserligen undantagsvis uppkomma, nämligen vid fundamentala skillnader mellan de båda rättsordningarnas uppfattning om äktenskapets »väsen», vid förekomsten av en »*défaut de communauté juridique*» som Niboyet säger.⁴² Ett i doktrinen ofta anfört och även från rättspraxis välkänt exempel härpå är, att en västerländsk rättsordnings skilsmässoregler — t.ex. regler om skilsmässa på grund av äktenskapsbrott — inte gärna kan användas beträffande ett polygamt äktenskap.⁴³ Med den av mig använda terminologin föreligger det i sådana fall ett substitutionsproblem.

Emellertid finns det ingen som helst anledning anta, att sådana problem skulle vara speciellt vanliga just vid haltande äktenskap. Att *generellt* anta en djupgående skillnad mellan den eller de lagar, i kraft av vilka äktenskapet tillkommit, och den lag som enligt vanliga kollisionsnormer skall bestämma dess rättsverkningar men som in concreto inte erkänner dess gillighet, synes rent godtyckligt. Ett exempel kan visa detta:

Enligt Raape, som ju i princip är motståndare till att undantag från de vanliga kollisionsnormerna göres vid haltande äktenskap, är det likväl i vissa fall nödvändigt att göra sådana undantag. Så om spanska medborgare (katoliker) har ingått äktenskap i Tyskland i civil form och det sedermera väckes talan om skilsmässa vid tysk domstol.⁴⁴ Enligt huvudregeln i tysk IP (EG art. 17 I) skall denna fråga prövas enligt spansk rätt, vilket skulle få till följd att skilsmässa inte kunde beviljas. Emellertid avvisar Raape

⁴¹ Jfr kap. V s. 144 f. Jfr också t.ex. Neuhaus Grundbegriffe 85 f.

⁴² Niboyet III, t.ex. 495 ff.

⁴³ Jfr härom i engelsk rätt Dicey 288 f. Se även ovan kap. III s. 81 f.

⁴⁴ Raape IPR 298. Se även Raape 1934: 2954 och Massfeller 1936: 2466, som ansluter sig till Raapes resonemang.

denna lösning med motivering att regeln i spansk rätt om förbud mot skilsmässa skulle förutsätta ett i spansk rätts religiösa (kanoniska) form slutet äktenskap. Den skulle inte alls vara avpassad för detta fall, där förut-sättningen brister och det i stället föreligger ett rent civilt äktenskap. Spansk rätt bör därför enligt Raape inte komma till användning i skilsmässomålet. --- Raapes antagande om ett samband mellan regeln om religiös vigsel och förbudet mot skilsmässa synes mycket lösligt grundat. I verkligheten finns det i intern spansk rätt även ett civiläktenskap, ehuru denna form står öppen endast för icke-katoliker (Cod. civ. esp. art. 42). Regeln om äkten-skaps ouplöslighet (Cod. civ. esp. art. 52) gäller emellertid för alla äkten-skap, oavsett om de ingåtts på det ena eller andra sättet. Att regeln skulle vara s.a.s. oskiljaktigt knuten till iakttagandet av den kanoniska vigsel-formen — så att den inte skulle »passa» för ett civiläktenskap — är alltså inte riktigt.

Även i ett annat hänseende kan man rikta invändningar mot det här ifrågavarande argumentet för undantag. Dessa undantag leder nämligen i verkligheten inte till det eftersträfvade målet, tillämp-ningen av en enda lag beträffande alla aspekter av äktenskapet.⁴⁵ Två omständigheter är härvid att observera.

När t.ex. en spanjor vill gifta sig i civil form i Sverige eller Tysk-land eller Frankrike, bestäms de materiella förutsättningarna för giftermålet, såvitt honom angår, av spansk rätt. Den omständig-heten, att spansk rätt inte kommer att erkänna äktenskapet (med mindre även religiös vigsel äger rum), återverkar inte på prövningen av de materiella förutsättningarna. Dessa tages i vanlig ordning från spansk rätt. Härom är doktrinen i det närmaste ense (annorlunda dock Niboyet); och så förfares otvivelaktigt också i praxis.⁴⁶ Man kan då inte säga, att det blir ett »svenskt» resp. »tyskt» eller »franskt» äktenskap som ingås. Det är, såsom framhålles av Raape,⁴⁷ endast *formen* som bestäms av vigsellandets lag. Rätteligen bör man tala om ett »svensk-spanskt» resp. »tysk-spanskt» och »fransk-spanskt» äktenskap; »spanskt» är det med avseende på de materiella förut-sättningarna. I alla händelser är det tydligt, att när de materiella förutsättningarna bedöms enligt annan lag än den som bestämmer formen, så kan man aldrig uppnå det som skulle vara motiveringen

⁴⁵ Jfr härtill Raape 1934: 2953 och Mezger 383.

⁴⁶ Detta är Niboyet också själv på det klara med för fransk rätts del, se Niboyet V 337 f, där den de lege lata antagna lösningen betecknas som »tout à fait artificiel». — Från tysk rättspraxis se t.ex. KG 14.9.1961, som är i överens-stämmelse med det i texten sagda.

⁴⁷ Raape 1934: 2954.

för de här diskuterade undantagsreglerna: att äktenskapet därigenom i alla avseenden skulle bli underställt en enda lag.

Vidare märkes, att denna motivering är oförenlig med det förhållandet, att de flesta hithörande författare såsom ersättning för den eliminerade främmande rätten förordar *lex fori*. Möjligt är att denna lag överhuvud inte kommit till tals vid äktenskapets ingående, nämligen om vigseln förrättats utomlands i vigsellandets form.

Den i nämnda två hänseenden anförda kritiken drabbar inte Niboyet. Enligt honom skall ju, när en utlänning vill gifta sig i en form som föreskrives i vigsellandets lag men som inte erkännes i hans hemland, hans *lex patriae* skjutas åt sidan i *alla* avseenden, även beträffande de materiella förutsättningarna, och ersättas med vigsellandets egen lag. Vid spanjorens giftermål i Sverige skall, om man applicerar denna lära, spansk rätt lämnas helt utan beaktande. Möjligen skall detsamma ske med *andra* kontrahentens *lex patriae* (detta framgår inte fullt klart av Niboyets uttalanden). På så vis skulle man få ett rent »svenskt» äktenskap, ingånget uteslutande i kraft av svensk rätt. Och rättsverkningarna härav skall enligt Niboyet bestämmas av svensk rätt såsom *lex loci celebrationis*, även om fråga därom uppkommer i annat land, t.ex. i Frankrike. Ifrågasvarande lära, vilken åtminstone i sistnämnda del omfattas även av Frankenstein, har av Kegel (med eget avståndstagande) formulerats i följande regel:

Ist die Ehe kraft Ortsform gültig, nach dem Heimatrecht eines der Ehegatten wegen Formmangels Nichtehe, so unterliegt sie in allem der *lex loci actus*.⁴⁸

Denna ståndpunkt är som sagt konsekvent. Men det synes också vara det enda positiva som kan sägas om den. I alla händelser är dess förutsättning, tillämpningen av en enda lag beträffande äktenskapets ingående, oförenlig med gängse uppfattningar de *lege lata* (vilket Niboyet också medger för fransk rätts del).

Även den här berörda argumenteringen bör således avvisas såsom ohållbar.

⁴⁸ Kegel Kommentar 762 (Bem. 39). Formuleringen hänför sig till Frankensteins lära. Niboyets regel har ett vidare tillämpningsområde, då Niboyet till densamma hänför även fall av sådan ogiltighet enligt hemlandets lag, som grundar sig på *materiella* skäl.

IV. OMÖJLIGHETEN ATT UPPNÅ INTERNATIONELL ENHETSBEDÖMNING
GENOM DE VANLIGA KOLLISIONSNORMERNA SÅSOM ARGUMENT FÖR
UNDANTAG FRÅN DESSA

En tänkbar motivering för undantag från de vanliga kollisionssnormerna, vilken möjligen föresvävat Neuhaus när han betecknar den »fiktiva» användningen av *lex patriae* vid haltande äktenskap såsom »sinnlos»,⁴⁹ är följande: Det bärande skälet för att man i normala fall — när man *inte* har att göra med haltande rättsförhållanden — tillämpar t.ex. *lex patriae* beträffande rättsverkningarna av ett äktenskap (en skilsmässa) är, att man därigenom till en viss grad kan uppnå internationell enhetsbedömning. Utsikterna för att t.ex. ett underhållsanspråk mellan makarna skall få samma utgång som i hemlandet ökar väsentligt, om forulandet tillämpar nämnda lands lag på anspråket. Men just i de fall då äktenskapet är haltande i den meningen, att det inte erkännes som giltigt i hemlandet, bortfaller utsikterna till enhetsbedömning beträffande underhållsanspråket. Även om forulandets domstolar tillämpar hemlandets lag beträffande detta anspråk, kan utgången inte bli densamma som i hemlandet, eftersom detta lands myndigheter ju skulle utgå från att det inte finns något giltigt äktenskap och alltså under inga omständigheter kunna utdöma något underhåll.⁵⁰ Kollisionssnormen, som föreskriver tillämpning av hemlandets lag i mål om underhåll, skulle därmed mista sin ratio. Forulandet kunde därför utan betänkligheter underlåta att tillämpa den främmande rätten.

Emellertid synes detta resonemang överdriva betydelsen av enhetsbedömningen såsom bärande ratio för olika kollisionssnormer. När t.ex. en kollisionssnorm beträffande arv hänvisar till arvlåtarens *lex patriae*, är detta väl i allmänhet uttryck för en värdering i forulandet, enligt vilken mål av detta slag typiskt sett har sin starkaste anknytning till arvlåtarens hemland. Detta lands rättsordning är enligt forulandets uppfattning »das örtlich bessere Recht». ⁵¹ En *effekt* av att tillämplig lag bestämmes på detta sätt blir sedan kanske ofta — men visst inte alltid — att avgörandet utfaller

⁴⁹ Neuhaus Grundbegriffe 256.

⁵⁰ Här liksom överhuvud i detta kapitel utgår jag från att forulandet inte väljer en *lex causae*-lösning på Vorfage-problemet; i så fall skulle den nu aktuella frågeställningen bortfalla.

⁵¹ Jfr t.ex. Gottlieb 547 f.

på samma sätt som det skulle ha gjort i arvlåtarens hemland. Men härifrån är steget långt till att säga, att kollisionsnormerna om arv mister sin ratio och därför inte bör upprätthållas i sådana fall där sagda effekt av någon anledning uteblir (t.ex. emedan hemlandets domstolar skulle ha avgjort målet enligt annan lag än sin egen). I själva verket torde domstolarna som regel — bortsett från »the foreign court theory» (varom ovan kap. IV s. 108 f) — vid tillämpning av främmande rätt inte alls undersöka, om denna tillämpning verkligen leder till enhetsbedömning i förhållande till det främmande landet; i åtskilliga fall är det uppenbart, att denna effekt *inte* uppnås.⁵²

Min slutsats blir därför, att inte heller det här ifrågavarande argumentet för avsteg från de vanliga kollisionsnormerna kan godtas. Det går inte att säga, att tillämpningen av främmande rätt beträffande rättsverkningarna av ett äktenskap eller en skilsmässa blir »sinnlos» enbart av det skälet, att den inte medför enhetsbedömning.

Beträffande en variant av det här kritiserade resonemanget, som är av betydelse i en särskild typ av mål, nämligen beträffande skilsmässa i haltande äktenskap, må hänvisas till kap. VIII § 4 VII A s. 263 f.

V. MÖJLIGHETEN ATT ETT ÄKTENSKAP FÖRLORAR SIN EGENSKAP AV HALTANDE SÄSOM ARGUMENT MOT UNDANTAGSREGLER

Många äktenskap är haltande endast under en viss, längre eller kortare, tid för att sedan förlora denna sin egenskap. Så är t.ex. *alla* äktenskap som ingås av greker eller spanjorer (av ortodox resp. katolsk trosbekännelse) i civil form, i ett land som obligatoriskt föreskriver eller fakultativt medger sådan vigselform, från början haltande (såvida inte en religiös vigselceremoni *föregått* den civila vigseln, något som dock torde höra till ovanligheterna).⁵³ Men i de

⁵² Se t.ex. det svenska pleniavgörandet NJA 1939: 96, där främmande (staten Washingtons) rätt tillämpades i ett arvsfall, fastän detta medförde annan utgång än tvisten skulle fått i den främmande staten (vars domstolar — om de ansett sig behöriga — skulle ha tillämpat svensk rätt).

⁵³ I länder med obligatoriskt civiläktenskap är prästerna i allmänhet vid straffansvar förbjudna att förrätta religiös vigsel innan den civila formen iakttagits. Se t.ex. den franska Code pénal art. 199—200, den belgiska Code pénal art. 267 samt den tyska PStG § 67.

flesta av dessa fall torde en kompletterande religiös vigsel sedermera äga rum,⁵⁴ varigenom hemlandets krav uppfylles och äktenskapet upphör att vara haltande.

Det är naturligtvis inte möjligt att från början, när blott den civila vigseln ägt rum, veta om eller hur länge äktenskapet kommer att förbli haltande.⁵⁵ Det beror på om och när kontrahenterna låter komplettera den civila vigseln med den från hemlandets synpunkt erforderliga religiösa ceremonin.

Häri synes ligga ett gott skäl *mot* undantagsregler beträffande rättsverkningarna vid haltande äktenskap. Har man sådana regler, måste i alla de fall där den kompletterade religiösa vigseln sedermera kommer till stånd — och dessa fall torde som sagt vara i majoritet — rättsverkningarna bestämmas av skilda lagar vid olika tidpunkter. Under det första skedet — tiden mellan den civila och den religiösa vigseln, medan äktenskapet ännu är haltande — skulle hemlandets lag (om den är tillämplig enligt de allmänna reglerna) inte kunna användas utan finge ersättas med t.ex. *lex fori*. Men sedan den religiösa vigseln kommit till, skulle hemlandets lag få ta vid; i detta läge, när äktenskapet inte längre är haltande, saknas ju varje anledning att frångå de vanliga kollisionsnormerna.

Dylika växlingar i tillämplig lag, vilka tydligen skulle få ske i ett mycket stort antal fall, kan inte undgå att vålla svårigheter och torde för kontrahenterna själva såväl som för tredje man (det sistnämnda särskilt betydelsefullt i vad avser den äktenskapliga förmyndhetsrätten) framstå som överraskande och nyckfulla. Å andra sidan skulle systemet, såsom påpekats i doktrinen,⁵⁶ faktiskt skapa ett visst utrymme för partsautonomi, på ett område där denna inte alls hör hemma; kontrahenterna skulle genom sitt val av vigselform kunna bestämma, huruvida den ena eller andra lagen skall bli tillämplig beträffande äktenskapets rättsverkningar.

⁵⁴ Jfr t.ex. Götz 150 (beträffande förhållandena i Schweiz).

⁵⁵ Häri ligger också ett argument mot Niboyets förslag (ovan § 2 s. 177 f) att i de fall, då hemlandet kräver religiös vigsel och därför inte kommer att erkänna ett i Frankrike i civil form ingånget äktenskap, undandra *lex patriae* även bestämmandet av de materiella förutsättningarna för äktenskapet. Varför en så radikal operation, när man vid förrättandet av den civila vigseln aldrig kan veta, att densamma inte kommer att följas av en religiös, i hemlandet giltig vigsel?

⁵⁶ Jfr Raape 1934: 2954, Rigaux *Qualifications* 413 f, Wengler 1956: 92 f och K. Wolff 827.

VI. SVÅRIGHETERNA MED DEN NÄRMARE UTFORMNINGEN AV
UNDANTAGSREGLERNA

Dessa svårigheter, vilka utgör ett nytt skäl mot undantag, hänför sig dels (A) till bestämmningen av undantagsreglernas *tillämpningsområde*, dels (B) till reglernas närmare *innehåll*.

A. I förstnämnda hänseende kan man skilja mellan två frågor:

1) Skall undantag från de vanliga kollisionsnormerna — såvitt angår haltande *äktenskap* — göras endast i sådana fall, där äktenskapet från den främmande rättens synpunkt är en *nullitet*, eller också i fall där det blott är *angripbart*? I förstnämnda riktning besvaras frågan i tysk doktrin, medan däremot fransk doktrin behandlar de båda fallen lika.

Enligt min mening bör undantagsreglerna — om sådana överhuvud skall uppställas — begränsas till nullitetsfallen. Med dessa fall bör dock likställas sådana, där ett angripbart äktenskap blivit ogiltigförklarat i hemlandet (genom dom som inte erkännes i forulandet). Den franska doktrinen ståndpunkt, enligt vilken angripbara äktenskap även eljest skulle likställas med nullitetsfallen, synes inte tillräckligt grundad och finner förmodligen sin förklaring i att distinktionen mellan nullitet och angripbarhet spelar en mycket ringa roll i *intern* fransk rätt.⁵⁷

2) Beträffande *vilka rättsverkningar* skall undantagsreglerna gälla? Här föreligger ett besvärligt problem, vilket uppkommer såväl vid haltande äktenskap som vid haltande skilsmässa. Å ena sidan har de motiveringar som i doktrinen åberopas för undantag (jfr ovan II—IV), såsom tidigare påpekats, generell räckvidd. De kan åberopas beträffande alla möjliga rättsverkningar av såväl äktenskap som skilsmässa. Å andra sidan behandlar de hithörande författarna, i vart fall uttryckligen, endast rättsverkningar av äktenskap. Och i denna del synes de ense så långt, att undantagsreglerna *inte*, såsom motiveringarna kunde ge anledning förmoda, skall avse alla rättsverkningar utan endast en del av dem.

Detta är, såsom påpekats av Raape,⁵⁸ en inkonsekvens i systemet. Den bestyrker ytterligare min i det föregående uttalade uppfattning att de generella motiveringarna för undantagsregler inte är hållbara.

Vid genomförandet av gränsdragningen kring undantagsreglernas tillämpningsområde synes den hithörande doktrinen benägen att —

⁵⁷ Jfr ovan vid not 10 och kap. II vid not 37.

⁵⁸ Raape 1934: 2952.

liksom vid Vorfrage-problemet — i stort sett skilja mellan »närmare» och mer »avlägsna» rättsverkningar av äktenskapet. Endast de förra dras in under undantagsreglerna (vid Vorfrage-problemet iaktogs det motsatta fenomenet; tendensen att ge utrymme för lex causae-principen var starkast beträffande de mer »avlägsna» rättsverkningarna av äktenskapet resp. skilsmässan). Till desamma hänföres t.ex. av samtliga hithörande författare mål om äktenskapets personliga rättsverkningar men inte mål om arv.

Såsom förut påpekats, råder emellertid i doktrinen i flera avseenden dels oenighet, dels oklarhet om hur gränsen för särreglerna närmare bestämt skall dras. Överhuvud kan i detta sammanhang sägas detsamma som förut om Vorfrage-problemet. Någon enighet om gränslinjen låter sig inte uppnås. En avsevärd osäkerhetsmarginal blir ofrånkomlig. Dessa svårigheter undvikas, om man låter de vanliga kollisionsnormerna gälla och avstår från att uppställa undantag.

B. Svårigheter möter också, när det gäller att bestämma vilken lag som skall träda i stället för den normalt tillämpliga lex causae. Härom råder, såsom förut framgått, delade meningar och viss oklarhet i doktrinen. För egen del har jag inte anledning att i detta sammanhang ta ställning till frågan, eftersom jag ställer mig avvisande till tanken på särregler. Problemet bortfaller då.

VII. KOMPLIKATIONERNA FÖR RÄTTSTILLÄMPNINGEN SÅSOM ARGUMENT MOT UNDANTAG

Som ytterligare ett skäl mot avvikelser från de vanliga kollisionsnormerna kan anföras, att ett sådant system — även bortsett från svårigheterna med dess utformning — måste leda till komplikationer för rättstillämpningen. Dessa svårigheter kommer sig av det förut nämnda förhållandet, att domaren i hithörande fall bleve tvungen att företa en *dubbel* prövning av äktenskapets (skilsmässans) giltighet, först från forumrättens egen synpunkt och sedan från det främmande landets. Den sistnämnda undersökningen skulle innefatta användning av främmande IP-regler. Här gäller den redan beträffande Vorfrage-problemet påpekade synpunkten, att sådana undersökningar kan vara mycket betungande och ge utrymme för

avsevärd osäkerhet. Inte minst torde det kunna vålla vanskligheter att med säkerhet avgöra, huruvida det främmande landet betraktar äktenskapet som en nullitet eller endast som angripbart. Härpå tyder i alla händelser vissa avgöranden från tysk rättspraxis.⁵⁹

VIII. SAMMANFATTNING

Vid genomgången ovan (II—IV) har jag inte kunnat finna något hållbart skäl *för* någon allmän princip om undantag från de vanliga kollisionsnormerna vid haltande äktenskap och skilsmässor. Där-
emot har jag (under V—VII) funnit flera skäl som avgjort talar *mot* en dylik princip. Vid sådant förhållande synes det klart, att de vanliga kollisionsnormerna normalt sett kan och bör komma till användning även beträffande rättsverkningarna av ett haltande äktenskap (skilsmässa).

Detta ställningstagande bildar utgångspunkten för mina egna resonemang och värderingar beträffande hithörande spörsmål i den speciella delen. I denna del kommer jag emellertid, liksom beträffande Vorfrage-problemet, också att se om det beträffande särskilda typer av mål finns anledning inta annan ståndpunkt än här skett. I den mån så befinnes vara fallet, får ställning också tagas till frågan om valet av »Ersatzrecht».

⁵⁹ Se t.ex. LG Berlin 14.5.1934 och härtill Bergmann 1935: 258 f samt KG 3.5. 1937 och härtill Süß 1937: 2525. — Angående felaktiga antaganden i fransk och belgisk rättspraxis beträffande äktenskaps ogiltighet från främmande rätts synpunkt se Rigaux Qualifications 395 ff.

AVDELNING III

SPECIELL DEL

KAPITEL VII

INLEDNING TILL DEN SPECIELLA DELEN

I. INRIKTNING

I denna del skall jag syssla med de haltande äktenskapens och skilsmässornas problem, sådana de ter sig i en rad särskilda typer av mål där frågan om äktenskapets (skilsmässans) giltighet är relevant.

De typer av mål jag skall behandla är: mål om skilsmässa (kap. VIII), om äktenskaps rättsverkningar i personligt och förmögenhetsrättsligt hänseende (kap. IX resp. X), om barns äkta börd och legitimation genom föräldrarnas efterföljande äktenskap (kap. XI), om makes arvsrätt (kap. XII), om rättsverkningarna av skilsmässa makarna emellan och beträffande barnen (kap. XIII) samt om omgifte efter tidigare äktenskap och giltigheten av det nya äktenskapet (kap. XIV). Framställningen kommer därmed att täcka de allra flesta fall där de i avhandlingen aktuella problemen i praktiken uppkommer.

De problem som tas upp i denna del är i huvudsak desamma som i den allmänna delen, alltså Vorfrage-problem och spørsmål om tillämplig lag beträffande de olika rättsverkningarna vid haltande äktenskap och skilsmässor. Dessa problem diskuteras med avseende på *samtliga* här behandlade typer av mål. Dessutom uppmärksammas beträffande vissa typer av mål särskilda frågor. I princip begränsar jag mig här liksom eljest i avhandlingen till de problem som är *speciella* för det haltande äktenskapet (skilsmässan). Frågor rörande ett äktenskaps (skilsmässas) rättsverkningar, vilka kan uppkomma även i normala fall — när äktenskapet (skilsmässan) är giltigt såväl i forumlandet som i det eller de inblandade främmande länderna — lämnas principiellt utanför blickfältet.

Framställningen tar sikte på att skildra rättstillståndet i de förut nämnda länderna, nämligen Belgien, England, Frankrike, Schweiz, Sverige, Tyskland och Österrike. I den mån undersökningarna utmynnar i att en viss fråga från ett visst lands synpunkt får anses som »öppen» — vilket ej sällan är fallet — försöker jag i viss utsträckning att på grundval av det befintliga materialet göra prognoser de lege lata. Därjämte skall jag, såsom förut nämnts, för egen del ta ställning de lege ferenda till de frågor som behandlas, i huvudsak till komplettering av vad som härutinnan anförts i den allmänna delen.

II. MATERIALET

Materialet till framställningen i denna del — huvudsakligen doktrin och rättspraxis — är mycket ojämnt fördelat såväl mellan de olika typerna av mål som mellan de här ifrågavarande länderna. I många fall saknas helt rättspraxis till en viss fråga i ett eller flera länder eller är praxis föga givande. Särskilt i dessa fall är tendenserna i doktrinen av värde också för en bedömning de lege lata.

Ojämnheterna i materialets fördelning på de olika länderna återspeglar delvis det förhållandet, att jag i avhandlingen sysslar dels med stora länder som Tyskland och Frankrike, dels med små länder som Sverige och Österrike. Det är naturligt, att såväl doktrin som praxis inom den internationella privaträtten i allmänhet är mycket rikligare i de förra länderna än i de senare.

Av stor betydelse är emellertid också, att uppkomsten av de båda i avhandlingen diskuterade huvudproblemen förutsätter att en främmande rättsordning enligt forumlandets kollisionssnormer är tillämplig beträffande en rättsverkan av äktenskapet (skilsmässan). Frekvensen av sådana situationer är mycket olika från land till land, bl.a. beroende på innehållet i dess kollisionssnormer. Nämnda frekvens är t.ex. förhållandevis stor i Tyskland, där ifrågavarande rättsverkningar, liksom frågor inom personalstatutet överhuvud, som huvudregel bedöms med utgångspunkt från nationalitetsprincipen och där antalet utlänningar (i synnerhet »Gastarbeiter» från de sydeuropeiska länderna) dessutom är stort. Däremot synes

tillämpning av främmande rätt vara betydligt mera sällsynt i ett land som England, där nationalitetsprincipen inte har något utrymme och där hithörande typer av mål regleras av *lex fori* eller *lex domicilii*. En faktor av viss betydelse är också, att främmande rätt tillämpas *ex officio* i vissa länder, bl.a. i Tyskland, men inte t.ex. i England.¹

Slutligen må i detta sammanhang påpekas, att de ifrågavarande problemens aktualisering i rättspraxis säkerligen inte är oberoende av deras behandling — eller brist på behandling — i doktrinen. Problemen uppmärksammas lättare av parter och domstolar, när terrängen förberetts i doktrinen, men passerar ofta oupptäckta, om de inte förut diskuterats i doktrinen. Härefter ligger troligen en del av förklaringen till att ställningstagandena i tysk rättspraxis till de här behandlade problemen är talrikare än i de andra länderna.

III. DISPOSITIONEN

I denna del ägnas ett kapitel åt varje särskild typ av mål (kap. VIII—XIV). Till slut följer vissa konklusioner på basis av den företagna genomgången (kap. XV).

Ordningföljden mellan de olika kapitlen har angetts ovan under I. Därom må anmärkas endast, att det väl i och för sig vore naturligtast att behandla de personliga, förmögenhetsrättsliga och arvsrättsliga rättsverkningarna av äktenskap före målen om skilsmässa men att den motsatta ordningföljden, som här tillämpas, är motiverad med hänsyn till materialets beskaffenhet. Diskussionen i doktrinen och avgörandena i rättspraxis beträffande den i kap. VI angivna problematiken har nämligen, såsom förut omtalats, företrädesvis varit inriktad på mål om skilsmässa. Först senare och endast i mindre utsträckning har dessa problem uppmärksamats beträffande övriga typer av mål.

Inom vart och ett av kap. VIII—XIV redogöres först — översiktligt och endast såvitt bedömts erforderligt för förståelsen av den i resp. kapitel behandlade problematiken — för de aktuella ländernas IP-regler beträffande resp. typ av mål och ibland även för

¹ Se härom t.ex. Riezler IZPR 492 ff och Dicey 1107 ff.

vissa materiella regler av intresse i sammanhanget, varefter frågeställningarna i resp. kapitel uppdrages och exemplifieras. Därefter följer redogörelser för och slutsatser av materialet i de olika länderna beträffande resp. frågor. Beträffande varje fråga för sig kommer till sist en sammanfattning (i den mån så behövs) samt egen diskussion och eget ställningstagande till densamma.

KAPITEL VIII

MÅL OM SKILSMÄSSA

§ 1. UTGÅNGSPUNKTER OCH FRÅGESTÄLLNINGAR

I. Beträffande skilsmässomål kan man till en början fråga sig, om de vanliga *domsrättsreglerna* bör gälla i fall av haltande äktenskap.

Antag att det i forulandet finns en domsrättsregel, enligt vilken skilsmässomål må upptagas till prövning endast om svaranden har sitt hemvist i forulandet. Bör en sådan regel ovillkorligen upprätthållas även i ett fall där svaranden visserligen har sitt hemvist utomlands men där det främmande landet — i motsats till forulandet — betraktar äktenskapet såsom icke existerande (ogiltigt eller upplöst)? Eller bör domstolarna i en sådan situation, där skilsmässa tydligen inte kan erhållas i det främmande hemvistlandet, undantagsvis och förutsatt att det i övrigt finns anknytning till forulandet kunna upptaga målet till prövning?

Vad som här ifrågasatts är alltså en viss *extending* av domsrätten i skilsmässomål i fall av haltande äktenskap. En dylik *extending*, innefattande undantag från vad som i allmänhet gäller beträffande domsrätten, kan komma i fråga i olika situationer. Material till belysning av vissa sådana situationer finns i engelsk, tysk och fransk rätt. Härför redogöres i § 2 I nedan.

Särskilt accentuerat framträder hithörande frågor i länder där domsrättsreglerna förutser att skilsmässomål må upptagas till prövning endast om jurisdiktionen (eller blivande dom på skilsmässa) kan beräknas bli *erkänd* i makarnas hemland eller detta land åtminstone inte gör anspråk på exklusiv jurisdiktion i skilsmässomål beträffande egna medborgare. Sådana domsrätsbestämmer finns, såsom omtalats i kap. II, bl.a. i schweizisk, tysk, öster-

rikisk och svensk rätt (men inte i övriga, här aktuella länder). Skall sagda förutsättning för domsrätt upprätthållas även i fall där äkten-skapet, ehuru från foru-landets synpunkt giltigt och bestående, i hemlandet betraktas som ogiltigt eller upplöst? Eller bör reglerna vidkännas undantag i dessa fall?

Denna frågeställning behandlas — från de nämnda rättssyste-mens synpunkt — i § 2 II nedan.

II. I fortsättningen utgår jag från att ev. domsrättsproblem är avklarade. Domstolen har funnit sig behörig.

Vid den sakliga prövningen av skilsmässomål beredes i samtliga här aktuella länder utom i England ett visst utrymme åt främmande rätt. Särskilt när *båda* makarna är utländska medborgare, krävs det i dessa länder för beviljande av skilsmässa regelmässigt, att orsak därtill finnes enligt hemlandets lag (eller åtminstone att denna lag överhuvud känner institutet skilsmässa; så enligt nuvarande belgisk IP). IP-reglerna för dessa fall såväl som för »mariages mixtes» har berörts i kap. II (s. 41 ff), vartill må hänvisas. Tilläggas bör här, att skilsmässa inte i något av de ifrågavarande länderna torde beviljas, med mindre orsak därtill finnes *även* enligt foru-landets interna rätt.¹ I den mån främmande rätt tillämpas i skilsmässomål, sker det därför regelmässigt i kumulation med *lex fori*.

I den mån bedömningen av skilsmässofrågan ankommer på främ-mande rätt, kan man — i anslutning till framställningen i avhand-lingens allmänna del — formulera två problem som aktualiseras vid haltande äktenskap.

A. Till en början ett Vorfrage-problem. Dom på skilsmässa för-utsätter ett giltigt och bestående äktenskap mellan parterna. Skall frågan huruvida denna förutsättning är uppfylld bedömas utifrån forumrättens egna eller utifrån det främmande skilsmässostatutets IP-regler? Antag t.ex., att grekiska medborgare har gift sig i Öster-rike och att det därefter uppkommer ett skilsmässomål dem emellan

¹ Detta följer direkt av lagtexten, såvitt angår rätten i Belgien (lag 27.6.1960 »sur l'admissibilité du divorce lorsqu'un des conjoints au moins est étranger», art. 3), Schweiz (NAG art. 7 h III), Sverige (IÄL 3: 2 I), Tyskland (EG art. 17 IV) och Österrrike (DVO § 8 IV). För fransk rätts del tenderar doktrin och praxis i samma riktning, se t.ex. Batiffol DIP 517.

i samma land. Kan skilsmässa ifrågakomma, om (a) äktenskapet ingåtts enbart inför österrikisk civilståndsmyndighet, d.v.s. är giltigt enligt österrikiska men ogiltigt enligt den grekiska legis causae IP-regler?² Hur förhåller det sig i det omvända fallet (b), att vigseln förrättats enbart av ortodox präst och äktenskapet således är giltigt enligt den grekiska legis causae men ogiltigt enligt den österrikiska legis fori IP-regler?

Hithörande frågor kan ställas i samtliga avhandlingar aktuella länder utom i England, där lex fori alltid är ensam tillämplig beträffande skilsmässan.

Frågorna upptages till behandling i § 3 nedan.

B. Antag att Vorfrage-problemet löses så, att forumrättens ståndpunkt beträffande äktenskapets giltighet anses avgörande — och det må förutskickas att någon tvekan härom knappast råder — samt att äktenskapet från forumlandets synpunkt är *giltigt* (och bestående). Vigseln har i exemplet ovan förrättats i österrikisk rätts civila form, alternativet (a). Den österrikiska domstolen har därför funnit frågan om äktenskapets giltighet såsom förutsättning för skilsmässan skola besvaras jakande, med tillämpning av de egna IP-reglerna; den grekiska legis causae motsatta uppfattning har såtillvida befunnits sakna relevans.

Vilken lag skall härefter bestämma beträffande *förutsättningarna i övrigt* för skilsmässan? Skall den främmande rätten tillämpas »fiktivt» beträffande dessa förutsättningar, eller bör den undantagsvis lämnas utan beaktande med hänsyn till att den håller äktenskapet för ogiltigt? I sistnämnda fall: hur skall domstolen i stället förfara vid målets avgörande?

Även dessa frågor kan uppkomma i samtliga i avhandlingar aktuella länder utom i England.

Hithörande spörsmål behandlas i § 4 nedan.

² Jfr ovan kap. II s. 24 ff.

§ 2. DOMSRÄTTSFRÅGOR

I. EXTENDERING AV DOMSRÄTTEN VID HALTANDE ÄKTENSKAP?

A. ENGELSK RÄTT

Enligt traditionell uppfattning i engelsk rätt ankommer skilsmäs-somål uteslutande på domstolarna i makarnas *domicilland*, varvid såsom *domicilland* anses det land där *mannen* är domicilierad.³ I enlighet härmed ansåg de engelska domstolarna sig länge inte själva behöriga i något annat fall än då makarna (d.v.s. mannen) hade sitt domicil i England. Var makarna domicilierade utomlands, hade de att vända sig till detta lands domstolar. Som ett motstycke härtill erkändes utländska skilsmässodomar, om — och *endast* om — de meddelats av domstol i makarnas *domicilland*.

I rättspraxis uppkom småningom fråga huruvida kravet på domicil i England såsom förutsättning för engelsk jurisdiktion i skilsmäs-somål skulle upprätthållas, även när det främmande *domicilland*et i motsats till England betraktade parternas äktenskap som ogiltigt. Första gången detta spörsmål blev akut var i fallet *Stathatos v. Stathatos* (1913), där ett remarkabelt avsteg gjordes från vad som dittills antagits vara engelsk rätts ståndpunkt.⁴

En engelsk kvinna med domicil i England hade gift sig vid ett »register office» i London med en grek, domicilierad i Grekland. Sedan makarna levt tillsammans en tid i London och Athen, återvände H ensam till England. En tid därefter utverkade M, som förblev domicilierad i Grekland, vid grekisk domstol en ogiltighetsdom beträffande äktenskapet, grundad på att vigseln ej förrättats av ortodox präst, och ingick för sin del ett nytt äktenskap. H yrkade nu skilsmässa vid engelsk domstol.

Från engelsk rätts synpunkt var läget detta: Äktenskapet var giltigen ingånget i enlighet med föreskrifterna i engelsk intern rätt (*lex loci celebrationis*). Genom detsamma hade H förvärvat M:s grekiska domicil. Den grekiska ogiltighetsdomen kunde vid denna tid inte erkännas i England. Trots att H återvänt till England, var hon därför i rättslig mening alltså domicilierad i Grekland, hos M. Enligt den traditionella engelska uppfattningen förelåg därmed hinder för engelsk domstol att upptaga skilsmässomålet.

³ Dicey 289 ff, 295 f, 304 ff, 310 ff, 119 f. Jfr ovan kap. II s. 45.

⁴ Avgörandet hade emellertid stöd i ett tidigare dictum av Lord Gorell i *Ogden v. Ogden* (1908).

Emellertid fann domstolen, att ett sådant resultat skulle vara alltför otillfredsställande för att kunna godtagas (»a disgrace both to our law and our practice»). Med hänsyn till att äktenskapet inte erkändes som giltigt i Grekland — där ett skilsmässoyrkande alltså var utsiktslöst — konstituerade domstolen behörighet att pröva målet. Härefter dömdes till skilsmässa enligt engelsk rätt.

Detta rättsfall följdes av ett annat, *De Montaignu v. De Montaignu* (också från 1913), där omständigheterna var mycket likartade — mannen hade där sitt domicil i Frankrike, och ogiltigförklaringen hade meddelats av fransk domstol på grund av vissa formföreskrifter i fransk rätt — och där utgången också blev densamma som i *Stathatos v. Stathatos*.

Dessa båda rättsfall föranledde på sin tid uppställandet av följande »exception» (från huvudregeln om krav på domicil i England såsom förutsättning för engelsk jurisdiktion i skilsmässomål) i *Dicey's Conflict of Laws*:⁵

Where 1) a foreigner marries in England a woman then domiciled in England, and such marriage is legally valid according to the law of England, and such foreigner is either at the time of the marriage domiciled in a foreign country or after the time of the marriage acquires a domicil in a foreign country; and

2) such English marriage is, in such foreign country, declared to be invalid by the Courts thereof,

the High Court probably has jurisdiction to entertain a petition for divorce on the part of the wife.

Något senare avgörande som är direkt »in point» synes inte föreligga. De båda nämnda rättsfallens auktoritet är dock numera mycket tvivelaktig. I senare praxis har domstolarna nämligen (obiter) tagit avstånd från desamma och vid flera tillfällen slagit fast, att mannens domicil är den exklusiva grunden för jurisdiktion i skilsmässomål.⁶ Den citerade »exception» har också strukits i senare upplagor av *Dicey*.

Såsom nämnts i kap. II, har hustrun emellertid sedermera genom

⁵ *Dicey* 3 u. (1922) 294 och 5 u. (1932) 285 f (jämfte 925 ff, där regeln diskuteras).

⁶ *Att.-Gen. for Alberta v. Cook* (1926), *H.v.H.* (1928), *Herd v. Herd* (1936). I det *skotska* rättsfallet *Watson (Mangrulkar) v. Mangrulkar* (1939), där omständigheterna var mycket lika dem i *Stathatos v. Stathatos*, följdes inte detta avgörande och ansågs jurisdiktion inte föreligga. Se vidare i doktrinen *Cheshire* 334 f, *Dicey* 296, *Graveson* 242, *Rabel* I 421 f och *Wolff PIL* 76.

lagstiftning (med början 1937) beretts möjlighet att i vissa fall — framför allt om hon varit »ordinarily resident» i England under 3 år — väcka talan om skilsmässa i England oberoende av mannens domicil.⁷ Härigenom har engelsk domstolsbehörighet skapats även för situationer av den typ som förelåg i de båda rättsfallen ovan, om hustrun tillräckligt länge varit faktiskt bosatt i England. Utrymmet för frågeställningen i nämnda rättsfall har därmed säkerligen högst avsevärt minskat.

Även i ett annat avseende har läget i engelsk rätt ändrats sedan *Stathatos v. Stathatos* och *De Montaigu v. De Montaigu*, nämligen beträffande reglerna om erkännande av utländska domar, genom vilka ett äktenskap förklarats ogiltigt. Sådana domar erkännes numera åtminstone när de emanerar från makarnas — d.v.s. i princip mannens — domicilland.⁸ Den omständigheten, att äktenskapet ingåtts i England i en enligt engelsk rätt giltig form (såsom i de båda nämnda rättsfallen ovan), har åtminstone inte generellt ansetts hindra erkännande av en i domicillandet meddelad ogiltighetsdom som grundats på formbrist.⁹ De närmare förutsättningarna för erkännandet synes dock i viss mån oklara. Utan att gå in härpå kan man konstatera, att det ter sig åtminstone möjligt, att den grekiska resp. franska ogiltighetsdomen i de båda rättsfallen ovan numera skulle erkännas i England.¹⁰ I så fall kan hustrun inte få skilsmässa vid engelsk domstol; hon får nöja sig med att hennes äktenskap är ogiltigt.¹¹

B. TYSK RÄTT

I tidigare tysk rätt var det, liksom i engelsk rätt, en förutsättning för domsrätt i skilsmässomål, att mannen hade sitt hemvist i Tyskland.¹² Regeln gällde dock (till skillnad från dess engelska

⁷ Dicey 297 ff. Jfr ovan kap. II s. 45.

⁸ Så *House of Lords i Von Lorang v. Administrator of Austrian Property* (1927). Förmodligen erkännes utländsk ogiltighetsdom även i vissa andra fall, jfr *Cheshire* 324 ff, Dicey 377 ff och rättsfallet *Lepre v. Lepre* (1965; obiter).

⁹ Se *De Massa v. De Massa* (1939) och *Galene v. Galene* (1939). — Jfr dock också de nyare rättsfallen *Chapelle v. Chapelle* (1950), *Gray (Formosa) v. Formosa* (1963) och *Lepre v. Lepre* (1965), där domstolarna slagit in på en restriktivare linje. Jfr i doktrinen *Cheshire* 326 f, Dicey 380 f och *Graveson* 280 ff.

¹⁰ Detta antages bl.a. av *Morris Cases* 115, 178, *Rabel I* 421 f och *Wolff PIL* 76.

¹¹ Att ogiltigheten för hustruns del kan innebära ett otillfredsställande surrogat för skilsmässa framhålles av *Rabel I* 422 och *Wolff PIL* 76.

¹² Se om ifrågavarande regel t.ex. *Lewald IPR* 106.

motsvarighet) endast när mannen var *utländsk* medborgare. Sagda domsrättsregel härleddes ur forumregeln i ZPO § 606 I, vilken fram till 1941 hade följande lydelse (i här relevanta delar):

Für die Rechtsstreitigkeiten, welche die Scheidung — — einer Ehe — — — zum Gegenstande haben (Ehesachen), ist das Landgericht, bei welchem der Ehemann seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, ausschliesslich zuständig.

I rättspraxis uppkom under 1930-talet fråga huruvida denna regel skulle tillämpas även när mannens hemvistland betraktade äktenskapet såsom ogiltigt. Så i följande Oberlandesgericht-fall:¹³

En tyska hade gift sig med en grek inför tysk Standesbeamter. Genom vigseln, som var giltig i Tyskland men ogiltig i Grekland, hade H blivit statslös.¹⁴ Makarna hade haft sitt första äktenskapliga hemvist i Hamburg men därefter flyttat till Grekland. H hade sedermera ensam återvänt till Tyskland, där hon nu yrkade skilsmässa.

Hennes talan hade avvisats i första instans med stöd av ovannämnda regel, då M saknade hemvist i Tyskland. OLG Hamburg upptog emellertid målet till prövning med i huvudsak följande motivering: H hade vid äktenskapets ingående varit tysk medborgare. Enligt ordalydelsen av ZPO § 606, på vilken underdomstolen stött sig, vore tysk domstol visserligen ej behörig i förevarande fall. Men denna begränsning i den tyska behörigheten hade sin grund i att skilsmässomål normalt borde upptagas till prövning i M:s hemland. Denna grund vore emellertid här inte tillämplig. H kunde inte vända sig till de grekiska domstolarna med sitt skilsmässoyrkande, då dessa betraktade äktenskapet som ogiltigt. Om H inte fick sin talan upptagen av tysk domstol, skulle hon därför överhuvud inte ha möjlighet att bringa äktenskapet till upplösning, alltmedan M för sin del var oförhindrad att ingå nytt gifte i Grekland. Vid detta förhållande måste till skydd för H tysk domstol ställa sig till förfogande i skilsmässomålet.

Härefter dömdes till skilsmässa med kumulativ tillämpning av grekisk och tysk rätt (beträffande domen i denna del jfr nedan under § 4 vid not 76).

Samma ståndpunkt beträffande domstolsbehörigheten intogs i ett senare fall med mycket likartade omständigheter, där mannen, som var polsk medborgare, vid tiden för det av hustrun i Tyskland väckta skilsmässomålet redan ingått ett nytt äktenskap i sitt hemland (där han tillika hade sitt hemvist).¹⁵ Också i detta fall hänvisades i domsmotiveringen till att en vägran att konstituera behö-

¹³ OLG Hamburg 25.10.1933.

¹⁴ Jfr nedan under II B vid not 39.

¹⁵ KG 3.5.1937. Se även KG 20.1.1936 (M holländsk medborgare; obiter).

riighet i Tyskland skulle medföra, att äktenskapet överhuvud inte kunde upplösas.

Denna tyska praxis, som i doktrinen mötts med gillande,¹⁶ kan sägas vara en klar parallell till de engelska fallen *Stathatos v. Stathatos* och *De Montaigu v. De Montaigu*. I huvudsak bygger de tyska avgörandena på samma regel — »översatt» till tyska förhållanden — som formulerades i *Dacey* på grundval av de engelska rättsfallen.

I nu gällande tysk rätt torde frågeställningen ovan ha föga aktualitet. Dels behåller nämligen den tyska hustrun numera sitt medborgarskap vid giftermål med utlänning (så sedan 1953, i följd av GG art. 3 II och 117 I). Dels förutser de nuvarande tyska domsrättsbestämmelserna för skilsmässomål (ZPO §§ 606 och 606 b) en betydligt vidsträcktare internationell behörighet för tysk domstol än tidigare.¹⁷ Dylik behörighet föreligger sålunda alltid, när någondera maken (mannen eller hustrun, käranden eller svaranden) är tysk medborgare. Om båda makarna är utlänningar eller statslösa, är det för tysk behörighet tillräckligt — med den viktiga inskränkning som omtalas under II B nedan — att någondera maken har sin »gewöhnlicher Aufenthaltsort» i Tyskland. I de ovan refererade eller nämnda rättsfallen skulle tysk domsrätt ha förelegat på grund av dessa regler. Någon speciell behörighet grundad på äktenskapets ogiltighet i det främmande landet hade inte behövt antagas. Överhuvud förefaller det med den vidsträckta behörighet de nyare doms-rättsreglerna ger tyska domstolar ganska svårt att tänka sig något fall (frånsett dem som behandlas under II B nedan), där en dylik extendering kan visa sig behövlig.¹⁸

C. FRANSK RÄTT

Beträffande fransk rätt bör såsom utgångspunkt nämnas, att domstolarna under 1800-talet i anknytning till vissa bestämmelser i *Code civil* (art. 14 och 15) utbildat den praxis, att tvister mellan utländska medborgare som regel inte kunde upptagas till prövning i Frankrike (medan de franska domstolarna i gengäld gjorde anspråk

¹⁶ Lewald 1934: 662, Massfeller 1936: 1689 och 2466, Süss 1937: 2526.

¹⁷ Se om dessa regler t.ex. Raape IPR 298 f.

¹⁸ Att sådana fall alltjämt kan förekomma förutsättes emellertid av Stein-Jonas Anm. IV 1 till ZPO § 606 b).

på exklusiv jurisdiktion beträffande franska medborgare).¹⁹ Denna princip gällde bl.a. för statusmål, inklusive skilsmässomål, där den f.ö. höll sig kvar längre än på andra områden (de sista resterna av densamma synes ha undanröjts av Cour de Cassation år 1948).

Mot bakgrund av nämnda princip kunde ett haltande äktenskap få betydelse för domsrätten i skilsmässomål på två olika sätt, ett indirekt (1) och ett direkt (2).

1) Enligt de regler som tidigare gällde på medborgarskapsrättens område förlorade en fransk kvinna genom giftermål med en utlänning sitt franska medborgarskap; så skedde automatiskt fram till år 1927, då en ny medborgarskapslagstiftning tillkom i Frankrike.²⁰ Sagda regel gällde visserligen (enligt en lagändring 1889) endast under förutsättning att hustrun genom vigseln i stället förvärvade mannens nationalitet. Så var emellertid regelmässigt fallet enligt dåtida rätt. Då båda makarna sålunda efter giftermålet var utländska medborgare, kunde enligt den ovannämnda principen i fransk rättspraxis ett skilsmässomål dem emellan inte upptagas till prövning av fransk domstol.

I de relativt sällsynta fall där hustrun inte genom vigseln förvärvade mannens nationalitet gällde som sagt ej heller regeln om förlust av franskt medborgarskap. Ett sådant fall — väl det praktiskt viktigaste — var just, att äktenskapet (ehuru giltigt i Frankrike) inte erkändes som giltigt i mannens hemland; ty förvärv genom vigsel av medborgarskap i främmande land förutsätter regelmässigt, att vigseln betraktas som giltig i detta land.

Inskjutas må här, att sistnämnda grundsats är nästan enhälligt godtagen i olika länders doktrin och rättspraxis (ehuru den ibland förbises av domstolarna). Även de författare som beträffande Vorfrage-problemet är anhängare av *lex fori*-principen medger i regel, att frågan om giltigheten av ett äktenskap — liksom andra spørsmål om uppkomst eller upphörande av familjerättslig status — såsom förutsättning för förvärv eller förlust av medborgarskap i visst land måste bedömas utifrån detta lands egen rättsordning, dess IP-regler inbegripna, inte utifrån forumlandets motsvarande regler.²¹ Även om ett äktenskap är giltigt med utgångspunkt från forumlandets IP-regler, måste det alltså bedömas som ogiltigt, såvitt angår för-

¹⁹ Se härom *lex. Batiffol* DIP 773 ff och Benjamin 28 ff.

²⁰ Se härom *lex. Batiffol* DIP 140 f.

²¹ Se *lex. Balogh* 581 f, *Kegel* IPR 118, *Lewald* 1939: 89 f, *Makarov* 1962: 155 ff, *Neumeyer* 204 f, *Niederer* 155, *Schwimann* 1955: 389 ff.

värv av medborgarskap i främmande land, om detta är det främmande landets ståndpunkt. Annars skulle konstaterandet av förvärv eller förlust av medborgarskap i det främmande landet tydligen bli helt fiktivt.

När hustrun sålunda på grund av äktenskapets ogiltighet i mannens hemland bibehållit sitt franska medborgarskap, kunde en skilsmässotalan av (och även mot) henne upptagas till prövning i Frankrike. Grundsatsen om franska domstolars obehörighet i tvister mellan utländska medborgare kom här inte in i bilden. Flera sådana fall — där vigseln ägt rum i Frankrike i fransk rätts civila form och inte erkänts i mannens hemland, som krävt religiös vigsel — finns i fransk praxis.²² I dessa fall har äktenskapets ogiltighet i mannens hemland alltså indirekt, via sin betydelse för medborgarskapsfrågan, haft inflytande på den franska domsrätten.

2) I fransk rättspraxis finns vidare enstaka fall, där båda makarna varit utländska medborgare (oberoende av vigselns giltighet) och där domstolarna, under återopande av äktenskapets ogiltighet i makarnas hemland och den därav följande omöjligheten att erhålla skilsmässa i detta land, gjort undantag från den ovannämnda, ur C.c. art. 14 och 15 härledda principen och ansett sig behöriga.²³ I dessa fall, vilka kan sägas vara en motsvarighet till de förut refererade engelska och tyska rättsfallen, har det haltande äktenskapet alltså haft en direkt betydelse för den franska domsrätten. Men någon systematisk tendens i den angivna riktningen tycks knappast ha funnits i fransk praxis.

Av intresse i detta sammanhang är den äldre franska praxis beträffande s.k. »divorce confessionnel». Med utgångspunkt i en mycket känd dom av Cour de Cassation från 1900-talets början i fallet *Levinçon*,²⁴ som gällde skilsmässa mellan ryska judar, förklarade de franska domstolarna sig obehöriga att upptaga skilsmässomål — även i den mån makarnas egenkap av utländska medborgare av någon anledning inte utgjorde hinder (en rad sådana undantag från principen utbildades nämligen efterhand) — när beviljandet av skilsmässa enligt hemlandets lag ankom på religiösa

²² Se t.ex. Trib. Seine 9.4.1914 (M rysk medborgare) och 19.11.1920 (M grek) samt Trib. Orange 11.12.1920 (M serb).

²³ Trib. Seine 19.1.1920 (M rysk, H rumänsk medborgare) och Paris 10.5.1922 (polska medborgare). Jfr även Audinet 1924: 10.

²⁴ Cass.civ. 29.5.1905; se även appelldomstolens dom, Paris 17.3.1902. — Beträffande Levinçon-fallets efterföljare se t.ex. Benjamin 102. En sammanfattning av hithörande fransk praxis ges av Rigaux Qualifications 400 f.

myndigheter (såsom framför allt var fallet enligt den förrevolutionära ryska rätten). De franska domstolarna ansåg sig inte kunna träda i de religiösa myndigheternas ställe utan hänvisade makarna att vända sig till dessa myndigheter. Ifrågavarande praxis — som var föremål för en ihållande och skarp kritik i doktrinen — synes ha tillämpats även i fall där äktenskapet ingåtts allenast i civil form i Frankrike och på grund därav inte erkändes i hemlandet med dess religiösa äktenskapslagstiftning. I dessa fall framträdde, såsom påpekats i doktrinen,²⁵ olägenheterna av de franska domstolarnas praxis särskilt bjärt, i det att skilsmässa inte kunde erhållas vare sig i Frankrike, där parterna hade sitt hemvist, eller i hemlandet.

De franska domstolarna har numera övergett idén om sin principiella obehörighet i tvister mellan utländska medborgare liksom även — synes det — idén om sin obehörighet i skilsmässomål där hemlandets lag föreskriver en procedur av religiös karaktär (sistnämnda spörsmål har f.ö. förlorat det mesta av sin praktiska betydelse).²⁶ I förstnämnda hänseende har fransk praxis t.o.m. gått ett steg längre än de nedan under II behandlade länderna. Fransk domstolsbehörighet kan nämligen numera föreligga, även om hemlandet gör anspråk på exklusiv jurisdiktion (ett sådant förbehåll i hemlandets lag respekteras m.a.o. inte i Frankrike) eller eljest av någon anledning inte erkänner den franska kompetensen. I detta hänseende är läget i fransk rätt numera detsamma som i engelsk och belgisk rätt.²⁷

I och med att den regel (om franska domstolars obehörighet i skilsmässomål mellan utlänningar) bortfallit, från vilken undantag kunde ifrågasättas vid haltande äktenskap, har också spörsmålet om dylika undantag förlorat i praktisk betydelse. Utvecklingen har såtillvida gått i samma riktning som vi förut sett beträffande engelsk och tysk rätt.

Tänkbart vore att frågeställningen aktualiserades vid *andra* franska domsrättsregler än den ovan berörda, i fall liknande dem som förekommit i engelsk och tysk praxis. Så tycks emellertid hittills inte ha skett.

²⁵ Batiffol DIP 521, Rigaux Qualifications 406 f.

²⁶ Jfr till det sagda t.ex. Batiffol DIP 519 ff och Benjamin 102 ff.

²⁷ Beträffande engelsk rätt jfr ovan kap. II s. 45; beträffande belgisk rätt se Graulich 182 (med not 1) och Rigaux Qualifications 419 ff.

II. SÄRSKILT OM LÄGET VID DOMSRÄTTSREGLER SOM GÖR JURISDIKTIONEN BEROENDE AV ERKÄNNANDE I MAKARNAS HEMLAND ELLER AV ATT HEMLANDET EJ SJÄLVT GÖR ANSPRÅK PÅ EXKLUSIV DOMSRÄTT

A. SCHWEIZISK RÄTT

I NAG art. 7 h I, som trädde i kraft år 1912, stadgas:

Ein ausländischer Ehegatte, der in der Schweiz wohnt, kann eine Scheidungsklage beim Richter seines Wohnsitzes anbringen, wenn er nachweist, dass *nach Gesetz oder Gerichtsgebrauch seiner Heimat* der geltend gemachte Scheidungsgrund zugelassen und der schweizerische Gerichtsstand anerkannt ist.

Det förutsättes alltså för upptagande av skilsmässomål, att den schweiziska jurisdiktionen erkännes i den utländske makens hemland. I rättspraxis har detta krav uppställts även såvitt angår *svarandens* hemland.²⁸

På en äldre motsvarighet till NAG art. 7 h I²⁹ bygger ett gammalt Bundesgericht-avgörande (från 1883), som hänför sig till frågan om bestämmelsens tillämplighet vid haltande äktenskap:³⁰

En ungersk medborgare hade (år 1879) gift sig i Zürich med en schweizisk kvinna. Vigseln hade förrättats i schweizisk rätts civila form. Enligt dåvarande ungersk rätt (där borgerlig vigsel infördes först 1894) var kyrklig vigsel obligatorisk för ungerska medborgare även vid giftermål utomlands och var det i Schweiz ingångna äktenskapet en nullitet.

M yrkade skilsmässa vid schweizisk domstol, ett yrkande som medgavs av H. I målet förelåg en förklaring från det ungerska justitiedepartementet, enligt vilken en schweizisk skilsmässodomsdom inte kunde påräkna erkännande i Ungern (där skilsmässolagarna var av religiös karaktär). Detta borde emellertid enligt vad som hävdades av M ej utgöra hinder för den schweiziska domstolen att pröva målet. När den schweiziske lagstiftaren för domsrätt i skilsmässomål uppställt krav på den blivande skilsmässodomens

²⁸ Om båda makarna är utländska medborgare och tillhör skilda stater, måste käranden alltså styrka att den schweiziska jurisdiktionen erkännes i *båda* länderna. Se BG 29.6.1933 (fallet Schmidlin) och t.ex. Schnitzer I 380.

²⁹ Den äldre bestämmelsen fanns i en Bundesgesetz 24.12.1874 »betreffend Feststellung und Beurkundung des Zivilstandes und die Ehe«, art. 56, vilken i här aktuellt hänseende inte synes ha i sak skilt sig från den nuvarande regeln. Bestämmelsen lydde: »In bezug auf Ehen zwischen Ausländern darf eine Scheidungs- oder Nichtigkeitsklage von den Gerichten nur dann angenommen werden, wenn nachgewiesen wird, dass der Staat, dem die Eheleute angehören, das zu erlassende Urteil anerkennt.»

³⁰ BG 6.10.1883.

erkännande i hemlandet, så ville han därmed — anförde M — allenast förhindra, att en schweizisk domstol kom att upplösa ett äktenskap, vilket i hemlandet alltjämt betraktades såsom giltigen bestående. När — såsom i förevarande fall — hemlandet förnekade äktenskapets giltighet, funnes det inte någon risk för en sådan konflikt med hemlandet. Fastmera skulle, om skilsmässomålet upptogs och talan bifölls, ett rättsläge skapas i Schweiz, vilket bättre än det nuvarande motsvarade vad som redan gällde i Ungern. Ty efter skilsmässodomen skulle parterna inte i någotdera landet längre betraktas som gifta med varandra.

M:s talan avvisades dock såväl i underinstans som av Bundesgericht, emedan den föreskrivna bevisningen om erkännande av den schweiziska skilsmässodomen i hemlandet ej blivit förebragt. Sådan bevisning kunde, anförde Bundesgericht, inte ersättas med bevisning om att hemlandet betraktade äktenskapet såsom icke-existerande. Även om den legislativa grunden för den schweiziska rättens krav på erkännande i hemlandet var den av M angivna, så inskränkte lagen dock inte själv den ifrågavarande föreskriften till fall där äktenskapet erkändes som giltigt i hemlandet utan uppställde den generellt. Föreskriften måste följaktligen äga tillämplighet på alla äktenskap mellan utländska medborgare, vilka enligt schweizisk rätt var formellt giltiga. F.ö. hade — anförde Bundesgericht vidare — en skilsmässa inte alls samma rättsverkningar som ogiltighet. Också av detta skäl kunde bevisning om äktenskapets ogiltighet i hemlandet inte ersätta den föreskrivna bevisningen om skilsmässodomens erkännande i detta land.

Detta avgörande blev i den äldre schweiziska såväl som utländska litteraturen mycket uppmärksammat och i allmänhet kritiserat såsom innefattande en alltför stark bindning vid den ifrågavarande schweiziska domsrättsregelns ordalydelse.³¹ Domen kom, anfördes det, i motsättning till sunt förnuft, den skapade ett läge utan utvägar: äktenskapet kunde inte någonstans upplösas, vare sig i Schweiz (vars domstolar enligt rättsfallet saknade behörighet) eller i Ungern (där det inte fanns något äktenskap som kunde upplösas). Här borde, menade de flesta författarna, de schweiziska domstolarna ha åtagit sig jurisdiktionen för att undvika en »déni de justice».

Under 1900-talet har också de schweiziska domstolarna ändrat ståndpunkt och i ständig praxis till prövning upptagit skilsmässomål i situationer av samma typ som i Bundesgericht-fallet ovan. Härvid har domstolarna gått fram på två olika vägar, svarande mot vad som tidigare (ovan under I C. s. 213 f) anförts beträffande fransk rätt:

³¹ Se Schöndorff 57 ff med hänvisningar till äldre doktrin.

1) I fall där en schweizisk kvinna gift sig med en utlänning, vars hemland betraktat äktenskapet såsom formogiltigt (såsom i Bundesgericht-fallet ovan) och talan om skilsmässa sedermera väckts av hustrun, har domstolarna ansett bestämmelsen i NAG art. 7 h I (vilken avser allenast talan som väcks av utländsk medborgare) eller dess äldre motsvarighet otillämplig på den grund, att hustrun vid giftermålet bibehållit (och sedan bevarat) sin schweiziska nationalitet.³² Detta har samma bakgrund som i den förut omtalade franska praxis. Regeln i schweizisk rätt var sålunda i och för sig, att schweizisk kvinna genom giftermål med utlänning förlorade sitt schweiziska medborgarskap.³³ Men denna regel tolkades av domstolarna (inklusive Bundesgericht) så, att den förutsatte att kvinnan genom giftermålet i stället förvärvade mannens nationalitet.³⁴ När så inte skett — på grund av äktenskapets ogiltighet i mannens hemland — ägde schweizisk domstol upptaga hustruns skilsmässsoyrkande utan hinder av de ovan omtalade domsrättsreglerna. I dessa fall rör det sig alltså om det haltande äktenskapets indirekta betydelse, via dess inverkan på medborgarskapsfrågan, för jurisdiktionen i skilsmässomålet.

2) Den andra vägen, som anlitas i fall där båda makarna varit utländska medborgare (oberoende av äktenskapets giltighet) eller den utländske mannen varit känd och NAG art. 7 h I alltså varit formellt tillämplig, har bestått i att domstolarna fört ett ändamålsresonemang av ungefär samma typ som tidigare förkastats av Bundesgericht i 1883 års fall:³⁵ De schweiziska domstolarna är enligt NAG art. 7 h behöriga i skilsmässomål mellan utländska med-

³² BezG Lausanne 18.3.1909 (M bulgar) och AG Biel 13.7.1927 (M colombiansk medborgare). — När kändanden är schweizisk medborgare, föreligger alltid schweizisk jurisdiktion, NAG art. 7 g I och ZGB art. 144.

³³ Denna regel härleddes ur ZGB art. 161.

³⁴ Jfr rättsfallet BG 8.6.1910 (civiläktenskap, ingånget i Lausanne mellan schweizisk kvinna och bulgarisk man, medförde inte förvärv av bulgariskt medborgarskap för hustrun — emedan vigseln från bulgarisk rätts synpunkt var ogiltig — och därför ej heller förlust av hennes schweiziska medborgarskap). — Denna princip har senare lagfästs, numera i Bundesgesetz 29.9.1952 »über Erwerb und Verlust des Schweizerbürgerrechts», art. 9.

³⁵ BezG Zürich 15.6.1913 (ryska medborgare), Bern 30.5.1923 (grekiska medborgare), AG Biel 13.7.1927 (M colombiansk medborgare), BezG Zürich 22.9.1936 (medborgare i Palestina). Se också uttalande av chefen för justitiedelningen i schweiziska federala justitie- och polisdepartementet i SJB 1954: 317 (beträffande skilsmässa mellan israeliska medborgare).

borgare, under förutsättning att en dom i målet inte kommer i konflikt med hemlandets lag eller jurisdiktion. Vad som skall undvikas är, att parterna blir frånskilda i Schweiz men i sitt hemland anses såsom allttjämt gifta med varandra. Men i fall där hemlandet inte erkänner äktenskapet, kan en schweizisk skilsmässodom omöjligt ge upphov till någon sådan konflikt. I dylika fall kan därför dispensereras från det i NAG art. 7 h I uppställda kravet.

Den nya schweiziska praxis kan — ehuru den ännu inte synes ha varit föremål för Bundesgerichts prövning — sägas vara fast etablerad och ha gett upphov till en säker regel. Detta stämmer också med uppfattningen i den schweiziska doktrinen, som undantagslöst synes gilla domstolarnas nya praxis.³⁶ Det i anslutning till äldre lag träffade Bundesgericht-avgörandet av år 1883 måste anses föråldrat.

I de fall som hittills berörts har äktenskapet i hemlandet varit *ogiltigt* (ett »Nichtehe»), emedan det ingåtts i (enbart) civil form. Samma problem kan emellertid uppkomma, när hemlandet i motsats till Schweiz betraktar äktenskapet såsom redan *upplöst* genom skilsmässa, alltså vid haltande skilsmässa. Detta illustreras av följande intressanta fall från nyare schweizisk underrättspraxis:³⁷

M var brittisk, H amerikansk medborgare. H hade i M:s frånvaro utverkat en skilsmässodom i Reno (Nevada). M hade sitt domicil i Frankrike, där han för sin del sökte exequatur på den amerikanska skillnadsdomen. Sedan detta stött på svårigheter, avstod han emellertid från denna talan. Efter att ha förvärvat domicil i Schweiz, väckte han i stället vid domstol i Genève ny talan om skilsmässa mot H, som under tiden hade gift om sig (och på nytt blivit frånskild) i USA.

Den första frågan var nu, om M:s talan stötte på res judicata-hinder. Avgörande härför var om Reno-skilsmässan kunde erkännas i Schweiz. Så befanns emellertid av olika skäl ej vara fallet. Nästa spörsmål blev om en schweizisk skilsmässodom i målet skulle kunna påräkna erkännande i makarnas hemländer, England resp. USA (närmare bestämt den delstat i USA där H hade sitt domicil; vilken stat detta var, var emellertid inte utrett i fallet). Frågan besvarades på anförda skäl jakande beträffande England, som i likhet med Schweiz inte erkände den amerikanska skilsmässodomen. Däremot skulle en schweizisk skilsmässodom sannolikt inte komma att erkännas i (vederbörande delstat i) USA, eftersom Reno-skilsmässan där troligen var giltig och saken därmed res judicata.

³⁶ Beck 252, 401, 406; Kaufmann 269; Schnitzer I 372, 421; Spivak 32; Stauffer 1923: 18.

³⁷ Trib. Genève 22.5.1957. Rättsfallet kommenteras, med gillande, av Lalive 1956: 250 ff.

Trots detta fann den schweiziska domstolen — som stödde sig på en sakkunnigutredning av Lalive — sig behörig. Om målet inte upptogs, skulle, anförde domstolen, M för alltid förbli bunden av förbindelsen, ehuru H för sin del för länge sedan befriats från densamma. Ett sådant resultat vore »choquant et immoral», en lösning som lagstiftaren (med en av Bundesgericht stundom använd formulering) »n'a pas pu vouloir».

Liksom tidigare i praxis beträffande äktenskap som varit ogiltiga i hemlandet befanns det alltså, att ändamålet med bestämmelsen i NAG art. 7 h I ej kräver dess tillämplighet i fall där hemlandet betraktar äktenskapet såsom redan upplöst genom skilsmässa. Avgörandet är helt i linje med den förut omtalade praxis.

B. TYSK RÄTT

I ZPO § 606 b) heter det:

Besitzt keiner der Ehegatten die deutsche Staatsangehörigkeit, so kann von einem deutschen Gericht in der Sache nur entschieden werden, 1. wenn — — — *nach dem Heimatrecht des Mannes die von dem deutschen Gericht zu fällende Entscheidung anerkannt werden wird* oder auch nur einer der Ehegatten staatenlos ist; — — —.

Bestämmelsen — som erhöll sin nuvarande lydelse år 1941 men vars motsvarighet i äldre rätt, ZPO § 606 IV, i sak överensstämde med den nuvarande regeln, såvitt här är av intresse³⁸ — innefattar ett viktigt undantag från de förut (ovan under I B s. 212) omtalade tyska domsrättsreglerna i skilsmässomål. Dess räckvidd är dock (till skillnad från motsvarande regel i schweizisk rätt, se ovan under A s. 216) som synes begränsad till fall där *båda* makarna är utländska medborgare. Bestämmelsen gäller alltså inte, när endera av makarna (käranden eller svaranden, mannen eller hustrun) är tysk medborgare eller statslös.

Liksom i schweizisk rätt beträffande NAG art. 7 h I (se ovan under A s. 218 f) har i tysk rättspraxis fråga om tillämpligheten av ZPO § 606 b) och dess äldre motsvarighet uppkommit i två olika situationer innefattande ett haltande äktenskap.

De äldsta fallen synes ha varit av den typen, att hustrun vid

³⁸ Den äldre bestämmelsen lydde: »Sind beide Ehegatten Ausländer, so kann die Scheidungsklage im Inland nur erhoben werden, wenn das inländische Gericht auch nach den Gesetzen des Staates zuständig ist, dem der Ehemann angehört.»

tidpunkten för vigseln, vilken ägt rum i Tyskland i tysk rätts civila form, varit tysk medborgare och mannen medborgare i ett land som för giltigt äktenskap krävt religiös vigsel. Enligt tysk rätt (fram till år 1953) förlorade den tyska kvinnan genom ett från tysk synpunkt giltigt äktenskap med en utlänning sitt tyska medborgarskap.³⁹ Och till skillnad från vad som gällde enligt fransk lag och schweizisk rättspraxis (se ovan under I C s. 213 och II A s. 218), upprätthöll de tyska domstolarna denna regel även i fall där hustrun på grund av äktenskapets ogiltighet i mannens hemland inte förvärvade medborgarskap i detta land. I de här aktuella fallen hade hustrun således genom vigseln blivit statslös. Trots förlusten av det tyska medborgarskapet kunde ZPO § 606 IV emellertid inte åberopas som hinder för upptagande av skilsmässomålet vid tysk domstol, eftersom bestämmelsen inte är tillämplig när någondera maken är statslös.

Det ledande rättsfallet är på denna punkt ett Reichsgericht-avgörande från 1908:⁴⁰

En tyska hade år 1904 gift sig med en rysk medborgare. Vigseln hade förrättats av Standesbeamter i Leipzig.

H:s yrkande om skilsmässa hade avvisats av underinstanserna, emedan båda parter vore ryska medborgare och de tyska domstolarna enligt rysk rätt saknade behörighet att upptaga skilsmässomålet till prövning. ZPO § 606 IV tillämpades.

Reichsgericht upphävde dessa avgöranden med den motiveringen, att rysk rätt betraktade parternas äktenskap som en nullitet (emedan någon religiös vigsel ej ägt rum), att H följaktligen — visserligen förlorat sitt tyska men — inte förvärvat ryskt medborgarskap samt att ZPO § 606 IV på grund härav inte var tillämplig. Detta överensstämde också, framhöll Reichsgericht vidare, med lagbestämmelsens ändamål, vilket vore att förebygga konflikter med utlandet i fall där den främmande staten gjorde anspråk på exklusiv behörighet i skilsmässomål mellan egna medborgare. I ett fall som det förevarande kunde någon sådan konflikt inte uppstå, eftersom äktenskapets ogiltighet i Ryssland uteslöt att ett skilsmässomål mellan makarna blev föremål för prövning av ryska myndigheter.

³⁹ RuStAG § 17 Nr 6 (vilket lagrum upphävdes 1953) jämte dess motsvarighet i äldre rätt.

⁴⁰ RG 17.12.1908. — Exempel på samma situation och samma utgång från senare praxis: OLG Stuttgart 6.12.1929 (M grek), OLG Hamburg 25.10.1933 (d:o; fallet är refererat ovan under I B vid not 13), KG 20.4.1936 (M polsk medborgare), OLG Königsberg 1.2.1937 (M bulgar), KG 3.5.1937 (M statslös, f.d. rysk medborgare), LG Berlin 3.2.1938 (M iransk medborgare av gregoriansk trosbekännelse), LG Frankfurt/M. 6.12.1950 (M spanjor), LG Berlin 15.3.1954 (d:o).

I fall av denna typ var ZPO § 606 IV inte ens enligt sin orda lydelse tillämplig. På samma sätt föll, såsom vi sett, en del motsvarande fall i schweizisk praxis utanför NAG art. 7 h I. Det egentliga problemet inställde sig först i sådana fall där hustrun hade utländskt medborgarskap oberoende av vigseln.

Ett sådant fall kom för Reichsgerichts prövning år 1922:⁴¹

H var före giftermålet ungersk medborgare, M rysk medborgare men vid tiden för skilsmässomålet polsk medborgare. Vigseln hade förrättats år 1917 av Standesbeamter i Berlin.

H:s yrkande om skilsmässa hade, liksom i fallet ovan, avvisats av underdomstolarna, emedan båda makarna vore utländska medborgare och de tyska domstolarnas behörighet inte erkändes i rysk rätt.⁴²

Reichsgericht upphävde dessa avgöranden: Möjligt vore visserligen, att även H var utländsk medborgare. Ryskt medborgarskap hade hon visserligen inte kunnat förvärva genom vigseln, ty från rysk synpunkt var den civila tyska vigseln en nullitet. Men ev. hade hon även efter giftermålet kvar sitt ungerska medborgarskap. Även om så var fallet, funnes det emellertid inte något utrymme för tillämpning av ZPO § 606 IV. Den konflikt som skulle undvikas genom denna bestämmelse — att det kom till stånd en skilsmässa i Tyskland, vilken inte erkändes i mannens hemland — kunde nämligen i förevarande fall inte uppstå, eftersom rysk rätt⁴² betraktade äktenskapet som ogiltigt. En tysk skilsmässodom skulle »nicht nur nicht in Widerspruch mit dem russischen Recht treten, sondern geeignet sein, einen dem russischen Recht entsprechenden Zustand, das Nichtbestehen der Ehe, herbeizuführen.» Omvänt skulle, om målet inte togs upp i Tyskland, skilsmässoprövning överhuvud inte kunna ske i något land.

Innebörden av detta rättsfall är tydligen, att regeln i ZPO § 606 IV (=§ 606 b) inte är tillämplig i fall då parternas äktenskap i mannens hemland betraktas som ogiltigt. Liksom motsvarande bestämmelse i schweizisk rätt har regelns räckvidd således begränsats med hänsyn till de ändamål som uppbär densamma.

Den av Reichsgericht i sistnämnda rättsfall tillämpade grundsatsen har följts av domstolarna i så gott som all senare praxis och synes vara enhälligt godtagen i doktrinen.⁴³ Liksom motsvarande grundsats i schweizisk rätt kan den sägas konstituera en säker regel.

⁴¹ RG 16.11.1922.

⁴² Att *rysk* rätt här kom i betraktande — ehuru M vid tiden för skilsmässomålet var *polsk* medborgare — torde ha berott på att M var från den tidigare ryska delen av Polen, där rysk rätt förblev gällande även efter områdets uppgående i Polen (ända fram till tiden efter andra världskriget).

⁴³ Se från praxis t.ex. RG 1.10.1925 (makarna grekiska medborgare; jfr ovan kap. I vid not 19) 7.11.1935 (makarna jugoslaviska medborgare; obiter) och

Undantaget från ZPO § 606 b) gäller — liksom motsvarande undantag i schweizisk rätt från NAG art. 7 h I — endast i fall av »Nichtehe» enligt hemlandets lag. När det förelegat ett äktenskap som enligt denna lag varit allenast angripbart (»vernichtbar»), har regeln i ZPO § 606 IV (motsvarande § 606 b) upprätthållits.⁴⁴

C. ÖSTERRIKISK RÄTT

I österrikisk rätt finns sedan 1941 en med ZPO § 606 b) likalydande bestämmelse, JN § 76 III.

I den österrikiska *doktrinen* synes enighet råda om att denna bestämmelse bör tolkas på samma sätt som skett i tysk praxis, d.v.s. så att den inte är tillämplig när äktenskapet i mannens hemland är ett »Nichtehe».⁴⁵ Motiveringen härför sammanfaller också i stort sett med vad som anförts i tysk och schweizisk doktrin och praxis: Ändamålet med JN § 76 III är att förebygga haltande skilsmässor. Denna ratio bortfaller när det främmande landet redan betraktar äktenskapet såsom ogiltigt. En österrikisk skilsmässodom skapar i detta läge inte någon konflikt med hemlandet utan medför fastmera en viss »Annäherung» till vad som redan gäller i hemlandet, nämligen såtillvida att äktenskapet inte längre kommer att anses äga bestånd i någotdera landet.

I publicerad *rättspraxis* synes ställning ännu inte ha tagits till frågan. Någon gång synes spörsmålet ha förbisetts och till följd därav ett skilsmässomål avvisats med stöd av JN § 76 III, ehuru äktenskapet måhända varit ogiltigt i hemlandet.⁴⁶ Det finns emeller-

3.7.1939 (makarna polska medborgare; obiter), OLG München 25.4.1934 (libanesiska medborgare), LG Berlin 2.11.1937 (litauiska medborgare; se referat nedan i § 4 vid not 91) och 23.5.1949 (bulgariska medborgare). Ytterligare hänvisningar hos Kegel Kommentar 794 f not 27. — Ett enda fall ur praxis intar motsatt ståndpunkt, OLG Kiel 4.1.1949 (polska medborgare). — Beträffande doktrinen se, förutom Kegel l.c., Raape Kommentar 399 f (med hänvisningar till äldre litteratur) och IPR 304, Lewald IPR 112, Nussbaum IPR 161 f, Stein-Jonas Anm. IV 1 till ZPO § 606 b) och Wengler 1951: 24.

⁴⁴ OLG Hamburg 26.4.1934. Från doktrinen se Bergmann 1935: 258 f.

⁴⁵ Loewe 107, Schwimann 1960: 74 f, Schwind Kommentar 283 och i Klang-Gschnitzer 730 f samt 1965: 168.

⁴⁶ OLG Wien 27.2.1946 (grekiska medborgare).

tid ingen anledning antaga annat än att domstolarna, när deras uppmärksamhet blir fäst på problemet, kommer att inta samma ståndpunkt som de schweiziska och tyska domstolarna och den österrikiska doktrinen.

D. SVENSK RÄTT

I svensk rätt har — efter mönster av 1902 års skillnadskonvention, art. 5⁴⁷ — upptagits följande bestämmelse (IÅL 3: 1 II):

Är enligt lagen i den stat, makarna tillhöra,⁴⁸ åt inländsk myndighet förbehållet, i allmänhet eller för vissa fall, att pröva talan om äktenskapsskillnad eller hemskillnad mellan sagda stats undersåtar, må ej, i strid mot dylikt förbehåll, sådan talan här i riket upptagas, med mindre fråga är om äktenskap, som i makarnas hemland anses ej vara i behörig form avslutat.

Genom den sista passusen i denna bestämmelse (»med mindre — — — avslutat») har det här dryftade problemet för svensk rätts del fått en lösning som överensstämmer med de ovan berörda ländernas doktrin och rättspraxis. Domsrättsförbehåll i hemlandets lag utgör sålunda ej hinder för målets upptagande i Sverige, när äktenskapet är ogiltigt i hemlandet.

Den svenska lagbestämmelsen begränsar sig inte uttryckligen till fall där formfelet medför *nullitet* enligt hemlandets lag. Detta är emellertid tveksutan förutsatt vid bestämmelsens tillkomst.⁴⁹ — Bestämmelsen berör ej heller det fall (som förekommit i schweizisk rättspraxis, jfr ovan under A s. 219 f), att hemlandet betraktar äktenskapet såsom *upplöst* genom skilsmässa. Detta fall har ej heller uppmärksamats vid lagens förarbeten eller i samband med tillkomsten av skillnadskonventionen, på vilken lagen bygger (ehuru konventionens text, till skillnad från den svenska lagtexten, formellt synes täcka även ifrågavarande fall). Uppenbart är emellertid, att *ratio legis* i IÅL 3: 1 II indicerar samma lösning i detta fall som i det i lagen direkt reglerade.

⁴⁷ Ifrågavarande del av art. 5 lyder (översättningen hämtad från NJA II 1905, nr 5, s. 5): »Domsrätt är dock förbehållen åt nationell myndighet, i den mån sådan myndighet är allena behörig att upptaga talan om äktenskapsskillnad — — —. Den utländska myndigheten förblifver emellertid behörig i fråga om *äktenskap*, som *icke lämnar rum för talan om äktenskapsskillnad* — — — hos behörig nationell myndighet.»

⁴⁸ I händelse av *olika* nationalitet gäller IÅL 7: 2 I; i första hand blir den stat makarna sist gemensamt tillhört avgörande, i andra hand — om de inte haft gemensamt medborgarskap — mannens hemland.

⁴⁹ Jfr t.ex. Undén IÅR 88.

Bestämmelsen i IÅL 3:1 II om hänsynstagande till hemlandets lag begränsar sig som synes — till skillnad från vad som gäller enligt motsvarande regler i schweizisk, tysk och österrikisk rätt — till fall där hemlandet förbehåller sig *exklusiv* jurisdiktion i skilsmässomål (svensk rätt tar alltså ingen hänsyn till hemlandet, om detsamma av *andra* skäl inte skulle erkänna den svenska behörigheten). De länder som gör sådant förbehåll är numera ganska få till antalet.⁵⁰ Och de flesta av dessa länder hör inte till dem som kräver religiös vigsel för äktenskapets giltighet (undantag: Israel). På grund härav kan det antas, att särregeln beträffande haltande äktenskap i sista punkten av IÅL 3:1 II numera har ringa praktisk betydelse.

III. SAMMANFATTNING OCH VÄRDERINGAR

Av redogörelserna under I och II ovan framgår, att äktenskapets territoriellt begränsade giltighet (eller bestånd) i många fall har eller haft betydelse för domsrätten i skilsmässomål. I skilda länders lagstiftning och/eller rättspraxis har man i dessa fall antagit en vidare behörighet än enligt eljest gällande regler.

Numera har dessa frågor inte lika stor praktisk betydelse som tidigare. Härtill bidrar olika omständigheter. Vad först gäller de från fransk, schweizisk och tysk praxis omtalade fall (ovan under I C, II A och II B), där äktenskapets ogiltighet i mannens hemland *indirekt* hade betydelse för domsrätten — genom att förhindra att hustrun förvärvade mannens nationalitet och att de för utländska makar gällande reglerna om skilsmäsojurisdiktion därigenom blev tillämpliga — har dessa fall förlorat sin aktualitet genom den nyare utvecklingen inom medborgarskapsrätten. Inländsk hustru bibehåller numera vanligen, åtminstone enligt de nämnda ländernas rätt, sitt medborgarskap vid giftermål med utlänning, oavsett om äktenskapet är giltigt eller ogiltigt i dennes hemland.⁵¹

I de övriga under I omtalade fallen från engelsk, tysk och fransk praxis synes behovet av särregler beträffande domsrätten vid haltande äktenskap väsentligen ha bortfallit genom införandet av nyare regler, vilka utvidgat den *allmänna* skilsmäsojurisdiktionen. Dessa

⁵⁰ Jfr ovan kap. II s. 47.

⁵¹ Jfr ovan kap. II vid not 64.

regler synes ha »fångat upp» de allra flesta fall med sådan anknytning till forumlandet, att domsrätt kan ifrågakomma; så åtminstone för engelsk och tysk rätts del.

Återstår de under II berörda fall från schweizisk, tysk, österrikisk och svensk rätt, där domsreglerna för jurisdiktion förutsätter erkännande i makarnas hemland eller att hemlandet inte självt gör anspråk på exklusiv jurisdiktion och där tillämpligheten av dessa regler inte uteslutes redan av hustruns medborgarskap. De fall där ifrågavarande domsregler kan bli aktuella vid haltande äktenskap är, såsom påpekats beträffande svensk rätt, i och för sig sannolikt mindre frekventa än förr. Emellertid råder det i de under II genomgångna ländernas rätt knappast någon tvekan om att de nämnda domsrättsförutsättningarna skall bortfalla vid sådana äktenskap. För svensk rätts del framgår detta av uttrycklig lagtext, i övriga länder av en i det närmaste enhällig doktrin och rättspraxis.

Uppenbart torde också vara, att detta är en sund ståndpunkt, som förtjänar anslutning. Skälen härtill, vilka åtminstone delvis är tillämpliga även i de fall som anförts under I och vilka framgått av referaten av doktrin och rättspraxis, kan sammanfattas i följande tre punkter.

1) Ändamålet med bestämmelser av den typ som avses under II är att förhindra tillkomsten av en skilsmässa i ett läge där hemlandet inte skulle erkänna densamma och därför komma att betrakta äktenskapet såsom fortbestående. Men någon risk härför finns inte när hemlandet redan från början betraktar äktenskapet såsom icke existerande. En dom på skilsmässa medför här rentav *upphörandet* av en haltande status, nämligen såtillvida att parterna framdeles även i forumlandet, liksom redan tidigare i hemlandet, kommer att anses som icke-gifta med varandra, och *främjar* alltså direkt den internationella enhetsbedömningen. Den ifrågavarande domsrättsförutsättningen mister således i här aktuella situationer all sin ratio.

En sak för sig är, att en skilsmässodom inte ger upphov till *alldes samma* rättsläge som i hemlandet, om äktenskapet där är ogiltigt.⁵² Rättsverkningarna av äktenskaps upplösning är ju inte desamma som av dess ogiltighet.

⁵² Jfr t.ex. vad som anföres i det ovan under II A s. 216 f refererade schweiziska rättsfallet BG 6.10.1883 (i.f.) samt av Schöndorf 72 f (med kritik av formuleringen i RG-avgörandet 16.11.1922, ovan under II B s. 222).

2) När jurisdiktionshinder föreligger i ett visst land, kan detta ses som uttryck för en värdering i detta land, att skilsmässomålet lämpligen — på grund av parternas eller enderas främmande nationalitet och/eller domicil — bör prövas i något annat land, vartill anknytningen uppfattas som starkare. Men någon sådan prövning kan ju inte komma till stånd i de fall där det främmande landet betraktar äktenskapet såsom icke existerande; en skilsmässodom i det främmande landet är i dessa fall utesluten. Om målet inte tages upp i det land där talan väckts (och där äktenskapet är giltigt och bestående), kan det därför måhända *inte någonstades* bli föremål för saklig prövning. En vägran att konstituera domsrätt kan då, såsom framhållits i doktrinen, bli praktiskt liktydig med en »*déni de justice*». Ett upptagande av målet — vilket naturligtvis ifrågakommer endast om saken har åtminstone *någon* (ehuru enligt de vanliga domsrätsreglerna inte tillräcklig) anknytning till forumlandet⁵³ — kan därför motiveras så, att därigenom konstitueras ett slags *nödkompetens*, en jurisdiktion *ex misericordia*.⁵⁴

3) En viktig synpunkt, som kompletterar den vid 2) anförda, är slutligen, att om skilsmässomålet inte upptages till prövning och äktenskapet således enligt forumlandets uppfattning skall fortfara att äga bestånd, så kan denna uppfattning ofta, kanske i regel, inte praktiskt genomföras beträffande båda makarna. I flera av de ovan refererade rättsfallen har läget varit det, att *endast endera* maken, i regel hustrun, faktiskt befunnit sig inom forumlandets »maktsfär». Den andre maken har befunnit sig i och haft hemvist i sitt hemland, oåtkomlig för alla förpliktelser på grund av äktenskapet och fri att ingå nytt gifte; i flera av rättsfallen har han också vid tiden för skilsmässomålet faktiskt varit omgift i sitt hem- och hemvistland. Om skilsmässomålet inte upptages i forumlandet, går det då i realiteten ut endast över den ena av makarna, den som har sitt faktiska hemvist i detta land och därför är beroende av dess uppfattning. Det är denna ensidiga bundenhet vid förbindelsen som domstolarna särskilt synes ha reagerat emot och som enligt en engelsk domare vore »*a disgrace both to our law and our practice*» och enligt en schweizisk

⁵³ Jfr Dicey's regel ovan under I A s. 209, vilken förutsätter bl.a. att hustrun vid äktenskapets ingående hade engelsk domicil, samt de tyska rättsfallen under I B s. 211, vilka tycks förutsätta att hustrun vid äktenskapets ingående var tysk medborgare.

⁵⁴ Rabel I 421.

domstol »choquant et immoral», ett resultat som lagstiftaren »inte kunnat vilja».

De anförda synpunkterna är bärande, vare sig äktenskapet från det främmande landets synpunkt är en *nullitet* — det fall som mest uppmärksammats i doktrinen och oftast förekommit i rättspraxis — eller blivit *förklarat ogiltigt* (jfr de engelska rättsfallen *Stathatos v. Stathatos* och *De Montaignu v. De Montaignu*, ovan under I A s. 208 f) eller *upplösts* genom dom som meddelats i (eller erkännes i) det främmande landet men inte erkännes i forumlandet. Däremot har fall där äktenskapet från det främmande landets synpunkt är allenast *angripbart* (men ännu inte förklarats ogiltigt) med rätta ansetts höra behandlas enligt de vanliga domsrättsreglerna. I dessa fall kan skilsmässotalan väckas och prövas i det främmande landet.

Vad särskilt angår den situationen, att äktenskapet från det främmande landets synpunkt *redan är upplöst* genom skilsmässa, har detta fall, såsom framgått, förekommit i schweizisk praxis. I övrigt har denna situation knappast alls uppmärksammats, vare sig i doktrin eller praxis. I själva verket är de ovan anförda skälen här ännu mer tvingande än i ogiltighetsfallen. Att det främmande landet betraktar äktenskapet som upplöst innebär ju, att parterna i detta land redan har samma status — tidigare gifta med varandra men numera frånskilda — som de nu söker få även i forumlandet. Upptages och bifalles skilsmässoyrkandet i forumlandet, skapas det alltså där ett rättsläge som, i än högre grad än när äktenskapet är ogiltigt i det främmande landet, ansluter sig till vad som redan gäller i sistnämnda land.

§ 3. VORFRAGE-PROBLEMET

I. DOKTRINEN

Frågan om äktenskapets giltighet och bestånd såsom förutsättning för skilsmässa diskuteras i doktrinen sällan som ett Vorfrageproblem i egentlig mening. De författare som är anhängare av *lex causae*-principen synes mena, att något sådant problem här inte

uppkommer. Äktenskapets giltighet är nämligen enligt dessa författare en »begrepps nödvändig förutsättning» för skilsmässa; frågan därom uppkommer på ett tidigare stadium än vid tillämpningen av *lex causae* beträffande skilsmässosyrkandet.⁵⁵ På Vorfrage-doktrinen grundval hävdas därför inte någon annan åsikt än att äktenskapets giltighet och bestånd skall bedömas med utgångspunkt från *forumrättens* egna IP-regler, även när främmande rätt är skilsmässostatut.⁵⁶ Häri ligger två moment.

Å ena sidan är det för dom på skilsmässa *nödvändigt*, att äktenskapet enligt forumlandets IP-regler dels är giltigen ingånget, dels alltjämt äger bestånd. Man kan inte döma till skilsmässa i ett äktenskap som från forumlandets synpunkt inte existerar. Att makarnas hemland (om nu dess lag är *lex causae* beträffande skilsmässan) anser äktenskapet giltigt och bestående hjälper inte. I exemplet i § 1 ovan s. 206 f beträffande de grekiska makarna är skilsmässa utsluten i fallet (b), där vigseln skett allenast i grekisk rätts ordning och inte erkännes av den österrikiska forumrätten. På samma sätt förhåller det sig, om det redan föreligger en i forumlandet meddelad skilsmässodom (eller en utländsk skilsmässa som enligt forumlandets IP-regler skall erkännas), även om densamma inte erkännes i hemlandet. För sistnämnda fall har dock, oberoende av Vorfrage-doktrinen, en särmening framförts i tysk doktrin. Denna skall jag ta upp till diskussion under III nedan.

Å andra sidan är det också *tillräckligt* — såvitt på äktenskapets giltighet och bestånd ankommer — att frågan härom besvaras jakande utifrån forumlandets egna IP-regler. Hemlandets motsatta uppfattning är ej heller här relevant. I exemplet i § 1 ovan s. 206 f kan skilsmässa ifrågakomma i fallet (a), där vigseln ägt rum i österrikisk rätts civila form; vigselns ogiltighet enligt grekisk rätt har såtillvida ingen betydelse.

⁵⁵ Se t.ex. Ferid 1955: 62, Maridakis 1962: 443 f, Melchior 259, Neuhaus Grundbegriffe 88 f, 237, Serick 1956: 217 f (jfr beträffande Serick dock nedan under III s. 231 ff), Wolff IPR 81, 205 och PIL 371 f. Jfr även Eek IPR 96.

⁵⁶ De författare som inte utgår från *lex causae*-principen har givetvis inga svårigheter att komma till detta resultat. Se t.ex. Aubert 1962: 616 f, Balogh 580, Gamillscheg 1961: 65, Kegel IPR 291 och Kommentar 789 f (Bem. 2, 3, 6), Letz-gus 296 f, Mezger 384, Ponsard 1963: 994, Raape Kommentar 383, 1934: 2952 och IPR 241 f, 246, 248 (med not 20), 286, Rabel I 419 f och Schwind i Klang-Gschnitzer 733.

II. RÄTTFSPRAXIS

Rättspraxis i olika länder synes utan undantag följa samma linje som doktrinen. Veterligen har avvikelser därifrån aldrig ifrågasatts i domstolarnas avgöranden.

Å ena sidan har sålunda skilsmässa ansetts utesluten såväl när äktenskapet varit ogiltigt (=en nullitet) i forulandet som när det enligt detta lands betraktelsesätt varit upplöst genom skilsmässa.⁵⁷ Att makarnas hemland eller annat land intagit annan ståndpunkt beträffande äktenskapets giltighet eller bestånd har inte tillmätts betydelse.

Å andra sidan finns det från olika länder en mängd rättsfall där det dömts till skilsmässa i ett enligt forulandets IP-regler giltigt och bestående äktenskap, oaktat äktenskapet i makarnas hemland varit ogiltigt eller upplöst genom tidigare skilsmässodom. En del sådana fall har redovisats ovan i § 2, andra refereras nedan i § 4.

III. VÄRDERINGAR

Den i doktrin och praxis intagna ståndpunkten överensstämmer med min egen allmänna uppfattning om Vorfrage-problemets lösning. Det torde också vara klart, att det i skilsmässomål inte finns anledning att frångå denna uppfattning.

Vad särskilt angår den situationen, att äktenskapet är giltigt (och bestående) i forulandet men enligt den främmande *lex causae* ogiltigt (eller upplöst), så torde det knappast vara möjligt att ens finna något argument som skulle kunna anföras för annan ståndpunkt än den vedertagna. I denna situation kan nämligen hänsyn till internationell enhetsbedömning inte, såsom vanligen eljest, åberopas för en *lex causae*-lösning på Vorfrage-problemet. Om den främmande rätten, enligt vilken äktenskapet är ogiltigt eller (redan) upplöst, finge vara bestämmande för utgången i skilsmässomålet, vore det ju utan vidare klart att skilsmässa inte kunde komma till

⁵⁷ Se t.ex. LG Darmstadt 30.4.1931, RG 19.3.1936, LG Ravensburg 8.3.1950, OLG Hamm 15.10.1951 (refererat nedan under III s. 231), OLG Düsseldorf 19.12.1956; Paris 2.7.1934 och 30.10.1954; Trib. Genève 22.5.1957 (delvis refererat ovan i § 2 s. 219 f); VwGH 29.11.1962 och Hoyer 1965: 620 (vid not 21).

stånd. Det haltande äktenskapet skulle m.a.o. få bibehållas orubbat. Utgår man däremot från forumrättens uppfattning om äktenskapet såsom giltigt och bestående, blir skilsmässa och därmed också en »utjämning» av det haltande rättsförhållandet möjlig, förutsatt naturligtvis att det också finns en skilsmäsoorsak enligt den lag som härutinnan skall vara bestämmande. Även de internationella hänsynen talar alltså här för lex fori-lösningen.

Beträffande den motsatta situationen, nämligen där äktenskapet är giltigt och bestående från det främmande skilsmässostatutets synpunkt men inte från forumlandets, synes det lämpligt att här ta upp ett resonemang som i tysk doktrin förts av *Serick*.⁵⁸ Detta resonemang, som — ehuru det inte är baserat på Vorfrage-doktrinen — utmynnar i ett resultat som faktiskt överensstämmer med en lex causae-lösning på detta problem, anknyter till följande fall från tysk rättspraxis:⁵⁹

Tysk domstol hade dömt till skilsmässa mellan holländska makar, av vilka H fram till giftermålet varit tysk medborgare. Den i domen åberopade skillnadsgrunden (»Zerrüttung») var hämtad från tysk rätt och förekom ej i holländsk rätt. Domen erkändes av denna anledning inte i Nederländerna. H, som ville ingå nytt gifte i Tyskland, kunde därför inte erhålla s.k. »Ehefähigkeitszeugnis» från hemlandets myndigheter. På grund härav ansågs hinder för omgifte föreligga i Tyskland.⁶⁰ H valde då — flera år efter den tidigare domen — att väcka *ny* talan om skilsmässa vid tysk domstol, nu med begäran att domen skulle meddelas med tillämpning av en skilsmässogrund som erkändes även i holländsk rätt (vilket enligt EG art. 17 I bort ske redan i den ursprungliga domen). På detta sätt skulle omgiften möjliggöras. Emellertid fann domstolen, att denna talan var »offensichtlich unbegründet». En ny skillnadsdom skulle, sade domstolen, skapa ett tillstånd, som (för tysk uppfattning) redan var förhanden. Att upplösa ett äktenskap som ej längre existerar vore »denkgesetzlich unmöglich».

Enligt *Serick*, som ställer sig kritisk till utgången, föreligger det ingen sådan logisk omöjlighet. Den tyska skillnadsdomens rättskraft borde enligt *Serick* inte anses lägga hinder i vägen för den nya talan. Genom den första domen skulle nämligen allenast ha avgjorts, att parternas äktenskap ej längre består enligt *tysk* rätt. Vad frågan gäller i process nr 2 är att åstadkomma samma resultat enligt holländsk rätt. Av praktiska skäl, närmast möjligheten

⁵⁸ *Serick* 1956: 224 ff.

⁵⁹ OLG Hamm 15.10.1951.

⁶⁰ Jfr härom nedan kap. XIV § 2 I B 1 s. 424 ff.

till omgifte i Tyskland, borde domstolarna inte dra sig för att döma till skilsmässa på nytt, med tillämpning av den främmande rätten. Visserligen skulle saken kunna ordnas genom att den nya skilsmässodomen utverkades i hemlandet. Men det är inte säkert — framhåller Serick vidare — att detta kan ske utan alltför stor omgång eller ens att det i hemlandet finns någon behörig domstol, om parterna (såsom i rättsfallet) har sitt hemvist i Tyskland.

För egen del kan jag instämma i Sericks kritik så långt, att den av honom föreslagna, i rättsfallet förkastade lösningen näppeligen bör avvisas på grund av sin förmenta »logiska omöjlighet» (något annat är, att den från tysk positivrättslig synpunkt torde framstå som alltför djärv).⁶¹ Problemet är inte av logisk utan av praktisk natur. Från de ändamålssynpunkter som härvid är att beakta menar jag däremot övervägande skäl tala mot den av Serick hävdade åsikten. I detta hänseende kan jag hänvisa till de värderingar som i avhandlingens allmänna del gjorts beträffande Vorfrage-problemet i allmänhet. Det synes leda till oöverskådliga komplikationer, om det en gång, genom den första skilsmässodomen, i forumlandet träffade avgörandet inte i fortsättningen ovillkorligen respekteras i samma land.

En del av dessa svårigheter påpekas av Serick själv. Kan t.ex. såsom skillnadsgrund i det nya målet få åberopas parternas förhållande under den tid som förflutit *efter* den första domen, t.ex. ett »äktenskapsbrott» under denna tid? — Det inte minst viktiga problemet är enligt min mening, hur den av Serick rekommenderade lösningen skall kunna inordnas i ett regelsystem. Hur skall man dra gränsen för de fall, där en ny skilsmässoprövning skall kunna äga rum? Något försök till en sådan fast gränsdragning gör Serick dessvärre inte.

Naturligtvis innebär det i rättsfallet uppkomna haltande rättsläget olägenheter. Men haltande skilsmässor uppkommer ju ständigt och av skilda orsaker, utan att man kan anses berättigad att ta till ett sådant botemedel som det av Serick rekommenderade. F.ö. skulle detta tillvägagångssätt kunna leda till målet endast i ett begränsat antal fall, nämligen där det faktiskt finns en skilsmässogrund även enligt den främmande rätt, vars tillämpning underlätits i den tidigare rättegången. I verkligheten torde det heller inte vara de s.a.s. normala olägenheterna av en haltande skilsmässa — alltså att par-

⁶¹ Kegel Kommentar 790 not 3 betecknar Sericks förslag som »Zukunftsmusik». Se också Raape IPR 286 f och Neuhaus Grundbegriffe 254 f.

terna i det ena landet behandlas som gifta med varandra men i det andra landet som frånskilda — som föranlett Sericks förslag. Förmodligen är det i stället den omständigheten, att parterna *inte ens i Tyskland*, fastän skilsmässan beviljats där, kan ingå ett nytt äktenskap. Läget är alltså »låst» både i forumlandet och i hemlandet. Men skulden härtill synes böra läggas på den tyska praxis, enligt vilken ett tidigare äktenskap utgör hinder för omgifte även efter tysk skillnadsdom, om domen inte erkännes i vederbörandes hemland. Om man avvisar denna ståndpunkt — såsom torde ske bl.a. enligt svensk rätt ⁶² — och i alla hänseenden tar konsekvenserna av den inländska skillnadsdomen, uppkommer inte de »extra» olägenheter, vilkas avhjälpande synes utgöra syftet med Sericks förslag.

§ 4. TILLÄMPLIGT SKILSMÄSSOSTATUT VID HALTANDE ÄKTENSKAP

I. TYSK RÄTT

A. »FIKTIV» ANVÄNDNING AV (MANNENS) LEX PATRIAE?

1. Den kollisionsrättsliga huvudregeln beträffande skilsmässa, EG art. 17 I, lyder:

Für die Scheidung der Ehe sind die Gesetze des Staates massgebend, dem der Ehemann zur Zeit der Erhebung der Klage angehört.

Härtill ansluter sig EG art. 17 IV:

Auf Scheidung kann auf Grund eines ausländischen Gesetzes im Inlande nur erkannt werden, wenn sowohl nach dem ausländischen Gesetze als nach den deutschen Gesetzen die Scheidung zulässig sein würde.

I stället för EG art. 17 gällde tidigare — tiden 1.8. 1904—1.6. 1934 — i förhållande till de stater som var anslutna till 1902 års Haagkonvention om skilsmässa (skillnadskonventionen) denna konventions bestämmelser i ämnet. Enligt dessa bestämmelser skulle ma-

⁶² Jfr nedan kap. XIV § 2 VII B.

karnas (sista gemensamma) *lex patriae* tillämpas, ev. i kumulation med *lex fori*.⁶³

I äldre tysk praxis synes domstolarna ha tillämpat EG art. 17 I enligt sin ordalydelse, d.v.s. krävt skilsmässoorsak enligt mannens *lex patriae*, även när äktenskapet enligt denna lag var ogiltigt. Så synes ha skett också i fall där sistnämnda omständighet — i enlighet med den ovan § 2 II B skildrade praxis — medförde, att ZPO § 606 IV inte ansågs utgöra hinder för tysk domsrätt.⁶⁴

Emellertid blev Reichsgerichts förenämnda avgöranden beträffande domsrätten (se ovan § 2 s. 221 f) i en del av doktrinen tolkade så, att den främmande *lex patriae* skulle lämnas utan beaktande jämväl i vad avsåg det materiella avgörandet, m.a.o. att undantag från EG art. 17 I skulle göras när hemlandet inte erkände äktenskapet.⁶⁵ Denna tolkning ansågs också innefatta den sakligt bästa eller t.o.m. logiskt nödvändiga lösningen. I hithörande fall förelåg det nämligen, säger t.ex. *Schöndorf*, inte ett utländskt rättsförhållande utan »eine deutsche Ehe» (enligt *Schöndorf* = ett äktenskap som är giltigt endast enligt tysk rätt); och det vore blott logiskt att beträffande skilsmässa i ett sådant äktenskap skjuta undan *lex patriae* och tillämpa enbart tysk rätt.⁶⁶

Denna ståndpunkt kritiserades — såväl såsom tolkning av Reichsgericht-avgörandena som de lege ferenda — tidigast och utförligast av *Raape*⁶⁷ med en argumentering som i huvudsak genomgått ovan i kap. VI. Varken från principiella (logiska) eller praktiska synpunkter vore det sålunda enligt *Raape* motiverat att frångå regeln i EG art. 17 I. I ett fall synes *Raape* dock undantagsvis vilja göra detta, nämligen när den främmande *lex patriae* överhuvud inte känner institutet skilsmässa. Om t.ex. två spanska medborgare gift sig i (enbart) civil form i Tyskland, så bör även enligt *Raape* ett skilsmässomål dem emellan vid tysk domstol bedömas enligt enbart tysk

⁶³ Se t.ex. *Kegel Kommentar* 818 (Bem. 120).

⁶⁴ Så enligt *Schöndorf* 74.

⁶⁵ Så först *Schöndorf* 73 ff, sedan *Frankenstein* I 233 not 189 (och senare III 213 ff, 425) samt *Lewald* IPR 111 f och 1934: 660, 663.

⁶⁶ *Schöndorf* 75 f. Se också *Lewald* IPR 112 och *Frankenstein* III 214 samt ovan kap. VI s. 187 ff, där denna argumentering kritiskt granskats.

⁶⁷ Tidigast i *Kommentar* 399 ff, därefter i *Recueil* 487 samt (utförligast) 1934: 2951 ff. Se numera också *Raape* IPR 246, 296 ff.

rätt.⁶⁸ Bortsett härifrån finns det enligt Raape inte anledning att ge makarna en skilsmässogrund som de inte har enligt sitt hemlands lag.

2. a) De lege lata klarnade rättsläget under 1930-talet genom en serie rättsfall. Första gången Reichsgericht tog direkt ställning i frågan synes ha varit i följande fall från 1933:⁶⁹

H var tysk medborgare (fram till vigseln, genom vilken hon förmodligen antingen blivit statslös eller förvärvat M:s medborgarskap; frågan saknar betydelse i rättsfallet) av evangelisk trosbekännelse. M, som var katolik, var ursprungligen rysk medborgare men hade sedermera förvärvat polsk nationalitet; ovisst var om nationalitetsväxlingen ägt rum före eller efter vigseln. Äktenskapet hade ingåtts inför tysk Standesbeamter, varefter en kompletterande vigsel förrättats av katolsk präst. Makarna hade haft sitt senaste gemensamma hemvist i Mecklenburg, varifrån M avvikit till Polen. H yrkade nu skilsmässa.

Underinstanserna hade, med stöd av polsk (närmare bestämt det s.k. Kongresspolens) rätt — vilken tydligen ansetts tillämplig enligt huvudregeln i EG art. 17 I — lämnat H:s talan utan bifall; skilsmässa mellan katolska makar var enligt ifrågavarande bestämmelser inte tillåten.

Reichsgericht fann väl, i likhet med underinstanserna, polsk rätt vara i princip tillämplig beträffande skilsmässoyrkandet men upphävde, närmast av vissa processuella skäl, den angripna domen och återförvisade målet. I samband härmed fäste Reichsgericht underinstansens uppmärksamhet på följande, att iakttagas vid den nya förhandlingen: Om det visade sig, att M vid tiden för vigseln varit *polsk* medborgare, komme en bestämmelse i den kongresspolska rätten i betraktande, enligt vilken ett »Mischehe» mellan en katolsk och en evangelisk kontrahent måste ingås inför präst inom det trossamfund *bruden* tillhörde, i detta fall alltså en evangelisk präst. Som detta ej skett, syntes äktenskapet från polsk rätts synpunkt vara ogiltigt (den *civila* vigseln gav enligt polsk rätt ej upphov till något giltigt äktenskap). I så fall vore endast det civila äktenskapet att anse som bestående — nämligen från *tysk* rätts synpunkt — och skulle frågan om dess upplösning bedömas *endast enligt tysk rätt*. Hade M åter ännu vid vigseln varit *rysk* medborgare, vore i skilsmässomålet i princip likväl hans nuvarande polska nationalitet avgörande (enligt EG art. 17 I). Men i detta fall återstode att undersöka, om polsk lag höll det av M såsom utlänning utomlands slutna äktenskapet för giltigt.

⁶⁸ Jfr kritiken av Raapes motivering för denna ståndpunkt ovan kap. VI s. 190 f. Ifrågavarande ståndpunkt förtjänar dock anslutning av andra skäl, se nedan under VII A s. 262 ff.

⁶⁹ RG 4.5.1933.

Av detta rättsfall framgår klart, att Reichsgericht sett det som en förutsättning för polsk rätts (*legis patriae*) tillämplighet såsom skilsmässostatut, att äktenskapet med utgångspunkt från polska IP-regler var giltigen ingånget. Underinstansen anvisades att undersöka denna fråga vid olika alternativ beträffande mannens nationalitet vid vigseln. Därest undersökningen utmynnade i ett nekande svar på nämnda spörsmål, skulle endast tysk rätt komma till användning i skilsmässomålet.

Från ungefär samma tid föreligger åtskilliga avgöranden av andra domstolar, särskilt av Kammergericht i Berlin, där motsvarande grundsatser genomförts eller uttalats obiter.⁷⁰ I Kammergerichts domar återkommer t.ex. ständigt den vändningen, att undantag från regeln om tillämpning av *lex patriae* i skilsmässomål är att göra, om äktenskapet visserligen erkännes som giltigt i Tyskland men inte i den främmande staten, och att skilsmässan i detta fall försiggår enligt enbart tysk rätt. Denna princip har tillämpats såväl inom ramen för skillnadskonventionen (av vilken Tyskland som sagt var bundet fram till 1.6.1934) som där endast bestämmelserna i EG varit att beakta.

I samtliga hithörande fall har det rört sig om äktenskap som (enligt vad domstolarna utgått från) i mannens hemland⁷¹ (Bulgarien, Iran, Jugoslavien, Litauen, Polen) varit — eller (i de fall där uttalandena gjorts allenast obiter) av domstolarna hypotetiskt antagits vara — ett »Nichtehe». I nästan alla fall har detta berott på att vigseln förrättats endast i civil form (vanligen i Tyskland, jfr nedan under B s. 243) och hemlandet tvingande föreskrivit religiös vigsel. I ett enda fall har det enligt hemlandets (bulgarisk) rätt förelegat annan ogiltighetsgrund (äktenskapet ingånget i strid med förbud mot giftermål mellan personer av olika religion).⁷²

⁷⁰ Se LG Berlin 25.11.1932, 14.5.1934 (implicite), 2.11.1937 och 3.2.1938, LG Oldenburg 30.11.1934, OLG Dresden 9.11.1933, OLG Königsberg 1.2.1937, KG 20.4.1936, 3.5.1937 och 14.1.1937 samt obiter dessutom 6.11.1933, 27.11.1933, 11.12.1933 (A och B), 18.12.1933 (A och B) och 15.1.1934.

⁷¹ I några fall — där mannen vid tiden för skilsmässoprocessen var statslös — hans *tidigare* hemland. Enligt dåvarande tysk IP (EG art. 29) gällde nämligen såsom en statslös persons *lex patriae* lagen i det land han sist tillhört (detta ändrades 1938, jfr nedan under 3 vid not 80).

⁷² Så i LG Berlin 14.5.1934, vars antagande att den i texten angivna ogiltighetsgrunden medförde *nullitet* enligt bulgarisk rätt dock synes ha varit felaktigt. Se Bergmann 1935: 258 f med kritik av rättsfallet.

I *doktrinen* från denna tid är tendensen densamma som i *praxis*. De flesta författare som yttrat sig i frågan tar sålunda avstånd från Raape och ansluter sig till domstolarnas *praxis*.⁷³

De *motiveringar* som i *doktrin* och *praxis* åberopas för den intagna ståndpunkten är dels av principiellt-dogmatiskt, dels av praktiskt slag. I förstnämnda hänseende hänvisas sålunda ständigt till att äktenskapets upplösning begreppsmässigt inte kan lyda under lagen i en stat som förnekar äktenskapets existens och att frågan i stället måste höra under tysk rätt, eftersom äktenskapet härleder sitt rättsliga bestånd allenast ur denna.⁷⁴ I praktiskt hänseende anföres skäl som nära ansluter sig till dem som brukar åberopas för motsvarande ståndpunkt beträffande domsrättsfrågor⁷⁵ (jfr ovan § 2). Tillämpning av hemlandets lag skulle — anföres det sålunda — ofta leda till att skilsmässoyrkandet måste ogillas (så alltid om den främmande lagen inte känner institutet skilsmässa), ehuru skilsmässogrund finnes enligt tysk rätt. Men detta vore, när äktenskapet enligt den främmande lagen inte finns till, »ein widersinniges Ergebnis», vilken dessutom ofta — när svaranden, i regel mannen, har sitt hemvist i det främmande landet — skulle drabba makarna helt olika (jfr härom ovan § 2, särskilt s. 227 f). Fastmer är det angeläget, menar man i den hithörande doktrinen och *praxis*, att i denna situation underlätta en upplösning av äktenskapet i Tyskland, eftersom skilsmässan medför »einen dem fremden Rechte entsprechenden Rechtszustand, das Nichtbestehen der Ehe» (jfr Reichsgericht-avgörandet från 1922 beträffande domsrätten, ovan i § 2 s. 222).

b) Enstaka avgöranden i rättspraxis och uttalanden i doktrinen går »mot strömmen». Så bl.a. ett Oberlandesgericht-fall från 1933,⁷⁶ som tidigare (ovan § 2 s. 211 vid not 13) refererats i

⁷³ Se, förutom de i noten 65 nämnda författarna, Nussbaum IPR 162 not 1, Süß 1937: 2525 f, Wieruszowski 1932: 72 och Wilke 2353 f. — A.m. Enneccerus-Kipp-Wolff 148 not 34 samt Konrad Wolff 826 f. Bergman 1935: 259 lämnar spörsmålet öppet.

⁷⁴ Se t.ex. Wilke 2354 och Süß 1937: 2525 f.

⁷⁵ Se t.ex. Süß 1937: 2525 f, OLG Königsberg 1.2.1937 samt LG Berlin 2.11.1937 och 3.2.1938.

⁷⁶ OLG Hamburg 25.10.1933. — Se också LG Bremen 8.5.1934, där ogiltigheten enligt hemlandets (Polens) lag dock inte synes ha observerats och problemet därför förbigått (rättsfallet kritiserar av Wilke 2353 f), samt RG 20.5.1935, där frågan lämnats öppen.

en domsrättsfråga. Dessa avvikelser från huvudlinjen har dock knappast nämnvärd betydelse. Frågan om tillämplig lag (i motsats till domsrättsfrågan) har inte diskuterats i dessa fall och har måhända passerat »oupptäckt». En anledning härtill kan vara, att skilsmässa in concreto utan svårighet kunnat beviljas även enligt den främmande rätten; frågan har alltså inte haft någon betydelse för utgången (så i det nämnda Oberlandesgericht-fallet).

3. I många fall där det här aktuella problemet tidigare uppkom för de tyska domstolarna har det numera försvunnit ur bilden. Detta beror på flera olika skäl. Viktigast torde vara, att en del länder som tidigare inte erkände det tyska civiläktenskapet numera gör detta (så Bulgarien, Jugoslavien, Polen m.fl. länder).⁷⁷ Av betydelse är också, att många fall, där ett skilsmässoyrkande tidigare principiellt (enligt EG art. 17 I) skulle bedömas enligt främmande rätt — och där det alltså vid haltande äktenskap uppkom fråga om undantag från denna regel — numera till följd av ändringar i tysk IP utan vidare kommer att bedömas enligt tysk intern rätt.

Såsom de viktigaste av dessa ändringar kan nämnas:

1) Införandet (1935) av den s.k. »Frauenscheidung», innebärande att en skilsmässotalan av tysk hustru skall bedömas enligt tysk rätt, även om mannen är utlänning.⁷⁸

2) Sin fulla betydelse fick detta stadgande först under 1950-talet, genom upphävandet (1953) av den bestämmelse, enligt vilken hustrun vid giftermål med utlänning förlorade sitt tyska medborgarskap.⁷⁹

3) Genom lagändring 1938 bestämdes, att en *statslös* persons rättsförhållanden — så långt dessa enligt de allmänna reglerna i EG hör under *lex patriae*, alltså bl.a. beträffande skilsmässa — skall bedömas enligt lagen i det land där han vid den relevanta tidpunkten har eller haft sitt »gewöhnlicher Aufenthalt» eller, vid avsaknad härav, sitt »Aufenthalt» (EG art. 29). Denna bestämmelse leder beträffande statslösa nästan alltid till användning av tysk rätt. Tidigare hade i detta hänseende i första hand skolat tillämpas lagen i det land där vederbörande *sist varit* medborgare, ett stadgande som mycket ofta föranledde tillämplighet av främmande rätt.⁸⁰

⁷⁷ Jfr ovan kap. II s. 24 och 29 f.

⁷⁸ Det i texten sagda innebär en viss förenkling av den historiska utvecklingen. Se om denna närmare Raape IPR 290 ff.

⁷⁹ Jfr ovan § 2 vid not 39. Upphävandet skedde i kraft av GG art. 3 II och 117 I.

⁸⁰ Se närmare Raape IPR 54 f.

Trots dessa omständigheter finns det också i efterkrigstidens rättspraxis en hel del fall, där problemet aktualiserats. Bl.a. har det här rört sig om äktenskap där makarna eller åtminstone mannen varit grekisk eller spansk medborgare och där vigseln förrättats endast i tysk rätts civila form. I dessa och andra fall har domstolarna regelmässigt, liksom i äldre praxis, uteslutit den främmande *lex patriae* från tillämpning i skilsmässomålet.⁸¹ Liksom i den äldre praxis hänvisas gång på gång till den motsatta lösningens »logiska omöjlighet» e.l. Ibland åberopas också praktiska ändamålssynpunkter av samma slag som vi förut mött i doktrin och praxis.

Exempel på båda typerna av argumentation bjuder t.ex. ett fall, där mannen var spansk medborgare och hustrun statslös:⁸²

Das Heimatrecht des Mannes kann in solchen Fällen nicht angewandt werden, weil nach diesem eine gültige Ehe, die geschieden werden könnte, überhaupt nicht vorliegt (=den principiella delen av motiveringen), andererseits aber der Ehefrau zugemutet würde, unter Umständen an einer Ehe festzuhalten, die vom Ehemann aus gesehen keine Ehe ist und ihm die Möglichkeit gibt, sich zumindest in Spanien wieder zu verheiraten (=den praktiska delen av motiveringen).

Även i den nyare *doktrinen* är huvudtendensen densamma som i praxis.⁸³

Den motsatta ståndpunkten hävdas av några författare i doktrinen och i enstaka fall ur rättspraxis.⁸⁴ Dessa avgöranden i praxis, vilka

⁸¹ OLG Tübingen 1.6.1950 och LG Waldshut 11.4.1957 (M grek) samt LG Frankfurt/M. 6.12.1950 och LG Berlin 15.3.1954 (M spanjor). Se också LG Osnabrück 24.9.1948, LG Göttingen 18.10.1949, LG Köln 23.10.1950, LG Nürnberg-Fürth 28.2.1951 och LG Frankfurt/M. 9.5.1958 (i sistnämnda fall obiter). I åtminstone ett par av sistnämnda rättsfall — LG Köln 23.10.1950 och LG Nürnberg-Fürth 28.2.1951 — är domstolarnas antaganden om ett »Nichtehe» enligt hemlandets lag med säkerhet felaktiga; jfr härom Ferid JR 1953: 255 f och Moschel 97 samt ovan kap. II not 38.

⁸² LG Berlin 15.3.1954.

⁸³ Beitzke i Achilles-Greifff Anm. 11 till EG art. 17, Ferid 1955: 62, Lauterbach 1955: 36 och i Palandt Anm. 4 b) till EG art. 17, Marquardt i Erman Anm. 15 b) till EG art. 17, Neuhaus 1958: 29 och Grundbegriffe 255 f, Neumayer 1951: 298 f, Rabel I 233, 420 f, Wengler 1951: 24, Wolff IPR 206 not 7 (annorlunda i Ennecerus-Kipp-Wolff 148 not 34).

⁸⁴ Så i doktrinen Massfeller 1955: 175 f (se även 1936: 2466) och väl även Gamillscheg 1961: 65 f (båda dock med undantag för fall där hemlandets lag *helt förbjuder* skilsmässa), möjligen också Jochem 397, samt i praxis LG Osnabrück 20.4.1949 (polsk rätt) och LG Berlin 23.5.1949 (bulgarisk rätt). Frågan lämnades öppen av LG Augsburg 10.12.1952 (rysk rätt).

inte ger någon motivering för tillämpningen av den främmande rätten (utöver hänvisningen till EG art. 17 I), synes numera böra karakteriseras som »felaktiga» avvikelser från en i övrigt fast praxis.

En kompromisständpunkt har i doktrinen föreslagits av *Kegel*, med vilken *Serick* synes instämma.⁸⁵ Enligt *Kegel* träffar den härskande läran det riktiga dels i de fall där den främmande *lex patriae helt förbjuder* skilsmässa (härom är så gott som alla författare, även Raape, ense), dels i de fall där *lex patriae* uppställer *strängare* förutsättningar för skilsmässan än den lag som eljest skulle tillämpas (d.v.s. i regel tysk rätt, jfr nedan under B). Det bärande skälet härför uttrycker *Kegel* så, att »wir dürfen nicht päpstlicher sein als der Papst». Däremot finns det, menar *Kegel*, ingen anledning att lämna den främmande rätten utan beaktande när den blott är lika sträng som eller mildare (d.v.s. uppställer lindrigare förutsättningar för skilsmässa) än den lag som eljest kommer till användning. Eftersom den främmande rätten här inte försvårar skilsmässan, bör man hålla fast vid huvudregeln i EG art. 17 I.

Denna ståndpunkt synes åtminstone ännu inte ha satt spår i rättspraxis. Visserligen har läget i de allra flesta fall, där domstolarna på grund av äktenskapets ogiltighet i mannens hemland dömt till skilsmässa utan användning av detta lands lag, *faktiskt* säkerligen varit det, att skilsmässa inte skulle kunnat komma till stånd, om den främmande rätten beaktats. De flesta fallen torde i denna mening vara förenliga med *Kegels* ståndpunkt. Men domstolarna har i sina motiveringar i det här aktuella hänseendet inte åberopat sig på det materiella innehållet i den främmande rätten. Och vidare är inte *alla* fall ens i angivna mening förenliga med *Kegels* ståndpunkt; här kan nämnas de fall rörande grekiska medborgare, vilka ingått äktenskap i civil form i Tyskland, där tyska domstolar dömt till skilsmässa utan åberopande av grekisk rätt, ehuru skilsmässoförutsättningarna i denna — enligt *Kegels* egen karakteristik — inte är strängare än tysk rätts.

På basis av rättspraxis torde det därför vara riktigast att utan reservationer hålla fast vid att äktenskapets ogiltighet i mannens hemland utesluter tillämpning av EG art 17 I i skilsmässomål.

⁸⁵ *Kegel* IPR 293, Kommentar 794 (Bem. 22) och 1962: 113 f; *Serick* 1956: 221, 236 f. Så möjligen också *Gamillscheg* 1961: 65 f. Jfr även *Marquardt* i *Erman Anm.* 15 b) till EG art. 17.

Liksom beträffande domsrätten (se ovan § 2 s. 223) gäller detta endast när den främmande rätten betraktar äktenskapet som ett »*Nichtehe*». Vid äktenskap som från den främmande rättens synpunkt är endast angripbara (»vernichtbar») och ej blivit ogiltigförklarade i det främmande landet gäller vanliga IP-rättsliga regler i skilsmässomålet; skilsmäsoorsak måste således föreligga även enligt den främmande rätten.⁸⁶

4. Vad gäller fall där äktenskapet från hemlandets synpunkt är (giltigen ingånget men) *upplöst* genom skilsmässa, vilken inte erkännes i Tyskland, har denna situation förelegat för Reichsgericht i ett fall från 1920-talet:⁸⁷

En rysk jude hade år 1902 gift sig i London med en tyska (också av judisk börd). Vigseln hade ägt rum dels i civil form, dels enligt mosaisk rit och var giltig såväl i England som i Tyskland och Ryssland. År 1907 hade äktenskapet upplösts av ett rabbinkollegium i Berlin »enligt den mosaiska ritens föreskrifter». Efter denna skilsmässa, som från tysk rätts synpunkt var en nullitet men som från rysk rätts synpunkt torde ha varit giltig, väckte makarna talan mot varandra vid civil domstol i Tyskland med yrkande om skilsmässa.

Vid prövningen av denna talan (som av olika skäl kom att avgöras mer än 17 år efter dess väckande) tillämpade Reichsgericht enligt EG art. 17 I skilsmässoreglerna i rysk rätt såsom M:s lag (i kumulation med tysk rätt) och bifölls med stöd därav skilsmässoyrkandet.

Liknande har situationen varit i ett par fall ur Kammergerichts praxis från 1930-talet.⁸⁸ I dessa fall har mannen varit sovjetrysk medborgare och rysk rätt skilsmässostatut enligt EG art. 17 I. Från rysk rätts synpunkt har äktenskapet vid tiden för det tyska skilsmässomålet troligen redan varit upplöst, nämligen på grund av parternas faktiska särlevnad (den sovjetryska rätten kände vid denna tid en s.k. »*Privatscheidung*», vilken kom till stånd genom parternas egna åtgöranden, utan myndighets medverkan). Icke desto mindre tillämpade Kammergericht även i dessa fall skilsmässoreglerna i rysk rätt.

Domstolarna tycks således inte ha fäst något avseende vid att äktenskapet enligt den främmande rätten redan varit upplöst; EG

⁸⁶ Se särskilt LG Stuttgart 12.1.1949 samt ur doktrinen Bergmann 1935: 258 och Süß 1937: 2525.

⁸⁷ RG 15.2.1926.

⁸⁸ KG 21.3.1932 (B) och 14.4.1932.

art. 17 I har tillämpats ändå. Emellertid torde man inte av dessa enstaka och äldre rättsfall böra dra slutsatsen att något annat gäller i ifrågavarande fall än i ogiltighetsfallen, så mycket mindre som varje motivering för en sådan avvikelse saknas i rättsfallen och tillämpningen av den främmande (ryska) rätten inte alls vållade några svårigheter att bifalla skilsmässoyrkandet (den ryska rättens skilsmässoregler var de liberalast tänkbara). Förmodligen har frågan passerat utan att uppmärksammas. Då det från rättspolitiska synpunkter inte finns något skäl att behandla dessa situationer på annat sätt än »Nichtehe»-fallen (jfr nedan under VII A s. 262 ff), kan det förmodas, att domstolarna — när frågan verkligen aktualiseras för dem — kommer att stanna för samma lösning som i merparten av de under 2 och 3 ovan omtalade fallen, d.v.s. göra avkall på kravet på skilsmäsoorsak enligt den främmande rätten.⁸⁹

B. VILKEN LAG SKALL TILLÄMPAS I STÄLLET?

Beträffande denna fråga är, såsom tidigare nämnts (ovan kap. VI s. 173 f), två principståndpunkter möjliga. Båda dessa ståndpunkter är företrädna i tysk rätt.

1) Enligt en mening skall sålunda skilsmässomålet i det här förutsatta läget avgöras enligt enbart tysk rätt (*lex fori*).

Den uttryckliga eller (oftast) implicerade motiveringen för denna ståndpunkt är för det mesta helt enkelt den, att en tysk domstol enligt EG art. 17 IV får döma till skilsmässa endast om orsak därtill finnes såväl enligt den främmande rätten som enligt tysk rätt. När nu den främmande rätten faller ifrån — emedan den anser äktenskapet ogiltigt — kvarstår tysk rätt såsom ensam kompetent. Någon egentlig »Ersatzrecht» för den eliminerade *lex patriae* är det alltså inte fråga om; och någon sådan »Ersatzrecht» behöver man heller inte leta efter.

I själva verket har de tyska domstolarna i samtliga fall där den främmande *lex patriae* uteslutits från tillämpning härefter *faktiskt* använt endast tysk rätt. De flesta av dessa avgöranden liksom de flesta uttalanden eller rekommendationer i doktrinen synes också,

⁸⁹ Likaså torde de ovan i noterna 65, 73 och 83 nämnda ställningstagandena i doktrinen vara tillämpliga även i hithörande fall. Se även Neumayer 1955: 81 not 32, som uttryckligen ansluter sig till den i texten angivna ståndpunkten.

såsom något mer eller mindre självfallet, utgå från att detta är den lösning som ifrågakommer; andra alternativ diskuteras inte.⁹⁰

Emellertid hänför sig nästan alla fall från rättspraxis liksom de flesta uttalanden i doktrinen till den situationen — som i praktiken naturligt nog är den långt vanligaste — att äktenskapet ingåtts i civil form i *Tyskland* och att det inte heller i övrigt (med avseende på parternas hemvist m.m.) finns anknytning till andra länder än dels Tyskland, dels mannens hemland. Under sådana omständigheter är det klart, att ingenting annat än tysk rätt kan ifrågakomma såsom skilsmässostatut, i och med att *lex patriae* faller ifrån. Med en försiktig tolkning av hithörande doktrin och praxis bör densamma därför måhända inte sägas utesluta möjligheten av andra lösningar i fall där det finns anknytning (t.ex. genom vigselns lokalisering) till ett tredje land, vars rättsordning i likhet med den tyska, men i motsats till den primärt tillämpliga *lex patriae*, håller äktenskapet för giltigt. Å andra sidan innehåller ifrågavarande doktrin och praxis inte något som positivt tyder härpå; den är klart *förenlig* med en regel, enligt vilken (enbart) tysk rätt såsom *lex fori* skall tillämpas generellt.

Beträffande en del ställningstaganden i doktrin och praxis kan man gå ett steg längre och säga, att de är oförenliga med varje annan regel än den angivna och alltså säkert bygger på densamma. I följande fall från praxis⁹¹ kan det med säkerhet sägas, att *lex fori* föredragits framför *lex loci celebrationis*:

Makarna var båda litauiska medborgare. Vigseln hade ägt rum i Moskva 1918 i sovjetrysk rätts civila form. Äktenskapet var giltigt enligt rysk och tysk IP men ogiltigt enligt litauisk IP. Sedan makarna sammanlevt en tid i Berlin, hade M avvikit och inte låtit sig avhöra. H yrkade skilsmässa.

Då äktenskapet från hemlandets synpunkt var ett »Nichtehe», fann domstolen sig behörig utan hinder av ZPO § 606 IV (jfr ovan § 2 s. 222). Vidare befanns av samma skäl litauisk rätt ej heller skola beaktas vid den materiella prövningen av målet. Härefter fastslog domstolen, utan att diskutera andra alternativ: »Für die Scheidung der Ehe der Parteien sind daher nur die deutschen Gesetze massgebend, deren Anwendung bereits in Art. 17 Abs. 4 EGBGB. vorgeschrieben ist.»

⁹⁰ Detta gäller beträffande samtliga de ovan i noterna 69—70 och 81 nämnda avgörandena från praxis utom dem som anges nedan i not 97 samt, i doktrinen, beträffande de i noterna 65, 73 och 83 nämnda författarna utom Frankenstein, Süß och Neuhaus.

⁹¹ LG Berlin 2.11.1937.

2) Å andra sidan finns det också författare som tar avstånd från den vid 1) angivna regeln såsom enligt deras mening alltför godtycklig. Även beträffande några få fall från rättspraxis kan sägas, att de — ehuru (enbart) tysk rätt även där faktiskt kommit till användning — enligt sin motivering inte är förenliga med denna lösning såsom generell regel.

Enligt denna del av doktrin och praxis har man att finna en verklig »Ersatzrecht» för den eliminerade *lex patriae*, en lag som sedan på vanligt sätt får kumuleras med *lex fori*. Gemensamt för hithörande doktrin och praxis är, att valet av »Ersatzrecht» träffas på en *objektiv* grundval. I övrigt innefattar den ifrågasvarande ståndpunkten tre olika alternativ:

a) Den i doktrinen oftast advocerade lösningen är att gripa tillbaka på *lex loci celebrationis* såsom »Ersatzrecht». I de fall där vigseln förrättats i tredje land kommer enligt detta lösningsalternativ den främmande *lex patriae* att ersättas med annan främmande rätt (vigsellandets rätt). I fall där vigseln förrättats i Tyskland medför regeln däremot samma resultat som den vid 1) angivna.

Ifrågasvarande lösning hävdades, såsom framgått i kap. VI (s. 176), redan av *Frankenstein* och har därefter vunnit några anhängare i doktrinen.⁹²

Från rättspraxis torde man inte kunna peka på något fall som med säkerhet avgjorts enligt sagda regel. I intet fall har sålunda främmande *lex loci celebrationis* tillämpats såsom »Ersatzrecht». Däremot är de allra flesta fall från praxis, såsom påpekats vid 1), i den meningen *förenliga* med regeln, att vigseln i dessa fall hade förrättats i Tyskland och att tysk rätt således var inte bara *lex fori* utan också *lex loci celebrationis*.

Ofta är det svårt att avgöra, om doktrin och rättspraxis ansluter sig till den här ifrågasvarande eller till den vid 1) angivna regeln. Såsom motivering för användningen av tysk rätt åberopas ej sällan, att äktenskapet är »tyskt» («eine deutsche Ehe», «eine deutschrechtliche Ehe») eller att det »härleder sin giltighet uteslutande ur tysk rätt» e.l. Närmast skulle man väl vänta sig, att sådana lokutioner innebär, att tysk rätt tillämpats emedan äktenskapet förlänats sin

⁹² *Frankenstein* III 215 f, 425; *Gamillscheg* 1961: 65 f; *Kegel* IPR 293 och *Kommentar* 794 (Bem. 22); *Neuhaus Grundbegriffe* 256 (i andra hand, jfr nedan vid not 100).

existens av tysk rätt, i den meningen att vigseln förrättats av tysk civilståndsmyndighet (såsom faktiskt också varit förhållandet).⁹³ Motiveringen skulle då indicera, att tysk rätt tillämpats i sin egen- skap av *lex loci celebrationis* och att — om regeln utbygges till mot- svarande allsidiga norm — främmande rätt ifrågakommer såsom »Ersatzrecht», om vigseln förrättats i tredje land. Emellertid torde de citerade uttrycken inte konsekvent användas i den här antagna betydelsen eller med någon säkerhet tillåta den nämnda slutsatsen. Ibland torde de användas synonymt med en annan, mycket ofta förekommande motivering, nämligen att »äktenskapet är giltigt endast i Tyskland» eller »har en till Tyskland begränsad verknings- krets» e.d.⁹⁴ Formuleringar som dessa torde inte tillåta någon slut- sats i här aktuellt hänseende. De anger blott en förutsättning för uppkomsten av de här diskuterade problemen, nämligen att äkten- skapet är giltigt enbart enligt den tyska rätten (i motsats till hem- landets rättsordning).

Strängt taget är påståenden sådana som de sist citerade regelmässigt också felaktiga. Äktenskapets giltighet är nästan aldrig begränsad till enbart Tyskland. Så t.ex. är ett civiläktenskap mellan spanska medborgare i Tyskland giltigt inte bara i detta land utan i de flesta andra länder (på grund av regeln *locus regit actum*), ehuru inte just i Spanien.⁹⁵ Formule- ringar av den citerade typen blir begripliga endast om man på förhand begränsar synfältet till två länder, nämligen mannens hemland och Tysk- land; av dessa båda länder anser endast Tyskland äktenskapet giltigt. Denna begränsning av synfältet skulle måhända i sin tur kunna tolkas så, att endast tysk rätt kan komma i fråga såsom skilsmässostatut, när man- nens *lex patriae* faller ifrån. Men återigen: rättsfallen har avsett situationer där vigseln förrättats i Tyskland och anknytning även i övrigt saknats till andra länder än mannens hemland och Tyskland.

b) Enligt en annan mening, vilken i doktrinen förordats av Süss,⁹⁶ bör mannens lag i hithörande situationer ersättas med *hustruns lex patriae*. Om t.ex. en schweizisk kvinna har gift sig i civil form i Tyskland eller i Schweiz med en medborgare i ett land som inte erkänner denna vigselform (t.ex. med en grek), så bör enligt Süss

⁹³ Så användes uttrycket åtminstone av Frankenstein. Detta stämmer också med motsvarande franska språkbruk (uttrycket »mariage français»).

⁹⁴ Se i doktrinen t.ex. Lauterbach i Palandt Anm. 4 b) till EG art. 17, Schön- dorf 76 och Wilke 2354 samt ur praxis t.ex. LG Köln 23.10.1950.

⁹⁵ Jfr t.ex. Raape 1934: 2953 och Süss 1937: 2526 samt ovan kap. II s. 32.

⁹⁶ Süss 1937: 2526.

ett skilsmässoyrkande beträffande detta äktenskap av en tysk domstol — sedan mannens *lex patriae* eliminerats — bedömas enligt schweizisk rätt »als das diesen Lebensverhältnissen näherstehende» (nämligen närmare än tysk rätt, *lex fori*).

Förmodligen kan den av Süß uppställda regeln generaliseras därhän, att *hustruns personalstatut* skall vara »Ersatzrecht» för mannens lag. Om hustrun är statslös, skulle alltså numera hennes »gewöhnlicher Aufenthalt» resp. »Aufenthalt» få bestämma tillämplig lag (se EG art. 29 i dess nuvarande lydelse; jfr även ovan under A 3 vid not 80).

Däremot kan Süß' regel uppenbarligen inte fungera i fall där hustrun har *samma* personalstatut som mannen. I sådana fall, t.ex. där båda makarna är grekiska medborgare och har ingått sitt äktenskap i civil form i Schweiz eller i Tyskland, synes Süß tänka sig användning av (enbart) tysk rätt i dess egenskap av *lex fori* såsom skilsmässostatut. *Lex loci celebrationis* — schweizisk rätt i det fall att vigseln förrättats i Schweiz — såsom »Ersatzrecht» avvisas synbarligen.

I rättspraxis finns enstaka avgöranden, vilka enligt sin motivering baserar sig på den av Süß föreslagna regeln. Sålunda motiverades i ett fall,⁹⁷ där vigseln förrättats i tysk rätts civila form och mannens hemland (Spanien) inte erkände äktenskapet samt hustrun, som var kärke i skilsmässomålet, genom vigseln blivit statslös, tillämpligheten av tysk rätt såsom skilsmässostatut med att tysk rätt var hustruns personalstatut (»Recht des Aufenthaltslandes», jfr EG art. 29). Denna dom tycks förutsätta, att om hustrun i stället haft sitt »gewöhnlicher Aufenthalt» i t.ex. Sverige (där äktenskapet också var giltigt) eller varit svensk medborgare, så skulle svensk rätt ha tillämpats i skilsmässomålet (i kumulation med tysk rätt enligt EG art. 17 IV).

