

Haagkonferensen för internationell privaträtt

Protokoll av den 23 november 2007 om tillämplig lag avseende underhållsskyldighet

Text antagen vid tidpunkten för den tjugoförsta
sessionen

Förklarande rapport från

Andrea Bonomi

Publicerad av konferensens permanenta byrå
Churchillplein 6b, Haag, Nederländerna



Haagkonferensen för internationell privaträtt

Protokoll av den 23 november 2007 om tillämplig lag avseende underhållsskyldighet

Text antagen vid tidpunkten för den tjugoförsta sessionen

Förklarande rapport från

Andrea Bonomi

Publicerad av konferensens permanenta byrå
Churchillplein 6b, Haag, Nederländerna



© Hague Conference on Private International Law 2013

Med ensamrätt. Denna publikation får inte återges, lagras i söksystem eller på annat sätt eller via andra hjälpmedel, däribland fotokopiering eller inspelning, överföras utan upphovsrättsinnehavarens skriftliga tillstånd.

Översättningen av *Protocol on the Law Applicable to Maintenance Obligations* (Protokoll om tillämplig lag avseende underhållsskyldighet) samt Andrea Bonomis förklarande rapport på alla officiella EU-språk (med undantag för engelska, franska och tyska) har möjliggjorts genom visad generositet av Europeiska kommissionen/generaldirektoratet för rättsliga frågor. Den tyska versionen av denna publikation har utarbetats gemensamt av regeringarna i Österrike, Tyskland och Schweiz.

Officiella versioner av publikationen på engelska och franska finns på webbplatsen för Haagkonferensen för internationell privaträtt (<www.hcch.net>). Översättningarna av publikationen till andra språk än engelska och franska har inte granskats av den permanenta byrån för Haagkonferensen för internationell privaträtt.

ISBN 978-92-79-39271-9

Tryckt i Belgien

Förord

1 *Denna publikation innehåller de officiella texterna, på franska och engelska, av Protokoll om tillämplig lag avseende underhållsskyldighet och Andrea Bonomis förklarande rapport.*

2 *Texterna i denna upplaga förekommer i akter och handlingar från den tjugoförsta sessionen, en publikation som förutom sidorna nedan innehåller arbetsdokument, rapporter och protokoll med anknytning till den andra kommitténs arbete inom ramen för den tjugoförsta sessionen. Denna volym, som kommer att publiceras längre fram, kan beställas från Haagkonferensens permanenta byrå (se punkt 5 nedan).*

3 *Den förklarande rapporten från Andrea Bonomi kommenterar det protokoll som antogs av den tjugoförsta sessionen och som förekommer i slutakten av den 23 november 2007. Denna rapport har översatts till engelska av Peter Wells.*

4 *Protokoll antogs av den tjugoförsta sessionen den 23 november 2007 och bär detta datum. Det antogs den 8 april 2010 av Europeiska unionen och undertecknades av Serbien den 18 april 2012.*

5 *Haagkonferensen för internationell privaträtts permanenta byrå, 6 Scheveningseweg, 2517 KT Haag, Nederländerna, lämnar gärna ut uppgifter om konferensens arbete till intresserade parter.*

Haag, mars 2013.

Protokoll

Utdrag ur slutakten
från den tjugoförsta sessionen
undertecknad den 23 november 2007*

PROTOKOLL OM TILLÄMPLIG LAG AVSEENDE
UNDERHÅLLSSKYLDIGHET

De stater som har undertecknat detta protokoll,
som önskar införa gemensamma bestämmelser om
tillämplig lag avseende underhållsskyldighet,

som önskar modernisera *Haagkonventionen av den 24 oktober 1956 om tillämplig lag avseende underhållsskyldighet mot barn och Haagkonventionen av den 2 oktober 1973 om tillämplig lag avseende underhållsskyldighet*,

som önskar utarbeta allmänna bestämmelser om tillämplig lag som kan komplettera *Haagkonventionen av den 23 november 2007 om internationell indrivning av underhåll för barn och andra familjemedlemmar*,

har beslutat att i detta syfte anta ett protokoll och har kommit överens om följande bestämmelser.

Artikel 1 Tillämpningsområde

1 I detta protokoll fastställs tillämplig lag avseende sådan underhållsskyldighet som har sin grund i familje-, släktskaps-, äktenskaps- eller svågerlagsförhållande, inbegripet underhållsskyldighet för barn oavsett föräldrarnas civilstånd.

2 Avgöranden meddelade med tillämpning av detta protokoll ska inte påverka förekomsten av de förhållanden som avses i punkt 1.

Artikel 2 Universell tillämpning

Detta protokoll ska tillämpas även om den tillämpliga lagen är en icke-fördragsslutande stats lag.

Artikel 3 Allmän regel om tillämplig lag

1 Underhållsskyldighet ska regleras av lagen i den stat där den underhållsberättigade har sin hemvist, om inte annat föreskrivs i detta protokoll.

2 Om den underhållsberättigades hemvist ändras ska lagen i den nya hemviststaten tillämpas från och med den tidpunkt då ändringen inträffar.

Artikel 4 Särskilda regler till förmån för vissa underhållsberättigade

1 Följande bestämmelser ska gälla i fråga om:

* För slutaktens fullständiga text, se akter och handlingar från den tjugoförsta sessionen (2007).

a) föräldrars underhållsskyldighet mot sina barn,
b) andra personers än föräldrars underhållsskyldighet mot personer som ännu inte har fyllt 21 år, med undantag för skyldigheter som följer av de förhållanden som avses i artikel 5, och

c) barns underhållsskyldighet mot sina föräldrar.

2 Om den underhållsberättigade inte kan få underhåll från den underhållsskyldige med stöd av den lag som avses i artikel 3 ska domstolslandets lag tillämpas.

3 Utan hinder av artikel 3 ska domstolslandets lag tillämpas om den underhållsberättigade har väckt talan vid behörig myndighet i den stat där den underhållsskyldige har sin hemvist. Om den underhållsberättigade inte kan få underhåll från den underhållsskyldige med stöd av denna lag, ska dock lagen i den stat där den underhållsberättigade har sin hemvist tillämpas.

4 Om den underhållsberättigade inte kan få underhåll från den underhållsskyldige med stöd av de lagar som avses i artikel 3 och i punkterna 2 och 3 i den här artikeln, ska, om de båda är medborgare i samma stat, lagen i den staten tillämpas.

Artikel 5 Särskild regel avseende makar och tidigare makar

I fråga om underhållsskyldighet mellan makar, tidigare makar eller parter i ett äktenskap som annullerats, ska artikel 3 inte tillämpas om en av parterna motsätter sig detta och lagen i en annan stat, särskilt den stat där de senast hade gemensam hemvist, har närmare anknytning till äktenskapet. I sådant fall ska lagen i den andra staten tillämpas.

Artikel 6 Särskild regel om bestridande

I fråga om annan underhållsskyldighet än föräldrars underhållsskyldighet mot sina barn och sådan som avses i artikel 5, kan den underhållsskyldige bestrida den underhållsberättigades anspråk på den grunden att det inte finns någon sådan skyldighet vare sig enligt lagen i den stat där den underhållsskyldige har sin hemvist eller, om båda parterna är medborgare i samma stat, enligt lagen i den staten.

Artikel 7 Val av tillämplig lag vid särskilt förfarande

1 Utan hinder av artiklarna 3–6 får den underhållsberättigade och den underhållsskyldige, om det är fråga om ett särskilt förfarande i en bestämd stat, uttryckligen ange att lagen i den staten ska tillämpas på underhållsskyldigheten i det förfarandet.

2 Val av tillämplig lag som gjorts innan ett sådant förfarande inleds, ska anges i ett avtal som undertecknas av båda parterna och som ska vara skriftligt eller dokumenterat på ett sådant sätt att informationen är tillgänglig för senare användning.

Artikel 8 Val av tillämplig lag

1 Utan hinder av artiklarna 3–6 får den underhållsberättigade och den underhållsskyldige oavsett tidpunkt peka ut att någon av följande lagar ska tillämpas på underhållsskyldigheten.

- a) Lagen i en stat där någon av parterna är medborgare vid tidpunkten för utpekandet.
- b) Lagen i den stat där någon av parterna har sin hemvist vid tidpunkten för utpekandet.
- c) Den lag som parterna har utpekat som tillämplig, eller den lag som faktiskt tillämpats på deras förmögenhetsförhållanden.
- d) Den lag som parterna har utpekat som tillämplig, eller den lag som faktiskt tillämpats på deras äktenskapsskillnad eller hemskillnad.

2 Ett sådant avtal ska vara skriftligt eller dokumenterat på ett sådant sätt att informationen är tillgänglig för senare användning samt vara undertecknat av båda parterna.

3 Punkt 1 ska inte gälla för underhållsskyldighet avseende en person under 18 år eller en vuxen som på grund av nedsatt eller bristande förmåga inte kan bevaka sina intressen.

4 Utan hinder av vilken lag som pekats ut av parterna i enlighet med punkt 1 ska frågan om huruvida den underhållsberättigade kan avsäga sig sin rätt till underhåll bestämmas enligt lagen i den stat där den underhållsberättigade hade sin hemvist vid tidpunkten för utpekandet.

5 Om parterna vid tidpunkten för utpekandet av tillämplig lag inte var fullt informerade och medvetna om konsekvenserna av sitt utpekande ska den lag som parterna pekat ut inte tillämpas om tillämpningen av denna skulle leda till uppenbart orättvisa och orimliga konsekvenser för någon av parterna.

Artikel 9 "Domicile" i stället för "medborgarskap"

En stat som tillämpar begreppet "domicile" som en anknytande faktor i familjefrågor kan meddela Haagkonferensen för internationell privaträtts permanenta byrå att ordet medborgarskap i artiklarna 4 och 6 ska ersättas med "domicile", såsom detta ord definieras i den staten, med avseende på ärenden som behandlas av dess myndigheter.

Artikel 10 Offentliga organ

Ett offentligt organs rätt att begära återbetalning av ett bidrag som har betalats till den underhållsberättigade i stället för underhåll ska bestämmas av den lag som gäller för organet.

Artikel 11 Den tillämpliga lagens räckvidd

Tillämplig lag avseende underhållsskyldighet reglerar bland annat

- a) om, i vilken utsträckning och mot vem den underhållsberättigade kan rikta ett krav på underhåll,
- b) i vilken utsträckning den underhållsberättigade kan begära underhåll retroaktivt,
- c) beräkningsgrunden för storleken på underhållsbidraget samt indexering,
- d) vem som får väcka talan om underhållsskyldighet, utom i frågor som rör processbehörighet och företrädare under förfarandet,
- e) preskriptionsfrister eller talefrister,
- f) omfattningen av den underhållsskyldiges förpliktelser, om ett offentligt organ begär återbetalning av bidrag som har lämnats till en underhållsberättigad i stället för underhåll.

Artikel 12 Återförvisning är utesluten

Med "lag" avses i detta protokoll den gällande lagen i en stat, med undantag för dess lagvalsregler.

Artikel 13 Grunderna för domstolslandets rättsordning

Tillämpning av den lag som fastställs i enlighet med detta protokoll får vägras endast i den utsträckning som dess verkan uppenbart skulle stå i strid med grunderna för domstolslandets rättsordning.

Artikel 14 Fastställandet av underhållsbidragets storlek

Även om den tillämpliga lagen föreskriver annat, ska vid fastställandet av underhållsbidragets storlek hänsyn tas till den underhållsberättigades behov och den underhållsskyldiges tillgångar samt till all ersättning som den underhållsberättigade har fått i stället för periodiska betalningar av underhåll.

Artikel 15 Protokollet är inte tillämpligt på interna lagkonflikter

1 En fördragsslutande stat, i vilken olika rättssystem eller regelverk tillämpas på underhållsskyldighet, behöver inte tillämpa detta protokoll vid lagkonflikter enbart mellan sådana olika system eller regelverk.

2 Denna artikel ska inte vara tillämplig på regionala organisationer för ekonomisk integration.

Artikel 16 Stater som har olika rättssystem för olika territoriella enheter

1 I förhållande till en stat, i vilken två eller flera rättssystem eller regelverk tillämpas inom olika territoriella enheter på frågor som omfattas av detta protokoll, ska

- a) varje hänvisning till lagen i en stat, i förekommande fall, avse gällande lag i den relevanta territoriella enheten,
- b) varje hänvisning till den statens behöriga myndigheter eller offentliga organ, i förekommande fall,

avse de som är bemyndigade att agera inom den relevanta territoriella enheten,

c) varje hänvisning till hemvist i denna stat, i förekommande fall, avse hemvist inom den relevanta territoriella enheten,

d) varje hänvisning till den stat i vilken två personer båda har medborgarskap avse den territoriella enhet som anges i den statens lag eller, om relevanta regler saknas, den territoriella enhet till vilken underhållsskyldigheten har närmast anknytning,

e) varje hänvisning till den stat i vilken en person är medborgare avse den territoriella enhet som anges i den statens lag eller, om relevanta regler saknas, den territoriella enhet till vilken personen har närmast anknytning.

2 Vid fastställande av tillämplig lag i enlighet med detta protokoll med avseende på en stat som omfattar två eller flera territoriella enheter, vilka var för sig har sitt eget rättssystem eller regelverk avseende frågor som omfattas av detta protokoll, ska följande regler tillämpas.

a) Om det finns gällande regler i en sådan stat som fastställer vilken territoriell enhets lag som är tillämplig ska lagen i denna enhet tillämpas.

b) Om det inte finns några sådana regler ska lagen i den relevanta territoriella enheten enligt punkt 1 tillämpas.

3 Denna artikel ska inte vara tillämplig på regionala organisationer för ekonomisk integration.

Artikel 17 Stater som har olika rättssystem för olika kategorier av personer

Vid fastställande av tillämplig lag enligt detta protokoll med avseende på en stat som har två eller flera rättssystem eller regelverk som är tillämpliga på olika kategorier av personer på det område som omfattas av detta protokoll, ska varje hänvisning till lagen i den staten avse det rättssystem som är tillämpligt enligt gällande regler i denna stat.

Artikel 18 Samordning med tidigare Haagkonventioner om underhållsskyldighet

I förbindelserna mellan de fördragsslutande staterna ska detta protokoll ersätta *Haagkonventionen av den 2 oktober 1973 om tillämplig lag avseende underhållsskyldighet* och *Haagkonventionen av den 24 oktober 1956 om tillämplig lag avseende underhållsskyldighet mot barn*.

Artikel 19 Samordning med andra instrument

1 Detta protokoll inverkar inte på något internationellt instrument som de fördragsslutande staterna har tillträtt eller kommer att tillträda och som innehåller bestämmelser om frågor som regleras i protokollet, såvida inte en motsatt förklaring avges av de stater som har tillträtt ett sådant instrument.

2 Punkt 1 ska även vara tillämplig på enhetliga lagar som är grundade på särskilda förbindelser av regional eller annan karaktär mellan berörda stater.

Artikel 20 Enhetlig tolkning

Vid tolkningen av detta protokoll ska hänsyn tas till dess internationella karaktär och till behovet av att främja en enhetlig tillämpning av det.

Artikel 21 Översyn av den praktiska tillämpningen av protokollet

1 Generalsekretären för Haagkonferensen för internationell privaträtt ska vid behov sammankalla ett särskilt utskott för att granska den praktiska tillämpningen av detta protokoll.

2 För detta ändamål ska de fördragsslutande staterna samarbeta med Haagkonferensen för internationell privaträtts permanenta byrå för att samla in rättspraxis rörande tillämpningen av protokollet.

Artikel 22 Övergångsbestämmelser

Detta protokoll är inte tillämpligt på underhåll som begärts i en fördragsslutande stat avseende en tidsperiod som föregår protokollets ikraftträdande i den staten.

Artikel 23 Undertecknande, ratificering och anslutning

1 Detta protokoll ska vara öppet för undertecknande av alla stater.

2 Detta protokoll ska vara föremål för ratificering, godtagande eller godkännande av de stater som har undertecknat protokollet.

3 Detta protokoll ska vara öppet för anslutning av alla stater.

4 Ratifikations-, godtagande-, godkännande- eller anslutningsinstrumenten ska deponeras hos utrikesministeriet i Konungariket Nederländerna, som är depositarie för protokollet.

Artikel 24 Regionala organisationer för ekonomisk integration

1 Även regionala organisationer för ekonomisk integration som består enbart av suveräna stater och som har behörighet inom en eller flera av de frågor som omfattas av detta protokoll får underteckna, godta, godkänna eller ansluta sig till protokollet. Den regionala organisationen för ekonomisk integration ska i så fall ha samma rättigheter och skyldigheter som en fördragsslutande stat i den utsträckning som organisationen har behörighet i frågor som omfattas av detta protokoll.

2 Den regionala organisationen för ekonomisk integration ska, vid tidpunkten för undertecknandet, godtagandet, godkännandet eller anslutningen, skriftligen meddela depositarien i vilka frågor, som omfattas av detta protokoll, som behörighet har överförts till organisationen

av dess medlemsstater. Organisationen ska utan dröjsmål skriftligen meddela depositarien varje ändring i dess behörighet, såsom den angavs i det senaste meddelandet enligt denna punkt.

3 En regional organisation för ekonomisk integration får vid tidpunkten för undertecknandet, godtagandet, godkännandet eller anslutningen, i enlighet med artikel 28, förklara att den är behörig i alla frågor som omfattas av detta protokoll och att medlemsstater, som har överfört behörighet till organisationen i aktuella frågor, kommer att vara bundna av protokollet i kraft av organisationens undertecknande, godtagande, godkännande eller anslutning.

4 Instrument som deponeras av en regional organisation för ekonomisk integration ska inte beaktas med avseende på ikraftträdandet av detta protokoll, såvida inte organisationen avger en förklaring i enlighet med punkt 3.

5 Alla hänvisningar till en ”fördragsslutande stat” eller ”stat” i detta protokoll ska i förekommande fall även gälla en regional organisation för ekonomisk integration som har tillträtt protokollet. För det fall en regional organisation för ekonomisk integration lämnar en förklaring i enlighet med punkt 3, ska varje hänvisning till en fördragsslutande stat eller stat i detta protokoll, i förekommande fall, även gälla organisationens medlemsstater.

Artikel 25 Ikraftträdande

1 Detta protokoll träder i kraft den första dagen i den månad som följer efter utgången av tre månader efter det att det andra ratifikations-, godtagande-, godkännande- eller anslutningsinstrumentet som avses i artikel 23 har deponerats.

2 Därefter träder protokollet i kraft

a) i förhållande till varje stat eller regional organisation för ekonomisk integration som avses i artikel 24 som senare ratificerar, godtar, godkänner eller ansluter sig till protokollet, den första dagen i den månad som följer efter utgången av tre månader efter det att dess ratifikations-, godtagande-, godkännande- eller anslutningsinstrument har deponerats

b) i förhållande till en territoriell enhet som protokollet har utsträckts till i enlighet med artikel 26, den första dagen i den månad som följer efter utgången av tre månader efter den underrättelse som avses i den artikeln.

Artikel 26 Förklaringar rörande olika rättssystem inom en stat

1 En stat som har två eller fler territoriella enheter i vilka olika rättssystem tillämpas i frågor som omfattas av detta protokoll får, vid tidpunkten för undertecknande, ratificering, godtagande, godkännande eller anslutning, i enlighet med artikel 28, förklara att protokollet ska omfatta alla dess territoriella enheter eller bara en eller några av dem, och får när som helst ändra detta genom en ny förklaring.

2 En sådan förklaring ska meddelas depositarien och uttryckligen ange de territoriella enheter på vilka protokollet är tillämpligt.

3 Om en stat inte avger någon förklaring enligt denna artikel, ska konventionen omfatta alla dess territoriella enheter.

4 Denna artikel ska inte vara tillämplig på regionala organisationer för ekonomisk integration.

Artikel 27 Förbehåll

Inga förbehåll får göras mot detta protokoll.

Artikel 28 Förklaringar

1 Förklaringar som avses i artiklarna 24.3 och 26.1 kan avges i samband med undertecknandet, ratificeringen, godtagandet, godkännandet eller anslutningen eller vid valfri tidpunkt därefter, och får ändras eller återtas när som helst.

2 Förklaringar, ändringar och återtaganden ska meddelas depositarien.

3 En förklaring som avgetts i samband med undertecknandet, ratificeringen, godtagandet, godkännandet eller anslutningen får verkan samtidigt som protokollet träder i kraft för den berörda staten.

4 Förklaringar som avges vid en senare tidpunkt, och eventuella ändringar eller återtaganden av en förklaring, får verkan den första dagen i den månad som följer efter utgången av tre månader efter den dag då meddelandet mottogs av depositarien.

Artikel 29 Uppsägning

1 En fördragsslutande stat till detta protokoll får säga upp protokollet genom ett skriftligt meddelande ställt till depositarien. Uppsägningen får begränsas till vissa territoriella enheter i en stat med flera olika rättssystem på vilka protokollet är tillämpligt.

2 En uppsägning får verkan den första dagen i den månad som följer efter utgången av tolv månader efter den dag då meddelandet mottogs av depositarien. När en längre uppsägningstid anges i meddelandet, får uppsägningen verkan efter utgången av denna längre period efter den dag då meddelandet mottogs av depositarien.

Artikel 30 Meddelande

Depositarien ska underrätta medlemsstaterna i Haagkonferensen för internationell privaträtt och andra stater och regionala organisationer för ekonomisk integration som har undertecknat, ratificerat, godtagit, godkänt eller anslutit sig i enlighet med artiklarna 23 och 24 om

a) de undertecknanden, ratificeringar, godtaganden, godkännanden och anslutningar som avses i artiklarna 23 och 24, b) dagen för protokollets ikraftträdande enligt artikel 25,

- c) de förklaringar som avses i artiklarna 24.3 och 26.1,
- d) uppsägningar som avses i artikel 29.

Till bekräftelse härav har undertecknade, därtill vederbörligen befullmäktigade, undertecknat detta protokoll.

Upprättat i Haag den 23 november 2007 på engelska och franska språken, vilka båda texter är lika giltiga, i ett enda exemplar som ska deponeras i Konungariket Nederländernas regerings arkiv, och varav en bestyrkt kopia på diplomatisk väg ska tillställas varje medlem i Haagkonferensen för internationell privaträtt vid tidpunkten för dess tjugoförsta session och till övriga stater som deltog i den sessionen.

Rapport

Innehållsförteckning	sida	Artikel 6	Särskild regel om bestridande	27	
DEL 1: BAKGRUND	13	a	Tillämpningsområde för artikel 6	27	
DEL 2: TITEL, INGRESS OCH PROTOKOLLETS ALLMÄNNA STRUKTUR	14	b	Den mekanism som avses i artikel 6	28	
DEL 3: DE HUVUDSAKLIGA ASPEKTERNA I DET SYSTEM SOM AVSES I PROTOKOLLET	15		Artiklarna 7 och 8 Val av tillämplig lag	29	
DEL 4: KOMMENTARER TILL ARTIKLARNAS	15	Artikel 7	Val av tillämplig lag vid särskilt förfarande	29	
Artikel 1	Tillämpningsområde	a	Tillämpningsområde för artikel 7	29	
a	Tillämplig lag avseende underhållsskyldighet	b	Ett val som görs vid behov av ett särskilt förfarande	29	
b	Underhållsskyldighet som har sin grund i familjeförhållande	c	Villkor för valet	30	
i	Ett materiellt tillämpningsområde som är större än det i konventionen		Artikel 8	Val av tillämplig lag	30
ii	Underhållsskyldighet som har sin grund i ett familjeförhållande	a	Tillämpningsområde för artikel 8	31	
c	Räckvidden för avgöranden som meddelas i enlighet med protokollet	b	Urvalet av lagar som kan väljas	31	
		c	Kompletterande alternativ i led c och d	31	
Artikel 2	Universell tillämpning	i	Den lag som utpekats som tillämplig på förmögenhetsförhållanden	32	
Artikel 3	Allmän regel om tillämplig lag	ii	Den lag som faktiskt tillämpas på förmögenhetsförhållanden	32	
a	Anknytningens existensberättigande	iii	Den lag som utpekats som tillämplig på hemskillnaden eller äktenskapsskillnaden	32	
b	Begreppet hemvist	iv	Den lag som faktiskt tillämpas på hemskillnaden eller äktenskapsskillnaden	33	
c	Ändring av hemvist	d	Villkor för valet	33	
Artikel 4	Särskilda regler till förmån för vissa underhållsberättigade	e	Begränsningar i fråga om valet	33	
a	Tillämpningsområde för artikel 4	i	Tillämpning av lagen vid den underhållsberättigades hemvist på rätten att avsäga sig underhåll	33	
b	Subsidiär anknytning till domstolslandets lag	ii	Domstolens jämningsbefogenhet	33	
c	Omkastning av anknytningskriterierna i samband med en talan som väcks av den underhållsberättigade i den stat där den underhållsskyldige har sin hemvist	f	Förekomst och giltighet i fråga om avtalet mellan parterna	34	
i	Huvudsaklig anknytning till domstolslandets lag		Artikel 9	"Domicile" i stället för "medborgarskap"	34
ii	Subsidiär anknytning till lagen vid den underhållsberättigades hemvist		Artikel 10	Offentliga organ	35
d	Subsidiär anknytning till det faktum att parterna är medborgare i samma stat		Artikel 11	Den tillämpliga lagens räckvidd	36
			Artikel 12	Återförvisning är utesluten	36
Artikel 5	Särskild regel avseende makar och tidigare makar		Artikel 13	Grunderna för domstolslandets rättsordning	37
a	Den särskilda regelns existensberättigande		Artikel 14	Fastställandet av underhållsbidragets storlek	37
b	Undantagsklausulens funktion			Artiklarna 15–17 Stater som har olika rättssystem	38
i	Ansökan från en av parterna		Artikel 15	Protokollet är inte tillämpligt på interna lagkonflikter	38
ii	Närmaste anknytning		Artikel 16	Stater som har olika rättssystem för olika territoriella enheter	38
c	Tillämpningsområde för artikel 5		Artikel 17	Stater som har olika rättssystem för olika kategorier av personer	39
			Artikel 18	Samordning med tidigare Haagkonventioner om underhållsskyldighet	40
			Artikel 19	Samordning med andra instrument	40
			Artikel 20	Enhetlig tolkning	40

<i>Artikel 21</i>	<i>Översyn av den praktiska tillämpningen av protokollet</i>	<i>41</i>
<i>Artikel 22</i>	<i>Övergångsbestämmelser</i>	<i>41</i>
<i>Artikel 23</i>	<i>Undertecknande, ratificering och anslutning</i>	<i>41</i>
<i>Artikel 24</i>	<i>Regionala organisationer för ekonomisk integration</i>	<i>41</i>
<i>Artikel 25</i>	<i>Ikraftträdande</i>	<i>42</i>
<i>Artikel 26</i>	<i>Förklaringar rörande olika rättssystem inom en stat</i>	<i>42</i>
<i>Artikel 27</i>	<i>Förbehåll</i>	<i>43</i>
<i>Artiklarna 28–30</i>	<i>Förklaringar, uppsägning, meddelande</i>	<i>43</i>
<i>Artikel 28</i>	<i>Förklaringar</i>	<i>43</i>
<i>Artikel 29</i>	<i>Uppsägning</i>	<i>43</i>
<i>Artikel 30</i>	<i>Meddelande</i>	<i>43</i>

1 Den 23 november 2007 sammanträdde den tjugoförsta sessionen av Haagkonferensen för internationell privaträtt i Haag för att anta texten till två internationella instrument som är avsedda att underlätta den internationella indrivningen av underhåll, *Konventionen om internationell indrivning av underhåll för barn och andra familjemedlemmar* (nedan kallad *konventionen*) och *Protokollet om tillämplig lag avseende underhållsskyldighet* (nedan kallat *protokollet*). Denna förklarande rapport omfattar protokollet. Konventionen är föremål för en separat rapport som upprättats av Alegría Borrás (Spanien) och Jennifer Degeling (Australien), med assistans av William Duncan och Philippe Lortie, från den permanenta byrån (nedan kallad *Borrás-Degeling-rapporten*).

