



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Rebecca Börjesson

Äktenskapet – samhällets bestånd?

Om rätten att ingå äktenskap

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Kandidatuppsats på juristprogrammet
15 högskolepoäng

Handledare: Uta Bindreiter

Termin: HT 2017

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING	4
1.1 Introduktion till ämnet	4
1.2 Syfte	4
1.3 Frågeställningar	5
1.4 Avgränsningar	5
1.5 Perspektiv, teori och metod	5
1.6 Material	6
1.7 Forskningsläge	6
1.8 Disposition	7
2 NORMATIVA MÖNSTER I RÄTTEN	8
2.1 Från status till kontrakt	8
2.2 Normativa grundmönster	8
3 ÄKTENSKAPSRÄTTENS SÄRART	10
3.1 Historisk bakgrund	10
3.2 Ingående av äktenskap	11
3.3 Äktenskapets ekonomiska rättsverkningar	11
3.4 Familjens funktion	12
3.5 Samlevnadslagstiftning	13
4 EN KÖNSNEUTRAL ÄKTENSKAPSLAGSTIFTNING	16
4.1 Historisk bakgrund	16
4.2 Lagstiftningsarbetet	17
4.3 Reformens innebörd	20

5	TVEGIFTE	22
5.1	Historisk bakgrund	22
5.2	Dagens reglering	23
5.3	Problematiken	24
6	ANALYS	27
6.1	Normativa strukturer	27
6.2	Lagstiftaren och äktenskapet	28
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	31

Summary

In the 1969 directives to the committee reports that preceded the introduction of the new Marriage Code (1987:230) in Sweden, the government expressed that the legislator is to be neutral towards individuals' ways of cohabiting. This neutrality policy has become leading in the subsequent reforms of cohabitation legislation.

In this essay, it is examined whether, and to what extent, societal and religious norms have affected the legal institute of marriage since the neutrality policy was introduced. The thesis is limited to two aspects of entering a marriage: same-sex marriage and bigamy as an impediment to marriage. In examining normative structures in the Swedish marital law, Max Weber's theory of status and contract and Anna Christensen's theory of normative patterns have been applied.

Family law, as part of civil law, concerns private relations between individuals. Despite this classification, the concept of family is difficult to define in matters regarding law because of its close link to everyday life. Marriage can be looked upon as a civil contract, much like any other agreement. At the same time, marriage is a status marked by rules deriving from history and culture, as well as religion. In this lies the peculiar nature of cohabitation law. Fundamental values in society have had a strong influence over the rules concerning the right to marry.

In family and marriage law lies functions that aim to affect people's behaviour, solve conflicts and protect the weaker party. Marriage, specifically, has a symbolical function. The normative structures surrounding marriage are strong. The right to marry does not follow the classical development from status to contract, since marriage still is highly valued by the legislator. The neutrality policy that has been the outset of the recent reforms has not led to a value-free marriage legislation.

Sammanfattning

I 1969 års direktiv till Familjelagssakkunnigas betänkanden, vilka föregick införandet av äktenskapsbalken (1987:230), uttalade regeringen att lagstiftaren skall förhålla sig neutral till människors sätt att samleva på. Denna neutralitetsideologi har kommit att bli ledande vid senare reformer av samlevnadslagstiftningen.

I denna uppsats undersöks huruvida, och till vilken grad, samhälleliga och religiösa normer styrt rättsinstitutet äktenskap i förarbeten sedan neutralitetsideologins lansering, med fokus på äktenskaps ingående. Avhandlingen avgränsas till att behandla två aspekter av äktenskaps ingående: samkönade äktenskap samt äktenskapshindret tvegifte. I arbetet med att identifiera normativa strukturer i äktenskapsrätten har Max Webers teori om status och kontrakt samt Anna Christensens teori om normativa grundmönster applicerats.

Familjerätten inordnas under civilrätten, då den rör förhållanden mellan enskilda. Trots detta är familjen som rättsområde svårdefinierat, eftersom det rör vardagslivet. Äktenskapet går att se som ett civilrättsligt avtal vilket som helst, men också som ett statusförhållande, präglad av normer härrörande från såväl historia och kultur som religion. I detta ligger familjens och äktenskapsrättens särart. Grundläggande värderingar i samhället har styrt rätten att ingå äktenskap.

I familjen och äktenskapet finns funktioner som syftar till att påverka individers beteenden, konfliktlösning och skydda den svagare parten. Äktenskapet har också en symbolisk funktion. De normativa strukturerna kring äktenskaps ingående är starka. Rätten att gifta sig följer inte den klassiska utvecklingen från status till kontrakt, då äktenskapet fortfarande står högt i rang hos lagstiftaren. Den neutralitetsideologi som varit utgångspunkt för senare reformer har inte lett till en värderingsfri äktenskapslagstiftning.

Förkortningar

Bet.	Betänkande
Bl.a.	Bland annat
CU	Civilutskottet
Dir.	Kommittédirektiv
f.	Följande
ff.	Flera följande
Kap.	Kapitel
LU	Lagutskottet
M.fl.	Med flera
p.	Punkt
Prop.	Proposition
Rskr.	Riksdagsskrivelse
s.	Sida
SFS	Svensk författningssamling
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk juristtidning
st.	Stycke
T.ex.	Till exempel

1 Inledning

1.1 Introduktion till ämnet

”Äktenskapets ändamål är enskildas väl och sambällets bestånd.”¹

Orden ovan inledde fram till 2009 det borgerliga vigselformuläret. Äktenskapet har traditionellt sett varit starkt bundet till frågor om moral och religion, beskrivet som ett statusförhållande. Samtidigt är det i dag inte svårt att se äktenskapet som ett kontrakt vilket som helst.

Friedrich Carl von Savigny, en framträdande gestalt i den tyska historiska skolan under 1800-talet, såg familjerätten som olämplig för rättsvetenskapliga studier. Savigny menade att ”familjerätten förefaller göra motstånd mot rättsvetenskapsmannens försök att stöpa dess stoff i en vetenskaplig form”² på grund av att den befinner sig mellan två normativa system: rätten och moralen. Moralen har haft en tillbakadragen roll i svensk rättsvetenskap under senare år, sedd som alltför subjektiv och hemmahörande i en svunnen tid³. Lagstiftaren har flertalet gånger uttalat sig om att samhället bör förhålla sig neutralt till människors sätt att ordna sin samlevnad på⁴.

Sedan 2009 är äktenskapslagstiftningen könsneutral. Trots detta kan man fråga sig om inte äktenskapsregleringen fortfarande är ett statusförhållande, förbehållet de av samhället och lagstiftaren önskvärda relationerna.

1.2 Syfte

Det övergripande syftet med uppsatsen är att undersöka huruvida samhälleliga och religiösa normer styr rättsinstitutet äktenskap i förarbeten sedan neutralitetsideologins lansering, med fokus på rätten att få ingå äktenskap.

¹ 4 § Förordning (2006:214) med närmare föreskrifter om vigsel och registrering av partnerskap som förrättas av domare eller särskilt ordnad förrättare, upphävd genom SFS 2009:263.

² Sandström (2011) s. 96 ff.

³ Bauhn (2012) s. 319 ff.

⁴ Se bl.a. SOU 1972:41 s. 93 och bet. 2008/09:CU19 s. 10.

1.3 Frågeställningar

För att uppnå uppsatsens syfte uppställs följande frågeställningar:

1. Hur särskiljer sig äktenskapsrätten från övrig civilrätt?
2. Vilken funktion fyller familjen och äktenskapet?
3. Vilka normativa strukturer kan ses i reglerna kring rätten att få ingå äktenskap?
4. Är äktenskapet ett modernt kontrakt eller finns moraliska och/eller religiösa strukturer kvar i äktenskapets fundament ur lagstiftarens perspektiv?

Frågorna 3 och 4 är mina huvudsakliga forskningsfrågor.

1.4 Avgränsningar

I denna framställning avgränsas från frågor som aktualiseras vid dödsfall samt skilsmässa. En överblick av gällande rätt ges dock för att visa på vilka ekonomiska rättsverkningar som inträder då äktenskap ingås. Genomgången av äktenskapshinder fokuseras till förbudet mot tvegifte. Vidare avgränsas uppsatsen från samboregleringen. Partnerskapsregleringen går enbart igenom översiktligt. Inga internationella utblickar görs. Avgränsas görs också från frågan om huruvida äktenskapet kan ses som ett modernt kontrakt i strikt ekonomiskt hänseende. För en djupgående analys av normativa strukturer i den ekonomiska äktenskapsrätten hänvisas till Ryrstedt⁵.