Dylik användning av hustruns personalstatut såsom »Ersatzrecht» förekommer dock blott sporadiskt. I doktrinen synes metoden inte ha vunnit någon anslutning.⁹⁸ Och i de flesta fall från praxis,

⁹⁷ LG Berlin 15.3.1954. Se också LG Waldshut 11.4.1957 (obs. hänvisningen i.f. i detta fall till EG art. 29). På samma sätt det nedan i kap. IX not 20 omnämnda rättsfallet BayObLG 20.4.1955 (beträffande äktenskaps rättsverkningar i personligt hänseende).

⁹⁸ Avvisande mot ifrågavarande lösningsförslag Kegel Kommentar 762 (Bem. 39) och Neuhaus 1958: 29. Jfr även Wengler 1956: 92.

där hustruns personalstatut varit tysk rätt — hon har varit statslös med »gewöhnlicher Aufenthalt» i Tyskland — har domstolarna inte åberopat sig härpå utan motiverat tillämpningen av tysk rätt på annat sätt.⁹⁹

c) En tredje lösning har, såsom framgått i kap. VI (s. 183), i doktrinen rekommenderats av *Neuhaus*. Enligt honom bör man såsom »Ersatzrecht» välja i första hand »das Recht des (letzten) gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts», ungefär motsvarande makarnas *lex domicilii*.¹⁰⁰ I andra hand (»notfalls»), d.v.s. om denna regel inte ger utslag, föreslår *Neuhaus* tillämpning av *lex loci celebrationis* och i sista hand *lex fori* såsom *ultima ratio*.

Även denna mening synes hittills stå isolerad i doktrinen. Veterligen har den ej heller vunnit någon anslutning i rättspraxis.

II. ÖSTERRIKISK RÄTT

I österrikisk rätt finns sedan 1941 en med EG art. 17 likalydande kollisionsnorm rörande skilsmässa, DVO § 8, vars huvudregel alltså hänvisar till mannens *lex patriae*.

I flertalet framställningar i den österrikiska doktrinen rörande DVO § 8 beröres inte frågan om regelns tillämplighet vid haltande äktenskap. I allmänhet tycks man åtminstone tidigare ha utgått från att kollisionsnormen och den däri anvisade rätten skulle tillämpas i vanlig ordning, oavsett hur mannens hemland ställde sig till äktenskapets giltighet.¹⁰¹ Även från rättspraxis kan anföras ett fall, där främmande rätt tillämpats beträffande skilsmässoföretsättningar, utan att avseende synes ha fästs vid hur den främmande rätten ställde sig till äktenskapets giltighet.¹⁰²

Under senare år har frågan behandlats av *Schwind*, som emellertid intar olika ståndpunkt i olika framställningar. Sålunda antar *Schwind* i en av sina skrifter,¹⁰³ att ett skilsmässomål mellan grekiska

⁹⁹ Se *Lex*. OLG Tübingen 1.6.1950 och LG Köln 23.10.1950.

¹⁰⁰ *Neuhaus Grundbegriffe* 256.

¹⁰¹ Se Köhler 69 f, Loewe 113, Schwimann 1960: 81 (jfr dock även Schwimann 1955: 389 f) och *Schwind Kommentar* 184 f.

¹⁰² OLG Wien 10.4.1962 (grekisk rätt).

¹⁰³ *Schwind* 1965: 168 f.

medborgare, vilka gift sig inför österrikisk Standesbeamter, med stöd av DVO § 8 I skall avgöras enligt grekisk rätt; här tages inte hänsyn till att äktenskapet från grekisk rätts synpunkt är ogiltigt. I en annan framställning,¹⁰⁴ där Schwind mera explicit behandlar det här aktuella problemet, ansluter han sig emellertid i stället till den i tysk doktrin och praxis härskande läran och menar, att hemlandets lag i hithörande fall bör lämnas utan beaktande. Detta bör enligt Schwinds ifrågavarande uppfattning gälla generellt, utan hänsyn till om hemlandets lag är mer eller mindre sträng beträffande skilsmässorsakerna. För den av Kegel i detta hänseende gjorda distinktionen (se ovan under I s. 240) finns det nämligen inga hållpunkter i lagen.

Av det anförda framgår, att rättsläget i Österrike beträffande det här aktuella problemet är osäkert. Mest sannolikt synes emellertid vara, att den sistnämnda av Schwinds båda ståndpunkter — den som överensstämmer med härskande uppfattning i tysk rätt — kommer att få överhanden även i österrikisk rätt. Detta förefaller naturligt redan med hänsyn till att utgångspunkterna i österrikisk rätt är desamma som i tysk rätt och att tolkningen av de tyska kollisionsnormerna kan antas påverka tolkningen av motsvarande österrikiska kollisionsnormer. Som ett visst stöd för nämnda antagande kan man också se det förhållandet, att hemlandets lag enligt enhälligt uppfattning i den österrikiska doktrinen skall lämnas utan beaktande i *domsrättshänseende*, när äktenskapet enligt sagda lag är ogiltigt, se ovan § 2 s. 223. Det ligger då nära till hands att motsvarande skall gälla vid den materiella prövningen av skilsmässomålet.

III. SCHWEIZISK RÄTT

Utgångspunkten är här NAG art. 7 h I, vars lydelse återgetts ovan i § 2 s. 216. Enligt denna artikel har utländsk kärkeande att visa, förutom att hemlandet erkänner den schweiziska jurisdiktionen, att den åberopade skilsmässogrunden finns i hemlandets rätt.

Emellertid är schweizisk doktrin och praxis ense om att låta detta krav bortfalla när äktenskapet i hemlandet betraktas som ogiltigt

¹⁰⁴ Schwind i Klang-Gschnitzer 735 f.

eller upplöst.¹⁰⁵ Ställningstagandet är alltså detsamma som beträffande jurisdiktionsfrågan och överensstämmer med vad som gäller enligt tysk rätt och förmodligen enligt österrikisk rätt.

I en del av fallen från schweizisk rättspraxis har, såsom framgått i § 2 s. 218, NAG art. 7 h I varit otillämplig redan av det skälet, att hustrun till följd av vigselns ogiltighet i mannens hemland inte förvärvat medborgarskap i detta land utan bibehållit sin schweiziska nationalitet. Hustruns skilsmässotalan har då prövats enligt enbart schweizisk rätt (se NAG art. 7 g II). Liksom för domsrätten har det haltande äktenskapet här indirekt haft betydelse även för lagvalet.

I övriga fall — när båda makarna varit utlänningar eller den utländske mannen käre och NAG art. 7 h I således varit formellt tillämplig — har de schweiziska domstolarna »skrivit bort» denna bestämmelse med en rättspolitisk motivering som är gemensam för jurisdiktions- och lagvalsfrågorna och som redovisats ovan i § 2 s. 218 f. Det betonas sålunda även med avseende på skilsmässogrunderna, att det i hithörande fall inte kan uppkomma någon konflikt med hemlandet, eftersom äktenskapet från detta lands synpunkt inte existerar, och att det därför inte heller finns någon anledning att vidhålla kravet på skilsmässogrund enligt hemlandets lag.

När den främmande rätten sålunda kommit ut ur bilden, har de schweiziska domstolarna i samtliga fall — med stöd av bestämmelsen i NAG art. 7 h III¹⁰⁶ — avgjort målet enligt enbart schweizisk rätt. Så har skett också i fall där anknytning förelegat till tredje land, i vilket äktenskapet liksom i Schweiz ansetts giltigt och bestående.¹⁰⁷ I schweizisk doktrin och praxis har det, i motsats till vad fallet varit i tysk rätt, aldrig ifrågasatts, att denna omständighet skulle kunna medföra tillämpning av det tredje landets lag såsom »Ersatzrecht». Enighet råder om att i hithörande fall generellt tillämpa enbart schweizisk rätt.

Sammanfattningsvis kan alltså sägas, att rättsläget för schweizisk rätts del synes klart och otvetydigt.

¹⁰⁵ Se hänvisningarna ovan i noterna 32 och 35—37 beträffande jurisdiktionsfrågan. I där anförd litteratur och praxis intages uttryckligen eller implicite motsvarande ståndpunkt beträffande skilsmässogrunderna.

¹⁰⁶ Denna lyder: »Sind diese Voraussetzungen (d.v.s. bl.a. de i NAG art. 7 h I angivna) gegeben, so erfolgt die Scheidung der ausländischen Ehegatten im übrigen nach schweizerischem Recht».

¹⁰⁷ Jfr det ovan i § 2 vid not 37 refererade rättsfallet Trib. Genève 22.5.1957.

IV. FRANSK RÄTT

A. »FIKTIV» ANVÄNDNING AV FRÄMMANDE RÄTT?

1. I äldre fransk doktrin och praxis synes den här aktuella problematiken inte ha uppmärksamrats. I den mån de franska domstolarna överhuvud ansåg sig behöriga i skilsmässomål mellan utlänningar — vilket de enligt den i det föregående berörda huvudprincipen inte var ¹⁰⁸ — synes de ha tillämpat främmande *lex patriae* såsom skilsmässostatut utan att undersöka hur det förhöll sig med äktenskapets giltighet enligt denna lag. Så bl.a. i följande kända dom av Cour de Cassation från 1905 ¹⁰⁹ (i det s.k. *Mosticzker-fallet*), vilken i detta sammanhang ofta citeras:

Makarna var österrikiska judar. Äktenskapet hade ingåtts allenast i fransk rätts civila form i Frankrike. Enligt ABGB:s regler gällde, att vigsel mellan judar måste förrättas i religiös ordning under medverkan av rabbin.

H:s skilsmässotalan hade ogillats i underinstans, emedan skilsmässoreglerna i österrikisk rätt beträffande judar (ABGB §§ 133—135) inte gav hustrun rätt att såsom kärke utverka skilsmässa. Hennes kassationsyrkande blev avslaget av Cour de Cassation.

I sin motivering härför anförde domstolen bl.a., att »il importe peu que le mariage ait été célébré devant un officier de l'état civil français» och att »en soumettant leur union aux formes instituées par la loi française, les époux ne peuvent soustraire les conditions de sa rupture à l'empire de leur statut personnel».

Förmodligen har Cour de Cassation här utgått från att den österrikiska rättsens krav på religiös vigsel gällde även vid giftermål utomlands och att äktenskapet därför i förevarande fall var ogiltigt från österrikisk rätts synpunkt.¹¹⁰ En annan möjlighet är, att domstolen inte bildat sig någon bestämd uppfattning om hur det förhöll sig härmed. I alla händelser synes domstolen ha varit främmande för tanken att äktenskapets ingående i fransk rätts form och dess därav (eventuellt) följande ogiltighet enligt personalstatutet skulle kunna medföra, att frågan om dess upplösning bleve undandragen

¹⁰⁸ Jfr ovan § 2 s. 212 f.

¹⁰⁹ Cass.civ. 30.10.1905.

¹¹⁰ Detta antagande — som i och för sig var felaktigt, jfr Mezger 387 samt ovan kap. II not 10 — gjordes allmänt i fransk och belgisk rättspraxis från denna tid. Se härom Rigaux *Qualifications* 395 ff.

personalstatutets herradöme och underställd franskt rätt.¹¹¹ Något sådant synes ej heller parterna ha tänkt sig. I kassationsyrkandet hade blott gjorts gällande, att målet av vissa skäl borde avgöras enligt *andra regler i österrikisk rätt* än dem som avsåg judar; det var härom den egentliga striden stod i målet.

Vidare finns från 1920- och 1930-talen en rad fall rörande skilsmässa mellan ryska, polska och litauiska medborgare (mest judar), vilka gift sig endast i civil form (oftast i Frankrike, men i ett par fall i tredje land).¹¹² De franska domstolarna har i dessa fall antingen antagit, att äktenskapet var ogiltigt («inexistant» eller »nul»; dessa uttryck synes här ha begagnats utan åtskillnad) i hemlandet, eller underlåtit att undersöka hur därmed förhållit sig. I samtliga fall har domstolarna, utan att diskutera andra alternativ, tillämpat den främmande *lex patriae* i vanlig ordning beträffande skilsmässoförutsättningarna. Liksom i Mosticzker-fallet synes äktenskapets ogiltighet i det främmande landet (resp. frågan därom) alltså ha ansetts sakna betydelse för lagvalet. Tilläggas bör dock måhända, att tillämpningen av den främmande rätten i hithörande fall inte (såsom i Mosticzker-fallet) synes ha inverkat på utgången; skilsmässa har kunnat beviljas såväl enligt den främmande rätten som enligt fransk rätt.

Däremot hade äktenskapets ogiltighet i mannens hemland — såsom påpekats beträffande domsrätten¹¹³ — betydelse på så sätt, att den franska hustrun inte förlorade sitt medborgarskap genom vigseln. Och enligt den praxis Cour de Cassation under 1920-talet slog in på beträffande skilsmässa i »mariages mixtes» (genom de berömda *Ferrari*-avgörandena),¹¹⁴ skulle den franska hustruns skilsmässoyrkande mot sin utländske make bedömas enligt fransk rätt; mannens främmande lag sköts åt sidan. Denna praxis blev tillämplig bl.a. i hithörande fall. Härigenom fick äktenskapets ogiltighet i mannens hemland indirekt betydelse även för lagvalet (på samma sätt som i schweizisk praxis, se ovan under III s. 249).

¹¹¹ Jfr om tolkningen av domen t.ex. Batiffol DIP 518 not 70, Benjamin 77 not 28, Niboyet Manuel 748, Ponsard 1955: 50 f och Rigaux Qualifications 399 f.

¹¹² Trib. Seine 24.12.1921, Paris 23.3.1922 och 10.5.1922, Trib. Strasbourg 29.10.1930 (vigsel i Schweiz), Trib. Seine 27.4.1933 (vigsel i Nicosia på Cypern) och 25.2.1937 samt Trib. Toulouse 8.6.1938.

¹¹³ Ovan § 2 s. 213 f.

¹¹⁴ Se härom t.ex. Batiffol DIP 513 f samt nedan kap. XIV § 2 IV B 1 vid not 155.

Härutöver finns från äldre tid enstaka avgöranden, i vilka äktenskapets ogiltighet i det främmande landet, där båda makarna varit medborgare, synes ha direkt tillagts betydelse, så att den främmande rätten ansetts böra träda tillbaka för fransk rätt såsom skilsmäsostatut. Hit hör ev. ett av Cour de Paris avgjort fall (från 1916),¹¹⁵ som gällde skilsmässa mellan ryska judar vilka gift sig (enbart) i fransk rätts civila form. Domstolen fann där, att »la loi française, qui a régulièrement prononcé son (=mannens) mariage, pourra le dissoudre, s'il y a lieu».

Ett annat hithörande fall är följande:¹¹⁶

En polsk jude hade gift sig inför »bourgmestre» i Brüssel med en fransk kvinna (som därigenom — väl med orätt — antogs ha blivit polsk medborgare). Makarna hade sitt domicil i Frankrike, där de väckte talan mot varandra om skilsmässa.

I princip skulle — fastslog domstolen — förutsättningarna för skilsmässan bedömas enligt polsk rätt; och enligt dess bestämmelser kunde i det aktuella fallet talan inte bifallas. Emellertid var äktenskapet (giltigt i Frankrike men) ogiltigt i Polen, när det ej ingåtts i religiös ordning. På grund härav var, ytrade domstolen, det rent civila äktenskapet »définitivement soustrait à l'application de cette loi religieuse». Skilsmässa kunde i stället beviljas, om orsak därtill fanns enligt både belgisk och fransk rätt, i deras egenskap av *lex loci celebrationis* resp. *lex domicilii*. In casu var så fallet.

Båda de nämnda rättsfallen tycks innebära, att den främmande, normalt kompetenta *lex patriae* skjutits åt sidan på grund av äktenskapets ogiltighet enligt denna lag.¹¹⁷ De avviker därigenom från vad som förefaller vara huvudtendensen i fransk praxis från denna tid. Emellertid synes de båda avgörandena ha förblivit isolerade företeelser, vilka föga uppmärksammats i doktrinen eller annan praxis.¹¹⁸

I *doktrinen* togs frågan under 1920-talet upp av *Niboyet*, som hävdade att upplösningen av ett »mariage purement français» borde

¹¹⁵ Paris 23.3.1916.

¹¹⁶ Trib. Seine 15.2.1922. — Se även Trib. Seine 19.1.1920 (skilsmässa mellan makar av rysk och rumänsk nationalitet, vilka gift sig i civil form i Paris), vilket avgörande direkt berör endast domsrätten men även synes implicera tillämpning av fransk rätt.

¹¹⁷ Så Benjamin 77 not 29 och 78 not 38, Mezger 386 f och Niboyet 1947: 116.

¹¹⁸ Jfr Mezger 387. Rättsfallet Paris 23.3.1916 synes f.ö. inte ha publicerats förrän på 1940-talet, i anslutning till Niboyets kommentarer till det nedannämnda rättsfallet Ghattas.

bedömas enligt fransk rätt.¹¹⁹ Till hans ståndpunkt anslöt sig sedermera — med vissa modifikationer (jfr nedan under 4 samt under B, s. 255 f) — andra författare som yttrade sig i frågan (*Lerebours-Pigeonnière* och, med utförlig motivering, *Mezger*).¹²⁰ En viss tendens utbildade sig sålunda i doktrinen, vilken gick stick i stäv med flertalet rättsfall.

2. Den nämnda tendensen i doktrinen kom under 1940-talet också att sätta spår i rättspraxis. Det första och hittills enda fall, där Cour de Cassation med säkerhet tagit ställning till det här aktuella problemet, är i det bekanta rättsfallet *Ghattas*, avgjort av Cour de Cassation år 1947.¹²¹

Båda makarna var här, enligt vad Cour de Cassation utgick från, libanesiska medborgare. De hade gift sig i Frankrike i civil form. Detta äktenskap erkändes inte i Libanon, vars lag krävde religiös vigsel. Enligt M hade dock även en sådan vigsel ägt rum (i Libanon), en uppgift som bestreds av H.

I skilsmässomålet var H kärande. M bestred bifall till hennes yrkande, under anförande att skilsmässa enligt libanesisk rätt inte kunde komma till stånd mellan makar som tillhörde grekisk-katolska kyrkan (vilket M gjorde).

Appelldomstolen¹²² hade likväl bifallit H:s talan och därvid tillämpat endast fransk rätt. Detta motiverades bl.a. med att M inte styrkt sitt påstående om den religiösa vigseln i Libanon och att det civila äktenskapet, som ingåtts i Frankrike, inte erkändes i Libanon utan var giltigt enbart i Frankrike och följaktligen konstituerade »un mariage français». Av denna anledning skulle fransk rätt bestämma »les effets et spécialement les modes de dissolution et de relâchement» i detta äktenskap.

Även enligt Cour de Cassation skulle fransk lag tillämpas »lorsque le mariage n'est valable qu'au regard du droit français». Appelldomstolens avgörande blev visserligen kasserat, men endast med den motiveringen, att M borde beredas ytterligare tillfälle att styrka sitt påstående om religiös vigsel i Libanon.¹²³ Den franska rättens kompetens hade ju nämligen till förutsättning, att det inte ägt rum någon sådan vigsel, vilken skulle gett upphov till ett även i Libanon giltigt äktenskap.

Genom detta rättsfall synes de lege lata klarhet ha skapats såtillvida, att tillämpningen av främmande rätt såsom skilsmässostatut

¹¹⁹ Niboyet Manuel 748 (samma ståndpunkt redan Pillet-Niboyet 555).

¹²⁰ Lerebours-Pigeonnière DIP, 2 u., 373 not 1; Mezger 381 ff.

¹²¹ Cass.civ. 25.2.1947.

¹²² Toulouse 14.12.1943.

¹²³ Mannen lyckades sedermera också härmed, se rättsfallet Pau 25.5.1948.

förutsätter ett även från den främmande rättens synpunkt giltigt äktenskap. Denna grundsats har sedermera också vunnit så gott som enhälligt gillande i doktrinen.¹²⁴ Fransk rätt kan väl därmed sägas ha bringats till samma ståndpunkt som redan tidigare intogs i tysk och schweizisk rätt.

Anmärkas må dock ett nyare rättsfall,¹²⁵ där frågan ånyo synes ha förbisetts. Det gällde här ett skilsmässomål mellan fransk hustru och hennes grekiske make, en f.d. diplomat vid Nato-högkvarteret i Paris, vilkas äktenskap — såvitt framgår av domsreferatet — ingåtts allenast i civil form i Paris. Ehuru äktenskapet på grund härav torde ha varit ogiltigt i Grekland, tillämpade underinstansen, utan att alls gå in på det här aktuella problemet, grekisk rätt såsom makarnas gemensamma *lex domicilii* på skilsmässofrågan och ogillade med stöd därav hustruns talan (på grund av preklusion). Domen ändrades av appelldomstolen, som fann fransk rätt tillämplig, men av skäl som i detta sammanhang är irrelevanta.

3. *Motiveringen* för den lära som ligger till grund för Ghattasavgörandet och som numera kan betecknas som den i doktrinen härskande är dels (och oftast) av principiellt, dels av praktiskt slag.

I förstnämnda hänseende hävdas det sålunda (liksom ofta i tysk doktrin och praxis), att tillämpning av främmande rätt såsom skilsmässostatut på ett från denna rätts synpunkt ogiltigt äktenskap skulle vara en »*impossibilité logique et juridique*».¹²⁶ De praktiska argumenten, som särskilt betonats av Mezger,¹²⁷ är i huvudsak desamma som brukar anföras i tysk och schweizisk rätt. Sålunda framhålles, att tillämpning av den främmande rätten i alla de fall där den är strängare än fransk rätt skulle leda till ett resultat rakt motsatt det som avses med den franska kollisionnorm som hänvisar till den främmande rätten. Skilsmässa skulle förhindras i ett läge där en sådan skulle medföra att parterna får samma status (av icke-gifta) som de redan har i hemlandet.

¹²⁴ Batiffol DIP 518 not 70 och 523 samt 1955: 727; Benjamin 76 ff; Delaume 20 f; Francescakis Renvoi 215 not 1; Holleaux 1955: 154 f och FamRZ 1963: 637; Lagarde 1960: 480 f; Lerebours-Pigeonnière 1947: 162 f; M. Lescure 45 ff; Louis-Lucas 1959: 420; Niboyet III 570 och V 313 ff, 423 ff samt 1947: 112 ff och 446 ff; Starck 300 f. — Kritisk mot den sålunda härskande läran dock Maury 1950 nr 5299.

¹²⁵ Trib. Seine 11.3.1964 och Paris 26.1.1965.

¹²⁶ Benjamin 77. Detta är den vanligaste motiveringen, till vilken nästan alla de i not 124 nämnda författarna synes ansluta sig (dock inte Mezger 385, som kritiserar detta argument).

¹²⁷ Mezger 382 f, 385.

4. I doktrinen råder vissa, i praxis icke avklarade meningsskiljaktigheter rörande det närmare tillämpningsområdet för den härskande läran.

a) Sålunda bör enligt Mezger detta tillämpningsområde begränsas till fall där den främmande rätten är *strängare* än fransk rätt och därigenom förhindrar en skilsmässa som skulle kunna komma till stånd enligt fransk rätt. Regeln formuleras av Mezger så, att

les dits mariages (d.v.s. de som från hemlandets synpunkt är ogiltiga eller redan upplösta) seront dissous d'après les mêmes règles que les autres, mais — — en outre quand la loi propre du juge saisi seule admet le divorce.

Denna begränsning, som liknar den som i tysk doktrin gjorts av Kegel (se ovan under I s. 240), härleder Mezger ur regelns ovan nämnda rättspolitiska ratio. Någon dylik begränsning göres i vart fall inte uttryckligen av andra franska författare.

b) Vidare märkes, att fransk doktrin och praxis i allmänhet inte synes skilja mellan äktenskapets »nullité» och dess »inexistence» enligt den främmande rätten. Liksom i andra länder har doktrin och praxis väl mest sysslat med fall där äktenskapet är formogiltigt och därför »inexistant» i det främmande landet. Men huvudparten av den franska doktrinen synes härmed jämställa fall där det enligt hemlandets lag förelegat ett materiellt äktenskapshinder, även om detta (såsom i regel är fallet) medför endast »nullité». Om t.ex. ett äktenskap mellan utländska medborgare ingåtts i Frankrike under åsidosättande — i kraft av fransk ordre public — av ett förbud i hemlandets lag mot giftermål mellan personer av olika religion, synes de flesta författare vilja bedöma ett skilsmässomål mellan dessa makar enligt enbart fransk rätt.¹²⁸

Denna mening, vilken skiljer sig från rådande uppfattning i tysk, österrikisk och schweizisk rätt, delas dock inte av alla författare i den franska doktrinen. Sålunda begränsar Mezger uttryckligen sin regel till fall av äktenskapets »inexistence» i hemlandet.¹²⁹

¹²⁸ Så av de i not 124 nämnda författarna uttryckligen Batiffol, Benjamin, Delaume och Niboyet. Jfr i detta sammanhang också Massfeller 1955: 191.

¹²⁹ Mezger 383. — Mezger (383 f) är också den ende författare som uttryckligen tagit ställning till det fall, att äktenskapet från hemlandets synpunkt är *upplöst* genom skilsmässa; Mezger behandlar detta fall på samma sätt som »inexistence»-fallet.

B. VILKEN LAG SKALL I STÄLLET TILLÄMPAS?

Liksom i tysk doktrin och praxis råder i fransk *doktrin* i viss mån delade meningar om detta spörsmål. Från kap. VI erinrar vi oss, att Niboyet ville tillämpa den lag i kraft varav äktenskapet ingåtts, enligt honom = *lex loci celebrationis*.¹³⁰ När vigseln förrättats i tredje land i kraft av dess lag, bör alltså enligt Niboyet denna lag träda i den eliminerade *legis patriae* ställe.

De flesta andra författare i den franska doktrinen synes dock ta avstånd härifrån och generellt vilja tillämpa fransk rätt i dess egenskap av *lex fori*.¹³¹ Denna åsikt motiveras ofta med hänvisning till den i fransk IP utbildade läran om fransk rätts »plénitude de compétence», d.v.s. om en generell subsidiär kompetens för *lex fori* i alla de fall då den ordinarie kollisionsnormen med dess hänvisning till främmande rätt av en eller annan anledning inte kan göra tjänst.¹³²

En del uttalanden i doktrinen slutligen är — på motsvarande sätt som viss tysk doktrin och praxis (ovan under I s. 243 och 244 f) — förenliga med båda de angivna ståndpunkterna. Det är här fråga om författare som tagit ställning endast beträffande den i praktiken viktigaste situationen, den där vigseln förrättats i Frankrike.¹³³

Vad angår *rättspraxis*, synes ett äldre, ovan refererat avgörande vara baserat på en kumulation av *lex loci celebrationis* och *lex domicilii*.¹³⁴ Bortsett från detta fall, vilket står isolerat, torde det inte finnas något fall där *lex loci celebrationis* inte sammanfallit med *lex fori*. Vad gäller Ghattas-fallet, synes appelldomstolens formulering (»mariage célébré en France», »mariage français») indicera, att fransk rätt tillämpats i sin egenskap av *lex loci celebrationis*.¹³⁵ Däremot valde Cour de Cassation en neutralare formulering — »le mariage n'est valable qu'au regard du droit français» (jfr formu-

¹³⁰ Se ovan kap. VI s. 179.

¹³¹ Så Batiffol DIP 518 not 70 (synbarligen), Holleaux FamRZ 1963: 637, Lerebours-Pigeonnière DIP, 2 u., 373 not 1 och 1947: 163; M. Lescure 45 f; Mezger 383 f.

¹³² Om denna lära, till vilken flertalet av de i föregående not nämnda författarna hänvisar, se t.ex. Batiffol DIP 403 ff.

¹³³ Så Benjamin, Delaume, Francescakis, Lagarde, Louis-Lucas och Starck.

¹³⁴ Trib. Seine 15.2.1922, ovan vid not 116.

¹³⁵ Så Niboyet 1947: 447. — På *lex loci celebrationis* kan också avgörandet Paris 23.3.1916 (ovan vid not 115) vara baserat.

leringarna i tysk praxis, ovan under I s. 245) — som lämnar båda möjligheterna öppna men som närmast synes innebära, att fransk rätt tillämpats i sin egenskap av *lex fori*.¹³⁶

V. BELGISK RÄTT

1. Till en början må beträffande den belgiska *domsrätten* anmärkas, att de förut med avseende på fransk rätt nämnda bestämmelserna i C.c. art. 14 och 15 tidigare gällt även i belgisk rätt men att de belgiska domstolarna, till skillnad från de franska, inte på grund därav ansett sig obehöriga att upptaga tvister mellan utländska medborgare. I vart fall sedan ett avgörande av den belgiska Cour de Cassation år 1840 har hinder för upptagande av sådana tvister inte ansetts möta.¹³⁷

I belgisk praxis från 1900-talets båda första decennier finns, liksom i fransk praxis från samma tid, en del rättsfall rörande skilsmässa mellan utländska (mest ryska) judar, vilka enligt sitt hemlands lag var underställda en äktenskapslagstiftning av religiös karaktär och vilka gift sig i civil form i Belgien eller i ett tredje land.¹³⁸

I dessa fall intog de belgiska domstolarna, i likhet med de franska, den ståndpunkten, att de inte kunde tillämpa den främmande hemlandslagen — ehuru densamma i princip var kompetent i skilsmässomålet — på grund av dess religiösa karaktär; domstolarna kunde inte sätta sig i stället för hemlandets religiösa myndigheter. Men härav drog de belgiska domstolarna, till skillnad från de franska (Levinçon-fallet och dess efterföljare), i regel inte den slutsatsen, att de måste förklara sig sakna behörighet i målet och hänvisa parterna till sina religiösa samfund.¹³⁹ I stället ansågs det, att parterna kunde ställa sig »sous la protection de la législation belge». Målet upptogs till materiell prövning och avgjordes enligt *allenaast belgisk rätt* (så även när vigseln ägt rum i tredje land).¹⁴⁰

¹³⁶ Jfr Lerebours-Pigeonnière 1947: 163, Niboyet 1947: 447 och Rigaux Qualifications 411 f.

¹³⁷ Jfr t.ex. Francescakis-Gothot 268 och Graulich 181 f, särskilt not 4.

¹³⁸ Bruxelles 8.6.1899 samt Civ. Bruxelles 25.3.1905 och 2.5.1913.

¹³⁹ Se dock Civ. Anvers 9.2.1909 (beträffande turkiska judar), vilket avgörande synes ansluta sig till den franska linjen i Levinçon-fallet.

¹⁴⁰ Vigseln hade förrättats i tredje land i fallen Bruxelles 8.6.1899 (Schweiz) och Civ. Bruxelles 25.3.1905 (Frankrike).

Avgörande för denna praxis synes inte ha varit den omständigheten i och för sig, att äktenskapet var ogiltigt i hemlandet (alltså haltande), utan som sagt den främmande skilsmässolagstiftningens religiösa karaktär och ordre public-hänsyn. I enlighet härmed valdes samma lösning — tillämpning av enbart belgisk rätt — även i ett skilsmässomål mellan ryska judar, där den civila, i Belgien erkända vigseln (förrättad av civilståndsmyndighet i Genève i Schweiz) efterföljts av en religiös vigsel som var giltig i Ryssland och där äktenskapet alltså inte var haltande.¹⁴¹

2. Senare belgisk rättspraxis (1920-talet och framåt) synes oklar och svårtolkad. Närmast förefaller det, som om domstolarna, liksom i Frankrike före Ghattas-avgörandet, inte varit klart medvetna om den här aktuella frågeställningen. I alla händelser framträder densamma ingenstädes explicit, ej heller ges i allmänhet någon närmare motivering för de valda lösningarna. Emellertid kan man med hänsyn till hur domstolarna faktiskt förfarit skilja mellan två tendenser i rättsfallen, a) och b) nedan.

a) I en del fall från 1920-talet, där skilsmässotalan väckts av hustrun och där äktenskapet — ingånget i civil form i Belgien eller i tredje land (Luxemburg) — av domstolarna antagits vara ogiltigt i mannens hemland (Polen, Österrike, Ryssland), har domstolarna dömt till skilsmässa med tillämpning av enbart belgisk rätt.¹⁴² I dessa fall har belgisk rätt varit hustruns personalstatut. Hon har antingen varit belgisk medborgare eller (i ett fall) statslös med domicil i Belgien. Detta har i sin tur sammanhängt med äktenskaps ogiltighet i mannens hemland; om äktenskapet varit giltigt där, skulle hustrun ha förvärvat mannens nationalitet.

En möjlig tolkning av ifrågavarande rättsfall är, att den främmande rätten lämnats utan beaktande på grund av dess uppfattning om äktenskapet såsom ogiltigt. Sålunda anfördes i motiveringen till ett av avgörandena,¹⁴³ att en skilsmässodom inte kunde ge upphov till någon konflikt med svarandens nationella lag (polsk rätt), eftersom det enligt denna inte fanns något äktenskap. Den ifrågavarande

¹⁴¹ Bruxelles 8.6.1899. Jfr Rigaux Qualifications 408.

¹⁴² Så Civ. Bruxelles 2.5.1923, Civ. Nivelles 3.7.1928 (implicite) och Civ. Bruxelles 26.9.1929.

¹⁴³ Civ. Bruxelles 2.5.1923.

tolkningen förutsätter, att det för dom på skilsmässa i mål mellan belgisk käre och utländsk svarande normalt sett krävs skilsmässorsak enligt den utländska lagen (jfr härom nedan under b). Från denna regel skulle rättsfallen innefatta ett av äktenskapets ogiltighet i det främmande landet betingat undantag.

På detta sätt har rättsfallen tydligen uppfattats av *Rigaux*, som på grundval av desamma (med gillande) formulerar följande regel såsom uttryck för belgisk rätts ståndpunkt i ämnet:¹⁴⁴

— — — si ces étrangers (d.v.s. utlänningar som enligt sitt hemlands lag är underställda en religiös äktenskapslagstiftning) ont contracté en Belgique ou à l'étranger, un mariage civil qui constitue un *matrimonium claudicans* (kurs. av *Rigaux*), c'est-à-dire un mariage dont la validité n'est pas reconnue dans l'Etat dont ils sont nationaux, la *lex fori* par application de laquelle le mariage est déclaré valable, s'applique en outre aux effets et aux conditions de dissolution de ce mariage.

Denna regel överensstämmer, såsom *Rigaux* framhåller, åtminstone i det väsentliga med schweizisk och tysk rättspraxis ävensom med Ghattas-avgörandet i Frankrike.

Emellertid torde den angivna tolkningen av de belgiska rättsfallen inte vara den enda möjliga. Rättsfallen kan också förstås så, att mannens-svarandens lag ej ens i princip ansetts tillämplig, m.a.o. att det inte föreligger något undantag från en regel härom. Tillämpningen av belgisk rätt såsom skilsmässostatut skulle då helt enkelt bero på att hustrun-käranden varit belgisk medborgare (resp. statslös med domicil i Belgien). Denna tolkning, som stödes av att inget av rättsfallen uttryckligen säger något om en principiell kompetens för den främmande rätten, stämmer med en del av dåtida belgisk rättspraxis beträffande skilsmässa i »mariages mixtes». Någon fast praxis i denna riktning — motsvarande den som utbildades i Frankrike i anslutning till Ferrari-fallen under 1920-talet — fanns dock inte.¹⁴⁵ Även den ifrågavarande tolkningen av de aktuella rättsfallen är därför osäker.

¹⁴⁴ *Rigaux Qualifications* 409, jfr 422 f. Se även *Pouillet* 444 not 3. — Till stöd för den i texten angivna regeln återoppar *Rigaux* ytterligare några rättsfall, nämligen *Civ. Bruxelles* 16.6.1928, 30.3.1938 och 22.6.1938 samt *Liège* 2.11.1937. Inget av dessa rättsfall synes emellertid i verkligheten angå det här ifrågavarande spörsmålet.

¹⁴⁵ Dåvarande belgisk praxis vacklade mellan tillämpning av kärändens lag, tillämpning av mannens lag och kumulativ tillämpning av båda makarnas lagar. Se t.ex. *Hennebicq* 322 ff med hänvisningar; jfr även nedan under b). Beträffande Ferrari-fallen i fransk praxis jfr ovan vid not 114.

I alla händelser har det haltande äktenskapet dock *indirekt* varit orsak till tillämpningen av belgisk rätt i skilsmässomålen, i det att hustruns bibehållande av sitt belgiska medborgarskap (resp. statslöshet) berott på äktenskapets ogiltighet i mannens hemland. Motsvarande företeelse har tidigare framhållits beträffande schweizisk och fransk praxis.

b) Å andra sidan finns en del rättsfall från 1930-, 1940- och 1950-talen, där omständigheterna i här relevanta avseenden varit desamma som i de tidigare fallen — endast en civil vigsel, förrättad i Belgien, har förekommit (i vart fall omnämner domsreferaten endast en sådan); densamma har varit ogiltig i mannens hemland (Polen, Spanien); hustrun, som varit kärke i skilsmässomålet, har vid denna tidpunkt varit belgisk medborgare — men där domstolarna, med tillämpning av mannens *lex patriae*, ogillat hustruns talan.¹⁴⁶ Utgångspunkten för dessa rättsfall är den uppfattningen, vilken slutligen tog överhanden i belgisk rättspraxis,¹⁴⁷ att skilsmässomål mellan makar av olika nationalitet, även när endera är belgisk medborgare, skall avgöras med *kumulativ* tillämpning av skilsmässorekvisiten i makarnas *leges patriae*. Det är denna regel som sedan upprätthållits — utan att frågan diskuterats och möjligen utan att den uppmärksammats — även när äktenskapet varit ogiltigt enligt ena makens lag.

Dessa rättsfall är inte förenliga med den av Rigaux uppställda regeln. Enligt densamma hade enbart belgisk rätt bort tillämpas på grund av äktenskapets ogiltighet i det främmande landet.¹⁴⁸ Tillämpningen av den främmande, »skilsmässoeffientliga» rätten i dessa fall är desto mera anmärkningsvärd, som den lett till att den belgiska hustruns talan måst ogillas och äktenskapet således för hennes vidkommande blivit (giltigt men) oupplösligt (samtidigt som man-

¹⁴⁶ Bruxelles 9.7.1932 (polsk rätt), Cass. 22.6.1941 (d:o), Civ. Anvers 11.7.1951 (spansk rätt; detta fall refereras i annan del nedan i kap. XIV vid not 200) samt Civ. Charleroi 5.7.1957 (spansk rätt; obiter). — Jfr också Bruxelles 8.1.1927, Civ. Bruxelles 27.6.1928 och det av Rigaux Qualifications 408 f nämnda rättsfallet Bruxelles 7.7.1941. Dessa tre fall synes dock av olika skäl inte tillåta några säkra slutsatser.

¹⁴⁷ Genom rättsfallet *Rossi*, avgjort av Cass. 16.5.1952 och 16.2.1955 (vid sistnämnda tillfälle i Chambres réunies). — Denna praxis bröts i sin tur genom den nedan nämnda lagstiftningen år 1960.

¹⁴⁸ Jfr Rigaux 1957: 77.

nen, åtminstone i sitt hemland, varit fri från förbindelsen och t.ex. kunnat ingå nytt äktenskap).

3. Sedan de belgiska kollisionnormerna beträffande skilsmässa ändrats genom lagstiftning år 1960,¹⁴⁹ är en dylik utgång inte längre möjlig. Så snart endera maken är belgisk medborgare, skall enligt den nya lagen endast belgisk rätt tillämpas i skilsmässomålet. Främmande rätt kommer i betraktande endast när *båda* makarna är utländska medborgare och även då endast i begränsad utsträckning. Allenast i detta fall kan den ovan behandlade problematiken alltjämt tänkas få praktisk betydelse för belgisk rätts del.

VI. SVENSK RÄTT

Den svenska IÄL 3:2 I, vilken går tillbaka på skillnadskonventionens art. 1 och 2, lyder:

Äktenskapsskillnad eller hemskillnad mellan utländska undersåtar må ej beviljas, utan så är att enligt lagen i den stat, makarna ¹⁵⁰ tillhöra, sådan skillnad, varom fråga är, må äga rum samt orsak till skillnaden är för handen ej mindre enligt sagda lag än ock enligt svensk lag.

Varken konventionen eller den därpå grundade svenska lagtexten innehåller något uttryckligt stadgande, motsvarande det som beträffande domsrätten upptagits i IÄL 3:1 II sista punkten, varigenom i hemlandet ogiltiga äktenskap skulle undantagas från tillämpningsområdet för den citerade kollisionnormen. Ej heller synes frågan ha berörts i förarbetena till konventionen eller till den svenska lagtexten.

I den mån det återgivna stadgandet kommenterats i den svenska doktrinen, synes emellertid enighet råda om att kravet på skillnads-skäl enligt *lex patriae* inte bör vidhållas i det fall att äktenskapet i hemlandet anses som en nullitet på grund av formbrist.¹⁵¹ *Winroth*, med vilken *Undén* instämmer, motiverar detta med att saken i hit-hörande fall inte har något intresse för hemlandet.

¹⁴⁹ Om denna lagstiftning jfr ovan kap. II vid noterna 68 och 101 samt Francsakis-Gothot 247 ff.

¹⁵⁰ Beträffande fall av olika nationalitet se IÄL 7:2 I.

¹⁵¹ Reuterskiöld 205 f, Undén IÄR 88, Winroth 533.

Båda de nämnda författarna utgår från att skilsmässomålet i stället skall avgöras enligt enbart svensk rätt, vilken ju enligt den citerade lagtexten alltid skall beaktas. Även *Reuterskiöld*, som besynnerligt nog menar att en sträng tolkning av lagtexten skulle indicera *lex loci celebrationis* eller *lex domicilii* såsom ersättning för den eliminerade *lex patriae*, kommer till sist till att sagda ståndpunkt får anses som den riktigaste.

I publicerad svensk rättspraxis synes inte finnas något ställningslagande till dessa spörsmål.

VII. SAMMANFATTNING OCH VÄRDERINGAR

A. »FIKTIV» TILLÄMPNING AV FRÄMMANDE RÄTT SÅSOM SKILSMÄSSOSTATUT?

Av redogörelserna ovan framgår, att det finns en stark tendens att i ifrågavarande situationer göra undantag från de vanliga kollisionnormerna om skilsmässa, såvitt desamma föreskriver tillämpning av främmande rätt, m.a.o. att tolka dessa kollisionnormer så, att de för sin tillämplighet förutsätter ett även från den främmande rättens synpunkt giltigt och bestående äktenskap. Klarast är denna tendens i tysk och schweizisk rätt, men den synes också prägla nyare fransk rätt samt framträder i österrikisk, belgisk och svensk doktrin. De avgöranden från huvudsakligen viss (delvis äldre) fransk och belgisk praxis, vilka kan anföras såsom stöd för den motsatta ståndpunkten — upprätthållande av de vanliga kollisionnormerna även vid haltande äktenskap — synes inte baserade på någon genomtänkt uppfattning i frågan. Det är möjligt, att domstolarna i dessa fall inte uppmärksammat problemet.

För egen del ansluter jag mig till den förstnämnda, i doktrin och praxis övervägande ståndpunkten.

Avgörande är härvid inte de *principiella* skäl som — särskilt i tysk och fransk doktrin — brukar anföras för densamma, alltså dess »logiska nödvändighet» resp. den motsatta meningens »logiska omöjlighet» etc. Denna typ av argumentering är enligt min mening inte hållbar. Härom må hänvisas till vad som anförts i kap. VI s. 187 f.

Däremot synes de *praktiska* argumenten för den angivna stånd-

punkten övertygande. I huvudsak rör det sig här om samma rättspolitiska skäl som uppbär motsvarande ståndpunkt beträffande domsrättsfrågan och som genomgått ovan i § 2 s. 226 ff.

Sålunda kan det sägas, att tillämpningen av främmande rätt i skilsmässomål är ägnad att *försvåra* beviljandet av skilsmässa. En sådan effekt får den främmande rätten visserligen inte i *alla* fall, ty det kan naturligtvis tänkas att den främmande rättens skilsmässoförutsättningar är lindrigare än forumrättens egna. Men i sådana fall får den främmande rätten på grund av den kumulation med *lex fori*, som i här aktuella länder äger rum, inte någon praktisk betydelse (åtminstone såvitt angår själva frågan om beviljandet av skilsmässa); skilsmässa kan inte äga rum, med mindre det är möjligt även enligt *lex fori*. Däremot kommer den främmande rätten att »slå igenom» i alla de fall där den uppställer *strängare* förutsättningar för skilsmässa än *lex fori* eller *helt förbjuder* skilsmässa. Till följd härav kommer skilsmässa att förhindras i ett antal fall där den skulle varit möjlig, om den främmande rätten ej behövt beaktas.

Härom är normalt sett — när äktenskapet är giltigt och bestående även i det främmande landet — ingenting att säga. Men just i fall där den främmande rätten redan betraktar äktenskapet såsom icke existerande, är det svårt att se några skäl för en sådan restriktiv ståndpunkt. Fastmera finns det goda skäl att i denna situation underlätta tillkomsten av en skilsmässa i forumlandet. Härigenom kommer ju forumlandets ståndpunkt att närma sig eller bli densamma som det främmande landets.

Som mest orimligt framstår väl att i hithörande fall ge tillämpning åt en främmande rätt som helt förbjuder skilsmässa. Äktenskapet skulle ju då överhuvud inte kunna upplösas; och denna effekt skulle uppnås under åberopande av en främmande lag, från vars synpunkt äktenskapet alls inte finns till. Till detta besynnerliga resultat har man, såsom framgått ovan under V (s. 260), kommit i några fall från belgisk rättspraxis, där hustruns skilsmässosyrkande ogillats med stöd av mannens *lex patriae*, oaktat det i civil form ingångna äktenskapet från denna lags synpunkt inte ägt bestånd. Åtminstone i doktrinen i olika länder råder en hög grad av enighet om att avvisa sådan tillämpning av främmande rätt. Även en del författare, vilka (såsom Raape) principiellt ansluter sig till den

»fiktiva» tillämpningen av främmande rätt i skilsmässomål, undantar fall där den främmande rätten helt förbjuder skilsmässa.

Alldeles samma värdering synes emellertid böra anläggas beträffande det fall, att den främmande rätten, från vars synpunkt äktenskapet är ogiltigt, visserligen känner institutet skilsmässa men uppställer strängare förutsättningar härför än *lex fori*. Det synes inte heller här böra ifrågakomma att under återopande av den främmande rätten vägra en skilsmässa som eljest kunde komma till stånd; det vore, som Kegel säger, »pöpstlicher als der Papst». Jag kan inte dela Raapes åsikt att makarna inte bör kunna återropa en skilsmässogrund som de inte har enligt sitt personalstatut. Vad detta skulle ha för olägenheter, när personalstatutet ändå inte erkänner äktenskaps existens, är svårt att förstå.

Jag kommer således, på grund av de särskilda skäl som gör sig gällande i skilsmässomål, i denna typ av mål till annat resultat än den ståndpunkt jag i allmänhet intar beträffande frågan om »fiktiv» tillämpning av främmande rätt och som angetts ovan i kap. VI (s. 185 ff). De skäl som där anförts mot särregler beträffande rättsverkningarna av haltande äktenskap synes mig inte ha tillräcklig bärkraft i mål om skilsmässa.

Vad angår den närmare *avgränsningen* av de fall där den främmande, i princip kompetenta rätten bör uteslutas från tillämpning, synes det med Kegel kunna sägas, att bärande rättspolitiska skäl härför finns endast i den mån den främmande rättens skilsmässoförutsättningar är strängare än förutsättningarna i den lag som annars kommer till användning (enligt min mening bör detta alltid vara *lex fori*, se nedan under B 1). Utifrån de rättspolitiska synpunkter som här är relevanta är det rentav möjligt att ge tillämpning även åt strängare främmande rätt, under förutsättning att det *in concreto* likväl är möjligt att bevilja skilsmässa på grundval av densamma. Med Mezger skulle man då kunna formulera regeln så, att skilsmässor vid haltande äktenskap i princip äger rum enligt samma kollisionsnormer som i allmänhet gäller men dessutom kan komma till stånd när skilsmässogrund föreligger enligt enbart *lex fori*.

Huruvida den här berörda avgränsningen göres och i så fall på det ena eller andra av de båda angivna sätten, torde inte ha större praktisk betydelse. I flertalet fall, där äktenskapet är ogiltigt från den främmande rättens synpunkt, är den främmande rätten av reli-

giös karaktär. Antingen känner den inte alls institutet skilsmässa (så t.ex. spansk rätt) eller uppställer den stränga förutsättningar här för. Även om man ansluter sig till Kegels eller Mezgers ståndpunkt, torde den främmande rätten därför i de flesta fall få lämnas utan beaktande. Vidare är det i alla händelser i huvudsak blott en citeringsfråga, om bestämmelserna i den främmande rätten — *när* den verkligen medger skilsmässa — åberopas (jämte reglerna i *lex fori*) till stöd för skilsmässan.¹⁵²

Av större vikt torde vara att avgränsa den här förordade undantagsregelns tillämpningsområde i ett annat hänseende. Enligt min mening bör sagda regel gälla endast i fall där äktenskapet från den främmande rättens synpunkt antingen är en *nullitet* eller blivit *ogiltigförklarat* eller *upplöst*. Den i fransk doktrin framträdande tendensen att utesluta den främmande rätten från tillämpning även när äktenskapet enligt densamma är blott *angripbart* (»nul») synes inte ha tillräckliga skäl för sig. I detta hänseende är läget detsamma som beträffande domsrättsfrågan, jfr ovan § 2 s. 228.

B. VILKEN LAG SKALL TILLÄMPAS I STÄLLET?

1. Huvuddelen av doktrin och rättspraxis vill, sedan den främmande, normalt kompetenta rätten eliminerats, tillämpa enbart *lex fori* såsom skilsmässostatut. I en del av tysk och fransk doktrin förordas dock (i någon mån med stöd av rättspraxis) i stället ett objektivt val av »Ersatzrecht». Härvid är det främst *lex loci celebrationis* som rekommenderas, ibland dock makarnas *lex domicilii* eller hustruns personalstatut.

Beträffande detta spørsmål må till en början sägas, att det har mera principiellt-metodiskt än praktiskt intresse. Även om man ansluter sig till den objektiva metoden och oavsett vilket av denna methods olika lösningsalternativ man härvid stannar för, torde resultatet nämligen i det vida övervägande antalet fall bli tillämpning av *lex fori*. Härom ger ett studium av de fall som förekommit i rättspraxis klart besked. Endast sällan ställes frågan på sin spets.

För egen del anser jag övervägande skäl tala för att *lex fori* till-

¹⁵² Åberopandet av den främmande rätten kan dock tänkas få betydelse i den mån *rättsverkningarna* av skilsmässan bestäms av den lag som tillämpats såsom skilsmässostatut, jfr Mezger 385.

lämpas generellt. Jag ansluter mig således till den lära som kan be-tecknas som den härskande.

Huvudskälet härför är, att endast denna lösning synes förenlig med den under A angivna ratio för eliminering av den normalt kompetenta främmande rätten. Detta var, såsom vi sett, att tillämpning av främmande rätt typiskt sett försvårar beviljandet av skilsmässa och att det i hithörande fall inte finns någon anledning att göra detta. Om man nu väljer en objektiv metod att bestämma »Ersatzrecht», kan det hända att *annan* främmande rätt blir tillämplig i stället för den eliminerade. Endast i dessa, i och för sig förmodligen rätt sällsynta fall får det praktisk betydelse, att valet av »Ersatzrecht» träffas enligt en objektiv metod. Emellertid är också användningen av främmande rätt såsom »Ersatzrecht» ägnad att försvåra beviljandet av skilsmässa. Därmed synes det också klart, att den objektiva metoden att välja »Ersatzrecht» oundvikligen leder till inkonsekvenser. Man uppnår inte det som skulle vara syftet med elimineringen av den primärt kompetenta främmande rätten.

I ett konkret fall är det mycket möjligt, att den främmande »Ersatzrecht» är *mer* restriktiv beträffande skilsmässoförutsättningarna än den ersatta rätten eller att den rentav — i motsats till både *lex fori* och den primärt tillämpliga främmande rätten — inte alls känner institutet skilsmässa. Antag t.ex., att en grek har gift sig i borgerlig form i Italien med en italiensk kvinna. Denna vigsel blir giltig i Italien och Sverige (m.fl. länder) men inte i Grekland. Ett skilsmässomål mellan makarna uppkommer sedermera i Sverige, där makarna numera är bosatta. Enligt svensk IP skall skilsmässomålet normalt sett bedömas enligt mannens *lex patriae*, alltså grekisk rätt; och enligt denna kan skilsmässa under vissa förutsättningar komma till stånd. Men antag att den grekiska rätten i överensstämmelse med härskande lära skjuts åt sidan på grund av sin uppfattning om äktenskapet som ogiltigt. Antag vidare att den svenska domstolen väljer en objektiv metod att ersätta den grekiska rätten. Måhända kommer den då till att italiensk rätt bör tillämpas i målet; italiensk rätt är ju såväl *lex loci celebrationis* som hustruns *lex patriae*. Enligt italiensk rätt är emellertid skilsmässa överhuvud inte möjlig. Utbytet av den primärt tillämpliga främmande rätten mot annan främmande rätt skulle således leda till att skilsmässan inte bara försvårades utan helt omöjliggjordes. Det är uppenbart, att det första ledet i operationen (elimineringen av den primärt

kompetenta grekiska rätten) mister varje förnuftig mening, om valet av »Ersatzrecht» träffas på detta sätt.

Ytterligare ett skäl talar enligt min mening mot den objektiva metoden för valet av »Ersatzrecht». För att en sådan metod skall kunna användas måste den leda fram till användning av en lag som — i likhet med forumrätten men i motsats till den eliminerade, primärt kompetenta främmande rätten — håller äktenskapet för giltigt (och bestående). Men så är inte alltid fallet.

Klart är detta utan vidare, om man såsom »Ersatzrecht» tänker sig hustruns personalstatut. En sådan regel ger, såsom påpekats i samband med tysk rätt, ovan under I s. 246, inget utslag i de fall där hustruns personalstatut sammanfaller med mannens.

Samma invändning kan emellertid i princip riktas mot *lex loci celebrationis* såsom »Ersatzrecht» liksom mot andra tänkbara objektiva lösningsalternativ. Enligt vart och ett av dessa alternativ kan det under vissa omständigheter hända, att den utpekade »Ersatzrecht» sammanfaller med den primärt kompetenta främmande rätten, vilken redan eliminerats på grund av sin uppfattning om äktenskapet såsom ogiltigt. I sådana fall ger den objektiva lösningsmetoden inte något utslag.

Ett exempel beträffande *lex loci celebrationis* såsom »Ersatzrecht» må illustrera det sagda: Två greker har i Österrike ingått äktenskap i sitt hemlands religiösa form. Makarna förvärvar sedermera österrikiskt och förlorar sitt grekiska medborgarskap. Ett skilsmässomål dem emellan uppkommer i ett tredje land, som i likhet med Grekland men i motsats till Österrike anser äktenskapet giltigt, t.ex. Tyskland, Schweiz eller Sverige. Enligt den IP-rättsliga huvudregeln i dessa länder skall målet avgöras enligt österrikisk rätt (i kumulation med *lex fori*). Denna lösning avvisas emellertid, antar vi, eftersom äktenskapet är ogiltigt enligt österrikisk rätt. Tydligen är det härefter inte möjligt att gripa tillbaka på *lex loci celebrationis* såsom »Ersatzrecht»; *lex loci celebrationis* är ju just österrikisk rätt.

Mot den generella användningen av *lex fori* och *för* en objektiv metod att bestämma »Ersatzrecht» har anförts, att den senare metoden ger bättre utsikter till »*Entscheidungsgleichheit*» i förhållande till tredje land (så Neuhaus). Om t.ex. en grek har gift sig i civil form i Frankrike med en fransyska (varvid äktenskapet blir giltigt i Frankrike men ogiltigt i Grekland), borde en tysk eller svensk domstol, som finge ta befattning med ett skilsmässomål mellan dessa

makar, inte döma till skilsmässa — även om det vore möjligt enligt tysk resp. svensk intern rätt — med mindre orsak därtill funnes även enligt fransk rätt såsom »Ersatzrecht» för den eliminerade grekiska rätten. En skilsmässa som beviljats enligt *lex fori* skulle riskera att inte erkännas i Frankrike.

Häremot kan till en början invändas, att det inte alls är säkert att det tredje landet, vars lag skulle tillämpas såsom »Ersatzrecht», verkligen gör sitt erkännande av skilsmässodomen beroende av att en sådan tillämpning ägt rum. Även i den mån så skulle vara fallet, synes det emellertid knappast konsekvent att ta hänsyn till det tredje landets uppfattning. Vid denna uppfattning fästes ju inget avseende i *normala* fall, när äktenskapet är giltigt (och bestående) även från den primärt kompetenta främmande lagens synpunkt. Hade det i exemplet ägt rum även en religiös, enligt grekisk rätt giltig vigsel, hade en tysk eller svensk domstol — enligt kollisionsnormernas otvetydiga innehåll — skolat döma till skilsmässa, om orsak därtill funnits enligt grekisk rätt (jämte *lex fori*). Fransk rätt hade i detta fall, trots anknytningen till Frankrike genom vigselns lokalisering och hustruns nationalitet, inte kommit i betraktande, även om detta medfört en skilsmässa som inte kunnat erkännas i Frankrike. Forumlandets kollisionsnormer ger således uttryck åt den värderingen, att endast en viss främmande rätt, i exemplet grekisk rätt, är relevant, medan hänsyn inte behöver tas till andra främmande rättssystem, till vilka anknytning på ett eller annat sätt må föreligga. Varför skulle denna forumlandets värdering frångås just vid haltande äktenskap?

2. För fullständighetens skull skall jag beröra också den eventualiteten, att de ovan vid 1 förda resonemangen och gjorda värderingarna inte accepteras och att valet av »Ersatzrecht» anses böra ske efter en objektiv måttstock. Vilken av de lösningar som härvid står till buds bör då föredras?

Till stöd för den i doktrinen oftast förordade *lex loci celebrationis* såsom »Ersatzrecht» anföres stundom, att just *vigselformen* är det som s.a.s. sätter sin prägel på äktenskapet.¹⁵³ Konsekvent genomförd

¹⁵³ Denna uppfattning möter särskilt i fransk doktrin, se t.ex. Louis-Lucas 1951: 697 ff. Med rätta påpekar Louis-Lucas — i J 1957: 304 — att det i fransk doktrin vanliga uttrycket »mariage français» återspeglar den betydelse som där tillmättes formen för äktenskapets ingående; ett »mariage français» är = en

synes en sådan uppfattning böra leda till att *lex loci celebrationis* bleve tillämplig inte bara vid haltande äktenskap utan som *allmän regel* beträffande äktenskapets olika rättsverkningar, inklusive skilsmässa. En dylik regel är emellertid främmande för de här ifrågasvarande ländernas (liksom för de flesta andra länders) positiva rätt. Vigselorten betraktas som en alltför lös och tillfällig anknytning för att tilläggas en så vittgående kollisionsrättslig betydelse. I stället är makarnas personalstatut, som huvudregel bestämt efter deras nationalitet, avgörande. Mot bakgrund av dessa positivrättsliga värderingar synes det ej heller konsekvent att ge *lex loci celebrationis* något spelrum vid haltande äktenskap. De svagheter som alltid är förenade med en tillämpning av vigselortens lag på makarnas rättsförhållanden framträder även i dessa fall.¹⁵⁴

Dessa svagheter kan illustreras med följande »extrema» exempel: Två greker har gift sig i borgerlig form i Italien. De vistas i Italien endast en mycket kort tid i samband med vigseln. Sedermera tar de hemvist i t.ex. Tyskland eller Sverige. Ett skilsmässomål mellan makarna uppkommer i något av dessa länder, vilka båda, i likhet med Italien men i motsats till Grekland, betraktar äktenskapet som giltigt. Skall en tysk resp. svensk domstol här verkligen — sedan grekisk rätt eliminerats såsom skilsmässostatut — i stället vända sig till italiensk rätt i dess egenskap av *lex loci celebrationis* (och alltså komma till det resultatet, att äktenskapet är oupplösligt)? Den enda anknytning som finns till Italien är ju, att vigseln en gång i tiden förrättats där. Åtminstone utifrån de värderingar beträffande vigselortens betydelse som är gängse i här aktuella länder synes ett dylikt förfarande uteslutet.

På grund av det anförda synes *lex loci celebrationis* böra avvisas såsom »Ersatzrecht».

Mycket närmare till hands ligger enligt min mening — i anslutning till vad som i doktrinen föreslagits av Neuhaus — att såsom »Ersatzrecht» välja makarnas (sista gemensamma) *lex domicilii*. I länder där nationalitetsprincipen är förhärskande brukar *lex domicilii* (»das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts» etc.) regelmässigt få tjänstgöra som subsidiär *lex causae* i fall där sagda princip av någon

»union — — née — — — sous pavillon français». Jfr i detta sammanhang även Neuhaus Grundbegriffe 170 not 414.

¹⁵⁴ Jfr härtill t.ex. Lerebours-Pigeonnière 1947: 163, Mezger 383 och Raape 1934: 2954.

anledning inte ger utslag, särskilt vid statslöshet men även vid dubbelt medborgarskap.¹⁵⁵ Domicilet är från dessa länders synpunkt s.a.s. den »näst starkaste» anknytningen på personalstatutets område. Därför är det också mera konsekvent att såsom »Ersatzrecht» välja lex domicilii än lex loci celebrationis.

I praktiken torde lex domicilii ännu oftare än lex loci celebrationis eller annan på objektiv grundval bestämd »Ersatzrecht» sammanfalla med lex fori. Redan för jurisdiktion beträffande utländska medborgare i skilsmässomål torde det så gott som alltid krävas viss hemvistanknytning till forulandet (ehuru det inte brukar vara nödvändigt att *båda* makarna har hemvist i detta land). På grund härav torde också de under 1 påtalade olägenheterna med en objektiv metod för valet av »Ersatzrecht» ytterligt sällan ge sig tillkänna, om man stannar för lex domicilii såsom »Ersatzrecht».

¹⁵⁵ Se härom lex. Batiffol DIP 442 ff, Graulich 67, Karlgren IPR 79 f, Köhler 37, Raape IPR 54 ff, Schnitzer I 161 ff.

KAPITEL IX

MÅL OM ÄKTENSKAPS PERSONLIGA RÄTTVERKNINGAR

§ 1. UTGÅNGSPUNKTER OCH FRÅGESTÄLLNINGAR

I. Uttrycken »äktenskaps personliga rättsverkningar», »makars inbördes rättigheter och skyldigheter i personligt hänseende» (IÅR 1 § p. 1) e.l. användes allmänt i IP-rättslig lagstiftning, rättspraxis och doktrin som beteckning för en serie olika, från land till land något skiftande spörsmål, vilka kollisionsrättsligt behandlas som en enhet.¹ Den i domstolspraxis väl oftast förekommande typen av mål som brukar hänföras till den ifrågavarande »sammelmappen» är mål om *underhåll* mellan makar under bestående äktenskap. Till samma kategori räknas i vissa länder spörsmål om äktenskapets inverkan på *hustruns namn*² (huruvida hustrun genom giftermålet förvärvar mannens familjenamn eller bibehåller sitt eget etc.); så bl.a. i tysk rättspraxis, där dylika spörsmål är vanligt förekommande. De exempel — verkliga eller konstruerade — som anföres i det följande avser samtliga antingen underhålls- eller namnfrågor.

Hithörande spörsmål lyder enligt bl.a. tysk, österrikisk, fransk, belgisk och svensk rätts IP-regler som huvudregel under *makarnas lex patriae*.³ I viss mån omstritt är, vilken regel som gäller i hän-

¹ Om vad som hänföres till begreppet se t.ex. Batiffol DIP 508 ff, Kegel Kommentar 755 ff (Bem. 8—35), Köhler 71 f samt Undén Studier II 5 ff och IÅR 94 ff.

² Se beträffande tysk rätt Kegel Kommentar 759 f (Bem. 25) samt beträffande österrikisk rätt Köhler 72. — I övriga här aktuella länders rätt brukar namnfrågor emellertid inte hänföras till den ifrågavarande »sammelmappen» utan bedömas för sig. Se för belgisk rätt Graulich 87, för fransk rätt Batiffol DIP 399 f samt beträffande svensk rätt Undén Studier II 7 och IÅR 95.

³ Belgien: Graulich 69; Frankrike: Batiffol DIP 505; Sverige: IÅR 1 § p. 1 (om dess analogiska tillämplighet i fall som inte täcks av lagen se t.ex. Eek IPR 50 och Karlgren IPR 37); Tyskland: EG art. 14 och Kegel Kommentar 753 (Bem. 1); Österrike: DVO § 7 och Köhler 70 f.

delse av olika nationalitet. Den övervägande tendensen har hittills i allmänhet varit att i sådana fall tillämpa *mannens lag*.⁴ Åtminstone i fransk rätt har denna traditionella lösning dock numera övergetts till förmån för makarnas *lex domicilii*.⁵ Även i tysk doktrin och praxis synes man numera — som en konsekvens av införandet (under 1950-talet) av »*Gleichberechtigung*» mellan man och hustru — vara på väg att frångå *mannens lag*, närmast till förmån för en *kumulativ* tillämpning av båda makarnas personalstatut enligt den s.k. »*Grundsatz des schwächeren Rechts*», d.v.s. så att äktenskapet ger upphov till endast sådana rättigheter och förpliktelser som har stöd i båda lagarna.⁶

Utan att gå närmare in på dessa spörsmål kan man konstatera, att alla de nämnda IP-reglerna ger ett visst, större eller mindre, utrymme för tillämpning av främmande rätt vid bestämmandet av äktenskapets personliga rättsverkningar i fall där makarna eller endera av dem är utländsk medborgare.

Däremot synes engelska och schweiziska domstolar alltid eller så gott som alltid tillämpa *lex fori* på hithörande spörsmål.⁷ Från engelsk och schweizisk rätt kan därför bortses i detta kapitel.

II. I den mån främmande rätt enligt ovannämnda kollisionsnormer är tillämplig beträffande äktenskapets personliga rättsverkningar, kan man formulera följande två problem.

A. Först ett Vorfrage-problem: Hur skall spörsmålet om äktenskapets giltighet och bestånd såsom förutsättning för de ifrågasvarande rättsverkningarna bedömas, utifrån forumlandets egna eller den främmande legis causae IP-regler? Som exempel kan vi utgå från samma fall som i kap. VIII s. 206 f: grekiska makar har gift sig i Österrike i (a) endast österrikisk rätts civila form, (b) endast grekisk rätts religiösa ordning. Antag att hustrun, sedan makarna separerat, yrkar förpliktande för mannen att utge bidrag till hennes

⁴ Så alltså i belgisk rätt, se Graulich 111. Likaså i österrikisk rätt, se Köhler 71 f och Schwind 1965: 164 samt ur rättspraxis OGH 6.9.1954 och 21.9.1965.

⁵ Batiffol DIP 505 f.

⁶ Kegel Kommentar 753 ff (Bem. 3—6).

⁷ Se beträffande engelsk rätt Dicey 337 ff och beträffande schweizisk rätt — där domstolarna visserligen tillämpar makarnas *domicillag* men där denna grundsats för det allra mesta synes leda till användning av schweizisk rätt — Schnitzer I 425 ff.

underhåll, en talan som enligt österrikiska IP-regler hör under grekisk rätt såsom makarnas *lex patriae*. Därest frågan om äktenskaps gillighet här anses skola bedömas enligt den österrikiska forumrättens IP-regler, skall frågan besvaras jakande och kan bifall till underhållsyrkandet därför ifrågakomma — om förutsättningarna i övrigt är uppfyllda — i fallet (a) men inte i fallet (b). Anses det däremot, att äktenskapets gillighet såsom Vorfrage skall avgöras enligt den grekiska *legis causae* IP-regler, blir svaret det motsatta i de båda fallen.

Vorfrage-problemet behandlas i § 2 nedan.

B. Antag att Vorfrage-problemet löses i enlighet med det förstnämnda alternativet och att äktenskapet med tillämpning därav är att anse som *giltigt*, alltså fallet (a) i exemplet ovan. Vilken lag skall i detta läge bestämma beträffande *förutsättningarna i övrigt* för den ifrågavarande rättsverkan, i exemplet underhållsförpliktelsen? Skall den främmande, enligt de vanliga kollisionsnormerna kompetenta rätten tillämpas »fiktivt»? Eller skall undantag från kollisionsnormerna göras, när äktenskapet enligt den av dem utpekade främmande rätten är ogiltigt? Hur skall man i så fall gå tillväga för att bestämma tillämplig lag?

Hithörande spörsmål dryftas i § 3 nedan.

§ 2. VORFRAGE-PROBLEMET

I. DOKTRIN OCH RÄTTSPRAXIS

Frågan om bedömningen av äktenskapets gillighet (bestånd) såsom förutsättning för hithörande rättsverkningar tycks — liksom i skilsmässomål, se ovan kap. VIII § 3 s. 228 ff — sällan uppfattas som något egentligt problem. I större delen av doktrin och rättspraxis synes det inte ha ifrågasatts annat än att forumrättens egna IP-regler här skall komma till användning.⁸ Dom på underhåll etc.

⁸ Se i doktrinen exempelvis Dölle 1955: 94, Eek IPR 96, Gihl 1950: 240 f, Jochem 393 ff (utförligt), Kegel IPR 281 och Kommentar 762 (Bem. 38), Mel-

ifrågakommer om, och *endast* om, äktenskapet enligt dessa regler är giltigt och bestående; vad den främmande rätten anser i dessa frågor är utan betydelse.

Någon särskild motivering ges vanligen inte för detta ställningstagande, vilket ofta blott är implicerat. I den mån motivering lämnas — oftast av författare som beträffande Vorfrage-problemet ansluter sig till *lex causae*-principen och därför har behov av ett avgränsningskriterium för denna lära — hänvisas vanligen till att frågan om äktenskapets giltighet (bestånd) inte uppkommer som ett led i tillämpningen av den främmande *lex causae* utan redan i och för subsumtionen av tvisten under forumlandets kollisionsnorm beträffande äktenskaps personliga rättsverkningar. Denna kollisionsnorm förutsätter, menar man, ett giltigt (och bestående) äktenskap.⁹ Det föreligger m.a.o. enligt doktrinen synsätt inte en Vorfrage i teknisk mening utan en »Erstfrage» (ett begrepp som i den tyska doktrinen präglats just med avseende på mål om äktenskapets personliga rättsverkningar).

En konsekvens av denna gränsdraging kring Vorfrage-området blir från *lex causae*-principens synpunkt, att det får betydelse även för prövningen av äktenskapets giltighet, om en viss rättsverkan hänföres till »sammelmappen» beträffande äktenskaps personliga rättsverkningar eller tilldelas en autonom kollisionsnorm. Den förra kollisionsnormen förutsätter (enligt den hithörande doktrinen) ett giltigt äktenskap, den senare behöver inte göra det. Som exempel kan hänvisas till en av *Wengler* förd diskussion om den IP-rättsliga bedömningen av frågan om äktenskapets inverkan på hustruns namn.¹⁰ Såsom påpekats ovan (§ 1 s. 271), hänföres detta spörsmål i tysk rättspraxis till den allmänna kollisionsnormen om äktenskaps personliga rättsverkningar. Med denna ståndpunkt blir enligt *Wengler* varje diskussion om hur äktenskapets giltighet skall bedömas överflödig. Tankegången synes vara den ovan angivna, att äktenskapets giltighet är en »Erstfrage», som måste besvaras enligt tysk rätts egna (*legis fori*) IP-regler. Emellertid förordar *Wengler* för egen del — av skäl som här inte behöver redovisas — att spörsmål om namn brytes ut från »sammelmap-

chior 259, 261 f, Neuhaus Grundbegriffe 237 och 1965: 543, Raape Recueil 486, 1949: 586 och IPR 241, 246, 434, Svénné Schmidt Kvalifikationsproblemet 213 f, Schwind 1958: 459, Serick 1956: 217 f, Wengler 1956: 91, 94. — Beträffande rättspraxis se t.ex. de tyska fallen KG 27.5.1927, LG Detmold 2.8.1930 och KG 14.8.1961 samt de nedan i § 3 anförda fallen.

⁹ Se av de i föregående not nämnda författarna i synnerhet Gihl, Jochem, Melchior, Neuhaus och Svénné Schmidt. Jfr ovan kap. III s. 66 ff och kap. V s. 127 ff.

¹⁰ *Wengler* 1956: 91 f.

pen» och att en autonom kollisionsnorm uppställles för namnfrågor; sådana frågor borde lyda under vederbörande namnbärarens eget personalstatut. En konsekvens härav bleve enligt Wengler, att äktenskapets giltighet i denna typ av mål komme att innefatta en verklig Vorfrage. Frågan om äktenskapets giltighet skulle tydligen inte aktualiseras av kollisionsnormen beträffande namn (såsom av kollisionsnormen beträffande äktenskapets personliga rättsverkningar) utan uppkomma först vid tillämpningen av namnstatutet. I enlighet med sin allmänna ståndpunkt till Vorfrage-problemet förordar Wengler vid detta alternativ, att frågan besvaras på grundval av legis causae (namnstatutets) IP-regler.

Det anförda resonemanget är enligt min mening inte övertygande utan synes snarare bestyrka min i det föregående (kap. V s. 129 ff) intagna ståndpunkt, att distinktionen Vorfrage-»Erstfrage» bör slopas. Vad kan det väl finnas för sakligt berättigande i att låta den ena eller andra »kvalifikationen» av namnfrågan vara avgörande för bedömningen av äktenskapets giltighet? Om man verkligen (såsom Wengler) anser lex causae-principen vara den bästa lösningen på Vorfrage-problemet, synes genomförandet av denna ståndpunkt inte böra hindras av att namnfrågan »kvalificeras» såsom hänförlig till kollisionsnormen om äktenskaps personliga rättsverkningar.

Några författare i tysk doktrin (Ferid, Gamillscheg, Neuhaus), vilka i korthet berört frågan, kommer dock för vissa hithörande fall till annat resultat än den härskande läran.¹¹

Sålunda synes *Ferid* i princip vilja bedöma frågan om äktenskapets giltighet såsom Vorfrage i mål om underhåll mellan makarna — lika väl som t.ex. i mål om arv — enligt den främmande legis causae IP-regler. Som motivering härför åberopas hänsyn till det rättspolitiska kravet på enhetsbedömning, vilket enligt *Ferid* som regel bör sättas före kravet på materiell harmoni.

Även *Neuhaus*, som i och för sig ansluter sig till den ovannämnda gränsdragningen kring Vorfrage-området, synes utifrån rättspolitiska överväganden komma till samma praktiska resultat som vid egentliga Vorfrage-problem. Sålunda bör enligt *Neuhaus*, i det fall att äktenskapet är giltigt enligt forumrättens men ogiltigt enligt den främmande legis causae IP-regler, kravet på materiell harmoni visserligen respekteras, såvitt det rör sig om »obelingat nödvändiga konsekvenser» (»unbedingt notwendige Folgen») av äktenskapets giltighet. Men i övrigt bör enligt *Neuhaus* kravet på enhetsbedöm-

¹¹ *Ferid* 1955: 63, *Gamillscheg* 1962: 587 f, *Neuhaus Grundbegriffe* 238 f. 255 f. Jfr även *Wengler* 1934: 204 f och 1958: 545 ff, som dock till sist stannar för den gängse lösningen.

ning gå före. Vissa rättsverkningar — vilka Neuhaus dock inte närmare bestämmer — bör m.a.o. utebli, trots att de normalt är knutna till ett giltigt äktenskap.

Som *exempel* på icke-nödvändiga konsekvenser av giltigt äktenskap nämner Neuhaus inverkan härav på hustruns namn. Har t.ex. grekiska eller spanska medborgare gift sig inför tysk Standesbeamter, skulle tysk domstol, ehuru äktenskapet från tysk synpunkt är giltigt, kunna underlåta att knyta några konsekvenser beträffande hustruns namn till detta äktenskap, under motivering att detsamma från den grekiska resp. spanska legis causae synpunkt är ogiltigt. Härigenom skulle, framhåller Neuhaus, uppnås internationell »Entscheidungs-gleichheit» åtminstone i denna fråga trots de skiljaktiga ståndpunkterna till själva äktenskapets giltighet. Och någon större uppoffring skulle detta — menar Neuhaus vidare — inte innebära för den tyska forumrätten, eftersom många främmande rättsordningar (vilka enligt EG art. 14 kan bli tillämpliga även för tysk domstol) ändå inte knyter några konsekvenser beträffande hustruns namn till äktenskapet utan låter henne behålla sitt namn som ogift.¹²

I tysk rättspraxis har dessa särmeningar dock inte vunnit gehör. Flera rättsfall finns rörande just de av Ferid och Neuhaus som exempel nämnda typerna av mål om äktenskaps personliga rättsverkningar.¹³ Men inte i något av dessa rättsfall har den främmande rättens från tysk rätt avvikande uppfattning om äktenskapets giltighet lagts till grund för avgörandet.

II. VÄRDERING

För egen del ansluter jag mig till den i doktrin och praxis härskande meningen, att äktenskapets giltighet (bestånd) i hithörande fall bör bedömas utifrån forumrättens egna IP-regler.

Avgörande vikt bör härvid enligt min mening visserligen inte fästas vid doktrinens på distinktionen Vorfrage-»Erstfrage» grundade resonemang. Såsom framhållits i avhandlingens allmänna del, synes det i och för sig finnas goda skäl att ställa sig skeptisk till denna distinktion.

Emellertid leder rättspolitiska överväganden till samma resultat. För min del kan jag inte ansluta mig till Ferids och Neuhaus' ovan

¹² Exempel härpå från rättspraxis beträffande spansk och sovjetrysk rätt nedan i § 3 s. 279 och 281. Jfr beträffande det av Neuhaus anförda argumentet ovan kap. V s. 158 ff.

¹³ KG 14.8.1961 samt de nedan i noterna 18 och 24 citerade rättsfallen.

omtalade värderingar utan menar, att de interna hänsynen (kravet på materiell harmoni) bör sättas före kravet på enhetsbedömning. Detta är i överensstämmelse med min allmänna ståndpunkt till Vorfrage-problemet. Någon anledning att i hithörande typer av mål frångå denna grundläggande värdering kan jag inte se.

§ 3. TILLÄMPLIGT STATUT BETRÄFFANDE ÄKTENSKAPETS PERSONLIGA RÄTTVERKNINGAR VID HALTANDE ÄKTENSKAP

I. TYSK RÄTT

A. Den kollisionsrättsliga huvudregeln beträffande äktenskaps personliga rättsverkningar finns i EG art. 14 I, vilken lyder:

Die persönlichen Rechtsbeziehungen deutscher Ehegatten zueinander werden nach den deutschen Gesetzen beurteilt, auch wenn die Ehegatten ihren Wohnsitz im Auslande haben.

Enighet råder i doktrin och rättspraxis om att utbygga denna ensidiga kollisionsnorm till motsvarande *allsidiga* regel.¹⁴ Makarnas *lex patriae* är alltså, såsom förut nämnts, avgörande även när makarna är utländska medborgare. Fall av olika nationalitet är inte reglerade i lag. De ståndpunkter som *de lege lata* vanligen hävdas beträffande dessa fall har omnämnts ovan i § 1 s. 271 f.

Fram till 1930-talet synes det i tysk doktrin och praxis inte ha ifrågasatts, att undantag från dessa regler skulle göras vid haltande äktenskap. Däremot hade, såsom framgått i kap. VIII (s. 234), beträffande *skilsmässomål* den uppfattningen tidigt hävdats, att tillämpning av främmande rätt inte borde ske i fall där den främmande rätten betraktade äktenskapet som ogilligt. I sin polemik mot denna uppfattning hänvisar *Ruape* bl.a. till att ingen författare någonsin hävdats en sådan åsikt beträffande äktenskapets personliga rättsverkningar. Om det verkligen förhöll sig så — som det från motsatta sidan hävdades beträffande *skilsmässomål* — att det vore

¹⁴ Se t.ex. *Regel Kommentar* 753 (Bem. 1) med hänvisningar.

logiskt omöjligt att tillämpa främmande rätt beträffande ett enligt den främmande rätten ogiltigt äktenskap, borde denna uppfattning gälla även beträffande (bl.a.) sagda rättsverkningar.¹⁵ Enligt Raape är denna uppfattning emellertid oriktig. Den främmande rätten bör tillämpas i vanlig ordning, beträffande äktenskapets personliga rättsverkningar såväl som beträffande skilsmässa, oavsett hur den för sin del ser på äktenskapets giltighet.

B. Emellertid har den beträffande skilsmässomål hävdade, av Raape bekämpade läran — vilken numera är klart härskande i dessa mål, se ovan kap. VIII s. 235 ff — småningom kommit att omfatta också äktenskapets personliga rättsverkningar. Sålunda menade *Frankenstein*, såsom framgått ovan i kap. VI s. 175 f, att dessa rättsverkningar lika litet som skilsmässoförutsättningarna kunde bestämmas av en främmande lag som betraktade äktenskapet som ogiltigt.¹⁶ Hade i ett sådant fall äktenskapet ingåtts i tysk rättsform i Tyskland, borde i stället tysk rätt komma till användning beträffande detta »rein deutschrechtliche Ehe». Och hade vigseln förrättats i tredje land i detta lands form — en sådan vigsel är trots ogiltigheten i hemlandet giltig i Tyskland enligt regeln *locus regit actum* (EG art. 11 I) — borde även rättsverkningarna bestämmas av det tredje landets lag, i stället för *lex patriae*.

Till uppfattningen att den främmande *lex patriae* här bör utslutas från tillämpning har sedermera ytterligare några författare anslutit sig, bl.a. *Dölle* (»Das Heimatrecht vermag hier deswegen nicht den Ausschlag zu geben, weil es die Ehe gar nicht anerkennt»), *Lauterbach* och *Neuhaus* (enligt vilken en »fiktiv» tillämpning av *lex patriae* här vore »sinnlos».¹⁷ Av dessa författare synes *Dölle* också ansluta sig till *Frankensteins* tanke på *lex loci celebrationis* som »Ersatzrecht», medan *Neuhaus* i första hand vill tillämpa »das Recht des (letzten) gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts» och endast i andra hand *lex loci celebrationis* (jfr ovan kap. VI s. 183).

Även från nyare *rättspraxis* finns några fall som stöder den här

¹⁵ Raape Kommentar 401. Se också Raape 1934: 2952 och IPR 296.

¹⁶ *Frankenstein* III 215 f, 250.

¹⁷ *Dölle* 1955: 94; *Lauterbach* 1955: 36; *Neuhaus Grundbegriffe* 256. Se också *Beitzke* i *Achilles-Greif* Anm. 2 till EG art. 14 ävensom *Wengler* 1956: 92 (*Wengler* synes dock inte för egen del ta ställning i frågan).

berörda uppfattningen.¹⁸ I dessa fall, tre till antalet, har läget varit följande: Mannen har varit utländsk medborgare men hustrun tyska eller statslös med »gewöhnlicher Aufenthalt» i Tyskland (hon har alltså haft tysk rätt som sitt personalstatut). Vigseln har förrättats i tysk rätts form i Tyskland och varit ogiltig i mannens hemland, i ett fall (där mannen var sovjetrisk medborgare) emedan den inte blivit vederbörligen registrerad hos hemlandets myndigheter, i övriga två fall (där mannen var spansk medborgare) emedan den förrättats endast i civil form. I ett av rättsfallen yrkade hustrun underhåll av mannen (under faktisk särlevnad), ett yrkande för vilket laga grund fanns i tysk rätt men inte — åtminstone enligt vad som hävdades från mannens sida — i hans *lex patriae* (spansk rätt). De andra fallen gällde spörsmål huruvida hustrun genom giftermålet förvärvat mannens familjenamn. Sådan verkan knöts till äktenskapet, under förutsättning av dess giltighet, enligt tysk rätt (BGB § 1355) men inte enligt mannens *lex patriae* (sovjetrisk resp. spansk rätt).

I dessa tre rättsfall lämnades mannens främmande *lex patriae* utan beaktande och avgjordes målet enligt tysk rätt. Utgången blev därför, att hustruns underhållsanspråk bifölls resp. att hon ansågs ha förvärvat mannens familjenamn.

Av domarna framgår, att den främmande rätten principiellt ansetts tillämplig beträffande äktenskapets personliga rättsverkningar — antingen ensam såsom mannens *lex patriae* eller i kumulation med tysk rätt enligt »den svagare rättens princip» (se ovan § 1 s. 272); vilketdera har lämnats öppet — men eliminerats på grund av sin uppfattning om äktenskapet såsom ogiltigt. Rättsfallen är sålunda otvetydiga exempel på den här beskrivna tendensen i tysk rätt.

I två av domarna¹⁹ ges en tämligen utförlig motivering för det angivna ställningstagandet. Härvid hänvisas till en början till att frågan vilken lag som skall tillämpas beträffande de personliga rättsverkningarna när makarna saknar gemensam nationalitet inte är reglerad i lag. Vidare refereras de båda ovan nämnda, i tysk doktrin och praxis företrädde ståndpunkterna: användning av mannens *lex patriae* eller kumulation av båda personalstatuten enligt

¹⁸ LG Düsseldorf 20.6.1952, BayObLG 20.4.1955 och LG Wuppertal 27.9.1963.
— Se från äldre praxis också RG 6.4.1916, vars innebörd dock är oklar.

¹⁹ LG Düsseldorf 20.6.1952 och LG Wuppertal 27.9.1963.

»den svagare rättens princip». Emellertid kunde enligt domstolarnas mening ingendera av dessa grundsatser tillämpas i förevarande fall. Fråga vore nämligen här inte om ett val mellan två i och för sig likvärdiga och likaberättigade nationella lagar, eftersom den ena av de båda lagarna (mannens) överhuvud inte ansåg något äktenskap föreligga och äktenskapets giltighet således berodde allenast på tysk rätt (närmare bestämt på EG art. 13 III, som innehåller kravet på tysk rätts form vid vigsel i Tyskland). Beträffande ett sådant äktenskap med till Tyskland begränsad verkningskrets vore det — heter det vidare i domarna — allmänt erkänt, att fråga om dess upplösning, trots föreskriften i EG art. 17 I om tillämpning av mannens *lex patriae*, skall bedömas uteslutande enligt tysk rätt (jfr härom ovan kap. VIII s. 233 ff). Och då äktenskapet sålunda både i sitt begynnelse- och sitt (eventuella) slutstadium underställdes tysk rätt, vore det »ein widersinniges Ergebnis» att utfylla de mellanliggande stadierna — till vilka hörde bl.a. de personliga rättsverkningarna — med främmande rätt. Fastmera vore det blott en logisk vidareutveckling av »den tyskrättsliga ståndpunkten» i EG art. 13 III att låta tysk rätt bestämma även beträffande sagda rättsverkningar.

Något oklart är, i vilken egenskap tysk rätt ansetts tillämplig, sedan mannens *lex patriae* eliminerats. Hänvisningen till EG art. 13 III synes närmast tyda på att tillämpningen av tysk rätt berott på att denna varit bestämmande beträffande vigselformen, alltså på dess egenskap av *lex loci celebrationis*. Möjligen kan de båda domarna emellertid också förenas med den hypotesen, att tysk rätt tillämpats såsom *hustruns personalstatut*. Till detta alternativ ansluter sig uttryckligen det tredje av de här aktuella rättsfallen²⁰ (vars motive-ring i hithörande delar i övrigt är mycket kortfattad). Det heter där, att när äktenskapet är ogiltigt enligt ena makens *lex patriae* så skall de personliga rättsverkningarna av äktenskapet bestämmas av andra makens lag, på vilken äktenskapets giltighet uteslutande beror.²¹

Enligt båda dessa tolkningsalternativ skulle valet av tillämplig lag

²⁰ BayObLG 20.4.1955.

²¹ Denna lösning har också vunnit viss anslutning i skilsmässomål, se ovan kap. VIII s. 245 f. Jfr Kegel Kommentar 762 (Bem. 39; kritiskt) och Wengler 1956: 92.

ha träffats enligt en objektiv metod. I motiveringarna till rättsfallen finns det inget direkt stöd för att tysk rätt tillämpats i sin egenkap av *lex fori*. Vilken vikt som kan tillmätas domsmotiveringarna i denna del förefaller dock oviss.²² Inte i något av de ifrågasvarande rättsfallen har frågan om metoden för valet av »Ersatzrecht» nämligen ställts på sin spets. Alla tänkbara anknytningsmoment har, sedan mannens *lex patriae* eliminerats, pekat på tysk rätt.

C. Emellertid är de under B skildrade tendenserna knappast förhärskande i tysk rätt. I doktrinen synes flertalet författare — förutom Raape bl.a. *Kegel*, *Serick* och *Jochem* — förorda att främmande *lex patriae* tillämpas i vanlig ordning i hithörande fall, som om den betraktade äktenskapet som giltigt.²³

Denna ståndpunkt är också företrädd i nyare överrättspraxis (något Bundesgerichtshof-fall finns dock ännu inte), där avstånd uttryckligen tagits från de under B nämnda avgörandena.²⁴ Dessa fall har, liksom två av de under B nämnda fallen, rört frågan om äktenskapets inverkan på hustruns namn och även i övrigt varit mycket lika de förenämnda fallen. Men den IP-rättsliga bedömningen och utgången har blivit en annan. Ett av dessa fall, vars motivering är tämligen ingående, må här refereras.²⁵

En tyska hade (år 1962) ingått äktenskap med en spanjor inför tysk *Standesbeamter*. Vigseln var giltig enligt tysk rätt men ogiltig enligt spansk rätt. I målet var fråga bl.a. om vilket familjenamn som skulle inskrivas för H i de tyska civilståndsböckerna. Enligt tysk rätt (BGB § 1355) hade hon förvärvat M:s familjenamn, medan enligt spansk rätt äktenskapet (även om det varit giltigt) inte medförde sådan verkan.

Vederbörande *Amtsgericht* hade tillämpat spansk rätt (förmodligen såsom M:s *lex patriae*) på frågan och med stöd därav fastställt ett beslut av civilståndsmyndigheten att inskriva H:s flicknamn. Detta beslut hade ändrats av en *Landgericht*, vilken ansett tysk rätt tillämplig på namnfrågan.

²² Jfr *Jochem* 396 not 49, som framhåller att man av rättsfallen inte kan utläsa, hur avgörandet skulle utfallit, om t.ex. båda makarna varit spanjorer och den civila vigseln förrättats i Frankrike. »Tyskrättsligt» eller »franskrättsligt» äktenskap? Ehuru domsmotiveringarna närmast tyder på det sistnämnda, måste frågan betecknas som oviss.

²³ *Jochem* 395 ff; *Kegel* IPR 281, *Kommentar* 762 (Bem. 39) och 1962: 81; *Serick* 1956: 236 f. Se också *Ficker* 1965: 307 och *Rabel* I 234.

²⁴ KG 15.10.1962 (egyptisk rätt; obiter), OLG Düsseldorf 17.4.1964 (se nedan).

²⁵ OLG Düsseldorf 17.4.1964.

Sistnämnda beslut upphävdes emellertid i sin tur av OLG Düsseldorf, som fann namnfrågan skola avgöras antingen enligt spansk rätt ensam såsom M:s *lex patriae* eller med kumulerad tillämpning av makarnas personalstatut, tysk och spansk rätt (enligt »den svagare rättens princip»). Båda dessa alternativ ledde in casu till samma resultat — att H (i enlighet med spansk rätt) bibehållit sitt namn som ogift — och något slutligt val dem emellan behövde därför inte företas.

I motiveringen för detta avgörande anföres bl.a., att den tyska internationella familjerätten som huvudregel bygger på nationalitetsprincipen samt att EG art. 13 III — med dess föreskrift om iakttagande av tysk rätts form vid vigsel i Tyskland — ävensom den (ovan i kap. VIII s. 235 ff omtalade) rättspraxis, enligt vilken skilsmässomål vid haltande äktenskap avgöres enligt enbart tysk rätt, utgör *undantag* från den sålunda givna huvudregeln. Med hänsyn härtill vore det inte så »widersinnig» som Landgericht menat²⁶ att åtminstone beträffande de personliga rättsverkningarna av äktenskapet vidbliva tillämpning av *lex patriae*. Ehuru ett sådant förfarande avvek från det som tillämpades i skilsmässomål, stod det i överensstämmelse med den tyska internationella familjerättens *huvudregel*. Bortsett härifrån talade i synnerhet den omständigheten mot den av Landgericht företrädde åsikten, att ett från början haltande äktenskap senare kan förlora denna sin egenskap, nämligen genom att en kompletterande vigsel, som blir giltig även i hemlandet, äger rum. Sedan så skett, skulle i alla händelser tillämpning av tysk rätt beträffande rättsverkningarna inte längre kunna motiveras; den främmande rätten måste enligt vanliga regler komma till användning. Och om den främmande rätten i motsats till tysk rätt inte förutsåg något förvärv av M:s familjenamn för H, skulle detta komma att medföra en namnändring i efterhand, därest tysk rätt i enlighet med Landgerichts åsikt tillämpats under det tidigare stadiet, då äktenskapet varit haltande. Av dessa skäl kunde Landgerichts åsikt inte biträdas.

Sammanfattningsvis kan om tysk rätt sägas, att den övervägande tendensen numera synes vara att *inte* göra något undantag från de vanliga kollisionsnormerna om äktenskapets personliga rättsverkningar vid haltande äktenskap.

II. FRANSK RÄTT

I fransk IP-rättslig doktrin är det en ganska allmänt godtagen grundsats, att äktenskapets personliga rättsverkningar (»les effets du mariage») bör bedömas enligt samma lag som är tillämplig be-

²⁶ Jfr den under B citerade praxis, vars uttryckssätt tydligen anammats av Landgericht i förevarande fall.

träffande skilsmässa.²⁷ Normalt är detta makarnas *lex patriae* men vid olika nationalitet deras *lex domicilii*. Man ser saken så, att skilsmässan utgör slutet på »les effets du mariage» och innefattar en sanktion till dessa rättsverkningar. Betraktelsesättet torde gå tillbaka på den interna franska rätten, enligt vilken skilsmässa — åtminstone enligt lagstiftarens intentioner — i princip har karaktär av en sanktion av bestämda förpliktelser på grund av äktenskapet²⁸ (konceptionen »divorce-sanction», i motsats till »divorce-remède», vilken senare i stort sett präglar t.ex. svensk rätt).

Från dessa utgångspunkter är det naturligt och följdriktigt, att även rättsverkningarna av ett haltande äktenskap i kollisionrättsligt hänseende behandlas på samma sätt som spörsmål om skilsmässa i ett sådant äktenskap. I enlighet härmed synes det, i synnerhet efter Ghattas-avgörandet 1947 (ovan kap. VIII s. 253 f), vara en nästan enhällig uppfattning i fransk doktrin, att främmande rätt inte bör användas beträffande »les effets du mariage», om äktenskapet enligt den främmande rätten är ogiltigt.²⁹ Och liksom beträffande skilsmässomål utsträcks denna uppfattning till att avse även fall där äktenskapet enligt den främmande rätten är blott »nul» (inte »inexistant»). Ett sådant fall, som tagits upp av flera författare och som torde ha stor praktisk betydelse, är det, att en utlänning, t.ex. en italienare, efter fransk skilsmässodom som inte erkännes i hans hemland ingått nytt gifte i Frankrike (vilket han äger göra, jfr nedan kap. XIV § 2 IV B 1). Detta nya äktenskap, som ingåtts i strid med hemlandets lag, enligt vilken vederbörande alltjämt är bunden av det första äktenskapet, bör enligt den franska doktrinen »par la force même des choses» med avseende på sina rättsverkningar lyda under fransk rätt.³⁰ Tanken synes vara, att — då äktenskapet är ogiltigt enligt hemlandets lag — denna med logisk nödvändighet ej heller kan ha något att säga till om beträffande äktenskapets rättsverkningar.

Liksom beträffande skilsmässomålen finns i den franska doktrinen vissa meningsskiljaktigheter med avseende på frågan vilken

²⁷ Se härom t.ex. Batiffol DIP 505 ff och 513 ff, Louis-Lucas J 1957: 292 samt Niboyet V 423.

²⁸ Se i synnerhet De Page 974 ff; jfr Planiol-Ripert 378 ff.

²⁹ Batiffol 1955: 727; Delaume 12, 20 f; Lerebours-Pigeonnière 1947: 163; Lous-souarn 1952: 659; Niboyet III 570, V 314 f och 1947: 116 f; Ponsard 1955: 50 ff. Se också det ovan i kap. VI s. 180 vid not 21 citerade lagförslaget. — A.m.: Maury 1950 nr 5299.

³⁰ Delaume l.c. Se också Loussouarn och Niboyet l.c.

lag som skall användas i stället för den eliminerade främmande rätten, om det skall vara fransk rätt (i dess egenskap av *lex fori*) eller *lex loci celebrationis*. Härom kan hänvisas till vad som anförts i kap. VIII s. 256 f.

Vad angår fransk *rättspraxis*, finns det här inte något avgörande som rör de här aktuella spörsmålen och som omedelbart hänförs sig till »*les effets du mariage*». Däremot har den i doktrinen dominerande uppfattningen ett visst stöd i appelldomstolens dom i Ghattas-fallet — som ju gällde skilsmässa — där det i motiveringen heter, att fransk rätt skulle tillämpas beträffande »*les effets et spécialement les modes de dissolution* — — —» i det ifrågavarande, enligt den främmande *lex patriae* ogiltiga äktenskapet.³¹ I den citerade frasen framträder tydligt det ovan nämnda betraktelsesättet, enligt vilket skilsmässan är den yttersta av »*les effets du mariage*» och kollisionsrättsligt skall behandlas på samma sätt som dessa.

III. ÖVRIGA LÄNDER

Bortsett från Tyskland och Frankrike finns det i doktrinen mycket få och i rättspraxis veterligen inga direkta ställningstaganden till hithörande spörsmål.

Beträffande belgisk doktrin kan dock erinras om den av *Rigaux* formulerade, ovan i kap. VIII s. 259 återgivna regeln, vilken täcker såväl skilsmässomål som »*les effets du mariage*».³² Beträffande båda typerna av mål vill *Rigaux*, såsom framgår av denna regel, vid haltande äktenskap tillämpa *lex fori* i stället för *lex patriae*. Detta är i linje med tendensen i fransk doktrin.

I österrikisk doktrin har å andra sidan *Schwind* hävdad, att de personliga rättsverkningarna av äktenskapet i hithörande fall i vanlig ordning skall bestämmas av hemlandets lag.³³ Det i kapitlets inledning (§ 1 s. 272 f) såsom exempel anförda målet om underhåll

³¹ Se ovan kap. VIII s. 253. — Däremot uttalade sig Cour de Cassation i Ghattas-fallet endast om skilsmässoförutsättningarna. Även dess dom har dock i doktrinen ansetts innefatta ett stöd för den härskande läran beträffande »*les effets du mariage*».

³² *Rigaux Qualifications* 409, jfr 422 f.

³³ *Schwind* 1965: 162 ff. Jfr beträffande österrikisk rätt dock även *Schwimann* 1955: 389 f.

mellan grekiska medborgare, vilka gift sig i Österrike i civil form, skall sålunda enligt Schwinds mening avgöras enligt grekisk rätt; denna skall lämnas utan beaktande (på grund av ordre public-stridighet) endast i vad avser äktenskapets giltighet.

Vad angår *svensk* rätt, synes problemet inte ha gjorts till föremål för uttryckliga ställningstaganden vare sig i doktrin eller i praxis. Såsom framgått i kap. VIII s. 261, antages det i den svenska doktrinen, att äktenskapets ogiltighet enligt makarnas *lex patriae* medför undantag från denna lags tillämplighet i *skilsmässomål*. Emellertid torde ingen bestämd slutsats kunna dras härav beträffande de personliga rättsverkningarna. Ställningstagandet beträffande skilsmässomålen kan implicera såväl ett analogislut som ett *e contrario*-slut beträffande sagda rättsverkningar. På grund härav och då säkra hållpunkter även i övrigt saknas, torde frågan för svensk rätts del få anses öppen. Något grundat antagande om vilken lösning som skulle väljas, om spörsmålet aktualiserades, låter sig näppeligen göras.

IV. SAMMANFATTNING OCH VÄRDERINGAR

A. »FIKTIV» TILLÄMPNING AV FRÄMMANDE RÄTT?

Av redogörelserna ovan framgår, att tendenserna i doktrin och praxis i hithörande mål är mindre enhetliga än i skilsmässomålen. Rättsläget är till stor del osäkert. Undantag från de vanliga kollisionsnormerna göres och »fiktiv» tillämpning av främmande rätt avböjes huvudsakligen i viss tysk doktrin och praxis samt i den franska doktrinen. Men den motsatta ståndpunkten, enligt vilken de vanliga kollisionsnormerna skall upprätthållas i hithörande fall, är förmodligen lika vanligt förekommande. I tysk rätt synes denna mening närmast vara den övervägande.

För egen del anser jag frågan tveksam. Skäl kan anföras för båda ståndpunkterna.

Till en början må erinras om att den i tysk och fransk doktrin hävdade meningen, att det skulle vara logiskt omöjligt att bestämma rättsverkningarna med hjälp av en främmande lag som håller äktenskapet för ogiltigt, enligt min uppfattning inte är hållbar. Härom kan hänvisas till kap. VI s. 187 f.

Ej heller kan beträffande äktenskapets personliga rättsverkningar åberopas de speciella skäl som i *skilsmässomål* med sådan styrka talar mot tillämpning av den främmande rätten vid haltande äktenskap, nämligen att en dylik tillämpning vore ägnad att försvåra erhållandet av skilsmässa och därigenom — då en skilsmässodom i detta läge medför upphörandet av en haltande status — direkt skulle motverka sitt syfte (se ovan kap. VIII s. 263 f).

Ehuru dessa skäl alltså saknas beträffande de personliga rättsverkningarna, synes å andra sidan valet av lösning för skilsmässomålens del i och för sig vara ett skäl för samma lösning i hithörande fall. Såsom särskilt betonats i fransk doktrin, ter det sig nämligen lämpligt och önskvärt, att de personliga rättsverkningarna och skilsmässoförutsättningarna bestäms av en och samma lag.

Omvänt synes det — såsom också framhållits i viss tysk rättspraxis, se ovan under I B s. 280 — ligga något onaturligt i att den främmande rätten, enligt vilken något giltigt äktenskap inte kommit till stånd (eller redan är upplöst) och som på grund därav skall lämnas utan beaktande beträffande äktenskapets upplösning och rättsverkningarna därav,³⁴ likväl skulle få komma till tals när det gäller att under äktenskapets bestånd bestämma dess rättsverkningar. En sådan ordning leder lätt till inkonsekvenser och överraskande resultat. Har t.ex. spanska medborgare gift sig i Tyskland i tysk rätts civila form, kommer ett skilsmässomål mellan dessa makar av tysk domstol att avgöras uteslutande enligt tysk rätt, då äktenskapet från spansk synpunkt är ogiltigt. Likaså kommer ett yrkande om underhåll för tiden *efter* skilsmässan av tysk domstol att bedömas enligt tysk rätt i dess egenskap av skilsmässostatut. Enligt den tyska rättens regler kan sådant underhåll utgå. Skall nu spansk rätt vara tillämplig, såvitt gäller ett underhållsyrkande under äktenskapets bestånd, är det emellertid möjligt att ett sådant yrkande måste ogillas.³⁵ Dylika inkonsekvenser undvikes, om tysk rätt får vara bestämmande även under äktenskapets bestånd. Onekligen ligger det därför nära till hands, att den främmande rätten, när den i alla händelser i en del väsentliga stycken måste lämnas utan beaktande, bör träda tillbaka även i här aktuella hänseenden.

³⁴ Beträffande rättsverkningarna av en skilsmässa i ett haltande äktenskap jfr nedan kap. XIII vid not 18.

³⁵ Exemplet och argumentationen är baserade på det tyska rättsfallet LG Düsseldorf 20.6.1952 (ovan vid not 19).

Enligt min mening är dessa skäl dock inte tillräckliga för att motivera undantag från de vanliga kollisionsnormerna i hithörande fall. Mot ett sådant undantag talar alla de skäl som i allmänhet kan åberopas mot särregler vid de haltande äktenskapen och som genomgått ovan i kap. VI s. 194 ff. Inte minst betydelsefullt är det i ett av de tyska rättsfallen³⁶ påpekade förhållandet, att ett äktenskap som från början är haltande senare kan förlora denna egenskap och bli giltigt även i det främmande landet. Om så sker — den civila vigseln i exemplet ovan kompletteras med en vigsel inför katolsk präst, så att äktenskapet blir giltigt även från spansk rätts synpunkt — måste den primära kollisionsnormen och den däri utpekade främmande rätten i vart fall i fortsättningen tillämpas beträffande rättsverkningarna. Endast om detsamma sker redan från början, under äktenskapets haltande skede, undviks de olägenheter som kan vara förbundna med en statutväxling under bestående äktenskap.

Jag håller därför, om än med viss tvekan, fast vid den i kap. VI intagna allmänna ståndpunkten till hithörande problem.

Då frågan som sagt kan vara föremål för delade meningar, skall jag i det följande dock också diskutera vad som bör ske för den händelse man stannar för annan ståndpunkt än den av mig intagna och avvisar den »fiktiva» tillämpningen av främmande rätt.

B. VILKEN LAG BÖR TRÄDA I STÄLLET FÖR DEN ELIMINERADE FRÄMMANDE RÄTTEN?

I *skilsmässomål* är det i regel inte nödvändigt att finna någon »Ersatzrecht» för den eliminerade främmande rätten. Om man, såsom jag för min del förordat ovan i kap. VIII s. 265 ff, stannar för *lex fori* såsom ensam tillämplig, kan denna lösning återföras på det förhållandet, att kollisionsnormerna om skilsmässa vanligen, i den mån de ger utrymme för främmande rätt, föreskriver eller anses förutsätta kumulation av denna med *lex fori*. När den främ-

³⁶ OLG Düsseldorf 17.4.1964 (ovan vid not 25).

mande rätten vid haltande äktenskap får träda tillbaka, återstår därför *lex fori* att använda.

I mål om äktenskapets personliga rättsverkningar är läget i detta hänseende ett annat. Här blir det vanligen nödvändigt att finna en verklig »Ersatzrecht» för den eliminerade främmande rätten.³⁷ Såsom sådan kan antingen *lex fori* eller en på objektiv grundval utvald lag tänkas ifrågakomma.

De särskilda skäl som i skilsmässomålen talar för *lex fori* — nämligen att den objektiva metoden i vissa fall kan leda till användning av en lag som försvårar erhållandet av skilsmässa (se ovan kap. VIII s. 266 f) — har inte någon relevans i nu aktuella fall. Måhända bör därför en objektiv metod föredras framför den generella tillämpningen av *lex fori*, vilken lätt framstår såsom godtycklig.

Om man stannar för detta alternativ, synes — av samma skäl som anförts beträffande skilsmässomålen (kap. VIII s. 269 f) — makarnas (sista gemensamma) *lex domicilii* böra väljas som »Ersatzrecht».

Å andra sidan är även i hithörande mål ett val av *lex fori* som »Ersatzrecht» försvarligt. Enligt övervägande mening i doktrin och rättspraxis, till vilken jag för egen del anslutit mig, skall *lex fori* ju ensam bestämma skilsmässoförutsättningarna i det haltande äktenskapet. Detta kan sägas vara ett skäl att välja samma lag beträffande de personliga rättsverkningarna under äktenskapets bestånd. På så vis uppnås kollisionsrättslig enhetlighet beträffande de båda frågekomplexen även vid haltande äktenskap (jfr om denna synpunkt ovan under A s. 286).

Under alla omständigheter torde valet mellan *lex fori* och *lex domicilii* sällan kunna få praktisk betydelse. *Lex domicilii* är i hithörande fall regelmässigt=*lex fori*. Härom kan hänvisas till vad som förut sagts beträffande skilsmässomålen.

³⁷ Märk dock den ovan berörda meningen i viss tysk doktrin och praxis, enligt vilken de personliga rättsverkningarna av ett äktenskap mellan makar av olika nationalitet skall bestämmas av båda makarnas personalstatut kumulerade (»Grundsatz des schwächeren Rechts»). Är äktenskapet ogiltigt enligt den ena av dessa lagar och anses denna lag därför ej böra användas beträffande äktenskapets rättsverkningar, är det möjligt att gripa tillbaka på den andra lagen, enligt vilken äktenskapet är giltigt. Med denna ståndpunkt — som också är företrädd i tysk praxis, se BayObLG 20.4.1955 ovan vid not 20 — behöver, liksom i skilsmässomålen, någon verklig »Ersatzrecht» inte uppletas.

KAPITEL X

MÅL OM ÄKTENSKAPS FÖRMÖGENHETS- RÄTTSLIGA RÄTTSVERKNINGAR

Beträffande äktenskapets förmögensrättsliga rättsverknings (den äktenskapliga förmögensordningen)¹ gäller i de flesta länder andra IP-rättsliga regler än för de personliga rättsverkningsarna. I stort sett bestäms det äktenskapliga förmögensstatutet i här ifrågavarande länder antingen av mannens nationalitet vid vigseln (så i princip tysk, österrikisk, belgisk och svensk rätt) eller av kontrahenternas val («la loi d'autonomie»; så i princip fransk och engelsk rätt) eller av (det första) äktenskapliga domicilet (så i princip schweizisk rätt samt, subsidiärt, fransk och engelsk rätt) eller av egendomens belägenhet (så beträffande fast egendom engelsk rätt).²

I den mån kollisionsnormerna hänvisar till främmande rätt, kan samma frågor uppkomma som förut ställts beträffande de personliga rättsverkningsarna, se ovan kap. IX § 1 s. 272 f. Emellertid synes dessa frågor inom den äktenskapliga förmögensrättsens område vara föga kontroversiella. I alla händelser är materialet från doktrin och rättspraxis mycket magert.

Beträffande Vorfrage-problemet har veterligen aldrig hävdats annan uppfattning än att forumlandets egna IP-regler skall vara be-

¹ Om vad som hänföres till detta begrepp se t.ex. Batiffol DIP 700 ff, Kegel Kommentar 766 ff, Undén Studier II 19 ff.

² Det i texten sagda utgör en stark komprimering — som bortser från alla handa nyanser — av gällande rätt. För utförligare upplysningar om reglerna i de här aktuella länderna kan följande hänvisningar ges. Belgien: Graulich 80 ff; England: Dicey 647 ff; Frankrike: Batiffol DIP 686 ff; Schweiz: NAG art. 19 och 31 samt Schnitzer I 429 ff; Sverige: IÅR 1 § p. 2 (om dess analogiska tillämplighet: Eek IPR 50 och Karlgren IPR 37); Tyskland: EG art. 15—16 och Kegel Kommentar 765 ff; Österrike: Köhler 72 f.

stämmande.³ Härom är heller ingenting att tillägga till vad som anförts om denna fråga beträffande de personliga rättsverkningarna, se ovan kap. IX § 2 s. 273 ff.

Vad angår frågan om »fiktiv» tillämpning av främmande rätt såsom äktenskapligt förmögenhetsstatut, så har detta spörsmål vid några tillfällen aktualiserats i *fransk* rättspraxis. Utgångspunkterna är här något speciella. Huvudregeln är, att det äktenskapliga förmögenhetsstatutet bestäms av vad parterna själva vid äktenskapets ingående avtalat. Subsidiärt — när ingen uttrycklig överenskommelse träffats — laborerar domstolarna numera regelmässigt med en presumtion till förmån för lagen i makarnas (första) domicilland. Denna presumtion (liksom en i äldre praxis stundom förekommande presumtion till förmån för makarnas *lex patriae*) brytes, om tillräckliga indicier finnes för att makarna velat underställa sig annan lag (tyst eller hypotetisk partsvilja). Vilken betydelse har det nu, att äktenskapet är ogiltigt från en främmande, enligt dessa regler såsom äktenskapligt förmögenhetsstatut ifrågakommande rättsordnings synpunkt?

I ett fall från 1930-talet,⁴ där presumptionsreglerna pekade på grekisk rätt — enligt vilken, i motsats till fransk rätts »*communauté légale*» (C.c. art. 1399 ff), egendomsåtskillnad rådde mellan makarna — ansågs den omständigheten, att äktenskapet från grekisk rätts synpunkt var ogiltigt, inte tillräcklig för att bryta presumtionen. Grekisk rätt tillämpades »fiktivt» i brist på tillräckliga indicier på en från presumtionen avvikande partsvilja vid äktenskapets ingående.

I ett senare fall (från 1940-talet⁵), där en fransyska hade gift sig i civil form i Frankrike med en syrier, stod valet likaledes mellan å ena sidan fransk rätts »*communauté légale*» och en främmande (här syrisk) rätt, enligt vilken egendomsåtskillnad rådde mellan

³ Se i doktrinen exempelvis: Balogh 580 f, Gihl 1950: 140 f, Jochem 393 ff (med not 10), Kegel IPR 286 och Kommentar 772 (Bem. 36), Louis-Lucas R 1957: 165 f, Melchior 259, 261 f, Neuhaus Grundbegriffe 237 och 1965: 543, Raape IPR 241, 246, 434, Svenné Schmidt Kvalifikationsproblemet 213 f, Wengler 1956: 91, 94 (jfr dock även Wengler 1934: 204 f).

⁴ Trib. Seine 4.5.1937 (presumtionen ansågs här vara till förmån för makarnas *lex patriae*; i denna del skulle avgörandet numera säkerligen utfalla annorlunda, nämligen till förmån för deras *lex domicilii*).

⁵ Paris 31.5.1947 med gillande kommentar av Batiffol 1947: 453. Instämmande även Aubry-Rau VII 496.

makarna. Presumtionen var här på grund av makarnas domicil i Frankrike till förmån för fransk rätt, vilken också tillämpades i målet. Såsom ett skäl mot att bryta presumtionen åberopade domstolen härvid, att äktenskapet enligt den främmande rätten (som mannen påstod tillämplig) inte var giltigt. En viss betydelse förefaller således ha tillagts detta förhållande. Av rättsfallet kan dock inte utläsas, att äktenskapets ogiltighet enligt den främmande rätten skulle utgjort hinder mot tillämpning av densamma såsom äktenskapligt förmögenhetsstatut, om det i övrigt funnits tillräckliga indicier för en partsvilja i denna riktning.

Emellertid har dessa franska rättsfall, med hänsyn till de speciella utgångspunkterna i fransk rätt — anknytningen till den tysta eller hypotetiska partsviljan — kanske inte något större komparativt intresse. För de franska domstolarna blir äktenskapets ogiltighet enligt den främmande rätten endast ett moment att ev. beakta vid utrönandet av partsviljan; denna förblir den högsta ledstjärnan vid valet av äktenskapligt förmögenhetsstatut. I de länder där detta statut bestämmes oberoende av partsviljan i det konkreta fallet blir frågan ju i stället, huruvida äktenskapets ogiltighet i det främmande landet *direkt*, oberoende av sin ev. betydelse som indicium på en viss partsvilja, skall medföra, att den främmande rätten får träda tillbaka såsom äktenskapligt förmögenhetsstatut.

I doktrinen synes endast *Frankenstein* uttryckligen ha besvarat denna fråga jakande.⁶ Enligt tysk IP är, såsom nämnts, mannens *lex patriae* vid äktenskapets ingående normalt äktenskapligt förmögenhetsstatut. Men när äktenskapet enligt denna lag är ogiltigt vill *Frankenstein*, liksom i skilsmässomål och beträffande de personliga rättsverkningarna av äktenskapet, i stället tillämpa *lex loci celebrationis*.

I övrigt har frågan berörts endast av några författare i tysk doktrin (Raape, Rabel, Kegel och Jochem).⁷ Dessa kommer alla till att den främmande rättens tillämplighet i hithörande fall skall vara oberoende av dess inställning till äktenskapets giltighet; den främmande rätten skall m.a.o. kunna tillämpas »fiktivt». Detta ställnings-

⁶ *Frankenstein* III 215 f, 301, 398. Jfr också Lauterbach 1955: 36, som uttalar sig generellt om äktenskapets rättsverkningar och möjligen avser även de förmögenhetsrättsliga verkningarna.

⁷ Jochem 396; Kegel IPR 286, Kommentar 772 (Bem. 36); Raape 1934: 2952; Rabel I 234.

tagande kan säkerligen sägas vara uttryck för härskande lära även i andra länder än i Tyskland.⁸

Även för egen del ansluter jag mig, i enlighet med min allmänna ståndpunkt beträffande denna typ av problem, till sistnämnda mening. Skälen mot undantag från de vanliga kollisionsnormerna synes här vara ännu starkare än beträffande de personliga rättsverkningarna.

Sålunda synes den redan beträffande de personliga rättsverkningarna framhållna synpunkten, att en växling i tillämplig lag under bestående äktenskap såvitt möjligt bör undvikas, ha ännu större tyngd beträffande den äktenskapliga förmögenhetsrätten. I synnerhet i förhållandet till tredje man ter sig en dylik statutväxling olämplig. Denna värdering är också positivrättsligt förankrad i samtliga här berörda länder. Detta framgår därav, att de förmögenhetsrättsliga rättsverkningarna — i motsats till de personliga — som regel bestäms med hänsyn till förhållandena *vid äktenskapets ingående* (makarnas *dåvarande* nationalitet, domicil etc.). En senare ändring i dessa förhållanden (nationalitets- och domicilväxling) är i regel utan betydelse för den äktenskapliga förmögenhetsrätten.⁹

⁸ Bl.a. torde nämnda mening e contrario få anses implicerad hos åtminstone flertalet av de författare som beträffande skilsmässomål och/eller de personliga rättsverkningarna av äktenskapet ansluter sig till samma uppfattning som Frankenstein men utan att därvid säga något om den äktenskapliga förmögenhetsrätten. Om dessa författare se ovan kap. VIII och IX.

⁹ Ett undantag härifrån finns i schweizisk IP, som skiljer mellan »internes Güterrecht» (förhållandet makarna emellan) och »externes Güterrecht» (förhållandet till tredje man). En domicilväxling drar med sig tillämpning av den nya domicillagen i förstnämnda hänseende men inte i förhållandet till tredje man. Se Schnitzer I 434 ff.

KAPITEL XI

MÅL OM BARNNS ÄKTA BÖRD SAMT OM LEGITIMATION GENOM EFTERFÖLJANDE ÄKTENSKAP

§ 1. UTGÅNGSPUNKTER OCH FRÅGESTÄLLNINGAR

I. I detta kapitel skall jag behandla dels äktabördsfrågor i in-skränkt mening, d.v.s. spörsmål om förvärv av äkta börd *från födelsen*, dels frågor om förvärv av denna status genom senare *legitimation*, närmare bestämt genom den form härav som sker genom att föräldrarna efter barnets födelse ingår äktenskap med varandra (*legitimatio per subsequens matrimonium*).

Innan frågeställningarna presenteras (under II nedan), synes det lämpligt att ge en kortfattad komparativ översikt över de regler som bildar bakgrunden till den IP-rättsliga problematiken i detta kapitel. Härvid redogöres dels för vissa typer av materiella regler (saknormer) beträffande förutsättningarna för äkta börd och legitimation i skilda länder (A), dels för huvuddragen av den kollisionsrättsliga regleringen av ämnet i de länder till vilkas rätt den följande framställningen hänför sig (B).

A. Vad angår förutsättningarna för äkta börd och legitimation, kan man först skilja ut dem som hänför sig till föräldrarnas äktenskap. Dessa behandlas under 1. Därefter behandlas, under 2, förutsättningarna i övrigt för resp. rättsverkan.

1. I alla länder, där man överhuvud skiljer mellan »äkta» och »oäkta» barns rättsställning, är *giltigheten av föräldrarnas äktenskap* av fundamental betydelse för bördsfrågans bedömande.¹

Enligt kanonisk, rätt, som i hög grad satt sin prägel på utveck-

¹ Angående det språkliga sambandet mellan »äkta» och »äktenskap» se Malmström Föräldrarätt 2 not 1. Jfr även Neuhaus Grundbegriffe 254 not 607.

lingen av den västerländska äktenskapsrätten, var huvudprincipen den, att barn i ett ogiltigt äktenskap saknade äkta börd.² Detta gällde ej blott vid ipso jure ogiltiga äktenskap utan också efter ogiltigförklaring av ett angripbart äktenskap; ogiltigförklaringen verkade i detta såväl som i andra hänseenden retroaktivt.

Som ett exempel på denna ståndpunkts förekomst i modern rätt kan hänvisas till läget i engelsk rätt fram till år 1937.³ Äkta börd var där utesluten såväl vid »void marriage» som efter domstols ogiltigförklaring av ett »voidable marriage». Vilken ogiltighetsgrund som förelåg var utan betydelse, likaså den omständigheten, att föräldrarna ingått äktenskapet i god tro om dess giltighet.

Denna ståndpunkt torde dock numera mycket sällan upprätthållas i all sin stränghet. I flertalet länder finns regler, enligt vilka barnen i vissa fall får äkta börd trots ogiltigheten av föräldrarnas äktenskap. Vid denna reglering anknytes närmare bestämt antingen (a) till vissa subjektiva omständigheter, nämligen föräldrarnas goda tro beträffande äktenskapets giltighet, eller (b) till ogiltighetstypens objektiva beskaffenhet eller (c) till bådadera.

(a) Ett stort antal rättssystem, däribland fransk rätt och en rad rättsordningar för vilka Code civil stått mönster, har övertagit det från kanonisk rätt stammande institutet *putativäktenskap*.⁴ Detta institut innebär, att ogiltigheten under förutsättning av god tro hos makarna eller åtminstone endera av dem beträffande äktenskapets giltighet inte får retroaktiv verkan utan, i likhet med skilsmässa, räknas *ex nunc*. Häri ligger bl.a. att barnen i äktenskapet även efter ogiltigförklaringen bibehåller sin egenskap av äkta.

Den närmare utformningen av institutet putativäktenskap, särskilt av rekvisitet god tro, växlar ej oväsentligt från land till land. Nämnas må beträffande fransk rätt, att praxis där är synnerligen liberal i det nämnda hänseendet; det råder en synbarligen ganska stark *presumption för god tro*.⁵ Såväl enligt fransk som enligt belgisk rätt kan ett »mariage putatif» föreligga även när den goda tron har sin grund i rättsvillfarelse och även när villfarelsen är av mycket

² Se t.ex. LB 305 ff.

³ Se härom t.ex. Bromley 280 f, 288 ff och Guttman 217.

⁴ Se t.ex. Wolff PIL 385. Beträffande fransk rätt se C.c. art. 201—202 samt härtil t.ex. Planiol-Ripert 246 ff och Holleaux 1949: 105. Beträffande belgisk rätt se De Page 814 ff.

⁵ Annorlunda i belgisk rätt, där den goda tron måste bevisas; De Page 816.

grav beskaffenhet. Av särskilt intresse i detta sammanhang är sådana fall där vigseln förrättats utan medverkan av vederbörande civilståndsmyndighet, t.ex. av en präst. Ett dylikt formfel medför i länder med obligatoriskt civiläktenskap som regel nullitet och utesluter då äkta börd (jfr nedan). Men enligt fransk och belgisk rätt kan barnen även i sådana fall få äkta börd på grund av läran om »mariage putatif».

(b) Andra rättssystem, t.ex. tysk, österrikisk, schweizisk och svensk rätt,⁶ fäster inget avseende vid föräldrarnas goda tro. Skilje- linjen mellan sådan ogiltighet som utesluter äkta börd och annan ogiltighet uppdrages efter rent objektiva kriterier. Vanligen anses det härvid, att äktenskapets nullitet (»Nichtehe») utesluter äkta börd men att en ogiltigförklaring (återgång) av ett angripbart äkten- skap (»nichtige Ehe» etc.) inte i något fall medför att barnen för- lorar sin äkta börd. Från grundsatsens sistnämnda del görs dock stundom vissa undantag. Sålunda medför enligt österrikisk rätt ogiltigförklaring av ett s.k. »Namensehe» — varmed menas ett äktenskap som ingåtts uteslutande eller övervägande för att möjlig- göra för hustrun att bära mannens släktnamn, utan att äktenskaplig livsgemenskap är avsedd — att barnen i äktenskapet förlorar sin äkta börd.⁷

(c) Slutligen förekommer i åtskilliga rättssystem olika kombina- tioner av subjektiva och objektiva kriterier. Som exempel kan nämnas förutvarande tysk rätt (fram till 1938), där barnen vid ett »Nichtehe» alltid saknade äkta börd (såtillvida är rättsläget allt- jämt detsamma) och det för äkta börd vid ett »nichtige Ehe» förut- sattes god tro hos någondera av föräldrarna⁸ (godtroskravet är numera slopat, jfr ovan). Ett annat och annorlunda utformat exempel på kombinationer av subjektiva och objektiva kriterier erbjuder nu gällande engelsk rätt.⁹ Å ena sidan skiljes där i bördshänseende mellan »voidable marriages» och »void marriages»;

⁶ Tysk rätt: EheG §§ 11, 25 och 37 samt härtill t.ex. Palandt's Kommentar och Beitzke Familienrecht 38, 41 f. 138; österrikisk rätt: EheG §§ 15, 30 och 42; schweizisk rätt: ZGB art. 133 samt Egger 79, 100 och Schnitzer I 362; svensk rätt: FB 1: 1, GB 10: 4 och Walin FB 11.

⁷ Se den österrikiska EheG §§ 23 (1) och 29. Jfr Raapes exempel nedan i § 4 I C 4 s. 356.

⁸ Se BGB § 1699, vilket lagrum upphävdes år 1938 i samband med tillkomsten av den första EheG.

⁹ Se t.ex. Bromley 288 ff.

så tillvida är gränsdragningen objektiv. Vid de förra har barnen alltid äkta börd, även sedan ogiltigförklaring ägt rum (så sedan 1950). Vid »void marriage» lägges däremot vikt vid det subjektiva momentet; äkta börd förutsätter här god tro hos åtminstone en av föräldrarna (så sedan 1959; tidigare uteslöt ett »void marriage» alltid äkta börd).

Vad ovan sagts om äktenskaps giltighet såsom förutsättning för äkta börd är i huvudsak tillämpligt även beträffande legitimation.

2. Angående *övriga förutsättningar* för äkta börd och legitimation må i korthet följande antecknas.

Beträffande *äkta börd* är den praktiskt viktigaste frågan, huruvida den äkta mannen är fader till barnet. Med avseende härå laborerar man i olika rättssystem som bekant med en presumtion för den äkta mannens faderskap (pater est-regeln).¹⁰ För uppkomsten av denna presumtion synes det enligt de flesta länders rätt vara tillräckligt — bortsett från kravet på giltigt äktenskap etc. — att barnet fötts under äktenskapet eller å sådan tid efter dess upplösning, att det kan ha avlats dessförinnan; beräkningen av sistnämnda tid varierar något från land till land. I vissa länders rätt krävs dock även, efter kanonisk rätts förebild, att barnet avlats efter äktenskaps ingående. Lagtekniskt tar detta sig uttryck på så sätt, att viss tid skall ha förflutit mellan vigseln och barnets födelse.¹¹ Beträffande hävandet av en uppkommen äktabörds-presumtion uppställles mycket skiftande förutsättningar från det ena rättssystemet till det andra. I allmänhet synes, liksom i svensk rätt, hävandet av presumtionen förutsätta att särskild talan härom (negativ börds-talan) föres.¹²

Beträffande *legitimation* finns i ett avseende en viktig skillnad mellan å ena sidan t.ex. tysk, schweizisk, österrikisk, engelsk och

¹⁰ Se beträffande svensk rätt FB 1: 1. Jfr i övrigt t.ex. Guttman 217 ff och Malmström Föräldrarätt 20 ff.

¹¹ Så t.ex. spansk rätt, som uppställer en tidsfrist av 180 dagar efter vigseln (Cod.civ.esp. art. 108). Jfr Malmström Föräldrarätt 19 (med not 3).

¹² Se beträffande svensk rätt FB 2 kap. samt Malmström Föräldrarätt 26 och 44 f. För en översikt av läget i vissa kontinentala rättssystem (fransk, tysk och schweizisk rätt) se Guttman 220 ff. — Däremot känner *engelsk* rätt inte någon särskild talan om hävande av äktabörds-presumtionen. Frågan om den äkta mannens faderskap prövas prejudiciellt närhelst den är av betydelse i något avseende. Se Guttman 220. Ett exempel på tillämpningen av denna engelska grundsats vid utländsk domstol ger det tyska rättsfallet OLG Hamm 30.6.1964.

skandinavisk rätt,¹³ å andra sidan fransk rätt och en rad lagar som inspirerats av Code civil.¹⁴ Enligt de förra krävs för legitimation ingenting mer än ett vederbörligen fastställt (utomäktenskapligt) faderskap. Enligt de senare krävs däremot regelmässigt, att föräldrarna — väl att märka *båda* föräldrarna — i viss bestämd ordning *erkänt* barnet (»système de reconnaissance», i motsats till t.ex. svensk rätts »système de descendance»). Nämnas må vidare, att vissa lagar — bl.a. fransk rätt och en del andra romanska rättssystem, intill nyligen även engelsk rätt — inte eller endast i vissa fall medger legitimation av barn som fötts i förbjudna led eller i äktenskapsbrott (»enfants nés d'un commerce incestueux ou adultérin»).¹⁵ Även dessa regler, vilka i äldre tid var vanligt förekommande (delvis har de funnits också t.ex. i svensk rätt), går tillbaka på kanonisk rätt.

B. I *kollisionsrättsligt* hänseende gäller i de i avhandlingen aktuella länderna i huvudsak följande:¹⁶ Frågor om äkta börd och legitimation avgörs enligt huvudregeln i tysk, österrikisk, schweizisk och belgisk rätt av mannens *lex patriae*. Samma regel gällde tidigare, enligt doktrin och rättspraxis, i svensk rätt men är där numera underkastad betydande modifikationer till förmån för *lex fori*. I fransk doktrin och rättspraxis tenderar man att hänföra börd- och legitimationsfrågor till »les effets du mariage». Till följd härav blir som huvudregel makarnas *lex patriae* tillämplig. Har makarna olika nationalitet, blir i stället deras *domicil* avgörande. I engelsk rätt slutligen torde som huvudregel faderns (eller beträffande äkta börd möjligen barnets) *domicil* vara det relevanta anknytningsmomentet.

¹³ Tysk rätt: BGB § 1719 och Beitzke Familienrecht 173 ff; schweizisk rätt: ZGB art. 258; österrikisk rätt: ABGB § 161; engelsk rätt: Legitimacy Act 1926, Sec. 1 (1), och Bromley 291; svensk rätt: FB 1: 3.

¹⁴ Se beträffande fransk rätt C.c. art. 331 och Planiol-Ripert 806 f samt beträffande belgisk rätt C.c. belge art. 331 och De Page 1289 ff. Jfr vidare t.ex. Raape IPR 377 ff och Rabel I 571.

¹⁵ Se beträffande fransk rätt C.c. art. 331 och Planiol-Ripert 838 ff; jfr även C.c. belge art. 331 och De Page 1286 ff. Beträffande engelsk rätt, där förbudet mot legitimation av »adulterine bastards» avskaffades 1959, se Bromley 291 f.

¹⁶ Beträffande tysk, österrikisk, schweizisk, engelsk och svensk kollisionsrätt se nedan i § 2 (IA, II A, III, VA och C samt VI). Beträffande belgisk rätt se Graulich 71, 75, 111 (jfr dock även 113, 116 f) och 127 not 5. Beträffande fransk rätt se Batiffol DIP 530 f (jfr 505 f), Boyer 238 f, Lerebours-Pigeonnière DIP 571 och Louis-Lucas R 1957: 165 ff.

I den mån tillämplig lag sålunda bestäms av makarnas (eller barnets) nationalitet eller domicil, är den relevanta tidpunkten beträffande äkta börd i regel barnets födelse eller, om äktenskapet upplösts dessförinnan, denna tidpunkt, samt beträffande legitimation i regel äktenskapets ingående.¹⁷ Nationalitets- eller domicilväxling efter barnets födelse (äktenskapets upplösning) resp. vigseln är således i princip betydelslös.

Tydligt är att samtliga de berörda kollisionsnormerna i högre eller lägre grad ger utrymme för tillämpning av främmande rätt såsom börds- resp. legitimationsstatut.

II. Tre olika IP-rättsliga problem, A—C nedan, skall dryftas i detta kapitel.

A. Först ett Vorfrage-problem. Hur skall giltigheten av föräldrarnas äktenskap bedömas, utifrån forumrättens egna eller utifrån börds- resp. legitimationsstatutets IP-regler?

Antag att en grek har gift sig med en tyska i Tyskland i (a) endast tysk rätts civila form, (b) endast grekisk rätts religiösa ordning. Makarna är föräldrar till två barn, av vilka det ena fötts före och det andra efter vigseln. Fråga uppkommer senare, t.ex. efter domicilväxling, inför svensk myndighet huruvida barnen har äkta börd resp. legitimerats genom föräldrarnas äktenskap. Dessa spörsmål skall enligt svensk kollisionsrätt förmodligen avgöras enligt grekisk rätt; i alla händelser utgår vi hypotetiskt härifrån. Enligt grekisk rätt gäller, att barn har äkta börd resp. legitimeras, därest föräldrarnas äktenskap är giltigt. Denna förutsättning är från svensk rätts (legis fori) synpunkt uppfylld i fallet (a) men inte i fallet (b). Enligt den grekiska lex causae förhåller det sig tvärtom: äktenskapet är giltigt i fallet (b) men inte i fallet (a). I båda fallen blir lösningen på Vorfrage-problemet således avgörande för utgången.

I äktabördsfall kan Vorfrage-problemet även hänföra sig till spörsmålet om giltigheten av en skilsmässa i föräldrarnas äktenskap. Förutsättning är härvid, att barnet fötts så lång tid efter skilsmässan, att det inte kan ha avlats före densamma (ty i annat fall gäller

¹⁷ Olika undantag härifrån förekommer dock, särskilt beträffande legitimation. Jfr t.ex. Rabel I 571 ff och Schnitzer I 454 f.

äktabördspresumtionen oavsett skilsmässans giltighet). Ett exempel på Vorfrage-problem beträffande skilsmässa ges vid framställningen av tysk rätt nedan i § 2 s. 316 f.

Vorfrage-problemen behandlas i § 2 nedan.

B. Antag att Vorfrage-problemet löses enligt lex fori-alternativet och att äktenskapet med tillämpning därav är giltigt, alltså fallet (a) i exemplet ovan. Vilken lag skall härfter bestämma beträffande förutsättningarna i övrigt för den äkta börden resp. legitimationen? Vid denna frågeställning rör det sig dels om de förutsättningar (utöver vad som hänför sig till föräldrarnas äktenskap) som uppställs för äktabördspresumtionens uppkomst resp. för legitimationsverkan, dels om förutsättningarna för hävande av en uppkommen äktabördspresumtion.

Antag t.ex. att det efter vigseln födda barnet i det grekisk-tyska äktenskapet såsom grund för en talan om avsaknad av äkta börd åberopar, att den äkta mannen inte är dess fader. Äger barnet överhuvud väcka en sådan talan? Inom vilken tid skall det i så fall ske? Vilka materiella förutsättningar gäller för bifall till en dylik talan?

Sådana frågor hänföres som regel till bördsstatutets kompetens. I exemplet skulle detta leda till användning av grekisk rätt. Enligt denna äger barnet ej talerätt,¹⁸ varför den svenska domstolen skulle ha att avvisa målet.

Emellertid saknar barnet enligt grekisk rätt äkta börd oberoende av den negativa bördstalan, nämligen på grund av äktenskapets ogiltighet från grekisk rätts synpunkt. Skall den grekiska rätten då tillämpas »fiktivt» beträffande faderskapsfrågan, eller bör det nämnda förhållandet föranleda, att grekisk rätt helt och hållet uteslutes från tillämplighet i målet? Skall i sistnämnda fall tysk eller svensk rätt vinna tillämpning på barnets talan?

Generellt talat: Skall undantag från främmande rätts tillämplighet såsom börds- eller legitimationsstatut göras i sådana fall, där äkta börd resp. legitimation från den främmande rätts synpunkt är utesluten redan av det skälet, att föräldrarnas äktenskap enligt denna rätts uppfattning är ogiltigt? Vilken lag skall i så fall tillämpas i den främmande rätts ställe?

Hithörande frågor behandlas i § 3 nedan.

¹⁸ Se Grekländs civillagbok kap. 9 (art. 1468 ff). Annorlunda enligt svensk rätt, FB 2:3 och 4.

C. Antag att den svenska domstolen även i fallet (b) i exemplet ovan löser Vorfrage-problemet så, att den svenska forumrättens kollisionsnormer skall vara avgörande. Med tillämpning härav blir äktenskapet att anse som ogiltigt, emedan så är fallet enligt tysk rätt, till vilken IÅL 1: 6 och 1: 9 hänvisar.

Hur skall härefter konsekvenserna av ogiltigheten för barnens ställning bestämmas? Skall den svenska domstolen i vårt exempel gå till grekisk rätt eller till tysk rätt eller tilläventyrs till svensk rätt för att få svar på denna fråga? Generellt talat: Hur utvälja den lag som skall bestämma konsekvenserna för barnens bördsrättsliga ställning av att föräldrarnas äktenskap är ogiltigt? Vilken rättsordning är m.a.o. kompetent att avgöra, huruvida och i så fall under vilka förutsättningar barnen kan få äkta börd (legitimeras) trots ogiltigheten av föräldrarnas äktenskap?

Olika svar har i doktrin och rättspraxis getts på dessa frågor. Härför redogöres nedan i § 4. Ett av de lösningalternativ som föreslagits — tillämpning av det s.k. ogiltighetsstatutet — drar i sin tur med sig vissa nya frågor. Även härför redogöres i § 4.

Den här avsedda problematiken skiljer sig från de under A och B angivna frågorna såtillvida, att den kan aktualiseras även i andra fall än vid haltande äktenskap. Vad som förutsättes är endast, att forumlandet av en eller annan anledning anser äktenskapet ogiltigt; hur andra länder ser på denna fråga är i och för sig utan betydelse för uppkomsten av frågeställningen.

I denna del går jag således utanför den vanliga ramen för avhandlingen, vilken eljest i princip begränsas till frågor som är speciella för de haltande äktenskapen (och skilsmässorna). Anledningen till denna utvidgning är, att den här avsedda frågeställningen hänger nära samman med Vorfrage-problemet och faktiskt ofta uppkommer tillsammans med detta. Det är också vanligt att frågorna behandlas gemensamt i doktrinen.

§ 2. VORFRAGE-PROBLEMET

I. TYSK RÄTT

A. INLEDNING

Den kollisionsrättsliga huvudregeln beträffande äkta börd finns i EG art. 18 I, som lyder:

Die eheliche Abstammung eines Kindes wird nach den deutschen Gesetzen beurteilt, wenn der Ehemann der Mutter zur Zeit der Geburt des Kindes Deutscher ist oder, falls er vor der Geburt des Kindes gestorben ist, zuletzt Deutscher war.

Motsvarande regel beträffande legitimation är EG art. 22 I:

Die Legitimation eines unehelichen Kindes — — — bestimmt sich, wenn der Vater zur Zeit der Legitimation — — — die Reichsangehörigkeit besitzt, nach den deutschen Gesetzen.

Enighet råder i doktrin och rättspraxis om att utbygga dessa ensidiga kollisionsnormer till motsvarande allsidiga regler.¹⁹ Dessa regler innebär, såsom förut nämnts, tillämpning av den äkta mannens *lex patriae* vid tiden för barnets födelse (dödsfallet) såsom bördstatut och av faderns *lex patriae* vid (den påstådda) legitimationen, d.v.s. vid äktenskapets ingående, såsom legitimationsstatut.

