

SUOMALAISEN
LAKIMIESYHDISTYKSEN
JULKAISUJA
C-SARJA N:o 9

Yhteiskirjapaino Oy, Helsinki 1972

ISBN — 951 — 26 — 0000 — 5

ISBN 978-951-855-877-7 (PDF)

ARS BONI ET AEQUI

JUHLAJULKAISU
Y. J. HAKULISEN
70-VUOTISPÄIVÄNÄ
21. 1. 1972

REFLEKTIONER I ANSLUTNING TILL FÖRSLAG OM NY INTERNATIONELL ADOPTIONSLAG

GÖSTA WALIN

Den internationella familjerätten får efter hand allt större praktisk betydelse. Antalet utlänningar i Sverige är betydande. En stor del stannar för livet, andra återvänder till hemlandet. Detta har föranlett ett livligt lagstiftningsarbete, som inte bara är till lyst, och förslag har avlämnats såväl till Internationell adoptionsrätt (SOU 1969: 11) som till Internationell äktenskaps- och arvsrätt (1969: 60). Båda förslagen har vid remissbehandlingen fått ett gynnsamt mottagande och det förra har blivit föremål för proposition (1971: 113) till riksdagen med förslag till lag om internationella rättsförhållanden rörande adoption som skall träda i kraft 1 jan. 1972. Här bör även nämnas, att tidigare avlämnats ett betänkande om Adoption av utländska barn (1969: 57) som behandlar praktiska synpunkter vid handhavandet av internationella adoptionsfrågor.

Båda de förstnämnda betänkningarna har stort principiellt intresse och ger utrymme åt sådana kompromisser mellan nationalitets- och domicilprinciperna som haft så stor framgång i internordisk lagstiftning liksom inom konventionsarbetet i vidare sammanhang.

Sverige har tidigare inom Haagkonferensen för internationell privaträtt deltagit i utarbetandet av en den 15 nov. 1965 dagtecknad konvention om behörig myndighet, tillämplig lag och erkännande av beslut rörande adoption.¹ Konventionen har ännu inte trätt i kraft och har hittills (aug. 1971) ratificerats endast av Österrike. Det nu aktuella svenska lagförslaget har utarbetats under beaktande av konventionen. Den föreslagna lagen är emellertid generell och förutsätter inte konvention eller reciprocitet. Om Sverige ansluter sig till konventionen, får i särskild författning göras vissa undantag från den generella lagen. Nu gällande internordiska lagstiftning innehåller också undantag från den generella lagen och dessa undantag förutsätts skola bestå t.v.

En första fråga är, när inhemsk myndighet skall vara behörig att ta upp ansökan om adoption. Redan här möter i den föreslagna lagen en kompromiss mellan nationalitet och domicil. Ansökan

¹ Se bil. till SOU 1969: 11 och Danmark i SvJT 1967: 1 ff.

om adoption får upptas av svensk domstol, om den eller de sökande har svenskt *medborgarskap* eller har *hemvist* i Sverige. Med *hemvist* åsyftas hemvist i svensk internationellrättslig mening, däremot t.ex. inte vad som enligt anglosachsisk uppfattning betecknas som *domicil* — ett begrepp som f.ö. inte är enhetligt inom den anglosachsiska rätten.² Med tanke på ströfall av olika slag, såsom då endast den ena av adoptionssökande makar är svensk medborgare, har dessutom Kungl. Maj:t fått befogenhet medge, att ansökan prövas här.

Det kan synas i och för sig vara av mindre betydelse, hur behörighetsfrågan besvaras. Enligt lagen skall emellertid ansökan som görs vid svensk domstol också prövas enligt *svensk lag*. Den kompromiss som 1 § innehåller får alltså grundläggande materiell betydelse och ger en fingervisning varthän utvecklingen sannolikt går. Som det emellanåt kan vara betydelsefullt för barnet om ett svenskt beslut kommer att respekteras i annat land till vilket adoptanten eller barnet har anknytning, föreskriver lagen en diskretionär prövning, om barnet är under 18 år. I så fall skall särskilt beaktas, huruvida det skulle medföra avsevärd olägenhet för barnet, om adoptionen inte blir gällande där. I motsats till hittills gällande bestämmelser blir främmande lag inte något ovillkorligt hinder. Även på annat sätt lättas villkoren genom den nya regleringen. En i princip konform lösning har mutatis mutandis tidigare godtagits i lag 27 nov. 1964 om svensk domstols prövning av äktenskapsmål i vissa fall.