1.5 Perspektiv, teori och metod

Med utgångspunkt i utvecklingslinjerna i reglerna kring äktenskaps ingående anläggs ett normkritiskt rättsutvecklingsperspektiv. Vidare anläggs ett likabehandlingsperspektiv på lagstiftarens argumentation. Slutligen är perspektivet också disciplinöverskridande, i det att materialet som undersökts hänför sig också till andra vetenskapsområden: teologi, sociologi och filosofi.

⁵ Ryrstedt, Eva, *Bodelning och bostad: ekonomisk självständighet eller gemenskap*, Juristförl., Diss. Lund: Univ., 1999, Lund, 1998.

Webers teori om status och kontrakt samt Anna Christensens teori om de normativa grundmönstren används i ett försök att urskilja normativa strukturer i den äktenskapliga regleringen. I kapitel 2 ges en beskrivning av teorierna.

Traditionella rättskällor i form av lagstiftning, förarbeten och doktrin⁶ används i framställningen. Den rättsanalytiska metod som använts skiljer sig från den rättsdogmatiska på så vis att man med den kan analysera rättsutvecklingen i stället för att enbart fastställa gällande rätt. Metoden möjliggör även för användandet av källor utöver de traditionella rättskällorna, även sådana som inte är rent juridiska. Genom användandet av den rättsanalytiska metoden möjliggörs ett mer värderande och kritiserande inslag i framställningen. Detta öppnar upp för de valda perspektivens genomslag.⁷

1.6 Material

Huvuddelen av materialet utgörs av lagförarbeten. Av stor vikt är Familjelagssakkunnigas betänkanden *Familj och äktenskap I* (SOU 1972:43) och *Förslag till äktenskapsbalk* (SOU 1981:85) samt därtill följande lagförslag⁸. Av senare förarbeten har *Äktenskap för par med samma kön – Vigsselfrågor* (SOU 2007:17) använts i störst omfattning. Vid beskrivningen av gällande rätt har Agell och Brattströms bok *Äktenskap, samboende, partnerskap* varit särskilt hjälpsam tillsammans med Tottie och Telemans kommentar till äktenskapsbalken. I de rättshistoriska delarna av uppsatsen har boken *Svensk rättshistoria* av Göran Inger använts i stor utsträckning. Caroline Sörgjerd's bok *Reconstructing Marriage: The Legal Status of Relationships in a Changing Society* samt bidragen i 2011 års vänbok till Rolf Nygren har varit viktiga i undersökningen av bakomliggande värderingar i äktenskapsrätten.

1.7 Forskningsläge

I 2012 års *Reconstructing Marriage: The Legal Status of Relationships in a Changing Society*, vilken är en modifierad version av hennes avhandling på samma ämne, utreder Caroline Sörgjerd det karakteristiska för äktenskapet samt dess

⁶ Korling och Zamboni (red.) (2013) s. 21.

⁷ Sandgren (2015) s. 45 ff.

⁸ Se bl.a. prop. 1986/87:1 *Om äktenskapsbalk m.m.*

symboliska funktion. Liknande forskning har bedrivits inom ramen för sociologi och historia. I *Inte ett ord om kärlek: äktenskap och politik i Norden ca 1850-1930* från 2006 beskrivs den nordiska äktenskapsmodellen ur ett rättshistoriskt perspektiv. Normativa utvecklingsmönster inom den sociala dimensionen är fokus för en vid Juridiska fakulteten vid Lunds universitet baserad forskargrupp, The Norma Research Programme⁹. Forskning om neutralitetsideologin är äldre¹⁰, och en analys av de normer som i dag ligger bakom äktenskapslagstiftningen är behövlig. Tvegifte som äktenskapshinder har inte varit fokus för mycket forskning, bortsett från i relation till internationell privaträtt.

1.8 Disposition

Framställningen inleds med ett kapitel om teorier om normativa strukturer i rätten: den av Max Weber utvecklade teorin om samhällsutvecklingen från status till kontrakt samt Anna Christensens teori om normativa grundmönster. Kapitel tre berör äktenskapsrättens särart. I detta redogörs äktenskaps ingående samt dess ekonomiska rättsverkningar för översiktligt. Vidare behandlas familjens placering i rättssystemet samt familjens och äktenskapets funktion i samhället. Därefter beskrivs i kapitel fyra vägen mot en könsneutral äktenskapslagstiftning Kapitel fem rör utvecklingen kring äktenskapshindret tvegifte och de frågor som uppkommer i anslutning till ämnet. Uppsatsen avslutas med en analys i kapitel sex där de under avsnitt 1.3 uppställda frågorna kommer att besvaras.

⁹ <http://www.law.lu.se/#/TheNormaResearchProgramme>, besökt 2017-12-30.

¹⁰ Se t.ex. Agell, Anders, *Familjeformer och lagstiftningsideologi*, SvJT 1998 s. 518.

2 Normativa mönster i rätten

2.1 Från status till kontrakt

Bland andra Max Weber, på sin tid professor i sociologi, har anfört att lagarna och samhället har utvecklats från status till kontrakt. Ett statusförhållande föds man in i såsom medlem i en familj eller grupp. Statusen ses som ett immanent värde hos individen i såväl ekonomiskt som socialt hänseende. Ett statuskontrakt kan också ingås. Äktenskapet är ett sådant kontrakt. Med tiden utvecklades samhället till ett kontraktssamhälle. Kontraktet innebär till skillnad från statusen vidsträckt avtalsfrihet för rättsliga transaktioner, anspråk och förpliktelser. Det moderna kontraktet, som visserligen funnits även tidigare, är ett ändamålskontrakt, medan statuskontraktet är primitivt och förändrar individens rättsliga situation i stort.¹¹

2.2 Normativa grundmönster

Anna Christensens teori om normativa grundmönster är en förklaringsmodell till hur normer skapar rätten. Det är tämligen vanligt att tala om rättens moralskapande karaktär, menar Christensen. Att tala om normerna som rättsskapande, är inte i samma utsträckning förekommande. Rättsregler är juridiska kodifieringar av moraliska sedvänjor i samhället.¹²

De mönster som går att urskilja i de normer som fungerar rättsskapande och är återkommande kallar Christensen normativa grundmönster. En princip är ett normativt mönster om den svarar mot ett moraliskt förpliktande socialt handlingsmönster.¹³ Mönstren rör sig i det normativa fältet. I fältet uppstår konflikter mellan de normativa grundmönstren, vilka försöker dra till sig olika rättsliga regleringar. Rättsregler påverkas ofta av och dras till flera normativa grundmönster, varierande över tid och rum. De normativa grundmönster som

¹¹ Weber (1985) s. 196 ff.

¹² Christensen (1996) s. 527.

¹³ Christensen (1996) s. 529.

Christensen urskiljer är *skydd för etablerad position, rättvis fördelning* samt *det marknadsfunktionella mönstret*.¹⁴

Skydd för etablerad position innebär att en på ett rättsenligt uppnådd ställning värnas och bevaras. Mönstret ger uttryck för en konservativ syn på positioner, konstellationer och äganderätt. Skydd för etablerad position är grundläggande, starkt och har stor spridning i det normativa fältet.¹⁵ De individuella kontrahenterna i familjerätten skyddas inte av mönstret. Familjerätten skiljer sig åt från andra rättsområden inom den sociala dimensionen då det som skyddats har varit de familjerättsliga institutionerna. Det är därför, menar Christensen, lättare att historiskt sett inordna äktenskapet under grundmönstret *status*.¹⁶

Det marknadsfunktionella mönstret är dynamiskt och står därför i konflikt med mönstret skydd för etablerad position. Det marknadsfunktionella mönstret består av äganderätten, det fria avtalet och näringsfriheten. Det marknadsfunktionella mönstret främjar nya verksamheter, den personliga friheten, en konstant omfördelning av värden samt en ständig förändring av uppnådda positioner.¹⁷ Kontraktet i status-kontraktmodellen är inte identiskt med det marknadsfunktionella mönstret. Medan det senare ibland får stå tillbaka för redan uppnådda positioner, menar Christensen att rätten att fritt utforma personliga relationer till andra människor, vilket kontraktet innebär, inte längre innebär några sådana begränsningar.¹⁸ Kontraktet innebar i samhällsutvecklingen att människan gavs en möjlighet att frigöra sig från den givna statusen¹⁹.

Rättvis fördelning är ett mönster som syftar till en likafördelning av värden eller en fördelning i enlighet med någon annan princip för rättvisa²⁰.