Beträffande frågorna om äktenskapets giltighet och bestånd i hithörande mål är den klart övervägande meningen i doktrin och rättspraxis, att de bör avgöras enligt tysk rätts egna IP-regler.²⁰ Lex

¹⁹ Se t.ex. Kegel Kommentar 825 (Bem. 11) och 878 (Bem. 1).

²⁰ Så i doktrinen: Balogh 578 f, Beitzke i Achilles-Greiff Anm. 4 till EG art. 18 och Anm. 3 till EG art. 22, Dölle 1954: 142, Ficker 1955: 259, 262, Frankenstein I 233, 235 f, IV 12 (med hänvisningar i not 15 även till viss äldre, här ej citerad litteratur), 14, 153, Gutzwiller IPR 1644 f och 1932: 88, Henrich 1958: 122 f, 1964: 2015 och 1966: 66 (jfr beträffande Henrich dock nedan under C 2 s. 315), Hoffmeyer 1957: 409 (särskilt not 27), Kegel IPR 307, 340 och Kommentar 824 (Bem. 3, 5—6), 884 (Bem. 21), Lauterbach i Palandt Anm. 3 till EG art. 18 och Anm. 3 till EG art. 22 (jfr beträffande Lauterbach dock nedan under C 1 s. 308 f), Lewald IPR 129 f (vars ståndpunkt ofta missförstås av andra författare och av tyska domstolar, se t.ex. Lauterbach l.c. samt OLG Celle 5.6.1963, OLG Köln 18.10.1963 och BGH 22.1.1965), Marquardt i Erman Anm. 10 c) till EG art. 13, Anm. 5 till EG art. 18 och Anm. 2 b) bb) till EG art. 22, Raape Kommentar 449, 456 och 561, Recueil 486. 1948: 98, 100, 1958: 283 samt IPR 119, 241, 246, 248, 343 och 382.

causae-lösningen har dock åtskilliga förespråkare, särskilt i doktrinen.²¹ Ofta intages olika kompromisståndpunkter, vilket medför att läget blir olika i olika hithörande fall. På grund härav synes det lämpligt att vid redogörelsen för doktrin och praxis beträffande Vorfrage-problemet skilja mellan tre olika situationer, B—D nedan.

B. ÄKTENSKAPET GILTIGT ENLIGT DE TYSKA, OGILTIGT
ENLIGT DE FRÄMMANDE IP-REGLERNA

1. Beträffande denna situation föreligger till en början ett Reichsgericht-avgörande från 1927:²²

M var en grekisk-katolsk bulgar, H tysk medborgare av evangelisk trosbekännelse. Äktenskapet hade ingåtts år 1916 i Dresden. Förutom en civil vigsel inför vederbörande Standesbeamter hade också en kyrklig vigsel enligt evangelisk-luthersk rit ägt rum. I äktenskapet föddes en dotter. H hade övergivit M och därvid tagit dottern med sig. Sedan M här efter återvänt till sitt hemland, yrkade han i mål mot H utlämnande till honom av barnet (s.k. »Herausgabeanspruch», se i tysk rätt BGB § 1632), vilket stode under hans »elterliche Gewalt». Såväl i tysk som i bulgarisk rätt var huvudregeln vid denna tid, att »die elterliche Gewalt» utövades av fadern ensam.

Mot M:s anspråk invände H, att barnet saknade äkta börd och i följd därav inte stod under M:s »elterliche Gewalt». Enligt bulgarisk rätt, som vore tillämplig i målet, vore nämligen — hävdades det från H:s sida — föräldrarnas äktenskap ogiltigt, enär det ej förrättats av grekisk-katolsk präst.

Denna invändning underkändes visserligen av domstolarna, inklusive Reichsgericht, som ansåg barnet ha äkta börd. Men detta motiverades *inte* med hänvisning till den tyska kollisionsnormen i EG art. 13 (med tillämpning varav äktenskapet var giltigt). Reichsgericht åberopade sig i stället på bulgarisk rätt. Enligt denna var äktenskapet visserligen på det av H anförda skälet »anfechtbar» (d.v.s. det kunde på särskild talan förklaras ogiltigt) men — då det ägt rum även en kyrklig vigsel inom H:s trosamfund — inte en nullitet. Intill dess särskild ogiltighetstalan förts, var barnets ställning därför densamma som vid ett i alla avseenden giltigen slutet äktenskap.

Slutet blev alltså bifall till M:s talan.

Rabel I 565 f, 578 f, Schwenn 363 f, 378, Wolff IPR 81, 213, Zitelmann 820, 826 och 874 samt Zweigert 1955: 439. — Beträffande rättspraxis se nedan under B—D.

²¹ Jfr beträffande doktrinen nedan noterna 27, 47, 48, 52 och 57.

²² RG 23.5.1927.

Av detta rättsfall framgår klart, att frågan om äktenskapets giltighet underställts bulgarisk rätt, tydligen emedan denna var tillämplig på bördsfrågan. Hade hustruns påstående beträffande innehållet i bulgarisk rätt befunnits korrekt, skulle hennes invändning om barnets avsaknad av äkta börd av allt att döma ha godtagits. Den omständigheten, att äktenskapet var giltigt enligt tysk rätts egen kollisionsnorm i EG art. 13, synes inte ha ansetts relevant. Reichsgerichts avgörande torde således få anses som ett stöd för lex causaelösningen i hithörande fall. Så har rättsfallet också uppfattats i den tyska doktrinen.²³

Av de författare som kommenterat rättsfallet synes *Melchior* gilla den av Reichsgericht valda lösningsmetoden. Detta överensstämmer med Melchiors allmänna ståndpunkt beträffande Vorfrage-problemet.

Ett annat fall som möjligen utgör ett stöd för ifrågavarande uppfattning är följande Kammergericht-avgörande från 1937:²⁴

M var polack, H sannolikt tyska. Vigseln inför tysk Standesbeamter hade, liksom i Reichsgericht-fallet ovan, kompletterats med en kyrklig (protestantisk) vigsel. M yrkade beträffande en av H under äktenskapet född dotter förklaring om avsaknad av äkta börd, enär en annan person vore fader till barnet. Enligt polsk rätt var fristen för väckande av sådan talan försutten, medan enligt tysk rätt, som M påstod tillämplig,²⁵ så möjligen inte var förhållandet (denna fråga lämnades av domstolen öppen).

M:s talan hade ogillats i första instans. Han yrkade nu hos Kammergericht »Armenrecht» för fullföljd av talan mot domen. I anledning härav hade Kammergericht att företa en förprövning av målet för att bedöma utsikterna till framgång för ett fullföljdsyrkande.

Härvid fann Kammergericht i enlighet med grundsatsen i EG art. 18 polsk rätt (närmare bestämt den s.k. kongresspolska rätten) tillämplig i målet. Talefristen skulle således anses utgången. Annat skulle läget i målet ha varit — tillade Kammergericht — om äktenskapet från polsk rätts synpunkt varit ett »Nichtehe». Så skulle varit fallet, fortfor domstolen, om äktenskapet inte ingåtts (även) i religiös form. Den kongresspolska rätten föreskrev nämligen, att vigsel kunde ske endast i sådan form, och detta gällde, såvitt i målet var i fråga, även beträffande utomlands ingångna äktenskap. Då det i förevarande fall ägt rum inte bara en civil utan även en religiös

²³ Se t.ex. *Melchior* 252 (jfr även 260 och 264) och *Wengler JR* 1963: 44.

²⁴ *KG* 8.3.1937.

²⁵ Skälet till att tysk rätt enligt M borde tillämpas var av ordre public-karaktär; han åberopade en nationalsocialistiskt färgad rättsgrundsats beträffande fastställelse av »arisk» härstamning.

vigsel, funnes emellertid inga betänkligheter mot äktenskapets giltighet, sett från polsk rätts synpunkt. Kärandens talan hade därför inga utsikter till bifall, och hans begäran om »Armenrecht» avsågs.

Exakt på vad sätt läget här enligt domstolens mening skulle varit ett annat, om äktenskapet från polsk rätts synpunkt varit ogiltigt, framgår inte med säkerhet. Uttalandet — som har karaktär av obiter dictum — kan emellertid förstås så, att den polska rättens uppfattning av äktenskapet såsom ogiltigt skulle lagts till grund för bedömningen av bordsfrågan och att barnet således ev. måst anses sakna äkta börd.²⁶ Liksom Reichsgericht skulle Kammergericht, om denna tolkning är riktig, ha ansett äktenskapets giltighet såsom Vorfrage i bordsmål skola bedömas utifrån bordsstatutets IP-regler.

I nyare tysk doktrin har *Neuhaus* förfäktat motsvarande uppfattning, såvitt angår *legitimation*.²⁷ *Neuhaus* framhåller härvid, att äktenskapets giltighet i legitimationsfall är en »blott positivrättslig» (i motsats till »begreppsnödvändig» e.l.) förutsättning för legitimation (ty det finns också andra arter av legitimation än den här diskuterade); kravet därpå uppställs av den såsom legitimationsstatut tillämpliga rätten. Å andra sidan är legitimation ej heller en nödvändig följd av giltigt äktenskap. En del rättsordningar känner överhuvud inte ifrågavarande rättsinstitut; andra knyter inte undantagslöst eller utan särskilda förutsättningar legitimationsverkan till ett giltigt äktenskap.²⁸ Äktenskapets giltighet är således en »äkta» Vorfrage (i motsats till »Erstfrage»). Vid dess besvarande bör — i överensstämmelse med den av *Neuhaus* såsom huvudregel uppställda *lex causae*-principen — företräde ges åt legitimationsstatutets IP-regler.

Även från nyare rättspraxis finns enstaka exempel på *lex causae*-lösning i här avsedda fall. Sålunda ansågs i ett *Amtsgericht*-fall,²⁹ där

²⁶ Så tydligen *Kegel* Kommentar 824 not 5 i.f. — Invändningar mot och alternativ till denna tolkning är tänkbara men kan här lämnas därhän.

²⁷ *Neuhaus* Grundbegriffe 239 och 1965: 543.

²⁸ Ett känt exempel på att institutet *legitimation per subsequens matrimonium* helt saknas är *common law*. I engelsk rätt infördes institutet genom särskild lagstiftning så sent som 1926, se t.ex. *Bromley* 290 f. Många rättsordningar tillåter alltså inte eller endast i särskilda fall legitimation av barn som avlats i äktenskapsbrott, jfr ovan § 1 s. 297.

²⁹ *AG Hamburg* 21.4.1960. Se också underinstansernas beslut — ändrade i högre instans — i de nedan i not 31 citerade rättsfallen *OLG Hamm* 18.9.1954, *LG Hamburg* 3.7.1961 och *BayObLG* 8.10.1963.

mannen var grekisk medborgare och vigseln förrättats allenast av tysk Standesbeamter, att denna vigsel inte medfört legitimation av kontrahenternas före äktenskapet födda barn, enär vigseln — ehuru giltig enligt EG art. 13 — från grekisk rätts (legitimationsstatutets) synpunkt var ogiltig. Dylika avgöranden synes dock under efterkrigstiden inte förekomma i högre instansers praxis.

2. Den allra största delen av tysk doktrin och praxis väljer fastmera i här aktuella fall en *lex fori-lösning*.

I *doktrinen* föredras denna lösning i stor utsträckning även av författare vilka som huvudregel ansluter sig till *lex causae*-principen.³⁰ Skälet härtill är, att äkta börd och (ehuru synbarligen i mindre mån) legitimation uppfattas som »nödvändiga» konsekvenser av äktenskapets giltighet från tysk synpunkt. Det vore, menar ifrågasvarande författare, »untragbar» att å ena sidan betrakta äktenskapet såsom giltigt makarna emellan men å andra sidan — under åberopande av en främmande *lex causae*, enligt vilken äktenskapet är ogiltigt — anse att barn som fötts i resp. före ingåendet av äktenskapet inte kan ha äkta börd (legitimeras). I synnerhet har man funnit detta stötande i de fall som stått i förgrunden för diskussionen, nämligen där vigseln förrättats i Tyskland i den civila form som tysk rätt tvingande föreskriver och denna form inte erkännes i mannens hemland.

En viss *individualisering* av lösningarna, särskilt med hänsyn till anknytningsförhållandena in concreto, har i doktrinen förordats av *Wengler* och *Gamillscheg*. Även dessa författares rekommendationer, för vilka redogjorts i den allmänna delen (ovan kap. IV s. 95 resp. 99 f), torde dock för de allra flesta här aktuella fall leda till att de tyska IP-reglernas ståndpunkt blir avgörande.

I *rättspraxis* har under 1950- och 1960-talen förekommit en rad

³⁰ Jfr ovan kap. IV s. 125. Till *lex fori-lösningen* i denna situation synes ansluta sig, förutom de ovan i not 20 citerade författarna, *Firsching* 1954 sp. 642 f, *Neuhaus* 1965: 543 (dock ej beträffande legitimation, jfr ovan vid not 27, utan endast beträffande äkta börd och även detta med reservationer, se *Neuhaus Grundbegriffe* 238 f), *Nussbaum* IPR 141, 172 (implicite, jfr nedan vid noterna 48—50), *Serick* 1956: 240 samt *Gamillscheg* 1961: 64 f och *Wengler* 1934: 204, 214, 1955: 116, 1961: 412 ff och *JR* 1963: 44 f, de båda sistnämnda dock med vissa modifikationer. Se även *SA* 1956: 21 f samt *Peters* 1962: 225 och 1964: 58.

fall, där läget varit just det i doktrinen företrädesvis diskuterade.³¹ Sålunda har barnens föräldrar eller åtminstone fadern varit utländsk medborgare. Föräldrarna har gift sig i Tyskland, därvid vigseln förrättats av tysk Standesbeamter och alltså varit giltig enligt tyska IP-regler. Någon kompletterande religiös vigsel har inte ägt rum. Mannens *lex patriae* — det har oftast rört sig om spansk eller grekisk rätt men i några fall om andra, mer eller mindre exotiska rättsordningar (iransk, indisk, sydvietnamesisk och cypriotisk rätt) — har på grund av frånvaron av religiös vigsel betraktat äktenskapet som ogiltigt, eller också har det åtminstone varit ovisst hur därmed förhållit sig. I en del av fallen har frågan gällt huruvida barn som fötts under äktenskapet haft äkta börd, i andra fall huruvida barn som fötts före äktenskapet blivit legitimerade genom detsamma.

Uppkomsten av dessa fall vid de tyska domstolarna har sin processuella bakgrund i reglerna i PStG om inskrivning av olika familjerättsliga förhållanden i de tyska civilståndsböckerna. För inskrivning av legitimation genom efterföljande äktenskap krävs alltid ett formligt fastställelsebeslut av förmynderskapsdomstol (PStG § 31), vilket beslut sedan kan överklagas till högre domstolar. Beslut om inskrivning av äkta börd fattas, liksom en rad andra inskrivningsbeslut, av den civilståndsmyndighet (Standesbeamter) som för böckerna. Dess beslut kan överklagas till domstolarna (PStG §§ 45, 47, 48). Av särskild betydelse är, att besvär kan anföras, förutom av berörda enskilda personer, av en särskild »Aufsichtsbehörde» för civilståndsmyndigheten. Dylika officialbesvär synes vara ganska vanligt förekommande.

I samtliga ovan nämnda fall har den främmande rätten, vilken varit tillämplig såsom börds- eller legitimationsstatut, lämnats

³¹ *Äktabördsfall*: BayObLG 8.10.1963 (M grek) och OLG Düsseldorf 17.4.1964 (M spanjor). Se också OLG Hamm 30.6.1964, där äktenskapet dock var giltigt även i M:s hemland (England), och LG Wuppertal 27.9.1963 (M spanjor; obiter). Jfr från äldre praxis även LG Hamburg 6.7.1934. *Legitimationsfall*: OLG Hamm 18.9.1954 (fadern spanjor) och 10.11.1958 (fadern indisk medborgare, hindu), LG Berlin 12.9.1955 (fadern iransk medborgare, se nedan vid not 33), LG Hamburg 3.7.1961 (fadern grek) samt AG Hamburg 12.7.1962 (fadern sydvietnames; i detta fall hade vigseln förrättats i Frankrike av fransk civilståndsmyndighet), 13.11.1963 (fadern cypriot, tillhörande den grekiska folkgruppen) och 27.4.1966 (fadern grek; i detta fall hade den civila vigseln föregåtts av en ortodox vigsel i Tyskland, vilken emellertid ej ansågs ha gett barnen äkta börd, jfr nedan not 40). Jfr även LG Braunschweig 22.10.1947 (fadern polsk medborgare; rättsfallets innebörd dock oklar, jfr Kegel Kommentar 884 not 5).

utan beaktande vid prövningen av äktenskapets giltighet och har, med tillämpning av den tyska kollisionsnormen i EG art. 13, äktenskapet hållits för giltigt i och för börds- resp. legitimationsfrågans avgörande (i några fall dock efter motsatt bedömning i lägre instans). Härefter har konstaterats att barnen haft äkta börd (legitimerats).

I åtskilliga av dessa rättsfall fastslås i skälen generellt, att »die Vorfrage» rörande äktenskaps giltighet inte hör till de spørsmål som skall avgöras enligt börds- resp. legitimationsstatutet utan är att bedöma enligt EG art. (11 och) 13.³² Denna motivering täcker tydligen även den motsatta, nedan under C behandlade situationen, att äktenskapet är ogiltigt enligt de tyska men giltigt utifrån den främmande legis causae IP-regler; även i denna situation skulle lex foris-lösningen vara den riktiga.

Ett av rättsfallen³³ — vilket gällde legitimation av ett barn till en iransk fader och där domstolen stödde sig på ett sakkunnigutlåtande av Wengler — avviker dock härifrån. Domstolen synes här närmast utgå från en lex causae-lösning på Vorfrage-problemet som det normala. Emellertid kunde, fann domstolen med instämmande i Wenglers utlåtande, denna lösning inte få genomföras i ett fall som det förevarande, där äktenskapet (eventuellt) var ogiltigt i mannens hemland. Ty en sådan ståndpunkt skulle innebära att det funnes äktenskap, ingångna i behörig ordning inför tysk Standesbeamter, i vilka barnen inte kunde få äkta börd. Här måste enligt domstolens mening kravet på materiell harmoni ställas i förgrunden och tysk rätts egen uppfattning om den prejudiciella frågan vara avgörande. Utifrån denna motivering blir den valda lösningen på Vorfrage-problemet tydligen begränsad till fall där äktenskapet är giltigt enligt de tyska kollisionsnormerna.

Nämnas må slutligen, att praxis ännu inte synes ha haft anledning att ta ställning till de av Wengler och Gamillscheg i hithörande fall gjorda distinktionerna. Inte i något av de fall som avgjorts i praxis synes det ha funnits sådan brist på anknytning till Tyskland, att dessa distinktioner kunnat bli aktuella.

³² Så i OLG Hamm 18.9.1954, 10.11.1958 och 30.6.1964, LG Hamburg 3.7.1961, AG Hamburg 12.7.1962 och BayObLG 8.10.1963.

³³ LG Berlin 12.9.1955.

C. ÄKTENSKAPET OGILTIGT ENLIGT DE TYSKA, GILTIGT
ENLIGT DE FRÄMMANDE IP-REGLERNA

1. Även beträffande denna situation synes i *doktrinen* flertalet författare ansluta sig till *lex fori-lösningen*.³⁴ Äktenskapet skall således i hithörande fall enligt övervägande mening betraktas som ogiltigt i och för prövningen av bords- eller legitimationsfrågan.

Inom ramen för *lex fori*-alternativet håller sig även en särmening som i doktrinen framställts av *Lauterbach*.³⁵ Enligt honom bör barn till utländska föräldrar, vilka gift sig i Tyskland i en form som deras hemland (hemländer) betraktar som giltigt, anses ha äkta börd (exaktare uttryckt: äktenskapet bör i bördshänseende — och förmodligen även i legitimationshänseende, ehuru detta inte uttryckligen nämns — hållas för giltigt), även om äktenskapet är ogiltigt enligt EG art. 13 III.

Motiveringen härför synes vara, att kontrahenternas *lex (leges) patriae* vid tiden för vigseln enligt *huvudregeln* i tysk kollisionsrätt, nämligen EG art. 13 I, är bestämmande rörande äktenskaps giltighet. Från denna huvudregel innefattar EG art. 13 III — som innehåller föreskriften om obligatoriskt iakttagande av tysk rätts vigselform i Tyskland — ett av ordre public-skäl dikterat undantag (en »konkretiserad ordre public-klausul»). Sådana undantagsföreskrifter bör, hävdas det ofta i tysk doktrin, ges en restriktiv tolkning. I enlighet härmed bör, menar *Lauterbach*, lagrummet blott anses föreskriva hur vigsel i Tyskland *bör* gå till men »träda tillbaka» för huvudregeln i EG art. 13 I i fall där vigseln likväl förrättats på annat sätt. Bestämmelsen bör m.a.o. betraktas som osanktionerad — dock endast såvitt angår barnens börd, inte i förhållandet kontrahenterna emellan; i sistnämnda relation skall det även enligt *Lauterbach* förbli vid äktenskapets ogiltighet.

Det lyser igenom att *Lauterbachs* tolkning är inspirerad av en strävan till favor legitimitatis. Men *Lauterbach* går därvid inte lika långt som förespråkarna för en *lex causae*-lösning på Vorfrage-problemet (jfr nedan under 2). Enligt *Lauterbach* bör man ju bortse endast från sådan ogiltighet som skulle följa av EG art. 13 III men

³⁴ Så synbarligen alla de i not 20 nämnda författarna.

³⁵ I Palandt Anm. 3 till EG art. 18. Med orätt åberopar sig *Lauterbach* här på Raape. Denne har visserligen också framfört en särmening för samma fall som *Lauterbach*, men hans ståndpunkt är en annan, se nedan § 4 I C 2 s. 351 f.

i övrigt följa de tyska kollisionsnormerna. Därest äktenskapet är ogiltigt redan enligt huvudregeln i EG art. 13 I, alltså enligt någondera kontrahentens *lex patriae* vid vigseln, måste detta således även enligt Lauterbachs ståndpunkt lända till efterrättelse. Till följd härav faller alla äktenskap där ena kontrahenten är tysk medborgare utanför Lauterbachs särregel. Densamma blir t.ex. tillämplig om *båda* kontrahenterna är grekiska medborgare och vigseln förrättats av ortodox präst i Tyskland — här följer äktenskapets ogiltighet för tyskt vidkommande allenast av EG art. 13 III — men inte om mannen är grek och hustrun tysk medborgare.

Beträffande *rättspraxis* inom ramen för *lex fori*-alternativet må till en början nämnas följande av Reichsgericht år 1914 avgjorda brottmål:³⁶

M var rysk undersåte (jude), H tyska. Vigseln hade förrättats år 1908 av rysk rabbin i Königsberg, där kontrahenterna var bosatta. I förbindelsen föddes ett barn. M gjorde anmälan härom till Standesamt för anteckning i s.k. »Geburtsregister» och betecknade därvid barnet såsom »ehelich». Han åtalades för lämnande av oriktig uppgift bl.a. härutinnan, enär barnet i verkligheten saknade äkta börd.

Reichsgericht fastslog till en början, att något giltigt äktenskap ej kommit till stånd, eftersom formen för äktenskaps ingående i Tyskland bestäms av tysk rätt och den tyska rättens krav på civil vigsel ej iakttagits. På grund härav saknade barnet äkta börd och var — anförde RG vidare — de objektiva förutsättningarna enligt ifrågavarande straffbestämmelser uppfyllda. M blev också fälld till ansvar.

Enligt grundsatsen i EG art. 18 bör rysk rätt i detta fall ha varit tillämplig på frågan om barnets äkta börd. Huruvida den religiösa vigseln från rysk rätts synpunkt gett upphov till ett giltigt äktenskap,³⁷ undersöktes emellertid inte. Reichsgericht synes beträffande Vorfrage-spörsmålet knappast ha varit medveten om något annat möjligt lösningsalternativ än tillämpning av den tyska kollisionsnormen i EG art. 13.

Vidare finns från 1920- och 1930-talen vissa rättsfall,³⁸ där äkta-

³⁶ RG 16.2.1914.

³⁷ Så torde ha varit fallet, jfr t.ex. Frankenstein III 145 not 71 och Hoffmeyer 1957: 409.

³⁸ OLG München 10.3.1921 (refererat nedan § 4 I C 3 s. 352 f, jfr även Nussbaums kritik av rättsfallet nedan s. 314), AG Berlin-Mitte 4.7.1932 (M polsk, H turkisk medborgare, vigseln förrättad enligt judisk rit i Tyskland), KG 9.7.1937 (refererat nedan § 4 I B 2 s. 348 f). Jfr även BayObLG 22.3.1924 och KG 10.2.1933 (A).

bördsfrågor aktualiserats bl.a. i och för avgörande av faderns underhållsskyldighet gentemot barnet och av hans »elterliche Gewalt» (d.v.s. i huvudsak vårdnaden om och förmynderskap för barnet) och där sakomständigheterna varit mycket lika dem som förelåg i Reichsgericht-fallet ovan. Det synes t.o.m. ha varit så, att *båda* föräldrarna varit utländska medborgare eller statslösa med utländsk rätt såsom sitt personalstatut. I dessa fall förfor domstolarna i här aktuellt hänseende på samma sätt som i Reichsgericht-fallet ovan. Det ansågs sålunda, att äktenskapet var ogiltigt och att barnen på grund därav saknade äkta börd. I ett par av rättsfallen fastslogs uttryckligen, att bedömningen av äktenskapets giltighet skulle ske med utgångspunkt från de tyska kollisionsnormerna härom, och togs avstånd från tanken att mannens *lex patriae* såsom bördsstatut skulle få bestämma i detta hänseende. I en av domarna³⁹ heter det sålunda:

Der Art. 18 EG. kann nicht dahin führen, dass ein in nichtiger Ehe, demnach unehelich erzeugtes Kind eines Ausländers in Deutschland als eheliches anerkannt werden müsste, weil der Heimatstaat dieses Vaters dessen Verbindung mit der Mutter des Kindes als eine gültige Ehe ansieht.

I rättspraxis från 1950- och 1960-talen har nämnda tendens bekräftats i en rad fall, däribland ett som avgjorts av Bundesgerichtshof år 1965.⁴⁰ I dessa rättsfall har båda makarna eller åtminstone mannen varit utlänning — i de flesta fall har det rört sig om grekiska eller spanska medborgare — och har vigseln förrättats i Tyskland i en form som varit giltig i mannens hemland (i de flesta av fallen inför ortodox resp. katolsk präst) men inte enligt EG art. 13. Domstolarna har ansett, att barn i dessa äktenskap saknat äkta börd, enär äktenskapets giltighet såsom Vorfrage skolat bedömas

³⁹ OLG München 10.3.1921. Se också KG 9.7.1937.

⁴⁰ LG Essen 4.7.1952 (M brittisk medborgare, H tyska; vigsel inför »parson of the English Church» vid de brittiska trupperna i Tyskland), LG Hamburg 27.2.1954 (liknande omständigheter, se referat nedan i § 4 I C 3 s. 353; jfr i anslutning härtill också LG Verden 3.3.1954), KG 14.8.1961 (M grek), AG Hamburg 19.4.1963 (M egyptier, se referat nedan i § 4 I C 3 s. 354; i detta fall var äktenskapet dock ogiltigt även i M:s hemland), OLG Celle 5.6.1963 (spanska medborgare) och 5.11.1964 (grekiska medborgare), AG Bielefeld 28.7.1964 (spanska medborgare), BGH 22.1.1965 (grekiska medborgare), BayObLG 4.1.1966 (d:o) samt AG Hamburg 27.4.1966 (d:o). — Frågan lämnades öppen av OLG Köln 18.10.1963 (grekiska medborgare).

enligt sistnämnda lagrum, inte enligt motsvarande regler i bordsstatutet.

I *motiveringarna* till de flesta av dessa avgöranden (bl.a. i det fall som avgjordes av Bundesgerichtshof) liksom ofta i den hithörande doktrinen framhålles, att ett giltigt äktenskap måste anses som en förutsättning för tillämpligheten av EG art. 18, eftersom detta lagrum (exaktare uttryckt: den på grundval av EG art. 18 bildade allsidiga kollisionsnormen) hänvisar till lagen i det land »*der Ehemann der Mutter*» tillhör. Frågan om äktenskapets giltighet är m.a.o., med den i nyare doktrin lancerade terminologin, inte en Vorfrage utan en »Erstfrage». Härur härledes synbarligen den valda lösningens logiska nödvändighet resp. den avvisade ståndpunktens logiska omöjlighet. Sålunda säges det i ett av rättsfallen⁴¹ att

Ehemann der Mutter im Sinne von Art. 18 EGBGB nur der Kindesvater sein kann, der nach dem Eheschliessungsstatut (Art. 13) mit der Kindesmutter verheiratet ist, dass also nur für diesen Fall Art. 18 EGBGB auf das Heimatrecht des Kindesvaters verweisen will. — — — Schon die Frage des Bestehens der Ehe nach dem Heimatrecht des Ehemannes zu beurteilen, hiesse — — die Rechtsfolge (d.v.s. tillämpligheten av sagda lag) schon auf die Voraussetzungen (nämligen äktenskapets giltighet) anwenden.

Denna motivering är tydligen tillämplig endast beträffande äkta börd, inte beträffande legitimation, eftersom kollisionsnormen härom (den allsidiga regel som bildats på grundval av EG art. 22) hänvisar till lagen i *faderns* hemland.⁴² I denna formulering kan inte inläsas något krav på giltigt äktenskap såsom förutsättning för kollisionsnormens tillämplighet. Huruvida denna skillnad skulle medfört annan bedömning av Vorfrage-problemet i legitimationsfall är dock mycket osäkert och knappast troligt. Även andra skäl än det här redovisade torde nämligen ha spelat in vid domstolarnas avgöranden.

⁴¹ LG Hamburg 27.2.1954. Se också OLG Celle 5.6.1963 och 5.11.1964, OLG Hamm 30.6.1964, AG Bielefeld 28.7.1964, BGH 22.1.1965 samt BayObLG 4.1.1966. I doktrinen återkommer liknande motiveringar ofta, jfr t.ex. Frankenstein IV 12 f, Gutzwiller 1932: 88 och Jochem 393 not 10.

⁴² Jfr särskilt LG Hamburg 27.2.1954 samt Jochem 393 not 10, där äktenskapets giltighet i äktabördsfall betecknas som en »Erstfrage» men i legitimationsfall som en Vorfrage, ävensom Neuhaus Grundbegriffe 88 f, 95 och 239 (men jfr också Neuhaus 1965: 543 not 17 och 1966: 146 f).

I Bundesgerichtshofs ovannämnda beslut från 1965 hänvisas sålunda — förutom till nu anförda skäl — till vad som i doktrinen betecknats som kravet på materiell harmoni mellan forumlandets olika avgöranden:

Ausserdem ist zu erwägen, dass von der Gültigkeit einer Ehe verschiedene andere Rechtsfolgen abhängen, so z. B. die persönlichen Ehwirkungen, das Ehegüterrecht, das Erb- und Pflichtteilsrecht. Diese Folgen beurteilen sich, soweit sie als Hauptfragen auftreten, möglicherweise nach verschiedenen Rechtsordnungen. Würde auch die Frage nach der Gültigkeit der Ehe jeweils dem IPR der in Betracht kommenden Hauptfrage unterworfen, so wäre unter Umständen die Frage nach dem Bestehen einer Ehe verschieden zu beantworten, also z. B. in bezug auf die Kinder zu bejahen, im Verhältnis der Eheleute zueinander aber zu verneinen.

I denna del⁴³ synes Bundesgerichtshofs motivering innefatta en generell anslutning till lex fori-principen, såvitt angår giltigheten av äktenskap såsom Vorfrage. Klart är i alla händelser, att det utifrån denna motivering inte går att göra skillnad mellan äktabörds- och legitimationsfall. I båda fallen är Bundesgerichtshofs mening tydlig, att de tyska IP-reglerna skall lända till efterrättelse beträffande äktenskapets giltighet.

Hur ställer sig praxis slutligen till den modifikation av lex fori-lösningen som i doktrinen föreslagits av Lauterbach (se ovan s. 308 f)?

Någon större efterföljd synes Lauterbachs mening inte ha vunnit hos domstolarna. Endast ett publicerat fall, ett Amtsgericht-avgörande från 1953,⁴⁴ synes direkt bygga på densamma:

M var grekisk medborgare, H (vid vigseln) polsk medborgare. Vigseln hade ägt rum inför ortodox präst i Mannheim. I äktenskapet föddes ett barn. Fråga uppkom om barnet såsom »ehelich» skulle stå under »elterliche Gewalt» eller såsom »unehelich» förses med förmyndare. Genom lagakraftvunnen dom hade tysk domstol fastställt, att det enligt tysk rätt ej bestod något äktenskap mellan föräldrarna, enär EG art. 13 III ej blivit iakttagen vid vigseln.

I förevarande mål fastslogs, under hänvisning till motsvarande formulering hos Lauterbach, att om äktenskapet i Tyskland är ett »Nicht-Ehe» på grund av EG art. 13 III, så måste barnen i äktenskapet likväl anses som »ehe-

⁴³ Jfr kritiken härav hos Neuhaus 1965: 543 och Wengler JZ 1965: 536 f även som de nedan i kap. XIV § 2 I B 1 b) s. 429 omtalade rättsfallen BGH 12.2.1964 (A och B), där Vorfrage-problemet löstes på motsatt sätt vid omgifte efter inländsk skilsmässodom.

⁴⁴ AG Mannheim 15.9.1953.

lich», därest äktenskapet är giltigt enligt båda de trolovades hemlandsrätt. In casu fann domstolen denna förutsättning vara uppfylld, eftersom den religiösa vigseln var giltig såväl från grekisk som från (dåvarande) polsk rätts synpunkt. Det fastställdes därför, att barnet hade äkta börd och att det inte fanns utrymme för något förmynderskap.

Beträffande nyare rättspraxis i övrigt är åtminstone en del av de förut (vid not 40) omtalade rättsfallen, däribland Bundesgerichtshof-avgörandet från 1965, oförenliga med den av Lauterbach föreslagna regeln.⁴⁵ I dessa fall har båda föräldrarna varit medborgare i ett främmande land, där äktenskapet varit giltigt, men har domstolarna likväl tillämpat EG art. 13 III och i följd därav ansett barnen sakna äkta börd.

Å andra sidan gäller numera, såsom i annat sammanhang omtalats, att vigslar som förrättas av grekiska ortodoxa samt av spanska katolska präster i Tyskland kan bli giltiga även i detta land, om båda makarna är grekiska resp. spanska medborgare.⁴⁶ Härigenom torde behovet av den av Lauterbach föreslagna särregeln beträffande äkta börd i huvudsak ha bortfallit. I de flesta fall som skulle täckas av denna regel torde äktenskapet nämligen numera vara giltigt även från tysk synpunkt.

2. Åtskilliga röster har i doktrinen höjts för den ståndpunkten, att äktenskapet i hithörande fall generellt borde anses som giltigt, eftersom detta är börds- resp. legitimationsstatutets uppfattning, alltså för en *lex causae-lösning* på Vorfrage-problemet.

Från Lauterbachs i det föregående omnämnda ståndpunkt skiljer sig denna därigenom, att det räcker att *mannens* lag — vilken ju är börds- resp. legitimationsstatut — betraktar äktenskapet som giltigt. Vidare blir i äktabördsfall mannens nationalitet vid tiden för *barnets födelse*, inte (såsom enligt Lauterbach) vid vigseln, avgörande.

Sagda ståndpunkt intar naturligt nog i regel de författare som beträffande Vorfrage-problemet i allmänhet ansluter sig till *lex causae-principen*.⁴⁷ Samma lösning förordas emellertid i viss utsträck-

⁴⁵ Så OLG Celle 5.6.1963 och 5.11.1964, AG Bielefeld 28.7.1964, BGH 22.1.1965 och BayObLG 4.1.1966.

⁴⁶ Se ovan kap. II vid not 16.

⁴⁷ Så Firsching 1954 sp. 639 f, 642 f, Melchior 252, 260, 264, Neuhaus Grundbegriffe 238 f, 1965: 543 och 1966: 146 f, Serick 1956: 233 ff, Wengler 1955: 114 ff, 1961: 410 ff, JR 1963: 43 f och JZ 1965: 536 f. — Annorlunda dock synbarligen Wolff IPR 213 (men jfr samme författares framställning i PIL 385 ff).

ning även av andra författare. Det avgörande motivet härför synes vara en strävan till favor legitimitatis. Det uppfattas som materiellt otillfredsställande om barnen i hithörande fall skulle sakna äkta börd. Lex causae-lösningen på Vorfrage-problemet blir en utväg att komma ifrån detta resultat.

Belysande är vad som i detta hänseende anföres av *Nussbaum*.⁴⁸ Denne författare — vars allmänna inställning är, att Vorfrage-problemet blott är ett skenproblem (se ovan kap. III s. 74 och 83 samt kap. IV s. 106) — har behandlat den här aktuella situationen i anslutning till ett tyskt rättsfall från 1921.⁴⁹ I detta fall, som gällde äkta börd, var barnets föräldrar ryska judar. De hade gift sig år 1913 i Tyskland enligt judisk rit (inför vittnen och med överlämnande av vigselring) men utan medverkan av tysk Standesbeamter. Enligt rysk rätt hade vigseln gett upphov till ett giltigt äktenskap. Emellertid fränkändes i rättsfallet barnen äkta börd med hänsyn till äktenskapets ogiltighet från tysk synpunkt. Avgörandet kritiseras av Nussbaum med motiveringen att »dann müsste man die Wirkungen eines solchen Formfehlers bis ins dritte und vierte Geschlecht verfolgen». Enligt Nussbaum hade barnet bort anses som äkta, då frågan härom enligt EG art. 18 hörde under faderns personalstatut, rysk rätt. Tydligt är att denna rekommendation faktiskt innefattar en lex causae-lösning på Vorfrage-problemet i den här aktuella situationen,⁵⁰ ehuru Nussbaum själv inte använder nämnda termer i sitt resonemang.

Noteras må att Nussbaum, i likhet med en rad andra författare och åtskilliga avgöranden från rättspraxis,⁵¹ formulerar den på grundval av EG art. 18 bildade allsidiga kollisionsnormen beträffande äkta börd på motsvarande sätt som kollisionsnormen beträffande legitimation (vilken ju bildas på grundval av EG art. 22), nämligen så att den hänvisar till *faderns* lag. Härigenom undvikes den logiska svårighet för den av Nussbaum rekommenderade lösningen, som ligger i att

⁴⁸ Nussbaum IPR 141, 172.

⁴⁹ OLG München 10.3.1921 (referat nedan i § 4 I C 3 s. 352 f).

⁵⁰ Jfr Balogh 579 not 2, som med rätta påpekar att det här föreligger en inkonsekvens i Nussbaums uppfattning.

⁵¹ Se i doktrinen t.ex. Frankenstein IV 12 (med talrika hänvisningar i not 13), Melchior 264, Wengler 1955: 114, 1961: 412 och JR 1963: 41 samt ur rättspraxis t.ex. KG 9.12.1921 och 9.7.1937 (refererade nedan § 4 I B 1, s. 347, resp. 2, s. 348 f), RG 11.11.1937 och OLG Düsseldorf 17.4.1964

kollisionsnormen beträffande äkta börd skulle hänvisa till den *äkta mannens* lag och därigenom få anses förutsätta ett giltigt äktenskap.

Ett visst utrymme för *lex causae*-lösningar i hithörande fall ger också *Gamillscheg* (som behandlar legitimationsfall) och *Henrich* (som behandlar äktabördsfall).⁵² Båda dessa författare gör vissa distinktioner med hänsyn till anknytningsförhållandena i det konkreta fallet. Sålunda är de benägna att låta *lex causae* ståndpunkt till äktenskapets giltighet fälla utslaget i fall där de berörda (mannen, hustrun och barnet) efter vigseln tagit sitt hemvist i det främmande landet, medan däremot tysk rätts uppfattning om äktenskapet såsom ogiltigt skulle vara avgörande om makarna efter vigseln bosatt sig i Tyskland.

I *rättspraxis* finns ett publicerat fall, ett Landgericht-avgörande från 1953,⁵³ som innefattar en *lex causae*-lösning på Vorfrage-problemet i den här aktuella situationen:

M var belgisk medborgare, H tyska. Äktenskapet hade ingåtts år 1952 inför »Verwaltungs-offizier» vid de belgiska ockupationstrupperna i Tyskland. Enligt belgisk rätt var vigselförrättaren behörig och var vigseln giltig. Kontrahenterna var föräldrar till två barn som fötts före äktenskapet. I samband med vigseln hade kontrahenterna vederbörligen erkänt barnen, på sätt krävdes enligt belgisk rätt för legitimation. Härefter yrkades vid domstol fastställelse av att barnen blivit legitimerade genom vigseln.

Enligt domstolens mening kunde frågan härom inte anses besvarad genom konstaterandet att äktenskapet från tysk rätts synpunkt var ett »Nichtehe» på grund av formbrist (enligt EG art. 13 I). Fastmera skulle den ur EG art. 22 härledda allsidiga kollisionsnormen beträffande legitimation förstås så, att den däri utpekade lagen hade att bestämma *samtliga* förutsättningar för legitimation, inklusive frågan om äktenskapets giltighet. Den motsatta åsikten — att äktenskapets giltighet skulle bedömas självständigt enligt EG art. 13 — vore icke logiskt tvingande och skulle medföra den olägenheten, att legitimationens olika förutsättningar bleve underställda skilda rättsordningar. En sådan oenhetlig reglering kunde inte vara avsedd vid uppställandet av den ur EG art. 22 härledda grundsatsen. Belgisk rätt skulle således vara bestämmande såväl beträffande äktenska-

⁵² Gamillscheg 1961: 66, Henrich 1958: 123 och 1966: 223 f. I detaljerna finns vissa skillnader mellan de båda författarna. Henrichs individualiserande ståndpunkt kommenteras av Weyers 170 (närmast avvisande) och beröres även i rättsfallet OLG Celle 5.6.1963 (utan bestämt ställningstagande).

⁵³ LG Köln 20.2.1953. Jfr härtill Wengler 1955: 114 ff.

pets giltighet som beträffande förutsättningarna i övrigt för legitimationen. Då samtliga dessa förutsättningar in casu var uppfyllda, skulle yrkandet om legitimationsfastställelse bifallas.

Den i rättsfallet anförda motiveringen — vilken i vissa avseenden med säkerhet är alltför vittgående⁵⁴ — är som synes principiellt hållen. Ingen antydning ges om att materiellrättsliga överväganden spelat in vid avgörandet, d.v.s. att hänsyn tagits till att användningen av de främmande IP-reglerna in casu ledde till att äktenskapet blev att anse som giltigt och att barnen därigenom kunde få äkta börd. Att lösningen på Vorfrage-problemet skulle blivit densamma även i den motsatta situationen är väl dock mycket osäkert.

Oavsett hur det förhåller sig härmed, kan det emellertid konstateras att rättsfallet står isolerat. Det är oförenligt med huvuddelen av den hithörande tyska rättspraxis, däribland Bundesgerichtshof-avgörandet från 1965, vilken skildrats ovan under 1 s. 309 ff.

D. SKILJAKTIGHETEN MELLAN TYSK RÄTTS OCH DEN FRÄMMADE LEGIS CAUSAE IP-REGLER HÄNFÖR SIG TILL GILTIGHETEN AV EN SKILSMÄSSA

Ett fall som flera gånger synes ha förekommit i rättspraxis och som även uppmärksammats i doktrinen är följande:⁵⁵

En tyska har gift sig med en österrikare, varigenom hon (enligt tidigare rätt) förlorat sitt tyska och förvärvat österrikiskt medborgarskap. Makarna har sammanbott i Österrike. Sedan de separerat, har H återvänt till Tyskland. Hon har där väckt talan om skilsmässa mot M, vilken alljämt haft sitt hemvist i Österrike. En tysk skilsmässodomsdom kan under dessa omständigheter inte erkännas i Österrike. Enligt regeln i den tyska ZPO § 606 b) hade den tyska domstolen därför bort avvisa H:s talan. På grund av förbiseende har densamma emellertid blivit upptagen till prövning och har det också dömts till skilsmässa. Ett par år senare föder H ett barn. En tysk medborgare erkänner sig vara fader till detta barn.

Åtminstone i ett sådant fall synes tyska myndigheter ha ansett faderskapserkännandet vara utan verkan, när den österrikiske mannen — trots äktenskapets upplösning i Tyskland — lagligen gällde som barnets fader.⁵⁶ Utgångspunkten för detta ställningsta-

⁵⁴ Jfr Raape IPR 382 not 159.

⁵⁵ Se Ellgaard 34 f och Raape 1958: 281 ff.

⁵⁶ Så i det av Ellgaard l.c. omtalade fallet.

gande var, att barnets börd skulle bestämmas av österrikisk rätt såsom mannens *lex patriae*. Då österrikisk rätt betraktade äktenskapet såsom fortbestående och negativ bördstalan beträffande barnet ej blivit väckt, ansågs barnet ha äkta börd. Faktiskt innefattar detta resonemang en *lex causae*-lösning på ett Vorfrage-problem, här avseende äktenskapets bestånd.

Det mest praktiska fallet av denna typ torde annars vara det, att barnets moder är tysk medborgare och att skilsmässodomen, vilken inte erkännes i mannens hemland, meddelats på hennes talan enligt bestämmelserna i EG art. 17 III (»Frauenscheidung»). Frågan om det efter sådan skilsmässodom födda barnets ställning har i doktrinen berörts av flera författare.

Den övervägande meningen är härvid, att tyska myndigheter bör respektera den tyska skillnadsdomen och på grund därav anse barnet sakna äkta börd.⁵⁷ Enligt Raape är detta en logisk nödvändighet; ty »eine Ledige kann kein eheliches Kind zur Welt bringen».

På motsvarande sätt synes flertalet författare mena, att den tyska forumrättens uppfattning skall vara avgörande, närhelst börd frågan är beroende av giltigheten av en skilsmässa;⁵⁸ bördstatutets avvikande uppfattning skall inte ha relevans. Denna ståndpunkt överensstämmer med härskande lära i de fall som behandlats ovan under B och C. Sannolikt intages samma ståndpunkt i allmänhet också i domstolarnas praxis.⁵⁹

II. ÖSTERRIKISK RÄTT

A. Utgångspunkten i österrikisk rätt är de skrivna kollisionsnormerna om äkta börd och legitimation i DVO §§ 9 resp. 13. Dessa regler är likalydande med sina tyska förebilder i EG art. 18 och 22 (se ovan under I A s. 301). Och liksom i tysk rätt utbygges de i doktrin och rättspraxis till motsvarande allsidiga regler.⁶⁰

⁵⁷ Så Brandis 162, Gamillscheg 1961: 71 f, Müller 886, Raape 1958: 283 och Wengler 1957: 58 samt de nedan i not 58 citerade författarna. Motsatt ståndpunkt synbarligen Ellgaard 35 och Peters 1963: 195.

⁵⁸ Se Gutzwiller IPR 1644 f, Kegel IPR 307 och Kommentar 824 (Bem. 6), Marquardt i Erman Anm. 5 till EG art. 18 och Wolff IPR 213. Så säkerligen även övriga i not 20 citerade författare.

⁵⁹ Se från praxis det fall som omtalas i SA 1966: 154. Jfr också KG 1.9.1938.

⁶⁰ Se t.ex. Köhler 84, 89.

I den österrikiska *doktrinen* har Vorfrage-problemet i hithörande fall framför allt diskuterats av *Schwind*. En viss tendens finns i doktrinen att beträffande här aktuella fall göra två distinktioner: dels mellan äktabörds- och legitimationsfall, dels med hänsyn till det materiella resultatet av resp. lösning på Vorfrage-problemet. Hur dessa båda synpunkter kombineras kan visas i anknytning till följande exempel:

(a) Två greker har ingått äktenskap i Österrike i enbart österrikisk rätts civila form. Äktenskapet är giltigt enligt de österrikiska men inte enligt de grekiska IP-reglerna. Barn har fötts dels före och dels under äktenskapet.

Beträffande de barn som fötts före vigseln gäller frågan, om de blivit legitimerade genom densamma. Enligt DVO § 13 är grekisk rätt, faderns *lex patriae*, tillämplig såsom legitimationsstatut. Principiellt bör nu, enligt den uppfattning som är härskande i österrikisk doktrin, även spörsmålet om giltigheten av föräldrarnas äktenskap såsom förutsättning för legitimationen bedömas på grundval av den sålunda utpekade främmande rätten. Då grekisk rätt i förevarande fall anser äktenskapet ogiltigt, skulle resultatet bli, att barnen inte blivit legitimerade utan förblivit »*unehelich*». Detta resultat har stundom också godtagits i den österrikiska doktrinen.⁶¹ Emellertid har *Schwind*⁶² nyligen gjort gällande, att ordre public-vapnet här bör tillgripas, så att grekisk rätt skjuts åt sidan till förmån för österrikisk rätt, såvitt angår äktenskapets giltighet. På så vis skulle Vorfrage-problemet till sist komma att lösas enligt *lex fori*-metoden. Detta *Schwinds* undantag från den såsom principiellt riktig ansedda lösningen är utan tvivel dikterat av favor legitimitatis-sympatier.

Beträffande de barn som fötts efter vigseln ligger frågan annorlunda till. Kollisionsnormen beträffande äkta börd, DVO § 9, hänvisar till lagen i det land »*der Ehemann der Mutter*» tillhör. Häri ligger, menar man i den österrikiska doktrinen — liksom ofta i tysk doktrin och praxis — att kollisionsnormen förutsätter ett giltigt äktenskap och att frågan härom därför måste prövas utifrån österrikisk rätts egna kollisionsnormer. Här betraktas en *lex fori*-lösning på Vorfrage-problemet alltså som den principiellt riktiga. Då äktenskapet i vårt exempel är giltigt från österrikisk rätts synpunkt, får

⁶¹ Hoyer 1948: 4, 6; *Schwind* Kommentar 60 (jfr beträffande *Schwind* dock följande not).

⁶² *Schwind* 1965: 166.

barnen äkta börd. Om detta resultat synes enighet råda i den österrikiska doktrinen.⁶³

Schwind tar dock en omväg, innan han kommer dithän. Att äktenskapet från österrikisk rätts synpunkt är giltigt innebär enligt Schwind till en början blott, att en förutsättning för tillämpligheten av DVO § 9 är uppfylld. Härefter skall den i nämnda lagrum utpekade främmande rätten tillämpas i målet. Och den främmande rätten skall enligt Schwinds lära om sekundär kvalifikation — jfr härom ovan kap. IV s. 110 ff — tillämpas beträffande *samtliga* förutsättningar för den äkta börden, inklusive äktenskapets giltighet, oaktat ställning redan en gång tagits härtill i och för tillämpningen av DVO § 9. I följd av denna lära skulle i exemplet äktenskapet trots allt bli att anse som ogiltigt vid avgörandet av bördsfrågan, eftersom detta är den grekiska rättens ståndpunkt. Emellertid tillgriper Schwind här ånyo ordre public-vapnet mot den främmande rätten. Till sist kommer han därför i överensstämmelse med härskande uppfattning till att äktenskapet liksom i legitimationsfallet skall hållas för giltigt.

(b) Äktenskapet har i stället ingåtts inför ortodox präst; i övrigt samma omständigheter som i (a)-fallet. Vigseln är här giltig enligt de grekiska men ogiltig enligt de österrikiska IP-reglerna.

I detta fall är man i doktrinen benägen att anse de barn som fötts före äktenskapet för legitimerade, då grekisk rätt såsom faderns *lex patriae* ger dem denna status.⁶⁴ Att anledningen till den grekiska rättens inställning är, att den till skillnad från österrikisk rätt betraktar föräldrarnas äktenskap som giltigt, bör — framhållas det av Schwind — inte spela någon roll; DVO § 13 tillåter inte att forska efter vad legitimationsstatutet har för skäl för sin ståndpunkt. I detta fall förblir det alltså vid en *lex causae*-lösning på Vorfrageproblemet.

Däremot skulle de barn som fötts under äktenskapet få anses sakna äkta börd. Här skulle det nämligen med hänsyn till lydelsen av DVO § 9 vara nödvändigt att låta österrikisk rätts egen ståndpunkt beträffande föräldrarnas äktenskap vara avgörande. Sagda resultat finner Schwind också de *lege lata* ofrånkomligt.⁶⁵ Samtidigt

⁶³ Köhler 84 (implicite), Schwind Kommentar 33 samt 1955: 3 och 1965: 165 f, Sedlacek 81 f.

⁶⁴ Schwind Kommentar 58 ff, 1951: 31, 42, 1954: 251 f, 1957: 31 och 1965: 178 (jfr dock även 1956: 69 och 1958: 453 f, 459 f). Samma ståndpunkt är implicerad hos Hoyer 1948: 4.

⁶⁵ Schwind Kommentar 33, 1951: 42, 1954: 250 f, 1955: 3, 1957: 31, 1958: 453 f, 459 f, 462 f, 1959: 207 f och 1965: 177 f. Att äkta börd ej kan ifrågakomma i denna typ av fall hävdar också Köhler 84 och Sedlacek 81 f.

kritiserar Schwind de lege ferenda lösningen såsom otillfredsställande. Då äktenskapet medför legitimation av de barn som fötts före vigseln, vore det logiskt (a minore ad maius) och »das einzig sinngemässe Ergebnis», om också de barn som fötts under äktenskapet finge äkta börd. Även från andra synpunkter — hänsyn till internationell enhetsbedömning och till att en spaltning av rättsförhållandet på olika lagar bör undvikas — anser Schwind det i och för sig önskvärt att kunna tillämpa den främmande rätten även beträffande äktenskapets giltighet.

Till sist finner Schwind också i sin förut berörda lära om sekundär kvalifikation en utväg att i viss utsträckning även de lege lata undgå att betrakta barnen som utomäktenskapliga. Härom får hänvisas till vad som anförts ovan i kap. IV s. 111.

Sammanfattningsvis erbjuder den österrikiska doktrinen följande bild: Principiellt anses Vorfrage-problemet om äktenskaps giltighet i mål om äkta börd böra lösas på basis av österrikisk rätts egna kollisionssnormer men i mål om legitimation på grundval av kollisionssnormerna i den främmande lex causae. Men därjämte gör sig materiellt rättsliga överväganden gällande i form av en viss tendens till favor legitimitatis. Resultaten av de såsom principiellt riktiga ansedda lösningarna godtas, när de innebär att föräldrarnas äktenskap är giltigt och barnen således får äkta börd (legitimeras), men inte alltid när resultatet blir det motsatta.

B. Från österrikisk *rättspraxis* är att anteckna följande, av Oberster Gerichtshof år 1952 avgjorda mål om äkta börd:⁶⁶

Diplomatisk tjänsteman vid bulgariska legationen i Wien hade år 1950 förrättat vigsel mellan en bulgar och en österrikiska. I förbindelsen föddes ett barn. Målet gällde, huruvida barnet i österrikiskt födelseregister skulle inskrivas såsom »ehelich».

Oberster Gerichtshof konstaterade först, att äktenskapet inte kunde erkännas i Österrike, enär föreskriften i DVO § 6 III — som innehåller kravet på iakttagande av österrikisk rätts form vid vigsel i Österrike — ej iakttagits och det ej heller fanns någon konvention med Bulgarien, enligt vilken diplomatisk vigsel kunde erkännas som giltig. Barnet var således fött av en från österrikisk rätts synpunkt ogift moder. Men härmed var, anförde Oberster Gerichtshof — på denna punkt i motsats till överklagade domen — frågan om barnets börd ännu inte löst. I österrikisk rätt funnes ej någon föreskrift om vilken lag som skall tillämpas vid prövningen huruvida ett barn i ett ogiltigt äktenskap kan ha äkta börd. I detta hänseende

⁶⁶ OGH 25.10.1952.

borde emellertid enligt domstolens mening »das Recht des vermeintlichen Ehemannes» vara avgörande. Denna regel kunde visserligen inte härledas ur DVO § 9, vilket lagrum just förutsatte ett giltigt äktenskap. Men det vore en i den internationella privaträtten allmänt godtagen grundsats, att bordsfrågor bedömdes enligt faderns lag (hans *lex patriae* vid barnets födelse). Med tillämpning av denna grundsats skulle i förevarande mål bulgarisk rätt komma till användning. Och enligt bulgarisk rätt hade barnet äkta börd, eftersom vigselförrättaren varit behörig och äktenskapet var giltigt. I enlighet härmed skulle barnet inskrivas såsom »ehelich» i det österrikiska registret.

Någon diskussion av Vorfrage-problemet förekom inte i detta fall. Utgångspunkten för Oberster Gerichtshof var tydligen densamma som för den österrikiska doktrinen, nämligen att DVO § 9 förutsätter ett från österrikisk rätts synpunkt giltigt äktenskap. Men domstolen fann sig oförhindrad att vid sidan av DVO § 9 uppställa en särskild kollisionsnorm om äkta börd för fall av ogiltigt äktenskap. Denna kollisionsnorm formulerades så, att den hänvisade till »das Recht des *vermeintlichen* Ehemannes», in casu bulgarisk rätt.

Det intressanta är, att Oberster Gerichtshof härafter — utan någon som helst diskussion — tillämpade bulgarisk rätt även beträffande äktenskapets giltighet (ehuru utgångspunkten var att det förelåg ett ogiltigt äktenskap). Det var ju just på grund av sin uppfattning av äktenskapet såsom giltigt som bulgarisk rätt ansåg barnet ha äkta börd. Faktiskt innefattar domstolens förfarande här en *lex causae*-lösning på Vorfrage-problemet. Domen är i denna del en parallell till det ovan under I s. 315 f refererade tyska Landgericht-fallet från 1953 beträffande legitimation.

I doktrinen har Oberster Gerichtshofs avgörande kritiserats av Schwind, som menar att det de lege ferenda finns goda skäl för den av domstolen intagna ståndpunkten men att denna — såvitt den bortser från ordalydelsen av DVO § 9 (»Ehemann der Mutter») vid formuleringen av den allsidiga kollisionsnormen beträffande äkta börd — innefattar »eine/r/ de lege lata wohl viel zu weit gehende/n/ Korrektur des geltenden Rechts». ⁶⁷ Något avgörande i motsatt riktning eller överhuvud något ytterligare fall som tar ställning till den aktuella problematiken finns emellertid inte. T.v. torde man därför ha att utgå från att det refererade avgörandet representerar gällande rätt.

⁶⁷ Citatet är hämtat från Schwind 1958: 463. Se också Schwind 1957: 31, 1959: 207 f och 1965: 177 f.

Uppenbart torde vara, att den av Oberster Gerichtshof valda lösningen är tillämplig, under i övrigt samma förutsättningar som i rättsfallet, även beträffande legitimation. I denna del överensstämmer den ståndpunkt som är implicerad i rättsfallet f.ö. med den som intages i den österrikiska doktrinen, jfr ovan s. 319 vid not 64.

Däremot kan rättsfallet säkerligen inte tas till intäkt för en *lex causae*-lösning på Vorfrage-problemet i den motsatta situationen: att äktenskapet är giltigt enligt de österrikiska men ogiltigt enligt de främmande IP-reglerna. Något principiellt ställningstagande till Vorfrage-problemet gjordes inte av Oberster Gerichtshof. Troligt synes att favor legitimitatis-synpunkter bidragit till avgörandet. Detta gör en extendering av den valda lösningen på Vorfrage-problemet till situationer där effekten skulle bli den motsatta föga antaglig.

III. SCHWEIZISK RÄTT

Utgångspunkten är här NAG art. 8, som innehåller den schweiziska kollisionsnormen om bl.a. äkta börd och legitimation (»Ehelicherklärung»):

Der Familienstand einer Person, insbesondere die Frage der ehelichen oder unehelichen Geburt, die Frage der Wirkungen einer freiwilligen Anerkennung oder einer durch die Behörden erfolgten Zusprechung unehelicher, — —, bestimmt sich nach dem heimatlichen Recht und unterliegt der Gerichtsbarkeit der Heimat.

Als Heimat gilt in diesen Fällen der Heimatkanton des Ehemannes, des Vaters — —.⁶⁸

Vorfrage-problemet har i schweizisk *doktrin* uppmärksamrats i anslutning till ett Bundesgericht-avgörande från 1950,⁶⁹ där ett av grekiska medborgare i Schweiz i civil form ingånget äktenskap hölls för giltigt. I detta mål, som gällde ansvar å mannen för underlåtenhet att fullgöra underhållsförpliktelse mot hustrun, var inte fråga om barnens ställning. Emellertid menar ett par författare, *Knapp* och *Vischer*,⁷⁰ vilka kritiserat Bundesgerichts avgörande, att barnen

⁶⁸ NAG art. 8 kompletteras av NAG art. 32: »Die Vorschriften des gegenwärtigen Gesetzes finden auf die Ausländer, welche in der Schweiz ihren Wohnsitz haben, entsprechende Anwendung.» — Se om dessa regler, såvitt de hänförs till äkta börd och legitimation, Schnitzer I 450 ff.

⁶⁹ BG 29.3.1950.

⁷⁰ Knapp 1952: 692, Vischer 1955: 90.

i ett sådant äktenskap, trots dess giltighet i Schweiz, måste anses sakna äkta börd. Detta är, hävdas det, en nödvändig följd av hänvisningen i NAG art. 8 till faderns *lex patriae*, grekisk rätt, enligt vilken äktenskapet är ett »Nichtehe». I detta resonemang förutsättes tydligen — utan att frågan alls diskuteras — att den i NAG art. 8 såsom bordsstatut anvisade *lex patriae* har att bestämma jämväl beträffande äktenskapets giltighet såsom Vorfrage. I sak är det härvid fråga om en *lex causae*-lösning på Vorfrage-problemet. Denna ståndpunkt skiljer sig från den som intas i huvuddelen av tysk och österrikisk doktrin och praxis i motsvarande situation.

A fortiori torde man av Knapps och Vischers angivna ställningstagande kunna sluta, att den i NAG art. 8 anvisade *lex causae* anses böra bestämma beträffande äktenskapets giltighet i den motsatta situationen, alltså där äktenskapet från den främmande rättens synpunkt, men inte enligt kollisionsnormerna i schweizisk rätt, är giltigt.

Däremot synes *Beck* och *Schnitzer*⁷¹ — utan att uttryckligen ta ställning till frågan — utgå från att äktenskapets giltighet avgöres enligt schweizisk rätts egna IP-regler. Till denna mening ansluter sig i princip också *Aubert*,⁷² i överensstämmelse med sin allmänna ståndpunkt beträffande Vorfrage-problemet. Sålunda framhåller *Aubert*, i motsats till *Knapp* och *Vischer*, att barnen i sådana äktenskap som i det nämnda Bundesgericht-fallet måste anses ha äkta börd (om de förutsättningar i övrigt som må uppställas av grekisk rätt är uppfyllda). Emellertid menar *Aubert* att barnen bör ha äkta börd även i den omvända situationen, t.ex. om de grekiska makarna i stället ingått äktenskapet i sitt hemlands religiösa form i Schweiz. I denna situation bör nämligen enligt *Aubert* ett undantag göras från *lex fori*-principen; grekisk rätt, som är bordsstatut, bör få lända till efterrättelse även beträffande äktenskapets giltighet och svaret på denna fråga således bli jakande. Till stöd härför åberopar *Aubert* tendenser till favor legitimitatis i intern schweizisk lagstiftning och rättspraxis.⁷³ *Lex causae*-lösningen på Vorfrage-problemet i den angivna situationen blir således för *Aubert*, liksom för en del författare

⁷¹ Beck 265, Schnitzer I 367.

⁷² Aubert 1955: 107 f.

⁷³ Aubert åberopar i detta sammanhang särskilt rättsfallet BG 11.3.1948 (*Weber*), som var av IP-rättslig karaktär men avsåg ett annat läge än vid Vorfrage-problemet.

i tysk och österrikisk doktrin, ett medel att realisera ett i den egna rättsordningen såsom önskvärt uppfattat materiellt resultat.

Några ställningstaganden i schweizisk *rättspraxis* till här aktuella frågor synes inte föreligga.

IV. FRANSK OCH BELGISK RÄTT

I fransk och belgisk doktrin diskuteras äktenskapets giltighet såsom förutsättning för äkta börd och legitimation sällan som ett Vorfrage-problem. I rättspraxis synes någon sådan diskussion inte alls ha ägt rum.

Emellertid synes det säkert att *lex causae*-principen här liksom i allmänhet är i stort sett främmande för fransk och belgisk rätt.⁷⁴ De resonemang som föres i doktrin och praxis utgår i allmänhet från att äktenskapets giltighet är att bedöma enligt fransk (belgisk) rätts egna kollisionsnormer härom.

De fall från tysk och österrikisk rättspraxis där domstolarna förfarit annorlunda och med stöd av en främmande *lex causae*, enligt vilken föräldrarnas äktenskap varit giltigt, ansett barnen ha äkta börd (ha legitimerats), ehuru äktenskapet enligt tyska resp. österrikiska kollisionsnormer varit ogiltigt (ovan under I s. 315 f och II s. 320 f), har i fransk doktrin antingen kritiserats såsom principiellt felaktiga⁷⁵ eller förklarats såsom uttryck för en valideringstendens.⁷⁶ Den omständigheten, att den franska doktrinen sålunda tagit avstånd från ifrågavarande rättsfall, betyder dock inte att tendensen till favor legitimitatis skulle vara främmande för fransk (eller belgisk) rätt. Fastmera tycks det finnas en mycket stark sådan tendens. Men den kommer inte till uttryck inom ramen för Vorfrage-problemet utan vid prövningen av äktenskapets »putativité». För fransk rätts del må härom hänvisas till framställningen nedan i § 4 s. 359 och 364.

Även i fransk doktrin finns dock, såsom framgått i avhandlingens

⁷⁴ Se beträffande belgisk rätt Graulich 169 ff samt beträffande fransk rätt de nedan i noterna 75—76 citerade författarna och ur rättspraxis det nedan i § 4 II s. 360 f refererade avgörandet Trib. Seine 31.3.1952 ävensom övriga där anförda fall rörande »mariage putatif».

⁷⁵ Så Louis-Lucas R 1957: 166 ff.

⁷⁶ Så Francescakis Renvoi 204, 214 f.

allmänna del, några författare vilka som huvudregel beträffande Vorfrage-problemet ansluter sig till *lex causae*-principen. Av dessa författare nämner *Lagarde* bl.a. äktenskaps giltighet i äktabörds-mål såsom ett fall där hans lära bör appliceras.⁷⁷ Emellertid gör *Lagarde*, såsom vi tidigare sett (ovan kap. IV s. 103 f), så vittgående undantag från den såsom huvudregel uppställda *lex causae*-principen, att denna mera sällan kommer att slå igenom. Detta gäller även för äktabörds-måls del.

V. ENGELSK RÄTT

A. INLEDNING

De IP-rättsliga spørsmål beträffande äkta börd (»legitimacy») och legitimation som uppkommit i engelsk rätt synes genomgående ha aktualiserats i tvister angående fördelningen av arv.⁷⁸ Arvspre-tendentens äkta börd har varit en förutsättning för hans legala arvsrätt eller för rätt enligt ett testamente.

Enligt särskild lagstiftning kan (bl.a.) bördspörsmål under vissa förutsättningar göras till föremål för särskild fastställelsetalan och således prövas för sig, utan samband med något konkret rättsanspråk.⁷⁹ Denna möjlighet synes emellertid i praktiken sällan utnyttjas och har i vart fall inte spelat någon roll för utbildningen av de IP-rättsliga reglerna i ämnet.

Beträffande legitimation har de engelska domstolarna sedan mitten av 1800-talet utbildat en regel om tillämplighet av lagen i faderns domicilland. Den relevanta tidpunkten är numera äktenskapets ingående.⁸⁰

Beträffande äkta börd synes huvuddelen av i vart fall den nyare doktrinen förorda tillämpning av barnets eller faderns (uppfattningarna går på denna punkt isär) domicillag, varvid den avgörande tidpunkten skulle vara barnets födelse.⁸¹ Den äldre rättspraxis och i anslutning till den också en del av doktrinen gick dock i annan riktning. Här om må hänvisas till framställningen nedan under C.

⁷⁷ *Lagarde* 1960: 466 ff och 479 samt *Ordre public* 75 f (med not 114).

⁷⁸ *Lipstein* 1953: 614.

⁷⁹ *Cheshire* 378 ff, *Dacey* 417 ff, 432 ff.

⁸⁰ Före *Legitimacy Act* 1926 beaktades i rättspraxis även domicilet vid tiden för barnets födelse. Se närmare *Cheshire* 370 f, *Dacey* 435 ff, *Lipstein* 1953: 622 f.

⁸¹ *Cheshire* 360 ff, *Graveson* 308, *Lipstein* 1953: 624 ff, ish 629, *Robertson* 566, *Schmitthoff* 274 f samt *Wolff PIL* 109, 381 ff.

B. »THE PRELIMINARY QUESTION» I DOKTRINEN

Av de författare, som beträffande äkta börd förordar en kollisionssnorm av innehåll att faderns *lex domicilii* skall tillämpas, har några — *Robertson, Wolff* och *Lipstein* — också behandlat äktenskapets giltighet såsom »preliminary question» i denna typ av mål. Enligt de nämnda författarna bör frågan om äktenskapets giltighet här i princip bedömas med utgångspunkt från kollisionssnormerna i den anvisade *lex causae*, alltså faderns *lex domicilii*.⁸² En person som är »legitimate» i sin faders domicilland bör sålunda anses ha denna status även i England, oavsett om äktenskapet enligt engelska kollisionssnormer är ogiltigt. Detta är i överensstämmelse med Robertsons och Wolffs allmänna ståndpunkt beträffande Vorfrageproblemet.

Emellertid anser åtminstone Wolff det nödvändigt att göra vissa undantag från den angivna grundsatsen. I en del (inte närmare bestämda) fall skulle det nämligen enligt Wolff innebära »a violation of principles of justice» att med stöd av den främmande domicilrätten erkänna äktenskapet som giltigt⁸³ (i och för bördfrågans avgörande). I sådana fall måste den engelska domstolen följa sina egna IP-regler och, om äktenskapet enligt dessa är ogiltigt, förneka barnens »legitimacy».

För de författare som ansluter sig till den nedan under C omtalade linjen i äldre engelsk rättspraxis — enligt vilken främmande rätt överhuvud inte tillämpades på äktabördsfrågan — aktualiseras problemet inte.

Vad angår legitimation, torde Robertsons och Wolffs ovan nämnda ställningstaganden vara tillämpliga även här. Däremot säger *Morris*⁸⁴ om legitimationsfall, att »it is hardly necessary to state that the marriage must not be void by the *English* rules of the conflict of laws». Även *Lipstein* tycks de lege lata anse att äktenskapet måste vara giltigt enligt engelska kollisionssnormer för att kunna dra med sig legitimation.⁸⁵

⁸² *Lipstein* 1953: 629 f och 1954: 182 f, *Robertson* 566 not 5, *Wolff* PIL 206 f, 385 ff. Så möjligen även övriga i föregående not nämnda författare, i den mån äktenskapet från den främmande domicilrättens synpunkt är giltigt.

⁸³ *Wolff* PIL 386. *Wolff* går inte in på den motsatta situationen, där äktenskapet från den främmande rättens synpunkt är ogiltigt.

⁸⁴ I *Dacey* 437.

⁸⁵ *Lipstein* 1953: 622 f.

C. RÄTTSPRAXIS

De rättsfall som här är av intresse har avsett äkta börd. Tvisten har i samtliga fall gällt rätt på grund av testamente. Det har funnits ett förordnande till förmån för en släkting till testator och, sedan denne förste testamentstagare avlidit, hans »child or children». I engelsk rätt, som varit att tillämpa beträffande tolkningen av testamentet, finns en presumptionsregel, enligt vilken nämnda uttryck är liktydigt med »legitimate children».⁸⁶ Sedan förste testamentstagaren avlidit och efterlämnat barn, har fråga därför uppkommit om dessa varit att anse som »legitimate» och i denna egenskap kunnat grunda någon rätt på testamentet.

Till en början finns ett äldre avgörande i House of Lords, *Shaw v. Gould* (1868):

Förste testamentstagaren var här en viss Elisabeth Hickson. Hon hade år 1828, vid 16 års ålder, gift sig i Manchester med en engelsman, Buxton. Denne hade emellertid förmått Elisabeth till giftermålet genom brottslig gärning (»fraudulent conspiracy»), för vilken han sedermera åtalades och dömdes till 3 års fängelse. Omedelbart efter vigseln hade några vänner till Elisabeth ingripit och fört bort henne från Buxton; någon sammanlevnad mellan makarna hade aldrig kommit till stånd. Försök hade senare gjorts att få äktenskapet upplöst genom beslut i engelska parlamentet — enligt dåtida engelsk rätt den enda möjliga utvägen — men utan framgång. Äktenskapet hade därför från engelsk rätts synpunkt förblivit bestående.

Flera år efter dessa händelser hade Elisabeth överenskommit med en annan engelsman, Shaw, att de skulle ingå äktenskap med varandra. Här för hade det varit nödvändigt att få till stånd en upplösning av Elisabeths äktenskap med Buxton. I anledning härav hade Shaw och Elisabeth överenskommit med Buxton, att denne mot viss ersättning skulle bege sig till Skottland, där talan om skilsmässa skulle väckas mot honom vid Court of Session (enligt skotsk rätt kunde skilsmässa erhållas domstolsvägen). Sedan Buxton vistats i Skottland c:a 40 dagar (vilket var vad som krävdes enligt skotsk rätt för jurisdiktion), hade sådan talan också kommit till stånd, och målet hade år 1846 utmynnats i en dom på skilsmässa, grundad på Buxtons »adultery». Kort tid därefter hade Shaw och Elisabeth, vilka under tiden bosatt sig för gott i Skottland (Shaw hade även förvärvat domicil i engelsk rätts mening därstädes), i detta land ingått sitt tillämnade äktenskap.

I detta äktenskap, som i Skottland var fullt giltigt, fanns tre barn. Sedan Elisabeth avlidit, uppkom spörsmålet om de var att anse som »legitimate» och därmed föll under testamentets bestämmelser.

House of Lords ansåg (enhälligt), att barnen inte kunde vara födda i

⁸⁶ Se härom t.ex. Cheshire 359 f.

Elisabeths äktenskap med Buxton,⁸⁷ att den skotska skilsmässodomen beträffande detta äktenskap av olika skäl — främst, synes det, emedan Buxton inte förvärvat domicil i engelsk rätts mening i Skottland och skotsk jurisdiktion därför, enligt engelsk uppfattning, inte förelegat i målet — inte kunde erkännas i England *samt att* Elisabeths äktenskap med Shaw följaktligen varit ogiltigt. På grund härav var barnen »illegitimate».

Detta sätt att resonera synes karakteristiskt för engelsk praxis i hithörande mål vid denna tid och under lång tid framåt. Domstolarna ställde överhuvud inte frågan vilken lag som skulle tillämpas beträffande barnens äkta börd. Därest så skett, hade — åtminstone om faderns⁸⁸ *lex domicilii* ansetts tillämplig i detta hänseende — skotsk rätt kommit in i bilden. I så fall hade »the preliminary question» också uppkommit, ty enligt skotsk rätt, den hypotetiska *lex causae*, var ju Elisabeths skilsmässa från Buxton och hennes nya äktenskap med Shaw giltiga.

I stället gick domstolarna tillväga enligt en s.a.s. historisk metod.⁸⁹ De började med att undersöka hur det förhöll sig med äktenskapets giltighet — något som i Shaw v. Gould involverade en undersökning av giltigheten av den föregående skilsmässan mellan Elisabeth och Buxton — och drog, sedan svaret härpå blivit nekande, slutsatsen att barnen saknade äkta börd.

Detta förfaringssätt hade sin bakgrund i *intern* engelsk rätt, enligt vilken äkta börd alltid förutsatte ett giltigt äktenskap. Denna internrättsliga regel synes helt enkelt ha överflyttats till det IP-rättsliga planet. Äktenskapets giltighet blev det exklusiva kriteriet på äkta börd, även om de inblandade var domicilierade utomlands (såsom ju i Shaw v. Gould var fallet med fadern) och även om det främmande landets rätt tilläventyrs tillerkände barnen äkta börd oberoende av äktenskapets giltighet. Främmande rätt beaktades överhuvud inte beträffande äkta börd, och någon egentlig kollisionnorm uppställdes inte i detta ämne.⁹⁰

⁸⁷ I engelsk rätt krävs, såsom nämnts ovan i not 12, inte negativ bördstalan för att äktabördspresumtionen skall kunna brytas. Prövningen av presumtionens riktighet företas prejudiciellt, närhelst frågan är av betydelse i en process. I Shaw v. Gould var det uppenbart att Buxton inte kunde vara fader till barnen.

⁸⁸ Endast Shaw hade i engelsk rätts mening förvärvat domicil i Skottland, inte Elisabeth, eftersom hon från engelsk rätts synpunkt alljämt var gift med Buxton och därför hade samma domicil som denne, nämligen i England. Om regeln att hustrun delar mannens domicil se t.ex. Dicey 119 ff.

⁸⁹ Jfr Lipstein 1953: 618.

⁹⁰ Se om det sagda Dicey 420 f samt Lipstein 1953: 612 f, 615 ff (utförligt) och

Med denna ståndpunkt är det klart att äktenskapets giltighet såsom förutsättning för den äkta bördens avgjordes utifrån engelsk rätts egen uppfattning. Så skedde också i *Shaw v. Gould*.⁹¹ Något annat alternativ gavs inte, så länge främmande rätt inte kom i fråga såsom bördstatut.

Samma förfaringssätt som i *Shaw v. Gould* synes ha tillämpats i flera senare rättsfall.⁹² Av dessa fall synes *Re Paine* (1940) innefatta en situation som kunnat aktualisera »the preliminary question»:

Förste testamentstagaren, en viss Ada Paine, hade år 1875 ingått äktenskap i Tyskland med en tysk, Toepfer. Denne hade tidigare varit gift med en syster till Ada som avlidit år 1872. Enligt (intern) engelsk rätt var giftermål mellan en man och en syster till hans tidigare hustru förbjudet (även i fall där det tidigare äktenskapet upplöstes genom döden) och var äktenskapet mellan Ada och Toepfer därför ogiltigt (»void»). Enligt (intern) tysk rätt var det däremot giltigt.

Ada och Toepfer sammanlevde till sin död i England. De hade ett barn som överlevde dem. Var detta barn att anse som »legitimate»?

Vid prövningen härav undersöktes först om äktenskapet mellan Ada och Toepfer var giltigt, bedömt utifrån engelska kollisionsnormer. Härvid konstaterades att mannen visserligen haft sitt domicil i Tyskland — det ansågs t.o.m. att han, trots den faktiska bosättningen i England, bibehållit sitt tyska domicil till sin död — men att Ada vid tiden för äktenskapets ingående haft sitt domicil i England. Hennes »capacity» att ingå äktenskapet skulle därför avgöras enligt engelsk rätt. Enligt engelsk rätt hade det ovannämnda hindret förelegat och skulle äktenskapet således anses ogiltigt.

Härefter drogs utan vidare slutsatsen att det testamentariska förordnandet till förmån för Adas »child or children» inte inkluderade hennes barn med Toepfer.

Detta avgörande synes i här relevanta avseenden helt ansluta sig till *Shaw v. Gould*.⁹³ Barnens avsaknad av äkta börd ansågs sålunda följa direkt av äktenskapets ogiltighet enligt engelska kollisionsnormer, vilka beträffande Adas giftermålsbehörighet hänvisade till engelsk intern rätt. Den omständigheten, att fadern, tydligen även vid tiden för barnets födelse, betraktades som domicilierad i Tyskland, ansågs uppenbarligen inte skola medföra tillämpning av tysk

1954: 182 f. — Kritiskt mot *Shaw v. Gould*: Cheshire 362 ff, Graveson 311 f, Wolff PIL 387 f.

⁹¹ Jfr t.ex. Dicey 423, 425 samt Lipstein 1953: 617 ff (ish 618), 623 och 1954: 180, 183.

⁹² Se härom t.ex. Lipstein 1953: 615 ff samt det nedan i kap. XII s. 390 f refererade rättsfallet *Re Stirling* (1908).

⁹³ Jfr Cheshire 364, Dicey 423, Lipstein 1953: 616 samt F.H. 23 f.

rätt beträffande bordsfrågan. Därest så skett, hade »the preliminary question» aktualiserats, eftersom tysk rätt i motsats till den engelska *lex fori* betraktade äktenskapet som giltigt.⁹⁴

Rättspraxis beträffande äkta börd har alltså i realiteten hållit sig till den interna engelska regeln. Såsom förklaring härtill har det i doktrinen⁹⁵ pekats på att frågan uppkommit i och för tolkningen av ett »engelskt» testamente, d.v.s. ett förordnande som skolat tolkas på grundval av engelsk rätt. Det skulle med hänsyn härtill vara naturligt att uttrycket »child or children» tolkats såsom avseende barn med äkta börd enligt intern engelsk rätt.⁹⁶ Rättsfallen skulle då å andra sidan inte innefatta något ställningstagande till frågan hur en persons status såsom »legitimate» eller »illegitimate» är att bedöma i andra sammanhang (t.ex. om frågan skulle uppkomma för sig, i ett fastställelsemål), där vanliga IP-rättsliga grundsatser skulle komma in i bilden.⁹⁷

Emellertid finns det också ett nyare rättsfall, *Re Bischoffsheim* (1948), där det likaledes ansågs att uttrycket »children» i ett testamente skulle fattas såsom »legitimate children» men där den interna engelska rättens kriterium härpå frångicks:

Förordnandet gällde här till förmån för testators barnbarn, Nesta, och hennes »child or children». Nesta hade år 1908 ingått äktenskap med en engelsman, Lord Richard Wellesley. Sedan denne stupat år 1914, hade Nesta år 1917 gift om sig med den avlidnes broder, Lord George Wellesley. I detta äktenskap, som ingåtts i New York, föddes år 1920 ett barn, Richard. Frågan var om denne — jämte barn i det första äktenskapet — skulle ha någon rätt på grund av testamentet.

Domaren i målet, Romer J., tog avstånd från den i det föregående berörda tanken att det här skulle föreligga blott en fråga om tolkningen av testamentet, inte en verklig statusfråga:

The only relevant rule of construction is that a bequest in an English will to the children of A. means to his legitimate children and that rule does not carry the matter very far, for the question remains who are his legitimate children and that is not a question of construction at all, it is a question of law.

⁹⁴ I vart fall var detta den tyska *interna* rättens ståndpunkt; huruvida resultatet skulle blivit detsamma enligt de tyska *kollisionsnormerna* framgår inte av rättsfallet.

⁹⁵ Welsh 65 ff, ish 74 ff, och Mann 1948: 201 ff. Se också Dicey 424.

⁹⁶ » — — — children who are legitimate in the eye of English domestic law», Welsh 74.

⁹⁷ Kritiskt om denna uppfattning Cheshire 360 f, Inglis 209, 215 ff, Lipstein 1953: 615 ff, 619, 625 f och 1954: 181 f samt Wolff PIL 389 not 2. Se också rättsfallet *Re Bischoffsheim* (1948) nedan, som synes ge kritiken rätt.

Enligt engelsk intern rätt var nu Nestas äktenskap med brodern till sin förre man ogiltigt (jfr *Re Paine* ovan). Enligt New Yorks rätt var äktenskapet däremot giltigt. Huruvida engelsk eller New Yorks rätt skulle vara avgörande beträffande äktenskapets giltighet synes ha ansetts beroende av kontrahenternas domicil vid tiden för giftermålet (1917). I detta hänseende antecknades, att såväl Nesta som George W. från början haft sitt domicil (»domicile of origin») i England men att de haft för avsikt att förvärva nytt domicil (»domicile of choice») i New York. Huruvida en sådan domicilväxling kunde anses ha kommit till stånd vid tiden för giftermålet var tvistigt i fallet.

Emellertid ansåg sig Romer J. kunna lämna denna fråga — och därmed också frågan om äktenskapets giltighet enligt engelska kollisionsnormer — öppen. Klart och ostridigt var nämligen, att makarna i vart fall år 1920, när barnet Richard föddes, etablerat sitt domicil i New York. Rörande betydelsen härav fastslog Romer J.:

— — — that where succession to personal property depends on the legitimacy of the claimant, the status of legitimacy conferred on him by his domicile of origin (i.e., the domicile of his parents at his birth) will be recognized by our courts; and that, if that legitimacy be established, the validity of his parents' marriage should not be entertained as a relevant subject for investigation. — — — If in fact the status of legitimacy is conferred by the law of the domicile of origin the time of, as also the reason for, its conferment are surely immaterial.

Som Richard enligt New Yorks lag var »legitimate», blev slutet ett annat än i de föregående fallen: barnet skulle anses inkluderat i testamentet.

Genom detta rättsfall frigjordes bördsfrågan i kollisionsrättsligt hänseende från sitt tidigare beroende av den interna engelska rätten med dess ovillkorliga krav på giltigt äktenskap. I stället gjordes den till föremål för en särskild kollisionsnorm, enligt vilken barnets »domicile of origin» skall vara tillämplig.⁹⁸

I denna del har avgörandet stött på åtskillig kritik, huvudsakligen på grund av dess förmenta oförenlighet med tidigare praxis, främst

⁹⁸ Valet av *barnets* domicil såsom anknytningsmoment kan ge upphov till svårigheter, då barnets domicil är beroende just av bördsfrågans avgörande. Har barnet äkta börd, anses det ha samma domicil som sin fader, eljest är moderns domicil avgörande. Svårigheterna aktualiseras just när föräldrarnas äktenskap är ogiltigt från engelsk rätts synpunkt, ty i detta fall kan hustrun ha annat domicil än mannen (så i *Shaw v. Gould* och *Re Paine* ovan, där hustrun bibehöll sitt engelska domicil, ehuru mannen ansågs domicilierad i annat land). På denna punkt har avgörandet i *Re Bischoffsheim* kritiserats bl.a. av Morris i Dicey 421 f, 426 och Welsh 69 ff. Se också Cheshire 367 f, Inglis 212, Lipstein 1954: 181 och Wolff PIL 381 f, vilka löser svårigheterna genom att låta *faderns* domicil bli utslagsgivande.

Shaw v. Gould.⁹⁹ Trots detta torde det kunna antas att regeln i Re Bischoffsheim kommer att stå sig framdeles. Av betydelse är härvid, såsom framhållits i doktrinen,¹⁰⁰ att bordsfrågan även i intern engelsk rätt under senare år frigjorts från det absoluta beroendet av ett giltigt äktenskap. Bl.a. har, såsom tidigare omtalats, doktrinen om »putative marriage» år 1959 införlivats med engelsk rätt. Den nya internrättsliga regeln gäller endast i den mån fadern vid tiden för barnets födelse (eller, om fadern avlidit dessförinnan, vid denna tidpunkt) har sitt domicil i England. Emellertid synes det i det nya läget i och för sig mera naturligt och troligt än tidigare, att domstolarna ger tillämpning åt liknande regler i främmande rätt, i den mån fadern vid nämnda tidpunkt har sitt domicil i det främmande landet.

I och med att utrymme sålunda beretts åt främmande rätt beträffande bordsfrågan, aktualiseras också »the preliminary question». I Re Bischoffsheim diskuterades visserligen inte denna fråga. Fastmera sägs det ju i domen att äktenskapets giltighet i den föreliggande situationen inte är ett »relevant subject for investigation». Vad som avses härmed kan emellertid inte vara något annat än att *engelsk* rätts uppfattning i frågan saknade betydelse. Uppenbarligen har däremot den *främmande* rättens, New Yorks, syn på äktenskapets giltighet ansetts relevant. Anledningen till att barnet enligt New Yorks rätt (såsom Romer J. antog) var »legitimate» var nämligen just, att föräldrarnas äktenskap (alltjämt enligt vad som antogs av Romer J.) var giltigt i New York. Med min terminologi kan det därför sägas, att avgörandet i Re Bischoffsheim innefattar en *lex causae*-lösning på Vorfrage-problemet.¹⁰¹

Även i denna del har domen kritiserats i doktrinen, nämligen på den grund, att äktenskapet i själva verket skulle varit ogiltigt även från New

⁹⁹ Falconbridge 747 ff, 761 f, Mann 1948: 199 ff och Morris i Dicey 424 ff. Beträffande försök att »distinguish» Shaw v. Gould och Re Bischoffsheim se Wolff PIL 389 och Lipstein 1953: 620, 627. — Avgörandet i Re Bischoffsheim gillas i doktrinen av Cheshire 361, 365 f, Graveson 313, Lipstein 1946—49: 175, 1953: 627 ff (de lege ferenda) och 1954: 183, Inglis 210 f, 214, 219 samt Wolff PIL 388 f.

¹⁰⁰ Cheshire 366 f. Jfr också Privy Council i rättsfallet Bamghose v. Daniel (1955) och Graveson 309 f.

¹⁰¹ Jfr t.ex. Cheshire 365 ff, Lipstein 1946—49: 175 och Welsh 84 f. — Domen synes i denna del vara en parallell till det ovan under II vid not 66 refererade österrikiska avgörandet OGH 25.10.1952.

Yorks synpunkt, d.v.s. med tillämpning av New Yorks *kollisionsnormer*.¹⁰² Att Romer J. kom till annat resultat skulle berott på att han lade New Yorks *interna* rätt till grund för sitt avgörande, medan en domstol i New York i själva verket, därest makarna vid tiden för giftermålet varit domicilierade i England, skulle tillämpat engelsk rätt. — Hur det faktiskt förhåller sig i detta hänseende kan lämnas därhän. Huvudsaken är att domaren utgått från att äktenskapet var giltigt i New York och även lagt denna antagna uppfattning till grund för sitt avgörande av bordsfrågan.

Emellertid får avgörandet i *Re Bischoffsheim* säkerligen inte läsas så, att äktenskapets giltighet såsom förutsättning för äkta börd *generellt* skall underställas den främmande *lex domicilii*. Fastmera torde den äldre rättens krav på ett enligt engelska kollisionsnormer giltigt äktenskap alltjämt kvarstå som huvudregel. Är detta krav uppfyllt, har barnen alltså äkta börd utan att det behöver undersökas hur främmande rätt ser på frågan. Vad som i detta hänseende ändrats genom *Re Bischoffsheim* synes blott vara, att äkta börd *däruöver* kan grundas på ett äktenskap som — ehuru ogiltigt enligt engelska kollisionsnormer — är giltigt i domicillandet vid barnets födelse. I enlighet härmed sammanfattas rättsläget av *Morris* i följande två regler:¹⁰³

- 1) A child not born or conceived in lawful wedlock (that is, a marriage valid by English conflict of laws rules) is in general illegitimate in England.
- 2) But a child may be legitimate in England if it is legitimate by the law of the domicile of each of its parents¹⁰⁴ at the date of its birth.

I mål om *legitimation* synes frågan om äktenskapets giltighet inte ha aktualiserats i något av fallen ur engelsk rättspraxis.¹⁰⁵ I och för sig synes det ligga nära till hands att anta att avgörandet i *Re Bischoffsheim* kan utsträckas till legitimationsfallen. Detta skulle vara i linje med en tendens i doktrinen att uppställa parallella regler för de båda fallen. Det är dock inte säkert, att en dylik extendering

¹⁰² Lipstein 1946—49: 175, 1953: 620 och 1954: 183 samt *Morris* i *Dicey* 426. Se emellertid också *Wolff PIL* 389, enligt vilken *Romer J.*:s antagande på denna punkt varit riktigt.

¹⁰³ *Morris Cases* 180, 185.

¹⁰⁴ Troligen räcker det att *faderns* domicillag intar denna ståndpunkt. Beträffande anledningen till *Morris'* formulering härutinnan se *Dicey* 427.

¹⁰⁵ Jfr *Lipstein* 1953: 622.

kan ske. I doktrinen har det, såsom förut nämnts, antagits att legitimation kräver ett enligt engelska kollisionsnormer giltigt äktenskap.¹⁰⁶

VI. SVENSK RÄTT

I svensk rätt finns inga skrivna kollisionsnormer om äkta börd eller legitimation. I doktrin och rättspraxis har emellertid allmänt antagits att äktabördsfrågor lyder under mannens/faderns *lex patriae* (vid tiden för barnets födelse resp. äktenskapets ingående).¹⁰⁷ Den svenska doktrинens diskussion av Vorfrage-problemet utgår från detta rättsläge.

Genom ett pleniavgörande i HD 1964¹⁰⁸ har regeln om tillämplighet av mannens *lex patriae* i bördsmål ej oväsentligt inskränkts till förmån för svensk rätt. I motsvarande mån minskas utrymmet för uppkomsten av Vorfrage-situationer. Härifrån bortses emellertid i den följande redogörelsen för doktrinen, vilken som sagt utgår från det äldre rättsläget.

Frågan om äktenskapets giltighet såsom förutsättning för äkta börd synes i svensk IP-rättslig *doktrin* första gången ha diskuterats av Hult.¹⁰⁹ Enligt honom bör prövningen av äktenskapets giltighet i första hand företas enligt reglerna i den svenska IÄL. Ger denna prövning positivt resultat, bör det också förbli därvid, även om mannens *lex patriae* inte erkänner äktenskapets giltighet. En på sistnämnda förhållande grundad förklaring av svensk domstol att i äktenskapet födda barn vore oäkta skulle nämligen — menar Hult — framstå som en icke tolerabel motsägelse mot fastställelsen av äktenskapets giltighet enligt IÄL. Ger prövningen enligt reglerna i IÄL däremot ett negativt resultat, bör barnet enligt Hult likväl anses ha äkta börd, därest så är fallet enligt mannens lag (d.v.s. om denna lag ger barnet äkta börd trots att den, i likhet med svensk rätt, betraktar äktenskapet som ogiltigt). Denna grundsats leder enligt Hult vidare. Kan man som grund för att tillerkänna ett barn äkta börd

¹⁰⁶ Jfr ovan vid noterna 84 och 85. Lipsteins och Morris' ståndpunkt får måhända ses som uttryck för att de nämnda författarna även beträffande äkta börd anser *Re Bischoffsheim* vara av tvivelaktig auktoritet på grund av avgörandets förmenta oförenlighet med *Shaw v. Gould*.

¹⁰⁷ Se t.ex. Karlgren IPR 128 och ur rättspraxis NJA 1953: 4 och 1962: 123. Ang. legitimation jfr *Eck Conflict* 256 och *Walin FB* 531.

¹⁰⁸ NJA 1964: 1.

¹⁰⁹ Hult 1943: 61 ff.

få åberopa en bestämmelse i faderns lag, enligt vilken barn i ett ogiltigt äktenskap likställas med äkta,¹¹⁰ bör man så mycket hellre äga åberopa en regel i faderns lag, enligt vilken barnet, såsom fött i ett *giltigt* äktenskap (d.v.s. ett äktenskap som av faderns lag betraktas som giltigt), har äkta börd. Bördsstatutets uppfattning om äktenskapet såsom giltigt bör m.a.o. i denna situation tillerkännas relevans framför den motsatta uppfattning som följer av IÄL.

Hults lära kan således, i likhet med flera i det föregående berörda utländska motsvarigheter, sammanfattas så, att äktenskapet i börds-hänseende skall hållas för giltigt, om antingen *lex fori* eller *lex causae* leder till denna bedömning. Ifrågavarande ståndpunkt torde finna sin rättspolitiska motivering i en strävan till favor *legitimitatis*.

Till Hults ståndpunkt har sedan *Karlgren* anslutit sig.¹¹¹ Även *Michaeli* och *Walin* menar, att reglerna i IÄL skall lända till efterrättelse, i den mån äktenskapet med tillämpning därav är giltigt, men synes inte ta ställning till huruvida så skall ske även i den motsatta situationen.¹¹²

Däremot har *Gihl*, i överensstämmelse med sin allmänna uppfattning om Vorfrage-problemet, hävdat att äktenskapets giltighet i börds-mål alltid är att avgöra utifrån den främmande *lex causae*.¹¹³ Någon skillnad med hänsyn till om frågan med tillämpning av denna regel får ett negativt eller positivt svar vill *Gihl* inte göra. Även i fall där äktenskapet är giltigt enligt IÄL men ogiltigt från den främmande *legis causae* synpunkt, måste enligt *Gihl* den främmande rättens uppfattning bli avgörande. Har två greker ingått äktenskap i Tyskland (enbart) inför tysk Standesbeamter och får en svensk domstol sedermera att bedöma ett i detta äktenskap fött barns äkta börd, kan domstolen — ehuru äktenskapet är formgiltigt enligt IÄL 1: 6 — enligt *Gihl* inte undgå att förklara barnet illegitimt, eftersom grekisk rätt är bördsstatut och grekisk rätt betraktar äktenskapet

¹¹⁰ Hult förutsätter här att frågan om barnet kan få äkta börd trots ogiltigt äktenskap är att hänföra till bördsstatutets kompetensområde. Detta är ingalunda självfallet, jfr nedan i § 4.

¹¹¹ *Karlgren* IPR 129 med not 2.

¹¹² *Michaeli* 210; *Walin* FB 530 (med not 3). *Walin* FB 531 berör också motsvarande fråga vid legitimation och säger där utan reservation, att äktenskapets giltighet bedömes enligt IÄL. — I *dansk* doktrin har *lex fori*-lösningen antagits vara den riktiga beträffande äkta börd, jfr *Svenné Schmidt* 1964: 467 f samt ovan kap. V s. 129 f.

¹¹³ *Gihl* 1950: 146 ff.

som ogiltigt.¹¹⁴ Eljest skulle, menar Gihl, grekisk rätt i verkligheten inte bli tillämpad på bordsfrågan.

Även *Eek* synes närmast sympatisera med denna åsikt men uttalar sig inte lika deciderat.¹¹⁵

Diskussionen i den svenska doktrinen har huvudsakligen avsett äkta börd. Med all sannolikhet är de gjorda ställningstagandena emellertid tillämpliga även beträffande legitimation.

I publicerad svensk *rättspraxis* tycks inte finnas några fall som aktualiserat hithörande frågor.

VII. SAMMANFATTNING OCH VÄRDERINGAR

Diskussionen och ställningstagandena i doktrin och rättspraxis avser huvudsakligen sådana fall, där skiljaktigheten mellan forumlandets och det främmande *lex causae*-landets uppfattning hänför sig till äktenskapets *giltighet*. Även i det följande ställes dessa fall i förgrunden. I någon mån uppmärksammas dock även situationer där skillnaden mellan de båda ländernas uppfattning hänför sig till äktenskapets *bestånd*.

A. ÄKTESKAPET GILTIGT ENLIGT FORUMRÄTTENS IP-REGLER, OGILTIGT ENLIGT LEGIS CAUSAE MOTSVARANDE REGLER

Beträffande dessa fall råder det i doktrin och rättspraxis relativt stor enighet om att forumrättens ståndpunkt bör lända till efterrättelse. Till detta resultat kommer också många av *lex causae*-principens anhängare, vilka här gör undantag från sin huvudregel. Den motsatta åsikten hävdas endast av några författare i doktrinen samt i vissa fall från tysk praxis, vilka åtminstone numera inte är representativa för tysk uppfattning.

Den härskande läran överensstämmer med min egen principiella uppfattning om Vorfrage-problemets lösning. Något skäl att här frångå denna uppfattning finns inte.

¹¹⁴ Gihl 1950: 154 f.

¹¹⁵ *Eek* IPR 181 (med not 51).

B. ÄKTENSKAPET OGILTIGT ENLIGT FORUMRÄTTENS IP-REGLER,
GILTIGT ENLIGT LEGIS CAUSAE MOTSVARANDE REGLER

1. Beträffande dessa fall är meningarna i doktrin och praxis starkt delade. *Lex causae*-lösningen har här talrika anhängare, även bland författare som eljest inte ansluter sig till densamma. Den synes sålunda överväga i österrikisk, schweizisk, engelsk och svensk doktrin och har stöd i österrikisk, engelsk och i någon mån tysk praxis. På *lex fori*-lösningens ståndpunkt står på det hela taget fransk och belgisk rätt samt större delen av den tyska doktrinen och flertalet fall ur tysk praxis. *Lex fori*-lösningen har också anhängare i österrikisk, schweizisk och engelsk doktrin.

2. I tysk och österrikisk doktrin finns vissa tendenser att göra skillnad mellan äktabörds- och legitimationsfall. Kollisionsnormen beträffande äkta börd — med sin hänvisning till lagen i det land »der Ehemann der Mutter» tillhör — anses förutsätta ett från forumrättens synpunkt giltigt äktenskap (frågan härom betecknas som en »Erstfrage»). Ett Vorfrage-problem skulle därför kunna uppkomma endast i legitimationsfall. I den mån en *lex causae*-lösning härvid förordas, blir konsekvensen i nu aktuella fall, att barn som fötts *före* äktenskapet anses ha fått äkta börd genom legitimation (eftersom äktenskapet är giltigt enligt faderns *lex patriae*), medan de barn som fötts *under* äktenskapet skulle sakna äkta börd (eftersom äktenskapet är ogiltigt enligt forumrättens kollisionsnormer). Detta är, såsom vi har sett, den ståndpunkt Schwind de lege lata ser sig nödsakad att inta för österrikisk rätts del.

Distinktionen Vorfrage-»Erstfrage» har kritiserats i den allmänna delen av avhandlingen (ovan kap. V s. 129 ff). Det resultat distinktionen för till i här avsedda fall synes närmast absurt¹¹⁶ och utgör ytterligare ett stöd för den anförda kritiken. Uppenbarligen bör frågan om äktenskapets giltighet lösas enligt *samma* metod — oavsett vilkendera som väljes — för äkta börd och legitimation. Under alla förhållanden synes det omöjligt att acceptera en skillnad, enligt vilken barn som fötts före äktenskapet skulle få äkta börd men inte de som fötts under äktenskapet. Om det i här aktuella fall anses lämpligt och önskvärt att äktenskapet med stöd av *legis causae* kol-

¹¹⁶ Jfr Raape IPR 383 not 159: »Es wäre das ein Nonsens.»

lisionsrätt behandlas som giltigt, bör denna lösning genomföras även beträffande äkta börd.

De som menar, att lydelsen av kollisionenormen beträffande äkta börd utgör hinder härför, genomför f.ö. inte alltid denna tankegång i dess vidare konsekvenser. Om kollisionenormen beträffande äkta börd förutsatte ett enligt forumlandets betraktelsesätt giltigt äktenskap, skulle den inte heller kunna tillämpas beträffande de nedan i § 4 behandlade frågorna huruvida och under vilka förutsättningar barnet kan få äkta börd *trots* äktenskapets ogiltighet. Denna konsekvens tages emellertid ingalunda alltid. Fastmera anses det i en mycket stor del av bl.a. den tyska och österrikiska doktrinen, att kollisionenormen om äkta börd är tillämplig beträffande nämnda frågor. I detta sammanhang läses kollisionenormen som om den hänvisade till *faderns lag* (således på samma sätt som kollisionenormen beträffande legitimation); man bortser från uttrycket »Ehemann der Mutter». Men om en sådan läsning kan gå för sig vid dessa frågor, är det svårt att se varför den inte skulle vara möjlig också i det här aktuella sammanhanget.

En *lex causae*-lösning på Vorfrage-problemet i äktabördsfall bör således enligt min mening inte uteslutas redan av logiska skäl. Men härmed är inte sagt, att denna lösning bör föredras. Från min utgångspunkt blir frågan såväl i äktabörds- som i legitimationsfall denna: Finns det i de här aktuella fallen särskilda positiva skäl för en *lex causae*-lösning, vilka kan motivera ett undantag från den såsom huvudregel uppställda *lex fori*-principen?

Härvid får bortses från de skäl för *lex causae*-principen som hänför sig till Vorfrage-situationer i allmänhet och som även i detta sammanhang brukar anföras av dem som förordar en *lex causae*-lösning, nämligen *att* densamma skulle svara mot kravet på en »riktig» eller »begreppstrogen» användning av den främmande rätten, *att* den skulle medföra att en enda lag bleve tillämplig beträffande rättsförhållandet i dess helhet och en kollisionrättslig spaltning således undveks *samt att* den skulle medföra fördelar beträffande internationell enhetsbedömning. Dessa skäl liksom de motstående hänsyn som i allmänhet talar för *lex fori*-principen har kritiskt granskats och överbägts redan i den allmänna delen.

3. Den synpunkt som härvid kommer i betraktande är, att en *lex causae*-lösning i hithörande fall skulle svara mot den internrättsliga tendensen till *favor legitimitatis*, vilken i högre eller lägre grad torde vara tillfinnandes i samtliga här behandlade länder. Utan tvivel är denna synpunkt avgörande för en stor del av den doktrin och rättspraxis som här sluter upp kring *lex causae*-lösningen.

Ibland framställes denna lösning som en logisk följd av det (antagna) förhållandet, att barnet i alla händelser — även om äktenskapet är ogiltigt såväl i forumlandet som i det främmande landet — får äkta börd, därest bordsstatutet innehåller en bestämmelse, enligt vilken barnet trots äktenskapets ogiltighet har denna status.¹¹⁷ A fortiori skulle barnet då ha äkta börd, om detta kan grundas på att bordsstatutet anser äktenskapet giltigt.

I detta resonemang, vilket i svensk doktrin framförts av Hult (se ovan under VI s. 334 f), framträder favor legitimitatis-sympatierna väl inte öppet. Icke desto mindre synes en dylik inställning vara en förutsättning för att slutsatsen skall bli tvingande. Några logiska skäl för lex causae-lösningen, vilka är oberoende av favor legitimitatis-tendensen, finns inte.

Detta framgår tydligt, om man tänker sig motsvarande resonemang applicerat i ett omvänt fall: Ibland kan ett barn på grund av en bestämmelse i bordsstatutet — t.ex. en regel om beräkning av legal konceptionstid, vilken skiljer sig från motsvarande regel i lex fori — komma att sakna äkta börd, ehuru föräldrarnas äktenskap betraktas som giltigt såväl i forumlandet som i det främmande landet. Med samma logik som i resonemanget ovan skulle man då kunna säga, att barnet a fortiori borde sakna äkta börd i det fall, att detta resultat kan grundas redan på att bordsstatutet, i motsats till lex fori, betraktar äktenskapet som ogiltigt. Skillnaden mot resonemanget ovan är blott, att slutsatsen här inte är i linje med favor legitimitatis-tendensen (utan snarare med dess motsats). I detta fall torde det emellertid genast vara klart, att slutsatsen inte alls är tvingande. Doktrin och rättspraxis intar ju också i alldeles övervägande mån den ståndpunkten, att den främmande rättens uppfattning av äktenskapet såsom ogiltigt inte skall ha företräde framför forumrättens motsatta uppfattning.

Huruvida lex causae-lösningen bör föredras i här aktuella fall är således inte en fråga av logisk natur utan ett spörsmål om värderingar. Enligt min mening talar övervägande skäl *mot* att låta favor legitimitatis-tendenserna i den interna rätten bestämma Vorfrage-problemets lösning. Om man överhuvud för in dylika materiellrättsliga hänsyn i den IP-rättsliga diskussionen, uppkommer genast nya svårigheter. Hur långt skall man gå i denna riktning? Det är inte givet, att man skall stanna just vid en lex causae-lösning på Vorfrage-problemet. Andra alternativ, mer eller mindre vittgående än detta, kan med lika stort — eller lika litet — fog ifrågasättas. Så-

¹¹⁷ Beträffande denna diskutabla premis för resonemanget se nedan i § 4.

dana alternativ, sinsemellan mycket olika, har också föreslagits i doktrinen. Hänvisas kan här till Lauterbach (ovan under I s. 308 f) och Schwind (ovan kap. IV s. 111 f). Även dessa författares lösningsförslag är inspirerade av en favor legitimitatis-strävan. Härtill kommer att doktrinen på olika sätt beaktar denna synpunkt vid ställningstagandet till de nedan i § 4 behandlade frågorna om ogiltighetens verkan för barnens ställning.¹¹⁸

Det går knappast att utan godtycke träffa ett val mellan de skilda möjligheter som sålunda finns att på det IP-rättsliga planet tillgodose favor legitimitatis-tendensen. Risker för nationella »partikularismer» är ofrånkomliga, om den internationella privaträtten skall styras av internrättsliga hänsyn. Detta synes vara ett gott skäl att försöka bortse från dessa hänsyn vid ställningstagandet till de IP-rättsliga frågorna.

Härtill kommer så en synpunkt av helt annan art. Favor legitimitatis-resonemang utgår från tanken att det gäller att träffa den för barnet förmånligast möjliga lösningen. Emellertid är det inte alltid så, att barnet gynnas av äktabördspresumtionen. Ej sällan kan det förhålla sig tvärtom. Så t.ex. kan äktabördspresumtionen utgöra hinder för resande av anspråk mot tredje person, som är barnets verkliga fader.

Denna synpunkt, som åtminstone i svensk rätt torde vara nog så betydelsefull,¹¹⁹ är i förevarande sammanhang särskilt av intresse i sådana fall, där barnets äkta börd är beroende av hur man ställer sig till en föregående *skilsmässa* (vilken ägt rum så lång tid före barnets födelse, att barnet inte kan ha avlats dessförinnan). I dessa fall har barnet regelmässigt annan fader än mannen i det upplösta äktenskapet. Om barnet likväl tillerkändes äkta börd under motivering att skilsmässan inte betraktas som giltig i mannens hemland, är det svårt att se att detta kan vara förmånligt för barnet. Under alla omständigheter synes det inte rådligt att välja denna lösning, som regelmässigt skulle ge upphov till en oriktig faderskapspresumtion.

Troligen har man i doktrin och rättspraxis, i den mån en *lex causae*-lösning på Vorfrage-problemet där förordats, i allmänhet heller inte tänkt på situationer av detta slag. Vad man haft i tankarna

¹¹⁸ Se § 4 I C 2 s. 351 f (Raape), I C 4 s. 355 f (Raape m.fl.), II s. 359 och 364 (fransk doktrin) samt III C s. 366 (Schwind).

¹¹⁹ Jfr beträffande intern svensk rätt t.ex. Malmström Föräldrarätt 50 f och Walin FB 24.

synes nästan uteslutande vara fall där den äkta börden beror på *äktenskapets* giltighet. I dessa fall föreligger inte samma risker för äktabördspresumtionens oriktighet som då bördsfrågan är beroende av inställningen till en skilsmässa. Emellertid synes det från systematisk synpunkt otillfredsställande att tänka sig olika lösningar på Vorfrage-problemet i de båda fallen. Om den främmande *lex causae* inte lämpligen bör få »ta över» *lex fori* vid skiljaktiga uppfattningar om äktenskapets bestånd, bör den heller inte få göra det när skiljaktigheten hänför sig till äktenskapets giltighet.

Min slutsats blir således, att *lex fori*-principen bör upprätthållas ograverad även i förevarande fall.

§ 3. TILLÄMPLIGT BÖRDS- RESP. LEGITIMATIONSSTATUT VID HALTANDE ÄKTENSKAP

I. DOKTRIN OCH RÄTTSPRAXIS

I de fall där föräldrarnas äktenskap enligt forumlandets kollisionnormer är giltigt men enligt den främmande *legis causae* kollisionnormer ogiltigt skall, såsom framgått i § 2, enligt härskande lära — till vilken jag för egen del anslutit mig — forumlandets egen uppfattning lända till efterrättelse vid börds- resp. legitimationsfrågans avgörande. Det vidare spörsmålet huruvida börds- resp. legitimationsstatutet härefter skall tillämpas i vanlig ordning beträffande förutsättningarna i övrigt för den äkta börden resp. legitimationen eller om en dylik »fiktiv» tillämpning bör avböjas, har i doktrin och rättspraxis ganska sällan diskuterats eller blivit föremål för uttryckliga ställningstaganden.

De författare i tysk doktrin — i synnerhet *Frankenstein* och *Neuhaus* — vilka i allmänhet ställer sig avvisande till användning av en främmande *lex patriae* beträffande rättsverkningarna av ett från denna lags synpunkt ogiltigt äktenskap, säger i detta sammanhang ingenting om äkta börd eller legitimation.¹²⁰ Förmodligen är

¹²⁰ Jfr ovan kap. VI § 2 II s. 176, VB s. 183 och VI s. 184.

meningen, att dessa rättsverkningar inte skall beröras av de undantagsregler som de nämnda författarna föreslår vid haltande äktenskap, m.a.o. att främmande *lex patriae* här skall kunna tillämpas »fiktivt».

Till denna ståndpunkt ansluter sig uttryckligen *Raape*¹²¹ i sin polemik mot den motsatta mening som tidigast gjorde sig gällande beträffande mål om skilsmässa och som senare kom att omfatta även vissa andra typer av mål. Om t.ex. två greker gift sig i civil form i Hamburg, skall enligt *Raape* frågan huruvida barnen i detta äktenskap har äkta börd — fränsett spörsmålet om äktenskapets giltighet, vilket är att besvara jakande med stöd av EG art. 13 III — i vanlig ordning bedömas enligt grekisk rätt såsom den äkta mannens *lex patriae*, oavsett att äktenskapet från grekisk rätts synpunkt är ogiltigt och barnen enligt grekisk rätt redan på denna grund saknar äkta börd. Man har helt enkelt att tillämpa grekisk rätt med bortseende från dess innehåll i sistnämnda del.

Raapes ståndpunkt har vunnit anslutning hos den tyska doktrinen i övrigt, såvitt frågan där har behandlats.¹²² Veterligen finns det inte något ställningstagande i motsatt riktning.

På liknande sätt förhåller det sig i tysk rättspraxis. Frågan synes där aldrig uttryckligen ha ställts. Faktiskt har domstolarna emellertid genomgående förfarit på det sätt som rekommenderats av *Raape* m.fl. Sålunda har mannens främmande *lex patriae* i bördsmål ansetts bestämmande beträffande t.ex. samlagspresumtionen och beräkningen av den legala konceptionstiden såsom moment i frågan om uppkomsten och hävandet av äktabördspresumtionen, oaktat barnet från den främmande rättens synpunkt utan vidare saknat äkta börd på grund av äktenskapets ogiltighet i det främmande landet.¹²³ Och i legitimationsmål har den främmande rätten på motsvarande sätt ansetts avgörande, såvitt angått förekomsten överhuvud av institutet *legitimatio per subsequens matrimonium* även som institutets närmare förutsättningar, ehuru äktenskapet från den

¹²¹ *Raape* 1934: 2952 f, *Recueil* 487 samt IPR 296 f.

¹²² *Henrich* 1958: 123 not 13, *Kegel* IPR 307 samt *Kommentar* 824 (Bem. 5) och 884 (Bem. 21), *Marquardt* i *Erman Anm.* 5 till EG art. 18, *Rabel* I 565 (jfr 581), *Serick* 1956: 240. Jfr också *Balogh* 578.

¹²³ *BayObLG* 8.10.1963 och *OLG Düsseldorf* 17.4.1964. Jfr även *LG Wuppertal* 27.9.1963 (sista stycket).

främmande rättens synpunkt varit ogiltigt (och legitimation av detta skäl utesluten) eller utan att det undersökts hur därmed förhållit sig.¹²⁴ De vanliga kollisionsnormerna har alltså upprätthållits i hit-hörande fall; främmande rätt har tillämpats »fiktivt».

Samma ståndpunkt har också kommit till uttryck i schweizisk och österrikisk doktrin.¹²⁵ Sålunda har *Aubert* och *Schwind* behandlat motsvarigheter till Raapes ovannämnda exempel, nämligen att två greker ingått civiläktenskap i Schweiz resp. Österrike. Barnen i sådana äktenskap får enligt de nämnda författarna äkta börd, såvitt förutsättningarna i grekisk rätt är uppfyllda, med bortseende allenast från den grekiska rättens uppfattning av äktenskapet såsom ogiltigt. Det ifrågasattes inte att den grekiska rättens vägran att erkänna äktenskapet skall medföra, att den även i övrigt uteslutes från tillämpning i målet.

Annorlunda ligger frågan möjligen till i *fransk* rätt. Särskilt i den franska doktrinen är det, såsom tidigare nämnts, en vanlig åsikt att spörsmål om äkta börd och legitimation kollisionsrättsligt bör behandlas som en del av eller i vart fall på samma sätt som äktenskaps rättsverkningar i personligt hänseende. Och beträffande dessa — »les effets du mariage» — tenderar doktrinen och i någon mån rättspraxis, såsom framgått i kap. IX (s. 283 f), att skjuta främmande rätt åt sidan, om den för sin del betraktar äktenskapet som ogiltigt, och att i stället (åtminstone i de praktiskt viktigaste fallen, där äktenskapet ingåtts i Frankrike) gripa tillbaka på konstruktionen »mariage français». Indirekt synes detta vara ett visst stöd för ett dylikt förfarande även beträffande äkta börd och legitimation. Uttryckliga ställningstaganden i denna riktning förekommer också i doktrinen,¹²⁶ ehuru endast sparsamt. I fransk rättspraxis har frågan inte varit aktuell.

¹²⁴ OLG Hamm 18.9.1954, LG Hamburg 3.7.1961, LG Berlin 12.9.1955, OLG Hamm 10.11.1958 samt AG Hamburg 12.7.1962, 13.11.1963 (i de fyra sistnämnda fallen framgår det inte med säkerhet, om äktenskapet var giltigt eller ogiltigt i faderns hemland) och 27.4.1966.

¹²⁵ Aubert 1955: 107 f, Schwind 1965: 166 (uttryckligen också beträffande legitimation). Se i österrikisk doktrin även Köhler 84.

¹²⁶ Louis-Lucas 1951: 610 (jfr dock Louis-Lucas R 1957: 167 ff) och Lagarde Ordre public 76 not 114.

II. SAMMANFATTNING OCH VÄRDERINGAR

Uttryckliga ställningstaganden till här aktuella frågor förekommer ganska sällan. Bortsett från fransk doktrin, vilken här liksom i andra sammanhang torde vara benägen att tillgripa konstruktionen »mariage français», synes undantag från de ordinära kollisionsnormerna inte ha rekommenderats i hithörande fall. Förmodligen utgår doktrin och rättspraxis i allmänhet från att de vanliga reglerna skall gälla, m.a.o. att främmande rätt skall kunna tillämpas »fiktivt» såsom börds- eller legitimationsstatut. De uttryckliga ställningstaganden som finns, främst i tysk doktrin, och de tyska domstolarnas praxis går genomgående i denna riktning.

Denna lösning överensstämmer med min egen i kap. VI angivna allmänna ståndpunkt till problem av förevarande typ. Tillräckliga skäl att här frångå denna ståndpunkt torde inte finnas. Jag ansluter mig därför till den ovan såsom härskande antagna uppfattningen.

Påpekas må att det, såsom särskilt betonats i fransk doktrin, i och för sig synes ligga nära till hands att välja samma kollisionsrättsliga lösning i dessa fall som beträffande äktenskapets personliga rättsverkningar. Om man i sistnämnda hänseende anslöt sig till den särskilt i fransk rätt vanliga meningen, enligt vilken främmande rätt inte bör tillämpas »fiktivt», kunde värderingen även beträffande äkta börd och legitimation därför tänkas utfalla annorlunda än här skett.

§ 4. KAN BARNET FÅ ÄKTA BÖRD (LEGITIMERAS) TROTS OGILTIGHETEN AV FÖRÄLDRARNAS ÄKTENSKAP?

I. TYSK RÄTT

A. »NICHTEHE» UTESLUTER ÄKTA BÖRD (LEGITIMATION)

I tysk doktrin och rättspraxis möter ej sällan den uppfattningen, att äkta börd och legitimation — liksom andra rättsverkningar av äktenskap — är begreppsmässigt uteslutna i fall av »Nichtehe».¹²⁷

¹²⁷ Se i doktrinen Kegel IPR 306 f och Kommentar 823 f (Bem. 3, 5). Jfr även Henrich 1958: 123 och Hoffmeyer 1957: 409 not 27. I rättspraxis märkes särskilt

I och med att föräldrarnas äktenskap konstaterats vara ett »Nichtehe», har det sålunda utan vidare efterforskningar ansetts klart att barnen saknat äkta börd. Den kollisionsrättsliga frågan vilken rättsordning som skall bestämma konsekvenserna av ogiltigheten för barnens del har överhuvud inte ställts. Så t.ex. heter det i det förut (§ 2 s. 310) omnämnda Bundesgerichtshof-avgörandet från 1965, där ett äktenskap mellan greker, vilket ingåtts med ortodox vigsel i Tyskland, befanns ogiltigt:

Fehlt es im Zeitpunkt der Geburt eines Kindes an einer von der deutschen Rechtsordnung anerkannten Eheschliessung der Eltern, so kann auch dem Kind nicht der Status eines ehelichen Kindes zugesprochen werden.

Denna uppfattning kan sägas vara en motsvarighet till den som var rådande i äldre engelsk rättspraxis beträffande äkta börd och som omnämnts ovan i § 2 s. 327 ff. Den innebär att en *internrättslig* regel — här den tyska regeln att ett »Nichtehe» utesluter äkta börd och legitimation — s.a.s. transponeras på det IP-rättsliga planet och gör en kollisionsrättslig regel obehövlig. Förfaringssättet torde gå tillbaka på antagandet att främmande rätt stämmer överens med tysk rätt på denna punkt, att ett »Nichtehe» inte *kan* behandlas på annat sätt än som sker i tysk intern rätt.¹²⁸

Detta antagande stämmer emellertid inte alltid. I inledningen till detta kapitel (s. 296) har t.ex. nämnts att enligt nuvarande engelsk rätt barnen kan få äkta börd, under förutsättning av god tro hos föräldrarna, även vid ett »void marriage», den närmaste motsvarigheten till ett »Nichtehe».

Den rubricerade uppfattningen synes numera ej heller vara den som vanligen kommer till uttryck i tysk doktrin och praxis. Oftast torde man anse, att frågan om barnens ställning även vid ett »Nichtehe» innefattar ett verkligt kollisionsrättsligt problem. Och framför allt har denna uppfattning varit den rådande, när det gäller att bestämma barnens ställning efter ogiltigförklaring av ett »*nichtige Ehe*». Här synes det aldrig ha ifrågasatts att barnen utan vidare

RG 16.2.1914 (referat ovan § 2 s. 309; kritisk mot rättsfallet i denna del Frankenstein IV 14 not 26), BayObLG 22.3.1924, OLG Celle 5.6.1963, BGH 22.1.1965 (se härur citatet nedan i texten; kritiskt Neuhaus 1965: 542 f) och BayObLG 4.1.1966. Ev. kan dessa rättsfall också förklaras på så sätt, att tysk rätt varit »Ehenichtigkeitsstatut», jfr nedan under C.

¹²⁸ Se särskilt Henrich 1958: 123.

skulle sakna äkta börd (en uppfattning som ju också är främmande för intern tysk rätt).

I den mån en verklig kollisionrättslig frågeställning sålunda ansetts föreligga, har i doktrin och rättspraxis två olika lösningsalternativ förordats. Dessa behandlas nedan under B och C.

B. BÖRDSSTATUTET (LEGITIMATIONSSTATUTET) TILLÄMPLIGT

Det traditionella och väl allttjämt vanligaste betraktelsesättet i tysk *doktrin* är, att det här föreligger ett spörsmål om de närmare förutsättningarna i ett visst hänseende för äkta börd (legitimation). Enligt detta betraktelsesätt bör det vara börds- resp. legitimationsstatutets sak att avgöra, huruvida det för äkta börd resp. legitimation skall krävas ett giltigt äktenskap eller inte.¹²⁹ Frågan skall m.a.o. behandlas på samma sätt som förutsättningarna i allmänhet för den äkta börden (legitimationen), vilka ju hör under bördsstatutets (legitimationsstatutets) kompetens.

Såsom bördsstatut fungerar härvid den lag som anvisas i EG art. 18, eller rättare sagt i den på grundval av EG art. 18 bildade allsidiga kollisionsnormen. Av intresse är det förut nämnda förhållandet, att ifrågavarande kollisionsnorm i detta sammanhang formuleras så, att den *inte* kommer att förutsätta ett giltigt äktenskap (eljest kunde den ju inte tillämpas i den här aktuella situationen, som utmärkes just av att äktenskapet är ogiltigt). Kollisionsnormen läses — med avvikelse från ordalydelsen i EG art. 18, vilken talar om en »Ehemann der Mutter» — som om den hänvisade till lagen i det land barnets *fader* eller den *påstådde* äkta mannen (»der Pseudogatte», »der vermeinte Ehemann», »der fiktive Ehemann», »der hypothetische Ehemann»)¹³⁰ tillhör vid tiden för barnets födelse.

Beträffande *rättspraxis* kan skiljas mellan fall av »nichtige Ehe» (1) och »Nichtehe» (2).

¹²⁹ Så Ficker 1955: 262 f, Firsching 1954 sp. 643, Frankenstein I 235 f, III 217 och IV 12 ff, 153, Gutzwiller 1932: 88, Henrich 1958: 123 f, Lewald IPR 130, Nussbaum IPR 172 (not 3), Rabel I 550, 568 ff, 580 f (avser delvis engelsk och amerikansk rätt), Serick 1956: 233, Wengler 1955: 114 f och JR 1963: 41, 43, Wolff IPR 213, Zitelmann 751 f, 874, Zweigert 1955: 439, 442.

¹³⁰ Uttrycken är hämtade från Wolff IPR 213 (»der Pseudogatte»), Frankenstein IV 13 (»der vermeinte Ehemann») och Neuhaus 1965: 542 (»der fiktive oder hypothetische Ehemann»).

1. Vad angår »*nichtige Ehen*», finns det en del fall, i vilka tysk domstol efter ogiltigförklaring av ett äktenskap, där mannen varit utländsk medborgare, fått ta ställning till de i äktenskapet födda barnens bördsrättsliga status.

Ett exempel är följande fall, avgjort av Kammergericht år 1921:¹³¹

M, en katolsk österrikare, hade först varit gift i Österrike. I detta äktenskap hade en österrikisk domstol dömt till hemskillnad (»*Scheidung von Tisch und Bett*»). Sedan M flyttat till Berlin och övergått till den evangeliska kyrkan, hade han — ehuru skilsmässa ej kommit till stånd (sådan kunde makarna ej erhålla enligt dåvarande österrikisk rätt) — lyckats ingå ett nytt äktenskap. Detta äktenskap, i vilket det fanns ett barn, hade sedermera ogiltigförklarats av tysk domstol, eftersom det första äktenskapet alltjämt ägde bestånd. Barnet förde nu talan mot M med yrkande att icke stå under hans »*elterliche Gewalt*». Frågan var beroende av om barnet hade äkta börd eller ej.

Kammergericht fann österrikisk rätt tillämplig på denna fråga (liksom överhuvud på rättsförhållandet mellan mannen och barnet, jfr EG art. 19). Utöver vad som uttryckligen reglerats i EG art. 18, gällde nämligen enligt härskande mening den allmänna grundsatsen, att ett barns äkta börd bestäms av lagen i den stat fadern tillhör vid tiden för barnets födelse. Fortsättningsvis konstaterade Kammergericht, att enligt (dåvarande) österrikisk rätt för äkta börd vid »*nichtige Ehe*» krävdes att en av föräldrarna varit i »*schuldlose Unwissenheit*» om det föreliggande äktenskapshindret, att modern inte känt till M:s första äktenskap och att ifrågavarande förutsättning därför in casu var uppfylld samt att fadern enligt österrikisk rätt — på denna punkt i motsats till dåvarande tysk rätt — hade »*elterliche Gewalt*» över barnet, fastän han själv varit i ond tro beträffande äktenskapets giltighet. Slutet blev därför, att barnets talan lämnades utan bifall.

Av motiveringen till denna dom framgår klart, att österrikisk rätt tillämpats beträffande barnets ställning i sin egenskap av bördsstatut (faderns *lex patriae* vid barnets födelse). Inga andra alternativ synes ha övervägts.

Samma lösning har domstolarna stannat för i ett par fall från 1930-talet, däribland ett som avgjordes av Reichsgericht.¹³² I detta fall var barnet fött i ett äktenskap mellan en rumänsk medborgare och en tyska. Sedan detta äktenskap ogiltigförklarats av tysk domstol, yrkade mannen att barnet i följd härav skulle anses sakna äkta börd. Detta yrkande ogillades av Reichsgericht med stöd av rumänsk rätt. Av domsmotiveringen framgår, att den främmande rätten tillämpats i sin egenskap av bördsstatut. Av intresse är, att Reichs-

¹³¹ KG 9.12.1921.

¹³² KG 27.2.1931, RG 11.11.1937.

gericht här uttryckligen tog avstånd från det nedan under C behandlade lösningsalternativet, nämligen tillämpning av den lag i kraft varav föräldrarnas äktenskap förklarats ogiltigt, »das Ehenichtigkeitstatut». Denna lösningsmetod hade mannen, under åberopande av en i doktrinen av Raape framförd mening, gjort sig till talesman för.¹³³

Veterligen finns det i tysk praxis inte något fall, där barnens ställning efter ogiltigförklaring av ett »nichtige Ehe» bestämts på annat sätt än av bordsstatutet. Den förefintliga praxis — som säkerligen äger motsvarande tillämplighet beträffande legitimation — synes alltså i denna del entydig.

Helt säkert är det dock knappast att samma linje kommer att följas framdeles. Inget av de rättsfall som stöder tillämpningen av bordsstatutet är av nyare datum. Och såsom vi senare skall se, finns det i nyare doktrin och praxis en viss tendens att föredra det nedan under C behandlade lösningsalternativet, tillämpning av »das Ehenichtigkeitstatut». I rättspraxis har denna tendens hittills kommit till uttryck endast i »Nichtehe»-fall. Tänkbart är emellertid, att den kan komma att göra sig gällande även vid »nichtige Ehen», när dylika situationer framdeles aktualiseras i praxis.

2. Vad härefter angår »Nichtehe»-situationerna, har tillämpning av bordsstatutet beträffande barnens ställning även här visst stöd i rättspraxis. En dylik tillämpning ägde rum i följande fall, avgjort av Kammergericht år 1937:¹³⁴

Barnet var här fött i en förbindelse mellan två ryska emigranter, båda numera statslösa, vilka år 1920 hade sammanvigts av rysk präst i Tyskland. Sedan föräldrarna separerat, hade på begäran av modern förmyndare förordnats för barnet. Häröver besvarade sig fadern. Utgången var beroende av barnets äkta börd. Om barnet hade äkta börd, stod det nämligen under faderns »elterliche Gewalt» och fanns det inget utrymme för förmyndarförordnande.¹³⁵

¹³³ Emellertid skulle av vissa skäl även den av mannen påstådda regeln, enligt vad som fastslogs av RG i motsats till vad som hävdats från mannens sida, in casu ha lett till tillämpning av rumänsk rätt: »Dieser Angriff der Rev. geht fehl. Auch wenn der von Raape im Gegensatz zur h.M. (=herrschenden Meinung) vertretenen Ansicht zu folgen wäre, so würde sie doch hier ebenfalls zur Anwendung rumänischen Rechts führen — — —.»

¹³⁴ KG 9.7.1937.

¹³⁵ Se härom i tysk rätt BGB § 1773.

Beträffande först äktenskapets giltighet fann Kammergericht denna fråga skola besvaras nekande med stöd av EG art. 13 III. Emellertid borde, anförde domstolen vidare, sistnämnda lagrum såsom specialiserad ordre public-klausul tolkas restriktivt. Bestämmelsen borde inte få medföra, att tillämpningen av tysk rätt utsträcktes jämväl till spörsmålet om konsekvenserna av äktenskapets ogiltighet för barnets ställning. Beträffande denna fråga vore i stället, efter analogi från EG art. 18, faderns *lex patriae* — resp., med beaktande av (dåvarande) EG art. 29, hans senaste *lex patriae* — tillämplig. Spörsmålet blev därmed, huruvida enligt rysk rätt ett barn som fötts i ett ogiltigt äktenskap var att anse som »ehelich». Så var enligt Kammergericht förhållandet. Som detta resultat ej heller kunde anses stridande mot tysk ordre public, upphävdes åtgärden att förordna förmyndare för barnet.

I nyare tysk praxis — vilken huvudsakligen avser fall där mannen varit grekisk eller spansk medborgare och vigseln förrättats i Tyskland av ortodox resp. katolsk präst — finns också vissa uttalanden till förmån för tillämpning av den främmande rätten, i dess egenskap av bördsstatut, beträffande barnens ställning.¹³⁶ I dessa fall har frågan dock inte ställts på sin spets; barnen har saknat äkta börd oavsett vilken lösning som valts på det här aktuella IP-rättsliga spörsmålet.

C. »DAS EHENICHTIGKEITSSTATUT» TILLÄMPLIGT

1. Enligt ett annat betraktelsesätt i tysk doktrin och praxis betonas framför allt, att frågan om barnens ställning vid ogiltigt äktenskap är ett spörsmål om den närmare innebörden (rättsverkningarna) av äktenskapets ogiltighet. Med detta betraktelsesätt blir inte börds- resp. legitimationsstatutet adekvat lag att bestämma i frågan. Till tillämplighet anmäler sig i stället *den lag i kraft varav äktenskapet befunnits ogiltigt*, »das Ehenichtigkeitstatut»; i det följande använder jag ibland ordet *ogiltighetsstatut* såsom motsvarande svenska term.

»Das Ehenichtigkeitstatut» är i tysk rätt alltid = den lag som enligt tyska kollisionsnormer *bort* iaktas vid äktenskapets ingående, i materiellt och/eller formellt hänseende, men som faktiskt inte blivit iakttagen. Det är nämligen den överträdde lagen — »das verletzte Recht» — som äger bestämma sanktionerna, inklusive ogiltighet, för

¹³⁶ LG Wuppertal 27.9.1963 (i.f.), OLG Celle 5.11.1964 (i.f.).

överträdelsen. Såsom ogiltighetsstatut kan därför ifrågakomma an-
tingen mannens eller hustruns *lex patriae* vid vigseln eller *lex loci*
celebrationis, beroende på om det är en materiell eller en formell
brist som vidlåder äktenskapet och, i förstnämnda fall, vilkendera
kontrahenten den hänför sig till.¹³⁷

Ett exempel: Ett äktenskap mellan en grek och en tyska har
ingåtts i Tyskland inför ortodox präst. Detsamma är från tysk
synpunkt ogiltigt på grund av formfel. Här är tysk rätt, vars vigsel-
form enligt EG art. 13 bort iaktas och som sanktionerar över-
trädelsen med ogiltighet, »Ehenichtigkeitsstatut». Konsekvenserna
för barnens ställning av äktenskapets ogiltighet skall därför bestä-
mas av tysk rätt, inte — såsom enligt den under B behandlade
lösningssmetoden — av grekisk rätt (som är bordsstatut).

2. Tillämpning av »das Ehenichtigkeitsstatut» har i tysk *doktrin*
sedan länge förordats av *Raape*, såväl beträffande äkta börd som
beträffande legitimation.¹³⁸ Till *Raapes* ståndpunkt har senare flera
andra författare anslutit sig. Dessa författare, bl.a. *Beitzke*, *Dölle*,
Kegel, *Lauterbach* och *Marquardt*,¹³⁹ har dock behandlat endast
äktabördsfall.

Som huvudskäl för ifrågavarande lösningssmetod brukar anföras,
att den leder till att frågan om betydelsen av äktenskapets ogiltighet
blir bedömd enligt *samma* lag beträffande alla barn i samma för-
bindelse och att barnen därför ställs *lika* i bördshänseende. Däremot
ger tillämpning av bordsstatutet inga garantier härför. Anledningen
härtill är, att bordsstatutet enligt EG art. 18 (resp. den på grundval
härav bildade allsidiga kollisionsnormen) bestäms beträffande varje
barn för sig, med hänsyn till faderns nationalitet vid resp. barns
födelse. Om fadern under äktenskapet växlar nationalitet, blir så-
ledes skilda lagar tillämpliga såsom bordsstatut beträffande de
barn som fötts före och efter nationalitetsväxlingen. Till följd härav
kan det också hända att barnen får olika ställning. Ett exempel:

¹³⁷ EG art. 11 och 13 och *lex. Raape* IPR 241.

¹³⁸ *Raape* Kommentar 451 f, 570, *Recueil* 488 f, 1948: 99 samt IPR 343 f. *Raape*
gör dock ett undantag från den angivna ståndpunkten. se nedan s. 351 f.

¹³⁹ *Beitzke* i *Achilles-Greifff* Anm. 4 till EG art. 18, *Dölle* 1954: 142 f, *Kegel*
IPR 270 f, 307 och Kommentar 741 (Bem. 82), 823 f (Bem. 3, 5) (*Kegels* uttalanden
avser dock endast läget vid »nichtige Ehen»; beträffande »Nichtehen» jfr ovan
vid not 127), *Lauterbach* 1955: 34 f, *Marquardt* i *Erman* Anm. 4 c) till EG art. 13
och Anm. 5 till EG art. 18. Se också *Balogh* 579.

En tyska har gift sig med en italienare. Denne har senare blivit naturaliserad tysk medborgare. Barn har fötts i äktenskapet dels före, dels efter faderns nationalitetsväxling. Senare upptäcks att det beträffande hustrun förelegat ett upplösande äktenskapshinder enligt tysk rätt, som är tillämplig beträffande äktenskapets materiella förutsättningar, såvitt henne angår. I anledning härav förklaras äktenskapet ogiltigt med stöd av tysk rätt såsom »Ehenichtigkeitsstatut». Har barnen i förbindelsen äkta börd? Enligt tysk intern rätt är så utan vidare fallet, enligt italiensk intern rätt däremot endast om föräldrarna eller någon av dem varit i god tro beträffande äktenskapets giltighet.¹⁴⁰ Om barnens ställning nu bestäms av bordsstatutet, kommer italiensk rätt att bli tillämplig beträffande de barn som fötts före nationalitetsväxlingen men tysk rätt beträffande de barn som fötts senare. I följd härav kan det hända att barnen får olika ställning (nämligen om den italienska rättens godtroskrav inte är uppfyllt). Tillämpas däremot »das Ehenichtigkeitsstatut», tysk rätt, föreligger det inga sådana risker; alla barnen får samma ställning, nämligen som »eheliche Kinder».

På motsvarande sätt är det möjligt att legitimationsstatut och bordsstatut går isär och att skilda lagar därför blir tillämpliga beträffande å ena sidan de barn som fötts *före* äktenskapet, å andra sidan de barn som fötts *under* äktenskapet. Legitimationsstatutet bestäms ju med hänsyn till faderns nationalitet vid äktenskapets ingående, bordsstatutet med hänsyn till hans nationalitet vid senare tidpunkter. Även i detta hänseende finns det alltså risk att barnens ställning i följd av äktenskapets ogiltighet blir olika, en risk som bortfaller om ogiltighetsstatutet tillämpas i stället för bords- resp. legitimationsstatutet.

I ett fall, som tidigare hade större praktisk betydelse än nu, gör Raape dock undantag från den här angivna principståndpunkten.¹⁴¹ Det rör sig härvid om fall där ett äktenskap mellan två utlänningar, vilket ingåtts i Tyskland i annan form än inför tysk Standesbeamter och är giltigt i makarnas hemland, är från tysk synpunkt ogiltigt *allenast på grund av EG art. 13 III*.¹⁴² »Ehenichtigkeitsstatut» är här tysk rätt, enligt vilken ett »Nichtehe» föreligger och äkta börd¹⁴³ följaktligen är utesluten. Tillämpningen av denna regel är enligt Raape stötande och ej heller nödvändig. EG art. 13 III bör nämligen

¹⁴⁰ Beträffande tysk rätt se EheG § 25 1, beträffande italiensk rätt Cod.civ.it. art. 128.

¹⁴¹ Raape Kommentar 456 f, Recueil 489 f och 1948: 99.

¹⁴² Jfr om dessa fall Lauterbach ovan § 2 I C.1 s. 308 f.

