



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Sara Lundquist

Det skotska informella äktenskapet och de svenska samboreglerna

En komparativ studie av
informella parrelationer i två rättssystem

Examensarbete
20 poäng

Handledare
Eva Ryrstedt

Ämnesområde
Familjerätt

Termin
VT2006

Innehåll

SAMMANFATTNING	1
FÖRKORTNINGAR	2
1 INLEDNING	3
1.1 Syfte	3
1.2 Metod	3
1.3 Material	4
1.4 Begrepp	5
2 HISTORISK BAKGRUND	6
2.1 Det informella äktenskapet i Europa i relation till religiösa strömningar	6
2.1.1 Den medeltida katolska kyrkan och kanonisk rätt	6
2.1.2 Reformationens inverkan på äktenskapsrätten	8
2.2 Skottlands historia	10
2.2.1 Skottlands politiska historia i allmänhet	10
2.2.2 Skotsk rättshistoria	11
3 ALLMÄNT OM SKOTSK RÄTT	13
3.1 Rättskällorna	13
3.2 Domstolssystemet	14
4 DET SKOTSKA INFORMELLA ÄKTENSKAPET	17
4.1 Äktenskapshinder	17
4.2 Verba di presenti	18
4.3 Subsequente copula	23
4.4 Habit and repute	26
4.4.1 Innebörden av Cohabition by bed and board	26
4.4.2 Vikten av det allmänna anseendet	27
4.4.3 Sammanboendets och ryktets varaktighet och stabilitet	28
4.4.4 Parternas avsikt	30
4.5 Följder av informella äktenskap	31
4.6 Processrättsliga beaktande	33
4.6.1 Jurisdiktion	33

4.6.2	Allmänna bevisvårgigheter och godkänd bevisning	34
4.7	Det informella äktenskapet i förändring	35
5	DE SVENSKA SAMBOREGLERNA	38
5.1	Bakgrund till samboreglerna	38
5.2	Hur uppkommer samboförhållandet?	39
5.3	Samboförhållandets upplösning och konsekvenser av det	41
6	JÄMFÖRELSE	43
6.1	Historiska jämförelser	43
6.2	Relationens uppkomst	44
6.2.1	Sammanboendet	44
6.2.2	Inverkan av parternas avsikt	45
6.3	Upphörande och konsekvenser av relationens upphörande	46
6.3.1	Relationen upplöses på grund av separation	47
6.3.2	Upplösning av relationen genom dödsfall	48
6.4	Skydd för tredjeman	50
7	ANALYS	51
7.1	Funktionalitet och skyddsperspektiv	51
7.2	Samboskapet och det informella äktenskapet som kontrakt mellan parterna	54
7.3	Framtiden för informella relationer	56
	KÄLLFÖRTECKNING	59
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	61

Sammanfattning

Uppsatsen behandlar det informella äktenskapet i skotsk rätt jämfört med de svenska samboreglerna. Det informella äktenskapet har sin grund i den kanoniska rätten. Genom reformationen förändrades synen på äktenskapet och äktenskapsrätten.

Skottland har under lång tid varit en självständig nation med ett eget rättssystem som influerats både av kontinental rätt genom relationen med Frankrike och av engelsk rätt genom unionen mellan dem. Skotsk rätt bygger på rättskällorna lagstiftning, prejudikat, sedvana, *equity*, insitutionell doktrin och källor utifrån. Tvistemål kan börja i Sheriff court, gå vidare till Court of sessions och till slut till House of Lords.

Det skotska informella äktenskapet beror liksom formella äktenskap av äktenskapshinder som gör äktenskapet ogiltigt. Ursprungligen fanns tre varianter av det informella äktenskapet, *verba di presenti*, löfte *subsequente coupula* och äktenskapet genom "*habit and repute*". De första två avskaffades 1940 och nu nyligen genom lagändring 4/5 2006. *Verba di presenti* innebar att äktenskapet ingicks genom avtal mellan parterna, *subsequente coupula* innebar ett löfte om äktenskap följs av sexuellt umgänge. Äktenskap genom "*habit and repute*" ingicks genom att två personer levde tillsammans som om de vore gifta, delade säng och måltider och allmänt utgav sig för att vara gifta. Informella äktenskap ger upphov till samma konsekvenser som formella äktenskap vilket innebär att fördelning av egendom ska ske vid dödsfall och vid separation. Detta sker enligt principer om rättvis fördelning och kompensation för uppoffringar den ena parten gjort. Från och med 4 maj 2006 upphörde möjligheten att ingå äktenskap genom "*habit and repute*". I stället kommer dessa personer bli föremål för regler om samboskap.

De svenska samboreglerna innebär att personer som bor tillsammans i ett parförhållande och delar hushållsgöromål och samarbetar kring ekonomiska spörsmål faller under sambolagens tillämpning. Reglerna som gäller vid samborelationers upplösning innebär likadelning av bostad och bohag som varit för gemensamt bruk och möjlighet för den som bäst behöver bostaden att överta den även om den faller utanför bodelningen.

De två lagstiftningarna reglerar mycket lika omständigheter. Skillnaden utgörs av avsiktsbeaktandet vid avgörande om ett informellt äktenskap uppkommit. Konsekvenserna av relationerna skiljer sig också åt. Det informella äktenskapet innebär en större värdemässig delning och större rättigheter vid dödsfall. För tredjeman utgör det informella äktenskapet ett osäkerhetsmoment eftersom en informell relation kan vara svår för utomstående att uppfatta.

Förkortningar

JT	Juridisk tidskrift
NJA	Nytt juridiskt arkiv
Prop.	Proposition
SamboL	Sambolagen
SLT	Scottish Law Times
SC	Session cases
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk jurist tidning
ÄktB	Äktenskapsbalken
ÄB	Ärvdabalken

1 Inledning

1.1 Syfte

Denna uppsats ska behandla det informella äktenskapet i relation till samboskapet. Den fråga som förmodligen läsaren redan har ställt sig är; vad är ett informellt äktenskap? Detta ska jag försöka klargöra genom att ge en historisk bakgrund. Jag kommer att behandla först och främst det informella äktenskapet i Skottland mer djupgående; både ingåendet, funktioner och problem, som det informella äktenskapet medför. Jag kommer sedan att återknyta till Sverige, där det informella äktenskapet inte finns och jämföra med den utökande regleringen av samboskapet i Sverige. Jag kommer att fokusera dels på hur det informella äktenskapet uppkommer och vad som krävs av parterna. Jag kommer sedan att sätta detta i relation till den svenska samborelationens uppkomst och se likheter och skillnader. Jag kommer också att titta på vissa följder som de olika regleringarna får, vilket skydd parterna åtnjuter och vilken frihet. Detta område innefattar äganderätt och fördelning. Detta är ett mycket stort område och jag har därför valt att fokusera på konsekvenser av relationens upphörande i form av exempelvis bodelningsregler med utgångspunkt i skyddsaspekten. Min avsikt är att analysera vilken relevans det informella äktenskapet kan ha för den svenska. Då omfattningen av skyddet för sambor diskuteras är det intressant att undersöka och jämför det informella äktenskapet som kan sägas ligga mellan samboskapet och det formella äktenskapet. Jag försöker att se fördelar och nackdelar med det informella äktenskapet som rättsfigur jämfört med samboskapet. Här tar jag utgångspunkt i det skydd för en relations svagare part som samboreglerna ska utgöra och i parrelationer som kontraktrelationer. Särskilt intressanta frågor är: åt vilket håll denna utveckling går och vilka perspektiv som kommer att få störst utrymme i framtidens lagstiftning.

Mitt mål är också att ge en historisk bakgrund vilket utgör en förklaringsmodell för att olika reglering uppkommit. Jag utgår här ifrån förklaringsmodeller med anknytning till religiösa skeenden, både eftersom det informella äktenskaps ursprung finns i den medeltida kanoniska äktenskapsrätten och eftersom frågor som aktualiserar moraliska ställningstaganden, så som samlevnad och äktenskap brukar ha anknytning religionen.

1.2 Metod

Jag kommer att använda mig av en komparativ metod för att jämföra den svenska samboreglerna med det skotska informella äktenskapet. Med den komparativa metoden följer dock vissa specifika problem. För att kunna göra en bra jämförelse måste utredningen av det främmande systemet vara

väl genomförd. Detta kräver att man inte endast får grepp om de rättsfigurer, i mitt fall det informella äktenskapet, som är under belysning, men även den rådande rättsliga metoden och de rättskällornas rangordning, saker som man tar för självklara vid studering av sin hemjurisdiktion. Den komparativa metoden aktualiserar också det s.k. jämförbarhetsproblemet. De två sakerna som ska jämföras måste ha vissa gemensamma nämnare för att jämförelsen ska bli meningsfull. Normalt sett har man ett intresse av att jämföra innehållet i rätten. Detta förutsätter att rättsreglerna i viss mån reglerar samma typ av situation eller problem.¹ Min arbetshypotes är att jämförbarhet föreligger mellan det informella äktenskapet och samboregleringen. Jag tror att det informella äktenskapet reglerar samma situation som samboregleringen eftersom båda hänför sig till personer som bor tillsammans under äktenskapsliknande former, men där parterna inte har ingått ett formellt äktenskap. Min utredning av uppkomsten av sådana relationer kommer förhoppningsvis att klarlägga detta. Jag antar vidare att det uppstår problem då relationer ska upplösas eller oönskade resultat som samboregleringen respektive det informella äktenskapet är tänkta att råda bot på frågan. Om det är samma problem som de två regleringarna löser och om resultatet blir lika kommer att behandlas då konsekvenserna av relationens upplösning jämförs.

Jag utgår också viss mån från det komparativa antagandet att alla rättsordningar möter samma problem och situationer. Mitt antagande är att människor samlever i parförhållandet och på detta vis har en sammanblandad ekonomi och därmed behöver ett system som reglerar deras samlevnad.

1.3 Material

Skottlands rättssystem bygger delvis på den engelska *common law* traditionen och delvis på en *civil law* tradition med rötter i Frankrike. Från ett svenskt perspektiv bör man inte lägga allt för stor vikt vid inflytandet från kontinenten utan komma ihåg att påverkan från England har varit och är mycket stor. Mitt material kommer alltså att bestå till stor del av rättsfall från Skottland. I de flesta fall kommer rättsfallen från Court of session. Jag kommer också att använda lagtext från Skottland, särskilt Marriage (Scotland) Act 1977, Family law (Scotland) 1985 och Succession (Scotland) 1964. Denna lagstiftning har, som namnet antyder, endast relevans för skotsk rätt men har sitt ursprung i parlamentet i Westminster p.g.a. relationen mellan de två rättssystemen. Jag har också gjort litteraturstudier och i fråga om svensk rätt tittat på förarbeten och rättsfall.

¹ Bogdan, s. 57

1.4 Begrepp

Då jag har använt utländsk rätt vars begrepp naturligtvis är på det inhemska språket, i mitt fall engelska, blir det viktigt hur man väljer att presentera de begreppen på svenska för att få så bra återspeglning av rättssystemet som möjligt. Jag har bestämt mig för att använda begreppet ”det informella äktenskapet” eftersom detta är en bra översättning av *informal marriage* som också fungerar på svenska och som knyter an till mitt allmänna tema med informella relationer. Men detta kan också kallas *irregular marriage*, vilket egentligen är det mest använda i Skottland. Det kan också kallas *common-law marriage*, särskilt om man läser material från USA.

Även andra begrepp har jag i första hand försökt att översätta till svenska i den mån det är möjligt. Jag har både beaktat ordboks-översättning och eventuella motsvarigheter i svensk rätt för att ge läsaren en god uppfattning om vad innebörden är. Jag har dock i fallet med att vara gift genom *habit and repute* valt att behålla just detta på engelska eftersom det snarast är att beakta som ett namn och översättningsalternativen känns obekväma.

2 Historisk bakgrund

2.1 Det informella äktenskapet i Europa i relation till religiösa strömningar

2.1.1 Den medeltida katolska kyrkan och kanonisk rätt

Jag tänker här ta upp relevanta historiska skeenden för att belysa det informella äktenskapet från ett historiskt perspektiv. Historien möjliggör också för oss att se hur det informella och det formella äktenskapet hör ihop och vilket historiska krafter som har format dem och ömsom drivit åt det ena och ömsom åt det andra hållet. Jag tänker inte gå igenom någon fullständig historia som kan dateras än tillbaka till förkristen tid. Istället tar jag min utgångspunkt i medeltiden och den katolska kyrkans framväxt och inflytande på det juridiska området. Eftersom äktenskapsrätten (och för all del familjerätten i övrigt) är ett rättsområde, som i många avseende tangerar teologi och sociala förhållande, kommer den historiska genomgången inte att upplevas som strikt juridisk. Det är omöjligt att inte också anlägga ett visst teologiskt perspektiv då man talar om den medeltida rätten eftersom den katolska kyrkan varit en aktiv kraft i att skapa den.

Den förste som systematiserade äktenskapsrätten inom den katolska kyrkan var Gratianus, som författade ett dekret där han tog ställning till en rad frågor som berörde både äktenskapet och andra saker. Däremot gav inte Gratianus en enhetlig bild av rättsläget. Hans avsikt var inte att ge en helt konsekvent doktrin utan snarare att återge den differentierade bilden av rättsläget som fanns. Han menade att äktenskapet uppkom genom två händelser, som båda måste vara för handen om äktenskapet skulle vara giltigt. Det första var *Matrimonium initiatum*, vilket innebar att man utväxlat samtycke till äktenskap. Efter detta måste också äktenskapet fullbordas genom sexuellt umgänge, *Matrimonium ratum*.² Men trots att samtycket inte var det som ensamt skapade äktenskapsbandet, så var det viktigt att det fanns. Utan samtycke från parterna kunde inte äktenskapet uppkomma. Detta motiverade han genom att peka på att påtvingade äktenskap sällan blir lyckliga äktenskap³. Men Gratianus inställning till äktenskapet som något som även parternas föräldrar måste godkänna och som ska fullbordas, blev inte den doktrin som sedan dominerade den katolska kyrkans äktenskapsrätt under medeltiden.

20 år efter Gratianus rättsliga utredning av äktenskapsrätten kom Peter Lombard med en teologisk skrift om äktenskapet. I denna har det som kallas

² Sheehan, s. 92

³ Sheehan, s. 94

konsensusdoktrinen fått fäste.⁴ Konsensusdoktrinen innebär att de blivande makarnas eget samtycke till äktenskapet är det som ger det dess giltighet. Detta beror både på den teologiska synen på äktenskapet och den rättsliga tillsammans med teorin om äktenskapets syfte och natur. Den teologiska dimensionen ligger i den romersk katolska kyrkans syn på äktenskapet som ett sakrament. Sakramentet speglar det heliga förbund som finns mellan Kristus och hans kyrka. Liksom den kristna kyrkan ska lyda och älska Kristus, ska hustrun älska och lyda sin make. Maken ska i sin tur skydda sin hustru och ta hand om henne, liksom Kristus älskar och skyddar sin kyrka. Sakramentet utförs, till skillnad från de andra sex sakramenten i den katolska kyrkan inte av en präst utan av parterna själva.⁵

Det är utväxlande av samtycke, alltså det som man idag kanske kan säga är att lova varandra evig trohet, som utgör själva sakramentets utförande. I detta ögonblick sker en förvandling av människan precis som vid de andra sakramenten.⁶ Men detta är alltför teologiskt för att gå mer noggrant in på. Den rättsliga aspekten, alltså det faktum att äktenskapet blir bindande genom det fritt givna samtycket mellan parterna bygger på äldre romersk rätt. Äktenskapets syfte var att hindra män och kvinnor att leva ett utsvävande liv. Det var en bot för dem som inte klarade av att leva avhållsamt.⁷ För första gången under medeltiden så betonades makarnas egen inställning till äktenskapet. Deras samtycke var avgörande både på det sättet att man inte kunde genomföra ett äktenskap utan detta samtycke, och på det sättet att man kunde med endast detta samtycke skapa ett giltigt äktenskap.

Den kanoniska rätten skiljde på två olika sätt, på vilka ett äktenskapsband kunde skapas. Dels kunde detta ske med hjälp av *verba di presenti*, alltså ett utbytt samtycke att från denna stund anses som gifta. Denna form av äktenskap krävde inga formalia. Varken präst, vittnen eller föräldrars samtycke var nödvändigt. Något som naturligtvis förfäraden stora massan av föräldrar som helst helt på egen hand ville göra upp sina barns äktenskap. Det var parterna själva som genom sitt samtycke och sitt löfte till varandra utförde den sakrala handlingen som skapade det oupplösliga äktenskapsbandet. Men det var absolut inte förbjudet, tvärtom rekommenderat, att man gifte sig i en kyrka med närvarande präst och föräldrar enligt en fastlagd ritual. Men det var alltså inte någon av dessa saker som gjorde att äktenskapsbandet uppstod på ett giltigt sätt. Som vi senare ska se är detta utbytande av samtycke också viktigt för det informella äktenskapet.

Det andra sättet att ingå äktenskap var genom löfte om framtida äktenskap som sedan följdes av sexuellt umgänge mellan de båda framtida makarna.⁸

⁴ Sheehan, s. 97

⁵ Witte, s. 26

⁶ Witte, s. 27

⁷ Witte, s. 20

⁸ Witte, s. 32

Detta berodde på att man antog att parterna menade att anses som gifta eftersom de hade fullbordat sitt äktenskap. Man ansåg det alltså fullkomligt otänkbart att två parter haft sexuellt umgänge med varandra utan att mena detta. Det vore ju att begå en mycket grav synd fullt medvetet. Den enda anledning till att en sådan presumtion för äktenskap kunde brytas var om den ena parten (förmodligen oftast kvinnan) kunde visa att den andre hade tvingat henne till samlag eller rövat bort henne. Ett löfte om äktenskap var inte ensamt något som skapade ett äktenskapsband mellan parterna, även om ett sådant löfte endast kunde frånträdas under speciella omständigheter och alltså var betydligt mer bindande än det är idag.⁹

Med denna doktrin uppkommer vissa problem som i högsta grad fortfarande är relevanta för det informella äktenskapet. Det första problemet är att när vittnen inte finns blir det ytterst svårt att bevisa att samtycket utbyts. Det blir uppenbart att ett sådant samtycke då den ena parten får kalla fötter blir svårt att bevisa för den övergivna inför en domstol, eftersom varken vittnen eller något skriftligt dokument krävs. Detta är naturligtvis också fallet då den ena parten är avliden. I takt med att äktenskapshindren blev fler, blev det mer och mer orimligt att endast de två inblandade parterna skulle kunna hålla reda på dessa förhållande själva. Detta gjorde att det blev nödvändigt att göra avsikten att ingå äktenskap mer publik, så att även andra som hade information kunde stoppa ogiltiga eller syndfulla äktenskap.¹⁰

2.1.2 Reformationens inverkan på äktenskapsrätten

Reformation och i första hand Luther innebar en förändring av äktenskapsregler i många länder. Till Sverige kom reformationen under 1500-talet och genomfördes av Olaus Petri enligt luthersk modell.

Luther reagerade mot flera delar av den kanoniska äktenskapsrätten. Enligt Luther var samhället fullt av bristande moral, sexuellt utsvävande beteende och munkar och nunnor som inte kunde leva med sitt avhållsamhetslöfte. Även inom äktenskapet var det illa ställt. Bigami och otrohet var vanligt. Dessutom menade han att det fanns stora och omotiverade diskrepanser mellan tillämpning av den kanoniska rätten både vad det gällde upplösning av äktenskap, som han trots att skilsmässa inte var tillåtet tyckte förekom alltför ofta och äktenskapets ingående.¹¹ Han menade att åtskillnaden mellan ett löfte om framtida äktenskap och utbyte av samtycke fungerade dåligt och hade dålig förankring bland de människor som ingick äktenskap. Detta berodde delvis på att den stora massan i Tyskland (där Luther verkade) inte var medveten om vilka latinska ord man var tvungen att använda för de olika varianterna. Vad var det då för mening med att göra skillnad mellan löfte om framtida äktenskap och *verba di presenti*, undrade Luther.¹² Istället menade han att det vore bättre om alla former av samtycke

⁹ Sheehan, s. 101

¹⁰ Sheehan, s. 99

¹¹ Witte, s. 47

¹² Witte, s. 57f

till äktenskap skulle värderas lika, alltså att även den som tidigare räknats som löfte. Det borde bara finnas ett sätt som ett äktenskap kunde uppkomma på för att det skulle bli tydligt och lätt att efterleva.

Men detta innebar också att den gamla konsensusdoktrinen blev omöjlig att vidhålla. Luther menade istället att äktenskap skulle ingås under speciella former. För att äktenskapet skulle vara giltigt måste det vara ingått med samtycke från föräldrarna och offentligt inför två vittnen. Innan äktenskapet fullbordades genom sexuell umgänge så borde också paret säga sitt löfte i en kyrka, välsignas av en präst och registreras i kyrkoregistret.¹³ Denna beskrivning av Luthers version av äktenskapsrätten stämmer väl överens med hur äktenskapet ingås i Sverige och andra lutherska länder idag, emedan vissa länder har fortsatt att ha ett starkt katolskt inflytande och därmed länge behållit den kanoniskt influerade äktenskapsrätten.