¹⁴ Christensen (1996) s. 531 ff.

¹⁵ Christensen (1996) s. 531 ff.

¹⁶ Christensen (1996) s. 570 f.

¹⁷ Christensen (1996) s. 529 f.

¹⁸ Christensen (1996) s. 571.

¹⁹ Christensen (1996) s. 530.

²⁰ Christensen (1996) s. 535.

3 Äktenskapsrättens särart

3.1 Historisk bakgrund

Under medeltiden var individens vilja sekundär i förhållande till ätte- och släktgemenskapen, vilken utgjorde skydds nätet i samhället. Äktenskapet utgjorde en förutsättning för familjebildning och genom detta tillförsäkrades släktens fortlevnad. Avtal om äktenskap, fästning, ingicks under medeltiden mellan kvinnans giftoman (målsman) och fästmannen, i närvaro av vittnen. Under bröllopet fullbordades äktenskapet genom sängledningen.²¹

Med kristendomens intågande under 1000- och 1100-talen infördes kyrklig vigsel jämte det tidigare allenarådande icke-kyrkliga förfarandet. Kyrkan höll likt släkten äktenskapet högt i rang; genom ingående av det och tillhörande barnalstrande verkställde man Guds befallning²². Enligt den katolska kyrkan och den kanoniska rätten är äktenskapet ett sakrament, föreskrivet av Gud och som sådant oupplösligt²³.

Med reformationen på 1500-talet kom den kyrkliga synen på äktenskap att förändras. Enligt reformatorn Martin Luther är äktenskapet inget sakrament. Äktenskapet hör jordelivet till och bör därför regleras av de världsliga makterna.²⁴ Detta syns i XV kap. 1 § 1686 års kyrkolag, där stat och kyrka gavs delade befogenheter. Luther framhöll att Gud genom skapelsen upprättat en innerlig förening mellan man och kvinna, i syfte att sörja för släktens fortbestånd på jorden²⁵. Genom införandet av 1686 års kyrkolag och 1734 års lag blev äktenskapsregleringen likalydande i hela Sverige. Den kyrkliga vigseln blev obligatorisk. Med åren kom behov av förnyade regler. 1873 trädde dissenterlagen i kraft, genom vilken fakultativt civiläktenskap, borgerlig vigsel, infördes för främmande trosbekännare. År 1908 infördes möjligheten för alla

²¹ Inger (2010) s. 22 ff.

²² Inger (2010) s. 22 ff.

²³ Modéer (2004) s. 53.

²⁴ Sundby (1959) s. 25.

²⁵ Sundby (1959) s. 13 ff.

svenska medborgare att ingå vigsel borgerligt.²⁶ Genom äktenskapsreformerna 1915–1920 blev äktenskapet en borgerlig angelägenhet med statlig vigselbehörighet delegerad till representanter för vissa trossamfund²⁷.

3.2 Ingående av äktenskap

Regler om äktenskap finns i dag i äktenskapsbalk (1987:230). Enligt 1 kap. 1 § äktenskapsbalken kan äktenskap ingås mellan två personer över 18 år med rättslig handlingsförmåga²⁸. Äktenskap ingås genom en vigselceremoni inför vittnen och vigselförrättare vid vilken de blivande makarna ska närvara och samtycka till giftermålet²⁹. Vigseln förrättas borgerligt eller inom trossamfund³⁰. Förrättare inom trossamfunden har ingen vigselplikt, vilket borgerliga vigselförrättare däremot har, se 4 kap. 3 § äktenskapsbalken. Det borgerliga vigsselformuläret ändrades då äktenskapslagstiftningen blev könsneutralt 2009³¹. Nu benämns äktenskapet som byggt på kärlek och tillit två självständiga individer emellan, se 5 § förordning (2009:263) om vigsel som förrättas av särskilt förordnad vigselförrättare. Innan ändringen betonades äktenskapet i formuläret som enskildas väl och samhällets bestånd, som visat i avsnitt 1.1.

3.3 Äktenskapets ekonomiska rättsverkningar

Äktenskapet medför inga förändringar i äganderättsligt hänseende. Om detta stadgas i 1 kap. 3 § äktenskapsbalken: Varje make råder över sin egendom och svarar för sina skulder. Principen bygger på att egendomsskillnad råder mellan makarna för tiden då äktenskapet består³². Makar kan i egenskap av två självständiga rättssubjekt fritt ingå avtal med varandra³³ och som sådana samäga egendom³⁴. Ett särskilt avtal avsett för makar är äktenskapsförordet, vilket regleras i 7 kap. 3 § äktenskapsbalken. Ett äktenskapsförord ger

²⁶ Inger (2010) s. 238 ff.

²⁷ SOU 2007:17 s. 110.

²⁸ Agell och Brattström (2011) s. 29.

²⁹ Se 4 kap. 1–2 §§ äktenskapsbalken.

³⁰ Agell och Brattström (2011) s. 32.

³¹ SFS 2009:263.

³² Prop. 1986/87:1 s. 113.

³³ Agell och Brattström (2011) s. 52.

³⁴ Tottie och Teleman (2010) s. 33.

möjligheten att bestämma att egendom skall vara enskild och inte ingå i framtida bodelning.

Äganderätten skall skiljas från giftorätten³⁵. Äganderätten påverkas inte av om egendomen klassificeras som giftorättsgods eller enskild egendom³⁶. Fram till bodelning är giftorätten ett latent anspråk på att vid upplösning få vara med och dela värdet av den andres tillhörigheter. Den individuella äganderätten till trots föreligger en tvingande underhållsplikt mellan makar under äktenskapets bestående, se 6 kap. äktenskapsbalken.³⁷ Detta grundar sig i att makarna bör leva under lika förhållanden och ha samma levnadsstandard³⁸.

Äktenskap upplöses genom den ena makens död eller genom äktenskapsskillnad, 1 kap. 1 § äktenskapsbalken. Regler om bodelning vid äktenskaps upphörande finns i 9–13 kap. äktenskapsbalken. Svensk rätt har en restriktiv hållning till ekonomiskt underhåll efter äktenskapsskillnad, och det är ovanligt att sådana bidrag utgår³⁹.

En betydande ekonomisk rättsverkning som följer av äktenskapet är arvsrätten. Make ärver kvarlåtenskapen från den först avlidne maken med fri förfoganderätt före gemensamma barn samt övriga arvingar, vilka erhåller en rätt till efterarv⁴⁰. Make är ytterst skyddad av basbelopsregeln i 3 kap. 1 § 2 st. ärvdabalken, enligt vilken efterlevande make har rätt att ur kvarlåtenskapen erhålla egendom till ett värde motsvarande fyra prisbasbelopp.

3.4 Familjens funktion

Anna Singer ser tre funktioner i de svenska familjerättsreglerna. Den handlingsdirigerande funktionen handlar om att påverka människors beteende på ett eller annat sätt, inom familjerätten ofta i syfte att uppnå varaktiga familjeförhållanden. Familjerätten är också i stora delar kodifikation av

³⁵ Agell och Brattström (2011) s. 52.

³⁶ Agell och Brattström (2011) s. 74.

³⁷ Agell och Brattström (2011) s. 51 f.

³⁸ Tottie och Teleman (2010) s. 109.

³⁹ Tottie och Teleman (2010) s. 63.

⁴⁰ Se 3 kap. 1–2 §§ ärvdabalken (1958:637).

samhälleliga normer. Den konfliktlösande delen av familjerätten måste accepteras av en majoritet av befolkningen, och därför byggas på allmänna, samhälleliga värderingar. Skyddsfunktionen är inriktad på att skydda den som anses behöva det enligt rådande normer i samhället.⁴¹

I Familjelagssakkunnigas betänkande *Familj och äktenskap I* (SOU 1972:41) behandlades familjens funktion i samhället. I den familjesociologiska indelning man utgick från har familjen en reproduktiv funktion, en sexuell funktion, en fostrande funktion, en ekonomisk funktion, en skyddsfunktion, en fritidsfunktion, en religiös funktion samt en känslomässig funktion. Samhällsförhållandena och förändringar i den bidrar till att funktionerna skiftar i betydelse över tid. Många av funktionerna har kommit att minska i betydelse genom välfärdsstatens utveckling, medan andra har blivit viktigare.⁴² Ryrstedt menar att de inre funktionerna är de som tillfredsställer behov hos familjen och därmed är grundläggande, såsom den ekonomiska och den reproduktiva funktionen. Familjens yttre funktion är den roll som familjen spelar i samhället.⁴³

I äktenskapet ser Sörgjerd en yttre och en inre funktion. Den inre funktionen består i den ömsesidiga viljeförklaringen att varaktigt bli en familj. Äktenskapet är fortfarande att se som förhoppningen om ett livslångt förbund. Den yttre funktionen har att göra med symbolik; att ingå äktenskap är ytterst ett godkännande av relationen. Behovet av dessa funktioner håller institutet äktenskap vid liv.⁴⁴

3.5 Samlevnadslagstiftning

Familjerätten sorteras in under civilrätten, den del av rätten som rör relationen mellan enskilda⁴⁵. Trots detta kan familjerätten, för att citera Singer, framstå som ”ojuridisk”⁴⁶. Som nämnt i inledningsavsnittet menar Savigny att

⁴¹ Singer (2010) s. 245 ff.