¹⁴³ Raape uttalar sig i detta sammanhang endast om äktabördsfall, inte om legitimationsfall.

såsom specialiserad ordre public-klausul ges en restriktiv tolkning och inte dra med sig tillämpning av tysk rätt i vidare mån än som är nödvändigt, d.v.s. beträffande äktenskapets giltighet. När det gäller att bestämma barnens ställning i följd av ogiltigheten, bör man enligt Raape i stället gripa tillbaka på makarnas *lex patriae* vid äktenskapets ingående. Denna lag är nämligen enligt *huvudregeln* i EG art. 13 I — från vilken EG art. 13 III utgör undantag — tillämplig på äktenskapets giltighet. Vid denna tillämpning av *lex patriae* har man enligt Raape — på denna punkt i motsats till Lauterbach, jfr ovan § 2 s. 308 — att utgå från äktenskapets ogiltighet.¹⁴⁴ Frågeställningen är för Raape denna: Skulle den främmande rätten, därest den i likhet med tysk rätt betraktat äktenskapet som ogiltigt, likväl ha gett barnen äkta börd?

Ett exempel må även här illustrera tankegången:

En svensk statskyrkopräst har i Berlin företagit sig att viga två svenska medborgare. Från svensk rätts synpunkt är detta äktenskap giltigt (IÄL 1: 8), från tysk rätts synpunkt däremot ett »Nichtehe» på grund av EG art. 13 III. Beträffande barnens ställning skall en tysk domstol enligt Raape i detta fall inte tillämpa tysk rätt, som ju är »Ehenichtigkeitsstatut», utan svensk rätt, som är makarnas *lex patriae*. Den fråga som hänskjutes till svensk rätt är: Skulle barnen ansetts ha äkta börd, om äktenskapet även från svensk rätts synpunkt varit ogiltigt? — I detta fall får Raapes undantagsregel inte någon praktisk betydelse. Enligt svensk rätt saknar ju barn i ogiltiga äktenskap (vid nullitet) äkta börd, på samma sätt som fallet är i tysk rätt.¹⁴⁵

3. I tysk *rättspraxis* finns flera fall som synes bygga på »das Ehenichtigkeitsstatut». Så följande, förut omnämnda Oberlandesgericht-fall från 1921:¹⁴⁶

Makarna var ryska judar. Vigseln hade förrättats i judisk rätts form (vittnen och ringväxling) i Tyskland, utan medverkan av Standesbeamter. Det förelåg sålunda, konstaterade domstolen, ett »absolut nichtige Ehe»

¹⁴⁴ Raapes framställning har på denna punkt blivit missförstådd av en del författare och domstolar. Se t.ex. Lauterbach i Palandt Anm. 3 till EG art. 18 samt rättsfallen LG Hamburg 27.2.1954 och AG Bielefeld 28.7.1964.

¹⁴⁵ Överhuvud torde den praktiska betydelsen av Raapes undantagsregel inte vara stor. Enligt de allra flesta länders rätt torde nämligen, liksom i tysk och svensk rätt, barnen sakna äkta börd vid »Nichtehe». Jfr t.ex. Henrich 1958: 123, Wengler JR 1963: 42 och Weyers 170 samt rättsfallet OLG Celle 5.6.1963.

¹⁴⁶ OLG München 10.3.1921. Kritiskt om detta fall Frankenstein I 235 not 189 a (se också IV 14) samt — i annat hänseende — Nussbaum IPR 141 (se om denne ovan § 2 I C 2 s. 314).

(= ett »Nichtehe«). I äktenskapet fanns ett barn. Beträffande dess ställning skulle, yttrade domstolen, inte den i EG art. 18 (analogiskt) anvisade (faderns) *lex patriae*, alltså rysk rätt, tillämpas. Fastmera borde »bei dem unlöslichen logischen und rechtlichen Zusammenhang, in dem die Nichtigkeit der Ehe und die Unehelichkeit des aus dieser Geschlechtsverbindung stammenden Kindes steht« krävas, att »das über die Nichtigkeit der Ehe entscheidende deutsche Gesetz auch über die Ehehlichkeit der Kinder massgebend sein muss«. Då barn i ett »Nichtehe« enligt (dåvarande) BGB § 1699 var »unehelich«, skulle barnet anses sakna äkta börd.

Att märka är i detta rättsfall, att tysk rätt i sin egenskap av »Ehenichtigkeitsstatut« kom till användning beträffande barnets börd, ehuru *båda* makarna var utländska medborgare och äktenskapets ogiltighet i Tyskland berodde endast på EG art. 13 III.

I rättsfall från senare tid förekommer ibland explicita ställningstaganden till den här aktuella frågan, tydligen under intryck av dess behandling i doktrinen. Så i följande Landgericht-fall från 1954:¹⁴⁷

En engelsman hade år 1948 gift sig med en tyska inför myndighet tillhörande de brittiska ockupationstrupperna i Tyskland. Äktenskapet var giltigt i England men enligt tysk IP ett »Nichtehe«. I förbindelsen föddes ett barn. Senare (1953) förrättades en ny vigsel mellan föräldrarna av tysk Standesbeamter. Härefter begärdes vid domstol fastställelse av att barnet blivit legitimerat genom den andra, från tysk synpunkt giltiga vigseln.

En förutsättning för bifall till detta yrkande var, att barnet inte redan *före* den andra vigseln var att anse som »ehelich«. Från engelsk rätts synpunkt hade barnet från födelsen äkta börd, nämligen på grund av den första vigselns giltighet i England. Emellertid befanns denna den engelska rättens ståndpunkt irrelevant; Vorfrage-problemet om äktenskapets giltighet skulle avgöras enligt den tyska kollisionsnormen i EG art. 13, med tillämpning varav den första vigseln som sagt var ogiltig. I detta läge skulle, fann domstolen vidare, frågan om barnet likväl hade äkta börd från födelsen bestämmas »nach dem Recht, nach dem die Ehe nicht zustandegeworren ist«, in casu tysk rätt. Och då det i tysk rätt inte fanns någon föreskrift, enligt vilken barn i ett »Nichtehe« kunde få ställning av »ehelicher Kinder«, hade barnet intill den andra vigseln mellan föräldrarna varit »unehelich«. Den ifrågavarande förutsättningen för bifall till legitimationsyrkandet var således uppfylld.

(Då vidare vigseln nr 2 från tysk synpunkt var giltig och då förutsättningarna även i övrigt var uppfyllda — denna fråga bedömdes enligt engelsk rätt såsom faderns *lex patriae*¹⁴⁸ — bifölls yrkandet).

¹⁴⁷ LG Hamburg 27.2.1954.

¹⁴⁸ I denna del ägde en »fiktiv« tillämpning av den främmande rätten rum; från engelsk rätts synpunkt hade barnet ju redan från födelsen äkta börd och

Här tog domstolen alltså klar ställning för »das Ehenichtigkeitsstatut» såsom tillämplig i förevarande hänseende. Så skedde också i följande Amtsgericht-fall från 1963:¹⁴⁹

M var egyptier, H tyska. Vigseln hade förrättats enligt egyptisk rätt på egyptiska generalkonsulatet i Frankfurt/M. I äktenskapet föddes ett barn. Fråga uppkom huruvida detta barn hade äkta börd.

Domstolen konstaterade först, att något giltigt äktenskap från tysk rätts synpunkt inte hade kommit till stånd, nämligen med hänsyn till föreskrifterna i EG art. 13. Härfter heter det bl.a.:

Es bestimmen sich — — — die Folgen eines Fehlers der elterlichen Ehe, die auch die Frage nach der Rechtsstellung des Kindes, das aus einer solchen Ehe stammt, betreffen, nach Art. 13 (3) EGBGB. Der Anspruch eines jeden Rechts, als Einheit gelten zu wollen, würde negiert werden, wenn zwar die Ehe nach dieser Vorschrift — — — als Nichtehe anzusehen ist, die sich daraus ergebenden Folgen aber nicht eintreten sollen.

I enlighet härmed tillämpades tysk rätt och var barnet att anse som »unehelich».

Dessa båda fall skiljer sig från det först refererade såtillvida, att endast *mannen* var utländsk medborgare, medan hustrun var tyska. Ingenting i rättsfallen tyder dock på att denna omständighet haft betydelse för tillämpningen av tysk rätt beträffande barnens ställning. Förmodligen skulle, liksom i det första fallet men i motsats till vad som föreslagits av Raape, lagvalet utfallit på samma sätt, om båda makarna varit utländska medborgare.¹⁵⁰

I alla händelser kan det konstateras, att det i rättspraxis finns ett visst stöd för tillämpning av »das Ehenichtigkeitsstatut» i förevarande hänseende.¹⁵¹ Å andra sidan finns det, såsom framkände legitimation därför ej ifrågakomma. Här om yttrade domstolen: »Derartige kleine Unstimmigkeiten lassen sich beim Arbeiten mit dem internationalen Privatrecht nicht vermeiden — — —». Se i detta hänseende även AG Hamburg 27.4.1966.

¹⁴⁹ AG Hamburg 19.4.1963.

¹⁵⁰ Överhuvud finns det i rättspraxis knappast något stöd för Raapes ståndpunkt. Närmast avvisande (dock utan definitivt ställningstagande) OLG Celle 5.6.1963. Direkt oförenliga med Raapes undantagsregel synes vara, förutom OLG München 10.3.1921, flera av de ovan i not 40 citerade rättsfallen, bl.a. BGH 22.1.1965.

¹⁵¹ Utöver de ovan i noterna 146, 147 och 149 citerade fallen kan nämnas AG Berlin-Mitte 4.7.1932, där tysk rätt synes ha tillämpats såsom »Ehenichtigkeitsstatut». Även fallet RG 7.5.1936 tyder närmast på att detta statut ansetts tillämpligt (jfr Lauterbach 1955: 34 not 64). Vidare torde bl.a. de ovan i not 127 citerade fallen vara *förenliga* med en regel, enligt vilken »das Ehenichtigkeitsstatut» är tillämpligt. Beträffande särskilt BGH 22.1.1965 se Neuhaus 1965: 542.

gått ovan under B, också fall som talar för tillämpning av börds- resp. legitimationsstatutet. Och slutligen finns det åter andra fall där domstolarna, under framhållande av att slutresultatet blivit detsamma enligt båda lösningsmetoderna — barnet har varit »unehelich» såväl enligt tysk rätt (»das Ehenichtigkeitsstatut») som enligt faderns främmande lex patriae (bördsstatutet) — underlåtit att företa något val mellan dem och lämnat frågan öppen.¹⁵²

Rättsläget är alltså ganska ovisst. Möjligen kan det dock sägas, att tendensen i nyare praxis, liksom i den nyare doktrinen, närmast är för tillämpning av »das Ehenichtigkeitsstatut».

De fall ur rättspraxis, där »das Ehenichtigkeitsstatut» vunnit tillämpning, avser samtliga äkta börd. Praxis beträffande legitimation saknas. I den mån »das Ehenichtigkeitsstatut» överhuvud vinner anslutning, synes det emellertid knappast finnas anledning räkna med att legitimationsfall kommer att behandlas annorlunda än äkta-bördsfall.

Vidare hänför sig rättspraxis beträffande »das Ehenichtigkeitsstatut» i sin helhet till »Nichtehe»-situationer. I nyare praxis synes det inte finnas något fall där det här aktuella spörsmålet förekommit vid ett »nichtige Ehe» (däremot finns här, såsom framgått under B, en äldre praxis, där bördsstatutet tillämpats). Inte heller i detta hänseende förefaller det emellertid finnas skäl att anta en distinktion. I den mån »das Ehenichtigkeitsstatut» överhuvud vinner anslutning, torde det komma att gälla i lika mån vid »nichtige Ehen» som vid »Nichtehen».

4. Den ifrågavarande lösningsmetoden stöter på vissa svårigheter i fall där *två eller flera lagar samtidigt är »Ehenichtigkeitsstatut»*. Enligt de tyska kollisionsnormerna kan det inträffa, att skilda lagar är kompetenta beträffande de olika aspekterna — de formella och de till vardera kontrahenten hänförliga materiella förutsättningarna — av äktenskaps ingående och giltighet. Om nu två eller flera av dessa lagar blivit överträdna och äktenskapet är ogiltigt enligt dem båda (alla), vilket av de »konkurrerande» ogiltighetsstatuten skall då bestämma barnens ställning?

I den mån denna fråga behandlats i *doktrinen*, synes den övervägande meningen vara, att den lag bör föredras som är gynnsam-

¹⁵² KG 8.4.1932 och 14.8.1961 samt OLG Celle 5.6.1963 (p. 2).

mast för barnet, i den meningen att barnet enligt densamma lättare får äkta börd än enligt den eller de andra av de ifrågakommande lagarna. Denna mening förordas sålunda av *Raape*, som tänker sig följande exempel på dylik konkurrens:¹⁵³

En tysk och en österrikiska har ingått ett s.k. »Namensehe». Ett dylikt äktenskap är såväl enligt tysk som enligt österrikisk rätt »nichtig».¹⁵⁴ En ogiltigförklaring bör i detta fall ske med tillämpning av både tysk och österrikisk rätt såsom »Ehenichtigkeitsstatut»; vardera kontrahenten har av sin *lex patriae* varit förhindrad att ingå äktenskapet. Enligt tysk rätt medför ogiltigförklaringen ingen ändring i barnens rättsställning; de förblir »ehelich». Enligt österrikisk rätt blir barnen däremot i detta fall att anse som »unehelich». Enligt *Raape* bör en tysk domstol i denna del tillämpa endast tysk rätt, eftersom den är »das den Kindern günstigere Recht».

Samma mening förfäktas av *Dölle*, som tar upp det förmodligen mest praktiska fallet av konkurrens mellan två ogiltighetsstatut, nämligen där ett äktenskap mellan personer som vid vigseln hade olika nationalitet ogiltigförklarats på den grund, att endera kontrahenten tidigare varit gift och detta äktenskap ej blivit upplöst genom dom som erkännes i Tyskland. I dessa fall är i regel båda kontrahenternas *leges patriae* »Ehenichtigkeitsstatut». Men barnens ställning efter ogiltigförklaringen bör enligt *Dölle* bestämmas av »das die Ehehlichkeit weitergehend begünstigende Recht».¹⁵⁵

Dölle anknyter till följande exempel: En italienare har ingått äktenskap med en tyska. Italienaren var tidigare gift, och detta äktenskap hade inte blivit lagligen upplöst. Det nya äktenskapet, i vilket det finns barn, förklaras därför av en tysk domstol ogiltigt på grund av bigami. Denna dom meddelas med tillämpning av såväl tysk som italiensk rätt; italiensk rätt har förbjudit mannen att ingå det nya äktenskapet, och tysk rätt har förbjudit hustrun att ingå äktenskap med en man som redan är gift.¹⁵⁶ Hur går det här efter med barnens börd? Enligt italiensk rätt fordras det för äkta börd, att åtminstone en av föräldrarna varit i god tro beträffande äktenskapets giltighet. Detta krav uppställs inte av tysk rätt, enligt vilken barnen i ett ogiltigförklarat äktenskap alltid har äkta börd. På grund härav bör enligt *Dölle* tysk rätt ensam tillämpas beträffande barnens ställning.

Motsatt mening har i tysk doktrin hävdats av *Kegel*.¹⁵⁷ Enligt honom bör, vid konkurrens av den typ som avses i de av *Raape* och

¹⁵³ *Raape* IPR 343 f. Se också *Raape* Kommentar 453 ff, 570.

¹⁵⁴ Se den tyska EheG §§ 19 och 25 samt den österrikiska EheG §§ 23 (1) och 29. Jfr ovan vid not 7.

¹⁵⁵ *Dölle* 1954: 143 f. Samma mening också *Lauterbach* 1955: 34.

¹⁵⁶ Jfr nedan kap. XIV vid not 6 om begreppet tvåsidiga äktenskapshinder.

¹⁵⁷ *Kegel* IPR 270 och Kommentar 741 f (Bem. 83—85).

Dölle anförda exemplen, »das ärgere Recht» vars avgörande för barnens ställning, lika väl som den är det i förhållandet kontrahenterna själva emellan. I Raapes exempel bör således österrikisk rätt och i Dölles exempel italiensk rätt få bestämma beträffande barnen. Den av Kegel uppställda principen motiveras med att EG art. 13 I beträffande äktenskaps ingående och giltighet bygger på idén »kein grösseres Engagement als nach beiden Heimatrechten».¹⁵⁸

I *rättspraxis* synes denna tvistefråga ännu inte ha varit föremål för bedömning. I de fall där »das Ehenichtigkeitsstatut» ansetts tillämpligt beträffande barnens ställning, har denna princip lett fram till användning av allenast *en lag*, i samtliga fall f.ö. tysk rätt.

5. Slutligen har ytterligare en fråga uppmärksamrats av några av de författare som förordar tillämpning av »das Ehenichtigkeitsstatut», nämligen *vilken räckvidd* detta statut närmare bestämt skall ha. Skall det tillämpas *endast* beträffande det hittills dryftade spörsmålet, nämligen hur barnens äkta börd (legitimation) påverkas av äktenskapets ogiltighet, eller tilläventyrs även beträffande förutsättningarna i övrigt för äkta börd (legitimation) vid ogiltigt äktenskap? Antag i det av Dölle anförda, ovan återgivna exemplet, att en tysk domstol med tillämpning av ogiltighetsstatutet — vare sig domstolen i detta hänseende stannat för tysk rätt (såsom Dölle förordar) eller för italiensk rätt (såsom enligt Kegels regel) — kommit fram till att ogiltigförklaringen av det bigamiska äktenskapet inte utgör hinder för barnens äkta börd (om italiensk rätt tillämpats, får det alltså förutsättas att dess godtroskrav varit uppfyllt). Men så påstår mannen, att barnet ändå saknar äkta börd, nämligen på den grund, att han inte är dess fader; han väcker en negativ bördstalan. Skall kompetensområdet för ogiltighetsstatutet omfatta också de i anledning av en sådan talan uppkommande frågorna?

Detta spörsmål besvarades tidigare jakande av *Raape*.¹⁵⁹ Det vore enligt honom »durchaus verfehlt» att bryta ut frågan om barnets härstamning från den äkta mannen från spörsmålet om ogiltighetens betydelse för bördfrågan och s.a.s. antaga *två* skilda bördstatut. Beträffande legitimation ansåg Raape det dock inte möjligt

¹⁵⁸ Jfr härom vidare nedan under IV C s. 371 f.

¹⁵⁹ Raape Kommentar 452, Recueil 488 f.

att helt genomföra samma ståndpunkt.¹⁶⁰ Här måste det enligt Raape krävas, att *även* faderns *lex patriae* (legitimationsstatutet) skulle tilllagt äktenskapet legitimerande verkan, om det varit giltigt. Legitimationens förutsättningar skulle således — fränsett betydelsen av äktenskapets ogiltighet, där ogiltighetsstatutet ensamt skulle vara avgörande — bedömas enligt legitimationsstatutet och ogiltighetsstatutet kumulerade.¹⁶¹ Såsom motivering för denna gentemot äktäbördsfallen avvikande ståndpunkt anförde Raape, att det vore inkonsekvent att anse legitimation möjlig vid ett ogiltigt äktenskap — nämligen med stöd av ogiltighetsstatutet — om den inte skulle varit möjlig vid giltigt äktenskap; hade äktenskapet varit giltigt, hade legitimationsstatutet ju varit ensamt tillämpligt beträffande legitimationen.

I den tyska doktrinen i övrigt har spörsmålet berörts endast såvitt angår äkta börd. De författare som tagit ställning i frågan menar, i motsats till Raape, att härstammingsfrågan kollisionsrättsligt bör behandlas åtskilt från betydelsen av äktenskapets ogiltighet och att bördstatutet bör vara tillämpligt i förstnämnda hänseende.¹⁶² Även Raape har i sina senare skrifter anslutit sig till denna åsikt.¹⁶³

Enighet torde därför numera råda om att begränsa ogiltighetsstatutets räckvidd så, att det får bestämma endast såvitt angår betydelsen av äktenskapets ogiltighet. Om äkta börd (legitimation) inte uteslutes redan av ogiltighetsstatutets regler i detta hänseende, ankommer det härefter på börd- resp. legitimationsstatutet att bestämma beträffande förutsättningarna i övrigt för den äkta börd (legitimationen). I Dölles exempel ovan blir italiensk rätt såsom mannens *lex patriae* således tillämplig beträffande den negativa bördstalan, även om domstolen, såsom Dölle rekommenderar, tillämpar tysk rätt beträffande frågan hur ogiltigförklaringen av äktenskapet inverkar på bördfrågan.

I rättspraxis synes dessa frågor inte ha varit föremål för avgörande.

¹⁶⁰ Raape Kommentar 570.

¹⁶¹ Ätminstone är detta den tolkning som Raapes framställning närmast inbjuder till. Möjligen menar Raape dock, att legitimationsstatutet ensamt skall vara bestämmande beträffande dessa förutsättningar.

¹⁶² Dölle 1954: 144, Kegel IPR 270 f, Kommentar 741 (Bem. 82). Se också Henrich 1958: 124.

¹⁶³ Raape IPR 343 f.

II. FRANSK RÄTT

I fransk IP-rättslig doktrin och praxis behandlas spørsmålet om barnens ställning vid ogiltigt äktenskap vanligen som ett led i den större frågan om rättsverkningarna överhuvud av äktenskapets ogiltighet (således även i förhållandet makarna själva emellan). Man frågar sig vilken lag som skall tillämpas beträffande förutsättningarna för och rättsverkningarna av ett »*mariage putatif*», d.v.s. om och i vad mån modifikationer i den i princip retroaktivt verkande ogiltigheten skall göras till förmån för barnen och kontrahenterna själva. Metoden är densamma som i intern fransk rätt, där man, sedan ett äktenskap befunnits ogiltigt, ställer frågan om detsamma — på grund av kontrahenternas goda tro — kan anses »putatif», i vilket fall ogiltigheten verkar endast *ex nunc*.

Stor oenighet och mycken oklarhet har emellertid rått om innehållet i kollisionsnormen beträffande »*mariage putatif*». Doktrin och praxis erbjuder här en riklig provkarta av olika lösningar. Utan att i detalj gå in härpå kan man konstatera att det, i synnerhet i tidigare doktrin och praxis, funnits en mycket stark *lex foritendens*.¹⁶⁴ Den interna franska rättens lösningar, vilka kan sägas vara präglade av en strävan till favor putativitatis och därmed också till favor legitimitatis, synes i stor utsträckning ha uppfattats som ett utflöde av fransk ordre public eller rentav såsom konstituerande en »*droit naturel*», från vilken avvikelser inte kunde tolereras. Fransk rättspraxis överflödar också av fall, där ett äktenskap som ogiltigförklarats av fransk domstol därefter med stöd av intern fransk rätt förklarats »putatif», utan att denna tillämpning av fransk rätt alltid kunnat motiveras från rent kollisionsrättsliga synpunkter. *Bartin* sammanfattade sina iakttagelser härav så: »*Il semble qu'on puisse conclure que la jurisprudence française ne met pas de bornes, dans l'ordre du conflit de lois, à l'application du mariage putatif*».¹⁶⁵

Under senare tid synes dock denna systematiska preferens för *lex fori* ha avtagit i styrka. Mer och mer har man börjat söka lösningarna på rent kollisionsrättslig väg, med hjälp av anknytningsfakta. Härvid har i huvudsak två lösningsmetoder varit aktuella,

¹⁶⁴ Se t.ex. Batiffol DIP 505 och Boyer 246 samt översikterna hos Francescakis *Jurisprudence* 95 ff och Holleaux 1949: 103.

¹⁶⁵ Citerat efter Francescakis *Jurisprudence* 98.

vilka kan sägas motsvara dem som förut angivits beträffande tysk rätt.

(1) Enligt den ena metoden skall spørsmål rörande »mariage putatif» bedömas enligt den lag som skulle kommit till användning beträffande äktenskapets personliga rättsverkningar, om äktenskapet varit giltigt, »*la loi des effets du mariage tenu pour valable*».

Denna lösningsmetod, som i doktrinen i synnerhet förordats av Niboyet,¹⁶⁶ leder i första hand till användning av makarnas *lex patriae*. Vid olika nationalitet blev enligt den uppfattning som hävdades av Niboyet och som tidigare var förhärskande även i fransk praxis beträffande »*les effets du mariage*» i princip mannens nationalitet avgörande. Enligt numera rådande fransk rättspraxis i dessa fall skulle däremot makarnas *domicil* bli utslagsgivande.

Enligt detta lösningsalternativ blir den beträffande »mariage putatif» tillämpliga lagen identisk med börds- resp. legitimationsstatutet, då detta statut enligt härskande lära bestäms på samma sätt som »*la loi des effets du mariage*». Ifrågavarande lösningsmetod kan därför sägas motsvara den tillämpning av börds- resp. legitimationsstatutet, som förfäktas i en del av den tyska doktrinen och rättspraxis, se ovan under I B s. 346 ff.

I fransk *rättspraxis* har den här aktuella lösningsmetoden kommit till användning bl.a. i följande fall från 1952:¹⁶⁷

M var egyptier, H fransk medborgare. Vigseln hade förrättats av egyptisk konsul i Paris i muselmansk form. I äktenskapet föddes en dotter. I målet, som gällde bl.a. vårdnaden om dottern, uppkom spørsmålet om hon var att anse som makarnas »*enfant légitime*».

Beträffande först äktenskapets giltighet anförde domstolen, att främmande konsuler ägde vigselrätt i Frankrike allenast beträffande det egna landets medborgare och att det ingångna äktenskapet följaktligen — med hänsyn till hustruns franska medborgarskap — var (från fransk synpunkt) ogiltigt.

Vad sedan angick frågan om äktenskapet konstituerade ett »mariage putatif», skulle, såvitt angick barnet,¹⁶⁸ denna fråga bedömas enligt egypt-

¹⁶⁶ Niboyet V 334 ff. Se också Lerebours-Pigeonnière DIP 546 f och Savatier 280.

¹⁶⁷ Trib. Seine 31.3.1952. Se också rättsfallen Trib. Seine 22.12.1948 och Paris 15.2.1950 (=underinstansernas domar i det nedan s. 362 behandlade fallet Moreau).

¹⁶⁸ Skillnad gjordes i detta rättsfall mellan barnets ställning och förhållandet makarna emellan. Jfr Batiffol 1952: 336 f. Det vanliga synes annars vara, att en och samma lag tillämpas beträffande hela spørsmålet om »mariage putatif», alltså såväl för makarnas som för barnens del.

tisk rätt. Såsom skäl härför anfördes, att »les effets du mariage sont régis par la loi nationale du mari» och att »cette solution admise dans le système français de conflits de lois — — — demeure vraie lorsque le mariage est annulé».

Egyptisk rätt kände visserligen inte institutet »mariage putatif» (vilket överhuvud är okänt i de muselmanska rättssystemen). Icke desto mindre var barnen ur ett ogiltigförklarat äktenskap enligt egyptisk rätt »légitimes», och detta — till skillnad från fransk rätt — oberoende av föräldrarnas goda tro. Förutsättning för den äkta börden var blott, att barnet fötts mer än 6 månader efter äktenskapets fullbordan och innan makarna separerat. Som dessa förutsättningar in casu var uppfyllda, skulle barnet anses »légitime».

Beträffande detta rättsfall — där den faktiska situationen var påtagligt lik den som förelegat i flera fall från tysk och österrikisk praxis¹⁶⁹ — må till en början noteras, att den franska domstolen tydligen inte ansett frågan om äktenskapets giltighet vara något särskilt problem. Ehuru bördsfrågan befanns skola avgöras enligt egyptisk rätt, ifrågasattes det inte — såsom i vissa av de tyska och österrikiska rättsfallen — att denna omständighet skulle medföra, att jämväl spörsmålet om äktenskapets giltighet skulle prövas utifrån den främmande rätten; fransk rätts egna IP-regler lades till grund för avgörandet i denna del. Rättsfallet bekräftar såtillvida den förut gjorda iakttagelsen, att Vorfrage-doktrinen tänkesätt är främmande för de franska domstolarna.

Sedan äktenskapet sålunda befunnits ogiltigt, tillämpades beträffande konsekvenserna härav för barnets del »la loi des effets du mariage». Att märka är att detta lösningsalternativ numera, såsom nämnts, vid olika nationalitet skulle medföra tillämpning av makarnas *lex domicilii*. I rättsfallet var detta förmodligen = fransk rätt. Om fallet kommit upp i dag och samma lösningsmetod valts, hade därför troligen fransk rätt bort komma till användning.

(2) Det andra lösningsalternativet består, liksom i tysk rätt, i tillämpning av den lag i kraft varav äktenskapet befunnits ogiltigt, »la loi d'où résulte la nullité du mariage».¹⁷⁰ Och liksom i tysk rätt

¹⁶⁹ Se särskilt LG Köln 20.2.1953 (ovan vid not 53), OGH 25.10.1952 (ovan vid not 66) och AG Hamburg 19.4.1963 (ovan vid not 149).

¹⁷⁰ Se i doktrinen Batiffol DIP 504 f. Jfr a.a. 483 ff, 491 ff angående frågan vilken lag som är tillämplig beträffande äktenskapets materiella och formella förutsättningar och därmed också såsom ogiltighetsstatut.

kan denna metod medföra användning av antingen mannens eller hustruns *lex patriae* eller, vid formfel, *lex loci celebrationis*.

Under senare år har denna lösningsmetod vunnit alltmer anslutning, framför allt i rättspraxis. I synnerhet har Cour de Cassation vid upprepade tillfällen uttalat sig för densamma. Första gången så skedde var i fallet *Moreau*, avgjort av Cour de Cassation 1956.¹⁷¹

En fransk militär, Moreau, gift i Frankrike med O, hade under tjänstgöring i Syrien år 1942 ingått nytt äktenskap med B, en syrisk kvinna av judisk trosbekännelse. I sistnämnda förbindelse föddes en dotter. Sedan Moreau dödats i striderna 1945, instämde O vid fransk domstol av B med yrkande, att det andra äktenskapet — ehuru ogiltigt på grund av bigami — måtte förklaras »putatif», emedan B ej känt till det första äktenskapet och alltså varit i god tro.

Underinstanserna hade tillämpat fransk rätt — och med stöd därav bifallit B:s talan — emedan frågor rörande »mariage putatif» löde under »la loi même à laquelle seule seraient soumis les effets de ce mariage, s'il était effectivement valable, cette loi étant la législation personnelle du mari».¹⁷²

I sitt kassationsyrkande vände sig O mot den tillämpning av mannens, in casu för B förmånliga lag som sålunda skett. I stället borde, hävdade O, B:s eget personalstatut, judisk rätt, vilken inte kände institutet putativ-äktenskap, tillämpas i målet.

Cour de Cassation avlog kassationsyrkandet men ändrade motiveringen för tillämpningen av fransk rätt till följande:

— — — attendu que si — — — la validité du mariage d'un Français à l'étranger, en la forme locale, est soumise aux conditions de fond de la loi française, laquelle frappe de nullité le mariage entaché de bigamie, il résulte des articles 201 et 202 du Code civil que le mariage déclaré nul produit néanmoins »les effets civils» au regard des époux de bonne foi et des enfants; que, dès lors, ces effets sont ceux de la loi française d'où résulte la nullité du mariage et qui en régit les conséquences comme les tempéraments qu'elle y apporte.

I motsats till underinstanserna, vilka höll sig till den äldre, ovan under (1) berörda linjen — tillämpning av »la loi des effets du mariage tenu pour valable», varvid mannens nationalitet ansågs utslagsgivande — fann Cour de Cassation sålunda fransk rätt tillämplig i dess egenskap av ogiltighetsstatut.¹⁷³ Det var enbart på

¹⁷¹ Cass.civ. 6.3.1956.

¹⁷² Trib. Seine 22.12.1948.

¹⁷³ Vissa tvivel om att Cour de Cassation verkligen avsett att slå fast principen om ogiltighetsstatutets tillämplighet beträffande »mariage putatif» yppas av Francescakis *Jurisprudence* 90 ff. Dessa tvivel torde dock inte vara berättigade. Jfr t.ex. Batiffol *DIP* 505 och Holleaux *R* 1963: 114.

grund av fransk rätt med dess förbud mot bigami som äktenskapet drabbades av ogiltighet; fransk rätt skulle då också bestämma konsekvenserna härav, för kontrahenternas egen såväl som för barnets del. Möjligt är att bigami utgjorde ogiltighetsgrund även enligt B:s personalstatut¹⁷⁴ (judisk rätt i Syrien). Men denna fråga beröres inte alls av domstolarna, och det är tydligt att Cour de Cassation betraktat enbart fransk rätt såsom ogiltighetsstatut (jfr citatet ovan ur dess dom).

I Moreau-fallet ledde båda de kollisionsrättsliga lösningsmetoderna, underinstansernas och den som användes av Cour de Cassation, till samma resultat, tillämpning av fransk rätt. Däremot skulle skillnaden ha framträtt i det ovan s. 360 f refererade fallet. Där tillämpades ju egyptisk rätt såsom »la loi des effets du mariage» beträffande barnets ställning. Enligt den av Cour de Cassation i Moreau-fallet tillämpade principen skulle däremot fransk rätt — den lag som bort iakttas beträffande vigselformen men som faktiskt inte iakttagits och som sanktionerade överträdelsen med ogiltighet — ha kommit till användning.

Den linje Cour de Cassation slog in på i Moreau-fallet har domstolen följt i senare avgöranden beträffande »mariage putatif».¹⁷⁵ Anmärkas må, att så skett även i ett fall där metoden lett till användning av främmande rätt.¹⁷⁶

I detta fall var det visserligen inte fråga om att fransk domstol skulle förklara ett äktenskap »putatif» utan om erkännande av en utländsk (portugisisk) dom, varigenom sådan förklaring meddelats beträffande ett av rumänsk domstol ogiltigförklarat äktenskap. Den franska domstolen kontrollerade, i och för prövningen av frågan om erkännande av den portugisiska domen, att denna meddelats med tillämpning av från fransk synpunkt »rätt» lag, nämligen just »la loi d'où résulte la nullité du mariage», in casu rumänsk rätt.

Sammanfattningsvis kan det därför sägas, att fransk rättspraxis f.n. visar en klar tendens att ansluta sig till den här berörda lösningsmetoden.

¹⁷⁴ Jfr Kegel IPR 270, som företar en jämförelse med hur en tysk domstol skulle förfarit — utifrån den utgångspunkten, att »das Ehenichtigkeitsstatut» ansetts tillämpligt — dels för det fall, att judisk rätt inte innehåller något förbud mot bigami, dels för det fall, att sådant förbud finnes.

¹⁷⁵ Cass.civ. 14.6.1957, 20.11.1958 och 8.1.1963. Se också Trib. Seine 6.3.1957 (underinstansdom i Cass.civ. 8.1.1963).

¹⁷⁶ Så i Cass.civ. 8.1.1963.

I doktrinen har denna utveckling inte mött odelat gillande.¹⁷⁷ Särskilt har man pekat på de svårigheter som uppkommer när ogiltigheten resulterar ur två eller flera lagar. Hur göra om dessa lagar intar olika ståndpunkter beträffande äktenskapets »putativité»?

I rättspraxis synes denna fråga ännu inte ha aktualiserats. I doktrinen menar åtminstone en del författare, att frågan inte kan besvaras på ett sätt som är fritt från godtycke. Emellertid har det antagits, att domstolarna i dylika fall skulle anse ett »mariage putatif» föreligga, d.v.s. tillämpa den i detta hänseende liberalare lagen.¹⁷⁸ Detta förfaringsätt — vilket överensstämmer med vad som oftast förordas i tysk doktrin i motsvarande situation, se ovan under IC 4 s. 355 f — återföres av Batiffol till den i fransk rätt synbarligen gängse uppfattningen att institutet »mariage putatif» representerar »une équité naturelle».

III. ÖVRIGA LÄNDERS RÄTT

I övriga här aktuella länder är materialet till hithörande frågor av jämförelsevis ringa omfattning. Liksom i tysk rätt har tre olika uppfattningar gjort sig gällande i doktrin och/eller rättspraxis, A—C nedan.

A. I schweizisk och österrikisk doktrin möter stundom den redan beträffande tysk rätt omnämnda uppfattningen, att ett »Nichtehe» begreppsmässigt utesluter äkta börd (och legitimation) och att ett kollisionsrättsligt spörsmål här alltså överhuvud inte kan ställas.¹⁷⁹ Liksom i tysk rätt torde denna uppfattning ha sitt upphov i och innebära en generalisering av vad som gäller i resp. lands interna rätt.

Motsvarande företeelse möter också i tidigare engelsk rätt. Såsom framhållits i samband med redogörelsen för Vorfrage-problemet (ovan § 2 V C s. 327 ff), ansågs det i engelsk rättspraxis före fallet *Re Bischoffsheim* (1948), att giltigt äktenskap var »the exclusive

¹⁷⁷ Viss kritik hos Francescakis *Jurisprudence* 98. Avvisande även *Lerebours-Pigeonnière* DIP 546 f. Se också i belgisk doktrin *Graulich* 110 not 6.

¹⁷⁸ *Batiffol* DIP 505 not 47, *Francescakis Jurisprudence* 98.

¹⁷⁹ Så *Köhler* 84 och *Schnitzer* I 367 samt *Schwind Kommentar* 33, 1958: 463 och 1965: 178.

test» för äkta börd. Främmande rätt som inte strikt upprätthöll denna korrelation mellan giltigt äktenskap och äkta börd tillämpades inte av de engelska domstolarna. Såsom likaledes framgått, är läget i engelsk rätt dock numera ändrat, jfr nedan under B.

B. Den vanligaste uppfattningen torde vara, att de här aktuella frågorna skall bedömas på samma sätt som förutsättningarna i övrigt för äkta börd resp. legitimation, alltså enligt börds- resp. legitimationsstatutet.

Denna uppfattning synes sålunda vara rådande i schweizisk doktrin, åtminstone såvitt angår läget vid »nichtige Ehen», och förekommer även i österrikisk doktrin.¹⁸⁰ Från österrikisk rättspraxis kan nämnas det i samband med Vorfrage-problemet (ovan § 2 II B s. 320 f) refererade Oberster Gerichtshof-fallet. Enligt detta rättsfall skall frågan om ett barn i ett från österrikisk rätts synpunkt ogiltigt äktenskap kan ha äkta börd prövas enligt »das Recht des vermeintlichen Ehemannes», alltså bördsstatutet.¹⁸¹

På motsvarande sätt synes det ovan § 2 V C s. 330 f refererade engelska rättsfallet *Re Bischoffsheim* (1948) innebära, att bördsstatutet — i rättsfallet bestämt såsom lagen i det land där barnet har sitt »domicile of origin» — har att avgöra barnets ställning i ett enligt engelska kollisionsnormer ogiltigt äktenskap. Denna ståndpunkt överensstämmer också (bortsett från skiljaktiga meningar i frågan hur bördsstatutet skall bestämmas när de inblandade har olika domicil) med den övervägande meningen i engelsk doktrin.¹⁸²

Slutligen synes även den svenska doktrinen, i den mån spørsmålet där behandlats, utgå från den ifrågavarande, traditionella uppfattningen.¹⁸³ Någon annan mening än att bördsstatutet skall vara bestämmande har inte framförts i svensk doktrin.

C. Den andra kollisionsrättsliga lösningsmetoden, tillämpning av ogiltighetsstatutet, har i österrikisk doktrin rekommenderats av

¹⁸⁰ Se Aubert 1955: 108, Beck 265, Köhler 84 och Schnitzer I 367 f.

¹⁸¹ Att märka är att det i detta fall rörde sig om ett »Nichtehe». OGH har tydligen inte delat den ovan under A omtalade uppfattningen.

¹⁸² Så förmodligen alla de i not 81 nämnda författarna. Se också Rabel I 568 f.

¹⁸³ Hult 1943: 61 ff, Karlgren IPR 129 (med not 2), Michaeli 210. Även Gilh och Eek utgår i sina resonemang om Vorfrage-problemet (se ovan § 2 VI s. 335 f) härifrån.

Schwind vid »nichtige Ehen».¹⁸⁴ Sålunda bör enligt *Schwind* makarnas *lex patriae* vid äktenskapets ingående — vilken lag enligt DVO § 6 är tillämplig beträffande äktenskapets materiella förutsättningar och dess »Nichtigkeit» vid materiella brister — få bestämma beträffande barnens ställning i följd av sådan ogiltighet. Hade makarna vid äktenskapets ingående olika nationalitet och är äktenskapet ogiltigt enligt båda *leges patriae*, ger *Schwind* företräde åt den för barnen (d.v.s. för deras äkta börd) gynnsammare av de båda lagarna.

Under senare tid har tillämpning av ogiltighetsstatutet vidare, måhända under inflytande av den nyare utvecklingen i fransk rätt, i viss mån vunnit insteg i belgisk rätt vid prövning av frågor rörande »mariage putatif».¹⁸⁵

Nämnas kan slutligen, att den ifrågavarande metoden i nyare skandinavisk doktrin förordats av *Svenné Schmidt*.¹⁸⁶

IV. SAMMANFATTNING OCH VÄRDERINGAR

A. ÄR ÄKTA BÖRD (LEGITIMATION) UTESLUTEN VID OGILTIGT ÄKTENSKAP?

I tysk doktrin och praxis samt i schweizisk och österrikisk doktrin hävdas ibland, att äkta börd och legitimation är begreppsmässigt uteslutna vid ett »Nichtehe». Även i tidigare engelsk rätt ansågs giltigt äktenskap som en nödvändig förutsättning för äkta börd.

Dessa uppfattningar synes böra avvisas. Delvis bygger de på antagandet, att en kollisionsrättslig regel här skulle vara överflödig, eftersom alla rättssystem vore överens om att ett »Nichtehe» inte kan ha några av ett giltigt äktenskaps rättsverkningar, följaktligen ej heller äkta börd eller legitimation för barnen. Men detta antagande är inte riktigt. Som exempel har jag tidigare hänvisat till den regeln i nuvarande engelsk rätt, enligt vilken barnen även vid ett »void marriage» under vissa förutsättningar kan ha äkta börd. Mot bak-

¹⁸⁴ *Schwind* Kommentar 33, 125 (beträffande läget vid »Nichtehe» se ovan not 179). Se i österrikisk doktrin även *Sedlacek* 82, som dock inte för egen del tar ställning till spörsmålet.

¹⁸⁵ Se *Graulich* 110 (med noterna 5 och 6) och 163 (not 3) samt rättsfallet *Civ. Charleroi* 27.6.1958. Av *Graulichs* framställning synes i övrigt framgå, att det i belgisk rätt, liksom i fransk, finns en stark tendens till favor putativitatis.

¹⁸⁶ *Svenné Schmidt* 1964: 468 ff.

grund av sådana regler framstår det som godtyckligt att utan vidare ge företräde åt en regel i den egna interna rätten, enligt vilken barn i ett »Nichtehe» alltid saknar äkta börd (ej kan legitimeras). Det finns knappast anledning att i detta hänseende göra skillnad mellan »nichtige Ehen» — vid vilka det allmänt erkännes att barnens ställning måste bestämmas med utgångspunkt från en kollisionsrättslig regel — och »Nichtehen». I båda fallen bör en kollisionsrättslig lösning träffas.

De alternativ som härvid kommer i betraktande är å ena sidan tillämpning av börds- resp. legitimationsstatutet, å andra sidan tillämpning av ogiltighetsstatutet.

B. BÖRDS- RESP. LEGITIMATIONSSTATUTET ELLER OGILTIGHETSSTATUTET?

Den förstnämnda lösningen, vilken kan betecknas som den »ortodoxa», synes vara den övervägande i österrikisk, schweizisk, engelsk och svensk rätt (rättspraxis är dock föga omfattande). Den har också åtskilliga anhängare i tysk doktrin och praxis och synes en tid ha varit rådande även i fransk rätt (såsom »la loi des effets du mariage tenu pour valable»). Den andra lösningen, tillämpning av ogiltighetsstatutet, har särskilt vunnit terräng i nyare fransk rätt och är numera kanske övervägande även i tysk rätt. Överhuvud synes denna lösning f.n. befinna sig på frammarsch.

Enligt min mening talar de bästa skälen alldeles avgjort för sistnämnda lösning. Dessa skäl kan sammanfattas i följande två punkter.

1. Först ett skäl som skymlar bl.a. i ett par avgöranden från tysk rättspraxis, nämligen att frågorna om ett äktenskaps ogiltighet och om rättsverkningarna av ogiltigheten hänger nära samman.¹⁸⁷ Att bestämma ogiltighetens rättsverkningar med ledning av en annan lag än den, i kraft varav ogiltighet föreligger, kan rent tekniskt vara förenat med svårigheter och innebär framför allt risk för en »denaturering» av den ogiltighet, som anordnats av ogiltighetsstatutet.

¹⁸⁷ OLG München 10.3.1921 och AG Hamburg 19.4.1963 (se ovan under I C 3 s. 352 f, 354). I doktrinen betonas denna synpunkt särskilt av Dölle 1954: 143.

Antag t.ex. att en svensk domstol har dömt till återgång av ett äktenskap mellan en svenska och en utlänning. Domen grundades på ett i den svenska GB upptaget, till den svenska kontrahenten hänförligt återgångsskäl. Om ogiltighetsstatutet anses bestämmande för barnens ställning i följd av återgången, blir svensk rätt således tillämplig i detta hänseende och får barnen äkta börd. Anses däremot bördssstatutet bestämmande, kommer åtminstone under vissa omständigheter mannens *lex patriae* in i bilden. En sådan tillämpning beträffande återgångens rättsverkningar av annan lag än den, på grund varav det dömts till återgång, möter betänkligheter.

För det första kan det hända, att de i den svenska GB stadgade skäl som föranlett återgången är okända som ogiltighetsgrunder i den främmande, såsom bördssstatut tillämpliga rätten. Man blir då tvungen att ställa den hypotetiska frågan, hur den främmande rätten *skulle ha* reglerat barnens rättsställning, om den betraktat äktenskapet som ogiltigt av samma skäl som svensk rätt gör det, d.v.s. om den främmande rätten innehållit motsvarande ogiltighetsgrund.¹⁸⁸ Det gäller s.a.s. att inordna de svenska reglerna i den främmande rättens ogiltighetskategorier. Att en dylik hypotetisk frågeställning kan ge upphov till svårigheter och i viss mån öppnar vägen för godtycke synes ofrånkomligt.

Rent godtyckligt vore det att utan närmare undersökning ge tillämpning åt en regel i den främmande rätten, enligt vilken barn i ett ogiltigt äktenskap — ev. under förutsättning av god tro e.d. — har äkta börd. Det måste kontrolleras, att denna den främmande rättens regel verkligen anknyter till just sådan ogiltighet som (närmast) motsvarar den som i det konkreta fallet föreligger enligt ogiltighetsstatutets regler.¹⁸⁹ Av denna anledning blir det nödvändigt att anställa en jämförelse mellan ogiltighetsstatutets och bördssstatutets ogiltighetsregler.

För det andra synes det, även bortsett från nämnda svårigheter av närmast teknisk natur, betänkligt att barnens ställning efter återgången skall kunna bli en annan än enligt svensk rätt, som legat till grund för återgångsdomen. Antag att den främmande rättens regler beträffande rättsverkningarna av ett ogiltigförklarat äkten-

¹⁸⁸ Så med rätta Wengler 1955: 115 och JR 1963: 43.

¹⁸⁹ Detta har troligen ibland förbisetts i tysk doktrin och rättspraxis. Jfr t.ex. Frankenstein I 236, IV 12 ff och Raape Kommentar 451, 457 samt det ovan vid not 134 refererade rättsfallet KG 9.7.1937, där det i alla händelser inte klart framgår, att den av domstolen använda regeln i rysk rätt om äkta börd för barn i ogiltigt äktenskap gällde även vid »Nichtehen».

skap (alltså de regler som närmast motsvarar dem som i svensk rätt anknyter till återgång) innehåller, att barnen saknar äkta börd eller har äkta börd endast under vissa förutsättningar (god tro e.l.). En tillämpning av dessa regler synes i den antagna situationen otillfredsställande, inte på grund av deras innehåll i och för sig (ev. favor legitimitatis-sympatier får på sin höjd tas i betraktande vid prövningen av resultatets förenlighet med svensk ordre public) utan emedan det skulle innebära en viss »denaturering» eller »stympning» av den svenska rätten att låta denna bestämma blott så långt, att föräldrarnas äktenskap skall återgå, men därefter överlämna åt en främmande rätt att bestämma det reella innehållet häri. Den svenska rätten såsom ogiltighetsstatut bör, på grund av det nära sambandet mellan återgången och dess rättsverkningar, få bestämma också beträffande barnens ställning. »Wer niederreisst, soll auch aufräumen», säger Raape¹⁹⁰ med rätta i detta sammanhang.

Dessa synpunkter gör sig naturligtvis gällande beträffande ogiltighetens rättsverkningar överhuvud, även i förhållandet kontrahenterna emellan. För dessas del synes det också vara tämligen allmänt erkänt, att den lag som anordnar ogiltigheten också får bestämma huruvida densamma verkar ipso jure eller kräver dom, huruvida den verkar ex tunc eller ex nunc etc.¹⁹¹ (ehuru denna princip inte gäller undantagslöst i alla länder). Detta förhållande synes i och för sig vara ytterligare ett skäl för samma ordning beträffande barnen. Såsom lidigare framhållits, är det nämligen önskvärt att en och samma lag bestämmer beträffande kontrahenternas egen och barnens ställning. Denna synpunkt — som främst brukar åberopas för den tesen, att bördstatutet bör bestämmas på samma sätt som den lag som är tillämplig beträffande äktenskapets rättsverkningar makarna emellan¹⁹² — synes vara av värde även vid ogiltigt äktenskap.

Vådorna av att tillämpa skilda lagar beträffande äktenskapets giltighet och konsekvenserna av dess ogiltighet för barnens äkta börd har av *Wengler* åberopats till stöd för något helt annat än vad som här rekommenderats, nämligen för en *lex causae*-lösning på Vorfrage-problemet.¹⁹³ Svårig-

¹⁹⁰ Raape IPR 343.

¹⁹¹ Se t.ex. beträffande tysk rätt Raape IPR 238 ff samt beträffande svensk rätt Undén IÄR 51 f.

¹⁹² Jfr beträffande fransk rätt ovan § 1 I B s. 297 samt beträffande tysk rätt t.ex. Kegel IPR 314 och Raape Kommentar 451 f.

¹⁹³ Wengler 1955: 114 f och JR 1963: 43. Jfr emellertid Balogh 578 f.

heterna undvikas då, såsom Wengler framhåller, i den mån äktenskapet — ehuru ogiltigt enligt forumrättens IP-regler — från bordsstatutets synpunkt är giltigt. I de fall då äktenskapet är ogiltigt även med tillämpning av bordsstatutets IP-regler — vilka fall inte beröres av Wengler — kvarstår problemet emellertid. Här kan önskemålet om tillämpligheten av en enda lag på de båda frågorna realiseras endast på det av mig förordade sättet, genom att ogiltighetsstatutet får bestämma även beträffande barnens ställning i följd av ogiltigheten.

2. Den andra synpunkten som talar till förmån för ogiltighetsstatutet är, såsom framhållits i doktrinen, att tillämpning härav medför att alla barn i samma förbindelse ställes *lika*. Däremot kan användning av bords- resp. legitimationsstatutet under vissa förhållanden, nämligen vid nationalitetsväxling, leda till att barnen får olika ställning, jfr ovan under I C 2 s. 350 f. En sådan konsekvens ter sig högst irrationell. Det förhållande, vars rättsliga konsekvenser skall bestämmas, nämligen äktenskapets ogiltighet, är ju gemensamt för alla barnen. Konsekvenserna bör då också bli desamma för dem alla. »Gleiche Brüder, gleiche Kappen», säger Raape¹⁹⁴ med karaktäristisk träffsäkerhet.

Här är det fråga om en värdering av samma slag som jag tidigare anlagt beträffande Vorfrage-problemet i denna typ av mål, jfr ovan kap. V s. 160 f. Varken beträffande äktenskapets giltighet eller beträffande konsekvenserna av dess ogiltighet bör skillnad göras mellan barn som fötts före och efter en nationalitetsväxling under äktenskapet.

C. SITUATIONER DÄR TVÅ ELLER FLERA LAGAR ÄR OGILTIGHETSSTATUT

De komplikationer som kan uppstå när äktenskapets ogiltighet följer av två eller flera lagar har i doktrinen åberopats som ett argument mot att överhuvud välja ogiltighetsstatutet såsom tillämplig lag i här aktuellt hänseende.¹⁹⁵ Man tycks härvid mena att det inte går att träffa ett val mellan de konkurrerande lagarna som är fritt från godtycke.

Emellertid synes detta innebära en överdrift av svårigheterna.

¹⁹⁴ Raape IPR 344.

¹⁹⁵ Så Ficker 1955: 263, Francescakis Jurisprudence 98, Graulich 110 not 6, Henrich 1958: 123 och Niboyet V 335 f. Se också Dölle 1954: 144.

Enligt min mening är det fullt möjligt att även för dessa fall finna lösningar som ter sig logiska och rationella.

Till en början må framhållas att konkurrens mellan två eller flera ogiltighetsstatut är teoretiskt tänkbar i flera olika kombinationer. De ställningstaganden i doktrinen, vilka omtalats i det föregående, hänför sig uteslutande till fall där kontrahenterna har olika personalstatut — d.v.s. är av olika nationalitet vid äktenskapets ingående — och båda dessa lagar betraktar äktenskapet som ogiltigt på grund av *materiella* brister. Detta är förmodligen det mest praktiska fallet, särskilt aktuellt vid de s.k. tvåsidiga äktenskapshindren, t.ex. förbudet mot bigami (jfr exemplen ovan under I C 4 s. 356).

Den övervägande meningen i olika länders doktrin går ut på att man i dessa fall har att tillämpa den av de båda konkurrerande lagarna, som uppställer de lindrigaste förutsättningarna för äkta börd resp. legitimation (eller, i fransk rätt, för äktenskapets »putativité»). Uppenbarligen finner dessa ståndpunkter sin förklaring i den i det föregående flerstädes omnämnda strävan till favor legitimitatis (putativitatis).

Emellertid synes just denna lösning inte kunna gå fri från anklagelse för godtycke och systemvidrighet. De kollisionsnormer som beträffande de materiella förutsättningarna för äktenskaps ingående föreskriver, att vardera kontrahentens personalstatut skall beaktas, bygger nämligen, såsom det uttryckts av Kegel, på principen »kein grösseres Engagement als nach beiden Heimatrechten». Ett äktenskap måste för att bli giltigt vara det enligt *båda* kontrahenternas personalstatut (låt vara att beträffande vardera kontrahenten i princip — bortsett från de tvåsidiga äktenskapshindren — tillämpas endast föreskrifterna i hans lag). Omvänt räcker det för ogiltighet, att enderas lag leder till detta resultat. Skall nu den lag, enligt vilken ogiltighet föreligger, också få bestämma konsekvenserna av ogiltigheten — vilket ju är förutsättningen för resonemanget i denna del — synes det härav följa, att vid ogiltighet enligt båda personalstatuten sagda konsekvenser bör bestämmas av »das ärgere Recht», d.v.s. den av de båda lagarna som knyter de mera vittgående följderna till ogiltigheten. Denna lags, A:s, bestämmelser skulle i alla händelser komma till användning, om äktenskapet enligt den andra lagen, B, varit fullt giltigt; ty i detta fall hade ju lagen A ensam varit ogiltighetsstatut. Och inte kan väl den omständigheten, att äktenskapet nu faktiskt är ogiltigt *även* enligt lagen B, få medföra

mindre ingripande ogiltighetspåföljder än om ogiltighet förelegat enbart enligt lagen A?

Antag t.ex. att en svensk domstol har dömt till återgång av ett äktenskap mellan en svenska och en italienare. Domen är grundad på ett återgångsskäl som hänför sig till mannen och har meddelats med tillämpning av italiensk rätt (IÅL 2:1 och tillhörande KF 8.7.1904). I detta fall är det ingen tvekan — förutsatt att man överhuvud accepterar ogiltighetsstatutet såsom bestämmande beträffande barnens ställning — att italiensk rätt blir tillämplig i detta hänseende; och enligt italiensk rätt saknar barnen äkta börd, om inte föräldrarna eller någon av dem varit i god tro. Tillkommer nu den komplikationen, att äktenskapet dömts att återgå *även* med tillämpning av svensk rätt — vilket bör ha skett om återgångsskälet bestått i ett tväsidigt äktenskapshinder, t.ex. i ett av mannen tidigare ingånget äktenskap, vilket inte blivit upplöst; i detta fall har även den svenska kontrahenten enligt svensk rätt varit förhindrad att ingå det ifrågavarande äktenskapet — kan denna omständighet rimligtvis inte få den betydelsen, att barnet lättare får äkta börd än i det föregående fallet, där återgångsanledning fanns enbart enligt italiensk rätt. Detta blir emellertid resultatet av den här kritiserade ståndpunkten. Enligt denna skall barnets ställning bestämmas av svensk rätt, som utan vidare låter barnet få äkta börd. Detta synes vara en rent godtycklig extendering av favor legitimitatis-tendensen. Rätteligen bör man kunna säga, att om barnet saknar äkta börd i det fall då endast italiensk rätt är ogiltighetsstatut, så måste detsamma a fortiori gälla när äktenskapets ogiltighet (återgång) följer även av svensk rätt.

Jag ansluter mig således här till den mening som i tysk doktrin hävdats av Kegel. Påpekas må att tillämpningen av »das ärgere Recht» vid flera ogiltighetsstatut åtminstone i tysk rätt är allmänt godtagen såväl i doktrin som i rättspraxis, såvitt angår ogiltighetens konsekvenser *makarna emellan*. Här anses det t.ex., att om den ena lagen föreskriver nullitet, den andra allenast angripbarhet, så skall den förra lagens ståndpunkt gälla; likaså går ogiltighet ex tunc före ogiltighet ex nunc.¹⁹⁶ Det finns enligt min mening inte skäl att frånga denna riktiga princip i vad avser barnens ställning.

På samma sätt som nu angivits bör de (säkerligen sällsynta) fall

¹⁹⁶ Se t.ex. Kegel Kommentar 741 (Bem. 83), Raape IPR 238 ff.

bedömas, där konkurrensen mellan de båda personalstatuten avser en *form*brist.

Emellertid kommer ju här enligt de flesta länders IP också *lex loci celebrationis* in i bilden. Det är i allmänhet tillräckligt, om äktenskapet är formgiltigt enligt *antingen* de båda personalstatuten (kumulerade) *eller* *lex loci celebrationis*. Hur förfara i sådana fall där såväl (någotdera av) personalstatuten som sistnämnda lag blivit överträdade och båda i anledning härav föreskriver ogiltighet?

Denna fråga ligger helt annorlunda till än den förut behandlade. IP-reglerna om äktenskaps formgiltighet är, som sagt, så uppbyggda, att det för giltighet räcker, att antingen de båda personalstatuten eller *lex loci celebrationis* leder till detta resultat — *lex loci celebrationis* å ena sidan och personalstatuten å andra sidan är inte kumulativt utan *alternativt* tillämpliga — och omvänt för ogiltighet fordras, att såväl *lex loci celebrationis* som någotdera av personalstatuten blivit överträdade och att båda sanktionerar överträdelsen med ogiltighet. Det är då logiskt att i sistnämnda fall låta konsekvenserna av ogiltigheten, såväl i förhållandet kontrahenterna emellan som beträffande barnens ställning, bestämmas av »das günstigere Recht». Vore äktenskapet enligt denna lag giltigt, skulle den andra, »strängare» lagen överhuvud inte komma till tals; äktenskapet vore då fullt giltigt.

Här blir min slutsats således, att den för barnen »mildare» lagen — d.v.s. den som uppställer de lindrigare förutsättningarna för äkta börd (*legitimation*) — bör tillämpas.¹⁹⁷ I denna del synes f.ö. någon annan åsikt inte ha hävdats i doktrin eller praxis.

Påpekas må slutligen, att någon konkurrenssituation i allmänhet inte kan uppkomma i det mest praktiska fallet av formogiltighet, nämligen där den med formfel behäftade vigseln förrättats i *forumland*et. De allra flesta länder tillägger ju regeln *locus regit actum* tvingande karaktär, såvitt angår vigsel i det egna landet;¹⁹⁸ något utrymme för personalstatutet ges i allmänhet inte i detta hänseende. I den mån ett äktenskap befinnes formgiltigt, är det i hithörande fall därför regelmässigt emedan den *egna* lagen (ensam) blivit överträd vid vigselförrättningen.

¹⁹⁷ Så även Kegel IPR 270 och Kommentar 742 (Bem. 85).

¹⁹⁸ Jfr ovan kap. II s. 25.

D. OGILTIGHETSSTATUTETS RÄCKVIDD

Vad slutligen angår den i tysk doktrin diskuterade frågan om ogiltighetsstatutets närmare tillämpningsområde, synes enighet numera råda om att detta bör begränsas till spörsmålet hur den äkta börden (legitimationen) påverkas just av äktenskapets ogiltighet. Ogiltighetsstatutet skall inte utsträckas till övriga förutsättningar för den äkta börden (legitimationen). Beträffande dessa frågor skall i stället börds- resp. legitimationsstatutet tillämpas.

För egen del ansluter jag mig till den sålunda härskande meningen. De frågor som här avses — beträffande den äkta mannens faderskap till barnen, krav på erkännande av barnen för legitimation o.s.v. — är desamma som uppkommer vid giltigt äktenskap. De är fristående från ogiltighetsfrågan och kan utan olägenhet bedömas enligt annan lag än den som bestämt beträffande ogiltigheten.¹⁹⁹

Tillämpning av ogiltighetsstatutet på här avsedda frågor kunde särskilt beträffande legitimation leda till besynnerliga konsekvenser. Såsom framhållits av Raape, vore fall tänkbara, där en legitimation, som inte skulle varit möjlig, om äktenskapet varit giltigt (emedan legitimationsstatutet, som i detta fall är tillämpligt, inte tillägger giltigt äktenskap legitimationsverkan eller emedan dess närmare förutsättningar härför inte är uppfyllda), kunde komma till stånd vid ogiltigt äktenskap (emedan detta är ogiltighetsstatutets ståndpunkt).

Vad angår äktabördsfall, kräver frågan om mannens faderskap till barnen inte — såsom spörsmålet om hur äktenskapets ogiltighet skall inverka på bördsfrågan — ett enhetligt svar beträffande alla barn i samma förbindelse. Tvärtom bör den bedömas individuellt beträffande vart och ett av barnen. Praktiskt sett blir faderskapsfrågan, såsom Raape säger, aktuell endast beträffande »das unter den verdächtigen Umständen geborene Kind».²⁰⁰ Under sådana förhållanden synes det klart, att tillämplig lag bör bestämmas med hänsyn till de för ettvarvt av barnen individuella anknytningsomständigheterna, t.ex. med hänsyn till mannens nationalitet vid barnets födelse. Här har således bördsstatutet sitt rättmätiga tillämpningsområde.

¹⁹⁹ Jfr emellertid Raapes äldre ståndpunkt i Kommentar 452 och Ficker 1955: 263. Dessa författare menar det vara en fördel att de båda frågorna bedöms enligt samma lag (men har olika åsikter om hur detta skall realiseras).

²⁰⁰ Raape IPR 343.

KAPITEL XII

MÅL OM ARV

§ 1. UTGÅNGSPUNKTER OCH FRÅGESTÄLLNINGAR

I. I detta kapitel skall jag behandla de i den allmänna delen angivna problemen, såvitt de hänför sig till *efterlevande makes legala arvsrätt*. Vissa utgångspunkter anges nedan under A och B. Därefter preciseras frågorna under II.

A. Enligt många rättsordningar har efterlevande make, förutom ev. anspråk enligt äktenskapligt-förmögenhetsrättsliga regler, en viss arvsrätt.¹ De närmare förutsättningarna för och innehållet i denna arvsrätt — med avseende på efterlevande makens plats i successionsordningen, arvsrättens storlek i olika situationer, laglottsskydd etc. — växlar avsevärt från land till land och skall här inte närmare beröras.

Ifrågavarande arvsrätt torde alltid förutsätta ett giltigt och vid arvlåtarens död alltjämt bestående äktenskap. Var äktenskapet ogiltigt — ipso jure eller till följd av ogiltigförklaring — eller var det upplöst genom skilsmässa, är arvsrätt m.a.o. utesluten.

Med skilsmässa brukar i detta sammanhang f.ö. i allmänhet likställas hemskillnad (separation), i den mån detta institut förekommer i olika länders rätt, och ofta även vissa andra omständigheter, såsom att talan om skilsmässa eller hemskillnad var anhängig vid tiden för dödsfallet. I det följande talar jag endast om äktenskapets ogiltighet och upplösning

¹ Se t.ex. i belgisk rätt C.c. belge art. 767, i engelsk rätt The Administration of Estates Act, 1925, med senare ändringar (härtill Bromley 468 ff), i fransk rätt C.c. art. 767, i grekisk rätt Greklands civillagbok art. 1820—1822, i italiensk rätt Cod. civ. it. art. 581—585, i schweizisk rätt ZGB art. 462—464, i svensk rätt ÅB 3 kap., i tysk rätt BGB §§ 1931—1933 samt i österrikisk rätt ABGB §§ 757—759 och 1258.

såsom omständigheter vilka utesluter arvsrätt, men framställningen är indirekt av betydelse även för hemskillnadsfall.

B. I kollisionsrättsligt hänseende hör frågor rörande makes arvsrätt liksom i allmänhet frågor om arvsordning och arvsfördelning m.m. under det *allmänna arvsstatutets* herravälde.

Detta statut bestämmes i en del länder som huvudregel enhetligt för hela kvarlåtenskapen, såväl den fasta som den lösa egendomen. Så förhåller det sig enligt tysk och svensk kollisionsrätt, där arvlåtarens *lex patriae* vid tiden för dödsfallet kommer till användning såsom arvsstatut.²

I andra länder göres vid bestämmandet av arvsstatutet skillnad mellan den fasta och den lösa egendomen. Beträffande den förra tillämpas *lex rei sitae*, beträffande den senare arvlåtarens *lex domicilii* vid dödsfallet. Så förfares enligt belgisk, engelsk och fransk kollisionsrätt samt i viss utsträckning även enligt schweizisk kollisionsrätt.³

Samtliga berörda kollisionsnormer kan tydligen leda till användning av främmande rätt såsom arvsstatut, antingen emedan arvlåtaren var utländsk medborgare eller hade sitt domicil utomlands eller emedan fast egendom tillhörig kvarlåtenskapen är belägen utomlands. De problem som skall behandlas i det följande är därför av intresse från de nämnda rättssystemens synpunkt.⁴

II. I den mån främmande rätt är tillämplig såsom arvsstatut, kan som vanligt två problem ställas.

A. Först ett Vorfrage-problem. Hur skall frågorna om äktenskaps giltighet och bestånd såsom förutsättning för arvsrätten bedömas? Skall härutinnan forumrättens egna eller arvsstatutets IP-regler vara avgörande?

Exempel på denna problematik, såvitt angår äktenskaps giltighet, har lämnats flerstädes i det föregående.⁵ Ett tänkbart fall beträffande giltigheten av skilsmässa är följande: Svensk domstol har

² Se beträffande tysk rätt EG art. 24 och 25 och härtill Kegel Kommentar 910 (Bem. 3—4) samt beträffande svensk rätt IDL 1: 1.

³ Belgisk rätt: Graulich 83; engelsk rätt: Dicey 512 f, 518 ff, 598 f; fransk rätt: Batiffol DIP 708 ff; schweizisk rätt: NAG art. 22, 28, 32 och Schnitzer II 505 ff.

⁴ Däremot synes i Österrike *lex fori* alltid tillämpas såsom arvsstatut, se Köhler 120 ff.

⁵ Se t.ex. ovan kap. III s. 62 f.

dömt till skilsmässa mellan svensk hustru och hennes italienske man (med stöd av IÅL 7: 2 1). Mannen avlider och efterlämnar egendom i Sverige. Enligt italiensk rätt, som enligt IDL 1: 1 är arvsstatut, har efterlevande make viss arvsrätt. Kan den i Sverige frånskilda svenska hustrun göra anspråk härpå? Svaret blir givetvis nekande om svensk rätts (legis fori) uppfattning om skilsmässans giltighet lägges till grund för avgörandet. Men från italiensk rätts (legis causae) synpunkt ägde äktenskapet alljämt bestånd vid dödsfallet (skilsmässodomen erkännes inte); och med tillämpning härav skulle hustrun vara arvsberättigad. Det blir således nödvändigt för frågans avgörande att ta ställning till vilkendera uppfattningen om skilsmässan som skall vara relevant.

Vorfrage-problematiken behandlas i § 2 nedan.

B. Antag att ett Vorfrage-problem rörande äktenskaps giltighet löses enligt lex fori-alternativet och att äktenskapet med tillämpning därav är att anse som giltigt. Det i Norge i borgerlig form ingångna äktenskapet mellan två grekiska medborgare (=exemplet ovan kap. I s. 13) betraktas av en svensk domstol såsom giltigt i arvsålet, emedan så är fallet enligt den svenska kollisionenormen i IÅL 1: 6. Skall härefter grekisk rätt, som enligt IDL 1: 1 är arvsstatut och som för sin del betraktar äktenskapet som ogiltigt, tillämpas beträffande målet i övrigt, alltså beträffande frågan om hustruns arvsrätt överhuvud, storleken av den arvslott som tillkommer henne etc.? Eller bör en dylik »fiktiv» tillämpning av arvsstatutet inte äga rum? Hur skall man i så fall bestämma den lag som i stället har att reglera dessa frågor?

Denna problematik behandlas i § 3.

C. Problem motsvarande de här angivna kan i arvsfall uppkomma även vid andra prejudiciella statusspörsmål än sådana som rör giltigheten av ett äktenskap eller en skilsmässa, t.ex. beträffande barns äkta börd eller giltigheten av en adoption. Doktrin och rättspraxis beträffande dessa problem är av intresse även för de av mig ställda frågorna och kommer därför att beaktas i den följande framställningen. Har det t.ex. i rättspraxis fastslagits, att spörsmål om giltigheten av en adoption i arvsfall skall avgöras med utgångspunkt från arvsstatutets IP-regler, kan det antas att motsvarande — en legis causae-lösning på Vorfrage-problemet — skall gälla, när

den prejudiciella frågan hänför sig till giltigheten av ett äktenskap eller en skilsmässa.

Förutskickas må också att — ehuru framställningen i princip begränsas till frågor om legal arvsrätt — även visst rättsfallsmaterial beträffande rätt på grund av testamente kommer att beaktas. Så sker dock endast i den mån materialet synt ha betydelse även beträffande legal arvsrätt.

§ 2. VORFRAGE-PROBLEMET

I. TYSK RÄTT

A. DOKTRINEN

1. I äldre tysk doktrin antogs det säkerligen i allmänhet, att prejudiciella statusfrågor överhuvud, vilka kunde uppkomma i arvs-mål, bl.a. frågor om giltigheten av äktenskap eller skilsmässa, skulle bedömas utifrån tysk rätts egna IP-regler härom.⁶ Vorfrage-problemet formulerades till en början inte klart. Emellertid betonades det ofta, att det var arvsstatutets sak att bestämma vilka kategorier av personer, t.ex. efterlevande make, som ägde taga arv men att frågan huruvida en viss arvspretendent tillhörde någon av dessa kategorier föll utanför arvsstatutets kompetensområde. Uppenbarligen ligger häri, att sistnämnda fråga skulle bedömas med utgångspunkt från tysk rätts egna kollisionsnormer i ämnet.

Frågor om giltigheten av skilsmässa såsom Vorfrage i arvs-mål uppmärksammades särskilt i anslutning till införandet i tysk rätt (år 1935) av den s.k. »Frauenscheidung».⁷ Härmed avsågs, såsom

⁶ Se t.ex. Frankenstein I 233 och IV 364 (med hänvisningar i not 30 till viss äldre, här ej citerad litteratur), Kahn I 22 och II 193 f, Lewald 1925: 73 ff och IPR 300 (annan ståndpunkt i senare verk, jfr nedan not 11), Nussbaum IPR 351 (implicite), Raape Kommentar 501 f, 531, 592 och 653 ff, Recueil 486 och 492 ff, 1934: 2952 samt 1948: 98 (så även i äldre upplagor av IPR, senare dock annan ståndpunkt, jfr nedan not 11), Wieruszowski 1925: 2491 och Zitelmann 964.

⁷ Se härom t.ex. Kegel Kommentar 787 och Raape IPR 291 ff. Jfr ovan kap. II vid not 68 och kap. VIII vid not 78.

tidigare nämnts, möjligheten för tysk hustru att vid tysk domstol erhålla skilsmässa enligt tysk rätt från sin utländske make i strid med dennes *lex patriae*. Skilsmässodomen kom då inte att erkännas i mannens hemland. Lagstiftningen om »Frauenscheidung» berörde inte rättsverkningarna av en dylik skilsmässa i bl.a. arvsrättsligt hänseende. I doktrinen intogs emellertid den ståndpunkten — i överensstämmelse med den ovannämnda meningen — att den tyska skilsmässodomen måste lända till efterrättelse i detta liksom i andra hänseenden.⁸ Om den utländske mannen avled och efterlämnade egendom i Tyskland, kunde hustrun därför inte göra anspråk härpå såsom arvinge. Visserligen var mannens *lex patriae* arvsstatut, och visserligen betraktade denna lag äktenskapet såsom fortbestående vid tiden för dödsfallet. Men i denna del kunde den främmande rättsens uppfattning inte beaktas; äktenskapet var för tyskt vidkommande att anse som upplöst i och med skilsmässodomen.⁹

Även i nyare tysk doktrin har *lex fori*-lösningen åtskilliga anhängare. Hit hör framför allt *Kegel* och de olika *Kurzkommentare* till BGB.¹⁰

2. Den motsatta ståndpunkten, att arvsstatutets IP-regler skall vara avgörande för prövningen av de prejudiciella statusfrågorna, har särskilt i den nyare tyska doktrinen vunnit avsevärd anslutning. Den omfattas både av författare som i allmänhet ansluter sig till *lex causae*-principen — bl.a. *Ferid*, *Firsching*, *Melchior*, *Neuhaus* och *Wengler* — och av en del andra, t.ex. *Lewald* och *Raape* (i deras senare skrifter).¹¹

⁸ Så Brandis 163 och Massfeller 1935: 831. Till skilsmässofall hänför sig även Raape Kommentar 653 f.

⁹ Om *hustrun* avled först, blev tysk rätt arvsstatut och kunde något Vorfrageproblem inte uppkomma. Redan av denna anledning var arvsrätt för den efterlevande mannen utesluten.

¹⁰ Kegel IPR 359 samt Kommentar 912 (Bem. 11) och 926 (Bem. 73), Kegel-Lüderitz 59, Beitzke i Achilles-Greifff Anm. 4 till EG art. 24, Marquardt i Erman Anm. 3 b) till EG art. 24 samt Lauterbach i Palandt Anm. 3 till EG art. 24 och Anm. 1 till EG art. 25. Samma mening också Hoffmeyer 1956: 93, Jochem 394, 396, Rabel I 589 ff och IV 355 ff, 361 f samt synbarligen Wolff IPR 227 not 3 (jfr emellertid Wolff PIL 206 ff, 579 och IPR 79 f).

¹¹ Ferid 1955: 63, Ferid-Firsching i Einführung Bem. 28 och vid Deutschland Bem. 23, Firsching 1954 sp. 640 (jfr även Erbfälle 29 ff, 36, där framställningen emellertid avser amerikansk rätt), Gamillscheg 1961: 65 (avser äkta börd såsom Vorfrage), Henrich Vorfrage 133 ff och 1966: 222 ff, Lewald 1933: 454 och 1939: 64

Sympatierna för *lex causae*-lösningen är således ovanligt starka just i denna typ av mål. Ett skäl härtill är, att arvsrätten ofta uppfattas som en mindre väsentlig, mera »avlägsen» rättsverkan av äktenskapet än de i det föregående behandlade, en rättsverkan som inte är nödvändigt förbunden med och faktiskt heller inte i alla länder knyts till äktenskapet. Arvsrätten är, säger *lex. Raape*, ett *accidens*, inte ett *essentiale*.¹²

Flera av de hithörande författarna gör dock vissa undantag från sin principiella ståndpunkt. Ett dylikt undantag göres särskilt i den situationen, att äktenskapet ingåtts i Tyskland i den i tysk rätt föreskrivna formen. Här betecknas det ofta, i synnerhet om makarna också varit bosatta i Tyskland, som »untragbar» eller som ordre *public-stridigt* att ge tillämpning åt en regel i arvsstatutet, enligt vilken äktenskapet är ogiltigt, och därigenom förvägra efterlevande maken arvsrätt.¹³ I denna situation betraktas arvsrätten tydligen som en nödvändig konsekvens av det från tysk rätts synpunkt giltiga äktenskapet. Undantag från *lex causae*-lösningen göres emellertid stundom också i det fall, att det föreligger en tysk skilsmässodom beträffande äktenskapet, och t.o.m. vid utländsk skilsmässodom som enligt tysk rätts IP-regler skall erkännas.¹⁴ Här verkar undantaget på motsatt vis: arvsrätt uteblir för den efterlevande maken, ehuru sådan rätt föreligger enligt arvsstatutet, som inte erkänner skilsmässodomen.

B. RÄTTSPRAXIS

Det första relevanta rättsfallet synes vara följande, i doktrinen ofta citerade *Oberlandesgericht-dom* från 1931:¹⁵

not 4, Melchior 247 f, 261 f, Neuhaus Grundbegriffe 238 och 1965: 543, Raape IPR 120, 297 och 434 ff, Serick 1953: 642 f och 1956: 221 f, Strauss 208 f, Wengler 1934: 193 ff och 229 samt 1961: 371, 410 f.

¹² Raape IPR 434. Jfr också Gamillscheg 1961: 65 och Neuhaus 1965: 543.

¹³ Så uttryckligen Ferid-Firsching i Einführung Bem. 28, Henrich Vorfrage 137, Raape IPR 435 och Serick 1956: 222. Se också Neuhaus 1955: 349 (beträffande legitimation som Vorfrage) och 1965: 543 (beträffande äkta börd som Vorfrage).

¹⁴ Så uttryckligen Henrich Vorfrage 137 f och väl även Raape IPR 435, såvitt angår *tysk* skilsmässodom.

¹⁵ OLG Karlsruhe 20.3.1931. — I doktrinen återopas ibland vissa äldre fall, vilka skulle vara ett stöd för *lex fori*-principen, se *lex. Regel Kommentar* 912 not 25. I intet av dessa fall har emellertid en verklig Vorfrage-situation förelegat.

Arvlåtaren, som från början varit tysk medborgare, hade genom freds-fördraget i Versailles förvärvat franskt och förlorat sitt tyska medborgarskap. Han hade genom ett »Erbvertrag» insatt sin hustru som ensam arvinge. Arvlåtaren efterlämnade emellertid också barn i tidigare giften. Enligt fransk rätt, vilken såsom arvlåtarens *lex patriae* vid dödsfallet var arvsstatut i målet, hade barnen rätt till laglott (enligt föreskrifterna i C.c. art. 913 och 1098 om »la réserve») med vissa kvotdelar av kvarlåtenskapen; i motsvarande mån minskades den del härav, varöver arvlåtaren ägt förfoga (»la quotité disponible») genom ifrågavarande »Erbvertrag» (vilket i och för sig var giltigt). För beräkningen av sagda kvotdelar var det av betydelse, huruvida ett av barnen, en son som avlats i äktenskapsbrott, blivit legitimerat genom att arvlåtaren sedermera ingått äktenskap med barnets moder. Enligt fransk (intern) rätt hade sådan legitimation ej ägt rum, väl däremot enligt tysk (intern) rätt. Äktenskapet med barnets moder hade ingåtts och barnet hade fötts vid en tidpunkt då såväl föräldrarna som barnet ännu varit tyska medborgare. På grund härav fann domstolen, att frågan om legitimation »auch vom Standpunkte des französischen internationalen Privatrechts aus, *das hier allein massgebend sein kann*», skulle bedömas enligt tysk rätt. Sonen skulle därför anses legitimerad, och laglott skulle utläggas för honom enligt reglerna i fransk rätt.

Prövningen av den för barnets laglottsrätt prejudiciella frågan om dess bordsrättsliga ställning företogs här, enligt vad som otvetydigt framgår av domen, med utgångspunkt från kollisionssnormerna i fransk rätt såsom arvsstatut. Domen innefattar således en *lex causae*-lösning på Vorfrage-problemet. Denna lösning ansåg domstolen synbarligen självklar; någon motivering för den lämnades i alla händelser inte. Ehuru Vorfrage-problemet i detta fall avsåg legitimation, torde det inte vara något tvivel om den av domstolen valda lösningens tillämplighet även beträffande t.ex. giltigheten av äktenskap såsom Vorfrage.

I nyare rättspraxis synes Vorfrage-situationer i arvsmål förekomma ganska ofta.¹⁶ Avgörandena går härvid i samma riktning som i det ovan refererade fallet. Ett sådant fall är följande Landgericht-avgörande från 1950:¹⁷

Arvlåtaren var italiensk medborgare och italiensk rätt arvsstatut. Genom testamente hade arvlåtaren uteslutit sin hustru, som också var italiensk medborgare, från arvsrätt. H gjorde nu anspråk (bl.a.) på att utfå den laglott som tillkom henne enligt italiensk rätt.

¹⁶ Sälunda uppger Firsching Erbfälle 29 not 6, att AG München vid åtskilliga tillfällen haft att avgöra fall som innefattat Vorfrage-situationer. Dessa fall synes dock inte vara publicerade.

¹⁷ LG Berlin 3.4.1950.

Förutsättning för bifall till H:s talan var bl.a., att hennes äktenskap med arvlåtaren varit giltigt. I denna del konstaterade domstolen, att det ifrågasvarande äktenskapet ingåtts inför tysk Standesbeamter samt att *italiensk rätt erkände äktenskapet som giltigt*, då vigselortens (tysk rätts) formkrav iakttagits och då inga i italiensk rätt stadgade äktenskapshinder varit förhanden. På grund härav och då förutsättningarna även i övrigt var uppfyllda, bifölls H:s talan i denna del.

Även i detta fall framgår det fullt klart av domen, att frågan om existensen av det prejudiciella rättsförhållandet — här ett giltigt äktenskap — prövats med ledning av kollisionsnormerna i det främmande arvsstatutet (italiensk rätt). Liksom i föregående fall rör det sig således om en *lex causae*-lösning på Vorfrage-problemet, en lösning som synbarligen träffats »spontant», i vart fall utan redovisad motivering.

Samma förfaringssätt synes slutligen ha tillämpats dels i ett Oberlandesgericht-avgörande från 1957, dels i ett (opublicerat) Kammergericht-avgörande från 1960,¹⁸ båda beträffande utomäktenskapligt barns arvsrätt efter sin (påstådde) fader. I förstnämnda fall var arvlåtaren ungersk medborgare. Vorfrage-spörsmålet gällde huruvida han skulle anses som barnets fader. Detta spörsmål prövades med utgångspunkt från kollisionsnormerna i ungersk rätt, synbarligen emedan denna var arvsstatut i målet. Ifrågasvarande kollisionsnormer hänvisade till mannens *lex patriae* vid barnets födelse, *in casu* ungersk rätt; och med stöd härav besvarades frågan om faderskapet nekande, varför arvsanspråket ogillades.

Tendensen i tillgänglig rättspraxis, så långt denna sträcker sig, är alltså klar nog. Domstolarna bedömer uppkommande prejudiciella statusspörsmål, däribland giltigheten av äktenskap, utifrån arvsstatutets IP-regler, i samtliga anförda fall f.ö. utan att ge någon särskild motivering härför. Emellertid ger rättsfallen näppeligen säkert underlag för en regel, enligt vilken bedömningen *alltid* skall företas på detta sätt. I samtliga ovannämnda fall synes det av domstolarna tillämpade förfaringssättet ha lett till samma materiella resultat som om tysk rätts egna IP-regler beträffande de prejudiciella frågorna kommit till användning. Huruvida och i vad mån arvsstatutets IP-regler skulle ha föredragits även i andra lägen torde vara en tämligen öppen fråga. Hur skulle det t.ex. ha gått, om arv-

¹⁸ OLG Hamm 14.9.1957 och KG 18.1.1960. Ett referat av sistnämnda fall finns hos Boulanger 130.

låtaren i Landgericht-fallet från 1950, vid i övrigt oförändrade omständigheter, inte varit italiensk utan spansk eller grekisk medborgare? I detta fall hade från arvsstatutets — spansk resp. grekisk rätts — synpunkt läget varit det, att något giltigt äktenskap inte förelegat. Skulle hustruns laglotsanspråk alltså ha ogillats? Eller skulle en dylik utgång, såsom ofta hävdats i doktrinen, ha stämplats såsom ordre public-stridig och tysk rätts egen uppfattning av äktenskapet såsom giltigt lagts till grund för avgörandet?

II. FRANSK RÄTT

A. DOKTRINEN

1. Liksom i den äldre tyska doktrinen har man i fransk IP-rättslig doktrin ganska sällan explicit formulerat Vorfrage-problemet i arvsrättsliga mål. Vad man frågat sig har främst varit, huruvida kompetensområdet för arvsstatutet — varmed förmodligen närmast avses dess *interna* rätt — skall omfatta också de prejudiciella statusfrågor som kan uppkomma i arvsmål.¹⁹ Svaret på denna fråga har i regel, liksom i den tyska doktrinen, blivit nekande. Det betonas sålunda av en rad författare i fransk doktrin, att spörsmålet om vederbörande har den familjerättsliga status, som enligt arvsstatutet fordras för arvsrätt, är att bedöma för sig, enligt andra kollisionsrättsliga regler än som gäller för bestämmande av arvsstatutet.²⁰ Ej sällan framställes detta så, att det *först* med ledning av arvsprentendentens egen »loi personnelle» bör avgöras, om han har den familjerättsliga status på vilken han grundar sitt arvsanspråk, och att *därefter* konsekvenserna härav i arvsrättsligt hänseende bör bedömas enligt arvsstatutets regler.²¹

Ehuru Vorfrage-problemet här inte direkt ställes, är det tydligt att fransk rätts egna kollisionsnormer förutsättes skola tillämpas

¹⁹ I synnerhet har diskussionen förts på detta sätt beträffande *adoptivbarns* arvsrätt, huvudsakligen i anknytning till det kända rättsfallet Cass.civ. 21.4.1931 (Ponnoucannamalle c. Nadimoutoupouille).

²⁰ Se t.ex. *Bartin* 5, 8 ff, *Batiffol* 1947: 155 f och DIP 526 f, 722 f, *Despagnet* 1046 f, *Lerebours-Pigeonnière* DIP 609, *Louis-Lucas* R 1957: 176 ff, *Niboyet* IV 825 ff och *Savatier* 333 f.

²¹ Se i synnerhet *Louis-Lucas* l.c. samt — beträffande den arvsrättsliga verkan av skilsmässa — *Batiffol* DIP 527, *Benjamin* 134 och *Niboyet* Cours 545.

beträffande de prejudiciella frågorna.²² Tvivelsutan förhåller det sig också så, att huvuddelen av den franska doktrinen på detta liksom på andra områden står främmande för användning av utländska IP-regler på prejudiciella frågor.

2. Sistnämnda lösningsalternativ har dock i arvsmål förordats av *Lepaulle* och, som huvudregel, av *Lagarde*.²³ Båda dessa författare menar, att arvsstatutet i verkligheten inte skulle bli tillämpat, om de prejudiciella frågorna undandrogs detsamma och underställdes forumrättens IP-regler; man skulle då bryta mot den främmande rättens »interna logik» (*Lagarde*). Mycket kategoriskt hävdas denna uppfattning av *Lepaulle*:²⁴

Si l'on se dégage de toute déformation professionnelle, qu'on revienne au bon sens et qu'on réfléchisse à la raison d'être du Droit International privé, on ne peut atteindre qu'une seule conclusion: si on estime que la dévolution d'un patrimoine ayant appartenu à un défunt domicilié en Angleterre doit être régie par le droit anglais, il faut atteindre le résultat qu'atteindrait un juge anglais, ou alors ce n'est pas la peine de sortir du droit interne français (kurs. av *Lepaulle*).

B. RÄTTSPRAXIS

En Vorfrage-situation förelåg i följande fall, som avgjordes av Trib. Rabat i dåvarande franska protektoratet Marocko år 1932:²⁵

²² Uttryckliga ställningstaganden i denna riktning hos *Boulangier* 127 ff, *Franciscakis Renvoi* 210 ff, *Maury* 1936: 560 ff och *Niboyet* IV 825 ff, ish 826 (men jfr *Niboyet* III 392 f). Problemet ställs även av *Batiffol* DIP 351 not 24 och 1959: 489 f samt av *Lerebours-Pigeonnière* DIP 422 not 1 men utan att klar ställning toges till detsamma.

²³ *Lagarde* *Ordre public* 81, 85, 226 ff samt 1960 ish 460 f, 465, 471 f och 479 ff (*Lagarde* gör dock här som eljest vidsträckta undantag från principen, jfr nedan under § 3 vid noterna 66—68); *Lepaulle* DIP 150, 200 f samt 1943: 315 ff. Se även *Niboyet* III 392 f, där *Niboyet* förordar användning av arvsstatutets IP-regler beträffande prejudiciella frågor (närmast beträffande äkta börd såsom försättningsrätt för arvsrätt). *Niboyet*, som betecknade denna ståndpunkt såsom stridande mot den i fransk rätt allmänt antagna, synes dock senare även för egen del ha övergått till *lex fori*-lösningen, se ovan noterna 20—22. Jfr beträffande de här nämnda författarna ovan kap. IV s. 101 ff.

²⁴ *Lepaulle* 1943: 316.

²⁵ Trib. Rabat 28.12.1932.

Arvlåtaren var grekisk medborgare. Enligt särskilda IP-rättsliga bestämmelser för Marocko²⁶ var, till skillnad från vad som gällde i det franska moderlandet, arvlåtarens *lex patriae* arvsstatut, in casu således grekisk rätt (vilken i målet jämväl var tillämplig såsom äktenskapligt förmögenhetsstatut). Såsom arvspretendenter uppträdde dels Q, med vilken arvlåtaren hade ingått äktenskap i Marocko i lokal (civil) form, dels ett barn till arvlåtaren i tidigare äktenskap. Enligt grekisk rätt var såväl efterlevande maka som barn arvsberättigade i vissa proportioner. Emellertid gjordes det gällande från barnets sida, att Q saknade arvsrätt emedan hennes äktenskap med arvlåtaren ingåtts utan medverkan av ortodox präst och förty var ogiltigt enligt grekisk rätt.

Härom yttrade domstolen, att utländska medborgare enligt de förenämnda marockanska IP-reglerna vid giftermål i Marocko kunde välja mellan den nationella lagens och den lokala (civila) formen för äktenskaps ingående och att arvlåtarens äktenskap med Q därför varit giltigt, oavsett den nationella lagens krav på religiös vigsel. Härefter förordnades, att kvarlåtenskapen skulle delas enligt de (äktenskapligt-förmögenhetsrättsliga och) arvsrättsliga bestämmelserna i grekisk rätt.

Här prövades frågan om äktenskapets giltighet tydligen enligt forumrättens egna IP-regler. Arvsstatutets (grekisk rätts) motsvarande regler beaktades inte.²⁷

Avgörandet torde, vad beträffar Vorfrage-problemet, vara representativt för fransk praxis. Något annat fall som med säkerhet innefattat en Vorfrage-situation har jag visserligen inte funnit. Men av IP-rättslig praxis i övrigt framgår, att domstolarna är benägna att — såsom även skedde i rättsfallet ovan — först undersöka, om arvspretendenten har den status han påstår, och sedan, om svaret blir jakande, ta ställning till de arvsrättsliga konsekvenserna härav.²⁸ Med detta tänkesätt kommer domstolarna liksom huvudparten av doktrinen inte ens att ställa något Vorfrage-problem; statusfrågan bedöms utan vidare med ledning av fransk rätts egna IP-regler.

²⁶ Dessa regler fanns i en »Dahir» av den 12.8.1913 »sur la condition civile des Français et des étrangers dans le Protectorat Français du Maroc». Denna »Dahir», vars art. 18 handlar om arv och art. 15 om äktenskaplig förmögenhetsrätt, bygger på nationalitetsprincipen.

²⁷ Jfr härtill Robertson 580 not 62 och Gottlieb 541 f.

²⁸ Se t.ex. Trib. Seine 17.1.1924, Paris 22.3.1924 och 10.7.1946, Hanoï 24.3.1949 samt i synnerhet Trib. Saint-Brieuc 26.6.1951 (härtill Niboyet 1951: 526 f och Louis-Lucas R 1957: 176 ff). Jfr också Cass.civ. 23.12.1954 (oklart om här förelåg en Vorfrage-situation) och från äldre praxis Trib. Valenciennes 18.6.1914. Se även Rabel IV 356 f.

III. ENGELSK RÄTT

A. DOKTRINEN

I den mån Vorfrage-problemet beaktats i framställningar över den engelska internationella successionsrätten — vilket började ske mot slutet av 1930-talet — intogs tidigare i allmänhet den ståndpunkten, att engelsk rätts egna kollisionssnormer borde vara avgörande beträffande prejudiciella statusfrågor av olika slag. Det antogs även att de engelska domstolarna, utan att direkt formulera problemet, i allmänhet faktiskt förför på detta sätt. Så framställdes saken bl.a. i de båda ledande handböckerna över engelsk internationell privaträtt, *Cheshire* och *Dicey*.²⁹

Den motsatta ståndpunkten hävdades tidigt av *Robertson*.³⁰ Lex causae-lösningen har senare vunnit så mycket terräng, att den numera synes vara övervägande mening i engelsk doktrin. Särskilt bör här nämnas *Gotlieb*, som ingående undersökt anglo-amerikansk doktrin och rättspraxis beträffande »the incidental question» överhuvud och som för successionsrättens del kommer till att successionsstatutets kollisionssnormer bör vara avgörande och att detta även bäst stämmer med de engelska rättsfallen.³¹ Av intresse är att en annan ståndpunkt än tidigare intages i nyare upplagor av *Cheshire* och *Dicey* (i förevarande del författad av *Morris*). För successionsrättens del ansluter *Cheshire* och i huvudsak förmodligen även *Dicey* sig numera till samma mening som *Gotlieb*.³² Sålunda anför *Cheshire* som exempel, att om tvisten gäller arv till fast egendom (»immovables») belägen i Italien och om arvspretendentens

²⁹ *Cheshire* 5 u. (1957) 86 f, *Dicey* 6 u. (1949) 73 ff. På lex fori-ståndpunkten står vidare *Breslauer* 18 ff, 66 ff, *Falconbridge* 765 f, *Morris* 1938: 611 ff och 1946: 89 f, *Nussbaum Principles* 104 ff (delvis oklart och motsägelsefullt, särskilt i vad avser kommentarerna å s. 106 f till det nedan under B omtalade rättsfallet *Re Stirling*), *Rabel IV* 355 ff, 361 f och *Webb* 1958: 157.

³⁰ *Robertson* t.ex. 571 ff.

³¹ *Gotlieb* ish 524 f, 547 ff.

³² *Cheshire* 72 f samt (beträffande »legitimacy» såsom förutsättning för arvsrätt) 367 (så redan i 6 u. 1961, s. 85 f, 424); *Dicey* 57 ff samt (beträffande »legitimacy» resp. »legitimation» såsom förutsättning för arvsrätt) 431 och 451. För lex causae-metoden uttalar sig också *Mann* 1941: 128 (not 72) och 141 (avser prejudiciella bordsfrågor), *Morris* 1953: 979 (synbarligen), *Welsh* 85 ff, 91 (beträffande »legitimacy» som förutsättning för arvsrätt) och *Wolff PIL* 206 ff, 396, 579.

anspråk bestrides på den grund, att hennes äktenskap med den avlidne varit ogiltigt och att hon alltså inte är den avlidnes »widow», bör beträffande denna fråga »on principle» den italienska kollisionsnormen (italiensk rätt är arvsstatut såsom *lex rei sitae*) föredras framför motsvarande engelska regel, om de båda reglerna skiljer sig åt.

Ett avgörande skäl för *lex causae*-lösningens framgångar inom just den internationella successionsrätten i engelsk IP torde vara, att engelska domstolar på detta område tillämpar *renvoi* i dess specifikt engelska variant, den s.k. *foreign court theory*.³³ Inneböörden av och den rättspolitiska motiveringen för detta institut har omtalats i avhandlingens allmänna del (ovan kap. IV s. 108 f). Såsom där framhållits, har de engelska domstolarna inom ramen för *the foreign court theory* i princip att söka efterlikna de främmande domstolarnas (d.v.s. domstolarnas i *lex causae*-landet) hypotetiska handlingssätt i den föreliggande situationen. Härav följer, menar man nu i doktrinen, att även alla »incidental questions» bör lösas på samma sätt som i det främmande landet, d.v.s. med utgångspunkt från dess IP-regler.³⁴

Liksom i tysk doktrin finns det emellertid en tendens att göra vissa undantag från den sålunda intagna ståndpunkten. Dessa undantag förklaras nödvändiga av hänsyn till »internal harmony», vilken ibland skulle kräva att forumrättens egen ståndpunkt beträffande »incidental questions» respekteras. När så skulle vara fallet preciseras inte i bestämda regler. Emellertid tänker *Wolff* sig följande exempel:³⁵

De italienska makarna Andrea och Berta, vilka har sitt domicil i England, har erhållit skilsmässa vid engelsk domstol. Båda har därefter ingått nytt gifte i England. Sedermera flyttar Andrea tillsammans med sin nya hustru, Carlotta, tillbaka till Italien och förvärvar italienskt domicil. Han avlider och efterlämnar lös egendom (»movables») i England. Beträffande denna är italiensk rätt såsom arvlåtarens *lex domicilii* arvsstatut. Anspråk på arvet framställes såväl av Berta som av Carlotta, båda i egenskap av

³³ Om *the foreign court theory* i successionsrättsliga tvister se t.ex. Dicey 72 ff.

³⁴ Se särskilt Cheshire 72 f, Dicey 61, Gotlieb 531 ff, 545 ff och Wolff PIL 206. Jfr ovan kap. IV s. 109.

³⁵ Wolff PIL 209 f. Instämmande Morris i Dicey 61 f (se beträffande detta exempel också Morris 1946: 89 f och Gotlieb 554 f ävensom Webb 1958: 157, som tar upp ett liknande fall).

arvlåtarens »widow». Om den engelska domstolen här, i linje med the foreign court theory, avgjorde målet på samma sätt som en italiensk domstol skulle göra, skulle Berta tilldelas arvet; ty från italiensk rätts synpunkt är skilsmässan och Andreas nya äktenskap med Carlotta ogiltiga. Enligt Wolff hör en engelsk domstol dock inte förfara på detta sätt och kan ej heller förväntas göra det. Den italienska rätten bör (undantagsvis) lämnas obeaktad, såvitt angår dess icke-erkännande av den engelska skilsmässodomen, och Carlotta således tilldelas arvet.

B. RÄTTSPRAXIS

Familjerättsliga statusspörsmål aktualiseras i engelsk rättspraxis vanligen just i successionsrättsliga tvister, i och för fördelningen av kvarlåtenskap ex lege eller (oftare) enligt ett testamente. Även inom den internationella privaträttens område har de flesta statusfrågor uppkommit prejudiciellt i sådana tvister. I de allra flesta av dessa fall har emellertid arvlåtaren varit domicilierad i England eller har tvisten rört »immovables» i England och har engelsk rätt därför varit successionsstatut.³⁶ Något Vorfrage-problem har då inte kunnat uppkomma; lex causae har sammanfallit med lex fori.

I själva verket torde det i engelsk rättspraxis inte finnas något enda fall, där sagda problem med säkerhet inställt sig »on all fours» och vars tolkning i här relevant avseende är fri från vanskligheter och tvivelsmål. I det följande redogöres för de fall som brukar citeras i doktrinen i samband med Vorfrage-problemet och som *möjligen* är av betydelse härvidlag.

Det första av dessa fall är *Re Johnson* (1903), där den prejudiciella frågan gällde legitimation (ovanligt nog inte av en arvspretendent utan av arvlåtaren själv):

Arvlåtaren var född 1810 på Malta och dotter i en utomäktenskaplig förbindelse mellan en man med domicil i England och en kvinna med domicil på Malta. Föräldrarna hade några år efter hennes födelse ingått äktenskap med varandra. Arvlåtaren var själv brittisk medborgare och hade sitt »domicil of origin» på Malta (i sistnämnda hänseende följde hon, på

³⁶ Några sådana fall, där prejudicialfrågan avsett äkta börd och där denna fråga i sin tur gett upphov till spörsmål om gilligheten av föräldrarnas äktenskap, har refererats ovan i kap. XI s. 327 ff.

grund av sin utomäktenskapliga börd, sin moder).³⁷ På 1830-talet hade hon lämnat Malta och bosatt sig i storhertigdömet Baden, där hon avlidit 1894 ogift och barnlös.

Twisten gällde arv beträffande viss egendom — »movables» — som fanns dels i England, dels i Tyskland och varöver icke förfogats genom testamente. För den händelse arvlåtaren saknade arvsberättigade släktingar, skulle arvet tillfalla antingen hennes »executors» eller brittiska Kronan (vilketdera lämnades öppet). Såsom arvspretendenter uppträdde emellertid, förutom dessa, vissa personer vilka påstod sig arvsberättigade enligt maltesisk rätt, då de vore arvlåtarens »next of kin». Förutsättning för dessa personers arvsrätt var, att arvlåtaren kunde anses ha blivit legitimerad genom föräldrarnas äktenskap och således hade äkta börd. Sådant verkan hade äktenskapet inte enligt dåvarande engelsk (intern) rätt, väl däremot enligt »the common law of Malta».

Domaren i målet, Farwell J., sammanfattade frågeställningen så, att det gällde att avgöra vilken lag som skulle bestämma arvspretendenternas rätt till den ifrågavarande egendomen, m.a.o. vilken lag som skulle vara arvsstatut. I detta hänseende befanns, på grunder som är något oklara, maltesisk rätt tillämplig (antingen emedan arvlåtaren trots sin långvariga bosättning i Baden inte ansågs ha förvärvat »domicil of choice» därstädes utan bibehållit sitt maltesiska »domicil of origin» eller emedan Badens lag — i Baden härskade nationalitetsprincipen — återförvisade till maltesisk rätt). Härefter konkluderade Farwell J.: »Her (arvlåtarens) movables, therefore, will be distributed amongst the persons who would be entitled thereto according to Maltese law.»

I domen diskuteras inte legitimationsspörsmålet som något särskilt problem, skilt från frågan om bestämmandet av arvsstatutet. Säkerligen har den senare frågan ansetts inkludera den förra, och i domarens konklusion torde ligga att maltesisk rätt, i och med att den befunnits tillämplig såsom arvsstatut, skulle vara bestämmande även beträffande legitimationen såsom förutsättning för släktingarnas arvsrätt; till följd härav skulle frågan få ett jakande svar och arvet tilldelas släktingarna.³⁸

Enligt dåvarande engelska kollisionsnormer gällde annars, att legitimation genom efterföljande äktenskap erkändes endast under förutsättning (bl.a.) att detta institut förekom i faderns domicillag vid tiden för barnets födelse, in casu alltså engelsk rätt.³⁹ Denna

³⁷ Att utomäktenskapliga barn som regel delar moderns domicil se Dicey 93, 115 ff.

³⁸ Så Dicey 60.

³⁹ Se Cheshire 370 f, Dicey 435 ff. — Denna regel ändrades 1926, jfr ovan kap. XI vid not 80.

engelska kollisionenorm skulle lett till ogillande av släktingarnas anspråk, eftersom engelsk (intern) rätt som sagt inte kände legitimationsinstitutet. Ifrågavarande kollisionenorm i *lex fori* har uppenbarligen inte tillämpats i målet.

Det sagda utgör bakgrunden till följande, av *Morris* (i *Dacey*) på grundval av *Re Johnson* formulerade regel:⁴⁰

English courts would probably permit the foreign *lex successionis* to determine not only what classes of persons were entitled to succeed, but also (if legitimacy was a necessary qualification under the foreign law) whether any individual had or had not been legitimated, *and what law determined this question.*

Avgörandet i *Re Johnson* skulle således innefatta ett stöd för en *lex causae*-lösning på *Vorfrage*-problemet. Häremot kan dock invändas, att det i rättsfallet inte finns något som tyder på att legitimationsfrågan underställts maltesisk rätts (arvsstatutets) *kollisionsnormer* utan allenast maltesisk *intern* rätt.

Om den av *Morris* antagna regeln är riktig, torde det å andra sidan inte finnas några betänkligheter mot att utsträcka densamma även till andra prejudiciella statusfrågor än legitimation, bl.a. till giltigheten av äktenskap eller skilsmässa.

Ett annat fall som brukar anföras i detta sammanhang är *Re Stirling* (1908), som visserligen gällde tolkningen av ett testamente men som torde vara av intresse även beträffande arv *ex lege*:

Enligt testamentet skulle bl.a. viss fast egendom, belägen i Skottland, tillfalla en arvlåtarens släkting Thomas S. och efter dennes död »the heirs male of his body». Sistnämnda uttryck var enligt skotsk rätt, som var tillämplig beträffande testamentets tolkning, att förstå så, att endast avkomlingar med äkta börd kunde ifrågakomma.⁴¹

Thomas S. avled 1893. Han efterlämnade bl.a. en son, som var kärke i detta mål, och en sonson Richard S., svarande i målet, vars fader, Walter S., tidigare avlidit. Käromålet avsåg att få fastslaget att Richard S. saknade äkta börd, emedan äktenskapet mellan hans föräldrar varit ogiltigt, och därför inte kunde grunda någon rätt på testamentet.

Richards moder (H) hade först varit gift med en till Canada utvandrad skotte (M). M och H hade varit bosatta i British Columbia. På talan av M hade en domstol i North Dakota dömt till skilsmässa mellan makarna. I

⁴⁰ *Dacey* 451, jfr 59 f.

⁴¹ Läget i rättsfallet torde till följd härav ha varit detsamma som i ett fall rörande *legal* arvsrätt, där skotsk rätt varit arvsstatut och föreskrivit att endast »legitimate children» ägde taga arv. Jfr i detta avseende rättsfallet *Re Bischoffsheim* (1948) ovan kap. XI s. 330.

samband därmed hade M vistats en kortare tid i nämnda stat men ej förvärvat domicil i densamma. H hade överhuvud inte vistats i North Dakota; hon hade genom ombud medgivit M:s talan. Kort tid efter skilsmässan hade hon i San Francisco ingått nytt äktenskap med Walter S., som i likhet med M var bosatt i British Columbia. I detta äktenskap var Richard S. född.

Domaren i målet, Swinfen Eady J., fann till en början, att den i North Dakota beviljade skilsmässan inte kunde ha medfört upplösning av äktenskapet mellan M och H. Till detta resultat kom han, oavsett om M och H skulle anses ha haft sitt domicil (i tekniskt-rättslig mening) i England, Skottland eller Canada;⁴² denna fråga kunde lämnas öppen. Ty såväl enligt engelsk och skotsk som enligt kanadensisk rätt gällde, att inget annat land än makarnas domicilland ägde »jurisdiction» för upplösning av äktenskap. Och klart var att M och H inte förvärvat domicil i North Dakota. Då skilsmässan således inte var giltig, följde härav att H:s efterföljande äktenskap med Walter S. inte varit ett »lawful marriage».

Emellertid hade Richard S. gjort gällande, att han hade äkta börd även om föräldrarnas äktenskap var ogiltigt, nämligen på den grund att skotsk rätt — vilken var successionsstatut i målet, eftersom arvegodset var beläget i Skottland — betraktade barnen i ett ogiltigt äktenskap såsom »legitimate», om någon av makarna saknat kändedom om den omständighet som föranlett ogiltigheten (enligt doktrinen om »putative marriage»). Denna omständighet var in casu, att skotsk rätt inte erkände den i North Dakota meddelade skilsmässodomen; och härom hade, hävdades det, både Walter S. och H varit okunniga.

I denna del förekom motstridiga uppfattningar om i vad mån doktrinen om »putative marriage» var gällande skotsk rätt. Emellertid fann sig domaren inte behöva ta ställning härtill. Så mycket var nämligen klart och ostridigt, att nämnda doktrin i skotsk rätt (om den överhuvud gällde där) avsåg endast »error of fact», inte »error in law». I förevarande fall måste föräldrarnas villfarelse (i motsats till vad som hävdades från Richards sida) anses ha varit av den senare typen. Doktrinen om »putative marriage» kunde därför i alla händelser inte åberopas i detta fall.

Slutet blev därför bifall till käromålet.

I den *första* delen av denna dom synes resonemanget ha förts på samma sätt som var gängse beträffande bördfrågor i engelsk rättspraxis vid denna tid, nämligen enligt en historisk metod (jfr härom ovan kap. XI s. 327 f, fallet Shaw v. Gould). Först undersöktes sålunda om skilsmässan mellan M och H kunde erkännas som giltig; sedan svaret blivit nekande, drogs härav slutsatsen att äktenskapet

⁴² I domen talas genomgående om »Canadian domicile», »Canadian law» etc., och därför använder jag även i min framställning detta uttryckssätt. Riktigare synes annars vara — eftersom de kanadensiska provinserna är skilda »law districts» — att tala om *British Columbias* rätt etc. Se Dicey 30, 33.

mellan Walter S. och H var ogiltigt och att Richard S. följaktligen inte hade äkta börd (åtminstone inte på ifrågavarande grund). Resonemanget i denna del bär inga spår av att ha påverkats av den omständigheten, att börd frågan blott var »incidental» till arvsfrågan och att detta senare spörsmål hörde under främmande (skotsk) rätt. Visserligen förefaller frågan om erkännande av North Dakota-skilsmässan ha prövats inte bara från engelsk utan också från skotsk och kanadensisk synpunkt (det konstaterades ju i domen, att »jurisdiction» för staten North Dakota inte förelåg enligt något av dessa alternativ). Varför så skedde är dock oklart.⁴³

Möjligt är att den engelska rättens egen ståndpunkt till skilsmässodomen i och för sig ansetts ensam relevant. De engelska IP-reglerna beträffande utländska skilsmässodomar innebär nämligen, att sådana domar erkännes i England — förutom i fall där makarna haft sitt domicil i domslandet, vilket ju in casu inte var förhållandet — om domicillandet för sin del likväl erkänner domen.⁴⁴ Enligt dessa regler var det i *Re Stirling* av betydelse, att North Dakota-domen inte erkändes i något av de länder, Skottland och Canada, där M och H möjligen haft sitt domicil.

Beträffande domens *andra* del, där börd frågan övervägdes med hänsyn till den i skotsk rätt (möjligen) gällande doktrinen om »putative marriage», synes tillämpligheten av skotsk rätt såsom successionsstatut däremot ha haft betydelse. Såsom i annat sammanhang framhållits (ovan kap. XI s. 328), var nämligen enligt engelsk rättspraxis vid ifrågavarande tid ett giltigt äktenskap mellan föräldrarna det *exklusiva* kriteriet på äkta börd, och detta även när de inblandade hade sitt domicil utomlands. Denna regel kan emellertid, såsom framhållits i doktrinen,⁴⁵ inte ha ansetts tillämplig i *Re Stirling*, ty då skulle domens andra del ha varit överflödigt.

Enligt *Robertson* är rättsfallet i denna del därför ett klart belägg för *lex causae*-principen beträffande »the preliminary question»;⁴⁶ *Re Stirling* är enligt *Robertson* det enda engelska fall som »squarely presents this problem».

Emellertid är denna tolkning tvivelaktig. Med rätta har det i

⁴³ De författare i engelsk doktrin som kommenterat rättsfallet synes ense om att dess ratio i denna del inte låter sig med säkerhet utläsas. Se Dicey 59, Gotlieb 538 och Welsh 87 not 7.

⁴⁴ Se rättsfallet *Armitage v. At.-Gen.* (1906) och t.ex. Dicey 314 ff.

⁴⁵ Gotlieb 538 f, *Robertson* 578.

⁴⁶ *Robertson* l.c. Se även Svénné Schmidt Kvalifikationsproblemet 216 not 90, där det utan reservation heter, att domstolen använde IP-reglerna i *lex causae*.

doktrinen påpekats, att den till tillämpning övervägda regeln i skotsk rätt, enligt vilken barn i ett »putative marriage» har äkta börd, är en saknorm, inte en kollisionsrättslig regel.⁴⁷ Det finns inte — lika litet som i *Re Johnson* ovan — något som tyder på att denna saknorm in casu ansetts kunna ifrågakomma till tillämpning, emedan en bordsrättslig kollisionsnorm i arvsstatutet hänvisat till densamma. Närmast synes rättsfallet i denna del innebära, att bordsfrågan ansetts skola prövas enligt arvsstatutets *interna* rätt.

Slutligen har i detta sammanhang också åberopats ett obiter dictum i rättsfallet *Baindail v. Baindail* (1946). Frågan var här huruvida ett (potentiellt) polyamt äktenskap, vilket ingåtts enligt hinduisk rit i Indien, där mannen haft sitt domicil, och vilket icke sedermera blivit upplöst, utgjorde hinder för giltigheten av ett senare (monogamt) äktenskap som mannen ingått i England. Så befanns vara fallet, varför det senare äktenskapet ansågs »null and void».

I detta mål yttrade Lord Greene, M. R., obiter följande:

— — — If a Hindu domiciled in India died intestate in England leaving personal property in this country, the succession to the personal property would be governed by the law of his domicile; and in applying the law of his domicile effect would have to be given to the rights of any children of the Hindu marriage and of his Hindu widow, and for that purpose the courts of this country would be bound to recognize the validity of a Hindu marriage so far as it bears on the title to personal property left by an intestate here — — —.

Detta uttalande har i doktrinen ansetts vara ett visst stöd för en *lex causae*-lösning på Vorfrage-problemet i successionsrättsliga tvister.⁴⁸ I uttalandet skulle enligt denna tolkning ligga, att en engelsk domstol i den av Lord Greene förutsatta situationen skulle bedöma frågan om äktenskapets giltighet och barnens äkta börd utifrån hinduisk rätt, inklusive dess IP-rättsliga regler, såsom *lex successio- nis* i stället för att gå till engelsk rätts egna kollisionsnormer härom.

Emellertid synes det högst tveivelaktigt, om Lord Greene verkligen avsett att uttala sig om detta spörsmål. Det problem som stod i förgrunden i *Baindail v. Baindail* var inte alls, huruvida det hinduiska äktenskapets giltighet skulle bedömas på det ena eller andra sättet; dess giltighet stod i och för sig utom tveivel. Utan problemet gällde, liksom i flera tidigare engelska rättsfall, i vad mån det sålunda kolli-

⁴⁷ Welsh 86 not 5, Gotlieb 538. Tvivlande även Dicey 59 not 12.

⁴⁸ Dicey 60, Gotlieb 539.

sionsrättsligt giltiga men polygama äktenskapet kunde tilläggas samma rättsverkningar som ett »Christian marriage»,⁴⁹ in casu huruvida det utgjorde hinder för ett nytt (monogamt) äktenskap i England. Förmodligen är det endast detta, för de engelska domstolarna sedan länge välbekanta IP-rättsliga problem⁵⁰ (vilket med min terminologi är ett substitutionsproblem) som Lord Greene velat utveckla.

Sammanfattningsvis har Vorfrage-problemet inte klart formulerats i något av de hithörande engelska rättsfallen. Såsom Cheshire säger:⁵¹ »Anglo-American judges have never directly considered these opposing views» (d.v.s. lex fori- och lex causae-principerna). Detta gör tolkningen av rättsfallen osäker. Faktiskt synes engelsk rätts egna IP-regler beträffande de prejudiciella statusfrågor — legitimation resp. äkta börd — som uppkom i Re Johnson och Re Stirling emellertid ha skjutits åt sidan till förmån för arvsstatutet. Huruvida de nämnda rättsfallen — och Lord Greenes dictum i Baidnail v. Baidnail — utgör ett stöd för en lex causae-lösning på Vorfrage-problemet, såsom antagits av vissa författare i den engelska doktrinen, förefaller likväl något tveivelaktigt. Så mycket torde dock kunna sägas, att engelsk praxis är *förenlig* med dessa författares ståndpunkt.

IV. ÖVRIGA LÄNDERS RÄTT

Beträffande *schweizisk* och *belgisk* rätt kan nämnas, att flertalet författare i doktrinen synes anse forumrättens kollisionsnormer avgörande vid prövning av olika prejudiciella statusfrågor i arvsmål.⁵² Rättspraxis till spørsmålet saknas.⁵³

⁴⁹ Distinktionen mellan dessa båda problemkretsar framträder mycket klart hos Wolff PIL 320 ff.

⁵⁰ Se härom t.ex. Cheshire 273 ff, Dicey 278 ff samt Wolff PIL 320 ff. Jfr beträffande substitutionsproblemet i allmänhet ovan kap. III s. 81 f.

⁵¹ Cheshire 72. Jfr Morris Cases 24.

⁵² Så i schweizisk doktrin uttryckligen Niederer 217 f och väl även Schnitzer I 459 (annan mening dock Jagmetti 120 ff). Beträffande belgisk rätt se Graulich 86 och Rigaux Qualifications 445 f, 448 ff.

⁵³ I doktrinen hänvisas ibland till det schweiziska rättsfallet BG 21.10.1943, där den prejudiciella frågan avsåg giltigheten av en adoption. Emellertid var arvsstatutet här schweizisk rätt, och Vorfrage-problemet ställdes därför inte på sin spets.

I svensk doktrin framhåller *Ramel* beträffande vissa prejudiciella spörsmål (ej speciellt beträffande äktenskap eller skilsmässa), att de bör bedömas enligt andra statut än arvsstatutet.⁵⁴ *Hult* hävdar å andra sidan beträffande utomäktenskapliga barns arvsrätt, att arvsstatutet »måste anses avgörande beträffande *samtliga* (kurs. av *Hult*) förutsättningar för rätten att taga arv i visst fall, alltså även med avseende å prövningen av faderskapsfrågan».⁵⁵ För båda dessa författare föresvävar synbarligen en frågeställning av samma typ som vi förut sett i både tysk, fransk och engelsk doktrin och/eller praxis: huruvida kompetensområdet för arvsstatutet skall omfatta även de berörda prejudiciella statusfrågorna eller om dessa frågor skall bedömas för sig, enligt sina egna kollisionsnormer. Ingendera författaren har klart formulerat ett Vorfrage-problem. *Ramels* ståndpunkt synes dock förutsätta, att svensk rätts (legis fori) kollisionsnormer skall vara bestämmande, medan *Hults* uttalande närmast synes innebära, att arvsstatutets interna rätt skall tillämpas, såvitt gäller utomäktenskapligt faderskap såsom förutsättning för arvsrätt; beträffande äktenskap eller skilsmässa såsom prejudicialfråga tillåter *Hults* uttalande knappast någon slutsats.

Den riktiga formuleringen av Vorfrage-problemet möter i svensk doktrin först hos *Gihl* och sedan hos *Eek*.⁵⁶ Båda dessa författare menar, i överensstämmelse med sin allmänna syn på detta problem, att arvsstatutets IP-regler bör vara avgörande. *Eek* ställer upp bl.a. följande exempel:

En grekisk undersåte efterlämnar kvarlåtenskap i Sverige. Grekisk lag, som är arvsstatut (IDL 1: 1), lämnar viss egendom till efterlevande make såsom arv. Den döde hade i England vigts vid en kvinna i den form som den engelska lagen föreskriver men utan iakttagande av grekiska formkrav. Enligt IÄL 1: 6 är äktenskapet giltigt i Sverige.

Enligt *Eek* bör en svensk domstol »rimligtvis» inte av sistnämnda förhållande dra konsekvensen att arvet är att tilldela hustrun. I stället bör grekisk lag konsulteras, enligt vilken vigseln i England inte grundade något giltigt äktenskap. Att den svenska domstolen konstaterar att hustrun inte är arvsberättigad enligt grekisk lag, ehuru äktenskapet enligt svensk uppfattning är giltigt, kan enligt *Eek* inte anses stötande.

⁵⁴ *Ramel* 86 f, 89, 91.

⁵⁵ *Hult* 1943: 125.

⁵⁶ *Gihl* 1950: 142 ff, 157 f; *Eek* IPR 179 f, 182.

Gihl uttrycker samma åsikt mycket kategoriskt:⁵⁷ »Om man förfar annorledes, riskerar man att tillerkänna arvet åt en person som enligt arvsstatutet icke är arvsberättigad, och detta kan ju icke vara meningen, om regeln att arvsfrågan skall avgöras efter arvlåtarens *lex patriae* skall vara något annat än ett skämt.»

V. SAMMANFATTNING OCH VÄRDERINGAR

A. *Lex causae*-lösningen beträffande olika prejudiciella statusfrågor, däribland frågor om giltigheten av äktenskap eller skilsmässa, synes ha övervägande stöd i tysk och engelsk rätt (tolkningen av engelsk praxis dock osäker) samt i svensk doktrin. I övrigt torde *lex fori*-lösningen dominera; så särskilt i fransk rätt.

B. 1. I tysk rättspraxis förekommer, såsom framgått under I B s. 380 ff, en »spontan» användning av arvsstatutets kollisionsnormer beträffande prejudiciella frågor; de främmande IP-reglerna användes synbarligen utan att det anses vara i behov av någon särskild motivering. Vad som härvid föresvävat domstolarna är säkerligen tanken att sagda förfarande skulle vara ett naturligt och nödvändigt led i den »riktiga» eller lojala tillämpningen av arvsstatutet, att denna tillämpning annars — för att tala med Gihl — inte skulle vara »något annat än ett skämt».

Denna synpunkt, som ständigt återkommer i doktrinen och som är av generell räckvidd beträffande Vorfrage-problemet, har jag diskuterat och bemött i avhandlingens allmänna del (kap. V s. 138 ff). Likaså har jag där lagt allmänna synpunkter på avvägningen mellan de hänsyn som brukar sammanfattas i begreppen materiell (intern) och internationell harmoni, hänsyn som även i detta sammanhang ofta åberopas i doktrinen.⁵⁸

2. Beträffande just arvsfrågan har det i tysk doktrin framhållits, att rätten till arv skulle vara en mer »avlägsen» rättsverkan av äkten-

⁵⁷ Gihl 1950: 158.

⁵⁸ Hänsyn till internationell enhetsbedömning åberopas i arvsfrågor t.ex. av Ferid-Firsching i Einführung Bem. 28, Raape IPR 120, Serick 1953: 643 och Wengler 1961: 371 samt av den engelska doktrinen, såvitt den anknyter till the foreign court theory (ovan not 34). Hänsyn till kravet på materiell harmoni åberopas t.ex. av Raape Recueil 492 ff (se citatet ovan kap. IV s. 96), Rabel I 591 och IV 355 f samt Serick 1956: 222.

skapet än andra, ett accidens och inte ett essentielle som Raape säger. Kravet på materiell harmoni skulle därför — menar man tydligen — göra sig gällande med mindre styrka än annars och inte utgöra hinder för en *lex causae*-lösning på Vorfrage-problemet.

Emellertid vilar hela distinktionen mellan »nödvändiga» och »icke-nödvändiga» eller »avlägsna» rättsverkningar, såsom framhållits i den allmänna delen, på ett gungfly. Den kan näppeligen genomföras utan ett avsevärt mått av godtycke. Det förefaller t.ex. föga övertygande att i detta hänseende skilja mellan äktenskapets förmögenhetsrättsliga och dess arvsrättsliga verkningar, så att de förra skulle vara »nödvändiga», de senare inte. Frågor om efterlevande makes arvsrätt aktualiseras ju i ett sammanhang med spörsmål om den äktenskapliga förmögenhetsrätten. I det senare hänseendet är det, såsom framgått i kap. X, allmänt godtaget att spörsmålet om äktenskapets giltighet skall bedömas enligt forumrättens egna kollisionssnormer. Men svårligen kan man väl tänka sig en domstol i ett och samma mål uttala t.ex. att arvlåtarens äktenskap är giltigt, såvitt angår delningen enligt de äktenskapligt förmögenhetsrättsliga reglerna (emedan så är fallet enligt forumrättens kollisionssnormer), men ogiltigt såvitt angår arvsfördelningen⁵⁹ (nämligen emedan detta är arvsstatutets ståndpunkt).

Hur vanskligt det är att bygga något på distinktionen mellan »nödvändiga» och »avlägsna» rättsverkningar visar sig även däri, att åtskilliga av de författare (t.ex. Raape) som i arvsmål ansluter sig till *lex causae*-lösningen ser sig nödsakade att göra undantag härifrån i det kanske mest praktiska fallet: där äktenskapet ingåtts i forumlandet och enligt dess kollisionssnormer är giltigt. Här betraktas rätten till arv som en så nödvändig följd av äktenskapets giltighet, att det vore »untragbar» att vägra efterlevande maken arvsrätt under hänvisning till arvsstatutets motsatta uppfattning.

3. I doktrinen har ytterligare en synpunkt anförts, vilken just i arvsmål skulle tala för en *lex causae*-lösning på Vorfrage-problemet, nämligen att en dylik lösning genomsnittligen *bäst skulle motsvara arvlåtarens vilja*.

Denna tankegång möter bl.a. hos Gottlieb.⁶⁰ Han ställer till en början frågan varför just arvlåtarens domicillag väljes såsom arvsstatut

⁵⁹ Jfr Balogh 581, Niederer 217 f.

⁶⁰ Gottlieb 547 ff. Jfr också Henrich Vorfrage 136 f.

(såsom fallet är bl.a. i England, såvitt angår »movables»). En tänkbar förklaring härtill ser Gottlieb i det förhållandet, att arvlåtaren

by identifying himself with the community of his domicile, *wishes the law of his domicile to — — — determine the devolution of his property on intestacy. So close a connection (d.v.s. domicilet) with a given country would seem to justify, in most cases, an assumption that the testator would intend his property to be distributed according to the canons of distribution with which he is most likely to be familiar, and which will govern the estates of his neighbours.*

Godtas denna uppfattning såsom bärande grund för kollisionsnormen beträffande arv, är det också naturligt (även bortsett från the foreign court theory) — framhåller Gottlieb vidare — att »incidental questions» i dylika mål avgöres med ledning av domicillandets (legis causae) kollisionsnormer. Det kan nämligen, menar Gottlieb, antas stämma överens med arvlåtarens »ordinary assumption», om den som i arvlåtarens domicilland, med stöd av detta lands kollisionsnormer, anses ha en viss familjerättslig status också vid arvsfördelningen blir behandlad i enlighet härmed. I alla händelser är det utslutet, fortsätter Gottlieb, att arvlåtaren räknat med att en dylik fråga skulle komma att avgöras enligt »the conflicts rules of whatever happens to be the forum».

Det torde vara riktigt, att föreställningar om vad som genomsnittligen kan motsvara arvlåtarens vilja spelar en viss roll — dock säkerligen endast vid sidan av andra faktorer — vid uppställandet av arvsrättsliga kollisionsnormer⁶¹ (liksom f.ö. av arvsrättsliga sakenormer), vare sig detta sker i lag eller genom rättspraxis. Men det är naturligen mycket ovisst i vad mån sådana antaganden stämmer med verkligheten. Faktum är ju att arvsstatutet bestäms på olika sätt i olika länder; som anknytningsmoment tjänar i en del länder arvlåtarens nationalitet, i andra länder hans domicil, och i många länder är därjämte egendomens belägenhet relevant. Det är svårt att se att alla de metoder som finns att bestämma arvsstatutet — i den mån de i konkreta fall leder till användning av olika lagar i olika länder — samtidigt kan vara förenliga med arvlåtarens vilja, i den mån någon bestämd sådan överhuvud existerat.

⁶¹ Jfr beträffande svensk rätt SOU 1936: 24 s. 22 och s. 27. Å sistnämnda ställe framhålles, att arvlåtaren har frihet att genom testamente själv bestämma tillämplig lag beträffande arvet, i den mån den valda lagens bestämmelser är förenliga med tvingande regler i hemlandets lag (d.v.s. den lag som enligt IDL 1: 1 är arvsstatut).

Än vanskligare är det att bygga på antaganden om arvlåtarens vilja, när det gäller att uppställa en regel beträffande Vorfrage-problemet i arvsrättsliga mål. Det synes inte vara något annat än en fiktion att säga, att tillämpning av arvsstatutets kollisionsnormer beträffande sådana frågor som giltigheten av arvlåtarens äktenskap skulle leda till resultat som genomsnittligen stämmer bättre överens med vad arvlåtaren tänkt sig än tillämpning av motsvarande kollisionsnormer i *lex fori*. I en del fall synes antagandet av en dylik överensstämmelse ytterst verklighetsfrämmande, nämligen där två eller flera lagar samtidigt är tillämpliga såsom arvsstatut beträffande olika delar av kvarlåtenskapen. Detta inträffar framför allt i länder där arvsstatutet bestäms på olika sätt beträffande den fasta och den lösa egendomen. Om arvsstatutets kollisionsnormer i ett dylikt fall anses avgörande beträffande t.ex. giltigheten av arvlåtarens äktenskap, kan det hända att detta blir att betrakta som giltigt beträffande den fasta egendomen (emedan detta är den ståndpunkt som intages av *lex rei sitae*) men som ogiltigt beträffande den lösa egendomen (emedan detta är den ståndpunkt som intages av arvlåtarens *lex domicilii*). Oavsett vad man i övrigt må tycka härom, kan det inte gärna antas att något dylikt skulle vara i linje med arvlåtarens intentioner.

Det synes alltså nödvändigt att avvisa även det här berörda argumentet för *lex causae*-lösningen.

4. Ett bättre stöd för en dylik lösning synes det vara, om man beträffande *renvoi*-problemet ansluter sig till the foreign court theory. En närmare diskussion härav är dock i detta sammanhang onödig, då the foreign court theory synes accepterad endast i engelsk rätt och argumentet därför inte har någon relevans för övriga här aktuella länder.

5. Slutsatsen av det anförda blir, att det inte heller i denna typ av mål finns tillräckliga skäl — åtminstone om man bortser från den för engelsk rätt specifika foreign court theory — att frångå *lex fori*-principen. Frågor om giltigheten av äktenskap och skilsmässor (och f.ö. även andra prejudiciella statusfrågor) bör även här avgöras enligt forumrättens egna IP-regler. ✓

Tilläggas kan att ej heller arvsstatutets *interna* rätt i och för sig bör tillämpas beträffande de prejudiciella frågorna. En regel härom

skulle i många fall överhuvud inte kunna fungera, t.ex. om den prejudiciella frågan hänför sig till giltigheten av en från arvsstatutets synpunkt utländsk (t.ex. i forulandet beviljad) skilsmässa, och vore även från andra synpunkter olämplig.⁶² Arvsstatutets interna rätt kan väl i vissa lägen komma in i bilden men enligt min mening endast som ett komplement till den kollisionsrättsliga prövningen, inom ramen för substitutionsproblemet.⁶³

§ 3. TILLÄMPLIG LAG BETRÄFFANDE MAKES ARVSRÄTT VID HALTANDE ÄKTENSKAP

Beträffande detta problem — vilket uppkommer endast i den mån Vorfrage-problemet löses enligt lex fori-metoden och äktenskapet med tillämpning härav är giltigt — finns få uttryckliga ställningstaganden i de olika ländernas doktrin och praxis. Doktrinens tystnad torde få tolkas så, att man allmänt utgår från att arvsstatutet skall tillämpas i vanlig ordning beträffande makens arvsrätt, oavsett att äktenskapet från dess synpunkt är ogiltigt.⁶⁴ De författare som i princip finner det »logiskt omöjligt» att tillämpa främmande rätt beträffande rättsverkningarna av ett från samma rätts synpunkt ogiltigt äktenskap synes vanligen inte utsträcka denna uppfattning till att gälla de arvsrättsliga verkningarna av äktenskapet.⁶⁵

I fransk doktrin har *Lagarde* dock hävdad, att även de arvsrättsliga verkningarna av ett »mariage français» — ett äktenskap som ingåtts i Frankrike (forulandet) i kraft av fransk ordre public och som inte erkännes i det främmande landet — bör bestämmas av fransk rätt, med undanskjutande av den såsom arvsstatut normalt tillämpliga lex domicilii.⁶⁶ Var arvlåtaren t.ex. grekisk medborgare

⁶² Saken kan här inte diskuteras närmare. Jfr t.ex. Rabel I 590 och ovan kap. III s. 70 ff, 77 f och 80 samt kap. V s. 144 f.

⁶³ Om substitutionsproblemet i arvsrättsliga mål se t.ex. Raape Recueil 506 ff, Schröder 81 ff och Svénné Schmidt 1964: 483 ff (obs. särskilt det danska rättsfallet som refereras å s. 488).

⁶⁴ Så uttryckligen Boulanger 130 f, Jochem 396 och Raape 1934: 2952 f.

⁶⁵ Jfr ovan kap. VI s. 176 (Frankenstein), 179 (Niboyet), 183 (Neuhaus) och 184 (sammanfattningen).

⁶⁶ Lagarde 1960: 480 och Ordre public 227.

med domicil i Grekland och hade han ingått ett äktenskap i civil form i Frankrike, bör enligt Lagarde de arvsrättsliga verkningarna av detta, enligt grekisk rätt ogiltiga äktenskap avgöras enligt fransk rätt. Tillämpligheten av fransk rätt beträffande den prejudiciella frågan om äktenskapets giltighet skall alltså dra med sig tillämpning av samma lag även beträffande huvudfrågan, detta på grund av det nära samband som enligt Lagarde finns mellan de båda spörsmålen.

Detta förfarande utgör i Lagardes lösningsschema ett *undantag* från det normala, ett undantag som är tillämpligt endast när äktenskapet ingåtts i Frankrike. Som huvudregel utgår Lagarde här som eljest från *lex causae*-metoden såsom lösning på Vorfrage-problemet.⁶⁷ Denna huvudregel kommer till bruk när äktenskapet ingåtts *utomlands*. Hade den grekiske arvlåtaren i exemplet ovan ingått sitt civila äktenskap i Belgien, bör äktenskapet sålunda enligt Lagarde hållas för ogiltigt vid arvsfördelning i Frankrike, då detta är den grekiska *legis causae* ståndpunkt.⁶⁸ Det förhållandet, att äktenskapet är giltigt enligt belgisk rätt och därmed även enligt fransk rätts kollisionsnormer, bör inte anses relevant. I stället för att huvudfrågan underställes den lag som enligt fransk rätts kollisionsnormer är tillämplig beträffande det prejudiciella rättsförhållandet, blir det alltså den beträffande huvudfrågan tillämpliga lagen som — via sina kollisionsnormer — »absorberar» även den prejudiciella frågan.

Lagardes ståndpunkt till det här aktuella spörsmålet synes inte vara allmänt accepterad i den franska doktrinen.⁶⁹ Ej heller finns det något klart belägg för densamma i fransk rättspraxis.⁷⁰ Däremot finns det i fransk praxis åtminstone ett exempel på att främmande lag tillämpats beträffande makes arvsrätt, ehuru äktenskapet från den främmande rättens synpunkt var ogiltigt.⁷¹ Någon diskussion av det här aktuella spörsmålet förekom inte i detta fall.

Det synes svårt att finna några bärande skäl *för* Lagardes förslag. Något sådant nära samband mellan regleringen av äktenskapets giltighet och dess arvsrättsliga verkningar, som Lagarde tycks utgå från, torde inte låta sig påvisas.⁷² I vart fall har inget försök gjorts att närmare demonstrera vari detta samband skulle bestå.

⁶⁷ Jfr ovan kap. IV s. 102 ff samt detta kapitel § 2 s. 384.

⁶⁸ Lagarde *Ordre public* 227 f.

⁶⁹ Uttryckligen avvisande Boulanger 130 f.

⁷⁰ Jfr dock *Cass.civ.* 23.12.1954, som Lagarde — 1960: 480 — tolkar i överensstämmelse med sin ståndpunkt.

⁷¹ *Trib. Rabat* 28.12.1932, refererat ovan § 2 s. 385.

⁷² Jfr ovan kap. VI s. 190 f.

Mot Lagardes förslag kan anföras flertalet av de skäl som i allmänhet talar mot undantag från de vanliga kollisionsnormerna vid bestämmandet av olika rättsverkningar av ett haltande äktenskap (se ovan kap. VI s. 194 ff). Härtill kommer i arvsmål ytterligare ett sådant skäl, nämligen att arvsstatutet bör bestämmas på samma sätt beträffande *alla* dem som gör anspråk på arvet. Det uppkommer olösliga svårigheter, om *en* lag skall bestämma t.ex. beträffande efterlevande makes arvsrätt, en annan lag beträffande barnens arvsrätt o.s.v. Detta är just vad som skulle ske, om den omständigheten, att äktenskapet är ogiltigt från arvsstatutets synpunkt, skulle medföra att annan lag än denna (enligt Lagarde *lex fori*) bleve tillämplig beträffande efterlevande makens arvsanspråk. Ty tillämpningsområdet för en dylik »Ersatzrecht» kunde inte — utan rent godtycke — utsträckas till att omfatta även övriga pretendenter arvsanspråk; beträffande dessa skulle det allmänna arvsstatutet förbli tillämpligt.

Slutsatsen av det anförda blir, att undantag från det allmänna arvsstatutets kompetens *inte* bör göras i här diskuterade fall.

KAPITEL XIII

MÅL OM RÄTTVERKNINGAR AV SKILSMÄSSA MAKARNA EMELLAN SAMT MELLAN DEM OCH BARNEN

§ 1. UTGÅNGSPUNKTER OCH FRÅGESTÄLLNINGAR

I. I detta kapitel skall jag behandla dels rättsverkningarna av skilsmässa makarna emellan, med undantag för sådana som avser den äktenskapliga förmögenhetsrätten, dels rättsverkningarna mellan makarna och barnen i äktenskapet. Till de förstnämnda rättsverkningarna hör t.ex. sådana som avser den inbördes underhållsskyldigheten mellan makarna efter skilsmässan, till de sistnämnda rättsverkningar beträffande vårdnaden om och underhåll till barnen efter skilsmässan.

Beträffande den *IP-rättsliga* behandlingen av ifrågavarande rättsverkningar är särskilt kollisionsnormerna i tysk rätt av intresse. Enligt dessa kollisionsnormer bestämmes skilsmässans s.k. »Nebenfolgen» — till vilka räknas de personliga rättsverkningarna makarna emellan, bl.a. beträffande underhåll och namn — av samma lag som ligger till grund för beviljandet av skilsmässa, skilsmässostatutet.¹ Som huvudregel är detta mannens *lex patriae* vid tiden för skilsmässomålet, i fall där hustrun-käranden är tysk medborgare dock tysk rätt. Beträffande rättsförhållandet mellan föräldrar och barn i äktenskap tillämpas som huvudregel faderns *lex patriae* vid varje särskild tidpunkt (EG art. 19, en ensidig kollisionsnorm som utbyggs till motsvarande allsidiga regel).² Denna lag, »das Kindschaftsstatut», är enligt i doktrin och rättspraxis härskande

¹ Se EG art. 17 I och III samt t.ex. Kegel Kommentar 810 ff (Bem. 89—94).

² EG art. 19 lyder i här relevant del: »Das Rechtsverhältnis zwischen den Eltern und einem ehelichen Kinde wird nach den deutschen Gesetzen beurteilt, wenn der Vater und, falls der Vater gestorben ist, die Mutter die Reichsangehörigkeit besitzt. — — —» Se härtill t.ex. Kegel Kommentar 834 ff.

lära tillämplig på rättsförhållandet även sedan skilsmässa ägt rum. Skilsmässostatutet kommer således inte här in i bilden; en annan sak är att de båda statuten ofta sammanfaller.

De skisserade reglerna i tysk rätt leder ofta till användning av främmande rätt (såsom mannens/faderns *lex patriae*) beträffande de här aktuella rättsverkningarna. Tillämpning av främmande rätt (såsom makarnas eller mannens *lex patriae*) beträffande dessa rättsverkningar förekommer i viss utsträckning — dock säkerligen avsevärt mera sällan än enligt de tyska reglerna — även enligt kollisionnormerna i österrikisk, fransk och svensk rätt.³ För det närmare innehållet i dessa kollisionnormer behöver dock här inte redogöras.