2 Frågan om tillämplig lag avseende underhållsskyldighet ingick redan från början i det officiella mandatet för det särskilda utskottet för internationell indrivning av underhåll för barn och andra familjemedlemmar, som låg bakom utkastet till konventionen och protokollet. I april 1999¹ beslutade sig det särskilda utskottet för att konferensen skulle prioritera utarbetandet av en ny heltäckande konvention om underhållsskyldighet, som skulle förbättra de befintliga Haagkonventionerna om underhållsskyldighet och inbegripa bestämmelser om juridiskt och administrativt samarbete². Bland de befintliga Haagkonventionerna om underhållsskyldighet handlar dock två om fastställandet av tillämplig lag – det rör sig om *Haagkonventionen av den 24 oktober 1956 om tillämplig lag för underhåll till barn* (nedan kallad *1956 års konvention om underhållsskyldighet*) och *Haagkonventionen av den 2 oktober 1973 om tillämplig lag avseende underhållsskyldighet* (nedan kallad *1973 års konvention om underhållsskyldighet [tillämplig lag]*).

3 I enlighet med beslutet från den nittonde sessionen kallade generalsekreteraren samman ett särskilt utskott som sammanträdde i Haag mellan den 5 och den 16 maj 2003, den 7 och den 18 juni 2004, den 4 och den 15 april 2005, den 19 och den 28 juni 2006 och den 8 och den 16 maj 2007. Fausto Pocar (Italien) valdes till ordförande för det särskilda utskottet och Mária Kurucz (Ungern), Mary Helen Carlson (Förenta staterna) och Jin Sun (Kina) utsågs till vice-ordförande. Alegría Borrás och Jennifer Degeling valdes till medföredragande. En redaktionskommitté upprättades under ledning av Jan Doogues (Nya Zeeland). Det särskilda utskottets och redaktionskommitténs arbete underlättades i hög grad av omfattande arbetsdokument³ och av anmärkningarna från

¹ För bakgrunden till och beslutet från denna session, se Borrás-Degeling-rapporten (tillgänglig på konferensens webbplats på <www.hcch.net>), punkterna 1–5.

² Se slutakten från den nittonde sessionen i Haagkonferensen för internationell privaträtt, akter och handlingar från den nittonde sessionen (2001/2002), volym I, diverse frågor, punkterna 34–47 på s 44.

³ Se i synnerhet W. Duncan, *Vers un nouvel instrument mondial sur le recouvrement international des aliments envers les enfants et d'autres membres de la famille*, arbetsdok. nr 3 från april 2003 till det särskilda utskottet från maj 2003 gällande internationell indrivning av underhåll för barn och andra familjemedlemmar (tillgängligt på <www.hcch.net>).

William Duncan, biträdande generalsekreterare, som ansvarade för sekretariatets vetenskapliga arbete, och från Philippe Lortie, förstesekreterare.

4 Vid tidpunkten för sitt första sammanträde i maj 2003 och i enlighet med sitt mandat diskuterade det särskilda utskottet frågan för att komma fram till huruvida det nya instrumentet borde innehålla bestämmelser om vilken lag som ska tillämpas av myndigheter som meddelar avgöranden i underhållsfrågor, och, om så var fallet, det närmare innehållet i dessa bestämmelser. Diskussionen visade att det fanns två motsatta ståndpunkter. Majoriteten av ombuden från de jurisdiktioner som räknas till den kontinentaleuropeiska familjen var positiva till införandet av någon typ av system avseende tillämplig lag, men delegationerna från de jurisdiktioner som tillämpar *common law* var i regel av motsatt uppfattning⁴. Denna motsättning kan lätt förklaras om man tänker på att avgörandena på underhållsområdet, i de flesta länder som tillämpar *common law*, av tradition meddelas på grundval av domstolslandets lag. Domstolslandets lag tillämpas även ofta i de länder som har administrativa system för indrivning av underhåll, av vilka inte alla är *common law*-länder.

5 De flesta delegationer som ställde sig positiva till att införa ett allmänt system avseende tillämplig lag ansåg att förhandlingarna utgjorde en unik möjlighet att se över 1956 och 1973 års konventioner om underhållsskyldighet, som man inte borde missa. Även om 1973 års konvention i allmänhet var ganska tillfredsställande och skulle fungera som utgångspunkt för utarbetandet av en ny text behövde vissa av dess lösningar revideras och uppdateras, för att rätta till fel och få fler att ratificera den⁵. Revideringsprocessen skulle därför involvera alla stater och inte bara de som redan hade tillträtt 1956 eller 1973 års konventioner.

6 På förslag från ordföranden beslutade det särskilda utskottet att upprätta en arbetsgrupp för lagvalsfrågor (nedan kallad *arbetsgruppen*), som samlade experter från de stater som tillträtt 1956 och 1973 års konventioner om underhållsskyldighet och övriga stater, och där ordförandeskapet har anförtratts undertecknad. På grundval av det mandat som erhållits, som förlängdes och förtydligades vid det särskilda utskottets sammanträden under 2004, 2005 och 2006, tog arbetsgruppen fram ett utkast till en text om tillämplig lag avseende underhållsskyldighet (nedan kallat *utkastet*). En första

⁴ Kanada, där provinserna och territorierna tillämpar en överlappande strategi som är något mer begränsad än den i 1973 års konvention om underhållsskyldighet (tillämplig lag), gick med på att införa någon typ av system avseende tillämplig lag i det framtida instrumentet. I dess provinser och territorier som tillämpar *common law* är den tillämpliga lagen den lag som gäller där barnet har hemvist. När barnet inte har rätt till underhåll i enlighet med denna lag är det domstolslandets lag som är tillämplig (se t.ex. *Loi sur l'établissement et l'exécution réciproque des ordonnances alimentaires [Manitoba]*, art.12.1). I Québec, en jurisdiktion som tillämpar civilrätt, är den tillämpliga lagen först lagen vid den underhållsberättigades "domicile", sedan den vid den underhållsskyldiges "domicile" (art. 3094 i *Code civil*).

⁵ I samband med utarbetandet av denna text gäller 1973 års konvention i 14 stater (Tyskland, Spanien, Estland, Frankrike, Grekland, Italien, Japan, Litauen, Luxemburg, Nederländerna, Polen, Portugal, Schweiz och Turkiet). Den från 1956 gäller i 12 stater (Tyskland, Österrike, Belgien, Spanien, Frankrike, Italien, Japan, Luxemburg, Nederländerna, Portugal, Schweiz och Turkiet).

version av utkastet lades fram som bilaga till arbetsgruppens rapport från juni 2006⁶ och diskuterades i samband med det särskilda utskottets sammanträde i juli 2006. Detta utskott beslutade sig för att kalla samman ett särskilt utskott i maj 2007, där frågan om tillämplig lag skulle vara det huvudsakliga temat. Den andra versionen av utkastet⁷, som kommenterades i arbetsgruppens rapport från april 2007⁸, låg till grund för arbetet i det särskilda utskottet från maj 2007.

7 Vid det särskilda utskottets sammanträde i maj 2007 stod frågan om tillämplig lag i centrum för arbetet. Utskottet slog först och främst fast att reglerna avseende tillämplig lag skulle vara föremål för ett protokoll som var formellt avskilt från konventionen. Därefter godkände det utarbetandet av ett utkast till ett protokoll⁹ som tillsammans med en förklarande rapport¹⁰ låg till grund för diskussionerna vid konferensens tjugoförsta session i Haag mellan den 5 och den 23 november 2007. I samband med detta valdes undertecknad till föredragande för den förklarande rapporten till protokollet.

8 Plenarsessionen vid den tjugoförsta sessionen av Haagkonferensen leddes av Teun Struycken (Nederländerna). Vice-ordföranden var Hlengiwe B. Mkhize (Sydafrikas ambassadör), Gilberto Vergne Saboia (Brasiliens ambassadör), Xue Hanqin (Kinas ambassadör), Mary Helen Carlson (Förenta staterna), Ioannis Voulgaris (Grekland), Jan Doogue (Nya Zeeland), Dorothée van Iterson (Nederländerna) och Alexander Y. Bavykin (Ryska federationen).

9 Den diplomatiska konferensen anförtrödde utarbetandet av konventionen till dess första utskott, under ledning av Mária Kurucz (Ungern), och utarbetandet av protokollet till det andra utskottet, under ledning av undertecknad. Det första utskottets vice ordförande var Lixiao Tian (Kina) och Mary Helen Carlson (Förenta staterna). De för det andra utskottet utgjordes av Nádia de Araújo (Brasilien) och Shinichiro Hayakawa (Japan). Utöver ombuden från konferensens 68 medlemsstater som fanns representerade vid konferensens tjugoförsta session deltog även observatörer från 14 stater

⁶ Rapport från arbetsgruppen avseende tillämplig lag, utarbetad av arbetsgruppens ordförande, Andrea Bonomi, arbetsdok. nr 22 från juni 2006 till det särskilda utskottet från maj 2006 gällande internationell indrivning av underhåll för barn och andra familjemedlemmar (tillgängligt på <www.hcch.net>).

⁷ Utkast avseende tillämplig lag, utarbetad av arbetsgruppen för tillämplig lag avseende underhållsskyldighet som sammanträdde den 17 och 18 november 2006 i Haag, arbetsdok. nr 24 från januari 2007 till det särskilda utskottet från maj 2007 om internationell indrivning av underhåll för barn och andra familjemedlemmar (tillgängligt på <www.hcch.net>).

⁸ Rapport från arbetsgruppen avseende tillämplig lag, upprättad av arbetsgruppens ordförande, Andrea Bonomi, arbetsdok. nr 27 från april 2007 till det särskilda utskottet från maj 2007 gällande internationell indrivning av underhåll för barn och andra familjemedlemmar (tillgängligt på <www.hcch.net>).

⁹ Utkast till protokoll om tillämplig lag avseende underhållsskyldighet, som upprättats under tillsyn av det särskilda utskottet för internationell indrivning av underhåll till barn och andra familjemedlemmar, och som godkänts av redaktionskommittén, arbetsdok. nr 30 från juni 2007 till den tjugoförsta sessionen från november 2007 (tillgängligt på <www.hcch.net>).

¹⁰ Utkast till protokoll om tillämplig lag avseende underhållsskyldighet – förklarande rapport, upprättad av Andrea Bonomi, arbetsdok. nr 33 från juni 2007 till den tjugoförsta sessionen från november 2007 (tillgängligt på <www.hcch.net>).

som inte är medlemmar och nio mellanstatliga organisationer och icke-statliga organisationer.

10 En redaktionskommitté ledd av Jan Doogue (Nya Zeeland) upprättades för att sammanställa det första och andra utskottets arbete. Förutom ordföranden innehöll redaktionskommittén föredragandena från de två utskotten, tjänstemän, ledamöter från den permanenta byrån samt följande experter: Denise Gervais (Kanada), Katja Lenzing (Europeiska gemenskapen), Mary Helen Carlson (Förenta staterna) och María Elena Mansilla y Mejía (Mexiko), samt James Ding (Kina), Lixiao Tian (Kina), Miloš Hatapka (Europeiska gemenskapen), Robert Keith (Förenta staterna), Edouard de Leiris (Frankrike) och Paul Beaumont (Förenade kungariket).

11 Protokollet behandlades för tredje gången vid plenarsessionen den 22 november 2007. Förslaget till protokollet antogs formellt under den avslutande sessionen den 23 november 2007, i och med undertecknandet av slutakten från den tjugoförsta sessionen.

DEL TVÅ: TITEL, INGRESS OCH PROTOKOLLETS ALLMÄNNA STRUKTUR

12 Protokollets titel – *Protokoll om tillämplig lag avseende underhållsskyldighet* – framhåller det primära målet med detta instrument, som är att införa enhetliga regler för fastställandet av vilken lag som ska tillämpas på underhållsskyldighet. Denna titel upprepar titeln på 1973 års konvention om underhållsskyldighet (tillämplig lag), som har samma syfte.

13 Protokollet innehåller varken regler om behörighetskonflikter (myndigheternas behörighet och erkännande och verkställighet av avgöranden), eller regler om administrativt samarbete mellan staterna. En del av dessa frågor (framtida administrativt samarbete och, under tiden, processen för internationell indrivning av underhåll, liksom erkännande och verkställighet av utländska avgöranden) regleras i konventionen.

14 Till skillnad från konventionen, vars titel uttryckligen hänvisar till underhåll för barn och andra familjemedlemmar, innehåller protokollets titel inte några uppgifter om detta. Detta speglar det mycket stora tillämpningsområde som tillerkänns protokollet genom dess artikel 1. Protokollet fastställer i själva verket vilken lag som ska vara tillämplig på underhållsskyldighet som härrör från alla typer av familjeförhållanden, utan begränsning och utan möjlighet till förbehåll (se art. 27). Underhåll för barn ingår i dess tillämpningsområde, på samma sätt som underhåll som, enligt den lag som anvisas i protokollet, ska betalas till vuxna.

15 Titeln ”protokoll” diskuterades i det andra utskottet vid den diplomatiska konferensen fram till dess sista sammanträde den 22 november 2007, där protokollet behandlades för andra gången. Efter beslutet om att låta

protokollet vara helt fristående från konventionen¹¹ föreslog nämligen vissa delegationer att man skulle ändra titeln på instrumentet från ”protokoll” till ”konvention”, eftersom kopplingen mellan protokolltexten och konventionen inte skulle ha varit tillräckligt stark¹². Efter att ha diskuterat för- och nackdelar med de båda lösningarna enades man slutligen om termen ”protokoll”.

16 Termen ”protokoll”, trots att den är ovanlig för ett instrument som antagits inom ramen för Haagkonferensen, gör det möjligt att understryka de genetiska och funktionella kopplingarna mellan protokollet och konventionen. Om man bortser från bakgrunden (se ovan, punkt 2 och följande punkter), bör det framhållas att protokollet, liksom konventionen, syftar till att underlätta den internationella indrivningen av underhåll. I själva verket är fastställandet av vilken lag som är tillämplig (och, i förekommande fall, huruvida en utländsk lag är tillämplig) en av de svårigheter som en underhållsberättigad kan stöta på när denne lägger fram sitt anspråk gentemot en underhållsskyldig som är etablerad i utlandet. Vissa lösningar i protokollet, i synnerhet den mer omfattande roll som protokollet tillerkänner domstolslandets lag i förhållande till de befintliga instrumenten (se art. 4 och 7), är avsedda att underlätta erhållandet av ett avgörande om underhållsskyldighet, och hämtar således inspiration från samma oro som konventionen baseras på. Med beaktande av att protokollet gäller i förhållande till alla (se art. 2 i detta) bör det slutligen noteras att ratificeringen av protokollet av ett stort antal stater kan visa sig vara gynnsamt för underhållsberättigade, även för de som är bosatta i stater som inte har anslutit sig till texten (och som inte planerar att tillträda protokollet). I själva verket drar även underhållsberättigade som är bosatta i dessa stater, i samband med ett förfarande som inleds i en fördragsslutande stat (t.ex. i den stat där den underhållsskyldige har sitt domicil), nytta av tillämpningen av de enhetliga och gynnsamma regler som ingår i protokollet.

17 Denna funktionella koppling betonas också i ingressen, där det tas upp att utvecklingen av allmänna regler om tillämplig lag är ett användbart komplement till För övrigt sammanfattas i ingressen de andra tankar som låg bakom utarbetandet av protokollet, i synnerhet strävan efter enhetliga lagvalsregler och en uppdatering av 1956 och 1973 års konventioner om underhållsskyldighet.

18 Protokollet innehåller 30 artiklar. Det är inte uppdelat i kapitel, men bestämmelserna kan delas upp i tre grupper. Artiklarna 1 och 2 definierar det materiella och det lokala tillämpningsområdet; artiklarna 3–14 fastställer vilken lag som är tillämplig på underhållsskyldigheten, och preciserar även lagens omfattning; artiklarna 15–30 består av allmänna bestämmelser och slutbestämmelser, som numera är ett vanligt inslag i majoriteten av de texter som Haagkonferensen tar fram.

¹¹ Se art. 23, som gör det möjligt för alla stater att underteckna, ratificera och ansluta sig till protokollet, även om de inte tillträtt konventionen.

¹² Se protokoll nr 6, punkt 11 och följande, 178 och följande

DEL TRE: DE HUVUDSAKLIGA ASPEKTERNA I DET SYSTEM SOM AVSES I PROTOKOLLET

19 I överensstämmelse med målet att revidera de tidigare konventionerna om tillämplig lag avseende underhållsskyldighet, utan att förkasta strategin i dessa helt, följer protokollet i många avseenden de lösningar som tas upp i dessa, i synnerhet 1973 års konvention om underhållsskyldighet (tillämplig lag). Detta gäller i synnerhet tillämpningsområdet, som är mycket brett definierat i artiklarna 1 och 2, behandlingen av underhållsskyldigheten som att den förtjänar en egen lagvalsregel (”anknytningskategori”) oberoende av det underliggande familjeförhållandet (art. 1.2), den allmänna regel som grundas på underhållsskyldighetens anknytning till lagen vid den underhållsberättigades hemvist (art. 3), godtagandet av vissa subsidiära ”överlappande” anknytningar som syftar till att gynna den underhållsberättigade (art. 4) och den mycket breda definitionen av sådana frågor som omfattas av den lag som utsetts som tillämplig på underhållsskyldigheten (art. 11). Lösningarna i protokollet kan också, i flera avseenden, liknas vid de i den *interamerikanska Montevideokonventionen av den 15 juli 1989 om underhållsskyldighet* (nedan kallad *1989 års Montevideokonvention*)¹³.

20 I förhållande till 1973 års konvention om underhållsskyldighet (tillämplig lag) finns det tre huvudsakliga nyheter: Det gäller först och främst den förstärkta rollen för domstolslandets lag som upphöjs, för de anspråk som läggs fram mot vissa ”privilegierade” kategorier av underhållsberättigade, till det huvudsakliga kriteriet, eftersom lagen vid den underhållsberättigades hemvist i detta fall endast har en underordnad roll (art. 4.3). När det gäller skyldigheterna mellan makar och tidigare makar kommer därtill införandet av en undantagsklausul som grundas på närhetsiden (art. 5), vilket innebär en avvikelse från kravet (enligt artikel 8 i 1973 års konvention) på permanent anknytning till den lag som tillämpas på äktenskapsskillnaden. Slutligen rör det sig om införandet av en viss grad av självständighet för parterna, som antar två former: ett avtal som gör det möjligt för parterna, oavsett vilken underhållsskyldighet det rör sig om, att välja domstolslandets lag vid ett särskilt förfarande (art. 7) och ett val av tillämplig lag som kan göras oavsett tidpunkt av vuxna personer som kan ta tillvara sina intressen, med förbehåll för vissa villkor och begränsningar (art. 8).

FJÄRDE DELEN: KOMMENTARER TILL ARTIKLARNA

Artikel 1 Tillämpningsområde

21 Artikel 1 definierar protokollets materiella tillämpningsområde. I enlighet med den första punkten i denna artikel bestämmer protokollet tillämplig lag för varje underhållsskyldighet som härrör från familje-, släktskaps-, äktenskaps- eller svägerlagsförhållande,

¹³ Se nedan, punkterna 33, 36, 39, 57, 66, 67 och 166.

Artikel 1 – I detta protokoll fastställs tillämplig lag avseende sådan underhållsskyldighet som har sin grund i familje-, släktskaps-, äktenskaps- eller svågerlagsförhållande, inbegripet underhållsskyldighet för barn oavsett föräldrarnas civilstånd.

a Tillämplig lag avseende underhållsskyldighet

22 Syftet med protokollet är att fastställa tillämplig lag avseende underhållsskyldighet. Därför innehåller det varken några regler om behörighetskonflikt eller om administrativt samarbete. Dessa är frågor som åtminstone delvis regleras i konventionen.

23 Det är för övrigt viktigt att betona att protokollet endast reglerar tillämplig lag avseende underhållsskyldighet, som är tänkt som en självständig anknytningskategori. På så sätt försöker den inte fastställa tillämplig lag avseende de familjeförhållanden som underhållsskyldigheten har sin grund i. Denna princip är viktig och tas uttryckligen upp i 1973 års konvention om underhållsskyldighet (tillämplig lag), där det i artikel 2.1 anges att konventionen endast reglerar lagkonflikter om underhållsskyldighet. Denna formulering upprepas inte i protokollet, troligtvis eftersom den ansågs överflödigt med tanke på titeln på detta instrument ("Protokoll om tillämplig lag avseende underhållsskyldighet", egen kursivering), liksom texten i dess artikel 1.1 ("I detta protokoll fastställs tillämplig lag avseende sådan underhållsskyldighet [...]", *id.*). Trots tystnaden är protokollets strategi på denna punkt densamma som i 1973 års konvention, i den mening att den tillämpliga lagen avseende familjeförhållanden som avses i artikel 1.1 (t.ex. genom släktskap eller äktenskap) inte styrs direkt genom protokollet. Detta bekräftas genom artikel 1.2 i protokollet, som upprepar artikel 2.2 i 1973 års konvention, genom att precisera att "[a]vgöranden meddelade med tillämpning av detta protokoll ska inte påverka förekomsten av de förhållanden som avses i punkt 1." Denna regel är i själva verket bara en effekt av underhållsskyldighetens självständiga anknytning.

24 Den självständiga anknytningen till underhållsskyldigheten har som följd att den tillämpliga lag avseende familjeförhållanden som avses i artikel 1.1 ska fastställas, i varje fördragsslutande stat, på grundval av de allmänna lagvalsreglerna i den staten. Detta utgör inget problem när den huvudsakliga frågan i det pågående förfarandet rör huruvida det föreligger ett familjeförhållande (t.ex. när ansökan avser bevis för släktskap, äktenskapets giltighet, hemskillnad eller äktenskapsskillnad), även om ett underhållsanspråk läggs fram som en accessorisk fråga inom ramen för samma förfarande. Problemet blir mer komplicerat när frågan om huruvida det föreligger ett familjeförhållande eller ej ställs innan ett förfarande där underhållskravet står i centrum (t.ex. om den förmodade underhållsskyldige bestrider förekomsten av släktskap eller äktenskapets giltighet). Eftersom protokollet inte säger något om detta finns det inget som hindrar att man återanvänder den tolkning som föreslogs för 1956 och 1973 års konventioner om underhållsskyldighet, enligt vilken den lag som anvisas med avseende på underhållsskyldigheten även kan tillämpas på prejudicialfrågan om förekomsten

av ett familjeförhållande i enlighet med artikel 1.1¹⁴. Denna lösning gäller dock inte de fördragsslutande staterna, som lagligen kan välja en anknytning som är separat och fristående från prejudicialfrågan; i detta fall kommer man att besluta om anknytningen enligt den lag som utses genom domstolslandets lagvalsregler. Enligt artikel 1.2 påverkar hur som helst inte det avgörande som meddelas för ansökan om underhållsbidrag i enlighet med den lag som utses genom protokollet förekomsten av det berörda familjeförhållandet.

b Underhållsskyldighet som har sin grund i familjeförhållande

25 Enligt artikel 1.1 fastställer protokollet underhållsskyldighet som har sin grund i familje-, släktskaps-, äktenskaps- eller svågerlagsförhållande. Denna formulering motsvarar den i artikel 1 i 1973 års konvention om underhållsskyldighet (tillämplig lag). Tvärt emot denna konvention¹⁵ föreskriver protokollet dock inte några förbehåll som gör det möjligt för de fördragsslutande staterna att begränsa dess tillämpningsområde till vissa underhållsskyldigheter eller att utesluta andra¹⁶. Protokollet har alltså ett mycket stort tillämpningsområde.

i Ett materiellt tillämpningsområde som är större än det i konventionen

26 Protokollets tillämpningsområde är betydligt större än konventionens bindande tillämpningsområde, eftersom detta enligt dess artikel 2.1 begränsas till

"a) underhållsskyldighet, som grundar sig på ett föräldra-barnförhållande, mot en person under 21 år,

b) erkännande och verkställighet, eller verkställighet, av ett avgörande om underhållsskyldighet mot make, om ansökan ges in tillsammans med ett anspråk som omfattas av a, och

c) med undantag för kapitel II och III, underhållsskyldighet mot make".

Denna skillnad förklaras dels genom avsikten att göra så att protokollets tillämpningsområde sammanfaller med det i 1973 års konvention om underhållsskyldighet (tillämplig lag), så att protokollet (åtminstone mellan de fördragsslutande parterna) kan ersätta konventionen (se art. 18). Den speglar dels önskan om att inte överdrivet begränsa tillämpningsområdet för en text som, genom att vara föremål för ett protokoll som är avskilt från konventionen, i vilket fall som helst är frivillig för de stater som har ratificerat denna och, omvänt, kan ratificeras av stater som inte har tillträtt konventionen (se art. 23).

27 För övrigt kan de fall där båda instrumenten är tillämpliga hur som helst inte inkräkta på varandra, eftersom villkoren när det gäller geografisk behörighet

¹⁴ Förklarande rapport om 1973 års konvention om underhållsskyldighet (verkställande – tillämplig lag), redigerad av Marc Verwilghen (nedan kallad *Verwilghen-rapporten*), akter och handlingar från den tolfte sessionen (1972), volym IV, underhållsskyldighet, s. 383–465, punkt 125 och följande punkter (också tillgänglig på <www.hcch.net>).

¹⁵ Se i synnerhet art. 13 och 14 i detta.

¹⁶ Se art. 27 enligt vilken "[i]nga förbehåll får göras mot detta protokoll".

(*ratione loci*) skiljer sig åt. Konventionen är ett instrument mellan parter (*inter partes*), som är tillämpligt på förbindelserna mellan de fördragsslutande staterna. Detta gäller såväl det administrativa samarbetet¹⁷ som erkännandet och verkställigheten av avgöranden¹⁸. Protokollet har däremot en allmän tillämpning, även om den lag som utses genom detta är en *icke-fördragsslutande* stats lag (se art. 2).