⁴² SOU 1972:41 s. 63 ff.

⁴³ Ryrstedt (1998) s. 35.

⁴⁴ Sörgjerd (2011) s. 204 f.

⁴⁵ Flodgren (2016) s. 24.

⁴⁶ Singer (2010) s. 247.

familjerätten befinner sig mellan rätten och moralen⁴⁷. Familjeförhållanden handlar till stor del om tro och övertygelse, och är därmed inte lämpade för rättsvetenskapliga analyser inom ramen för den positiva rätten⁴⁸. Oberoende av Savignys uttalanden står det klart att familjerätten har att göra med mycket personliga frågor och förhållanden. Allmänna värderingar, hänsyn till individen och rådande uppfattningar i samhället kan således få betydelse i lösningen av familjerättsliga problem⁴⁹. Kopplingen till religionen kan trots det sekulära samhälle vi lever i ses som stark, många av de värderingar vi ser som grundläggande är ofta hänförliga till religionen⁵⁰.

Med industrialisering, urbanisering, sekularisering samt politiska och sociala förändringar under 1800- och 1900-talet kom religionen och moraliska värderingar att spela en mindre roll i utformningen av de äktenskapliga reglerna⁵¹. Under det förra seklets senare hälft anammade lagstiftaren den neutralitetsideologi som kommit att vara vägledande för senare familjerättsliga reformer: lagstiftningen bör förhålla sig neutral till människors olika samlevnadsformer och moraluppfattningar. Lagstiftningen skall inte privilegiera en samlevnadsform framför andra.⁵² Det konstaterades dock att en fullständig neutralitet inte är möjlig att uppnå om äktenskapet skall kvarstå som rättsinstitut, en åsikt som även återkom i ett senare betänkande⁵³. Den ideologiska utvecklingen under 1900-talet kan ses som ett avståndstagande från en kristen värdegrund till förmån för en mer liberal ideologi⁵⁴. Neutralitetsideologin har kritiserats för sin dubbeltydighet⁵⁵. Den kan tolkas som att lagstiftaren ska vara neutral inför vilken samlevnadsform som väljs, eller som att samma regler ska gälla oavsett val av samlevnadsform. Båda tolkningarna har använts av lagstiftaren⁵⁶. Den senare avfärdades av Familjelagssakkunniga; en sådan ordning skulle undergräva äktenskapets

⁴⁷ Se avsnitt 1.1.

⁴⁸ Sandström (2011) s. 112 f.

⁴⁹ Singer (2010) s. 247 f.

⁵⁰ Sörgjerd (2011) s. 319 f.

⁵¹ Inger (2010) s. 322 f.

⁵² SOU 1972:41 s. 58.

⁵³ SOU 1972:41 s. 93; SOU 1981:85 s. 96 f.

⁵⁴ Lind (2016) s. 67.

⁵⁵ Se t.ex. Agell (1984) s. 715.

⁵⁶ Agell och Brattström (2011) s. 252.

legitimitet som central funktion i samhället⁵⁷. Neutralitetsideologin har varit fortsatt rådande:

”Det bör inte ankomma på samhället att – genom lagstiftningen eller på annat sätt – ge uttryck för några värderingar när det gäller människors sätt att ordna sin samlevnad.”⁵⁸

Frågan kvarstår dock huruvida, och hur mycket, det offentliga skall styra över människors val av samlevnadsform. Neutralitetsideologin till trots är äktenskapet omgärdat av mer långtgående rättsverkningar än samboendskapet, och inte förrän 2009 blev det tillgängligt för homosexuella par. Michael Sandel, professor i politisk filosofi vid Harvard University, sätter frågan om neutralitet på sin spets: Om staten skall vara verkligt neutral, varför tillåts då inte polygama äktenskap? Varför finns det överhuvudtaget en av staten sanktionerad äktenskapslagstiftning?⁵⁹

⁵⁷ SOU 1972:41 s. 46 f.

⁵⁸ Bet. 1993/94:LU28 s. 8.

⁵⁹ Sandel (2009) s. 257.

4 En könsneutral äktenskapslagstiftning

4.1 Historisk bakgrund

Äktenskapet har länge varit förbehållet man och kvinna. Trots den lutherska betoningen av det världsliga kom religionen att få en stor roll i Sverige efter reformationen. Då Karl IX 1608 stadfäste landslagen tillfördes ett appendix med citat ur Bibeln. För första gången kriminaliserades homosexualitet uttryckligen.⁶⁰

Enligt Eva Österberg, professor emerita i historia, kan man i lagstiftningen i Sverige under denna tid se en ”fundamentalistisk protestantisk kontroll av sexualiteten”⁶¹. De stränga straffen till trots visar rättspraxis att domstolarna i många avseenden såg till förmildrande omständigheter⁶². Straffen i appendix överfördes inte till 1734 års lag, men spår av mosaisk rätt fanns kvar. Homosexualitet var inte kriminaliserat. En teori om varför är att man inte ville formulera regler som skulle uppmuntra till brotten; syns det inte så finns det inte. Denna förklaring har stöd i förarbetena.⁶³

I strafflagen (1864:11) förbjöds homosexualitet i 18 kap. 10 §. Av ordalydelsen framkommer att straffbestämmelsen är könsneutral: Öfwar någon med annan person otukt, som emot naturen är, eller öfwar någon otukt med djur; warde dömd till straffarbete i högst två år. Homosexualitet avkriminaliserades 1944⁶⁴. I motionen som låg bakom reformen påtalades att homosexualitet är biologiskt, och bör därför inte föranleda straffansvar⁶⁵. 1973 uttalade riksdagen

⁶⁰ Häthén (2014) s. 103 f.

⁶¹ Österberg (2004) s. 44.

⁶² Häthén (2014) s. 107 f.

⁶³ Häthén (2014) s. 166.

⁶⁴ Lagen (1944:167) om ändring i 18 och 25 kap. strafflagen.

⁶⁵ Sörgjerd (2012) s. 170.

att homosexuella relationer är fullt accepterade i samhället⁶⁶. Homosexualitet klassificerades av Socialstyrelsen som en sjukdom fram till 1979⁶⁷.

4.2 Lagstiftningsarbetet

Homosexuellas situation behandlades i *Homosexuella och samhället* (SOU 1984:63). En av frågorna i betänkandet var om människor av samma kön skall få ingå äktenskap med varandra. Majoriteten av remissinstanserna besvarade frågan nekande. Flertalet organisationer och enskilda hörde av sig med anledning av frågan och avstyrkte lagstiftningsalternativen som diskuterades av kommittén.⁶⁸ Trots behovet av rättslig reglering föreslogs inte en könsneutral äktenskapslagstiftning. Utredarna undersökte allmänhetens inställning till en könsneutral äktenskapslagstiftning. 21 procent av de tillfrågade var positiva till en sådan reglering. 54 respektive 25 procent var negativt inställda eller förklarade sig inte veta. Äktenskapet är en central enhet i samhället, konstaterades det, och som sådan förbehållen man och kvinna. Vare sig Svenska kyrkan eller andra trossamfund skulle acceptera att viga eller erkänna homosexuella äktenskap. Därför ansåg kommittén att man genom att införa en könsneutral lagstiftning skulle göra en alltför stor förändring, i strid mot den rådande synen på äktenskapet.⁶⁹

1987 tillkom lagen (1987:813) om homosexuella sambor. En lagstiftning om registrerat partnerskap för homosexuella par, grundad på allas lika värde och likhet inför lagen, föreslogs i Partnerskapskommitténs betänkande *Partnerskap* (SOU 1993:98)⁷⁰. I en passus uttalade sig kommittén om lagstiftarens betydelse för opinionsbildning: Lagstiftaren kan och skall inte i alltid rätta sig efter allmänhetens inställning, utan måste ibland leda vägen för samhällsförändringar. Utredarna menade att religiösa aspekter inte bör vara avgörande för ställningstagandet.⁷¹ En proposition följde aldrig på betänkandet;

⁶⁶ LU 1973:20 s. 116.