II. I den mån främmande rätt är tillämplig på ifrågavarande rättsverkningar, kan tre frågor ställas (A—C nedan). Till belysning härav kan vi utgå från följande exempel, vilket är hämtat från tysk rättspraxis:⁴ En tysk domstol har på den tyska hustruns talan med stöd av tysk rätt (tillämplig enligt EG art. 17 III, »Frauenscheidung») dömt till skilsmässa mellan henne och hennes italienske man. Denna dom erkännes inte i Italien. En annan tysk domstol får sedan taga befattning med spørsmålet om vårdnaden om barnen i äktenskapet; dylika frågor prövas nämligen i Tyskland i särskilt förfarande, skilt från skilsmässomålet, och av annan domstol än skilsmässodomstolen.⁵ Vårdnadsfrågor hör till dem som går in un-

³ Se beträffande österrikisk rätt, vars regler nära ansluter sig till de tyska, DVO §§ 7 och 10 samt Köhler 71 f, 85 f, beträffande fransk rätt Batiffol DIP 525 f samt beträffande svensk rätt Undén IÅR 106 f och Michaeli 192. — Där emot torde engelsk och schweizisk IP inte ge något utrymme för tillämpning av främmande rätt vid hithörande frågor. Se beträffande engelsk rätt Dicey 293, 302 f samt beträffande schweizisk rätt NAG art. 7 h III och Schnitzer I 417 f, 420. Detsamma torde numera gälla även för belgisk rätts del; enligt den belgiska lagstiftningen av år 1960 är belgisk rätt nämligen ensam skilsmässostatut, se Graulich 69 f.

⁴ Se rättsfallsredogörelsen nedan i § 2 II B s. 412 ff.

⁵ Behörig att upptaga skilsmässomål är en Landgericht, se GVG § 71 I jfrd med § 23 ävensom ZPO § 606. Vårdnadsfrågor hör däremot till den »frivilliga rättsvården» och ankommer på en »Vormundschaftsgericht», vilken prövar dessa frågor sedan skilsmässodomen vunnit laga kraft. Se BGB § 1671 och Beitzke Familienrecht 168 ff. Såsom »Vormundschaftsgericht» fungerar en Amtsgericht, se FGG § 35.

der kollisionsnormen beträffande rättsförhållandet mellan föräldrar och barn och lyder därför under faderns *lex patriae* såsom »*Kindschäftsstatut*», *in casu* italiensk rätt.

A. Skall italiensk rätts ståndpunkt nu vara avgörande även i vad avser frågan om skilsmässans giltighet? I så fall skulle svaret härpå bli nekande och skulle vårdnadsfrågan få avgöras såsom under bestående äktenskap. Eller skall frågan om äktenskapets bestånd i detta hänseende för tysk rätts del anses definitivt avgjord i och med den tyska skillnadsdomen, så att vårdnadsfrågan skall bedömas med utgångspunkt härifrån?

Här föreligger det ett Vorfrage-problem, vilket generellt kan formuleras så: Skall frågan om skilsmässans giltighet bedömas med utgångspunkt från forumlandets egen uppfattning härom eller med utgångspunkt från den främmande, beträffande resp. rättsverkan tillämpliga rättens (*legis causae*) synpunkt?

B. Antag att svaret på denna fråga utfaller så, att forumlandets egen uppfattning skall vara avgörande samt att skilsmässan med tillämpning härav är att anse som giltig. I exemplet ovan skall den italienska rätten då lämnas utan beaktande, såvitt den innehåller att den tyska skilsmässodomen inte erkännes.

Skall herefter italiensk rätt tillämpas »fiktivt» beträffande vårdnadsfrågan, alltså med utgångspunkt från skilsmässans giltighet? Eller bör italiensk rätt helt och hållet uteslutas från tillämpning i målet med hänsyn till sin inställning till skilsmässan?

Generellt gäller problemet här, huruvida en främmande rätt, som enligt forumlandets kollisionsnormer är tillämplig beträffande rättsverkningarna av skilsmässan, bör förbli tillämplig även i fall där den främmande rätten för sin del inte erkänner skilsmässan.

C. Antag att sistnämnda fråga besvaras jakande men att den främmande rätten *överhuvud* inte känner skilsmässainstitutet i sin interna rätt. Detta är ju en vanlig orsak till att utländska skilsmässodomar (åtminstone beträffande egna medborgare) inte erkännes.⁶ Så är fallet i vårt exempel ovan: i italiensk rätt finns inte institutet skilsmässa.

⁶ Jfr ovan kap. II s. 40 f.

Här möter nu en svårighet. När den främmande interna rätten inte känner institutet skilsmässa, har den naturligtvis inte heller några regler beträffande rättsverkningarna härav. Hur skall man då kunna genomföra tillämpningen av den främmande rätten beträffande dessa rättsverkningar? Blir det kanske trots allt nödvändigt att i dessa fall frånga den ståndpunkten, att främmande rätt skall tillämpas »fiktivt»?

D. Om det för ett ögonblick bortses från tysk rätt, torde de ovan angivna frågorna sällan kunna tänkas uppkomma i praxis. Väl förekommer det, som nämnts, bl.a. enligt fransk och svensk kollisionrätt, att främmande rätt tillämpas beträffande rättsverkningar av skilsmässa. Men i den mån så sker, torde den främmande rätten regelmässigt också ha tillämpats såsom skilsmässostatut och skilsmässan således ha beviljats på grundval av den främmande rätten. Vanligen torde skilsmässodomen då också erkännas i det främmande landet⁷ och de berörda problemen därför utebli.

På samma sätt förhåller det sig också i tysk rätt, såvitt angår rättsverkningarna av skilsmässan makarna emellan. I den mån mannens *lex patriae* är tillämplig beträffande dessa rättsverkningar, har den också skolat tillämpas såsom skilsmässostatut; och i den mån så skett, torde domen i regel erkännas i det främmande landet.⁸

Annorlunda ligger det emellertid till i tysk (och österrikisk) rätt beträffande rättsförhållandet mellan makarna och barnen. Här inträffar det ofta, såsom i exemplet ovan, att skilsmässan beviljats på grundval av tysk rätt (såsom hustruns *lex patriae*) men att främmande rätt (såsom faderns *lex patriae*) sedan blir tillämplig såsom »Kindschaftsstatut». Härigenom kan de ovan ställda frågorna aktualiseras.

Material från doktrin och rättspraxis till dessa frågor finns bl.a. av nämnda skäl så gott som endast i tysk rätt. I det följande kommer jag därför att inrikta mig på tysk rätt. Detta utesluter inte, att

⁷ Det kan dock länkas att skilsmässodomen av någon *annan* orsak inte erkännes i det främmande landet, t.ex. av skäl som är hänförliga till den internationella behörigheten, jfr ovan kap. II s. 47 ff.

⁸ Emellertid förekommer det att den främmande rätten *av förbiseende* inte blir beaktad i skilsmässomålet och att domen därför inte erkännes i det främmande landet. Se nedan § 2 I s. 407.

framställningen har ett visst intresse även från t.ex. svensk rätts synpunkt.

§ 2. FRÅGORNAS BEHANDLING I TYSK RÄTT

I. RÄTTSFÖRHÅLLET MELLAN MAKARNA

Ett fall, synbarligen hämtat från rättspraxis, som i doktrinen diskuterats av *Serick*⁹ är följande: Tysk domstol har dömt till skilsmässa mellan två franska medborgare, därvid båda makarna förklarats bära skulden till skilsmässan.¹⁰ Enligt EG art. 17 I hade fransk rätt bort tillämpas såsom skilsmässostatut. Av förbiseende har så emellertid inte skett utan skilsmässan har beviljats enbart med stöd av tysk rätt. Av denna anledning erkännes domen inte i Frankrike. I ett senare mål vid tysk domstol yrkar hustrun underhållsbidrag av sin frånskilde make; dylika frågor prövas nämligen, liksom vårdnadsfrågor, i särskilt förfarande och av annan domstol än skilsmässodomstolen.¹¹

Den fråga *Serick* nu ställer är denna: Skall hustruns anspråk bedömas enligt fransk rätt, vilken *rätteligen* skolas beaktas redan såsom skilsmässostatut, eller enligt tysk rätt, vilken *faktiskt* fungerat som skilsmässostatut? Enligt fransk rätt har hustruns talan inga utsikter till bifall, då hon inte varit fri från skuld till skilsmässan; enligt tysk rätt utesluter denna omständighet däremot inte, att underhåll kan tilldömas henne.¹²

Något Vorfrage-problem ställes inte av *Serick*. Tydligt är att han utgår från att den tyska skilsmässodomen skall lända till efterrättelse vid underhållsfrågans avgörande, även om fransk rätt anses tillämplig beträffande denna. Så långt torde *Sericks* mening överensstämma med den tyska doktrinen i övrigt. Alla de författare som

⁹ *Serick* 1956: 237 ff.

¹⁰ Angående »Schuldausspruch» i tyska skilsmässodomar se EheG §§ 52—53.

¹¹ Underhållsfrågor upptages av en Amtsgericht, se GVG § 23 p. 2 e).

¹² Se beträffande fransk rätt C.c. art. 301 och Planiol-Ripert 509 ff samt beträffande tysk rätt EheG §§ 58, 60 och 61 och t.ex. Beitzke Familienrecht 124 f.

uttalat sig om situationer, där det föreligger en tysk skilsmässodom (eller en utländsk skilsmässodom som erkännes enligt tysk rätts IP-regler), vilken inte erkännes i makarnas (eller mannens) hemland, synes ense om att en sådan dom måste lända till efterrättelse i Tyskland, såvitt angår rättsförhållandet makarna emellan¹³ (däremot inte nödvändigtvis såvitt angår rätten till omgifte, jfr kap. XIV § 2 I B och C s. 424 ff resp. 444 f).

Beträffande svaret på den ställda frågan menar Serick, att fransk rätt i princip bör tillämpas. Att fransk rätt (såsom Serick förutsätter) inte erkänner skilsmässodomen, bör inte utgöra något hinder. Även i denna del torde Sericks ståndpunkt överensstämma med härskande uppfattning i tysk doktrin.¹⁴ Denna uppfattning tycks generellt uttryckt innebära, att den främmande rätt, som rätteligen skolat komma till användning redan beträffande skilsmässans förutsättningar, skall tillämpas beträffande dess rättsverkningar, oavsett om den främmande rätten erkänner skilsmässan eller ej.

Att det »riktiga» skilsmässostatutet sålunda föredras framför det faktiska motiveras, såvitt angår underhållsfrågor, med att dessa inte bör komma i annat läge på grund av den tyska domstolens förbi-seende i skilsmässomålet; hustrun bör varken vinna eller förlora något härpå.¹⁵ Det vore t.ex. otillfredsställande, menar Serick i det av honom diskuterade fallet, att tillämpa tysk rätt i underhållsmålet mellan de frånskilda franska medborgarna. Härigenom skulle hustrun kunna få ett underhållsanspråk som inte tillkommit henne, om fransk rätt, såsom rätteligen bort ske, tillämpats som skilsmässostatut.

Emellertid menar Serick, att saken ligger annorlunda till, om skilsmässan inte hade kunnat komma till stånd med tillämpning av fransk rätt, d.v.s. om det inte faktiskt funnits en skilsmässogrund även enligt det »riktiga» skilsmässostatutet. I så fall skulle den ovan anförda billighetssynpunkten förlora sin bärkraft. Tankegången är tydligen, att skilsmässodomen här under alla omständig-

¹³ Se t.ex. — förutom Serick — Gamillscheg 1963: 23, Kegel-Lüderitz 59, Massfeller 1935: 829 ff, Neumayer 1955: 69 f, Raape 1958: 282 samt Wengler 1957: 58 och 1961: 415. Från rättspraxis se t.ex. domskälen i OLG Hamburg 3.1.1923.

¹⁴ Se Raape IPR 316 och Kegel Kommentar 810 (Ben. 89). Jfr även Massfeller 1955: 223.

¹⁵ Jfr Raape IPR 316: »Die Ehefrau darf nicht unter dem Irrtum des deutschen Gerichtes leiden.»

heter gett upphov till ett nytt läge, vilket inte kunnat uppkomma om inte förbiseendet begåtts. En tillämpning av fransk rätt beträffande underhållsanspråket skulle därför enligt Serick inte längre ha någon förnuftig mening. Bättre är i detta läge att gå vidare på den, låt vara felaktigt, inslagna vägen och låta tysk rätt, det faktiska skilsmässostatutet, bestämna även beträffande rättsverkningarna.

Sericks distinktion anknyter som synes inte till skilsmässodomens erkännande eller icke-erkännande i det främmande landet utan till förekomsten eller icke-förekomsten av en skilsmässogrund enligt den främmande rätten. Anmärkas må dock, att skilsmässodomstolens underlåtenhet att ge tillämpning åt den främmande rätten i allmänhet inte torde föranleda, att domen förvägras erkännande i det främmande landet, om det faktiskt funnits en skilsmässogrund (låt vara att den inte blivit åberopad i domen) enligt den främmande rätten.¹⁶ I huvudsak torde m.a.o. endast de fall där sådan skilsmässogrund saknats kunna innefatta en haltande skilsmässa. För dessa fall innebär Sericks ståndpunkt som sagt, att den främmande rätten bör lämnas åsido beträffande rättsverkningarna och ersättas av tysk rätt såsom det faktiska skilsmässostatutet.

Detta undantag göres synbarligen inte av övriga tyska författare som berört ämnet. I rättspraxis synes frågan inte ha varit föremål för avgörande.

Anmärkas må slutligen, att det ligger till på särskilt sätt i sådana fall då det främmande landet ej heller erkänner det *äktenskap*, som upplösts av den tyska domstolen. I sådana fall skall enligt i doktrin och praxis härskande lära¹⁷ den främmande rätten inte användas såsom skilsmässostatut; tysk rätt är här det *riktiga* skilsmässostatutet. Härav följer utan vidare, att rättsverkningarna av skilsmässan skall bestämmas av tysk rätt.¹⁸

¹⁶ Se beträffande fransk rätt, som ju var aktuell i det av Serick diskuterade fallet, Batiffol DIP 853 och rättsfallet Cass.civ. 29.7.1929. Jfr även ovan kap. II s. 50.

¹⁷ Se ovan kap. VIII § 4 I s. 233 ff.

¹⁸ Jfr rättsfallet LG Düsseldorf 20.6.1952 och Kegel Kommentar 794 (Bem. 22).

II. RÄTTSFÖRHÅLLET MELLAN MAKARNA OCH BARNEN

A. DOKTRINEN

Angående Vorfrage-problemet kan här sägas detsamma som under I. Doktrinen utgår från att en tysk skilsmässodoms måste lända till efterrättelse i Tyskland beträffande t.ex. vårdnaden om barnen, även om domen inte erkännes i den såsom »Kindschaftsstatut» tillämpliga faderns *lex patriae*.¹⁹ Vårdnadsfrågan skall således avgöras med utgångspunkt från att skilsmässa kommit till stånd. Att förfara annorledes vore, framhåller *Beitzke*, att avstå från en väsentlig del av skilsmässans rättsverkningar.

Vidare synes enighet råda om att den främmande, såsom »Kindschaftsstatut» tillämpliga rätten (faderns *lex patriae*) bör vara bestämmande för ifrågavarande rättsverkningar, även när skilsmässan beviljats med stöd av tysk rätt (såsom hustruns *lex patriae*, »*Frauenscheidung*») och inte erkännes i det främmande landet.²⁰ Tillräckliga skäl att här gripa tillbaka på tysk rätt anses inte föreligga. Den på grundval av EG art. 19 bildade kollisionenormen upprätthålles m.a.o. även vid haltande skilsmässa.

Inte heller när det främmande »Kindschaftsstatut» helt saknar institutet skilsmässa — och följaktligen även regler beträffande rättsverkningarna därav — har det i doktrinen ansetts motiverat att gripa tillbaka på reglerna i tysk rätt. I stället har det rekommenderats att i sådana fall tillämpa de regler i den främmande rätten som gäller vid »*Scheidung von Tisch und Bett*»,²¹ d.v.s. vid institut som ungefärligen motsvarar svensk rätts hemskillnad.

¹⁹ Så uttryckligen *Beitzke* 1956: 506, *Kegel Kommentar* 846 (Bem. 49) och *Massfeller* 1955: 223. Samma ståndpunkt intages otvivelaktigt av övriga i följande not citerade författare.

²⁰ Så uttryckligen *Beitzke* 1956: 506, *R. Lüderitz* 294 och *Massfeller* 1935: 831, 1955: 223 samt *implicite* säkerligen *Ferid* 1956: 193 f, *Ficker* 1955: 270, *Kegel IPR* 303, 314 f och *Kommentar* 836 (Bem. 10) och *Raape IPR* 355. Vidare torde de i kap. IX noterna 23—24 anförda ställningstagandena för en »fiktiv» tillämpning av främmande rätt beträffande rättsverkningarna av haltande äktenskap vara tillämpliga även här. — Annan ståndpunkt intages förmodligen i fransk doktrin, jfr *Holleaux* 1955: 234.

²¹ Så *Beitzke* 1956: 506 och *R. Lüderitz* 294. Jfr *Holleaux* 1955: 234.

B. RÄTTSPRAXIS

De fall från rättspraxis som är av intresse i detta sammanhang har alla gällt vårdnaden om barn i äktenskap. Vårdnadsfrågan har aktualiserats — i särskilt förfarande, såsom sker enligt tysk rätt — sedan tysk domstol dömt till skilsmässa (eller, i ett fall, s.k. »Aufhebung»)²² mellan föräldrarna.

I flera sådana fall, där mannen/fadern varit utländsk medborgare, synes domstolarna inte ha sett något särskilt problem.²³ De har helt enkelt utgått från att skilsmässa kommit till stånd i och med den tyska domen och därefter tillämpat den främmande rätten såsom »Kindschaftsstatut» beträffande vårdnadsfrågan. Domstolarna har inte inlåtit sig på någon undersökning av huruvida den tyska skillnadsdomen erkänts i det främmande landet och synes inte ha tänkt sig att denna fråga i något hänseende kunde ha betydelse för vårdnadsfrågans avgörande.

Från 1950- och 1960-talen finns emellertid en del rättsfall, där domstolarna åtminstone delvis observerat och diskuterat problematiken. Det första av dessa fall synes vara ett Amtsgericht-avgörande från 1952:²⁴

M var ungrare och hade år 1946 ingått äktenskap i Tyskland med en tyska. I äktenskapet föddes två barn. Redan kort tid efter vigseln hade M återvänt till Ungern och efter någon tid inte låtit sig vidare avhöra. H hade år 1951 utverkat en dom på »Aufhebung» vid tysk domstol. Hon yrkade nu, att vårdnaden om de båda barnen skulle anförtros henne.

Domstolen fann tysk rätt böra tillämpas beträffande denna fråga. Väl skulle i princip rättsförhållandet mellan föräldrar och barn enligt tysk kollisionsrätt bestämmas av ungersk rätt såsom faderns *lex patriae*. Emellertid framgick det av utredningen i målet, att den tyska domen på »Aufhebung» inte erkändes i Ungern och att äktenskapet enligt ungersk rätt således alltjämt ägde bestånd. På grund härav funnes det enligt ungersk rätt inget utrymme för en vårdnadsreglering. I sådana fall finge i stället tysk rätt tillämpas även beträffande vårdnaden, sedan äktenskapet upphävts i kraft av tysk rätt. Ty »wer niederreisst, soll auch aufräumen».²⁵

²² Beträffande institutet »Aufhebung» i tysk rätt se EheG §§ 28—39. Dess rättsverkningar är desamma som vid skilsmässa, EheG § 37.

²³ Se t.ex. rättsfallen KG 10.2.1933 (B), OLG Hamm 19.5.1949 och BayObLG 21.3.1952.

²⁴ AG Holzminden 18.7.1952.

²⁵ Citatet är hämtat från Raape (det står numera i Raape IPR 343), hos vilken domstolen ansåg sig finna stöd för sin mening. Raapes uttalande avser emeller-

Denna ståndpunkt vore att föredra, oaktat doktrin och rättspraxis eljest till övervägande del ansåg makarnas nationella lag tillämplig beträffande vårdnadsfrågor även när den tyska skilsmässodomen inte erkändes i makarnas hemland.

Slutet blev att hustruns yrkande bifölls med stöd av tysk rätt.

Här utgick domstolen från att äktenskapet för tyskt vidkommande var att anse som upphävt i och med den tyska domen härpå — något Vorfrage-resonemang inlät sig domstolen inte på — och bestämde sedan konsekvenserna härav för vårdnadsfrågan enligt tysk rätt, vilken legalt till grund för upphävandet. Den främmande *lex patriae*, som i princip var kompetent beträffande vårdnadsfrågan, sköts åt sidan.

Såsom domstolen själv framhöll, torde avgörandet i sistnämnda del emellertid inte vara representativt för tysk praxis. Det synes inte finnas något fall ur publicerad rättspraxis, utöver det anförda, där domstolarna förfarit på samma sätt.

I de fall som i övrigt förekommit i tysk praxis²⁶ har sakläget varit det som angivits i exemplet ovan i § 1 s. 404: H har varit tysk medborgare, M italienare. Tysk domstol har på talan av H och med stöd av tysk rätt dömt till skilsmässa mellan makarna (EG art. 17 III, »*Frauenscheidung*»). Skilsmässogrunden har varit äktenskapsbrott e.l. från M:s sida, och M har förklarats ensam bära skulden till skilsmässan. Sedan har fråga uppkommit om vårdnaden om barnen i äktenskapet.

I samtliga dessa fall har domstolarna ansett italiensk rätt såsom faderns *lex patriae* tillämplig beträffande vårdnadsfrågan. Sedan det tillika konstaterats att italiensk rätt inte känner institutet skilsmässa, har det vidare resonemanget emellertid förts på olika sätt i de olika rättsfallen.

I två av fallen ställdes frågan huruvida den tyska skilsmässodomen — ehuru den från italiensk rätts synpunkt inte kunde erkännas som sådan — likväl från italiensk rätts synpunkt kunde tilläggas samma verkan som en (italiensk) dom på »*separazione*»²⁷

tid i verkligheten något annat, se ovan kap. XI s. 369 vid not 190. Beträffande det i rättsfallet aktuella spörsmålet torde Raapes ståndpunkt vara den motsatta mot vad som antogs av domstolen, jfr ovan not 20.

²⁶ KG 28.10.1954, OLG Hamm 21.8.1964, OLG Saarbrücken 14.7.1965.

²⁷ Så i KG 28.10.1954 och OLG Hamm 21.8.1964. Kritisk på denna punkt R. Lüderitz 294.

(Cod.civ.it. art. 150—158). Förutsättning härför ansågs bl.a. vara, att de grunder, på vilka den tyska skilsmässan beviljats, enligt italiensk rätt utgjort orsak till separazione (närmare bestämt blev spörsmålet här huruvida mannens äktenskapsbrott innefattat en »Beleidigung schwerer Art» av hustrun, såsom förutsattes i Cod.civ. it. art. 151). Såväl denna som övriga förutsättningar befanns på anförda skäl vara uppfyllda, och den ställda frågan kunde därför besvaras jakande. På grund härav skulle vårdnadsfrågan avgöras enligt de regler i italiensk rätt som gällde vid separazione.²⁸ Med tillämpning av dessa regler erhöll hustrun vårdnaden om barnen.

Domstolarnas frågeställning i dessa fall synes förutsätta, att den italienska rätten ansetts bestämmande även beträffande spörsmålet huruvida och i vilken mån den tyska skillnadsdomen kunde tilläggas verkan vid vårdnadsfrågans avgörande. De båda rättsfallen torde m.a.o. innefatta en *lex causae*-lösning på Vorfrage-problemet. Om det befunnits att italiensk rätt inte tillagt den tyska skilsmässodomen någon verkan alls, alltså inte heller såsom dom på separazione, hade — enligt den tankegång som är implicerad i resonemangen ovan och bortsett från ev. ordre public-korrektiv — inte heller en tysk domstol bort tillägga skilsmässodomen sådan verkan vid avgörandet av vårdnadsfrågan. Denna hade bort avgöras enligt de regler i italiensk rätt som gäller för bestående äktenskap, i vilka det inte dömts till separazione. Från faderns sida hade det yrkats, att dessa regler — enligt vilka fadern ensam har vårdnaden (Cod. civ.it. art. 316) — skulle tillämpas, och så hade faktiskt åtminstone en underinstans också förfarit.²⁹

I ett av de båda fall där det ovannämnda resonemanget fördes betonas dock, att definitiv ställning till Vorfrage-problemet inte behövde tagas.³⁰ Bedömningen av den tyska skilsmässodomen enligt italiensk rätt (*lex causae*) ledde nämligen i det konkreta fallet till samma resultat som om man utgått från skilsmässodomens giltighet

²⁸ Enligt dessa regler är hänsyn till barnets bästa avgörande, inte skulden till separationen. Se Cod.civ.it. art. 155 I och utredningen i rättsfallet OLG Hamm 21.8.1964.

²⁹ AG-beslutet i det fall som avgjordes av KG 28.10.1954. Se också LG-beslutet i det fall som avgjordes av OLG Saarbrücken 14.7.1965, där ordre public-överväganden dock till slut ledde till användning av tysk rätt.

³⁰ OLG Hamm 21.8.1964.

(lex fori-lösning på Vorfrage-problemet) och därefter tillämpat reglerna i italiensk rätt om vårdnaden om barnen vid separazione.

I det tredje och senaste rättsfallet på området, ett Oberlandesgericht-avgörande från 1965,³¹ fördes resonemanget på annat sätt. Uttryckligen fastslogs här, att frågan om verkan av den tyska skilsmässodomen inte skulle underställas den på vårdnadsfrågan tillämpliga främmande rätten. Fastmera vore tysk rätts egna IP-regler avgörande beträffande detta Vorfrage-problem.³² Härom heter det helt generellt i domskälen:

Für diese Sonderanknüpfung spricht entscheidend das Anliegen einer gleichmässigen Beurteilung eines Rechtsverhältnisses im Rahmen der jeweils zu treffenden Entscheidung („innerer Entscheidungseinklang“), während die sog. unselbständige Anknüpfung, die auch das — bedingende — einzelne Rechtsverhältnis der jeweils verschiedenen, durch die IPR-Norm zugewiesenen Rechtsordnung unterstellt, zu einer unerwünschten unterschiedlichen Beurteilung und zu einer Zersplitterung der Rechtsverhältnisse führt.

Enligt detta rättsfall skulle italiensk rätt således bestämma endast beträffande själva vårdnadsfrågan, med utgångspunkt från skilsmässans giltighet. Den »Normenmangel» som härvid visade sig — eftersom det i italiensk rätt inte finns några regler om rättsverkningar av skilsmässa — avhjälpes på det sätt som rekommenderats i doktrinen, nämligen genom tillämpning av de italienska regler som anknyter till separazione.

Samma regler blev alltså till sist tillämpliga som i de båda föregående fallen. Men till skillnad från dessa fall blev det här inte nödvändigt att undersöka om det enligt italiensk rätt in concreto varit möjligt att döma till separazione; ty denna frågeställning är nödvändig endast som ett led i det i Oberlandesgericht-fallet förkastade spørsmålet vilken verkan som enligt italiensk rätt tillades den tyska skilsmässodomen.

Sammanfattningsvis synes följande kunna sägas om hithörande tysk rättspraxis: (A) Vorfrage-problemet har i flertalet fall lösts på basis av tysk rätts egna IP-regler. Sedan klar ställning härför tagits i det senaste rättsfallet på området, synes all sannolikhet tala för en

³¹ OLG Saarbrücken 14.7.1965.

³² Gillande: R. Lüderitz 294 (med not 250 a). I domskälen till detta rättsfall framhölls dock, att resultatet in casu blev detsamma enligt de grundsatser som tillämpats i de tidigare fallen. På grund därav behövde målet inte hänskjutas till avgörande av BGH enligt bestämmelserna i FGG § 28 II om s.k. Vorlagepflicht.

fortsättning av denna tendens. (B) Det främmande »Kindschaftsstatut» har i allmänhet tillämpats beträffande vårdnadsfrågor efter tysk skilsmässodom, även om den främmande rätten för sin del inte erkänt domen. (C) När den främmande rätten överhuvud inte känt institutet skilsmässa — så italiensk rätt — har domstolarna, i enlighet med doktrinens rekommendationer, tillämpat de regler i den främmande rätten som anknyter till separazione.

§ 3. VÄRDERINGAR

I. VORFRAGE-PROBLEMET

Beträffande detta problem saknas anledning frånga den i avhandlingens allmänna del intagna ståndpunkten. IP-reglerna i *lex fori* bör alltså vara avgörande beträffande skilsmässans giltighet. Detta överensstämmer säkerligen med härskande uppfattning inte bara i tysk rätt utan också i andra länders rätt.

Den motsatta bedömning som gjorts av vissa tyska domstolar, såvitt angår rättsförhållandet mellan föräldrarna och barnen (se ovan § 2 II B s. 412 f), synes förklarlig endast mot bakgrund av det förut omnämnda förhållandet, att vårdnadsfrågor (liksom underhållsfrågor) i Tyskland prövas i annat förfarande och av annan domstol än skilsmässomålet. I ett land som Sverige, där dylika frågor regelmässigt tages upp och avgöres i samband med själva skillnadsfrågan, förefaller det närmast otänkbart, att en domstol skulle resonera som i nämnda rättsfall. Det är t.ex. mycket svårt att föreställa sig en svensk domstol först döma till skilsmässa och sedan i samma mål uttala att denna dom inte kan påräkna erkännande i hemlandet — vars lag vi antar vara tillämplig på skilsmässans rättsverkningar — och att dessa frågor därför skall avgöras med utgångspunkt från att äktenskapet alltjämt äger bestånd. För något dylikt finns, som sagt, enligt min mening ej heller bärande skäl, vare sig bifrågorna kommer upp samtidigt med eller i ett senare mål än själva skilsmässofrågan.

II. TILLÄMPLIG LAG BETRÄFFANDE SKILSMÄSSANS RÄTTsverkningar
VID HALTANDE SKILSMÄSSA

Det förhållandet, att en i forumlandet meddelad (eller där erkänd) skilsmässodom, inte erkännes i det främmande land, vars lag normalt skall tillämpas beträffande skilsmässans rättsverkningar, synes i och för sig inte vara ett tillräckligt skäl att göra undantag från den främmande rättens tillämplighet i detta hänseende. Såsom framhållits i tysk doktrin och såsom även tidigare i olika sammanhang betonats i denna avhandling, finns det inga hinder av logisk natur mot en sådan »fiktiv» tillämpning av främmande rätt. Även i övrigt gäller här i huvudsak samma synpunkter som anförts i kap. VI.

På grund härav ansluter jag mig till den tyska rättspraxis beträffande rättsförhållandet mellan föräldrar och barn efter skilsmässa, enligt vilken faderns *lex patriae* tillämpats såsom »Kindschaftsstatut», oaktat skilsmässodomen inte erkänts i faderns hemland.

På motsvarande sätt är det mycket väl möjligt att tillämpa främmande rätt på rättsförhållandet de fränskilda makarna emellan, ehuru skilsmässan inte erkännes enligt den främmande rätten. Emellertid ligger frågan här något annorlunda till i de fall som diskuterats i tysk doktrin. Diskussionen har ju där gällt den situationen, att skilsmässan av förbiseende beviljats utan hänsyn till makarnas (eller mannens) *lex patriae*. Spörsmålet är, om det faktiska eller det »riktiga» skilsmässostatutet skall komma till användning beträffande rättsverkningarna av en sådan skilsmässa. Detta är inte en fråga huruvida undantag skall göras från en given regel, enligt vilken främmande rätt är tillämplig, utan om precisering av en regel, enligt vilken skilsmässostatutet är bestämmande. Denna fråga bör avgöras på grundval av en fri intresseavvägning, utan att någondera lösningen har presumtionen för sig.

Härvid talar enligt min mening mycket för den distinktion som göres av Serick. Har det faktiskt funnits en skilsmässogrund även enligt den främmande rätten och består skilsmässodomstolens förbiseende således endast i att denna grund inte blivit åberopad i domen, finns det knappast anledning att bedöma t.ex. ett senare underhållsmål mellan makarna på annat sätt än som skulle skett vid riktig rättstillämpning i skilsmässomålet. Det begångna misstaget har här inte haft någon betydelse i skilsmässomålet. Man bör

då inte s.a.s. göra om misstaget i ett sammanhang där det kanske har betydelse (såsom i Sericks exempel). Det »riktiga» skilsmässostatutet bör således, i enlighet med härskande lära i tysk doktrin, komma till användning.

Emellertid uppkommer haltande skilsmässor, såsom förut sagts, huvudsakligen i övriga fall, där skilsmässogrund enligt den främmande rätten saknats. För dessa fall synes man med Serick böra säga, att skilsmässodomen gett upphov till ett nytt läge, där de billighetssynpunkter som talar för tillämpning av det »riktiga» skilsmässostatutet beträffande rättsverkningarna inte längre har någon relevans; vid riktig rättstillämpning redan i skilsmässomålet hade skilsmässan ju överhuvud inte kommit till stånd. För användning av det faktiska skilsmässostatutet beträffande rättsverkningarna i denna situation talar det nära samband som ofta finns i den interna rätten mellan grunderna för skilsmässan och åtminstone en del av dess rättsverkningar. Flera av dessa rättsverkningar — t.ex. beträffande underhåll och skadestånd samt beträffande hustruns namn — är ofta beroende av skilsmässogrunderna och skulden till skilsmässan.³³ Med hänsyn härtill är det lämpligt att rättsverkningarna bestäms av samma lag som varit avgörande för skilsmässans förutsättningar. Jag ansluter mig således till Sericks ståndpunkt, att det faktiska skilsmässostatutet bör föredras i här ifrågavarande fall.

Denna ståndpunkt innefattar, såsom redan nämnts, inte något undantag från en given regel, enligt vilken främmande rätt skall tillämpas, och följaktligen inte heller från min i kap. VI angivna principiella uppfattning beträffande »fiktiv» tillämpning av främmande rätt.

III. FALL DÄR DEN FRÄMMANDE LEX CAUSAE INTE KÄNNER INSTITUTET SKILSMÄSSA

Denna situation har i tysk praxis varit aktuell beträffande vårdnadsfrågor, där den frånskilde mannen/fadern varit italiensk med-

³³ Detsamma gäller i viss mån även beträffande vårdnaden om barnen efter skilsmässan. Se rörande det i texten påpekade förhållandet t.ex. i belgisk rätt C.c. belge art. 301—302 och De Page 1064 ff, 1072 ff, i fransk rätt C.c. art. 301—302 och Planiol-Ripert 511 ff, 518 ff, 530 ff, i svensk rätt GB 11: 24 och 11: 26 samt FB 6: 7 och i tysk rätt EheG §§ 55—56, 58 och 60—61 samt BGB § 1671 III. Beträffande vissa andra länder se översikten hos R. Lüderitz 294.

borgare och italiensk rätt på grund härav »Kindschaftsstatut». Valet står här närmast mellan att gripa tillbaka på lex fori och att tillämpa de regler i den främmande rätten vilka anknyter till institut som separazione i italiensk rätt. I tysk doktrin och praxis har den sistnämnda utvägen genomgående föredragits.

Enligt min mening är detta också det lämpligaste förfarandet. Institut som separazione fyller i länder som inte känner skilsmässoinstitutet i väsentliga avseenden samma funktioner som detta. De regler om vårdnaden om barn, underhåll m.m. som gäller vid separazione är, i likhet med motsvarande regler vid skilsmässa i länder som känner detta institut, avsedda för en situation som kännetecknas av att den äktenskapliga sammanlevnaden är faktiskt och rättsligt upphävd. Genom att tillämpa förstnämnda regler som ett surrogat för de regler om rättsverkningar av skilsmässa som inte finns i den främmande rätten håller man sig så nära som möjligt till kollisionnormernas föreskrift om tillämpning av den främmande rätten. Går man i stället tillbaka till lex fori, avlägsnar man sig onödigt mycket från kollisionnormerna.

Den främmande rättens regler om rättsverkningarna av separazione (eller motsvarande institut) kan tillämpas, även om det in concreto inte funnits förutsättningar för beviljande härav enligt den främmande rätten. En prövning härav — vilken i efterhand kan vara svår att företa³⁴ — är därför inte behövlig.

³⁴ Att svårigheter kan uppkomma vid en dylik prövning ex post framgår t.ex. tydligt av det ovan vid not 27 citerade tyska rättsfallet OLG Hamm 21.8.1964, där det var tveksamt om mannens äktenskapsbrott i den italienska rättens mening innefattat en »Beleidigung schwerer Art» av hustrun, vilket enligt italiensk rätt var förutsättning för separazione.

KAPITEL XIV

OMGIFTE EFTER TIDIGARE ÄKTENSKAP SAMT MÅL OM DET NYA ÄKTENSKAPETS GILTIGHET

§ 1. UTGÅNGSPUNKTER OCH FRÅGESTÄLLNINGAR

I. A. För omgifte efter tidigare äktenskap förutsättes — bortsett från rättsordningar som tillåter polygami, vilka här kan lämnas utanför blickfältet — att det tidigare äktenskapet är antingen upplöst (genom andra makens död, skillnadsdom eller på annat sätt) eller ogiltigt (ipso jure eller på grund av domstols avgörande). Om omgifte kommit till stånd, ehuru hinder förelegat i detta hänseende, blir det nya äktenskapet antingen ipso jure ogiltigt (så t.ex. enligt engelsk rätt)¹ eller kan det — frånsett undantag av den typ som förekommer i den svenska GB 10: 1 II — på därom förd talan förklaras ogiltigt² (i svensk rätt: dömas att återgå).

I detta kapitel begagnar jag termen ogiltighet även i sistnämnda fall, således beträffande äktenskap som på grund av existensen av ett tidigare giltigt och bestående äktenskap kan förklaras ogiltigt. På motsvarande sätt använder jag termen haltande äktenskap även i fall där det nya äktenskapet på denna grund kan förklaras ogiltigt i ett land men inte i ett annat land, där det föregående äktenskapet betraktas som ogiltigt eller upplöst. Jfr om terminologin i dessa hänseenden ovan kap. I s. 7 ff.

B. I kollisionsrättsligt hänseende må till en början anmärkas, att frågan om omgifte eller nytt äktenskaps giltighet efter skilsmässa i ett tidigare äktenskap *inte* brukar hänföras till tillämpningsområdet för de i kap. XIII berörda kollisionsnormerna beträffande vissa

¹ Se Bromley 32, 65. Jfr ovan kap. II s. 39.

² Se t.ex. den svenska GB 2: 10 och 10: 1, den schweiziska ZGB art. 120—122, den tyska EheG §§ 20 och 23 samt den österrikiska EheG §§ 24 och 27.

rättsverkningar av skilsmässa. De kollisionssnormer som här ifrågakommer är i stället de som avser de materiella förutsättningarna i allmänhet för äktenskaps ingående och giltighet.

Dessa kollisionssnormer har i de här aktuella länderna i stort sett det innehållet, att de beträffande vardera kontrahenten hänvisar till hans personalstatut, bestämt antingen efter hans nationalitet eller, såvitt angår engelsk rätt, efter hans domicil. Vardera kontrahenten måste, för att få ingå äktenskapet resp. för att det samma skall anses giltigt, uppfylla förutsättningarna i *sin* lag (distributiv tillämpning av *leges causae*). Åtskilliga modifieringar i denna princip finnes dock, särskilt till förmån för tillämpning av *lex loci celebrationis* och/eller *lex fori*.³

I samtliga länder kan enligt berörda kollisionssnormer främmande rätt bli tillämplig i här aktuella hänseenden. Vid äktenskaps ingående ankommer denna tillämpning åtminstone i första hand på administrativa myndigheter — lysnings- eller vigselförrättare — vid prövning av ett ingånget äktenskaps giltighet däremot på domstolarna.

II. I detta kapitel skall jag behandla dels olika Vorfrage-situationer beträffande nytt äktenskap (A), dels spørsmål om betydelsen därav, att en skilsmässa i ett föregående äktenskap inte erkännes som giltig enligt den lag som normalt är tillämplig på det nya äktenskapets materiella förutsättningar, för bedömningen av dessa förutsättningar i övrigt (B).

A. Den mest kända typen av Vorfrage-problem beträffande omgifte är följande: En utländsk medborgare har erhållit skilsmässa i landet X och vill nu ingå nytt äktenskap i detta land. De materiella förutsättningarna för äktenskap skall enligt kollisionssnormerna i X bestämmas av nupturientens personalstatut, in casu lagen Y. Enligt denna lag erkännes inte den i landet X meddelade skilsmässodomen och föreligger därför hinder för omgifte. Bör myndigheterna i landet X vid avgörandet om det nya äktenskapet skall få ingås följa det egna landets eller det främmande *lex causae*-landets uppfattning beträffande skilsmässan? Motsvarande problem kan bli aktuellt,

³ Såväl huvudreglerna som undantagen skildras närmare, såvitt erforderligt för min framställning, nedan i § 2 vid redogörelsen för Vorfrage-problemet i resp. land.

därest skilsmässodomen meddelats utomlands (i *lex causae*-landet eller i tredje land). Exempel på alla dessa situationer har lämnats i det föregående⁴ och återfinnes även i § 2 nedan.

En annan variant av Vorfrage-situationer vid omgifte efter skilsmässa, vilken inte tidigare berörts, är följande: En frånskild person (in- eller utländsk medborgare), enligt vars personalstatut skilsmässan beträffande det föregående äktenskapet är giltig, vill ingå nytt äktenskap med en utlänning, som för sin del inte tidigare varit gift (eller vars tidigare äktenskap upplösts genom andra makens död) men vars personalstatut inte erkänner den beträffande *andra* kontrahentens tidigare äktenskap föreliggande skilsmässan. Dylika fall har, såsom vi skall se i § 2, särskilt varit aktuella vid frånskild inländsk medborgares giftermål med *spansk* medborgare. Detta har sin bakgrund i att just spansk rätt ställer sig avvisande till utländska skilsmässodomar, t.o.m. när båda de frånskilda varit medborgare i domlandet och även i övrigt all anknytning till annat land saknats.⁵

Antag t.ex. att en svenska, som tidigare varit gift med en svensk medborgare och vars äktenskap upplösts av svensk domstol, vill ingå äktenskap med en icke tidigare gift spanjor. Dennes rätt att ingå äktenskapet skall enligt IÄL 1:2 bedömas enligt spansk rätt. Enligt spansk rätt föreligger — på motsvarande sätt som t.ex. enligt den svenska regeln i GB 2:10 — hinder ej blott för en redan gift spanjor att ingå nytt äktenskap utan också för en icke gift spanjor att ingå äktenskap med en redan gift utlänning (bigamiförbudet är s.k. *tvåsidigt* äktenskapshinder).⁶ Och enligt spansk rätt erkännes inte den svenska skilsmässodomen utan äger svenskans tidigare äktenskap alltjämt bestånd. Bör de svenska myndigheterna på grund härav vägra sin medverkan till det nya äktenskapets slutande (*lex causae*-lösning på Vorfrage-problemet)? Eller bör de rätta sig efter den svenska skillnadsdomen och i denna del lämna den spanska rätten utan beaktande (*lex fori*-lösning på Vorfrage-problemet)?

Vorfrage-problem vid omgifte (prövning av nytt äktenskaps giltighet) kan vidare också avse det tidigare äktenskapets *giltighet*. Det

⁴ Se kap. III s. 63 f och kap. V s. 147.

⁵ Jfr härom ovan kap. II not 58.

⁶ Om begreppet tvåsidiga äktenskapshinder se t.ex. Neuhaus Grundbegriffe 101 f, Raape IPR 239 f, Rigaux 1957: 73 f och Undén IÄR 19 f.

föregående äktenskapet kan från forumlandets synpunkt vara giltigt men från *lex causae*-landets synpunkt ogiltigt eller vice versa. Exempel härpå ges i § 2 nedan.

En förutsättning för uppkomsten av ett Vorfrage-problem beträffande omgifte eller det nya äktenskapets giltighet är generellt, att andra maken i det tidigare äktenskapet, beträffande vars upplösning eller giltighet forumlandet och *lex causae*-landet har olika uppfattning, alltså lever vid tidpunkten för omgiften; annars finns det givetvis inget utrymme för några skilda uppfattningar om det tidigare äktenskapets bestånd. Att denna förutsättning är uppfylld omnämnes ej särskilt i de olika fall som behandlas nedan i § 2.

B. Antag att en skilsmässa beträffande ett föregående äktenskap enligt forumrättens IP-regler är giltig — vare sig den beviljats i forumlandet eller i tredje land — och att den främmande *lex causae* motsatta uppfattning anses sakna relevans. En italienare, vars tidigare äktenskap med en svenska upplöstes av en svensk domstol, kan då utan hinder av detta äktenskap ingå nytt gifte i Sverige, oaktat italiensk rätt är *lex causae* här för (IÅL 1: 2) och skilsmässodomen inte erkännes enligt denna främmande rätt. Vilken lag skall här efter tillämpas beträffande *övriga förutsättningar* för det nya äktenskapet? Skall italiensk rätt i exemplet förbli tillämplig härutinnan, såvitt italienaren angår? Eller bör italiensk rätt även i denna del skjutas åt sidan, eftersom svensk rätt ändå redan »tagit över» italiensk rätt, såvitt angår frågan om det föregående äktenskapets bestånd?

Dessa frågor behandlas i § 3 nedan.

§ 2. VORFRAGE-PROBLEMET

I. TYSK RÄTT

A. INLEDNING

Det kollisionsrättsliga huvudstadgandet i tysk rätt beträffande de materiella förutsättningarna för äktenskap finns i EG art. 13 I och lyder:

Die Eingehung der Ehe wird, sofern auch nur einer der Verlobten ein Deutscher ist, in Ansehung eines jeden der Verlobten nach den Gesetzen des Staates beurteilt, dem er angehört. Das gleiche gilt für Ausländer, die im Inland eine Ehe eingehen.

Denna regel gäller såväl vid äktenskaps ingående i Tyskland som vid prövningen av ett i Tyskland eller utomlands ingånget äktenskaps giltighet. I sistnämnda hänseende är regeln ofullständig såtillvida, att den inte nämner äktenskap som ingås utomlands av utländska medborgare. Enighet råder emellertid i doktrin och praxis om att utbygga regeln till att omfatta också detta fall.⁷ Generellt gäller alltså, att vardera kontrahentens *lex patriae* är tillämplig.

Tyskland är anslutet till 1902 års Haagkonvention om äktenskaps ingående. I förhållande till övriga konventionsstater — bl.a. Italien, Nederländerna och Schweiz — gäller därför konventionens bestämmelser i stället för EG art. 13.⁸ Även enligt konventionen (art. 1) är regeln, att rätten att ingå äktenskap bestämmes av vardera kontrahentens *lex patriae*.

När en utländsk medborgare vill ingå äktenskap i Tyskland, skall hindersprövningen således företas enligt främmande rätt. Till underlättande av de tyska civilståndsmyndigheternas arbete härmed har föreskrivits, att utlänningen har att förebringa intyg från hemlandets myndigheter att hinder mot det tillämnade äktenskapet ej möter, s.k. »Ehefähigkeitszeugnis». Bestämmelsen härom, EheG § 10, lyder:

Ausländer sollen eine Ehe nicht eingehen, bevor sie ein Zeugnis der inneren Behörde ihres Heimatlandes darüber beigebracht haben, dass der Eheschliessung ein in den Gesetzen des Heimatlandes begründetes Ehehindernis nicht entgegensteht.

Befrielse från kravet på »Ehefähigkeitszeugnis» kan dock ges i vissa fall, framför allt när hemlandets myndigheter överhuvud inte utställer dylika intyg.⁹ Om befrielse lämnas, innebär det inte att dispens ges från något äktenskapshinder enligt hemlandets lag utan blott att prövningen huruvida sådant hinder föreligger får företas i annan ordning än med ledning av ifrågavarande intyg. Denna

⁷ Se t.ex. Kegel Kommentar 723 (Bem. 1).

⁸ Se härom t.ex. Kegel Kommentar 745 ff.

⁹ Se härom samt överhuvud om förutsättningarna för och verkan av dylik befrielse och om förfarandet i dessa ärenden t.ex. Albers 1954: 145 ff och 170 ff, Beyer 1957: 29 ff samt Jost 297.

prövning ankommer på samma myndighet som äger meddela befrielse från kravet på »Ehefähigkeitszeugnis», nämligen presidenten i en Oberlandesgericht. Vägras befrielse, kan beslutet överklagas till själva domstolen.

Vare sig ett »Ehefähigkeitszeugnis» förebragts eller befrielse från kravet härpå meddelats, äger vederbörande vigselförrättare (Standesbeamter) självständigt pröva, huruvida hinder mot äktenskapet likväl föreligger enligt den främmande rätten.¹⁰ Vigselförrättarens beslut att vägra utfärda lysning eller förrätta vigsel kan överklagas till domstolarna.¹¹

B. FALL DÄR DET FÖRELIGGER EN TYSK SKILSMÄSSODOM SOM INTE ERKÄNNES I NUPTURIENTENS HEMLAND

1. *Det nya äktenskapet skall ingås i Tyskland*

a) Frågan om omgifte må äga rum i Tyskland efter tysk skilsmässodom, vilken inte erkännes i den frånskildes eller hans medkontrahents hemland, hör sedan länge till de livligast diskuterade och mest omstridda spörsmålen i tysk IP-rättslig doktrin och praxis. Särskilt under efterkrigstiden har frågan fått en avsevärd praktisk betydelse. Detta sammanhänger bl.a. med den stora invandringen till Tyskland av utländska »Gastarbeiter», särskilt från länder som Italien och Spanien, vilka i stor utsträckning inte erkänner utländska skilsmässodomar.

Spörsmålets aktualitet under 1960-talet framgår bl.a. därav, att det kommit upp till avgörande i Bundesgerichtshof och att särskild lagstiftning om detsamma påyrkats i Bundestag. Härom må hänvisas till framställningen nedan under b) resp. d).

I doktrin och rättspraxis kan man skilja mellan i huvudsak tre olika ståndpunkter. Dessa behandlas i det följande under b)—d).

b) *Lex causae-lösning*

Den övervägande meningen såväl i doktrinen som i praxis är, att hemlandets icke-erkännande av den tyska skillnadsdomen utgör

¹⁰ Se t.ex. Lauterbach 1955: 29 not 33 och Neumayer 1955: 71. Ur rättspraxis: OLG München 21.11.1949, OLG Bremen 16.5.1963.

¹¹ PSTG §§ 45, 49.

hinder för omgifte i Tyskland. Denna mening innefattar en *lex causae*-lösning på Vorfrage-problemet.

Ifrågavarande ståndpunkt intages i *doktrinen* naturligt nog av de författare som i allmänhet ansluter sig till *lex causae*-principen.¹² Samma mening hade emellertid hävdats av flera författare redan innan diskussionen om Vorfrage-problemet i hela dess vidd tog sin början på 1930-talet.¹³ Även senare har samma ståndpunkt i stor utsträckning intagits oberoende av inställningen till Vorfrage-problemet i allmänhet och även av författare, vilka som huvudregel ansluter sig till *lex fori*-principen.¹⁴

I *rättspraxis* synes det första fallet av aktuellt intresse vara ett Reichsgericht-avgörande från 1912.¹⁵

En i Preussen bosatt italienare hade år 1899 erhållit skilsmässa vid preussisk domstol. Domen hade meddelats med stöd av inländsk rätt och utan hänsyn till M:s *lex patriae*. Detta var i överensstämmelse med då gällande preussiska IP-regler, enligt vilka skilsmässans förutsättningar skulle bestämmas av *lex fori* eller *lex domicilii*. År 1900, efter ikraftträdandet av de nya tyska IP-reglerna i EG, hade M gift om sig i Tyskland med en tyska (H). Sedan H övergivits av M, förde hon talan om ogiltigförklaring av äktenskapet. Yrkandet grundades på att M:s första äktenskap enligt italiensk rätt ännu ägde bestånd.

H:s talan hade ogillats i Kammergericht,¹⁶ som åberopat sig på ordre public-skäl: att anse den tyska skillnadsdomen verkningslös skulle strida mot »den Zweck des deutschen Gesetzes», närmare bestämt mot rättskraftsregeln i tysk rätt (ZPO § 322).

¹² Se sålunda Ferid SA 1953: 280, 1955: 63 och 1961: 401, Melchior 250 f, 255 f och 263 f, Neuhaus Grundbegriffe 241, 1964: 609 (not 2) och 1965: 543 f, Serick 1956: 227 f och 236 not 60, Wengler 1934: 216, 225, 1957: 57 ff, 1961: 415, JR 1963: 44 not 26 a och 1964: 621 ff samt Wolff IPR 212 och 1933: 418 f.

¹³ Bl.a. av Frankenstein III 101 ff, 539 (jfr beträffande denne dock nedan vid not 48) och Lewald IPR 117 ff.

¹⁴ Den nyare litteraturen är mycket riklig. Se förutom de i not 12 citerade författarna Beyer 1957: 33, 35 f och 1962: 12, Buschhausen 167, Ellgaard 35, Gamillscheg 1961: 72 ff, 1962: 592 f, 1963: 23 ff och 1965: 332 ff, Göppinger 12 f, Henrich 1964: 2015 f samt 1966: 65 ff och 221 f, Jayme 1964: 207 f, SA 1965: 145 ff och NJW 1965: 18 f, Jost 298, Lauterbach 1955: 27 och i Palandt Anm. 5 a) till EG art. 13 och Anm. 2 (i.f.) till EheG § 5, Marquardt 1963: 46 ff och Certificat 121 ff, Müller 887 ff, Neumayer 1955: 66 ff, Peters 1961: 205, 1962: 24 f, 1963: 195 och 1965: 310, Raape IPR 296, 316 ff (särskilt not 105) och 1958: 282 (jfr även Kommentar 376, 403 ff samt nedan vid not 55), v. Stosch 159 f samt Süß 1949: 249 ff.

¹⁵ RG 21.3.1912.

¹⁶ KG 13.3.1911.

Reichsgericht fastställde slutet i denna dom men tog avstånd från dess motivering. I och för sig skulle frågan om det nya äktenskapets giltighet enligt EG art. 13 avgöras enligt italiensk rätt såsom M:s *lex patriae*. Den omständigheten, att det här förelåg en rättskraftig tysk skilsmässodom, kunde enligt Reichsgerichts mening inte medföra undantag härifrån. Avgörande vore emellertid, att enligt de tyska regler som gällde *vid tiden för skilsmässan* »jeder der geschiedenen Ehegatten die Befugnis erlangte, eine neue Ehe einzugehen» (nämligen emedan sagda regler inte gav något utrymme åt nationalitetsprincipen). Ikraftträdandet av de nya IP-rättsliga reglerna år 1900 borde inte få betaga skilsmässodomen nämnda verkan. På grund härav skulle det nya äktenskapets giltighet upprätthållas.

Att omgifet här ansågs tillåtet och det nya äktenskapet giltigt berodde som synes på speciella omständigheter, sammanhängande med övergången från de äldre IP-rättsliga reglerna. Av allt att döma menade Reichsgericht, till skillnad från Kammergericht, eljest principiellt, att icke-erkännandet av den tyska skillnadsdomen enligt den främmande, i EG art. 13 anvisade lagen utgjorde hinder för omgifte.¹⁷

I senare praxis har denna ståndpunkt intagits i talrika fall, bl.a. av Reichsgericht och Bundesgerichtshof. I dessa fall har båda de i § 1 II A s. 420 f nämnda typerna av situationer varit aktuella:

(1) I den ena kategorin av fall har det sålunda, liksom i Reichsgericht-fallet ovan, varit den utländske kontrahenten som tidigare varit gift och vars äktenskap upplösts av tysk domstol. Denna dom har inte erkänts i hemlandet, antingen emedan detta land överhuvud inte känt institutet skilsmässa (så i fall beträffande italienska och brasilianska medborgare)¹⁸ eller emedan skilsmässan beviljats på en grund som enligt hemlandets lag ej utgjort orsak till skilsmässa (så i fall beträffande nederländska medborgare)¹⁹ eller emedan hemlandet gjort anspråk på exklusiv behörighet i skilsmässomål mellan egna medborgare (så i fall ur äldre praxis beträffande tjeckoslovakiska och polska medborgare samt i nyare praxis beträf-

¹⁷ Så har avgörandet i allmänhet också uppfattats i doktrinen. Se t.ex. Marquardt Certificat 41 och 1963: 47, Melchior 250 f och Müller 888 f.

¹⁸ AG Hannover (okänt datum) 1928 (brasiliansk medborgare), LG Weiden 28.2.1953, LG Köln 10.1.1962, OLG Karlsruhe 3.9.1962, OLG München 17.12.1962 och OLG Bremen 16.5.1963 (samtliga beträffande italienska medborgare; omständigheterna i sistnämnda fall något speciella).

¹⁹ OLG Hamm 15.10.1951 (refererat ovan kap. VIII s. 231) och OLG Frankfurt/M. 23.3.1964.

fande österrikiska och ungerska medborgare)²⁰ eller emedan tyska domstolar enligt hemlandets uppfattning av annan anledning saknat internationell behörighet (så i ett fall beträffande brittisk medborgare med domicil i Skottland och i ett fall beträffande svensk medborgare).²¹ Att skilsmässan kommit till stånd synes i de äldre av dessa fall ha berott på förbiseende från de tyska domstolarnas sida, närmare bestämt på underlåtenhet att beakta ZPO § 606 IV,²² enligt vilket lagrum hinder för tysk jurisdiktion torde ha förelegat. I de flesta av de hithörande fallen från nyare praxis torde den haltande skilsmässan ha möjliggjorts genom reglerna om »Frauenscheidung»; hustrun i det första äktenskapet har varit tysk medborgare och såsom kärande utverkat skillnadsdomen med stöd av tysk rätt.

(2) Den andra kategorin av fall har varit sådana, där utlänningen, en spansk medborgare, för sin del inte tidigare varit gift men väl hans tyska medkontrahent och där den tyska skillnadsdomen beträffande detta äktenskap inte erkänts i utlänningens hemland.²³ Att problem här uppkommer just vid spanska medborgares äktenskap har, såsom tidigare omtalats, sin bakgrund i den spanska rättens vägran att erkänna utländska skilsmässodomar även när det upplösta äktenskapet saknat anknytning till spansk rätt.

Är (den icke tidigare gifte) utlänningen t.ex. italiensk medborgare, uppkommer sällan något problem.²⁴ I motsats till Spanien erkänner nämligen

²⁰ OLG Hamburg 3.1.1923 (obiter) och KG 17.10.1930, båda beträffande tjeckoslovakiska medborgare; KG 7.3.1938 (jfr härom nedan vid not 78) och RG 3.7.1939, båda obiter beträffande polska medborgare; OLG Celle 26.6.1963 (ungersk medborgare). Se också det av Ellgaard 35 omtalade fallet (österrikisk medborgare).

²¹ Presidenten i OLG Hamburg 5.8.1955 (brittisk medborgare) och 27.9.1963 (svensk medborgare; i referatet framgår inte med säkerhet varför domen inte erkändes i Sverige, men förmodligen hade det att göra med domsreglerna).

²² Jfr om detta lagrum ovan kap. VIII s. 220 not 38.

²³ OLG Celle 25.6.1962, OLG Hamm 10.9.1963, BGH 12.2.1964 (A och B) samt OLG Karlsruhe 17.3.1964 (jfr om sistnämnda fall dock nedan vid not 58).

²⁴ Jfr rättsfallen BayObLG 9.9.1960 (där frågeställningen synes ha förbisetts men där dess beaktande inte skulle ha inverkat på utgången) och OLG Karlsruhe 3.9.1962 (där det mot det tillänkta äktenskapet åberopades, förutom italienarens eget tidigare äktenskap, även att hans tyska medkontrahent tidigare varit gift; förmodligen skulle emellertid den tyska skilsmässodomen beträffande sistnämnda äktenskap ha erkänts i Italien och förelåg därför i verkligheten inget hinder i detta hänseende).

Italien — liksom flertalet andra länder, vilka i sin interna rätt inte känner institutet skilsmässa — under vissa förutsättningar utländska skilsmässodomar, om de inte avser *egna* medborgare.²⁵ Om t.ex. båda makarna i det första äktenskapet var tyska medborgare, erkännes en tysk skilsmässodom beträffande detta äktenskap i Italien. Enligt italiensk rätt utgör det tidigare äktenskapet därför ej hinder för ingående av nytt äktenskap med en italienare.

Från *äldre* tysk praxis kan i detta sammanhang nämnas vissa fall rörande äktenskap mellan fränskild tysk medborgare och katolsk *österrikisk* medborgare.²⁶ Enligt den äldre österrikiska rätten förelåg hinder för sådant äktenskap. Emellertid synes detta hinder inte ha legat i att den tyska skillnadsdomen förvägrats erkännande enligt österrikisk rätt utan i det i österrikisk rätt gällande förbudet för katoliker att ingå äktenskap med en fränskild person, så länge andra maken alltjämt var i livet (*impedimentum catholicismi*).²⁷ Denna distinktion synes dock inte alltid ha observerats eller fasthållits av de tyska domstolarna i hithörande fall; stundom har saken setts så, att den tyska skillnadsdomen inte erkänts enligt den österrikiske kontrahentens lag.²⁸

I båda de här omtalade kategorierna av fall har det ansetts, att omgifte ej kunnat ske i Tyskland.²⁹ Den utländske nupturienten har inte kunnat förete något »Ehefähigkeitszeugnis» från hemlandets myndigheter. Hans yrkande om befrielse från kravet härpå har avslagits av vederbörande Oberlandesgerichtspräsident och/eller Oberlandesgericht.³⁰ Eller också har befrielse utverkats i någon av dessa

²⁵ Se närmare redogörelsen hos Böhmer 201 ff i anslutning till rättsfallet BGH 12.2.1964 (A) samt t.ex. Jayme SA 1965: 147 och 1966: 150 ff.

²⁶ Se rättsfallen OLG Hamburg 7.4.1905 och 6.4.1911, RG 15.2.1912 samt BayObLG 18.1.1918.

²⁷ Om skillnaden mellan dessa båda fall se Schwind 1966: 5.

²⁸ Så t.ex. LG Nürnberg 17.7.1915. Jfr ur doktrinen t.ex. Lewald IPR 80 f, där det ifrågavarande äktenskapshindret likaledes betecknas såsom *impedimentum ligaminis*.

²⁹ Se förutom de ovan i noterna 18—21 och 23 citerade rättsfallen även RG 22.4.1932, 8.6.1936 och 16.7.1936, samtliga dock beträffande redan ingånget äktenskaps giltighet och utan att Vorfrage-problemet synes ha ställts på sin spets. — Annan utgång än i texten angivits nåddes i vissa av de i not 26 citerade äldre fallen beträffande österrikiska medborgare, nämligen med hjälp av återförvisningsläran och regeln i den österrikiska ABGB § 4. Annan utgång blev det också i AG Hannover 19.1.1965, där en spansk medborgare tilläts ingå äktenskap med en fränskild tyska. Utgången synes här ha berott på att det antogs — i så fall säkerligen med orätt — att hinder ej förelåg enligt spansk rätt, emedan vederbörande spanske nupturient utträtt ur den katolska kyrkan.

³⁰ Detta synes vara gängse praxis hos de flesta av dessa myndigheter. Se beträffande presidenten i OLG Hamburg Albers 1954: 171 f. Jfr dock även SA 1962: 24, varest framgår att praxis inte är fullt enhetlig.

instanser, men har civilståndsmyndigheten — vilken, såsom tidigare framhållits, inte är bunden av beslut härom — likväl vägrat utfärda lysning eller förrätta vigsel under hänvisning till hemlandets lag. Sedan besvär häröver anförts till domstolarna, har dessa fastställt civilståndsmyndigheternas beslut. Ibland har utlänningen härvid hänvisats att försöka erhålla skilsmässa i sitt hemland eller att förvärva tyskt medborgarskap.

Denna praxis har nått sin kulmen under 1960-talet. Domstolarna har vid upprepade tillfällen fått att ta ställning till frågor om befrielse från kravet på »Ehefähigkeitszeugnis» för spansk medborgare som velat ingå äktenskap med frånskild tysk medborgare, vars skilsmässa inte erkänts i Spanien.³¹ Sedan olika Oberlandesgerichte stannat i skilda meningar beträffande denna fråga, blev densamma förelagd Bundesgerichtshof för avgörande. Bundesgerichtshof fann härvid — i ett fall beträffande äktenskap mellan en spanjor och en frånskild tyska och i ett (opublicerat) fall beträffande äktenskap mellan en spanjorska och en frånskild tysk — omgifet ej kunna tillåtas med hänsyn till spansk rätt och vägrade befrielse. Enligt vad som uttryckligen framgår av dessa avgöranden, skall motsvarande gälla i de fall där det är den utländske medborgaren själv som tidigare varit gift och vars skilsmässa inte erkännes i hans hemland.

För närvarande synes rättsläget därför vara i huvudsak klart.³² Omgifte i Tyskland förutsätter, att den tyska skillnadsdomen erkännes i den utländske nupturientens hemland, och detta oavsett om domen avser honom själv eller hans tyska medkontrahent. Ett härmed alternativt rekvisit är dock, naturligt nog och såsom uttryckligen framhålles bl.a. av Bundesgerichtshof, att hemlandet betraktar det första äktenskapet som *ogiltigt*.³³ Har t.ex. en katolsk

³¹ Jfr å ena sidan de ovan not 23 citerade avgörandena av OLG Celle 25.6.1962 och OLG Hamm 10.9.1963, å andra sidan de nedan i not 61 citerade rättsfallen OLG Stuttgart 12.11.1962 och OLG Braunschweig 10.10.1963. OLG Hamms och OLG Braunschweigs beslut var s.k. Vorlagebeschlüsse (se härom EGGVG § 29 I) och utmynnade i BGH:s tvenne avgöranden 12.2.1964 (A och B).

³² Om rättsläget även framdeles kommer att förbli detsamma är ovisst. Dels torde frågan nämligen komma att dras inför Bundesverfassungsgericht — jfr Gamillscheg 1965: 333 — dels föreligger i Bundestag ett lagförslag om ändring av EG art. 13, se nedan s. 439 vid not 64.

³³ Se förutom BGH 12.2.1964 (A) t.ex. KG 13.3.1911, RG 21.3.1912, BayObLG 27.6.1934, LG Weiden 28.2.1953 och OLG Celle 26.6.1963. Jfr i doktrinen t.ex. Melchior 249 och Wengler 1964: 623 not 14.

spanjor gift sig i enbart civil form i Tyskland och har skilsmässa sedermera beviljats av tysk domstol, utgör det tidigare äktenskapet inte hinder för omgifte; visserligen erkänner spansk rätt inte utländska skilsmässodomar, men i förevarande fall betraktas även själva äktenskapet av spansk rätt såsom icke existerande, då det inte ingåtts inför katolsk präst.

Hur *motiveras* nu den ståndpunkt, som sålunda omfattas av huvuddelen av tysk doktrin och rättspraxis?

Särskilt i rättspraxis föres ofta blott ett formellt-deduktivt resonemang enligt följande enkla mall: Beträffande det nya äktenskapets ingående är enligt EG art. 13 hemlandets lag tillämplig. Denna lag erkänner inte den tyska skilsmässodomen. På grund härav föreligger enligt hemlandets lag »das Ehehindernis der bestehenden Ehe». Tillämpningen av den främmande rätten i denna del kan inte anses stridande mot tysk ordre public.³⁴

Utgångspunkten för detta resonemang är tydligen det (ostridiga) förhållandet, att rätten till omgifte efter skilsmässa kollisionsrättsligt inte »kvalificeras» såsom en rättsverkan av skilsmässa och alltså inte är att hänföra till den kollisionsnorm som avser dylika rättsverkningar (EG art. 17) utan hör under kollisionsnormen i EG art. 13 beträffande (de materiella) förutsättningarna för äktenskap. Härav drages sedan slutsatsen att den i sistnämnda lagrum anvisade *lex patriae* har att bestämma även beträffande frågan om det tidigare äktenskapets bestånd. Någon egentlig motivering för att EG art. 13 sålunda skall anses »ta över» de tyska reglerna om skilsmässodomens rättskraft ges inte. Vad som de lege lata kan diskuteras är enligt denna uppfattning allenast, om undantag från EG art. 13 bör göras av hänsyn till tysk ordre public. Frågan blir om tillämpningen av hemlandets lag kan anses stridande mot »die guten Sitten» eller »den Zweck eines deutschen Gesetzes», som det heter i EG art. 30 (»die Vorbehaltsklausel»). Det är först på detta stadium som en realdiskussion sättes in, en diskussion som utmynnar i ett nekande svar på den ställda frågan. Härvid föres resonemanget efter något olika linjer hos olika författare och i skilda rättsfall.

Ibland framhålles det, att rätten till omgifte inte kan anses som

³⁴ Ett resonemang efter den här skisserade linjen möter i nästan alla de ifrågavarande rättsfallen. Ur doktrinen se t.ex. Neumayer 1955: 67, 72 ff och Süß 1949: 249 ff.

en »nödvändig» konsekvens av det föregående äktenskapets upplösning.³⁵ Skilsmässodomen blir, påpekas det, inte ett slag i luften blott för att omgifte inte tillåtes. Tillräckligt många andra rättsverkningar kvarstår. Skilsmässodomen har sålunda relevans, såvitt angår rättsförhållandet de frånskilda emellan (beträffande underhållsplikt etc.), och även i förhållandet mellan de frånskilda och barnen i äktenskapet. Från dessa rättsverkningar går det, menar man, mycket väl att skilja rätten till omgifte. Samma skillnad måste ibland göras av andra skäl än att hemlandet inte erkänner skilsmässodomen, nämligen där hemlandets lag, ehuru den i och för sig erkänner domen, generellt eller för vissa fall stadgar förbud för omgifte efter skilsmässa. Som exempel härpå hänvisas bl.a. till grekisk rätt, enligt vilken förbud för omgifte gäller för den som tidigare varit gift tre gånger.³⁶ Vill en grekisk medborgare ingå ett fjärde äktenskap i Tyskland, måste detta därför förvägras honom, även om en tysk skilsmässodom beträffande det tredje äktenskapet erkännes som giltig i Grekland.

Ett annat, ganska subtilt resonemang som ofta möter i tysk doktrin bygger på den i tysk processrätt gjorda distinktionen mellan domens »Rechtskraft» och dess »Gestaltungswirkung». Rätten till omgifte har, hävdas det, inte att göra med det processrättsliga spörsmålet om den tyska skilsmässodomens »Rechtskraft» — ett begrepp som man vill begränsa till att innefatta blott domens negativa betydelse (*ne bis in idem*) — utan är en till domen såsom rättsfaktum knuten »Gestaltungswirkung».³⁷ Huruvida domen skall ha sådan verkan beror emellertid på de materiella (i betydelsen icke-processuella) regler som anknyter till densamma och därmed också på den enligt IP-rättsliga regler tillämpliga rättsordningen. Den »Gestaltungswirkung» som enligt tysk (materiell) rätt tillkommer skilsmässodomen sträcker sig inte längre än den tyska rättsordningens eget tillämpningsområde, vilket en gång för alla begränsats bl.a. av kollisionenormen i EG art. 13.

³⁵ Se t.ex. Frankenstein III 102, Marquardt 1963: 48, Neuhaus Grundbegriffe 241 och Raape IPR 317.

³⁶ Se den grekiska civillagboken art. 1355. Detta förbud, som är uttryck för den ortodoxa kyrkans rättsuppfattning, fanns också i den tsarryska rätten, jfr Raape IPR 240.

³⁷ Denna distinktion göres t.ex. av Gamillscheg 1963: 24, Neumayer 1955: 73, Riezler 1955: 569, 575 f och Süß 1949: 254 ff. Ur rättspraxis se t.ex. RG 21.3.1912, OLG München 17.12.1962, OLG Celle 26.6.1963 och OLG Hamm 10.9.1963.

Vidare betonas i detta sammanhang ofta, att det inom ramen för Haagkonventionen — således bl.a. i förhållande till Italien — överhuvud inte är tillåtet att tillgripa ordre public-vapnet mot *lex patriae* annat än i vissa i konventionen uttömmande angivna fall (konventionens art. 3)³⁸; och bland dessa fall återfinnes inte det här aktuella, där hindret består i att hemlandet betraktar det föregående äktenskapet såsom alltjämt bestående. Här föreligger det således, menar man, en folkrättslig förpliktelse för Tyskland att ge tillämpning åt den främmande rätten även i vad avser den nu aktuella frågan.³⁹

Ett visst stöd för den här berörda ståndpunkten menar man sig i doktrinen vidare finna i tysk rätts bestämmelser om krav på »Ehefähigkeitszeugnis».⁴⁰ Dessa intyg skall, såsom nämnts under A (s. 423), vara utfärdade av hemlandets myndigheter, vilka således har att företa en prövning av nupturientens »Ehefähigkeit». Vid denna prövning utgår hemlandets myndigheter givetvis, i den mån de får att taga ställning till frågan om ett föregående äktenskaps bestånd, från *sitt* lands IP-regler, inte från motsvarande regler i t.ex. tysk rätt. Om den tyska skillnadsdomen inte erkännes enligt hemlandets IP-regler, kan nupturienten således inte erhålla något »Ehefähigkeitszeugnis» och kommer han inte att kunna uppfylla det i tysk rätt stadgade kravet härpå. Inte heller kan det, menar man, komma i fråga att ge befrielse från detta krav, då orsaken till hemlandets vägran att utställa intyget här har sin grund i att det från hemlandets synpunkt föreligger hinder för det tillämnade äktenskapet. Befrielseinstitutet är ju inte avsett att vara ett medel att ge dispens från äktenskapshinder i den tillämpliga främmande rätten.

Det verkligt avgörande skälet för inställningen i doktrin och rätts-

³⁸ Enligt denna artikel må äktenskap tillåtas i strid med hemlandets lag endast såvitt angår äktenskapsförbud som vilar uteslutande på grunder av religiös natur. Till denna kategori räknas enligt gängse tolkning av konventionen *inte* förbud som grundar sig på att hemlandet anser ett tidigare äktenskap som fortbestående. Se t.ex. Jayme SA 1965: 145 ff och NJW 1965: 18 f.

³⁹ Se i doktrinen t.ex. Frankenstein III 102 f, Jayme l.c., Lewald IPR 118 f, Marquardt 1963: 50 samt i rättspraxis t.ex. BGH 12.2.1964 (A). — A. m. Dieckmann 105 f, Guggemos 1954: 4 och Nussbaum IPR 163 not 2.

⁴⁰ Se om detta argument t.ex. Henrich 1964: 2015, Melchior 255 f, Serick 1956: 227 f och Süß 1949: 250 samt ur rättspraxis t.ex. RG 3.7.1939. Jfr även beträffande Massfeller nedan vid not 52.

praxis synes emellertid vara det *rättspolitiska* argumentet, att det nya äktenskapet, om det finge ingås, inte skulle komma att erkännas som giltigt i hemlandet, eftersom det tidigare äktenskapet där allttjämt räknas som bestående. Det nya äktenskapet skulle bli haltande, åtminstone i den meningen att det på därom förd talan kunde förklaras ogiltigt i hemlandet.⁴¹

Denna konsekvens vore — framhålles det ofta i doktrin och praxis — mycket olycklig, inte minst för den utländske medborgarens tyska medkontrahent (i de fall som förekommit i praxis har det regelmässigt rört sig om äktenskap mellan tysk och utländsk medborgare), som det är särskilt angeläget att skydda.⁴² Den utländske maken skulle när som helst genom att återvända till sitt hemland och där åberopa sig på ogiltigheten kunna undandra sig sina förpliktelser på grund av äktenskapet. Även i fall där båda makarna bosatt sig i det främmande landet skulle dylika svårigheter uppstå. Underhållsanspråk och arvsrätt för makarna själva och för barnen i äktenskapet skulle äventyras. Risk för bigamiåtal i det främmande landet skulle föreligga. En åskådlig illustration härtill ger ett fall som berättas av Ferid:⁴³

Efter tysk skilsmässodom hade en italienare lyckats ingå nytt äktenskap i Tyskland. Bröllopsresan ställdes till Rom men slutade för mannens del i »Carcere Giudiziario Regina Caeli» (beskriven såsom en »luogo del dolore») och dom på 2 års »reclusione» för bigami enligt den italienska Codice Penale. När mannen blivit fri, riktade han (såsom det heter i Ferids referat) »temperamentvoll geltendgemachte Schadenersatzansprüche» mot den tyske Standesbeamter som förrättat vigseln, anspråk vilka enligt Ferid inte var lätta att avvärja.

Tyska myndigheter har, menar man, inte anledning att på dylikt sätt direkt medverka till uppkomsten av haltande äktenskap. Huvudregeln i tysk rätt är, att statusfrågor hör under vederbörandes *lex patriae*. Avsteg från denna princip göres i vissa fall i skilsmässomål, i synnerhet genom reglerna om »Frauenscheidung», vilka gör

⁴¹ Detta argument återfinnes hos nästan alla de författare som här ansluter sig till *lex causae*-lösningen. Ur praxis se t.ex. KG 7.3.1938, presidenten i OLG Hamburg 5.8.1955, OLG Celle 26.6.1963 och BGH 12.2.1964 (A).

⁴² Se om denna tanke — »Schutz des deutschen Staatsangehörigen» — särskilt BGH 12.2.1964 (A) samt (kritiskt) Neuhaus 1965: 544 och Wengler 1964: 621 f, vilka framhåller att motsvarande grundsatser måste gälla när *båda* kontrahenterna är utländska medborgare.

⁴³ Ferid 1961: 401.

det möjligt för den tyska hustrun att erhålla skilsmässa från sin utländske make utan hänsyn till dennes lag. Men dessa regler, vilka såsom undantag bör tolkas restriktivt, syftar endast till att hjälpa den tyska hustrun att bli fri från ett äktenskap som eljest inte kunde upplösas. Hänsyn till egna medborgare får således här motivera en undantagsregel, som möjliggör uppkomsten av en haltande skilsmässa. Men dessa hänsyn är inte tillämpliga, när det gäller frågan om även den utländske medborgaren efter skilsmässan skall få ingå nytt gifte och därmed ge upphov till ytterligare ett haltande rättsförhållande.⁴⁴ Att medverka härtill vore en »falsk generositet».⁴⁵ Den i skilsmässomålet undantagsvis gjorda uppoffringen av intresset att undvika haltande rättsförhållanden bör strikt hållas inom de gränser som utstakas av de hänsyn som dikterat densamma. »Mit der hinkenden Scheidung ist es genug. Nur keine hinkende Ehe als Finale!»⁴⁶

c) *Kompromisståndpunkter*

I en del av doktrinen och i vissa rättsfall uppställes samma huvudregel som ovan under b) men anses densamma böra vidkännas olika undantag. Ibland nöjer man sig härvid med att hänvisa till ordre public-standardens; tillämpningen av den främmande rätten skulle i vissa hithörande fall — utan närmare precisering — kunna vara stridande mot »den Zweck eines deutschen Gesetzes» och därför inte böra äga rum.⁴⁷

Andra författare och rättsfall söker närmare precisera undantagen. Härvid kan skiljas mellan fyra olika ståndpunkter.

(1) Enligt en mening som första gången synes ha framförts av *Frankenstein* och som senare vunnit viss anslutning i doktrinen skulle skillnad göras mellan å ena sidan sådana fall, där grunden till hemlandets icke-erkännande av den tyska skillnadsdomen är, att

⁴⁴ Ett dylikt resonemang föres t.ex. av Beyer 1957: 36, Gamillscheg 1963: 24 f, Müller 889 och Süß 1949: 251.

⁴⁵ Ferid 1955: 63 (»falsche Grosszügigkeit»).

⁴⁶ Raape IPR 319 not 105.

⁴⁷ Så Marquardt 1963: 50 — vilken synbarligen med gillande även för tysk rätts del citerar det nedan vid not 139 nämnda schweiziska rättsfallet RegR Zürich 16.10.1952 — och Melchior 263. Se även rättsfallet RG 21.3.1912, ovan s. 425.

lex patriae överhuvud inte känner institutet skilsmässa i sin interna rätt (t.ex. italiensk och spansk rätt), å andra sidan övriga fall.⁴⁸

I förstnämnda fall kan hemlandets lag sägas tyst innehålla den regeln — hävdas det — att en frånskild make inte får ingå nytt äktenskap så länge andra maken är i livet.⁴⁹ Och en dylik regel måste enligt EG art. 13 I (eller Haagkonventionens art. 1) respekteras i Tyskland. Den bör ej heller stämplas som ordre public-stridig; inom ramen för Haagkonventionen är detta överhuvud inte möjligt.

Annorlunda ligger det till — menar man i den hithörande doktrinen — när hemlandet känner institutet skilsmässa i sin interna rätt och dess icke-erkännande in concreto av den beviljade skilsmässan beror på något annat skäl, t.ex. anspråk på exklusiv behörighet i skilsmässomål mellan egna medborgare. Här kan den ovan nämnda regeln om förbud mot omgifte för frånskilda inte inläsas i hemlandets lag; den som erhållit skilsmässa i det *egna* landet får också ingå nytt gifte. Den egentliga konflikten mellan den tyska och den främmande rätten gäller här avgränsningen av jurisdiktionskompetensen i skilsmässomål. Denna konflikt av processrättslig natur bör lösas till tysk rätts egen förmån och den främmande rättens icke-erkännande av den tyska domen lämnas obeaktat såsom stridande mot tysk ordre public.

Från rättspraxis kan i detta sammanhang nämnas ett fall,⁵⁰ där en turkisk medborgare efter tysk skilsmässodom ville ingå nytt äktenskap i Tyskland. Skilsmässodomen erkändes inte i Turkiet, som gjorde anspråk på exklusiv behörighet i skilsmässomål beträffande turkisk medborgare. Trots detta ansågs omgiftet böra tillåtas, med motivering att tillämpning av de turkiska reglerna skulle strida mot »den Zweck eines deutschen Gesetzes», nämligen mot den tyska skilsmässodomens »Rechtskraftswirkung». Det är dock osäkert om avgörandet bygger på den här aktuella distinktionen. Möjligen ansågs det *generellt* stridande mot tysk ordre public att vid omgifte ta hänsyn till hemlandets icke-erkännande av tysk skillnadsdom, alltså oavsett anledningen härtill.

Bortsett från detta fall synes den ifrågavarande distinktionen inte

⁴⁸ Frankenstein III 539. Så också Albers 1954: 50 f. Jfr även Wähler 1108 f.

⁴⁹ Detta påstående är i allmänhet oriktigt. Jfr nedan under VIII A 5 s. 504.

⁵⁰ LG Hannover 19.4.1961.

förenlig med tysk praxis.⁵¹ Såsom framgått under b), har omgifte vägrats även i flera fall där institutet skilsmässa förekommit i den främmande rätten och dess vägran att erkänna den tyska skillnadsdomen berott på andra skäl, t.ex. dess anspråk på exklusiv domsrätt beträffande egna medborgares skilsmässa. Även Bundesgerichtshofs avgöranden under 1960-talet synes förutsätta, att den främmande rättens icke-erkännande av den tyska domen generellt skall beaktas såsom hinder för omgifte.

(2) En annan kompromisståndpunkt har i doktrinen föreslagits av *Massfeller*.⁵² Enligt honom kan hemlandets icke-erkännande av den tyska skilsmässodomen inte *principiellt* anses utgöra något hinder för omgifte. Emellertid strandar detta praktiskt sett på att nupturienten inte kan förebringa något »Ehefähigkeitszeugnis» från hemlandet. Omgiften blir därför beroende av att de tyska myndigheterna meddelar befrielse från kravet på dylikt intyg. Av ändamåls-skäl — för att motverka uppkomsten av haltande äktenskap — bör huvudregeln vara, att sådan befrielse inte ges. Liksom de i det föregående berörda författarna menar *Massfeller* därför, att omgifte normalt inte kan komma till stånd.

Undantagsvis bör dock enligt *Massfeller* befrielse från kravet på »Ehefähigkeitszeugnis» meddelas. Hänsyn bör härvid tagas till samtliga omständigheter in casu. Av särskild betydelse bör vara sannolikheten för att den utländske medborgaren kommer att återvända till sitt hemland. Om man inte behöver räkna härmed, bör befrielse ges och omgiften därefter kunna äga rum.

Denna »individualiserande» ståndpunkt synes inte ha vunnit efterföljd i praxis. Befrielse från kravet på »Ehefähigkeitszeugnis» har vägrats utan hänsyn till utlänningens individuella förhållanden, t.ex. i ett fall där sökanden var en italiensk medborgare som sedan sin födelse så gott som oavbrutet uppehållit sig i Tyskland och sedan 25 år tillbaka var bosatt på samma ort i Tyskland och med säkerhet inte ämnade återvända till Italien.⁵³ Överhuvud är man i

⁵¹ Även i doktrinen tages i allmänhet avstånd från Frankensteins lära. Se t.ex. Beyer 1957: 36, Gamillscheg 1961: 73 f och 1963: 25, Marquardt 1963: 49 f samt Raape IPR 319 (not 105 p. 2 b).

⁵² *Massfeller* 1935: 829 f, 1938: 1260 f samt 1955: 191, 225 f. Jfr även Raape Kommentar 403 ff.

⁵³ OLG Karlsruhe 3.9.1962. — För kritik av *Massfellers* ståndpunkt i doktrinen se t.ex. Gamillscheg 1961: 73 och 1963: 25 samt Neumayer 1955: 71 f.

praxis beträffande befrielse från kravet på »Ehefähigkeitszeugnis» i regel obenägen att ge utrymme för skönmässiga bedömningar. Man ser saken så, att den primära frågan är om det föreligger något äktenskapshinder enligt hemlandets lag. Är så fallet, är det ej heller möjligt att ge befrielse från kravet på »Ehefähigkeitszeugnis». Föreligger det däremot inget äktenskapshinder enligt den främmande rätten, bör befrielse ges utan vidare.⁵⁴

(3) Ett undantag av helt annat slag har i doktrinen föreslagits av Raape.⁵⁵ Enligt honom bör omgifte tillåtas, ehuru den tyska skilsmässodomen inte erkännes i hemlandet, om nupturienten är en utländsk kvinna, som efter skilsmässodomen fött barn till vilka mannen i det tillämnade nya äktenskapet är fader och vilka skulle legitimeras genom detta äktenskap. Räckvidden av detta undantag begränsas dock av Raape till fall där det inte är möjligt att få till stånd en ny skilsmässa i hemlandet (eller som kan erkännas i detta land), t.ex. emedan institutet skilsmässa är okänt i hemlandets rätt.

Detta undantag är uppenbarligen inspirerat av rena billighetssynpunkter (»so scheint es mir gerecht»), närmare bestämt den av Raape även i andra sammanhang betonade strävan till favor legitimitatis.⁵⁶ Något direkt stöd för undantaget finns inte i praxis, och det synes mycket tvivelaktigt om det låter sig förenas med Bundesgerichtshofs avgöranden under 1960-talet. Nämnas må att omgifte i praxis *inte* tillåtits i fall där det nya äktenskapet väl skulle medfört legitimation av kontrahenternas barn men där det varit möjligt att erhålla ny skilsmässa i kvinnans hemland.⁵⁷

(4) En fjärde undantagsregel har lancerats i ett avgörande från nyare rättspraxis.⁵⁸ Liksom i de under b) omtalade fallen ur Bundesgerichtshofs praxis var det här fråga om giftermål mellan en frånskild tysk medborgare och en (katolsk) spansk medborgare och var

⁵⁴ Se särskilt rättsfallet KG 14.9.1961 samt i doktrinen t.ex. Beyer 1957:32 ff. — För en översikt av de olika ståndpunkterna beträffande befrielse från »Ehefähigkeitszeugnis» se Dieckmann 99.

⁵⁵ Raape 1958: 284.

⁵⁶ Jfr Raapes ståndpunkt i äktabördsfall ovan kap. XI s. 351 f och 356.

⁵⁷ Se presidenten i OLG Hamburg 27.9.1963 (beträffande svensk medborgare) ävensom OLG München 17.12.1962. Jfr dock även de av Peters 1963: 17 lämnade upplysningarna om viss praxis i hithörande fall.

⁵⁸ OLG Karlsruhe 17.3.1964.

enligt spansk rätt den tyske kontrahentens föregående äktenskap (giltigt och) alltjämt bestående. Emellertid hade i detta fall den spanska kontrahenten (hustrun) förklarat sig beredd att vid vigseln avge förklaring att hon önskade förvärva tyskt medborgarskap (dylik förklaring medför enligt den tyska lagstiftningen förvärv av tyskt medborgarskap). Med hänsyn till detta förhållande ansågs befrielse från kravet på »Ehefähigkeitszeugnis» kunna meddelas, under villkor att sådan förklaring verkligen avgåves i samband med vigseln. Ty i och med att kvinnan bleve tysk medborgare, funnes det ej längre skäl att ta hänsyn till spansk rätt.

Även beträffande detta undantag — vilket enligt domstolens mening ej stode i oförenlig motsättning till Bundesgerichtshofs praxis — torde dock få sägas, att det förefaller mycket osäkert om det skulle stå sig vid prövning i högsta instans.⁵⁹

d) *Lex fori-lösning*

Enligt en minoritet av författare, i nyare doktrin främst *Kegel*, bör det tidigare äktenskapet aldrig utgöra hinder för omgifte, när det upplösts genom tysk skilsmässodom.⁶⁰ Denna uppfattning, som innefattar en *lex fori-lösning* på Vorfrage-problemet, har också då och då kommit till uttryck i rättspraxis under tiden före Bundesgerichtshofs principiella ställningstagande i motsatt riktning år 1964.⁶¹

⁵⁹ Kritik av rättsfallet hos Neuhaus 1964: 610 not 4 och R. Lüderitz 288. Se numera också BGH 14.7.1966, som — efter att ha förelagts frågan för avgörande genom s.k. Vorlagebeschluss av OLG Bremen 7.4.1966 — underkände OLG Stuttgarts ståndpunkt och ansåg omgifte böra vägras även i den i texten berörda situationen.

⁶⁰ Så Balogh 577, 580, Blanke 93, Brandis 162 f, Dehner 2201 f, Ficker 1965: 311 ff, Fischer 1323 f, Guggumos 1954: 3 ff och 1964: 54 f, Kegel IPR 263, Kommentar 726 (Bem. 18) och 1960: 204, Kegel-Lüderitz 57 ff, Letzgas 297 f, R. Lüderitz 287 f, Marquardt i Erman Anm. 5 c) och 6 b) till EG art. 13, Nussbaum IPR 134, 163, Rabel I 517 f, Reichel 200 ff, Stöcker 459, Wieruszowski 1932: 77 (not 479; jfr dock 76 not 472) och Zitelmann 760.

⁶¹ Se från äldre tid RG 22.4.1884 (alltså före tillkomsten av EG), KG 13.3.1911 (vars ståndpunkt dock synes ha underkänts av RG 21.3.1912, se ovan vid not 15) och LG Nürnberg 17.7.1915 samt från senare tid det ovan vid not 50 nämnda fallet LG Hannover 19.4.1961 ävensom OLG Stuttgart 12.11.1962 och OLG Braunschweig 10.10.1963 (båda beträffande spansk medborgare som ville ingå äktenskap med fränksild tysk medborgare) samt OLG Stuttgart 5.2.1963 (beträffande fränksild argentinsk medborgare). Se också upplysningar om praxis vid befrielse från kravet på »Ehefähigkeitszeugnis» i SA 1962: 24 och hos Peters 1963: 17.

Av särskilt intresse är att ifrågavarande ståndpunkt intagits av den inom Deutscher Rat für internationales Privatrecht verksamma Eherechtskommission, vilken år 1959 framlagt ett förslag till reform av hela den tyska internationella äktenskapsrätten.⁶² I detta förslag, där principen om tillämpning av kontrahenternas lex (leges) patriae beträffande förutsättningarna för äktenskaps ingående i övrigt bibehållas orubbad, upptages angående det här aktuella problemet följande bestämmelse:⁶³

Hat ein deutsches Gericht durch rechtskräftiges Urteil eine Ehe für nichtig erklärt, aufgehoben oder geschieden oder festgestellt, dass eine Ehe nicht besteht, so steht diese Ehe einer erneuten Eheschliessung auch dann nicht entgegen, wenn das Urteil in einem ausländischen Staat nicht anerkannt wird. — — —.

I denna del har förslaget — vilket i övrigt ännu inte lett till lagstiftningsåtgärder — ordagrant upptagits i en motion om ändring och tillägg till EG art. 13, som år 1965 väckts i Bundestag.⁶⁴ Motionen, vilken torde böra ses som en reaktion mot den praxis som kulminerade i Bundesgerichtshofs förut nämnda avgöranden år 1964, har ännu inte behandlats av Bundestag. Även om förslaget skulle komma att upphöjas till lag (vilket är tveivelaktigt), är det emellertid möjligt att den under b) skildrade praxis alltjämt kommer att ha kvar en viss aktualitet, nämligen i förhållande till de stater som är anslutna till Haagkonventionen.⁶⁵

Hur *motiveras* nu de ställningstaganden i doktrin och praxis som går ut på att omgifet skall tillåtas, ehuru hemlandet inte erkänner den tyska skillnadsdomen?

Till en början framhålles ofta gentemot lex causae-lösningens förespråkare, att äktenskapshindret enligt den främmande rätten i hithörande fall inte består i att den främmande rätten, överhuvud eller för vissa fall, förbjuder omgifte efter skilsmässa.⁶⁶ Ett dylikt förbud, vilket finnes eller har funnits i åtskilliga rättsordningar,⁶⁷

⁶² Beträffande rådets och kommissionens ställning och verksamhet samt om det ifrågavarande reformförslaget överhuvud se t.ex. Neuhaus 1962: 415 ff.

⁶³ Se det ifrågavarande förslaget under rubriken Eheschliessung I § A (2) samt. beträffande motiveringen, s. 12 f (jfr även s. 51 samt 71 ff).

⁶⁴ Deutscher Bundestag, 4. Wahlperiode, Drucksache IV/3088. Se härom t.ex. Jayme SA 1965: 145 ff. Motionen har sedermera förnyats för 5:e valperioden, se SA 1966: 156.

⁶⁵ Jfr härom Böhmer 206 samt Jayme l.c.

⁶⁶ Se t.ex. Dehner 2201 f, Dieckmann 103, Kegel-Lüderitz 57 (med not 8) och 59.

⁶⁷ Jfr Dehner 2202, som omnämner sådana förbud i schweizisk rätt (ZGB

skulle — därom synes enighet råda — i och för sig respekteras i Tyskland på grund av EG art. 13 I. Men i hithörande fall innehåller den främmande rätten inte någon annan regel än den, att ett bestående äktenskap utgör hinder för omgifte. Hindret för det nya äktenskapet beror uteslutande på att den främmande rätten inte erkänner den tyska skillnadsdomen. Men denna den främmande rättens uppfattning måste träda tillbaka för tysk rätts egen uppfattning, enligt vilken domen har vunnit rättskraft.

Rättskraftsregeln är — tillägges det ofta — av processrättslig natur och måste, då processrättsliga frågor lyder under *lex fori*, redan av detta skäl lända till efterrättelse. För tillämpning av internationellt-*privaträttsliga* regler och av främmande materiell rätt finns det här överhuvud inget utrymme (»Eigenständigkeit des internationalen Verfahrensrechts«).⁶⁸ En dylik tillämpning skulle vara i strid med »den Zweck eines deutschen Gesetzes«.

I den hithörande doktrinen och praxis är man klar över att det nya äktenskapet blir haltande. Emellertid framhålles att riskerna för bigamiåtal och andra med det haltande äktenskapet förenade olägenheter inte alltid är så stora och inte alls uppkommer så länge makarna förblir i Tyskland. Det bör vara den utländske medborgarens sak, om han vill ingå äktenskapet trots de risker som föreligger vid ett återvändande till hemlandet.

I alla händelser är ett haltande äktenskap enligt den här aktuella doktrinen och praxis ett mindre ont än att ålägga den frånskilde maken ett »tvångs celibat«.⁶⁹ Något dylikt vore mycket stötande eller rentav »absurt» (Rabel) och skulle inte kunna accepteras av rättsmedvetandet:⁷⁰ »Weder die Beteiligten noch die öffentliche Meinung werden es verstehen, wenn der Standesbeamte sich in Widerspruch zu einem deutschen Urteil setzt, um den Widerspruch zu der Auf-

art. 150), i turkisk rätt, i den äldre österrikiska rätten samt i flera amerikanska rättssystem. Jfr även det ovan vid not 36 omnämnda förbudet i grekisk rätt mot omgifte efter tre tidigare äktenskap.

⁶⁸ Se om denna synpunkt, vilken flerstädes kommit till uttryck i förenämnda förslag till reform av den tyska internationella äktenskapsrätten, t.ex. Vorschläge 8, Dehner 2202, Kegel 1960: 203 f och Kegel-Lüderitz 57 ff. Kritiskt härom Marquardt Certificat 41.

⁶⁹ Detta uttryck är präglat av Wolff IPR 212.

⁷⁰ Se om hithörande synpunkter t.ex. Ficker 1965: 313, Guggemos 1954: 4 f och 1964: 54 f samt Kegel-Lüderitz 59 f.

fassung eines ausländischen Staates zu vermeiden.»⁷¹ Enligt somliga författare skulle vägran att tillåta omgifte även vara i strid med vissa — mycket allmänt hållna — bestämmelser i den tyska grundlagen.⁷²

Såsom särskilt stötande pekas på det förhållandet, att frånskilda makar, av vilka den ene är tysk medborgare och den andre utlänning, skulle komma att ställas olika med avseende på rätten till omgifte. Hindret mot omgifte skulle drabba endast den sistnämnde, medan den tyske medborgaren, vid vars giftermål främmande rätt inte kommer i betraktande, vore fri att ingå nytt äktenskap.⁷³

Vidare har framhållits att hindret mot omgifte ofta inte kan antas hindra kontrahenternas faktiska förbindelse.⁷⁴ »Die Macht der Tatsachen» är starkare än rättsliga bud. Alternativet till det haltande äktenskapet blir m.a.o. ofta »eine wilde Ehe», en förbindelse som inte i något land utgör ett giltigt äktenskap. I denna valsituation måste det haltande, åtminstone i Tyskland giltiga äktenskapet föredras.

Utifrån den uppfattning, för vilken här redogjorts, vållar heller inte kravet på »Ehefähigkeitszeugnis» några svårigheter. Visserligen kan detta krav inte uppfyllas i hithörande fall, eftersom hemlandet anser äktenskapshinder föreligga. Men befrielse från nämnda krav kan och bör ges. Att denna utväg tages i anspråk, innebär inget avsteg från principen att befrielsen inte får utgöra en dispens från äktenskapshinder i den tillämpliga rätten. Fastmera är ju *utgångspunkten*, att den främmande rätten inte skall respekteras i just ifrågavarande del. Befrielsen från kravet på »Ehefähigkeitszeugnis» blir blott ett nödvändigt komplement till denna uppfattning, för att densamma skall kunna praktiskt realiserars.

I enlighet härmed upptages också i det förut nämnda förslaget till reform av den tyska internationella äktenskapsrätten ett särskilt

⁷¹ Vorschläge 12.

⁷² Så Blanke 93, Fischer 1323 f, Guggemos 1964: 55, Stöcker 456 ff; jfr även Dieckmann 106 ff och Wengler 1964: 622 f. Contra: Gamillscheg 1963: 24 och 1965: 333 ff, Henrich 1964: 2016 samt ur praxis OLG München 17.12.1962 och BGH 12.2.1964 (A). De bestämmelser det rör sig om är närmast GG art. 2, 4 och 6. Enligt uppgift av Gamillscheg 1965: 333 kommer frågan att underställas författningsdomstolens (Bundesverfassungsgerichts) prövning.

⁷³ Jfr t.ex. Dehner 2201, som betecknar detta resultat som groteskt.

⁷⁴ Så Ficker 1965: 313, Guggemos 1964: 54 f och Kegel-Lüderitz 60.

stadgande av innehåll att befrielse från kravet på »Ehefähigkeitszeugnis» inte får vägras enbart av den anledningen, att den främmande staten inte erkänner den tyska skilsmässodomen, ogiltighetsdomen etc. (d.v.s. där detta är det enda skälet till att den främmande staten inte utställer intyget).⁷⁵

2. *Det nya äktenskapet har redan ingåtts; är det giltigt?*

Ehuru omgifte enligt härskande lära inte får komma till stånd i Tyskland, om den tyska skilsmässodomen inte erkännes i nupturientens hemland, förekommer det ibland att så ändå sker, t.ex. på grund av bristande kännedom hos vigselmyndigheterna om sagda regel. Vidare kan det hända, att nytt äktenskap ingås utomlands, i ett land som erkänner den tyska skillnadsdomen och som inte fäster avseende vid hemlandets motsatta inställning. I båda fallen kan fråga uppkomma för tysk domstol om det nya äktenskapets giltighet.

I den mån denna fråga behandlats i *doktrinen*, synes flertalet författare mena att det nya äktenskapet bör hållas för giltigt och att en talan om ogiltigförklaring av detsamma bör lämnas utan bifall.⁷⁶ Denna ståndpunkt är naturlig och följdriktig för den minoritet av författare som menar att omgifte bör tillåtas i Tyskland efter den tyska skilsmässodomen. Samma mening hävdas emellertid också av en del författare som anser hinder för nytt äktenskaps ingående i Tyskland föreligga. Hindret tillägges m.a.o. inte upplösande verkan utan betraktas av dessa författare blott som ett impedimentum impediens. Det nya äktenskapets ingående anses härvid konstituera ett fait accompli, som inte bör rivs upp och vars rättsenlighet i fortsättningen bör erkännas. Tillämpningen av de regler i den främmande rätten, enligt vilka den tyska skilsmässodomen inte erkännes, stämplas i detta sammanhang — ehuru inte vid äktenskaps ingående

⁷⁵ Vorschläge under rubriken Eheschliessung IV samt s. 17 f.

⁷⁶ Se förutom de ovan i not 60 citerade författarna — enligt vilka även omgifte i Tyskland bör tillåtas — Albers 1952: 51 och 1954: 172, Gamillscheg 1961: 72 f, Lauterbach 1955: 27 not 23 och i Palandt Anm. 2 (i.f.) till EheG § 5, Marquardt 1963: 46 (ej fullt klart uttalande), Massfeller 1935: 829, 1938: 1260 och 1955: 225 samt Raape IPR 318 f not 105, Kommentar 376, 404 f och 1958: 282. — A.m. synbarligen Wengler 1957: 57 och Wolff 1933: 418 f (det nya äktenskapet är »nichtig«).

— som ordre public-stridig. Detta kan synas inkonsekvent, men som Raape säger: »beim ordre public ist die Konsequenz das Letzte».⁷⁷

Den ståndpunkt som sålunda dominerar i doktrinen har också kommit till uttryck i *rättspraxis*. Veterligen finns det inte något fall där det nya äktenskapet förklarats ogiltigt på grund av hemlandets icke-erkännande av en tysk skilsmässodom. Däremot finns det några fall där det nya äktenskapet i denna situation ansetts böra hållas för giltigt i Tyskland.

Ett sådant fall, ett Reichsgericht-avgörande från 1912, har refererats ovan under 1 b) s. 425 f. I detta fall var omständigheterna dock, såsom påpekats, speciella (övergång från äldre till nyare rätt) och ansågs på grund därav även det nya äktenskapets *ingående* tillåtet.

I ett senare fall, ett Kammergericht-avgörande från 1937,⁷⁸ hade en polsk medborgare efter tysk skilsmässodom ingått nytt äktenskap i Tyskland. I målet yrkades ogiltigförklaring av detta äktenskap, enär skilsmässodomen inte erkändes enligt polsk rätt. Kammergericht fastslog uttryckligen, att den tyska vigselmyndigheten i detta läge inte bort medverka till slutandet av det nya äktenskapet. När så ändå skett, kunde det nya äktenskapet emellertid inte förklaras ogiltigt. En tysk domstol kunde nämligen inte frånkänna en av annan tysk domstol meddelad skilsmässodom dess rättskraftsverkan.

Enahanda utgång blev det i ett senare likartat fall, ett Landgericht-avgörande från 1948.⁷⁹ Här var det den tyska hustrun som tidigare varit gift och vars äktenskap upplösts av tysk domstol. Domen erkändes inte enligt polsk rätt, mannens *lex patriae*. Trots detta ogillades talan om ogiltigförklaring av det nya äktenskapet.

Tendensen i rättspraxis är alltså densamma som i doktrinen: det nya äktenskapet hålles för giltigt, även om det rätteligen ej bort få ingås. Troligen kan Bundesgerichtshofs förenämnda avgöranden från 1960-talet (ovan under 1 b) s. 429), inte anses ha medfört någon ändring härutinnan; i dessa fall var det endast fråga om nytt äktenskaps ingående.

⁷⁷ Raape IPR 318 not 105.

⁷⁸ KG 7.3.1938.

⁷⁹ LG München 6.2.1948 (om detta fall se också nedan i § 3 vid not 264). Jfr i detta sammanhang även OLG Breslau 8.11.1940 (likaså beträffande polska medborgare).

C. FALL DÄR DET FÖRELIGGER EN UTLÄNDSK SKILSMÄSSODOM SOM ERKÄNNES I TYSKLAND MEN INTE I HEMLANDET

1. Under vissa omständigheter kan det hända, att en utländsk skilsmässodom, vilken meddelats i annat land än den frånskildes hemland vid tidpunkten för det ifrågasatta omgiftet, inte erkännes i detta land men likväl uppfyller tysk rätts förutsättningar för erkännande.⁸⁰ Särskilt kan detta förekomma, om det är den frånskilda *hustrun* som vill ingå nytt gifte.⁸¹

Även om förutsättningarna i tysk rätt för erkännande av den utländska skilsmässodomen är uppfyllda, kan domen — om den, såsom här måste förutsättas, emanerar från annat land än de frånskildas gemensamma hemland — få verkan i Tyskland först efter fastställelse av tysk Landesjustizverwaltung att ifrågavarande förutsättningar föreligger.⁸² Dylig fastställelse, vilken erfordras ej blott för omgifte utan överhuvud för att den utländska domen skall kunna läggas till grund för de tyska myndigheternas handlande, är å andra sidan bindande för andra tyska myndigheter. Dessa skall alltså inte själva behöva inlåta sig på en prövning av den utländska domen.

2. Trots det nu sagda äger en utländsk medborgare enligt i den tyska doktrinen härskande lära inte ingå nytt äktenskap i Tyskland, om skilsmässodomen inte erkännes i hans hemland.⁸³ Det hjälper

⁸⁰ Dessa förutsättningar framgår huvudsakligen av ZPO § 328, vilket lagrum avser utländska domar överhuvud. Se om dess tillämplighet vid utländska skilsmässodomar t.ex. Riezler 1955: 571 ff samt Kegel Kommentar 805 ff.

⁸¹ Enligt övervägande mening i tysk doktrin och praxis måste en i tredje land meddelad skilsmässodom nämligen erkännas i *mannens* hemland för att kunna erkännas i Tyskland. Se t.ex. Raape IPR 314 samt OLG München 25.2.1963 och 2.4.1964 (A och B). Även utifrån denna uppfattning — vilken f.ö. inte är obestrid, se Kegel IPR 300 och Kommentar 806 f (Bem. 73) — kan det i texten förutsatta fallet dock tänkas inträffa, om mannen växlat nationalitet mellan skilsmässan och det ifrågasatta omgiftet.

⁸² Reglerna härom infördes år 1941 — tidigare fick varje tysk myndighet självständigt avgöra, hur den skulle ställa sig till den utländska domen — och återfinnes numera (sedan 1961) i FamRÄndG Art. 7 § 1. Se härtill Kegel IPR 274.

⁸³ Så uttryckligen Böhmer 203 f, Frankenstein III 100, Jost 298, Lauterbach 1955: 27 och i Palandt Anm. 6 b) cc) till EG art. 17, Lewald IPR 129, Neuhaus Grundbegriffe 241, Rabel I 519, Riezler 1955: 575, Stein-Jonas Anm. VIII F 2 vid ZPO § 328, Süß 1949: 251 f samt Wengler 1934: 225, 1961: 415 och JR 1963: 44

så tillvida inte, att ett fastställelsebeslut föreligger om domens erkännande i Tyskland, lika litet som en *tysk* skilsmässodom utan vidare banar väg för omgifte i Tyskland, jfr ovan under B 1 b) s. 424 ff. Här är alltså ett fall där de tyska myndigheter, på vilka det ankommer att företa hindersprövningen vid äktenskapets ingående, på egen hand får ta ställning till den utländska skilsmässodomen, nämligen såvitt angår dess erkännande i nupturientens hemland.

Annorlunda bedöms detta fall av de författare som anser omgifte möjligt efter tysk skilsmässodom, vilken inte erkännes i nupturientens hemland, jfr ovan under B 1 d) s. 438 ff. Åtminstone flertalet av dessa författare torde mena, att detsamma skall gälla även efter en utländsk skilsmässodom, beträffande vilken fastställelsebeslut om erkännande i Tyskland föreligger.⁸⁴

Något publicerat fall ur rättspraxis där frågan ställts på sin spets synes inte föreligga.⁸⁵ Säkert är emellertid den praxis, däribland Bundesgerichtshofs avgöranden från år 1964, enligt vilken omgifte vägrats efter tysk skilsmässodom, vilken inte erkänts i hemlandet, tillämplig a fortiori efter utländsk skilsmässodom.

Däremot torde omgifte kunna äga rum i Tyskland, om det förut berörda förslaget till ändring av EG art. 13 (se ovan under B 1 d) s. 439) blir upphöjt till lag. I detta förslag talas det visserligen endast om tyska skilsmässodomar etc. I motiven till förslaget förutsättes emellertid detsamma skola gälla vid utländsk skilsmässodom etc., vilken enligt tysk rätts IP-regler skall erkännas. Anledningen till att uttrycklig bestämmelse härom ej upptagits i förslaget förklaras blott vara, att dessa fall är av mindre vikt.⁸⁶

3. Oavsett inställningen till den under 2 dryftade frågan synes man i doktrinen benägen att, om det nya äktenskapet redan blivit ingånget — måhända utomlands — anse detsamma giltigt. Även i not 26 a. Med all säkerhet intages samma ståndpunkt även av övriga ovan i noterna 12 och 14 citerade författare.

⁸⁴ Så uttryckligen Kegel 1960: 204 och Kommentar 726 (Bem. 18) samt Letzgas 298. Se vidare ovan not 60. Av de där citerade författarna synes dock Rabel inta annan ståndpunkt beträffande här aktuella fall, se föregående not samt ovan kap. IV s. 124.

⁸⁵ Se dock Bosch 47 f i anslutning till ett fall ur praktiken samt OLG München 25.2.1963, vars domskäl (p. 3) är i linje med vad som säges i texten.

⁸⁶ Vorschläge 13. Jfr även Kegel 1960: 204.

detta hänseende är tendensen således densamma som efter tysk skilsmässodom, jfr ovan under B 2 s. 442 f.

D. FALL DÄR DET FÖRELIGGER EN UTLÄNDSK SKILSMÄSSODOM SOM MEDDELATS I NUPTURIENTENS HEMLAND ELLER ERKÄNNES I DETTA LAND MEN SOM INTE ERKÄNNES I TYSKLAND

1. *Det nya äktenskapet skall ingås i Tyskland*

I den tyska *doktrinen* råder tämligen stor enighet om att omgifte inte kan äga rum i Tyskland, om den utländska skilsmässodomen inte uppfyller de i tysk rätt (ZPO § 328) stadgade förutsättningarna för erkännande.⁸⁷ Det hjälper alltså inte att domen meddelats i eller erkännes i den utländske nupturientens hemland. Denna ståndpunkt — innefattande en *lex fori*-lösning på Vorfrage-problemet — delas även av flertalet av de författare som i de under B och C ovan behandlade fallen anser hemlandets inställning till skilsmässodomen relevant.

Vid detta ställningstagande hänvisas ofta till den förut (ovan under C 1) berörda regeln, enligt vilken utländska skilsmässodomar kan få verkan i Tyskland först efter särskilt fastställelsebeslut av vederbörande Landesjustizverwaltung.⁸⁸ Häri ligger bl.a., menar man, att omgifte inte kan få ske i Tyskland utan att dylikt fastställelsebeslut utverkats. Och detta är inte möjligt, med mindre de i ZPO § 328 uppställda förutsättningarna är uppfyllda.

I viss tysk doktrin har dock häremot invänts, att erkännandet av den utländska skilsmässodomen i Tyskland och fastställelsen härav blott skulle hänföra sig till domens »Rechtskraft», inte till dess olika »Gestaltungswirkungen», till vilka rätten till omgifte räknas.⁸⁹ Frågan härom skulle i

⁸⁷ Se t.ex. Albers 1954: 171, Dehner 2202, Frankenstein III 578, Jost 298, Kegel IPR 263 f, Kommentar 726 (Bem. 19) och 1960: 204, Lauterbach i Palandt Anm. 5 a) till EG art. 13, Marquardt i Erman Anm. 5 c) och 6 b) till EG art. 13, Raape IPR 312 f och Kommentar 417 f, Wengler 1934: 215 och 1964: 622 not 8, Wolff 1933: 419 och Zitelmann 772 f. Så utan tvivel även övriga i not 60 citerade författare. Jfr i detta hänseende även Haagkonventionens art. 2 III och härtill Jayme NJW 1965: 18.

⁸⁸ Se t.ex. Albers 1954: 171, Dehner 2202, Jost 298.

⁸⁹ Så Marquardt Certificat 37 ff och 1963: 47, Neumayer 1955: 80, Riezler 1955: 570 f, Stein-Jonas Anm. VIII F 2 vid ZPO § 328 samt Süß 1949: 252 not 44 och 257 not 55.

stället höra allenast under EG art. 13 I och därav utpekad rättsordning. Enligt denna mening skall omgifte kunna äga rum i Tyskland utan hinder av att fastställelsebeslut om erkännande saknas och ej kan erhållas; det enda relevanta är att domen erkännes i nupturientens hemland. — Här rör det sig om samma distinktion som omtalats beträffande omgifte efter *tysk* skilsmässodóm, se ovan under B 1 b) s. 431.

Även oberoende av kravet på fastställelsebeslut — vilket infördes i den tyska lagstiftningen först 1941 — har det emellertid i doktrinen ansetts, att omgifte inte bör tillåtas, om den utländska skilsmässodómen inte uppfyller tysk rätts förutsättningar för erkännande. Härvid har hänvisats till att det nya äktenskapet skulle komma i konflikt med den tyska rättens monogamiprincip, i det att *båda* de av den utländske medborgaren ingångna äktenskapen från tysk rätts synpunkt skulle bli att anse som (samtidigt) giltiga och bestående. En dylik motsägelse skulle inte kunna tolereras.⁹⁰

Några publicerade fall från *rättspraxis* beträffande denna situation tycks inte föreligga. Hänvisas kan dock till de nedan under E omtalade fallen beträffande omgifte efter s.k. »Privatscheidung» i Tyskland, en analog situation. Utgången i dessa fall är helt i linje med den i doktrinen hävdade meningen. Säkerligen skulle bedömningen bli densamma i här aktuella fall.

Att märka är f.ö. att i de allra flesta fall andra kontrahenten i det tillämnade nya äktenskapet är *tysk* medborgare. För dennes del är tysk rätt *lex causae* beträffande äktenskapet. Och enligt tysk rätt har bigamiförbudet tvåsidig karaktär: det är ej blott förbjudet för en redan gift tysk medborgare att ingå nytt äktenskap utan även för en icke tidigare gift tysk att ingå äktenskap med en redan gift utlänning. I denna del är frågan om det tidigare äktenskapets bestånd under alla omständigheter att avgöra utifrån tysk rätts egna IP-regler; tysk rätt är, såvitt den tyske kontrahenten angår, såväl *lex fori* som *lex causae*. Redan av detta skäl måste omgiftet stranda.⁹¹

⁹⁰ Se särskilt Wengler 1934: 215.

⁹¹ Så Albers 1954: 173 och Neuhaus Grundbegriffe 101.

2. *Det nya äktenskapet har redan ingåtts; är det giltigt?*

Ehuru skilsmässodomen inte erkännes i Tyskland och omgifte därför inte kan komma till stånd i detta land, är det naturligtvis möjligt att nytt äktenskap ingås utomlands, t.ex. i vederbörandes hemland. Hur skall tyska domstolar ställa sig, om de får att ta ställning till det nya äktenskapets giltighet?

Denna fråga aktualiserades första gången i ett Kammergericht-fall från 1925,⁹² som väckt stor uppmärksamhet i doktrinen:

Makarna i det första äktenskapet var tyska medborgare. M, som utvandrat till USA, hade år 1903 utverkat en skilsmässodوم vid domstol i Milwaukee (Wisconsin). År 1907 hade han förvärvat amerikanskt och förlorat sitt tyska medborgarskap. Ett par år senare hade han i USA ingått nytt äktenskap.

Den tyska hustrun i det första äktenskapet — som inte deltagit i den amerikanska skilsmässorättegången — yrkade nu för sin del skilsmässa vid tysk domstol. Fråga uppkom då om hennes äktenskap från tysk rätts synpunkt alltjämt ägde bestånd.

Härutinnan befanns till en början, att den amerikanska skillnadsdomen av olika skäl inte kunde erkännas i Tyskland. Härmed kunde enligt domstolens mening saken dock inte anses klar. Av betydelse vore, att M sedan mer än 15 år levde i ett andra äktenskap, beträffande vilket anledning saknades till annat antagande än att det enligt amerikansk rätt var fullt giltigt. På grund härav måste även en tysk domstol inta denna ståndpunkt; ty giltighetsfrågan skulle, då M vid tiden för det nya äktenskapets ingående varit amerikansk medborgare, *bedömas utslutande enligt amerikansk rätt*. Med hänsyn härtill och då det inte vore möjligt att betrakta båda M:s äktenskap såsom bestående vid sidan av varandra, finge det anses att det första äktenskapet trots icke-erkännandet av den amerikanska skillnadsdomen även för tysk rätts vidkommande blivit upplöst.

På grund härav kunde H:s yrkande om ny skilsmässa inte bifallas.

Tydligt är att den främmande (amerikanska) rättens tillämplighet beträffande mannens nya äktenskap ansågs innefatta jämväl frågan om skilsmässans giltighet; Vorfrage-problemet löstes enligt *lex causae*-metoden. Ehuru skilsmässodomen inte kunde erkännas enligt tysk rätts IP-regler, skulle det nya äktenskapet därför hållas för giltigt även i Tyskland, då skilsmässan var giltig enligt den främmande rätten.

Säkert torde vara, såsom också framhållits i doktrinens kommentarer till rättsfallet, att denna bedömning influerats av hänsyn till

⁹² KG 13.1.1925.

»die Macht der Tatsachen».⁹³ Att anse mannens nya äktenskap, vilket slutits under främmande rätts hägn och saknade all anknytning till tysk rätt, ogiltigt skulle tydligen enligt domstolens mening blivit ett slag i luften och stått i alltför skarp konflikt med de sociala realiteterna. Bättre då — synes domstolen ha ansett — att ge reglerna en sådan tolkning, att de kom att överensstämma med dessa realiteter. Detta uppnåddes genom *lex causae*-lösningen på Vorfrageproblemet. Med all tydlighet framträder här skillnaden gentemot läget vid äktenskaps ingående: uppenbart är att mannen inte hade kunnat ingå det nya äktenskapet i Tyskland.

Mycket intressant är att domstolen som en konsekvens av sitt nämnda ställningstagande fann det nödvändigt, tydligen för att inte komma i konflikt med monogamiprincipen, att anse det föregående äktenskapet upplöst (i alla hänseenden, ej endast såvitt angick det nya äktenskapets giltighet). Detta tillvägagångssätt är motsatt det ordinära: från det nya äktenskapets giltighet slöt man sig till att det tidigare äktenskapet inte längre kunde äga bestånd. Upplösningen av detta äktenskap hade dock inte kommit till stånd genom den amerikanska skillnadsdomen — ty denna kunde ju en gång för alla inte erkännas i Tyskland — utan först genom omgifftet. Härigenom infördes ett för den tyska lagstiftningen okänt sätt för äktenskaps upplösning. I denna del har *Wolff* på grundval av rättsfallet formulerat följande regel, till komplement av tysk rätts vanliga regler om erkännande av utländska skilsmässor:⁹⁴

Eine Ehe wird nach deutschem Recht dadurch aufgelöst, dass einer der Gatten sich in einer Weise verheiratet, die in Deutschland als gültige Eheschliessung anerkannt wird.

Det ifrågavarande rättsfallet har i doktrinen kommenterats av en rad författare. En del av dessa gillar domstolens förfaringssätt och betecknar det som präglat av mod och realism.⁹⁵ Flertalet författare synes dock mena, att domstolen varit alltför djärv.⁹⁶ Enligt

⁹³ Jfr Melchior 414 och Wengler 1934: 225 f.

⁹⁴ Wolff IPR 212. Jfr härtill Neumayer 1955: 81 not 32 samt Wengler 1934: 228 not 1 och 1961: 416.

⁹⁵ Så Frankenstein III 578 ff, Gamillscheg 1961: 76 f, Melchior 414, Neumayer 1955: 80 f, Wengler 1934: 225 ff, 1951: 28 och 1961: 414 f (jfr även Wenglers kritik i J 1963: 502 f av rättsfallet BGH 29.4.1959) och Wolff IPR 212 (annorlunda Wolff 1933: 419). Se också Marquardt 1963: 49 och Riezler 1955: 575 f.

⁹⁶ Så Balogh 577 f, 580, Ferid 1956: 221 f, Kegel IPR 263 f och Kommentar 726

dessa författare hade domstolen vid sin prövning av det föregående äktenskapets bestånd bort hålla sig till tysk rätts egna regler om erkännande av utländska skilsmässodomar i ZPO § 328, m.a.o. valt en lex fori-lösning på Vorfrage-problemet. Det av domstolen tillämpade förfaringssättet betecknas dels som betänkligt från dogmatiska synpunkter, dels som obilligt för den tyska hustrun, som genom mannens omgifte, utan någon sin egen åtgärd, skulle gå miste om sina på äktenskapet grundade rättigheter. »So kann eine deutsche Frau ihren Mann, ihre Unterhalts- und ihre Erbensprüche verlieren!»⁹⁷

Ett senare rättsfall av intresse är ett Reichsgericht-avgörande från Anschluss-tiden,⁹⁸ vilket avsåg det österrikiska rättsområdet men där de relevanta kollisionsnormerna, såvitt här är i fråga, hade samma innehåll som i tysk rätt:

Österrikiska medborgare, båda katoliker, hade år 1898 ingått äktenskap i Österrike. I avsikt att få till stånd skilsmässa i detta äktenskap — vilket inte var möjligt i Österrike — och för att ingå nytt äktenskap hade såväl M som hans tilltänkta nya hustru låtit adoptera sig i Ungern, varigenom de förvärvat ungerskt medborgarskap.⁹⁹ Därefter, år 1912, hade skilsmässodom utverkats i Ungern och hade det nya äktenskapet ingåtts därstädes. Sedan M avlidit 1937, skulle tjänstepension utgå till hans änka (»Witwengeld»). Härvid uppstod tvist mellan H¹ och H², vilka båda gjorde anspråk på pensionen. H¹, som förblivit inländsk medborgare, instämde H² med yrkande om fastställelse att den ungerska skilsmässodomen och M:s nya äktenskap inte hade någon verkan för det österrikiska rättsområdets del och att H¹ ensam var M:s »Witwe».

Käromålet hade ogillats av vederbörande Oberlandesgericht, med en motivering som kommer nära Kammergerichts i föregående fall: Det andra äktenskapet vore giltigt, ty denna fråga skulle bedömas enligt ungersk rätt — båda kontrahenterna hade ju vid äktenskapets ingående varit ungerska medborgare — och enligt ungersk rätt var det första äktenskapet lagligen upplöst. På grund härav måste även för det österrikiska rättsområdets del det första äktenskapet anses upplöst genom den ungerska domen. Ty H¹ (Bem. 19), Marquardt i Erman Anm. 15 a) till EG art. 17, Massfeller 1955: 184 f, Nussbaum IPR 164 (med not 3), Oppenheimer 173, Raape IPR 312 f och Kommentar 417 f samt Wieruszowski 1925: 2490 f och 1932: 78 not 482.

⁹⁷ Raape IPR 313 not 98.

⁹⁸ RG 24.1.1941.

⁹⁹ Manipulationer av detta slag — förvärv av ungerskt medborgarskap för att möjliggöra skilsmässa och nytt äktenskap i Ungern — var vanliga under den äldre österrikiska äktenskapsrättens giltighetstid (fram till 1938) och hade sin bakgrund i regeln i den österrikiska ABGB § 111 om äktenskaps oupplöslighet för katoliker. Se härom t.ex. Walker 630 ff.

kunde inte anses ha varit bunden av äktenskapet, när M för sin del inte varit det.

Reichsgericht fann däremot, att det första äktenskapet inte blivit upplöst. Den ungerska skilsmässodomen kunde enligt de för det österrikiska rättsområdet gällande reglerna inte erkännas som giltig. Och för en upplösning på det sätt som antagits av Oberlandesgericht, nämligen genom ingåendet av M:s andra äktenskap, saknades varje stöd i lagen. Å andra sidan skulle också detta andra äktenskap betraktas som giltigt även för det österrikiska rättsområdets del, då denna fråga *inklusive »die Vorfrage» rörande beståndet av M:s första äktenskap* skulle bedömas enligt ungersk rätt.

Slutet blev därför att käromålet inte kunde bifallas, såvitt avsågs att få fastställt att H¹ »die *alleinige* Witwe nach dem verstorbenen Mann ist», men väl såtillvida, att hon »Witwe nach ihm ist».

Domstolarna var här som synes ense om att det nya äktenskapet skulle hållas för giltigt, trots att den utländska skilsmässodomen inte kunde erkännas inom det österrikiska rättsområdet.¹⁰⁰ I denna del är det, liksom i Kammergericht-fallet ovan, fråga om en *lex causae*-lösning på Vorfrage-problemet.

Däremot ansåg Reichsgericht, till skillnad från Oberlandesgericht och från Kammergericht i föregående fall, det inte nödvändigt att av det nya äktenskapets giltighet dra slutsatsen att det första äktenskapet blivit upplöst. Ett sådant förfaringssätt ansåg Reichsgericht, liksom flera författare i doktrinen, alltför djärvt. Å andra sidan kom Reichsgerichts ståndpunkt att innebära, att *båda* äkten- skapen vid M:s död varit giltiga och bestående. Även ett sådant ställningstagande kan synas anmärkningsvärt. I doktrinen har det antagits, att denna bedömning var möjlig med hänsyn till den speciella rättsverkan varom i målet var fråga, nämligen rätt till viss pension efter mannens död.¹⁰¹ Däremot hade det — menar man i doktrinen — inte varit förenligt med kravet på materiell harmoni att under mannens livstid i olika avseenden anse båda äkten- skapen såsom samtidigt bestående. Här hade ett val måst träffas.

Sammanfattningsvis synes man beträffande här aktuella situationer kunna konstatera en viss tendens av samma innehåll som om-

¹⁰⁰ Även de österrikiska domstolarna synes, efter en omsvängning i praxis som ägde rum år 1907, ha betraktat dylika äktenskap som giltiga. Se t.ex. Makarov 1956: 317. I doktrinen gillas RG:s avgörande på denna punkt synbarligen av Gamillscheg 1961: 76. Kritiskt däremot Ferid 1956: 221 f och i princip även Makarov 1956: 318.

¹⁰¹ Så Makarov 1956: 318 och Wengler 1957: 59.

talats beträffande de under B 2 (s. 442 f) behandlade fallen: ehuru det nya äktenskapet inte får ingås i Tyskland, behandlas ett likväl (utomlands) ingånget äktenskap som giltigt. Delade meningar finns såväl i doktrin som i praxis om hur det nya äktenskapets giltighet skall inverka på frågan om det tidigare äktenskapets bestånd.

E. FALL DÄR DET FÖRELIGGER EN TYSK S.K. »PRIVATSCHEIDUNG»

Enligt tysk rätt har de statliga domstolarna »skilsmässomonopol». En skilsmässa som i *Tyskland* kommit till stånd på annat sätt än genom domstols dom är från tysk rätts synpunkt en nullitet.¹⁰²

Emellertid finns det, såsom tidigare omnämnts, en hel del rätts-system — numera så gott som enbart utomeuropeiska — vilka förutsätter en skilsmässoprocedur av helt annat slag. Som exempel har jag pekat på bl.a. muselmansk rätts s.k. »talagh» och judisk rätts »gueth».¹⁰³ Hur förhåller det sig nu, om en dylik »Privatscheidung» ägt rum i Tyskland och betraktas som giltig i vederbörandes hemland? Kan de sålunda »frånskilda» ingå nytt äktenskap i Tyskland, och blir det nya äktenskapet i så fall giltigt?

Svaret härpå är såväl i doktrin som i praxis ett entydigt nej.¹⁰⁴ Även författare som i de under D behandlade fallen anser omgifte kunna tillåtas intar här motsatt ståndpunkt. I praxis har civilståndsmyndigheterna och domstolarna ansett hinder för omgifte föreligga för litauiska och bulgariska medborgare, vilkas föregående äktenskap upplösts av i Tyskland verksamma religiösa samfund.¹⁰⁵ Motiveringen härför har helt enkelt varit, att ett äktenskap kan upplösas i Tyskland endast genom domstols dom samt att detta gäller även när makarna är utländska medborgare och oavsett om en på annat sätt åstadkommen skilsmässa har verkan i makarnas hemland.

Motsvarande ståndpunkt har, till skillnad från vad fallet varit i de ovan under D behandlade situationerna, upprätthållits även

¹⁰² Jfr t.ex. Raape IPR 304 f och ovan kap. II s. 54 f. Annan mening har dock hävdats av Kegel IPR 297 f och Kommentar 799 f (Bem. 45).

¹⁰³ Ovan kap. II s. 54 f.

¹⁰⁴ Se i doktrinen t.ex. Albers 1954: 145 ff, Kegel IPR 263 f, Marquardt Certificat 42, 44 och Wengler 1934: 229 (som dock anser det tveklaktigt, huruvida ett nytt äktenskap som ingåtts *utomlands* efter den tyska »Privatscheidung» bör anses ogiltigt).

¹⁰⁵ BayObLG 30.3.1921, OLG München 21.11.1949.

sedan nytt äktenskap ingåtts och fråga uppkommit om ogiltigförklaring av detsamma. Sålunda hade i ett fall,¹⁰⁶ där makarna i det första äktenskapet var ryska medborgare av judisk trosbekännelse, skilsmässa ägt rum i Tyskland genom överlämnande av skiljebrev (»gueth») till hustrun, som därefter ingått nytt äktenskap i Tyskland (att så kunnat ske berodde på förbiseende från vigselmyndighetens sida). Detta äktenskap förklarades på mannens (i det nya äktenskapet) talan ogiltigt, ehuru skilsmässan synes ha varit giltig enligt dåvarande rysk rätt.

I hithörande fall är således en *lex fori*-lösning på Vorfrage-problemet allmänt godtagen. Förmodligen sammanhänger detta med att tyska intressen här är mera direkt involverade, genom den starkare anknytningen till Tyskland, än i fallen under D.

F. FALL DÄR INGET SKILSMÄSSOFÖRFARANDE ÄGT RUM BETRÄFFANDE
DET FÖREGÅENDE ÄKTENSKAPET MEN DÄR DETTA ÄKTENSKAP ÄR
HALTANDE

1. *Det föregående äktenskapet är giltigt enligt tysk rätts men inte enligt hemlandets IP-regler*

Typexemplet är här det, att en grek eller spanjor i Tyskland har ingått ett äktenskap i tysk rätts civila form, vilket i hans hemland betraktas som ogiltigt. Kan vederbörande sedan utan skilsmässoförfarande ingå nytt äktenskap i Tyskland, och blir det nya äktenskapet i så fall giltigt?

Situationen är här närmast analog med de under D och E behandlade fallen. Liksom beträffande dessa fall är också den härskande läran i doktrinen, att den utländske medborgaren i den här aktuella situationen inte får ingå nytt äktenskap i Tyskland;¹⁰⁷ »denn auf

¹⁰⁶ OLG Kiel 26.11.1926. Se även KG 21.3.1932 (A).

¹⁰⁷ Se t.ex. Gamillscheg 1961: 64, Marquardt Certificat 37, 43 f (som dock skiljer mellan olika fall och låter det i texten sagda gälla endast om det föregående äktenskapet ingåtts i Tyskland eller andra kontrahenten i detta äktenskap är tysk medborgare), Neuhaus Grundbegriffe 101, Raape 1949: 586, Rabel I 233 f och Wieruszowski 1932: 55 not 315. Se också Beitzke i Achilles-Greifff Anm. 2 till EG art. 13, Kegel IPR 263 (jfr 114 f), Kommentar 726 (Bem. 17) och 1960: 204 samt Marquardt i Erman Anm. 6 b) till EG art. 13, vilka *generellt* bedömer det föregående äktenskapets giltighet enligt tysk rätts egna kollisionssnormer.

solche Weise könnte er ja mit der Zeit einen ganzen Harem um sich versammeln» (Gamillscheg). Hänsyn till monogamiprincipen föranleder, att hemlandets uppfattning här inte kan respekteras av tyska myndigheter.

Om ett nytt äktenskap likväl kommer till stånd — vilket framför allt är möjligt i hemlandet — skulle det av tysk domstol sannolikt förklaras ogiltigt på grund av bigami.¹⁰⁸ Läget torde här vara helt jämförbart med situationen efter en »Privatscheidung» i Tyskland (se ovan under E); skillnaden inskränker sig till att det här *inte alls* ägt rum något skilsmässoförfarande beträffande det tidigare äktenskapet.

2. *Det föregående äktenskapet är ogiltigt enligt tysk rätts men giltigt enligt hemlandets IP-regler*

Typexemplet är här det, att en grek eller spanjor i Tyskland har ingått äktenskap med en tyska i sitt hemlands religiösa form. Utgör detta äktenskap hinder för den utländske medborgaren att ingå nytt äktenskap (med en annan person) inför tysk civilståndsmyndighet?

Beträffande denna fråga, som i doktrinen behandlats blott av några författare, är meningarna delade. En del författare anser — i konsekvens med den ståndpunkt som intages i huvuddelen av den tyska doktrinen i fall där det föreligger en tysk eller utländsk skilsmässodom som inte erkännes i hemlandet (se ovan under B och C) — att hinder för omgifte möter, då hemlandet betraktar det föregående äktenskapet som giltigt.¹⁰⁹ Andra författare menar däremot att omgifte bör kunna äga rum, åtminstone i vissa fall (framför allt där det föregående äktenskapet, såsom i typexemplet ovan, ingåtts i Tyskland utan iakttagande tysk rätts civila vigselform).¹¹⁰

Från rättspraxis kan antecknas ett fall,¹¹¹ där en grek hade ingått äktenskap i blott religiös form i Tyskland och där det yrkades fast-

¹⁰⁸ Så uttryckligen Balogh 582.

¹⁰⁹ Så uttryckligen Lauterbach 1955: 27 och i Palandt Anm. 2 (i.f.) till EheG § 5 samt Raape IPR 242.

¹¹⁰ Så Albers 1954: 145 ff, 172 och synbarligen Beitzke 1952: 169 ff. Se även hänvisningarna ovan i not 107 till Beitzke, Kegel och Marquardt.

¹¹¹ LG Mannheim 17.3.1953.

ställelse av att det enligt tysk rätt inte bestod något äktenskap mellan parterna. Denna talan bifölls med stöd av EG art. 13. I domskälen uttalades det emellertid (obiter), att domen inte var någon garanti för att mannen skulle kunna ingå nytt äktenskap i Tyskland, eftersom det äktenskap som var föremål för talan i målet enligt grekisk rätt alltså var giltigt. Här har domstolen tydligt förutsatt, att grekisk rätt såsom *lex causae* för mannens del beträffande ett framtida omgifte skulle vara avgörande även för frågan om det tidigare äktenskaps giltighet. Uttalandet är i linje med den ovan under B omtalade huvudtendensen i doktrin och praxis vid omgifte efter tysk skilsmässodom.

Förmodligen skulle ett nytt äktenskap, om det kom till stånd, inte förklaras ogiltigt av tysk domstol.¹¹² Den uppfattning i doktrin och praxis, för vilken redogjorts ovan under B 2 s. 442 f, torde vara tillämplig även här.

II. ÖSTERRIKISK RÄTT

A. INLEDNING

Ett visst material från doktrin och rättspraxis av intresse för hithörande frågor finns i den äldre österrikiska rätten (från tiden före 1938).¹¹³ Den år 1938 i samband med »Anschluss» införda nya äktenskapsrätten — den interna såväl som den internationella — vilken därefter i huvudsak bibehållits oförändrad, innefattar emellertid en radikal brytning med det tidigare rättsläget. Med hänsyn härtill beaktas i det följande endast material som hänför sig till de nya reglerna.

Utgångspunkterna för hithörande frågor är i huvudsak desamma som i tysk rätt. Sålunda överensstämmer den grundläggande kollisionsnormen om äktenskaps ingående, DVO § 6 I, med

¹¹² Uttryckligt ställningstagande i denna riktning hos Balogh 583.

¹¹³ Bakgrunden var här dels förbudet mot skilsmässa för katoliker (ABGB § 111), dels det s.k. »Ehehindernis des Katholizismus». Se t.ex. Satter 551 ff, Schwind 1966: 3 ff (ish 5 f) och Walker 603 ff, 630 ff, 695 ff samt ur rättspraxis OGH 11.5.1932 och 30.6.1937 ävensom Liechtensteins högsta domstol 21.3.1964 och härtill Beitzke 1966: 36 ff.

den tyska EG art. 13 I¹¹⁴ (däremot är Österrike inte och har heller inte varit anslutet till Haagkonventionen om äktenskaps ingående). Likaså överensstämmer reglerna om krav på »Ehefähigkeitszeugnis» vid utlännings giftermål i Österrike (§ 14 i den österrikiska EheG) och om befrielse härifrån med motsvarande tyska regler.¹¹⁵ Slutligen är även reglerna om erkännande av utländska skilsmässodomar väsentligen desamma som i tysk rätt. Även i Österrike krävs, såvitt domen inte meddelats i makarnas gemensamma hemland, särskild fastställelse av erkännandet. Detta ankommer på Bundesministerium für Justiz (DVO § 24).¹¹⁶

B. VORFRAGE-PROBLEMET I DOKTRIN OCH PRAXIS

1. I österrikisk doktrin har särskilt uppmärksamats det fall, att en utländsk medborgare, vars första äktenskap upplösts av österrikisk domstol genom dom som inte erkännes i hans hemland — något som särskilt kan förekomma när andra maken är österrikisk medborgare (bl.a. »Frauenscheidung»-fall)¹¹⁷ — vill ingå nytt äktenskap i Österrike. Liksom i tysk rätt vid motsvarande fall är den härskande läran i doktrinen, att dylikt omgifte *inte* kan anses tillåtet.¹¹⁸ Hemlandets icke-erkännande av den österrikiska skilsmässodomen anses lägga hinder i vägen.¹¹⁹

De skäl som anförts för denna ståndpunkt är i huvudsak desamma som i den tyska doktrinen och praxis. Dels framhålles sålunda, att rätten till omgifte inte är att betrakta som en »Scheidungsfolge» i kollisionsrättslig mening utan är att hänföra till (de mate-

¹¹⁴ Se om DVO § 6 I Köhler 56 f och Loewe 112.

¹¹⁵ Se Hoyer 1965: 618 och Köhler 57 f.

¹¹⁶ Se härom Köhler 68 f och Loewe 111.

¹¹⁷ Möjligheterna till uppkomst av haltande skilsmässor är enligt österrikisk rätts IP-regler i huvudsak desamma som enligt motsvarande tyska regler. Se särskilt DVO § 8 III (beträffande »Frauenscheidung») och JN § 76 (beträffande domsrätten) samt t.ex. Hoyer 1965: 617 och Loewe 106. Jfr ovan kap. II s. 42 ff och 47 f.