28 Det bör för övrigt framhållas att det materiella tillämpningsområdet för konventionen likaså kan utvidgas, som ett alternativ (genom en förklaring i enlighet med art. 63), ”till sådan underhållsskyldighet som har sin grund i familje-, släktskaps-, äktenskaps- eller svägerlagsförhållande [...]” (art. 2.3 i denna). Genom en sådan förklaring kan varje fördragsslutande stat som så önskar få de två instrumentens *materiella* tillämpningsområde att sammanfalla. Även i händelse av en sådan förklaring kommer dock överensstämmelsen bara att vara partiell. I själva verket ger den förklaring som avses i artikel 2.3 upphov till förpliktelser mellan två fördragsslutande stater endast på ömsesidig grund ”i den utsträckning som deras förklaringar omfattar samma underhållsskyldighet och samma delar av konventionen”. Däremot har protokollet, som påpekats ovan, allmän tillämpning, oberoende av eventuell ömsesidighet (se art. 2). Det kan alltså vara så att, även i en stat som har tillträtt båda instrumenten och som har lämnat denna förklaring, konventionen inte är tillämplig i ett visst fall, till skillnad från protokollet.

ii Underhållsskyldighet som har sin grund i ett familjeförhållande

29 Protokollet definierar inte begreppet familjeförhållande, utan ger endast några exempel som motsvarar de som tas upp i 1973 års konvention om underhållsskyldighet (tillämplig lag). Familje-, släktskaps-, äktenskaps- eller svägerlagsförhållande nämns därför uttryckligen. Denna uppräkningsvisar att protokollets definition av begreppet familj är ganska omfattande – man har nämligen inkluderat svägerlagsförhållandena, trots att de inte erkänns i samtliga stater.

30 I sista delen av artikel 1.1 preciseras det att, när det rör sig om underhåll för barn, protokollet ska tillämpas oavsett föräldrarnas civilstånd. Denna precisering, som likaså finns i artikel 1 i 1973 års konvention om underhållsskyldighet (tillämplig lag) och artikel 2.4 i konventionen, slår fast att protokollet är tillämpligt utan att göra skillnad mellan barn som föds inom respektive utanför äktenskapet.

31 En fråga som omfattas av motstridiga uppfattningar är de olika formerna av äktenskap eller partnerskap mellan personer av samma kön. Dessa förhållanden erkänns i ett växande antal juridiska system, som också

ofta ser dem som familjeförhållanden som kan ge upphov till underhållsanspråk. Andra stater vägrar emellertid att erkänna dem, och anser ibland att de står i strid med grunderna för deras rättsordning. Protokollet kommer inte att ändra denna situation. I själva verket fastställer protokollets lagvalsregler endast den tillämpliga lagen avseende underhållsskyldighet. De fastställer inte den tillämpliga lagen för vad som utgör ett familjeförhållande eller avgör vilka förhållanden som utgör grunden för underhållsskyldigheten (se ovan, punkt 23). Förekomsten och giltigheten av äktenskap eller partnerskap mellan personer av samma kön förblir därför underkastad den nationella lagen i de fördragsslutande staterna, inklusive deras internationellt privaträttsliga regler. Dessutom preciseras det inte i protokollet om de underhållsskyldigheter som har sin grund i dessa typer av förhållanden är omfattade. Detta utelämnande är medvetet, för att undvika att protokollet berör punkter som staterna inte kan enas om. Frågan har ändå diskuterats med avseende på vissa anknytningsregler, framför allt den i artikel 5 om underhållsskyldighet mellan makar och tidigare makar. Vissa delegationer hade nämligen föreslagit att man i protokolltexten uttryckligen ska precisera att denna bestämmelse, efter staternas godtycke, skulle kunna vara tillämplig på dessa institutioner som ligger nära äktenskap. Trots att detta förslag inte har erhållit den konsensus som krävs har den diplomatiska konferensens andra kommitté godkänt att de stater som erkänner sådana institutioner i sina juridiska system, eller som är beredda att erkänna dem, kan låta dem omfattas av regeln i artikel 5 (se ovan, punkt 92 och följande punkter), vilket underförstått innebär att protokollet kan tillämpas på dessa. Däremot har inget beslutats för de fördragsslutande stater som inte är beredda att behandla dessa typer av institutioner som äktenskap. För dessa utgör en tänkt lösning att man tar hänsyn till att dessa förhållanden inte kan liknas vid äktenskap (i detta fall kommer den tillämpliga lagen att fastställas på grundval av de andra reglerna i protokollet, i synnerhet art. 3 och 6). Eftersom protokollet och förarbetena tiger i frågan måste man sluta sig till att denna lösning är legitim, även om detta innebär att protokollet inte kommer att tillämpas enhetligt i de fördragsslutande staterna. Denna brist på enhetlighet är dock inte särskilt allvarlig, om man betänker domstolen eller myndigheten i den berörda staten hur som helst skulle ha möjlighet i det aktuella fallet att, av skäl som rör grunderna för rättsordningen, vägra att tillämpa en utländsk lag som erkänner en underhållsskyldighet som har sin grund i dessa omtvistade förhållanden (se art. 13; nedan, punkt 178).

32 Protokollet preciserar inte huruvida det är tillämpligt på sådan underhållsskyldighet som grundar sig på ett avtal om förekomsten eller omfattningen av ett underhållsanspråk. Denna typ av avtal tecknas ofta mellan makar i samband med att äktenskapet ingås eller i händelse av äktenskapsskillnad, eller mellan ogifta partner. I samband med utarbetandet av 1973 års konvention om underhållsskyldighet (tillämplig lag) hade man inte lyckats lösa denna fråga. Följden blev att konventionen gav domstolarna en stor flexibilitet, genom att göra det möjligt för dem att låta sådana skyldigheter

¹⁷ Se art. 9 i konventionen, där det anges att ansökan ska göras genom centralmyndigheten i den *fördragsslutande* stat där sökanden är bosatt till centralmyndigheten i den anmodade staten.

¹⁸ Se art. 20.1 i konventionen, som fastställer de villkor enligt vilka "[e]tt avgörande som meddelats i en *fördragsslutande* stat [...] ska erkännas och verkställas i andra *fördragsslutande* stater" (egen kursivering).

omfattas av konventionsbestämmelserna eller allmänna lagvalsregler¹⁹. Trots protokollets tystnad på denna punkt innehåller det element som gör det möjligt att bekräfta att det också är tillämpligt på avtal om underhåll, i den utsträckning som dessa avtal syftar till att ändra eller precisera en skyldighet som har sin grund i ett familjeförhållande. I själva verket tillåter protokollet, i motsats till 1973 års konvention, att man på vissa villkor väljer vilken lag som ska tillämpas på underhållsskyldigheten.²⁰ Men ett av skälen – om inte huvudskälet – för att tillåta detta val var just att kunna garantera en viss stabilitet beträffande de avtal som tecknas i familjefrågor mellan makar eller andra vuxna personer (se nedan, punkt 126). Om det godtas att den lag som utsetts av parterna i enlighet med protokollet är tillämplig på underhållsavtal, måste naturligtvis samma slutsats gälla för den lag som utsetts genom protokollet självt med hjälp av en objektiv anknytning.

c Räckvidden för de avgöranden som meddelas i enlighet med protokollet

Punkt 2 Avgöranden meddelade med tillämpning av detta protokoll ska inte påverka förekomsten av de förhållanden som avses i punkt 1.

33 Punkt 2 i artikel 1 preciserar att de avgöranden som meddelas med tillämpning av protokollet inte ska påverka förekomsten av de förhållanden som avses i punkt 1. Denna bestämmelse upprepar formuleringen i artikel 2.2 i 1973 års konvention om underhållsskyldighet (tillämplig lag); samma lösning har valts i artikel 5 i 1989 års Montevideokonvention. Den anger att ingen kan dra fördel av ett avgörande som dömer den underhållsskyldige att betala den underhållsberättigade underhåll på grundval av den lag som utses genom protokollet för att bekräfta förekomsten av ett familjeförhållande som de som avses i artikel 1.1. Denna regel är en effekt av underhållsskyldighetens självständiga anknytning (se ovan, punkt 23). Den motsvarar artikel 19.2 i konventionen, enligt vilken utländska avgöranden som inte enbart rör underhållsskyldighet visserligen omfattas av konventionens regler om erkännande och verkställighet, men endast i den del som rör underhållsskyldigheten²¹. För en djupare analys av denna strategi, som redan är välkänd i de fördragsslutande staterna till 1973 års konvention, kan man hänvisa till Verwilghen-rapporten²².

Artikel 2 Universell tillämpning

Detta protokoll ska tillämpas även om den tillämpliga lagen är en icke-fördragsslutande stats lag.

34 Denna bestämmelse beskriver endast protokollets universella karaktär. Denna kommer att vara tillämplig i de fördragsslutande staterna, även om den lag som utses genom dessa bestämmelser är en icke-fördragsslutande stats lag. Denna strategi motsvarar den som antogs av 1973 års konvention om underhållsskyldighet (tillämplig

lag) (art. 2) liksom av flera andra Haagkonventioner på området tillämplig lag.

35 Om en myndighet i en fördragsslutande stat tar emot en ansökan om en sådan underhållsskyldighet som omfattas av protokollets materiella tillämpningsområde ska denna, i enlighet med denna regel, utgå från denna text för att avgöra vilken lag som faktiskt är tillämplig, även om målet (enligt parternas bosättning eller av andra skäl) har nära anknytning till en eller flera icke-fördragsslutande stater. Detta gäller också om den lag som utses genom protokollet är en icke-fördragsslutande stats lag (detta kan exempelvis vara fallet om den underhållsberättigade är bosatt i en sådan stat eller om parterna har utsett denna lag som tillämplig för underhållsskyldigheten, se art. 3 och 8).

Artikel 3 Allmän regel om tillämplig lag

36 Denna bestämmelse rör principen om underhållsskyldighetens anknytning till lagen i den stat där den underhållsberättigade har sin hemvist. Denna anknytning motsvarar den som huvudsakligen används i 1973 års konvention om underhållsskyldighet (tillämplig lag) och, för underhåll för barn, i 1956 års konvention om underhållsskyldighet. Den tas också upp i artikel 6 a i 1989 års Montevideokonvention (emellertid som ett alternativ till den underhållsskyldiges hemvist). Denna lösning godtogs enhälligt vid förhandlingarna.

Punkt 1 – Underhållsskyldighet ska regleras av lagen i den stat där den underhållsberättigade har sin hemvist, om inte annat föreskrivs i detta protokoll.

a Anknytningens existensberättigande

37 Denna anknytning har flera fördelar. Den främsta är att den gör det möjligt att avgöra förekomsten och omfattningen av underhållsskyldighet med hänsyn tagen till de juridiska och faktiska villkoren i den sociala miljön i det land där den underhållsberättigade bor och bedriver merparten av sin verksamhet. Den underhållsberättigade ska använda sitt underhåll för sina levnadskostnader, vilket med rätta slås fast i Verwilghen-rapporten. Därför bör man bedöma det konkreta problemet i förhållande till ett konkret samhälle: det som den person som ansöker om underhåll bor och kommer att bo i²³.

38 Anknytningen till lagen vid hemvisten gör också att man kan säkerställa att underhållsberättigade som bor i samma land behandlas lika, oavsett deras medborgarskap. Det är nämligen svårt att se varför en utländsk medborgare som har rätt till underhåll, under samma förhållanden, skulle behandlas på ett annat sätt än en underhållsberättigad som är medborgare i den stat där han eller hon bor.

39 Slutligen bör det noteras att den underhållsberättigades hemvist i stor utsträckning används som kriterium för att fastställa vilken domstol som är behörig i underhållsfrågan, såväl enligt enhetliga, rättsliga instrument²⁴ som enligt flera nationella lagar.

¹⁹ Verwilghen-rapporten (*op. cit.* fotnot 14), punkt 120.

²⁰ Se i synnerhet art. 8, som gör det möjligt för parterna att utse vilken lag som ska vara tillämplig "oavsett tidpunkt".

²¹ Se Borrás-Degeling-rapporten, punkt 438.

²² *Op. cit.* (fotnot 14), punkt 122 och följande punkter

²³ *Op. cit.* (fotnot 14), punkt 138.

²⁴ T.ex. art. 5.2 i rådets förordning (EG) nr 44/2001 av den 22 december 2000 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område ("Bryssel I"), liksom

Följaktligen leder tillämpningen av detta kriterium för att fastställa den tillämpliga lagen ofta till att man tillämpar lagen vid den myndighet där talan väcks, vilket underlättar arbetet och gör det mer effektivt. Dessa fördelar är särskilt värdefulla i underhållsfall då de belopp som står på spel, och följaktligen de medel som finns tillgängliga för att fastställa om en utländsk lag är tillämplig, i allmänhet är mycket små.

40 Som framhålls i artikel 3.1, gäller inte anknytningen till den underhållsberättigades hemvist om protokollet föreskriver något annat. Det är viktigt att precisera detta eftersom ifrågavarande anknytning, i enlighet med protokollet, omfattas av flera undantag enligt artiklarna 4–8. Sammantaget bör man konstatera att denna regels räckvidd är mer begränsad här än i 1956 och 1973 års konventioner om underhållsskyldighet.

b Begreppet hemvist

41 Begreppet hemvist definieras inte i protokollet. Det gör det inte heller i de många Haagkonventioner som använder sig av detta begrepp som ett kriterium för fastställandet av tillämplig lag eller myndigheternas behörighet, inklusive konventionen²⁵. Arbetet med att i ett konkret fall fastställa om den underhållsberättigade är bosatt i en stat eller en annan ska utföras av den myndighet där talan väckts. Denna måste dock söka efter ett enhetligt begrepp, som baseras på protokollets mål, istället för att tillämpa kriterier i enlighet med den nationella lagstiftningen²⁶.

42 Det bör noteras att det valda kriteriet gäller *hemvisten*, vilket förutsätter en viss stabilitet. En tillfällig bosättning är inte tillräcklig för att fastställa den tillämpliga lagen för underhållsskyldigheten. Om till exempel den underhållsberättigade är bosatt i ett annat land än det där denne är etablerad under några månader, för att studera eller bedriva en tillfällig verksamhet, bör detta i princip varken ändra hemvisten eller den tillämpliga lagen för underhållsskyldigheten enligt artikel 3.

43 Kriteriet ”hemvist” används också i konventionen, liksom begreppet ”bosättning”. I artikel 20.1 *c* och *d* i konventionen används kriteriet ”hemvist” för att fastställa grunden för erkännandet av utländska avgöranden²⁷ medan kriteriet gällande ”bosättning” används i artikel 9 i konventionen för att fastställa behörigheten för centralmyndigheten i den anmodade staten och göra de vanliga bestämmelserna om administrativt samarbete gällande. Enligt artikel 9 ska i själva verket ”[e]n ansökan enligt detta kapitel göras genom centralmyndigheten i den fördragsslutande stat där sökanden är bosatt till centralmyndigheten i den anmodade staten”. Inom ramen för denna bestämmelse är en tillfällig bosättning tillräcklig även om den inte kan räknas som hemvist; däremot räcker det inte bara med en vistelse. Denna

den ”parallella” bestämmelsen i art. 5.2 i *Luganokonventionen av den 16 september 1988 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttsens område* (nedan kallad 1988 års *Luganokonvention*); art. 8 a i 1989 års Montevideokonvention.

²⁵ Se Borrás-Degeling-rapporten, punkterna 61 och 62.

²⁶ Art. 20, se punkt 202.

²⁷ Se Borrás-Degeling-rapporten, punkt 444.

lösning har valts för att så långt som möjligt underlätta ansökningarna om internationell indrivning av underhåll.²⁸

c Ändring av hemvist

Punkt 2 – Om den underhållsberättigades hemvist ändras ska lagen i den nya hemviststaten tillämpas från och med den tidpunkt då ändringen inträffar.

44 När den underhållsberättigades hemvist ändras ska lagen i den nya hemviststaten tillämpas från och med den tidpunkt då ändringen inträffar. Denna lösning, som motsvarar den som valts i 1956 (art. 1.2) och 1973 (art. 4.2) års konventioner om underhållsskyldighet, är nödvändig med tanke på de skäl som anknytningen till hemvisten baseras på. Om hemvisten ändras är det nämligen logiskt att förekomsten och beloppet med avseende på underhållsskyldigheten ska fastställas enligt lagen i det land där den underhållsberättigade bor. Tillämpningen av denna lag motiveras också med skäl som rör likabehandling av samtliga underhållsberättigade som bor i samma land.

45 Det bör noteras att den lösning som ges på ändringen av hemvisten eller den vanliga vistelseorten inte nödvändigtvis är i linje med strävan efter att säkerställa överensstämmelsen mellan myndigheternas befogenhet och den tillämpliga lagstiftningen. När myndighetens befogenhet beror på den underhållsberättigades hemvist bedöms denna i allmänhet vid den tidpunkt då ansökan lämnas, utan hänsyn tagen till en senare ändring (principen om *perpetuatio fori*). När det gäller den tillämpliga lagen bör ändringen av den underhållsberättigades hemvist däremot beaktas i avgörandet om underhåll, även om ändringen inträffar under förfarandets gång. I den utsträckning som avgörandet fastställer att ett framtida underhåll ska betalas, skulle det i själva verket vara ologiskt att inte ta hänsyn till en sådan omfattande ändring av omständigheterna.

46 Det sista datumet för att påpeka denna ändring, när den inträffar under det föreliggande förfarandet, fastställs dock inte i protokollet. Det kommer alltså att bero på de tillämpliga processreglerna i varje fördragsslutande stat.

47 Det bör noteras att en ändring av bosättningen bara ska beaktas från och med den tidpunkt som den underhållsberättigade får en ny hemvist, dvs. när den nya bosättningen uppnår den grad av stabilitet som krävs av en hemvist. Om den underhållsberättigade flyttar till ett annat land för att bo där tillfälligt²⁹, innebär detta i princip inte att hemvisten ändras, förutom om nya bosättningen vid en viss tidpunkt blir stabil (om t.ex. den underhållsberättigade går en utbildning i en utländsk stat och hittar ett arbete som gör att denne kan bosätta sig där permanent).

48 Den tillämpliga lagen ändras från och med den tidpunkt då hemvisten ändras, men endast för framtiden (med omedelbar verkan). Den underhållsberättigades anspråk beträffande den period som föregår ändringen

²⁸ Ibid, punkt 228.

²⁹ Se de exempel som ges i punkt 42.

fortsätter alltså att omfattas av lagen vid den förra hemvisten. Denna lösning är motiverad om man tänker på att den underhållsberättigade redan har fått rätt att erhålla bidrag för den föregående perioden, och den bör alltså inte diskuteras igen genom en senare ändring av den tillämpliga lagen.

Artikel 4 Särskilda regler till förmån för vissa underhållsberättigade

49 Denna bestämmelse föreskriver omfattande undantag från den principiella anknytningen till den underhållsberättigades hemvist. Dessa undantag motiveras med att de inför ett mer gynnsamt system för vissa kategorier av underhållsberättigade i händelse av att tillämpningen av lagen vid deras hemvist visar sig strida mot deras intressen.

a Tillämpningsområde för artikel 4

Punkt 1 – Följande bestämmelser ska gälla i fråga om underhållsskyldighet:

50 I enlighet med sitt existensberättigande gynnar regeln i artikel 4 endast vissa kategorier av underhållsberättigade, som definieras i den första punkten i denna artikel. För att undvika eventuella tvetydigheter bör det understrykas att målet med denna punkt inte är att fastställa villkoren för hur man erhåller underhåll (en fråga som löses genom den utsedda nationella lagen), utan endast att fastställa vilka kategorier av underhållsberättigade som, vad gäller fastställandet av den lag som är tillämplig på deras krav – genom ett undantag från artikel 3, kommer att gynnas av de anknytningskriterier som avses i artikel 4. Rätten till underhållsbidrag kommer att bero på den lag (eller de lagar) som utses genom denna artikel. För de kategorier av underhållsberättigade som inte tas upp i artikel 4 kommer den lag som är tillämplig på deras underhållsanspråk att avgöras genom artikel 3 eller genom protokollets övriga bestämmelser.

51 Det bör också noteras att artikel 4 inte utesluter tillämpningen, för vissa kategorier av underhållsberättigade som avses, av andra bestämmelser i protokollet: artikel 3 förblir tillämplig med förbehåll för de undantag som föreskrivs i artikel 4, artikel 6 godkänner att den underhållsskyldige i vissa fall kan invända mot den underhållsberättigades anspråk och artiklarna 7 och 8 styr avtalen avseende tillämplig lag.

52 Tvärtemot 1973 års konvention om underhållsskyldighet (tillämplig lag), i vilken det ”överlappande” system som grundar sig på subsidiära anknytningar har en allmän räckvidd (se art. 5 och 6), omfattar det i protokollet endast de kategorier av underhållsberättigade som avses i artikel 4.1 (se nedan, punkt 53 och följande punkter). Denna skillnad skulle, i de fördragsslutande stater som tillträtt 1973 års konvention, kunna ses som ett steg tillbaka jämfört med den nuvarande nivån på skyddet av underhållsberättigade. Denna analys stämmer dock inte helt: I själva verket uteslöt man redan i 1973 års konvention överlappande anknytningar för underhåll mellan skilda makar, eftersom dessa i vilket fall som helst reglerades av den lag som tillämpades på äktenskapsskillnaden (se art. 8 i

konventionen). Samma sak gällde hemskillnad samt ogiltigförklarande och annullering av äktenskap. Om man jämför de två texterna kan man följaktligen konstatera att de skiljer sig åt både i fråga om behandlingen av makar som fortfarande är gifta³⁰ och vissa underhållsberättigade vars underhållsanspråk inte omfattas av enhetliga bestämmelser i komparativ rätt (t.ex. släktingar i sidled och besvägrade), och för vilka protokollet innehåller särskilda regler om bestridande till förmån för den underhållsskyldige (se nedan, art. 6). Med tanke på att dessa kategorier av underhållsberättigade är föremål för särskilda regler som är mindre gynnsamma för dem, är det alltså föga logiskt, ja rent av uppenbart motsägelsefullt, att låta dem dra nytta av de överlappande anknytningarna i artikel 4.

53 I arbetsgruppens utkast från januari 2007³¹ gällde de särskilda regler som blivit till artikel 4 endast vuxna som ännu inte har fyllt 21 år. Vid det särskilda utskottets sammanträde i maj 2007 delades denna kategori upp i två olika kategorier. Således tillämpas artikel 4 dels på föräldrars underhållsskyldighet mot sina barn (art. 4.1 a) och dels på andra personers är föräldrars underhållsskyldighet mot personer som ännu inte har fyllt 21 år (art. 4.1 b). I det första fallet är föräldrabarnförhållandet den avgörande faktorn. I det andra fallet beror däremot den gynnsamma behandlingen på den underhållsberättigades ålder. Vid det särskilda utskottets sammanträde i maj 2007 utvidgades dessutom tillämpningen av denna artikel till barns underhållsskyldighet mot sina föräldrar. Dessa lösningar finns i protokollets slutgiltiga text.

Led a) – Föräldrars underhållsskyldighet mot sina barn,

54 Enligt artikel 4.1 a är artikel 4 tillämplig på föräldrars underhållsskyldighet mot sina barn oavsett ålder. Förekomsten av ett föräldrabarnförhållande har ansetts tillräckligt för att motivera en gynnsam behandling i fråga om fastställandet av tillämplig lag. Detta innebär inte att barnet kommer att ha rätt att få underhåll oberoende av sin ålder, eftersom denna fråga beror på de materiella reglerna i den lag (eller de lagar) som utsetts, utan endast att barnet kan komma att dra fördel av subsidiära, överlappande anknytningar, liksom av den omkastning av anknytningarna som avses i artikel 4.2–4.

Led b) – andra personers än föräldrars underhållsskyldighet mot personer som ännu inte har fyllt 21 år, med undantag för skyldigheter som följer av de förhållanden som avses i artikel 5, och

55 Enligt artikel 4.1 b gynnar reglerna i artikel 4 även personer som ännu inte fyllt 21 år. Det rör sig i dessa fall om sådan underhållsskyldighet som utgår från de familjeförhållanden som regleras av protokollet (se art. 1.1), med undantag av föräldrabarnförhållanden (som redan omfattas av art. 4.1 a) och äktenskap: I själva verket tas det uttryckligen upp i artikel 4.1 b att den inte ska gälla underhållsskyldighet som har sin grund i de förhållanden som nämns i artikel 5, dvs.

³⁰ Dessa omfattas av tillämpningsområdet för art. 5 i protokollet, medan de var uteslutna från art. 8 i 1973 års konvention.

³¹ Arbetsdok. nr 24 från januari 2007 (*op. cit.*, fotnot 7), art. D.

underhållsskyldighet mellan makar, tidigare makar eller parter i ett äktenskap som annullerats. I brist på val av tillämplig lag regleras nämligen skyldigheterna mellan makar och tidigare makar av reglerna i artiklarna 3 och 5. *Favor creditoris*, som utgör grunden för artikel 4, gäller inte för dessa.

56 De situationer som avses i led *b* är alltså i grunden sådana underhållsanspråk som grundas på ett direkt familjeförhållande eller ett familjeförhållande i sidled (t.ex. ett anspråk som läggs fram av ett barnbarn, av en bror eller en syster, av en bror-/systerson eller en brors-/systerdotter) eller ett svågerlagsförhållande (t.ex. av ett barn mot föräldrarnas make/maka). Det bör noteras att dessa skyldigheter också är föremål för artikel 6, på så sätt att den underhållsskyldige i förekommande fall kan komma att bestrida anspråket i enlighet med denna artikel. Den lösning som föreskrivs i protokollet är i detta avseende något motstridig, eftersom dessa förhållanden å ena sidan gynnas av artikel 4 och å andra sidan missgynnas av artikel 6 (se nedan, punkt 100). Det rör sig uppenbarligen om en kompromisslösning.

57 Efter lång tvekan om huruvida åldersgränsen skulle fastställas till 18 eller 21 år valde man slutligen 21 år i samband med den diplomatiska konferensen. Det främsta argumentet för denna lösning är att den överensstämmer den tydliga trenden inom komparativ rätt om att gynna betalningen av underhåll till unga personer som läser vidare, i synnerhet på universitetsnivå. Denna tendens har beaktats i vissa internationella instrument. T.ex. föreskriver 1989 års Montevideokonvention att de förmåner som härrör från detta instrument ska gälla personer som, efter att de har fyllt 18 år, fortsätter att ha rätt till underhåll enligt den tillämpliga lagen. Det bör framhållas att möjligheten att få underhåll i varje fall beror på den eller de utsedda lagarna; protokollet reglerar nämligen bara lagvalskonflikterna och tvingar inte staterna på något sätt att ändra sin nationella lagstiftning.

Led *c* – barns underhållsskyldighet mot sina föräldrar.

58 Artikel 4.1 *c* gör artikel 4 tillämplig på barns underhållsskyldighet mot sina föräldrar. Det utvidgade tillämpningsområdet för denna särskilda regel föreslogs av en majoritet av delegationerna vid det särskilda utskottets sammanträde i maj 2007, eftersom föräldrar, på samma sätt som barn, förtjänar en gynnsam behandling i fråga om lagvalsreglerna. Denna lösning antogs slutligen i samband med den diplomatiska konferensen. Liksom i fallet i led *b* är också de förhållanden som avses i led *c* föremål för regeln i artikel 6, vilket gör det möjligt för den underhållsskyldige att bestrida anspråket i enlighet med denna bestämmelse (*ibid.*).

b Subsidiär anknytning till domstolslandets lag

Punkt 2 – Om den underhållsberättigade inte kan få underhåll från den underhållsskyldige med stöd av den lag som avses i artikel 3 ska domstolslandets lag tillämpas.