⁶⁷*Nationalencyklopedin*, homosexualitet, <<https://www.ne.se/uppslagsverk/encyklopedi/l%C3%A5ng/homosexualitet>>, besökt 2018-01-02.

⁶⁸ SOU 1984:63 s. 88 f.

⁶⁹ SOU 1984:63 s. 98 f.

⁷⁰ SOU 1993:98 s. 81.

⁷¹ SOU 1993:98 s. 84 ff.

inom den borgerliga regeringen förelåg inte majoritet för en sådan lagstiftning⁷². På förslag av riksdagens lagutskott⁷³ tillkom lagen (1994:1117) om registrerat partnerskap. Det registrerade partnerskapet likställdes i stort sett med äktenskap i betydelsen av rättsliga efterverkningar.

2004 gav riksdagen regeringen i uppdrag att tillsätta en utredning av frågan om en könsneutral äktenskapslagstiftning⁷⁴. Regeringen gav en särskild utredare uppdraget att ta ställning till frågan. I uppdraget låg att redovisa samtliga skäl för och emot en sådan ordning efter en genomgripande analys av frågan.⁷⁵ Utredaren Hans Regner biträdades av referensgrupper med företrädare för riksdagspartierna och utvalda trossamfund⁷⁶.

I *Äktenskap för par med samma kön – Vigsselfrågor* (SOU 2007:17) konstaterades att äktenskap som begrepp har minst två betydelser: som ett system av regler och som familjebildningsinstitution.⁷⁷ Utgångspunkten för bedömningen i utredningen blev det rättsliga äktenskapets betydelse för familjebildning⁷⁸, utan inslag av känsluskäl eller religiösa uppfattningar⁷⁹.

Som skäl för en könsneutral äktenskapslagstiftning angavs att äktenskap i dag ingås på grund av kärlek och att valet av partner är av privat karaktär. Samhället bör därför förhålla sig neutralt till människors samlevnadsform. Andra skäl är likabehandling, rätten att ingå äktenskap som en mänsklig rättighet, och att lika fall skall behandlas lika.⁸⁰

Vilka skäl fanns mot en ordning med äktenskap för par med samma kön? Partnerskapslagen kan ses som en fullgod lösning och att ingå äktenskap är inte en mänsklig rättighet. Äktenskapet har länge setts som en grundläggande enhet för samhället och äktenskapets innebörd har varit föreningen mellan man och

⁷² Agell och Brattström (2011) s. 291.

⁷³ Bet. 1993/94:LU28.

⁷⁴ Bet. 2003/04:LU22.

⁷⁵ Dir. 2005:06.

⁷⁶ SOU 2007:17 s. 15.

⁷⁷ SOU 2007:17 s. 217 f.

⁷⁸ SOU 2007:17 s. 16.

⁷⁹ SOU 2007:17 s. 220.

⁸⁰ SOU 2007:17 s. 221 ff.

kvinnor.⁸¹ Bland de referensgruppsyttranden som redovisades i utredningen var Kristdemokraterna det enda partiet som ställde sig kritiskt till förslaget om en könsneutral äktenskapslagstiftning. Att utredaren enbart utgått från den rättsliga aspekten av ett äktenskap ansåg partirepresentanten Yvonne Andersson vara fel; äktenskapet är också etik, kultur, historia och religion. Definitionen av äktenskapet är evig i att det är förbehållet man och kvinna. Om en könsneutral äktenskapsreglering trots detta skulle komma till stånd, ansåg Andersson att termen äktenskap skall ersättas med ett annat begrepp, då ordet äktenskap är av religiöst ursprung.⁸² Mot detta invänder utredaren att äktenskap betyder att någonting tillkommit i laga ordning, och att ordet är en benämning på ”ett av staten sanktionerat förhållande mellan två personer med vilket följer en rad rättsverkningar på olika områden”⁸³.

Företrädarna för Svenska kyrkan och Svenska missionskyrkan poängterade att olika samlevnadsformer har samma värde och ställde sig därför positiva till en gemensam lag som sammanför äktenskapsbalken och partnerskapslagen. Inställningen till termen äktenskap är däremot densamma som Kristdemokraternas; med begreppet äktenskap avses relationen mellan man och kvinna.⁸⁴

Sveriges Frikyrkosamråd/Sveriges Kristna Råd, Evangeliska frikyrkan, Ortodoxa, Österländska kyrkans ekumeniska Råd samt Katolska kyrkan i Sverige menade att äktenskapet har varit, är och skall vara förbehållet man och kvinna. Representanterna uttalade att ”en förändring av innebörden i nuvarande äktenskapsbegrepp innebär en kollision med vedertagna kulturellt och religiöst grundade föreställningar om äktenskapet”⁸⁵. Oförmågan till fortplantning samt barns rätt till både mamma och pappa är något som framhålls särskilt⁸⁶. Ulla Björnberg, professor emerita i sociologi, framhöll i betänkandet att det är av största vikt att man inte gör skillnad mellan barn som

⁸¹ SOU 2007:17 s. 221 ff.

⁸² SOU 2007:17 s. 353 ff.

⁸³ SOU 2007:17 s. 232.

⁸⁴ SOU 2007:17 s. 357 f.

⁸⁵ SOU 2007:17 s. 360.

⁸⁶ Se t.ex. SOU 2007:17 s. 353.

lever i olika familjekonstellationer och att forskningen inte visar att homosexuella är olämpliga som föräldrar på grund av sin läggning⁸⁷.

Utredaren bedömde att de skäl som förts fram emot ett könsneutralt äktenskap inte är tillräckliga. Äktenskapsbalken borde därför utvidgas till att omfatta par av samma kön. Till invändningen om att det registrerade partnerskapet ger i stort sett samma rättsverkningar som ett äktenskap anfördes att äktenskapet har ett högre symbolvärde i det allmänna rättsmedvetandet. Därför är det viktigt för homosexuella par samt inställningen till dessa att äktenskapslagstiftningen blir könsneutral.⁸⁸ Ett förslag om en könsneutral äktenskapslagstiftning lades inte fram av regeringen⁸⁹. Någon anledning till varför ges inte; det konstaterades enbart att frågan kan lösas på olika sätt⁹⁰. Avsaknaden av förslag kan ha haft att göra med partipolitiska motsättningar inom den borgerliga alliansregeringen⁹¹. Istället utarbetade riksdagens civilutskott ett förslag⁹². Civilutskottet skrev att rättsreglerna har till funktion att tillhandahålla praktiska lösningar för människors familjebildningar utan att i dessa inlägga några värderingar. En lagändring är i takt med de värderingar och levnadsmönster som råder i dagens samhälle. I april 2009 röstades civilutskottets förslag igenom⁹³. Sedan den 1 maj 2009 är äktenskapsbalken könsneutral⁹⁴.

4.3 Reformens innebörd

Agell menar i sitt yttrande över SOU 2007:17 att homosexuella genom partnerskapslagen redan fått ett fullgott skydd mot diskriminering. Agell kritiserar därför förslaget om en könsneutral lagstiftning för att enbart handla om symbolik, och inte juridik. Genom att göra äktenskapet könsneutralt, sker en symbolisk degradering av det traditionella äktenskapet förbehållet man och kvinna. Detta har redan skett i viss utsträckning genom införandet av

⁸⁷ SOU 2007:17 s. 225.

⁸⁸ SOU 2007:17 s. 230.

⁸⁹ Prop. 2008/09:80 s. 11.

⁹⁰ Prop. 2008/09:80 s. 18.

⁹¹ Agell och Brattström (2011) s. 294 f.

⁹² Bet. 2008/09:CU19.

⁹³ Rskr. 2008/09:208.