Men Luther medgav ett undantag från sin inställning att äktenskapet var en offentlig handling som inte kunde företas i hemlighet. Detta undantag borde hanteras från fall till fall och hade mer en karaktär av nödlösning. Om ett par lovat varandra äktenskap i hemlighet och därefter haft samlag som lett till graviditet eller att samlaget på något annat sätt blivit känt så fick detta också anses vara ett giltigt äktenskap.¹⁴ Här kan vi se att Luther trots att han vill att äktenskapet och samlevnaden skall påbörjas under mycket ordnade former och värna om moralen, insåg att det också fanns fall där detta var omöjligt. Barn födda utanför äktenskapet hade inte samma rättigheter som barn inom äktenskapet. En kvinna som hade ett barn utan att vara gift hade ingen chans att bli gift senare och hade mycket begränsade framtidsutsikter. Här kan man alltså skönja en skyddsfunktion hos undantaget, för att ge kvinnan möjlighet till ett dragligt liv. Detta perspektiv på regler angående äktenskap eller andra samlevnadsformer är något som jag ska återkomma till senare och som man kanske alltid måste beakta.

I Luthers fotspår följde många reformatorer. En annan mycket inflytelserik reformator levde i Genève och hette Calvin. Den kalvinistiska inställningen till äktenskapet byggde i många avseende vidare på den lutherska och avvisade den katolska inställningen till äktenskapet som ett sakrament. Äktenskapet är en angelägenhet för denna världen endast. Den senare äktenskapsteologin gjorde dock viktiga avsteg från den lutherska inställningen. Den integrerade sakramentala värden från katolicismen med den lutherska sociala funktionen i äktenskapet och med viktiga kontraktuella aspekter från den katolska äktenskapsläran. Detta gjorde den genom att se äktenskapet som ett avtal eller en pakt. Detta var inte endast ett avtal mellan parterna utan också ett avtal mellan människan och Gud. Äktenskapet var något som var givet av Guds lag och för att rädda människan från synden. Det var gudomligt i det avseendet att det inte kunde brytas och skulle inte avstås av någon människa, för vem trodde sig vara utan syndfullhet? De kontraktuella aspekterna hos Calvin finner man i att

¹³ Witte, s. 57f

¹⁴ Witte, s. 58

alla tecken på fel på samtycket gjorde äktenskapet ogiltigt. Ett äktenskap skulle inte ingås under fylla eller på ett bedrägligt vis.¹⁵

2.2 Skottlands historia

2.2.1 Skottlands politiska historia i allmänhet

840 e.kr. enas folkslagen som bebodde norra delen av brittiska öarna i ett rike. Riket enade pikter, angler och invandrade irer (även kallade Skoter). Under 900-talet expanderade riket söderut och inkluderade Lothian (området kring nuvarande Edinburgh). Inflytandet söderifrån var tidvis starkt under medeltiden men klanhövdingarna på höglandet visade sig vara svåra att lägga under sig i längden. När kungamakten blev osäker i slutet av 1200-talet inleddes en lång period av krig med England och en mycket långvarig allians med Frankrike inleddes, som inte bröts förrän i mitten av 1500-talet. De engelska invasionskrigen var dock inte lyckosamma och Skottland behöll sin egen kungamakt och skapade i slutet av 1300-talet ett skotskt parlament.¹⁶ Ett äktenskap mellan den engelska kungens dotter och Jakob IV 1503 betydde att de båda nationerna skulle komma att förenas senare. Jakob V gifte sig med fransyskan Maria av Guise och efter hans död styrde hon Skottland med följd att flera franska ämbetsmän tillkallades och franskt tänkande hade ett stort inflytande. Hennes dotter Maria Stuart (också kallad Mary Queen of Scots) uppfostrades i Frankrike och giftes med den franska prinsen som avled strax efter giftermålet. Maria Stuarts skotska regering blev kortvarig och hon spenderade resten av sitt liv i exil i England hos sin kusin Elisabeth I som till slut lät avrätta henne.¹⁷ Hennes son, James I av England och VI av Skottland, blev dock på grund av sin anfaders äktenskap och Elisabeths barnlöshet kung över både England och Skottland. Detta inledde personalunionen, vilket innebar att England och Skottland var under samma kungamakt men inte egentligen i en union med varandra.¹⁸ 1600-talet präglades av stridigheter och motsättningar mellan kungamakten och parlamentet, vilket ledde till att släkten Stuart förlorade kungamakten, men de fortsatte att ha stöd bland klanerna på höglandet långt senare. 1707 ingicks en realunion mellan de två nationerna, det skotska parlamentet upplöstes och Skottland lades under England men fick behålla sin kyrka och sin egen rätt.¹⁹

Unionen med England har inte varit konfliktfri. Det mest kända upproret i Skottland leddes av en ättling till Släkten Stuart, kallad Bonnie Prince Charlie, som samlade jakobiter bland klanerna på höglandet och utmanade den engelska överhögheten. Det hela slutade i en massaker av de skotska upprorsmännen vid Culloden efter vilket klanmönster (s.k. Tartan) förbjöds

¹⁵ Witte, s. 110

¹⁶ The oxford companion to Scottish history, s. 471

¹⁷ The oxford companion to Scottish history, s. 407ff

¹⁸ The oxford companion to Scottish history, s. 608

¹⁹ The oxford companion to Scottish history, s. 604

för att hindra att skotsk nationalism blommade upp igen.²⁰ Lite av den nationella stoltheten återuppstod 1804 när George den IV besökte Skottland och Walter Scott, sin tids stora författare, regisserade ett nationalistiskt skådespel vid intåget i Edinburgh och kungen bar traditionell skotsk kilt. Sedan 1998 har Skottland ett eget parlament med lagstiftningsmakt inom skotsk privaträtt och skotska sedlar.

Det skotska kyrkan, Church of Scotland, tog sin början som en gren av den irländska kyrkan och existerade under medeltiden i den romersk-katolska världskyrkan. Under 1500-talet började reformationen i övriga Europa att påverka även Skottland vilket ledde till oenighet mellan episkopala strömningar, som förespråkade att man hade en biskopsstyrd kyrka och presbyterianska²¹ strömningar.²² Till slut genomfördes dock reformationen av den kalvinistiske reformatorn John Knox, officiellt 1560.²³ Church of Scotland är en presbyteriansk kyrka. Kyrkan splittrades på 1800-talet i två²⁴ som efter att kyrkan skilts från staten dock enats igen under det gamla namnet.

2.2.2 Skotsk rättshistoria

Flera historiska skeende har haft inflytande på Skotsk rätt. Det finns fortfarande inslag av feodal rätt vad det gäller fastigheter och markanvändning, men eftersom detta inte är det område som jag kommer att titta närmare på så lämnar jag det därhän. Vidare har skotsk rätt fortfarande element av kanonisk rätt kvar²⁵, vilket jag tidigare har berättat om mer i detalj. De skotska reglerna om äktenskapet bygger till stor del fortfarande på kanonisk rätt.²⁶ Den kanoniska rätten utvecklades i de skotska kyrkliga domstolarna. Efter reformationen överfördes jurisdiktionen dock till Commissary Court of Edinburgh och senare till Court of Sessions. Skotsk rätt har också påverkats under lång period av romersk rätt. Detta gäller naturligtvis framförallt terminologin. Från svensk rätt känner man ju igen många latinska begrepp som är nödvändiga för att navigera i rättssystemet. Detta och det faktum att skotsk rätt är systematisk med grundläggande principer på vilken rätten vilar skiljer den från de andra angloamerikanska rättssystemen.²⁷ Den juridiska metoden är därför i grunden mer lik den svenska. Inflytandet från engelsk rätt skall dock inte underskattas. Men engelsk rätt började inte påverka skotsk rätt förrän på 1700-talet efter att unionen mellan de två nationerna ingåtts 1707. I modern tid har engelsk rätt

²⁰ The oxford companion to Scottish history, s. 349

²¹ Detta är namnet på kalvinistiska kyrkor i engelsk-språkiga länder och motsvarar vad man på kontinenten kallar reformerta kyrkor. Alla har sitt ursprung i den kalvinistiska läran.

²² The oxford companion to Scottish history, s. 500ff

²³ The oxford companion to Scottish history, s. 370

²⁴ The oxford companion to Scottish history, s. 91f

²⁵ Marshall, s. 17

²⁶ Walker, s. 230

²⁷ Marshall, s. 18

fortsatt att påverka den skotska genom olika kanaler. Detta beror naturligtvis delvis den politiska organisationen och att en hel del lagstiftning trots allt är gemensam. Men det beror också mycket på domstolsorganisationen, där den högsta skotska instansen är House of Lords, som också är den engelska högsta instansen i tvistemål, som i stor utsträckning består av engelska jurister och som avdömer skotska mål i mer engelsk case-law i minnet. Samma prejudikatsdoktrin gäller också för de båda rättssystemen och när de skotska prejudikaten tryter så sneglar skotska jurister naturligtvis söderut.²⁸ Under 1900-talet har mängden lagstiftning utökats väsentligt och därmed utvecklas skotsk rätt åt samma håll som engelsk rätt också gör med en utökad betydelse för lagstiftning, d.v.s. ”Acts of parliament”.²⁹

²⁸ Marshall, s. 19

²⁹ Marshall, s. 20

3 Allmänt om skotsk rätt

3.1 Rättskällorna

De formella rättskällorna utgörs av lagstiftning, prejudikat, litteratur av juridiska auktoriteter, sedvana, equity och främmande³⁰ källor.

Lagstiftning kan komma antingen från Parlamentet i Westminster eller från andra myndigheter med delegerad lagstiftnings kapacitet. Genom ökad decentralisering fick Skottland 1998 tillbaka sitt parlament. Scotland Act 1998 utgör ramen för vad det skotska parlamentet kan besluta om,³¹ vilket i princip utgörs av utbildningsfrågor, sjukvård, fängelse administration. Detta är saker som normalt bara angår Skottland men gäller om man ser till vilka typer av lagar som gått igenom också ändringar i Marriage (Scotland) Act som genomförts av det skotska parlamentet.³² Den sista förändringen som genomförts av skotska parlamentet utgör en stor omvälvning av det informella äktenskapet. Lagstiftning som inte ankommer på det skotska parlamentet är sådana frågor som rör utrikespolitik eller som rör frågor av nationellt intresse.³³ Lagstiftning från parlamentet i Westminster gäller om inget annat anges även Skottland. Att Skottland är undantaget kan framkomma uttryckligen eller implicit genom lagtextens utformning, exempelvis att specifikt engelska begrepp används. Mycket lagstiftning är dock uteslutande tillämplig på Scotland inom familjerättens område och då framgår detta av lagens titel. Naturligtvis är Scotland också underkastad lagstiftning från EU p.g.a. av Storbritanniens medlemskap i unionen.³⁴

Prejudikat är en rättskälla som är bindande för domstolar. House of Lords avgörande är bindande för dem själv. Men endast överklagande från Skottland är bindande för framtida avgörande av överklagande från Skottland. I undantagsfall har House of Lords dock förbehållit sig rätten att ändra sig. Avgörande från Court of session i plenum eller i vart fall en sammansättning med mer än en division är bindande för Inner House, Outer House och för alla lägre domstolar. En division i Inner House i Court of sessions avgörande är bindande för den divisionen och för den andra, och lägre domstolar. En domares i Court of Sessions Outer House avgörande är inte bindande på de andra men anses vägledande för lägre domstolar. Man ska dock komma ihåg att ett bindande avgörande kan bortses från om det står i strid med andra avgörande eller om det ur socialperspektivet inte ligger i linje med moderna värderingar.³⁵ Till värdering av prejudikat

³⁰ engelska begreppet Extraneous översätts enligt Nordstedts engelska ordbok som yttre, utifrån eller ovidkommande.

³¹ <http://www.scottish.parliament.uk/corporate/history/index.htm> 23 april 2006

³² <http://www.scottish.parliament.uk/business/bills/billsPassed/billsum-s1.htm> 23 april 2006

³³ <http://www.scottish.parliament.uk/corporate/powers/index.htm> 23 april 2006

³⁴ Walker, s. 11

³⁵ Walker, s. 21f

kommer doktrinen om *ratio decidendi*. Kortfattat kan man säga att för att veta vad som är bindande i ett avgörande måste man hitta de skäl som utgjorde grund för avgörandet. Övrig information i målet och eventuella övriga diskussioner av domare är *obiter dicta* och alltså inte direkt bindande. Numera rapporteras mål genom session cases, vilket förkortas S. C. i referenser till avgörande. Innan 1906 fanns andra sådana serier där bokstaven i referensen står för redaktören. Det finns även andra serier, exempelvis Scots Law Times, förkortat S. L. T.³⁶ Jag kommer att använda mig av denna typ av referering i mina noter.

Viss juridisk litteratur anses också vara en bindande rättskälla. Detta avser vissa auktoriteters bidrag till rättstillämpningen. Viktigast av dessa är Stair, Erskine och Bell. Men av dessa är endast vissa arbeten bindande, exempelvis Stair's Institutions of the Law of Scotland, Erskine's Institute of the Law of Scotland och Bell's Principles of the Law of Scotland.³⁷

Sedvana som rättskälla ska inte blandas ihop med det som ingår i common law, alltså går att utläsa av praxis. Att någon hävdar sedvana är relativt ovanligt men detta är dock en formell rättskälla. De som har haft kontakt med engelsk rätt känner igen begreppet *equity*, som kan översättas med rättvis och rimlighet i en mer vid bemärkelse. Men den indelning mellan law och equity som fanns i engelsk rätt har inte funnits i Skottland, och domstolen behandlar ofta dessa två system parallellt. Dessa principer finns invävda i common law och fungerar för att jämna ut orättvisa resultat som kan uppkomma vid alltför rigid tillämpning av rätten.³⁸

Då ingen av ovan angivna källor ger svaret på ett rättsligt problem måste domstolen ta hjälp av källor utanför detta system. Detta kan utgöras av rättsligt material från andra jurisdiktioner som påverkat skotsk rätt eller juridisk litteratur. Det kan också vara *obiter dicta*, avvikande meningar eller analogislut.

3.2 Domstolssystemet

Det är av visst intresse när man tittar på rättsfall från ett främmande rättssystem att veta lite om domstolssystemets organisation, i vart fall i den mån de berör de fall som man är intresserad av. De skotska tvistemålen har generellt tre instanser som kan bli aktuella. Detta är Sheriffs Court, vilket är den lägsta nivån, Court of session, som ligger i Edinburgh och slutligen House of Lords. Sheriffs Courts finns på sex ställen och har jurisdiktion över ett antal olika tvistemål, exempelvis tvister om mindre summor och genom Divorce jurisdiction, court fees and legal aid (Scotland) Act 1983 även jurisdiktion över skilsmässor.³⁹ Däremot kan man inte få till stånd en

³⁶ Marshall, s. 115ff

³⁷ Walker, s. 25

³⁸ Walker, s. 27f

³⁹ Gloag & Henderson, s. 26f

deklaration att ett informellt äktenskap föreligger i en Sheriff Court. Över detta har Court of session jurisdiktion. Men de olika domstolarna har inte några absoluta gränser utan deras jurisdiktion överlappar varandra.

Court of Session består av två delar; Inner house och Outer house. De två utgör i princip två helt olika domstolar. Inner house fungerar som en överinstans för överklagade domar från Sheriff Court.⁴⁰ Outer House är inte en överinstans utan en första instans.⁴¹ Det är Outer house som prövar om en deklaration som fastställer ett informellt äktenskap skall utfärdas. Detta sker på ett sätt som kan liknas vid en fastställsetalan i svensk domstol. För övrigt har Outer House jurisdiktion i de flesta tvistemål som inte exklusivt tillhör Sheriffs Court och det är därför vanligt att man kan få välja vilken domstol man vill ta sitt mål till. Mål som berör en persons rättsliga ställning, (personal status), inkluderat huruvida man är att anses som gift eller inte, är reserverade för Court of sessions Outer house.⁴² Dock kan andra domstolar ta ställning även i frågor som rör det informella äktenskapet.⁴³ Court of session inrättades redan 1532 och består idag av 27 domare, av vilka en majoritet arbetar i Outer house under titeln Lord Ordinary.⁴⁴ Inner House består av åtta domare. Den första divisionen består av Lord President och tre Lords of Session och den andra divisionen består av Lord Justice-Clerk och tre Lords of Session. Man avdömer mål med tre domare vilket innebär att ifall arbetsbelastningen skulle vara hög i Outer House skulle en domare från varje division kunna fungera som Lord Ordinary i Outer House. Överklagande sker från Outer house till Inner house och där ser man endast i exceptionella fall ny bevisupptagning. Processen består av att man läser protokollet från den första processen för att sedan höra de rättsliga argumenten från båda sidor varpå man direkt avger sitt yttrande i frågan. Man prövar i princip inte sakfrågor ut endast rättsfrågor.⁴⁵

House of Lords är sista instans i alla tvistemål. Denna funktion har de haft sedan unionen mellan Skottland och England 1707. Tidigare hade det skotska parlamentet denna funktion men har inte återfått den när det moderna skotska parlamentet startade sin verksamhet. Detta beror förmodligen på en ändrad syn på maktindelning och det faktum att House of Lords verksamhet som lagstiftare är skild från dess dömande makt sedan slutet på 1800-talet och därmed utgör ett långt bättre alternativ i det avseendet. Alla mål från Court of session kan överklagas utom då detta är uttryckligen undantaget i lag. När det gäller mål där Court of sessions varit andra instans så överklagas endast rättsfrågorna och House of Lords tar inte hänsyn till sakfrågorna.⁴⁶ För mitt vidkommande är det också viktigt att veta att alla högadliga personer har en plats och en rösträtt i House of Lords

⁴⁰ Det finns vissa undantagna mål som inte kan överklagas.

⁴¹ Gloag & Henderson, s 22f

⁴² Marshall, s. 35

⁴³ Se vidare avsnitt 4.6.1

⁴⁴ Gloag & Henderson, s. 22

⁴⁵ Marshall, s. 39f

⁴⁶ Gloag & Henderson, s. 21

och kan också ta upp ett mål via en petition. Detta torde möjligen inte vara så vanligt men väsentligt att hålla i minnet för senare förståelse.

4 Det skotska informella äktenskapet

4.1 Äktenskapshinder

Det mest fundamental vad det gäller äktenskapet i Skottland är att det bygger på makarnas samtycke. Kan man inte anta att makarna har samtyckt till äktenskap så kan man inte heller anse dem gifta. Detta påpekas i de flesta rättsfall som jag kommer att ta upp.

Det informella äktenskapet hade precis samma rättsföljder som ett formellt äktenskap och samma äktenskapshinder var tillämpliga. Äktenskapshindren är mycket lika de som finns i Sverige. Dels hänför de sig till ens person. Man måste ha nått en viss ålder, i Skottland är det 16 år och i Sverige är det 18 år. Detta framgår av s. 1(1) av Marriage (Scotland) Act 1977 respektive ÄktB 2kap. 1§. Man får inte heller vara släkt med varandra i rakt upp eller nedåt stigande led eller syskon, enligt ÄktB 2kap. 3§ respektive Marriage (Scotland) Act s. 2(1). Det som skiljer sig från svensk rätt är att man inte heller får ingå äktenskap med en person som är barn eller förälder till en person med vilken man har varit gift, inte heller får man gifta sig med sina svärdöttrar eller söner. Detta gäller även adoptivföräldrar och barn. Bigami är inte heller tillåtet och man får således inte gifta sig om man redan skulle vara gift vilket inte heller är tillåtet enligt svensk rätt. Detta kan utläsas av ÄktB 2kap. 4§.

Vissa hinder hänför sig också till partens samtycke. Det måste vara tillförlitligt att partens avsikt verkligen var att ingå äktenskap. Av denna anledning måste en part till ett äktenskap vid ingåendet vara medveten om vad ett äktenskap är. Detta innebär att en person som är allvarligt psykiskt sjuk inte kan ingå äktenskap. Detta ska dock uppfattas som att sjukdomen hindrar personen från att förstå innebörden av äktenskapet, som trots allt inte är ett komplicerat kontrakt enligt skotsk rätt. Besläktat med mental sjukdom i detta avseende är allvarlig berusning till den grad att man inte kan avgöra vad det är man gör. Vidare kan man missta sig på vad det är för ceremoni man genomgår vilket också gör samtycket ogiltigt för att inte säga obefintligt. Emellertid så kan inte misstag vad det gäller personens karaktär eller identitet göra äktenskapet ogiltigt. Ett äktenskap är också ogiltigt om det tvingats fram med hot. Skenäktenskap är inte heller giltiga.

De ogiltighetsgrunder som hänför sig till samtycket återfinns inte i den svenska äktenskapsbalken men trots det så känner man igen vissa ogiltighetsgrunder från svensk rätt. Eftersom äktenskapsreglerna tar sin utgångspunkt i det fria avtalet så är det inte så konstigt att vissa av dem har likheter med det som finns exempelvis i den svenska avtalslagen. Då tänker

jag främst på 28 § som innehåller ogiltighet på grund av tvång och misstag i 32 § och lagen om verkan av avtal som slutits under påverkan av psykisk störning. Detta kan tyda på att den skotska äktenskapsrätten har starkare anknytning till kontraktuella hänsyn än den svenska. Det skall dock tilläggas att de ogiltighetsgrunder som hänför sig till bristande samtycke dock inte är aktuella för informella äktenskap eftersom dessa till sin natur fordrar att samtycke fanns. I annat fall kan inte äktenskapet anses ha uppkommit alls vilket vi kommer att se längre fram.⁴⁷

Som tidigare nämnts så ligger den kanoniska rätten till grund för det skotska informella äktenskapet.⁴⁸ Detta var speciellt tydligt fram till att lagändringar gjordes 1940. Före detta fanns det tre sätt att ingå ett informellt äktenskap på; *verba di presenti*, löfte subsequente copula och sammanboende med *habit and repute*. Lag ändringen från 1940 innebar att de två förstnämnda informella äktenskapen föll bort och efter det kunde nya äktenskap endast ingås genom sammanboende med *habit and repute*. Men äktenskap som ingåtts på de två andra sätten är fortfarande giltiga om de ingåtts innan 1940. Detta innebär att det mycket väl kan ett mål inför en domstol som begär ett fastställande av att ett sådant äktenskap föreligger. Det kommer dock med tiden att upphöra helt.⁴⁹ Den 4 maj 2006 trädde en ny ändring i kraft som innebär att även äktenskap genom sammanboende med *habit and repute* upphör att kunna skapas som huvudregel med ett undantag. Äktenskap som ingåtts innan är dock fortfarande giltiga även om de inte registrerats än.