59 Den första fördelen för de olika kategorier av underhållsberättigade som definieras i artikel 4.1 består av möjligheter till subsidiär anknytning till domstolslandets

lag för det fall då den underhållsberättigade inte har rätt till underhåll i enlighet med lagen i den stat där denne har sin hemvist. Denna lösning är inspirerad av *favor creditoris* och är avsedd att se till att den underhållsberättigade har möjlighet att få underhållsbidrag om detta framgår av lagen vid den myndighet där talan väckts.

60 Detta är en traditionell lösning. Den finns för tillfället i 1956 (art. 3) och 1973 (art. 6) års konventioner om underhållsskyldighet. Den sistnämnda föreskriver dock att denna lösning ska tillämpas i sista hand, efter den (alternativa) tillämpningen av lagen i den stat där båda är medborgare (art. 5). Omkastningen i protokollet av dessa två kriterier om subsidiär anknytning (domstolslandets lag framför lagen i den stat där båda är medborgare, se art. 4.4) motiveras av flera anledningar. Dels minskas den praktiska betydelsen av anknytningen till det faktum att parterna är medborgare i samma stat, vars relevans ifrågasätts i underhållsfrågor (se nedan, punkt 74). Dels underlättar den uppgiften för den myndighet där talan väckts, som alternativt kan komma att tillämpa sin egen lag, utan att först behöva informeras om innehållet i lagen i den stat där båda är medborgare. Som ett resultat innebär denna lösning också fördelar för den underhållsberättigade eftersom den gör det möjligt att fatta beslut snabbare och till lägre kostnad.

61 Liksom i 1956 och 1973 års konventioner tar man hänsyn till den subsidiära anknytningen först när den underhållsberättigade ”inte har rätt till underhåll” enligt lagen vid den underhållsberättigades hemvist, vilken är tillämplig i första hand. Det tvistades om detta uttrycks exakta innebörd i samband med det särskilda utskottets sammanträde i maj 2007. Det står klart att den underhållsberättigade kan komma att gynnas av en subsidiär tillämpning av domstolslandets lag, inte bara i de fall där lagen vid hemvisten överhuvud taget inte ger rätt till något underhåll på grundval av det berörda familjeförhållandet (t.ex. på grund av att lagen inte föreskriver någon sådan skyldighet mellan barn och deras föräldrar), utan även där (även om man i princip erkänner en sådan skyldighet) den gör skyldigheten föremål för ett villkor som inte är uppfyllt i det aktuella fallet (t.ex., lagen föreskriver att föräldrarnas skyldighet mot sina barn sträcker sig upp till 18 års ålder, och den underhållsberättigade i det konkreta fallet har uppnått denna ålder)³². Frågan om hur man ska veta om den subsidiära tillämpningen av domstolslandets lag också ska gälla när underhåll inte ska betalas enligt lagen vid hemvisten av ekonomiska skäl, nämligen med anledning av kriterierna i denna lag för bedömningen av den underhållsberättigades behov eller den underhållsskyldiges tillgångar (dvs. om den underhållsberättigade, enligt lagen vid hemvisten, inte har behov av underhåll eller om den underhållsskyldige inte har medel för att tillhandahålla detta) förblir omtvistad. Rent teoretiskt är det svårt att skilja mellan detta fall och situationerna ovan, eftersom det likaså rör sig om en situation där underhållsbidrag nekas eftersom den lag som först och främst ska tillämpas inte kräver detta. Enligt en majoritet av delegationerna bör *favor creditoris* (och den

³² Se Verwilghen-rapporten (*op. cit.*, fotnot 14), punkt 145.

subsidiära anknytning som det normgivande uttrycket innebär) inte tillämpas i det sistnämnda fallet.

62 Den subsidiära anknytningen exkluderas i vart fall när lagen vid den underhållsberättigades hemvist ger rätt till underhåll till ett lägre belopp än domstolslandets lag. I detta fall kommer den lag som anvisas enligt artikel 3 vara tillämplig, även om den i praktiken är mindre gynnsam för den underhållsberättigade än lagen vid den myndighet där talan väckts.

63 I de fall då den är tillämplig är den subsidiära anknytningen till domstolslandets lag uppenbarligen användbar först när talan om underhållsskyldighet väcks i en annan stat än den där den underhållsberättigade har sin hemvist, eftersom lagen vid hemvisten och domstolslandets lag annars sammanfaller. För övrigt inskränks tillämpningsområdet för artikel 4.2 därefter genom artikel 4.3 i protokollet. Enligt den sistnämnda bestämmelsen är nämligen domstolslandets lag i vilket fall som helst tillämplig i första hand om talan väcks av den underhållsberättigade i den stat där den underhållsskyldige har sin hemvist (se nedan, punkt 64 och följande punkter). Den subsidiära tillämpningen av domstolslandets lag enligt artikel 4.2 kommer följaktligen att kunna komma i fråga först när talan väcks av den underhållsskyldige (t.ex. i händelse av att denna väcker talan vid den behöriga myndigheten i den stat där denne har sin hemvist, förutsatt att den domstol som handlägger ärendet har behörighet att pröva detta³³; den underhållsberättigade kan då skydda sig genom att åberopa domstolslandets lag) eller om den myndighet där talan väckts är den i en stat där ingen av parterna är bosatt (om t.ex. underhållsanspråket tas upp som en accessorisk fråga inför den behöriga myndigheten för att slå fast ett släktskap eller upplösa ett äktenskap).

c Omkastning av anknytningskriterierna i samband med en talan som väcks av den underhållsberättigade i den stat där den underhållsskyldige har sin hemvist

Punkt 3 – Utan hinder av artikel 3 ska domstolslandets lag tillämpas om den underhållsberättigade har väckt talan vid behörig myndighet i den stat där den underhållsskyldige har sin hemvist. Om den underhållsberättigade inte kan få underhåll från den underhållsskyldige med stöd av denna lag, ska dock lagen i den stat där den underhållsberättigade har sin hemvist tillämpas.

64 Artikel 4.3 föreskriver att domstolslandets lag i första hand är tillämplig om den underhållsberättigade har väckt talan vid behörig myndighet i den stat där den underhållsskyldige har sin hemvist. Men om det i ett sådant fall visar sig att den underhållsberättigade inte har

³³ Detta kommer normalt sett att vara fallet i de stater som har tillträtt konventionen när den underhållsskyldige väcker talan för att frigöras från en underhållsskyldighet efter ett tidigare avgörande som meddelats i den fördragsslutande stat där den underhållsberättigade har sin hemvist. Enligt art. 18.1 i konventionen, och med förbehåll för vissa undantag: "[o]m ett avgörande har meddelats i en fördragsslutande stat där den underhållsberättigade har sin hemvist, kan talan för att ändra domen eller få ett nytt avgörande inte väckas av den underhållsskyldige i någon annan fördragsslutande stat, så länge som den underhållsberättigade fortsätter att ha sin hemvist i den stat där avgörandet meddelades."

rätt till underhåll enligt domstolslandets lag, blir lagen vid den underhållsberättigades hemvist åter tillämplig i andra hand. Det rör sig om en betydande omkastning av de anknytningskriterier som avses i artiklarna 3 och 4.2 (domstolslandets lag går före lagen vid den underhållsberättigades hemvist). Denna bestämmelse är en följd av en kompromiss mellan de som försvarat en odifferentierad tillämpning av lagen vid den underhållsberättigades hemvist och de som förespråkade domstolslandets lag.

i Den huvudsakliga anknytningen till domstolslandets lag

65 För tillämpning av domstolslandets lag gäller för två villkor: dels ska den myndighet vid vilken talan väcks finnas i den stat där den underhållsskyldige har sin hemvist och dels ska talan väckas av den underhållsberättigade.

66 Det första av dessa villkor är det som motiverar tillämpningen av domstolslandets lag istället för lagen vid den underhållsberättigades hemvist. Det bör i själva verket slås fast att, när talan om underhållsskyldighet väcks i den stat där den underhållsskyldige har sin hemvist, blir den anknytande faktorn till den underhållsberättigades hemvist något mindre betydelsefull. I sådana fall leder detta kriterium i själva verket inte till att domstolslandets lag tillämpas och den myndighet där talan väcks måste således ta reda på innehållet i en utländsk lag, vilket kan visa sig vara en lång och kostsam procedur. Dessutom bör denna utländska lag tillämpas även om den, i ett visst fall, är *mindre gynnsam* för den underhållsberättigade än domstolslandets lag (det enda undantag som föreskrivs i artikel 4.2 är den situation då den underhållsberättigade *inte har rätt till något underhåll* enligt lagen vid dennes hemvist, se ovan, punkt 62). I en sådan situation leder tillämpningen av lagen vid den underhållsberättigades hemvist till ett resultat som strider mot det eftersträlvade skyddet av den underhållsberättigade som lagen baseras på. Det är alltså tydligt att denna anknytning skulle kunna ersättas genom tillämpningen av domstolslandets lag, vilket i detta fall också är lagen vid den underhållsberättigades hemvist (det bör noteras att andra internationella instrument på vissa villkor gör lagen vid den underhållsskyldiges hemvist tillämplig; detta gäller i synnerhet 1989 års Montevideokonvention, vars art. 6 föreskriver att denna lag ska tillämpas som ett alternativ i förhållande till lagen vid den underhållsberättigades hemvist, om denna är mer gynnsam för den underhållsberättigade).

67 Det andra villkoret för tillämpning av domstolslandets lag är att talan väcks av den underhållsberättigade; detta syftar till att, i den underhållsberättigades intresse, begränsa avvikelserna från den principiella anknytningen till lagen vid hemvisten. Det har i själva verket visat sig att en sådan avvikelse kunde vara motiverad om den underhållsberättigade själv beslutar sig för att väcka talan i den stat där den underhållsskyldige är bosatt, medan det framstår som mer oskäligt i fall där talan väcks i detta land på den underhållsskyldiges initiativ (t.ex. vid en ansökan om ändring av ett avgörande om underhåll). I själva verket

kan den underhållsberättigade ofta välja att vidta åtgärder i det land där denne är bosatt eller i det land där den underhållsskyldige är bosatt (detta gäller i synnerhet inom det europeiska rättsliga området i kraft av art. 2 och 5.2 i förordning (EG) nr 44/2001 av den 22 december 2000 och 1988 års Luganokonvention; ett liknande alternativ finns i art. 8 i 1989 års Montevideokonvention, se ovan, punkt 39). Om den underhållsberättigade väljer den andra lösningen kan han eller hon inte klaga på tillämpningen av den nationella lagen i den underhållsskyldiges land. Mot denna bakgrund utgörs den valda lösningen av en sorts kompromiss mellan förespråkarna av en automatisk tillämpning av domstolslandets lag och de som skulle ha föredragit att göra den till en valmöjlighet för den underhållsberättigade³⁴. Om talan väcks av den underhållsberättigade bör det för övrigt noteras att myndigheternas behörighet i den stat där den underhållsskyldige har sin hemvist kommer att vila på en mycket stabil grund (den kommer nämligen att utgå från principen om *actor sequitur forum rei*), vilket kan motivera tillämpningen av domstolslandets lag på ett bättre sätt. Om talan däremot väcks av den underhållsskyldige i den stat där denne är bosatt kan myndigheternas behörighet i denna stat (om någon sådan finns enligt domstolslandets lag) komma att vila på ett mycket mindre betydelsefullt behörighetskriterium (t.ex. en av parternas medborgarskap), som till och med kan te sig uppenbart orimligt (*forum actoris*). Desto större anledning att inte tillåta tillämpning av domstolslandets lag i detta fall.

68 Den huvudsakliga tillämpningen av domstolslandets lag föreskrivs endast för de kategorier av underhållsberättigade som avses i artikel 4.1 (barn, underhållsberättigade som ännu inte har fyllt 21 år och föräldrar). Denna restriktiva lösning, som skiljer sig från den lösning som arbetsgruppen föreslog i utkastet från 2006³⁵, förklaras huvudsakligen av följande skäl: det tycks som att tillämpningen av domstolslandets lag på de villkor som avses i denna bestämmelse ger den underhållsberättigade en omfattande fördel. Genom att väcka talan hos myndigheterna i den stat där den underhållsberättigade är bosatt eller myndigheterna i den stat där den underhållsskyldige är bosatt överlåter den underhållsberättigade nämligen rätten att indirekt välja vilken lag som ska tillämpas på dennes underhållsanspråk (*forum shopping*). Enligt den diplomatiska konferensen kan detta privilegium endast motiveras för de kategorier som gynnas av artikel 4.

69 När det gäller underhållsskyldighet mot barn utgår tillämpningen av domstolslandets lag likaså från ett annat övervägande. I allt fler länder överläts arbetet med att fatta beslut om dessa skyldigheter till de administrativa myndigheterna. Dessa myndigheter kanske varken har behörighet eller medel för att fastställa och tillämpa utländsk rätt. Följaktligen kan det vara mer lämpligt att tillämpa domstolslandets lag för vissa administrativa system för indrivning av underhåll. Denna oro är naturligtvis mycket mindre när det rör sig om underhållsanspråk från vuxna underhållsberättigade

eftersom beslut om dessa i allmänhet fattas av de rättsliga myndigheterna (åtminstone när de inte hör ihop med underhållsanspråk från deras barn).

ii Subsidiär anknytning till lagen vid den underhållsberättigades hemvist

70 Med tanke på att tillämpningen av domstolslandets lag i första hand utgår från *favor creditoris*, kan den inte upprätthållas om den skulle leda till att den underhållsberättigade nekas underhållsbidrag. Detta är anledningen till att artikel 4.3 slutligen föreskriver, på samma sätt som i artikel 4.2 men i motsatt riktning, en subsidiär anknytning till lagen vid den underhållsberättigades hemvist när denne inte kan få underhåll enligt lagen vid den myndighet där talan väcks. Artikel 4.3 kastar alltså bara om de anknytningar som avses i de allmänna reglerna. Innebörden i uttrycket ”inte kan få underhåll” är uppenbarligen densamma som i artikel 4.2 (se ovan, punkterna 61 och 62).

d Subsidiär anknytning till det faktum att parterna är medborgare i samma stat

Punkt 4 – Om den underhållsberättigade inte kan få underhåll från den underhållsskyldige med stöd av de lagar som avses i artikel 3 och i punkterna 2 och 3 i den här artikeln, ska, om de båda är medborgare i samma stat, lagen i den staten tillämpas.

71 Om den underhållsberättigade inte kan få underhåll, antingen i enlighet med lagen i den stat där denne har sin hemvist eller domstolslandets lag (tillämpliga i denna ordning eller, som i fallet i art. 4.3, i omvänd ordning), gäller lagen i den stat där båda är medborgare i sista hand. Denna andra subsidiära anknytning kompletterar skyddet av den underhållsberättigade i händelse av att de lagar som utses genom de två första kriterierna inte ger rätt till underhåll. Innebörden i uttrycket ”inte kan få underhåll” är uppenbarligen densamma som i artikel 4.2 (*ibid.*).

72 Anknytningen till lagen i den stat där båda är medborgare förekommer också i 1973 års konvention om underhållsskyldighet (tillämplig lag) (art. 5) men i denna text har domstolslandets lag företräde. Anledningen till varför man har kastat om dessa två kriterier har redan förklarats (se ovan, punkt 60).

73 Tvärtemot 1973 års konvention om underhållsskyldighet (tillämplig lag) föreskrivs den subsidiära anknytningen till parternas medborgarskap (liksom till domstolslandets lag) endast för de kategorier av underhållsberättigade som avses i artikel 4.1. Anledningen till varför man har begränsat tillämpningsområdet för de överlappande anknytningarna har redan förklarats (se ovan, punkt 52).

74 Användningen av anknytningen till det faktum att parterna är medborgare i samma stat när det gäller underhållsskyldighet har fått utstå mycket kritik. Det främsta argumentet är att det är ett diskriminerade kriterium, eftersom det endast gynnar sådana underhållsberättigade som är medborgare i samma land som den underhållsskyldige³⁶. Ett annat kriterium rör den felaktiga karaktären vad gäller denna anknytning när

³⁴ Se rapporten från arbetsgruppen avseende tillämplig lag, arbetsdok. nr 22 från juni 2006 (*op. cit.* fotnot 6), punkterna 24 och 25.

³⁵ *Ibid.*, punkt 20 och följande.

³⁶ Se Verwilghen-rapporten (*op. cit.*, fotnot 14), punkt 144.

parterna är medborgare i en stat med mer än en rättsordning³⁷. Trots denna kritik har flera delegationer kämpat för att behålla denna subsidiära anknytning i protokollet, vilket ledde till att man enades om detta. Det bör framhållas att begränsningen av denna till enbart de kategorier som avses i artikel 4.1 (medan denna anknytning i 1973 års konvention om underhållsskyldighet [tillämplig lag] har en allmän räckvidd), liksom ”omklassificering” av denna till sekundär subsidiär anknytning (medan den enligt systemet i 1973 års konvention var den primära subsidiära anknytningen, efter hemvisten och före domstolslandets lag), samtidigt har minskat den praktiska inverkan och nackdelarna i hög grad.

75 I synnerhet när det rör sig om minderåriga har användningen av detta tredje anknytningskriterium visat sig vara relativt ovanligt, eftersom majoriteten av de nationella lagarna i detta fall erkänner rätten till underhållsbidrag. Däremot kan det faktum att parterna är medborgare i samma stat spela en större roll i de andra fall som avses i artikel 4.1, framför allt för underhållsanspråk från vuxna barn mot sina föräldrar, från personer som ännu inte har fyllt 21 år mot andra familjemedlemmar, liksom från föräldrar mot sina barn.

76 Protokollet innehåller inga bestämmelser om fall där parterna är medborgare i flera länder: Den underhållsberättigade eller den underhållsskyldige, eller båda, kan i själva verket vara medborgare i två eller fler länder. De metoder som staterna i allmänhet använder för att lösa sådana fall i internationell privaträtt är inte avsedda att användas inom ramen för protokollet. I själva verket kan det företräde som vissa stater ger medborgarskapet i domstolslandet leda till oenhetliga resultat. När det gäller fastställandet av det närmaste eller mest reella medborgarskapet finns det stora osäkerhetsmarginaler och detta kan också leda till resultat som skiljer sig åt mellan de fördragsslutande staterna. *Favor creditoris*, som utgör grunden för artikel 4.4, bör snarare leda till att man tillämpar den nationella lagen i det land där båda är medborgare i alla fall där denna förekommer, även om detta medborgarskap, för ingendera av parterna, är det närmaste eller mest reella. Samma överväganden bör tillämpas när parterna har flera medborgarskap gemensamt, när det innebär att den underhållsberättigades anspråk kan godtas på grundval av den ena eller den andra av dessa gemensamma nationella lagar.

Artikel 5 Särskild regel avseende makar och tidigare makar

I fråga om underhållsskyldighet mellan makar, tidigare makar eller parter i ett äktenskap som annullerats, ska artikel 3 inte tillämpas om en av parterna motsätter sig detta och lagen i en annan stat, särskilt den stat där de senast hade gemensam hemvist, har närmare anknytning till äktenskapet. I sådant fall ska lagen i den andra staten tillämpas.

77 Denna artikel innehåller en särskild regel för anknytningen gällande underhållsskyldighet mellan makar och tidigare makar. För dessa skyldigheter ska den principiella anknytningen till den underhållsberättigades hemvist ge företräde, när någon av parterna begär detta, till tillämpningen av lagen i en annan stat, i synnerhet den stat där de senast hade gemensam hemvist, om denna lag har närmare anknytning till äktenskapet.

a Den särskilda regelns existensberättigande

78 Införandet av en särskild regel för denna kategori av underhållsskyldighet utgår från idén om att tillämpningen av lagen vid den underhållsberättigades hemvist inte alltid lämpar sig för skyldigheterna mellan makar och tidigare makar. Man bör ta hänsyn till att underhåll, i vissa nationella system, endast beviljas en make med stor återhållsamhet och i undantagsfall (i Europa kännetecknar denna restriktiva attityd främst de skandinaviska ländernas lagstiftning). Mot denna bakgrund ses en godtycklig tillämpning av de regler som inspireras av *favor creditoris* i vissa stater som överdriven. I synnerhet kan möjligheten för en av makarna att genom en ensidig ändring av hemvisten påverka förekomsten av och innehållet i underhållsskyldigheten leda till ett orättvist resultat som strider mot den underhållsskyldiges legitima förväntningar. Säg till exempel att det rör sig om ett par bestående av två medborgare i en stat A, vars lag i princip inte innehåller några bestämmelser om underhåll efter äktenskapsskillnad. Efter att ha levt tillsammans i denna stat under hela äktenskapet skiljer sig makarna och en av dem flyttar till en stat B, där lagen är mer generös mot skilda makar, och sedan kräver underhåll enligt lagen i den stat där denne har sin nya hemvist. Enligt den allmänna anknytningsregeln i artikel 3 bör detta anspråk tillåtas. Under dessa omständigheter tycks dock tillämpningen av lagen i stat B, en stat där makarna aldrig bodde under sitt äktenskap, orättvis i förhållande till den andra maken och strida mot de legitima förväntningar som makarna har kunnat ha under sitt äktenskap.

79 Svagheter i fråga om anknytningen till den underhållsberättigades hemvist i händelse av underhållsskyldighet mellan skilda makar konstaterades redan i samband med utarbetandet av 1973 års konvention om underhållsskyldighet (tillämplig lag). Konventionen lät detta fall omfattas av en särskild regel, enligt vilken skyldigheterna mellan skilda makar styrs av den lag som tillämpades på äktenskapsskillnaden (art. 8). Samma sak gäller i händelse av hemskillnad, ogiltigförklaring och annullering av äktenskapet (art. 8.2). Denna lösning används inte bara när man fattar beslut om ansökan om underhållsbidrag inom ramen för äktenskapsskillnaden (eller vid tidpunkten för äktenskapsskillnaden), utan också i samband med talan som väcks därefter genom en omprövning av eller som ett tillägg till avgörandet om äktenskapsskillnaden. Det skäl som åberopas för denna *perpetuatio juris* är kravet på att garantera kontinuitet genom att förhindra att en ändring av den underhållsberättigade makens hemvist innebär en ändring av den tillämpliga lagen.

80 Denna lösning medför dock flera nackdelar som har lett till skarp kritik från de fördragsslutande parter som tillträtt 1973 års konvention om underhållsskyldighet

³⁷ Den lösning som valts för detta fall i protokollet är användningen av begreppet närmast anknytning, se art. 16.1 d och e; nedan, punkt 193.

(tillämplig lag). Det bör dels noteras att lagvalsreglerna gällande äktenskapsskillnad inte har harmoniserats på internationell nivå, och att artikel 8 inte på något sätt standardiserar den lag som är tillämplig på underhållsskyldighet. Denna lag fortsätter i själva verket att bero på den internationella privaträtten i den stat där den domstol som handlägger äktenskapsskillnaden finns, och denna lösning gynnar oundvikligen *forum shopping*. För övrigt kan valet av en anknytande faktor som inte förändras med tiden, när underhållsskyldigheten mellan makar ska regleras efter äktenskapsskillnaden, leda till att man tillämpar en lag som inte längre är relevant med avseende på de tidigare makarnas situation och deras respektive intressen. Domstolen kommer nämligen inte att kunna ta hänsyn till lagen vid den underhållsberättigades eller underhållsskyldiges nuvarande hemvist. Det är också möjligt att avgörandet om äktenskapsskillnaden inte innehåller någon bestämmelse om underhåll; i detta fall är strävan efter kontinuitet i artikel 8 mindre relevant. Detta är framför allt sant när makarna har skilt sig i ett land som inte ger en skild make rätt till underhåll. I detta fall medför tillämpningen av skilsmässolagen att man inte godkänner några bidrag, vilket inte tycks motiverat i de situationer då denna lag inte uppvisar någon särskilt nära anknytning till det aktuella fallet. Slutligen kan tillämpningen av skilsmässolagen medföra praktiska svårigheter eftersom den kan visa sig svår att upptäcka i den dom som hemskillnaden avgjordes genom. Alla dessa överväganden gäller också på motsvarande sätt för hemskillnad, ogiltigförklaring och annullering av äktenskap.

81 För att hitta en balans mellan strävan efter att skydda den underhållsberättigade och tillämpningen av lagen i den stat som äktenskapet har en särskild anknytning till inriktade det särskilda utskottet sig i ett första steg på användningen av anknytningen till makarnas eller de tidigare makarnas senaste gemensamma hemvist. Under vissa omständigheter står detta kriterium utan tvekan för en mer betydelsefull anknytning än bara den underhållsberättigades hemvist, och är alltså mer legitimt³⁸. Detta stämmer dock inte alltid. Om den senaste gemensamma hemvisten finns i stat A, där makarna slog sig ner efter att ha bott flera år i stat B, och den underhållsberättigade återvänder till den sistnämnda efter separationen, motsvarar anknytningen till den underhållsberättigades hemvist (vilket i detta fall också är den stat där de tidigare haft en gemensam hemvist) parternas förväntningar på ett bättre sätt. Under andra omständigheter kan en annan anknytning också visa sig mer betydelsefull, till exempel en tidigare gemensam hemvist eller det faktum att parterna är medborgare i samma stat.

82 Med beaktande av särdragen i vart och ett av fallen, och det svåra i att fastställa en sträng och allomfattande anknytningsregel, har den diplomatiska konferensen valt en flexibel lösning. Anknytningen till den underhållsberättigades hemvist som avses i artikel 3 förblir i princip tillämplig på underhållsskyldighet mellan makar och tidigare makar. Den kan dock kringgå genom en ansökan från en av parterna, om äktenskapet har

³⁸ Se fallet ovan, punkt 78.

närmare anknytning till en annan stat, i synnerhet den där den senaste gemensamma hemvisten fanns. Denna lösning kommer från ett förslag från Europeiska gemenskapens delegation³⁹.

b Undantagsklausulens funktion

i Ansökan från en av parterna

83 Den nya regeln är en undantagsklausul som grundas på närhetsidén (närmaste anknytning). Någon av parterna måste dock ansöka om att denna ska tillämpas. Den rör sig om en originell lösning, som inte motsvarar strukturen hos de ”klassiska” undantagsklausuler som finns i flera instrument om internationell privaträtt på nationell nivå⁴⁰ och på internationell eller regional nivå⁴¹, och även i vissa Haagkonventioner⁴². Dessa bestämmelser gör det möjligt för domstolen att bortse från oflexibla anknytningar när detta är nödvändigt av närhetsskäl, men det kräver oftast inte att någon av parterna ansöker om detta. Fördelen med protokollets lösning är att den minskar den osäkerhet som kommer med varje undantagsklausul genom att den begränsar fastställandet av närmaste anknytning till endast de situationer då en av parterna ansöker om detta. Det bör noteras att i händelse av en sådan ansökan kommer myndighetens uppgift i allmänhet att underlättas av de uppgifter som den sökande tillhandahåller.