⁹⁴ Lag (2009:253) om ändring i äktenskapsbalken.

neutralitetsideologin, menar Agell. Det är av stor vikt att lagstiftaren är medveten om sin normbildande påverkan på hållningar och handlingsätt. Agell betonar att äktenskapet är ett statusförhållande och att individer inte kan bestämma när ett sådant skall kunna skapas.⁹⁵

Sörgjerd ser saken på ett annat sätt. Medan äktenskapets statuskaraktär minskade i samband med neutralitetsideologin och reformerna på 1970-talet, har införandet av ett könsneutralt äktenskap ökat dess roll som status på grund av att reformen enbart handlade om symbolik.⁹⁶ Såväl äktenskapets yttre som inre funktion⁹⁷ bekräftades med införandet av en könsneutral äktenskapslagstiftning. Ett stort symbolvärde omgärdade det faktum att homosexuella par fick tillträde till äktenskapet som status. Sörgjerd menar att 2009 års äktenskapsreform visar på hur viktigt det är att få ett godkännande av sin relation från samhället.⁹⁸

Sandel menar att frågan om ett könsneutralt äktenskap inte kan vara och är av enbart juridisk karaktär; den moraliska frågan är oundviklig⁹⁹. Detta synsätt överensstämmer med synen på familjerätten som en spegling av samhällets grundläggande värderingar såsom de uttrycks av medborgarna och lagstiftaren¹⁰⁰. Sandel anför:

”The real issue in gay marriage debate is not freedom of choice but whether same-sex unions are worthy of honor and recognition by the community – whether they fulfill the purpose of the social institution of marriage. [...] And this carries us onto contested moral terrain, where we can’t remain neutral towards competing conceptions of the good life.”¹⁰¹

⁹⁵ Agell, Anders: ”Yttrande över SOU 2007:17. Äktenskap för par med samma kön. Vigsselfrågor”, 2008-01-23, <http://andersagell.se/pdf/AA_Bibliotek_Nya_01_aktenskap_samma_kon.pdf>, besökt 2018-01-02.

⁹⁶ Sörgjerd (2012) s. 320 f.

⁹⁷ Se avsnitt 3.4.

⁹⁸ Sörgjerd (2011) s. 204.

⁹⁹ Sandel (2009) s. 253.

¹⁰⁰ Singer (2010) s. 271 f.

¹⁰¹ Sandel (2009) s. 257 ff.

5 Tvegifte

5.1 Historisk bakgrund

Formell tvåsamhet har sedan den kanoniska rättens inträde under tidig medeltid varit en förutsättning för ingående av äktenskap i Sverige¹⁰². I påven Alexander III:s brev till ärkebiskopen i Uppsala på 1170-talet betonades att ingen fick leva i tvegifte¹⁰³. Under medeltiden kom tvegifte sedermera också att kriminaliseras¹⁰⁴. I Magnus Erikssons landslag från omkring 1350 var bigami brottsligt enligt Högmålsbalken¹⁰⁵. I landskapslagarna föreföll det inte vara kriminaliserat¹⁰⁶.

I giftermålsbalken i 1734 års lag var tvegifte uppställt som äktenskapshinder i 2 kap. 10 §¹⁰⁷. 1915, under den stora äktenskapsreformen i Norden, togs trolovning med annan bort som äktenskapshinder i svensk rätt¹⁰⁸. Utgångspunkten var att ingående av äktenskap inte skulle förhindras och försvåras¹⁰⁹. Under reformen aktualiserades förhållandet mellan individens frihet och statlig kontroll i form av äktenskapshinder. Frågor som utreddes var om äktenskapshinder kan leda till önskvärd befolkningspolitisk effekt samt om staten har rätt att hindra vissa människor från att ingå äktenskap. Det som diskuterades var framförallt ålder för äktenskaps ingående, släktskapshinder samt nya medicinska hinder.¹¹⁰

I *Familj och äktenskap I* (SOU 1972:41) utreddes äktenskapshindren. Det konstaterades att många av äktenskapshindren kommit till av religiösa skäl, och att flera av dem funnits länge¹¹¹. Numera är äktenskapshindren oftast etiskt, medicinskt eller genetiskt motiverade. Familjelagssakkunniga uttalade vidare att

¹⁰² SOU 1972:41 s. 124.

¹⁰³ Inger (2010) s. 30.

¹⁰⁴ SOU 2013:38 s. 56 f.

¹⁰⁵ Häthén (2014) s. 51.

¹⁰⁶ Almquist (1943) s. 19.

¹⁰⁷ Almquist (1943) s. 20.

¹⁰⁸ Inger (2010) s. 242.

¹⁰⁹ SOU 1972:41 s. 125.

¹¹⁰ Melby m.fl. (2006) s. 125 ff.

¹¹¹ SOU 1972:41 s. 123.

äktenskapshindren är uppställda i enlighet med samhällets uppfattning om vilka familjebildningar som inte är önskvärda. Äktenskapshindren skall hållas till ett minimum. Vad gäller tvegifte är polygama relationer i sig tillåtna. Äktenskapshindret mot tvegifte och den korrelerande straffbestämmelsen värnar om det monogama äktenskapet, menade utredarna och ansåg att denna ordning bör upprätthållas.¹¹² Neutralitetsideologin till trots är det uppenbart att utgångspunkten för äktenskapsreglerna ska utgå från den monogama familjen, då denna relation konstituerar själva begreppet äktenskap¹¹³. I lagförslaget som låg till grund för äktenskapsbalkens införande konstateras enbart att tvegifte är ovanligt¹¹⁴.

5.2 Dagens reglering

I dag är utgångspunkten att i princip alla ska kunna välja äktenskap som samlevnadsform.¹¹⁵ Äktenskapshinder föreligger vid omyndighet, nära släktskap och tvegifte, se 2 kap. 1,3 och 4 §§ äktenskapsbalken. Före ingående av äktenskap skall en hindersprövning göras av Skatteverket. Regler härom finns i 3 kap. äktenskapsbalken. Vid tvegifte föreligger rätt till omedelbar äktenskapsskillnad enligt 5 kap. 5 § äktenskapsbalken. Enligt bestämmelsen kan talan även väckas av allmän åklagare.

Skälen bakom hindren är arvsbiologiska eller socialetiska. Med det sistnämnda menas att relationen inte är önskvärd från lagstiftarens sida¹¹⁶. I SOU 2007:17 sades att äktenskapshindren har skäl som inte strider mot principen om valfrihet. I ett annat uttalande i samma betänkande påpekades att rätten att ingå äktenskap är oanvändbar om man inte själv får välja vem man vill gifta sig med.¹¹⁷

¹¹² SOU 1972:41 s. 127 ff.

¹¹³ SOU 1972:41 s. 139 f.

¹¹⁴ Prop. 1986/87:1 s. 116.

¹¹⁵ Tottie och Teleman (2010) s. 49 ff.

¹¹⁶ Agell och Brattström (2011) s. 28.

¹¹⁷ SOU 2007:17 s. 228 ff.

Tvegifte är fortsatt kriminaliserat, se 7 kap. 1 § brottsbalken (1962:700). Bestämmelsen är inriktad på äktenskap ingångna i Sverige¹¹⁸, krav på dubbel straffbarhet föreligger enligt 2 kap. 2 § brottsbalken. Övriga äktenskapsbrott avkriminaliserades 1942¹¹⁹. I propositionen till brottsbalken, som trädde i kraft 1965, uttalade departementschefen att tvegifte förr i tiden sågs på med mycket stränga ögon. I dagens samhälle är tvegifte inte ett trohetsbrott, utan bör istället ses som ett brott mot god ordning, och därtill ett ovanligt sådant.¹²⁰

I *Vad bör straffas?* (SOU 2013:38) utreddes kriminalisering i straffrätten i stort. Det föreslogs i betänkandet att en avkriminalisering av tvegifte bör övervägas på grund av bristen av ett godtagbart skyddsintresse bakom bestämmelsen. Straffbestämmelsen slår vakt om en svunnen moralföreställning där människor uteslutande ska leva i monogama förhållanden. Ett eventuellt skyddsintresse kan vara värnandet om klarheten i familjerätten, men månggifte är redan civilrättsligt ogiltigt. Samma bedömning gjordes gällande förbudet mot frivillig incest mellan vuxna i 6 kap. 7 § brottsbalken.¹²¹

5.3 Problematiken

Att tillåta polygama äktenskap är inget som föreslås särskilt ofta, men då och då förs åsikten fram i den allmänna debatten¹²². I dag diskuteras tvegifte ofta istället i samband med frågor av internationellt privaträttslig karaktär. I flera muslimska länder är månggifte tillåtet, dock ofta med restriktioner¹²³. En omdebatterad fråga har varit om Sverige bör tillåta och erkänna polygama äktenskap ingångna utomlands. Även om föremålet för denna framställning främst är inriktad på lagstiftningens motiv är denna aspekt intressant att diskutera utifrån ett normperspektiv. Familjerätten som område är starkt kulturbundet¹²⁴. Sverige är ett sekulärt land där stat och kyrka är separerade.

¹¹⁸ Jänterä-Jareborg (2010) s. 221.