4.2 Verba di presenti

Det är värt att säga en del om denna form av det informella äktenskapet. Praktiskt så innebar den att två personer som kan ingå äktenskap med varandra kommer överens om att de nu vill vara gifta. Överenskommelsen måste vara gjord i Skottland för att vara giltig. Till en början räckte det att man kommit till Skottland, avgivit samtycket och sedan åkt därifrån för att leva tillsammans någon annanstans. Därför var det under lång tid populärt för unga engelska par att rymma tillsammans till Gretna Green och utväxla samtycke.⁵⁰ Detta eftersom engelsk rätt förbjöd äktenskap för personer under 21år utan föräldrars samtycke. I Skottland krävdes aldrig samtycke och åldersgränsen var 14 år för pojkar och 12 år för flickor vid denna tiden.⁵¹ 1856 infördes ett krav på att man skulle ha sin normala hemvist i Skottland eller åtminstone ha varit bosatt där sedan minst 21 dagar, vilket

⁴⁷ Se kapitel Avsikt.

⁴⁸ Thomson, s. 14

⁴⁹ Gloag & Henderson, s. 856

⁵⁰ Thomson, s. 15

⁵¹ Gretna Green ligger i södra Skottland nära gränsen till England vid myningen av Floden Esk. Äktenskapet brukade ingås i en smedja mitt i byn.
http://en.wikipedia.org/wiki/Gretna_Green

diskvalificerade alla äktenskap över en dag i Skottland.⁵² Detta togs upp bland annat i målet G v. G. En kvinna sökte få äktenskapet mellan henne och en man som dött i andra världskriget fastställt. En av frågorna rörde huruvida mannen som varit i marinen kunde anses ha sin normala hemvist i Skottland. Lord Jamieson gör inga omsvep när han förklarar i vilket syfte detta hemvistkrav uppkom; ”Det är allmänt känt att avsikten var att hindra personer att komma från England och, genom att utnyttja skotsk rätt, överenskomma rymningsäktenskap i Gretna.”⁵³ Därmed kan man inte ta så allvarligt på bosättningskravet när det gäller en person som är född och uppvuxen i Skottland, vilket var fallet här.⁵⁴ Däremot var det naturligtvis möjligt att byta hemvist om man skulle flytta ifrån Skottland. Vilket var fallet i det mål som refererats tillsammans med G v. G, kallat C v. T. Den ena parten var visserligen född och uppvuxen i Glasgow men hade lämnat föräldrahemmet för att arbeta i Plymouth och var på besök när han och den andra parten stannade på vägen i Gretna och samtyckte till äktenskap. På grund av hans flytt söderut kunde han inte längre ingå informellt äktenskap enligt skotsk rätt.⁵⁵

Äktenskapet kunde ingås muntligt eller skriftligt, med eller utan vittnen och var giltigt bara genom överenskommelsen.⁵⁶ Ett exempel på detta finns bl.a. i P v. P. Mr. P levde under 1800-talets sista decennier med ett flertal kvinnor av vilka inga hävdade sig vara hans fru. Men vid hans död 1909 hade han sedan flera år sammanbott med en kvinna som hävdade att han gift sig med henne genom *Verba de Presenti* redan 1901. Hon ville ha fastställt att äktenskapet existerade och därmed få de rättigheter som ett äktenskap medför vid den ena makens död. Detta bestreds av närmaste anhörig till den avlidne, som hävdade att samtyckte inte utbytt. Kärande (alltså Mrs P eller C kallad⁵⁷) hävdade att äktenskapet ägt rum den dag då hon hjälpt Mr. P flytta till det som skulle bli deras gemensamma hus och att detta hade skett i enrum. Hon hade enligt sin egen utsaga sagt att hon inte kunde sammanbo med honom om de inte var gifta och därmed hade han läst upp för henne ett testamentariskt förordnande som gav henne förmåner vid hans död och som löd ”till min hustru A P...”, varpå han hade gett henne en vigselring. Lord Salveson skrev i domen att det krävdes varken vittnen eller någon mer officiell deklaration av äktenskapet. Det ömsesidiga samtycket räckte för att äktenskapet skulle vara giltigt.⁵⁸

⁵² Marriage (Scotland) Act 1856, upphävd av Marriage (Scotland) Act 1939

⁵³ Min översättning. Originaltext: ”It is common knowledge that that purpose was to prevent persons coming from England and, by taking advantage of Scots law, contracting runaway irregular marriages at Gretna.”

⁵⁴ G v. G 1941 S.C. 461, s. 465

⁵⁵ G v. G 1941 S.C. 461, s.

⁵⁶ Gloag & Hendersson, s. 856

⁵⁷ Att namn förvirring ibland uppstår beror på att traditionen i Skottland varit att en kvinna när hon gifter sig inte officiellt byter efternamn utan behåller sitt flicknamn. Men i praktiken har det trots det varit så att man tilltalats med sin makes efternamn.

⁵⁸ P v. P [1911] 1 S.L.T. 43 IH (ct 5 judges) (1 div), s.45

P v. P visar också på det bevismässiga problem som man ställdes inför när man hävdade att ett äktenskap hade uppkommit p.g.a. *Verba de Presenti*. I fallet P v. P ansågs det att den efterlevande hustrun hade visat att äktenskapet förelåg. För att detta skulle vara fallet krävs att när samtycket avgavs, gjordes det i sådana ordalag att det kunde tolkas som ett samtycke och att avsikten hos parterna då var att ingå äktenskap. Senare måste dessa uppgifter stödjas av bevisning. Denna bevisning kunde bestå både i omständigheter före och efter samtycket och kunde mycket väl utgöras av hur paret uppfattas av sin omgivning och huruvida de levde som gifta.⁵⁹ Lord Salveson menar att då den ena parten i ett sådant äktenskap avlidit ställs det krav på mycket tydlig bekräftelse av den andra partens utsaga att ett sådant äktenskap uppkommit.⁶⁰ Detta beviskrav är enligt min mening inte särskilt precis men ger trots det för handen att det var ett relativt högt ställt krav, om än inte klart definierat. Bevisning för att makarna P var gifta låg i ett flertal omständigheter runt omkring paret. För de första så hade kärande enligt två vittnen anställda i deras hem setts med vigselringen på, även om en annan person menade att han aldrig sett det. Detta ensamt kunde inte bevisa att äktenskapet förelåg. Men åtminstone sexton av P:s vänner, som han känt sedan länge, hävdade att han presenterat henne som sin fru och han på den direkta frågan om de var gifta hade svarat ja. Vidare så levde de två som man och hustru. Fru P kom och hälsade på P på hans kontor eller mötte honom när han var på väg hem. De sågs ofta tillsammans på gatorna, och all post till kärande kom under namnet P. Detta vittnade brevbäraren om. Inuti breven tilltalades kärande också som fru P. Affärsinnehavare menade sig alltid behandlat kärande som P:s fru.

Det som talade emot att de två skulle vara gifta var att äktenskapet aldrig varit känt för P:s släktingar eller bekanta som inte bodde, som P själv gjorde, i Edinburgh. P själv hade anledning att inte göra äktenskapet alltför allmänt känt eftersom han inte ville betala en avgift som han då skulle bli skyldig göra. I det första avgörandet menade Lord Salveson att vittnesuppgifterna stödjer kärandes berättelse om att äktenskapet ingåtts. Då målet överklagats till Inner House menade också majoriteten att det fanns tillräckligt stöd för kärandes uppgifter. Men resonemanget har inte riktigt samma inriktning hos Lord Johnston som hos Lord Salveson. Lord Johnston resonerade först kring kärandes trovärdighet och kommer fram till att mycket i hennes berättelse verkar uppriktigt och sanningsenligt. Detta är naturligtvis en bedömning som inte kan göras av mig nu. Jag har ju inte hört kärande, inte heller har jag sådan ingående kunskap om förhållandena att det vore rätt att utvärdera hennes uppriktighet.⁶¹ Att det fanns en intention att ingå äktenskap från kärandes sida då det påstådda samtycket utbytes torde vara uppenbart menade Lord Johnston med tanke på P:s förflutna med den ena älskarinnan efter den andra. Kärande har visat att hon tidigare inte varit annat än ärbar och försörjt sig själv på ett respektabelt sätt. Huruvida

⁵⁹ P v. P [1911] 1 S.L.T. 43 IH (ct 5 judges) (1 div), s. 47

⁶⁰ P v. P [1911] 1 S.L.T. 43 IH (ct 5 judges) (1 div), s.46

⁶¹ Lord Johnstones resonemang reflekterar förmodligen också en bit av tidsandan. Fallet är ju snart 100år gammalt.

intention fanns från Mr P:s sida var då mer osäkert. Men oavsett vad han hade för reservationer vid tillfället så har han givit kärande intryck av att detta var ett allvarligt menat samtyckte. Vidare är det osannolikt att Mr P trott att han kunde få kärande efter så lång tids bekantskap utan mer intimt umgänge att bo tillsammans med honom som endast en älskarinna. Lord Johnstons resonemang byggde alltså till stor del på vilka intentioner de båda hade vid tillfället och vilket deras förhållande både med varandra och med andra varit tidigare. Den bevisning som tidigare nämnts stödde också den uppfattningen att kärande och P hade ingått äktenskap.⁶²

I P v. P hade inget dokument framkommit som visade på överenskommelsen mellan parterna. Men även i de fall där ett sådant dokument fanns så räckte inte endast detta dokument. I D Peerage⁶³ case fanns ett sådant dokument. Lord H hade 1844 skrivit under och fått bevittnat ett dokument i vilket han samtyckte till äktenskap med miss E. A. De två sammanbodde under några år och fick tre döttrar. Lord H medgav faderskap till en av dem. När han 1851 gifte sig i en formell ceremoni med sin kusin, miss B hade han och miss A inte sammanbott på några år. När miss A blev varse det nya äktenskapet vidtog hon inga åtgärder för att få sitt eget äktenskap fastställt eller det andra upplöst. Inga sådana åtgärder vidtogs förrän 1880 då Lord H var död sedan 8 år och då på grund av att den nya Lord H, tillika då också Earl of D, den förste Lord H enda son i det ”andra” äktenskapet hade lämnat in en petition till Hennes majestät vilken vidarebefordrats till House of Lords, vilka hade lagt den på Lords committes bord. Det han hade möjlighet till genom sin ställning som Earl of D. Det hela är en på det hela taget en märklig och inkonsekvent historia. Eftersom A 1880 hävdar att hennes son född 1863, alltså efter det nya äktenskapet ägt rum och kvarstått i över 10 år är Lord H:s (den äldre) son och den rätte bäraren av titeln Earl of D.

Vilket äktenskap som var det giltiga var naturligtvis den avgörande frågan för vilken av sönerna som var den legitime sonen och arvtagaren till titeln. Det rådde inget tvivel om att om äktenskapet med A var giltigt så måste äktenskapet med Miss B vara ogiltigt eftersom Lord H inte kunde vara kapabel att då gifta sig med henne. Detta skulle också få till följd att hennes son, som kallade sig Earl of D de facto inte var det. Det exceptionella menar Lord Watson låg i den enorma tid som förflutit mellan denna talan och äktenskapet och väl också mellan det senare äktenskapet och denna talan. Han resonerade att det faktum att A inte fört talan mot, varken det nya äktenskapet, eller de nya barnens legitimitet talade till hennes nackdel. I alla fall där ett senare äktenskap föreligger kan detta komma att vägas in i bedömningen men det var endast eftersom A verkar ha accepterat äktenskapet tidigare som det var till hennes nackdel. Det faktum att den senare Lady H (f.d. Miss B) och hennes son levte så ostört i sin position måste ge dem en fördel när det gäller att behålla denna ställning. Å andra sidan om A hade gjort sitt äktenskap gällande direkt efter att hon fått vetskap om det senare äktenskapet eller för den delen vidtagit någon åtgärd

⁶² P v. P [1911] 1 S.L.T. 43 IH (ct 5 judges) (1 div), s. 48ff

⁶³ D Peerage case [1881] 6 App. Cas.s. 489

för att hävda sitt äktenskap hade situationen möjligen varit annorlunda. Detta visas av fallet D v. D.⁶⁴ För att förklara tydligt vad som menas med detta kan man säga att då man visste att äktenskap ingåtts *verba de presenti* kunde ingen senare omständighet omintetgöra detta äktenskap. Men då tvivel fanns om samtycket utbytt kunde man se till senare omständigheter för att avgöra om så var fallet⁶⁵ och om samtycket klart utbytt kunde man fortfarande se till senare omständigheter och beteende för att klarlägga om quo animo, en önskan att upprätta ett bindande äktenskap förelegat.⁶⁶

Att man hade intentionen att ett bindande äktenskap skulle uppkomma var en viktig del. Det skulle inte vara möjligt att ingå ett äktenskap utan att själv avse detta. Ett fall som också illustrerar detta är Du v. Du⁶⁷. Detta gällde en spansk man och en skotsk kvinna. Spanjoren Du hade bott hemma hos kvinnan, då han först kom till Skottland eftersom hon bedrev verksamhet med inneboende. De två hade fattat tycke för varandra, enligt honom på hennes initiativ men det var utan betydelse. Av det sexuella umgänge hade resultatet blivit att hon fann sig vara gravid och då påtalades först äktenskap. Domstolen dömde till kvinnans förmån trots att spanjoren hävdade sig vara ovetande om reglerna om äktenskap i Skottland och att han inte alls avsett att ingå äktenskap med kvinnan utan endast velat bespara henne skammen inför sina föräldrar av att vara gravid utan att vara gift. Ett dokument framkom under processen som med all önskvärd tydlighet uttryckte att samtycke hade utbyts. Durans försvar byggde dock på att detta dokument överenskommet var endast för att blidka föräldrarna och få det, falskeligen att framstå som om de två var gifta, hans avsikt hade alltså inte varit att ingå ett verkligt äktenskap. Att spanjoren var i ett uppenbart underläge eftersom han inte lika bra som kärande kände till den skotska äktenskapsregleringen konstaterades av Lord Kincairney. Vidare menade domstolen att det var avgörande huruvida en avsikt att ingå äktenskap fanns. Hade detta varit ett vanligt kontrakt så hade framförandet av dokumentet förmodligen betytt att inget mer fanns att säga i målet men när det gäller kontrakt om äktenskap så måste även avsikten visas.⁶⁸ Alltså kan man konstatera att det som skiljde *verba de presenti* från andra kontrakt, t.ex. köpekontrakt, var att avsikten måste visas av den som hävdade kontraktets existens. En avsevärd massa andra rättsfall visar också på att en sådan intention var helt nödvändig för att samtycket skulle få verkan som giltigt äktenskap.

Paralleller kan dras mellan detta sätt att ingå äktenskap och det sätt som man kan ingå ett annat avtal på. Men som tidigare visats hade det vissa särskilda drag. Jag nämnde avsiktens betydelse för giltigheten. Men den mest avgörande skillnaden är att det informella äktenskapet i alla former fungerade precis som det formella äktenskapet vid upplösning. Det innebar

64 D v. D [1811] 2 Haggard 54

65 Jfr. P v. P [1911] 1 S.L.T. 43 IH (ct 5 judges) (1 div)

66 D Peerage case [1881] 6 App. Cas, s. 537

67 Du v. Du [1904] 12 S.L.T.101

68 Du v. Du [1904] 12 S.L.T.101, s. 103

att det inte räckte för parterna att gemensamt komma överens om att deras äktenskap skulle vara över, vilket ju är möjligt vid de flesta kontrakt om parterna är överens, utan äktenskapet kunde endast upplösas genom ogiltighet eller skilsmässa, något som man måste ansöka i domstol om att få. Denna form av informella äktenskap hade ju också mycket gemensamt med det som inom kanonisk rätt kallades konsensusdoktrinen och som jag tidigare gått igenom mer detaljerat. Därför återkommer ju också de problemen som konsensus doktrinen hade.

4.3 Subsequente copula

Denna form av informellt äktenskap bestod av två delar. Dels måste det ha funnits ett löfte om äktenskap, dels måste det sedan mellan parterna ha ägt rum samlag som inte skulle ha ägt rum om inte den ena parten förlitat sig på löftet.⁶⁹ Kärande skulle alltså visa två olika händelser, både att löfte förekommit och att sexuellt umgänge sedan förekommit mellan de två. Dessutom måste man visa att man förlitat sig på det löftet och detta presumeras om inte svarande kunde visa att det är annorlunda. Detta var också den enda tillåtna ordningen, alltså löftet måste ha föregått det sexuella umgänget i tiden. Både löftet och samlaget måste ha ägt rum i Skottland.⁷⁰

Denna form av äktenskap byggde precis som *verba de presenti* på samtycke mellan makarna. Men i detta fall rörde det sig om ett fiktivt snarare än ett verkligt samtycke. När en två personer som hade lovat varandra framtida äktenskap samtyckte även till sexuellt umgänge kunde man anta att de genom detta implicit samtyckt till äktenskap.⁷¹ Denna presumtion, eller fiktion visar på en ganska ålderdomlig syn på sexualitet och äktenskap vilket förmodligen var en av anledningarna till att denna form av informellt äktenskap avskaffades. I detta ligger också den tidpunkten vid vilken äktenskapet skulle ha uppkommit, vilket var föremål för diskussion i Fallet *M v. M*⁷². Kärande J. B. eller M hade förlovat sig med M i oktober 1913. Av ekonomiska skäl gifte de sig inte omedelbart, men förlovningen var allmänt känd och accepterad av bådass föräldrar. I brev dem emellan hänvisar båda till förlovningen och Mackie uttryckte sin önskan om att gifta sig så snart som möjligt. Då första världskriget bröt ut var M tvungen att åka till Frankrike. På senhösten 1914 och våren 1915 hade de båda sexuellt umgänge med varandra vid två tillfällen på hans initiativ och hon förlitade sig på hans tidigare löfte. I juni samma år upptäckte hon att hon var gravid, något som hon berättade för honom i ett brev som han inte hann svara på, eftersom han dog i strid den 6:e juni. Janet M ville få äktenskapet fastställt och hennes sons legitimitet fastställd. Den avgörande frågan i både detta och flera andra fall var, eftersom den ena parten till äktenskapet är avliden, när äktenskapet uppkom. Om detta var det länge stridigheter i doktrinen. Efter

⁶⁹ Gloag & Henderson, s.856

⁷⁰ Thomson, s. 15

⁷¹ *N v. C* [1933] S.C. 492, 497

⁷² *M v. M* [1917] 1 S.L.T. 117 IH (2 div)

reformationen lutade teorin åt att man vid ett löfte subsequeute copula endast gav en möjlighet att få en dom på ett äktenskap som kom i existens i och med detta. Detta har sitt ursprung i att de under århundradena efter reformationen endast var möjligt för en kvinna att få ett domstolsbeslut på att man måste gifta sig med henne på grund av att ett äktenskapslöfte följts av sexuellt umgänge mellan de två. Detta kom senare att processuellt flyta samman med de andra informella äktenskapen. Tidig praxis och även ett fall under sent 1800-tal kallat *Ma v. Ma*⁷³ visade på denna tolkning.