84 Protokollet anger inte när ansökan ska ha lämnats in, men det framgår av diskussionerna att den ska lämnas in inom ramen för ett särskilt förfarande, vilket inbegriper alternativa tvistlösningsförfaranden, t.ex. ett medlingsförfarande⁴³. Det sista datumet för inlämning av denna ansökan kommer att de bero på de tillämpliga processreglerna i varje fördragsslutande stat. Förslaget från den schweiziska delegationen om att fastställa en enhetlig regel i detta avseende⁴⁴ erhöll inte den konsensus som krävdes⁴⁵. För att undvika att denna ansökan används (i synnerhet av den underhållsskyldige) för att förhala förfarandet bör den inte kunna lämnas in för sent under förfarandet. Därför bör det inte tillåtas att den lämnas in för första gången i samband med de sista sammanfattningarna av talan eller överklagandet. En strategi skulle kunna vara att kräva att den senast lämnas in i samband med det första bestridandet av talan, men andra lösningar är också möjliga.

ii Närmast anknytning

85 En ansökan från en av parterna leder inte automatiskt till att man kan kringgå lagen vid den underhållsberättigades hemvist som utses genom artikel 3. Det krävs också, enligt den bedömning som görs av den myndighet där talan väcks, att den lag vars tillämpning

³⁹ Arb.dok. nr 4.

⁴⁰ Se art. 15 i den federala schweiziska lagen av den 18 december 1987 om internationell privaträtt.

⁴¹ Se art. 4.5 i Romkonventionen av den 19 juni 1980 om tillämplig lag för avtalsförpliktelser och art. 4.3 i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 593/2008 av den 17 juni 2008 om tillämplig lag för avtalsförpliktelser (Rom I).

⁴² Se art. 15.2 i Haagkonventionen av den 19 oktober 1996 om behörighet, tillämplig lag, erkännande, verkställighet och samarbete i frågor om föräldrans ansvar och åtgärder till skydd för barn.

⁴³ Protokoll nr 1, punkterna 25–29, protokoll nr 3, punkt 21.

⁴⁴ Arb.dok. nr 9.

⁴⁵ Protokoll nr 4, punkt 74 och följande punkter.

efterfrågas har närmare anknytning till äktenskapet. Närhetsprincipen utgör alltså grunden för denna regel. Detta innebär att domaren, efter en ansökan om detta, verifierar huruvida äktenskapet har närmare anknytning till någon annan lag än den vid den underhållsberättigades hemvist. För att göra detta måste domaren ta hänsyn till samtliga anknytningar som äktenskapet har till de olika länder som berörs, såsom var makarna hade sin hemvist eller hade sin "domicile" under äktenskapet, deras medborgarskap, platsen där de ingick äktenskap och den där de separerade eller skilde sig. Domaren måste också bedöma huruvida de är mer eller mindre betydelsefulla än den underhållsberättigades nuvarande hemvist.

86 Bland dessa kriterier ger artikel 5 makarnas senaste gemensamma hemvist en avgörande roll. Det rör sig inte om ett faktiskt antagande, som i andra instrument⁴⁶, utan endast om en uppgift⁴⁷ som speglar den diplomatiska konferensens övertygelse om att lagen vid den senaste gemensamma hemvisten, i de flesta fall, har mycket betydelsefulla anknytningar till äktenskapet. Det noteras att uttrycket "gemensam hemvist" inte innebär att makarna måste ha bött ihop, utan att det räcker med att de samtidigt bodde i en och samma stat under äktenskapet. Däremot motsvarar inte en gemensam hemvist innan äktenskapet den situation som tas upp i artikel 5, även om inget hindrar att detta tas i beaktande, som alla andra anknytningar, för att bedöma den närmaste anknytningen.

87 Makarnas nuvarande gemensamma hemvist nämns inte i artikel 5 av den enkla anledningen att den sammanfaller med den underhållsberättigades hemvist och alltså inte kan leda till ett undantag från anknytningen i artikel 3. Detta innebär inte att makarnas nuvarande hemvist i samma stat inte spelar någon roll vid tillämpningen av artikel 5. Det faktum att makarna bor i samma stat vid tidpunkten för ansökan kan däremot göra det svårare (även om detta teoretiskt sett förblir möjligt) att kringgå artikel 3, på grunderna att lagen i en annan stat (t.ex. den i den stat där de hade sin tidigare gemensamma hemvist) har närmare anknytning till äktenskapet.

88 Även om kriteriet gällande den senaste gemensamma hemvisten är avsett att spela en avgörande roll inom ramen för artikel 5 kan andra kriterier likaså vara betydelsefulla för tillämpningen av denna artikel. Detta gäller bland annat makarnas tidigare gemensamma hemvist, som under vissa omständigheter kan utgöra en mycket nära anknytning. Om makarna har bött i flera år i en stat A, och sedan bor under en mycket kort period i stat B, innan den underhållsberättigade flyttar till en stat C, finns det inte någon nära anknytning till stat B när det gäller makarnas senaste gemensamma hemvist, men en sådan anknytning finns till stat A där den tidigare gemensamma hemvisten fanns.

89 Andra kriterier, såsom det faktum att makarna är medborgare i samma stat eller den plats där äktenskapet ingicks, kan teoretiskt sett tas med i beräkningen, men de har endast en sekundär betydelse. De kan visserligen spela en roll för att öka den betydelse som ges makarnas (nuvarande eller tidigare) hemvist (den sistnämnda kan

t.ex. vara mer betydelsefull om den sammanfaller med makarnas gemensamma hemvist). Sett separat är de endast betydande i undantagsfall (t.ex. när makarna aldrig har haft hemvist i samma stat eller när de har flyttat ofta under äktenskapet).

c Tillämpningsområde för artikel 5

90 Det bör noteras att tillämpningsområdet för artikel 5 är stort, eftersom det omfattar såväl makar som tidigare makar. Tvärtemot artikel 8 i 1973 års konvention om underhållsskyldighet (tillämplig lag) är nämligen denna bestämmelse i protokollet inte bara tillämplig på skyldigheterna mellan skilda eller separerade makar, eller parter i ett äktenskap som annullerats eller ogiltigförklarats, utan också på underhållsskyldigheterna mellan makarna under deras äktenskap. Den särskilda kommittén har i själva verket bedömt att det vore bättre att ha en och samma anknytningsregel för skyldigheterna under äktenskapets gång och efter äktenskapsskillnaden (eller separationen) för att undvika att den tillämpliga lagen ändras efter äktenskapsskillnaden (eller av desto större anledning som ett resultat av en ren hemskillnad). För övrigt motiveras detta val i den utsträckning som det anknytningskriterium som avses i denna bestämmelse, dvs. den senaste gemensamma hemvisten, fortfarande har större betydelse för skyldigheterna mellan makarna under äktenskapet.

91 Liksom i artikel 8 i 1973 års konvention om underhållsskyldighet (tillämplig lag) gäller den särskilda regeln i artikel 5 också personer i ett äktenskap som annullerats. Det rör sig här om putativa äktenskap där lagen ibland ger en av makarna rätt till en typ av underhåll. Även om artikel 5 – tvärtemot artikel 8 i 1973 års konvention – inte nämner äktenskap som ogiltigförklarats, var denna tystnad inte frivillig och det bör följaktligen medges att detta fall också omfattas av bestämmelsen i fråga.

92 Trots de förslag som lämnats av vissa delegationer⁴⁸ i detta hänseende nämner artikel 5 inte sådana institutioner som liknar äktenskap, såsom vissa former av registrerade partnerskap som, när det gäller underhållsskyldighet, kan få verkningar som kan jämföras de som gäller äktenskap. Trots tystnaden i texten har den diplomatiska konferensen tillåtit att de stater som erkänner sådana institutioner i sina juridiska system, eller som är beredda att erkänna dem, kan underkasta dem regeln i artikel 5⁴⁹. Denna lösning gör det möjligt för myndigheterna i dessa stater att undvika att de institutioner som enligt deras nationella lagstiftning är likställda äktenskap behandlas på olika sätt. Detta gäller särskilt äktenskap mellan personer av samma kön, vilket är tillåtet i vissa stater.

93 Denna lösning är frivillig, i den mening att den inte är bindande för stater som vägrar att erkänna sådana förhållanden. De lösningar som är möjliga för dessa stater har redan tagits upp (se ovan, punkt 31). Om den lag som utses genom protokollet innehåller bestämmelser om underhållsskyldighet till förmån för en registrerad partner

⁴⁶ Se art. 4.2 i Romkonventionen av den 19 juni 1980.

⁴⁷ Se arb.dok. nr 2.

⁴⁸ Se arb.dok. nr 8 och 15; protokoll nr 5, punkt 84 och följande punkter; protokoll nr 6, punkt 56 och följande punkter.

⁴⁹ Protokoll nr 6, punkt 59 och följande punkter.

eller en make av samma kön bör det också erinras om att en domstol eller en myndighet i en stat som inte erkänner ett sådant förhållande (även i fråga om underhåll) kan vägra att tillämpa den utländska lagen i den utsträckning som dess verkan tydligt strider mot domstolslandets rättsordning (se art. 13).

94 Det erinras slutligen om att sådan underhållsskyldighet som har sin grund i de förhållanden som nämns i artikel 5 är helt utesluten från tillämpningsområdet för artikel 4 (se punkt 1 b). Av detta följer att skyldigheterna mellan makar eller tidigare makar varken gynnas av överlappande anknytningar eller av en omkastning av anknytningskriterierna baserat på denna bestämmelse. I frånvaro av ett val av tillämplig lag (se art. 7 och 8) omfattas de antingen av lagen i den stat där den underhållsberättigade har sin hemvist enligt artikel 3 eller av den lag som utses genom artikel 5. Domstolslandets lag och lagen i det land där båda är medborgare kan, i detta fall, endast beaktas om de har närmare anknytning till äktenskapet i enlighet med artikel 5.

Artikel 6 Särskild regel om bestridande

I fråga om annan underhållsskyldighet än föräldrars underhållsskyldighet mot sina barn och sådan som avses i artikel 5, kan den underhållsskyldige bestrida den underhållsberättigades anspråk på den grunden att det inte finns någon sådan skyldighet vare sig enligt lagen i den stat där den underhållsskyldige har sin hemvist eller, om båda parterna är medborgare i samma stat, enligt lagen i den staten.

95 För annan underhållsskyldighet än föräldrars underhållsskyldighet mot sina barn och sådan mellan makar och tidigare makar (art. 5) föreskrivs det i artikel 6 att den underhållsskyldige kan bestrida den underhållsberättigades anspråk med anledning av att det inte finns någon sådan skyldighet enligt lagen i den stat där den underhållsskyldige har sin hemvist eller, om båda parterna är medborgare i samma stat, enligt lagen i den staten.

96 Detta bestridande har inspirerats av lösningen i artikel 7 i 1973 års konvention om underhållsskyldighet (tillämplig lag), enligt vilken den underhållsskyldige, bland släktingar i sidled och besvägrade, kan bestrida en ansökan om underhållsbidrag på grunden att det inte finns någon underhållsskyldighet enligt lagen i den stat där den underhållsskyldige och den underhållsberättigade är medborgare, eller, om de inte är medborgare i samma stat, enligt den nationella lagen vid den underhållsskyldiges hemvist.

a Tillämpningsområde för artikel 6

97 Tvärtemot artikel 7 i 1973 års konvention om underhållsskyldighet (tillämplig lag) är protokollets regel inte bara tillämplig på förhållanden mellan släktingar i sidled eller besvägrade, utan på all annan underhållsskyldighet än föräldrars underhållsskyldighet mot sina barn och sådan mellan makar och tidigare makar.

98 Det finns flera skäl bakom denna utvidgning. Det bör först konstateras att möjligheten att bevilja underhåll som har sin grund i de familjeförhållanden som avses i denna regel inte kräver konsensus på internationell nivå, och

därför vill vissa stater kunna begränsa dess inverkan. Inom ramen för 1973 års konvention om underhållsskyldighet (tillämplig lag) tog man hänsyn till denna önskan och införde flera förbehåll som gör det möjligt att begränsa det materiella tillämpningsområdet för konventionen (se art. 13 och 14 i konventionen). För att undvika möjligheten att ta upp förbehåll inom ramen för protokollet (se art. 27) ansågs det bättre att beakta vissa staters betänksamhet mot sådana underhållsanspråk som grundas på ovannämnda familjeförhållanden i ett tidigare skede, genom att föreskriva mer restriktiva anknytningsregler i detta fall.

99 I vissa fall kan artikel 6 åberopas för att vägra att betala ett underhållsbidrag som har sin grund i den lag som utses genom artikel 3 (lagen vid den underhållsberättigades hemvist). Detta är fallet när det rör sig om en underhållsskyldighet mot en vuxen som grundas på

– ett direkt familjeförhållande som inte är ett föräldrabarnförhållande (t.ex. ett barnbarns skyldighet gentemot en av sina far- eller morföräldrar, och vice-versa),

– ett förhållande i sidled (t.ex. en skyldighet mot en bror eller syster),

– ett svågerlagsförhållande (t.ex. en skyldighet mot sin makes barn).

I dessa fall är den tillämpliga lagen för underhållsskyldigheten den vid den underhållsberättigades hemvist i enlighet med artikel 3. Om denna lag innehåller bestämmelser om en underhållsskyldighet kan den underhållsskyldige komma att åberopa den särskilda regeln om bestridande i artikel 6.

100 I övriga fall kan den särskilda regeln om bestridande i artikel 6 komma att åberopas mot ett underhållsanspråk som har sin grund i en av de lagar som utses genom artikel 3 eller artikel 4. Detta är fallet när det rör sig om en underhållsskyldighet

– från ett barn mot sin förälder,

– från någon annan person än föräldrarna och maken mot en person som ännu inte har fyllt 21 år (t.ex. en släkting i sidled eller en besvägrads skyldighet).

I dessa två fall kommer alltså de särskilda reglerna i artiklarna 4 och 6 att vara tillämpliga på ett konkurrerande sätt, så att ett underhållsanspråk som ska betalas enligt en av de lagar som utsetts genom de överlappande anknytningarna i artikel 4 kan komma att avslås om det inte existerar enligt de lagar som föreskrivs i artikel 6. Denna konkurrerande tillämpning av det överlappande systemet och den särskilda regeln om bestridande är inte bara mycket komplicerad, utan logiskt sett också otillfredsställande; det tycks i själva verket osammanhängande att man samtidigt vill gynna den underhållsberättigade genom subsidiära anknytningar och skydda den underhållsskyldige genom kumulativa anknytningar. Det rör sig uppenbarligen om en kompromisslösning. Det bör dock framhållas att detta system inte är helt nytt, eftersom det motsvarar det som för närvarande är tillämpligt inom ramen för 1973 års

konvention om underhållsskyldighet (tillämplig lag), även om det bara omfattar släktingar i sidled och besvägrade⁵⁰.

101 Den särskilda regeln om bestridande i artikel 6 kan inte åberopas för att bestrida en underhållsskyldighet mellan makar eller tidigare makar, då detta fall uttryckligen utesluts genom bestämmelsens lydelse. Även om man inte har enats om de underhållsskyldigheter som har sin grund i äktenskap i komparativ rätt godtas de ändå i mycket större utsträckning än de som har sin grund i de andra familjeförhållanden som avses i artikel 6. Lösningen i artikel 5, som redan är mindre gynnsam för den underhållsberättigade än den i artiklarna 3 och 4, bör inte därefter göras mer strikt genom att man godtar ett bestridande.

102 Underhållsskyldighet som har sin grund i ett familjeförhållande som liknar ett äktenskap, till exempel vissa former av partnerskap, har en särskild ställning. I de stater som erkänner sådana institutioner i sin nationella lagstiftning, eller som i vilket fall som helst är beredda att erkänna dem, kan dessa likställas med äktenskap, med följderna att sådan underhållsskyldighet som har sin grund i dessa omfattas av artikel 5 och följaktligen undslipper artikel 6. Det förhåller sig annorlunda i de stater som vägrar att erkänna ett sådant likställande; i dessa stater kan den underhållsskyldige komma att kringgå sådana skyldigheter genom att åberopa den särskilda regeln om bestridande som avses i artikel 6. Även om den inte ingår i texten i protokollet tilläts denna ”flexibla” lösning i samband med den diplomatiska konferensen (se ovan, punkt 92 och följande punkter).

b Den mekanism som avses i artikel 6

103 Regeln i artikel 6 innehåller inte någon anknytningsregel utan en särskild regel om bestridande, som kan åberopas för att vägra att betala ett underhållsbidrag, även om en sådan föreskrivs i den tillämpliga lag som utses genom artikel 3 eller 4.

104 Den mekanism som avses i artikel 6 är alltså följande. Myndigheten bör först och främst fastställa den tillämpliga lagen för underhållsskyldigheten på grundval av artikel 3 eller artikel 4. Om lagen vid den underhållsberättigades hemvist eller domstolslandets lag, som utses genom en av dessa bestämmelser, innehåller bestämmelser om en underhållsskyldighet, kan den underhållsskyldige komma att bestrida den underhållsberättigades anspråk på grunden att denna skyldighet inte existerar i lagen vid dennes egen hemvist. Detta är tillräckligt för att förkasta anspråket om parterna inte är medborgare i samma land. Om exempelvis den underhållsskyldiges bror- eller systerson är bosatt och medborgare i stat A och på grundval av lagen i denna stat lägger fram ett underhållsanspråk mot sin mor- eller farbror, som är bosatt i stat B och medborgare i stat C, kan den sistnämnde vägra att betala ut bidrag på den grunden att lagen i stat B inte erkänner någon underhållsskyldighet mellan släktingar i sidled. Parternas medborgarskap spelar i detta fall inte någon roll.

105 Om parterna är medborgare i samma land kan däremot den särskilda regeln om bestridande endast

åberopas med framgång om underhållsskyldigheten i fråga varken föreskrivs i lagen vid den underhållsskyldiges hemvist eller i lagen i den stat där båda är medborgare. I detta sistnämnda fall bör alltså den särskilda regeln om bestridande, för att vara effektiv, basera sig kumulativt på de två ovannämnda lagarna. För att använda samma exempel, om den underhållsskyldiges bror- eller systerson också skulle vara medborgare i stat C, skulle dennes mor- eller farbror endast kunna bestrida anspråket om den skyldighet som föreskrivs i lagen i stat A varken erkänns i lagen i stat B eller i stat C. Beaktandet av lagen i den stat där båda är medborgare motiveras genom övervägandet att, om parterna har samma medborgarskap och deras nationella lag innehåller en bestämmelse om skyldigheten i fråga, tycks det orättvist att låta den underhållsskyldige undslippa skyldigheten bara för att denna skyldighet inte erkänns i den stat där denne har sin hemvist. Denna lösning gör det i synnerhet möjligt att undvika eventuellt missbruk. Om vi tar fallet då en pappa kräver underhåll för sin son på grundval av lagen i det land där denne har sin hemvist, som också är lagen i den stat där båda är medborgare – det tycks inte rättvist att den underhållsskyldige ska kunna smita från sin skyldighet genom att flytta sin hemvist till en stat där lagen inte erkänner denna skyldighet.

106 Artikel 6 (liksom art. 4.4) preciserar inte huruvida det faktum att parterna är medborgare i samma land ska beaktas, och på vilka villkor, när en av parterna har flera medborgarskap. I detta fall leder strävan efter en enhetlig tolkning av protokollet till att man förkastar en strategi som främst utgår från medborgarskapet i domstolslandets lag, vilket tillämpas i den allmänna lagen i flera stater. För övrigt är fastställandet av det närmaste eller det faktiska medborgarskapet, en annan lösning som är mycket vanlig i komparativ rätt, inte alltid enkelt att genomföra och kan också leda till osammanhängande tolkningar av protokollet. Av dessa skäl, i likhet med vad som redan har föreslagits för artikel 4.4 (se ovan, punkt 76), tycks det vara att föredra att det faktum att parterna är medborgare i samma stat beaktas i varje fall, även om detta inte är det mest effektiva för en av parterna. Denna lösning är mer gynnsam för den underhållsskyldige eftersom den gör det svårare att använda sig av den särskilda regeln om bestridande i artikel 6. Det rör sig alltså om en lösning som överensstämmer med den allmänna andan i protokollet (*favor creditoris*), liksom med innehållet i den undantagsregel som avses i artikel 6.

107 Artikel 6 preciserar inte heller vilken lösning som ska tillämpas när parterna har flera gemensamma medborgarskap. Med beaktande av de teleologiska och systematiska argument som tagits upp är den bäst lämpade lösningen att ta hänsyn till alla gemensamma nationella lagar, och att endast godta att den underhållsskyldige använder sig av den särskilda regeln om bestridande om underhållsskyldigheten inte föreskrivs i någon av dem (*ibid.*).

108 Det bör noteras att den särskilda regeln om bestridande endast tillåts om underhållsskyldigheten i fråga ”inte finns” enligt de lagar som utses i artikel 6. Detta uttryck bör förstås på samma sätt som uttrycket ”den underhållsberättigade inte kan få underhåll”, vilket

⁵⁰ Verwilghen-rapporten (*op. cit.*, fotnot 14), punkt 149.

används i artikel 4.2–4 (se ovan, punkterna 61 och 62). Det krävs alltså att ingen skyldighet föreskrivs eller att de rättsliga villkor som denna omfattas av inte uppfylls. Om lagen vid den underhållsskyldiges hemvist och, i förekommande fall, den gemensamma nationella lagen föreskriver en skyldighet till ett lägre belopp än det som föreskrivs i den tillämpliga lagen räcker dock inte detta för att bestrida ansökan, eller för att begära en sänkning av det bidrag som ska betalas till den underhållsberättigade.

Artiklarna 7 och 8 Val av tillämplig lag

109 Bestämmelserna i artiklarna 7 och 8 gör det möjligt för parterna, på vissa villkor och med olika verkningar, att välja vilken lag som ska tillämpas på underhållsskyldigheten. Godkännandet av parternas fria vilja utgör en av de främsta nyheterna i protokollet jämfört med 1956 och 1973 års konventioner om underhållsskyldighet. Denna lösning motsvarar den starka internationella trenden mot att erkänna friheten att välja tillämplig lag, även inom de områden där detta traditionellt sett inte varit tillåtet.

110 Medan godkännandet av parternas fria vilja på området underhållsskyldighet är en nyhet för majoriteten av staterna vad gäller lagkonflikt, förhåller det sig annorlunda med behörighetskonflikterna: Möjligheten att teckna avtal om behörigheten erkänns faktiskt redan idag i flera internationella instrument. Detta gäller bland annat det europeiska rättsliga området i enlighet med artikel 23 i förordning (EG) nr 44/2001 av den 22 december 2000 och artikel 17 i 1988 års Luganokonvention. Konventionen godkänner också legitimiteten i fråga om en utvidgad behörighet genom att föreskriva att staterna måste erkänna och verkställa ett avgörande som meddelats i en annan fördragsslutande stat i det domstolsland som valts av parterna, med undantag av underhållsskyldighet mot ett barn⁵¹. I detta sammanhang återupprättar valet av tillämplig lag en viss samstämmighet mellan de lösningar som tillåts på området lag- och behörighetskonflikter.

111 Lagvalet omfattas av flera begränsningar som syftar till att skydda parterna (och i synnerhet den underhållsberättigade) mot risken för missbruk. Denna risk är mer allvarlig när valet görs innan en tvist inträffar. Det är därför som parternas fria vilja speglas i två olika bestämmelser i protokollet: artikel 7 omfattar valet av tillämplig lag vid ett särskilt förfarande, medan artikel 8 tillåter – mer begränsat – att valet kan göras när som helst.

Artikel 7 Val av tillämplig lag vid särskilt förfarande

112 Denna bestämmelse ger parterna rätt att uttryckligen utse domstolslandets lag som den lag som ska tillämpas på underhållsskyldigheten vid ett särskilt förfarande. Det rör sig om ett avtal om tillämplig lag, som omfattar den nationella lagen vid den myndighet där talan väcks och vars verkningar är begränsade till ett särskilt förfarande.

Punkt 1 – Utan hinder av artiklarna 3–6 får den underhållsberättigade och den underhållsskyldige, om det är fråga om ett särskilt förfarande i en bestämd stat, uttryckligen ange att lagen i den staten ska vara tillämplig på underhållsskyldigheten i det förfarandet.

a Tillämpningsområde för artikel 7

113 Valet av tillämplig lag i enlighet med denna bestämmelse bör spela en viktig roll, framför allt när det rör sig om förhållanden mellan vuxna. I händelse av hemskillnad eller, i synnerhet, äktenskapsskillnad, kommer makarna att kunna lämna in underhållsrelaterade anspråk enligt den nationella lagen vid den myndighet där talan väcks, som måste underlätta förfarandet.

114 Valfriheten har emellertid föreskrivits även för underhållsskyldighet mot barn. Det har i själva verket visat sig att de eventuella risker som hör ihop med införandet av parternas fria vilja i hög grad kompenseras genom den förenkling som tillämpningen av domstolslandets lag innebär. Med beaktande av den särskilda regeln i artikel 4.3, enligt vilken föräldrars underhållsskyldighet mot sina barn och underhållsskyldigheten för alla andra personer mot personer som ännu inte har fyllt 21 år i vilket fall som helst omfattas av domstolslandets lag när ansökan lämnas in av den underhållsberättigade i den stat där den underhållsskyldige har sin hemvist, kommer inverkan av valet av tillämplig lag på underhållsskyldigheter mot barn att förbli ganska begränsad. Artikel 7 kan likväl komma att bli användbar när ansökan lämnas in av den underhållsskyldige till myndigheterna i den stat där denne har sin hemvist eller till de i en annan stat än den där den underhållsberättigade har sin hemvist, på villkor att den myndighet där talan väcks har befogenhet att pröva detta⁵².

b Ett val som görs vid ett särskilt förfarande

115 Det bör framhållas att det val som avses i artikel 7 görs vid ett särskilt förfarande. Det förutsätts alltså att den underhållsberättigade eller den underhållsskyldige redan har väckt eller tänker väcka talan om underhållsskyldighet vid en bestämd myndighet. Vid den tidpunkt som detta val görs har parterna möjlighet att informera sig om (eller ibland informeras de av den myndighet där talan väcks) om huruvida underhållsbidrag existerar, och av vilken typ, enligt domstolslandets lag. Risken för missbruk är följaktligen liten.

116 Parternas val enligt artikel 7 påverkar endast det särskilda förfarande för vilket valet görs. Om däremot en ny ansökan om ändring lämnas in efteråt till samma myndighet eller en myndighet i en annan stat, har det lagval som gjordes tidigare inte längre någon effekt och den tillämpliga lagen ska fastställas enligt de objektiva anknytningarna. Denna begränsning av valets verkan är berättigad, eftersom den lag som valts är domstolslandets lag.

117 När det gäller underhållsskyldighet avseende en person som har fyllt 18 år, har den underhållsberättigade och den underhållsskyldige dock även möjlighet att välja

⁵¹ Se art. 20.1 e i konventionen; Borrás-Degeling-rapporten, punkt 455.