¹¹⁹ Inger (2010) s. 373.

¹²⁰ Prop. 1962:10 del B s. 231.

¹²¹ SOU 2013:38 s. 506 f.

¹²² Se t.ex. Caroline von Seth: ”Man måste få älska hur många man vill – tillåt månggifte”, Nyheter 24 Debatt 2017-06-13, <<https://nyheter24.se/debatt/886808-man-maste-fa-alska-hur-manga-man-vill-tillat-manggifte>>, besökt 2017-12-30.

¹²³ Jänterä-Jareborg (2011) s. 393.

¹²⁴ Jänterä-Jareborg (2010) s. 206.

Inte sällan uttalas att staten skall vara neutral i frågor som rör religion¹²⁵. Riksdagen har dock nyligen lagt på regeringen att utreda varför cirka 300 personer i Sverige registrerats som gifta med fler än en person samt att analysera hur lagstiftningen skall utformas för att polygama äktenskap inte skall erkännas i Sverige¹²⁶. Enligt 1 kap. 7 § lagen (1904:26 s. 1) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap och förmynderskap skall äktenskap ingångna utomlands erkännas i Sverige om det är giltigt i den stat där det ingicks och inga undantag är tillämpliga. Principen om ordre public är lagfäst i 7 kap. 4 § samma lag. Enligt principen kan erkännande vägras om ett sådant strider mot grunderna i den svenska rättsordningen. I debatten hänvisas ofta månggifte till som en sådan inrättning vilken strider mot våra grundläggande värderingar, bland annat på grund av att det i muslimska polygama äktenskap enbart är mannen som tillåts ha flera fruar. Detta ses som ett uttryck för en patriarkal ordning.¹²⁷ Jänterä-Jareborg menar att det skulle vara svårt att motivera ett förbud mot månggifte ingånget i annat land med hänsyn till ordre public; det blir svårt att argumentera för varför¹²⁸.

Trots att Jänterä-Jareborg i sammanhanget kritiserar neutralitetsideologin för att bara vara neutral inför våra egna grundläggande värderingar, och inte i mötet med andra kulturer, menar hon att äktenskapet skall vara föremål för enbart tvåsamhet¹²⁹. Att polygama relationer är tillåtna utanför äktenskapets ramar menar Vagn Greve tyder på att det viktigaste med kriminaliseringen är att det ser ut som att familjen skyddas; kriminaliseringen är grundad i känslor och inte i rationella argument. Äktenskapet ses i vissa hänseenden fortfarande som ett sakrament.¹³⁰ Ett argument till varför harmonisering av familjerätten länder emellan är svår att nå utgår bland annat från argument om ”cultural constraints”. Med detta menas att familjerätten är djupt rotad i den nationella historien och kulturen och därför inte anpassningsbar i mötet med andra

¹²⁵ Se t.ex. SOU 2007:17 s. 252 f.

¹²⁶ Bet. 2016/17:CU10.

¹²⁷ Se t.ex. ”Månggifte kan stoppas utan lagändring”, Svenska dagbladet 2017-09-22, <<https://www.svd.se/fritzon-kallas-till-riksdagen-om-manggifte>>, besökt 2017-12-30.

¹²⁸ Jänterä-Jareborg (2010) s. 220 f.

¹²⁹ Jänterä-Jareborg (2011) s. 408 ff.

¹³⁰ Greve (2009) s. 97 ff.

rättskulturer.¹³¹ Frågan kan sägas handla om hur friheten i ett mångkulturellt samhälle kan göras större i den familjerättsliga och straffrättsliga lagstiftningen i förenlighet med våra grundläggande värderingar¹³².

¹³¹ Antokolskaia (2006) s. 4.

¹³² Singer (2010) s. 272.

6 Analys

Fråga 1 och 2 har redan besvarats i den deskriptiva delen, men kommer till viss del beröras nedan¹³³. De två huvudsakliga frågeställningarna rör vilka normativa strukturer som kan ses i regleringen av äktenskaps ingående samt huruvida äktenskapet kan anses vara ett civilt, modernt kontrakt ur lagstiftarens motiv till regleringen av rätten att ingå äktenskap.

6.1 Normativa strukturer

Flera normativa mönster och strukturer kan identifieras i regleringen av äktenskaps ingående ur ett rättsutvecklingsperspektiv. Under medeltiden var äktenskapet ett viktigt instrument för att säkra släkters fortlevnad. Att ingå äktenskap var att tillträda en position som innebar en högre status. Därför är det lätt att se det normativa grundmönstret status tydligt under denna period. Skyddet för den etablerade positionen var också starkt som mönster. Med äktenskapet följde garantier som inte kunde säkras utanför det. Ett ökat välstånd under årens lopp bidrog till att äktenskapets frivillighet betonades. Christensen menar att äktenskapet genomgått en utveckling från status till kontrakt, och att övriga grundmönster inte haft samma dragningskraft. Om detta är jag inte till fullo benägen att hålla med.

Kontraktet representerar fullständig avtalsfrihet. Det marknadsfunktionella mönstret får däremot ibland stå tillbaka till förmån för etablerade positioner. Därför har det senare mönstret större tyngd i förhållande till rätten att ingå äktenskap. Den etablerade positionen är själva äktenskapsbalkens rättsverkningar. Lagens begränsning i form av äktenskapshinder innebär att äktenskapet än idag är ett statusförhållande. För de som får ingå det, är kontraktstanken tydlig, medan det för andra överhuvudtaget inte är tillgängligt. Äktenskapet såsom institution skyddas och bevaras genom dess exklusivitet.

¹³³ Se kapitel 3.

Den kanoniska rätt som delvis recipierades under medeltiden och det fortsatta anammandet av kristendomen i Sverige innebar en hårdare kontroll av individers sexualitet och samliv. Under medeltiden och tidigmodern tid förbjöds tvegifte och homosexualitet såväl i äktenskapsrätten som i straffrätten. Utvecklingen fram till ett könsneutral äktenskap har setts som ett kvitto på ett avkristnande till fördel för individens frihet. Det traditionella synsättet är att samhället gått från ett status- till ett kontraktssamhälle. Med Sörgerjerd's analys, där hon menar att statusen i stället förstärkts som mönster i och med 2009 års reform, är slutsatsen en annan. Äktenskapet utgjorde ett kontrakt efter Familjelagssakkunnigas uttalanden på 1970-talet, men befästes som status när lagstiftningen blev könsneutral. Att få tillträde till äktenskapet säger något, då denna samlevnadsform är högst prioriterad av lagstiftaren. Jag menar att både status och kontrakt drar i regleringen kring äktenskaps ingående efter reformen 2009. Kontraktet har övertaget, men det handlar om ett marknadsfunktionellt mönster präglad av statustanken. När man väl inträtt äktenskapet gör sig mönstret skydd för etablerad position gällande, och i detta skydd införlivas en rättvis fördelning makarna emellan.

Samtliga mönster som diskuterats är således involverade i rätten att få gifta sig. De är olika starka beroende på tid och rum. Det marknadsfunktionella mönstret med beaktande av skydd för etablerad position samt mönstret status, är de som starkast framträder i dagens samhälle. Att äktenskapet inte är ett vanligt civilrättsligt kontrakt står klart, och utvecklingen från status till kontrakt är inte ett självklart sätt att se samhällsutvecklingen gällande rätten att ingå äktenskap på.

6.2 Lagstiftaren och äktenskapet

Syftet med denna uppsats har varit att undersöka huruvida samhälleliga och religiösa normer styrt rättsinstitutet äktenskap i förarbeten sedan neutralitetsideologins lansering, med fokus på rätten att få ingå äktenskap. Hur värderar lagstiftaren äktenskapet? Återkommande hänvisas till neutralitetsideologin i förarbetena. Men att nå fullständig neutralitet är inte möjligt med de äktenskapshinder som ställs upp idag. Tvegiftesbestämmelsen

har inte, åtminstone inte i de förarbeten som studerats, något egentligt skäl för sig. Åsikten om att det är uppenbart att äktenskapet är en monogam institution härrör sig till kulturella och ytterst religiösa värderingar. Religionens påverkan på lagstiftningen är därför fortsatt betydande. Samhället är sekulärt, och i förarbeten har flera gånger uttalats en ambition om att lagstiftningen ska avspegla detta. Ändå är trossamfundens åsikter i långt större utsträckning än homosexuella personers viljor återspeglade i SOU 2007:17. Tydligast blir religionens inverkan i förbudet mot tvegifte. Trots att motiveringen bakom detta förbud inte längre är religiöst, blir det i riksdagens handlingar och den offentliga debatten tydligt att månggifte strider mot våra grundläggande värderingar. Även om detta i mycket motiveras med tankar om jämställdhet, är det vår bild av jämställdhet som ses som den rätta. Kristendomen har mist i inflytande, men blir stark i argumenten mot tvegifte. Hur en familj väljer att sammanbo utanför äktenskapet lägger sig staten inte i, men att fler än två ska få gifta sig tas det avstånd ifrån. Sådana samlevnadsformer stängs ute från den i många delar ekonomiskt fördelaktiga äktenskapsregleringen. De sekulära värdena är enbart viktiga i förening med våra egna grundläggande normer. Att behålla vissa äktenskapshinder trots att målet är att alla skall få gifta sig, visar tydligt på att vissa familjeformer inte är önskvärda i samhället och att äktenskapet ännu är av särskild dignitet. Det tyder också på att lagstiftaren inte är neutral till människors val av samlevnadsform.