Att *lex fori* skall användas innebär en uppenbar lättnad. Det diskretionära beaktandet av hänsyn till främmande lag kan anpassas efter förhållandena. Domstolen och sökandena slipper införskaffa utredning om främmande rätt när det har endast underordnat intresse, t.ex. om barnet kommer från ett avlägset land till vilket det inte kan antas återvända.

Lagen utgår från att *rättsverkningarna* av svensk adoption skall i Sverige i första hand bedömas enligt svensk lag. Detta innebär numera, att s.k. stark adoption inträder, och sökandena kan inte på grund av anknytning till främmande land göra något förbehåll som gör avsteg från den svenska rättens regler. Stark adoption innebär hos oss, att barnet i familjerättsligt hänseende helt jämställs med barn i äktenskap. Det föreligger förslag om att likställigheten skall generellt bekräftas i en ny 8 § i 4 kap. föräldrabalken, ett tillägg som dock inte inom familjerätten innebär någon saklig nyhet.

I detta sammanhang bör uppmärksammas, att de möjligheter att häva adoption som tidigare funnits har avskaffats hos oss genom lag 17 dec. 1970. Till tröst för den adoptant som önskar gifta sig

² Ang. hemvistbegreppet se SOU 1969: 60 s. 13 och 194 ff.

med adoptivbarnet kan emellertid meddelas, att detta går för sig och att då enligt 4 kap. 7 § FB all verkan av adoptionen upphör. Vidare kan adoptivbarn adopteras av ny adoptant. Även då förfaller all verkan av den förra adoptionen för framtiden. Bl.a. kan den som adopterats utomlands adopteras på nytt.

Att rättsverkningarna av adoption skall bedömas enligt svensk lag betyder inte utan vidare, att svensk lag blir tillämplig på arvsrätt i adoptivförhållande. Principen är som bekant hos oss — frånsett internordiska förhållanden — att tillämplig arvslag bestäms av arvlåtarens nationella lag i dödsögonblicket. Lagen utsäger emellertid nu i 4 §, att om adoptionen skett här i riket, skall adoptivbarnet alltid anses som adoptantens barn i äktenskap. Detta innebär, att vi i Sverige även vid tillämpning av utländskt arvsstatut skall jämställa adoptivbarnet med och ge barnet samma lott som barn i äktenskap, alldeles oavsett om arvsstatutet förvägrar adoptivbarn arvsrätt eller ger barnet en mindre lott än barn i äktenskap.

Adoption brukar förutsätta vissa samtycken från olika sidor, dvs. viljeförklaringar som antas vara bindande omedelbart eller i och med myndighets konfirmation. Hos oss är myndighets beslut det konstitutiva. Detta förhållande hindrar emellertid inte, att adoption kan efter användning av extraordinärt rättsmedel undanröjas om något väsentligt fel vidlåder samtycke som lagen förutsätter. Intill 1958 års omläggning av adoptionsinstitutet hade vi i Sverige en adoptionsform som man numera brukar beteckna som svag. Det gavs 1958 möjlighet att inom viss tid omföra äldre svag adoption till ny stark adoption. Genom 1970 års lagstiftning har man tagit ett ytterligare, mycket radikalare steg och utan vidare omfört alla äldre kvarstående svaga adoptioner till starka adoptioner. Därmed har man helt satt sig över de förutsättningar från vilka förutnämnda viljeförklaringar utgått. Barnet har gått miste om arvsrätt efter sin biologiska släkt osv. Även den möjlighet att häva svag adoption som förut fanns har upphävts. Det gäller f.ö. också om de starka adoptioner som tillkommit under tiden mellan 1958 års och 1970 års lagstiftning. Förenämnda betänkande om Internationell adoptionsrätt som avlämnats före 1970 (och för vilket förf. svarade som utredningsman) utgick från den då gällande svenska interna adoptionslagstiftningen och var mera nyanserat. Man får hoppas och har kanske anledning tro, att den förenkling som skett skall visa sig vara av godo. En följd av de nya interna reglerna kombinerade med den internationella adoptionslagen är, att även barn som i Sverige adopterats före 1 juli 1959 skall vid tillämpning av 4 § i lagen jämställas med barn i äktenskap.