⁵² Se ovan, fotnot 33.

tillämplig lag i enlighet med artikel 8. Detta val är mer omfattande än det som avses i artikel 7. Dels är det inte begränsat till domstolslandets lag utan kan röra den uppräknade lagar som tas upp i den första punkten i denna bestämmelse (se nedan, punkt 129). Dels gäller valet i artikel 8 inte ett särskilt förfarande. Dess verkan är alltså inte begränsad till ett förfarande som den underhållsberättigade redan inlett eller har tänkt inleda utan gäller även i framtiden, så länge som valet inte upphävs eller ändras av parterna (se nedan, punkt 124). Valet kan, vilket anges i artikel 8, göras ”oavsett tidpunkt”. Om vuxna väljer tillämplig lag under förfarandet, eller precis innan detta inleds, måste det slås fast huruvida detta val omfattas av artikel 7 eller artikel 8. Frågan är inte obetydlig eftersom valet får olika verkningar enligt dessa två bestämmelser. Svaret är enkelt om den lag som valts inte är den i domstolslandet; i detta fall kan godtagbarheten och verkningarna i fråga om valet endast fastställas genom artikel 8. Å andra sidan kan tvivel uppstå när den valda lagen är den vid den myndighet där talan väcks. Om domstolslandets lag inte motsvarar uppräknade lagar i artikel 8.1 (någon av parternas nationella lag, lagen vid en av parternas hemvist etc., se nedan, punkt 129) rör det sig naturligtvis om ett val som omfattas av artikel 7, som då kommer att få verkningar som begränsas till det särskilda förfarandet. I själva verket skulle valet vara ogiltigt om man i detta fall tillämpade artikel 8. Om domstolslandets lag samtidigt är en av de lagar som räknas upp i artikel 8.1, vilket ofta kommer att vara fallet, beror svaret däremot på tolkningen av parternas avsikt.

118 Problemet med att samordna artiklarna 7 och 8 uppstår inte när underhållsskyldigheten rör en person som ännu inte har fyllt 18 år eller en vuxen som, på grund av nedsatt eller bristande förmåga inte kan bevaka sina intressen, eftersom valet i artikel 8 i detta fall är uteslutet (art 8.3). Parterna kan alltså bara välja domstolslandets lag vid ett särskilt förfarande, enligt de villkor och med de verkningar som följer av artikel 7.

c Villkor för valet

Punkt 2 – Val av tillämplig lag som gjorts innan ett sådant förfarande inleds, ska anges i ett avtal som undertecknas av båda parterna och som ska vara skriftligt eller dokumenterat på ett sådant sätt att informationen är tillgänglig för senare användning.

119 Eftersom valet av tillämplig lag enligt artikel 7.1 även kan göras innan förfarandet inleds, innehåller artikel 7.2 vissa uppgifter om form genom att föreskriva att utnämningen av den tillämpliga lagen i detta fall ska anges i ett avtal som ska vara skriftligt eller dokumenterat på ett sådant sätt att informationen är tillgänglig för senare användning. Det tycktes dels väsentligt att det ska vara lätt att bevisa att ett avtal finns för att undvika eventuella tvister, och dels att parterna bör vara uppmärksamma på de omfattande verkningar som valet av tillämplig lag kan innebära i förhållande till underhållsskyldighetens existens och omfattning. I enlighet med ombudens åsikt vid den diplomatiska konferensen innehåller denna bestämmelse enbart minimikrav om avtalet. Det är upp till staterna att föreskriva andra krav, till exempel för att säkerställa att

parternas samtycke ges fritt och att de är tillräckligt informerade (t.ex. att man anlitar juridisk rådgivning innan avtalet tecknas).

120 Det bör slutligen noteras att om det val som avses i artikel 7 görs innan förfarandet inleds, kommer det endast att vara giltigt om parterna har pekat ut vilken lag som de tänker utse, eller åtminstone den myndighet som det planerade förfarandet ska inledas vid. Om ingen ansökan därefter lämnas in till myndigheterna i den stat vars lag har valts kommer valet att vara giltigt (såvida det inte uppfyller villkoren i art. 8). Däremot kommer det inte att räcka med att parterna generellt utser ”domstolslandets lag” eftersom ”domstolslandet” inte fastställts så länge talan inte har väckts vid en myndighet. Ett sådant val som utförs i blindo är ingen garanti för att parterna har informerats och är medvetna om målet med sitt val.

121 Efter diskussioner om denna fråga har man slutligen avstått från att föreskriva en tidsgräns mellan tidpunkten för valet och tidpunkten då förfarandet inleds. Om en ansökan lämnas in i den stat vars lag har valts är det nämligen rimligt att valet kan få verkningar, även om relativt lång tid passerar mellan de två tidpunkterna. Om inget förfarande inleds i denna stat kommer däremot valet (enligt vad som anges ovan) inte att få några verkningar alls.

122 Protokollet innehåller ingen regel om villkoren och tidpunkten med avseende på valet då detta görs under förfarandets gång. Dessa frågor omfattas av lagen vid den myndighet där talan väcks.

Artikel 8 Val av tillämplig lag

Punkt 1 – Utan hinder av artiklarna 3–6 får den underhållsberättigade och den underhållsskyldige oavsett tidpunkt peka ut att någon av följande lagar ska tillämpas på underhållsskyldigheten.

123 Denna bestämmelse gör det möjligt för parterna att när som helst välja vilken lag som ska tillämpas på underhållsskyldigheten, till och med innan en tvist uppstår.

124 Till skillnad från valet av domstolslandets lag i artikel 7 görs inte bara valet av tillämplig lag i artikel 8 ”om det är fråga om ett särskilt förfarande”. Dess verkningar begränsas alltså inte till ett förfarande som den underhållsberättigade redan inlett eller är beredd att inleda. Den lag som väljs av parterna är i själva verket avsedd att reglera underhållsskyldigheterna mellan parterna från och med den tidpunkt då valet görs fram till den tidpunkt då de, i förekommande fall, beslutar sig för att återkalla eller ändra beslutet.

125 Den främsta fördelen med valet av tillämplig lag i enlighet med vad som avses i artikel 8 är att den garanterar en viss stabilitet och förutsägbarhet när det gäller den tillämpliga lagen. Om parterna har gjort ett sådant val förblir nämligen den valda lagen tillämplig trots de ändringar som kan komma att ske i deras personliga situation, och oavsett vilken myndighet man vänder sig till i händelse av en tvist. En ändring av den underhållsberättigades hemvist leder framför allt inte till att den tillämpliga lagen ändras (se nedan, punkt 133), till skillnad från fallet med ett uteblivet val enligt artikel 3.2.

a Tillämpningsområde för artikel 8

126 Valet av tillämplig lag är särskilt användbart i fråga om förhållandena mellan makar, när dessa tecknar en överenskommelse, innan eller under äktenskapet, om underhållsskyldigheterna under äktenskapet eller efter en äktenskapsskillnad. Tack vare detta val fastställs vilken lag som ska tillämpas på underhållsskyldigheten i förväg. Detta förhindrar att överenskommelsens giltighet senare kan ifrågasättas i händelse av en ändring av makarnas eller den underhållsberättigade makens hemvist. Även utan en överenskommelse om underhållsskyldighet kan valet av lag faktiskt förhindra att den tillämpliga lagen ändras till följd av en ändring av hemvist eller vanlig vistelseort.

127 När väl valet av tillämplig lag godkändes för makar visade det sig nyttigt att utvidga detta till alla vuxna, med undantag av personer som, på grund av nedsatt eller bristande förmåga inte kan bevaka sina intressen. Även om dessa "utsatta" vuxna i regel skyddas av mekanismerna i respektive nationella rättssystem (t.ex. utnämning av en förmyndare eller en god man) uteslöt den diplomatiska konferensen i slutändan valet av tillämplig lag för underhållsskyldighet mot dessa personer, för att förhindra risken för missbruk (art. 8.3). Definitionen av utsatta vuxna som används i dessa bestämmelser har tagits från *Haagkonventionen av den 13 januari 2000 om internationellt skydd för vuxna* (se art. 1.1).

128 Valet av tillämplig lag har likaså uteslutits för underhållsskyldighet mot minderåriga, eftersom de potentiella riskerna med detta val tycks större än de möjliga fördelarna. Man måste tänka på att den minderåriga i regel företräds av någon av sina föräldrar, och att dessa är skyldiga att se efter den minderåriges behov. Den diplomatiska konferensen har följaktligen ansett att godtagandet av valet av tillämplig lag i detta fall innebär en alltför stor risk för intressekonflikter. Efter viss tvekan i fråga om fastställandet av den ålder från vilken valet ska tillåtas (18 eller 21 år), valde man slutligen åldern 18 år eftersom den i de flesta länder motsvarar den lagliga myndighetsåldern.

b Urvalet av lagar som kan väljas

129 För att skydda den underhållsberättigade låter artikel 8 parterna välja vilken lag som ska vara tillämplig, med förbehåll för flera villkor och begränsningar. En första begränsning rör syftet med valet och är avsedd att begränsa parternas alternativ.

Led a) – Lagen i en stat där någon av parterna är medborgare vid tidpunkten för utpekandet.

130 Det första alternativ som finns tillgängligt för parterna är att välja någon av parternas nationella lag vid tidpunkten för utpekandet. Denna möjlighet godtogs utan någon vidare diskussion och kräver inga större förklaringar. Det bör noteras att, tvärtmot kriteriet om subsidiär anknytning till det faktum att båda är medborgare i samma stat i artikel 4.4, räcker det här med att utpekandet rör lagen i en stat där endast en av parterna är medborgare (underhållsberättigad eller underhållsskyldig).

131 Genom tystnaden i protokollet bör det tillåtas att, om någon av parterna är medborgare i flera stater, valet kan avse någon av parternas nationella lagar. I själva verket skulle fastställandet av det närmaste eller faktiska medborgarskapet riskera att skapa osäkerhet kring valets giltighet, och på så sätt försvaga parternas självbestämmanderätt.

Led b) – Lagen i den stat där någon av parterna har sin hemvist vid tidpunkten för utpekandet.

132 Det andra alternativet rör någon av parternas hemvist vid tidpunkten för utpekandet. Denna möjlighet ifrågasattes aldrig under det förberedande arbetet inför protokollet. Begreppet hemvist kräver inga särskilda kommentarer – det motsvarar det i artikel 3 (se ovan, punkt 41 och följande punkter).

133 När det gäller medborgarskap är den avgörande tidpunkten den då utpekandet görs, liksom i fallet med hemvisten. Denna lösning motsvarar det huvudsakliga målet med valet av tillämplig lag, dvs. att garantera stabilitet, oavsett vilka förändringar som sker efter utpekandet. Trots protokollets tystnad i denna fråga bör man alltså tänka på att en ändring av den berörda partens medborgarskap eller hemvist efter det att valet har gjorts inte påverkar valets giltighet. I motsatt fall kan man fråga sig om valet av lag i en stat där ingen av parterna är medborgare eller har sin hemvist vid tidpunkten för valet därefter kan godkännas genom ett senare erhållande av medborgarskapet eller hemvisten i fråga. Den uttryckliga hänvisningen till tidpunkten för utpekandet i artikel 8.1 a och b tycks utesluta detta.

c Kompletterande alternativ i led c och d

134 De tredje och fjärde alternativen (art. 8.1 c och d) rör den lag som *utpekats* för makarnas förmögenhetsförhållanden, respektive deras hemskillnad eller äktenskapsskillnad, liksom den lag som *faktiskt tillämpats* på dessa frågor. Det är därigenom uppenbart att dessa möjligheter finns tillgängliga för makar och tidigare makar.

135 Möjligheten att tillåta dessa kompletterande alternativ diskuterades länge. De som var emot att dessa godkändes noterade att de skapar ett mycket komplicerat system, utan att detta verkligen är nödvändigt, med tanke på de mycket omfattande val som redan skapas genom led a och b. Dessutom beror de ytterligare alternativen i led c och d på nationella lagvalsregler gällande förmögenhetsförhållanden, äktenskapsskillnad och hemskillnad, och de ger alltså enbart sken av att vara enhetliga. I de situationer då parterna omfattas av underhållsskyldighet enligt den lag som *utpekats* som tillämplig på deras förmögenhetsförhållande eller deras separation/äktenskapsskillnad beror giltigheten hos detta val i fråga om underhåll i själva verket på giltigheten hos lagvalet med avseende på förmögenhetsförhållandena/separationen/äktenskapsskillnaden. Eftersom valet av vilken lag som ska tillämpas på förmögenhetsförhållandena mellan makar och den som är tillämplig på separationen eller äktenskapsskillnaden inte omfattas av protokollet beror den till fullo på domstolslandets internationella privaträtt. Om denna inte tillåter ett sådant val kommer dess ogiltighet att leda till

att valet av vilken lag som är tillämplig på underhållsskyldigheten ogiltigförklaras. Denna risk är särskilt stor när det gäller äktenskapsskillnad eftersom parternas självbestämmanderätt på detta område endast erkänns i ett fåtal stater. Ett val som är giltigt enligt den internationella privaträtten i en fördragsslutande stat riskerar följaktligen att anses ogiltigt av myndigheterna i en annan fördragsslutande stat som tillämpar sina egna lagvalsregler.

136 Trots dessa nackdelar har den diplomatiska konferensen valt alternativen i led *c* och *d* eftersom dessa gör det möjligt för makarna att se till att en enda lag är tillämplig på de olika frågor som ska lösas i händelse av att paret går skilda vägar (äktenskapsskillnad och hemskillnad, upplösning av egendomsordning och underhållsskyldighet). Detta sammanträffande är särskilt viktigt med tanke på kopplingarna mellan dessa olika aspekter i flera nationella juridiska system. Fastställandet av de egendomsordningsrelaterade verkningarna ses således ibland som ett villkor för att äktenskapsskillnaden ska beviljas (detta gäller i synnerhet vid förfaranden som grundas på en gemensam ansökan). I viss lagstiftning (särskilt i många jurisdiktioner som tillämpar *common law*) är för övrigt skillnaden mellan upplösningen av makarnas förmögenhetsförhållanden och underhållsskyldigheter oklar eller obefintlig, och de äganderättsliga verkningarna av äktenskapsskillnaden regleras av domaren.

137 Det bör noteras att artikel 8 inte tillåter att makarna väljer vilken lag som ska vara *tillämplig* på egendomsordningen eller äktenskapsskillnaden. Eftersom detta är en fråga som avgörs enligt de fördragsslutande staternas inhemska internationellt privaträttsliga regler (även sådana som har sitt ursprung på internationell eller regional nivå), och de lösningar som står till förfogande kan vara mycket varierande sinsemellan, kan fastställandet av vilken lag som ska vara tillämplig på egendomsordningen eller äktenskapsskillnaden variera beroende på reglerna i staten där den myndighet vid vilken talan väcks finns. Följaktligen skulle valet av lag som ska vara tillämplig på underhållsskyldigheten göras i blindo, något som inte ansetts önskvärt.

Led c) – Den lag som parterna har utpekat som tillämplig, eller den lag som faktiskt tillämpats på deras förmögenhetsförhållanden.

i Den lag som utpekats som tillämplig på förmögenhetsförhållanden

138 Enligt artikel 8.1 *c* har makarna i första hand rätt att välja den lag som de *pekat ut* för förmögenhetsförhållandena. I detta fall kommer den lag som pekats ut för egendomen även att vara tillämplig på underhållsskyldigheten eftersom det uppenbart är fördelaktigt att låta dessa två frågor omfattas av en sammanhängande regelsamling.

139 Valet av tillämplig lag för makarnas förmögenhetsförhållanden omfattas inte av protokollet, utan av den internationella privaträtten i varje fördragsslutande stat (inbegripet eventuella instrument på internationell eller regional nivå). Detta val tillåts i stor utsträckning i komparativ rätt. Det stadgas bland annat i

Haagkonventionen av den 14 mars 1978 om tillämplig lag för makars förmögenhetsförhållanden. Ofta kommer makarna överens om att välja den nationella lagen eller lagen vid hemvisten för någon av dem⁵³. I detta fall tillför detta alternativ ingenting till de som framgår av led *a* och *b*. Det händer dock att makarna, i fråga om deras förmögenhetsförhållande, har tillgång till vissa andra alternativ som inte föreskrivs i protokollet, till exempel lagen vid deras ”domicile” (som inte nödvändigtvis sammanfaller med hemvisten) eller lagen på den plats där viss egendom finns, framför allt fastigheter⁵⁴. I dessa situationer kan underhållsskyldigheten också omfattas av dessa andra lagar.

140 Om det val som görs av parterna inte följer de gällande lagvalsreglerna i domstolsstaten (eftersom ett sådant val inte godtas där eller om villkoren inte uppfylls, eller om den valda lagen på annat sätt står i konflikt med dessa regler) kommer det att anses ogiltigt. Denna ogiltighet påverkar även utpekandet av den lag som ska tillämpas på underhållsskyldigheten, eftersom ogiltigheten överförs till detta enligt protokollet.

ii Den lag som faktiskt tillämpas på förmögenhetsförhållanden

141 Led *c* gör det också möjligt för makarna att låta underhållsskyldigheten bli föremål för den lag som faktiskt *tillämpas* på deras förmögenhetsförhållanden. Den situation som avses ovan är den då den lag som är tillämplig på dessa förhållanden redan har fastställts av den myndighet där talan har väckts (bland annat i händelse av separation eller äktenskapsskillnad). Genom sina val kan makarna låta underhållsskyldigheten bli föremål för denna lag. Detta gör det möjligt att utvidga parternas val, men framför allt att underkasta alla frågor som rör förmögenhetsförhållandena en enda lag. Det bör noteras att om den lag som ska tillämpas på makarnas förmögenhetsförhållande är domstolslandets lag, är valet av denna lag för underhållsskyldigheten inte samma som det val som avses i artikel 7. Det rör sig nämligen inte om ett val som gjorts i fråga om ett särskilt förfarande, utan om ett val som fortsätter att få verkningar i framtiden, även vid nya ansökningar (i synnerhet om ändring) från den underhållsberättigade eller den underhållsskyldige. För övrigt måste inte det val som avses i artikel 8.1 *c* nödvändigtvis göras under förfarandet, utan det kan göras efter det att ett avgörande som definierar förmögenhetsförhållandena mellan makarna har meddelats.

Led d) – Den lag som parterna har utpekat som tillämplig, eller den lag som faktiskt tillämpats på deras äktenskapsskillnad eller hemskillnad.

iii Den lag som utpekats som tillämplig på äktenskapsskillnad eller hemskillnad

142 Enligt artikel 8.1 *d* kan makarna även låta underhållsskyldigheten omfattas av den lag som de *utpekat* för deras hemskillnad eller äktenskapsskillnad. Den hänsyn som tagits i fråga om valet av utpekad lag för makarnas förmögenhetsförhållande gäller på motsvarande

⁵³ Se art. 3 och 6 i 1978 års konvention.

⁵⁴ Se art. 3.4 och 6.4 i 1978 års konvention.

sätt även i detta fall. Det bör dock framhållas att utpekandet av tillämplig lag för äktenskapsskillnaden eller hemskillnaden inte är särskilt vanligt förekommande i komparativ internationell privaträtt. Detta ökar uppenbarligen sannolikheten för att ett sådant val ska anses ogiltigt i domstolsstaten, vilket inbegriper det val som gjorts med avseende på underhållsskyldigheten. Makarna bör alltså iaktta försiktighet. En utveckling har emellertid skett i vissa europeiska stater, till följd av antagandet av ”Rom III-förordningen”^{*}.

iv Den lag som faktiskt tillämpas på hemskillnaden eller äktenskapsskillnaden

143 Led *d* gör det också möjligt för makarna att låta underhållsskyldigheten omfattas av den lag som faktiskt tillämpas på deras hemskillnad eller äktenskapsskillnad. Den situation om avses ovan är den då den tillämpliga lagen redan har fastställts av den myndighet där talan väckts. Genom sitt val kan makarna underkasta underhållsskyldigheten samma lag. Detta gör det möjligt att utvidga parternas val, men framför allt att låta underhållsskyldigheten omfattas av samma lag som den som tillämpas på separationen eller äktenskapsskillnaden. Övervägandena ovan om skillnaden mellan detta val och det som omfattas av artikel 7 (se ovan, punkt 141) gäller även i detta fall.

d Villkor för valet

Punkt 2 – Ett sådant avtal ska vara skriftligt eller dokumenterat på ett sådant sätt att informationen är tillgänglig för senare användning samt vara undertecknat av båda parterna.

144 Rent formellt ska valet av tillämplig lag göras skriftligt och vara undertecknat av parterna. Utan att ta upp de fördelar som detta innebär i fråga om bevisföring är kravet på en skriftlig handling avsett att uppmärksamma den underhållsberättigade om betydelsen av valet och att visa på vad ett ogenomtänkt val får för verkningar.

145 Den skriftliga handlingen kan ersättas av varje dokument där informationen är tillgänglig för senare användning. Denna bestämmelse är avsedd att tillåta användningen av informationsteknik. Detta åsidosätter dock inte kravet på att dokumentet ska vara undertecknat. Ett elektroniskt dokument kommer alltså endast att vara tillräckligt om det är försett med en elektronisk signatur.

Punkt 3 – Punkt 1 ska inte gälla för underhållsskyldighet avseende en person under 18 år eller en vuxen som på grund av nedsatt eller bristande förmåga inte kan bevaka sina intressen.

146 Denna punkt kräver ingen särskild kommentar.

e Begränsningar i fråga om valet

147 Viktiga begränsningar har förts in när det gäller verkningarna av valet av tillämplig lag (art. 8.4 och 8.5). Eftersom valet av en lag som är restriktiv i familjefrågor

kan beröva den underhållsberättigade rätten till bidrag eller begränsa dennes anspråk på ett betydande sätt, har det visat sig absolut nödvändigt att begränsa verkningarna av detta.

i Tillämpning av lagen vid den underhållsberättigades hemvist på rätten att avsäga sig underhåll

Punkt 4 – Utan hinder av vilken lag som pekats ut av parterna i enlighet med punkt 1 ska frågan om huruvida den underhållsberättigade kan avsäga sig sin rätt till underhåll bestämmas enligt lagen i den stat där den underhållsberättigade hade sin hemvist vid tidpunkten för utpekandet.

148 Artikel 8.4 föreskriver att, utan hinder av vilken lag som pekats ut av parterna, lagen i den stat där den underhållsberättigade hade sin hemvist vid tidpunkten för utpekandet bestämmer om den underhållsberättigade kan avsäga sig sin rätt till underhåll. Denna regel fördes in i protokollets text i samband med den diplomatiska konferensen, efter ett förslag från Europeiska gemenskapen⁵⁵. Den innebär en begränsning av tillämpningsområdet för den lag som väljs av parterna. Oavsett innehållet i denna lag förblir möjligheten att avsäga sig rätten till underhåll, liksom villkoren för ett sådant avsägande, underkastad lagen vid den underhållsberättigades hemvist. Målet med bestämmelsen är uppenbarligen att förhindra att den underhållsberättigade, genom att välja en särskilt liberal och inte särskilt beskyddande lag, ska kunna förmås avsäga sig det underhållsbidrag som denne skulle ha rätt till om något val inte var möjligt.

149 Enligt det förslag som ligger till grund för bestämmelsen utgör inte tilldelningen av en klumpsumma till den underhållsberättigade som är avsedd att täcka dennes framtida behov att den underhållsberättigade avsäger sig rätten till underhåll i enlighet med denna artikel. I detta fall beaktas därför inte lagen vid den underhållsberättigades hemvist.

150 I bokstavlig lydelse tycks det vara meningen att bestämmelsen ska tillämpas i det fall som den underhållsberättigade har av sagt sig sina rättigheter, och denna avsägelse åtföljs av valet av en lag som tillåter detta. Bestämmelsens existensberättigade tycks dock gälla även i det fall som valet av en bestämd lag, i sig själv, omfattar en avsägelse, eftersom den valda lagen inte innehåller några bestämmelser om underhållsbidrag till förmån för den underhållsberättigade.

ii Domarens jämningsbefogenhet

Punkt 5– Om parterna vid tidpunkten för utpekandet av tillämplig lag inte var fullt informerade och medvetna om konsekvenserna av sitt utpekande ska den lag som parterna pekat ut inte tillämpas om tillämpningen av denna skulle leda till uppenbart orättvisa och orimliga konsekvenser för någon av parterna.

151 Verkan av valet av den tillämpliga lagen begränsas än mer av den jämningsbefogenhet som tillerkänns den

^{*} Rådets förordning (EU) nr 1259/2010 av den 20 december 2010 om genomförande av ett fördjupat samarbete om tillämplig lag för äktenskapsskillnad och hemskillnad. Denna fotnot lades till av föredraganden efter det att rapporten hade färdigställts.

⁵⁵ Arb.dok. nr 5.

myndighet där talan väcks. Om denna myndighet slår fast att tillämpningen av den lag som valts av parterna, i det konkreta fallet, har klart orättvisa eller orimliga konsekvenser, kan den valda lagen komma att åsidosättas till förmån för den som utses genom de objektiva anknytningskriterierna i artiklarna 3–5. Denna undantagsklausul grundar sig på rättsliga överväganden och motsvarar den befogenhet som nationell lagstiftning ofta ger domstolen för att korrigera eller rent av åsidosätta de underhållsavtal som tecknats mellan parterna när de leder till orättvisa eller orimliga resultat. Delegationerna oroades likaså över att en obegränsad befogenhet för domstolen att åsidosätta den valda lagen helt skulle äventyra parternas möjlighet att teckna avtal om lagval i enlighet med artikel 8. Man har därför kommit överens om att begränsa domstolens jämningsbefogenhet genom att slå fast att punkt 5 inte är tillämplig om parterna var fullt informerade och medvetna om konsekvenserna av sitt utpekande. Detta uttryck syftar till att göra det möjligt för parterna att minska risken för att deras avtal ska åsidosättas genom att anlita juridisk rådgivning i fråga om konsekvenserna av deras avtal innan ett sådant tecknas. Kravet på att parterna ska vara ”fullt informerade och medvetna” innebär att parterna inte bara ska ha tagit del av relevanta uppgifter utan också ha kunnat förstå dem. Uttrycket är inte överflödigt eftersom en person kan vara fullt informerad utan att vara medveten om konsekvenser av sitt val.

f Förekomst och giltighet i fråga om avtalet mellan parterna

152 Förutom vissa begränsningar i fråga om godtagandet av valet av tillämplig lag och vissa uppgifter gällande tidpunkten och formen för detta val tar protokollet inte upp några andra frågor om förekomsten och giltigheten i fråga om det avtal genom vilket parterna utser den tillämpliga lagen (den bestämmer t.ex. inte vad som händer om samtycke inte erhålls). Dessa frågor bör lösas enligt den lag som är tillämplig på det lagvalskontrakt som tecknats mellan parterna, men denna lag fastställs inte uttryckligen genom protokollet. Den lösning som föredras för att hantera detta är att se det som att dessa frågor omfattas av den lag som utpekats av parterna. Denna strategi, som består i att underordna giltigheten hos den valda lagen den lag som skulle ha tillämpats om avtalet mellan parterna var giltigt, är i själva verket mycket vanligt förekommande i de internationella instrument som erkänner parternas självbestämmanderätt, i synnerhet när det gäller samtyckets existens och giltighet⁵⁶. Den största fördelen är att den säkerställer att man löser dessa frågor på ett enhetligt sätt i de olika fördragslutande stater som tillträtt protokollet.