¹¹⁸ Hoyer 1965: 617 ff, Köhler 58 (möjligen), Schwimann 1960: 84 f samt Schwind 1965: 170 f och i Klang-Gschnitzer 850.

¹¹⁹ Ifrågasatt desamma avses gälla i fall där det är den *österrikiske* kontrahentens skilsmässa som inte erkännes i den utländske kontrahentens hemland — alltså i fall motsvarande den tyska BGH:s avgöranden 12.2.1964 (A och B) — synes dock ovisst, jfr Hoyer 1965: 620.

riella) förutsättningarna för äktenskaps ingående; och beträffande dessa är en gång för alla hemlandets lag tillämplig enligt DVO § 6. Dels pekas i rättspolitiskt hänseende på att det nya äktenskapet skulle bli haltande. Klart är att resonemangen i tysk doktrin och praxis här influerat på den österrikiska doktrinen.

Tvivelsutan anses på motsvarande sätt hinder för omgifte möta, när den i hemlandet icke erkända skilsmässodomen meddelats i *tredje land* och förklarats skola erkännas i Österrike.¹²⁰

Enligt *Schwind* bör den främmande legis causae uppfattning lända till efterrättelse även vid prövning av fråga om ingånget äktenskaps giltighet.¹²¹ Det nya äktenskapet bör således i nämnda situationer förklaras ogiltigt, om fråga därom uppkommer för österrikisk domstol. Av vilken anledning den främmande rätten anser äktenskapet ogiltigt, är enligt *Schwind* inte den österrikiska rättens sak att överpröva.

Denna ståndpunkt går längre än tysk doktrin och praxis, jfr ovan under I B 2 s. 442 f. Den synes ej heller förenlig med följande, av Oberster Gerichtshof år 1962 avgjorda rättsfall.¹²²

M¹ och H var båda italienska medborgare. M¹ hade år 1954 utverkat en skilsmässodomin i Juarez i Mexiko. Några dagar senare hade H sammanstades ingått nytt äktenskap med M², en österrikisk medborgare. Allmän åklagare förde nu talan mot H och M² om ogiltigförklaring av detta äktenskap på grund av bigami.

Underdomstolarna hade bifallit åklagarens talan. Dessa domar upphävdes av Oberster Gerichtshof, som tillika återförvisade målet till första instans för vidare handläggning av detsamma.

För frågan om H ägt ingå äktenskapet med M² vore enligt Oberster Gerichtshof avgörande om hennes äktenskap med M¹ för det österrikiska rättsområdet vore giltigen upplöst. Detta berodde i sin tur, såsom även underdomstolarna funnit, på beslut om erkännande av den mexikanska skilsmässodomen enligt DVO § 24. Dylikt beslut förelåg inte och hade ej heller begärts av makarna. Emellertid borde enligt Oberster Gerichtshof — på denna punkt i motsats till underdomstolarna — ogiltigförklaring av det nya äktenskapet likväl inte ske förrän det vore avgjort (av Bundesministerium für Justiz), att skilsmässodomen inte kunde erkännas. Beslut i denna fråga skulle därför ex officio påkallas, innan förevarande mål slutligt avgjordes.

Detta avgörande synes förutsätta en lex fori-lösning på Vorfrageproblemet. Tydligt är nämligen, att ogiltigförklaring av det nya

¹²⁰ Så uttryckligen Hoyer 1965: 617 (exempel nr 2).

¹²¹ *Schwind* 1965: 171.

¹²² OGH 10.10.1962.

äktenskapet enligt Oberster Gerichtshof kunde ske endast om den utländska skilsmässodomen inte erkändes i Österrike, d.v.s. enligt österrikisk rätts IP-regler. Och till skillnad från underdomstolarna krävde Oberster Gerichtshof positiv fastställelse härav; det räckte inte att beslut om erkännande inte förelåg. Avgörande för H:s rätt att ingå det nya äktenskapet bör från österrikisk synpunkt annars ha varit italiensk rätt såsom H:s *lex patriae*. Och enligt italiensk rätt torde det ha varit klart, att skilsmässodomen inte kunde erkännas. Hade denna den främmande *legis causae* uppfattning följts, torde det därför inte ha funnits anledning att avvakta fastställelseprövning enligt DVO § 24; åklagarens talan hade på nämnda grund kunnat bifallas direkt.

2. I doktrinen har Schwind i sin framställning av grekiska medborgares äktenskap från österrikisk synpunkt också tagit upp sådana fall, där inget skilsmässoförfarande ägt rum beträffande det första äktenskapet men där detta äktenskap är haltande — jfr ovan under I F s. 453 ff — såsom fallet ofta är vid grekiska medborgares giftermål utomlands.

Vad först angår det fall, att en greks första äktenskap ingåtts i civil form i Österrike — giltigt i detta land, ogiltigt i Grekland — synes Schwind komma till samma resultat som den tyska doktrinen vid motsvarande fall: Nytt äktenskap kan inte ingås i Österrike. Skulle ett nytt äktenskap ingås (t.ex. i Grekland), bör det av österrikisk domstol förklaras ogiltigt¹²³ (om österrikisk domsrätt föreligger, vilket inte alltid är fallet).¹²⁴

Har det första äktenskapet åter ingåtts inför ortodox präst i Österrike — ogiltigt i detta land, giltigt i Grekland — skulle enligt Schwind även här hinder få anses föreligga för nytt äktenskaps ingående i Österrike.¹²⁵ I detta fall är det tydligen den grekiska *lex causae* som anses böra fälla utslaget. Har det nya äktenskapet likväl kommit till stånd, blir situationen emellertid enligt Schwind den, att man får två äktenskap vid sidan av varandra, det första giltigt i Grekland och det andra i Österrike, men utan att bigami föreligger. I detta uttalande synes ligga, att det andra äktenskapet — ehuru hinder förelegat för dess ingående i Österrike — inte bör kunna

¹²³ Schwind 1965: 166 f (implicite).

¹²⁴ Se reglerna i JN § 76 III.

¹²⁵ Schwind 1965: 178. Så också enligt viss tysk doktrin och praxis, se ovan under I F 2 s. 454 f.

förklaras ogiltigt av österrikisk domstol. Även på denna punkt torde Schwinds uppfattning ansluta sig till övervägande mening i tysk doktrin.

III. SCHWEIZISK RÄTT

A. INLEDNING

Den grundläggande kollisionsnormen är här NAG art. 7 c I:

Die Gültigkeit einer Eheschliessung wird, wenn der Bräutigam oder die Braut oder beide Ausländer sind, in bezug auf jedes von ihnen nach dem heimatischen Rechte beurteilt.

Denna regel är liksom motsvarande regler i tysk och österrikisk rätt tillämplig såväl vid äktenskaps ingående i Schweiz som vid prövning av ett i Schweiz eller utomlands ingånget äktenskaps giltighet. I båda fallen skall beträffande utländsk medborgare hans *lex patriae* tillämpas.¹²⁶

Schweiz är också anslutet till Haagkonventionen om äktenskaps ingående.¹²⁷ I förhållande till övriga konventionsstater gäller därför konventionens art. 1, vilken i sak överensstämmer med ovannämnda regel i NAG.

Beträffande utländska medborgares giftermål i Schweiz finns, liksom i tysk och österrikisk rätt för motsvarande fall, särskilda regler av närmast administrativ karaktär. Är *mannen* utländsk medborgare, måste han före lysningen begära s.k. »Traubewilligung» hos den schweiziska kantonregering, där han är bosatt eller vigseln skall äga rum.¹²⁸ Härvid har han i princip att förelbringa en s.k. »Eheanererkennungserklärung», d.v.s. en förklaring från behörig myndighet i hemlandet att det tillämnade äktenskapet där kommer att erkännas (NAG art. 7 e). I praktiken användes dock regelmässigt i stället »Ehefähigkeitszeugnisse» av samma typ som i tysk och österrikisk rätt som underlag för utfärdandet av »Traubewilligung» och den hindersprövning som företas i samband härmed. Beträffande *hustrun* företas hindersprövningen i allmänhet av

¹²⁶ Se härtill t.ex. Schnitzer I 339 ff.

¹²⁷ Schnitzer I 348 ff. Jfr ovan under I A s. 423.

¹²⁸ Se härtill och om det följande t.ex. Marquardt Certificat 56, 107 f samt Schnitzer I 342, 356 f.

vederbörande civilståndsmyndighet, likaledes på grundval av ett »Ehefähigkeitszeugnis» från hemlandets myndigheter. Befrielse från kravet på »Ehefähigkeitszeugnis» är undantagsvis möjlig (både för mannens och hustruns del). Hindersprövningen får då företas på grundval av annan utredning.

Vad angår schweiziska medborgares giftermål kan den ovan nämnda regeln i NAG art. 7 c I sägas tyst förutsätta, att schweizisk rätt skall tillämpas. Ett undantag härifrån innefattar NAG art. 7 f I:

Eine Ehe, die im Auslande nach dem dort geltenden Rechte abgeschlossen worden ist, wird in der Schweiz als gültig betrachtet, wenn ihr Abschluss nicht in der offenen Absicht, die Nichtigkeitsgründe des schweizerischen Rechtes zu umgehen, ins Ausland verlegt worden ist.

Denna regel avser såväl äktenskapets form som dess materiella förutsättningar men anses — mot ordalydelsen — tillämplig *endast* beträffande schweiziska medborgare.¹²⁹ Innebörden av regeln kan sägas vara bl.a., att *lex loci celebrationis* göres till en med schweizisk rätt *alternativ* *lex causae* för ett av schweiziska medborgare utomlands slutet äktenskaps materiella giltighet. Det är (i princip) tillräckligt för äktenskapets giltighet, om antingen vigselortens eller schweizisk rätts förutsättningar är uppfyllda.¹³⁰

B. FALL DÄR DET FÖRELIGGER EN SCHWEIZISK SKILSMÄSSODOM SOM INTE ERKÄNNES I NUPTURIENTENS HEMLAND ELLER EN UTLÄNDSK SKILSMÄSSODOM SOM ERKÄNNES I SCHWEIZ MEN INTE I HEMLANDET

1. I den schweiziska *doktrinen* menar flertalet författare, att hemlandets icke-erkännande av skilsmässodomen utgör hinder för omgifte i Schweiz. NAG art. 7 c I (och Haagkonventionens art. 1) tolkas så, att den till *lex patriae* överlåter att besvara jämväl frågan om det tidigare äktenskapets bestånd.¹³¹ Denna ståndpunkt, vilken delas även av författare som beträffande Vorfrage-problemet i all-

¹²⁹ Se härom och om regeln i övrigt Schnitzer I 346 ff och t.ex. rättsfallet BG 11.11.1954 (Caliaro, Erw. 5; fallet refererat i annan del nedan).

¹³⁰ Jfr NAG art. 7 f II.

¹³¹ Så Albisetti 16, Aubert 1962: 617, Beck 157 f, 273 f, Moser 659, Schnitzer I 374, Spivak 56 och Stampa 137 not 139 ävensom — de lege lata på grundval av Caliario-fallet nedan — Lalive 1958: 92 f (avser läget efter *utländsk* skilsmässodom som erkännes enligt schweizisk rätts IP-regler).

mänhet ansluter sig till lex fori-principen, överensstämmer med härskande lära i tysk och österrikisk rätt vid motsvarande fall.

Stöd för nämnda tolkning av NAG menar den schweiziska doktrinen sig finna i schweizisk rätts principiella krav på »Eheaner-kennungserklärung» eller »Ehefähigkeitszeugnis» från hemlandets myndigheter. Genom kravet härpå anses den schweiziske lagstiftaren ha gett uttryck för den värderingen, att ett äktenskap som inte blir erkänt i hemlandet inte bör få komma till stånd. När vederbörande, såsom i hithörande fall, inte kan förebbringa nämnda förklaring resp. intyg från hemlandet, bör omgifftet därför inte tillåtas.

I schweizisk *praxis* synes det vara ett vanligt fall, att en utlänning, särskilt italienare, vill ingå nytt äktenskap i Schweiz efter schweizisk skilsmässodom, vilken meddelats på talan av den schweiziska hustrun och inte erkännes i utlänningens hemland. Såvitt kan bedömas av publicerat material, har de schweiziska äktenskapsmyndigheternas *praxis* härvid i allmänhet följt samma linje som flertalet tyska avgöranden i motsvarande fall. Sålunda synes kantonregeringarna regelmässigt ha vägrat att utfärda »Traubewilligung» för äktenskap i Schweiz, när den fränskilde utlänningen varit t.ex. italiensk eller spansk medborgare.¹³²

Denna *praxis* erhöill en auktoritativ bekräftelse i det av Bundesgericht år 1954 avgjorda, mycket omdiskuterade rättsfallet *Caliaro*:¹³³

Schweizisk domstol hade på talan av H, som var schweizisk medborgare, med tillämpning av schweizisk rätt (NAG art. 7 g II) upplöst hennes äktenskap med den italienske medborgaren Caliaro. Denne hade sedan sammanlevt en tid i Schweiz med en annan schweizisk kvinna, W. I deras förbindelse föddes ett barn. Caliaro och W hade därefter, år 1953, ingått äktenskap med varandra i England, där de tillfälligt uppehöll sig. De begärde nu hos vederbörande schweiziska myndigheter anteckning i civilståndsregister dels om äktenskapet, dels om att barnet genom det samma erhållit äkta börd. Sedan dylik inskrivning vägrats, fördes saken till Bundesgericht.

Beträffande frågan om det nya äktenskapets giltighet konstaterade Bundesgericht till en början, att Haagkonventionen inte var tillämplig i detta fall — ehuru såväl Schweiz som Italien var konventionsstater — emedan äktenskapet ingåtts i Storbritannien, som inte tillhörde konventionsområdet

¹³² Jfr federala justitiedepartementets anvisning i R 1930: 380 (beträffande italiensk medborgare) samt Moser l.c., Neumayer 1955: 77 f och Stampa l.c.

¹³³ BG 11.11.1954. För kommentarer till denna mycket viktiga dom se Francescakis Renvoi 216 f, Jagmetti 131 ff, Lalive 1956: 243 f, Wengler 1957: 57 ff och Vischer 1959: 414 ff. Jfr även ovan kap. II not 52 (Cermak).

(Erw. 3). I stället skulle NAG art. 7 c I komma till användning. Enligt denna bestämmelse skulle för Caliaros del italiensk rätt såsom hans *lex patriae* vara avgörande. Härefter konstaterades (Erw. 7), att italiensk rätt inte erkände skilsmässodomen och följaktligen alltjämt betraktade det första äktenskapet såsom bestående, att Caliaro alltså saknade den »*libertà di stato*», som enligt italiensk rätt förutsattes för hans rätt att ingå äktenskapet med W, samt att detsamma till följd därav enligt italiensk rätt var ogilligt.

Gentemot resultatet av denna användning av främmande rätt kunde inte, anförde Bundesgericht vidare, åberopas schweizisk ordre public. Det vore »*unbestritten und unbestreitbar*», att *det nya äktenskapet inte hade kunnat ingås i Schweiz*. I detta fall hade Haagkonventionen blivit tillämplig. Konventionens art. 1 skulle, liksom NAG i förevarande fall, ha lett till användning av italiensk rätt. De fall där enligt konventionen undantag finge göras från hemlandslagens kompetens vore limitativt angivna i konventionens bestämmelser; hit hörde inte det fall, att förbudet mot omgifte i hemlandets lag grundade sig på att denna lag inte erkände en (från dess synpunkt sett) utländsk skillnadsdom. Kännedomen om att det sålunda varit omöjligt att ingå äktenskapet i Schweiz hade — fortfor Bundesgericht — uppenbarligen varit skälet till att klagandena begivit sig till England för att där ingå sitt äktenskap. Och när hemlandets lag vägrade erkänna ett i tredje land slutet äktenskap, vilket enligt konventionsreglerna inte kunnat ingås i Schweiz, så kunde detta ingalunda anses stridande mot schweizisk ordre public.

Även bortsett från att en konvention i detta fall utgjort hinder för äktenskapets ingående i Schweiz, kunde tillämpningen av italiensk rätt emellertid inte stämplas som ordre public-stridig. Det kunde inte vara tal om att »*das schweizerische Rechtsgefühl schon dadurch in unerträglicher Weise verletzt werde, dass Italien die Scheidung des Italieners Caliaro nicht anerkennt, sondern die frühere Ehe als noch bestehend ansieht, solange die geschiedene Frau noch am Leben ist, und sich demzufolge einer Wiederverheiratung Caliaros widersetzt.*»

Inte heller den omständigheten, att skilsmässodomen meddelats av en *schweizisk* domstol, kunde medföra annan bedömning. Därav att det — på grund av H:s schweiziska medborgarskap — varit möjligt att bevilja skilsmässa utan hänsyn till mannens nationella lag kunde det inte slutas, att denna lag skulle lämnas utan beaktande även vid omgifte. Vid äktenskaps ingående vore erkännande från hemlandets sida viktigare än vid skilsmässa och konsekvenserna av dess uteblivande svårare, varför en skiljaktig behandling av båda fallen läte sig försvaras. Slutligen vore den omständigheten, att av frånskilda makar med olika nationalitet den ene kunde ingå nytt äktenskap men inte den andre, i ett land som hyllade nationalitetsgrundsatsen inte så stötande, att tillämpning av hemlandets lag, som motsatte sig omgiftet, av denna anledning borde vägras.

Då äktenskapet sålunda inte kunde erkännas i Schweiz, följde att legitimation av barnet ej heller kunde komma i fråga. Besvären lämnades där- för utan bifall.

Denna dom innefattar ett otvetydigt ställningstagande till förmån för den i schweizisk doktrin och praxis i övrigt härskande läran, såvitt angår äktenskaps ingående i Schweiz. Varken inom eller utanför ramen för Haagkonventionen är detta tillåtet, när skilsmässodomen inte erkännes i hemlandet.

Anmärkningsvärt kan synas, att Bundesgericht sträckte sig så långt, att det nya äktenskapet, sedan det ingåtts utomlands, ej heller ansågs kunna erkännas i Schweiz utan behandlades som ogiltigt (och detta rentav utan att särskild ogiltighetstalan förts). Särskilt i tysk rätt har ju ordre public-synpunkterna ansetts väga tyngre vid prövning av ett redan ingånget äktenskaps giltighet än vid spörsmålet om tillåtandet av dess ingående.¹³⁴ Emellertid framgår det av Bundesgerichts dom, att Caliaros och W:s resa till England bar prägel av fraus legis; de ville kringgå det hinder som mötte för äktenskapets ingående i Schweiz.¹³⁵ Under sådana omständigheter är det knappast förvånande, att Bundesgericht inte fann anledning bedöma saken på annat sätt än om fråga varit om äktenskaps ingående. Med hänsyn till den fraus legis-situation som förelåg, tillåter rättsfallet knappast med säkerhet slutsatsen att ett äktenskap som ingåtts (i Schweiz eller utomlands) i strid med ifrågavarande hinder *generellt* skulle vägras erkännande som giltigt i Schweiz.

2. Kritiska röster har i *doktrinen* höjts mot Caliaro-avgörandet.¹³⁶ Bl.a. har utgången betecknats som oförenlig med schweizisk ordre public. Härvid har särskilt pekats på det stötande i att en skilsmässodom beträffande ett »mariage mixte» inte får samma rättsverkningar för båda de fränskildas del; den inländske medborgaren kan utan vidare ingå nytt äktenskap, medan utlänningen — om hans hemland inte erkänner domen — inte har möjlighet härtill. En dylik »Halbscheidung» skulle, har det hävdats, strida mot grundläggande schweiziska åskådningar på familjerättens område.¹³⁷

¹³⁴ Se ovan under I B 2 s. 442 f. Jfr också det österrikiska rättsfallet OGH 10.10.1962 (ovan vid not 122). Se även i schweizisk doktrin Spivak 56, som synes inta samma ståndpunkt som skett i tysk rätt: hinder för omgifte men ej ogiltigförklaring av det likväl ingångna nya äktenskapet.

¹³⁵ Jfr Francescakis Renvoi 217 och Jagmetti 133 f.

¹³⁶ Se särskilt Lalive 1956: 243 f och 1964: 187, 195 samt Vischer 1959: 414 ff. Jfr även, från tiden före Caliaro-fallet, Knapp 1949: 128.

¹³⁷ Så Vischer 1959: 415. — Vischer 1959: 426 föreslår följande regel såsom

Även i *praxis* har dylika tankegångar i viss mån vunnit insteg.¹³⁸ Två publicerade fall kan här nämnas, båda beträffande liechtensteinska medborgare.¹³⁹ I Liechtenstein gäller alltså ABGB:s äktenskapsrätt (vilken sedan år 1938 är upphävd i Österrike). ABGB § 111 stadgar förbud mot skilsmässa mellan makar som vid äktenskapets ingående varit eller av vilka endera vid denna tidpunkt varit katoliker. I de båda här aktuella rättsfallen hade schweizisk domstol likväl dömt till skilsmässa. I det ena fallet hade detta varit möjligt, emedan hustrun-käranden varit schweizisk medborgare. I det andra fallet — där båda makarna var liechtensteinska medborgare och vid äktenskapets ingående varit katoliker men sedermera konverterat till den reformerta läran — hade tillämpningen av liechtensteinsk rätt i skilsmässomålet ansetts stridande mot schweizisk ordre public och hade skilsmässa därefter beviljats med stöd av schweizisk rätt. Dessa domar erkändes inte i Liechtenstein. När mannen sedan sökte »Traubewilligung» för ingående av nytt äktenskap i Schweiz, kunde han därför inte förebbringa någon »Eheanerkennungserklärung» från hemlandets myndigheter. Trots detta erhöll han i båda fallen »Traubewilligung». Motiveringen härför var, att den liechtensteinska rätten förbjöd skilsmässa endast för katoliker (eller förutvarande katoliker) och således inte ställde alla medborgare lika. En dylik på religionstillhörigheten grundad åtskillnad stode i strid med en av de viktigaste grundsatserna i schweizisk rätt, enligt vilken alla medborgare oavsett konfession hade samma rättsställning. Tillämpning av den liechtensteinska rätten måste därför avvisas såsom stridande mot schweizisk ordre public.¹⁴⁰

undantag från NAG art. 7 c: »Gründet sich die Eheunfähigkeit nach Heimatrecht auf der Nichtanerkennung einer im Ausland ausgesprochenen Scheidung, so ist dieses Hindernis unbeachtlich, wenn nach den Kollisionsnormen über die Scheidung das Scheidungsurteil von der Schweiz zu anerkennen ist oder von einem kompetenten schweizerischen Gericht ausgesprochen wurde.»

¹³⁸ Se förutom de nedan omtalade rättsfallen Ficker 1965:311 not 65, som uppger att de kantonala »Aufsichtsbehörden» och många schweiziska jurister ställer sig kritiska till Caliaro-avgörandet. Se också Götz 178, varest det framgår att »Traubewilligung» ibland ges för spansk medborgare som vill ingå äktenskap med en frånskild schweizisk medborgare, trots att den schweiziska skilsmässodomen beträffande denne inte erkännes enligt spansk rätt.

¹³⁹ RegR Zürich 16.10.1952 och Conseil d'Etat du Canton de Thurgovie 17.2.1959. Se härtill Messmer 331 f.

¹⁴⁰ En viss roll synes härvid det förhållandet ha spelat, att den schweiziska

Av dessa båda rättsfall synes klart framgå, att utgången berott på de speciella reglerna i den liechtensteinska rätten. Av allt att döma skulle frågan bedömts på annat sätt, om det gällt t.ex. italienska medborgare (i italiensk rätt gäller skilsmässoförbudet generellt, utan hänsyn till religionstillhörigheten). Rättsfallen torde därför väl kunna förenas med Caliaro-fallet; de utgör undantag från den huvudregel som fastslagits i sistnämnda fall.

C. FALL DÄR DET FÖRELIGGER EN UTLÄNDSK SKILSMÄSSODOM SOM MEDDELATS I ELLER ERKÄNNES I LEX CAUSAE-LANDET MEN INTE I SCHWEIZ

Denna situation har förelegat i ett par av Bundesgericht avgjorda rättsfall rörande schweizisk medborgares omgifte utomlands efter utländsk skilsmässodom. Beträffande det nya äktenskapets materiella förutsättningar är i detta fall, såsom omtalats under A, den främmande lex loci celebrationis alternativt med schweizisk rätt lex causae.

I det första fallet, *Crivelli*,¹⁴¹ var läget detta:

Makarna i det första äktenskapet var schweiziska medborgare. De hade under lång tid sammanlevt i Spanien, där M alltjämt hade sitt hemvist. H hade emellertid återvänt till Schweiz och där etablerat ett »domicile personnel».¹⁴² På M:s talan hade en domstol i Barcelona dömt till skilsmässa mellan makarna (det var under den republikanska tiden på 1930-talet, då skilsmässa införts i spansk rätt). Dagen därefter hade M sammastädes ingått ett nytt äktenskap. Fråga om erkännande i Schweiz av skilsmässodomen och det nya äktenskapet uppkom i anledning av inskrivning i schweiziskt civilståndsregister.

Beträffande skilsmässodomen anförde Bundesgericht, att den inte kunde erkännas, dels emedan endast M haft sitt domicil i domslandet men H haft separat domicil i Schweiz,¹⁴³ dels emedan H inte haft tillfälle att utföra sin talan i skilsmässomålet och ett erkännande av domen därför skulle strida mot schweizisk ordre public.

Bundesverfassung (art. 54) förbjuder alla inskränkningar av religiös karaktär i rätten att ingå äktenskap. Jfr beträffande tysk rätt ovan vid not 72.

¹⁴¹ BG 13.5.1938.

¹⁴² Jfr regeln i ZGB art. 25, som förutsätter att hustrun i vissa fall kan ha ett från mannen skilt och självständigt domicil, och härtill Schnitzer I 125 f.

¹⁴³ Enligt dåvarande schweizisk rättspraxis (i anslutning till NAG art. 7 g III) krävdes det för erkännande av utländsk skilsmässodom beträffande schweiziska medborgare, att *båda* var domicilierade utomlands. Se t.ex. Lalive 1958: 86 f. En viss uppmjukning av denna regel har sedermera skett, se rättsfallet BG 6.6.1963.

Ej heller kunde M:s nya äktenskap erkännas i Schweiz trots den förenämnda regeln i NAG art. 7 f I. Visserligen kunde det inte sägas — anförde domstolen — att detta äktenskap ingåtts i uppenbar avsikt att kringgå schweiziska äktenskapshinder. Emellertid kunde erkännande enligt NAG art. 7 f I av utomlands ingångna äktenskap ske endast inom ramen för schweizisk ordre public. Och det vore i strid med denna förutsättning att erkänna det nya äktenskapet, när den schweiziske medborgaren från schweizisk rätts synpunkt alltså var bunden av sitt tidigare äktenskap.

Samma utgång blev det i det senare rättsfallet *Weber*,¹⁴⁴ där omständigheterna i alla här relevanta avseenden var desamma som i fallet *Crivelli* (skilsmässodomen och M:s nya äktenskap hade här kommit till stånd i Rumänien).

I båda dessa rättsfall var skilsmässan giltig i det land där det nya äktenskapet sedermera ingåtts. Trots detta och trots regeln i NAG art. 7 f I om (alternativ) tillämplighet av detta lands lag beträffande äktenskaps giltighet ansågs de nya äktenskapen inte kunna erkännas i Schweiz. Härav torde kunna utläsas, att det för erkännande av ett av schweizisk medborgare utomlands ingånget äktenskap krävs, att skilsmässodomen beträffande det föregående äktenskapet erkännes enligt schweizisk rätts IP-regler, m.a.o. en lex fori-lösning på Vorfrage-problemet.

Huruvida Bundesgericht-avgörandena låter sig generaliseras därhän, att motsvarande skall gälla vid *utländsk* medborgares nya äktenskap efter skilsmässodom som erkännes i hans hemland men inte i Schweiz, torde vara ovisst. Några rättsfall rörande denna typ av situationer, motsvarande dem som förekommit i tysk praxis,¹⁴⁵ synes inte föreligga i schweizisk praxis. Säkert torde likväl vara, att nytt äktenskap i denna situation inte kan *ingås* i Schweiz.

D. FALL DÄR INGET SKILSMÄSSOFÖRFARANDE ÄGT RUM BETRÄFFANDE DET TIDIGARE ÄKTENSKAPET MEN DÄR DETTA ÄR HALTANDE

Dessa fall har mycket litet uppmärksammat i schweizisk rätt. I doktrinen har det emellertid antagits, att om det första äktenskapet ingåtts i Schweiz i schweizisk rätts civila form, så kan nytt äktenskap inte ingås i Schweiz (utan föregående skilsmässa), även om

¹⁴⁴ BG 11.3.1948.

¹⁴⁵ Fallen KG 13.1.1925 och RG 24.1.1941, ovan under I D 2 s. 448 ff.

det första äktenskapet betraktas som ogiltigt i hemlandet.¹⁴⁶ Detta överensstämmer med vad som allmänt antages i tysk och österrikisk doktrin.

IV. FRANSK RÄTT

A. INLEDNING

Liksom i de förut berörda länderna bestäms enligt fransk IP de materiella förutsättningarna för äktenskaps ingående och giltighet i princip av vardera kontrahentens *lex patriae* vid tiden för äktenskapets ingående.¹⁴⁷ Denna regel härledes ur den allmänna (ensidiga) kollisionsnormen i C.c. art. 3 III:

Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étrangers.

Frankrike var från början anslutet till Haagkonventionen om äktenskaps ingående men frånträdde denna konvention redan år 1914.¹⁴⁸

En skillnad mellan fransk rätt och de förut berörda ländernas rätt, vilken torde ha avsevärd praktisk betydelse, är det i annat sammanhang omtalade förhållandet, att de franska civilståndsmyndigheterna inte anses skyldiga att vid hindersprövningen beakta främmande rätt *ex officio*.¹⁴⁹ Praktiskt sett innebär detta, att kontrahenterna, om de så önskar, äger ingå äktenskapet enligt fransk rätt, om förutsättningarna i denna är uppfyllda.

En annan skillnad gentemot tysk, österrikisk och schweizisk rätt är, att hindersprövningen enligt främmande rätt, i den mån sådan överhuvud kommer i betraktande, i regel inte företas på grundval av intyg från hemlandet om frånvaro av hinder för det tillämnade

¹⁴⁶ Beck 180.

¹⁴⁷ Batiffol DIP 483 ff.

¹⁴⁸ Batiffol DIP 34.

¹⁴⁹ Se om denna grundsats — vilken inte alltid varit rådande i fransk rätt men som upptagits i den nedannämnda instruktionen för de franska civilståndsmyndigheterna — Marquardt Certificat 51 ff, där det ges en historisk redogörelse för utvecklingen av frågan. Jfr också Batiffol DIP 484 och 1955—57: 46 f med kritik av instruktionen på denna punkt.

äktenskapet; skyldighet att förebbringa dylikt s.k. »certificat de capacité matrimoniale» föreligger inte. I stället användes vanligen s.k. »certificats de coutumes», vilka blott återger den främmande lagens bestämmelser i ämnet.¹⁵⁰

Den ovan nämnda uppfattningen, enligt vilken främmande rätt inte behöver beaktas ex officio, har i alla händelser varit rådande sedan 1955, då det franska justitieministeriet utfärdade en instruktion för civilståndsmyndigheterna bl.a. rörande äktenskaps ingående.¹⁵¹ Härur kan följande passus (art. 475) citeras:

Si les futurs époux ne se prévalent pas de leur loi nationale, l'officier de l'état civil doit se borner à leur *conseiller* de produire un certificat de coutume — — —.

En cas de refus, ou si le document produit révèle l'existence d'une incapacité au regard du statut personnel, *l'officier de l'état civil doit néanmoins célébrer le mariage, dès lors que les intéressés persistent dans leur projet et que les conditions exigées par la loi française interne sont remplies.* — — —.¹⁵²

Det åligger civilståndsmyndigheten i den i instruktionen förutsatta situationen att påpeka för kontrahenterna, att deras äktenskap riskerar att inte bli erkänt utomlands och ev. t.o.m. kan förklaras ogiltigt i Frankrike (nämligen om talan härom väckes av enskild taleberättigad person och med åberopande av personalstatutets regler).

Mot den nu skisserade bakgrunden är det knappast förvånande, att de här aktuella spörsmålen inte tycks ha vållat några problem vid äktenskaps ingående i Frankrike. De fall som förekommer i praxis rör alla den situationen, att det nya äktenskapet redan ingåtts — i Frankrike eller utomlands — och att fråga sedan uppkommer för fransk domstol om dess giltighet.

¹⁵⁰ Se härom Marquardt l.c.

¹⁵¹ Instruktionen är intagen i R 1955:574 ff med senare ändringar i R 1957:737 ff.

¹⁵² Jfr Ficker 1965:309, som uppger att denna föreskrift ofta tillämpas t.ex. beträffande spanska emigranter. — Kursiveringarna i citatet härrör från originalet.

B. FALL DÄR DET FÖRELIGGER EN FRANSK SKILSMÄSSODOM SOM INTE ERKÄNNES I NUPTURIENS HEMLAND ELLER EN UTLÄNDSK SKILSMÄSSODOM SOM ERKÄNNES I FRANKRIKE MEN INTE I HEMLANDET

Liksom i Tyskland har man i Frankrike haft att göra med två typer av fall, nämligen dels utländsk medborgares äktenskap efter skilsmässa som inte erkännes i hans hemland (1), dels äktenskap mellan en fränksild inländsk medborgare och en icke tidigare gift utlänning, vars hemland inte erkänner den franske kontrahentens skilsmässa (2).

1. Förstnämnda typ av fall uppmärksammades föga i äldre doktrin. I all regel hade äkta makar samma nationalitet, i det att hustrun, om hon före äktenskapet var medborgare i annan stat än mannen, genom vigseln förvärvade dennes nationalitet.¹⁵³ Och en fransk skilsmässa kunde inte komma till stånd, med mindre det var möjligt enligt den nationella lag, som sålunda var makarnas gemensamma. I de fall där skilsmässa mellan utländska medborgare beviljades i Frankrike, torde domen därför i regel också ha kommit att erkännas i hemlandet.

Vissa meningsskiljaktigheter framträdde dock tidigt rörande sådana fall, där endera maken under äktenskapet växlade nationalitet. Om t.ex. en fransk kvinna gift sig med en italienare och därigenom blivit italiensk medborgare men sedermera återförvärvat sitt franska medborgarskap, kunde hon enligt en i doktrin och praxis förekommande mening i fortsättningen åberopa sig på fransk rätt såsom sitt nya personalstatut till vinnande av skilsmässa vid fransk domstol, i strid med makarnas tidigare gemensamma personalstatut.¹⁵⁴ Härigenom uppkom en haltande skilsmässa.

Nämnda mening kom efter lång tids vacklan att segra i rättspraxis, nämligen genom de berömda, av Cour de Cassation på 1920-talet avgjorda rättsfallen *Ferrari*,¹⁵⁵ vilka avsåg just ett fransk-italienskt äktenskap och där skilsmässa slutligen beviljades i kraft av fransk rätt såsom hustruns-kärandens *lex patriae*. Den sålunda

¹⁵³ Jfr ovan kap. II s. 41 f.

¹⁵⁴ Se t.ex. Despagnet 821 ff. Annorlunda dock synbarligen flertalet fall ur praxis, jfr Batiffol DIP 513 not 60.

¹⁵⁵ Cass.civ. 6.7.1922 och 14.3.1928.

intagna ståndpunkten fick större praktisk betydelse, allteftersom frekvensen av »mariages mixtes» ökade. Denna ökning sammanhängde i sin tur med utvecklingen till en mera självständig ställning för hustrun i medborgarskapshänseende.¹⁵⁶ Ferrari-fallen kom också att följas av en lång serie av liknande avgöranden.¹⁵⁷

Vilken blev den utländske svarandens ställning efter en dylik skilsmässodom? Kunde han för sin del ingå nytt äktenskap i Frankrike? Denna fråga, vilken endast flyktigt berörts under tiden före Ferrari-avgörandena, kom att ge upphov till en kontrovers, som knappast är mindre berömd än rättsfallen själva och som under lång tid sysselsatte doktrinen. Svaret på frågan ansågs beroende av vilken konception som legat till grund för Ferrari-avgörandena. *I vilken egenskap* hade fransk rätt tillämpats i dessa fall? Två olika uppfattningar gjorde sig här gällande:

(a) Enligt den ena — »*la théorie distributive*» — skulle vardera maken i skilsmässohänseende bedömas *för sig*, enligt sin nationella lag, liksom sker beträffande förutsättningarna för äktenskaps ingående. Närmare bestämt innebar denna uppfattning till en början, att skilsmässodom kunde meddelas endast på talan av den make, enligt vars lag skilsmässa var möjlig; den italienske maken kunde inte såsom kärke utverka en skilsmässodom men väl hans franska eller tyska hustru (förutsatt att skilsmässa in concreto var möjlig enligt fransk resp. tysk rätt). Men vidare — och det är detta som här är det intressanta — skulle även *efter* den på hustruns talan meddelade domen och sedan hon alltså för sin del blivit fri från äktenskapet, italienaren förbli bunden av detsamma. Häri ligger bl.a., att italienaren (generellt: den utländske svaranden i skilsmässomålet, vars lag inte tillät beviljande av skilsmässa) inte kunde ingå nytt äktenskap.¹⁵⁸ I teorin var detta blott *ett* uttryck för att han inte genom domen förlorat sin äktenskapliga status.

¹⁵⁶ På denna väg slog den franska lagstiftningen in redan genom 1927 års medborgarskapslag. Se Batiffol DIP 141.

¹⁵⁷ Se t.ex. hänvisningarna hos Benjamin 91 noterna 91 och 92.

¹⁵⁸ Att detta är en logiskt nödvändig konsekvens av »*la théorie distributive*» framhölls i doktrinen redan före Ferrari-avgörandena t.ex. av Despagnet 822 (med hänvisningar i not 1). Att Ferrari-rättsfallen implicerade sagda konsekvens betonades ofta i doktrinen, samtidigt som »*la théorie distributive*» på grund härav kritiserades eller utdömdes såsom »bisarr», »paradoxal» e.l. Se t.ex. Audinet 1923: 15 f, Batiffol DIP 445, 513 f och 1953: 418 f, Benjamin 90 ff, Champcommunal 1929: 18 ff, Droz 127, Loussouarn 1952: 658 och Serin 230.

Denna uppfattning synes ha varit rådande redan före Ferrari-fallen, i den mån frågan då uppmärksammades, och har därefter hävdats såsom en riktig tolkning av dessa rättsfall.

(b) »La théorie distributive» vann dock inte allmän anslutning, vare sig såsom tolkning av Ferrari-fallen eller — än mindre — såsom i och för sig önskvärd. Det vore stötande och praktiskt omöjligt att genomföra en uppfattning, enligt vilken äktenskapet skulle vara upplöst för ene maken men inte för den andre; denne skulle få leva i ett slags skenvärld: »fantôme de mariage, fantôme de régime matrimonial, fantômes de droits et d'obligations».¹⁵⁹ Äktenskapet såväl som skilsmässan måste i stället, framhöll man, ses som ömsesidiga, med nödvändighet odelbara rättsförhållanden; äktenskapet måste antingen existera eller inte existera för båda dess kontrahenter. Skilsmässostatutet skulle vara en för båda parter gemensam »loi du lien», varav följde att skillnadsdomen från fransk rätts synpunkt befriade dem båda från äktenskapet. Som ifrågavarande »loi du lien» vore som huvudregel mannens *lex patriae* att anse. Ferrari-fallen och deras efterföljare finge tolkas så, att de innefattade ett undantag från denna regel, ett undantag som dikterats av hustruns franska medborgarskap. Så snart endera maken — mannen eller hustrun, käranden eller svaranden — hade franskt medborgarskap, skulle nämligen fransk rätt tillämpas såsom »la loi du lien».¹⁶⁰

Med denna konception skulle även den italienske mannen såsom kärande kunna erhålla skilsmässa från sin franska hustru enligt fransk rätt. Och i alla händelser skulle italienaren bli fri från äktenskapet genom en skilsmässodom som utverkats av hans franska hustru. Häri ligger även att han kunde ingå nytt äktenskap.¹⁶¹ Den

¹⁵⁹ Delaume 18.

¹⁶⁰ Så i synnerhet Niboyet, vars IP-rättsliga lära innefattade en systematisk preferens för fransk rätt i olika familjerättsliga relationer, så snart någon av de inblandade var fransk medborgare (fransk rätts »compétence politique» i motsats till dess »compétence juridique»). Se på den här ifrågavarande punkten Niboyet V 436 ff och Cours 543 f samt 1929: 211 och 1948: 114 ff. Så också Delaume 18 ff.

¹⁶¹ För omgiftets tillåtlighet och det nya äktenskapets giltighet uttalade sig, förutom de i not 160 nämnda författarna, bl.a. Aubry-Rau VII 363 not 4, Delaume 18 ff, Francescakis Renvoi 215 ff, Holleaux 1952: 190 f, 1954: 139, 1955: 151 ff, 195. 201. 228 f samt FamRZ 1963: 637, Lerebours-Pigeonnière DIP (2 u.) 377, Louis-Lucas R 1957: 170 ff (med kritik av den tyska och schweiziska praxis i motsatt riktning), Loussouarn 1952: 659 och Serin 230 f. — A.m. Planiol-Ripert

omständigheten, att detta nya äktenskap skulle bli haltande, synes man i fransk doktrin inte benägen att lägga någon större vikt vid.¹⁶²

Den på Ferrari-fallens grundval förda diskussionen har alltså inte begränsats till att gälla, huruvida den i strid med sitt personalstatut fränskilde utlänningen ägde ingå nytt äktenskap, utan har teoretiskt sett gällt frågan huruvida skilsmässodomen *överhuvud* skulle anses medföra upplösning av äktenskapet för hans del. Praktiskt sett är det dock klart, att meningsskiljaktigheterna åtminstone huvudsakligen gällt förstnämnda spörsmål.

Båda de här omtalade uppfattningarna har stöd i fransk *rättspraxis*, t.o.m. i avgöranden från samma domstol, Tribunal de la Seine. I två fall som på 1940-talet kom upp för denna domstol hade hustrun, som var fransk medborgare, vid fransk domstol utverkat skilsmässa från sin italienske make och hade denne sedan ingått nytt äktenskap i Frankrike. Hustrun i det nya äktenskapet förde talan om ogiltigförklaring härav.

I det första av dessa rättsfall, *Petrone*,¹⁶³ bifölls yrkandet: Mannen hade enligt sitt personalstatut trots skilsmässodomen alltså varit bunden av sitt första äktenskap vid tiden för omgifet. Följaktligen hade han inte haft »la capacité requise pour contracter un nouveau mariage» och skulle detta äktenskap förklaras ogiltigt.

I det andra fallet, *Sciachi*,¹⁶⁴ blev utgången den motsatta. I domskälen till detta fall fastslogs bl.a., att upplösningen av det äktenskapliga bandet genom den franska skillnadsdomen

se produit, pour la loi française, de façon *nécessairement indivisible* à l'égard des deux époux

samt att

en raison de la chose jugée par une décision irrévocable d'une juridiction française, le mari étranger doit être considéré en France comme désor-

136 samt, i fall där skilsmässodomen meddelats av *utländsk* domstol och ej erhållit exequatur i Frankrike, Lagarde Ordre public 75, 84, 86 och 1960: 471, 481 f (jfr beträffande Lagarde ovan kap. IV s. 102 ff).

¹⁶² Jfr särskilt Holleaux FamRZ 1963: 637 — som hävdar att otaliga människor faktiskt lever »ganz gemütlich» i haltande familjerättsförhållanden — samt Louis-Lucas R 1957: 172 f och Niboyet V 444.

¹⁶³ Trib. Seine 2.6.1942. — Jfr även Lyon 2.1.1929.

¹⁶⁴ Trib. Seine 17.3.1948. — Se även rättsfallet Trib. Belfort 19.3.1952 (obiter) och Batiffol 1955—57: 52, som uppger sig känna till tre avgöranden i samma riktning.

mais libéré par le divorce de tout lien conjugal, et apte de ce fait à contracter une nouvelle union valable au regard du droit français (puisqu'aussi bien l'état d'époux divorcé à lui conféré par la loi française est nécessairement défini par cette seule loi quant à ses effets et régi par elle seule) — — —.

Numera har tolkningsstriden kring Ferrari-avgörandena avblåsts och har klarhet skapats i det här aktuella spørsmålet. Detta sammanhänger med att de franska domstolarna — med Cour de Cassation i spetsen och med början i rättsfallet *Rivière* — under 1950-talet slagit in på en ny väg beträffande skilsmässa i »mariages mixtes», varigenom Ferrari-fallen förlorat sin aktualitet. Den nya praxis innebär, att makarnas nationella lagar vid »mariages mixtes» får träda tillbaka för (i första hand) deras gemensamma *lex domicilii*.¹⁶⁵ Med denna lösning råder det inte någon tvekan om att skilsmässan beviljas i kraft av en för äktenskapet som sådant tillämplig »loi du lien» och att den därför befriar båda makarna från äktenskapet. Något utrymme för den distributiva teorin finns inte längre. I enlighet härmed synes enighet också råda i den nuvarande franska doktrinen om att det tidigare äktenskapet ej heller utgör hinder för omgifte i Frankrike, även om skilsmässodomen inte erkännes i utlänningens hemland.¹⁶⁶

Till klart uttryck har denna uppfattning kommit i den förut nämnda instruktionen för de franska civilståndsmyndigheterna av år 1955. I denna instruktion upptages särskilda regler (art. 478, jfr art. 514) beträffande utländska medborgare, vilkas föregående äktenskap upplösts »contrairement aux règles de leur statut personnel». Sådana personer äger ingå äktenskap inför fransk civilståndsmyndighet, om

(1) skilsmässodomen meddelats av *fransk* domstol och vunnit laga kraft (på denna punkt hänvisas i instruktionen till fallet *Sciachi* ovan); eller

(2) den lagakraftvunna skilsmässodomen emanerar från *utländsk* domstol och ej förklarats »inopposable» i Frankrike (sistnämnda villkor syftar på möjligheten i fransk rätt att föra en

¹⁶⁵ Se ovan kap. II s. 45 med hänvisningar i not 80.

¹⁶⁶ Se t.ex. *Batiffol DIP 514* (implicite) och 1955—57: 52 samt Benjamin 128. Saken anses numera så klar, att den ofta inte ens omnämnes i nyare framställningar i den franska doktrinen.

negativ fastställsetalan, som går ut på att domen förklaras icke kunna erkännas i Frankrike).¹⁶⁷

I båda dessa fall åligger det civilståndsmyndigheten att underätta kontrahenterna om att deras äktenskap löper risk att inte erkännas i utlandet. Men om kontrahenterna vidhåller sin avsikt att likväl ingå äktenskapet (»s'ils persistent dans leur projet»), är civilståndsmyndigheten skyldig förrätta vigseln.

Läget i fransk rätt skiljer sig alltså från det som är rådande i de förut genomgångna länderna. Däremot stämmer det överens med vad som för tysk rätts del nyligen föreslagits inom Deutscher Rat för IPR och i Bundestag.

2. I fransk doktrin och praxis har man vidare haft att göra med fall där det varit den *franske* kontrahentens skilsmässa som inte erkänts i den utländske kontrahentens hemland. Utgångspunkten är här några fall ur rättspraxis från tiden omkring 1920, där äktenskap hade ingåtts i Frankrike mellan en fransyska, som tidigare varit gift (med en fransk medborgare) och vars äktenskap upplösts av fransk domstol, och en *spansk* medborgare.¹⁶⁸ Talan fördes om ogiltigförklaring av de nya äktenskapen på den grund, att den franska skilsmässodomen var utan verkan enligt spansk rätt.

I ett av dessa fall¹⁶⁹ bifölls yrkandet. Som motivering anfördes att den frånskilda franska kontrahenten genom giftermålet blivit spansk medborgare och till följd därav omedelbart underkastad spansk rätt, enligt vilken hon alltså var bunden av det föregående äktenskapet.

Här föreligger, såsom påpekats i doktrinen,¹⁷⁰ ett uppenbart cirkelslut. Om hustrun överhuvud blev spansk medborgare (vilket inte torde ha varit fallet), kan det inte ha varit förrän i och med det nya äktenskapets ingående. Intill dess var hon i alla händelser fransk medborgare. Förutsättningarna för äktenskaps ingående skulle därför, såvitt henne angick, be-

¹⁶⁷ Beträffande sådan fastställsetalan se rättsfallet Cass.civ. 22.1.1951 (Weiller) med kommentar av Francescakis i Jurisprudence 229 ff samt, bland de många epilögerna till detta rättsfall, Cass.civ. 2.4.1957 och härtill Francescakis Jurisprudence 305 ff.

¹⁶⁸ Trib. Seine 5.5.1919, Trib. Montpellier 18.3.1920 och Aix 24.1.1924 (underinstans: Trib. Nice 26.6.1923).

¹⁶⁹ Trib. Montpellier 18.3.1920.

¹⁷⁰ Se t.ex. Batiffol DIP 425 not 75, Holleaux 1955: 199 not 2 och Niboyet V 319.

dömas enligt fransk rätt. I detta hänseende förelåg överhuvud inget problem. Vad saken gällde var i verkligheten, om spansk rätts uppfattning av hustruns tidigare äktenskap såsom alltjämt bestående skulle tillerkännas relevans med hänsyn därtill, att *mannen* var spansk medborgare och spansk rätt därför var *hans* personalstatut.

I de övriga fallen blev utgången den motsatta: det nya äktenskapet ansågs giltigt. I dessa fall betonades å ena sidan, att hustrun genom den franska skilsmässodomen erhållit full frihet att ingå nytt äktenskap, å andra sidan att det enligt spansk rätt inte förelåg något *till mannen själv hänförligt* hinder för äktenskapet (mannen »n'est frappé personnellement au regard de la loi espagnole d'aucune incapacité»).¹⁷¹ Visserligen skulle spansk rätt likväl ha motsatt sig det nya äktenskapets ingående med hänsyn till hustruns tidigare äktenskap. Men på denna punkt kunde den spanska rätten inte lända till efterrättelse i Frankrike:

— — — décider autrement serait limiter en l'espèce la capacité de contracter mariage qui existe au profit d'une Française divorcée, et violer ainsi leur (=de franska domstolarnas) règle d'ordre public.¹⁷¹

Ett av dessa fall¹⁷¹ avgjordes f.ö. med tillämpning av Haagkonventionen om äktenskaps ingående (vilket i och för sig var felaktigt).¹⁷² Även inom ramen härför ansågs resp. kontrahents nationella lag skola tillämpas allenast såvitt angick hans »capacité personnelle», d.v.s. till *honom själv* hänförliga egenskaper. Den spanska rättens äktenskapshinder behövde därför inte respekteras, när det förelåg i den franska kontrahentens person.

I den franska *doktrinens* kommentarer till dessa rättsfall var meningarna en tid delade. Flera författare hävdade, att den spanska rättens ståndpunkt borde respekteras och att det nya äktenskapet således borde förklaras ogiltigt.¹⁷³ Det vore godtyckligt att göra skillnad mellan dessa fall och de (ovan under 1 behandlade) fall, där skilsmässodomen avsåg den spanske kontrahenten själv. I båda

¹⁷¹ Trib. Seine 5.5.1919.

¹⁷² Rättsfallet avsåg visserligen förhållanden som uppkommit medan Frankrike ännu var anslutet till konventionen, men denna var likväl inte tillämplig, då Spanien aldrig tillhört konventionen. Se R 1919: 553.

¹⁷³ Så med ingående argumentering Champcommunal 1921: 41 ff, ish 47 ff. Se vidare Weiss 544 ff (sakkunnigutredning i fallet Trib. Seine 5.5.1919) ävensom hänvisningarna hos Serin 94 not 4 och Benjamin 128 not 29.

fallen förelåg det enligt spansk rätt hinder för den spanske kontrahenten att ingå det tillämnade äktenskapet och borde den spanska rättens uppfattning följas.

Flertalet författare tog dock ställning för det nya äktenskapets giltighet.¹⁷⁴ Det ansågs — även om hinder för omgifte finge anses möta i de fall där skilsmässodomen avsåg den spanske medborgaren (såsom enligt den distributiva teorin) — inte förenligt med fransk ordre public att ge spansk rätt (vars regel om icke-erkännande av utländska skilsmässodomar i sin tur är ett utflöde av fransk ordre public) ett så vidsträckt tillämpningsområde som här ifrågasatts.

Sistnämnda ståndpunkt synes numera vara allena rådande.¹⁷⁵ Det är de lege lata knappast längre något tvivel om att den icke tidigare gifte spanjoren kan ingå ett giltigt äktenskap i Frankrike med en genom fransk skilsmässodom frånskild fransk eller utländsk medborgare.¹⁷⁶ Detta är naturligt och följdriktigt med hänsyn till den utveckling som under senare tid ägt rum beträffande de fall som diskuterats under 1. Sedan den distributiva teorin övergetts, anses giltigt omgifte ju kunna komma till stånd, även om spanjoren själv tidigare varit gift.

Även i här berörda fall torde fransk rätt således skilja sig åtminstone från vad som gäller enligt den tyska Bundesgerichtshofs praxis vid äktenskaps ingående.

C. FALL DÄR DET FÖRELIGGER EN UTLÄNSK SKILSMÄSSODOM SOM INTE ERKÄNNES I FRANKRIKE

1. *Det nya äktenskapet skall ingås i Frankrike*

I motsats till vad som gäller i flera andra länder, bl.a. Tyskland och Österrike, ger enligt fransk rätt en utländsk skilsmässodom möjlighet till omgifte i Frankrike utan krav på särskild fastställelse av att domen erkännes i Frankrike. Detta är i överensstämmelse med en i fransk rättspraxis redan under 1800-talet utbildad grund-

¹⁷⁴ Se Serin 89 ff med talrika hänvisningar å s. 94 not 4 till äldre doktrin.

¹⁷⁵ Se ur den nyare doktrinen Aubry-Rau VII 146, Batiffol DIP 424 f, Benjamin 128, Holleaux 1955: 199, Lerebours-Pigeonnière DIP 540 f och Niboyet V 317 ff (jfr Niboyet Manuel 751 f). Tvivlande Planiol-Ripert 136.

¹⁷⁶ Jfr Ficker 1965: 312.

sats, enligt vilken utländska statusdomar, däribland skilsmässodomar, tillägges verkan i Frankrike »de plein droit», d.v.s. utan krav på exequaturbeslut av fransk domstol.¹⁷⁷

Detta innebär dock inte, att franska myndigheter avstår från all »kontroll» av utländska skilsmässodomar. Fastmera måste den utländska domen uppfylla de franska IP-reglernas krav på »régularité», d.v.s. den utländska domstolen skall enligt fransk uppfattning ha varit behörig, ha tillämpat från fransk synpunkt »rätt» lag o.s.v.¹⁷⁸ Skillnaden gentemot tysk och österrikisk rätt inskränker sig till att det inte behövs något särskilt fastställelsebeslut att nämnda förutsättningar är uppfyllda.

Att märka är emellertid, att »kontrollen» beträffande utländska skilsmässodomar huvudsakligen synes ske *i efterhand*, sedan nytt äktenskap ingåtts och talan om ogiltigförklaring av detsamma anställt vid fransk domstol.¹⁷⁹ I samband med omgifte synes endast en ganska summarisk prövning av den utländska domen äga rum. Detta framgår av den ovan under B 1 s. 473 refererade delen av instruktionen för de franska civilståndsmyndigheterna. Enligt denna instruktion (art. 478) äger en frånskild utländsk medborgare ingå nytt äktenskap i Frankrike, om blott den utländska skilsmässodomen vunnit laga kraft och inte förklarats »inopposable» i Frankrike. Vid omgifte synes m.a.o. en *presumption* gälla för den utländska domens »régularité», en *presumption* som enligt instruktionen brytes endast genom fransk domstols dom på »inopposabilité». Härigenom är det möjligt att omgifte kommer till stånd i Frankrike, oaktat det principiellt ställda kravet på domens »régularité» i verkligheten inte är uppfyllt.

Ingenting tyder på att det i detta sammanhang har någon betydelse, att den utländska skilsmässodomen erkännes i nupturientens hemland. Uppenbarligen hjälper ett sådant erkännande inte, om den utländska domen förklarats »inopposable» i Frankrike.

¹⁷⁷ Principen går tillbaka på rättsfallet Cass.civ. 28.2.1860 (Bulkley). Se härom Batiffol DIP 867 ff.

¹⁷⁸ Batiffol DIP 878 f.

¹⁷⁹ Jfr t.ex. Batiffol DIP 868, 871, 879 f.

2. *Det nya äktenskapet har redan ingåtts; är det giltigt?*

a) Har nytt äktenskap ingåtts i *Frankrike*, ehuru den utländska skilsmässodomen inte uppfyllt de franska IP-reglernas förutsättningar för »régularité», torde det nya äktenskapet kunna förklaras ogiltigt. Såsom nämnts under 1, utövas »kontrollen» beträffande utländska skilsmässodomar till stor del just genom domstolarnas prövning ex post. Ingenting talar heller här för att det skulle spela någon roll, att domen erkännes i nupturientens hemland¹⁸⁰ (utöver den betydelse detta kan ha inom ramen för prövningen av den utländska domen enligt fransk rätts *egna* IP-regler).

Från rättspraxis kan i detta sammanhang nämnas ett fall,¹⁸¹ där det visserligen inte var fråga om verkan av utländsk skilsmässodom utan av en i Frankrike utan medverkan av domstol åstadkommen religiös skilsmässa enligt judisk rit. Efter denna skilsmässa hade mannen, en rysk jude, ingått nytt äktenskap i Frankrike. På talan av H¹ förklarades detta nya äktenskap ogiltigt, enär det första äktenskapet från fransk rätts synpunkt inte blivit lagligen upplöst vid tiden för omgifet. Hänsyn togs inte till det förhållandet, att skilsmässan ev. var giltig enligt rysk rätt, mannens personalstatut vid omgifet.

Nämnda rättsfall är en parallell till de ovan under I E s. 452 f omtalade fallen ur tysk rättspraxis.

b) Ogiltigförklaring av det nya äktenskapet har också skett i fall där det nya äktenskapet ingåtts *utomlands* efter skilsmässodom som inte erkänts enligt franska IP-regler. Så i följande avgörande från äldre praxis:¹⁸²

Domstol i Preussen hade år 1899 dömt till skilsmässa mellan italienska makar. Domen hade, i överensstämmelse med dåvarande preussiska IP-regler, meddelats med tillämpning av lex fori. Enligt italiensk rätt hade skilsmässa inte kunnat komma till stånd. Kort tid efter domen hade de frånskilda vunnit preussisk nationalitet och därigenom också förlorat sitt italienska medborgarskap. Därefter hade hustrun sökt ingå nytt äktenskap i Frankrike med en fransman. Sedan vid lysningsförfarandet hinder häremot rests av den franske kontrahentens fader (jfr reglerna i C.c. art. 172 ff om »opposition»), hade nupturienterna begett sig till England och

¹⁸⁰ Jfr Francescakis 1955: 585 f.

¹⁸¹ Trib. Seine 25.4.1938.

¹⁸² Trib. Seine 10.7.1901.

låt it viga sig i London. Mannens fader yrkade nu, att detta äktenskap skulle förklarar ogiltigt.

Beträffande frågan om den preussiska skilsmässodomens verkan fann den franska domstolen sig enligt fransk rätts IP-regler ha att beakta makarnas (i det första äktenskapet) personalstatut vid tiden för skilsmässan. Vid denna tidpunkt hade makarna varit italienska medborgare. Enligt italiensk rätt hade domen ej annan verkan än såsom dom på »séparation de corps». Följaktligen hade mannen vid tiden för omgifftet alltjämt varit bunden av det första äktenskapet och skulle det andra äktenskapet förklarar ogiltigt.

Frågan om den tyska skilsmässodomens verkan prövades här med utgångspunkt från fransk rätts egna IP-regler. När dessa regler befanns hänvisa till italiensk rätt, var saken klar. Inget avseende fästes vid den omständigheten, att hustrun *vid tiden för omgifftet* blivit tysk medborgare¹⁸³ och att det tidigare äktenskapet från tysk rätts synpunkt var upplöst.

Överhuvud synes de franska domstolarna genomgående ha hållit sig till fransk rätts egna IP-regler, när det gällt att ta ställning till utländsk skilsmässodoms och därpå följande nytt äktenskap. Avvikelser från dessa regler har åtminstone inte öppet redovisats. Emellertid har domstolarna ibland varit så »liberala» vid sitt handhavande av de franska IP-reglerna — vilka inte är fixerade i lag — att dessa regler i realiteten knappast kan sägas ha upprätthållits. Detta förfaringsätt framträder tydligt i följande fall:¹⁸⁴

Makarna i det första äktenskapet var argentinska medborgare. Äktenskapet hade upplösts genom dom av en domstol i New York i strid med argentinsk rätt, som inte erkände domen. H hade därefter, likaledes i New York, ingått ett nytt, i denna stat fullt giltigt äktenskap med M², en amerikansk medborgare. Sedan H och M² flyttat till Frankrike, yrkade H att deras äktenskap skulle förklarar ogiltigt, emedan hon enligt argentinsk rätt — som påstods tillämplig i målet — alltjämt vore bunden av sitt första äktenskap.

Enligt den grundsats som kommit till uttryck i närmast föregående fall synes det klart att H:s talan bort bifallas. Emellertid

¹⁸³ Detta förhållande synes ha förbisetts även i vissa kommentarer till rättsfallet. Se sålunda Neumayer 1955: 78 not 22, Ponsard 1955: 11 och Süss 1949: 252.

¹⁸⁴ Trib. Seine 11.7.1918. — Se även Trib. Seine 18.11.1901, där en tysk skilsmässodoms mellan italienska medborgare från tiden före år 1900 ansågs böra erkännas i Frankrike, alltså motsatt bedömning mot det i not 182 citerade fallet, som avgjordes av samma domstol några månader tidigare. Jfr till de båda i denna not citerade rättsfallen Lepaulle DIP 246 f och Makarov 1955: 443.

ansåg sig domstolen här inte utan vidare behöva lägga argentinsk rätt till grund för sitt avgörande, såsom skedde beträffande italiensk rätt i föregående fall:

Man kunde inte, menade domstolen, bortse från de närmare omständigheter, varunder det nya äktenskapet ingåtts. Det rörde sig här om ett äktenskap som visserligen var ogiltigt i H:s hemland men som var giltigt i det land där det ingåtts, tillika M:s hemland. I detta läge hade domstolarna i andra länder — här Frankrike — att träffa ett val mellan de båda främmande staternas lagar. Härvid hade de »en vertu d'une doctrine courante et conforme à la raison, et d'après les circonstances de fait» frihet att upprätthålla äktenskapets giltighet.

Vid den synbarligen mycket fria prövning av omständigheterna in concreto som härefter företogs beaktades särskilt, att H för egen del varit aktivt verksam för att få domen till stånd och omedelbart där- efter dragit fördel av densamma genom att ingå äktenskapet med M² samt att hon alltsedan dess, en tid av ca 8 år, själv betraktat sig som lagligen gift med denne och även blivit så behandlad både i USA och i Frankrike, där hon före detta mål också hade väckt en (sedermera återkallad) talan om skilsmässa mot M².

Konklusionen blev att ingenting kunde rättfärdiga att en fransk domstol gäve företråde åt argentinsk rätt framför New Yorks rätt, vilken upprätthöll äktenskapets giltighet. H:s talan lämnades därför utan bifall.

Denna dom — som är en viss, ehuru inte fullständig parallell till det tyska Kammergericht-rättsfallet från 1925 (ovan under I D 2 s. 448) — bär en kasuistisk prägel. Domstolen synes ha lagat efter lägligheten. Starka skäl talade enligt domstolens mening här, till skillnad från förhållandet i föregående fall, för att upprätthålla det nya äktenskapets giltighet. För att komma dithän var det nödvändigt att göra ett avsteg från eljest tillämpade franska IP-regler. Enligt dessa regler hade domstolen som sagt bort finna, att skilsmässodomen inte kunde erkännas, då den stod i strid med argentinsk rätt, makarnas i det första äktenskapet gemensamma personalstatut; och på grund härav hade det nya äktenskapet bort förklaras ogiltigt. I stället gjorde domstolen en »uppvärdering» av den anknytning som förelåg till den validerande amerikanska rätten och kom på så vis till önskat slut. Faktiskt kan domen i denna del sägas innefatta en *lex causae*-lösning på Vorfrage-problemet (ehuru domstolen förvisso var fjärran från att diskutera saken i dessa termer): tillämpligheten av New Yorks rätt beträffande det nya äktenskapets giltighet ansågs inkludera jämväl spørsmålet om det tidigare äktenskapets existens. Det var ju New York-rättens inställning på just denna punkt som var avgörande för utgången.

V. BELGISK RÄTT

A. Utgångspunkterna är här väsentligen desamma som i fransk rätt. Den grundläggande kollisionsnormen är sålunda C.c. (belge) art. 3 III, ur vilken härledes principen om distributiv tillämpning av vardera nupturientens *lex patriae* beträffande äktenskapets »*conditions de fond*».¹⁸⁵ Belgien är inte anslutet till Haagkonventionen om äktenskaps ingående.¹⁸⁶ Beträffande sättet för hindersprövningen överensstämmer belgisk rätt med fransk rätt såtillvida, att någon skyldighet att förebringa »*certificat de capacité matrimoniale*» inte föreligger.¹⁸⁷

B. I belgisk doktrin och rättspraxis har, liksom i den tyska och franska, Vorfrage-problematiken varit aktuell i två situationer:

1. Frågan om utländsk medborgares omgifte efter det hans tidigare äktenskap upplösts av inländsk domstol genom dom som inte erkännes i hans hemland uppkom, liksom i Frankrike, i anslutning till spörsmålet om den kollisionsrättsliga behandlingen av skilsmässa i »*mariages mixtes*». Vid de belgiska domstolarna förekom under 1920-talet och framåt en rad fall, där belgisk hustru yrkade skilsmässa i mål mot sin utländske make — oftast italienare eller spanjor — enligt vars personalstatut skilsmässa inte kunde komma till stånd. Den tämligen stora frekvensen av dylika mål sammanhänge, liksom motsvarande fenomen i Frankrike, med reformer av den belgiska medborgarskapslagstiftningen, vilka möjliggjorde för hustrun att vid giftermål med utlänning behålla sitt belgiska medborgarskap eller att senare återförvärva detsamma.¹⁸⁸

De belgiska domstolarnas praxis i dessa skilsmässomål var, såsom i annat sammanhang omtalats, länge vacklande.¹⁸⁹ I åtskilliga fall ansåg domstolarna, att hustrun ägde åberopa sig på sitt belgiska personalstatut, och beviljades med stöd därav skilsmässa.¹⁹⁰ Denna

¹⁸⁵ Se Graulich 68, 108 ff.

¹⁸⁶ Belgien var från början anslutet till konventionen men frånträdde densamma redan år 1919. Se Graulich 13.

¹⁸⁷ Marquardt *Certificat* 61.

¹⁸⁸ Se härom t.ex. De Page 482 ff, 485 f.

¹⁸⁹ Jfr ovan kap. VIII s. 258 ff.

¹⁹⁰ Se t.ex. Civ. Bruxelles 27.6.1928 och 20.5.1931 samt Gand 17.6.1948. Andra sådana fall — där dock möjligen äktenskapets ogiltighet i mannens hemland

praxis är en motsvarighet till Ferrari-fallen och deras efterföljare i fransk praxis (se ovan under IV B 1 s. 469). I andra fall vägrades emellertid skilsmässa under hänvisning till mannens lag. Härvid ansågs antingen att denna lag ensam vore tillämplig i »mariages mixtes» eller att kumulation av båda makarnas personalstatut borde ske.¹⁹¹ Sistnämnda ståndpunkt blev den som till sist segrade, genom de av den belgiska Cour de Cassation på 1950-talet avgjorda rättsfallen *Rossi*.¹⁹²

I flera av de nämnda rättsfallen — både i dem där skilsmässa beviljats och i dem där skilsmässa vägrats — möter i domskälen uttalanden om vilken verkan en skilsmässodom skulle få, om sådan dom meddelades. Genomgående synes domstolarna härvid utgå från den distributiva teorin (om denna teori se ovan under IV B I s. 470). Häri ligger bl.a., att skilsmässodomen *inte* ansågs bana väg för omgifte för den utländske mannens del.

Sålunda återkommer i de rättsfall där skilsmässa beviljats ofta en passus av följande typ:

Attendu que si, nonobstant l'admission du divorce, le mariage subsiste à l'égard de l'intimé en vertu de sa loi nationale, cet effet regrettable du conflit des lois n'est pas de nature à enlever à la femme un droit qui résulte pour elle de son statut personnel; — — —.¹⁹³

De fall åter där skilsmässa vägrats under hänvisning till mannens lag skiljer sig härifrån endast såtillvida, att en annan värdering anlägges i det citerade hänseendet. Det förhållandet, att äktenskapet, om skilsmässa beviljades med stöd av den belgiska hustruns lag, skulle bli upplöst blott för hennes del men alltjämt äga bestånd för mannens del, åberopas som ett avgörande skäl mot bifall till hustruns

haft avgörande betydelse — har citerats ovan i kap. VIII not 142. Se vidare Hennebicq 322, 324.

¹⁹¹ Se t.ex. Civ. Liège 8.11.1929, Bruxelles 9.7.1932, Liège 7.7.1938 och 10.3.1949, Civ. Anvers 11.7.1951 ävensom Civ. Bruxelles 5.4.1952 (i sistnämnda fall beviljades visserligen skilsmässa men endast med kumulerad tillämpning av belgisk och polsk rätt såsom H:s resp. M:s personalstatut). Andra sådana fall har citerats ovan i kap. VIII not 146. Se vidare Hennebicq 322 (beträffande kumulation) och 326 (beträffande användning av mannens lag).

¹⁹² Cass. 16.5.1952 och 16.2.1955 (vid sistnämnda tillfälle i Chambres réunies).

¹⁹³ Gand 17.6.1948. Se även övriga i not 190 citerade fall.

runs talan. Sålunda säger t.ex. Cour de Cassation i ett av Rossi-fallen:¹⁹⁴

Attendu qu'il ne se conceïtoit pas que le lien matrimonial soit rompu à l'égard de l'un des époux et subsiste à l'égard de l'autre; — — —.

Uttalanden som utgår från den distributiva teorin möter också i doktrinen kommentarer till rättspraxis.¹⁹⁵ Stundom hävdas det dock i doktrinen, att även den utländske medborgaren, ehuru hans »capacité» i princip skall bedömas enligt hans hemlands lag, bör få ingå nytt äktenskap i Belgien.¹⁹⁶ Detta motiveras med hänvisning till belgisk ordre public, vilken skulle kräva att den belgiska skilsmässodomen lände till efterrättelse i Belgien även för mannens del.

Det system av kumulativ tillämpning av makarnas leges patriae beträffande skilsmässa i »mariages mixtes» som etablerats av Cour de Cassation på 1950-talet blev inte långvarigt. Såsom i andra sammanhang redan omnämnts, infördes ett nytt system genom lagstiftning år 1960.¹⁹⁷ Enligt denna lagstiftning tillämpas i princip endast belgisk rätt såsom lex fori i *alla* skilsmässomål. Klart är att det härigenom inte blir något utrymme för »la théorie distributive». Lex fori tillämpas av de belgiska domstolarna — liksom lex domicilii eller lex fori av de franska domstolarna vid »mariages mixtes» — såsom en för makarna gemensam »loi du lien». Inget tvivel råder därmed om »la bilatéralité des effets du divorce».¹⁹⁸

På grund härav och då en lex causae-lösning på Vorfrage-problemet förmodligen inte är aktuell för belgisk rätts del, kan det antas att den utländske kontrahenten numera äger ingå äktenskap (och att detsamma blir giltigt) i Belgien, utan hinder av att den belgiska skilsmässodomen inte erkännes i hans hemland.¹⁹⁹ Rättsläget är m.a.o. sannolikt detsamma som i Frankrike men torde skilja sig från vad som gäller i Tyskland, Österrike och Schweiz.

2. Liksom i tysk och fransk praxis har man i belgisk praxis också haft att göra med äktenskap mellan frånskild inländsk med-

¹⁹⁴ Cass. (Chambres réunies) 16.2.1955. Se även övriga i noterna 191—192 citerade fall.

¹⁹⁵ Se t.ex. Dubois-Clavier 496 f och Hennebicq 324 med hänvisningar.

¹⁹⁶ Se t.ex. Abrahams 404 med hänvisningar.

¹⁹⁷ Jfr ovan kap. II vid noterna 68 och 101 samt kap. VIII vid not 149.

¹⁹⁸ Jfr Francescakis-Gothot 259 not 2.

¹⁹⁹ Jfr Graulich 169 ff.

borgare och utlänning (spanjor), vars hemland inte erkänt skilsmässan och därför betraktat det nya äktenskapet som ogiltigt. Så i följande fall:²⁰⁰

H var en frånskild belgisk medborgare, M spanjor. Äktenskapet hade ingåtts i Belgien. H, som behållit sin belgiska nationalitet, yrkade först skilsmässa. Underinstansen ²⁰¹ hade lämnat denna talan utan bifall under hänvisning till skilsmässoförbudet i spansk rätt.

Därefter hade H väckt talan vid samma domstol om ogiltigförklaring av äktenskapet under åberopande av sitt tidigare äktenskap, vilket enligt spansk rätt alltjämt ägde bestånd. Underinstansen ²⁰² hade också funnit, att M på grund härav enligt spansk rätt, vilken skulle tillämpas beträffande honom, saknat »capacité» att ingå det ifrågavarande äktenskapet, men likväl ogillat H:s talan på den grund, att tillämpning av den spanska rätten skulle strida mot belgisk ordre public.

Även appelldomstolen, dit H fullföljt talan mot båda domarna, fann spansk rätt tillämplig beträffande M:s »capacité» att ingå äktenskapet med H men ansåg, till skillnad från underinstansen, att det enligt spansk rätt föreliggande äktenskapshindret inte stred mot belgisk ordre public. Vid denna bedömning beaktades särskilt, att M för sin del i sitt hemland kunde göra gällande äktenskapets ogiltighet, medan H — då skilsmässa inte kunde komma till stånd — skulle förbli bunden för livet av äktenskapet.

Slutet blev därför, att H:s yrkande om ogiltigförklaring bifölls. Vid denna utgång behövde frågan om skilsmässa inte prövas (uppenbarligen ansåg dock även appelldomstolen att skilsmässa inte var möjlig).

Denna dom innefattar en lex causae-lösning på Vorfrage-problemet: frågan om beståndet av H:s tidigare äktenskap, såvitt angick M:s »capacité» att ingå äktenskapet med henne, avgjordes enligt spansk rätt såsom lex causae i denna del.²⁰³ Lösningen stämmer överens med tysk praxis (åtminstone vad angår äktenskaps ingående i Tyskland) och med ett fall från fransk praxis men skiljer sig från fransk praxis i övrigt.

Tydligt synes vara, att appelldomstolen vid sitt avgörande tog hänsyn till att skilsmässa (enligt dåvarande belgiska IP-regler härom) inte var möjlig. Det uppfattades som otillfredsställande att den belgiska H inte på något sätt skulle kunna bli fri från äktenskapet, medan M, som synbarligen hade återvänt till Spanien, i detta

²⁰⁰ Bruxelles 14.12.1955.

²⁰¹ Civ. Anvers 11.7.1951.

²⁰² Civ. Anvers 18.12.1952.

²⁰³ Kritiskt mot denna tillämpning av främmande IP-regler Rigaux 1957: 75 och Van Hecke-Rigaux 369 f. Kritiskt mot domen även De Keersmaecker 112 ff.

land inte var bunden av förbindelsen. Ogiltigförklaringen fick fungera som surrogat för skilsmässa.²⁰⁴

En annan utväg ur dilemmat synes dock, såsom påpekats av Rigaux,²⁰⁵ ha funnits i detta fall. Det andra äktenskapet hade nämligen ingåtts endast i belgisk rätts civila form och torde av denna anledning ha varit ogiltigt i Spanien. Häri hade legat ett skäl att bevilja skilsmässa med tillämpning av enbart belgisk rätt, såsom förordats av Rigaux och såsom de belgiska domstolarna möjligen även gjort i vissa tidigare fall.

Huruvida avgörandet i det här refererade rättsfallet alltjämt skulle stå sig synes ovisst.²⁰⁶ En omständighet som avgjort talar mot ett sådant antagande är den senare utvecklingen av den under 1 behandlade frågan. Om det tidigare äktenskapet efter belgisk skilsmässodom inte anses utgöra något hinder för (giltigt) omgifte, såvitt det är den spanske kontrahenten *själv* som tidigare varit gift — och denna uppfattning är som sagt förmodligen gällande belgisk rätt — vore det besynnerligt om något annat skulle gälla, när det endast är den belgiske medkontrahenten som förut varit gift.

Att märka är f.ö. att något praktiskt behov av ogiltigförklaring som surrogat för skilsmässa i situationer av den typ som förelåg i rättsfallet ovan numera knappast finnes. Enligt 1960 års lagstiftning kan skilsmässa komma till stånd i sådana fall med stöd av belgisk rätt.

VI. ENGELSK RÄTT

A. INLEDNING

Frågor rörande »the essentials of marriage» bedöms enligt den lära, som är härskande i engelsk doktrin och som även har stöd i domstolarnas praxis, som huvudregel enligt vardera kontrahentens *lex domicilii* vid äktenskapets ingående (»the dual domicil doctrine»)²⁰⁷ Möjligen krävs därutöver för äktenskapets giltighet, att

²⁰⁴ Jfr Rigaux 1957: 76 och Van Hecke-Rigaux 370.

²⁰⁵ Rigaux 1957: 76 f. Jfr ovan kap. VIII s. 258 f.

²⁰⁶ Graulich 109 not 6 omtalar ett senare belgiskt rättsfall (från 1958), där utgången skulle blivit den motsatta. För egen del synes Graulich vilja lämna frågan öppen.

²⁰⁷ Se t.ex. Dicey 249 ff, Graveson 215 ff och Wolff PIL 332 ff. A.m. Cheshire

kontrahenterna ägt ingå detsamma enligt *lex loci celebrationis*. Rättsläget formuleras i *Dacey* på följande sätt²⁰⁸ (med bortseende från vissa undantag):

1) — — — a marriage is valid as regards capacity when each of the parties has, according to the law of his or her respective domicile, the capacity to marry the other.

2) A marriage is, possibly, not valid if either of the parties is, according to the law of the country where the marriage is celebrated, under an incapacity to marry the other.

Framhållas må att uttalanden i rättspraxis och doktrin nästan enbart hänför sig till prövningen av ett (i England eller utomlands) ingånget äktenskaps *giltighet*. I vad mån de ovan nämnda reglerna är tillämpliga jämväl vid den hindersprövning som företas i samband med äktenskaps *ingående* i England kan här lämnas därhän.²⁰⁹

B. VORFRAGE-PROBLEMET I DOKTRIN OCH PRAXIS

Från äldre rättspraxis bör här nämnas ett par fall, *Shaw v. Gould* (1868) och *Re Stirling* (1908), båda refererade i annat sammanhang (ovan kap. XI s. 327 f resp. kap. XII s. 390 f). I dessa fall hade äktenskap ingåtts utomlands efter utländsk skilsmässodom, vilken inte kunde erkännas enligt engelsk rätts IP-regler, och befanns det nya äktenskapet därför böra hållas för ogiltigt (i båda fallen i och för ställningstagande till fråga om »legitimacy» för barn som fötts i äktenskapet). Båda dessa rättsfall synes närmast indicera, att giltigt äktenskap förutsätter att skilsmässodomen kan erkännas enligt engelsk rätts egna IP-regler, m.a.o. en *lex fori*-lösning på Vorfrage-problemet.²¹⁰ Säkert är detta dock inte.²¹¹

276 ff, vilken sedan länge, men synbarligen utan att lyckas påverka domstolarna, förfäktat tillämpligheten av lagen i »the intended matrimonial home».

²⁰⁸ *Dacey* 249, 256.

²⁰⁹ Förmodligen beaktas i största utsträckning endast engelsk (intern) rätts egna äktenskapshinder utan hänsyn till kontrahenternas domicil. Jfr *Cheshire* 278, *Wolff PIL* 330 f.

²¹⁰ Jfr *Dacey* 59, *Wolff PIL* 380.

²¹¹ I *Shaw v. Gould* beror osäkerheten på att H (Elisabeth) hade engelskt domicil vid tiden för omgifftet med Shaw — jfr ovan kap. XI not 88 och *Gotlieb* 536 f — och att engelsk rätt därför bör ha varit *lex causae* för hennes rätt att ingå äktenskapet. Däremot skulle *Shaw v. Gould*, såsom framhålls av *Gotlieb*

I nyare doktrin har hithörande spörsmål tagits upp bl.a. av *Wolff* i anslutning till hans diskussion av »the incidental question» i allmänhet.²¹² Enligt *Wolff* bör en italiensk medborgare, som efter engelsk skilsmässodom återvänt till Italien och förvärvat domicil i detta land, inte kunna ingå nytt äktenskap i England; och skulle omgifvet likväl komma till stånd, bör det nya äktenskapet av en engelsk domstol anses ogiltigt. Avgörande bör vara, att den italienska *lex domicilii* vid det nya äktenskapets ingående inte erkänner skilsmässodomen. Även *Gotlieb* menar att denna ståndpunkt — innefattande en *lex causae*-lösning på Vorfrage-problemet — är »the best approach».²¹³

Båda de nämnda författarna synes lägga avgörande vikt vid att enhetsbedömning uppnås i förhållande till det främmande domicil-landet. Denna värdering är i linje med engelsk rätts »foreign court theory».²¹⁴ Hänsyn till »internal harmony» får träda i bakgrunden för nämnda målsättning.

Något engelskt rättsfall av den typ som diskuteras av *Wolff* och *Gotlieb* och som närmast motsvarar de situationer som oftast varit aktuella i kontinentaleuropeisk praxis finns ännu inte. Däremot finns det i nyare engelsk praxis ett fall, *Breen v. Breen* (1964), där situationen visserligen var en annan men som ändå synes vara ett stöd för den av nämnda författare hävdade meningen:

M hade år 1944 ingått äktenskap med H¹ i Eire. Detta äktenskap hade upplösts genom engelsk skilsmässodom år 1952, då makarna varit domicilierade i England. År 1953 hade M i Dublin ingått nytt äktenskap med H². Makarna i det nya äktenskapet sammanlevde i England fram till år 1958, då de separerade. De hade vid alla relevanta tidpunkter sitt domicil i England.

537, vara ett klart stöd för *lex fori*-lösningen, om den av *Cheshire* föreslagna regeln, enligt vilken lagen i »the intended matrimonial home» är avgörande för äktenskapets (materiella) giltighet, varit gällande rätt. I rättsfallet hade denna regel nämligen gjort skotsk rätt tillämplig. Jfr även *Dacey* 261 och *Morris Cases* 91, varest framhålles att *Shaw v. Gould* talar mot den av *Cheshire* föreslagna regeln, då kontrahenterna enligt skotsk rätt haft »capacity» att ingå det nya äktenskapet. Härvid förutsättes tydligen, att tillämpligheten av skotsk rätt på denna fråga måst inkludera även frågan om det tidigare äktenskapets bestånd, m.a.o. en *lex causae*-lösning på Vorfrage-problemet.

²¹² *Wolff* PIL 379.

²¹³ *Gotlieb* 545 f, 553 f.

²¹⁴ Huruvida denna är gällande engelsk rätt på förevarande område, såsom möjligen antages av *Gotlieb* 546 och *Wolff* PIL 338, förefaller dock oklart.

H² påstod nu att hennes äktenskap med M var ogiltigt, emedan M vid tidpunkten för dess ingående alltjämt varit lagligen gift med H¹. M invände häremot att detta äktenskap upplösts genom skilsmässodomen 1952. H² gjorde emellertid gällande, att denna dom inte erkändes i *Eire*.

Hela målet kom att röra sig om denna fråga, vilken var beroende av tolkningen av en bestämmelse i den irländska konstitutionen av år 1937. Denna bestämmelse — art. 41 sec. 3 (3) — hade följande lydelse:

No person whose marriage has been dissolved under the civil law of any other State but is a subsisting valid marriage under the law for the time being in force within the jurisdiction of the Government and Parliament established by this Constitution shall be capable of contracting a valid marriage within the jurisdiction during the lifetime of the other party to the marriage so dissolved.

Denna bestämmelse hade tolkats på olika sätt av olika domare i Eires högsta domstol. Enligt den ena tolkningen, på vilken H² och hennes sakkunniga stödde sig, innebar bestämmelsen, att utländska skilsmässodomar generellt förvägras erkännande i *Eire*.²¹⁵ Enligt den andra tolkningen, som hävdades från motsatta sidan, berörde bestämmelsen däremot inte alls frågan om erkännande av utländska skilsmässodomar; härutinnan gällde i stället samma regel som enligt engelsk rätt, nämligen att en skilsmässodom som meddelats i makarnas domicilland erkändes.

Domaren i målet, Karminski J., anslöt sig på anförda skäl till den senare tolkningen. Han antog därför att irländsk rätt i förevarande fall erkände den engelska skilsmässodomen och i följd härav även äktenskapet mellan M och H². På grund härav ogillades käromålet.

Av denna dom framgår klart, att den engelska skilsmässodomens giltighet underställts främmande (irländsk) rätt. Om tolkningen av den irländska rätten gett till resultat, att skilsmässodomen inte kunnat erkännas, hade äktenskapet mellan M och H² enligt resonemangent i domen måst anses »void», såsom hävdades i käromålet.²¹⁶ Uppenbarligen ansågs irländsk rätt som *lex causae* beträffande det nya äktenskapets giltighet.

Varför irländsk rätt överhuvud kom in i bilden är visserligen inte fullt klart. Ingenting därom säges i domen. Ingendera kontrahenten synes vid äktenskapets ingående ha varit domicilierad i *Eire*.²¹⁷ Den troligaste förklaringen synes med hänsyn härtill vara, att irländsk rätt tillämpats såsom *lex loci celebrationis*.²¹⁸ Domen skulle då vara

²¹⁵ Institutet skilsmässa är okänt i Eires interna rätt, och en domstol i *Eire* kan aldrig döma till skilsmässa. Jfr ovan kap. II s. 40.

²¹⁶ Jfr kommentarer till domen av Graveson 253 f, Unger 784 ff samt Webb 1962: 251 ff, de båda sistnämnda kritiskt.

²¹⁷ Jfr Unger 785 not 5.

²¹⁸ Så Unger 786 f och Webb 1962: 251, 253 f (med reservationer).

en bekräftelse på den ovan (under A s. 486) från Dicey citerade regeln, enligt vilken »capacity to marry» skall bedömas även enligt sagda lag. Oavsett hur det förhåller sig härmed, är det klart att domen innefattar en *lex causae*-lösning på Vorfrage-problemet.

Med hänsyn härtill förefaller det troligast, att motsvarande lösning skulle väljas i de av Wolff och Gotlieb diskuterade fallen, där den främmande rätt, som inte erkänner skilsmässodomen, är tillämplig beträffande det nya äktenskapet i sin egenskap av *lex domicilii*.

Till stöd härför kan möjligen också anföras ett nyare *kanadensiskt* rättsfall (från staten Ontario),²¹⁹ vilket visserligen — till skillnad från de i engelsk doktrin berörda fallen — avsåg en situation där skilsmässodomen var giltig enligt *lex domicilii* vid tiden för omgiften men (ev.) inte enligt IP-reglerna i *lex fori*:

Fråga var här om giltigheten av ett i Ontario ingånget äktenskap mellan en israelisk kvinna och en kanadensisk man. H hade tidigare varit gift med en israelisk man och tillsammans med denne varit domicilierad i Ungern. Efter andra världskrigets slut hade makarna i detta äktenskap tillfälligt vistats i ett flyktingläger i Italien. Härunder hade upplösning av äktenskapet kommit till stånd enligt judisk rätt genom s.k. »gueth». Denna skilsmässa saknade giltighet i Italien. Kort tid därefter hade båda makarna begett sig till Israel. Vid tiden för H:s omgifte (år 1957) ansågs hon ha förvärvat domicil i detta land. Yrkandet om det nya äktenskapets ogiltighet grundades på att H alltjämt vore bunden av det första äktenskapet, vars upplösning inte kunde erkännas i Ontario.

Detta yrkande ogillades emellertid, då H enligt israelisk rätt — hennes *lex domicilii* vid omgiften — varit oförhindrad att ingå det nya äktenskapet. Skilsmässan beträffande det första äktenskapet var nämligen giltig i Israel. Vid detta förhållande ansågs det inte behöva undersökas hur Ontarios rätt ställde sig till densamma.

Även detta rättsfall innefattar alldeles tydligt en *lex causae*-lösning på Vorfrage-problemet. Tänkbart är dock, att domstolens förfaringssätt påverkats av valideringshänsyn. Troligt synes i alla hänseelser, att bedömningen skulle blivit densamma, om målet kommit upp i England.

²¹⁹ Appelldomstolen i Ontario 4.11.1963. Se härtill Wengler R 1965: 325 ff.

VII. SVENSK RÄTT

A. INLEDNING

Huvudreglerna i svensk IP om de materiella förutsättningarna för äktenskaps ingående och giltighet finns i IÅL 1 och 2 kap. De går tillbaka på 1902 års Haagkonvention i ämnet, till vilken Sverige var anslutet fram till år 1959,²²⁰ men har generell räckvidd (undantag dock i förhållande till de övriga nordiska länderna). Konventionen torde alltjämt vara av visst intresse för tolkningen av den svenska lagtexten.

Beträffande äktenskaps ingående i Sverige stadgas i IÅL 1:2, efter förebild av konventionens art. 1:

Vill utländsk undersåte inför svensk myndighet träda i äktenskap, varde hans rätt att äktenskapet ingå prövad efter lagen i den stat, han tillhör. — — —.

Den svenska lagtexten upptar inget fall där äktenskap av hänsyn till svensk ordre public må ingås, ehuru hinder föreligger enligt hemlandets lag. Haagkonventionen angav (i art. 3) vissa fall där dylika undantag finge göras av vigsellandet, men den svenske lagstiftaren utnyttjade inte denna möjlighet.²²¹

Däremot finns ett annat praktiskt viktigt undantag i den svenska lagtexten, nämligen i IÅL 7: 4 a.²²² Har den utländske medborgaren sedan minst två år hemvist i Sverige, må hans rätt att ingå äktenskapet prövas efter svensk lag, där han det begär. Genom detta undantag minskas utrymmet för tillämpning av främmande rätt avsevärt.

Till styrkande av hinderlöshet enligt hemlandets lag har den utländske medborgaren att förebringa antingen »intyg av behörig myndighet i hemlandet att enligt dess lag hinder mot äktenskapet

²²⁰ Eek IPR 35.

²²¹ De äktenskapshinder som avses i konventionens art. 3 är sådana som vilar uteslutande på religiösa motiv. Se Undén IÅR 10 ff och Studier I 51. Beträffande den svenska lagstiftningens inställning på denna punkt se Reuterskiöld 97 f och Undén Studier I 53.

²²² Detta undantag tillkom år 1947 och gällde ursprungligen endast beträffande medborgare i länder som inte var anslutna till Haagkonventionen. Sedan denna konvention frånträtts av Sverige, upphävdes nämnda begränsning genom lag som trädde i kraft 1.1.1965. Se NJA II 1964: 440 f.

icke möter»²²³ (motsvarande tysk rätts »Ehefähigkeitszeugnis») eller vissa andra intyg (inte nödvändigtvis utfärdade av myndighet i hemlandet). Har han tidigare varit gift, skall han styrka att detta äktenskap upplösts.

Huvudregeln om återgång av äktenskap i IÄL 2:1 bygger på samma princip som IÄL 1:2: till återgång skall dömas, om orsak därtill finnes enligt någondera kontrahentens *lex patriae* vid äktenskapets ingående. Härifrån göres sedan vissa undantag, enligt vilka återgångsskäl i en del fall måste vara förhanden även enligt svensk rätt.²²⁴ Däremot finns det i IÄL — fränsett de fall som behandlas i IÄL 7:4 a — inga undantag i motsatt riktning.²²⁵ Det är således enligt IÄL inte möjligt att döma till återgång av ett äktenskap mellan utländska medborgare med stöd av enbart svensk rätt.

B. FALL DÄR DET FÖRELIGGER EN SVENSK SKILSMÄSSODOM SOM INTE ERKÄNNES I NUPTURIENTENS HEMLAND ELLER EN UTLÄNDSK SKILSMÄSSODOM SOM ERKÄNNES I SVERIGE MEN INTE I HEMLANDET

Såsom tidigare framgått, har man bl.a. i tysk och schweizisk rätt tolkat Haagkonventionen så, att dess hänvisning till hemlandets lag innefattar jämväl frågan om det tidigare äktenskapets (giltighet och) bestånd.²²⁶ Med utgångspunkt från denna tolkning vore det i och för sig naturligt att förstå den svenska IÄL 1:2, som ju bygger på konventionen, på samma sätt. Då IÄL vidare inte innehåller något undantag, varigenom ett äktenskap skulle kunna ingås i Sverige i strid med hemlandets lag (fränsett bestämmelsen i IÄL 7:4 a) — ens i de fall där detta enligt Haagkonventionen vore till-

²²³ Se KF 3.12.1915, huru utländsk undersåte, som vill träda i äktenskap inför svensk myndighet, må styrka, att hinder mot äktenskapets avslutande ej är för handen, 1 §. Om Haagkonventionens bestämmelser på denna punkt se Reuterskiöld 107 ff.

²²⁴ Se IÄL 2:1 II och 2:2.

²²⁵ Haagkonventionens art. 2 (sista stycket) gav möjlighet till ogiltigförklaring bl.a. »à raison d'un mariage antérieur» även i strid med hemlandets lag. I den svenska lagstiftningen har denna möjlighet inte utnyttjats. Se härtill Reuterskiöld 38 ff och Undén Studier I 46.

²²⁶ Se ovan under I B 1 b) s. 432 samt under III B 1 s. 460 ff (särskilt rättsfallet Caliaro).

låtet — skulle man komma till att hinder för omgifte i Sverige måste anses föreligga i den här aktuella situationen.

Emellertid har Haagkonventionen på ifrågavarande punkt tolkats annorlunda i svensk doktrin (*Undén*) än i tysk och schweizisk rätt.²²⁷ Det har ansetts att varje land har frihet att för sig avgöra, huruvida ett föregående äktenskap skall anses giltigt och bestående eller ej, m.a.o. att detta spörsmål inte innefattas i Haagkonventionens art. 1. Implicite ligger häri, att inte heller den svenska lagtextens hänvisning i IÄL 1:2 till hemlandets lag omfattar nämnda spörsmål. Fastmera skall en svensk skilsmässodotom — eller en utländsk skilsmässodotom som erkännes enligt svenska IP-regler — bana väg för omgifte, därest inga andra hinder finnes enligt hemlandets lag.

Ev. betänkligheter mot denna uppfattnings förenlighet med Haagkonventionen synes numera, sedan Sverige frånträtt konventionen, inte kunna tillmätas avgörande vikt vid tolkningen av IÄL 1:2. Någon folkrättslig förpliktelse för Sverige att i det här aktuella hänseendet respektera hemlandets uppfattning finns i alla händelser inte längre, även om en sådan förpliktelse (mot Undéns antagande) skulle ha funnits tidigare.

Den av Undén hävdade ståndpunkten vinner stöd av vissa andra i svensk rätt föreliggande förhållanden.

Till en början kan här hänvisas till de regler som gäller i svensk rätt om sättet för hindersprövningen (jfr ovan under A). I motsats till vad som i princip gäller enligt tysk, österrikisk och schweizisk rätt, är enligt svensk rätt förebringande av »Ehefähigkeitszeugnis» från hemlandets myndigheter inte obligatoriskt. Hindersprövningen kan företas även på grundval av andra intyg, vilka endast återger själva rättsreglerna om äktenskapshinder i hemlandets lag och alltså inte förutsätter någon prövning in concreto från hemlandets sida av vederbörandes rätt att ingå äktenskapet. Åberopas sådana intyg, kommer frågan om det föregående äktenskapets bestånd att prövas allenast av de svenska myndigheterna. Ej heller säger den bestämmelse, enligt vilken utländsk medborgare har att styrka att hans föregående äktenskap blivit upplöst, något om att detta skall gälla i relation till hemlandet. Naturligast synes då vara att uppfatta regeln så, att äktenskapet skall vara upplöst från *svensk* rätts synpunkt.

²²⁷ Undén Studier I 31 f, 35, 63 samt IÄR 56 f (jfr emellertid IÄR 13).

Viktigare torde emellertid vara de regler som finns beträffande omgifte efter *utländsk* skilsmässodom. Enligt IÅL 3: 5—7 må en dylik dom, om den avser medborgare i annat land än domslandet, ej vinna tillämpning i Sverige, såvitt angår frånskild makes rätt att träda i nytt äktenskap, innan domen blivit stadfäst av Svea HovR. Vid stadfästelseprövningen har hovrätten att tillämpa de i IÅL 3: 5 stadgade villkoren för erkännande i Sverige. Ratio legis för kravet på stadfästelse har i motiven angivits vara, att prövningen av frågan om erkännande i dessa fall är alltför komplicerad för att lämpligen kunna överlämnas till utfärdare av lysning eller vigselförrättare.²²⁸

Uppenbarligen är meningen, att sedan stadfästelse meddelats omgifte skall kunna komma till stånd utan vidare prövning av den utländska skillnadsdomen. Stadfästelsen är i svensk rätt nödvändig endast i och för omgiften (inte, såsom enligt tysk och österrikisk rätt, för den utländska domens rättsverkningar i övrigt) och måste då rimligtvis också lända till efterrättelse i detta hänseende; man kan inte ge lagen en sådan tolkning, att stadfästelsen blir ett praktiskt betydelselöst dekret. Det kan således inte krävas, att domen tillika erkännes i nupturientens hemland vid tiden för omgiften (*lex causae*). Att på den svenska lysnings- eller vigselmyndigheten lägga uppgiften att undersöka hur det förhåller sig härmed, skulle f.ö. stå i uppenbar strid med den i lagmotiven angivna ratio för IÅL 3: 7; ty en dylik undersökning skulle ställa än större krav på juridiskt kunnande än uppgiften att pröva huruvida den utländska domen kan erkännas med tillämpning av svensk rätts egna IP-regler.

Det torde sålunda få anses säkert, att ett tidigare äktenskap inte utgör hinder för omgifte i Sverige, om äktenskapet upplösts genom utländsk skilsmässodom, vilken befunnits kunna erkännas enligt svensk rätts IP-regler, även om domen inte skulle erkännas i nupturientens hemland. En sak för sig är att dessa fall sannolikt är sällsynta, då de i svensk rätt stadgade förutsättningarna för erkännande (IÅL 3: 5) på olika sätt tar hänsyn till hemlandets lag.

Är det beträffande omgifte efter utländsk skilsmässodom sagda riktigt, synes a fortiori detsamma böra gälla efter en *svensk* skilsmässodom, vilken inte erkännes i nupturientens hemland. Det vore rent absurt, om en svensk skilsmässodom här i landet skulle ha

²²⁸ NJA II 1905 nr 5 s. 25 f.

svagare verkan än en utländsk motsvarande dom som erkännes i Sverige.

Någon publicerad *rättspraxis* till frågan tycks inte finnas.²²⁹ Av det ovan anförda framgår emellertid, att man för svensk rätts del knappast kan komma till annan slutsats än att omgifte får komma till stånd i hithörande fall.

Från denna utgångspunkt är det också klart, att det nya äktenskapet, sedan det ingåtts, blir att anse som giltigt. Återgång kommer inte i fråga.

C. FALL DÄR DET FÖREGÅENDE ÄKTENSKAPET ENLIGT SVENSK RÄTTS IP-REGLER ÄR GILTIGT OCH BESTÅENDE

1. *Det nya äktenskapet skall ingås i Sverige*

I svensk doktrin har det antagits, att hinder för omgifte möter i Sverige, om det föregående äktenskapet enligt svensk rätts IP-regler är giltigt, även om det skulle vara en nullitet i hemlandet eller där ha förklarats ogiltigt genom dom som inte erkännes enligt svenska IP-regler.²³⁰ Har t.ex. en grekisk medborgare ingått äktenskap i Sverige i borgerlig form, kan han inte utan föregående skilsmässa ingå nytt gifte här i landet, ehuru från grekisk rätts synpunkt hinder härför inte möter. Detta överensstämmer tvivelsutan med rättsläget i samtliga ovan berörda länder.

På samma sätt torde det förhålla sig efter en utländsk skilsmässodom som inte uppfyller svensk rätts förutsättningar för erkännande. Såsom förut omtalats, krävs det för omgifte i Sverige efter utländsk skilsmässodom, vilken inte meddelats i makarnas hemland, stadfästelse å domen av Svea HovR. Och sådan stadfästelse får meddelas endast om de i svensk rätt (IÅL 3:5) stadgade förutsättningarna föreligger.²³¹ Uppfyller domen inte dessa förutsättningar, hjälper

²²⁹ Jfr dock domkapitlets yttrande i rättsfallet RÅ 1954: 83, där domkapitlet utgick från att en italienare, som varit gift med en svensk medborgare, efter svensk skilsmässodom vore behörig att ingå nytt äktenskap inför svensk myndighet.

²³⁰ Reuterskiöld 96 f, Undén Studier I 31 ff.

²³¹ Ett fall där undantag härifrån kan ifrågasättas — nämligen sedan någon av de frånskilda makarna ingått nytt äktenskap utomlands — omtalas nedan not 235.

det inte att den tilläventyrs erkännes i nupturientens hemland och kan omgifte inte anses tillåtet.²³²

2. *Det nya äktenskapet har redan ingåtts; är det giltigt?*

Denna situation har i svensk doktrin behandlats bl.a. av *Undén* med utgångspunkt från Haagkonventionens bestämmelser. Undén tänker sig att en återgångsdom — varmed torde kunna jämföras en skilsmässodöm — beträffande det första äktenskapet har meddelats i hemlandet men inte erkännes i Sverige samt att någon av makarna därefter ingått ett nytt äktenskap, antingen behörigen i hemlandet eller (till följd av förbiseende från de svenska myndigheternas sida) i Sverige. Enligt Undén bör man från svensk sida i detta läge »kapitulera» för det nya äktenskapet, d.v.s. anse det samma giltigt.²³³ Å ena sidan är detta visserligen, framhåller Undén, inkonsekvent. Men å andra sidan skulle det svårligen vara förenligt med Haagkonventionen att vägra erkänna ett äktenskap som ingåtts med iakttagande av alla regler i den enligt konventionen tillämpliga *lex patriae*.

Undéns rekommendation hänför sig som sagt närmast till Haagkonventionen men är tydligen tillämplig även beträffande tolkningen av de därpå byggda bestämmelserna i den svenska IÄL. Såsom förut nämnts, upptar 2 kap. i denna lag inte något fall, där svensk domstol må döma till återgång utan att orsak därtill finnes enligt hemlandets lag. Undéns ställningstagande torde därför alltså vara av intresse för svensk rätts del.

Undéns tolkningsrekommendation innefattar en *lex causae*-lösning av Vorfrage-problemet; det nya äktenskapet hålles för giltigt, emedan den härutinnan tillämpliga *lex patriae* anser det föregående äktenskapet ogiltigt eller upplöst. Denna ståndpunkt, vilken eljest kommit till uttryck främst i viss tysk doktrin och praxis (se ovan under I D 2 s. 448 ff), skiljer sig tydligen från den som Undén intar vid äktenskaps *ingående* i Sverige (se ovan under B och C 1). Skillnaden kan antas bero på att valideringshänsyn här kommer in i bilden.

²³² Se Eek Conflict 237 f, 248. Jfr Marquardt Certificat 44 f med kritik av den svenska rättens ståndpunkt i detta hänseende.

²³³ Undén Studier I 64 f. Instämmande Michaeli 191.

I själva verket driver Undén denna synpunkt längre än hittills angivits. Om en person enligt sitt hemlands lag anses bunden i ett bestående äktenskap, vilket i annat land förklarats upplöst eller ogiltigt, och i det senare landet ingått nytt äktenskap, bör detta äktenskap sålunda enligt Undén ej dömas att återgå vare sig i hemlandet eller i annat land som står på dess ståndpunkt.²³⁴ Giltigheten av det nya äktenskapet bör m.a.o. enligt Undén upprätthållas, ehuru skilsmässodomen (ogiltigförklaringen) inte erkännes *vare sig* i forumlandet *eller* i hemlandet. Detta kan sägas vara en ståndpunkt som går ovanligt långt i validerande riktning. Ett konstruerat exempel må illustrera Undéns lära:

En italienare med domicil i England har i detta land erhållit skilsmässa i sitt äktenskap med H¹ och sedan gift om sig, likaså i England, med H², en svenska. H² väcker vid svensk domstol talan om återgång av äktenskapet, enär M enligt italiensk rätt alljämt är bunden av sitt äktenskap med H¹. Återgångsfrågan skall av den svenska domstolen bedömas enligt italiensk rätt, såvitt M angår. Vare sig Vorfrage-problemet löses enligt *lex fori* eller *lex causae*-metoden, blir det föregående äktenskapet att anse som bestående. Den engelska skilsmässodomen erkännes nämligen inte vare sig enligt svensk IP (se IÅL 3: 5; italiensk rätt ej beaktad i skilsmässomålet) eller enligt italiensk IP. Icke desto mindre skall enligt den av Undén hävdade meningen det nya äktenskapets giltighet upprätthållas och återgång således inte kunna äga rum.

I likhet med vissa tyska författare och viss tysk rättspraxis anser Undén vidare, att erkännandet av det nya äktenskapets giltighet bör dra med sig den konsekvensen, att det föregående äktenskapet betraktas som upplöst i och med omgifftet; ty ett legalt tvegifte kan inte accepteras, vare sig inom ramen för Haagkonventionen eller eljest. I och med att någon av de frånskilda i skilsmässolandet (eller i annat främmande land som erkänner domen) ingått nytt gifte, bör forumlandet således enligt Undén frånfalla sin tidigare vägran att erkänna den utländska skilsmässodomen. Och upplösningen av det föregående äktenskapet måste, med hänsyn till äktenskapets karaktär av ömsesidigt rättsförhållande, gälla för *båda* makarnas del, således även för den av dem som inte själv ingått nytt äktenskap.²³⁵

Sistnämnda konsekvens av Undéns lära torde i själva verket vara väl så viktig som giltigheten av det nya äktenskapet i och för sig.

²³⁴ Undén IÅR 56 f, 62, 93. Så synbarligen också Michaeli 191, 210 f.

²³⁵ I konsekvens med denna lära anser Undén också, att stadfästelse å den utländska domen bör kunna ges av Svea HovR, se Undén IÅR 62, 93. Jfr emellertid Eek Conflict 248.

Har en utländsk medborgare efter utländsk skilsmässodom ingått nytt äktenskap utomlands, synes det nämligen föga sannolikt att en svensk domstol får att *direkt* ta ställning till giltigheten härav. Det typiska fallet, då problematiken kan uppkomma, torde i stället vara det, att andra maken i det föregående äktenskapet är svensk medborgare och inför svenska myndigheter åberopar sig på det tidigare äktenskapets bestånd — t.ex. genom att vid svensk domstol kräva underhåll eller yrka ny skilsmässa mot sin utländske make — eller på dess icke-bestånd, t.ex. för att för egen del kunna ingå nytt äktenskap. En illustration härtill är det ovan under I D 2 s. 448 refererade tyska Kammergericht-rättsfallet från 1925.

En viss motsvarighet till sistnämnda rättsfall finns också i svensk praxis, i ett fall från tiden före IÄL, vilket alltså synes ha principiellt intresse:²³⁶

M var svensk medborgare, H (åtminstone före giftermålet) rysk undersåte. På H:s begäran hade evangelisk-lutherska konsistoriet i S:t Petersburg genom resolution upplöst äktenskapet, varjämte enligt rysk lag förordnats om förbud för M att träda i nytt gifte.

M, som var bosatt i Sverige, ansökte hos KM om dispens från sagda förbud.

KM fann, att det ryska beslutet om upplösning av äktenskapet icke kunde anses här i riket äga giltighet, och lämnade med hänsyn härtill ansökningen utan avseende.

I ny ansökan till KM åberopade M härefter bl.a. intyg om lysning (i Ryssland) till äktenskap mellan H och annan man.

Då ärendet härefter på nytt prövades av KM, befanns att äktenskapet finge här i riket anses upplöst (och bifölls M:s ansökan om dispens från omgiftesförbudet).

Detta rättsfall illustrerar på ett utmärkt sätt de av Undén framförda teserna. Enligt de ordinära, dåmera oskrivna, svenska IP-reglerna kunde det ryska skillnadsbeslutet tydligen inte erkännas (väl emedan mannen vid tiden för beslutet hade hemvist i Sverige). På grund härav fanns det ej heller anledning att ingå i sakprövning av mannens ansökan om dispens från omgiftesförbudet; detta förbud kunde givetvis bli tillämpligt endast om det första äktenskapet vore att anse som upplöst. Men i och med hustruns omgifte i Ryssland (eller mera exakt: redan i och med lysningen till detta äktenskap) — ett faktiskt förhållande varåt svenska myndigheter ingenting kunde göra, ehuru omgiftet inte skulle kunnat komma till

²³⁶ NJA 1902: 288 och 1903: 317. Jfr härtill Winroth 510 ff.

stånd i Sverige — förändrades läget även för mannens del. Den principiella svenska ståndpunkten, enligt vilken det föregående äktenskapet alltjämt ägde bestånd, befanns ej längre böra upprätthållas.

Hur skulle en motsvarande situation bedömas i dag, med utgångspunkt från reglerna i IÄL? Härom torde inget säkert uttalande kunna göras. Emellertid är som sagt Undéns tolkningsrekommendationer alltjämt aktuella, ehuru Haagkonventionen numera frånträtts av Sverige. Och enligt dessa rekommendationer skulle, såsom framgått, *dels* hustruns nya äktenskap anses giltigt och inte kunna dömas att återgå (en fråga som inte blev föremål för direkt ställningstagande i rättsfallet ovan), *dels* det föregående äktenskapet anses upplöst — även om det utländska skillnadsbeslutet inte kunnat erkännas enligt reglerna i IÄL — i och med hustruns omgifte (alltså samma bedömning som i rättsfallet).

I förstnämnda del är Undéns lära i linje med den svenska äktenskapsrättens, den interna såväl som den internationella, allmänt »återgångsfientliga» karaktär. I och för sig kan det därför mycket väl tänkas, att svenska domstolar vore benägna att anse det nya äktenskapet giltigt. Emellertid synes det något tvivelaktigt, om svenska domstolar skulle acceptera den tämligen djärva ståndpunkten, att det föregående äktenskapet blivit upplöst, oaktat de i IÄL stadgade förutsättningarna för erkännande av den utländska skilsmässodomen inte är uppfyllda. Måhända skulle domstolarna säga sig, att reglerna i IÄL uttömmade anger de fall då utländsk skilsmässodom må erkännas i Sverige och att det därmed inte finns något utrymme för Undéns lära i positiv rätt. Och om domstolarna skulle inta denna ståndpunkt, kunde de knappast heller underlåta att döma till återgång av hustruns nya äktenskap, om denna fråga aktualiserades.

VIII. SAMMANFATTNING OCH VÄRDERINGAR

A. DET FÖREGÅENDE ÄKTENSKAPET ÄR ENLIGT FORUMRÄTTENS IP-
REGLER OGILTIGT ELLER UPPLÖST MEN ENLIGT LEGIS CAUSAE MOT-
SVARANDE REGLER GILTIGT OCH BESTÅENDE

1. Dessa fall är de som vållat mest meningsskiljaktigheter i de olika ländernas doktrin och praxis. I synnerhet har uppmärksamheten varit inriktad på de fall där det föreligger en *inländsk skilsmässodomen* som inte erkännes enligt den lag som är *lex causae* beträffande omgiften (i alla här aktuella länder utom England = *nupturientens lex patriae* vid omgiften).

På den ena sidan står här tysk, österrikisk och schweizisk rätt, där huvudtendensen är att i dessa fall låta den främmande *lex patriae* stå på sin plats, åtminstone såtillvida att omgifte inte tillåtes i det egna landet. Samma mening hävdades tidigare ofta också i fransk och belgisk doktrin och praxis, delvis i anslutning till »la théorie distributive». På den andra sidan står nuvarande fransk och förmodligen belgisk rätt — sedan nämnda teori övergivits — ävensom svensk rätt, där den inländska skilsmässodomen torde bana väg för nytt giltigt äktenskap, oavsett hur hemlandet ställer sig. Läget i engelsk rätt är inte helt klart. I nyare doktrin och praxis ges dock övervägande företräde åt den meningen, att giltigt omgifte inte kan komma till stånd.

En *validerande* tendens kan särskilt iaktas i tysk rätt. Ehuru omgifte enligt härskande lära inte anses kunna äga rum i Tyskland, har ett likväl ingånget nytt äktenskap i doktrin och praxis ansetts inte böra förklaras ogiltigt. I detta läge väljes alltså en *lex fori* lösning på Vorfrage-problemet. I de länder där denna lösning är accepterad redan beträffande det nya äktenskapets ingående, gäller naturligt nog detsamma beträffande dess giltighet.

2. Ett i tysk, österrikisk och schweizisk doktrin ofta återkommande skäl att vägra omgifte när skilsmässodomen inte erkännes i hemlandet är, att den utländske medborgaren i dessa fall inte kan förebibringa något »Ehefähigkeitszeugnis» (eller motsvarande) från hemlandets myndigheter.

I den mån meningen härmed är, att bristen på »Ehefähigkeits-

zeugnis» i och för sig skulle konstituera hinder för det nya äktenskapets ingående, förmår detta argument dock inte övertyga. Föreskrifterna om hinderslöshetsintyg av olika slag är blott avsedda att bespara vigselmyndigheterna arbete med efterforskning av innehållet i främmande rätt och har sin givna förutsättning däri, att den främmande rätten enligt kollisionsnormerna skall tillämpas i de avseenden om vilka intygen ger besked. Vad problemet gäller är — det måste fasthållas — huruvida den främmande rätten verkligen skall lända till efterrättelse på den här diskuterade punkten, nämligen beträffande det tidigare äktenskapets bestånd. Blir svaret på denna fråga jakande, måste omgifte vägras, alldeles oavsett om hindersprövningen företas med ledning av ett »Ehefähigkeitszeugnis» eller på annat sätt. Blir svaret däremot nekande, är det därmed klart att det tidigare äktenskapet inte utgör hinder för omgiften. Detta kan då rimligtvis inte få stranda på att något »Ehefähigkeitszeugnis» inte förebragts. Befrielse från kravet härpå bör ges och prövningen huruvida hinder möter mot det tillämnade äktenskapet företas i annan ordning.²³⁷ I intetdera fallet bör sättet för hindersprövningen få någon saklig betydelse.

En annan sak är att bestämmelserna i tysk, österrikisk och schweizisk rätt om krav på »Ehefähigkeitszeugnis» e.l., emanerande från behörig myndighet i nupturientens hemland, möjligen kan vara ett tolkningsdatum till kollisionsnormerna beträffande äktenskaps ingående. Bestämmelserna skulle då ses som ett uttryck för en lagstiftarens värdering att äktenskap som inte blir erkända i nupturienternas hemland inte bör få komma till stånd. Den nedan under 3 berörda rättspolitiska värderingen skulle ha en positivrättslig förankring i ifrågavarande bestämmelser. I vad mån ett sådant synsätt har fog för sig i olika länder, är svårt att säga. Så mycket är dock klart, att någon konsekvent rättspolitik i riktning mot att undvika haltande äktenskap ingalunda låter sig skönjas i de nämnda ländernas rätt, jfr nedan under 4.

3. Det rättspolitiska huvudskälet för en *lex causae*-lösning på Vorfrage-problemet, d.v.s. mot att tillåta omgifte, är som vanligt

²³⁷ Följdriktigt är därför, att det ovan under I B 1 d) s. 439 omnämnda förslaget till reform av den tyska internationella äktenskapsrätten upptar en särskild bestämmelse, enligt vilken befrielse från kravet på »Ehefähigkeitszeugnis» inte får vägras i hithörande fall, se ovan vid not 75.

hänsyn till *internationell enhetsbedömning*. Kravet härpå gör sig i detta sammanhang gällande på så sätt, att det nya äktenskapet bör bli *internationellt erkänt*. Eftersom det här är fråga om skapandet av en ny familjerättslig status med konsekvenser i en mängd hänseenden — och inte bara om någon enstaka rättsverkan av ett statusförhållande, såsom t.ex. i mål om makes arvsrätt (kap. XII) — ter sig det internationella erkännandet viktigare än i de flesta andra Vorfrage-fall. Dylikt erkännande kan emellertid, såsom ständigt framhålls i doktrin och praxis, inte påräknas, när skilsmässodomen beträffande det föregående äktenskapet inte erkännes utomlands (eller åtminstone inte i hemlandet). Det nya äktenskapet blir haltande.

Hänsyn härtill torde ha påverkat så gott som alla de ställningstaganden i doktrin och praxis, där omgifte vägrats. Särskilt betonas denna synpunkt i tysk, österrikisk och schweizisk rätt.

4. Emellertid synes den i och för sig befogade fruktan för haltande äktenskap ofta drivas för långt. När det t.ex. i tysk doktrin ibland säges, att ett äktenskap som inte blir erkänt i hemlandet skulle ha »keinen Sinn»,²³⁸ är detta alldeles för onyanserat. Allt beror på i vad mån det nya äktenskapet s.a.s. behöver konfronteras med det främmande landets rättsordning.

Å ena sidan kan fall förvisso förekomma, där den nämnda värderingen ter sig fullt rimlig. Om makarna t.ex. direkt efter vigseln bosätter sig i det främmande landet, träder det haltande äktenskaps olägenheter genast i dagen.

Å andra sidan kan det ju också hända, att makarna bosätter sig i vigsellandet och i fortsättningen inte har någon kontakt med det främmande landet. Äktenskapet behöver aldrig återopas i detta land; alla rättsförhållanden rörande detsamma förblir koncentrerade till vigsellandet. I sådana fall är äktenskaps giltighet i vigsellandet det enda som betyder något; dess ogiltighet i det främmande landet saknar praktisk betydelse. Det synes troligt att sådana fall förekommer rätt ofta.²³⁹ När en utlännings första äktenskap upplösts av domstol i ett visst land och den frånskilde senare vill ingå nytt äktenskap i samma land, har han väl i regel en ganska stark anknytning till detta land.

²³⁸ Så t.ex. Süß 1949: 250.

²³⁹ Jfr t.ex. uttalandet av Holleaux ovan i not 162.

En tänkbar utväg att så långt som möjligt göra rättvisa åt de skiftande förhållandena i olika fall är att laborera med en individualiserande lösningsmetod. En dylik individualisering finge bygga på en sannolikhetsbedömning vid tiden för vigseln, i stil med vad som för tysk rätts del föreslagits av Massfeller.²⁴⁰ De internationella hänsynen skulle få bli avgörande och omgifte alltså vägras, när det med hänsyn till samtliga föreliggande omständigheter framstår som sannolikt, att äktenskapet kommer att behöva återopas i det främmande landet, medan hinder för äktenskapet i andra fall inte skulle anses föreligga.

En regel av denna typ kan dock inte undgå att väcka betänkligheter med hänsyn till det vida utrymme den ger för skönsmässiga bedömningar. I det konkreta fallet är det inte möjligt att på förhand säkert veta något om hur de förhållanden, framför allt anknytningen till det främmande landet, kommer att utvecklas, vilka är avgörande för huruvida det främmande landets icke-erkännande av äktenskapet kommer att få någon praktisk betydelse.

Man kan då tänka sig att ta fasta på att det dock alltid finns en viss *risk* för komplikationer vid haltande äktenskap och att dessa därför helst bör generellt undvikas. Även om nupturienten sedan mycket lång tid är bosatt i och fast anknuten till vigsellandet och sannolikheten för ett återvändande till hemlandet framstår som ringa, borde han därför få vänta med äktenskapets ingående tills han även vunnit medborgarskap i vigsellandet.²⁴¹

En dylik rättspolitisk linje — undvikande av haltande äktenskap »till varje pris» — har dock inte drivits konsekvent i något lands lagstiftning eller praxis. Såsom tidigare framgått, finns det i olika länders rätt åtskilliga regler som möjliggör uppkomsten av haltande äktenskap.

I detta sammanhang kan t.ex. pekas på sådana fall där nupturienten, förutom att han är utländsk medborgare, tillika är medborgare i vigsellandet. I denna situation tages i regel ingen hänsyn

²⁴⁰ Se ovan s. 436 vid not 52.

²⁴¹ Att förvärv av inländskt medborgarskap undanröjer hindret för omgifte betonas ofta i den tyska doktrinen och praxis. Se t.ex. Gamillscheg 1961: 74, Müller 890 och Wolff IPR 212 samt ur praxis presidenten i OLG Hamburg 5.8.1955 och det ovan vid not 53 nämnda fallet OLG Karlsruhe 3.9.1962. Att nationalitetsväxlingen har sådan betydelse beror på att *lex causae* efter densamma kommer att vara identisk med *lex fori*. Därmed är det klart att den egna rättens ståndpunkt till skilsmässodomen blir avgörande.

till det utländska medborgarskapet, utan vederbörande behandlas som om han vore medborgare endast i vigsellandet.²⁴² Ett nytt äktenskap kan därför ingås, även om det inte blir giltigt i det främmande landet och oavsett vilka risker för komplikationer härav som må finnas.²⁴³

Framför allt kastas de internationella hänsynen överbord beträffande *formen* för äktenskaps ingående. Finns det inga materiella äktenskapshinder enligt nupturientens personalstatut, får vigsel i allmänhet inte vägras enbart av det skälet, att den främmande rätten kommer att anse äktenskapet ogiltigt på grund av formbrist.²⁴⁴ En katolsk spansk medborgare äger t.ex. ingå äktenskap i Tyskland i civil form, ehuru detta äktenskap blir ogiltigt enligt spansk rätt. Betänkligheter från tysk sida yppas endast om spanjoren är frånskild eller vill gifta sig med en frånskild (eller vid annat materiellt äktenskapshinder enligt spansk rätt). Emellertid är det svårt att se, varför det skall vara mera angeläget att förhindra tillkomsten av äktenskap som skulle bli haltande på denna grund än när orsaken hänför sig till vigselformen.

De anförda synpunkterna innefattar inte något avgörande skäl mot den uppfattningen, enligt vilken haltande äktenskap bör undvikas i här aktuella fall. Emellertid måste intresset härav vägas mot andra hänsyn.

5. Frågan blir då, huruvida det av angivna internationella hänsyn kan anses tolerabelt att åsidosätta den inländska skilsmässodomens rättskraft, såvitt angår omgifftet.

Det bör fasthållas att det är detta frågan gäller, inte huruvida ett förbud mot omgifte för (eller med) frånskild i den främmande rätten skall respekteras. Skillnaden mellan *lex fori* och *lex causae* hänför sig till deras uppfattning om skilsmässodomen, inte — såsom det ibland påstås i tysk doktrin — till spörsmålet huruvida skilsmässan skall dra med sig rätt till omgifte såsom rättsverkan (»Gestaltungswirkung»). Detta gäller även i sådana fall där bakgrunden till den främmande rättens icke-erkännande av skilsmässodomen

²⁴² Detta är i länder med nationalitetsprincip en allmänt vedertagen regel. Se t.ex. Batiffol DIP 85, Karlgren IPR 80 och Raape IPR 56.

²⁴³ Se t.ex. det tyska rättsfallet AG Lübeck 7.1.1955 och Kegel-Lüderitz 60.

²⁴⁴ Jfr t.ex. de tyska rättsfallen KG 14.9.1961 (p. IV) och OLG Stuttgart 12.11.1962 samt Wengler JR 1963: 45 not 28 och R 1963: 229 f; se dock även OLG Celle 15.2.1962.

domen är, att institutet skilsmässa överhuvud inte förekommer i den främmande rätten. Det i tysk doktrin framförda påståendet, att den främmande rättens ståndpunkt i dessa fall kan uttryckas så, att den förbjuder omgifte efter skilsmässa,²⁴⁵ är f.ö. vanligen oriktig. Flertalet av de rättsordningar som i sin interna rätt saknar institutet skilsmässa erkänner likväl i vissa fall utländska skilsmässodomar (så t.ex. italiensk rätt) och motsätter sig då ej heller omgifte för de frånskilda.

Väl kan det sägas ligga nära till hands att behandla de båda här åtskilda frågorna lika. Om man t.ex. i ett visst land är beredd att ge tillämpning åt en främmande lag som förbjuder omgifte efter skilsmässa — vilket t.ex. den svenske lagstiftaren synes ha varit²⁴⁶ — kan det synas konsekvent att ej heller såsom (alltför) stötande avvisa tillämpning av en främmande lag som motsätter sig omgiften av den anledningen, att den inte erkänner skilsmässodomen beträffande det föregående äktenskapet. Icke desto mindre bör de båda frågorna i klarhetens intresse hållas isär. Såsom framhållits i avhandlingens allmänna del, kan skäl också anföras för att besvara dem olika.²⁴⁷

Vid övervägande av den fråga som här är aktuell synes det lämpligt att skilja mellan de båda huvudfall som ifrågakommer, nämligen (a) fall där skilsmässodomen avser den utländske nupturienten själv och (b) fall där skilsmässodomen avser hans medkontrahent.

a) Beträffande förstnämnda fall brukar det i doktrinen såsom ett argument mot *lex causae*-metoden framhållas, att denna kan medföra att skilsmässodomen kommer att verka olika för de båda frånskilda makarna. Om den ene av dem är inländsk medborgare, kan han utan vidare ingå nytt gifte efter skilsmässodomen, medan den utländske medborgaren skulle vara förhindrad härifrån. Denna invändning synes tungt vägande. Det må vara att en del av de IP-regler som möjliggör skilsmässa i »*mariages mixtes*» (men inga-

²⁴⁵ Jfr ovan under I B 1 c) s. 435 vid not 49.

²⁴⁶ Detta kan utläsas av att den svenska lagstiftningen inte utnyttjat Haagkonventionens möjlighet att göra undantag från tillämpligheten av *lex patriae* när denna uppställer äktenskapshinder »à raison d'un mariage antérieur», en passus som just syftade på sådana omgiftesförbud. Jfr ovan not 225 samt Undén IÅR 11 ff.

²⁴⁷ Se ovan kap. V s. 159 f.

lunda *alla* dessa regler) har karaktär av undantag, vilka syftar till att hjälpa den inländske maken (oftast hustrun) att få skilsmässa och därför öppnar väg härtill endast på talan av honom, inte på den utländske makens talan (t.ex. IÅL 7: 2 II). Men härifrån är det ett långt steg till att säga, att skilsmässodomen, sedan den en gång meddelats på den inländske makens talan, skulle ha verkan endast för hans del (åtminstone vad rätten till omgifte angår). Det går inte att komma ifrån att en dylik konsekvens ter sig stötande.

Framhållas må dock, att *lex causae*-metoden inte *alltid* leder till en dylik skillnad i behandlingen av de frånskilda. Fall kan förekomma där båda makarna är utländska medborgare och skilsmässodomen inte erkännes i någonderas hemland. *Lex causae*-metoden medför då, att *ingendera* av dem kan ingå nytt äktenskap.²⁴⁸ Även en dylik konsekvens kan väl te sig stötande men inte just från den här berörda synpunkten.

b) Vid det andra huvudfallet är den typiska situationen den — såsom framgått av rättspraxis från flera länder — *att* den utländske nupturienten är spansk medborgare och hans medkontra- hent inländsk medborgare, *att* denne tidigare varit gift med en annan medborgare i vigsellandet *samt att* det föregående äktenskapet saknar all anknytning till spansk rätt. I denna situation synes det snarast mera stötande än i a)-fallen att vägra omgifte under åberopande av den främmande *lex causae* och dess icke-erkännande av skilsmässodomen.²⁴⁹ Här är det visserligen inte den under a) anförda likabehandlingsprincipen som är i fara; *lex causae*-metoden medför inte att någon av de frånskilda ställs bättre eller sämre än den andre beträffande rätten till omgifte. Vad som gör att det inte förefaller rimligt att böja sig för spansk rätts uppfattning är snarast, att frågan om skilsmässans giltighet överhuvud saknar anknytning till spansk rätt. Den regel i spansk rätt, enligt vilken inte ens en sådan skilsmässa erkännes, är uttryck för en mycket långtgående ordre

²⁴⁸ Jfr Wengler 1957: 57.

²⁴⁹ I doktrin och praxis finns också flera uttalanden som går ut på eller ifrågasätter att skillnad bör göras mellan de båda fallen på så sätt, att hinder för omgifte skulle möta endast i a)-fallen men inte i b)-fallen. Se t.ex. Dieckmann 100 ff, 106, Hoyer 1965: 620 och Planiol-Ripert 136 (jfr beträffande fransk doktrin överhuvud ovan s. 476 vid not 174) samt det tyska rättsfallet OLG Braunschweig 10.10.1963.

public-konception. Att ge företräde åt denna spanska regel framför den egna rättskraftsregeln måste väcka starka betänkligheter.

6. En summering pro et contra av de anförda synpunkterna leder enligt min mening till att det haltande äktenskapet i hit-hörande fall bör betraktas som ett mindre ont än de nackdelar som skulle vara förenade med att vägra omgifte. Lex fori-principen bör därför upprätthållas även i detta sammanhang.

Såsom framhållits i tysk doktrin, synes det troligt att den motsatta ståndpunkten — utifrån vilken det f.ö. bleve nödvändigt att överväga en rad olika tänkbara undantag — skulle få svårt att slå igenom i de sociala realiteterna. Sannolikt skulle kontrahenterna i många fall, sedan laglig vigsel förvägrats dem, leva samman i en fri förbindelse. I jämförelse härmed framstår även ett haltande äktenskap, vilket är giltigt åtminstone i vigsellandet, ev. också i en del andra länder, som en vinning.

En sak för sig är, att kontrahenterna före vigseln bör upplysas om risken att äktenskapet inte blir erkänt i hemlandet.²⁵⁰ Vill kontrahenterna ta denna risk, bör de emellertid få göra det.

Den här förordade ståndpunkten synes vara bäst i linje med tendenserna i nutida IP-rättslig doktrin och praxis. I detta hänseende är utvecklingen i fransk och belgisk rätt samt det tyska reformförslaget från år 1959 (det som nu ligger i Bundestag) symptomatiska. Den motsatta lösningen är uttryck för en »personalism» som för länge sedan sett sina bästa dagar i den internationella familjerätten men som ännu har ett visst grepp över bl.a. tysk rätt på detta område.

Medges må dock slutligen, att det här finns utrymme för olika värderingar och att dessa kan utfalla olika från land till land, bl.a. beroende på demografiska och geografiska förhållanden. Det ovan gjorda ställningstagandet förefaller naturligast från t.ex. svensk synpunkt men passar måhända inte för t.ex. schweizisk rätt. I ett land som Schweiz ligger det nära till hands att ta hänsyn till sådana faktorer som den stora förekomsten av italienska medborgare, vilka mer eller mindre tillfälligt uppehåller sig i Schweiz, och

²⁵⁰ Så med rätta Kegel-Lüderitz 60 och instruktionen för de franska civilståndsmyndigheterna, art. 475 (se härom ovan under IV A s. 468). Se även beträffande svensk rätt NJA II 1964: 441.

den geografiska närheten till Italien. Det ter sig som en tvivelaktig rättspolitik att tillåta uppkomsten av en mängd haltande äktenskap för medborgare i en stor grannstat med stränga uppfattningar på äktenskapsrättens område. Sådana betänkligheter har avsevärt mindre relevans i ett land som Sverige.

7. Vad som anförts ovan under 1—6 är i huvudsak tillämpligt även beträffande sådana i praktiken mera sällsynta fall, där skilsmässodomen meddelats av *utländsk* domstol och erkännes enligt forumrättens egna men inte enligt legis causae IP-regler eller där det föregående äktenskapet är giltigt enligt legis causae men ogiltigt enligt legis fori IP-regler. Det positivrättsliga materialet rörande dessa fall är ganska magert. Tillräckliga skäl att här förfara annorlunda än i de fall där skilsmässodomen meddelats av inländsk domstol finns enligt min mening inte.

8. Givet är slutligen, att om omgifte anses böra tillåtas utan hänsyn till legis causae uppfattning av det tidigare äktenskapet såsom giltigt och bestående, detsamma måste gälla vid prövning av det sålunda ingångna nya äktenskapets giltighet. Huruvida det nya äktenskapet bör anses giltigt även utifrån den motsatta utgångspunkten beträffande omgiftets tillåtlighet, såsom hävdats bl.a. i tysk doktrin och praxis, kan här lämnas därhän.

B. DET FÖREGÅENDE ÄKTENSKAPET ÄR ENLIGT FORUMRÄTTENS IP-REGLER GILTIGT OCH BESTÅENDE MEN ENLIGT LEGIS CAUSAE MOTSVARANDE REGLER OGILTIGT ELLER UPPLÖST

1. Vad angår *nytt äktenskaps ingående* i denna situation, synes den härskande läran överallt vara, att hinder härför måste anses föreligga. Även lex causae-principens anhängare ansluter sig ofta till denna mening under hänvisning till ordre public-betonade synpunkter (monogamiprincipen).

Hithörande fall ger även enligt min mening anledning till avsevärt mindre tvekan än de i det föregående berörda. En lex fori-lösning på Vorfrage-problemet kommer i detta sammanhang inte ens i konflikt med de rättspolitiska hänsyn till internationell enhetsbedömning som annars talar mot en dylik lösning. Vägras omgifte,

innebär det visserligen att avgörandet utfaller på annat sätt än i det främmande *lex causae*-landet. Men vad som från enhetsbedömningssynpunkt är av intresse vid äktenskaps ingående är inte, såsom vanligen eljest, lika avgöranden i och för sig utan endast att *de äktenskap som ingås blir internationellt erkända*. Ett avgörande som innebär att det tillämnade äktenskapet *inte* får ingås kan inte ge upphov till några internationella komplikationer.

Lex fori-principen bör således vidhållas.

2. Svårare är att ta ställning till *giltigheten av ett redan ingånget nytt äktenskap*. Mest konsekvent vore att detta äktenskap skulle förklaras ogiltigt, då det ingåtts i strid med forumlandets uppfattning av det föregående äktenskapet såsom giltigt och alltjämt bestående. Denna uppfattning möter också i viss doktrin och praxis.

Påtagligt är emellertid att en tendens till *validering* gör sig gällande. Exempel härpå har jag i det föregående lämnat från tysk, fransk och svensk doktrin och/eller praxis.²⁵¹ I den mån det nya äktenskapet i enlighet med denna uppfattning anses giltigt, drages härav ofta den konsekvensen, att det föregående äktenskapet får anses upplöst åtminstone från tidpunkten för det nya äktenskapets ingående. Forumlandet skulle alltså frångå sin tidigare IP-rättsliga ståndpunkt i denna del.

Den validerande ståndpunkten kan ses som en »projicering på det IP-rättsliga planet» av internrättsliga tendenser in favorem matrimonii. För densamma kan åberopas, dels att det i och för sig är betänkligare att ogiltigförklara ett äktenskap än att vägra medverka till dess slutande, dels att forumlandet ofta saknar möjlighet att praktiskt genomdriva den uppfattningen, att det nya äktenskapet är ogiltigt. Det sistnämnda illustreras väl av de fall från tysk och svensk praxis, där det nya, efter den utländska skilsmässodomen utomlands ingångna äktenskapet saknat anknytning till forumlandet.²⁵² Att stämpla det nya äktenskapet som ogiltigt vore, såsom framhållits i

²⁵¹ Se också det ovan s. 489 vid not 219 nämnda kanadensiska rättsfallet. Ett annat klart exempel på valideringstendens möter i en lagbestämmelse i *finsk rätt*, FIFL § 49: »Har någon, vars äktenskap blivit i främmande stat upplöst genom beslut, som här i riket ej hålles för giltigt, därefter ingått nytt äktenskap, må detta ej av sagda anledning anses böra återgå.»

²⁵² KG 13.1.1925 samt NJA 1903: 317 (ovan vid noterna 92 resp. 236).

tysk doktrin, en utgång som skulle bryta sig mot »die Macht der Tatsachen» och riskerade att bli ett slag i luften.

Om man på grund av dylika överväganden finner det bäst att godta det nya äktenskapet som giltigt, synes det också nödvändigt att acceptera den förut nämnda konsekvensen beträffande det tidigare äktenskapets upplösning. Ett legalt tvegifte är, såsom framhållits t.ex. av Undén, en alltför djärv konstruktion.

Å andra sidan kan det sägas, att denna konsekvens av valideringsståndpunkten inger betänkligheter och talar mot sagda ståndpunkt överhuvud. Skall det verkligen vara möjligt att ett äktenskap blir upplöst genom ena makens omgifte, således utan att den andre maken (i det första äktenskapet) alls blir tillfrågad? En dylik regel torde inte finnas upptagen i något lands lagstiftning. Den är, såsom framhållits i viss tysk doktrin, obillig mot den andre maken. Denne, som i här aktuella fall väl i allmänhet är inländsk medborgare (så i fallen från tysk och svensk rättspraxis), skulle gå miste om rätt till underhåll m.m. (anspråk som visserligen sällan torde kunna praktiskt realiseras, om den omgifte maken är bosatt utomlands, där det första äktenskapet anses upplöst). Ej heller är det nödvändigt att tillgripa berörda konstruktion för att den inländske maken å sin sida skall t.ex. kunna ingå nytt äktenskap. För detta kan man lika gärna anlita den »ortodoxa» vägen, via ny skilsmässodom i forumlandet.

Skäl kan således anföras både för och emot validerande lösningar, innefattande avvikelser från forumlandets egna IP-regler. Det är vanskligt att ta ställning till detta spörsmål. Om dylika lösningar anses böra komma i fråga, måste man emellertid närmare bestämma deras tillämpningsområde.

Härom kan å ena sidan sägas, att de fall där en validerande lösning kan ifrågasättas knappast låter sig begränsas till Vorfrageproblemets område. Härutinnan kan erinras bl.a. om den av Undén framförda uppfattningen (ovan under VII C 2 s. 496), som innebär att det nya äktenskapet bör hållas för giltigt även när skilsmässodomen inte erkännes vare sig enligt forumlandets eller enligt hemlandets IP-regler.

De situationer där validering förefaller mest önskvärd utmärkes dels av att det nya äktenskapet blivit lagligen ingånget i vigslandet — vilket förutsätter att skilsmässodomen (ogiltighetsdomen etc.)

meddelats i eller erkännes i detta land — *dels* av att rättsförhållandet vid sin tillkomst haft stark anknytning till vigsellandet men ringa eller ingen anknytning alls till det land där fråga om dess giltighet sedermera kommer upp.²⁵³ Exempel härpå ger de fall som anförts från tysk, fransk och svensk praxis.

Å andra sidan bör man enligt min mening avgjort inte gå så långt, att *varje* äktenskap som ingåtts utomlands efter utländsk skilsmässodom anses giltigt. En dylik ståndpunkt skulle i alltför hög grad göra de i forumlandets egna IP-regler uppställda förutsättningarna för erkännande av utländsk skilsmässodom illusoriska. Ätminstone i utpräglade *fraus legis*-situationer — där skilsmässan och omgifvet ägt rum utomlands, måhända i ett »divorce mill»-land (Mexiko, Nevada etc.), uteslutande för att kringgå eljest förefintliga hinder — måste det finnas möjlighet att vägra erkänna såväl skilsmässodomen som det nya äktenskapet.