Teoretiskt kan man kanske ställa frågan, om en äldre adoption skulle kunna upprivas med användning av extraordinärt rättsmedel därför att adoptanten eller annan utgått från förutsättningar i fråga om barnets ställning som ändrats väsentligt genom lagen. Samtyckets giltighet för den nya situationen skulle alltså kunna

sättas i fråga. Men man får nog utesluta möjligheten.³ Den använda lagstiftningsmetoden är av stor principiell betydelse. I fråga om radikal förenkling överträffas den dock av övergångsbestämmelserna till 1969 års svenska lagstiftning om barn utom äktenskap (jfr nedan).

Den nya lagen om internationella rättsförhållanden rörande adoption reglerar inte endast svensk adoption i internationella sammanhang utan behandlar också *verkan av utländska beslut*. Även här gör lagen — i 3 § — en kompromiss mellan nationalitets- och domicilprinciperna. Utländskt beslut om adoption skall sålunda som regel gälla här i riket, om den eller de sökande var medborgare eller hade hemvist i den främmande staten när beslutet meddelades. Med hemvist åsyftas alltså hemvist i internationell-rättslig mening. Här torde man emellertid böra så långt möjligt respektera adoptionslandets uppfattning om vad som menas med hemvist. Anglosachsiskt domicil bör t.ex. godtas. Detta kan grundas på lagens strävan att acceptera beslut som meddelats i land till vilket sökande hade viss fastare anknytning. Även denna tillämpningsfråga har principiellt intresse. Syftet med varje särskild bestämmelse måste f.ö. sätta sina spår i tillämpningen även när hemvist förekommer i andra sammanhang.⁴

Lagen är reciprok såtillvida, att utländska beslut i princip godkänns under samma förutsättningar som tagits upp för svensk domstols behörighet att pröva ansökan om adoption. Lagen innehåller emellertid en reservation, enligt vilken giltigheten av utländskt adoptionsbeslut ibland förutsätter godkännande av Kungl. Maj:t eller myndighet som Kungl. Maj:t bestämmer. Detta är fallet, när adoptivbarnet var svensk medborgare eller hade hemvist i Sverige. Motiven utgår från, att godkännande skall ha retroaktiv verkan liksom att domstol undantagsvis kan i hithörande fall pröva om adoption skall respekteras utan att den godkänts av Kungl. Maj:t.⁵ — I konformitet med 1 § innehåller lagen en tilläggsbestämmelse, att Kungl. Maj:t eller den Kungl. Maj:t bemyndigar kan förordna, att utländskt adoptionsbeslut i andra fall än förut nämnts skall gälla här i riket. Bestämmelsen har i dagens läge avsevärt större praktisk betydelse än motsvarande regel i 1 §. Det är vanligt, att svenska medborgare adopterar barn genom ett förfarande i barnets hemland (t.ex. Korea).

Något försök har inte gjorts att i lagen ange vad som förutsätts för att det skall anses vara fråga om adoption. Detta kvalifikationsproblem står sålunda öppet. Adoption kan vara av ganska olika slag och vissa minimikrav måste uppställas med tanke bl.a. på de rättsverkningar som godkännande av utländsk adoption kan med-

³ Jfr not 11 i det följande.

⁴ Prop. s. 43.

⁵ Bet. s. 41 f och prop. s. 45 f.

föra.⁶ I detta sammanhang kan böra understrykas, att lagen endast talar om »beslut om adoption». Faktisk adoption utan medverkan av myndighet torde inte rymmas under uttrycket. Liknande kvalifikationsproblem förekommer inom äktenskapsrätten, och man kan helt visst inte ställa sig helt likgiltig t.ex. om främmande stat betraktar faktisk adoption — eller privat adoption om man vill kalla den så — som en rättsligt verksam åtgärd.⁷

Det är utan betydelse vilken lag som tillämpats av den utländska myndigheten, dvs. om den tillämpat *lex fori* eller adoptants nationella lag eller hans hemvistlands lag. Här kan emellertid nämnas, att enligt 6 § utländskt beslut om adoption som strider mot svensk ordre public inte får tilläggas giltighet i Sverige. Det kan måhända tänkas tvångsadoption eller annat uppenbart åsidosättande av biologiska föräldrars eller barnets elementära rätt, skenadoption osv.