⁵⁶ Se art. 10 i Haagkonventionen av den 14 mars 1978 om tillämplig lag för makars förmögenhetsförhållanden; art. 10.1 i Haagkonventionen av den 22 december 1986 angående avtal om internationella köp av varor; art. 5.2 i Haagkonventionen av den 1 augusti 1989 om tillämplig lag för arv vid dödsfall; art. 3.4 och 8.1 i Romkonventionen av den 19 juni 1980, art. 3.5 och 10.1 i Rom I-förordningen (förordning (EG) nr 593/2008 av den 17 juni 2008).

Artikel 9 ”Domicile” i stället för ”medborgarskap”

En stat som tillämpar begreppet ”domicile” som en anknytande faktor i familjefrågor kan meddela Haagkonferensen för internationell privaträtts permanenta byrå att ordet ”medborgarskap” i artiklarna 4 och 6 ska ersättas med ”domicile”, såsom detta ord definieras i den staten, med avseende på ärenden som behandlas av dess myndigheter.

153 Denna bestämmelse föreskriver att en stat som tillämpar begreppet ”domicile” som en anknytande faktor i familjefrågor kan meddela Haagkonferensen för internationell privaträtts permanenta byrå att ordet ”medborgarskap” i artiklarna 4 och 6 ska ersättas med ”domicile”, såsom detta ord definieras i den staten, med avseende på ärenden som behandlas av dess myndigheter.

154 Bestämmelsen fördes in i protokollet i samband med den diplomatiska konferensen, efter ett förslag från Europeiska gemenskapen⁵⁷. Den syftar till att underlätta tillämpningen av protokollet i de stater (framför allt de jurisdiktioner som tillämpar *common law*) som inte är vana att använda medborgarskapet som ett anknytningskriterium i internationell privaträtt. Dessa stater får alltså ersätta det medborgarskapskriterium som används i artiklarna 4 och 6 med det som rör ”domicile”, på det sätt som detta ord definieras i dessa stater. Liknande bestämmelser finns i vissa gemenskapsrättsliga instrument till förmån för Förenade kungariket och Irland⁵⁸.

155 Trots att definitionen av vilka stater som kan gynnas av denna särskilda regel inte är särskilt precis, står det klart att det är tillåtet för de jurisdiktioner som tillämpar *common law* att använda ”domicile” som en anknytande faktor i familjefrågor för att dra nytta av artikel 9. Den formulering som används i artikel 9, där det hänvisas till ”[e]n stat som tillämpar begreppet 'domicile' som en anknytande faktor i familjefrågor”, begränsar inte uttryckligen tillämpningen av denna artikel till enbart de stater som tillämpar *common law*. Det finns i själva verket flera jurisdiktioner som tillämpar civilrätt som även de använder sig av anknytningen till ”domicile” i familjefrågor⁵⁹. Enligt lydelsen i artikel 9 tycks det som att också dessa stater kan dra nytta av den valfrihet som erkänns genom denna bestämmelse. Denna tolkning överensstämmer dock inte med förslaget från Europeiska gemenskapen, där det uttalade målet var att underlätta uppgiften för de stater som inte är vana att använda medborgarskapskriteriet som anknytningskriterium i sina nationella system för internationell privaträtt⁶⁰. Det verkar alltså som att en stat som erkänner och i allmänhet använder sig av begreppet medborgarskap när det gäller lagkonflikter, till och med i andra hand, inte kan gynnas av den särskilda regeln i artikel 9.

⁵⁷ Arb.dok. nr 2, 6 och 11.

⁵⁸ Se art. 3.2 och 6 b i rådets förordning (EG) nr 2201/2003 av den 27 november 2003 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar i äktenskapsmål och mål om föräldransvar samt om upphävande av förordning (EG) nr 1347/2000 (”Brüssel II bis-förordningen”).

⁵⁹ T.ex. Schweiz, där ”domicile” definieras som den plats där en person är bosatt med avsikt att slå sig ner, se art. 20 punkt 1 a i den federala schweiziska lagen av den 18 december 1987 om internationell privaträtt.

⁶⁰ Se protokoll nr 5, punkt 31.

156 I stater som använder sig av den valfrihet som avses i artikel 9 bör kriteriet om ”domicile” användas såsom detta ord ”definieras i den staten”. Där hänvisas det alltså till den nationella lagstiftningen i den berörda staten och statens egen definition av ”domicile”. Denna strategi är uppenbarligen inte särskilt lämpad för en enhetlig tillämpning av protokollet, men dess inverkan bör inte överskattas, eftersom den kommer att fortsätta att begränsas av bestämmelserna i artikel 4.4 och artikel 6 i protokollet. Det bör likaså noteras att hänvisningen till den nationella definitionen av begreppet ”domicile” även används i andra instrument inom enhetlig internationell privaträtt, utan att detta skapar några större svårigheter i samband med tillämpningen av dessa instrument⁶¹.

157 Utbytet av begreppet medborgarskap mot begreppet ”domicile” i enlighet med artikel 9 i protokollet föreskrivs endast vid tillämpning av artiklarna 4 och 6 i protokollet, dvs. i de två bestämmelser som använder sig av kriteriet om att båda är medborgare i samma stat. I artikel 4.4 kan utbytet komma att få följden att, i de av de fördragsslutande stater som har tillträtt protokollet och som har använt sig av denna valfrihet, en underhållsberättigad som varken kan få underhåll enligt lagen vid dennes hemvist eller enligt den i domstolslandet (i denna ordning eller i omkastad ordning, se art. 4.3) likväl kan komma att grunda sitt anspråk på lagen i den stat där de två parterna har sin ”domicile”. I artikel 6 innebär utbytet att en underhållsskyldig, i staterna i fråga, kan bestrida den underhållsberättigades anspråk om skyldigheten varken existerar enligt lagen vid hemvisten eller enligt lagen i den stat där båda parterna har sin ”domicile”.

158 I de två fall som avses i artikel 9 kommer utbytet av medborgarskap mot ”domicile” endast att ge verkningar för den fördragsslutande stat som har använt sig av den valfrihet som föreskrivs i denna bestämmelse. Detta innebär att övriga stater inte behöver tillämpa kriteriet om ”domicile”, utan bör däremot fortsätta att tillämpa medborgarskapskriteriet. Artikel 9 omfattas i själva verket inte något krav på ömsesidighet. Detta innebär att övriga stater inte behöver tillämpa begreppet ”domicile” enligt vad som föreskrivs i staten i fråga. Uppgiften för deras myndigheter blir alltså inte mer komplicerad genom ovan nämnda artikel.

159 Det utbyte som avses i artikel 9 kommer däremot inte att påverka artikel 8, även om denna bestämmelse också använder sig av medborgarskapskriteriet i punkt 1 a (parternas val av någon av deras nationella lagar). Detta beror på att man vill undvika att utpekandet av en av parternas nationella lag, som görs i enlighet med artikel 8, kan visa sig vara ogiltigt i en annan fördragsslutande stat som använder sig av artikel 9, på grund av att ingendera av parterna var domicilierad i den stat vars lag har valts, eller att, i omvänt fall, utpekandet av lagen vid dennes ”domicile” kan anses ogiltigt i en fördragsslutande stat som fortfarande använder sig av medborgarskapskriteriet.

⁶¹ Se art. 52 i Brysselkonventionen av den 27 september 1968 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område och 1988 års Luganokonvention.

160 Det bör understrykas att utbytet av medborgarskapskriteriet mot kriteriet om ”domicile” enligt artikel 9 måste meddelas den permanenta byrån, som ska vidarebefordra denna information till övriga fördragsslutande stater.

Artikel 10 Offentliga organ

Ett offentligt organs rätt att begära återbetalning av ett bidrag som har lämnats till den underhållsberättigade i stället för underhåll ska bestämmas av den lag som gäller för organet.

161 Denna bestämmelse föreskriver att ett offentligt organs rätt att begära återbetalning av ett bidrag som har lämnats till den underhållsberättigade i stället för underhåll ska bestämmas av den lag som gäller för organet.

162 Denna regel är ingen nyhet, eftersom den redan tas upp i artikel 9 i 1973 års konvention om underhållsskyldighet (tillämplig lag), med några få redaktionella ändringar. I den svenska versionen har uttrycket *offentlig institution* i den gamla konventionen ersatts av ”offentligt organ”, för att protokollets text ska överensstämma med konventionens text⁶².

163 Detta är en regel som är mycket vanlig i internationella sammanhang, vilket bekräftas av att en bestämmelse med samma innehåll också har förts in i konventionen (art. 36.2 i denna). Denna regel kommer alltså att vara tillämplig i alla stater som har tillträtt detta instrument, även om de inte har tillträtt protokollet (alltså oavsett vilken lag som de tillämpar på underhållsskyldigheten).

164 Det bör noteras att anknytningen till lagen vid det offentliga organet endast gäller organets rätt att *begära* återbetalning (på grundval av en subrogation eller en laglig överlåtelse), medan underhållskravets existens och omfattning omfattas av den lag som är tillämplig på denna skyldighet (se art. 11 f). Det är för att klargöra förhållandet mellan dessa två bestämmelser som uttrycket *rätt till återbetalning*, som avses i 1973 års konvention om underhållsskyldighet (tillämplig lag), har ändrats till ”rätt till att begära återbetalning”: Om återbetalning ska erhållas beror nämligen inte på lagen vid det offentliga organet, utan på den lag som är tillämplig på underhållsskyldigheten. I vissa fall sammanfaller dessa två lagar. Detta är i regel fallet när underhållsskyldigheten omfattas av lagen i den stat där den underhållsberättigade har sin hemvist (art. 3), eftersom det offentliga organ som betalar ut bidraget till den underhållsberättigade normalt sett finns i den stat där den sistnämnda är bosatt, i enlighet med den lokala lagstiftningen. Det är lättare att dela upp de två lagarna när underhållsskyldigheten har sin grund i en annan lag än den i den stat där den underhållsberättigade har sin hemvist i enlighet med artikel 4, 5, 7 eller 8.

165 Det står för övrigt klart att regeln endast gäller för återbetalning av bidrag som betalats ut istället för underhåll, och inte för andra typer av bidrag, exempelvis

⁶² Se art. 36 i konventionen.

statliga bidrag, som den underhållsskyldige inte är skyldig att återbetala.

Artikel 11 Den tillämpliga lagens räckvidd

Tillämplig lag avseende underhållsskyldighet reglerar bland annat

166 Denna bestämmelse beskriver vilka frågor som omfattas av den lag som ska tillämpas på underhållsskyldigheten, som utpekats i artikel 3, 4, 5, 7 eller 8 i protokollet. Tillämpningsområdet för denna lag definieras ganska brett, i enlighet med den strategi som kännetecknar 1973 års konvention om underhållsskyldighet (tillämplig lag)⁶³, liksom andra internationella instrument⁶⁴.

167 Det bör noteras att uppräkningslistan i artikel 11 inte, vilket framgår av adverbet ”bland annat”, gör anspråk på att vara uttömmande, och andra frågor som inte tas upp kan eventuellt komma att omfattas av samma lag.

Led a) – om, i vilken utsträckning och mot vem den underhållsberättigade kan rikta ett krav på underhåll,

168 Den lag som är tillämplig på underhållsskyldigheten reglerar i första hand huruvida det existerar en underhållsskyldighet och fastställer vem som är underhållsskyldig. Den fastställer bland annat en persons rätt till underhållsbidrag, med beaktande av det familjeförhållande som kopplar samman denne med den underhållsskyldige och dennes ålder.

Led b) – i vilken utsträckning den underhållsberättigade kan begära underhåll retroaktivt,

169 Samma lag fastställer också skyldighetens omfattning. Protokollet fortsätter att tillämpa strategin i 1956 och 1973 års konventioner om underhållsskyldighet och föreskriver ett en enda lag ska fastställa huruvida, och i vilken utsträckning, den underhållsberättigade kan begära underhåll. Uppdelningen mellan kravets existens och dess omfattning, som utförs i vissa juridiska system (framför allt i vissa provinser i Kanada), har inte följts.

Led c) – beräkningsgrunden för storleken på underhållsbidraget samt indexering,

170 Omfattningen av förpliktelsen rör inte bara villkoren för beräkningen av bidraget, utan också i vilken utsträckning den underhållsberättigade kan begära underhåll retroaktivt för tidigare perioder (se art. 11 b). De olika juridiska systemen begränsar i regel denna möjlighet för de belopp som ska betalas till de år som omedelbart föregår den underhållsberättigades ansökan.

171 Den lag som ska tillämpas på underhållsskyldigheten omfattar likaså frågan om indexering av det belopp som ska betalas i underhåll. Denna fråga har diskuterats i det särskilda utskottet eftersom andra lösningar i teorin skulle kunna tas fram (t.ex. en systematisk tillämpning av lagen vid den underhållsberättigades hemvist eller domstolslandets lag). Den särskilda kommittén ansåg slutligen att denna fråga hörde ihop med fastställandet av

underhållsskyldighetens omfattning och bör alltså omfattas av den lag som är tillämplig på underhållsskyldigheten.

Led d) – vem som får väcka talan om underhållsskyldighet, utom i frågor som rör processbehörighet och företrädare under förfarandet,

172 Den lag som är tillämplig på underhållsskyldigheten fastställer likaså vem som har rätt att agera i familjefrågor. Denna lösning motsvarar den som avses i 1973 års konvention om underhållsskyldighet (tillämplig lag) (art. 10.2). Rätten att agera tillskrivs vanligtvis den underhållsberättigade men, när denne är minderårig, kan talan ibland väckas av någon av dennes föräldrar eller av ett offentligt organ. Denna fråga skiljer sig från den som rör ombud för omyndigförklarade, som inte omfattas av protokollets tillämpningsområde. På samma sätt ska den inte blandas ihop med frågorna rörande processbehörighet och företrädare under förfarandet, vilket faller under domstolslandets lag.

Led e) – preskriptionsfrister eller talefrister,

173 Preskriptionsfristen för att väcka talan om underhållsskyldighet och andra tidsfrister för att väcka talan (t.ex. preklusion) omfattas också av lag som tillämpas på underhållsskyldigheten. Dessa frågor är alltså materiella och inte processuella, vilket de redan var inom ramen för 1973 års konvention om underhållsskyldighet (tillämplig lag) (art. 10.2). En annan fråga rör den tidsfrist under vilken utländska avgöranden om utestående skulder kan verkställas. Denna fråga omfattas inte av protokollet utan av artikel 32.5 i konventionen, där det föreskrivs att ”[p]reskriptionsfrister för verkställighet av utestående fordringar ska fastställas antingen enligt lagen i ursprungsstaten eller enligt lagen i den anmodade staten, beroende på vilken lag som föreskriver den längsta preskriptionsfristen”.

Led f) – omfattningen av den underhållsskyldiges förpliktelser, om ett offentligt organ begär återbetalning av bidrag som har lämnats till en underhållsberättigad i stället för underhåll.

174 I samband med en talan om återbetalning som väcks av ett offentligt organ reglerar den lag som är tillämplig på underhållsskyldigheten denna förpliktelses existens och omfattning (och alltså gränserna för denna), medan rätten att begära återbetalning beror på lagen vid den berörda institutionen (art. 9). Denna regel, som motsvarar den i artikel 10.3 i 1973 års konvention om underhållsskyldighet (tillämplig lag), är helt logisk. Om den tillämpliga lagen för underhållsskyldigheten i själva verket inte innehåller några bestämmelser om krav kan det offentliga organet inte kräva att den underhållsskyldige ska betala tillbaka de bidrag som denne har beviljats.

Artikel 12 Återförvisning är utesluten

Med ”lag” avses i detta protokoll den gällande lagen i en stat, med undantag för dess lagvalsregler.

175 Denna bestämmelse preciserar att lagvalsreglerna i protokollet pekar ut den nationella lagen i den berörda staten, och utesluter statens lagvalsregler. Återförvisning

⁶³ Se art. 10 i konventionen.

⁶⁴ Se art. 7 i 1989 års Montevideokonvention.

utesluts således, även om den utpekade lagen är en icke-fördragsslutande stats lag. Denna lösning stämmer överens med den i 1973 års konvention om underhållsskyldighet (tillämplig lag) och i en mängd andra instrument som utarbetats av Haagkonferensen⁶⁵. Den behöver inte kommenteras särskilt.

Artikel 13 Grunderna för domstolslandets rättsordning

Tillämpning av den lag som fastställs i enlighet med detta protokoll får vägras endast i den utsträckning som dess verkan uppenbart skulle stå i strid med grunderna för domstolslandets rättsordning.

176 Denna artikel begränsas till att föreskriva en möjlighet att åsidosätta den tillämpliga lagen när dess verkan uppenbart skulle vara oförenlig med grunderna för domstolslandets rättsordning. Innehållet i denna bestämmelse motsvarar det i 1973 års konvention om underhållsskyldighet (tillämplig lag) (art. 11.1), liksom i en mängd instrument på området enhetlig internationell privaträtt.

177 Förbehållet gällande grunderna för domstolslandets rättsordning ska tillämpas på ett mycket restriktivt sätt. I själva verket kräver artikel 13 att verkan av den utländska lagen uppenbart måste stå i strid med grunderna för domstolslandets rättsordning, dvs. att den tydligt strider mot en grundläggande princip i domstolsstaten.

178 Det undantag som avser grunderna för domstolslandets rättsordning återopas ibland när underhållsanspråket enligt den utländska utpekade lagen baseras på ett familjeförhållande som inte erkänns i domstolsstaten och som där ses som opassande. I detta avseende bör det dock understrykas att bedömningen av grunderna för domstolslandets rättsordning i praktiken ska göras i förhållande till verkan av tillämpningen av den utländska lag som utses genom protokollet. Detta övervägande tycks vara särskilt på underhållsområdet eftersom verkan av tillämpningen av en utländsk lag hur som helst påverkar förmögenhetsförhållandena⁶⁶. För att kunna återropa grunderna för domstolslandets rättsordning räcker det alltså inte med att det familjeförhållande som underhållsanspråket baseras på som sådant stöter sig med grunderna för domstolsstatens rättsordning, utan det krävs att det faktum att en viss person tvingas betala underhåll till en annan på grundval av ett sådant förhållande i sig ses som opassande. Denna åtskillnad är inte obetydlig. Det är nämligen väl känt att rättspraxis i flera stater är beredd att erkänna vissa särskilda verkningar (som rör förmögenhetsförhållanden eller personliga förhållanden) som har sin grund i ett familjeförhållande, trots att detta i sig står i strid med grunderna för domstolsstatens rättsordning. Det mest kända exemplet är att man i en del europeiska stater (Tyskland, Frankrike) erkänner vissa verkningar av polygami. Trots att institutionen i fråga inte kan erkännas i dessa stater i denna form, eftersom den

⁶⁵ Se art. 10 i Haagkonventionen av den 5 juli 2006 om tillämplig lag för vissa rättigheter i fråga om finansiella instrument som förvaltas av en förmedlare; art. 19 i Haagkonventionen av den 13 januari 2000 om internationellt skydd för vuxna.

⁶⁶ Se även art. 1.2 i protokollet, enligt vilken avgöranden som meddelas med tillämpning av detta protokoll inte ska påverka förekomsten av familjeförhållanden.

strider mot de grundläggande principerna i domstolslandets lag, ses där inte en makes underhållsskyldighet mot olika kvinnor som opassande. Liknande överväganden skulle på motsvarande sätt kunna tillämpas på andra omtvistade institutioner, som äktenskap eller partnerskap mellan personer av samma kön.

179 Tvärtemot andra nationella eller internationella texter innehåller inte protokollet några förbehåll gällande tvingande lagar (eller omedelbart tillämpliga regler) i domstolslandet, dvs. tvingande regler som, på grund av deras absoluta nödvändighet för domstolsstaten, är tillämpliga oavsett vilken lag som pekats ut genom lagvalsreglerna. Det tycks alltså som att de myndigheter där talan väcks i vilket fall som helst måste fastställa innehållet i den lag som pekats ut genom protokollet, och att lagen endast kan åsidosättas om dess verkan i ett visst fall strider mot principerna i domstolslandets rättsordning.

Artikel 14 Fastställandet av underhållsbidragets storlek

Även om den tillämpliga lagen föreskriver annat, ska vid fastställandet av underhållsbidragets storlek hänsyn tas till den underhållsberättigades behov och den underhållsskyldiges tillgångar samt till all ersättning som den underhållsberättigade har fått i stället för periodiska betalningar av underhåll.

180 I artikel 14 föreskrivs att, även om den tillämpliga lagen föreskriver annat, ska vid fastställandet av underhållsbidragets storlek hänsyn tas till den underhållsberättigades behov och den underhållsskyldiges tillgångar samt till all ersättning som den underhållsberättigade har fått i stället för periodiska betalningar av underhåll. Det rör sig om en materiell regel som är nödvändig för de fördragsslutande staterna, oavsett hur den tillämpliga lagen för underhållsskyldigheten behandlas.

181 Texten i denna bestämmelse motsvarar i hög grad artikel 11.2 i 1973 års konvention om underhållsskyldighet (tillämplig lag), men den innehåller två viktiga nyheter:

182 Den första skillnaden beror på att artikel 14 är föremål för en fristående bestämmelse som är separat från den som rör grunderna för domstolslandets rättsordning, till skillnad från artikel 11.2 i 1973 års konvention om underhållsskyldighet (tillämplig lag). Efter utdragna diskussioner inom ramen för arbetsgruppen och det särskilda utskottet antogs denna lösning i samband med den diplomatiska konferensen. Den får omfattande konsekvenser: den ifrågavarande materiella regeln utgör inte bara en begränsning av tillämpningen av en utländsk lag, utan den ska tillämpas av myndigheterna i en fördragsslutande stat även om den lag som pekats ut genom protokollet, i det konkreta fallet, är domstolslandets lag.

183 Det bör noteras att hänsynstagandet av behoven och tillgångarna inte nödvändigtvis ger myndigheten utrymme för skönsmässig bedömning i det konkreta fallet, men att detta indirekt kan följa av villkoren för beräkning av det underhåll som har sin grund i den tillämpliga lagen, till

exempel genom fastställandet av storleken på det underhåll som ska betalas till en underhållsberättigad i ett visst fall med hjälp av tillräckligt flexibla tariffer för att ta hänsyn till parternas behov och tillgångar. Denna precisering är viktig när det gäller de administrativa system som i regel också baserar sig på den underhållsberättigades behov och den underhållsskyldiges tillgångar, även om dessa faktorer beaktas på ett mer abstrakt sätt i de juridiska systemen.

184 Den andra skillnaden i förhållande till artikel 11.2 i 1973 års konvention om underhållsskyldighet (tillämplig lag) framgår av hänvisningen i artikel 14 till ”all ersättning som den underhållsberättigade har fått i stället för periodiska betalningar av underhåll”. Denna nyhet introducerades också i samband med den diplomatiska konferensen på förslag av delegationen från Europeiska gemenskapen⁶⁷. Den avser i synnerhet det fall då någon av makarna i samband med äktenskapsskillnaden får betalt i en klumpsumma, eller då någon av parterna tilldelas egendom (möbler eller fastigheter) som tillhör den andra maken (vilket t.ex. är fallet i vissa jurisdiktioner som tillämpar *common law*), för att bli kvitt alla anspråk, även underhållsanspråk. Denna lösning används i flera nationella system för att främja en slutgiltig reglering av makarnas respektive anspråk i samband med äktenskapsskillnaden. Därigenom avslutas förhållandet helt, åtminstone vad gäller förmögenhetsförhållandena. I detta fall måste det förhindras att underhållsanspråk som är oförenliga med den föregående uppgörelsen därefter kan läggas fram av en av makarna på grundval av en lag som inte erkänner detta ersättningssystem. Om den lag som utses genom protokollet baseras på den underhållsberättigades nuvarande behov, utan att man tar hänsyn till den ersättning som denne har fått, kan resultatet nämligen bli orättvist. Följaktligen kan den materiella regeln i artikel 14 komma att användas för att, i förekommande fall, korrigera de lösningar som följer av den lag som är tillämplig på underhållsskyldigheten.

Artiklarna 15–17 Stater som har olika rättssystem

185 Dessa artiklar innehåller klausuler gällande tillämpningen av protokollet i stater som har olika rättssystem. Dessa klausuler är vanliga i Haagkonventionerna, men deras lydelse bör anpassas efter målet med varje konvention. När det gäller protokollet har utkastet till artiklarna tagits fram av den permanenta byrån⁶⁸. Dessa artiklar antogs med ett fåtal ändringar av den diplomatiska konferensen. I artikel 15 slås det fast att protokollet inte gäller vid rent interna konflikter i en fördragsslutande stat, medan artiklarna 16 och 17 rör tillämpningen av protokollet i stater som har icke-enhetliga rättssystem när det gäller regionala och personliga frågor.

Artikel 15 Protokollet är inte tillämpligt på interna lagkonflikter

Punkt 1 – En fördragsslutande stat, i vilken olika rättssystem eller regelverk tillämpas på underhållsskyldighet, behöver inte tillämpa detta protokoll vid lagkonflikter enbart mellan sådana olika system eller regelverk.

186 I denna artikel preciseras det att en stat där två eller fler rättssystem eller regelverk tillämpas på underhållsskyldighet inte behöver tillämpa detta protokoll för att lösa interna lagkonflikter som följer av detta. Protokollet är nämligen avsett att reglera lagkonflikter i internationella situationer och det är inte meningen att det ska tillämpas vid rent interna situationer. Detta gäller både för lagkonflikter mellan olika kategorier av personer (dvs. när tillämpningen av olika interna rättssystem grundar sig på ett personligt kriterium, som de berörda personernas religion) och för lagkonflikter mellan territoriella enheter (när de olika systemen eller regelverken gäller olika territoriella enheter).

187 Den berörda staten kan dock, helt frivilligt och ensidigt, besluta sig för att tillämpa protokollet för att reglera interna lagkonflikter om den så önskar. Denna lösning, som förvisso är tänkbar för lagkonflikter mellan territoriella enheter, tycks dock olämplig för lagkonflikter mellan olika kategorier av personer.

Punkt 2 – Denna artikel ska inte vara tillämplig på regionala organisationer för ekonomisk integration.

188 Enligt punkt 2 ska artikel 15 inte vara tillämplig på regionala organisationer för ekonomisk integration. De stater som ingår i denna organisation är i själva verket självständiga stater och de kan alltså inte likställas med territoriella enheter i en stat med mer än en rättsordning.

Artikel 16 Stater som har olika rättssystem för olika territoriella enheter

Punkt 1 – I förhållande till en stat, i vilken två eller flera rättssystem eller regelverk tillämpas inom olika territoriella enheter på frågor som omfattas av detta protokoll, ska

led a) – varje hänvisning till lagen i en stat, i förekommande fall, avse gällande lag i den relevanta territoriella enheten,

led b) – varje hänvisning till den statens behöriga myndigheter eller offentliga organ, i förekommande fall, avse de som är bemyndigade att agera inom den relevanta territoriella enheten,

led c) – varje hänvisning till hemvist i denna stat, i förekommande fall, avse hemvist inom den relevanta territoriella enheten,

led d) – varje hänvisning till den stat i vilken två personer båda har medborgarskap avse den territoriella enhet som anges i den statens lag eller, om relevanta regler saknas, den territoriella enhet till vilken underhållsskyldigheten har närmast anknytning,

⁶⁷ Se arb.dok. nr 2, protokoll nr 1, punkt 64 och följande punkter, och protokoll nr 2, punkt 1 och följande punkter

⁶⁸ Arb.dok. nr 12.

led e) – varje hänvisning till den stat i vilken en person är medborgare avse den territoriella enhet som anges i den statens lag eller, om relevanta regler saknas, den territoriella enhet till vilken personen har närmast anknytning.