Men andra auktoriteter var oense och menade att äktenskapet blev giltigt genom att sexuellt umgänge genomfördes, alltså vid den tidpunkten. Det existerade liksom *verba de presenti* även innan frågan kommit inför en domstol. I *D v. D* uttalade Lord Stowell att då parterna hade sexuellt umgänge transformerades förlovningen till ett informellt äktenskap genom handlingen, med alla konsekvenser som ett äktenskap har.⁷⁴ Auktoriter som Lord Stair var också av denna åsikt.⁷⁵ Frågan kom på sin spets i *M v. M*. Maken i äktenskapet var som nämnt avliden. Hade äktenskapet kommit till vid fastställsetidpunkten vore det omöjligt för domstolen att fastställa äktenskapet, en död person kan inte ingå äktenskap. Lord Ordinary refererade målet för Inner house eftersom han tyckte att frågan borde avgöras på ett mer bestämt sätt. Även om Lord Fraser och andra auktoriteter hade argumenterat för den första ståndpunkten menade Lord Ordinary i detta fall att tyngre auktoriteter argumenterade för den andra ståndpunkten. Det borde därför vara korrekt att uppfattade det som om att den ledande ståndpunkten var den andra. Äktenskapet uppkom alltså vid den tidpunkt som det sexuella umgänget inträffade och inte först då domstol tog beslut i saken.⁷⁶

Löftet om äktenskap skulle vara ovillkorligt och kunde inte bero av omständigheter av typen ”om barn föds så lovar jag att gifta mig med dig”.⁷⁷ I fallet *N v. C* hävdade svarande att hans löfte om äktenskap var villkorat i det avseendet att han måste ha pengar att betala bostad, möblering och ett drägligt liv för de två. Men domstolen menade på att ett sådant villkor finns i alla frierier där äktenskap inte ingås med en gång och är en normal utgångspunkt för alla. Därmed kan det inte utgöra ett sådant villkor som kan göra löftet villkorat på ett otillåtet sätt.⁷⁸

M v. M illustrerar också tydligt vilken typ av bevisning som var aktuell. Löftet om äktenskap skulle bevisas med ed, (oath), eller skrift, (writ).⁷⁹ Skrift kunde vara vilken form av skriftlig bevisning som helst. I *M v. M* framkom flera brev från den avlidne till kärande där han omtalade förlovning i varma ordalag. Därmed var det visat att löftet blivit avgivet. I

⁷³ *Ma v. Ma* [1885] 12R 432

⁷⁴ *D v. D* [1811] 2 Haggard 54 Cit. i *M v. M* [1917] 1 S.L.T. 117 IH (2 div), s. 119

⁷⁵ Stair's institutions, s.107

⁷⁶ *M v. M* [1917] 1 S.L.T. 117 IH (2 div), s. 119ff

⁷⁷ Bell's Principles §1519 s. 594

⁷⁸ *N v. C* [1933] S.C. 492, s. 496

⁷⁹ *M v. M* [1917] 1 S.L.T. 117 IH (2 div), s. 122

fallet L v. L fördes också bevisningen medelst skrift men breven som framkom där var mer komplicerade. Målet hördes i Outer House men frågan ställdes till Inner House eftersom bevisomständigheter var ovanliga och oklara. Det brev som framkom som enda bevisning uttryckte tydligt och klart att löfte om äktenskap skett. Men vad som också var tydligt var att brevet var skrivet av svarande till kärandes mamma efter att processen hade inletts och det var vidare klart att det skrivits enkom för att utgöra bevisning i målet. Någon egentlig konflikt mellan kärande och svarande torde inte ha förekommit i detta fall. Lord Ordinary i Outer House var osäker på om bevisning skulle tillåtas. Inner House gav svar på frågan genom att resonera kring bevisregelns ändamål. Det första var att skydda svarande och de andra var att ge domstolen det mest tydliga bevismedlet. I detta fall torde det inte finnas någon anledning att tro att svarandes skyddsbehov var större än vad som lämnats utrymme för och vidare kunde bevisningen inte vara tydligare för domstolen därmed fanns det ingen anledning att vägra bevisningen. Denna åsikt förstärks också av att varken några principiella intressen eller några tredjemans intressen kunde skadas.⁸⁰

I M v. M utgjorde bevisningen för det sexuella umgänget dels av barnet, till vilket det aldrig ifrågasätts att den avlidne mannen var pappa. Vidare gav kärande två specifika tillfällen som inte emotsägs av någon då samlag skulle ha ägt rum och pekar på ett brev där hon tyckte att det framkommer att samlaget har ägt rum så som hon berättat. N v. C var i detta avseende ett mycket mer komplicerat fall. Kärande och svarande hade och detta är mer eller mindre ostridigt, varit förlovade sedan 1917 men under de nästan femton år som förflutit fram till domstolsprocessen blivit mer och mer ovänner. Detta slutade i en, även för domarna ganska komplicerad talan som involverar både stämning på skadestånd för den brutna förlovningen och en talan om fastställelse av ett äktenskap löfte subequente copula. Detta var inte alternativa talegrunder som låter sig göras i skotsk rätt egentligen. Slutligen prövades äktenskapets existens eftersom kärandes berättelse och bevisning i huvudsak hänförde sig till detta. Det påstådda samlaget skulle ha ägt rum under 1921 i Dundee. Även om det fanns en presumtion för att ett sådant samlag hade skett under förutsättningen att äktenskapet skall bli av så kunde denna presumtion mycket väl motbevisas av svarande om sådana bevis skulle ha funnits till hands för honom/henne. Detta kunde inte bara utgöras av bevisning runt själva händelsen utan även av beteende efter denna.

Lord President Clyde menade att varken svarande eller kärande mellan 1921 och nu 1932 har uppfört sig som om äktenskap kommit till stånd vid det sexuella umgänget även om det var klart att de avsåg att gifta sig under en lång period. Svarande hade också påstått att kärande hade haft sexuellt umgänge⁸¹ med flera män under denna period, vilket också torde visa på att

⁸⁰ L v. L [1927] S.L.T. 282 IH (2 div), s. 284

⁸¹ Notera dock att denna typ av bevisning förmodligen inte längre ligger i tiden. Bevisningen fördes på tidigt 30-tal innan många av de viktigaste händelserna i kvinnans sexuella och personliga frigörelse hade ägt rum.

hon inte trodde att hon ingått äktenskap med svarande 1921.⁸² Vidare menade Lord Sand att det hade blivit mer och mer vanligt att par hängav sig åt sin passion utan att ha en tanke på att detta skulle kunna få till följd att de blev gifta med varandra. Om alla personer som har fraterniserat varandra under förlovningen skulle ses som gifta, var han rädd att det fanns möjligen flera tusen skottar, som trodde sig vara ogifta eller som senare gift sig med någon annan, som i själva verket ingått äktenskap på detta vis. Nej, mer rimligt torde enligt hans mening vara att när viss tid gått förbi och ingen av parterna har hävdad äktenskapet måste man anta att ingen av dem förlitade sig på äktenskapslöfte för att samlaget skulle äga rum och att de följaktligen inte är gifta.⁸³ Lord Sand fick dock inget gehör för sin enligt honom själv mer rimliga tolkning. Men det kom att ha begränsad betydelse eftersom de informella äktenskapens revidering 1940 kom att innebära slutet för denna möjlighet till äktenskap. Men en preskriptionstid för informella äktenskap är inte ovanlig. Detta existerar exempelvis i Texas, USA.⁸⁴

4.4 Habit and repute

4.4.1 Innebörden av Cohabition by bed and board

Denna form av informellt äktenskap har inte sin direkta motsvarighet i den kanoniska rätten, faktum är att den teoretiska grunden för denna typ av äktenskap är omstridd. Äktenskap genom ”*Habit and repute*” var den form av informellt äktenskap som existerat längst i Skottland. Möjligheten till denna form av äktenskap försvann i år 2006. Den byggde på de två delar vana (*habit*) och rykte (*repute*). *Habit* bestod av det faktum att man levde ihop som om man vore gifta. Det är således ett krav att man sammanbott med varandra, *by bed and board*. Men detta räckte inte för att presumptionen skulle uppstå. Sammanboendet skulle vara som gifta alltså inte som vänner, eller inneboende, eller i otukt med varandra, utan någon intention att vara gifta⁸⁵.

Fallet *N v. B* ger exempel på ett klart fall av sammanboende personer. *N* började sammanbo med svarande *B* under 1928/29. Detta var en av de få sakerna som är ostridigt i fallet. Kärande hävdade att hon strax därefter började sova i samma sovrum som svarande och att de två hade samlag med varandra. Att de två varit intima med varandra vid något tillfälle var uppenbart eftersom en son föddes i förhållandet, till vilken svarande utan tvekan var pappa. Sonen fortsatte att bo med föräldrarna fram till att han flyttade ut och gifte sig själv. Han menade att han aldrig anat att föräldrarna inte varit gifta. Kärande hävdade vidare att hon och svarande levte tillsammans som makar fram till 1950 då svarande mer eller mindre kastat ut henne. Hon har kallats av personer de kände och umgåtts med vid Mrs *B*

⁸² *N v. C* [1933] S.C. 492, s. 498

⁸³ *N v. C* [1933] S.C. 492, s. 499f

⁸⁴ Garza, s. 545

⁸⁵ *N v. B* [1954] S.L.T. 314, s. 313f

och svarande skulle t.o.m. ha presenterat henne för andra som sin fru och fyllt i en rekommendation för klubbmedlemskap för henne under namnet Mrs B. Svarande å sin sida hävdade att under de över 20 år som de två bott tillsammans hade kärande aldrig varit mer än en hushållerska åt honom. Han medger att de två vid vissa tillfällen haft samlag men att de aldrig sovit i samma rum och att han aldrig kallat henne vid Mrs B. Deras mer intima förhållande upphörde förövrigt redan snart efter det att sonen fötts. Vid första anblick kan man tycka att svarandes försvar faller på sin egen orimlighet. Ingenting i bevisningen talade för att kärande endast skulle ha varit hans hushållerska. Det faktum att sonen inte insett föräldrarnas situation är en bra indikator på hur äktenskapslik situationen har varit.

Vid läsandet av fallet blir det uppenbart att då man beaktade bevisningen så tog man i första hand hänsyn till den bevisning som hänförde sig till sovarrangemanget och måltidsarrangemangen (bed and board). För bevisningen kring hur "paret" sov står sonen, och kärandes väninnor Mrs C och Mrs R till stor del. Sonen kunde inte i detalj minnas när hans föräldrar sovit ihop och isär, vilket naturligtvis var en svaghet men samtidigt menade Lord Ordinary att om det varit så att de aldrig sovit tillsammans och förhållandet varit som mellan arbetsgivare och anställd, som svarande påstod, så får man anta att han lagt detta på minnet. Var och en av väninnorna har under en kort period bott tillsammans med kärande. Då svarande varit närvarande (det ena avsåg ett semesterboende där svarande inte hela tiden hade möjlighet att vara p.g.a. sitt arbete) har han sovit i samma rum som kärande. Huruvida det också är nödvändigt att makarna har haft sexuellt umgänge med varandra under sängarrangemangen framkom inte tydligt varken i detta mål eller i något annat. Men eftersom det inte berörs så får man möjligen anta att ett försvar som baseras på att man föralldel sovit i samma säng men inte haft sexuellt umgänge med varandra inte kunnat godkännas. Måltidsarrangemangen kunde inte utredas mycket mer än att besökare ätit med "hela familjen" och att kärande agerat som värdinna. Bevisningen var mycket omfattande och innefattade, sonens bröllop dit de bjudits som Mr och Mrs B, deras medlemskap i samma klubb och det faktum att de inbjöds bli Gudföräldrar till Mrs C:s barn. Alla situationer var sådana där man finner makar och inte hushållerskor och deras arbetsgivare.⁸⁶

4.4.2 Vikten av det allmänna anseendet

Det var också nödvändigt för presumptionens uppkommande att kärande kunna visa att paret har ett rykte om sig att vara gifta. Av N v. B framkom att ryktet kunde visas genom utsagor från personer kring paret, som personalen på klubben där de båda var medlemmar. Vidare intygade Mrs C att hon inte låtit svarande och kärande bli gudföräldrar till hennes barn om hon inte varit övertygad om att de båda var gifta. Kärande kunde visa att paret ryktats vara eller ansetts vara gifta genom olika typer av bevisning. I N

⁸⁶ N v. B [1954] S.L.T. 314, s. 316

v. B utgjordes bevisningen av parets vänners vittnesmål. Detta var även fallet i S v H. S hade sammanbott sedan 1977 med H men denne hade inte varit skild förrän på vårvintern 1978. H dog i en bilolycka 1979 och S sökte få äktenskapet fastställt gentemot H f.d. fru som företrädde deras gemensamma barn. Parets rykte som makar bevisades i domstol genom vittnesmål från bekanta och grannar, som alla sa att paret liksom kärande vittnat om utgav sig för att vara gifta, och H presenterade S som sin fru.⁸⁷ Vidare framkom ytterligare bevisning i form av en ring som H givit S och blanketter på vilka H fyllt i att S var hans fru med avsikten att hon skulle åtnjuta skydd från en försäkring.⁸⁸

4.4.3 Sammanboendets och ryktets varaktighet och stabilitet

Många rättsfall har behandlat tidsperioden under vilket sammanboendet och anseendet som gifta skall ha försiggått. Korta relationen kunde inte ge upphov till att en presumtion för äktenskap uppkom utan relationen skulle vara en avsevärd tid (a considerable time). Detta uttalades bl.a. av Lord Moncrieff i L v. G⁸⁹ där han angav vilka faktorer som krävdes för att äktenskap skulle uppkomma. Hur lång tid som avses med avsevärd tid var inte helt fastlagt. I W v F C co. hävdade en kvinnan som levtt samman med en då avliden gruvarbetare att de två var informellt gifta på redovisat sätt, men samlevnaden dem emellan hade endast varat mellan september 1907 och gruvarbetarens död i början av juli 1908, alltså i ungefär 10 ½ månader. Det ansågs i fallet inte visat att relationen var så varaktig som den borde vara för att ge upphov till äktenskapspresumtionen. Lord Ardwall utvecklade diskussionen kring tidsperioden ytterligare och menade att i hans tycke var 10 månader för lite för att kravet på en avsevärd tidsperiod skulle vara uppfyllt.⁹⁰

I ett inte alltför olik fall S v. H vars fakta har refererats ovan, räckte den tidsperiod som det paret hade sammanbott med rykte om sig att vara gifta. S och H hade flyttat ihop redan i juni 1977 men Hendersons skilsmässa hade inte blivit klar förrän i mars 1978. I januari 1979 upphörde sammanboendet p.g.a. Hendersons död. Det är alltså en tidsperiod på ungefär 11 månader under vilka äktenskapet kunde ha grundats, blott en månad mer än i fallet W v. F C co. Trots det blev utfallet i de båda målen motsatta. Lord Stott tolkade det som att Lord Ardwall i W v. F C co. inte satte någon specifik tidsgräns som kunde tillämpas på alla mål utan att hans uttalande om de 10 månadernas otillräcklighet var hans bedömning av det specifika fallet. Lord Ardwall gav ingen principell anledning för en sådan generell tidsgräns och hans omnämnade av den specifika tiden som avgörande avvek ju från vad Lord Justice- Clerk skrev, med vilket Lord Low instämde.⁹¹

⁸⁷ S v H [1982] S.L.T. 211, s. 212

⁸⁸ S v. H [1982] S.L.T. 211, s. 211

⁸⁹ L v. G, cit i W v. F C co. [1909] 1 S.L.T. 509 IH (2 div). s. 512

⁹⁰ W v. F C co. [1909] 1 S.L.T. 509 IH (2 div), s. 512

⁹¹ S v. H [1982] S.L.T. 211, s. 212

Att någon minsta tidsperiod inte gick att fastställa generellt visades av fallet *K v. M.*⁹² Kärande sökte fastställelse av hennes äktenskap. De två hade sammanbott sedan 1984 då de båda var gifta. I januari 1989 hade båda fått igenom skilsmässa och var då fria att gifta sig. Mannen dog dock i juni samma år. I detta fall var tiden på vilken äktenskapet kunde grundas väldigt kort inte ens sex månader. Domaren i Outer House tyckte att all bevisning som hänförde sig till tiden innan de båda var fria att gifta sig med varandra var irrelevant och inte kunde framföras i rätten. Men överklagat till Inner House menade domstolen att tiden inte ensamt avgjorde huruvida presumtionen för äktenskap uppkommit. Man kunde därför ta hänsyn till förhållande före den tidsperiod då äktenskapspresumtionen kunde ha uppkommit. Detta par hade sammanbott i fem år före detta, något som domstolen tyckte var en relevant omständighet.⁹³

Det ryktet som ett par har om sig att vara gifta måste också vara generellt och odelat. Detta framgår i viss mån av *C v. C*⁹⁴. Detta mål har också en komplicerad bevisituation eftersom det hade gått nästan 80 år mellan de inträffade händelserna och processen. 1780 rymde J C, med E B, då gift med en annan man, L. Paret levde tillsammans och fram till Mr C:s död 1806. Från 1784, då L dog, var de fria att ingå äktenskap med varandra. Det var tydligt att Mr C:s föräldrar, med vilka paret kommunicerade via brev var av uppfattningen redan tidigt att de två var gifta. Men deras uppfattning räckte inte för att göra ryktet om dem generellt eftersom det endast existerade inom familjen, som inte bodde i närheten. Det var nödvändigt att ryktet om paret som gifta utsträckte sig längre, till grannar, vänner, bekanta och bådas familjer, och i samhället i allmänhet för att skapa en allmän tro att det rörde sig om ett gift par.⁹⁵

I detta fall så var i vart fall hela familjen L medvetna om att äktenskapet inte kunde ha kommit till stånd före 1784. Det fanns inte mycket bevisning för vad de två gjorde och var de bodde fram till 1793 då det enligt Lord Cottenham inträde en period av odelat rykte. Detta rykte bestod enligt Lord Chelmsfords redovisning av fakta av det faktum att paret var inbjudna till familjegodset, där Mr C:s äldre bror då bodde under 1799, vilket knappast skulle ha varit möjligt om E endast varit en älskarinna. Vidare gav Mr C henne en fullmakt under 1800 utskrivna till ”min Fru E C”. Vidare visar officiella papper från 1804 att C ansåg henne vara hans fru.⁹⁶ Lord Cottenham menade att om fallet byggde endast på denna period så var det utan tvivel så att ett generellt, varaktigt rykte om paret som man och hustru hade uppstått. Vidare menade Lord Chelmsford att även efter C:s död så fortsatte det att antas att de två var gifta efter som deras äldste son ansågs vara född inom äktenskapet och tog över familjegodset. Där levde han fram till sin död 1850 helt ostört. Alla dokument pekade på att i vart fall från och

⁹² *K v. M* [1994] S.L.T. 763, s. 764

⁹³ *K v. M* [1994] S.L.T. 763, s. 765

⁹⁴ *C v. C* [1866] 4 M 867

⁹⁵ *C v. C* [1866] 4 M 867, Lord Cottenham

⁹⁶ *C v. C* [1866] 4 M 867, Lord Chelmsford

med 1793 så existerade ett generellt och odelat anseende om E och C att de var gifta. Detta kan sättas i kontrast med det tidigare fallet P v. P i vilket domstolen fann att paret var gifta medelst *verba de presenti*. Kärlande där hade att förlita sig på denna form av äktenskap p.g.a. att, som domstolen påpekade, de faktiska omständigheterna inte var tillräckliga för att skapa en presumtion för äktenskap med "*habite and repute*". Detta berodde på att P framställde sin fru för vissa som om de var gifta emedan han till vissa sa att han inte var gift och inte sa ett enda ord om äktenskapet till sin familj. Den typen av delade meningar kunde räcka till att, tillsammans med andra omständigheter, stödja kärlandes vittnesmål att samtycke utbyts muntligt dem emellan, *Verba di presenti*, men det kunde inte ligga till grund för ett äktenskap, med "*habite and repute*" där det endast fanns en presumtion att det var parternas tysta avsikt att ingå äktenskap.⁹⁷

4.4.4 Parternas avsikt

Det som uppstod från bevisat sammanboende i gemensam säng och med gemensamma måltider, samt deras rykte som gifta var en presumtion som naturligtvis kunde motbevisas. Dessa faktorer gjorde det endast möjligt för domstolen att dra slutsatsen att paret hade för avsikt att anses som och vara gifta.⁹⁸ Det är värt att upprepa att det skotska äktenskapet bygger på samtycket från parterna. Då var svarande tvungen visa att det inte fanns någon avsikt att bli gifta eller att det förelåg ett hinder för att de skulle kunna gifta sig. M v S visade att det inte var samma sak att sammanbo och ha ett kärleksförhållande med varandra och dessutom ha ett stabilt och mycket äktenskapslikt förhållande som att de facto ha implicit givit sitt samtycke till äktenskap även om gränsen verkligen kan te sig mycket luddig. M hade varit gift tidigare hon hade sedermera separerat och 1970 börjat leva med J S istället. 1972 hade skilsmässan från hennes förra make blivit klar och då skulle S och M haft möjlighet att gifta sig. S dog i en arbetsolycka i december 1975. Det som gjorde att Lord Ordinary Ross inte kunde fastställa äktenskapets existens var hans misstro mot att någon avsikt att ingå äktenskap genom "*habit and repute*" hade funnits mellan parterna. Den omständighet att S och M hade gjort upp planer för att gifta sig under våren 1976 men att detta p.g.a. S dödsfall inte blivit av talade emot att de skulle viljat anses som gifta genom "*habit and repute*". Av kärlandes vittnesmål framkom att hennes uppfattning var att de då inte endast skulle genomgå en formell ceremoni utan de facto skulle bli gifta. Hon uttryckte också sin rädsla att lagen inte skulle anse dem vara gifta. De vittnen som har hörts har alla sagt att de trodde S och M var gifta men flera av dem blev senare, dock under S:s livstid, varse att så inte var fallet. Bland annat på grund av att M själv sagt att de inte var gifta. Det stod klart att även om deras relation var stabil och långvarig och att de levde tillsammans precis så som makar gör så räckte inte det för att äktenskap skulle uppkomma. Vilket är en naturlig konsekvens av den utvecklingen som innebär att man visst

⁹⁷ P v. P [1911] 1 S.L.T. 43 IH (ct 5 judges) (1 div), s. 47

⁹⁸ L v. G [1970] S.L.T. 356, s. 358

kan sammanbo i ett stabilt parförhållande utan att för den delen vilja gifta sig. Ett antagande som förmodligen inte var lika gångbart 100 år tidigare. I *L v. G* fanns många invändningar mot att äktenskap uppkommit. Men Lord Ordinary Robertson menade att den mest avgörande omständigheten som talade mot att äktenskap skulle existera var parternas egen inställning till äktenskap. Efter att *G* var fri från sitt tidigare äktenskap i början av 1966 hade ingen av parterna varit positiv till äktenskap överhuvudtaget. Kärande vittnade att hon hade avböjt svarandes förslag att genomgå en formell ceremoni eftersom hon då var gravid. Svarande å sin sida vittnade att han helt kort hade funderat över äktenskap men att han inte ville gifta sig om de två inte kunde bli sams igen.⁹⁹ Det var knappast aktuellt med en sådan inställning att fundera över om de två implicit samtyckt till äktenskap.