Rättsverkningarna av utländsk adoption regleras i 4 § i lagen. Paragrafen har emellertid, i motsats till betänkandet, kommit att något förvillande reglera även verkningar av svensk adoption i arvsrättsligt hänseende (jfr ovan). Frågan hur rättsverkningarna av en adoption skall bedömas hör till de mera omstridda och har inom litteraturen varit föremål för intressanta teoretiska utläggningar. Den som betonar att adoption förutsätter viljeförklaringar är benägen att fästa viss vikt vid de förutsättningar från vilka de handlande utgick. Den som åter ser myndighetens beslut som det helt dominerande kan lättare acceptera adoptionen som ett neutralt faktum och låta rättsverkningarna växla — på samma sätt som äktenskapets rättsverkningar med avseende å barnen inte stelt regleras av det statut som gällde för äktenskapets ingående.

Lagen reglerar först de mindre svårlösta frågorna om vårdnad, förmynderskap och underhåll. I denna del sägs kategoriskt, att när utländskt beslut om adoption skall gälla här i riket, anses barnet som adoptantens barn i äktenskap. Beträffande innebörden behöver här knappast tilläggas mer än det kan bli aktuellt att pröva huruvida adoptionen verkligen åsyftar att barnet skall omhändertas av adoptanten.⁸ Kvalifikationsproblemet dyker alltså upp. Lagen innebär i övrigt, att man får göra klart för sig vilken lag som skolat tillämpas om barnet verkligen vore barn i äktenskap. Det är inte sagt, att svensk lag då skall tillämpas som *lex fori*. I fråga om förmynderskap finns t.ex. särskilda regler för internationellt rättsliga förhållanden. Beträffande vårdnad och underhåll drar utvecklingen i riktning mot *lex fori*, se t.ex. 3 § i 1964 års lag om svensk domstols prövning av äktenskapsmål i vissa fall.

I andra stycket av 4 § reglerar lagen den mera kontroversiella

⁶ Bet. s. 41 och prop. s. 45.

⁷ Jfr betr. skilsmässa SOU 1969: 60 s. 179.

⁸ Jfr bl.a. prop. s. 45.

frågan om arvsrätt i adoptivförhållanden. Härvid bortses i lagen helt från vad adoptant och andra kan ha tänkt sig när de samtyckte till adoption. I betänkandet hade intagits en mera modest ståndpunkt och angetts, att adoptivbarnet och dess skyldemän inte skulle genom tillämpning av arvsstatutet gå förlustiga rätt till arv som var förutsatt vid adoptionen. Att arvsrätt i förhållande till den biologiska släkten består är ju inte något ovanligt. Och i dansk rätt t.ex. kan vid adoption göras direkt förbehåll i den riktningen. Nämnade finkänslighet är nu bortopad i lagen. I stället sägs kategoriskt, att i fråga om arvsrätt i adoptivförhållanden gäller vad som i allmänhet är föreskrivet om tillämplig lag beträffande rätten till arv, oavsett vilken lag som tillämpats vid adoptionen. Enligt svensk rätt skall — fränsett nordiska förhållanden — tillämpas arvlåtarens nationella lag i dödsögonblicket. Det kan inträffa, att arvsstatutet överhuvud inte erkänner arvsrätt i adoptivförhållanden. Barnet skulle då kunna gå miste om arvsrätt såväl efter den biologiska släkten som efter adoptanten och dennes släkt. När adoptionen skett i Sverige, skall emellertid som förut nämnts adoptivbarnet alltid anses som adoptantens barn i äktenskap. Anmärkningsvärt är, att lagen bl.a. inte uppmärksammar stark adoption som ägt rum i nordiskt grannland. Förmodligen bör man här som ofta annars inom internationell rätt akta sig för motsatsslut och i stället utgå från att lagen har luckor som får utfyllas efter övervägande av adoptionens beskaffenhet samt bedöma rimligheten av att jämställa utländsk adoption med svensk i det särskilda fallet. I motiven understryks i annat sammanhang, att lagen inte är uttömmande.