189 Denna artikel visar hur man ska gå vidare i en internationell situation när den lag som pekats ut av protokollet är ett icke-enhetligt system, där två eller flera rättssystem eller regelverk tillämpas på underhållsskyldighet i olika territoriella enheter. Det bör noteras att detta problem inte endast rör stater med mer än en rättsordning, utan att det kan uppstå för protokollets samtliga fördragsslutande stater, när protokollet utser lagen i en stat med mer än en rättsordning till tillämplig lag. Om protokollet exempelvis pekar ut lagen i en stat A med anledning av att den underhållsberättigade har sin hemvist i denna stat, och om denna stat har ett icke-enhetligt system, kommer den myndighet där talan väcks i en annan stat B (som har tillträtt protokollet) att behöva ta reda på huruvida de tillämpliga reglerna är de i den ena eller den andra av de territoriella enheter som utgör stat A.

Punkt 2 – Vid fastställande av tillämplig lag i enlighet med detta protokoll med avseende på en stat som omfattar två eller flera territoriella enheter, vilka var för sig har sitt eget rättssystem eller regelverk avseende frågor som omfattas av detta protokoll, ska följande regler tillämpas.

Led a) Om det finns gällande regler i en sådan stat som fastställer vilken territoriell enhets lag som är tillämplig ska lagen i denna enhet tillämpas.

Led b) Om det inte finns några sådana regler ska lagen i den relevanta territoriella enheten enligt punkt 1 tillämpas.

190 I artikel 16.2 preciseras det att man vid fastställande av tillämplig lag i enlighet med detta protokoll först och främst ska tillämpa gällande regler i den berörda stat som fastställer vilken territoriell enhets lag som är tillämplig (art. 16.2 a). I exemplet ovan ska således myndigheten i stat B i första hand grunda sig på de regler som är tillämpliga i stat A för att reglera lagkonflikter mellan territorierna. Detta kan bland annat leda till att man tillämpar lagen i en annan territoriell enhet än den där den underhållsberättigade har sin hemvist (t.ex. lagen vid den underhållsskyldiges hemvist, om detta kriterium används i stat A).

191 Det är först om sådana interna regler saknas, och alltså rent sekundärt, som den tillämpliga lagen kommer att fastställas enligt reglerna i protokollet (art. 16.2 a). Därför preciseras det i artikel 16.1 hur de begrepp som används i protokollet ska tolkas. Denna bestämmelse gäller dock bara om punkt 2 b är tillämplig. Den allmänna idé som ligger till grund för denna bestämmelse är att begränsa de rumsliga anknytningsinslag som tas upp i protokollet till den territoriella enhet där de faktiskt finns.

192 Alla hänvisningar till lagen i en stat avser, i förekommande fall, den gällande lagen i den relevanta territoriella enheten (art. 16.1 a: Med t.ex. ”domstolslandets lag” bör man förstå att vad som avses är

den lag som gäller i den territoriella enhet eller vid sätet för den myndighet där talan väckts). Alla hänvisningar till behöriga myndigheter eller offentliga organ i denna stat avser, i förekommande fall, de behöriga myndigheterna eller de offentliga myndigheter som är bemyndigade att agera i en viss territoriell enhet (t.ex. ett offentligt organs rätt att begära återbetalning av ett bidrag som betalats till den underhållsberättigade enligt art. 10 kommer att regleras av den gällande lagen i den territoriella enhet där detta organ är behörigt att agera). På samma sätt avser varje hänvisning till hemvist i denna stat, i förekommande fall, hemvisten i den berörda territoriella enheten (följaktligen kommer den tillämpliga lagen enligt art. 3 att vara den som gäller i den territoriella enhet där den underhållsberättigade har sin hemvist).

193 Vissa bestämmelser i protokollet använder sig av begreppet medborgarskap (art. 4.4, 6 och 8.1 a), och den sistnämnda går dåligt ihop med lösningen av interna lagkonflikter, just för att de territoriella enheterna i en stat med mer än en rättsordning inte ger parten något annat medborgarskap än det i staten i fråga. Det är av denna anledning som artikel 16.1 d och e i detta fall föreskriver att, om relevanta regler saknas i den ifrågavarande staten, ska den tillämpliga lagen vara den i den territoriella enhet till vilken personen har närmast anknytning. Denna lösning är säkerligen inte särskilt enkel att verkställa men den gör det i allmänhet möjligt att gå vidare.

Punkt 3 – Denna artikel ska inte vara tillämplig på regionala organisationer för ekonomisk integration.

194 Enligt punkt 3 ska artikel 16 inte vara tillämplig på regionala organisationer för ekonomisk integration. De stater som ingår i denna organisation är i själva verket självständiga stater och de kan alltså inte likställas med territoriella enheter i en stat med mer än en rättsordning.

Artikel 17 Stater som har olika rättssystem för olika kategorier av personer

Vid fastställande av tillämplig lag enligt detta protokoll med avseende på en stat som har två eller flera rättssystem eller regelverk som är tillämpliga på olika kategorier av personer på det område som omfattas av detta protokoll, ska varje hänvisning till lagen i den staten avse det rättssystem som är tillämpligt enligt gällande regler i denna stat.

195 Denna artikel avser situationer där den lag som anvisas genom protokollet är lagen i en stat som har flera olika juridiska system eller regelverk som är tillämpliga på olika kategorier av personer (exempelvis beroende på deras religion). I sådana fall är det enda kriterium som används hänvisningen till de interna lagvalsreglerna i den relevanta staten. Denna lösning speglar den som använts i alla Haagkonventioner som har gripit sig an detta problem. Den är nödvändig eftersom reglerna i protokollet, som i regel baseras på ett territoriellt kriterium, är olämpliga för att lösa lagkonflikter med avseende på olika kategorier av personer. Till skillnad från andra konventioner föreskriver protokollet inte något subsidiärt kriterium för de fall då interna regler saknas i den relevanta staten. Det föreslogs i samband med den diplomatiska konferensen att de stater som har flera olika juridiska system för olika kategorier av personer på

området underhållsskyldighet och som saknar interna lagvalsregler i detta hänseende ska anta sådana regler innan de blir fördragsslutande parter till protokollet.

Artikel 18 Samordning med tidigare Haagkonventioner om underhållsskyldighet

I förbindelserna mellan de fördragsslutande staterna ska detta protokoll ersätta Haagkonventionen av den 2 oktober 1973 om tillämplig lag avseende underhållsskyldighet och Haagkonventionen av den 24 oktober 1956 om tillämplig lag avseende underhållsskyldighet mot barn.

196 I denna artikel framhålls det att protokollet, i förbindelserna mellan de fördragsslutande staterna, är avsett att ersätta 1956 och 1973 års konventioner om underhållsskyldighet. Denna regel upprepar, med nödvändiga anpassningar, den i artikel 18 i 1973 års konvention.

197 Detta utbyte rör endast förbindelserna mellan de fördragsslutande staterna. Detta innebär att de tidigare konventionerna förblir tillämpliga, också i en stat som tillträder protokollet, i förbindelserna med övriga stater som har tillträtt dessa instrument och som inte anslutit sig till protokollet.

198 1956 års konvention om underhållsskyldighet gäller endast när den leder till tillämpningen av lagen i en fördragsslutande stat. Den gör följaktligen inte anspråk på att ha allmän tillämpning⁶⁹. I artikel 18 föreskrivs dessutom att ”i förbindelserna mellan de fördragsslutande staterna” ska protokollet ersätta 1956 års konvention, utan att det krävs att man upphäver denna. Denna bestämmelse innebär alltså att protokollet helt klart har företräde framför konventionen, åtminstone mellan stater som har tillträtt båda instrumenten. Genom artikel 18 kan faktiskt en stat som har tillträtt båda instrumenten låta bli att tillämpa protokollet i sina förbindelser med en stat som har tillträtt 1956 års konvention, men som inte är bunden av protokollet. Detta fall kommer emellertid att vara sällsynt, men framför allt svårt att hantera då det saknas exakta kriterier för att fastställa när det rör sig om förbindelser med en sådan stat. På grund av denna tvetydighet kan man utgå från målet med artikel 18 för att främja tillämpningen av protokollet även i sådana situationer.

199 Samordningen med 1973 års konvention om underhållsskyldighet (tillämplig lag) är svårare, eftersom denna text, liksom protokollet, gör anspråk på att ha ett universellt tillämpningsområde⁷⁰. Verkan av artikel 18 är, liksom i fallet med 1956 års konvention om underhållsskyldighet, att protokollet åtminstone ”i förbindelserna mellan de fördragsslutande parterna” förblir gällande utan att man behöver upphäva 1973 års konvention. Man kan också sammanfatta att denna bestämmelse tillåter att en stat som har tillträtt protokollet och 1973 års konvention kan avstå från att tillämpa protokollet i sina förbindelser med en stat som har tillträtt 1973 års konvention men inte protokollet. Detta löser ändå inte problemet när det föreligger en konflikt mellan

instrument och de båda instrumenten, i ett konkret fall, leder till olika lösningar, eftersom det saknas ett kriterium för att fastställa när det rör sig om ”förbindelser mellan fördragsslutande stater”. Dessa situationer riskerar att uppstå oftare än de i stycket ovanför på grund av de båda instrumentens universella tillämpningsområde. Mot bakgrund av denna svårighet finns det ännu fler skäl att inspireras av målet med artikel 18 för att främja tillämpningen av protokollet, ett system som är mer modernt och som är avsett att ersätta regeluppsättningen i 1973 års konvention, genom tillämpningen av det förra. Detta stöds ytterligare genom artikel 19 i 1973 års konvention, enligt vilken konventionen inte inverkar på något internationellt instrument som de fördragsslutande staterna har tillträtt eller kommer att tillträda och som innehåller bestämmelser om frågor som regleras i konventionen i fråga.

Artikel 19 Samordning med andra instrument

Punkt 1 – Detta protokoll inverkar inte på något internationellt instrument som de fördragsslutande staterna har tillträtt eller kommer att tillträda och som innehåller bestämmelser om frågor som regleras i protokollet, såvida inte en motsatt förklaring avges av de stater som har tillträtt ett sådant instrument.

200 Samordningen med övriga konventioner är enklare. Enligt artikel 19 inverkar i själva verket inte protokollet på något internationellt instrument som de fördragsslutande staterna har tillträtt eller kommer att tillträda och som innehåller bestämmelser om vilken lag som är tillämplig på underhållsskyldighet. Protokollet kommer endast att ge prioritet till sådana tidigare eller senare instrument om en motsatt förklaring avges av de stater som har tillträtt ett sådant instrument.

Punkt 2 – Punkt 1 ska även vara tillämplig på enhetliga lagar som är grundade på särskilda förbindelser av regional eller annan karaktär mellan berörda stater.

201 Det bör understrykas att denna lösning enligt artikel 19.2 även ska vara tillämplig på förbindelserna mellan protokollet och de enhetliga lagar som är grundade på särskilda förbindelser av regional eller annan karaktär mellan berörda stater. Av detta följer att protokollet till exempel, i förekommande fall, kommer att ge företräde åt ett framtida regionalt instrument som reglerar samma område.

Artikel 20 Enhetlig tolkning

Vid tolkningen av detta protokoll ska hänsyn tas till dess internationella karaktär och till behovet av att främja en enhetlig tillämpning av det.

202 Genom denna klausul som har blivit standard i alla texter om enhetlig rätt åtar sig de stater som tillträtt protokollet att, vid tolkningen av protokollet, beakta dess internationella karaktär och behovet av att främja en enhetlig tillämpning av det. Detta medför bland annat en skyldighet för myndigheterna i de fördragsslutande staterna att, i största möjliga utsträckning, ta hänsyn till de avgöranden som meddelas i enlighet med protokollet i övriga fördragsslutande stater. Givetvis har dessa

⁶⁹ Se art. 6 i denna konvention.

⁷⁰ Se art. 3 i 1973 års konvention och art. 2 i protokollet.

avgöranden ingen tvingande karaktär och myndigheterna i de övriga staterna måste inte följa dem.

Artikel 21 Översyn av den praktiska tillämpningen av protokollet

Punkt 1 – Generalsekretären för Haagkonferensen för internationell privaträtt ska vid behov sammankalla ett särskilt utskott för att granska den praktiska tillämpningen av detta protokoll.

203 För att garantera att protokollet följs upp föreskrivs det i artikel 21 att generalsekretären vid behov kan sammankalla ett särskilt utskott för att granska den praktiska tillämpningen av detta protokoll.

Punkt 2 För detta ändamål ska de fördragsslutande staterna samarbeta med Haagkonferensen för internationell privaträtts permanenta byrå för att samla in rättspraxis rörande tillämpningen av protokollet.

204 I strävan efter samma mål, och för att underlätta tillgången för myndigheterna i de fördragsslutande staterna till de avgöranden som meddelas i andra stater i enlighet med protokollet, åtar sig de fördragsslutande staterna att samarbeta med den permanenta byrån för att samla in rättspraxis rörande tillämpningen av protokollet.

Artikel 22 Övergångsbestämmelser

Detta protokoll är inte tillämpligt på underhåll som begärts i en fördragsslutande stat avseende en tidsperiod som föregår protokollets ikraftträdande i den staten.

205 Enligt denna artikel är detta protokoll inte tillämpligt på underhåll som begärts i en fördragsslutande stat avseende en tidsperiod som föregår protokollets ikraftträdande. Målet med denna bestämmelse är att förhindra att nya regler påverkar de rättigheter och skyldigheter som parterna hade innan reglerna trädde i kraft. Denna lösning motsvarar den i den artikel 12 i 1973 års konvention om underhållsskyldighet (tillämplig lag)⁷¹.

206 Till skillnad från konventionen (se art. 56.1) kommer protokollet alltså inte att vara tillämpligt på samtliga förfaranden som inleds efter det att protokollet har trätt i kraft. Däremot utesluts inte tillämpningen av detta om förfarandet inleddes före detta datum. Tvärtom måste det slås fast i dessa båda fall *för vilken period* underhållet begärs. Om de begärs för en period som föregår den nya textens ikraftträdande (t.ex. om den underhållsberättigade begär att utestående skulder ska betalas) kommer protokollet inte att vara tillämpligt, även om begäran lämnades in efter ikraftträdandet. Underhållsskyldigheten ska, för denna period, fortsätta att omfattas av de internationella privaträttsliga regler (som baseras på nationella instrument eller konventioner) som var tillämpliga i domstolsstaten innan protokollet trädde i kraft. Däremot ska en myndighet som efter protokollets ikraftträdande ska fatta beslut om underhåll som ska betalas för framtiden tillämpa denna text, även om begäran lämnades in före ikraftträdandet.

⁷¹ Verwilghen-rapporten (*op. cit.*, fotnot 14), punkt 182 och följande punkter.

Artikel 23 Undertecknande, ratificering och anslutning

Punkt 1 – Detta protokoll ska vara öppet för undertecknande av alla stater.

Punkt 2 – Detta protokoll ska vara föremål för ratificering, godtagande eller godkännande av de stater som har undertecknat protokollet.

Punkt 3 – Detta protokoll ska vara öppet för anslutning av alla stater.

Punkt 4 – Ratifikations-, godtagande-, godkännande- eller anslutningsinstrumenten ska deponeras hos utrikesministeriet i Konungariket Nederländerna, som är depositarie för protokollet.

207 Denna bestämmelse motsvarar den som finns i majoriteten av Haagkonventionerna. De regler som denna fastställer för undertecknandet, ratificeringen och anslutningen överensstämmer med de traditionella lösningarna, och kräver följaktligen ingen särskild kommentar⁷².

208 När det rör sig om ett instrument som har titeln protokoll har denna bestämmelse emellertid en särskild betydelse, eftersom den fastställer principen för detta instruments självständighet i förhållande till den konvention tillsammans med vilken protokollet utarbetades. I enlighet med vad som redan tagits upp kan varje stat underteckna, ratificera eller ansluta sig till protokollet, även om staten inte har undertecknat, ratificerat eller anslutit sig till konventionen. Efter viss tvekan antogs denna lösning i samband med den diplomatiska konferensen, utan att ombuden ansåg att man kunde motivera en ändring av protokollets titel till konvention (se ovan, punkt 15 och följande punkter).

Artikel 24 Regionala organisationer för ekonomisk integration

Punkt 1 – Även regionala organisationer för ekonomisk integration som enbart består av suveräna stater och som har behörighet inom en eller flera av de frågor som omfattas av detta protokoll, får underteckna, godta, godkänna eller ansluta sig till protokollet. Den regionala organisationen för ekonomisk integration ska i så fall ha samma rättigheter och skyldigheter som en fördragsslutande stat i den utsträckning som organisationen har behörighet i frågor som omfattas av detta protokoll.

Punkt 2 – Den regionala organisationen för ekonomisk integration ska, vid tidpunkten för undertecknandet, godtagandet, godkännandet eller anslutningen, skriftligen meddela depositarien i vilka frågor, som omfattas av detta protokoll, som behörighet har överförts till organisationen av dess medlemsstater. Organisationen ska utan dröjsmål skriftligen meddela depositarien varje ändring i delegeringen av dess behörighet, såsom den angavs i det senaste meddelandet enligt denna punkt.

⁷² Se art. 58 i den konventionen och punkterna 689–694 i Borrás-Degeling-rapporten.

Punkt 3 – En regional organisation för ekonomisk integration får vid tidpunkten för undertecknandet, godtagandet, godkännandet eller anslutningen, i enlighet med artikel 28, förklara att den är behörig i alla frågor som omfattas av detta protokoll och att medlemsstater, som har överfört behörighet till organisationen i aktuella frågor, kommer att vara bundna av protokollet i kraft av organisationens undertecknande, godtagande, godkännande eller anslutning.

Punkt 4 – Instrument som deponeras av en regional organisation för ekonomisk integration ska inte beaktas med avseende på ikraftträdandet av detta protokoll, såvida inte organisationen avger en förklaring i enlighet med punkt 3.

Punkt 5 – Alla hänvisningar till en ”fördragsslutande stat” eller ”stat” i detta protokoll ska i förekommande fall även gälla en regional organisation för ekonomisk integration som har tillträtt protokollet. För det fall en regional organisation för ekonomisk integration lämnar en förklaring i enlighet med punkt 3, ska varje hänvisning till en fördragsslutande stat eller stat i detta protokoll, i förekommande fall, även gälla organisationens medlemsstater.

209 Liksom konventionen (se art. 59) innehåller protokollet en bestämmelse som fastställer enligt vilka villkor en regional organisation för ekonomisk integration kan tillträda detta. Det rör sig om en ny, slutgiltig klausul som endast finns i de senaste texter som antagits inom ramen för Haagkonferensen⁷³. Det erinras om att Haagkonferensens stadga också ändrades 2007 för att göra det möjligt för regionala organisationer för ekonomisk integration att bli medlemmar i konferensen⁷⁴. Denna utveckling hör främst ihop med den utveckling som skett i Europeiska unionen till följd av Amsterdamfördraget och i enlighet med vilket Europeiska gemenskapen har fått interna och externa befogenheter på området internationell privaträtt. Europeiska gemenskapen blev medlem i konferensen den 3 april 2007. Artikel 24 är givetvis formulerad i allmänna ordalag och kan i förekommande fall vara tillämplig på andra regionala organisationer för ekonomisk integration som kan ha befogenheter på det område som omfattas av protokollet.

210 Bestämmelserna i denna artikel motsvarar exakt de i artikel 59 i konventionen. För kommentarer hänvisas till punkterna 695–700 i Borrás-Degeling-rapporten.

Artikel 25 *Ikraftträdande*

Punkt 1 – Detta protokoll träder i kraft den första dagen i den månad som följer efter utgången av tre månader efter att det andra ratifikations-, godtagande-, godkännande- eller anslutningsinstrumentet som avses i artikel 23 har deponerats.

⁷³ I synnerhet art. 29 i *Haagkonventionen av den 30 juni 2005 om avtal om val av domstol*, art. 18 i *Haagkonventionen av den 5 juli 2006 om tillämplig lag för vissa rättigheter i fråga om finansiella instrument som förvaltas av en förmedlare*.

⁷⁴ Se art. 3 i stadgan.

211 För protokollets ikraftträdande kräver artikel 25.1 att de båda ratifikations-, godtagande-, godkännande- eller anslutningsinstrumenten deponeras. Denna lösning, som motsvarar den som valts i konventionen (se art. 60), liksom i andra instrument som nyligen antagits av Haagkonferensen⁷⁵, är särskilt gynnsam för textens ikraftträdande. Lösningen motiveras med att det inte innebär någon olägenhet att tillämpa protokollet uteslutande mellan två stater, om dessa önskar detta. Det bör erinras om att protokollet, oavsett hur många stater som tillträder detta, har allmän tillämpning (se art. 2).

Punkt 2 – Därefter träder protokollet i kraft

Led a) i förhållande till varje stat eller regional organisation för ekonomisk integration som avses i artikel 24 som senare ratificerar, godtar, godkänner eller ansluter sig till protokollet, den första dagen i den månad som följer efter utgången av tre månader efter det att dess ratifikations-, godtagande-, godkännande- eller anslutningsinstrument har deponerats,

led b) i förhållande till en territoriell enhet som protokollet har utsträckts till i enlighet med artikel 26, den första dagen i den månad som följer efter utgången av tre månader efter den underrättelse som avses i den artikeln.

212 Övriga regler i artikel 25 överensstämmer också de med reglerna i artikel 60 i konventionen liksom de i andra instrument som antagits av Haagkonferensen.

Artikel 26 *Förklaringar rörande olika rättssystem inom en stat*

Punkt 1 – En stat som har två eller fler territoriella enheter i vilka olika rättssystem tillämpas i frågor som omfattas av detta protokoll får, vid tidpunkten för undertecknande, ratificering, godtagande, godkännande eller anslutning, i enlighet med artikel 28, förklara att protokollet ska omfatta alla dess territoriella enheter eller bara en eller några av dem, och får när som helst ändra detta genom en ny förklaring.

Punkt 2 En sådan förklaring ska meddelas depositarien och uttryckligen ange de territoriella enheter på vilka protokollet är tillämpligt.

Punkt 3 – Om en stat inte avger någon förklaring enligt denna artikel, ska konventionen omfatta alla dess territoriella enheter.

Punkt 4 – Denna artikel ska inte vara tillämplig på regionala organisationer för ekonomisk integration.

213 I enlighet med den traditionella strategin tillåter artikel 26.1 att en stat, som har två eller fler territoriella enheter i vilka olika rättssystem tillämpas i frågor som omfattas av detta protokoll, förklarar att detta instrument ska omfatta alla dess territoriella enheter eller bara en eller några av dem. Om en sådan förklaring inte avges ska

⁷⁵ Se art. 31 i *Haagkonventionen av den 30 juni 2005 om avtal om val av domstol* och art. 19 i *Haagkonventionen av den 5 juli 2006 om tillämplig lag för vissa rättigheter i fråga om finansiella instrument som förvaltas av en förmedlare*.

protokollet omfatta alla dess territoriella enheter (art. 26.3).

Artikel 27 Förbehåll

Inga förbehåll får göras mot detta protokoll.

214 Denna artikel är mycket viktig eftersom den fastställer principen om att inga förbehåll får göras mot protokollet. Enligt vad som påpekats tidigare (se ovan, punkt 25), skiljer sig denna lösning mycket från den i 1973 års konvention om underhållsskyldighet (tillämplig lag), som gör det möjligt för staterna att begränsa konventionens tillämpning till vissa underhållsskyldigheter (sådana mellan makar och tidigare makar eller mot personer som ännu inte har fyllt 21 år och som inte har varit gifta, se art. 13) eller att utesluta tillämpningen av detta från vissa underhållsskyldigheter (de mellan släktingar i sidled, mellan besvägrade, eller i vissa fall, mellan skilda eller separerade makar eller parter i ett äktenskap som annullerats eller ogiltigförklarats, se art. 14). Dessutom gör artikel 15 i denna konvention det möjligt att förbehålla sig tillämpningen av domstolslandets lag när den underhållsberättigade och den underhållsskyldige är medborgare i den berörda staten och om den underhållsskyldige har sin hemvist där. Flera fördragsslutande stater lade fram förbehåll. Tack vare artikel 27 kan protokollets tillämpningsområde inte begränsas och de lösningar som tas upp i denna text gällande tillämplig lag får inte åsidosättas.

Artiklarna 28–30 Förklaringar, uppsägning, meddelande

Artikel 28 Förklaringar

Punkt 1 – Förklaringar som avses i artiklarna 24.3 och 26.1 kan avges i samband med undertecknandet, ratificeringen, godtagandet, godkännandet eller anslutningen eller vid valfri tidpunkt därefter, och får ändras eller återtas när som helst.

Punkt 2 – Förklaringar, ändringar och återtaganden ska meddelas depositarien.

Punkt 3 – En förklaring som avgetts i samband med undertecknandet, ratificeringen, godtagandet, godkännandet eller anslutningen får verkan samtidigt som protokollet träder i kraft för den berörda staten.

Punkt 4 – Förklaringar som avges vid en senare tidpunkt, och eventuella ändringar eller återtaganden av en förklaring, får verkan den första dagen i den månad som följer efter utgången av tre månader efter den dag då meddelandet mottogs av depositarien.

Artikel 29 Uppsägning

Punkt 1 – En fördragsslutande stat till detta protokoll får säga upp protokollet genom ett skriftligt meddelande ställt till depositarien. Uppsägningen får begränsas till vissa territoriella enheter i en stat med flera olika rättssystem på vilka protokollet är tillämpligt.

Punkt 2 – En uppsägning får verkan den första dagen i den månad som följer efter utgången av tolv månader efter den dag då meddelandet mottogs av depositarien. När en längre uppsägningstid anges i meddelandet, får uppsägningen verkan efter utgången av denna längre period efter den dag då meddelandet mottogs av depositarien.

Artikel 30 Meddelande

Depositarien ska underrätta medlemsstaterna i Haagkonferensen för internationell privaträtt och andra stater och regionala organisationer för ekonomisk integration som har undertecknat, ratificerat, godtagit, godkänt eller anslutit sig i enlighet med artiklarna 23 och 24 om

Led a) de undertecknanden, ratificeringar, godtaganden, godkännanden och anslutningar som avses i artiklarna 23 och 24,

Led b) dagen för protokollets ikraftträdande enligt artikel 25,

Led c) de förklaringar som avses i artiklarna 24.3 och 26.1,

Led d) uppsägningar som avses i artikel 29.

215 Dessa artiklar innehåller traditionella lösningar. De behöver inte kommenteras särskilt.

Lausanne den 26 augusti 2009

Stálý výbor Haagské konference o mezinárodním právu soukromém

Churchillplein 6b

2517 JW Haag

Nederlândia

Tfn: +31 70 363 3303

Fax: +31 70 360 4867

E-postadress: secretariat@hcch.net

Webbplats: www.hcch.net



ISBN 978-92-79-39271-9



doi : 10.2838/23837