I detta sammanhang kan man säga något om när intentionen var tvungen att finnas. Det var inte nödvändigt som synes av flera av fallen som jag tagit upp tidigare att intention att betraktas som gifta fanns redan från det att paret började sammanbo. Både i *C v. C*, *L v. G* och *M v. S* m.fl. inleddes sammanboende då parterna inte hade möjlighet att gifta sig eftersom den ena av dem redan var bunden av ett tidigare äktenskap. Alltså kunde avsikten inte från allra första början varit att ingå äktenskap men denna avsikt kunde förändras. Varken i *L v. G* eller i *M v. S* fann domstolen att inställning till förhållandets karaktär hade förändrats av olika skäl. Men i *C v. C* menade domstolen att det framgick att efter det att parterna var fria att gifta sig hade deras avsikt varit att anses som gifta, vilket visades av deras handlingar mot varandra och deras handlingar mot *C*:s familj med vilka de interagerade som man och hustru. Vidare menade man att det inte krävdes någon speciell offentlig handling eller ens en förändring i beteende mot varandra för att visa att intention fanns att ingå äktenskap, men eftersom omständigheterna förändrats kan man tänka sig att handlingar och beteendets innebör var en annan. Det framgick också att det inte var nödvändigt att visa en exakt eller i vart fall mer bestämd tidpunkt då avsikten att ingå äktenskap uppkommit, alltså att visa mer bestämt när det implicita samtycket uppkom.¹⁰⁰ Oavsett vilka möjligheter man hade att ingå äktenskap från första början så är det inte nödvändigt att avsikten med sammanboendet från början var att ingå äktenskap. En sådan avsikt kunde uppkomma senare.

4.5 Följder av informella äktenskap

Informella äktenskap hade också samma konsekvenser som formella. De ger som bekant upphov till en rad följder. Då man ingått ett informellt äktenskap kunde man inte ingå ett annat äktenskap utan att det informella först upplösts.¹⁰¹ Ett äktenskap i Skottland upplöses som regel av skilsmässa. Det kan också vara ogiltigt (void) eller möjligt att

⁹⁹ *L v. G* [1970] S.L.T. 356, s. 359f

¹⁰⁰ *C v. C* [1866] 4 M 867

¹⁰¹ Se bl.a. *D v. D* [1811] 2 Haggard 54 och *D Peerage case* [1881] 6 App. Cas m.fl.

ogiltigförklara (voidable)¹⁰². Skilsmässan bygger på en blandning mellan principen om varaktig söndring och fel-principen. I verkligheten har man något som liknar den fria skilsmässan men man har formellt behållit grunder som otrohet, övergivande o.s.v. Jag kommer inte att gå igenom grunderna för skilsmässan i närmare detalj. Det viktigaste är dock att notera att det inte fanns möjlighet till en informell skilsmässa, exempelvis genom att flytta isär eller komma överens om att vara skilda. Har ett informellt äktenskap uppkommit måste skilsmässan genomföras formellt via domstol.

En skilsmässa innebär precis som i Sverige vissa ekonomiska konsekvenser för parterna. Under lång tid reglerades detta inte alls i lagtext i Skottland utan var en fråga för domstolen att avgöra. Nu finns principerna för delning i Family law (Scotland) Act 1985. I delning ska den äktenskapliga egendomen (matrimonial property) ingå. Men detta begrepp avses egendom som anskaffats under äktenskapet, alltså efter att äktenskapets ingåtts men innan parterna slutat bo ihop som man och hustru. Förutom denna egendom som införskaffats av mannen eller hustrun eller båda under pågående äktenskap ingår också egendom som införskaffats av dem innan äktenskapet om denna egendom utgör familjens hem¹⁰³ eller bohag i det. Det är nödvändigt att denna egendom anskaffats med avsikten att den ska användas för detta ändamål. Övrig egendom som införskaffats innan äktenskapet ingår inte i delningen. Egendom som införskaffats efter att parterna flyttat isär och egendom som någon av parterna fått genom gåva eller arv är också undantagen delning. Fördelningen av egendom sker utifrån vissa principer och innebär inte automatiskt en likadelning av den typen som är huvudregel i Sverige. Den första principen bygger på att nettovärdet av den äktenskapliga egendomen ska fördelas mellan parterna på ett rättvist sätt. Detta är i första hand likadelning men behöver inte vara det om det finns andra speciella omständigheter. Den andra principen innebär att den som lidit en ekonomisk förlust genom ett agerande som varit till fördel för den andra parten eller familjen, skall kompenseras för detta. Detta innefattar exempelvis att en av parterna stannar hemma med barn och hushåll och därmed avstår från en karriär. Det kan också utgöras av rena investeringar i den andras firma eller obetalt jobb i denna. Den tredje principen berör den som har vårdnaden om barn under 16 år i äktenskapet, även barn som inte är båda makarnas, efter dess upphörande. I dessa fall kan domstolen utdöma överföring av egendom, främst pengar under en period på högst tre år. De återstående två principerna kompenserar den ena maken för särskilda ekonomiska svårigheter som uppkommer till följd av skilsmässan och om

¹⁰² Grunderna för ogiltighet är detsamma som äktenskapshindren. Grunderna för att förklara ett ha möjlighet att förklara ett äktenskap ogiltigt har jag inte tagit upp med berör till stor del potensproblem som inte är precis aktuellt för det nu giltiga informella äktenskapet eftersom man måste dela "*bed and board*", se vidare kapitel 4.4.1

¹⁰³ Den engelska texten talar i detta avseende om "*the family home*". Detta får en viss betydelse eftersom begreppet "*matrimonial home*" enligt Matrimonial homes (family protection) Act 1985 definierar detta som även sådan bostad som inte först var tänkt att utgöra ett sådant hem men som fått den funktionen. Den typen av egendom innefattas inte i begreppet "*family home*" och därför inte heller i "*matrimonial property*" om den införskaffats innan äktenskapet. Se vidare Thomson, s.129

den ena maken vara ekonomiskt beroende av den andra under äktenskapet. Detta ska underlätta för denna make att ställa om sig till ett liv som ensamstående.

Äktenskapet får också konsekvenser då den ena parten avlider. Make har arvsrätt i Skottland, däremot så har det som sagts tidigare om skilsmässa ingen relevans för det fall då den ena parten avlidit. Make har först rätt till företräde till viss egendom (Prior rights) enligt sektion 8 i Succession (Scotland) Act 1964. Detta sker före eventuella andra arvingar har rätt till någon egendom. Företräde ges till bostaden och till bohaget. Företräde till bostaden ges endast då den avlidne hade ett relevant intresse i bostaden, alltså är ägare eller hyresgäst i den samma och den efterlevande vid dödfallet bodde i bostaden. Endast ett hem kan bli aktuellt för företräde. Detta innebär att om det finns två bostäder så kan endast företrädesreglerna bli aktuella för ett av dem, vilket av dessa hem kan den efterlevande själv välja inom sex månader. Företräde ges endast upp till ett värde av £65 000 i bostaden. Bohaget (furniture and plenishings) som finns i bostaden innefattar alla möbler, trädgårdsföremål, porslin, linne och husdjur. Dock inte sådan som användes för den avlidnes affärsverksamhet eller kontanta medel. Företräde ges endast upp till ett värde av £12 000 i bohaget. Utöver detta har den efterlevande maken rätt till en summa kontanta medel, vid andra arvingar £21 000 och då maken är den enda efterlevande £35 000.

Förutom företräde till viss egendom har den efterlevande maken också rätt till en vis del i den resterande egendomen (legal rights). Detta utgör en tredjedel av den lösa egendomen om det finns barn och om det finns andra arvingar så utgörs den av halva. Finns ingen andra arvingar tar make hela kvarlåtenskapen. Denna rättighet kan inte åsidosättas genom testamente men omfattar som sagt bara lös egendom, så som bilar, smycken tavlor osv. Fast egendom så som bostaden omfattas inte av denna rättighet. Som redan nu synes har make en stark ställning och i många fall kommer maken att ha rätt till hela eller i vart fall det mesta av boet då den andra dör utan att testamente finns.¹⁰⁴

4.6 Processrättsliga beaktande

4.6.1 Jurisdiktion

Den som anser sig vara informellt gift kan föra en talan i Court of session för att äktenskapet skall fastställas¹⁰⁵. Men i vissa fall kan även andra domstolar avgöra om ett äktenskap föreligger. Detta fastlades i fallet T v. W and C C Co¹⁰⁶. Detta fall berörde en ersättning för dödsfall i arbetet.

¹⁰⁴ Thomson, s. 58

¹⁰⁵ Trots att nya informella äktenskap inte kan uppkomma är detta fortfarande möjligt. Detta beror på att övergångsbestämmelserna medger att äktenskap som grundar sig på tiden innan den nya lagens ikraftträdande är giltiga och kan fastställas av domstol.

¹⁰⁶ T v. W and C C co. [1935] S.C. 580 IH (1div)

Arbetsgivare hävdade att den person som utgav sig för att vara änka till den avlidne Mr T i själva verket inte varit gift med honom. Frågan för den högre domstolen blev huruvida den lägre domstolen gjort en korrekt bedömning då den tillät änkan att föra bevisning om äktenskapets existens, trots att denna fråga är föremål för Court of sessions exklusiva jurisdiktion. Lord President Clyde menade att den typen av frågor oundvikligen uppkommer från och till och bara det faktum att den avgör den rättsliga ställningen gör inte att en domstol inte kan ta ställningen till den. Dock bör man inte gå utöver vad som är nödvändigt för att avgöra huvudfrågan och beslutet får inte några konsekvenser utöver det mål som då ligger för handen.¹⁰⁷ I fallet B v. B¹⁰⁸ var saken annorlunda eftersom kärke då hade möjlighet att låta målet prövas av Court of Session istället, detta berodde på att det var makarna som var parter i målet och den verkliga tvistefrågan dem emellan var huruvida de var gifta eller inte.¹⁰⁹ B v. R¹¹⁰ illustrerar tydligt skillnaden. Detta var ett mål om underhåll som drevs av myndighetspersonen B (Inspector for the poor) under Poor Law (Scotland) Act 1845 sektion 80.¹¹¹ Denna myndighetsperson hade naturligtvis ingen möjlighet att hävda att äktenskapet uppkommit och få detta fastställt av Court of Session. De presumtiva makarna är de enda som har rätt att föra en talan om fastställelse av äktenskapet.

Om domstolen fastställer låter Principle Clerk of Session domen gå till registrering hos Registrar General. Även religiösa formella äktenskap måste registreras.¹¹²

4.6.2 Allmänna bevisväggar och godkänd bevisning

Det är den som hävdar ett äktenskap som har bevisbördan för att presumptionen för äktenskap med grunden i sammanboendet och parets rykte ska uppkomma.¹¹³ Kan den parten visa att paret har sammanbott och har haft en varaktigt och generellt rykte om sig att vara gifta så skiftas bevisbördan över på den part som hävdar att äktenskap inte föreligger. Denne måste då visa att avsikt saknades att samtycka till äktenskap. Detta framkommer i flera fall. I C v. C menade Lord Chelmsford att ”varje presumption är till den svarandes¹¹⁴ titels fördel, den överklagande måste krävas att övervinna dessa presumptioner genom bevisning av fakta som är

¹⁰⁷ T v. W and C Coal co. [1935] S.C. 580 IH (1div) s. 583 jfr även B v. R [1937] J.C. 123

¹⁰⁸ B v. B, [1854] 16 D. 555.

¹⁰⁹ B v. R [1937] J.C. 123, s. 126 Lord General (Normand)

¹¹⁰ B v. R [1937] J.C. 123

¹¹¹ Det var vid tillfället förbjudet för en make att överge sin hustru och inte underhålla henne med följd att hon blev en börda för de sociala myndigheterna. Därmed hade R begått ett brott.

¹¹² Thomson, s. 18

¹¹³ D Peerage case [1881] 6 App. Cas, s. 535

¹¹⁴ I detta fall är det den person som hävdar att ett informellt äktenskap uppkommit.

helt inkonsekventa och oförenliga med dem”¹¹⁵ Det förefaller som om presumptionen är stark och den omkastade bevisbördan blir tung för den som hävdar att avsikten att äktenskap skulle uppkomma inte fanns.

Som synes av åtskilliga fall så är dessa mål ofta rena fakta bedömningar och vissa fall rena trovärdighetsbedömningar. Vilket visades av fallet P v. P.¹¹⁶

4.7 Det informella äktenskapet i förändring

Det informella äktenskapets vidare framtid beskars kraftig genom en ny familjerättslig reglering som trädde i kraft 4 maj 2006. Genom denna lagstiftning kan nya sådan äktenskap inte skapas, emellertid så är gamla äktenskap genom *habit and repute* fortfarande giltiga även om de inte registrerats. Detta betyder naturligtvis att man även i framtiden kommer att få se hävdande av informella äktenskap i Court of session eftersom sådan är giltiga om sammanboendet påbörjats innan Family law (Scotland) Act 2006¹¹⁷ trädde ikraft. Det är lagstiftarens mening att informella äktenskap är till besvär och utnyttjas sällan. Emellertid uppstår vissa problem med övergångsreglerna också. Exempelvis lämnas frågan obesvarad huruvida relationen i sin helhet vara sådan att den utgör ett informellt äktenskap innan den nya lagen trädde ikraft alltså även inklusive varaktighetskravet? Ytterligare problem blir det då äktenskapshinder har förelegat under en tid och endast undanröjts efter ikraftträdandet emedan ”makarna” trodde att det var undanröjt tidigare. Om lagstiftaren tänkt sig nu vara kvitt det komplicerade informella äktenskapet får han nog tänka om. Den nya lagen löser vissa problem med skapar också nya.

Den största användningen av informella äktenskap som skotsk rätt haft under senare år är det fallet där makarna trott sig vara gifta men inte varit det på grund av något formellt fel eller något äktenskapshinder som de inte var medvetna om. Denna funktion blir till viss del kvar. Eftersom det informella äktenskapet fortfarande spelar en roll för personer som gift sig utomlands. Regeln i sektion 3 subsektion 3 rör personer som sammanbott med varandra och en av personerna har sin hemvist i Skottland och den andra personen är död och hade vid sin död också hemvist i Skottland. De två har emedan den senare personen levde avsett att ingå äktenskap utanför Storbritannien men detta är av något orsak ogiltigt. Den efterlevande personen får vetskap om ogiltigheten först efter den avlidnes död. I dessa fall kan ett informellt äktenskap komma till stånd. Eftersom man har valt att använda sig av det informella äktenskapet så får man anta att alla förutsättningar för detta också måste vara uppfyllda. Har man således hållit

¹¹⁵ ”every presumption is in favor of the respondents title, the appellant must be required to overcome that presumption by the proof of facts which are utterly inconsistent and irreconcilable with it.” C v. C [1866] 4M 867 per Lord Chelmsford

¹¹⁶ Se vidare kapitel 4.2

¹¹⁷ Lagstiftningen är ny därför kan det vara svårt att hitta den i pappersform. Men man kan hitta den på Scottish executives, Skottlands lokala regering, hemsida <http://www.opsi.gov.uk/legislation/scotland/acts2006/60002--a.htm#25>

sitt antagna äktenskap hemligt så torde ett äktenskap inte ha uppkommit. Det är också oklart om alla ogiltighetsgrunder i utlandet ger denna effekt.

Family law (Scotland) Act 2006 innebar också att nya regler som gäller sammanboende trädde i kraft. Sektion 26 definierar vad sammanboende ska innebära och begreppet innefattar en kvinnan och en man som lever som om de vore gifta eller två personer av samma kön som lever tillsammans som om de ingått partnerskap.¹¹⁸ Vid bedömning av relationen ska man ta hänsyn till hur länge den varat, hur stort ekonomiskt samarbete som finns mellan parterna och förhållandets natur.

Konsekvenserna för sambor är inte de samma som för gifta, vilket också är fallet med svensk rätt. Men även om detta är fallet så kan man se stora likheter mellan hur man har valt att konstruera de nya samboreglerna och det sätt på vilket man tidigare konstruerat regler för gifta. Detta speglas särskilt i fördelningsreglerna vid separation. Dessa fördelningsregler styrs, liksom vid skilsmässa av principer. Domstolen kan bestämma att en summa pengar ska överföras från den ena sambon till den andra eller att den sambon som inte har vårdnaden om det gemensamma barnet ska ersätta den ekonomiska bördan som barnet innebär eller på något annat sätt fördela egendom på ett sätt som de anser lämpligt. Då man genomför fördelningen ska domstolen ta hänsyn till hur balansen mellan ekonomiska bidrag och fördelar förhåller sig. Enligt sektion 28 (3) ska domstolen ta hänsyn till att svarande åtnjuter ekonomiska fördelar av bidrag som kärande gjort och i fall kärande lidit ekonomiska förluster på grund av de bidrag hon/han givit till förmån för svarande eller det gemensamma barnet. Hänsyn ska ifråga om överföring av kontanta medel i enlighet med sektion 28 (2)(a) ska också domstolen ta hänsyn till om svarandes ekonomiska fördelar motsvarats av ekonomiska nackdelar och likaledes om de uppoffringar kärande gjort motsvarats av fördelar som denna åtnjuter. Vad som är att anses som ett bidrag definieras av sektion 28(9) och omfattar både ekonomiska bidrag och icke-ekonomiska bidrag t.ex. att en part har tagit hand om det gemensamma hemmet och barnen. Ekonomiska fördelar kan vara både rena ekonomiska fördelar och inkomst och även förbättrade möjligheter att förvärva en inkomst.

Den nya lagen inför också en presumtion för gemensamt ägande av allt bohag. Denna presumtion kan upphävas genom bevisning.

Vad som ovan sagts om fördelningsregler gäller liksom reglerna för gifta endast vid separation. Den nya regleringen innebär också att sambor får vissa rättigheter vid den ena partens död. Dessa regler gäller för sambor utan testamente som vid sin död var sammanboende och hade sin hemvist i Skottland. Den efterlevande sambon kan då tilldömas av domstol överföring av speciell egendom eller av kontanta medel från den avlidnes dödsbo efter

¹¹⁸ Lagtexten ger här ”as if they were civil partners”. Detta är den möjlighet som finns i skotsk rätt för två homosexuella att ha en äktenskapsliknande situation, precis som partnerskapet erbjuder homosexuella denna möjlighet i Sverige.

det att täckning för den avlidnes skulder utfåtts. Bedömning av den efterlevande sambons rätt görs med hänsyn till boets natur och storlek, andra förmåner som den efterlevande utfår antingen med anledning av den avlidnes död eller av andra anledningar och vilka andra intressen som finns i den avlidnes dödsbo enligt sektion 29(3). Domstolen kan också beakta andra omständigheter om detta är lämpligt.

5 De svenska samboreglerna

5.1 Bakgrund till samboregleringen

Som historisk bakgrund till samboreglerna kan man nämna existensen i 1734 års lag av ofullkomnade äktenskap. Denna typ av äktenskap härstammar från de äldre landskapslagarna där äktenskap uppkom genom fästningen vilket var ett äktenskapsavtal och det efterföljande bröllopet med sängledning. Genom 1734 årslag blev vigseln det huvudsakliga sättet att ingå äktenskap. Men trots det så lät lagstiftaren vissa rättsverkningar av andra former av äktenskap bli kvar genom det ofullkomnade äktenskapet. Formerna för detta återfanns i Giftermålsbalken. Då trolovning, eller fästning, hade skett och mannen hävdade kvinnan kunde domstol förman honom att gifta sig med henne och om han vägrade kunde de utfärda en dom på att de två var makar. Hon fick då de rättigheter som tillkom en hustru bl.a. del i hans giftorättsgods och rätt att bära hans namn. Detta gällde även om mannen hävdade kvinnan under äktenskapslöfte. Praxis torde senare ha blivit att man i sådana fall endast tillerkändes del i giftorätten men inte betraktades som makar. Ett ofullkomnat äktenskap kunde också uppkomma genom att kvinnan blev gravid under äktenskapslöftet, då var barnet att anses som äkta och kvinnan skulle ha en hustrus rättigheter. I praxis innebar detta dock att hon fick del i mannens giftorätt.¹¹⁹ Reglerna om ofullkomnat äktenskap levde kvar fram till 1915 års lag om äktenskapets ingående och upplösning.¹²⁰ Det anfördes många anledningar för att avskaffa det ofullkomnade äktenskapet, framförallt att äktenskapet bör vara grundat på viljeförklaringar från parterna. Det ofullkomnade äktenskapet innebar sällan en riktig relation mellan parterna, eftersom äktenskapet bevisligen redan hade problem, utan var en enbart juridisk relation.¹²¹

Under 60 och 70-talet blev ogifta personer som samlevdes situation mer diskuterad. Redan då infördes skatte- och socialrättslig reglering som jämställde sambor med gifta. Ännu tidigare hade ogift efterlevande kunna tillerkännas änkepension under särskilda omständigheter.¹²² I förarbetena till den första lagstiftningen om ogifta sambor uttalades att neutralitet borde prägla inställning till olika samlevnadsformer. Alltså att lagstiftningen skall förhålla sig neutral till vilka former av samlevnad människor väljer och olika moraluppfattningar.¹²³ Emellertid är neutralitet ett problem eftersom

¹¹⁹ I våra nordiska grannländer har det varit på det viset att ett äktenskap kunde framtvingas om det under trolovning förekommit sexuellt umgänge som lett till graviditet. See mer om detta i: "Piger! Troe ei Elskers Ord" av Karin Telste i "Seklernas sex" (red. Lennerhed, L och Bergenheim, Å)

¹²⁰ Agell (1985), s. 29f

¹²¹ Lagberedningens förslag till revision av Giftermålsbalken och vissa delar av Ärvdabalken I Förslag till äktenskapets ingående och upplösning m.m. 1913, s.112ff

¹²² Agell (2004), s. 228

¹²³ Prop. 1973:32, s. 84

det praktiskt kan tolkas antingen som att lagstiftaren inte ska påtvinga regler på par som valt att inte gifta sig eller på det vis att alla regler som gäller gifta borde gälla även sambor. Men eftersom propositionens inställning till regleringen både av giftas mellanhavande och sambors var att man i första hand bara skulle lösa praktiska frågor så tog man inte ställning till den principiella frågan om neutralitet.¹²⁴ Sedan dess har sambolagen (som den heter nu) genomgått en hel del förändringar. 1987 års lag reglerade samboförhållandet mer utförligt. Emellertid har det konstaterats att det inte är önskvärt att med alltför utförliga regler göra samboförhållandet till en andra klassens äktenskap.¹²⁵ Sambolagen förändrades 2003 men förändringarna i sak var ganska små.