Den summariska lösning som lagen bjuder har påverkats av det sätt på vilket man behandlat övergångsfrågorna vid 1970 års interna svenska adoptionslagstiftning.⁹ Men dessutom är av intresse att jämföra med övergångsregleringen vid 1969 års lagstiftning om utomäktenskapliga barns arvsrätt. Man slojade då alla undantagsregler beträffande arvsrätt för eller efter barn utom äktenskap. Principen hälsas med glädje. För egen del har jag också för länge sedan uttalat mig för att de nya reglerna skulle tillämpas även när faderskap fastställts enligt äldre lag men med viss reservation.¹⁰ 1969 års lagstiftning godtar över lag alla äldre domar eller erkännanden som förklarar vederbörande vara fader, oaktat de i realiteten endast innebar underhållsplikt. När man gått så svepande fram i fråga om utomäktenskapliga barn, skulle det naturligtvis ha varit att sila mygg, om man i fråga om adoption tagit hänsyn till förutsättningarna för samtycke till adoption och för rättens beslut. Märkligt nog lär man inte från dansk sida ha gjort några allvarliga invändningar mot den bristande respekten för danska beslut med förbehåll för arvsrätt på biologisk skyldskaps grund. Det synes vara en stor principiell fråga för lagstiftaren i vad mån

⁹ Prop. s. 36.

¹⁰ SOU 1954: 6 s. 217 ff.

man i fortsättningen skall på traditionellt vis göra förbehåll som förebygger att nya regler känns stötande, tillämpade på redan uppkomna förhållanden, eller sätta sig över berättigad indignation i en del fall för att få enkla regler. Så mycket kan nog sägas som att den nya vinden inte lämpligen bör blåsa fullt lika friskt i alla familjerättsliga sammanhang.¹¹

Lagen räknar — som redan antytts — med att adoptivbarn enligt tillämpligt arvsstatut inte alltid har arvsrätt efter adoptanten. I 4 § tredje stycket tas därför upp en skyddsregel som är oberoende av tillämpligt arvsstatut. Där sägs, att om arvsrätt efter adoptanten inte föreligger, kan efter vad som finnes skäligt bestämmas att bidrag till barnets underhåll skall utgå av behållningen i adoptantens dödsbo. Man är alltså inte beredd att utan vidare acceptera arvsstatutets reglering. Några närmare normer ges inte men motiven utgår från att hänsyn skall tas till bl.a. andra barn som arvlåtaren har.

Beträffande ikraftträdandet kan noteras, att lagen inte blir tillämplig i fråga om rätt till arv i adoptivförhållande, om arvlåtaren avlidit före ikraftträdandet.

Betänkandet innehöll även regler om behörighet för svensk domstol att uppta ansökan om hävande av adoptivförhållande. Däremot innehöll förslaget inte något om verkan av utländsk myndighets beslut om adoptivförhållandes hävande. Tydligt är emellertid, att sådant beslut inte kan utan vidare lämnas å sido. Frågan om dess erkännande får bedömas enligt lagstiftningens grunder. Ganska stränga krav bör med hänsyn till ordre public ställas för att beslut om adoptivförhållandes hävande skall anses godtagbart från barnets synpunkt.¹²

Med hänsyn till innehållet i den nu gällande svenska interna adoptionslagstiftningen har i propositionen inte tagits upp någon bestämmelse om hävande. I princip skall utländsk adoption inte kunna hävas i Sverige. Detta gäller till följd av regleringen i 1931 års nordiska familjerättskonvention (tillämpning av *lex fori*) även för internordiska förhållanden. Man har emellertid inte vågat ta

¹¹ Ändrade föreskrifter om hävande av adoption meddelades senast år 1958 utan att några övergångsbestämmelser gavs. Lagstiftaren utgick (enligt vad mig är bekant) som självklart från att de nya föreskrifterna skulle tillämpas även på äldre adoptionsförhållanden liksom nya bestämmelser om äktenskapsskillnad m.m. tillämpas på äldre äktenskap osv. I NJA 1967 s. 186 tog HD överraskande avstånd från principen. Den avvikande mening som JR Regner (led. av lagrådet vid granskning av förslaget till ändringarna) uttalade stämde em. otvivelaktigt med vad som åsyftats och synes ändamålsenligt. Nämnda princip godtogs senare uttryckligen av lagrådet vid granskning av 1970 års ändringar (prop. 186 s. 62). Det senare måste blixtra för ögonen på dem som i 1967 års rättsfall så behjärtade adoptantens förutsättningar för adoptionen.