Antag t.ex. att en i Sverige bosatt italienare i Mexiko utverkat skilsmässodom mot sin italienska hustru, som bor i Italien. Ingen av parterna har ens varit i Mexiko; rättegången har förts genom ombud. Efter domen har den italienske mannen ingått nytt äktenskap i Mexiko med en i Sverige bosatt svenska. Även detta har skett genom ombud²⁵⁴ (»Handschuhe»).

Även om man i princip är anhängare av validerande lösningar, synes en sådan utesluten under omständigheter som dessa. En svensk domstol måste här hålla sig till svensk rätts IP-regler, enligt vilka den mexikanska skilsmässodomen inte erkännes och det nya äktenskapet kan dömas att återgå (jfr IÄL 3: 5 resp. 2: 1).

Inte ens i alla de fall där det är möjligt att komma till en validerande lösning med hjälp av *lex causae*-metoden, d.v.s. där det föregående äktenskapet av den främmande *lex causae* betraktas som ogiltigt eller upplöst, förefaller sagda lösning indicerad. Särskilt när skiljaktigheten mellan *lex fori* och *lex causae* hänför sig till det tidigare äktenskapets *giltighet* — typfall: en grekisk medborgare har efter borgerlig vigsel i Sverige och utan upplösning av det härigenom uppkomna, från svensk rätts synpunkt giltiga äktenskapet lyckats ingå ett nytt, i hemlandet giltigt äktenskap — synes det nya äktenskapet knappast böra anses giltigt i forumlandet. De fall där man i doktrin och praxis tänkt sig validerande lösningar synes också nästan enbart vara sådana, där skillnaden mellan *lex*

²⁵³ Jfr ovan kap. V s. 167 f.

²⁵⁴ Jfr sakomständigheterna i RÅ 1954: 83.

fori och lex causae hänför sig till uppfattningen om en tidigare *skilsmässodom*.

Konklusionen av det sagda blir, att valideringssynpunkten inte lämpligen bör tillgodoses inom ramen för Vorfrage-problemet. Beträffande detta problem kan man även här hålla sig till lex fori-principen. De undantag från foruomlandets IP-regler som må anses påkallade in favorem matrimonii bör vara beroende av anknytningsförhållandena in concreto. Härvid kommer andra IP-rättsliga läror i betraktande, framför allt läran om »välförvärvade rättigheter» (i dess moderna utformning), jfr ovan kap. V s. 165 ff.

§ 3. TILLÄMPLIG LAG BETRÄFFANDE DE MATERIELLA FÖRUTSÄTTNINGARNA FÖR DET NYA ÄKTENSKAPET EFTER HALTANDE SKILSMÄSSA

I. FRANSK RÄTT

I fransk doktrin har, såsom i annat sammanhang omtalats, *Niboyet* framfört en ordre public-lära, vars innehåll i här relevant del kan sammanfattas så: Om främmande rätt i princip är tillämplig beträffande de materiella förutsättningarna för ett äktenskap som skall ingås eller har ingåtts i Frankrike och tillämpningen härav på någon punkt befunnits böra avvisas såsom stridande mot fransk ordre public, skall den främmande rätten skjutas åt sidan *helt och hållet* — även i de delar där den inte i och för sig är ordre public-stridig — och ersättas med fransk rätt.²⁵⁵ Denna lära har formulerats på följande sätt i ett franskt IP-rättsligt lagförslag från 1950, vilket här *Niboyets* prägel:²⁵⁶

Lorsqu'une ou plusieurs des conditions de validité d'un mariage soumis normalement à une loi étrangère sont écartées pour des raisons d'ordre public et que le mariage est célébré en France, les conditions de validité de ce mariage sont soumises à la loi française.

²⁵⁵ Se ovan kap. VI s. 177 f.

²⁵⁶ Projet de loi relative au droit international privé, art. 31. Om detta förslag jfr ovan kap. VI s. 180.

Till de fall där den främmande rätten av ordre public-hänsyn måste lämnas utan beaktande räknar Niboyet bl.a. det, att äktenskapshindret enligt den främmande rätten består i ett tidigare äktenskap, vilket upplösts av fransk domstol genom dom som inte erkännes av den främmande rätten.²⁵⁷ En konsekvens av en dylik »divorce purement français»²⁵⁸ är enligt ovannämnda regel, att även övriga förutsättningar för det nya äktenskapet kommer att underställas fransk rätt.²⁵⁹

Även i den franska doktrinen i övrigt finns uttalanden som kan tolkas på samma sätt. Såsom omtalats ovan i § 2 IV B (s. 473), är »la théorie distributive» numera övergiven och anses det allmänt i doktrinen, att nytt (giltigt) äktenskap kan ingås i Frankrike utan hinder av att den franska skilsmässodomen inte erkännes i nupturientens hemland. Detta nya äktenskap blir, enligt vad som framhålls av flera författare, ett »mariage français».²⁶⁰ Häri ligger väl i första hand, att dess *rättsverkningar* skall bestämmas av fransk rätt. Men därjämte synes meningen vara, att fransk rätt skall vara tillämplig beträffande äktenskapets »conditions de fond».

I fransk *rättspraxis* synes frågan inte ha varit föremål för avgörande.²⁶¹ Det förefaller dock mindre troligt, att domstolarna skulle följa Niboyets lära. I vissa andra situationer, där denna lära likaledes skulle medfört total eliminering av den främmande rätten, har domstolarna nämligen gett utrymme åt densamma i de delar där den inte varit ordre public-stridig.²⁶²

II. ÖVRIGA LÄNDERS RÄTT

I övriga länder torde doktrin och praxis i allmänhet utgå från att den främmande rätten skall bibehållas vid sin tillämplighet, så-

²⁵⁷ Jfr särskilt Niboyet V 443 f och 1948: 115 f samt ovan vid not 160.

²⁵⁸ Detta uttryck användes av Niboyet V 432.

²⁵⁹ Se dock även Niboyet V 444, där denna mening inte vidhålls.

²⁶⁰ Se särskilt Delaume 20 f, Holleaux 1952: 190 f och 1955: 201 samt Lousouarn 1952: 659.

²⁶¹ Jfr dock den ovan s. 472 f citerade passusen ur rättsfallet Trib. Seine 17.3.1948, vilken möjligen kan tolkas så, att det nya äktenskapets giltighet i alla avseenden ansågs underkastat fransk rätt.

²⁶² Jfr Niboyet V 337 f samt ovan kap. VI s. 191 f.

vitt angår de förutsättningar för det nya äktenskapet som inte avser erkännandet av skilsmässodomen.²⁶³

I tysk rättspraxis finns dock ett fall (ett Landgericht-avgörande) som avviker härifrån.²⁶⁴ I detta fall hade en genom tysk skilsmässodom frånskild tyska i Tyskland ingått nytt gifte med en katolsk utlänning (polack), vars hemland inte erkände skilsmässodomen. Med hänsyn till denna den främmande rättens inställning ansågs frågan om ogiltigförklaring av det nya äktenskapet böra bedömas uteslutande enligt tysk rätt, d.v.s. tysk rätt tillämpades beträffande *samtliga* tänkbara materiella ogiltighetsgrunder, ej endast i den del som hänförde sig till hustruns tidigare äktenskap. Detta förfarings-sätt motsvarar vad som i fransk doktrin rekommenderats av Niboyet.

Emellertid är detta ett isolerat fall, som inte synes ha vunnit någon efterföljd i doktrin eller praxis i övrigt. Någon motivering för det tillämpade förfaringsättet gavs ej heller.

III. VÄRDERING

Inga särskilda skäl synes föreligga, vilka skulle kunna motivera avvikelser från de vanliga kollisionsnormerna i hithörande fall. Mot sådana avvikelser talar dels vissa av de i kap. VI angivna skälen, dels inställningen i doktrin och praxis till tillämpning av främmande rätt beträffande äktenskapets materiella förutsättningar i vissa andra fall. Om det bortses från Niboyets ordre public-lära, vilken inte vunnit nämnvärd efterföljd, anses främmande rätt, vilken i och för sig är tillämplig i nämnda hänseende men som på någon punkt skjutes åt sidan såsom ordre public-stridig, böra lända till efterrättelse i övrigt, i de delar där den inte är ordre public-stridig.²⁶⁵ Det är svårt att se, varför något annat skulle gälla just i de fall, där den främmande rättens, av vigsellandet icke respek-

²⁶³ Detta framgår bl.a. av åtskilliga av de ovan i § 2 anförda fallen från tysk praxis. Mycket tydligt framträder det i texten nämnda förhållandet vidare i rättsfallet KG 14.9.1961.

²⁶⁴ LG München 6.2.1948. Jfr om detta fall ovan vid not 79.

²⁶⁵ Detsamma gäller när den främmande rätten kommer att betrakta äktenskapet som ogiltigt av skäl som hänför sig till formen för dess ingående. Jfr ovan kap. VI s. 191.

terade äktenskapshinder består i ett tidigare, från den främmande rättens synpunkt alltjämt bestående äktenskap.

Jag håller således fast vid den ståndpunkt som jag i allmänhet intagit till frågor av denna typ: de vanliga kollisionsnormerna bör upprätthållas, främmande rätt som anvisas av desamma bör kunna tillämpas »fiktivt».

KAPITEL XV

SAMMANFATTNING BETRÄFFANDE DE ALLMÄNNA PROBLEMEN I AVHANDLINGEN

Beträffande de i avhandlingen dryftade problemen av generell räckvidd kan efter genomgången i den speciella delen sammanfattningsvis följande sägas:

I. Rörande Vorfrage-problemet råder de lege lata dels mycken oklarhet, dels avsevärda skillnader mellan olika typer av mål och mellan olika länders rätt. På det hela taget kan det dock sägas att lex fori-principen är den dominerande.

Få meningsskiljaktigheter råder beträffande de i kap. VIII—X behandlade typerna av mål, avseende skilsmässa samt äktenskapets rättsverkningar i personligt och förmögenhetsrättsligt hänseende. Frågan om äktenskapets giltighet och bestånd avgöres här av doktrinen, bortsett från enstaka tyska författare, och i rättspraxis på grundval av forumrättens IP-regler, även när främmande rätt är lex causae för resp. rättsverkan. I dessa typer av mål är det sällan som problemet ens formuleras; lösningen torde vanligen uppfattas som självfallen.

Motsvarande kan sägas om giltigheten av skilsmässa såsom förutsättning för de rättsverkningar som avses i kap. XIII, alltså beträffande rättsförhållandet de frånskilda makarna emellan samt mellan dem och barnen. Skilsmässans giltighet bedöms här, bortsett från enstaka fall ur tysk rättspraxis, med utgångspunkt från forumrättens egna IP-regler.

Endast i de återstående typerna av mål — beträffande barns äkta börd och legitimation genom efterföljande äktenskap (kap. XI), makes arvsrätt (kap. XII) samt omgifte och giltigheten av det nya äktenskapet (kap. XIV) — är meningarna i större utsträckning delade. Särskilt i tysk doktrin och praxis har lex causae-principen

på dessa områden vunnit stor anslutning. I stort sett synes lex fori-principen dock även i dessa fall ha övervägande stöd i de olika ländernas doktrin och praxis. Detta gäller i viss utsträckning även för tysk rätts del. Flera tyska författare håller sig till lex fori-principen som fast regel, och denna ståndpunkt har stundom också kommit till uttryck i tysk praxis.

De områden där lex causae-lösningen någorlunda säkert kan sägas vara gällande rätt är inte många. Viktigast är de i kap. XIV omtalade fallen beträffande omgifte efter inländsk skilsmässodom som inte erkännes i nupturientens hemland. Här torde hemlandsrättens (*legis causae*) inställning åtminstone som huvudregel vara avgörande enligt tysk, österrikisk och schweizisk rätt. Även i engelsk rätt finns visst stöd för lex causae-lösningen, såvitt angår giltigheten av nytt äktenskap efter inländsk skilsmässodom. Ett annat område är mål om arv, där arvsstatutets kollisionsnormer i tysk rätt åtminstone som regel synes avgörande beträffande olika prejudiciella statusfrågor. Detsamma gäller måhända också för engelsk rätts del.

Vidare har lex causae-metoden i flera länder förordats i doktrinen och/eller använts i rättspraxis i mål om barns äkta börd eller legitimation samt beträffande giltigheten av nytt äktenskap efter skilsmässa i ett föregående äktenskap i sådana fall, där det därigenom blivit möjligt att tillerkänna barnen äkta börd resp. hålla det nya äktenskapet för giltigt. Även andra metoder, vilka i likhet med lex causae-lösningen innefattar ett frångående av forumrättens egna IP-regler beträffande den prejudiciella frågan, har ibland rekommenderats eller tillämpats i dessa fall för att uppnå det såsom önskvärt uppfattade materiella resultatet. Dessa IP-rättsliga »reflexer» av internrättsliga tendenser in favorem legitimitatis resp. matrimonii framträder dock sällan med sådan styrka, att de med någon säkerhet kan sägas vara gällande rätt. För tysk rätts del kan motsatsen påstås, såvitt angår äkta börd och legitimation; i flertalet hithörande fall ur praxis har favor legitimitatis-synpunkten inte fått bestämma utgången utan har domstolarna hållit sig till tysk rätts egna IP-regler, även när äktenskapet med tillämpning därav varit ogiltigt och barnen därför kommit att sakna äkta börd.

Utöver vad som nu nämnts finns ytterligare en del fall där rättsläget beträffande Vorfrage-problemet får anses ovisst. Inte minst

gäller detta beträffande svensk rätt, om vars ståndpunkt i hithörande frågor inte mycket kan sägas med säkerhet.

För egen del har jag, om än med avsevärd tvekan i flera fall, funnit *lex fori*-principen böra upprätthållas i samtliga genomgångna typer av mål. Detta ställningstagande torde vara åtminstone *för- enligt* med gällande svensk rätt på området.

II. Frågan om den *IP*-rättsliga metoden att bestämma rättsverkningarna av ett äktenskap resp. en skilsmässa som är giltig i forumlandet men inte enligt den främmande rätt, vilken normalt är tillämplig beträffande resp. rättsverkan, har huvudsakligen uppmärksamats i fransk och tysk doktrin och praxis. I österrikisk, schweizisk, belgisk och svensk rätt har spörsmålet behandlats så gott som enbart med avseende på mål om skilsmässa. I engelsk rätt, där tillämpning av främmande rätt på rättsverkningarna mera sällan blir aktuell, har frågan överhuvud inte observerats.

I mål om skilsmässa (kap. VIII) finns det, i de länder där *lex patriae* normalt skall beaktas beträffande skilsmässans tillåtlighet överhuvud och/eller närmare förutsättningar, en mer eller mindre utpräglad tendens att göra undantag från denna regel i här avsedda fall. I stället tillämpas vanligen *lex fori* ensam. För denna ståndpunkt talar också enligt min mening övertygande skäl.

En motsvarande tendens gör sig gällande i fransk och tysk doktrin och/eller praxis, såvitt angår äktenskapets personliga rättsverkningar (kap. IX). I tysk rätt är denna tendens dock inte övervägande. I de övriga ländernas rätt tillåter materialet inga säkra slutsatser på denna punkt.

I återstående typer av mål — rörande äktenskapets förmögenhetsrättsliga rättsverkningar, barns äkta börd och legitimation, makes arvsrätt samt rättsverkningarna av skilsmässa i olika hänseenden (kap. X—XIV) — ifrågasättes sällan undantag från de vanliga kollisionsnormerna. Den i dessa kollisionsnormer anvisade främmande rätten (regelmässigt *lex patriae*) torde i allmänhet anses skola tillämpas »fiktivt» beträffande sagda rättsverkningar. Vissa reservationer får dock göras såvitt angår fransk rätt. De till konstruktionen »*mariage français*» knutna tankegångarna har åtminstone i doktrinen ett visst fotfäste även vid en del av de nämnda rättsverkningarna.

För egen del har jag funnit övervägande skäl tala för att upprätthålla de vanliga kollisionsnormerna och därmed också den »fiktiva» tillämpningen av främmande rätt över hela linjen, bortsett endast från skilsmässomålen.

Även detta ställningstagande är utan tvivel förenligt med gällande svensk rätt.

ZUSAMMENFASSUNG

HINKENDE EHEN UND EHESCHIEDUNGEN

Eine rechtsvergleichende Studie über international-privatrechtliche Probleme der Ehen und Ehescheidungen mit örtlich begrenztem Wirkungsbereich

ERSTER ABSCHNITT

EINLEITUNG UND HINTERGRUND (KAP. I—II)

KAPITEL I. EINLEITUNG

Ich beginne in § 1 mit einer Bestimmung der Begriffe „hinkende Ehe“ und „hinkende Ehescheidung“. In § 2 lege ich Hauptprobleme und Gliederung der Arbeit dar. In § 3 folgen einige Bemerkungen über Ziel, Material und Methoden der Abhandlung.

§ 1. Unter hinkenden Ehen und Scheidungen versteht man in der Literatur des IPR bekanntlich solche Ehen und Scheidungen, die einen örtlich beschränkten Wirkungsbereich haben, d.h. die in einem oder mehreren Ländern gültig, in einem oder mehreren anderen Ländern aber ungültig sind. Eine hinkende Ehe liegt z.B. vor, wenn ein orthodoxer Grieche in Deutschland nur standesamtlich geheiratet hat. Diese Ehe, die in Deutschland gültig ist, wird in Griechenland als ungültig (als Nichtehe) angesehen, weil sie nicht vor einem orthodoxen Priester geschlossen worden ist. Eine hinkende Scheidung erfolgt z.B., wenn ein deutsches Gericht die Ehe zwischen einer deutschen Frau und ihrem italienischen Mann auflöst (was auf Klage der Frau unter Anwendung deutschen Rechts nach Art. 17 III EG möglich ist). Diese Scheidung ist in Deutschland wirksam, wird aber von Italien nicht anerkannt.

In der Doktrin scheint eine gewisse Unklarheit über die Abgrenzung des Begriffs der hinkenden Ehe zu bestehen. Diese Unklarheit ist darauf zurückzuführen, dass es nach dem Eherecht verschiedener Länder nicht nur vollgültige Ehen und ipso jure ungültige Ehen (Nichtehe) gibt, sondern noch eine dritte Kategorie: die nichtigen (vernichtbaren) Ehen. Diese Ehen können als „vorläufig gültig“ (Köstler) gekennzeichnet werden. Sie haben nämlich regelmässig

dieselben Rechtswirkungen wie eine gültige Ehe, bis sie durch Urteil vernichtet worden sind. Ihre Ungültigkeit tritt erst mit dem Urteil an den Tag (und wird übrigens häufig mehr wie eine Auflösung ex nunc als wie eine echte Ungültigkeit ausgestaltet).

Wenn nun eine Ehe im Lande A als gültig angesehen wird, diese Ehe aber im Lande B für nichtig erklärt worden ist, liegt offenbar ein hinkendes Rechtsverhältnis vor. Diese Lage ähnelt am ehesten der bei einer hinkenden Scheidung. Wie aber, wenn im Lande B die an sich mögliche Nichtigerklärung noch nicht erfolgt ist, die Ehe also auch in B wenigstens vorläufig als gültig behandelt wird? M.E. ist es eine Frage der Zweckmässigkeit, ob man auch in Fällen dieser Art von einer hinkenden Ehe sprechen soll. Da aber bestimmte Probleme, die sich an eine hinkende Ehe knüpfen, auch in diesen Fällen auftreten können — so insbesondere der unten in Kap. VI behandelte Fragenkreis — empfiehlt es sich, auch hier von einer hinkenden Ehe zu reden.

§ 2. Hinkende Ehen und Scheidungen interessieren einerseits hinsichtlich ihrer *Entstehung*, andererseits hinsichtlich ihrer *Rechtswirkungen*. Auf ihre Entstehung werde ich in dieser Arbeit nur in einer orientierenden Übersicht eingehen, der das Kap. II gewidmet ist. Dieser Überblick soll vorwiegend als Grundlage für die Darstellung der Rechtswirkungen dienen, die den Rest der Arbeit (Kap. III—XV) bildet. Ich lege das Schwergewicht auf die Rechtswirkungen, weil dieser Teil des Themas der weitaus schwierigere ist.

Zwei Hauptprobleme des IPR werden hier aktuell. Das erste Problem ist die in der deutschen Doktrin wohlbekanntes *Vorfrage*. Beispiel: Der Grieche, der in Deutschland standesamtlich geheiratet hatte, stirbt und hinterlässt in Deutschland Eigentum, das die Witwe als Erbin beansprucht. Nach deutschem IPR ist griechisches Recht Erbstatut. Das griechische ZGB gewährt dem überlebenden Ehegatten ein Erbrecht, vorausgesetzt dass die Ehe des Erblassers gültig war. Nach welchem Recht ist zu beurteilen, ob diese Voraussetzung erfüllt ist? Ist auch hier vom griechischen Recht als Erbstatut auszugehen? Das würde dazu führen, dass die Ehe als ungültig anzusehen ist, und die Witwe folglich nicht Erbin geworden sein kann. Oder ist die Gültigkeit der Ehe anhand der Kollisionsnormen des deutschen Rechts (der *lex fori*) zu beurteilen? Dann ist die Ehe als gültig zu betrachten und die Witwe erbt.

Allgemein lässt sich das Vorfragenproblem, soweit es hier in Betracht kommt, so formulieren: Soll die Gültigkeit einer Ehe oder Scheidung, wenn sie als Voraussetzung von Rechtswirkungen zu beurteilen ist, die einem fremden Recht unterstehen, „durch die Brille“ (Wengler) dieses fremden Rechts (der *lex causae*) gesehen werden, oder ist über die Gültigkeit anhand der Kollisionsnormen der *lex fori* zu entscheiden?

Dieses in der Literatur sehr umstrittene Problem wird in Kap. III—V näher dargestellt.

Das andere in diesem Zusammenhang auftauchende Problem betrifft das auf die *Hauptfrage* anzuwendende Recht. Angenommen, zwei Griechen haben in Schweden standesamtlich geheiratet und leben nunmehr in Deutschland. Sie wollen sich von einem deutschen Gericht scheiden lassen. Scheidungsstatut ist grundsätzlich das griechische Recht (Art. 17 I EG). Aber soll das auch hier gelten, wo die Ehe zwar nach schwedischem und deutschem Recht gültig ist, vom Standpunkt des griechischen Rechts aber nicht? Wenn diese Frage mit Nein beantwortet wird, bleibt zu entscheiden, ob die Frage nunmehr ausschliesslich nach deutschem Recht (dessen Anwendung schon aus Art. 17 IV EG folgt) zu beurteilen ist, oder ob vielleicht auch schwedisches Recht beachtet werden sollte.

Allgemein gesprochen, handelt es sich hier um die folgenden Probleme. Kann und soll ein fremdes Recht, das nach den Kollisionsnormen des Forums an sich für eine Rechtswirkung der Ehe oder der Scheidung massgebend ist, auch dann angewendet werden, wenn die Ehe bzw. Scheidung wohl nach Auffassung der *lex fori* gültig, vom Standpunkt des fremden Rechts aber ungültig ist? Sollte diese Frage verneint werden, fragt es sich, ob man ohne weiteres auf die *lex fori* zurückzugreifen hat, oder ob auch ein drittes Recht in Betracht kommt und welche Regeln in diesem Falle befolgt werden sollen.

Diese Probleme behandle ich näher in Kap. VI.

Sowohl das Vorfragenproblem, als auch das Problem des auf die Hauptfrage anzuwendenden Rechts sind *allgemeiner* Natur. Sie können bei den verschiedensten Rechtswirkungen einer Ehe oder Scheidung auftauchen (und auch ausserhalb dieses Rechtsgebietes). Dieser allgemeinen Natur der Probleme entspricht die Darstellung in Kap. III—VI, die zusammen den *allgemeinen Teil* der vorliegenden Abhandlung bilden.

Wenn die Fragestellungen auch gleichartig sind, ist damit noch nicht gesagt, dass die *Lösungen* überall die gleichen sind oder sein sollten. Diese müssen bei jeder Rechtswirkung der Ehe bzw. der Scheidung getrennt untersucht werden. Eine solche Untersuchung wird in Kap. VII—XV unternommen. Diese Kapitel bilden somit den *speziellen Teil* der Abhandlung. Hier behandle ich auch einige Probleme, die sich nur für bestimmte Rechtswirkungen ergeben.

§ 3. Die Untersuchungen in dieser Arbeit sind durchweg rechtsvergleichend gestaltet. Systematisch beachte ich das deutsche, österreichische, schweizerische, französische, belgische, englische und schwedische Recht. Umfang und Intensität der Untersuchung werden in jedem Punkt vom Material bestimmt. Keiner Rechtsordnung wird von vornherein der Vorzug gegeben. Wenn dem deutschen Recht meistens der grösste Raum gewidmet wird, so deswegen, weil das Material aus der deutschen Rechtslehre und Rechtsprechung reichlicher ist als aus den anderen Ländern.

Im allgemeinen Teil der Abhandlung zielen die Untersuchungen darauf, die Fragestellungen und verschiedenen Lösungsmöglichkeiten aufzuzeigen, die bisherige Behandlung der Probleme in der Doktrin, soweit sie generellen Charakter hat, darzulegen und die Argumente von allgemeiner Tragweite für und gegen die einzelnen Lösungen einer kritischen Prüfung zu unterwerfen. Diese Untersuchungen können ohne Bindung an ein bestimmtes Recht durchgeführt werden; sie können andererseits nicht in Aussagen über das geltende Recht eines bestimmten Landes einmünden.

Solche konkreten Aussagen können erst in dem speziellen Teil gemacht werden. Hier steht die positivrechtliche Lage in den einzelnen Ländern im Vordergrund der Untersuchung. Da Gesetzesbestimmungen, die sich direkt auf die hier interessierenden Probleme beziehen, sehr selten sind, gebührt der Rechtsprechung die überwiegende Aufmerksamkeit. Jedoch wird auch die Doktrin beachtet. Oft gibt es selbst *de lege lata* keine anderen Anhaltspunkte. Darüber hinaus nehme ich zu jedem Problem selbst Stellung.

KAPITEL II. DIE ENTSTEHUNG HINKENDER EHEN UND SCHEIDUNGEN

In diesem Kapitel gebe ich einen Überblick über verschiedene Regeln, teils materiellrechtliche, teils kollisionsrechtliche, die zur Entstehung von hinkenden Ehen und Scheidungen führen können. Nach einer allgemeinen Einführung (§ 1) behandle ich Eingehung der Ehe (§ 2) und Auflösung der Ehe (§ 3) getrennt.

§ 2. Die wichtigste Ursache der Entstehung hinkender Ehen sind Verschiedenheiten im Recht der *Trauungsform*.

Bekanntlich kann nach dem internen Recht der meisten kontinentaleuropäischen Staaten eine gültige Trauung nur in ziviler Form erfolgen. Andere Länder fordern hingegen eine religiöse Eheschliessung. Zu diesen Ländern zählen heute in Europa vor allem Spanien (für Katholiken) und Griechenland, ausserhalb Europas z.B. Israel und Quebec. Früher war diese Gruppe erheblich grösser als jetzt; sie umfasste in Europa u.a. Russland (bis zur Revolution), Österreich (bis zum Anschluss), Bulgarien, Litauen sowie — teilweise — Jugoslawien und Polen. In einer dritten Kategorie von Ländern gibt es fakultative Zivilehe und kirchliche Ehe. Zu dieser Gruppe gehören die meisten common law-Länder (darunter England und die USA), ferner Italien, Portugal und die nordischen Staaten.

In kollisionsrechtlicher Hinsicht gilt meistens, dass im Inland eine Ehe nur in der Form bzw. in einer der Formen des internen Rechts eingegangen werden kann (von der diplomatischen Trauung abgesehen). Insoweit wird der Regel *locus regit actum* obligatorischer Charakter beigelegt. Weitergehend fordern die Länder, in denen kirchliche Eheschliessung obligatorisch ist, in der Regel die Einhaltung dieser Form auch bei Auslandstrauungen, wenigstens wenn es sich um die eigenen Staatsangehörigen handelt. Die Regel *locus regit actum* wird insoweit überhaupt nicht anerkannt.

Hinkende Ehen entstehen nun insbesondere, wenn Angehörige dieser Staaten in Ländern mit obligatorischer oder fakultativer Zivilehe heiraten. Lässt der Grieche oder Spanier sich in Deutschland, Frankreich, England oder Schweden nur in ziviler Form trauen, so ist die Ehe zwar im Trauungsland gültig, im Heimatland aber ungültig. Wird andererseits die zivile Form nicht eingehalten,

sondern die Ehe vor dem orthodoxen bzw. katholischen Priester geschlossen, so liegt zwar im Heimatland eine gültige Ehe vor, im Trauungsland aber nicht, sofern nicht dieses Land die kirchliche Trauung anerkennt (was im Beispiel nur Schweden und im Rahmen des § 15 a EheG Deutschland tun).

Solche Fälle hinkender Ehen sind heute sehr zahlreich geworden. Das hängt u.a. mit der grossen Zahl von griechischen und spanischen Gastarbeitern in den mittel- und nordeuropäischen Ländern zusammen. Allein in Deutschland wurden im Jahre 1965 diese Zahlen mit 175 000 bzw. 170 000 angegeben.

Eine andere Eheschliessungsform, die häufig zu einer hinkenden Ehe geführt hat, ist die sog. diplomatische Trauung. Zahlreiche Staaten ermächtigen ihre diplomatischen Vertreter, in bestimmten Fällen Eheschliessungen vorzunehmen. Solche Ehen werden keineswegs immer vom Empfangsstaat anerkannt. Von den Ländern, die eine völlig abweisende Haltung gegenüber diesen Ehen auf ihrem Territorium einzunehmen scheinen, können hier die Schweiz und Österreich genannt werden.

Ähnlich liegt es mit Ehen, die vor Funktionären der im Ausland stationierten Truppen geschlossen werden, was z.B. nach dem englischen Foreign Marriage Act möglich ist. Auch solche Ehen können im Trauungsland ungültig sein. In der Nachkriegszeit scheinen diese Fälle hinkender Ehen in Deutschland und vor allem in Österreich von grosser praktischer Bedeutung gewesen zu sein.

Die Gültigkeit einer Ehe ist selten auf *ein* Land beschränkt. Sieht das Trauungsland die Ehe als formgültig an, so wird sie im allgemeinen auch in dritten Ländern anerkannt (*locus regit actum*), selbst wenn das Heimatland den gegenteiligen Standpunkt einnimmt. Umgekehrt wird eine Ehe, die im Trauungsland wegen eines Formfehlers ungültig ist, aber im Heimatland als formgültig betrachtet wird, in vielen Drittländern (z.B. in Deutschland und Schweden) als formgültig anerkannt.

Wird eine Ehe auf Grund eines Formfehlers in einem oder mehreren Ländern als ungültig betrachtet, so handelt es sich im allgemeinen um Ungültigkeit im Sinne einer *Nichtehe* (so z.B. nach deutschem, schwedischem, griechischem und spanischem Recht). Anders verhält es sich nach herrschender Auffassung im französischen und belgischen Recht. Die Nichteinhaltung der zivilen Eheschliessungsform in Frankreich bzw. Belgien führt nach dieser Auffassung in

der Regel nur zur „nullité“, d.h. Vernichtbarkeit, nicht zur „inexistence“ der Ehe.

Hinkende Ehen können weiter auf einer Verschiedenheit der *materiellen Voraussetzungen* der Ehe beruhen. Solche Unterschiede gibt es in grossem Umfang sowohl auf internrechtlicher, wie auf kollisionsrechtlicher Ebene.

Erwähnt sei hier nur, dass viele Länder eine im Ausland geschlossene Ehe nur anerkennen, wenn kein (trennendes) Egehinder- nis nach dem Heimatrecht der Nupturienten vorgelegen hat. Im Trauungsstaat ist dieses Heimatrecht vielleicht gar nicht beachtet worden, entweder weil die Prüfung der Ehevoraussetzungen grund- sätzlich nach dem eigenen Recht erfolgt (so z.B. in den USA und in Dänemark) oder weil eine Ausnahme von der grundsätzlichen Anwendbarkeit des Heimatrechts gemacht worden ist. So kann z.B. in Schweden ein Ausländer, der seit mindestens zwei Jahren seinen Wohnsitz in Schweden hat, begehren, dass seine Ehefähigkeit nach schwedischem Recht geprüft wird. In diesem Zusammenhang kann auch auf die französische Praxis hingewiesen werden, wonach die Trauungsbehörden nicht verpflichtet sind, das Heimatrecht der Ver- lobten — obwohl es grundsätzlich anwendbar ist — von Amts wegen zu beachten. Auch die Ausschaltung des fremden Heimat- rechts mittels des *ordre public* (der sog. *permissive ordre public*) ist die Quelle mancher hinkenden Ehen. Als einen Spezialfall hier- von darf man die praktisch wichtige Möglichkeit ansehen, dass ein Ausländer nach Scheidung im Scheidungsstaat (z.B. in Schweden) eine neue Ehe eingehen kann, obwohl das Scheidungsurteil nach seinem Heimatrecht, das bei der Prüfung seiner Ehefähigkeit an sich massgebend ist, nicht anerkannt wird (über diese Situation siehe weiter Kap. XIV).

Die hinkenden Ehen, die in den eben berührten Fällen entstehen, spielen jedoch in dieser Arbeit eine geringere Rolle als die zuvor erwähnten Fälle, bei denen es um die Form der Ehe ging. Das hat seinen Grund darin, dass die Nichteinhaltung von materiellen Ehe- voraussetzungen meistens — obwohl keineswegs immer — nur zur *Vernichtbarkeit* der Ehe und nicht zu einer Nichtehe führt. Bei diesem Typ einer hinkenden Ehe wirft die Frage nach den Rechts- wirkungen nicht so häufig Probleme auf.

§ 3. Die Hauptursache hinkender Ehescheidungen sind Scheidungsurteile, die im Urteilsstaat wirksam sind, in einem oder mehreren anderen Staaten aber nicht anerkannt werden.

Wichtig ist vor allem, dass viele Länder — in Europa u.a. Italien und Spanien — die Ehescheidung in ihrem internen Recht überhaupt nicht kennen und, als „Ausfluss“ dieser internrechtlichen Einstellung, auch ausländische Scheidungsurteile nicht anerkennen, wenigstens soweit es sich um eigene Staatsangehörige handelt.

Scheidungen, an denen Angehörige dieser Staaten beteiligt sind, werden im Ausland in zahlreichen Fällen ausgesprochen, und zwar auch in Ländern, die grundsätzlich auf dem Boden des Staatsangehörigkeitsprinzips stehen. Vor allem kommen hier die sog. „*mariages mixtes*“ in Betracht. Zu denken ist besonders an den Fall, dass der eine Ehegatte Staatsangehöriger des Forumlandes ist und gegen seinen ausländischen Ehegatten auf Scheidung klagt. Hier — aber auch in gewissen anderen Fällen von „*mariages mixtes*“ — ist z.B. nach belgischem, deutschem, französischem, österreichischem, schwedischem und schweizerischem Recht immer oder unter erheblich erleichterten Voraussetzungen eine inländische Zuständigkeit gegeben und wird der Rechtsstreit regelmässig nach dem Sachrecht des Forums entschieden. Das fremde Heimatrecht, das eine Scheidung nicht kennt, wird nicht beachtet. Nach englischem IPR werden Scheidungssachen sogar generell nach englischem materiellem Recht beurteilt, selbst wenn beide Ehegatten Ausländer, z.B. Italiener oder Spanier, sind.

Eine andere Quelle der hinkenden Ehescheidungen ist die von einigen Staaten — u.a. Israel, Polen, der Türkei und Ungarn — beanspruchte ausschliessliche Zuständigkeit in Scheidungssachen eigener Staatsangehöriger. Dies wird zwar in manchen Staaten in gewissem Umfang respektiert, u.a. in Deutschland, Österreich, Schweden und der Schweiz, in anderen Ländern aber überhaupt nicht beachtet, z.B. in Belgien, England und Frankreich.

Auch in Staaten, die keine ausschliessliche Zuständigkeit beanspruchen, setzt die Anerkennung eines ausländischen Scheidungsurteils allgemein voraus, dass das Scheidungsgericht international zuständig war. In vielen Ländern, z.B. in Frankreich und Schweden, wird für die Anerkennung grundsätzlich weiter gefordert, dass das ausländische Gericht das „richtige“ materielle Recht angewendet hat. Ob diese beiden Voraussetzungen erfüllt sind, prüft der Aner-

kennungsstaat anhand der eigenen Masstäbe. Das Scheidungsgericht aber ist an die Regeln *seines* Landes über die internationale Zuständigkeit und über das anwendbare Recht gebunden gewesen, Regeln, die vielleicht nicht mit denen des Anerkennungsstaates übereinstimmen. Hieraus ergeben sich zahlreiche Möglichkeiten der Entstehung hinkender Scheidungen.

Eine umfassende und heterogene Gruppe von hinkenden Scheidungen entsteht dadurch, dass die kollisionsrechtlichen Regeln im Scheidungsstaat sozusagen aus dem Spiel gelassen worden sind. Zu erwähnen ist hier z.B. der Grundsatz des französischen IPR, dass fremdes Recht nicht von Amts wegen beachtet zu werden braucht. Daher sind in der französischen Praxis — trotz grundsätzlicher Herrschaft des Staatsangehörigkeitsprinzips — Scheidungen von italienischen und spanischen Eheleuten kraft französischen Rechts vorgekommen. Hierher gehört auch der Fall, dass ausländische Ehegatten — wohl oft ohne dass die Frage überhaupt erörtert worden ist — als inländische Staatsangehörige angesehen und daher auf Grund der *lex fori* geschieden worden sind, obwohl das nach dem an sich massgeblichen ausländischen Heimatrecht nicht möglich gewesen wäre. Eine andere hier zu erwähnende Situation ist aus der Praxis vieler Länder bekannt, nämlich dass zwar in Übereinstimmung mit den Kollisionsnormen ausländisches Recht auf die Scheidungsfrage angewendet, das fremde Recht aber unrichtig ausgelegt worden ist und dieses Scheidungsurteil deswegen in dem fremden Land nicht anerkannt wird. Als Spezialfälle hiervon kann man Situationen ansehen, wo zu Unrecht eine Rückverweisung des „scheidungsfeindlichen“ fremden Rechts auf die *lex fori*, nach welcher die Scheidung möglich ist, angenommen wird (solche Fälle sind u.a. aus der deutschen und der französischen Praxis bekannt) oder wo das Scheidungsgericht bei der Bejahung der Frage seiner internationalen Zuständigkeit unrichtig davon ausgegangen ist, dass diese Zuständigkeit im Heimatstaat der Ehegatten anerkannt werde (was u.a. nach deutschem, österreichischem und schweizerischem Recht in bestimmten Fällen Voraussetzung für die eigene Zuständigkeit ist).

Schliesslich sei hier erwähnt, dass es auch Fälle gibt, wo eine Scheidung — anders als in den bisher berührten Fallgruppen — im Scheidungsland selbst ungültig ist, in einem oder mehreren anderen Ländern aber als gültig betrachtet wird. Hierher gehören die sog.

Privatscheidungen, z.B. nach dem früheren sowjetrussischen Recht oder nach dem jüdischen oder muselmanischen Recht. Solche Scheidungen werden in den meisten westeuropäischen Ländern, wo die Gerichte oder andere staatliche Behörden ein Scheidungsmonopol haben, als ungültig betrachtet, sofern sie im Inland erfolgt sind. Dagegen können sie im Heimatstaat und in weitem Umfang auch in dritten Ländern gültig sein.

ZWEITER ABSCHNITT

ALLGEMEINER TEIL (KAP. III—VI)

KAPITEL III. DAS VORFRAGENPROBLEM IM IPR

Nach einer Einführung (§ 1) behandle ich in § 2 die einzelnen Entstehungsfaktoren des Vorfragenproblems und in § 3 die verschiedenen Lösungsmöglichkeiten. In § 4 unterscheide ich das Vorfragenproblem von gewissen anderen allgemeinen Fragestellungen im IPR. Schliesslich folgt in § 5 eine Auseinandersetzung mit einigen Ansichten der Doktrin zu unserem Problem.

§ 2. Bei der Darstellung der Voraussetzungen des Vorfragenproblems nenne ich zunächst einige typische Beispiele (I) und gehe alsdann die für das Problem konstitutiven Merkmale durch (II).

In erster Linie muss die Hauptfrage nach den Kollisionsnormen des Forums einem fremden Recht unterstehen. Zweitens ist es notwendig, um das Problem zugespitzt darzustellen, dass die beiden Lösungsalternativen — die „selbständige“ und die „unselbständige“ Anknüpfung der Vorfrage, vgl. § 3 — in concreto zu verschiedenen Ergebnissen führen. Dies bedeutet in unserem Zusammenhang, dass die Ehe oder Scheidung nach der einen Lösungsalternative als gültig, nach der anderen als ungültig zu betrachten ist, d.h. es muss eine hinkende Ehe bzw. Scheidung vorliegen. Das ist auch der Grund, warum das Vorfragenproblem in dieser Arbeit einen zentralen Platz einnehmen muss.

Von zahlreichen Autoren wird eine dritte Voraussetzung aufgestellt: Die Vorfrage nach dem praejudiziellen Rechtsverhältnis — Gültigkeit der Ehe bzw. Scheidung — darf erst bei der Anwendung des auf die Hauptfrage anwendbaren *materiellen fremden Rechts* auftauchen. Geht es z.B. um die Beerbung eines Griechen, der im

Ausland eine Zivilehe eingegangen ist, so wird die Frage nach der Gültigkeit der Ehe des Erblassers deswegen aktuell, weil das als Erbstatut massgebende griechische Recht dem überlebenden Ehegatten ein Erbrecht gewährt, wenn die Ehe gültig war. Diese Frage muss also beantwortet werden, nur weil eine Sachnorm der fremden *lex causae* den Ausgang des Rechtsstreits davon abhängig macht. Würde das griechische Recht kein Ehegattenerbrecht kennen, so bliebe auch die Frage nach der Gültigkeit der Ehe ohne Belang. Von solchen Fällen „echter“ Vorfragen unterscheidet man, vor allem in der deutschen Doktrin, die Fälle, in denen die Gültigkeit der Ehe bzw. der Scheidung eine sog. „Erstfrage“ (Jochem) ist, d.h. Fälle, in denen die Frage nicht erst bei Anwendung der fremden *lex causae* auftritt, sondern bereits in einem früheren Stadium, bei Anwendung der die Hauptfrage betreffenden *Kollisionsnorm* des Forums. Geht es z.B. um die persönlichen Rechtswirkungen der Ehe, so setzt schon die *Kollisionsnorm* hierüber (im deutschen Recht Art. 14 EG) nach h.L. eine gültige Ehe voraus. Diese Frage sei daher keine Vorfrage im technischen Sinne, sondern eine Erstfrage, die auf Grund der *lex fori*, einschliesslich ihrer *Kollisionsnormen*, zu beantworten sei. Eine andere Lösung sei von vornherein ausgeschlossen.

Die Unterscheidung Vorfrage-Erstfrage ist sowohl theoretisch wie praktisch von grossem Interesse. In diesem Zusammenhang wird sie jedoch nur erwähnt. Die eigene Stellungnahme erfolgt erst in Kap. V.

§ 3. Für die Lösung eines Vorfragenproblems gibt es in jedem konkreten Fall zwei Wege. Entweder folgt man der *lex fori* oder man beantwortet die Gültigkeit der Ehe bzw. der Scheidung vom Standpunkt der *lex causae*. Die beiden Alternativen werden hier als *lex fori*- bzw. als *lex causae*-Lösung bezeichnet; in der deutschen Doktrin spricht man gewöhnlich von „selbständiger“ bzw. „unselbständiger“ Anknüpfung der Vorfrage, eine Terminologie, die jedoch leicht irreführt.

In den meisten Fällen setzen beide Lösungsalternativen die Anwendung kollisionsrechtlicher Regeln voraus. Darum wird das Vorfragenproblem oft als eine Frage der Wahl zwischen den *Kollisionsnormen* der *lex fori* und denen der *lex causae* dargestellt. Diese Charakteristik trifft jedoch dann nicht zu, wenn über die Vorfrage

im Forumstaat oder im *lex causae*-Staat ein rechtskräftiges Urteil ergangen ist, was insbesondere bei der Ehescheidung oft der Fall ist. Will z.B. ein in Schweden rechtskräftig geschiedener Italiener in Schweden eine neue Ehe eingehen, so bestehen die beiden Lösungsmöglichkeiten des Vorfragenproblems einerseits in der Anwendung der schwedischen Rechtskraftregel (*lex fori*-Lösung), andererseits in der Anwendung der italienischen Regel, wonach die Scheidung nicht anerkannt wird (*lex causae*-Lösung). Nur bei der zweiten Lösung unseres Beispiels wird eine Regel kollisionsrechtlicher Natur angewandt.

§ 4. In der Doktrin wird manchmal behauptet, die hier behandelte Fragestellung sei kein selbständiges Problem sondern decke sich mit dem Qualifikationsproblem oder dem Rückverweisungsproblem. In der Doktrin wie in der Praxis begegnet man immer wieder Ausdrucksweisen, die wörtlich genommen von dieser Auffassung auszugehen scheinen. Insbesondere werden Vorfrage und Qualifikation — ersten oder zweiten Grades — sehr häufig verwechselt oder undeutlich voneinander abgegrenzt.

Demgegenüber wird in dieser Abhandlung dargelegt, dass das Vorfragenproblem eigene Merkmale besitzt, die es sowohl von den genannten Problemen, wie von anderen allgemeinen Fragestellungen des IPR — behandelt werden hier die Spaltung und die Substitution (Subsumtionsanpassung) — klar unterscheiden. Da dies schon von vielen Autoren, besonders in der deutschen Doktrin, klargestellt worden ist, braucht in dieser Zusammenfassung hierauf nicht näher eingegangen zu werden.

§ 5. Nach Ansicht einiger Autoren, u.a. Nussbaum und Goldschmidt, ist das Vorfragenproblem ein reines Scheinproblem. Solche Behauptungen sind nicht leicht zu verstehen. Sie können Verschiedenes besagen:

(1) Wenn gemeint wird, das Problem habe keine eigenen Merkmale, so ist darauf schon in § 4 erwidert. (2) Es kann aber auch gemeint sein, dass die Fragestellung von der Begriffsjurisprudenz geprägt sei und dass die verschiedenen Vorfragenfälle anhand rechtspolitischer Gesichtspunkte ohne Bindung an ein bestimmtes Prinzip gelöst werden müssten. Dem ist entgegenzuhalten, dass die einheitliche Fragestellung keineswegs von vornherein eine Diffe-

renzierung der Lösungen ausschliesst und hierbei selbstverständlich auch rechtspolitische Erwägungen ihren Platz haben. Ebensovienig darf aber von vornherein auf eine Einheitslösung verzichtet werden; eben das soll ja hier untersucht werden. In dieser methodischen Hinsicht scheint das Vorfragenproblem mit dem Rückverweisungsproblem vergleichbar zu sein. (3) Drittens können die genannten Äusserungen dahin zu verstehen sein, dass das Vorfragenproblem „rein theoretisch“ sei, es also im praktischen Rechtsleben nicht oder nur sehr selten vorkomme. Das scheint in der Tat die gewöhnliche Auffassung der Doktrin zu sein. Diese Auffassung wird aber durch die vorliegende Untersuchung nicht bestätigt. Besonders in der neueren deutschen Praxis scheint das Vorfragenproblem bei hinkenden Ehen und Scheidungen eine erhebliche Rolle zu spielen. (4) Schliesslich meint man möglicherweise, das Vorfragenproblem enthalte keine „echte“ Fragestellung, bei der die Lösung zweifelhaft sein könne. Eine solche Auffassung ist jedoch kaum verständlich. Sie wird durch den grossen Meinungsstreit und die Unklarheiten in Doktrin und Praxis widerlegt.

KAPITEL IV. DIE BEHANDLUNG DES VORFRAGENPROBLEMS IN DER DOKTRIN

Nach einer Einführung (§ 1) berichte ich in § 2 über die Entstehung der Vorfragendoktrin und in § 3 über die spätere Behandlung des Problems. In § 4 gebe ich eine systematische Übersicht über die verschiedenen Standpunkte der Doktrin.

§ 2. Die Ehre der „Entdeckung“ des Vorfragenproblems als einer selbständigen Fragestellung allgemeiner Natur wird gewöhnlich den Deutschen Melchior und Wengler zugeschrieben, deren Arbeiten zu Beginn der Dreissiger Jahre erschienen. Das Thema war freilich schon vordem von verschiedenen Verfassern gestreift worden, aber die eigentliche wissenschaftliche Diskussion ist erst von den genannten Autoren eröffnet worden. Kurz nach ihnen haben auch Raape und Balogh das Thema zum Gegenstand einer ziemlich eingehenden Behandlung gemacht.

Melchior und Wengler setzten sich beide grundsätzlich für die Anwendung der Kollisionsregeln der *lex causae*, also für das *lex*

causae-Prinzip, ein. Die Begründung hierfür, die insbesondere Wengler — auch in einer Reihe späterer Schriften — gegeben hat, ist teils logischer, teils rechtspolitischer Natur.

Rechtslogisch wird argumentiert, den Begriffen des fremden, auf die Hauptfrage anwendbaren Rechts — hier den Begriffen „gültiger Ehe“ und „gültiger Ehescheidung“ — müsse derselbe Inhalt gegeben werden wie in dem fremden Land selbst („konzeptgetreue Anwendung des fremden Rechts“). Gibt z.B. ein fremdes, als Erbstatut anwendbares Recht dem überlebenden Ehegatten ein Erbrecht, so würde diese erbrechtliche Bestimmung falsch angewendet werden, wenn die *lex fori* mit ihren Kollisionsnormen eingriffe und bestimmte, ob eine gültige Ehe vorliegt. Durch diesen Eingriff würde die *lex fori* dem Erbstatut zu einem Teil wieder nehmen, was sie ihm zuvor in der Kollisionsnorm zugebilligt hat, nämlich „die tatsächlichen Bedingungen anzugeben, von denen es abhängt, ob jemand eine Erbberechtigung zusteht“ (Wengler).

In rechtspolitischer Hinsicht wird insbesondere von Wengler das Postulat der Gesetzesharmonie (der internationalen Entscheidungsgleichheit) in den Vordergrund gestellt. Wird das Kollisionsrecht der *lex causae* auf die Vorfragen angewendet, so wird — wie Wengler hervorhebt — die Gesetzesharmonie nicht dadurch gestört, dass die *lex fori* auf die Vorfrage ein Kollisionsrecht anwendet, das von dem der *lex causae* abweicht. Umgekehrt führt das *lex fori*-Prinzip zu einer Vermehrung solcher Konfliktsmöglichkeiten.

Melchior wie Wengler machen jedoch wichtige Ausnahmen von ihrer Hauptregel, Ausnahmen, in denen die Kollisionsnormen der *lex fori* anzuwenden sind. Melchior sucht diese Fälle so abzugrenzen, dass es sich um „begriffsnotwendige Voraussetzungen“ der betreffenden Rechtswirkung handeln soll; die Gültigkeit der Ehe sei z.B. eine solche Voraussetzung für die Entstehung eines ehelichen Güterrechts. Wengler, der das Abgrenzungskriterium Melchiors ablehnt, weist statt dessen auf das sog. Prinzip der materiellrechtlichen Harmonie der Entscheidungen im Forumstaat hin. Die Anwendung der Kollisionsnormen der *lex causae* führt nämlich u.U. dazu, dass dieselbe Frage — hier Gültigkeit der Ehe oder Scheidung — in demselben Land verschieden beantwortet wird, je nachdem, ob sie als Hauptfrage oder als Vorfrage auftaucht und welches Recht letzterenfalls für die Hauptfrage massgebend ist. Solche Konsequenzen sind nach Wengler in gewissen Fällen untragbar und

müssen Ausnahmen vom *lex causae*-Prinzip veranlassen. Wengler sucht diese Fälle in gewissen Kategorien zusammenzufassen. Seine Kategorien, die hier nicht wiedergegeben werden sollen, sind jedoch weder gegenüber der Hauptregel noch untereinander fest abgegrenzt.

Die Darstellungen von Raape und Balogh stehen dagegen auf dem Boden des *lex fori*-Prinzips (Raape hat jedoch später einige wichtige Ausnahmen zugunsten des *lex causae*-Prinzips gemacht). Der „innere Einklang“ (Raape) wird von diesen Autoren für wichtiger als der „äussere Einklang“ angesehen. Im übrigen wird insbesondere von Balogh auf die Abgrenzungsschwierigkeiten hingewiesen, die mit dem *lex causae*-Prinzip verbunden sind.

§ 3. Die Diskussion des Vorfragenproblems ist in einer Reihe von Ländern fortgesetzt worden. Allgemein kann man sagen, dass dieses Problem mit der Zeit ein immer grösseres Interesse geweckt hat.

Besonders in Deutschland (I) hat die Diskussion über das Vorfragenproblem auch in der folgenden Zeit einen breiten Raum eingenommen. Die Meinungen sind hier geteilt. Viele Autoren schliessen sich grundsätzlich dem Standpunkt von Melchior und Wengler an. Andere — in der heutigen Doktrin vor allem Kegel — stellen das Postulat der materiellen Harmonie der Entscheidungen im Forumstaat voran und setzen sich für das *lex fori*-Prinzip ein (manchmal mit Ausnahmen für bestimmte Fälle). Wieder andere Gelehrte (Lewald, Makarov, Gamillscheg) meinen, dass kein allgemeines Prinzip aufgestellt werden kann, scheinen sich jedoch in den meisten Fällen für die *lex fori*-Lösung auszusprechen.

In Frankreich (II) wurde das Vorfragenproblem zuerst von Maury behandelt (1936). Er setzte sich mit eingehender Begründung für das *lex fori*-Prinzip ein. Ihm sind die meisten französischen Autoren gefolgt. Das *lex causae*-Prinzip, das dem fremden IPR den Vorrang zubilligt, ist im grossen und ganzen im französischen Recht ein Fremdkörper geblieben. Insbesondere scheint das von der deutschen Doktrin so stark betonte Postulat der internationalen Entscheidungsgleichheit in Frankreich wenig Anklang gefunden zu haben.

Jedoch haben sich auch in der französischen Doktrin einige Autoren, vor allem Lagarde, grundsätzlich für das *lex causae*-Prinzip ausgesprochen. Nach Lagarde ist die Anwendung der fremden Kollisionsnormen auf die „*questions préalables*“ notwendig, um die

interne Logik des fremden, auf die Hauptfrage anwendbaren Rechts zu respektieren (dagegen spielt die Rücksicht auf internationale Entscheidungsgleichheit auch für Lagarde keine Rolle). Lagarde macht jedoch von seinem Grundsatz sehr weitgehende Ausnahmen, insbesondere — für unseren Themenbereich — wenn die Eheschliessung oder die Scheidung in Frankreich (d.h. im Forumstaat) in der vom französischen Recht vorgeschriebenen Form erfolgt ist; eine fremde *lex causae*, wonach die Ehe bzw. die Scheidung ungültig ist, wird in diesen Fällen nicht beachtet.

In England (III) gab Robertson die erste adäquate Darstellung des Vorfragenproblems (1939). Die Vorfrage ist später — trotz einer manchmal zum Ausdruck gekommenen Skepsis gegenüber der Fragestellung — von einer Reihe Autoren behandelt worden und wird nunmehr u.a. in den führenden Handbüchern von Cheshire und Dicey erörtert.

In der englischen Diskussion hat die von den englischen Gerichten auf bestimmten Gebieten angenommene Rückverweisungslehre, die sog. *foreign court theory*, eine gewisse Rolle zugunsten des *lex causae*-Prinzips gespielt. Diese Lehre verfolgt denselben rechtspolitischen Zweck wie das *lex causae*-Prinzip, die internationale Entscheidungsgleichheit zu fördern.

Die englischen Autoren, die *lex causae*-Lösungen empfehlen, tun dies jedoch nur mit grossen Vorbehalten und mit einer ausgesprochenen Tendenz zu einer mehr oder weniger kasuistischen Methode. Andererseits ist auch — obwohl nur selten — ein starres *lex fori*-Prinzip befürwortet worden.

In anderen Ländern (IV) — vorläufig von Skandinavien abgesehen — neigen die meisten Autoren dem *lex fori*-Prinzip zu, wenigstens als Hauptregel. Jedoch werden auch andere Meinungen vertreten.

Besondere Aufmerksamkeit widme ich in diesem Zusammenhang den Auffassungen von Schwinds, der das Vorfragenproblem vom Standpunkt des österreichischen Rechts in einer Reihe von Aufsätzen behandelt hat. Auch von Schwind kommt im Ergebnis — obwohl teilweise auf neuen Wegen, nämlich anhand seiner Lehre von der Qualifikation zweiten Grades und mittels *ordre public*-Erwägungen — in den meisten Fällen (aber nicht generell) zu *lex fori*-Lösungen.

In Skandinavien (V) ist das Vorfragenproblem zum erstenmal von dem Dänen Madsen-Mygdal berührt worden (1946). Später

haben vor allem die Schweden Gihl und Eek und der Däne Svenné Schmidt das Problem, teilweise sehr eingehend, behandelt.

Die drei letztgenannten Autoren sprechen sich alle grundsätzlich für das *lex causae*-Prinzip aus, hauptsächlich — scheint es — aus denselben Gründen logischer Natur, die auch in anderen Ländern ins Feld geführt worden sind. So erklärt z.B. Gihl, die Anwendung der Kollisionsregeln der *lex causae* auf die Vorfragen sei notwendig, wenn die Anwendung fremden Rechts überhaupt etwas anderes als ein Scherz sein solle. Derselbe Gedankengang wird insbesondere von Svenné Schmidt näher verfolgt, in Anlehnung an die von dem Dänen Ross entwickelte Lehre über den fragmentarischen Charakter der Rechtsregeln und dessen Unterscheidung von Rechtsregeln im sprachlichen und im logischen Sinne.

§ 4. Bei den meisten Autoren scheint eine gewisse Unsicherheit über die nähere Abgrenzung der Vorfrage zu bestehen. Eine solche Abgrenzung ist für diejenigen unentbehrlich, die sich auf den Boden des *lex causae*-Prinzips stellen. Die meisten dieser Autoren gehen vermutlich von der früher berührten Unterscheidung Vorfrage-Erstfrage aus. Aber diese Grenzlinie ist — genauso wie das von Melchior vorgeschlagene Kriterium „begriffsnotwendige Voraussetzungen“ — wenigstens in Einzelheiten unsicher. So sind die Meinungen darüber geteilt, ob die Gültigkeit der Ehe als Voraussetzung ehelicher Abstammung eine Vorfrage oder eine Erstfrage darstellt (vgl. unten Kap. XI). Nach fast allen Autoren, für welche die Abgrenzung von praktischer Bedeutung ist (d.h. die nicht Anhänger eines starren *lex fori*-Prinzips sind), ist die Gültigkeit der Ehe bzw. der Scheidung keine echte Vorfrage, sondern eine mit Hilfe der Kollisionsregeln der *lex fori* zu lösende Erstfrage in Ansehung der persönlichen und vermögensrechtlichen Wirkungen der Ehe (unten Kap. IX—X), der Ehescheidung (Kap. VIII) und der Rechtswirkungen der Ehescheidung im Verhältnis zwischen den Ehegatten und zwischen ihnen und den Kindern (Kap. XIII). Dagegen ist die Gültigkeit der Ehe bzw. der Scheidung nach fast einhelliger Meinung eine echte Vorfrage bei der Legitimation durch nachfolgende Ehe (Kap. XI), beim Ehegattenerbrecht (Kap. XII) und bei der Wiederheirat oder Gültigkeit der neuen Ehe nach früherer Ehe (Kap. XIV).

Die verschiedenen Lösungen des Vorfragenproblems können folgenderweise systematisiert werden:

- 1) Das lex fori-Prinzip als feste Regel (z.B. Kegel);
- 2) Das lex causae-Prinzip als feste Regel (so anscheinend Gihl);
- 3) Das lex fori-Prinzip als Hauptregel, Ausnahmen in bestimmten Fällen (z.B. Raape);
- 4) Das lex causae-Prinzip als Hauptregel, Ausnahmen in bestimmten Fällen (z.B. Wengler);
- 5) Kein generelles Prinzip, sondern verschiedene Lösungen bei den einzelnen Fallgruppen (z.B. Morris).

Zu bemerken ist, dass die Anhänger des lex causae-Prinzips viel häufiger und in weit grösserem Umfang Ausnahmen machen als die Vertreter des lex fori-Prinzips. Berücksichtigt man dies, so überwiegt ganz offenbar das letztere Prinzip.

Von den fünf oben genannten Standpunkten erfordern die drei letzten — und, wenn man auch die Erstfrage-Fälle zum Vorfragenbereich rechnet, auch der zweite — differenzierte Lösungen. Diese Differenzierung führen die einzelnen Autoren auf verschiedene Weise durch. Ein gemeinsamer Zug scheint jedoch der zu sein, dass die Grenzlinie zwischen den beiden Lösungen mehr oder weniger unbestimmt bleibt. Hauptsächlich verwendet man bei der Grenzziehung drei verschiedene Kriterien, die in der Regel auf die eine oder andere Weise miteinander kombiniert werden:

- 1) Der Zusammenhang von Vorfrage und Hauptfrage als Abgrenzungskriterium: Die lex fori-Lösung herrscht fast allein bei den sog. „notwendigen“ Rechtswirkungen, die mit dem betreffenden Rechtsinstitut als besonders eng verbunden angesehen werden, z.B. bei der Unterhaltsverpflichtung als Rechtswirkung einer gültigen Ehe. Die Neigung zu lex causae-Lösungen dagegen ist stärker, wenn es um „entferntere“ Rechtswirkungen geht, die als weniger wesentlich aufgefasst werden, z.B. das Erbrecht als Rechtswirkung der Ehe.

- 2) Die Beziehungen zum Forumstaat als Abgrenzungskriterium: Soweit es sich dabei um Verhältnisse der Vorfrage handelt, kann insbesondere auf das Lösungsschema von Lagarde hingewiesen werden, der vom lex causae-Prinzip ausgeht, aber Ausnahmen zugunsten des lex fori-Prinzips macht, wenn die Ehe im Forumstaat in der

dort vorgeschriebenen Form eingegangen oder geschieden worden ist. Die Inlandsbeziehung betreffend die Hauptfrage wird in der deutschen Doktrin z.B. von Gamillscheg und Wengler beachtet, die in gewissem Umfang eine individualisierende Methode für die Lösung des Vorfragenproblems befürworten.

3) Die materiellen Ergebnisse der einen und der anderen Lösung im einzelnen Fall als Abgrenzungskriterium: Es besteht eine gewisse Neigung zum favor negotii. Als Beispiel sei die Gültigkeit der Ehe als Voraussetzung ehelicher Abstammung erwähnt. Ist die Ehe nach den Kollisionsnormen der lex fori gültig, so soll es nach fast allen Autoren für die Prüfung der ehelichen Abstammung damit sein Bewenden haben und keine Rolle spielen, ob die Ehe nach den Kollisionsnormen des Abstammungsstatuts ungültig ist. Dagegen wird im umgekehrten Fall, also wenn die Ehe nach den Kollisionsnormen der lex fori ungültig, nach denen des Abstammungsstatuts aber gültig ist, sehr oft einer lex causae-Lösung der Vorzug gegeben. Die Ehelichkeit des Kindes wird also favorisiert.

KAPITEL V. EIGENE DISKUSSION DES VORFRAGEN- PROBLEMS

Nach einer Einführung (§ 1) setze ich in § 2 die Abgrenzung des Problems fort, insoweit als diese Frage im vorhergehenden offen gelassen worden ist (die Unterscheidung Vorfrage-Erstfrage). Grundlegende methodische Fragen bei der Lösung des Vorfragenproblems werden in § 3 behandelt. In § 4 gehe ich die verschiedenen Argumente allgemeiner Natur für das lex fori- und für das lex causae-Prinzip durch, wobei ich mich für das lex fori-Prinzip entscheide. In § 5 beschäftige ich mich schliesslich mit der Frage, ob und wann generell Ausnahmen von diesem Prinzip gemacht werden sollten.

§ 2. Die Unterscheidung Vorfrage-Erstfrage ist m.E. abzulehnen, weil die Grenzlinie in gewisser Hinsicht unsicher ist, aber vor allem, weil die Unterscheidung sachlich willkürlich erscheint. Das zeigt sich deutlich bei der ehelichen Abstammung. Soll es hier wirklich für die Prüfung der Gültigkeit der Ehe der Eltern von Belang sein, ob die Kollisionsnorm für die eheliche Abstammung auf das Recht

des *Ehemannes* der Mutter oder auf das des (vermuteten) *Kindesvaters* verweist? Diese Frage ist entschieden zu verneinen. Nach der hier kritisierten Ansicht gibt es nur bei einer Kollisionsnorm, die im letzten Sinne formuliert ist, eine Wahl zwischen der *lex fori*- und der *lex causae*-Lösung des Vorfragenproblems; bei der ersten Formulierung dagegen soll die Gültigkeit der Ehe logisch notwendig anhand der Kollisionsnormen der *lex fori* zu prüfen sein, weil der Ausdruck „Ehemann“ eine gültige Ehe voraussetze.

In Wirklichkeit sind es die gleichen rechtspolitischen Gesichtspunkte, die hier eine Rolle spielen können, ob es sich nun um eine Vorfrage oder um eine Erstfrage handelt. Ist man der Ansicht, dass diese Gesichtspunkte überwiegend für das *lex causae*-Prinzip sprechen, dann ist es schwer einzusehen, warum dasselbe nicht auch für die sog. Erstfrage gelten soll. Entscheidende logische Hindernisse bestehen m.E. nicht. Die logische Folge der verschiedenen in einer Sache auftauchenden Fragen sollte nicht ihre sachliche Lösung beeinflussen dürfen. Auch kann m.E. in dieser Hinsicht nichts aus dem Wortlaut der Kollisionsnormen abgeleitet werden, auch da nicht, wo diese Normen schriftlich fixiert vorliegen. In der deutschen Doktrin und Praxis wird das übrigens bei der Auslegung von Art. 18 EG häufig anerkannt (vgl. unten Kap. XI). Die Kollisionsnormen sind nicht dazu formuliert, um die hier diskutierten Fragen zu beantworten. Darum sollte man ihnen eine solche Antwort auch nicht „entpressen“ wollen. Im Ergebnis gehören also auch die Erstfragen in den Problembereich. Die Sachdiskussion hat sich damit auch auf diese Fälle zu erstrecken.

§ 3. Bei der Lösung des Vorfragenproblems sollte man sich nicht mit einer kasuistischen Methode oder mit Einzelregeln für spezielle Fälle begnügen. Vielmehr sollte man — da die Argumente, die bei den einzelnen Fallgruppen geltend gemacht werden, mehr oder weniger dieselben sind und die Abwägung dieser Gesichtspunkte einheitlich ausfallen sollte — ein generelles Prinzip aufstellen. Dadurch wird nicht a priori eine gewisse Differenzierung der Lösungen abgelehnt. Falls eine solche Differenzierung sich als wünschenswert herausstellt, sollte sie aber durch Ausnahmen — in Fällen, wo besondere Gesichtspunkte eine Rolle spielen — von dem allgemeinen Prinzip durchgeführt werden. Ob und inwieweit solche Ausnahmen

gemacht werden sollten, bleibt in dem speziellen Teil der vorliegenden Studie zu untersuchen.

§ 4. Die Grundfrage ist, welches Prinzip — das *lex fori*- oder das *lex causae*-Prinzip — als Orientierungsregel gewählt werden sollte.

(I) Zunächst ist die Rolle zu erörtern, welche in diesem Zusammenhang die Lehre von der Rückverweisung spielt. Häufig hat man in der Anerkennung des *Renvoi* ein Indiz für das *lex causae*-Prinzip gesehen (so schon Melchior). Die logischen und rechtspolitischen Begründungen beider Lehren stimmen auch z.T. überein. Jedoch gibt es für den *Renvoi* auch Gründe, die beim *lex causae*-Prinzip fehlen (vor allem das „Heimwärtsstreben“ der Gerichte), sowie Argumente gegen dieses Prinzip (die „internen Dissonanzen“), die nicht gegen den *Renvoi* sprechen. Darum erscheint diese Stütze für das *lex causae*-Prinzip — auf die man sich natürlich nur in Ländern, die den *Renvoi* auf den hier in Frage stehenden Rechtsgebieten akzeptieren, berufen kann, was z.B. in Schweden nicht der Fall ist — wenig bedeutsam (anders vielleicht bei der englischen Variante der Rückverweisungslehre, der *foreign court theory*).

Näher hängen m.E. beide Fragen im negativen Sinne zusammen: Wird die Rückverweisung abgelehnt, so liegt darin auch ein gewichtiges — wenn auch nicht zwingendes — Argument gegen das *lex causae*-Prinzip.

(II) Das logische Hauptargument für das *lex causae*-Prinzip ist, wie früher erwähnt, dass nur dadurch eine konzeptgetreue Anwendung des fremden Rechts gesichert wäre.

Dieses Argument scheint sich oft in einem Zirkel zu bewegen. So wird z.B. behauptet, das Erbstatut habe zu bestimmen, „wer Erbe ist“, „ob jemand eine Erbberechtigung zusteht“ u.ä. Hänge die Erbberechtigung von einer Vorfrage ab, z.B. von der Gültigkeit der Ehe des Erblassers, so müsse darum auch diese Frage vom Erbstatut — d.h. anhand seiner Kollisionsnormen — beantwortet werden; zöge man statt dessen die Kollisionsnormen der *lex fori* heran, so würde man dem Erbstatut etwas wegnehmen, was ihm schon zugebilligt worden sei. Hier wird offenbar vorausgesetzt, was bewiesen werden sollte, nämlich dass das Erbstatut auch insoweit zu bestimmen hat, „wer Erbe ist“, als dies von der Beantwortung einer Vorfrage abhängt.

Auch die einem in diesem Zusammenhang oft begegnende Behauptung, das Eingreifen der Kollisionsregeln der *lex fori* bei Vorfragen bedeute eine „Denaturierung“ der fremden, auf die Hauptfrage anwendbaren Sachnorm und verstosse gegen die „interne Logik“ (Lagarde) der fremden *lex causae*, ist m.E. nicht stichhaltig. So können z.B. die Kollisionsnormen der *lex causae* für die Vorfrage der Gültigkeit der Ehe auf jede Rechtsordnung der Welt verweisen. Irgendeine „interne Logik“ zwischen den Voraussetzungen der Gültigkeit der Ehe, wie sie sich aus dem von den Kollisionsnormen der *lex causae* berufenen materiellen Recht ergeben, und den Rechtsfolgen der Ehe nach dem internen Recht der *lex causae* ist daher völlig ausgeschlossen. Und wenn es keine solche Logik gibt, so kann sie auch nicht durch die Anwendung der Kollisionsnormen der *lex fori* auf die Vorfrage — statt der entsprechenden Regeln der *lex causae* — gestört werden. Es ist vielmehr unter dem hier berührten Gesichtspunkt gleichgültig, ob das Vorfragenproblem auf die eine oder auf die andere Weise gelöst wird.

Von einer „internen Logik“ zwischen Voraussetzungen und Rechtsfolgen eines Rechtsinstituts kann man sinnvoll nur da reden, wo auch jene materiellrechtlich angegeben sind, wie in dem *internen* Recht einer Rechtsordnung. Das oben kritisierte Argument scheint darum, konsequent durchgeführt, darauf hinauszulaufen, dass die Vorfrage nach demselben internen Recht wie die Hauptfrage entschieden werden sollte. Manchmal wird auch in der Doktrin und Praxis behauptet, dass das *lex causae*-Prinzip zu einer solchen einheitlichen Beurteilung, zu einer Vermeidung der kollisionsrechtlichen Spaltung führe.

Diese Auffassung beruht auf einem Irrtum. Das *lex causae*-Prinzip bedeutet ja nicht, dass die Vorfrage nach der internen *lex causae*, sondern anhand ihrer Kollisionsnormen zu entscheiden ist. Man schösse auch *de lege ferenda* weit über das Ziel, wollte man die Vorfrage demselben internen Recht wie die Hauptfrage unterstellen. Eine solche Lösung wäre oft sinnlos — wie kann man z.B. die Frage der Anerkennung eines Scheidungsurteils des Forumstaats dem *internen* Recht der *lex causae* über die Wiederverheirat unterstellen? — und würde in anderen Fällen zu unerwünschten, ja rein destruktiven Ergebnissen führen.

(III) In rechtspolitischer Hinsicht wird für das *lex causae*-Prin-

zip vor allem angeführt, dass es die internationale Entscheidungsgleichheit fördert.

Diese Behauptung halte ich, entgegen einigen Autoren (insbesondere Lagarde und van Hoogstraten), auch für begründet. Insbesondere werden die Aussichten auf Entscheidungsgleichheit gegenüber dem *lex causae*-Land vermehrt. Die meisten Vorfragenfälle — wie die meisten kollisionsrechtlichen Fälle überhaupt — weisen Anknüpfungsmomente nur zu zwei Ländern auf, zum Staat des Forums und zu dem der *lex causae*; andere fremde Länder sind in den meisten Fällen nicht beteiligt. Daher ist es an sich sehr zu begrüßen, wenn Entscheidungsgleichheit gegenüber dem *lex causae*-Land zustande kommt oder wenn die Aussichten dafür verbessert werden.

Eine andere Frage ist, welches Gewicht die durch das *lex causae*-Prinzip in gewissem Umfang zu erreichende internationale Entscheidungsharmonie gegenüber den Nachteilen hat, die mit diesem Prinzip verbunden sind.

(IV) Dabei treten in erster Linie die sog. „internen Dissonanzen“ (Wolff) ins Blickfeld, der Widerspruch zum Postulat der materiellen Harmonie im Forumstaat. Dieselbe Frage — die Gültigkeit der Ehe bzw. der Scheidung — wird nach dem *lex causae*-Prinzip in demselben Land verschieden beantwortet. Es entsteht eine Art „juristischer Schizophrenie“ (Goldschmidt).

Demgegenüber wird von den Anhängern des *lex causae*-Prinzips geltend gemacht, dass eine derartige unterschiedliche Beurteilung keinen eigentlichen Widerspruch enthalte oder doch in der Regel tragbar sei. M.E. kann jedoch nicht bezweifelt werden, dass das *lex causae*-Prinzip zu wirklichen Widersprüchen führt, dass diese Widersprüche weitgehend als untragbar bezeichnet werden müssen und dass sie — wenn sie sich auch in den verschiedenen Fällen mit verschiedener Stärke geltend machen — generell gegen das *lex causae*-Prinzip und für das *lex fori*-Prinzip sprechen.

(V) In dieselbe Richtung zielen noch zwei andere Argumente: Zunächst ist es, wenn das *lex causae*-Prinzip als Hauptregel akzeptiert wird, ausserordentlich schwierig, die notwendigen Ausnahmen von dieser Regel festzulegen. Davon zeugen anschaulich die Versuche, die in dieser Hinsicht von einer Reihe von Anhängern des *lex causae*-Prinzips gemacht worden sind. Weiter stellt das *lex causae*-Prinzip den Richter vor die Aufgabe, fremdes IPR anzuwenden. Dies ist mit grosser Unsicherheit verbunden und dürfte häufig

schwerer sein als die Anwendung fremder Sachnormen. Davon kann man sich anhand zahlreicher unrichtiger Entscheidungen aus Ländern überzeugen, die eine Rückverweisung annehmen.

(VI) Bei der Abwägung des Pro und Kontra komme ich zu dem Ergebnis, dass das *lex fori*-Prinzip als Regel den Vorzug verdient. Für Ausnahmen von diesem Prinzip sollten spezielle Gründe nachgewiesen werden. Ob solche Gründe in besonderen Fällen vorliegen, bleibt noch zu sehen.

Diese Stellungnahme bedeutet keineswegs eine negative Einstellung zur internationalen Entscheidungsgleichheit als Ziel des internationalen Privatrechts. Aber dieses Ziel lässt sich auf dem hier in Frage stehenden Gebiet einfacher und viel effektiver durch einen Angriff auf die Wurzel des Übels, d.h. auf die Regeln, welche die *Entstehung* hinkender Ehen und Scheidungen ermöglichen, als durch Manipulationen mit der Vorfrage erreichen. Der Versuch, die internationale Entscheidungsgleichheit wiederherzustellen, nachdem der Schaden einmal eingetreten ist — d.h. nachdem eine hinkende Ehe oder Scheidung entstanden ist — kann nur eine sehr unvollkommene und unbefriedigende Halblösung sein, gegen welche starke Bedenken erhoben werden müssen. *De lege ferenda* sollte man sich also auf die Reform der Kollisionsnormen über die Eingehung der Ehe und die Scheidung konzentrieren. Darauf näher einzuhlen, liegt jedoch ausserhalb des Themas dieser Arbeit.

§ 5. Die Gesichtspunkte, die möglicherweise Ausnahmen vom *lex fori*-Prinzip begründen könnten, sind teils mehr oder weniger allgemeiner Natur, teils gelten sie nur für bestimmte Fallgruppen. Zur ersten Kategorie, die hier allein interessiert, gehören vor allem zwei Faktoren, die schon in Kap. IV erwähnt worden sind: einmal die fehlende Anknüpfung — hinsichtlich der Vorfrage oder der Hauptfrage oder beider — an das Forumland, zum anderen der *favor negotii* (der Validierungsgesichtspunkt).

Über diese Faktoren kann man ganz allgemein sagen, dass Ausnahmen vom *lex fori*-Prinzip eher gemacht werden sollten, wenn sie vorliegen, als wenn sie nicht vorliegen. Dagegen ist es m.E. nicht ratsam, die Bedeutung der genannten Faktoren näher, durch Formulierung bestimmter Regeln allgemeiner Tragweite, zu präzisieren. Solche Versuche sollten nur auf einer konkreteren Ebene — hinsichtlich einzelner Rechtswirkungen — unternommen werden.

KAPITEL VI. DAS AUF DIE RECHTSWIRKUNGEN EINER
HINKENDEN EHE ODER SCHEIDUNG ANWENDBARE RECHT.
AUSNAHMEN VON DEN GEWÖHNLICHEN
KOLLISIONSNORMEN?

In § 1 stelle ich die Probleme dieses Kapitels dar, in § 2 folgt eine Übersicht über die Doktrin und in § 3 eine Diskussion mit eigener Stellungnahme zu der Problematik.

§ 1. Die Fragestellungen sind schon in Kap. I skizziert worden. Es handelt sich hier um Fälle, wo die Ehe bzw. Scheidung nach Auffassung des Forumrechts gültig ist, eine Rechtswirkung der Ehe oder der Scheidung nach den gewöhnlichen Kollisionsnormen der *lex fori* einem fremden Recht untersteht, und dieses fremde Recht die Ehe bzw. die Scheidung als ungültig betrachtet. Vorausgesetzt wird ferner, dass das Vorfragenproblem nach der *lex fori*-Methode gelöst wird. Das fremde Recht wird also insofern nicht beachtet, als es die Ehe bzw. Scheidung für ungültig hält. Die Frage ist, ob das fremde Recht im übrigen anwendbar bleiben soll. Soll es „fiktiv“ (Neuhaus) angewendet werden, von einem Ausgangspunkt, der Gültigkeit der Ehe bzw. der Scheidung, der nicht sein eigener ist? Oder soll das fremde Recht, weil es die Gültigkeit der Ehe bzw. der Scheidung verneint, von der Anwendung auf die Hauptfrage ausgeschlossen werden? Wird diese letzte Frage mit ja beantwortet, so bedeutet das eine Ausnahme von den sonst geltenden Kollisionsnormen des Forumrechts.

Bei dieser Alternative ist weiter zu entscheiden, welches Recht statt des ausgeschiedenen fremden Rechts massgebend sein soll. Zwei Wege bieten sich hier zuvörderst an. Entweder geht man auf die *lex fori* zurück, oder man ermittelt das anzuwendende Recht anhand einer objektiven Methode, die auch zur Anwendung eines dritten Rechts führen kann.

§ 2. In der Doktrin verschiedener Länder ist man besonders in Scheidungssachen auf die hier aktuellen Fragen aufmerksam geworden. Von einer allgemeinen Warte scheinen die Probleme fast nur in der deutschen und französischen Doktrin behandelt worden zu sein.

Aus der älteren Doktrin sind hier besonders Frankenstein und

Niboyet zu erwähnen, die über die Rechtswirkungen „deutscher Ehen“ bzw. „mariages français“ ähnliche Meinungen entwickelt haben. Die Rechtswirkungen solcher, in Deutschland bzw. Frankreich gültiger, im Heimatstaat der Ehegatten aber nicht anerkannter Ehen können nach Meinung dieser Autoren begriffsmässig nicht dem Heimatrecht unterstehen, das nach den deutschen bzw. französischen Kollisionsnormen sonst in der Regel zuständig ist. Vielmehr müsse hier das deutsche bzw. das französische Recht, das die Ehe hat entstehen lassen, massgebend sein. Ist die Ehe in einem dritten Land eingegangen worden und ist sie nach deutschem bzw. französischem Recht gültig, nach dem Heimatrecht aber nicht — z.B. eine in Belgien geschlossene Zivilehe zweier Griechen — so wollen Frankenstein und Niboyet in entsprechender Weise das Recht des dritten Landes, das die Bindung geschaffen hat, (die *lex loci celebrationis*) auf die Rechtswirkungen anwenden.

In der neueren französischen Doktrin haben sich eine Reihe von Verfassern der Ansicht von Niboyet insoweit angeschlossen, als das primär massgebende Heimatrecht in den hier erörterten Fällen nicht zum Zuge kommen soll. Dagegen scheint die Ansicht Niboyets, wonach das Heimatrecht durch die *lex loci celebrationis* ersetzt werden sollte, keinen Anklang gefunden zu haben. Die meisten Autoren behandeln nur den praktisch wichtigsten Fall, dass die Ehe in Frankreich eingegangen ist, und brauchen daher zu dieser Frage nicht Stellung zu nehmen. Einige Autoren sprechen sich jedoch generell für die Anwendung der *lex fori* als Ersatz für das ausgeschiedene Heimatrecht aus, also auch in Fällen, wo die Ehe in einem dritten Lande geschlossen worden ist.

In der deutschen Doktrin wurde die Lehre, wonach ein fremdes Recht auf die Rechtswirkungen einer von ihm verneinten Ehe nicht angewendet werden kann, besonders von Raape einer eingehenden Kritik unterzogen. Ihm scheinen die meisten deutschen Autoren, u.a. Kegel, gefolgt zu sein. Überwiegend wird demnach angenommen, dass die gewöhnlichen Kollisionsnormen mit ihrer Verweisung auf das Heimatrecht auch bei hinkenden Ehen aufrechterhalten werden sollen. Etwas anderes gilt jedoch für Scheidungssachen, vgl. Kap. VIII.

Einige deutsche Gelehrte nehmen jedoch heute ähnliche Standpunkte wie die französische Doktrin ein. Zu ihnen zählt Neuhaus, der die „fiktive“ Anwendung des Heimatrechts auf die „unabding-

baren Wirkungen einer Ehe" (die anderen Wirkungen sollen nach Neuhaus in den hier behandelten Fällen infolge der *lex causae*-Lösung des Vorfragenproblems überhaupt ausbleiben) als „sinnlos" bezeichnet. Als Ersatzrecht schlägt Neuhaus in erster Linie das Recht des (letzten) gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts vor.

Unter den Gegnern einer „fiktiven" Anwendung des fremden Rechts — praktisch handelt es sich fast immer um das Heimatrecht der Ehegatten — bestehen eine Reihe von Meinungsverschiedenheiten und Unklarheiten.

Dazu ist schon bemerkt worden, dass einige Autoren die *lex fori*, andere ein auf objektiver Basis bestimmtes Recht — meistens die *lex loci celebrationis* — an die Stelle des Heimatrechts setzen wollen.

Ferner scheint ein Unterschied zwischen der deutschen und der französischen Doktrin insoweit zu bestehen, als man in Deutschland an die Eliminierung des Heimatrechts nur dann denkt, wenn die Ehe nach Auffassung dieses Rechts eine *Nichtehe* ist, während die französischen Autoren im allgemeinen nicht unterscheiden, ob die Ehe nach dem Heimatrecht eine *Nichtehe* oder nur vernichtbar („nul") ist. Auch in den letztgenannten Fällen — z.B. wenn ein Italiener, dessen erste Ehe durch ein französisches Scheidungsurteil aufgelöst worden ist, das in seinem Heimatstaat nicht anerkannt wird, in Frankreich eine neue Ehe eingeht — spricht die französische Doktrin überwiegend von einem „*mariage français*", dessen Rechtswirkungen dem französischen Recht unterstehen sollen.

Unterschiede und z.T. Unklarheiten bestehen weiter darüber, welche Rechtswirkungen nicht mehr dem primär massgebenden Heimatrecht unterstehen sollen. Trotz der allgemein gehaltenen Begründungen, die einem häufig begegnen, dürften nämlich nicht *alle* Rechtswirkungen der Ehe, die normalerweise dem Heimatrecht unterstehen, gemeint sein. Ausdrücklich werden im allgemeinen nur die persönlichen Rechtsbeziehungen der Ehegatten, sowie die Scheidung der Ehe erwähnt. In der Regel wird nichts über die vermögensrechtlichen Wirkungen der Ehe gesagt (Frankenstein stellt sie jedoch den persönlichen Rechtswirkungen gleich), auch nichts über die eheliche Abstammung und die Legitimation der Kinder oder über das Ehegattenerbrecht. Wahrscheinlich sollen diese Rechtswirkungen nach Ansicht der meisten Autoren von den Ausnahmeregeln nicht berührt werden.

Zweifelhaft scheint auch zu sein, ob und inwieweit die Rechtswir-

kungen einer hinkenden Scheidung in entsprechender Weise wie die einer hinkenden Ehe behandelt werden sollen. Die Frage wird von diesen Autoren nicht ausdrücklich berührt.

§ 3. Die verschiedenen Argumente, die für den einen und den anderen Standpunkt angeführt worden sind oder angeführt werden können, sind wie beim Vorfragenproblem teils deduktiver, teils rechtspolitischer Natur.

(I) In der deutschen Doktrin wird manchmal, z.B. von Raape, darauf hingewiesen, den Kollisionsnormen über die verschiedenen Ehwirkungen sei nicht zu entnehmen, dass ihre Verweisung auf fremdes Recht die Gültigkeit der Ehe auch vom Standpunkt dieses Rechts voraussetze.

Diesem Argument kann m.E. kein grösseres Gewicht beigelegt werden. Die Kollisionsnormen, die auf fremdes Recht verweisen, sind — auch im deutschen Recht, wo die Regeln des EG grossenteils nur einseitig formuliert sind — häufig ungeschrieben. Ist das der Fall, kann man offenbar auch nicht verlangen, dass Ausnahmen von diesen Regeln eine ausdrückliche Stütze im Gesetzestext finden. Aber auch dort, wo die Anwendung fremden Rechts sich unmittelbar aus einer geschriebenen Kollisionsnorm ergibt, geht ein solcher Standpunkt m.E. viel zu weit.

Nur so viel scheint mir an diesem Argument richtig zu sein, dass zunächst einmal von den allgemeinen Kollisionsnormen auszugehen ist. Wenn Ausnahmen in den hier erörterten Fällen gemacht werden sollen, muss es spezielle Gründe dafür geben. Die Frage ist also, ob solche Gründe sich nachweisen lassen.

(II) Ausnahmen von den gewöhnlichen Kollisionsnormen bei hinkenden Ehen pflegt die Doktrin begrifflich zu rechtfertigen. So sagt z.B. Lewald zur Scheidung einer hinkenden Ehe: „Das Heimatsrecht scheidet hier aus, da ja nach Heimatsrecht eine gültige Ehe, die geschieden werden könnte, überhaupt nicht geschlossen worden ist.“ Nach Benjamin ist die Anwendung des Heimatrechts in dieser Situation eine „impossibilité logique et juridique“.

Solche Behauptungen, die einem immer wieder begegnen, sind in Wirklichkeit keine Begründungen, sondern enthalten einen Zirkelschluss. Was bewiesen werden sollte, nämlich dass die Nichtanerkennung der Ehe seitens des Heimatrechts die Ausschaltung dieses

Rechts hinsichtlich der Ehwirkungen nach sich ziehen muss, wird vorausgesetzt.

(III) Eine andere Begründung, die insbesondere von Niboyet angeführt worden ist, läuft darauf hinaus, dass die Ehe ein einheitliches Rechtsinstitut („une institution parfaitement homogène“) sei, dessen Voraussetzungen und Rechtswirkungen ein und demselben Recht unterstellt werden sollten.

Wie schon Raape hervorgehoben hat, ist das positive IPR weit von einer solchen Zielsetzung entfernt. Auch de lege ferenda ist sie nicht anzustreben. Hinzukommt, dass die Anwendung eines einzigen Rechts auf sämtliche Aspekte der Ehe sich durch die in Frage stehende Lösungsmethode nicht erreichen lässt. Wenn man z.B. von einer „deutschen Ehe“ spricht — um dadurch die Anwendung deutschen Rechts auf ihre Rechtswirkungen zu begründen — so ist das insoweit irreführend, als das deutsche Recht nur hinsichtlich der *Form* der Ehe massgeblich gewesen ist; die *materiellen* Ehevoraussetzungen haben auch in solchen Fällen dem Heimatrecht der Verlobten unterstanden. Noch weniger trifft das hier kritisierte Argument zu, wenn man — wie meistens — als Ersatzrecht für die eliminierte *lex patriae* nicht (wie Niboyet) die *lex loci celebrationis*, sondern die *lex fori* befürwortet. Ist die Ehe im Ausland eingegangen (z.B. eine von Griechen in Belgien geschlossene Zivilehe, deren Rechtswirkungen nunmehr in Deutschland festgestellt werden sollen), so ist die *lex fori* ja nicht einmal bezüglich der Form der Ehe zum Zuge gekommen.

Auch dieses Argument muss also als unhaltbar verworfen werden.

(IV) Ein dritter Grund, der für eine Durchbrechung der gewöhnlichen Kollisionsnormen angeführt werden könnte, ist, dass die Anwendung des fremden Rechts auf die Rechtswirkungen der Ehe bei den hier erörterten Fällen nicht zur Entscheidungsgleichheit mit dem fremden Staat führen kann. Hat z.B. ein deutsches Gericht über einen Unterhaltsstreit griechischer Ehegatten zu befinden, die in Deutschland standesamtlich geheiratet haben, so ist die Anwendung griechischen Rechts in dieser Sache insoweit zwecklos, als das deutsche Gericht damit zu demselben Ergebnis kommen will wie ein griechisches Gericht. Denn dieses würde ja mit dem griechischen Recht davon ausgehen, dass eine Ehe nicht vorliegt, und darum den Unterhaltsanspruch ohne weiteres verneinen.

Auch dieses Argument steht jedoch auf schwachen Füßen. Die

Anwendung fremden Rechts findet nicht ihren einzigen tragenden Grund darin, dass sie die Entscheidungsgleichheit mit dem fremden Staat herbeiführen soll. Tatsächlich wird sehr oft fremdes Recht angewendet, ohne dass dadurch eine solche Entscheidungsgleichheit erreicht wird oder darauf abgestellt wird oder überhaupt danach gefragt wird. Deshalb kann man auch nicht sagen, die Anwendung fremden Rechts in den hier erörterten Fällen sei sinnlos, weil sie nicht zur Entscheidungsgleichheit führt.

Im Ergebnis stellt sich somit heraus, dass überzeugende Argumente allgemeiner Art *für* die hier in Frage stehenden Abweichungen von den gewöhnlichen Kollisionsnormen nicht vorgebracht werden können. Vielmehr sprechen mehrere Umstände *gegen* solche Abweichungen. Davon soll jetzt die Rede sein.

(V) Zunächst ist zu bemerken, dass eine anfänglich hinkende Ehe später diese Eigenschaft verlieren kann und dies auch tatsächlich in den meisten Fällen geschieht. So ist die in Deutschland, Frankreich oder Schweden eingegangene Zivilehe von Griechen oder Spaniern ja zunächst hinkend, wird aber durch eine spätere religiöse Trauung vor dem orthodoxen bzw. katholischen Pfarrer auch im Heimatland gültig. Es würde zu Schwierigkeiten führen, wenn alle diese Ehen während des ersten, hinkenden Stadiums einem anderen Recht, z.B. der *lex fori*, unterstellt wären als später nach der religiösen Trauung, wo jedenfalls das Heimatrecht zum Zug kommen muss.

(VI) Ferner würde es in verschiedener Hinsicht erhebliche Schwierigkeiten bereiten, das nähere Anwendungsgebiet und den näheren Inhalt der Sonderregeln zu bestimmen. Davon zeugt die Uneinigkeit und Unklarheit der Doktrin in diesem Punkte.

Sollen die Sonderregeln für hinkende Ehen z.B. nur eingreifen, wenn die Ehe vom Standpunkt des fremden Rechts eine Nichtehe ist (wie in der deutschen Doktrin behauptet wird) oder auch dann, wenn das fremde Recht die Ehe nur als vernichtbar betrachtet und eine Nichtigerklärung nicht stattgefunden hat (wie in der französischen Doktrin überwiegend geltend gemacht wird)?

Sollen die Sonderregeln bei *allen* Rechtswirkungen der hinkenden Ehe — und vielleicht auch der hinkenden Scheidung — gelten? Wenn nicht, ist es möglich, hier sachgerechte Unterscheidungsmaßstäbe zu finden?

Wie ist schliesslich das Ersatzrecht für das ausgeschaltete Heimatrecht zu bestimmen? Soll auf die *lex fori* oder auf ein objektiv ausgewähltes Recht zurückgegriffen werden? Was soll letzterenfalls das relevante Anknüpfungsmoment sein?

Alle diese Fragen vermeidet man, wenn man sich auch bei hinkenden Ehen und Scheidungen an die gewöhnlichen Kollisionsnormen hält.

(VII) Von den genannten Schwierigkeiten abgesehen, würde die hier kritisierte Lehre, wie schon Raape hervorgehoben hat, zu Komplikationen bei der Rechtsanwendung führen. Die Gerichte müssten nämlich in jedem Fall, in dem die Rechtswirkungen einer Ehe oder einer Scheidung grundsätzlich fremdem Recht unterstehen, die Gültigkeit der Ehe oder der Scheidung doppelt prüfen, zuerst anhand der Kollisionsnormen der *lex fori*, die für die Vorfrage massgebend sind, und dann nach den entsprechenden Regeln der fremden *lex causae*. Letzteres ist, ähnlich wie bei einer *lex causae*-Lösung des Vorfragenproblems, mit besonderen Schwierigkeiten und Unsicherheiten verbunden.

(VIII) Als Schlussfolgerung ergibt sich, dass hinreichende Gründe fehlen, die Rechtswirkungen einer hinkenden Ehe oder Scheidung anderen kollisionsrechtlichen Regeln zu unterstellen als denjenigen, die im allgemeinen für diese Rechtswirkungen massgebend sind. Das fremde Recht, auf das diese Kollisionsnormen verweisen, kann und soll grundsätzlich „fiktiv“ angewendet werden.

Bei dieser Stellungnahme erledigt sich die Frage nach dem Ersatzrecht für das primär massgebende Recht (vgl. jedoch Kap. VIII § 4).

Das schliesst nicht aus, dass in speziellen Fällen Ausnahmen in Frage kommen können. Dies bleibt in dem speziellen Teil der Abhandlung zu untersuchen.

DRITTER ABSCHNITT

SPEZIELLER TEIL (KAP. VII—XV)

KAPITEL VII. EINLEITUNG

In diesem Kapitel gebe ich eine kurze Übersicht über die Probleme, das Material und die Gliederung des speziellen Teils.

Die Probleme des speziellen Teils gleichen den Problemen, die im allgemeinen Teil auf genereller Ebene behandelt worden sind. Die dort angeschnittenen Fragen sollen hier in Beziehung zu verschiedenen Rechtswirkungen einer hinkenden Ehe bzw. Scheidung gesetzt werden. Darüber hinaus werde ich in Kap. VIII und XI noch auf einige besondere Probleme eingehen.

Die Rechtswirkungen der Ehe bzw. der Scheidung, die ins Blickfeld treten, sind (Kap. VIII—XIV): Scheidung, persönliche und vermögensrechtliche Wirkungen der Ehe, eheliche Abstammung und Legitimation durch nachfolgende Ehe, Ehegattenerbrecht, Rechtswirkungen der Scheidung im Verhältnis zwischen den Ehegatten und zwischen ihnen und den Kindern, Wiederheirat und Gültigkeit der neuen Ehe. Abschliessend (Kap. XV) folgt eine Zusammenfassung der Ergebnisse.

Das Material des speziellen Teils bilden hauptsächlich Rechtsprechung und Doktrin der Länder Belgien, Deutschland, England, Frankreich, Österreich, Schweden und der Schweiz.

Innerhalb jedes der Kapitel VIII—XIV gebe ich zunächst eine rechtsvergleichende Übersicht über die in Betracht kommenden Kollisionsnormen und in gewissem Umfang auch über die verschiedenen Typen von materiellen Regeln auf dem einschlägigen Sachgebiet. Dann zeige ich die zu behandelnden Probleme auf, in der Regel anhand von Beispielen. Beide Punkte werden in dieser Zusammenfassung nur sehr kurz berührt. Bei der anschliessenden

Behandlung der einzelnen Probleme stelle ich zuerst das Material dar — soweit erforderlich gesondert für jedes Land — und ziehe die sich daraus de lege lata ergebenden Schlüsse. Nach einer kurzen Zusammenfassung folgt sodann die eigene Diskussion und Stellungnahme de lege ferenda zu der betreffenden Frage.

KAPITEL VIII. SCHEIDUNGSSACHEN

In diesem Kapitel behandle ich zunächst (§ 2) einige bei Scheidungssachen spezielle Fragen, nämlich betreffend die internationale Zuständigkeit zur Scheidung einer hinkenden Ehe. Sodann behandle ich in § 3 das Vorfragenproblem und in § 4 die Frage nach dem Scheidungsstatut bei hinkenden Ehen.

§ 2. Für die internationale Zuständigkeit in Scheidungssachen hat man es in verschiedenen Ländern häufig als erheblich angesehen, dass die Ehe der Parteien nur im Forumstaat gültig war, nicht aber im Heimat- bzw. im Wohnsitzstaat der Ehegatten oder in dem des Ehemannes. In diesen Fällen hat man die Zuständigkeit — im Vergleich zu den sonst hierüber geltenden Regeln — ausgedehnt.

Im deutschen Recht (I B) wurde z.B. früher für die internationale Zuständigkeit in Ehesachen grundsätzlich gefordert, dass der Ehemann, wenn er Ausländer war, seinen Wohnsitz in Deutschland hatte. Diese Regel hat man jedoch dann nicht aufrechterhalten, wenn der ausländische Ehemann, der eine Deutsche geheiratet hatte, zwar im Ausland wohnte, aber die Ehe in diesem Land ungültig war. Hier ist eine deutsche Zuständigkeit für die Scheidungsklage der Frau von den Gerichten geschaffen worden.

Ähnliche Entscheidungen gibt es, mutatis mutandis, in der älteren englischen Rechtsprechung (I A; vgl. die Fälle *Stathatos v. Stathatos* und *De Montaigu v. De Montaigu*, beide aus dem Jahre 1913, deren „authority“ freilich sehr zweifelhaft ist) und vereinzelt auch in der älteren französischen Praxis (I C).

Heute dürften Erwägungen dieser Art aus verschiedenen Gründen — vor allem wegen der fortschreitenden Erweiterung der *allgemeinen* internationalen Zuständigkeit in Scheidungssachen, wo-

durch Sonderregeln für hinkende Ehen grossenteils überflüssig geworden sind — nur eine sehr geringe Rolle spielen.

Bei einer Fallgruppe ist die hier berührte Frage jedoch noch bedeutsam, dort nämlich, wo die Regeln über die internationale Zuständigkeit grundsätzlich darauf abstellen, dass der Gerichtsstand — oder ein der Scheidungsklage stattgebendes Urteil — im Heimatstaat der Ehegatten (oder dem des Ehemannes) anerkannt wird, oder dass der Heimatstaat wenigstens nicht für sich selbst die ausschliessliche Zuständigkeit beansprucht. Regeln des ersten Typs gibt es im deutschen, österreichischen und schweizerischen Recht, Regeln des zweiten Typs u.a. im schwedischen Recht.

In diesen Ländern scheint man sich darüber klar zu sein, dass die betreffende Zuständigkeitsvoraussetzung wegfallen muss, wenn die Ehe im Heimatstaat ungültig oder bereits aufgelöst ist. Für Schweden (II D) ergibt sich das z.T. bereits aus dem Gesetzestext (nach Vorbild des Haager Scheidungsabkommens), für die übrigen Länder (II A—C) aus der fast einhelligen Lehre und Rechtsprechung.

Diesem Standpunkt ist beizutreten. Die genannten Zuständigkeitsvorschriften wollen hinkende Scheidungen verhindern. Dieser Fall kann aber hier, wo der fremde Staat die Ehe schon als nicht existent betrachtet, nicht eintreten. Vielmehr ist ein Scheidungsurteil — wie es das Reichsgericht ausgedrückt hat — „geeignet, einen dem fremden Recht entsprechenden Zustand, das Nichtbestehen der Ehe, herbeizuführen“.

Auch andere Gesichtspunkte haben die Gerichte beeinflusst. Da die Ehe in dem fremden Land ungültig oder aufgelöst ist, kann eine Scheidung vielleicht überhaupt nur im Forumstaat erfolgen; die Verneinung der Zuständigkeit käme einer Rechtsverweigerung nahe. Auch würde diese Rechtsverweigerung im Ergebnis oft nur den *einen* Ehegatten treffen, nämlich den im Forumstaat wohnenden. Hat der andere Ehegatte seinen Wohnsitz im Heimatland, so wird er ja dort als ehelich nicht gebunden angesehen und kann z.B. ohne weiteres wiederheiraten.

Dies alles gilt, wenn die Ehe in dem fremden Staat ungültig — eine Nichtehe oder eine nichtigerklärte Ehe — oder aufgelöst ist. Hingegen sollte m.E. keine Ausnahme von den allgemeinen Zuständigkeitsregeln gemacht werden, wenn die Ehe in dem fremden Staat nur vernichtbar ist. Auch diese Stellungnahme dürfte mit der herrschenden Lehre in den erwähnten Ländern übereinstimmen.

§ 3. Über das Vorfragenproblem herrscht kein Streit. Doktrin und Praxis verschiedener Länder schliessen sich hier der lex fori-Lösung an. Die Scheidung setzt also eine nach den Kollisionsnormen der lex fori gültige und noch bestehende Ehe voraus. Dem ist zuzustimmen.

In diesem Zusammenhang ist auf eine Sondermeinung hinzuweisen, die in der deutschen Doktrin von Serick aufgestellt worden ist. Danach soll nach rechtskräftigem inländischem Scheidungsurteil, das irrtümlich ohne Beachtung des Heimatrechts der Ehegatten ergangen ist und das darum im Heimatstaat nicht anerkannt wird, die Ehe noch einmal geschieden werden können, diesmal unter Anwendung des Heimatrechts, damit die Scheidung auch im Heimatstaat anerkannt wird.

M.E. führt diese Ansicht, die der herrschenden deutschen Lehre und Praxis widerspricht, zu neuen Schwierigkeiten. Sie sollte jedenfalls dann abgelehnt werden, wenn man entgegen der herrschenden deutschen Auffassung für die Wiederverheirat nicht auf die Anerkennung des Scheidungsurteils im Heimatstaat abstellt (vgl. hierüber Kap. XIV).

§ 4. Die Frage nach dem Scheidungsstatut bei hinkenden Ehen stellt sich vor allem in Ländern, wo in Scheidungssachen grundsätzlich das Heimatrecht der Ehegatten oder des Ehemannes zu beachten ist. Das ist in höherem oder geringerem Masse bei allen hier behandelten Ländern ausser England der Fall.

Als erstes ist hier zu fragen, ob das Heimatrecht auch dort beachtet werden soll, wo die Ehe vom Standpunkt dieses Rechts ungültig oder schon aufgelöst ist.

Überwiegend wird diese Frage in Doktrin und Praxis der verschiedenen Länder mit nein beantwortet. Eine grundsätzlich andere Stellungnahme findet sich bei einigen deutschen Autoren, vor allem bei Raape und Kegel, denen jedoch die fast einhellige deutsche Rechtsprechung entgegensteht. Unsicher scheint die Rechtslage in Österreich zu sein, wo einschlägige Judikatur fehlt. Einige (hauptsächlich ältere) französische und belgische Entscheidungen haben das Heimatrecht als für die Scheidungsfrage massgeblich angesehen, obwohl die Ehe vom Standpunkt dieses Rechts ungültig gewesen ist, anscheinend ohne dass man auf die hier interessierende Frage aufmerksam geworden ist. Im übrigen ist aber der Stand-

punkt, das Heimatrecht in diesen Fällen nicht zu beachten, fast allgemein akzeptiert worden.

M.E. ist der herrschenden Meinung zuzustimmen.

Hierfür ist jedoch nicht die, einem besonders in der deutschen und französischen Doktrin immer wieder begegnende, Behauptung entscheidend, es sei logisch oder begrifflich unmöglich, die Scheidung einem Recht zu unterstellen, nach dem die Ehe nicht besteht. Eine solche „fiktive“ Anwendung des fremden Rechts ist an sich durchaus möglich, wie schon in Kap. VI ausgeführt worden ist.

Dagegen überzeugen die *praktischen* Gesichtspunkte, die für die Nichtbeachtung des fremden Rechts angeführt worden sind. Fremdes Recht wird in Scheidungssachen, jedenfalls in den hier in Betracht kommenden Ländern, regelmässig nur zusammen mit der *lex fori* angewandt. Das hat zur Folge, dass das fremde Recht für die Voraussetzungen der Scheidung praktisch nur dort bedeutsam wird, wo es *strenger* ist als die *lex fori*. Allgemein ist die Anwendung fremden Rechts daher geeignet, die Scheidung zu erschweren. Aber gerade in den Fällen, wo nach Auffassung des fremden Rechts keine Ehe vorliegt, ist es nicht einzusehen, warum eine solche Erschwerung erstrebt werden sollte. Im Gegenteil ist die Scheidung aus dem Gesichtspunkt der internationalen Entscheidungsgleichheit zu wünschen. Die Scheidung im Forumstaat führt ja bei hinkenden Ehen zu derselben Rechtslage wie in dem fremden Staat oder wenigstens zu einer Annäherung an diese Rechtslage. Es handelt sich also hier im wesentlichen um dieselben Gesichtspunkte wie bei der Zuständigkeitsfrage (oben § 2).

Am wenigsten würde die Anwendung des fremden Rechts befriedigen, wenn es die Scheidung überhaupt nicht kennt. Zwei in Deutschland in ziviler Form getraute katholische Spanier könnten z.B. nicht geschieden werden, weil das spanische Recht — nach welchem die Ehe nicht existiert — jede Scheidung verbietet. Für solche Fälle rücken in der Tat auch die Verfasser, die grundsätzlich das fremde Recht als Scheidungsstatut anwenden wollen, von ihrem Standpunkt ab (so z.B. Raape und Kegel).

Auf Grund der besonderen rechtspolitischen Gesichtspunkte, die sich in Scheidungssachen ergeben, komme ich also hier grundsätzlich zu einem Standpunkt, der von der in Kap. VI aufgestellten allgemeinen Regel abweicht.

Die hier relevanten rechtspolitischen Gesichtspunkte erfordern

jedoch nicht, das fremde Recht bei der Scheidung hinkender Ehen *immer* ausser Betracht zu lassen. Es genügt, wenn die Regel dort eingreift, wo das fremde Recht — wie in den meisten hier aktuellen Fällen — die Scheidung entweder ganz verbietet oder doch mehr erschwert als die *lex fori* (eine solche Regel wird tatsächlich von Kegel befürwortet). Sogar „strengeres“ fremdes Recht kann dann angewendet werden, wenn der Scheidungsklage auch nach diesem Recht *in concreto* stattgegeben werden kann (eine solche Regel ist in der französischen Doktrin von Mezger vorgeschlagen worden).

Die Nichtbeachtung des fremden Rechts sollte, wie bei der Zuständigkeitsfrage, auf Fälle beschränkt bleiben, wo die Ehe nach dem fremden Recht eine Nichtehe ist oder nichtig erklärt oder aufgelöst worden ist. Bei einer nach dem fremden Recht nur vernichtbaren Ehe sollte — entgegen den meisten französischen Autoren — an den Scheidungsvoraussetzungen des fremden Rechts festgehalten werden.

Nachdem die *lex patriae* ausgeschieden ist, entsteht die zweite Frage: Welches Recht ist nunmehr für die Scheidung massgebend?

In der Doktrin und Praxis wird diese Frage überwiegend dahin beantwortet, dass die *lex fori* allein zum Zuge kommen soll. In Belgien, Österreich, Schweden und der Schweiz scheint keine andere Meinung geäußert worden zu sein. Denselben Standpunkt nimmt auch die Mehrzahl der deutschen und französischen Autoren ein. In der deutschen Praxis haben die Gerichte tatsächlich immer nur deutsches Recht — dessen Anwendung ohnehin Art. 17 IV EG vorschreibt — angewendet, nachdem das Heimatrecht eliminiert worden war. Die meisten dieser Entscheidungen sind freilich in Fällen ergangen, in denen die Trauung in Deutschland in ziviler Form stattgefunden hatte, und die auch im übrigen mit anderen Ländern als Deutschland und dem Heimatstaat nicht verknüpft waren. Diese Entscheidungen lassen sich daher wohl auch mit anderen Regeln als mit der generellen Anwendung der *lex fori* vereinen. Nur vereinzelt gibt es in der deutschen Praxis Fälle, die jede andere Regel ausschliessen. Auch die französische Praxis — wo man vor allem auf die berühmte Kassationsentscheidung in der Sache Ghattas (1947) zu bauen hat — ist in dieser Hinsicht nicht eindeutig; jede denkbare Regel hätte zur Anwendung französischen Rechts geführt, nachdem das Heimatrecht ausgeschieden war. Immerhin scheint der Kassationshof der *lex fori*-Regel zuzuneigen.

In der deutschen und der französischen Doktrin und in gewissem Umfang auch in der Praxis findet sich auch der Standpunkt, dass ein objektiv ermitteltes Ersatzrecht an die Stelle der *lex patriae* treten sollte.

Im allgemeinen denkt man dabei an die *lex loci celebrationis* als Ersatzrecht. Diese Lösung wurde, wie in Kap. VI bereits erwähnt, von Frankenstein und Niboyet verfochten und hat auch später Anhänger gefunden. Oft ist es jedoch nicht möglich, sicher zu erkennen, ob die *lex loci celebrationis* oder die *lex fori* bevorzugt wird. Fast immer handelt es sich nämlich um Fälle, wo die Ehe im Forumland eingegangen worden ist. In der deutschen Praxis scheint es keine Entscheidung zu geben und in der französischen nur eine (möglicherweise zwei), von der mit Sicherheit gesagt werden kann, dass sie auf der Anwendung der *lex loci celebrationis* beruht. Dagegen gibt es besonders in der deutschen Praxis viele Fälle, die mit einer solchen Regel zu vereinbaren sind.

Eine andere objektive Lösung, die man in der deutschen Doktrin (Süss) und Praxis vereinzelt vertreten hat, besteht in der Anwendung des *Personalstatuts der Frau*, wenn die Ehe nach diesem Recht — aber nicht nach dem Mannesrecht, das nach deutschem Kollisionsrecht primär massgebend ist — gültig ist. Dieser Weg wird jedoch von der deutschen Doktrin und Praxis im allgemeinen abgelehnt.

Eine dritte Lösung hat Neuhaus vorgeschlagen, nämlich das *Recht des (letzten) gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts* der Ehegatten anzuwenden. Diese Möglichkeit scheint jedoch bisher keine Anhänger in der Praxis gefunden zu haben.

M.E. ist die *lex fori*-Regel vorzuziehen. Nur sie steht mit den rechtspolitischen Gründen der Eliminierung des primär zuständigen Heimatrechts im Einklang. Würde man ein fremdes Recht, z.B. die *lex loci celebrationis*, statt der *lex patriae* anwenden, so könnte auch das ein Zustandekommen der Scheidung erschweren. Möglicherweise ist das Ersatzrecht sogar strenger als das ersetzte Recht. Hat z.B. ein Grieche in Italien in ziviler Form eine Italienerin geheiratet, so ist die Ehe in Italien und Deutschland, aber nicht in Griechenland gültig. Soll ein deutsches Gericht, das mit einer Scheidungsklage befasst wird, nach Ausschaltung des nach Art. 17 I EG primär zuständigen griechischen Rechts hier wirklich italienisches Recht — als die *lex loci celebrationis* oder als Personalstatut der Frau — als Scheidungsstatut anwenden? Das Ergebnis wäre, dass die Ehe nicht

geschieden werden könnte. Dadurch würde die Eliminierung des griechischen Rechts — das ja die Scheidung kennt und nach welchem vielleicht der Klage hätte stattgegeben werden können — jeden vernünftigen Sinn verlieren.

Auch andere Gründe sprechen gegen die objektive Wahl des Ersatzrechts. Es ist nicht auszuschliessen, dass das Ersatzrecht mit dem primär massgeblichen Heimatrecht zusammenfällt und also zu keiner brauchbaren Lösung führt. Das leuchtet bei der in der deutschen Doktrin und Praxis manchmal vorgeschlagenen Wahl des Personalstatuts der Frau als Ersatzrecht ohne weiteres ein. Diese Einwendung kann aber grundsätzlich auch den anderen vorgeschlagenen objektiven Lösungswegen gegenüber erhoben werden.

Die Gründe, die *für* eine objektive Wahl des Ersatzrechts angeführt worden sind, halte ich nicht für überzeugend. Das wird in der Abhandlung näher ausgeführt.

Wenn man aber trotzdem an einer objektiven Lösung festhalten will, ist m.E. die *lex domicilii* oder das von Neuhaus vorgeschlagene Recht des gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts der Ehegatten der *lex loci celebrationis* und den anderen Möglichkeiten vorzuziehen. In Ländern, die auf dem Boden des Staatsangehörigkeitsprinzips stehen, wird ja regelmässig auf die *lex domicilii* (das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts) zurückgegriffen in Fällen, wo dieses Prinzip nicht weiter hilft, nämlich bei Staatenlosigkeit oder doppelter Staatsangehörigkeit. Das Domizil (der gewöhnliche Aufenthalt) ist vom Standpunkt dieser Länder sozusagen die „nächststärkste“ Anknüpfung auf dem Gebiete des Personalstatuts. Darum erscheint es konsequent, auch in den hier berührten Fällen diesen Weg einzuschlagen.

KAPITEL IX. DIE PERSÖNLICHEN RECHTSBEZIEHUNGEN DER EHEGATTEN

In § 2 behandle ich das Vorfragenproblem, in § 3 die Frage nach dem Ehwirkungsstatut bei hinkenden Ehen. Auch hier sind die Probleme praktisch nur in den Ländern aktuell, wo grundsätzlich auf das Heimatrecht abgestellt wird. Das ist der Fall in Belgien, Deutschland, Frankreich, Österreich und Schweden (nicht aber in England und der Schweiz).

§ 2. Mit dem Vorfragenproblem verhält es sich hier ähnlich wie in den Scheidungssachen. Doktrin und Praxis gehen fast immer davon aus, dass die Ehwirkungen — in der Gerichtspraxis handelt es sich meistens um Unterhalt oder um den Namen der Ehefrau — eine nach den Kollisionsnormen der *lex fori* gültige und bestehende Ehe voraussetzen. Gültigkeit oder Ungültigkeit vom Standpunkt des Heimatrechts ist insoweit ohne Belang.

In der deutschen Doktrin werden vereinzelt abweichende Meinungen vertreten, die jedoch keinen Niederschlag in der Praxis gefunden zu haben scheinen.

M.E. ist mit der herrschenden Lehre an der *lex fori*-Lösung festzuhalten. Diese Lösung sollte freilich nicht damit begründet werden, dass die Gültigkeit der Ehe hier eine Erstfrage sei, die mit logischer Notwendigkeit den Kollisionsnormen der *lex fori* unterstehe. An sich sollten rechtspolitische Erwägungen auch hier eine Rolle spielen. Insoweit stimme ich der Minderheit in der deutschen Doktrin zu. Hinsichtlich des Ergebnisses dieser Erwägungen sehe ich aber keinen Grund, von meinem in Kap. V eingenommenen allgemeinen Standpunkt zum Vorfragenproblem abzurücken.

§ 3. Die Frage nach dem Ehwirkungsstatut bei hinkenden Ehen ist später als das entsprechende Problem in Scheidungssachen (oben Kap. VIII § 4) aufgeworfen worden und wird oft nach Vorbild dieses Problems behandelt.

Eine solche Analogie ist besonders deutlich im französischen Recht zu erkennen, wo die persönlichen Ehwirkungen — „*les effets du mariage*“ — auch sonst demselben Recht unterstellt werden wie die Scheidung. So nimmt die neuere französische Doktrin allgemein an, dass die Rechtswirkungen eines „*mariage français*“ nur dem französischen Recht unterstehen können. In der französischen Rechtsprechung ist diese Betrachtungsweise in der Ghattas-Entscheidung zum Ausdruck gekommen, wenigstens im Urteil der *Cour d'appel*.

Auch in Deutschland hat die Ansicht, die Rechtswirkungen einer „deutschen Ehe“ dem deutschen Recht zu unterstellen und eine „fiktive“ Anwendung des Heimatrechts zu vermeiden, in der Doktrin wie in der Rechtsprechung Anhänger gefunden. Aus der Praxis sind drei Entscheidungen bekannt, in denen das Heimatrecht des Ehemannes, weil nach ihm die Ehe ungültig war, auf die Rechts-

wirkungen (Unterhalt, Namen der Frau) nicht angewandt worden ist.

Die genannte Auffassung scheint jedoch nicht die in Deutschland herrschende zu sein. Die Mehrheit der neueren Autoren und zwei neuere Oberlandesgerichtsentscheidungen stehen auf dem Standpunkt, das Heimatrecht sei auf die persönlichen Ehwirkungen auch dann anzuwenden, wenn die Ehe vom Standpunkt dieses Rechts ungültig ist. Diese Meinung ist auch in der österreichischen Doktrin vertreten.

Im schwedischen Recht dürfte die Frage offen sein. Direkte Stellungnahmen in Doktrin oder Praxis liegen nicht vor.

M.E. ist die hier erörterte Frage nicht leicht zu entscheiden.

Einerseits ist die Begründung, die für die Eliminierung des Heimatrechts meistens angeführt wird — nämlich dass es logisch unmöglich sei, die Ehwirkungen einem Recht zu unterstellen, das die Ehe als ungültig betrachtet — wie schon früher bemerkt, keineswegs überzeugend. Auch liegen die besonderen rechtspolitischen Gründe, die in Scheidungssachen für die Nichtbeachtung des Heimatrechts sprechen, hier nicht vor.

Andererseits ist es an sich wünschenswert, die persönlichen Rechtswirkungen der Ehe kollisionsrechtlich der Scheidung gleichzustellen. Wenn die Rechtswirkungen einer bestehenden Ehe einem fremden Recht, die Scheidung und ihre Rechtswirkungen hingegen der *lex fori* unterstellt werden, so kann das u.U. — wie in der deutschen Praxis betont worden ist — zu widerspruchsvollen Ergebnissen führen.

Trotzdem ist es m.E. richtiger, auch hier die gewöhnlichen Kollisionsnormen beizubehalten, das Heimatrecht also „fiktiv“ anzuwenden. Gegen Sonderregeln bei hinkenden Ehen sprechen die Erwägungen, die in Kap. VI angeführt worden sind. Wichtig ist vielleicht vor allem, dass solche Sonderregeln ständige Statutenwechsel mit sich bringen würden, wenn eine anfangs hinkende Ehe später, nach religiöser Trauung, auch im Heimatland gültig wird. Erhebliche Schwierigkeiten würden entstehen, müsste man in allen diesen Fällen vor und nach der zweiten Trauung verschiedene Rechte auf die Ehwirkungen anwenden.

Ich bleibe also hier auf dem Standpunkt, den ich in Kap. VI grundsätzlich eingenommen habe.

Will man der Gegenmeinung folgen — die Frage ist wie gesagt

zweifelhaft — so entsteht die weitere Frage nach einem Ersatzrecht für die ausgeschiedene *lex patriae*.

Hierüber bestehen in der Doktrin und Praxis Unklarheiten — weil man sich vor allem mit solchen Fällen beschäftigt hat, in denen jede denkbare Regel zur Anwendung der *lex fori* als Ersatzrecht führt — und Meinungsverschiedenheiten. Im wesentlichen kann hierzu auf die Ausführungen bei den Scheidungssachen (Kap. VIII § 4) verwiesen werden. Bemerket sei nur, dass in den drei genannten deutschen Entscheidungen über die Ehwirkungen, in denen das Heimatrecht des Ehemannes eliminiert worden ist, deutsches Recht zur Anwendung gekommen ist, den Urteilsbegründungen nach jedoch nicht als *lex fori*, sondern anscheinend als *lex loci celebrationis* oder als Personalstatut der Ehefrau.

Die Gründe, die in Scheidungssachen für die *lex fori* sprechen, sind hier nicht gegeben. Trotzdem lässt sich die *lex fori* als Ersatzrecht auch hier vertreten. Wie schon gesagt, ist die Lösung bei der Scheidung an sich ein Argument für die gleiche Lösung bei den persönlichen Ehwirkungen.

Wenn man aber die *lex fori*-Regel als zu willkürlich ablehnt und eine objektive Wahl des Ersatzrechts treffen will, ist m.E. die *lex domicilii* oder das von Neuhaus vorgeschlagene Recht des gewöhnlichen Aufenthalts der Ehegatten vorzuziehen, und zwar aus denselben Gründen wie in den Scheidungssachen.

KAPITEL X. DIE GÜTERRECHTLICHEN WIRKUNGEN DER EHE

Die allgemein herrschende Lehre, der zuzustimmen ist, löst das Vorfragenproblem auch hier nach der *lex fori*-Methode. Es gilt insoweit dasselbe wie bei den persönlichen Ehwirkungen.

Die Frage, ob ein fremdes, nach den Kollisionsnormen der *lex fori* normalerweise als Güterrechtsstatut zuständiges Recht auch dann zur Anwendung kommen soll, wenn die Ehe vom Standpunkt dieses Rechts ungültig ist, wird in der Wissenschaft und Praxis nur selten erörtert. Vermutlich geht man im allgemeinen davon aus, dass hier kein eigentliches Problem vorliegt und die Frage zu bejahen ist. Einige Stellungnahmen in dieser Richtung finden sich in der deutschen Doktrin (a.A. jedoch Frankenstein). Auch einige

Entscheidungen aus der französischen Praxis — wo der Ausgangspunkt jedoch insofern besonders liegt, als das eheliche Güterrecht grundsätzlich an den Parteiwillen angeknüpft wird — scheinen die genannte Auffassung zu stützen.

Auch m.E. ist hier an den gewöhnlichen Kollisionsnormen festzuhalten. Im wesentlichen kann ich dazu auf die Argumente und die grundsätzliche Stellungnahme in Kap. VI verweisen. Insbesondere macht sich hier — noch mehr als bei den persönlichen Ehwirkungen — das Bedürfnis geltend, einen Statutenwechsel während der Ehe zu vermeiden, der mit Sonderregeln für hinkende Ehen in allen den Fällen verbunden wäre, wo eine anfangs hinkende Ehe später diese Eigenschaft verliert.

KAPITEL XI. EHELICHE ABSTAMMUNG UND LEGITIMATION DURCH NACHFOLGENDE EHE

In § 2 behandle ich das Vorfagenproblem, in § 3 das Abstammungs- bzw. Legitimationsstatut bei hinkenden Ehen. In § 4 wende ich mich einer Frage zu, die nicht nur bei hinkenden Ehen auftaucht, die aber häufig im Zusammenhang mit dem Vorfagenproblem erörtert wird, nämlich, wie die Stellung der Kinder kollisionsrechtlich zu beurteilen ist, wenn die Ungültigkeit der Ehe feststeht.

Die erwähnten Probleme sind für alle hier behandelten Länder von Interesse. Als Abstammungs- bzw. Legitimationsstatut kommt in diesen Ländern grundsätzlich — von einer Reihe von Ausnahmen abgesehen — das Heimatrecht oder (in England) das Domicilrecht der Ehegatten oder des Ehemannes (Kindesvaters) zur Zeit der Geburt des Kindes bzw. der Eingehung der Ehe in Betracht.

§ 2. Das Vorfagenproblem liegt dort relativ einfach, wo die Ehe der Eltern vom Standpunkt der *lex fori* gültig, nach dem Abstammungs- bzw. Legitimationsstatut aber ungültig ist. In diesen Fällen wird der Konflikt im allgemeinen zugunsten der Auffassung des Forumrechts gelöst. Die Ehe wird also für gültig gehalten, die Kinder werden — wenn kein anderes Hindernis entgegensteht — als ehelich bzw. legitimiert betrachtet. Die relative Einigkeit hierüber resultiert daraus, dass die meisten Anhänger des *lex causae*-Prinzips hier von ihrem Grundsatz abgehen. Diese Ausnahme erklärt

sich ihrerseits daraus, dass es als unerträglich empfunden wird, Kindern aus einer Ehe, die nach dem IPR der *lex fori* gültig zustandegekommen ist — besonders wenn die Ehe im Inland in der dort zwingend vorgeschriebenen Form eingegangen worden ist — den Status ehelicher Kinder abzusprechen.

Bei einigen deutschen, schwedischen und schweizerischen Autoren finden sich jedoch abweichende Meinungen. Manchmal wird zwischen ehelicher Abstammung und Legitimation unterschieden. Die Legitimation sei keine so notwendige Rechtswirkung der Ehe wie die eheliche Abstammung und könne ausbleiben, wenn das Legitimationsstatut die Ehe der Eltern als ungültig betrachtet (so Neuhaus). Eine gewisse Individualisierung der Lösungen nach Schwerpunktskriterien nehmen z.B. Gamillscheg und Wengler vor. In der deutschen Praxis finden sich einige Entscheidungen — darunter ein Reichsgerichtsfall aus dem Jahre 1927 — die anscheinend dem Abstammungsstatut, nach dem die Ehe ungültig war, den Vorzug vor der gegenteiligen Auffassung des heimischen Rechts gegeben haben. Diese Entscheidungen sind jedoch wenigstens für die heutige deutsche Praxis nicht repräsentativ.

Geteilt sind die Meinungen im umgekehrten Fall, wo die Ehe nach den Kollisionsnormen der *lex fori* ungültig, nach denen des Abstammungs- bzw. Legitimationsstatuts aber gültig ist.

Hier geben eine Reihe von Autoren und Gerichtsentscheidungen aus verschiedenen Ländern — auch viele, die bei Vorfragen nicht grundsätzlich dem *lex causae*-Prinzip folgen — der Auffassung der fremden *lex causae* den Vorzug, so dass das Kind auch in diesen Fällen ehelich bzw. legitimiert wird. Diese Lösung ist wenigstens teilweise als ein „Ausfluss“ von internrechtlichen Tendenzen in *favorem legitimitatis* (*legitimationis*) zu erklären.

Die genannte Lösung überwiegt in der schwedischen und schweizerischen Doktrin, ferner in der österreichischen Lehre, wenigstens für Legitimationsfälle, und wohl auch in England bei der ehelichen Abstammung. Aus der Praxis können hier eine Entscheidung des österreichischen Obersten Gerichtshofes (aus dem Jahre 1952) und ein englischer Fall, *Re Bischoffsheim* (aus dem Jahre 1948), zitiert werden. Beide Fälle betrafen die eheliche Abstammung, und in beiden wurde die Vorfrage — freilich ohne dass unser Problem grundsätzlich erörtert wurde — anhand der frem-

den *lex causae*, nach welcher die Ehe gültig war, gelöst. Diese Lösung wird schliesslich auch von zahlreichen deutschen Autoren und vereinzelt in der deutschen Rechtsprechung vertreten.

Jedoch wird in dieser Frage in sämtlichen Ländern auch die *lex fori*-Lösung vertreten. In Deutschland entspricht diese Lösung der herrschenden Lehre, wie sich aus einer Reihe von Stellungnahmen der Doktrin und der Gerichtspraxis ergibt. Aus der Praxis ist besonders ein vom Bundesgerichtshof im Jahre 1965 entschiedener Fall herauszugreifen, wo ein Kind griechischer Eltern, die (vor 1964) in Deutschland die Ehe vor einem orthodoxen Priester geschlossen hatten, als unehelich angesehen wurde, obwohl nach griechischem Recht die Ehe gültig war. Diese Einstellung dürfte auch im französischen und belgischen Recht, wo das Vorfragenproblem nur selten *explicite* gestellt wird, vorherrschen. Das französische Recht neigt freilich, auch auf kollisionsrechtlicher Ebene, stark zu Lösungen, die vom *favor legitimitatis* geprägt sind. Aber diese Tendenz ist nicht im Rahmen des Vorfragenproblems zum Ausdruck gekommen, sondern bei Prüfung der „*putativité*“ einer ungültigen Ehe, vgl. unten § 4.

Erwähnt sei schliesslich, dass man auch hier anhand verschiedener Kriterien differenziert hat, vor allem in der deutschen und österreichischen Doktrin.

Eine solche Differenzierung, die auf die allgemeine Unterscheidung von Vorfrage und Erstfrage zurückgeht, soll hier erwähnt werden. Man argumentiert wie folgt: Voreheliche Kinder werden durch eine Ehe, die das Heimatrecht des Vaters — d.h. das Legitimationsstatut; Art. 22 EG, § 13 DVO — als gültig ansieht, legitimiert, auch wenn die Ehe vom Standpunkt des Forumrechts ungültig ist. Warum das Heimatrecht die Legitimation eintreten lässt, hat uns nicht zu kümmern. Anders liegen die Dinge *de lege lata* bei der ehelichen Abstammung. Die Kollisionsnormen in Art. 18 EG bzw. § 9 DVO verweisen (in ihrer zu allseitigen Regeln ausgebauten Form) auf das Heimatrecht *des Ehemannes der Mutter*. Dieser Ausdruck zeigt, dass die genannten Kollisionsnormen eine gültige Ehe voraussetzen (denn sonst gibt es keinen Ehemann). Das Heimatrecht kann also überhaupt nicht zum Zuge kommen, wenn diese Voraussetzung nicht erfüllt ist. Ob sie erfüllt ist, kann folglich nicht nach dem Heimatrecht (das wäre ein Zirkelschluss), sondern nur anhand der Kollisionsnormen der *lex fori* geprüft werden. Im

Ergebnis haben in den hier erörterten Fällen die Kinder, die während der Ehe geboren sind, als unehelich zu gelten.

Diese unterschiedliche Behandlung von Legitimation und ehelicher Abstammung ist schon im Hinblick auf das Ergebnis — die vorehelichen Kinder sind ehelich, die während der Ehe geborenen nicht — entschieden abzulehnen (vgl. Raape: „Es wäre das ein Nonsens“). Die Gültigkeit der Ehe muss bei der Legitimation und bei der ehelichen Abstammung im gleichen Sinne beantwortet werden, ob nun die *lex fori*- oder die *lex causae*-Methode vorgezogen wird.

Ich vermag nicht einzusehen, dass eine Ausdrucksweise wie die der deutschen und der österreichischen Kollisionsnorm über die eheliche Abstammung es von vornherein ausschliessen soll, die Frage der Gültigkeit der Ehe der *lex causae* zu unterstellen. Das wird auch vom österreichischen Obersten Gerichtshof und in der deutschen Doktrin anerkannt, nicht nur in diesem Zusammenhang, sondern auch bei der unten in § 4 behandelten Frage, nach welchem Recht zu entscheiden ist, ob das Kind *trotz* Ungültigkeit der Ehe als ehelich gilt. Insoweit wird nämlich nach traditioneller (obwohl stark bestrittener) Lehre das Abstammungsstatut als massgebend angesehen, obwohl dessen Anwendung nach der hier kritisierten Auffassung gerade eine gültige Ehe voraussetzen soll. Die Kollisionsnorm des Art. 18 EG wird dabei ganz einfach so gelesen, als ob sie auf das Recht des *angeblichen* (vermeintlichen) Ehemannes verwiese.

Das Vorfragenproblem ist also m.E. nicht anhand einer logischen Deduktion zu lösen. Rechtslogisch stehen beide Lösungen offen. Von meinem Ausgangspunkt — dem *lex fori*-Prinzip als allgemeiner Regel — lautet die zu stellende Frage somit hier wie sonst: Gibt es in Legitimations- und Abstammungssachen besondere Gründe, die eine von diesem Prinzip abweichende Lösung rechtfertigen?

Dabei kommt der früher erwähnte *favor legitimitatis et legitimationis* in Betracht. Ob diesem Gesichtspunkt entscheidende Bedeutung beigemessen werden sollte, ist eine Wertungsfrage. Ich bin geneigt, die Frage zu verneinen. Materiellrechtliche Billigkeitserwägungen lassen sich in das kollisionsrechtliche System — obwohl dieses Phänomen an sich wohlbekannt und häufig ist — nicht ohne Schwierigkeiten und Willkür einschalten. Wie weit soll man z.B. in dieser Richtung gehen? Die *lex causae*-Lösung des Vorfragenproblems ist keineswegs die einzige Möglichkeit. Auch andere Wege,

mehr oder weniger weitgehend, bieten sich an und sind tatsächlich auch von verschiedenen Seiten vorgeschlagen worden.

Hinzu kommt noch ein Gesichtspunkt ganz anderer Art. Es ist ein unbewiesenes und unbeweisbares Postulat, dass die Ehelichkeit immer die für das Kind günstigere Lösung darstellt. Wenigstens soweit es sich um den bisher noch nicht berührten Fall einer hinkenden *Scheidung* handelt, ist diese Behauptung ausserordentlich zweifelhaft. In diesen Fällen ist der Kindesvater regelmässig nicht der Ehemann der aufgelösten Ehe. Soll es nun wirklich für das Kind vorteilhaft sein, wenn ihm unter Berufung auf das Heimatrecht des Ehemannes, das die im Forumstaat ergangene (oder dort anerkannte) Scheidung nicht anerkennt, die Stellung eines ehelichen Kindes aus der aufgelösten Ehe zugesprochen wird (was wenigstens vereinzelt in der deutschen Praxis vorgekommen zu sein scheint)? M.E. steht hier ausser Zweifel, dass die Scheidung als gültig und das Kind als unehelich betrachtet werden sollte, was auch der in der deutschen Doktrin herrschenden Meinung entspricht. Ist aber die *lex fori*-Lösung im Falle einer hinkenden Scheidung vorzuziehen, so sprechen rechtssystematische Überlegungen für diese Lösung auch dort, wo das Vorfragenproblem sich auf die Gültigkeit der Ehe bezieht.

Im Ergebnis ist somit an dem *lex fori*-Prinzip auf Kosten des *favor legitimitatis et legitimationis* festzuhalten. A fortiori sollte das in den Fällen gelten, wo die Ehe nach den Kollisionsnormen der *lex fori* gültig ist.

§ 3. Die Frage nach dem Abstammungs- bzw. Legitimationsstatut bei hinkenden Ehen wird nur selten ausdrücklich gestellt. Doktrin und Praxis gehen im allgemeinen von der Geltung der gewöhnlichen Kollisionsnormen aus, auch wenn die Ehe nach dem fremden Recht ungültig ist (so ausdrücklich einige deutsche, österreichische und schweizerische Autoren). Anscheinend wird diese Auffassung auch von denen geteilt, die grundsätzlich eine „fiktive“ Anwendung des fremden Rechts auf die Rechtswirkungen der Ehe ablehnen, z.B. Frankenstein (vgl. Kap. VI).

Anders liegt die Frage möglicherweise im französischen Recht. Nach einer in der französischen Doktrin und Praxis geläufigen Auffassung unterstehen die „*filiation légitime*“ und die Legitimation demselben Recht wie die persönlichen Ehwirkungen, also in der

Regel dem Heimatrecht der Ehegatten. Wie in Kap. IX hervorgehoben wurde, ist man wenigstens in der Doktrin geneigt, das Heimatrecht als Ehwirkungsstatut dann auszuschalten, wenn es sich um ein „*mariage français*“ handelt, und statt dessen auf das französische Recht zurückzugreifen. Ob das auch für die eheliche Geburt und Legitimation gelten soll, ergibt sich jedoch nicht mit Sicherheit aus der einschlägigen Doktrin.

M.E. sollte es hier wie im allgemeinen bei den gewöhnlichen Kollisionsnormen bleiben. Spezielle Gründe, von dem in Kap. VI eingenommenen Standpunkt abzuweichen, sind nicht vorgebracht worden.

§ 4. Ist die Ehe nach den Kollisionsnormen der *lex fori* ungültig und steht fest, dass diese Auffassung für die Beurteilung der Ehelichkeit bzw. der Legitimation massgebend sein soll — eine abweichende Auffassung der fremden *lex causae* wird also nicht beachtet — so ist weiter zu fragen, ob das Kind gleichwohl als ehelich zu gelten hat. Nach den meisten Rechtsordnungen führt nämlich eine Nichtigerklärung der Ehe nicht oder nicht ohne weiteres zur Unehelichkeit der Kinder. Vielmehr gelten die Kinder generell oder jedenfalls in bestimmten Fällen als ehelich. Welches Recht entscheidet über diese Fragen?

Zuerst sei erwähnt, dass die ganze Fragestellung in Fällen von *Nichtehe*n häufig verneint worden ist. Besonders in der deutschen, österreichischen und schweizerischen Doktrin und Praxis wird nicht selten behauptet, eine Nichtehe schliesse begriffsmässig alle Rechtswirkungen einer gültigen Ehe aus, also auch eheliche Abstammung und Legitimation. Es erübrige sich also, eine Kollisionsnorm für die Rechtsstellung der Kinder aufzustellen.

Dieser Auffassung ist zu widersprechen. Wenn es auch wahr ist, dass die meisten Rechtsordnungen, ähnlich wie das deutsche Recht, einer Nichtehe keine der an eine gültige Ehe geknüpften Rechtswirkungen beilegen, so trifft das doch nicht immer zu. So kennt z.B. das englische Recht (seit 1959) das Institut des „*putative marriage*“, nach dessen Regeln Kinder aus einem „*void marriage*“ — also einer *ipso jure* ungültigen Ehe, der die deutsche Nichtehe am nächsten kommt — u.U. als ehelich gelten können.

Methodisch ist es daher richtiger, die kollisionsrechtliche Frage nach der Ehelichkeit der Kinder auch auf den Fall einer Nichtehe

zu beziehen. Das entspricht der überwiegenden Meinung in der deutschen Doktrin. Immerhin hat die aufgeworfene Frage ihre grösste praktische Bedeutung für nichtige Ehen.

Bei der Lösung des Problems bieten sich hauptsächlich zwei Wege an.

Nach der „orthodoxen“ und wohl noch herrschenden Betrachtungsweise handelt es sich hier um eine Frage der näheren Voraussetzungen der ehelichen Geburt bzw. der Legitimation. Diese Frage, ob eine gültige Ehe gefordert werden soll, ist wie andere Fragen, die diese Voraussetzungen betreffen, nach dem Abstammungs- bzw. Legitimationsstatut zu beurteilen.

Diese Auffassung scheint in der englischen, österreichischen, schwedischen und schweizerischen Doktrin und/oder Praxis vorzuherrschen. Auch in Deutschland wird sie überwiegend vertreten; u.a. ist sie in einer Entscheidung des Reichsgerichts aus dem Jahre 1937 zum Ausdruck gekommen.