5.2 Hur uppkommer samboförhållandet?

Den nya sambolagen ersätter både sambolagen från 1987 och lagen om homosexuella sambor från samma år. Detta innebär naturligtvis att definitionen av sambor måste förändras så att den innefattar båda dessa lagars tillämpningsområde. Den gamla sambolagens definition löd: ”när en ogift man och en ogift kvinna bodde tillsammans under äktenskapsliknande förhållanden”. Detta är ersatt av definitionen ”två personer som stadigvarande bor tillsammans i ett parförhållande och har gemensamt hushåll”. Den nya definitionen förhåller sig neutral i frågan om vilket kön personerna i samboförhållandet har. Anledningen till förändringen var också att man hade sett problem i praxis med att avgöra vad äktenskapsliknande förhållanden var. Det är därför inte meningen att begreppet ska utvidgas mer än i det avseendet att det även innefattar homosexuella sambor. Däremot är det viktigt att lagtexten är tydlig och att domstolar inte är hänvisade till att tolka förarbetesuttalande. Den nya lagtexten är tänkt att bättre förklara vilka förutsättningar som finns för att ett samboförhållande ska uppkomma.¹²⁶ I 1§ 3st sambolagen anges också att samborna inte får vara gifta. Anledningen till detta var att man inte ville att konflikter skulle uppkomma mellan sambolagen och reglerna i äktenskapsbalken.¹²⁷ Vidare har sambolagen flera andra kriterier. Samborna ska bo tillsammans stadigvarande. Det har diskuterats att en tumregel för att samboförhållandet skall anses som varaktigt är att det skall ha varat i minst sex månader. Men detta är inte avgörande i bedömningen om samboförhållandet är stadigvarande. Andra grunder för bedömningen om en relation är stadigvarande kan vara gemensam folkbokföring, gemensamma barn eller testamente till förmån för varandra.¹²⁸ Samboskapet är också förbehållet personer som lever i ett parförhållande. Detta innebär förmodligen att man måste ha ett sexuellt samliv med varandra. De två i samboförhållandet måste också ha ett gemensamt hushåll. Detta innebär att man måste samarbeta ekonomiskt och

¹²⁴ Prop. 1973:32, s.84

¹²⁵ SOU 1981:85 s. 114

¹²⁶ Prop. 2002/03:80, s. 27f

¹²⁷ Prop. 1986/87:1, s. 100

¹²⁸ Prop. 1986/87:1, s. 253

med hushållsgöromålen.¹²⁹ De omständigheterna som pekar mot varaktighet kan också peka på att ett samboförhållande överhuvudtaget existerar. Sådana omständigheter kan vara förekomsten av ett gemensamt testamente. Men det kan också vara gemensam folkbokföring eller avtal mellan parterna om familjeangelägenheter.¹³⁰ Dessa omständigheter är ganska tydliga men i NJA 1994 s. 256 beaktades också andra omständigheter. Tvisten gällde vem som var förmånstagare i en försäkring. Mannen som tecknat försäkringen hade avlidit och som förmånstagare fanns hans sambo och om sådan inte fanns hans barn. Barnet hävdade att den kvinna som utgav sig för att ha sammanbott med mannen inte var hans sambo. Mannen hade varit folkbokförd och haft det mesta av sitt lösöre i en lägenhet emedan kvinnan bodde i en villa där hon hävdade att mannen också bott det mesta av tiden. Dock hade han haft sin post ställd till lägenheten som var fullt möblerade och föreföll bebodd. Han hade också begärt ersättning för resor från lägenheten till sitt jobb och kvinnan hade fått bostadsbidrag som ensamstående. De två hade ett gemensamt barn. Tingsrätten menade genom en helhetsbedömning att så nära gemenskap som avses i lagen inte fanns emellan de två och därför var de inte att anse som sambor. Hovrätten och HD gjorde en annan bedömning. De menade att det inte fanns anledning att tvivla på kvinnans berättelse att de två delade på hushållsgöromål och betalade gemensamt för mat o.d. De två justitieråd som var skiljaktiga beaktade det faktum att mannen och kvinnan agerat ensamstående gentemot myndigheter och att det därför låg en mycket tung bevisbörda på kvinnan som hävdade att de två hade varit sambor.

Två människor kan börja bo tillsammans under vissa förhållanden och senare utveckla dessa till ett sådant förhållande som avses i sambolagen. När ska då samboförhållandet anses ha uppkommit? Lagrådet menade att rättsverkningarna inträdde först då det äktenskapsliknande samboende uppkommit trots att de inte var eniga i frågan så anser Agell att denna modell är den mest rimliga rättstillämpningen.¹³¹

En annan fråga är hur sambolagen ställer sig till äktenskapshinder. Kan samboende vara under 18 år eller släkt på ett sådant sätt som inte tillåter äktenskap? Då lagtexten hänvisade till ett äktenskapsliknande förhållande kunde man lättare dra en parallell till att även vad det gällde samboskap så gällde reglerna som hindrade äktenskap. Om syftet med omformulering endast är att förtydliga vad som menas med äktenskapslikt och också inkludera homosexuella sambor torde utgången bli detsamma att personer som inte kan gifta sig inte heller kan vara sambor i sambolagens mening.

¹²⁹ Prop. 2002/03:80, s.28

¹³⁰ SOU 1999:104, s. 178

¹³¹ Agell (2004), s. 247

5.3 Samboförhållandets upplösning och konsekvenser av det

En förändring i den nya sambolagen utgörs av 2 § som ger förutsättningarna för att ett samboförhållande skall upphöra. Sådana förutsättningar saknades i 1987års sambolag. Det finns tre tillfällen då samboförhållandet upphör. Om en av parterna gifter sig (eller båda), om samborna flyttar isär eller om en part avlider upphör samboförhållandet. Den första av grunderna visar att samboförhållandet under alla omständigheter måste inta en underordnad position i förhållande till äktenskapet. Ett existerande samboförhållande är inte ett hinder för att ingå äktenskap och gör inte heller ett äktenskap ogiltigt.¹³² Däremot så är ett äktenskap hinder för ett samboförhållande att uppkomma och slår dessutom ut ett existerande samboförhållande då det ingås. Detta innebär att det finns en klar rangordning mellan de två samlevnadsformerna.

Det finns också en mindre diskrepans mellan hur samboskapet uppkommer och hur det upphör. Samboskapet uppkommer genom att man börjar sammanbo i ett varaktigt parförhållande med gemensamt hushåll utan att någon av parterna är gifta. Alltså kan det förhålla sig på det viset att två personer börjar sammanbo då den ena är inneboende hos den andra, de två är vänner eller den ena personen är anställd som t.ex. hembiträde och då är ju samboendet inte av en sådan natur att det faller under sambolagens tillämpning eftersom de två inte är i ett parförhållande. Men de kan ju sedan fatta tycke för varandra börja leva tillsammans som ett par under en längre period och ha ett gemensamt hushåll och då faller de ju in under lagens tillämpning. Men om de ytterligare senare inte längre är intresserade av ett parförhållande men tycker att det fungerar bra att bo ihop och fortsätter att bo ihop som vänner torde samboförhållandet trots det inte ha upphört eftersom ingen av förutsättningarna i SamboL 2 § är uppfyllda. Trots att de inte egentligen uppfyller definitionen av sambor.

Konsekvenserna av att ett samboförhållande upphör är dels att en av samborna kan begära bodelning enligt 8 § SamboL och att en av dem kan begära att få överta den gemensamma bostaden enligt 22 § SamboL. I bodelningen ingår samboegendomen som, enligt 3 § SamboL utgörs av sambornas gemensamma bostad och bohag i den mån det anskaffats för gemensamt bruk och inte är undantagen enligt 4 §. Begreppet samboegendom introducerades 2003 och ska motsvara funktionen hos begreppet giftorättsgods för gifta. Dock är omfattningen av egendomen som avses naturligtvis inte densamma. Definitionen av den gemensamma bostaden återfinns i 5 § SamboL. Av den framgår att den gemensamma bostaden är fast egendom som någon av samborna äger eller innehar med nyttjanderätt eller en byggnad eller en del av byggnad som en av samborna innehar med hyresrätt eller bostadsrätt eller med förköpsrätt till bostadsrätt under förutsättningen att den används som sambornas gemensamma hem

¹³² Framgår motsatsvis av ÄktB 2 kap.

och det är den huvudsakliga användningen. Det gemensamma bohaget definieras i 6 § SamboL som inre lösöre inklusive hushållsmaskiner, möbler m.m. Men det innefattar inte lösöre som används uteslutande av den ena sambon. Enligt 7 § SamboL så innefattas inte egendom som innehas huvudsakligen för fritidsändamål. Bodelningen sker endast om en av samborna begär det inom en viss tid efter det att samboförhållandet upphört. Sammanfattningsvis kan man notera den egendom som innefattas i en bodelning mellan sambor är mycket mer begränsad än den egendom som innefattas i en bodelning mellan gifta.

Hur bodelningen förrättas kommer jag inte närmare att gå in på. Det sker liknande som med makar med andelsberäkning och lottläggning enligt 12-16 §§ SamboL.

Ingår inte den gemensamma bostaden enligt definitionen i samboegendomen kan den andra sambon, enligt 22 § SamboL, trots det överta den om särskilda skäl talar för detta och det inte på annat sätt är att anse som oskäligt. Detta gäller endast bostad som innehas med hyresrätt eller bostadsrätt. Har samborna inte barn ska synnerliga skäl tala för ett övertagande.

En efterlevande sambos rättsställning skiljer sig markant från en efterlevande makes rättsställning. Det har inte ansetts lämpligt att ge efterlevande sambo arvsrätt på det sätt som en efterlevande make har. Det har inte ansetts lämpligt att ge en sambo någon arvsrätt alls.¹³³ Efterlevande sambo måste tillgodoses genom testamente. Men testamente kan fortfarande inte ge sambon så förmånlig arvsrätt som tillkommer make. Eftersom ett testamente inte kan inkräkta på bröstarvingarnas laglott så som en makes arvsrätt med fri förfoganderätt gör.¹³⁴ Trots det finns det en skyddsregel i 18 § 2 st. för det fallet att den ena sambon avlidit. Den efterlevande sambon skall då alltid ha rätt till att efter skulder är täckta få 2 ggr gällande prisbasbelopp på sin lott. Detta är det som brukar kallas den lilla basbeloppsregeln. Den har sin motsvarighet för makar i stora basbeloppsregeln i ÄB 3 kap. 1 § 2st. För makar är regeln utformad som en arvsrättslig regel emedan för sambor är det en familjerättslig regel. Detta innebär att sambors minimiskydd inte kan bli föremål för efterarv. Precis som för makar är basbeloppsregeln också till för att inte mycket små bon ska splittras. Om sambon begär bodelning innebär detta att den efterlevande sambon bli dödsbodelägare enligt ÄB 18 kap. 1 §.

¹³³ Prop. 1986/87:1, s. 110

¹³⁴ Agell (2004), s. 266

6 Jämförelse

6.1 Historiska jämförelser

Det skotska informella äktenskapet har som tidigare visats sina rötter i den kanoniska äktenskapsrätten. Emedan äktenskapet i svensk rätt bygger på den formaliserade vigseln. Vigseln har naturligtvis också sin grund i den kyrkliga välsignelsen över samtycket som också har sin grund i den katolska synen på äktenskapet som ett sakrament. Luther rekommenderade att kyrklig vigsel skulle vara det sätt på vilket man skulle ingå äktenskap så att ordning och reda i familjerelationerna skulle återställas. Den svenska reformationen utfördes med förebild hos Luther och man kan kalla Svenska kyrkan för lutheransk eller evangelisk, emedan Church of Scotland utfördes enligt Calvins läror som visserligen var starkt påverkade av Luther men utöver det utvecklade reformationen, den brukar kallas kalvinistisk eller presbyteriansk. Det faktum att skotsk äktenskapsrätt har en starkare anknytning till den kanoniska äktenskapsrätten kan förklaras av Calvins inställning till äktenskapet och dess skillnader i förhållande till den lutherska inställningen som torde ha haft inflytande på svensk äktenskapsreglering. Dels på grund av att Calvin sammanjämkade äktenskapets heliga status med dess funktionalitet som Luther tryckte på. Redan Calvins tidiga äktenskapsteologi fokuserade mer på kontraktet mellan parterna än nödvändigheten av officiell vigsel. En annan förklaring kan ligga i det religiösa landskap som även efter reformationen fanns i Skottland. På höglandet behöll katolicismen greppet kring många klaner. Befolkningen på höglandet har historiskt utgjort ett besvär för den skotska regeringen, vilket den engelska överhögheten också fått erfaras.¹³⁵

Det ofullkomnade äktenskapet var en relik från den gamla äktenskapstraditionen. Denna form av äktenskap följde med då vigseln blev huvudregel i svensk rätt. Det ofullkomnade äktenskapet hade påtagliga likheter med det informella äktenskapet och den kanoniska rättens erkännande av äktenskap genom löfte subsecente copula. Men som tidigare nämnts var denna situation även enligt Luther ett undantag från huvudregeln och detta kan möjligen ha varit en anledning till att denna situation har fått leva kvar så länge efter reformationen i Sverige.¹³⁶

¹³⁵ se mer om detta kapitel 2.2.1

¹³⁶ se mer om detta kapitel 2.1.2

6.2 Relationens uppkomst

6.2.1 Sammanboendet

För att samborelationen i lagens mening ska uppstå måste två personer sammanbo. Detta var också ett krav för att äktenskapspresumtionen för ett informellt äktenskap ska uppstå. Boende ansågs av HD i NJA 1994 s. 256 vara det avgörande för uppkomsten av samboförhållandet, även om man även diskuterade andra omständigheter. Att boendet är en central del av både samboskapet och det informella äktenskapet speglas i viss mån av fokuset på det gemensamma hemmet.¹³⁷

Den gamla sambolagen framhävde att samboförhållandet skulle vara äktenskapslikt. Detta återfanns också vad det gäller det informella äktenskapet. Man skulle bo tillsammans så som makar gör och framstå så som makar. Även efter att man ändrat sambolagens lydelse fortsätter den att omfatta det som kan tänkas innefattas i en äktenskapslik situation, d.v.s. parförhållande med sexuellt umgänge men även en hushållsgemenskap. Begreppet parförhållande kan bl. a. jämföras med begreppet *cohabitation by bed* som fanns i skotsk rätt. Båda implicerar att två personer har mer än ett vänskapligt förhållande eller affärsmässigt förhållande. Det finns inget skotskt rättsfall som visar att sexuellt umgänge var nödvändigt men det är ingen tvekan om att det krävdes att parterna sover tillsammans eller i vart fall har gjort det under den perioden på vilken äktenskapspresumtionen baserades. Även om det står i propositionen att det normalt sett borde ingå något sexuellt samliv i begreppet parförhållande¹³⁸ tror inte jag att det betyder att det måste vara konstant. I normala parförhållande torde man också uppleva perioder med minskad sexuell aktivitet särskilt i de fall där man sammanbott under en lång tid. En konstant lust gentemot sin partner i ett äktenskap kan ju knappast heller förväntas. Kravet på sexuellt samliv torde snarast tolkas som en markering att det inte är ett uteslutande vänskapligt förhållande som avses och att de två någon gång ska ha haft ett sexuellt samliv.¹³⁹ Detta har ju också varit fallet i många av de skotska rättsfallen som jag redovisat. Detta visas ju också genom att det ofta funnits barn i förhållandet.¹⁴⁰ I parförhållandet ligger också att sambolagen gäller monogama förhållanden. Det framgår också i lagen att ingen av parterna får vara gifta. Detta har samboskapet gemensamt med det informella äktenskapet (likväl med både det svenska och det skotska formella äktenskapet).

I sambolagen nämns också att samborna ska ha ett gemensamt hushåll. Detta kan jämföras med begreppet *cohabitation at board* i skotsk rätt. Som framgår exempelvis av bevisvärderingen i rättsfallet N v. B, diskuteras hur

¹³⁷ se vidare kapitel 6.3.1 och 6.3.2

¹³⁸ Prop. 2002/03:80, s.27

¹³⁹ Jfr Ryrstedt, s. 287

¹⁴⁰ Se bl. a. N v. B [1954] S.L.T. 314, C v. C [1866] 4 M 867

levnadsvanorna varit för paret, huruvida de har ätit ihop exempelvis, eller haft gemensamma gäster.¹⁴¹ Gemensamt hushåll innebär att man samarbetar kring vardagliga göromål och har ett visst mått av gemensam ekonomi.¹⁴² Vardagliga göromål tolkar jag som exempelvis, matlagning, städning och sådant som berör det gemensamma hemmet.

Men det finns naturligtvis också andra omständigheter som talar för eller emot att ett samboförhållande föreligger. Detta kan utgöras av ett gemensamt testamente men även andra omständigheter. Som tidigare nämnts så beaktade särskilt de två justitieråden som var skiljaktiga i NJA 1994 s. 256 omständigheter som hur de hade agerat på deklaraionsblanketter och i bidragsansökningar. Jag har tidigare gett exempel på skotska rättsfall där alla möjliga omständigheter har vägts in, ett exempel på detta är att det gemensamma klubbmedlemskapet vägdes in i bedömningen i fallet N v. B.¹⁴³

Både den svenska sambolagen och det skotska informella äktenskapet kräver att samlevnaden är av varaktig karaktär. I svensk rätt har en tidsgräns på sex månader satts men denna gräns är inte absolut. Andra omständigheter kan göra att även kortare samboförhållande kan falla under lagens tillämpning. I skotsk rätt har en samlevnad som varit i 10 månader underkänts som alltför kortvarig emedan 11 ½ månad har ansetts som tillräcklig. Även här berodde det av omständigheterna.

6.2.2 Inverkan av parternas avsikt

Jag menar alltså att det skotska informella äktenskapet *marriage by habit and repute* reglerade situationer som praktiskt motsvaras av den situation som regleras av de svenska samboreglerna. Två personer sammanbor under äktenskapslika former, delar säng och vardagliga göromål men har inte genomgått någon formell ceremoni eller registrering. Men det finns en väsentlig skillnad och det är parternas avsikt. Det var inte endast de praktiska omständigheterna som avgjorde om det informellt äktenskap uppkommit. Parterna måste ha haft för avsikt att ingå äktenskap också, deras önskan måste ha varit att betraktas som gifta. Någon sådan avsikt måste naturligtvis inte finnas hos sambor, dessa är inte gifta och betraktas inte heller som om de vore det. Men diskussionen om sambor har inte varit utan resonemang runt parternas avsikt. Lagrådet menade i propositionen till 1987 års lag att parets uttryckliga vilja att betraktas som sambor skulle anses utslagsgivande.¹⁴⁴ Resonemanget fördes i anslutning till varaktighetskravet och avsikten var en sådan omständighet som kunde ge för handen att även kortare samboförhållande uppfyllde definitionen av sambor i lagens mening. Partsavsikten kan ju vara svår att utröna som visas av de skotska fall som tidigare tagits upp. Men man kan möjligen tolka lagrådets uttalande som att

¹⁴¹ N v. B [1954] S.L.T. 314

¹⁴² Prop. 2002/03:80, s. 28

¹⁴³ N v. B [1954] S.L.T. 314

¹⁴⁴ Prop. 1986/87:1, s. 368

det inte måste finnas ett avtal eller något explicit viljeuttryck för att man ska kunna tolka det som att avsikten att betraktas som sambor i sambolagens mening om man har en livsföring som tyder på en sådan avsikt.¹⁴⁵ Vad en sådan livsföring kan innebära har inte specificerats.¹⁴⁶ Agell menar att det med tanke på att sambolagen tillkommit som social skyddslagstiftning är det olämpligt att fästa något större avseende vid parternas egen åsikt om huruvida de är sambor eller inte.¹⁴⁷ Att beakta parternas avsikt kan också öppna för missbruk av lagstiftningen eftersom vissa par kanske anser sig vara sambor endast då detta är förmånligt för dem själva.