¹² Bet. s. 48.

ut steget riktigt fullt utan i motiven inskjutit en brasklapp. Det framhålls, att i utländsk rätt finns former av adoption som både med hänsyn till att den kan hävas och i andra hänseenden har svaga rättsverkningar.¹³ Det utesluts därför inte, att svensk domstol skulle kunna besluta om hävning av sådan adoption. Här dyker alltså upp ett andra gradens kvalifikationsproblem. Vid tillämpning av 3 § skall ju prövas, om utländsk adoption överhuvud kan jämföras med svensk. När det gäller hävande, skall ytterligare prövas om adoption, som visserligen förtjänar att betraktas som adoption, likväl skiljer sig så mycket från svensk adoption att den får hävas. Vilken lag som därvid skall tillämpas svävar i det blå. — Propositionen utgår vidare från att frågan om verkan av utländskt besluts hävande får bedömas efter omständigheterna.¹⁴

Som förut nämnts är lagen generell. Den förutsätter alltså ingen konvention eller reciprocitet e.l. Lagen avses skola bestå även om Sverige ratificerar 1965 års Haagkonvention, eftersom den senare inte kan förutsättas få annat än begränsad anslutning och f.ö. inte tar upp alla problem som behandlas i lagen. 7 § i lagen innehåller, att i den mån det påkallas till uppfyllande av Sveriges förpliktelser enligt avtal med främmande stat kan Kungl. Maj:t ge föreskrifter som avviker från bestämmelserna i lagen. Denna metod att lösa konflikten mellan en generell lag och konventionsförpliktelser är traditionell i svensk lagstiftning och synes svår att undvika, om man överhuvud vill kodifiera internationellt rättsliga regler utanför konventioners tillämpningsområden.

Man har skäl hoppas på att även betänkandet om internationell äktenskaps- och arvsrätt skall leda till lagstiftning. Vår nu gällande internationella äktenskapsrätt är trots vissa pålappningar i ett bedrövligt föråldrat tillstånd. Med genomförande av framlagda förslag skulle enligt förf:s (ej fullt opartiska) uppfattning ett stort steg tas mot en mera praktisk syn på behandlingen av internationellt rättsliga frågor. Bl.a. skulle den ominösa regeln om mannens lag som bestämmande för »familjens lag» alldeles försvinna ur bilden. Den bedömningen av internationella äktenskapsförhållanden är minst sagt föråldrad. Fläcken måste bort och därvid kan hemvistet komma in som ett utslagsgivande anknytningsfaktum, när makar eller andra berörda parter har olika nationalitet. Ivriga anhängare av nationalitetsprincipen talar med indignation om vådorna av individualiserande metod. Hänsyn till både nationalitet och hemvist har emellertid redan i många sammanhang tagits i konventioner, i vår egen lagstiftning och i rättspraxis. Om man begränsar sig till att beakta nationalitet resp. hemvist och inte för in andra godtyckliga anknytningsfakta i bilden, leder inte metoden

¹³ Prop. s. 39.

¹⁴ Prop. s. 39 f.

till rättsupplösning utan till en mera adekvat behandling av komplicerade förhållanden. Hos oss bör i nuvarande läge nationaliteten t.v. vara det primära faktum som man skall beakta och hemvistet användas som hjälpfaktum, bl.a. för att det skall bli möjligt välja mellan två konkurrerande nationaliteter. Jag bortser här från de statslösa problem, liksom från den särskilda behandling som kan böra komma politiska flyktingar till del. Även dessa frågor uppmärksammas i betänkandet om Internationell äktenskaps- och arvsrätt.¹⁵

Samråd med representanter för Danmark, Finland och Norge har föregått betänkandena. Förslag kan så småningom väntas från norsk sida i fråga om internationell adoptionsrätt.

¹⁵ Bet. s. 12 och 185 ff.