In diesem Zusammenhang ist auch die französische Lehre und Rechtsprechung vom „mariage putatif“ zu beachten. Freilich hat die französische Praxis wenigstens früher eine sehr starke *lex fori*-Tendenz aufgewiesen; die Lösungen des internen französischen Rechts, die im Zweifel guten Glauben der Ehegatten voraussetzen und damit vom *favor legitimitatis* geprägt sind, werden oft ohne weiteres auch in international gelagerten Fällen angewendet. Soweit aber kollisionsrechtliche Lösungsmethoden zum Zuge gekommen sind — was in neuerer Zeit häufiger geworden zu sein scheint — ist wenigstens von einem Teil der Lehre und Rechtsprechung „*la loi des effets du mariage tenu pour valable*“ zur Anwendung empfohlen worden. Diese Lösung entspricht, soweit sie sich auf die Stellung der Kinder bezieht, ungefähr der Anwendung des Abstammungsstatuts, wie sie in den anderen Ländern vorkommt. Denn das „*les effets du mariage*“ bestimmende Recht gilt, wenigstens nach herrschender Meinung, auch als Abstammungsstatut.

Eine andere, in der Doktrin und Praxis verschiedener Länder vorkommende Betrachtungsweise betont dagegen, es handele sich hier um eine Frage des näheren Inhalts, der näheren Rechtswirkungen, einer ungültigen Ehe. Nach dieser Auffassung soll die Stellung der Kinder nach dem Recht bestimmt werden, kraft dessen die Ehe als ungültig anzusehen ist, dem Ehenichtigkeitsstatut. Das ist in den hier in Betracht kommenden Ländern — ausser in Eng-

land, wo diese Ansicht nicht vertreten worden ist — grundsätzlich die *lex (leges) patriae* der Ehegatten zur Zeit der Eingehung der Ehe oder, bei Formfehlern, die *lex loci celebrationis*.

Diese Lösung, die schon früh u.a. von Raape vorgeschlagen wurde, hat in der neueren deutschen Doktrin eine Reihe von Anhängern, z.B. Kegel. Auch in der deutschen Praxis gibt es Fälle, die auf dieser Lösung beruhen, und viele Fälle, die mit ihr vereinbar sind. In der französischen Praxis vom „*mariage putatif*“ scheint dieser Weg nunmehr an die Stelle der „*loi des effets du mariage*“ getreten zu sein. Der französische Kassationshof hat sich seit 1956 wiederholt für die Anwendung von „*la loi d'où résulte la nullité du mariage*“ ausgesprochen. Auch in die neuere belgische, österreichische und skandinavische Wissenschaft oder Rechtsprechung hat die Anwendung des Ehenichtigkeitsstatuts Eingang gefunden. Überhaupt scheint sich diese Lösung auf dem Vormarsch zu befinden.

M.E. ist die Anwendung des Ehenichtigkeitsstatuts vorzuziehen, und zwar hauptsächlich aus den beiden folgenden Gründen.

Zunächst hängen die Ungültigkeit der Ehe und die Rechtswirkungen der Ungültigkeit eng zusammen und sollten darum demselben Recht unterstellt werden. Unterstehen die Rechtswirkungen einem anderen Recht als dem, kraft dessen die Ehe ungültig ist, so kann das nicht nur zu technischen Schwierigkeiten führen — vielleicht ist der Umstand, der zur Ungültigkeit geführt hat, nach dem auf die Rechtswirkungen anwendbaren Recht gar kein Ungültigkeitsgrund; dann muss man hypothetisch fragen, wie dieses Recht die Stellung der Kinder geregelt haben würde, wenn es den betreffenden Ungültigkeitsgrund gekannt hätte — sondern es kann auch eine willkürliche „Denaturierung“ des Ungültigkeitsstatuts darstellen. Dieser Gesichtspunkt ist nicht nur im Verhältnis der Ehegatten selbst — wo z.B. im deutschen Recht allgemein anerkannt zu sein scheint, dass das Ehenichtigkeitsstatut den näheren Inhalt der Nichtigkeit bestimmen soll — sondern auch bei der Stellung der Kinder zu beachten.

Zweitens stellt, wie in der Doktrin hervorgehoben worden ist, die Anwendung des Ehenichtigkeitsstatuts sicher, dass die Ungültigkeit sich in gleicher Weise für alle Kinder aus derselben Verbindung auswirkt. Bei Anwendung des Abstammungs- bzw. Legitimationsstatuts kann sich u.U. ergeben, dass einige Kinder ehelich werden, andere unehelich. Ein solches Ergebnis — das übrigens auch bei

lex causae-Lösung des Vorfragenproblems möglich ist — wäre unvernünftig und unbefriedigend. Der Tatbestand — die Ungültigkeit der Ehe — dessen rechtliche Konsequenzen festgestellt werden sollen, ist ja bei allen Kindern gleich (vgl. Raape: „Gleiche Brüder, gleiche Kappen“).

Gegen die hier befürwortete Lösung ist eingewandt worden, dass die Ehenichtigkeit u.U. aus *mehr als einem Recht* folgt. Die Ehe kann z.B. unter Anwendung des Mannesrechts wie des Frauenrechts für nichtig erklärt worden sein, und diese beiden Rechte können die Stellung der Kinder aus einer nichtigen Ehe in verschiedener Weise regeln. Welches von den Nichtigkeitsstatuten soll hier massgebend sein? Ist es überhaupt möglich, eine willkürfreie Wahl zwischen ihnen zu treffen?

M.E. ist diese letzte Frage zu bejahen. Herausgegriffen sei nur der eben erwähnte Fall, wo die beiden Personalstatute der Ehegatten einander als Nichtigkeitsstatute gegenüberstehen (es gibt auch andere Fälle, die in der Abhandlung erörtert werden). Hier sollte „das ärgere Recht“ — das ja z.B. nach deutschem IPR für das Verhältnis der Ehegatten zueinander massgebend ist — auch über die Stellung der Kinder entscheiden (so zutreffend Kegel). Sind die Kinder nach dem einen Recht ehelich, nach dem anderen aber unehelich, sollten sie also als unehelich gelten. Denn Art. 13 I EG (und entsprechende Kollisionsnormen in anderen Ländern) beruht, wie Kegel es formuliert hat, auf dem Gedanken: „kein grösseres Engagement als nach beiden Heimatrechten“. Wäre die Ehe *nur* nach dem Recht für nichtig erklärt worden, nach welchem die Kinder unehelich sind, so wären sie ohne weiteres als unehelich anzusehen. Es wäre kaum verständlich, wenn sie dadurch die Stellung ehelicher Kinder erlangen sollten, dass die Ehe *auch* nach einem anderen Recht ungültig ist.

Der hier eingenommene Standpunkt steht freilich im Gegensatz zu der in der Doktrin verschiedener Länder (Deutschland, Frankreich, Österreich) überwiegenden Meinung. Nach ihr sollte immer „das die Ehelichkeit weitergehend begünstigende Recht“ (Dölle) bevorzugt werden. Aber diese Meinung scheint mir den kollisionsrechtlichen favor legitimitatis willkürlich auszuweiten.

Schliesslich sei erwähnt, dass dem Ehenichtigkeitsstatut nach herrschender Meinung, der zuzustimmen ist, nur die Stellung der Kinder *als Folge der Ehenichtigkeit* unterliegt. Im übrigen bleibt das

Abstammungs- bzw. Legitimationsstatut massgebend, also z. B. für die Vaterschaft des (angeblichen) Ehemannes (a.A. früher Raape, der das Ehenichtigkeitsstatut auch auf diese Fragen anwenden wollte).

KAPITEL XII. DAS ERBRECHT

In § 2 behandle ich das Vorfragenproblem beim Erbrecht des überlebenden Ehegatten — wobei jedoch auch Material über andere Vorfragen im Erbrecht als die Gültigkeit der Ehe bzw. der Scheidung herangezogen und verarbeitet wird, z.B. über die eheliche Geburt als Vorfrage — und in § 3 die Frage nach dem für das Ehegattenerbrecht im Falle einer hinkenden Ehe massgebenden Recht.

Als Ausgangspunkt sei erwähnt, dass das Ehegattenerbrecht grundsätzlich unter das allgemeine Erbstatut fällt. Als Erbstatut kann in sämtlichen hier behandelten Ländern, anscheinend mit Ausnahme Österreichs, fremdes Recht in Betracht kommen, entweder als die *lex patriae* oder als die *lex domicilii* des Erblassers oder als *lex rei sitae*.

§ 2. Für Vorfragen in Erbsachen wird häufiger als in den meisten anderen hier behandelten Fallgruppen die Anwendung der Kollisionsnormen der *lex causae* befürwortet, teilweise auch von Autoren (z.B. von Raape und Lewald), die sich sonst nicht dem *lex causae*-Prinzip anschliessen. Dahin geht, wenigstens als Hauptregel, die überwiegende Meinung in der deutschen, englischen und schwedischen Doktrin. Dieser Auffassung sind ferner mehrere deutsche Entscheidungen, freilich ohne dass die Frage für das materielle Ergebnis ausschlaggebend gewesen zu sein scheint. Sie findet möglicherweise eine Stütze auch in einigen Fällen aus der englischen Praxis (Re Johnson 1903, Re Stirling 1908, dictum in Baidail v. Baidail 1946), deren Auslegung in dieser Hinsicht jedoch nicht zweifelsfrei ist.

Die *lex fori*-Lösung dürfte in der belgischen und französischen und wohl auch in der schweizerischen Doktrin überwiegen; sie hat auch Anhänger in der deutschen und englischen Lehre, jedoch — so scheint es — früher mehr als heute. Hinzu kommt, dass die Anhänger der *lex causae*-Methode oft wichtige Ausnahmen zugunsten

der *lex fori*-Lösung machen (z.B. Raape). Die Rechtsprechung, die auf einer *lex fori*-Lösung des Vorfragenproblems beruht, ist spärlich. Nur von der französischen Praxis kann man mit einiger Sicherheit sagen, dass sie von dieser Lösung ausgeht.

Die Auffassung von Wissenschaft und Praxis zum Vorfragenproblem im Erbrecht in den verschiedenen Ländern darzulegen, bereitet oft Schwierigkeiten. Das rührt daher, dass das Problem nicht explicite gestellt oder beantwortet wird. Häufig wird die Frage dahin gestellt, ob das Erbstatut auch für den familienrechtlichen Status des Erbprätendenten massgebend sein soll, oder ob in dieser Hinsicht ein anderes Recht heranzuziehen ist. Die so formulierte Frage ist eigentlich ein Qualifikationsproblem (und ist als solches m.E. im zweiten Sinn zu beantworten). Aber ihre Beantwortung dürfte oft auch eine bestimmte Lösung des Vorfragenproblems implizieren, besonders dann, wenn die Frage im zweiten Sinn beantwortet wird. Gewöhnlich dürfte bei dieser Antwort vorausgesetzt werden, dass die Kollisionsnormen der *lex fori* für die betreffende Statusfrage herangezogen werden sollen. Wird die erwähnte Frage hingegen dahin beantwortet, das Erbstatut beherrsche auch die Statusfrage — was manchmal vorkommt — so liegt es an sich nahe, dass das *interne* Recht des Erbstatuts gemeint ist (die Fragestellung wird dann ausschliesslich als ein Qualifikationsproblem aufgefasst). Aber da diese Lösung u.U. völlig sinnlos wäre — die Ehe, deren Gültigkeit die Vorfrage betrifft, war z.B. zur Zeit ihrer Eingehung gar nicht mit dem als Erbstatut massgebenden Recht verknüpft — darf wohl angenommen werden, dass die genannte Ansicht praktisch bedeutet, dass die präjudizielle Statusfrage „durch die Brille“ des Erbstatuts gesehen, also anhand der Kollisionsnormen dieses Rechts geprüft werden soll.

Welche Lösung ist nun vorzuziehen? Von meinem Ausgangspunkt geht die Frage wie gewöhnlich dahin, ob hier besondere Gründe vorliegen, die eine Abweichung vom *lex fori*-Prinzip rechtfertigen.

Als ein solcher Grund kann zunächst die in der deutschen Doktrin aufgestellte Behauptung in Frage kommen, dass das Erbrecht keine „wesentliche“, sondern nur eine „entfernte“ Rechtswirkung der Ehe sei. Das Erbrecht ist, sagt z.B. Raape, ein *accidens*, kein *essentiale*.

Dieses Argument vermag nicht zu überzeugen. Die Unterscheidung zwischen „näheren“ und „entfernteren“ Rechtswirkungen ist überhaupt ohne Willkür kaum durchführbar. Man kann nicht sagen, das

Erbrecht sei weniger wesentlich als z.B. die vermögensrechtlichen Wirkungen der Ehe, bei denen man sich ja einig ist, dass die Gültigkeit der Ehe nach den Kollisionsnormen der *lex fori* beurteilt werden muss (vgl. oben Kap. X). Wenn Fragen des ehelichen Güterrechts und des Ehegattenerbrechts gleichzeitig auftreten — was ja häufig vorkommt — kann man sich kaum vorstellen, dass die Ehe z.B. in der einen Hinsicht als gültig betrachtet werden sollte (weil das dem Standpunkt der *lex fori* entspricht), in der anderen Hinsicht aber als ungültig (weil das der Standpunkt des Erbstatuts ist).

Als weiteres Argument ist in Erbsachen für die *lex causae*-Lösung ins Feld geführt worden, dass diese Lösung regelmässig dem Willen des Erblassers besser entspreche. Dies scheint mir jedoch sehr zweifelhaft zu sein (wird in der Abhandlung näher ausgeführt).

Für die *lex causae*-Lösung kann im *englischen* Recht speziell darauf hingewiesen werden, dass die englischen Gerichte gerade in Erbsachen sich beim Rückverweisungsproblem der früher erwähnten *foreign court theory* angeschlossen haben. Da die *foreign court theory* bezweckt, dass die Entscheidung gerade wie in dem fremden *lex causae*-Land ausfällt, liegt es nahe, sich auch der *lex causae*-Lösung, die ja dasselbe rechtspolitische Ziel verfolgt, anzuschliessen.

Von diesem nur für das englische Recht relevanten Gesichtspunkt abgesehen, liegt kein hinreichender Grund vor, in Erbsachen eine Ausnahme von dem *lex fori*-Prinzip zu machen. Ich halte also auch hier an diesem Prinzip fest.

§ 3. Die Frage des für das Ehegattenerbrecht bei hinkenden Ehen massgebenden Rechts ist in der Doktrin selten erörtert worden. Offenbar geht man in der Doktrin wie in der Praxis der hier behandelten Länder ohne weiteres davon aus, dass das Erbstatut massgebend ist, auch wenn die Ehe vom Standpunkt dieses Rechts ungültig sein sollte.

Anderer Ansicht ist ausdrücklich nur Lagarde, der auf die erbrechtlichen Wirkungen eines „*mariage français*“ — unter Ausschaltung der nach französischem Kollisionsrecht sonst massgeblichen *lex domicilii* des Erblassers — französisches Recht anwenden will. Ob die französische Rechtsprechung und Lehre dieser Ansicht zu folgen bereit sind, scheint jedoch zweifelhaft. Jedenfalls gibt es eine französische Entscheidung, in der das Erbstatut (griechisches Recht) „fiktiv“ angewendet worden ist.

M.E. liegen auch in dieser Hinsicht nicht genügende Gründe vor, von dem im allgemeinen Teil (Kap. VI) eingenommenen Standpunkt abzuweichen. Im Gegenteil, es gibt in Erbsachen einen zusätzlichen Grund *gegen* Ausnahmen von den sonst geltenden Kollisionsnormen. Bei einer solchen Ausnahme würde nämlich u.U. das Ehegattenerbrecht nach einem *anderen* Recht zu beurteilen sein — z.B. nach der *lex fori* oder nach der *lex loci celebrationis* — als die Ansprüche der übrigen Erbprätendenten, welche sich nach dem allgemeinen Erbstatut richten würden. Dies würde zu unlösbaren Schwierigkeiten führen.

Ich schliesse mich also der anscheinend herrschenden Meinung an: Das allgemeine Erbstatut ist auch bei hinkenden Ehen auf das Ehegattenerbrecht anzuwenden.

KAPITEL XIII. DIE RECHTSWIRKUNGEN DER SCHEIDUNG IM VERHÄLTNIS ZWISCHEN DEN EHEGATTEN UND ZWISCHEN IHNEN UND DEN KINDERN

In diesem Kapitel behandle ich die Vorfrage der Gültigkeit der Scheidung und das auf die Rechtswirkungen einer hinkenden Scheidung anzuwendende Recht. Zu beiden Fragen gibt es fast nur in der deutschen Doktrin und Praxis ausdrückliche Stellungnahmen. Von der Behandlung der Fragen im deutschen Recht ist in § 2 die Rede. Die eigene Diskussion und Stellungnahme folgen in § 3.

§§ 2 und 3. Für das Rechtsverhältnis zwischen den geschiedenen Ehegatten ist — vom ehelichen Güterrecht abgesehen — im deutschen Recht grundsätzlich das Scheidungsstatut (Art. 17 EG) massgebend. In der deutschen Lehre ist nun der Fall aufgeworfen worden, dass ein deutsches Gericht ausländische Ehegatten versehentlich, ohne ihr Heimatrecht zu beachten, geschieden hat, und später die Frau einen Unterhaltsanspruch gegen den Mann erhebt. Soll für diesen Anspruch deutsches Recht, das *faktische* Scheidungsstatut, oder das Heimatrecht, das *richtigerweise* schon als Scheidungsstatut hätte herangezogen werden sollen, massgebend sein?

Bei dieser Fragestellung wird als selbstverständlich davon ausgegangen, dass die Ehe auf Grund des deutschen Scheidungsurteils aufgelöst ist, auch wenn auf die Rechtswirkungen das Heimatrecht

Anwendung finden soll und es das Urteil nicht anerkennt. Mit anderen Worten wird eine *lex fori*-Lösung des Vorfragenproblems vorausgesetzt. Das ist m.E. auch nicht zu beanstanden.

Bei der Beantwortung der gestellten Frage scheint grundsätzlich Einigkeit darüber zu bestehen, dass das Heimatrecht auf die Rechtswirkungen anzuwenden ist, und zwar auch dann, wenn die Scheidung im Heimatstaat nicht anerkannt wird. Auch dem ist an sich zuzustimmen.

Eine Ausnahme macht allerdings Serick in dem hier vor allem interessierenden Fall, dass nach dem Heimatrecht der Scheidungsklage nicht hätte stattgegeben werden können, weil es nach diesem Recht keinen Scheidungsgrund gab. Besonders in diesen Fällen wird die Anerkennung des Urteils im Heimatstaat verweigert. Hier will Serick das faktische Scheidungsstatut, das deutsche Recht, anwenden.

M.E. sprechen gute Gründe für den Standpunkt Sericks. Die Rechtswirkungen der Scheidung sollten möglichst dem Recht unterstehen, auf Grund dessen die Scheidung ausgesprochen worden ist. Wenn auch dieser Gesichtspunkt nicht immer den Ausschlag geben kann, so doch in den Fällen, wo die Nichtbeachtung des fremden Rechts eine Lage geschaffen hat, die diesem Recht widerspricht. Hier sollte die *lex fori*, das faktische Scheidungsstatut, auch die Rechtswirkungen bestimmen dürfen.

Bei dieser Ansicht handelt es sich übrigens kaum, auch nicht im deutschen Recht, um eine Ausnahme von einer gegebenen Regel, wonach die Rechtswirkungen der Scheidung dem „richtigen“ Scheidungsstatut unterstehen, sondern eher um die Präzisierung einer Regel, wonach das Scheidungsstatut massgebend ist.

Zu bemerken ist weiter, dass die Nichtbeachtung des Heimatrechts in den hier erörterten Fällen nicht davon abhängt, dass dieses Recht das Scheidungsurteil nicht anerkennt. Daher liegt auch keine Ausnahme von meinem in Kap. VI eingenommenen grundsätzlichen Standpunkt betreffend die „fiktive“ Anwendung des fremden Rechts vor.

Für das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kindern ist nach deutschem IPR auch nach der Scheidung grundsätzlich das Heimatrecht des Vaters (Art. 19 EG, zur allseitigen Kollisionsnorm ausgebaut) massgebend.

Das Vorfragenproblem wird auch in dieser Beziehung von der

deutschen Doktrin und Praxis im allgemeinen nach der *lex fori*-Lösung behandelt. Liegt z.B. ein deutsches Scheidungsurteil vor, muss über das Sorgerecht für die Kinder entschieden werden, und zwar grundsätzlich nach den hierüber für Scheidungsfälle geltenden Regeln, auch wenn das Heimatrecht des Vaters die Scheidung nicht anerkennt, sondern die Ehe als fortbestehend ansieht. Dieser Ansicht ist beizupflichten.

Immerhin gibt es in der deutschen Praxis einige hiervon abweichende Entscheidungen, in denen die Frage der Anerkennung des deutschen Scheidungsurteils — das auf Klage der deutschen Frau unter Anwendung deutschen Rechts ergangen war — als Vorfrage einer Sorgerechtsregelung anscheinend dem Heimatrecht des Vaters (dem italienischen Recht) unterstellt und gemäss diesem Recht verneint worden ist. In diesen Fällen wurden jedoch dem deutschen Scheidungsurteil die Wirkungen einer Ehetrennung beigelegt, da die nach dem fremden Recht für eine solche Trennung erforderlichen Voraussetzungen bei der Scheidung vorgelegen hatten. Eine Sorgerechtsregelung nach den bei Ehetrennung geltenden Regeln des fremden Rechts konnte daher getroffen werden.

Die Frage, ob das Heimatrecht des Vaters auch bei hinkender Scheidung (also obwohl das Heimatrecht die Scheidung nicht anerkennt) und bei *lex fori*-Lösung des Vorfragenproblems auf das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kindern anzuwenden ist, wird in der deutschen Doktrin und Praxis überwiegend bejaht. Zu erwähnen ist eine neuere Oberlandesgerichtsentscheidung, in der die Sorgerechtsregelung ein Kind betraf aus einer Ehe zwischen einer deutschen Frau und einem italienischen Mann, die auf Klage der Frau geschieden worden war. Italienisches Recht wurde hier — mit Unterstellung der Gültigkeit der Scheidung — als massgeblich angesehen, obwohl es die Scheidung nicht anerkannte.

Bei diesem Verfahren entstehen jedoch Schwierigkeiten, weil das italienische Recht eine Ehescheidung überhaupt nicht kennt, folglich auch nicht Regeln über die Rechtswirkungen einer Scheidung. Diesem „Normenmangel“ hat das deutsche Gericht in dem erwähnten Fall dadurch abgeholfen — wie es auch in der deutschen Doktrin empfohlen worden war — dass es die Sorgerechtsregeln des italienischen Rechts angewendet hat, die bei Ehetrennung gelten. Auf diesem Weg ist das Gericht schliesslich zur Anwendung derselben Regeln gekommen wie die Entscheidungen, in denen die Vorfrage

dem italienischen Recht als *lex causae* unterstellt wurde, und dieses Recht die deutsche Scheidung als eine Trennung anerkannte.

Immerhin gibt es einen wichtigen Unterschied. Bei der *lex fori*-Lösung des Vorfragenproblems und der Anwendung der italienischen Regeln über die Rechtswirkungen einer Trennung als Surrogat für die nicht existierenden Regeln über die Rechtswirkungen einer Scheidung braucht man nicht zu prüfen, ob die Voraussetzungen einer Trennung nach italienischem Recht in concreto vorgelegen haben. Denn es kommt nicht darauf an — wie bei der *lex causae*-Lösung des Vorfragenproblems — ob das italienische Recht die deutsche Scheidung als Trennung anerkennt.

M.E. ist die erwähnte deutsche Oberlandesgerichtsentscheidung durchweg zu billigen. Anderswo können diese Probleme infolge teilweise anderer Ausgangspunkte nur selten auftauchen.

KAPITEL XIV. WIEDERHEIRAT UND GÜLTIGKEIT DER NEUEN EHE

In diesem Kapitel beschäftige ich mich teils mit dem Fall dass eine neue Ehe eingegangen werden soll, teils mit Fällen, wo die neue Ehe bereits geschlossen worden ist, und es jetzt um die Gültigkeit dieser Ehe geht. In § 2 behandle ich die verschiedenen Vorfragen, die hier auftreten. In § 3 frage ich, nach welchem Recht die materiellen Voraussetzungen der neuen Ehe nach hinkender Scheidung bestimmt werden sollen.

Die erwähnten Probleme sind für sämtliche hier behandelten Länder von Interesse. Die materiellen Ehevoraussetzungen in diesen Ländern, ausser in England, unterstehen grundsätzlich der *lex patriae* jedes der Verlobten. In England wird auf die *lex domicilii* und/oder die *lex loci celebrationis* abgestellt.

§ 2. Vorfragenprobleme sind in der Praxis mehrerer Länder vor allem in zwei Fällen von grosser Bedeutung gewesen. Der eine Fall ist der, dass die frühere Ehe eines der Verlobten durch Urteil im Forumstaat aufgelöst worden ist und der fremde Heimatstaat dieses Verlobten, dessen Recht für die materiellen Voraussetzungen der neuen Ehe massgebend ist, die Scheidung nicht anerkennt. Ein klassisches Beispiel zu diesem Hauptfall habe ich bereits in Kap. I

gegeben: Ein Italiener, dessen erste Ehe mit einer Deutschen von einem deutschen Gericht auf Klage der Frau geschieden worden ist, will in Deutschland eine neue Ehe eingehen. Soll hier die Auffassung des deutschen Forumrechts, wonach die frühere Ehe aufgelöst ist, oder die des italienischen Rechts, das als Eheschließungsstatut massgebend ist und das die frühere Ehe noch als bestehend ansieht, den Ausschlag geben?

Der andere Hauptfall ist der, dass das im Forumstaat ergangene Scheidungsurteil wohl nach dem Personalstatut des geschiedenen, nicht aber nach dem des *anderen* Verlobten anerkannt wird. Als Beispiel sind insbesondere Ehen spanischer Staatsangehöriger mit geschiedenen Inländern zu nennen. Das spanische Recht erkennt die Scheidung nicht an und verbietet die Eheschließung des (ledigen) Spaniers mit dem nach seiner Betrachtungsweise noch verheirateten Deutschen, Schweden etc. (das Ehehindernis des bestehenden Bandes wird also vom spanischen Recht als zweiseitig aufgefasst), während nach Auffassung der *lex fori* insoweit kein Hindernis vorliegt.

Ein beträchtlicher Teil der Doktrin und Praxis verschiedener Länder will in diesen Fällen, besonders in dem erstgenannten, die Auffassung der fremden *lex causae* als massgebend ansehen, meint also, dass die alte Ehe, trotz der rechtskräftigen inländischen Scheidung, der neuen entgegensteht.

Dies ist der Standpunkt des überwiegenden Teils der deutschen Lehre und Rechtsprechung. Insbesondere ist hier eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs aus dem Jahre 1964 zu erwähnen, wo einem ledigen Spanier, der eine geschiedene Deutsche heiraten wollte, Befreiung von der Beibringung eines Ehefähigkeitszeugnisses (§ 10 EheG) verweigert wurde, weil das spanische Recht die deutsche Scheidung nicht anerkannte, nach spanischem Recht also ein Ehehindernis vorlag.

Diese Rechtsauffassung herrscht auch, wenigstens wenn die inländische Scheidung den Ausländer selbst (und nicht, wie in der Entscheidung des BGH, seinen Verlobten) betrifft, in der schweizerischen Doktrin und Praxis sowie in der österreichischen Lehre. Berühmt ist die Entscheidung des schweizerischen Bundesgerichts im Fall Caliaro (1954), wo die in England eingegangene zweite Ehe des Mannes, eines Italieners, der in der Schweiz von seiner schweizerischen Frau geschieden worden war, in der Schweiz für ungültig

gehalten wurde wegen Fortbestehens der ersten Ehe nach italienischem Recht.

Auch in der französischen und belgischen Doktrin und Praxis finden sich — teilweise im Anschluss an die sog. „*théorie distributive*“ über die Wirkungen der Scheidung — ähnliche Stellungnahmen. Indessen ist diese Ansicht nunmehr als überholt zu betrachten, wenigstens in Frankreich (vgl. unten).

Schliesslich findet die *lex causae*-Lösung ihre Stütze in der neueren englischen Lehre und anscheinend auch in einer neueren englischen Entscheidung, *Breen v. Breen* (1964), in der bei Prüfung der Gültigkeit einer nach englischer Ehescheidung in Eire eingegangenen neuen Ehe auf die Anerkennung des englischen Urteils in Eire abgestellt wurde (was seinerseits von der Auslegung der irischen Verfassung abhing).

Die *lex causae*-Lösung wird in der deutschen Doktrin und Praxis häufig dadurch abgeschwächt, dass eine trotz Nichtanerkennung der Scheidung seitens des Heimatstaats eingegangene Ehe als vollständig angesehen, und einer Nichtigkeitsklage nicht stattgegeben wird. Dieser Ansicht hat sich anscheinend auch der österreichische Oberste Gerichtshof in einer Entscheidung aus dem Jahre 1962 angeschlossen.

Auch auf andere Weise wird der *lex causae*-Standpunkt vielfach eingeschränkt. Besonders in der deutschen Doktrin sind eine Reihe von Kompromisslösungen vorgeschlagen worden. Auch die schweizerische Praxis hat in bestimmten Fällen Ausnahmen vom *lex causae*-Prinzip gemacht.

Der gegenteilige Standpunkt, dass das Hindernis des Ehebandes nach inländischer Scheidung nicht mehr vorliegen kann, auch wenn das Urteil vom Heimatstaat nicht anerkannt wird, also eine *lex fori*-Lösung des Vorfragenproblems, wird heute vor allem in Frankreich vertreten, wo die „*théorie distributive*“ seit der Kassationsentscheidung in der Sache *Rivière* (1953) keine Anhänger mehr findet. Dieser Standpunkt dürfte auch dem (heutigen) belgischen und dem schwedischen Recht entsprechen. Ferner hat er Anhänger in der deutschen und schweizerischen Doktrin (besonders *de lege ferenda*) und Praxis.

Von besonderem Interesse ist, dass sich die Ehrechtskommission des deutschen Rats für internationales Privatrecht in ihren im Jahre 1959 vorgelegten Vorschlägen zur Reform des deutschen internatio-

nenalen Eherechts der *lex fori*-Lösung angeschlossen hat. Der von der Kommission in der hier erörterten Frage vorgeschlagene Gesetzestext ist später, im Jahre 1965, wörtlich in den Entwurf einer Novelle zu Art. 13 EG aufgenommen worden. Dieser Entwurf, der wohl als eine Reaktion gegen die oben erwähnte Entscheidung des Bundesgerichtshofs aus dem Jahre 1964 angesehen werden kann, ist noch nicht vom Bundestag verabschiedet worden. Ob er Gesetz wird, scheint zweifelhaft zu sein.

In der deutschen, österreichischen und schweizerischen Doktrin wird nicht selten darauf hingewiesen, die beabsichtigte neue Ehe scheitere schon daran, dass der Ausländer, wenn die Scheidung in seinem Heimatstaat nicht anerkannt wird, kein Ehefähigkeitszeugnis von den Behörden dieses Staats beibringen kann.

Dieses Argument überzeugt jedoch nicht, wie auch in der deutschen Lehre betont worden ist. Die zu entscheidende Frage ist — daran muss festgehalten werden — ob das Heimatrecht für die Vorfrage (Bestand der früheren Ehe) massgebend sein soll oder nicht. Wird diese Frage verneint, sollte Befreiung von der Pflicht zur Beibringung des Ehefähigkeitszeugnisses erteilt werden. Denn diese Verpflichtung hat keine selbständige Existenzberechtigung, sondern soll nur die Anwendung des Heimatrechts erleichtern; sie setzt also voraus, dass das Heimatrecht auch wirklich anzuwenden ist. Ist diese Voraussetzung nicht gegeben, sollte auch kein Ehefähigkeitszeugnis verlangt werden. Höchstens können die Bestimmungen hierüber als ein Indiz für die Auslegung der Kollisionsnormen dienen, die wegen der Ehevoraussetzungen auf das Heimatrecht verweisen.

In rechtspolitischer Hinsicht spricht gegen die erneute Eheschließung vor allem die Rücksicht auf die internationale Entscheidungsgleichheit. Dieser Gesichtspunkt, der ja auch sonst für das *lex causae*-Prinzip angeführt werden kann, wiegt hier schwerer als in anderen, in dieser Arbeit berührten Sachverhalten. Denn hier handelt es sich ja um die Schaffung eines neuen familienrechtlichen Status und nicht bloss — wie z.B. in Erbsachen — um eine einzelne Rechtswirkung der Ehe. Die internationale Anerkennung der neuen Ehe ist somit besonders wichtig. Mit einer solchen Anerkennung kann aber in den hier erörterten Fällen nicht gerechnet werden. Die neue Ehe wird zumindest in einem fremden Land — nämlich dort, wo die erste Ehe als noch bestehend angesehen wird — nicht anerkannt.

Andererseits lässt sich sagen, dass die Angst vor hinkenden Ehen manchmal zu weit geht. Wenn z.B. in der deutschen Doktrin behauptet worden ist, eine Ehe, die im Heimatstaat nicht anerkannt wird, habe „keinen Sinn“ (Süss), so ist das übertrieben. Ob und inwieweit die Nichtanerkennung seitens des Heimatstaats zu Schwierigkeiten und Nachteilen führt, hängt grossenteils von den konkreten Verhältnissen ab; vor allem ist es von Bedeutung, in welchem Land die Ehegatten wohnen und sich auf ihre Ehe zu berufen haben. Vermutlich entstehen in zahlreichen Fällen praktisch überhaupt keine Nachteile.

Damit soll keineswegs verneint werden, dass hinkende Ehen an sich ein Übel sind. Auch wenn sich im Einzelfall tatsächlich keine Nachteile ergeben, ist es nicht möglich, darüber im voraus — zur Zeit der beabsichtigten Eheschliessung — Bescheid zu wissen. Der hier berührte Gesichtspunkt ist darum m.E. generell ein schwerwiegendes Argument gegen die neue Ehe. Er kann jedoch nicht ohne weiteres entscheidend sein. Vielmehr müssen die anderen Interessen, die für die Zulassung der Ehe sprechen, gegen ihn abgewogen werden.

Das Gegenargument ist natürlich, dass es dem rechtskräftigen inländischen Scheidungsurteil widersprechen würde, wollte man die frühere Ehe bei Prüfung der Fähigkeit zur Eingehung der neuen Ehe als noch bestehend ansehen. Ist dieser Widerspruch tragbar? Darum handelt es sich, nicht — wie mit Recht u.a. von Kegel hervorgehoben worden ist — darum, ob ein in dem fremden Recht enthaltenes Verbot der Wiederheirat nach Scheidung respektiert werden soll.

Bei Erwägung der gestellten Frage sollte zwischen den beiden hier in Rede stehenden Hauptfällen unterschieden werden.

Wo das Scheidungsurteil den ausländischen Verlobten selbst betrifft (z.B. der in Deutschland geschiedene Italiener), hat man als eine besonders stossende Folge der Verweigerung der Wiederheirat darauf hingewiesen, dass die geschiedenen Eheleute in bezug auf die Wiederheirat ungleich behandelt werden würden. Das geschieht insbesondere, wenn der andere Ehegatte der aufgelösten Ehe Inländer ist. Denn als solcher kann er ohne Rücksicht auf fremdes Recht eine neue Ehe eingehen.

Dieser Gesichtspunkt trifft nicht zu, wenn nur der Verlobte des Ausländers geschieden ist. Dennoch scheinen die Bedenken gegen

die Rücksichtnahme auf das fremde Recht in diesen Fällen noch stärker zu sein. Wie sich aus der Praxis mehrerer Länder ergibt, ist der typische Fall ja der, dass ein lediger Spanier einen geschiedenen Inländer heiraten will, dessen frühere, durch inländisches Urteil aufgelöste Ehe überhaupt keine Beziehung zum spanischen Recht aufwies. Dass das spanische Recht in dieser Situation die Scheidung nicht anerkennt, ist Ausfluss einer sehr weitgehenden *ordre public*-Auffassung. Es kann dem Forumstaat kaum zugemutet werden, sich vor einem solchen exzessiven Geltungswillen des Heimatrechts zu beugen.

M.E. sprechen die überwiegenden Gründe in beiden Fällen für die Zulassung der neuen Ehe, sofern kein anderes Hindernis entgegensteht. Bei dieser Wertung wird auch der u.a. von Kegel vorgebrachte Gesichtspunkt beachtet, dass die gegenteilige Lösung den Beteiligten kaum verständlich wäre und sich wahrscheinlich häufig an der „Macht der Tatsachen“ brechen würde. Eine „wilde Ehe“ ist schlimmer als eine hinkende Ehe.

Bei dieser Stellungnahme ist die Frage der Gültigkeit der neuen Ehe kein besonderes Problem. Sie ist selbstverständlich zu bejahen.

Die befürworteten Lösungen sind auch in gewissen anderen, in der Praxis nicht so häufig vorkommenden Fällen anzuwenden. Sie sollten gelten, wenn die erste Ehe in einem dritten Staat geschieden worden ist und die Scheidung nach den Kollisionsnormen der *lex fori*, nicht aber nach dem Statut der neuen Ehe anerkannt wird. Ferner gehören hierher die Fälle, in denen zwar keine Scheidung der früheren Ehe vorliegt, diese Ehe aber in der Weise hinkend ist, dass sie nach den Kollisionsnormen der *lex causae* der neuen Ehe gültig, nach denen der *lex fori* ungültig ist. Z.B.: Ein Grieche, der seine erste Ehe mit einer Deutschen in Deutschland nur vor einem orthodoxen Priester eingegangen ist, will — ohne vorausgehende Auflösung dieser Ehe, die in Deutschland überhaupt nicht möglich wäre, weil die Ehe vom deutschen Standpunkt eine Nichtehe ist — eine zweite Ehe in Deutschland standesamtlich schliessen. Nach der in Deutschland wohl überwiegenden Meinung ist das nicht möglich, weil die frühere Ehe vom Standpunkt des griechischen Rechts gültig ist. M.E. sollte auch hier kein Hindernis bestehen.

Es bleiben die Vorfragenfälle zu erörtern, wo die frühere Ehe nach den Kollisionsnormen der *lex fori* als gültig und bestehend, nach denen der *lex causae* aber als ungültig oder aufgelöst betrachtet wird.

In diesen Fällen wird im allgemeinen angenommen, dass eine neue Ehe im Forumstaat nicht eingegangen werden kann. Auf diesem Standpunkt stehen auch viele Anhänger des *lex causae*-Prinzips, die hier eine Ausnahme von ihrer Hauptregel für notwendig erachten. Das hängt u.a. damit zusammen, dass die neue Ehe mit dem Prinzip der Einehe in Konflikt geraten würde; das Forumrecht müsste *beide* Ehen als (gleichzeitig) gültig und bestehend ansehen.

Nur in der deutschen Doktrin finden sich vereinzelt Stellungnahmen, wonach die neue Ehe unter Berufung auf das Heimatrecht eingegangen werden kann (*lex causae*-Lösung des Vorfragenproblems). Diese Meinung ist abzulehnen.

Strittiger ist die Frage, was zu geschehen hat, wenn die neue Ehe schon — vielleicht im Ausland — geschlossen worden ist. Soll diese Ehe dann für ungültig erklärt werden?

Diese Frage wird in der Doktrin und Praxis verschiedener Länder häufig bejaht. Insbesondere gilt das dort, wo die erste, nach den Kollisionsnormen der *lex fori* gültige Ehe überhaupt keinem Scheidungsverfahren unterworfen worden ist — einem in standesamtlicher Form getrauten Griechen ist es z.B. gelungen, ohne Auflösung dieser, nach seinem Heimatrecht ungültigen Ehe, in Deutschland wiederzuheiraten — oder wo die erste Ehe nur durch eine im Heimatstaat gültige, im Forumstaat aber unwirksame Privatscheidung aufgelöst worden ist. Fälle der letztgenannten Art, in denen die neue Ehe für nichtig erklärt worden ist, sind u.a. aus der deutschen und französischen Praxis bekannt.

Der eigentliche Streit betrifft solche Fälle, wo ein ausländisches, nach den Kollisionsnormen der *lex fori* nicht anzuerkennendes Scheidungsurteil der neuen Ehe vorausgegangen ist. Auch hier wird manchmal gelehrt, die neue Ehe sei für nichtig zu erklären (oder sei ohne weiteres ungültig), und zwar auch dann, wenn die Scheidung nach dem Statut der neuen Ehe gültig ist. In der Praxis hat u.a. das schweizerische Bundesgericht in zwei Fällen (Crivelli 1938 und Weber 1948), in welchen ein Schweizer nach ausländischer Scheidung im Scheidungsstaat eine neue Ehe geschlossen hatte (für deren Gültigkeit die *lex loci celebrationis* wenigstens alternativ massgebend war, siehe Art. 7 f I NAG), diesen Standpunkt eingenommen.

Andererseits ist in der Praxis verschiedener Länder die Tendenz zu spüren, die neue Ehe als gültig anzuerkennen. So ist in zwei

Fällen aus der deutschen Praxis — einer Kammergerichtsentscheidung aus dem Jahre 1925 und einer Reichsgerichtsentscheidung aus dem Jahre 1941, die allerdings in der Doktrin z.T. bekämpft worden sind — die spätere Ehe aufrechterhalten worden, wenn die Scheidung vom Standpunkt des Heimatrechts der Ehegatten zur Zeit der Eingehung der neuen Ehe gültig war. Eine solche Tendenz lässt sich auch, wenigstens vereinzelt, in der französischen Rechtsprechung und in der schwedischen Doktrin (vor allem bei Undén) und Praxis feststellen.

Wird die neue Ehe, trotz Nichtanerkennung der Scheidung im Forumstaat, als gültig angesehen, so wird hieraus manchmal gefolgert, dass die frühere Ehe spätestens ab Eingehung der neuen Ehe als aufgelöst gelten muss. Der Forumstaat soll also sozusagen vor der neuen Ehe kapitulieren, seinen Standpunkt hinsichtlich der früheren Ehe aufgeben (so z.T. die deutsche und schwedische Doktrin und Praxis).

Beachtliche Gründe lassen sich m.E. für die Tendenz in favorem matrimonii anführen. Ich bezweifle jedoch, dass man diesem Bestreben gerade durch eine *lex causae*-Lösung des Vorfragenproblems entgegenkommen sollte. Zunächst gibt es Fälle — was u.a. in Schweden Undén herausgestellt hat — wo die Scheidung weder nach den Kollisionsnormen der *lex fori* noch nach denen der *lex causae* der neuen Ehe anerkannt wird, wo aber dennoch diese Ehe als gültig angesehen werden sollte, oder jedenfalls dies in Betracht gezogen werden kann. Andererseits geht es m.E. zu weit, *jede* Ehe, der eine ausländische Scheidung einer früheren Ehe vorausgegangen ist, als gültig anzusehen. Dies gilt auch dann, wenn die Scheidung nach der neuen *lex causae* anerkannt wird. Es ist also zu differenzieren, und zwar m.E. nach anderen Kriterien als nach denen, die sich im Rahmen des Vorfragenproblems darbieten. Dabei kann man auch hier von der *lex fori*-Lösung ausgehen. Für Abweichungen von den Kollisionsnormen der *lex fori* über die Anerkennung ausländischer Scheidungen, die in diesem Zusammenhang als wünschenswert erscheinen, um ein befriedigendes Ergebnis hinsichtlich der Gültigkeit der neuen Ehe zu erreichen, sollten dagegen andere Grundsätze aufgestellt werden. Vielleicht kann hier die bekannte Lehre von den wohlverworbenen Rechten — in ihrer modernen Gestalt, wie sie z.B. von Makarov oder Niederer vertreten wird — herangezogen werden.

§ 3. Die Frage, ob ein fremdes, für die materiellen Ehevoraussetzungen grundsätzlich massgebendes Recht auch dann anzuwenden ist, wenn es die Scheidung einer früheren Ehe nicht anerkennt — d.h. ob es für die *übrigen* Ehevoraussetzungen zum Zuge kommen soll — ist kaum streitig. Im allgemeinen dürfte die Frage ohne weiteres bejaht werden.

Abweichende Meinungen finden sich jedoch in der französischen Doktrin, wo einige Autoren nach einem „divorce français“ die nachfolgende Ehe französischem Recht unterstellen wollen, anscheinend nicht nur hinsichtlich ihrer Rechtswirkungen (vgl. hierüber Kap. VI), sondern auch hinsichtlich ihrer Voraussetzungen. Entsprechende Vorstellungen finden sich in einer Landgerichtsentscheidung aus der deutschen Praxis, die jedoch allein geblieben zu sein scheint. In Deutschland entsteht das Problem in der Regel nicht, weil die h.L. das Vorfragenproblem nach der *lex causae*-Methode löst, die Eingehung der neuen Ehe also schon an der Nichtanerkennung der Scheidung seitens des Heimatstaats scheitert.

M.E. ist das fremde Recht hier wie grundsätzlich „fiktiv“ anzuwenden. Eine ähnliche Anwendung fremden Rechts auf die Ehevoraussetzungen kommt auch sonst vor, z.B. wenn das fremde Recht die zivile Form, in der die Ehe eingegangen wird, nicht anerkennt. Es ist nicht einzusehen, warum anders zu verfahren ist, wenn die Nichtanerkennung der neuen Ehe seitens des fremden Rechts auf der Nichtanerkennung der Scheidung einer früheren Ehe beruht.

KAPITEL XV. ZUSAMMENFASSUNG

(I) Zum Vorfragenproblem kann als erstes Ergebnis der Untersuchungen des speziellen Teils festgestellt werden, dass grosse Unsicherheit und Unklarheiten bestehen. In weitem Umfang dürfte die Frage *de lege lata* offen sein.

Wenige Meinungsverschiedenheiten bestehen allerdings bei den in Kap. VIII—X und XIII behandelten Sachen (Scheidung, persönlichen und vermögensrechtlichen Wirkungen der Ehe, Rechtswirkungen der Scheidung im Verhältnis zwischen den Ehegatten und zwischen ihnen und den Kindern). Hier weichen Doktrin und Praxis der verschiedenen Länder nur selten von der *lex fori*-Methode ab.

Meinungsverschiedenheiten und Unklarheiten gibt es dagegen vor allem bei den in Kap. XI, XII und XIV behandelten Rechtswirkungen (ehelicher Abstammung und Legitimation, Ehegattenerbrecht, Wiederheirat und Gültigkeit der neuen Ehe). Besonders in der deutschen Doktrin und Praxis wird auf diesen Gebieten häufig die *lex causae*-Lösung vorgezogen.

Die Fälle, in denen diese Lösung mit einiger Sicherheit dem geltenden Recht entspricht, sind jedoch nicht sehr zahlreich. Die grösste praktische Bedeutung haben wohl die in Kap. XIV behandelten Fälle der Wiederheirat nach inländischer Scheidung, die im Heimatstaat nicht anerkannt wird. Hier wird die Auffassung der *lex causae* im deutschen, österreichischen und schweizerischen Recht wenigstens grundsätzlich als massgebend angesehen. Ein anderes wichtiges Gebiet ist das Erbrecht, wo die *lex causae*-Lösung nach deutscher und vielleicht nach englischer Praxis vorherrscht.

Ferner ist die *lex causae*-Lösung in verschiedenen Ländern bei der ehelichen Abstammung und der Legitimation (Kap. XI) und hinsichtlich der Gültigkeit einer neuen Ehe nach Scheidung der früheren Ehe (Kap. XIV) in solchen Fällen vertreten worden, wo sie zur Ehelichkeit der Kinder bzw. Gültigkeit der neuen Ehe führt. Hierbei handelt es sich z.T. um eine „Ausstrahlung“ von internrechtlichen Tendenzen in favorem legitimitatis (*legitimationis*) bzw. *matrimonii*. Auch andere kollisionsrechtliche Methoden sind zu diesem Zwecke zur Anwendung gekommen oder empfohlen worden. Die Tendenz zu *lex causae*-Lösungen in den genannten Fällen scheint jedoch selten so stark zu sein, dass man sagen kann, sie ist geltendes Recht.

Auch in anderen Fällen ist die Rechtslage mehr oder weniger unsicher. Das gilt fast durchgehend für das schwedische Recht, wo feste Haltpunkte grösstenteils fehlen.

Nach meiner Auffassung ist die Frage *de lege ferenda* zwar in vielen Fällen zweifelhaft. Wirklich überzeugende Gründe für Ausnahmen von dem in Kap. V aufgestellten *lex fori*-Prinzip liegen jedoch m.E. nirgendwo vor. Ich empfehle daher, durchgehend an diesem Prinzip festzuhalten.

(II) Hinsichtlich des bei hinkenden Ehen und Scheidungen auf die Hauptfrage anzuwendenden Rechts ist zwischen den in Kap. VIII behandelten Scheidungssachen einerseits und allen übrigen Sachen andererseits zu unterscheiden.

In Scheidungssachen machen die Länder, die für die Scheidung grundsätzlich auf das Heimatrecht abstellen, nach h.L. eine Ausnahme von dieser Regel bei hinkenden Ehen. Diese Ausnahme ist auch m.E. zu billigen. Die Scheidungsfrage sollte hier der *lex fori* unterstehen.

Im übrigen werden Ausnahmen von der grundsätzlichen Anwendbarkeit des fremden Rechts (regelmässig des Heimatrechts) besonders in der französischen Doktrin befürwortet. In gewissem Umfang finden sie auch in der deutschen Doktrin und Praxis eine Stütze.

M.E. liegen hinreichende Gründe für diese Ausnahmen nicht vor. Die Frage ist zweifelhaft, was die persönlichen Rechtswirkungen der Ehe angeht, aber auch hier sprechen überwiegende Gründe gegen solche Ausnahmen. Von den Scheidungssachen abgesehen, ist also an den gewöhnlichen Kollisionsnormen und der „fiktiven“ Anwendung des fremden Rechts festzuhalten.

CITERAD LITTERATUR

I den mån endast ett verk av samme författare upptages i förteckningen nedan, citeras detsamma i avhandlingen medelst enbart författarnamnet. I övrigt citeras verken i allmänhet med författarnamn jämte förkortad titel eller publiceringsår för resp. verk. I förekommande fall anges i förteckningen inom parentes efter resp. författarnamn den förkortning eller det årtal som (utöver författarnamnet) användes vid citeringen.

Beträffande vissa arbeten upptages i förteckningen två eller flera upplagor. Hänvisningarna i avhandlingen till sådana arbeten avser, där annat ej anges, den senaste av upplagorna.

Siffrorna vid hänvisning till böcker eller tidskriftsårgångar avser, där annat ej anges, sida i resp. verk.

Kursiveringar i avhandlingen vid citat ur litteraturen, liksom vid citat ur lagtext och rättsfall, har, där annat ej anges, gjorts av mig.

I. ALLMÄNT (böcker och artiklar utom kommentarer till enskilda rättsfall)

- | | |
|--------------------|--|
| Abrahams, R | Bulletin de jurisprudence belge. (J 1953: 380—449) |
| Achilles-Greif | Bürgerliches Gesetzbuch. 21 u. under medverkan av bl.a. G. Beitzke (betr. EG art. 7—31). Berlin 1958. |
| Agge, I | Bidrag till läran om civildomens rättskraft. Lund 1932. (Diss.) |
| Aguilar Navarro, M | Derecho internacional privado. Parte general. 2 u. Madrid 1963. |
| — | Se även M.A.N. |
| Albers, J (1952) | Einzelfragen der Befreiung von der Beibringung des Ehefähigkeitszeugnisses. (SA 1952: 49—51) |
| — (1954) | Die Befreiung von der Beibringung des Ehefähigkeitszeugnisses. (SA 1954: 145—149, 170—173) |
| Albisetti, E | Die Eheschliessung, die Trennung und die Auflösung der Ehe der Italiener in der Schweiz und der Schweizer in Italien. Bern 1937. (Diss.) |

- Aubert, J.-F. (1955) L'action en recherche de paternité. Examen de la jurisprudence fédérale et cantonale en matière de droit international privé. (SJB 1955: 103—138)
- (1962) /Recension av/ Jagmetti (Marco Alessandro): Die Anwendung fremden Kollisionsrechtes durch den inländischen Richter. (R 1962: 614—617)
- Aubin, B
Aubry-Rau (I, VII) Se Gogos-Aubin.
Droit civil français. 7 u. Bd I av A. Ponsard, Paris 1964. Bd VII av P. Esmein, Paris 1962.
- Audinet, E (1923) Recevabilité de la demande en divorce intentée par une femme réintégrée dans la nationalité française contre son mari resté étranger. (J 1923: 9—18)
- Balogh, E
Etat comparé et conflits des lois en ce qui concerne le mariage civil, le mariage religieux et le mariage »de facto«. Vergleichender Überblick und internationalprivatrechtliche Untersuchungen über den Rechtszustand in Bezug auf die religiöse, zivile und »de facto« Ehe unter besonderer Berücksichtigung der letzten. (i Acta Academiae universalis jurisprudentiae comparativae, vol. II, pars 3, Paris 1935, s. 412—621)
- Bartin, E
Batiffol, H (DIP) Adoption et transmission héréditaire. (J 1932: 5—25)
Traité élémentaire de droit international privé. 3 u. Paris 1959.
- (1955—57) L'instruction générale sur l'état civil du 21 septembre 1955 et le droit international privé. (Travaux 1955—57: 41—66)
- (1959) Principes de droit international privé. (Recueil 1959 II: 431—573)
- Beck, E
Kommentar zum schweizerischen ZGB. Bd 5, Schlusstitel: Einführungs- und Übergangsbestimmungen. Bern 1932.
- Beitzke, G (Familienrecht)
— (1952) Familienrecht. 12 u. München, Berlin 1964.
Wiederverehelichung nach unwirksamer konsularischer Trauung. (SA 1952: 169—171)
- (1956) Sorgerechtsregelung bei Ausländerkindern. (i Das deutsche Privatrecht in der Mitte des 20. Jahrhunderts, Festschrift für Heinrich Lehmann, Bd II, Berlin, Tübingen, Frankfurt/M. 1956, s. 493—507)
- Se även Achilles-Greiff.
- Benjamin, P
Le divorce, la séparation de corps et leurs effets en droit international privé français et anglais. Paris 1954. (Diss.)
- Bergmann, A-Ferid, M
Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht. 3 u. Frankfurt/M. 1952 och fortlöpande (lösbladssystem). Begründet von A. Bergmann. Fortgeführt von M. Ferid unter Mitwirkung von H. Glässing.

- Bernecker, D Internationales Privat- und Prozessrecht im Grossherzogtum Luxemburg. (RabelsZ 1962: 263—346)
- Beyer (1957) Betrachtungen über die Befreiung von der Beibringung des ausländischen Ehesfähigkeitszeugnisses. (SA 1957: 29—36)
- Bolla, S Grundriss des österreichischen Internationalen Privatrechts. Wien 1952.
- Borum, O. A. Lovkonflikter. 4 u. under medverkan av A. Philip. Köpenhamn 1957.
- Bosch, F. W. Zum internationalen Eheschliessungsrecht (Portugiesisches Eherecht und deutsches IPR). (FamRZ 1957: 47—48)
- Boschan, S (1963) Neues Familienrecht in Spanien. (SA 1963: 19—24, 51—54)
- Boulanger, F Étude comparative du droit international privé des successions en France et en Allemagne. Paris 1964. (Diss. 1962)
- Boyer, L Eheliche Kindschaft. Französisches Recht. (IntFamR 235—256)
- Brandis Zum Gesetz über die Anwendung deutschen Rechts bei der Ehescheidung. (SA 1935: 161—164)
- Breslauer, W The Private International Law of Succession in England, America and Germany. London 1937.
- Bromley, P. M. Family Law. 2 u. London 1962.
- Buschhausen, W Italienisches Eherecht und Haager Abkommen. Eine Betrachtung zur Frage: »Darf der ledige Italiener eine geschiedene Deutsche heiraten?« (SA 1965: 166—168)
- Böhmer Die Eheschliessung geschiedener Deutscher mit ledigen Ausländern in Deutschland. (SA 1965: 201—206)
- Champcommunal, J Un conflit de lois nouveau. L'exclusion du divorce entraîne-t-elle l'interdiction d'épouser des étrangers divorcés? (R 1921: 41—57)
- (1929) Un conflit de lois à l'ordre du jour — le ménage à nationalités différentes. (R 1929: 1—24)
- Cheshire, G. C. Private International Law. 5 u. Oxford 1957, 6 u. Oxford 1961, 7 u. London 1965.
- Cortes Rosa, M Da questão incidental em Direito internacional privado. Lissabon 1960. (Diss.)
- Dehner, W Die Wiederheirat in Deutschland geschiedener Ausländer. (NJW 1963: 2201—2202)
- Delaume, G L'influence de la nationalité française sur la solution des conflits de lois en matière de droit des personnes. (R 1949: 5—34)
- De Page, H Traité élémentaire de droit civil belge. Bd I. 3 u. Bruxelles 1962.
- Déprez, J Les conflits de lois en matière d'obligation alimentaire. (R 1957: 369—407)

- Despagnet, F Précis de droit international privé. 5 u. utg. av Ch. de Boeck. Paris 1909.
- Dicey, A. V. Conflict of Laws. 3 u. London 1922, 5 u. London 1932, 7 u. utg. av J. H. C. Morris m.fl. London 1958.
- Diena, G Des droits de succession d'un enfant né d'un mariage célébré en Italie devant un consul des Etats-Unis. (J 1893: 781—793)
- Droz, G Une construction prétorienne exemplaire: La loi applicable au divorce d'époux de nationalités différentes en droit international privé français. (i De conflictu legum, Mélanges offerts à Kollwijn et Offerhaus, Leiden 1962, s. 125—140)
- Dölle, H (1954) Zur Behandlung der bigamischen Ehe im internationalen Privatrecht. (i Festschrift für Gustav Boehmer, Bonn 1954, s. 134—144)
- (1955) Persönliche Rechtsbeziehungen der Ehegatten. Rechtsvergleichung. (IntFamR 91—98)
- Eek, H (IPR) Internationell privaträtt. Metod och material. Stockholm 1962.
- (Conflict) The Swedish Conflict of Laws. Stockholm 1965.
- (1964) Den ovissa räjongen. Några reflexioner om lagkonflikterna och deras undvikande. (i Festschrift för O. A. Borum, Köpenhamn 1964, s. 121—129)
- Egger, A Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch utg. av A. Egger m.fl. 2 u. Bd II (Das Familienrecht), Erste Abteilung: Das Eherecht (ZGB art. 90—251, kommenterade av A. Egger). Zürich 1936.
- Ehrenzweig, A. A. A Treatise on the Conflict of Laws. 2 u. St Paul, Minn., 1962.
- Ekelöf, P. O. Rättegång. Första häftet. Stockholm 1957.
- Ellgaard, P Scheidung von Ausländern durch ein deutsches Landgericht. (SA 1955: 34—35)
- Endemann, F Matrimonium claudicans. (JW 1914: 113—121)
- Enneccerus-Kipp-Wolff Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd IV: Das Familienrecht av Th. Kipp och M. Wolff. 7 u. Marburg 1931.
- Erman, W Handkommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch utg. av W. Erman under medverkan av bl.a. G. Marquardt (betr. EG art. 13—26). 2 u. Münster 1958.
- Esmein, P Se Aubry-Rau (VII).
- Falconbridge, J. D. Essays on the Conflict of Laws. 2 u. Toronto 1954.
- Familienrecht, Das internationale, Deutschlands und Frankreichs in vergleichender Darstellung. Utg. av Gesellschaft für Rechtsvergleichung och Société de législation comparée. Tübingen, Paris 1955. (=IntFamR)
- Familjerättskommittén PM ang. utländsk medborgares rätt att ingå äktenskap inför svensk myndighet (stencil). Stockholm 1963.
- Äktenskapsrätt II. Motiv. (SOU 1964: 35)

- Ferid, M (SA 1953) Zur Auflösung italienischer Ehen durch deutsche Gerichte. (SA 1953: 280—283)
- (1961) /Recension av/ Gerhard Kegel: Internationales Privatrecht. (FamRZ 1961: 401—402)
- Se även Bergmann-Ferid samt Ferid-Firsching.
- Ferid, M-Firsching, K Internationales Erbrecht I. München, Berlin 1955 och fortlöpande (lösbladssystem).
- Ficker, H (1955) Eheliche Kindschaft. Deutsches Recht. (IntFamR 257—271)
- (1965) Verknüpfung von Anknüpfungen? (i Festschrift für H. C. Nipperdey, Bd I, München, Berlin 1965, s. 297—322)
- Firsching, K (Erbfälle) Deutsch-amerikanische Erbfälle. Die Bedeutung der Qualifikation und der Angleichung, der Anpassung und der Umdeutung bei ihrer rechtlichen Behandlung. München, Berlin 1965.
- Se även Ferid-Firsching.
- Francescakis, Ph. (Jurisprudence) Jurisprudence de droit international privé annotée dans la Revue critique de droit international privé 1948—1959. Paris 1961.
- (Renvoi) La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé. Paris 1958.
- (1955) Anerkennung und Vollstreckung ausländischer familienrechtlicher Urteile. Französisches Recht (IntFamR 540—567). Rechtsvergleichung (IntFamR 582—590).
- (1960) /Recension av/ Lagarde (Paul): Recherches sur l'ordre public en droit international privé. (R 1960: 280—283)
- (1963) /Recension av/ De conflictu legum, Mélanges offerts à R. D. Kollwijn et J. Offerhaus. (R 1963: 866—872)
- Francescakis, Ph.-Gothot, P La réglementation inachevée du divorce international. La loi belge du 27 juin 1960. (R 1962: 247—282)
- Frankenstein, E Internationales Privatrecht (Grenzrecht), Bd I, III och IV. Berlin-Grunewald 1926, 1934, 1935.
- Gaarder, K Internasjonalt privatrett. Oslo 1963.
- Gamillscheg, F (1961) Doppelehe und hinkende Ehe im internationalen Privatrecht. (i Göttinger Festschrift für das Oberlandesgericht Celle, Göttingen 1961, s. 61—78)
- (1962) /Recension av/ Kegel, Gerhard: Das internationale Privatrecht im Einführungsgesetz zum BGB. (RabelsZ 1962: 585—594)
- (1965) Die Grundrechte bei der Anwendung ausländischen Rechts. (i Festschrift für H. C. Nipperdey, Bd I, München, Berlin 1965, s. 323—350)
- Garde Castillo, J La »institución desconocida» en Derecho internacional privado. Madrid 1947. (Diss.)
- Gihl, T (Principer) Den internationella privaträttens historia och allmänna principer. Stockholm 1951.

- Gihl, T (1950) Några anmärkningar rörande kvalifikationsproblemet och den prejudiciella frågan, särskilt med hänsyn till den internationella successionsrätten. (TfR 1950: 133—161)
- (1952) Om »Rättstillämpning» m.m. En replik. (TfR 1952: 137—151)
- (1955) »Rättstillämpning» ännu en gång. (TfR 1955: 16—47)
- Glässing, H
Gogos, D Se Bergmann-Ferid.
Das Zivilgesetzbuch von Griechenland (översättning till tyska jämte inledning). Berlin, Tübingen 1951.
- Gogos, D-Aubin, B Das internationale Privatrecht im griechischen Zivilgesetzbuch von 1940. (RabelsZ 1949—50: 240—285)
- Goldschmidt, W Sistema y filosofía del Derecho internacional privado. 2 u. Bd I. Buenos Aires 1952.
(Filosofía)
— (Suma) Suma del derecho internacional privado. Buenos Aires 1958.
- Gothot, P Se Francescakis-Gothot.
- Gotlieb, A. E. The Incidental Question in Anglo-American Conflict of Laws. (CBR 1955: 523—555)
- Graulich, P Principes de droit international privé. Paris 1961.
- Graveson, R. H. The Conflict of Laws. 5 u. London 1965.
- Guggemos, M (1954) Die Befreiung von der Beibringung des ausländischen Ehefähigkeitszeugnisses. (SA 1954: 2—5)
- (1964) Zum Problem der Befreiung von der Beibringung des Ehefähigkeitszeugnisses. (SA 1964: 54—55)
- Guttman, E Presumptions of Legitimacy and Paternity Arising out of Birth in Lawful Wedlock. (ICLQ 1956: 217—229)
- Gutzwiller, M (IPR) Internationalprivatrecht (i Stammler: Das gesamte deutsche Recht in systematischer Darstellung, Bd I s. 1515—1664), Berlin 1931.
- (1932) Deutsches Internationalprivatrecht (Zum Erscheinen der Lewaldschen Darstellung auf Grund der Rechtsprechung). (RabelsZ 1932: 74—103)
- Göppinger, H Die Rechtsprechung zum Verlöbnis- und Eheschließungsrecht (1962—1964). (FamRZ 1965: 8—15)
- Götz, E Die Eheschließung spanischer Staatsangehöriger in der Schweiz. (ZZivStW 1962: 145—153, 178—182)
- Henrich, D (Vorfrage) Die Vorfrage im internationalen Privatrecht. München 1956 (Diss.; otryckt).
- (1958) Zur Anfechtung der Ehelichkeit eines Kindes im Internationalen Privatrecht. (FamRZ 1958: 122—125)
- (1966) Einführung in die Behandlung von Personenstandsfällen mit Auslandsberührung. (SA 1966: 63—67)
- (1966) Das Bestehen einer Ehe als Vorfrage im internationalen Privatrecht. (SA 1966: 219—224)
- Hicks, J. C. Jargon and Occult Qualities. (MLR 1956: 158—171)

- Hjerner, L Främmande valutalag och internationell privaträtt. Studier i de offentligsrättsliga lagarnas tillämplighet. Uppsala 1956. (Diss.)
- Hoffmeyer, V Das internationalprivatrechtliche Vorfragenproblem. Bremerhaven 1957. (Diss.; otryckt)
- (1956) Das IPR-Problem der Vorfrage im Entschädigungsrecht. (NJW 1956: 92—94)
- (1957) International-familienrechtliche Vorfragen im Strafrecht. (FamRZ 1957: 406—409)
- Holleaux G (1952) /Recension av/ Süß (Theodor): Die Anerkennung ausländischer Urteile. (R 1952: 187—192)
- (1954) /Diskussionsinlägg ingående i/ A. Gavaldà: Remarques sur l'arrêt Rivière. (Travaux 1954: 115—148)
- (1955) Ehescheidung und Ehetrennung (Voraussetzungen). Französisches Recht (IntFamR 149—171). Ehescheidung und Ehetrennung (Wirkungen). Französisches Recht (a.a. 195—212). Rechtsvergleichung (a.a. 227—234).
- (1955—1957) La reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers de divorce dans les droits allemand et français. (Travaux 1955—57: 115—176)
- (FamRZ 1963) Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts. Ein Bericht zu dem gleichnamigen Buch von Paul Heinrich Neuhaus. (FamRZ 1963: 635—638)
- van Hoogstraten, M. H. Le droit international privé néerlandais et la question préalable. (i De conflictu legum, Mélanges offerts à Kollewijn et Offerhaus, Leiden 1962, s. 209—225)
- Hoyer, V (1948) Die Abgrenzung der inländischen Gerichtsbarkeit in Personenstandssachen und die Legitimation durch nachfolgende Eheschliessung im internationalen Rechtsverkehr. (ÖJZ 1948: 1—6)
- (1965) Zur Frage der Wiederverhehlung im Inland geschiedener Ausländer. (ÖJZ 1965: 617—621)
- Hult, Ph. (1943) Föräldrar och barn enligt svensk internationell privaträtt. Stockholm 1943.
- (1959) Kvalifikationsproblemet i den internationella privaträtten. En strid om påvens skägg, en gåta för mindre begåvade — eller vad? (i Festskrift tillägnad Halvar Sundberg, Uppsala 1959, s. 217—250)
- Inglis, B. D. Adoption and Succession in Private International Law. (ICLQ 1957: 202—242)
- Jagmetti, M Die Anwendung fremden Kollisionsrechtes durch den inländischen Richter. Zürich 1961. (Diss.)
- Jayme, E (NJW 1965) Die Wiederanwendung der Haager Familienrechtsabkommen von 1902 und 1905. (NJW 1965: 13—19)
- (SA 1965) Der Entwurf einer Novelle zum EGBGB und das Haager Eheschliessungsabkommen. (SA 1965: 145—148)

- Jayme, E (1966) Die Eheschliessung zwischen ledigen italienischen und geschiedenen deutschen Staatsangehörigen in Deutschland. (SA 1966: 150—154)
- Jochem, R Die persönlichen Rechtsbeziehungen der Ehegatten in einer »hinkenden» Ehe — ein Sonderproblem? (FamRZ 1964: 392—397)
- Jost, K Eheschliessungen von und mit Ausländern. (SA 1956: 295—300)
- Kahn, F (I, II) Abhandlungen zum internationalen Privatrecht utg. av O. Lenel och H. Lewald. Bd I och II. München, Leipzig 1928.
- Karlgren, Hj. (IPR) Kortfattad lärobok i internationell privat- och processrätt. 2 u. Lund 1960.
- (1951) Några anmärkningar om »tillämpning» av utländsk rätt och om kvalifikationsspörsmålet inom den internationella privaträtten. (TfR 1951: 457—472)
- Kaufmann, J Die Eheungültigkeitsklage von Ausländern in der Schweiz. (SfZ 9: 265—269)
- Kegel, G (Kommentar) Das internationale Privatrecht im Einführungsgesetz zum BGB (Särtryck ur Soergel-Siebert: Kommentar zum BGB, 9 u.). Stuttgart 1961.
- (IPR) Internationales Privatrecht. 2 u. München, Berlin 1964.
- (1960) Reform des deutschen internationalen Eherechts. Die Vorschläge des Deutschen Rates für internationales Privatrecht. (RabelsZ 1960: 201—221)
- (1962) Zur Reform des deutschen internationalen Rechts der persönlichen Ehwirkungen (i Vorschläge 75—88). Zur Reform des deutschen internationalen Ehescheidungsrechts (a.a. 101—139).
- Kegel, G-Lüderitz, A Hindernis des Bandes für Ausländer trotz Scheidung in Deutschland? (FamRZ 1964: 57—60)
- Klang, H Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch utg. av H. Klang under medv. av bl.a. A. Lenhoff. Bd I: 1. Wien 1933.
- Klang, H-Gschnitzer, F Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch. 2 u. utg. av H. Klang och F. Gschnitzer. Bd I Wien 1948—1962. Under medverkan av bl.a. F. Schwind (beträffande vissa delar av EheG, tiden 1959—1962). /Recension av/ Moser, Rudolf: Das europäische Ehescheidungs- und Ehetrennungs-Recht in seiner neuesten Entwicklung. (ZSR 1949: 126—130)
- Köhler, H Internationales Privatrecht auf Grundlage der Judikatur. 2 u. Wien 1961.
- Köstler, R Reform der Eherechtssprache. (ÖfZ 1952: 85—87)
- Lagarde, P Recherches sur l'ordre public en droit international privé. Paris 1959. (Diss. 1957)
- (Ordre public)

- Lagarde, P (1960) La règle de conflit applicable aux questions préalables. (R 1960: 459—484)
- Lagberedningen Förslag till lag om äktenskaps ingående och upplösning m.m. Stockholm 1913.
- Lalive, P. A. (1956) Jurisprudence suisse. Droit international privé (sauf le droit des obligations) 1954—1957. (SJB 1956: 235—266)
- (1958) Les effets des divorces étrangers en Suisse. (i Schweizer Beiträge zum V. internationalen Kongress für Rechtsvergleichung, Zürich 1958, s. 81—93)
- (1964) Regards sur le droit international privé suisse. (i Regards sur le droit suisse aujourd'hui et demain, Recueil publié par la Société suisse des juristes à l'occasion de l'Exposition nationale suisse /Lausanne 1964/, Basel 1964, s. 181—200)
- Lando, O Om metode og politik bag internationalprivatretlige domme. (i Festschrift för O. A. Borum, Köpenhamn 1964, s. 243—266)
- Lauterbach, W (1955) Eingehung der Ehe. Deutsches Recht. (IntFamR 22—36)
- Se även Palandt, O.
- Lepaulle, P (DIP) Le droit international privé. Ses bases, ses normes et ses méthodes. Paris 1948.
- (1943) Les successions ab intestat en droit international. (NR 1943: 60—76, 277—324)
- Lerebours-Pigeonnière, P Droit international privé. 2 u. Paris 1933. 8 u. utg. av (DIP) Y. Loussouarn. Paris 1962.
- Lescure, Monique L'évolution du système des conflits de lois tunisien. L'exemple du mariage. (R 1959: 31—78)
- Leske-Loewenfeld Se Wieruszowski, A.
- Letzgas, E Die Ehescheidung im deutschen internationalen Privatrecht. (AcP 145: 295—311)
- Lewald, H (IPR) Das deutsche internationale Privatrecht auf Grundlage der Rechtsprechung. Leipzig 1931.
- (1925) Questions de droit international des successions. (Recueil 1925 IV: 5—125)
- (1933) Internationales Erbrecht. (RVH IV: 448—459)
- (1934) Chronique de jurisprudence allemande. (R 1934: 659—675)
- (1939) Règles générales des conflits de lois. (Recueil 1939 III: 5—147)
- Lipstein, K (1953) Legitimacy and Legitimation in English Private International Law. Retrospect and Prospect. (i Festschrift für Ernst Rabel, Bd I, Tübingen 1954, s. 611—630)
- Loewe, R Eheprozesse von Ausländern oder Staatenlosen vor österreichischen Gerichten. (ÖH 1958: 106—114)
- Louis-Lucas, P (1951) Les principes directeurs posés par le projet de codification du droit international privé français (suite). (R 1951: 597—618)

- Louis-Lucas, P (J 1957) *Jurisprudence française et jurisprudence belge touchant le divorce des époux de nationalité différente.* (J 1957: 262—307)
- (R 1957) *Qualification et répartition.* (R 1957: 153—183)
- (1959) *Existe-t-il une compétence générale du droit français pour le règlement des conflits de lois?* (R 1959: 405—441)
- Loussouarn, Y
Lüderitz, A
Lüderitz, R
Se Lerebours-Pigeonnière, P.
Se Kegel-Lüderitz.
Ehen mit Gastarbeitern aus Mittelmeerstaaten. (FamRZ 1966: 285—294)
- Madsen-Mygdal, N. P. *Ordre public og territorialitet. Analytiske Betragtninger over Dispariteter i international Privatret.* Köpenhamn 1946. (Diss.)
- Makarov, A (Quellen) *Quellen des internationalen Privatrechts. Bd I: Gesetzestexte.* Berlin, Tübingen 1954.
- (1955) *Les cas d'application des règles de conflit étrangères.* (R 1955: 431—457)
- (1962) *Die privatrechtlichen Vorfragen im Staatsangehörigkeitsrecht.* (ZfRV 1962: 147—157)
- Malmström, Å
(Föräldrarätt)
— (1938) *Det s.k. kvalifikationsproblemet inom internationell privaträtt. En principundersökning.* Uppsala 1938.
- M.A.N. (=Aguilar
Navarro, M)
/Recension av/ Cortes Rosa, Manuel: *Da questão incidental em Direito internacional privado.* (REDI 1961: 257—258)
- Mann, F. A. (1941) *Legitimation and Adoption in Private International Law.* (57 LQR 112—141)
- Maridakis, G (1952) *Le mariage des Grecs orthodoxes hors de Grèce.* (R 1952: 661—671)
- (1962) *Introduction au droit international privé.* (Recueil 1962 I: 375—512)
- Marín López, A
La cuestión incidental en Derecho internacional privado. (REDI 1956: 125—146)
- Marquardt, K.-H.
(Certificat)
— (1963) *Le Certificat de capacité matrimoniale en droit comparé.* Paris 1965.
Zur Frage der Zulässigkeit der Wiederverheirat eines in der Bundesrepublik geschiedenen Ausländers. (SA 1963: 46—51)
- Marquardt, G
Se Erman, W.
Massfeller, F (1935) *Die Rechtsfolgen der »Ehescheidung nach Frauenrecht«.* (JW 1935: 829—831)
- (1955) *Ehescheidung und Ehetrennung (Voraussetzungen).* Deutsches Recht (IntFamR 171—194). *Rechtsverglei-
chung (a.a. 188—194).* *Ehescheidung und Ehetrennung
(Wirkungen).* Deutsches Recht (IntFamR 212—226).

- Maury, J (1936) Règles générales des conflits de lois. (Recueil 1936 III: 329—567)
- (1954) L'ordre public en droit international privé français et en droit international privé allemand. (R 1954: 7—27)
- Melchior, G Die Grundlagen des deutschen internationalen Privatrechts. Berlin, Leipzig 1932.
- Messmer, E Die Beschaffung von Ehefähigkeitszeugnissen für Ausländer. (ZZivStW 1956: 331—332)
- Mezger, E Loi applicable au divorce quand le mariage est inexistant d'après le droit du pays dont la loi sur le divorce serait compétente d'après les principes généraux. (NR 1934: 381—388)
- Miaja de la Muela, A Derecho internacional privado. Bd I. 3 u. Madrid 1962.
- Michaeli, W Internationales Privatrecht gemäss schwedischem Recht und schwedischer Rechtsprechung. Stockholm 1947.
- Morris, J. H. C. (Cases) Cases on Private International Law. 3 u. Oxford 1960.
- (1938) /Recension av/ The Private International Law of Succession in England, America and Germany. By Walter Breslauer. (54 LQR 611—613)
- (1946) /Recension av/ M. Wolff: Private International Law. (62 LQR 88—92)
- (1953) The Recognition of Polygamous Marriages in English Law. (66 HLR 961—1012)
- Se även Dicey, A. V.
- Moser, R Die Rechtsprechung der Schweiz auf dem Gebiete des internationalen Privatrechts 1950—1953. (RabelsZ 1954: 651—706)
- Müller, H Das Gesetz über die Anwendung deutschen Rechts bei der Ehescheidung vom 24. Januar 1935. (RabelsZ 1935: 876—890)
- Neuhaus, P. H. Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts. Berlin, Tübingen 1962.
- (Grundbegriffe)
- (1955) Internationales Zivilprozessrecht und internationales Privatrecht. Eine Skizze. (RabelsZ 1955: 201—269)
- (1955) Rechtsprechung. Deutschland. Legitimation und ordre public. (RabelsZ 1955: 340—350)
- (1962) Um die Reform des deutschen internationalen Eherechts. (FamRZ 1962: 415—418)
- (1964) Internationales Familienrecht und Grundrechte. (FamRZ 1964: 609—612)
- (1965) Das Vorfragenproblem bei Feststellung des Status von Kindern nur kirchlich getrauter Ausländer. (FamRZ 1965: 541—544)
- Neumayer, K (1955) Ehescheidung und Wiedererlangung der Ehefähigkeit. (RabelsZ 1955: 66—85)

- Neumeyer, K Internationales Verwaltungsrecht. Bd IV. Zürich, Leipzig 1936.
- Niboyet, J.-P. (Cours) Cours de droit international privé français. 2 u. Paris 1949.
- (Manuel) Manuel de droit international privé. 2 u. (1 u.=Pillet-Niboyet, se nedan). Paris 1928.
- (III, IV, V) Traité de droit international privé français. Bd III—V. Paris 1944, 1947 och 1948.
- (1929) Des modifications à apporter au statut des français en pays étrangers et des étrangers en France. (R 1929: 193—220)
- Se även Pillet-Niboyet.
- Niederer, W Einführung in die allgemeinen Lehren des internationalen Privatrechts. 3 u. Zürich 1961.
- Nussbaum, A (IPR) Deutsches internationales Privatrecht, unter besonderer Berücksichtigung des österreichischen und schweizerischen Rechts. Tübingen 1932.
- (Principles) Principles of Private International Law. New York 1943.
- (1940) /Recension av/ Characterization in the Conflict of Laws. Harvard Studies in the Conflict of Laws, vol. IV. By R. H. Robertson. (CLR 1940: 1461—1472)
- Oehry, A Liechtenstein — Eheschliessungsrecht. (ZZivStW 1961: 105—113, 230—237)
- Olivecrona, K Rätt och dom. Stockholm 1960.
- Palandt, O Kommentar zum BGB utg. av O. Palandt under medv. av bl.a. W. Lauterbach. 23 u. München, Berlin 1963.
- Peters, E (1961) Warum gelingt es nicht, ein italienisches Scheidungsgesetz zustande zu bringen? (SA 1961: 205)
- (1962) Wiederheirat eines Italieners in der BRD auf Grund eines hier ergangenen Scheidungsurteils, das in seiner Heimat nicht anerkannt wird. (SA 1962: 24—25)
- (1962) Darf der Standesbeamte im Geburtenbuch beurkunden, dass der ausländische Ehemann der Kindesmutter die Vaterschaft eines während der nach deutschem Recht gültigen Ehe geborenen Kindes anerkannt hat? (SA 1962: 225)
- (1963) Kann jemand in zwei gültigen Ehen leben? (SA 1963: 17)
- (1963) Erschleichung der Ehescheidung von Niederländern bei einem deutschen Gericht (SA 1963: 195)
- (1964) Eheschliessung eines katholischen Spaniers mit einer evangelischen Deutschen. (SA 1964: 58)
- (1965) Scheidung der Ehe eines englischen Ehepaares durch ein deutsches Gericht unter Verletzung des § 606 b ZPO. (SA 1965: 310)
- Philip, A Se Borum, O. A.

- Pillet, A-Niboyet, J.-P.
Planiol-Ripert
Manuel de droit international privé. Paris 1924.
Traité pratique de droit civil français. 2 u. Bd II av
A. Rouast. Paris 1952.
- Ponsard, A (1955)
Eingehung der Ehe. Französisches Recht. (IntFamR
1—22)
- (1955)
Persönliche Rechtsbeziehungen der Ehegatten. Franzö-
sisches Recht. (IntFamR 43—62)
- Se även Aubry-Rau (I).
- Poullet, P
Manuel de droit international privé belge. 3 u. Bruxel-
les 1947.
- Raape, L (Kommentar)
Einführungsgesetz. Internationales Privatrecht (=Stau-
dingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und
dem Einführungsgesetz, 9 u. Bd VI: 2). München, Berlin,
Leipzig 1931.
- (IPR)
Internationales Privatrecht. 5 u. Frankfurt/M. 1961.
- (Recueil)
Les rapports juridiques entre parents et enfants comme
point de départ d'une explication pratique d'anciens et
de nouveaux problèmes fondamentaux du droit inter-
national privé. (Recueil 1934 IV: 403—539)
- (1934)
Welches ist das Scheidungsstatut einer Ehe, die nach
dem Heimatrecht des Ehemannes nichtig, vom Stand-
punkt des deutschen Rechts aus aber gültig ist? (JW
1934: 2951—2954)
- (1948)
Die Staatsangehörigkeit des Kindes aus einer von einem
Engländer mit einer Deutschen hier nicht gemäss den
deutschen Formvorschriften geschlossenen Ehe. (MDR
1948: 98—101)
- (1949)
Die Anerkennung eines ausländischen Ehenichtigkeits-
urteils mit besonderer Berücksichtigung des § 24 der
4. EheV. (MDR 1949: 586—590)
- (1958)
Die hinkende Scheidung. (SA 1958: 281—285)
- (1959)
Die bigamische Ehe eines Engländers und einer Deut-
schen. (FamRZ 1959: 478—481)
- Rabel, E (I, IV)
The Conflict of Laws. Bd I och IV. Ann Arbor 1945,
1958.
- Ramel, E
Studier i svensk internationell arvsrätt. Uppsala 1930.
- Ramos, G
Die Diskussion über die kirchliche und die Zivilehe in
Griechenland. (ZfRV 1962: 1—11)
- Reichel, H
Ausländerscheidung (AcP 124: 200—207).
- Reuterskiöld, C. A.
Om äktenskap, äktenskapskillnad och förmynderskap
enligt svensk-internationell rätt. Uppsala 1905—1909.
- Riezler, E (IZPR)
Internationales Zivilprozessrecht und prozessuales
Fremdenrecht. Berlin, Tübingen 1949.
- (1955)
Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile.
Deutsches Recht. (IntFamR 567—581)
- Rigaux, F
La théorie des qualifications en droit international
(Qualifications) Bruxelles 1956. (Diss.)

- Rigaux, F Se även Van Hecke-Rigaux.
- Robertson, A. H. The »Preliminary Question» in the Conflict of Laws. (55 LQR 565—584)
- Ross, A (1951) »Tû-tû». (i Festskrift för H. Ussing, Köpenhamn 1951, s. 468—484).
- (1954) Om begrebet »retsanvendelse» og ordre public. (TfR 1954: 241—259)
- Rouast, A Se Planiol-Ripert.
- Satter, K Die Anerkennung ausländischer Urteile in Ehesachen nach dem neuen österreichischen Eherecht. (RabelsZ 1935: 551—557)
- Savatier, R Cours de droit international privé. 2 u. Paris 1953.
- Scheucher, L Der ordre public im österreichischen Recht. (ZfRV 1960: 15—39)
- Schlegelberger, F Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Handelsrecht des In- und Auslandes. Bd II Berlin 1929. Bd IV Berlin 1933.
- Schmidt, Folke Äktenskapsrätt. Stockholm 1962.
- Schmidt, Svénné (Kvalifikationsproblemet) Kvalifikationsproblemet i den internationale privatret. Köpenhamn 1954.
- (1964) Det præjudicielle spørgsmål og substitutionsspørgsmålet i den internationale privatret. (i Festskrift för O. A. Borum, Köpenhamn 1964, s. 463—489)
- Schmitthoff, C A Textbook of the English Conflict of Laws (Private International Law). London 1945.
- Schnitzer, A (I, II) Internationales Privatrecht. Bd I—II. Basel 1957, 1958.
- (1955) Bedarf das schweizerische internationale Privatrecht eines neuen Gesetzes? (SJB 1955: 55—74)
- (1959) Entwurf eines Rechtsanwendungsgesetzes. (i Ius et Lex, Festgabe zum 70. Geburtstag von Max Gutzwiller, Basel 1959, s. 429—443)
- Schröder, J Die Anpassung von Kollisions- und Sachnormen. Berlin 1961. (Diss.)
- Schwenn, H Legitimation. Deutsches Recht. (IntFamR 361—375)
- Schwimann, M (1955) Über die Verlusttatbestände des österreichischen Staatsbürgerschaftsrechtes. (ÖJZ 1955: 381—391)
- (1960) Ehescheidungsprozesse von Griechen vor österreichischen Gerichten. (ZfRV 1960: 74—85)
- Schwind, F (Kommentar) Kommentar zum österreichischen Eherecht. Wien 1951.
- (1951) Der Begriff des ordre public im österreichischen Recht. (ÖStA 1951: 30—32)
- (1951) Ehelichkeit und Unehelichkeit im internationalen Privatrecht, allgemeine Erwägungen zu einem Fall aus der Praxis. (ÖStA 1951: 42—44)
- (1954) Probleme des österreichischen internationalen Familienrechts. (RabelsZ 1954: 242—259)

- Schwind, F (1955) Kindschafts-, Vormundschafts- und Liegenschaftsstatut. Ein Beitrag zu Grenzfragen des internationalen Privatrechtes. (ÖJZ 1955: 2—7)
- (1956) Rechtsvergleichung, Rechtsvereinheitlichung und internationales Privatrecht. (ÖJZ 1956: 68—70)
- (1957) Grundsätze des internationalen Privatrechtes in der täglichen Praxis. (ÖJZ 1957: 29—33)
- (1958) Von der Zersplitterung des Privatrechts durch das internationale Privatrecht und ihrer Bekämpfung. (RabelsZ 1958: 449—465)
- (1959) Praktische Fragen des internationalen Familienrechtes. (ÖJZ 1959: 207—210)
- (1965) Die Ehen von Griechen im österreichischen internationalen Privatrecht. (i Festschrift zum 60. Geburtstag von Walter Wilburg, Graz 1965, s. 157—180)
- Se även Klang-Gschnitzer.
- Schöndorf, F Scheidung einer nach den Heimatgesetzen des Ehemannes ungültigen Ehe. (JherJb 75: 53—80)
- Sedlacek, W Sind Kinder aus einer von einem Angehörigen der britischen Besatzungsmacht mit einer Österreicherin in Österreich nicht gemäss den österreichischen Formvorschriften geschlossenen Ehe ehelich? (ÖStA 1950: 80—82)
- Serick, R (1953) Die Sonderanknüpfung von Teilfragen im internationalen Privatrecht. (RabelsZ 1953: 633—650)
- (1956) Parallelwirkungen im internationalen Privatrecht. (RabelsZ 1956: 207—242)
- Serin, M Les conflits de lois dans les rapports franco-espagnols en matière de mariage, de divorce et de séparation de corps. Toulouse 1929. (Diss.)
- Sonnenberger, H. J. Die religiöse Eheschliessung von Ausländern in Deutschland und § 15 a EheG. (SA 1964: 289—298)
- v. Spiegel, R Ehelichkeit, Legitimation und Adoption bei internationalprivatrechtlichen Erbfällen in der deutschen und angloamerikanischen Rechtsprechung (Ein Beitrag zum Problem der »Vorfrage«). Göttingen 1957. (Diss.; otryckt)
- Spivak, S Die Ungültigkeit der Ehe nach dem internationalen Privatrecht der Schweiz mit Berücksichtigung der Haager Eheschliessungs-Konvention. Zürich 1928. (Diss.)
- Stampa, U Der Zivilstandsdienst nach den Vorschriften für Schweizer im Ausland und Ausländer in der Schweiz. Zürich 1946.
- Starck, B L'affaire Ghattas et le problème de l'autorité absolue des jugements en matière de nationalité. (R 1950: 299—320)

- Statistisches Jahrbuch der Schweiz 1963. Basel 1963.
 Statistisches Jahrbuch für die Bundesrepublik Deutschland 1965. Wiesbaden 1965.
 Statistisk Årsbok 1964. Stockholm 1964.
- Stauffer, W (1923) Die Scheidung von Ausländern in der Schweiz auf Grund des ZivVerhG. (ZBJV 1923: 1—18)
- (1949) Form der Eheschliessung in der Schweiz und schweizerisches internationales Privatrecht. (SJB 1949: 99—110)
- Stein, F-Jonas, M Kommentar zur Zivilprozessordnung. 18 u. av A. Schönke och R. Pohle. Bd I—II. Tübingen 1953—1956.
- Strauss, F Israelisches Erbrecht in der Praxis deutscher Wiedergutmachungsbehörden und Gerichte. (JR 1963: 205—209)
- Strömberg, T Inledning till den allmänna rättsläran. 2 u. Lund 1964. (Kompendium)
- Strömholm, S Torts in the Conflict of Laws. A Comparative Study. Stockholm 1961.
- Stöcker, H Grundrechtsschutz im Internationalprivatrecht. (JR 1965: 456—459)
- Süss, Th. (1949) Die Anerkennung ausländischer Urteile. (i Beiträge zum Zivilprozessrecht, Festgabe zum siebzigsten Geburtstag von Leo Rosenberg, München, Berlin 1949, s. 229—271)
- Szászy, E L'évolution des principes généraux du droit international privé dans les pays de démocratie populaire (suite et fin). (R 1963: 233—262)
- Undén, Ö (IÅR) Internationell äktenskapsrätt enligt gällande svensk lag. Lund 1922.
- (Studier I, II) Studier i internationell äktenskapsrätt särskilt med hänsyn till Haagkonventionerna. I och II. Lund 1913.
- Walin, G (FB) Föräldrabalken. Stockholm 1952.
- (1965) I vad mån är 1912 års lag om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskaps rättsverkningar alltjämt tillämplig? (SvJT 1965: 198—201)
- Walker, G Internationales Privatrecht. 5 u. Wien 1934.
- Valladão, H (1959) Les effets des jugements étrangers de divorce. (R 1959: 443—464)
- (1962) Conséquences de la différence de nationalité ou de domicile des époux sur les effets et la dissolution du mariage. (Recueil 1962 I: 69—171)
- Vallindas, P La structure de la règle de conflit. (Recueil 1960 III: 327—380)
- Van Hecke, G-Rigaux, F Examen de jurisprudence (1953 à 1960). Droit international privé. Conflit de lois. (Revue critique de jurisprudence belge 1961: 357—400)
- Welsh, R. S. Legitimacy in the Conflict of Laws. (63 LQR 65—93)
- Wengler, W (1934) Die Vorfrage im Kollisionsrecht. (RabelsZ 1934: 148—251)

- Wengler, W (1951) Die Funktion der richterlichen Entscheidung über internationale Rechtsverhältnisse. (RabelsZ 1951: 1—31)
- (1952) Les principes généraux du droit international privé et leurs conflits. (R 1952: 595—622)
- (1953) D:o (suite et fin). (R 1953: 37—60)
- (1954) Réflexions sur la technique des qualifications en droit international privé. (R 1954: 661—691)
- (1958) Skizzen zur Lehre vom Statutenwechsel. (RabelsZ 1958: 535—572)
- (1961) The General Principles of Private International Law. (Recueil 1961 III: 273—469)
- (J 1963) Westdeutsche Rechtsprechung über internationales Privatrecht 1956—1962. I. Allgemeine Fragen. (J 1963: 474—517)
- (JR 1963) Die Ehelichkeit der Kinder aus hinkenden Ehen griechischer Staatsangehöriger in Deutschland. (JR 1963: 41—45)
- (R 1963) Les conflits de lois et le principe d'égalité. (R 1963: 203—231)
- Verplaetse, J
Weyers, H.-L. Derecho internacional privado. Madrid 1954.
§ 15 a EheG und die kirchlichen Trauungen. (FamRZ 1964: 169—174)
- Wieruszowski, A (1932) Das Eherecht im Deutschen Reich unter besonderer Berücksichtigung des internationalen Privatrechts. (i Leske-Loewenfeld: Rechtsverfolgung im internationalen Verkehr, Bd IV: Das Eherecht der europäischen Staaten und ihrer Kolonien, 2 u. Berlin 1932—1937, s. 1—106)
- Winroth, A. O.
Vischer, F (1955) Svensk Civilrätt. Bd IV. Stockholm 1903.
Der Richter als Gesetzgeber im internationalen Privatrecht. Zum Problem der richterlichen Rechtsfindung im internationalen Privatrecht. (SJB 1955: 75—102)
- (1959) »Mariage mixte» und Ehescheidung im internationalen Privatrecht der Schweiz. (i Ius et Lex, Festgabe zum 70. Geburtstag von Max Gutzwiller, Basel 1959, s. 413—428)
- Wolff, M (IPR) Das internationale Privatrecht Deutschlands. 3 u. Berlin, Göttingen, Heidelberg 1954.
— (PIL) Private International Law. 2 u. London 1950.
— (1933) Internationales Eherecht. (RVH IV: 397—419)
— Se även Enneccerus-Kipp-Wolff.
Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Eherechts vorgelegt im Auftrag der Eherechtskommission des deutschen Rates für internationales Privatrecht. Berlin, Tübingen 1962. (=Vorschläge)
- von Wächter, C. G. Ueber die Collision der Privatrechtsgesetze verschiedener Staaten (Fortsetzung). (AcP 25: 361—419)

- Wähler, K Westdeutsche Rechtsprechung über internationales Privatrecht 1956—1962 (Fortsetzung). II. Besonderer Teil. (J 1963: 1082—1149)
- Yanguas Messía, J. de Derecho internacional privado. Parte general. 2 u. Madrid 1958.
- Zitelmann, E Internationales Privatrecht. Bd II. München, Leipzig 1912.
- Zweigert, K (1955) Unterhaltspflicht zwischen Verwandten. Deutsches Recht. (IntFamR 438—455)
- (1959) /Recension av/ Raape, Leo: Internationales Privatrecht. (RabelsZ 1959: 192—194)

II. KOMMENTARER TILL ENSKILDA RÄTTSFALL

- Audinet, E (1924) S 1924 II 9—12 (Trib. Seine 24.12.1921, Paris 10.5.1922 m.fl.)
- Battifol, H (1947) R 1947: 154—156 (Paris 10.7.1946)
- (1947) R 1947: 452—453 (Paris 31.5.1947)
- (1952) R 1952: 336—338 (Trib. Seine 31.3.1952)
- (1953) R 1953: 414—421 (Cass. civ. 17.4.1953)
- (1955) R 1955: 724—727 (Cass. civ. 22.6.1955)
- Beitzke, G (1966) FamRZ 1966: 36—39 (Liechtensteins högsta domstol 21.3.1964)
- Bergmann, A (1935) SA 1935: 258—259 (LG Berlin 14.5.1934)
- Beyer (1962) SA 1962: 12 (LG Hannover 19.4.1961)
- Blanke, E. A. FamRZ 1963: 93 (OLG Celle 25.6.1962)
- Cermak, F ÖH 1956: 14 (BG 11.11.1954)
- De Keersmaecker, R Rev. dr. fam. 1955—59: 105—115 (Bruxelles 14.12.1955)
- Dieckmann, A Eheschliessung eines katholischen Spaniers mit einer geschiedenen Deutschen, JuS 1966: 99—108 (BGH 12.2.1964, A)
- Dubois-Clavier, G J 1932: 495—499 (Civ. Bruxelles 27.6.1928 och 20.5.1931 m.fl.)
- Ferid, M (JR 1953) Wieder ein Fall bedenklicher Anwendung fremden Rechts, JR 1953: 255—256 (LG Köln 23.10.1950)
- (1955) JR 1955: 62—63 (LG Mannheim 17.3.1953 och LG Berlin 15.3.1954)
- (1956) Giur. Comp. XII: 193—194 (RG 25.1.1940=RGZ 162:329)
- (1956) Giur. Comp. XII: 219—222 (RG 24.1.1941)
- F.H. 56 LQR 22—24 (Re Paine, 1940)
- Firsching, K (1954) Rpfleger 1954 sp. 639—640 (LG Verden 3.3.1954) och sp. 642—643 (OLG Hamm 18.9.1954)
- Fischer, E NJW 1964: 1323—1324 (BGH 12.2.1964, A)
- Gamillscheg, F (1963) JZ 1963: 22—26 (LG Hannover 19.4.1961)
- Hennebicq, M. R. J 1952: 320—328 (Liège 10.3.1949)

- Henrich, D (1964) NJW 1964: 2015—2016 (BGH 12.2.1964, A)
- Holleaux, G (1949) R 1949: 102—105 (Trib. Seine 22.12.1948)
- (R 1963) R 1963: 111—124 (Cass. civ. 8.1.1963)
- Jayme, E (1964) NJW 1964: 207—208 (OLG München 17.12.1962)
- Knapp, Ch. (1952) J 1952: 692—694 (BG 29.3.1950)
- Lerebours-Pigeonnière, P (1947) D 1947: 161—163 (Cass. civ. 25.2.1947)
- Lipstein, K (1946—49) J 1946—49: 174—175 (Re Bischoffsheim, 1948)
- (1954) Giur. Comp. XI: 179—183 (Re Paine, 1940, och Re Bischoffsheim, 1948)
- Loussouarn, Y (1952) D 1952: 658—659 (Trib. Belfort 19.3.1952)
- Makarov, A. N. (1956) Giur. Comp. XII: 316—318 (RG 24.1.1941)
- Mann, F. A. (1948) Legitimacy and the Conflict of Laws, 64 LQR 199—203 (Re Bischoffsheim, 1948)
- Massfeller, F (1936) JW 1936: 1689 (KG 20.1.1936)
- (1936) JW 1936: 2465—2466 (KG 20.4.1936)
- (1938) JW 1938: 1259—1261 (KG 7.3.1938)
- Maury, J (1950) J.C.P. 1950 nr 5299 (Trib. Seine 6.12.1949)
- Moschel, W) Bedenkliche Anwendung fremden Rechts, JR 1953: 97 (LG Nürnberg-Fürth 28.2.1951)
- Neuhaus, P. H. (1958) FamRZ 1958: 29—30 (LG Waldshut 11.4.1957)
- (1966) FamRZ 1966: 146—147 (BayObLG 4.1.1966)
- Neumayer, K (1951) MDR 1951: 298—299 (LG Frankfurt/M. 6.12.1950)
- Niboyet, J.-P. (1947) R 1947: 112—117 (Toulouse 14.12.1943) och 446—450 (Cass. civ. 25.2.1947)
- (1948) R 1948: 114—117 (Trib. Seine 17.3.1948)
- (1951) R 1951: 526—527 (Trib. Saint-Brieuc 26.6.1951)
- Oppenheimer, F) J 1926: 173 (KG 13.1.1925)
- Ponsard, A (1962) J 1962: 714—718 (Trib. Seine 17.10.1961)
- (1963) J 1963: 992—995 (Cass. civ. 19.2.1963)
- Rau, H) RabelsZ 1961: 118—136 (Supremo Tribunal de Justiça, Portugal, 5.12.1958)
- Rigaux, F (1957) R 1957: 72—78 (Bruxelles 14.12.1955)
- Schwind, F (1966) Das »Ehehindernis des Katholizismus« in der Entwicklung des österreichischen Rechts, FamRZ 1966: 3—9 (sakkunnigutlåtande i det av Liechtensteins högsta domstol 21.3.1964 avgjorda målet)
- v. Stosch, H. J. FamRZ 1962: 159—160 (LG Köln 10.1.1962)
- Süss, Th. (1937) JW 1937: 2523—2526 (KG 3.5.1937)
- Unger, J) Capacity to Marry and the Lex Loci Celebrationis, MLR 1961: 784—789 (Breen v. Breen, 1964)
- Webb, P. R. H. (1958) ICLQ 1958: 151—158 (Fenton v. Fenton, 1957; australiskt rättsfall, avgjort av Victorian Supreme Court)
- (1962) Foreign Marriages Following English Divorces, ICLQ 1962: 251—254 (Breen v. Breen, 1964)
- Weiss, A) R 1919: 544—547 (sakkunnigutlåtande i Trib. Seine 5.5.1919)

- Wengler, W (1955) R 1955: 114—116 (OGH 25.10.1952 och LG Köln 20.2.1953)
- (1956) R 1956: 90—98 (LG Berlin 12.9.1955, BayObLG 20.4.1955 och Re Wilby, 1956)
- (1957) R 1957: 57—60 (Presidenten i OLG Hamburg 5.8.1955, BG 11.11.1954)
- (1964) JZ 1964: 621—623 (BGH 12.2.1964, A)
- (JZ 1965) JZ 1965: 534—537 (BGH 22.1.1965)
- (R 1965) R 1965: 325—334 (appelldomstolen i Ontario 4.11.1963)
- Wieruszowski, A (1925) JW 1925: 2490—2491 (KG 13.1.1925)
- Wilke JW 1934: 2353—2354 (LG Bremen 8.5.1934)
- Wolff, Konrad J 1937: 826—827 (KG 14.1.1937)

CITERADE RÄTTSFALL

Rättsfallen förtecknas nedan beträffande varje land för sig i kronologisk ordning.

I den vänstra spalten anges för varje rättsfall, utom de engelska och svenska, domstolens eller myndighetens namn (i regel förkortat) och dagen för avgörandet. Beträffande vissa av de mera kända belgiska, franska och schweiziska rättsfallen anges dessutom inom parentes den partsbeteckning, varunder resp. fall brukar citeras. För de engelska rättsfallen anges endast dylik partsbeteckning jämte årtalet för resp. falls *publicering* (ej dess avgörande) i de i den mellersta spalten upptagna Law Reports.

I den mellersta spalten hänvisas till den publikation eller någon av de publikationer vari resp. rättsfall återfinnes.

I högra spalten hänvisas till det eller de ställen i avhandlingen där resp. fall är citerat eller behandlat. Flertalet hänvisningar avser kapitel och not (XIV: 18, 33=kap. XIV noterna 18 och 33). Hänvisningar till sida (markeras med S.) ges endast i den mån ett rättsfall omnämnes eller behandlas i texten utan anknytning till not. Beträffande vissa rättsfall, vilka är citerade på två eller flera ställen i avhandlingen, anges med kursiv stil det ställe, där resp. fall är föremål för den utförligaste behandlingen.

Danska och svenska rättsfall citeras i avhandlingen med de i den mellersta spalten upptagna beteckningarna, övriga rättsfall med beteckningarna i den vänstra spalten.

BELGIEN

Bruxelles 8.6.1899	Pas. 1900 II 70	VIII: 138, 140, 141
Civ. Bruxelles 25.3.1905	R 1905: 753	VIII: 138, 140
Civ. Anvers 9.2.1909	J 1909: 1171	VIII: 139
Civ. Bruxelles 2.5.1913	Pas. 1913 III 221	VIII: 138
Civ. Bruxelles 2.5.1923	J 1924: 1098	VIII: 142, 143

Bruxelles 8.1.1927	J 1928: 486	VIII: 146
Civ. Bruxelles 16.6.1928	J 1928: 1253	VIII: 144
Civ. Bruxelles 27.6.1928	J 1930: 1103	VIII: 146; XIV: 190
Civ. Nivelles 3.7.1928	R 1929: 129	VIII: 142
Civ. Bruxelles 26.9.1929	R 1929: 659	VIII: 142
Civ. Liège 8.11.1929	J 1930: 1103	XIV: 191
Civ. Bruxelles 20.5.1931	J 1932: 492	XIV: 190
Bruxelles 9.7.1932	R 1933: 511	VIII: 146; XIV: 191
Liège 2.11.1937	JT 1937: 672	VIII: 144
Civ. Bruxelles 30.3.1938	JT 1938: 329	VIII: 144
Civ. Bruxelles 22.6.1938	JT 1938: 646	VIII: 144
Liège 7.7.1938	Pas. 1938 II 129	XIV: 191
Cass. 22.6.1941	NR 1944: 185	VIII: 146
Bruxelles 7.7.1941	Opublicerat; citerat av Rigaux Qualifica- tions 408	VIII: 146
Gand 17.6.1948	J 1946—49: 82	XIV: 190, 193
Liège 10.3.1949	J 1952: 314	XIV: 191
Civ. Anvers 11.7.1951	R 1957: 68	VIII: 146; XIV: 191, 201
Civ. Bruxelles 5.4.1952	J 1953: 444	XIV: 191
Cass. 16.5.1952 (Rossi)	R 1953: 398	VIII: 147; XIV: 192
Civ. Anvers 18.12.1952	R 1957: 69	XIV: 202
Cass. (Chambres réunies) 16.2.1955 (Rossi)	J 1955: 930	VIII: 147; XIV: 192, 194
Bruxelles 14.12.1955	R 1957: 70	XIV: 200
Civ. Charleroi 5.7.1957	Rev. dr. fam. 1957: 242	VIII: 146
Civ. Charleroi 27.6.1958	Rev. dr. fam. 1958: 165	XI: 185

CANADA

Appelldomstolen i Ontario 4.11.1963	R 1965: 321	XIV: 219, 251
-------------------------------------	-------------	---------------

DANMARK

Højesteret 14.2.1918	UfR 1918: 212	V: 6
Østre Landsret 14.6.1949	UfR 1949: 1049	V: 6

ENGLAND OCH
SKOTTLAND

Collier v. Rivaz (1841)	2 Curt. 855	IV: 71
Hyde v. Hyde (1866)	L.R. 1 P. & D. 130	III: 53
Shaw v. Gould (1868)	L.R. 3 H.L. 55	XI: 87, 90, 98, 99, 106; XIV: 211. S. 327 ff, 332, 391, 486
Johnson, In re (1903)	1 Ch. 821	S. 388 ff, 393, 394
Armitage v. Att.-Gen. (1906)	P. 135	XII: 44
Ogden v. Ogden (1908)	P. 46	VIII: 4
Stirling, In re (1908)	2 Ch. 344	XI: 92; XII: 29. S. 390 ff, 486

Stathatos v. Stathatos (1913)	P. 46	II: 18; VIII: 6. S. 208 ff, 212, 228
De Montaigu v. De Montaigu (1913)	P. 154	S. 209 f, 212, 228
Att.-Gen. for Alberta v. Cook (1926)	A.C. 444	VIII: 6
Von Lorang v. Administrator of Austrian Property (1927)	A.C. 641	VIII: 8
H. v. H. (1928)	P. 206	VIII: 6
Nachimson v. Nachimson (1930)	P. 217	III: 51
Herd v. Herd (1936)	P. 205	VIII: 6
De Massa v. De Massa (1939)	2 All E.R. 150	VIII: 9
Galene v. Galene (1939)	P. 237	VIII: 9
Watson (Mangrulkar) v. Mangrul- kar (1939)	Sess. C. 239	VIII: 6
Paine, In re (1940)	1 Ch. 46	XI: 98. S. 329 ff
Baindail v. Baindail (1946)	P. 122	S. 393 f
Bischoffsheim, In re (1948)	Ch. 79	XI: 97, 98, 99, 106; XII: 41. S. 330 ff, 364, 365
Zanelli v. Zanelli (1948)	64 T.L.R. 556	II: 77
Chapelle v. Chapelle (1950)	P. 134	II: 5, 18; VIII: 9
Har-Shefi v. Har-Shefi (1953)	P. 220	II: 118
Bangbose v. Daniel (1955)	A.C. 107	XI: 100
Wilby, In re (1956)	P. 174	IV: 14
Taczanowska v. Taczanowski (1957)	P. 301	II: 32
Kochanski v. Kochanska (1958)	P. 147	II: 32
Gray (orse. Formosa) v. Formosa (1963)	P. 259	II: 18; VIII: 9
Breen v. Breen (1964)	P. 144	S. 487 ff
Lepre v. Lepre (1965)	P. 52	II: 5, 18; VIII: 8, 9

FRANKRIKE

Cass. civ. 28.2.1860 (Bulkley)	S 1860 I 210	XIV: 177
Trib. Seine 10.7.1901	J 1901: 967	XIV: 182
Trib. Seine 18.11.1901	J 1902: 103	XIV: 184
Paris 17.3.1902 (Levinçon)	J 1903: 342	VIII: 24
Cass.civ. 29.5.1905 (Levinçon)	R 1905: 518	VIII: 24, 139
Cass.civ. 30.10.1905 (Mosticzker)	R 1906: 730	VIII: 109. S. 251
Trib. Seine 9.4.1914	J 1916: 173	VIII: 22
Trib. Valenciennes 18.6.1914	J 1919: 242	XII: 28
Paris 23.3.1916	R 1947: 116 (a)	VIII: 115, 118, 135
Trib. Seine 11.7.1918	J 1919: 286	XIV: 184
Trib. Seine 5.5.1919	R 1919: 543	XIV: 168, 171, 173
Trib. Seine 19.1.1920	J 1920: 198	VIII: 23, 116
Trib. Montpellier 18.3.1920	R 1921: 79	XIV: 168, 169
Trib. Seine 19.11.1920	R 1922—23: 306	VIII: 22
Trib. Orange 11.12.1920	R 1922—23: 307	VIII: 22

Trib. Seine 24.12.1921	R 1922—23: 431	VIII: 112
Trib. Seine 15.2.1922	J 1922: 396	VIII: 116, 134
Paris 23.3.1922	R 1922—23: 432	VIII: 112
Paris 10.5.1922	R 1922—23: 433	VIII: 23, 112
Cass.civ. 6.7.1922 (Ferrari)	R 1922: 444	VIII: 114, 145; XIV: 155, 158. S. 482
Trib. Nice 26.6.1923	R 1924: 99	XIV: 168
Trib. Seine 17.1.1924	R 1925: 226	XII: 28
Aix 24.1.1924	R 1924: 277	XIV: 168
Paris 22.3.1924	R 1924: 558	XII: 28
Cass.civ. 14.3.1928 (Ferrari)	J 1928: 383	VIII: 114, 145; XIV: 155, 158. S. 482
Lyon 2.1.1929	R 1929: 679	XIV: 163
Cass.civ. 29.7.1929	R 1931: 334	XIII: 16
Trib. Strasbourg 29.10.1930	R 1931: 107	VIII: 112
Cass. civ. 21.4.1931	J 1932: 142	IV: 14; XII: 19
Trib. Rabat 28.12.1932	J 1933: 992	XII: 25, 71
Trib. Seine 27.4.1933	R 1935: 759	VIII: 112
Paris 2.7.1934	R 1936: 500	VIII: 57
Trib. Seine 25.2. 1937	J 1937: 524	VIII: 112
Trib. Seine 4.5.1937	R 1938: 74	X: 4
Trib. Seine 25.4.1938	R 1939: 103	XIV: 181
Trib. Toulouse 8.6.1938	R 1939: 105	VIII: 112
Trib. Seine 2.6.1942 (Petroni)	NR 1943: 117	XIV: 163
Toulouse 14.12.1943 (Ghattas)	R 1947: 110	VIII: 118, 122. S. 256, 284
Paris 10.7.1946	R 1947: 142	XII: 28
Cass.civ. 25.2.1947 (Ghattas)	R 1947: 444	VIII: 118, 121; IX: 31. S. 256 f, 258, 259, 283
Paris 31.5.1947	R 1947: 450	X: 5
Trib. Seine 17.3.1948 (Sciachi)	R 1948: 112	XIV: 164, 261
Pau 25.5.1948	S 1949 II 9	VIII: 123
Trib. Seine 22.12.1948 (Moreau)	R 1949: 100	XI: 167, 172
Hanoï 24.3.1949	R 1950: 399	XII: 28
Paris 15.2.1950 (Moreau)	R 1950: 420	XI: 167
Cass.civ. 22.1.1951 (Weiller)	R 1951: 167	XIV: 167
Trib. Saint-Brieuc 26.6.1951	R 1951: 520	XII: 28
Trib. Belfort 19.3.1952	D 1952: 657	XIV: 164
Trib. Seine 31.3.1952	R 1952: 330	II: 25; XI: 74, 167. S. 363
Cass.civ. 17.4.1953 (Rivière)	R 1953: 412	II: 80. S. 473
Paris 30.10.1954	R 1954: 825	VIII: 57
Cass.civ. 23.12.1954	R 1956: 671	XII: 28, 70
Cass.civ. 15.3.1955 (Lewandowski)	R 1955: 320	II: 80
Cass.civ. 6.3.1956 (Moreau)	R 1956: 305	XI: 171
Paris 15.3.1956	R 1956: 504	II: 109
Trib. Seine 6.3.1957	J 1957: 744	XI: 175
Cass.civ. 2.4.1957 (Weiller)	R 1957: 491	XIV: 167

Cass.civ. 14.6.1957	J 1957: 766	XI: 175
Cass.civ. 17.11.1958 (Del Torchio)	R 1959: 482	II: 80
Cass.civ. 20.11.1958	J 1959: 1146	XI: 175
Cass.civ. 12.5.1959 (Bisbal)	R 1960: 62	II: 104
Paris 7.7.1959	R 1960: 356	II: 117
Cass.civ. 22.2.1961 (Corcos)	R 1961: 382	II: 80, 82
Cass.civ. 15.5.1961 (Ortiz)	R 1961: 545	II: 80
Cass.civ. 15.5.1961 (Tarwid)	R 1961: 547	II: 81
Cass.civ. 12.6.1961 (Garaccione)	R 1961: 558	II: 80
Cass.civ. 11.7.1961 (Bertoncini)	J 1963: 132	II: 104
Cass.civ. 8.1.1963	R 1963: 109	XI: 175, 176
Trib. Seine 11.3.1964	R 1964: 693	VIII: 125
Paris 26.1.1965	R 1965: 359	II: 81; VIII: 176

LIECHTENSTEIN

Liechtensteins högsta domstol 21.3.1964	FamRZ 1966: 33	XIV: 113
--	----------------	----------

POLEN

Polens högsta domstol 12.4.1929	R 1929: 523	II: 10
---------------------------------	-------------	--------

PORTUGAL

Portugals högsta domstol (Supremo Tribunal de Justiça) 5.12.1958	LabelsZ 1961: 114	II: 56
---	-------------------	--------

SCHWEIZ

BG 6.10.1883	BGE 9: 449	VIII: 30, 52. S. 218, 219
BezG Lausanne 18.3.1909	Opublicerat; citerat i BGE 1910 I 216	VIII: 32
BG 8.6.1910	BGE 1910 I 215	VIII: 34
BezG Zürich 15.6.1913	SJZ 10: 32	VIII: 35
Bern 30.5.1923	ZBJV 1924: 40	VIII: 35
AG Biel 13.7.1927	ZBJV 1928: 336	VIII: 32, 35
BG 29.6.1933 (Schmidlin)	BGE 59 II 113	II: 75; VIII: 28
BezG Zürich 22.9.1936	SJZ 34: 313	VIII: 35
BG 13.5.1938 (Crivelli)	BGE 64 II 74	XIV: 141
BG 21.10.1943	BGE 69 II 357	XII: 53
BG 11.3.1948 (Weber)	BGE 74 II 54	XI: 73; XIV: 144
BG 29.3.1950	BGE 76 IV 109	XI: 69
RegR Zürich 16.10.1952	SJZ 1952: 376	XIV: 47, 139
BG 11.11.1954 (Caliaro)	BGE 80 I 427	II: 34, 52; XIV: 129, 131, 133, 136, 138, 226. S. 465
Trib. Genève 22.5.1957	SJB 1956: 244	VIII: 37, 57, 107

Conseil d'Etat du Canton de Thur- govie 17.2.1959	SJB 1959: 319	XIV: 139
BG 6.6.1963	BGE 89 I 303	XIV: 143

SVERIGE

NJA 1902: 288	XIV: 236
NJA 1903: 317	XIV: 236, 252
NJA 1939: 96	VI: 52
NJA 1946: 233	II: 98
NJA 1953: 4	V: 6; XI: 107
RÅ 1954: 83	XIV: 229, 254
NJA 1956: 601	II: 91
NJA 1957: 207	II: 107
SvJT 1958 rf s. 1	II: 92
NJA 1962: 123	V: 6; XI: 107
NJA 1964: 1	V: 5; XI: 108

TYSKLAND

RG 22.4. 1884	RGZ 11: 29	XIV: 61
OLG Hamburg 7.4.1905	ZIR 15: 343	XIV: 26
RG 17.12.1908	RGZ 70: 139	VIII: 40. S. 234
KG 13.3.1911	ZIR 23: 331	XIV: 16, 33, 61
OLG Hamburg 6.4.1911	ZIR 22: 177	XIV: 26
RG 15.2.1912	RGZ 78: 234	XIV: 26
RG 21.3.1912	JW 1912: 642	IV: 10; XIV: 15, 33, 37, 47, 61. S. 443
RG 16.2.1914	LZ 1914 sp. 869	III: 17; XI: 36, 127. S. 310
LG Nürnberg 17.7.1915	SA 1927: 115	XIV: 28, 61
RG 6.4.1916	RGZ 88: 191	IX: 18
BayObLG 18.1.1918	JW 1918: 375	XIV: 26
OLG München 10.3.1921	OLGR 42: 98	XI: 38, 39, 49, 146, 150, 187
BayObLG 30.3.1921	OLGR 42: 87	XIV: 105
KG 9.12.1921	OLGR 42: 97	XI: 51, 131
RG 16.11.1922	RGZ 105: 363	VIII: 41, 52. S. 234, 237
OLG Hamburg 3.1.1923	SA 1924: 70	II: 106; XIII: 13; XIV: 20
BayObLG 22.3.1924	BayObLGZ 23: 56	XI: 38, 127
KG 11.7.1924	SA 1924: 306	II: 106, 111
KG 13.1.1925	JW 1925: 2146	XIV: 92, 145, 252. S. 450, 451, 480, 497
RG 1.10.1925	IPRspr 1926—27 nr 27	I: 19; VIII: 43
RG 15.2.1926	RGZ 113: 38	VIII: 87
OLG Kiel 26.11.1926	IPRspr 1928 nr 112	XIV: 106
RG 23.5.1927	> 1926—27 nr 79	XI: 22

KG 27.5.1927	IPRspr 1928 nr 8	IX: 8
AG Hannover (okänt datum) 1928	» 1929 nr 71	XIV: 18
OLG Stuttgart 6.12.1929	LZ 1930 sp. 737	VIII: 40
LG Detmold 2.8.1930	IPRspr 1930 nr 152	IX: 8
KG 17.10.1930	» 1931 nr 62	XIV: 20
KG 27.2.1931	IPRspr 1931 nr 83	XI: 132
OLG Karlsruhe 20.3.1931	» 1931 nr 96	XII: 15
LG Darmstadt 30.4.1931	» 1931 nr 75	VIII: 57
KG 21.3.1932 (A)	» 1932 nr 77	XIV: 106
KG 21.3.1932 (B)	» 1932 nr 82	VIII: 88
KG 8.4.1932	JFG 9: 73 (nr 16)	XI: 152
KG 14.4.1932	IPRspr 1932 nr 83	VIII: 88
RG 22.4.1932	RGZ 136: 142	XIV: 29
AG Berlin-Mitte 4.7.1932	IPRspr 1932 nr 95	XI: 38, 151
LG Berlin 25.11.1932	» 1933 nr 41	VIII: 70
KG 10.2.1933 (A)	» 1933 nr 7	XI: 38
KG 10.2.1933 (B)	» 1933 nr 47	XIII: 23
RG 4.5.1933	» 1933 nr 92	VIII: 69
OLG Hamburg 25.10.1933	» 1933 nr 90	VIII: 13, 40, 76
KG 6.11.1933	» 1933 nr 45 b)	VIII: 70
OLG Dresden 9.11.1933	» 1934 nr 46	VIII: 70
KG 27.11.1933	» 1934 nr 116	VIII: 70
KG 11.12.1933 (A)	» 1933 nr 39	VIII: 70
KG 11.12.1933 (B)	» 1934 nr 50	VIII: 70
KG 18.12.1933 (A)	» 1933 nr 46	VIII: 70
KG 18.12.1933 (B)	» 1933 nr 94	VIII: 70
KG 15.1.1934	» 1934 nr 117	VIII: 70
OLG München 25.4.1934	» 1934 nr 126	VIII: 43
OLG Hamburg 26.4.1934	» 1934 nr 125	VIII: 44
LG Bremen 8.5.1934	JW 1934: 2353	VIII: 76
LG Berlin 14.5.1934	SA 1935: 258	VI: 59; VIII: 70, 72
BayObLG 27.6.1934	IPRspr 1934 nr 43	XIV: 33
LG Hamburg 6.7.1934	» 1934 nr 18	XI: 31
LG Oldenburg 30.11.1934	SA 1935: 368	VIII: 70
RG 20.5.1935	RGZ 147: 399	VIII: 76
RG 7.11.1935	WarnRspr 1935 nr 192	VIII: 43
KG 20.1.1936	JW 1936: 1688	VIII: 15
RG 19.3.1936	RGZ 150: 374	VIII: 57
KG 20.4.1936	JW 1936: 2464	VIII: 40, 70
RG 7.5.1936	RGZ 151: 226	XI: 151
RG 8.6.1936	RGZ 151: 313	XIV: 29
RG 16.7.1936	RGZ 152: 23	XIV: 29
KG 14.1.1937	JW 1937: 961	VIII: 70
OLG Königsberg 1.2.1937	SA 1938: 109	VIII: 40, 70, 75
KG 8.3.1937	JW 1937: 1727	XI: 24
KG 3.5.1937	JW 1937: 2523	VI: 59; VIII: 15, 40, 70
KG 9.7.1937	JW 1937: 2526	XI: 38, 39, 51, 134, 189

LG Berlin 2.11. 1937	JW 1938: 395	VIII: 43, 70, 75, 91
RG 11.11.1937	JW 1938: 108	XI: 51, 132
LG Berlin 3.2.1938	JW 1938: 1273	VIII: 40, 70, 75
KG 7.3.1938	JW 1938: 1258	II: 106; XIV: 20, 41, 78
KG 1.9.1938	DR 1939: 246	XI: 59
RG 3.7.1939	RGZ 160: 396	VIII: 43; XIV: 20, 40
OLG Breslau 8.11.1940	HRR 1941 nr 425	XIV: 79
RG 24.1.1941	RGZ 165: 398	XIV: 98, 145
LG Braunschweig 22.10.1947	IPRspr 1945—49 nr 78	XI: 31
LG München 6.2.1948	» 1950—51 nr 68	XIV: 79, 264
LG Osnabrück 24.9.1948	» 1950—51 nr 141	VIII: 81
OLG Kiel 4.1.1949	» 1945—49 nr 64	VIII: 43
LG Stuttgart 12.1.1949	» 1945—49 nr 21	VIII: 86
LG Osnabrück 20.4.1949	» 1950—51 nr 142	VIII: 84
OLG Hamm 19.5.1949	» 1945—49 nr 24	XIII: 23
LG Berlin 23.5.1949	» 1945—49 nr 68	VIII: 43, 84
LG Göttingen 18.10.1949	» 1950—51 nr 143	VIII: 81
OLG München 21.11.1949	SA 1950: 130	II: 117; XIV: 10, 105
LG Ravensburg 8.3.1950	IPRspr 1950—51 nr 63	VIII: 57
LG Berlin 3.4.1950	» 1950—51 nr 69	XII: 17. S. 383
OLG Tübingen 1.6.1950	» 1950—51 nr 80	VIII: 81, 99
LG Köln 23.10.1950	» 1950—51 nr 81	II: 38; VIII: 81, 94, 99
LG Frankfurt/M. 6.12.1950	» 1950—51 nr 66	VIII: 40, 81
LG Nürnberg-Fürth 28.2.1951	» 1950—51 nr 65	VIII: 81
OLG Hamm 15.10.1951	» 1950—51 nr 73	II: 106; VIII: 57, 59; XIV: 19
BayObLG 21.3.1952	» 1952—53 nr 317	XIII: 23
LG Düsseldorf 20.6.1952	» 1952—53 nr 114	IX: 18, 19, 35; XIII: 18
LG Essen 4.7.1952	» 1952—53 nr 98	XI: 40
AG Holzminden 18.7.1952	» 1952—53 nr 187	XIII: 24
LG Augsburg 10.12.1952	» 1952—53 nr 151	VIII: 84
LG Köln 20.2.1953	» 1952—53 nr 193	II: 28; III: 44; XI: 53, 169. S. 321, 324
LG Weiden 28.2.1953	» 1952—53 nr 104	XIV: 18, 33
LG Mannheim 17.3.1953	» 1952—53 nr 96	XIV: 111
AG Mannheim 15.9.1953	» 1952—53 nr 176	XI: 44
LG Hamburg 27.2.1954	» 1954—55 nr 98	XI: 40, 41, 42, 144, 147
LG Verden 3.3.1954	» 1954—55 nr 107	XI: 40
LG Berlin 15.3.1954	» 1954—55 nr 80	VIII: 40, 81, 82, 97
OLG Hamm 18.9.1954	» 1954—55 nr 118	XI: 29, 31, 32, 124
KG 28.10.1954	» 1954—55 nr 102	XIII: 26, 27, 29
AG Lübeck 7.1.1955	» 1954—55 nr 77	XIV: 243
BayObLG 20.4.1955	» 1954—55 nr 8	II: 39; VIII: 97; IX: 18, 20, 37
Präsidenten i OLG Hamburg 5.8.1955	» 1954—55 nr 84	XIV: 21, 41, 241
LG Berlin 12.9.1955	R 1956: 83	XI: 31, 33, 124
OLG Düsseldorf 19.12.1956	IPRspr 1956—57 nr 110	VIII: 57

LG Waldshut 11.4.1957	IPRspr 1956—57 nr 111	VIII: 81, 97
OLG Hamm 14.9.1957	» 1956—57 nr 148 b)	XII: 18
LG Frankfurt/M. 9.5.1958	» 1958—59 nr 116	VIII: 81
OLG Hamm 10.11.1958	FamRZ 1959: 28	XI: 31, 32, 124
BGH 29.4.1959	IPRspr 1958—59 nr 10	XIV: 95
KG 18.1.1960	Opublicerat; refererat av Boulanger 130	XII: 18
AG Hamburg 21.4.1960	DAVorm. 1960 sp. 135	XI: 29
BayObLG 9.9.1960	FamRZ 1961: 220	XIV: 24
LG Hannover 19.4. 1961	JZ 1963: 21	XIV: 50, 61
LG Hamburg 3.7.1961	SA 1962: 253	XI: 29, 31, 32, 124
KG 14.8.1961	FamRZ 1961: 483	IX: 8, 13; XI: 40, 152
KG 14.9.1961	FamRZ 1961: 480	II: 39; VI: 46; XIV: 54, 244, 263
LG Köln 10.1.1962	FamRZ 1962: 158	XIV: 18
OLG Celle 15.2.1962	NJW 1962: 1160	XIV: 244
OLG Celle 25.6.1962	FamRZ 1963: 91	XIV: 23, 31
AG Hamburg 12.7.1962	SA 1963: 301	XI: 31, 32, 124
OLG Karlsruhe 3.9.1962	SA 1963: 42	XIV: 18, 24, 53, 241
KG 15.10.1962	FamRZ 1963: 43	IX: 24
OLG Stuttgart 12.11.1962	SA 1963: 157	XIV: 31, 61, 244
OLG München 17.12.1962	NJW 1963: 2233	XIV: 18, 37, 57, 72
OLG Stuttgart 5.2.1963	Opublicerat; citerat av BGH i FamRZ 1963: 556	XIV: 61
OLG München 25.2.1963	SA 1964: 13	XIV: 81, 85
AG Hamburg 19.4.1963	SA 1964: 74	XI: 40, 149, 169, 187
OLG Bremen 16.5.1963	SA 1963: 329	XIV: 10, 18
OLG Celle 5.6.1963	SA 1963: 240	II: 16; XI: 20, 40, 41, 45, 52, 127, 145, 150, 152
OLG Celle 26.6.1963	FamRZ 1963: 570	XIV: 20, 33, 37, 41
OLG Hamm 10.9.1963	SA 1964: 50	XIV: 23, 31, 37
LG Wuppertal 27.9.1963	SA 1964: 52	IX: 18, 19; XI: 31, 123, 136
Presidenten i OLG Hamburg 27.9.1963	MDR 1964: 326	XIV: 21, 57
BayObLG 8.10.1963	SA 1964: 11	XI: 29, 31, 32, 123
OLG Braunschweig 10.10.1963	FamRZ 1963: 569	XIV: 31, 61, 249
OLG Köln 18.10.1963	SA 1964: 272	II: 16; XI: 20, 40
AG Hamburg 13.11.1963	SA 1964: 165	XI: 31, 124
BGH 12.2.1964 (A)	BGHZ 41: 136	XI: 43; XIV: 23, 25, 31, 33, 39, 41, 42, 72, 119. S. 436, 437, 438, 439, 443, 445, 476
BGH 12.2.1964 (B)	Opublicerat; citerat i OLG Karlsruhe 17.3.1964	XI: 43; XIV: 23, 31, 119. S. 436, 437, 438, 439, 443, 445, 476

OLG Karlsruhe 17.3.1964	SA 1964: 327	XIV: 23, 58, 59
OLG Frankfurt/M. 23.3.1964	FamRZ 1964: 295	XIV: 19
OLG München 2.4.1964 (A)	FamRZ 1964: 442	II: 85; XIV: 81
OLG München 2.4.1964 (B)	FamRZ 1964: 444	II: 85; XIV: 81
OLG Düsseldorf 17.4.1964	SA 1965: 18	<i>IX</i> : 24, 25, 36; XI: 31 51, 123
OLG Hamm 30.6.1964	FamRZ 1965: 90	XI: 12, 31, 32, 41
AG Bielefeld 28.7.1964	FamRZ 1964: 566	XI: 40, 41, 45, 144
OLG Hamm 21.8.1964	FamRZ 1965: 92	XIII: 26, 27, 28, 30, 34
OLG Celle 5.11.1964	FamRZ 1965: 43	II: 16; XI: 40, 41, 45, 136
OLG Düsseldorf 27.11.1964	FamRZ 1965: 144	II: 16
AG Hannover 19.1.1965	SA 1965: 158	XIV: 29
BGH 22.1.1965	FamRZ 1965: 311	II: 16; XI: 20, 40, 41, 45, 127, 150, 151. S. 311, 312, 316, 345
OLG Saarbrücken 14.7.1965	FamRZ 1966: 42	XIII: 26, 29, 31
BayObLG 15.12.1965	FamRZ 1966: 147	II: 16
BayObLG 4.1.1966	FamRZ 1966: 144	XI: 40, 41, 45, 127
OLG Bremen 7.4.1966	SA 1966: 259	XIV: 59
AG Hamburg 27.4.1966	SA 1966: 205	XI: 31, 40, 124, 148
BGH 14.7.1966	FamRZ 1966: 495	XIV: 59
ÖSTERRIKE		
OGH 11.5.1932	SZ 1932: 357	XIV: 113
OGH 30.6.1937	J 1938: 354	XIV: 113
OLG Wien 27.2.1946	ÖJZ 1946: 136	VIII: 46
OGH 25.10.1952	J 1956: 98	II: 25; XI: 66, 101, 169. S. 324, 365
VwGH 30.3.1954	J 1956: 100	IV: 80
OGH 6.9.1954	ÖJZ 1954: 618	IX: 4
OLG Wien 10.4.1962	ZfRV 1964: 171	VIII: 102
OGH 10.10.1962	ÖJZ 1963: 70	XIV: 122, 134
VwGH 29.11.1962	ÖJZ 1963: 277 (nr 125)	VIII: 57
OGH 21.9.1965	ÖJZ 1966: 179	IX: 4

VISSA FÖRKORTNINGAR

ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (1811, österrisk)
A.C.	Appeal Cases, English Law Reports
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (tysk)
AG	Amtsgericht (tysk)
All E.R.	All England Law Reports, Annotated
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayObLGZ	Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen
BezG	Bezirksgericht (schweizisk)
BG	Bundesgericht (schweizisk)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (1896, tysk)
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, Amtliche Sammlung
BGH	Bundesgerichtshof (tysk)
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
Cass.	Cour de Cassation (belgisk)
Cass.civ.	Cour de Cassation, Chambre civile (fransk)
CBR	The Canadian Bar Review
C.c.	Code civil (1803, fransk)
C.c. belge	Code civil belge (1803)
Ch.	Chancery Division, English Law Reports
Civ.	Tribunal civil (belgisk)
CLR	Columbia Law Review
Cod.civ.esp.	Código civil (1889, spansk)
Cod.civ.it.	Codice civile (1942, italiensk)
Curt.	Curteis (engelsk serie Law Reports 1834—1844)
D	Recueil Dalloz de doctrine, de jurisprudence et de législation (fransk)
DAVorm.	Der Amtsvormund (tysk)
DR	Deutsches Recht
DVO	Vierte Durchführungsverordnung zum Ehegesetz (1941, österrisk)
EG	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch (1896, tysk)
EGGVG	Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz (1877, tysk)

EheG	Ehegesetz (dels den österrikiska av år 1938, dels den tyska av år 1946)
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht, Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht (tysk)
FamRÄndG	Familienrechtsänderungsgesetz (1961, tysk)
FB	Föräldrabalken 10.6.1949
FGG	Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (1898, tysk)
FIFL	Lag ang. vissa familjerättsliga förhållanden av internationell natur (1929, finsk)
FRK	Familjerättskommittén, se litteraturförteckningen
GB	Giftermålsbalken 11.6.1920
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (1949)
Giur. Comp.	Giurisprudenza Comparata di Diritto Internazionale Privato (italiensk)
GMedbL	Lag 23.5.1924 om förvärvande och förlust av svenskt medborgarskap
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz (1877, tysk)
H	Hustrun
HD	Högsta domstolen
Hf	Huvudfråga/n/
HLR	Harvard Law Review
HovR	Hovrätt/en/
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung (tysk)
ICLQ	The International and Comparative Law Quarterly (engelsk)
IDL	Lag 5.3.1937 om internationella rättsförhållanden rörande dödsbo
IntFamR	Das internationale Familienrecht Deutschlands und Frankreichs, se litteraturförteckningen vid Familienrecht
IP	Internationell/t/ privaträtt/slig/
IPR	Internationales Privatrecht (internationalprivatrechtlich)
IPRspr	Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des internationalen Privatrechts
IÄL	Lag 8.7.1904 om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap, förmynderskap och adoption
IÄR	Lag 1.6.1912 om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskaps rättsverkningar
J	Journal du droit international, tidigare (tiden 1875—1914) benämnd Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée (fransk, grundad av Clunet)
J.	Mr. Justice (engelsk domare — s.k. puisne judge — i High Court)
J.C.P.	Juris-Classeur périodique, La Semaine juridique (fransk)
JFG	Jahrbuch für Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts (tysk)
JherJB	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts (tysk)

JN	Jurisdiktionsnorm (1895, österrikisk)
JR	Juristische Rundschau (tysk)
JT	Journal des tribunaux (belgisk)
JuS	Juristische Schulung (tysk)
JW	Juristische Wochenschrift (tysk)
JZ	Juristenzeitung (tysk)
KF	Kunglig förordning
KG	Kammergericht (tysk)
KK	Kunglig kungörelse
KM	Kunglig Majestät
KRes	Kunglig resolution
LB	Lagberedningen, se litteraturförteckningen
LG	Landgericht (tysk)
LQR	The Law Quarterly Review (engelsk)
L.R.H.L.	House of Lords, English and Irish Appeals (1866—1875)
L.R.P. & D.	Probate and Divorce Cases, English Law Reports (1865—1875)
LZ	Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht
M	Mannen
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
MedbL	Lag om svenskt medborgarskap 22.6.1950
MLR	The Modern Law Review (engelsk)
M.R.	Master of the Rolls (engelsk domare i Court of Appeal)
NAG	Bundesgesetz betreffend die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und der Aufenthaltler (1891, schweizisk)
NJA	Nytt juridiskt arkiv
NJW	Neue juristische Wochenschrift (tysk)
NR	Nouvelle Revue de droit international privé (fransk)
OGH	Oberster Gerichtshof (österrikisk)
OLG	Oberlandesgericht (tysk eller österrikisk)
OLGR	Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts (tysk)
P.	Probate Division, English Law Reports
Pas.	Pasicrisie belge. Recueil général de la jurisprudence des cours et tribunaux et du Conseil d'état de Belgique
Pf	/Den/ prejudiciell/a/ fråga/n/
PSIG	Personenstandsgesetz (1957, tysk)
R	Revue critique de droit international privé, förut (fram t.o.m. 1946) benämnd Revue critique de droit international, dessförinnan (t.o.m. 1933) Revue de droit international privé (fransk)
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, förut (t.o.m. 1960) benämnd Zeitschrift für etc. (tysk)
RB	Rättegångsbalken 18.7.1942
Recueil	Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye

REDI	Revista Española de Derecho Internacional
RegR	Regierungsrat (schweizisk)
Rev. dr. fam.	Revue de droit familial (belgisk)
RG	Reichsgericht (tysk)
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (tysk)
Rpfleger	Der Deutsche Rechtspfleger
RuStAG	Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetz (1913, tysk)
RVH	Rechtsvergleichendes Handwörterbuch, se litteraturförteckningarna vid Schlegelberger
RÅ	Regeringsråttens årsbok
S	Recueil général des lois et des arrêts (Sirey, fransk)
SA	Das Standesamt, Zeitschrift für Standesamtswesen (tysk)
Sess. C	Session Cases (skotsk)
SJB	Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
SOU	Statens offentliga utredningar
SRL	Sveriges Rikes Lag (den vanliga editionen)
SvJT	Svensk Juristtidning
SZ	/Sammlung der/ Entscheidungen des Österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivil- und Justizverwaltungssachen
TfR	Tidsskrift for Rettsvitenskap
T.L.R.	Times Law Reports (engelsk)
Travaux	Travaux du comité français de droit international privé
Trib.	Tribunal civil (fransk eller schweizisk) eller — fr.o.m. 1959 -- Tribunal de grande instance (fransk)
UfR	Ugeskrift for Retsvæsen
WarnRspr	Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts (tysk)
Vorschläge	Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Eherechts, se litteraturförteckningarna
VwGH	Verwaltungsgerichtshof (österrikisk)
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (schweizisk)
ZFRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung (österrikisk)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch (1907)
ZIR	Zeitschrift für internationales Privat- und Öffentliches Recht (tysk, 1902—1909), fr.o.m. 1910 benämnd Zeitschrift für internationales Recht
ZivrVerhG	Se NAG
ZPO	Zivilprozessordnung (1877, tysk)
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
ZZivStW	Zeitschrift für Zivilstandswesen (schweizisk)
ÄB	Ärverdabalken 12.12.1958
ÖH	Österreichische Hefte für die Praxis des internationalen und ausländischen Rechts
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
ÖStA	Österreichisches Standesamt