Besläktat med avsikten och ofta i skotsk rätt betraktad som ett uttryck för denna var anseendet som paret har i andras ögon. Ett sådant anseende som gifta hade ju sitt ursprung i parets framställning av sig själva som gifta i samtal eller presentation inför andra och även i deras interaktion med myndigheter. Naturligtvis finns det inget som säger att sambor ska låtsas vara gifta och detta är naturligtvis en stor skillnad från det skotska informella äktenskapet. På det hela taget verkar det främmande för, i vart fall mig, att låtsas vara något som man inte är. Detta har inom den skotska doktrinen också kritiserats för att vara märkligt och ologiskt.¹⁴⁸ Men finns det då något värde för sambor att agera som sambor inför andra? Om detta står inte mycket att läsa. Kan det faktum att man presenterar varandra som ”min sambo” visa att man är sambo i lagens mening eller i vart fall stödja att man är det? Att det finns hänsyn till tredjemans uppfattning kan man dock se i motiven till den nya regeln om samboförhållandets upphörande. Om samborna inte flyttar isär måste upphörandet av relationen ske på ett sådant sätt att det är tillräckligt synbart för utomstående.¹⁴⁹ Det blir särskilt aktuellt när man talar om agerande inför myndigheter. I skotska fall har detta utgjort bevisning för att samborna avsett eller inte avsett vara gifta samtidigt som de visat att de hade ett anseende om sig att vara gifta. Att registrera barn som oäkta talade för att man inte ansåg sig vara gift.¹⁵⁰ Att fylla i myndighetsblanketter som ensamstående talade också för detta. De skiljaktiga justitieråden i NJA 1994 s. 256 ansåg att det finns anledning att då en person framställt sig i bidragssammanhang eller i skattesammanhang, som då var fallet som om han vore ensamstående att även i senare bedömning anse honom som sådan. Detta kan för övrigt också motverka de eventuella missbruksrisker som tidigare nämnts finnas om mer vikt skulle läggas vid parternas tänkta avsikt.¹⁵¹

6.3 Upphörande och konsekvenser av

¹⁴⁵ Agell (2004), 247

¹⁴⁶ jfr. I Botsawana kan ett par anses gifta genom sedvana med hjälp av omständigheter som att deras föräldrar hälsat på varandra eller att föräldrarna gett den andra parten presenter. See vidare om detta i Anne Griffiths bok ”In the shadow of marriage”.

¹⁴⁷ Agell, JT 1994/95 s. 526

¹⁴⁸ Thomson, s.19

¹⁴⁹ Prop. 2002/03:80, s. 29

¹⁵⁰ M v. S [1980] S.L.T. (Notes) 9

¹⁵¹ Agell, JT 1994/95, s. 526

relationens upphörande

6.3.1 Relationen upplöses på grund av separation

Bodelningsreglerna utgör ett skydd för en svagare part både när samboförhållandet upphör genom separation eller genom dödsfall. Den svenska sambolagen utgår från principen att det man varit med om att bygga upp i det gemensamma hemmet, ska man också ha del av när relationen upphör.¹⁵² Om man konstaterats vara informellt gift enligt de skotska reglerna därom skall bodelning enligt skotsk rätt ske. Trots att detta är regler som gäller alla gifta kan man inte säga då man ser på dess innehåll att de är totalt olika de svenska reglerna om sambobodelning. Detta gäller framförallt jämförelse mellan begreppen giftorättsgods, samboegendom och *matrimonial property*. I samboegendomen ingår gemensam bostad och bohag som anskaffats för gemensamt bruk, i fall bostaden då det används som sambornas gemensamma hem och enligt vad som tidigare diskuterats ingår främst egendom som anskaffats under eller i anslutning till samboförhållandet. *Matrimonial property* är normalt också endast egendom som anskaffats under det aktuella äktenskapet. Ett viktigt undantag från detta utgör det äktenskapliga hemmet och bohaget som fanns i det. Dessa två begrepp är således lika varandra. Även egendom som har anskaffats innan den aktuella samborelationen kan ingå i samboegendomen om den anskaffats för den aktuella samborelationen och i anslutning till denna. I både fallet med samboegendomen och den skotska äktenskapliga egendomen så måste syfte ha varit att det skulle användas för gemensamt bruk. Det svenska begreppet giftorättsgods har inte sådana begränsningar och innefattar såväl egendom som anskaffats innan äktenskapet som under det.

Både samboreglerna och svenska äktenskap har liknande förfarande vid bodelning. Likadelning av egendomen som ingår är huvudprincipen. Det är möjligen en parentes att nämna att sådana fastlagda delningsregler inte existerar i Skottland och till nyligen var delning vid skilsmässa något som helt låg i domstolens händer. Eftersom det informella äktenskapet är ett äktenskap som är föremål för samma regler som formella äktenskap så gäller även principerna för delning av egendomen vid skilsmässa. Även om skillnaderna i struktur är uppenbara så finns en likhet i avsikten som kan skönjas i principerna. Nämligen att rättvisfördelning ska uppnås.

Min avsikt är nu att se lite närmare på vad som kan ske med det gemensamma hemmet vid relationens upplösning genom separation. Sambolagen fokuserar på det gemensamma hemmet och bohaget. Det huvudsakliga värdet i samboegendomen ligger ofta i bostaden som ingår då den används huvudsakligen som sambornas gemensamma hem. Sambolagens utgångspunkt är också att det är uppbyggandet av det gemensamma hemmet som leder till en naturlig sammanflätning av

¹⁵² prop. 2002/03:80, s.25

ekonomin, vilket motiverar att egendomen delas mellan samborna efter upphörandet.¹⁵³ De särskilda reglerna om övertagande av den gemensamma bostaden är också ett uttryck för den gemensamma bostadens speciella ställning. Efter att relationen upphört har sambon rätt att överta även det gemensamma hemmet som inte ingår i bodelningen. Förövrigt så gäller bodelningen endast det gemensamma hemmet och bohaget och det är tydligt att just denna typ av egendom är vad som avses skyddas. Enligt Matrimonial homes (family protection) Act 1981 har den make som inte äger eller har nyttjanderätten till den äktenskapliga bostaden trots det ha rätt att utnyttja den. Detta gäller i första hand under äktenskapet bestående. Men domstolen kan också efter skilsmässa, enligt sektion 13 överföra ett hyreskontrakt på den andra parten. Finns bostaden med äganderätt hos den andra parten kan domstolen även överföra denna på den andra parten genom att låta bostaden utgöra del i den ekonomiska fördelningen. Men denna regel är inte specifikt tillämplig på bostaden. Bostaden är trots det en viktig tillgång vid upplösning av relationen och kan vara ett motiv för att hävda ett informellt äktenskap. Detta visas av *W v. R.*¹⁵⁴ Det var mannen i relationen som hävdade att ett äktenskap uppkommit. Detta berodde på att han med stöd av äktenskapet ville hävda rätt att bebo det gemensamma hemmet efter skilsmässa detta med stöd av sektion 13 i Matrimonial homes (family protection) act 1981.

6.3.2 Upplösning av relationen genom dödsfall

En relation kan också upphöra genom den ena partens död. Bodelning kan begäras av den efterlevande sambon och detta har då samma konsekvenser som vid separation. En ytterligare skyddsregel för den efterlevande sambon utgörs av den lilla basbelopsregeln i 18§ 2st SamboL. Dödsfall är en situation där det svenska samboskapet har många olikheter i förhållandet till det skotska informella äktenskapet. Reglerna om arvsrätt för gifta i skottland är inte i någon relation till reglerna om fördelning vid skilsmässa. Det innebär att bodelning inte sker vid makes död i skottland men detta kompenseras av en generös arvsrätt för make, vilken både har rätt till en fast del av den lösa egendom och dessutom företräde till boningshuset och bohag. Detta innebär en stor skillnad mot sambors rätt till sin andel av bostad och bohag som ingår i bodelningen med ett skydd av små bon upp till två basbelopp. I många skotska fall var det informella äktenskapet aktualiserat när den ena maken avlidit. Man får uppfattning av dessa mål att hävdandet av det informella äktenskapet bygger på en önskan att åtnjuta det skydd som den skotska regleringen ger till efterlevande make. Ur domstolens synvinkel kan ofta rättvisa och skydd för den efterlevande maken slå ut det intresset som övriga efterlevande kan ha, ett undantag från detta är naturligtvis *D Peerage case* där de övriga efterlevandes behov av rättvis behandling övervägde.

¹⁵³ prop. 2002/03:80, s.25

¹⁵⁴ *W v. R* [1998] S.L.T. 1133

Dödsfall aktualiserar inte endast bodelningsfrågor och arvsrätt utan inte sällan även olika typer av försäkringar. I *W v F C co.* var frågan om en ersättning från en arbetsskadeförsäkring skulle utfalla.¹⁵⁵ Wallace hade dött i en olycka i arbetet och enligt Workmen compensation Act 1906 skulle ersättning utgå från hans arbetsgivare F C co. till hans änka. Eftersom de två endast sammanbott var den efterlevandes enda möjlighet till ersättning att hävda att de två var gifta informellt. Något som hon dock misslyckades med. I Sverige var dessa skyddsområden tidiga med att omfatta sambor, i vart fall under vissa omständigheter eller efter viss prövning. En privat livförsäkring kan naturligtvis också bli aktuell för en sambo. Ett personligt förmånsförordnande i en sådan försäkring kan göra sambo till förmånstagare (något som kanske även Wallace borde ha tänkt på). Men vid grupplivförsäkringarna som arbetsgivare tecknar och betalar finns oftast i Sverige precis som i Skottland, vilket illustreras av ovan citerade fall, en fast krets av förmånstagare. Förmånstagare är, i Sverige, oftast make men kan också vara sambo, både med vissa restriktioner och enligt definitionen i sambolagen.¹⁵⁶ Även förordningarna om grupplivförsäkring för deltagare i arbetsmarknadsåtgärder och doktorander jämställer sambor med gifta.¹⁵⁷ Arbetsskadeförsäkringen ger inte fullständigt skydd till sambo utan gäller endast då sambo hade varit gift eller har/väntar barn med den försäkrade.

Dödsfall påverkar också de rättigheter som involverar det gemensamma hemmet. Sambolagens regler om övertagande av bostaden utan bodelning gäller även vid dödsfall men kan då endast hävdas av den efterlevande enligt 18§ SamobL. Regeln om övertagande av bostaden kan inte avtalas bort av samborna men den efterlevande måste påkalla ett sådant övertagande. Skotska rättigheterna för efterlevanden i ett informellt äktenskap är allmänt vidare och omfattar i synnerhet det gemensamma hemmet. Detta visas tydligt genom att maken har rätt till företräde till egendom som utgör det gemensamma hemmet upp till ett värde av £65 000 och även rätt till bohag upp till £12 000. Just det gemensamma hemmet har lagstiftaren i båda fallen ansett vara en sak mellan parterna och något som andra eventuella efterlevande inte har någon stark rätt till. Men sambolagens övertagande innebär ju ingen värdemässig fördelning utan den övertagande sambon måste ersätta den andra eller dess arvingar. Oavsett det så har andra eventuella arvingar ingen rätt att kräva bostaden på sin lott, vilket naturligtvis också vore orimligt. Emellertid så är den skotska regeln utformad som en arvsregel och innebär att äganderätten överförs på den efterlevande utan att denna blir skyldig att ersätta den avlidnes dödsbo och därmed är detta en mer ingripande reglering. Den nya skotska samboregleringen har en betydligt mer blygsam utformning i detta avseende. Eftersom lagen är så ny har domstol inte ännu fått pröva de principer som gäller för den efterlevande sambon och därför är det vanskligt att säga något om det eftersom man inte kan veta vad det kommer att

¹⁵⁵ *W v. F C co.* [1909] 1 S.L.T. 509 IH (2 div)

¹⁵⁶ Agell (1985), s. 50f

¹⁵⁷ SOU 1999:104, bilaga 4

innebära praktiskt. Men det skulle kunna bli så att, eftersom viss egendom kan överföras på den efterlevande sambon. Det gemensamma hemmet överförs på sambon men eftersom hänsyn ska tas till boets storlek och andra intressen, vilket här torde omfatta andra arvingar, så är detta möjligen inte så troligt, speciellt inte om det gemensamma hemmet utgör det mesta av värdet i dödsboet. I vart fall kan situationen aldrig bli bättre än den som make har, detta framgår klart av lagtexten.

6.4 Skydd för tredjeman

Det största problemet med informella äktenskap är relationen till tredjeman. Det utgör ett klart osäkerhetsmoment att tredjeman inte kan avgöra vem som är att anse som gifta och vem som inte ingår i denna relation. Detta exemplifieras av *W v. F C co. F C co.*¹⁵⁸ Företaget som skall utge ersättning kan tänkas ha en viss rätt att kunna förutse vilka kostnader som möjligen kan uppkomma i samband med utbetalning av försäkringar. Värdet i förutsägbarhet måste ställas mot rättvis och skyddsaspekten. Det informella äktenskapet erkänns inte sällan på bekostnad av tredjeman.¹⁵⁹

En annan form av tydlighet som krävs ligger i konflikten mellan olika äktenskap. Ett informellt äktenskap är ett hinder för ett annat äktenskap. Ett följande äktenskap blir ovillkorligen ogiltigt. Detta är en stor skillnad från samboreglerna. Men man har tänkt på denna problematik, låt oss kalla den bigamiproblematiken. Vid utformningen av sambolagen hade man problemet i åtanke.¹⁶⁰ Lösningen på konflikten mellan två parallella relationer har varit att samborelationen, i lagens mening, upplöses av ett äktenskap¹⁶¹ och hindras att uppkomma av ett äktenskap. Det är alltså inte den relation som uppkom först, som i fallet med det informella äktenskapet som får företräde utan den relationen som formaliserats. Det finns heller ingen rättvisetanke, det är inte den relationen som varat längst eller den relation som faktiskt varit praktiskt mest äktenskapslik som har företräde. En existerande samborelation är därför inte heller ett hinder för att ingå äktenskap på det sättet som ett informellt äktenskap. På detta sätt har de informellt gifta en bättre situation än sambor. Men det informella äktenskapet har på grund av sin osäkra natur en svagare ställning i förhållandet till senare ingångna formella äktenskapet. Denna fråga uppkom i *D Peerage case*. I detta fall tog man också hänsyn vad maken i det andra äktenskapet kunde förvänta sig. Man resonerade som så att den andra hustrun hade rätt att känna sig trygg i det faktum att hon och maken var verkligt gifta och hennes ställning var också skyddsvärd eftersom hennes ställning inte utmanats på över 30 år. Naturligtvis var barnen i det andra äktenskapets äkta börd också skyddsvärd.¹⁶²

¹⁵⁸ *W v. F C co.* [1909] 1 S.L.T. 509 IH (2 div)

¹⁵⁹ Mahoney, s. 183f

¹⁶⁰ Prop. 1986/87:1, s. 100

¹⁶¹ Med äktenskap likställs här naturligtvis registrerat partnerskap.

¹⁶² *D Peerage case* [1881] 6 App. Case.

7 Analys

7.1 Funktionalitet och skyddsperspektiv

I inledningen antog jag att jämförbarhet förelåg mellan det informella äktenskapet och samboskapet. Jag har visat likheter i den situation som de båda regelverken reglerar. Det finns alltså ett intresse att jämföra hur de olika regelverken behandlar sammanboende personer i parförhållande.

Man kan sammanfatta jämförelsen med att säga att det är betydligt lättare för en relation att falla inom ramen för samboreglerna än att ge upphov till ett informellt äktenskap enligt skotsk rätt. Å andra sidan är det så att då omständigheterna gett upphov till ett informellt äktenskap är de tillämpliga reglerna betydligt fler och skyddar i högre grad parterna än i fallet med samboreglerna. Samboreglerna blir tillämpliga endast utifrån att en viss situation och fördelarna med det är att gruppen som åtnjuter skyddet blir mycket större. Samborna behöver inte göra ett aktivt val för att sambolagen ska bli tillämplig som i viss mån var fallet i med det informella äktenskapet.

Eftersom det informella äktenskapet är föremål för avsiktsbeaktande blir gruppen, som omfattas av reglerna, mindre. Detta innebär att skyddsfunktionen hos informella äktenskap inte är lika omfattande som hos samboskap från ett generellt perspektiv eftersom man inte lyckas fånga upp alla relationer med en svagare part, som är i behov av skydd. Agell menar också att avsiktsbeaktandet står i relation till skyddsfunktionen på detta sätt.¹⁶³ Det är också fallet att informella äktenskap inte omfattar homosexuella relationer, på det sätt som Sambolagen gör. Men detta beror på att äktenskapet inte är öppet för homosexuella, varken i Sverige eller i Skottland. Om man öppnade äktenskapet även för homosexuella så skulle även de omfattas av ett potentiellt informellt äktenskap.¹⁶⁴

Förutom att gruppen personer som kan komma att beröras av det informella äktenskapet genom denna avsikt blir mindre, vilket kan sägas vara ett problem eftersom syftet att skydda personer, som lever som makar, inte riktigt uppfylls, kan man också säga att man är ute på hal is när man börjar laborera med ”anta” och ”avse”. Bevissvårigheterna har redogjorts för tidigare. Denna osäkerhet har många baksidor. Det är naturligtvis knappast ekonomiskt ur samhällsperspektiv att varje samboförhållande skall dras till en redan överbelastad domstol där 20 vittnen¹⁶⁵ ska kallas in och höras. Ett annat problem är att personer som rättshandlar med paret inte kan vara säkra

¹⁶³ Agell JT 1994/95, s.526

¹⁶⁴ Precis som i Sverige kan inte homosexuella gifta sig med en ny lag om civil partnership som kom 2004 som kan jämföras med den svenska partnerskapslagen. Men någon informell version av civil partnership finns inte.

¹⁶⁵ Att ha detta antal vittnen anses vara i minsta laget när Court of session ska avgöra om ett informellt äktenskap uppkommit.

på vilka regler som gäller för dem. Detta gäller inte minst personer som gift sig med en av parterna vid ett senare tillfälle och efter det får veta att deras äktenskap är ogiltigt p.g.a. ett tidigare äktenskap.

Fördelen med det informella äktenskapet, ur skyddssynpunkt, är att när det väl är ingånget så ger det ett starkare skydd för den svagare parten. Delningsreglerna omfattar mer egendom och delningen bygger på att egendomen ska fördelas rättvist med uttrycklig hänsyn till obetalt arbete i hemmet och även hur mycket parterna har bidragit. Om man för ett ögonblick bortser från att de skotska reglerna skiljer sig från de svenska reglerna om bodelning på grund av skilsmässa, kan man trots det konstatera att skyddet för sambon inte har samma rätt till delning av egendomen i samborelationen och i detta avseende kan det informella äktenskapet erbjuda ett bättre slutresultat. Emellertid hänger detta samman i viss mån med hur relationen uppkommer. Det kan verka orätt att påtvinga alltför långtgående konsekvenser i en lag som parterna inte uttryckligen sagt sig vilja tillämpa på sin inbördes relation eller kanske ens visste att de föll inom.¹⁶⁶

Vid beaktandet av skyddsfunktionen hos samboskapet och det informella äktenskapet kan man också fundera kring vilka jämställdhetsbeaktande som detta föranleder. Jämställdhet mellan män och kvinnor är en tanke som genomsyrar lagstiftning och sådan beaktande ger då lagstiftaren uppfattningen ekonomisk självständighet och individualism är det naturliga resultatet av att män och kvinnor inte har sina tidigare fastlagda roller och att arbetsfördelningen i hemmet är jämn.¹⁶⁷ Man kan alltså mena att avsaknaden av mer omfattande reglering av samboförhållandet är ett resultat av jämställdhetssträvande. Men det finns naturligtvis också andra sätt att se det på. Det har sagts att det informella äktenskapet utgör ett jämställdhetssträvande i den mån det utgör ett skydd för kvinnor i relationer som inte stadfästs genom vigsel men trots det har samma levnadsvillkor som ett äktenskap. Att två personer inte genomgått en formell vigsel beror i vissa fall på en ovilja hos den ena parten att binda sig, för vilken den andra parten måste lida. I de flesta relationer återfinns ett ojämnt styrkeförhållande och det är i de flesta fall kvinnan som är den svagare parten. I dessa fall kan inte frånvaron av en formaliserad relation sägas baserad på ett fritt val utan snarare på att den svagare parten inte har något annat val.¹⁶⁸ Man kan tänka sig att i länder där kvinnor i större utsträckning stannar hemma med vård av hem och barn, har dessa större behov att utfå skydd i form av äktenskap baserat på de praktiska omständigheterna. Frågan är om detta är fallet i Skottland om detta kan förklara att skottarna under en längre tid hade ett behov av det informella äktenskapet. Om man ser till statistik från Eurostat på Storbritannien kan man se att en skillnad, visserligen allt annat än dramatisk, finns mellan Storbritannien och Sverige i avseende på arbete för kvinnor respektive män. I Storbritannien arbetar ungefär 65 % av kvinnorna

¹⁶⁶ Se vidare 7.2

¹⁶⁷ Huruvida detta är en fiktion eller inte låter jag vara osagt.

¹⁶⁸ Bowman, s. 754ff

och 77 % av männen men motsvarande siffror i Sverige är 70 % för kvinnor respektive 73 % för män.¹⁶⁹ Huruvida denna skillnad kan förklaras av just av att kvinnor förvärvsarbetar i mindre utsträckning på grund av hemarbete det säger inte statistiken men den säger dock att det är en annan anledning än en generell hög arbetslöshet eftersom fler män arbetar än de gör i Sverige. Detta kan kanske motivera att man i Sverige i viss mån har prioriterat ekonomisk frihet och självständighet gentemot gemenskapstanken i äktenskapet och skyddet för den part som inte har en förvärvsinkomst eller i vart fall har en mindre förvärvsinkomst och därför kan kallas den ekonomiskt svagare parten.

Neutralitetsideologin var en tankegång som tidigt präglade samboregleringen. Denna innebär att lagstiftningen ska vara neutral i frågan om två personer väljer att gifta sig eller sammanbo utan att vara gifta.¹⁷⁰ Detta kan tolkas praktiskt både som att reglerna för sambors mellanhavande ska vara de samma som för giftas och som att man ska respektera att vissa människor inte vill gifta sig med de skyddsregler som då gäller och inte lägga sig i deras mellanhavande alltför mycket. Den senare tolkningen ställer sig mindre förenlig med sambolagens existens överhuvudtaget.

Kan man inte anta att om två människor valt att inte gifta sig med varandra utan endast sammanbo så har de haft ett skäl att göra det, utöver ren lathet? Det kan naturligtvis finnas många skäl till att fler och fler väljer att sammanbo utan att gifta sig. Det verkar inte som om människor väljer bort äktenskap på grund av ideologiska eller etiska ställningstagande emot äktenskapet.¹⁷¹ Således är möjligen skälen av en praktisk natur. Det kan vara så att människor i en samborelation är intresserade av att leva ihop men inte intresserade av att ingå en sådan genomgripande gemenskap som äktenskapet innebär, i synnerhet vid dess upplösning. Det kan naturligtvis också bero på rena tillfälligheter, som att man inte har råd att hålla ett stort bröllop eller har motsättningar inom familjen som gör detta omöjligt. Här finns ju gott om utrymme för spekulation. Men vad man kan konstatera är att samborelationer kan vara ganska olika varandra vad det gäller planer på varaktighet och anledningar bakom att man inte ingått äktenskap. De parförhållande som faller in under sambolagen kan man hitta åtminstone två kategorier. Par som lever i en samborelation som är en ersättning för äktenskapet. I dessa fall kan anledningarna, som ovan uttryckts vara antingen ideologiska eller rent praktiska, men förhållandet är stabilt och långvarigt och det finns en tanke mellan parterna att samboförhållandet ska vara livet ut.¹⁷² Det finns också en grupp par i samboförhållande som sambor i väntan på att relationen ska bli så säker att äktenskap ska komma

¹⁶⁹

http://epp.eurostat.cec.eu.int/portal/page?_pageid=1996.39140985&_dad=portal&_schema=PORTAL&screen=detailref&language=en&product=sdi_ed&root=sdi_ed/sdi_ed/sdi_ed/emp/sdi_ed1421 26 april 2006 Statistiken avser år 2004.

¹⁷⁰ Prop. 1973:32, s. 84

¹⁷¹ Agell SvJT 1998, s. 529

¹⁷² De flesta i en långvarig relation avser kanske att den ska vara livet ut men detta gäller alltså även att man inte planerar att gifta sig. Gränsdragningen kan vara svår att göra ibland.

ifråga.¹⁷³ Det kan finnas olika behov av skydd och olika önskan om skydd i dessa två grupperna vilket också gör regleringen problematisk eftersom det naturligtvis är svårt att tillgodose båda. Historiskt har regleringen av samborelationen blivit mer och mer ingripande och med införandet av termen ”samboegendom” blivit mer och mer lik äktenskapsregleringen. Samtidigt har lagstiftare sagt att man inte önskar uppnå en liten form av äktenskap. Oavsett vad man tycker om det så anser jag det vara en rättvis bedömning att sambolagen är ett litet äktenskap.

En kritik mot samboreglerna har varit att den inte främjar familjestabilitet. Det är statistiskt så att, trots att skilsmässa är vanligt så slutar fler samborelationer än äktenskap i separation.¹⁷⁴ Agell för sin del tror i vart fall att detta kan bero på att man genom vigseln lovar varandra något på ett mer allvarligt sätt än då man endast sammanbor. Vigseln manifesterar också vad man gemensamt vill med relationen, något som kan vara otydligt i en samborelation.¹⁷⁵ För min egen del antar jag att det är en aning mer besvär att genomgå en skilsmässa, så man kanske tänker efter fler än en gång innan man tar ett sådant beslut. Varför det är så att äktenskap är mer stabila kan också bero på de personer som ingår i dessa relationer, deras bakgrund och deras ålder.

7.2 Samboskapet och det informella äktenskapet som kontrakt mellan parterna

Man kan säga att utvecklingen av äktenskapet har gått från status till kontrakt i Sverige. För inte alltför länge sedan sågs äktenskapet som ett livslångt förhållande som endast kunde upplösas i vissa undantagssituationer.¹⁷⁶ En kvinna uppnådde genom äktenskapet en viss status. Hon kunde dels som gift få större frihet, eget hushåll och en bättre position i samhället, dels så hade hon möjlighet att förbättra sin allmänna position genom att gifta upp sig. En kvinna av medelklassen kunde förbättra sin status genom att gifta sig till en position som doktorinna eller professorska. Men genom kvinnans frigörelse och ökade självständighet förändrades detta gradvis. Detta gav också en avspegling på äktenskapet som i allt större grad kunde upplösas. Partsviljan har länge formellt legat till grund för äktenskapet men har också kombinerats med tillåtelse från exempelvis föräldrar eller manlig släkting. Dagens äktenskapslagstiftning befäster makarnas individuella självständighet och avtalsfrihet.¹⁷⁷ Men även om äktenskapet vilar på en formellt avtalsmässig grund så kan man inte bortse från att innehållet i avtalet inte är fritt att bestämma över och kan endast ingås under vissa ganska ovanliga former som inte gäller för andra

¹⁷³ Bengtsson SvJT 1978 Anmälan av Inger Margrete Pedersen, Papierløse samlivsforhold, s.192

¹⁷⁴ Agell SvJT 1998, s.519

¹⁷⁵ Agell, SvJT 1998, s. 529

¹⁷⁶ Ryrstedt, s. 29ff

¹⁷⁷ Ryrstedt, s. 30

avtal. Kort sagt kan man säga att äktenskapskontraktet inte är ett kontrakt som är likt något annat. Alltså finns det även vid ingåendet en konflikt mellan kontraktet, som ingås mellan parterna och det statusförhållande som beror av myndighetsbeslut. Den kontraktuella aspekten visas genom att parterna måste vara närvarande själva och säga ”ja” vid vigseln och att avtalsfrihet råder.¹⁷⁸ Vid avskaffandet av det ofullkomnade äktenskapet reagerade lagstiftaren just mot det ofrivilliga i detta. Det ansågs vara orätt att påtvinga äktenskap på en person på grund av dennes handlingar.¹⁷⁹ Äktenskapskontraktet måste som andra kontrakt bygga på frivillighet. Men detsamma har inte lagstiftaren tyckt vara sant för samboskapet trots att regelverket idag innehåller en så pass vidsträckt reglering att det förmodligen skulle kunna förväxlas med äktenskap i hel rad rättssystem.¹⁸⁰ Det är ganska klart att min redogörelse tidigare att något egentligt avtal mellan samborna om att vara sambor inte behövs eller kanske ens betyder så värst mycket. Det verkar därmed som om samboskapet inte kan placeras in denna utveckling mot kontrakt men kanske inte heller kan uppfattas som ett statusförhållande. Detta kan bero på att samboregleringen inte är ett principiellt ställningstagande eller menat att utgöra ett led i en utveckling. Sambolagens syfte är att praktiskt lösa obalans, orättvisa och andra problem som kan uppkomma då en relation upplöses.¹⁸¹

Nackdelen med samboregleringens lösning av de praktiska problemen är att människor som inte avsåg att omfattas av sambolagen gör det i alla fall, kanske utan egen vetskap. Det kan då vara så att man först vid upplösningen av samborelationen inser att sambolagen kommer att bli tillämplig och att man kanske skulle ha velat avtala bort de reglerna om man vetat att de skulle bli tillämpliga. Denna situation är ett problem som sambolagen i sin nuvarande utformning har. Det informella äktenskapet kom endast till stånd om parterna kunde antas ha avsett att så skulle bli fallet. Viljan behövde inte vara inriktad mer exakt på att vissa rättsföljder ska inträda eller någon legaldefinition av makar, vilket Agell anser vore ett problem om en sådan reglering infördes för sambor. Beaktandet av parternas önskan är direkt olämpligt menar Agell eftersom detta skulle hindra sambolagens mål att fylla sociala behov och agera som skyddslagstiftning.¹⁸² Avsiktsbeaktandet är kopplat till det fritt avgivna samtycket som i sin tur utgör en kontraktsliknande del av äktenskapet. Men som tidigare nämnts kan parternas avsikt komma till uttryck på många olika sätt och därför anser jag att det är felaktigt att anta, att bara eftersom parterna inte i klarspråk sagt till varandra inför en myndighetsperson att de avser att älska, vårda och vara trogna mot varandra hela livet att detta inte är vad de avser att göra.

¹⁷⁸ Avtalsfrihet i detta avseende får beteckna att inget tvingas att ingå äktenskap. Någon positiv frihet att ingå äktenskap med precis vem man vill finns inte. Två män kan inte gifta sig, inte heller två syskon osv.

¹⁷⁹ Lagberedningens förslag till revision av Giftermålsbalken och vissa delar av Ärvdabalken I. Förslag till lag om äktenskapets ingående och upplösning m.m. 1913, s. 112

¹⁸⁰ En amerikansk artikel har gjort misstaget att anta att det är precis samma reglering som för makar. Se Grant Bowman, s. 777

¹⁸¹ Prop. 2002/03:80, s.25

¹⁸² Agell, JT 1994/95, s.526

Fördelen med det informella äktenskapet är att då resultatet möjligen är potentiellt mindre slumpartat. Ingåendet i det informella äktenskapet bygger på partsviljan i grunden. Sambolagen innehåller ju inte något sådan avsiktsbeaktande. Detta beror på att det är omlämpligt att parterna själva kan bestämma om de ska betraktas som sambor eller inte eftersom detta kan leda till missbruk. Men lagrådet diskuterar trots det kring vad parterna kan ha avsett skulle bli fallet. Arne Arstam menar i tidningen advokaten att ett aktivt val från parternas sida vore att föredra framför den reglering som finns idag.¹⁸³ I detta fall finns två val antingen kan man välja registrering, vilket diskuterades i propositionen till nya sambolagen eller så kan man välja avtal mellan parterna. Registrering ansågs inte vara en bra idé¹⁸⁴, några uttryckliga skäl därför framfördes inte men det är naturligtvis så att om registrering erfordras av en samborelation vore de kanske bättre för parterna att välja att stiga in på det kontoret där man kan ingå äktenskap och få ett fullvärdigt skydd. Avtal mellan parterna förefaller mig vara en mer tilltalande idé. Det påminner om det informella äktenskapet. Det ligger även i linje med den kontraktsprincip som ska ligga till grund för äktenskapet och därför kanske också borde ha en plats i samboreglerna. Men avtalet skulle då för att inte dra på sig samma svagheter som registrering inte behöva vara skriftligt eller skulle kanske kunna ingås genom konkludent handlande som är fallet med äktenskap genom "*habit and repute*". Men som ovan har framhållits, detta innebär en hel del problem och osäkerhet. Inte minst vad det gäller kontakt med myndigheter och missbruk av lagen.

7.3 Framtiden för informella relationer

Den stora skillnaden mellan det informella äktenskapet och samboskapet i verkligheten är att emedan samborelationerna blir fler och fler så var det färre och färre informella äktenskap som deklarerades för varje år. Innan avskaffandet genomfördes endast två deklARATIONER i domstol av sådana äktenskap och det var länge tal om det var meningsfullt att hålla det informella äktenskapet vid liv.¹⁸⁵ Informella relationer så som samboskapet ökar och i framtiden kommer vi förmodligen få se ännu fler sådana relationer, även bland äldre.¹⁸⁶ Dessutom har lagstiftare bestämt sig för att, i vart fall på något sätt, bejaka denna utveckling genom att införa mer omfattande regler för sambor. Men trots denna utveckling så väljer många av de rättssystem som hade det informella äktenskapet att avskaffa det och ersätta det, som i Skottland, med samboregler. Detta är en utveckling som, för mig, förefaller en aning ologisk.

Det verkar för mig som om lagstiftaren har tre val i fråga om vilken hållning man ska ha till informella relationer. Man kan låta kontraktsprincipen råda,

¹⁸³ Arstam, Advokaten 2002 häfte 4, s. 24

¹⁸⁴ Prop. 2002/03:80

¹⁸⁵ Thomson, s. 19

¹⁸⁶ Bengtsson SvJT 1978 Om samboende och äktenskap..., s. 706

vilket får till följd att det sambor som inte avtalat om äktenskap inte alls blir föremål för någon reglering. Det torde dock inte hindra att informella äktenskap uppkommer båda *Verba di presenti* och genom ”*habit and repute*” eftersom detta bygger på avtal mellan parterna, tvärtom borde en konsekvent hållning till äktenskapsrelationen som kontraktbunden uppmuntra till att även sådana äktenskap godkänns. Alternativ två är att man väljer att reglera uppkomsten av relationen mellan två personer i ett parförhållande baserat på vilka praktiska omständigheter som föreligger. Detta innebär att själva samlevnaden blir det viktigaste för att reglerna ska bli tillämpliga och en vigsel skulle då bli en trevlig högtid men inte mycket mer. I detta alternativ blir en korsning mellan det informella äktenskapet och samboskapet lösningen. ”Äktenskap” ingås då genom det faktiska handlandet av parterna gentemot varandra och omgivningen men i viss mån utan de avsiktsbeaktande som det informella äktenskapet är föremål för. Men relationen leder till samma konsekvenser vid upplösning som ett äktenskap.¹⁸⁷ Det tredje alternativet har svensk rätt tillsammans med en del andra rättssystem försökt genomföra. Detta innebär att det finns två alternativa sätt att ingå i en relation, en bygger så som äktenskapet på kontrakt mellan parterna och får genomgripande konsekvenser, emedan den andra typen av relation uppkommer genom praktiska omständigheter och ger upphov till en rad mindre genomgripande konsekvenser. Det kan förefalla som att detta är det mest flexibla sättet att reglera olika samlevnadsformer eftersom det tillgodoser alla parter behov och önsknings. Men om detta resonemang ska fungera måste man hävda en illusion om att det finns två distinkta typer av relationer även i verkligheten som var och en regleras på bästa sätt. Men det kan verkligen ifrågasättas om så är fallet.

Den svenska utvecklingen av samboreglerna har som vi sett gått mot mer och mer reglering av sambornas mellanhavanden och det är inte omöjligt att utvecklingen kommer att fortsätta åt det hållet i takt med att fler och fler sammanbor utan att gifta sig, tills samboregleringen helt motsvarar äktenskapsregleringen och samborelationen är normen och äktenskapet är undantaget.¹⁸⁸ Detta skulle ju innebära att det informella äktenskapet kommit tillbaka även om det kanske kallades något annat. Man kan då undra varför det är det mest naturliga att kalla också sambor för makar och låta deras relation upphöra genom skilsmässa. Detta skulle ju också tillfredsställa den önskan om familjestabilitet som vissa verkar tycka att äktenskapet medför. Anledningen till att det skulle förefalla onödigt är förmodligen att äktenskapet inte har samma sociala och status betingade följder som det haft tidigare och det finns ingen social nytta för individen att anse sig som gift. Då är vi kvar vid de juridiska fördelarna med äktenskapet och det mest logiska torde kanske vara att låta dem vandra samma väg som äktenskapets sociala anseende. Då man ser på samboskapets utveckling mot ökad reglering kan fråga sig om inte Skottland har tagit en onödig omväg runt samboregleringen istället för att ta itu med de problem som finns med

¹⁸⁷ Garza, 548ff

¹⁸⁸ Saldeen SvJT 198, s. 374

det informella äktenskapet och skapa en juridisk relation som ger ett rättvist och likformigt utfall.

Källförteckning

Litteratur

- Agell, Anders, *Familjeformer och lagstiftningsideologi*, SvJT 1998 s. 518
- Agell, Anders, *Samboende utan äktenskap* 2 uppl. Liber förlag, Stockholm, 1985
- Agell, Anders, *Tolkning av förmånstagarförordnande och begreppet samboende enligt sambolagen* JT 1994/95 s. 517
- Agell, Anders, *Äktenskap, samboende, partnerskap* 3 uppl. Iustus förlag Uppsala 2003
- Arstam, Arne, *Nya sambolagen* Advokaten 2002 häfte 4, s. 24
- Bell, George Joseph, *Principles of the law of Scotland*, Butterworth, London, 1989
- Bengtsson, Bertil, *Anmälan av Inger Margrete Pedersen. Papirløse samlivsforhold* SvJT 1978 s. 191
- Bengtsson, Bertil, *Om sammanboende och äktenskap. Några reflexioner med anledning av en rapport* SvJT 1978 s. 705
- Bogdan, Michael, *Komparativ rättskunskap*, Nordstedts juridik, Stockholm, 2003
- Garza, Sonya C, *Common-law marriage: A proposal for the revival of a dying doctrine*, 40 New England law review 541 (2006)
- Gloag, W.M. & Candlish, Henderson, *The law of Scotland* 10 ed, Sweet & Maxwell, Edinburgh, 1995
- Grant Bowman, Cynthia, *A feminist proposal to bring back common-law marriage*, 74 Oregon law review 709 (1996)
- Griffiths, Anne, *In the shadow of marriage: Gender and justice in an African community*, University of Chicago Press, 1998
- Lynch, Michael (ed.) *The Oxford companion to Scottish history*, Oxford university Press, Oxford, 2001
- Marshall, Enid A, *General principles of scots law* 6 ed, Sweet&Maxwell Edinburgh, 1995
- Mahoney, Margaret M, *Forces shaping the law of cohabitation for opposite sex couples*, 7 Journal of Law and Family studies s. 135, 2005
- Norstedts Engelska Ordbo.; student's edition*, Norstedts Ordbok (Norstedts förlag AB), 1995
- Ryrstedt, Eva *Bodelning och bostad: Ekonomisk självständighet eller gemenskap*, Juristförlaget, Lund 1998
- Saldeen, Åke, *Anmälan av Anders Agell: Samboende utan äktenskap. Rättsläge och rättspolitik*, SvJT 1983 s.371
- Sheehan, Michael M, *Marrige, family and law in Medieval Europe*, University of Toronto Press, Toronto 1996
- Viscount of Stair, James Dalrymple, *The institutions of the law of Scotland*, University presses of Edinburgh and Glasgow, 1981
- Telste, Karin, *Piger! Troe ei Elskers ord*, i *Seklernas sex* (red. Lennerhed, Lena och Bergenheim, Åsa) Carlsson, Stockholm, 1997
- Thomson, J.M. *Family law in Scotland* 2 ed. Butterworth/ Law society of Scotland, Edinburgh, 1991

Walker, David M, *Principles of Scottish private law* 4 ed, Clarendon Press, Oxford, 1988

Witte, John Jr, *From Sacrament to contract* 1 ed., Westminster John Knox Press, Louisville Kentucky, 1997

Offentligt tryck

Lagberedningensförslag till revision av Giftermålsbalken och vissa delar av Ärvdabalken I. Förslag till lag om äktenskapets ingående och upplösning m.m. 1913

SOU 1981:85 Äktenskapsbalk: Förslag av familjesakkunniga
SOU 1999:104 Nya samboregler: Betänkande av Sambokommittén

Prop. 1973:32 förslag till lag om ändring i giftermålsbalken m.m.

Prop. 1986/87:1 om äktenskapsbalk m.m.

Prop. 2002/03:80 Ny sambolag

Internetkällor

<http://www.scottish.parliament.uk/corporate/history/index.htm> 23 april 2006

<http://www.scottish.parliament.uk/business/bills/billsPassed/billsum-s1.htm>
23 april 2006

<http://www.scottish.parliament.uk/corporate/powers/index.htm> 23 april 2006

<http://www.opsi.gov.uk/legislation/scotland/acts2006/60002--a.htm#25>
8maj 2006

http://epp.eurostat.cec.eu.int/portal/page?_pageid=1996,39140985&_dad=portal&_schema=PORTAL&screen=detailref&language=en&product=sdi_ed&root=sdi_ed/sdi_ed/sdi_ed_emp/sdi_ed1421 26 april 2006

http://en.wikipedia.org/wiki/Gretna_Green 16 maj 2006

Rättsfallsförteckning

D v. D [1811] 2 Haggard 54
L v G [1845] 8 D 34
B v. B [1854] 16D 555
C v C [1866] 4 M 867
D Peerage Case [1881] 6 App. Case
Ma v. Ma [1885] 12R 432
Du v. Du [1904] 12 S.L.T. 101
W v. F C co. [1909] 1 S.L.T. 509 IH (2 div)
P v. P [1911] 1 S.L.T. 43 IH (ct 5 judges) (1 div)
M v. M [1917] 1 S.L.T. 117 IH (2 div)
L v. L [1927] S.L.T. 282 IH (2 div)
N v. C [1933] S.C. 492
T v. C C co. [1935] S.C. 580 IH (1 div)
B v. R [1937] J.C. 123
G v. G [1941] S.C. 461
N v. B [1954] S.L.T. 314
L v. G [1970] S.L.T. 356
M v. S [1980] S.L.T. (Notes) 9
S v. H [1982] S.L.T. 211
K v. M [1994] S.L.T. 763
W v. R [1998] S.L.T. 1133

NJA 1994 s. 256