Neutralitetsideologin kan angripas från två håll utöver den kritik som framförts¹³⁴. För det första har flera uttalanden gjort som inte rimmar väl med neutralitet. Ett talande exempel är det i betänkandet till partnerskapslagen, där det proklamerats att lagstiftaren skall leda vägen för samhällsförändringar och inte alltid rätta sig efter den allmänna opinionen. För det andra betonas i de nyare förarbeten värden såsom jämlikhet och inkludering. Detta är positivt; men visst ger det uttryck för värderingar. Från att ha skyddat bland annat institutionen mellan man och kvinna, inträder nu nya värden. Detta syns också i den nya formuleringen i det borgerliga vigselformuläret, där kärleken betonas. Det är, i enlighet med Sandels analys, oundvikligt att inte vidröra den moraliska

¹³⁴ Se avsnitt 3.5.

delen av rätten då samlevnadsfrågor diskuteras. Att lagstifta för exempelvis en könsneutral lagstiftning är just att inlägga värderingar i frågan om äktenskapet.

Sammanfattningsvis är äktenskapet fortsatt högt prioriterat av lagstiftaren, och det erhöll en särskilt speciell dignitet när det symboliska värdet fick stort utrymme i förarbetena till införandet av en könsneutral äktenskapslagstiftning. Så länge äktenskapet värnas om som institut och inträdet till det begränsas till de av samhället önskvärda relationerna, kan lagstiftaren inte förhålla sig neutral till människors samlevnadsformer. Lagstiftaren verkar normskapande, samtidigt som lagarna säger en del om de grundläggande värderingarna i samhället. Äktenskapet är inte enbart ett civilrättsligt kontrakt i lagstiftarens ögon, oavsett målstadganden om neutralitet.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Kommittédirektiv

Dir. 2005:6 Äktenskap och partnerskap.

Utredningsbetänkanden

SOU 1972:41 Familj och äktenskap I.
SOU 1981:85 Förslag till äktenskapsbalk.
SOU 1984:63 Homosexuella och samhället.
SOU 1993:98 Partnerskap.
SOU 2007:17 Äktenskap för par med samma kön – Vigsselfrågor.
SOU 2013:38 Vad bör straffas?

Propositioner och regeringskrivelser

Prop. 1962:10 Kungl. Maj:ts proposition med förslag till brottsbalk.
Prop. 1973:32 Kungl. Maj:ts proposition med förslag till lag om ändring i giftermålsbalken m.m.
Prop. 1986/87:1 Om äktenskapsbalk m.m.
Prop. 2008/09:80 Äktenskapsfrågor.

Utskottsbetänkanden

LU 1973:20 Lagutskottets betänkande i anledning av Kungl. Maj:ts proposition 1973:32 med förslag till lag om ändring i giftermålsbalken m.m. jämte motioner.
Bet. 1993/94:LU28 Registrerat partnerskap m.m.
Bet. 2003/04:LU22 Äktenskap, partnerskap och samboende.
Bet. 2008/09:CU19 Könsneutrala äktenskap och vigsselfrågor.
Bet. 2016/17:CU10 Familjerätt.

Övrigt riksdagstryck

Rskr. 2008/09 208

Litteratur

Agell, Anders, *Familjeformer och lagstiftningsideologi*, SvJT 1998 s. 518–531.

Agell, Anders, *Individ, familj, stat: om värderingar i familjerättslagstiftningen under 1900-talet*, SvJT 1984 s. 715–739.

Agell, Anders & Brattström, Margareta, *Äktenskap, samboende, partnerskap*, 5., [uppdaterade] uppl., Iustus, Uppsala, 2011.

Almquist, Jan Eric, *Den svenska familjerättens historia: efter föreläsningar*, [Sthlms högsk:s jurid. fören.], Stockholm, 1943

Antikolskaia, Masha, *Harmonisation of family law in Europe: a historical perspective : a tale of two millenia*, Intersentia, Antwerpen, 2006.

Bauhn, Per, *Rätt och orätt i lag och moral: ett normativt perspektiv på svensk rättskipning*, SvJT 2012 s. 319-336.

Christensen, Anna, *Skydd för etablerad position - ett normativt grundmönster / c Anna Christensen*, Universitetsforl., [Oslo], 1996.

Flodgren, Boel, *Civilrätten i ett framtidsperspektiv*, SvJT 3016 s. 23–52.

Greve, Vagn, *Hvornår er bigami strafbart?* i Heuman, Lars, Leijonhufvud, Madeleine & Norée, Annika (red.), *Festskrift till Suzanne Wennberg*, 1. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2009.

Häthén, Christian, *Stat och straff: rättshistoriska perspektiv*, 2., [uppdaterade] uppl., Studentlitteratur, Lund, 2014.

Inger, Göran, *Svensk rätts historia*, 5., [rev.] uppl., Liber ekonomi, Malmö, 2010.

Jänträ-Jareborg, Maarit, *Om polygami i dagens samhälle – särskilt ur ett svenskt perspektiv*, i Jänträ Jareborg, Maarit & Kumlien, Mats (red.), *Rätten och rättsfamiljer i ett föränderligt samhälle - rättshistoriskt och komparativt: vänbok till Rolf Nygren*, Iustus, Uppsala, 2011.

Jänträ-Jareborg, Maarit, *Transnationella familjer ur ett internationellt privaträttsligt perspektiv – särskilt anseende äktenskap*, i Singer, Anna, Jänträ-Jareborg, Maarit & Schlytter, Astrid, *Familj - religion - rätt: en antologi om kulturella spänningar i familjen - med Sverige och Turkiet som exempel*, Iustus, Uppsala, 2010.

Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, 1. uppl., Studentlitteratur, Lund, 2013.

Lind, Göran, *Utmaningar inom familjerätten*, SvJT 3016 s. 67–86.

Melby, Kari, *Inte ett ord om kärlek: äktenskap och politik i Norden ca 1850–1930*, Makadam i samarbete med Centrum för Danmarksstudier vid Lunds universitet, Göteborg, 2006.

Modéer, Kjell-Åke, *Äktenskap och samlevnad ur ett rättshistoriskt perspektiv*, i *Kärlek, samlevnad och äktenskap*, Rapport från en offentlig hearing 6–9 september 2004, Svenska kyrkans teologiska kommitté.

Ryrstedt, Eva, *Bodelning och bostad: ekonomisk självständighet eller gemenskap*, Juristförl., Diss. Lund: Univ., 1999, Lund, 1998.

Sandel, Michael J., *Justice: what's the right thing to do?*, 1. ed., Farrar, Straus and Giroux, New York, 2009.

Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare: ämne, material, metod och argumentation*, 3., [utök. och rev.] uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2015.

Sandström, Marie, *Familjerättsvetenskap – rättsvetenskapens tulipanaros?* i Jänträ Jareborg, Maarit & Kumlien, Mats (red.), *Rätten och rättsfamiljer i ett föränderligt samhälle - rättshistoriskt och komparativt: vänbok till Rolf Nygren*, Iustus, Uppsala, 2011.

Singer, Anna, *Familjerätten – en kulturyttring?* i Singer, Anna, Jänträ-Jareborg, Maarit & Schlytter, Astrid, *Familj - religion - rätt: en antologi om kulturella spänningar i familjen - med Sverige och Turkiet som exempel*, Iustus, Uppsala, 2010.

Sundby, Olof, *Luthersk äktenskapsuppfattning: en studie i den kyrkliga äktenskapsdebatten i Sverige efter 1900*, Diakonistyr., Diss. Lund, Stockholm, 1959.

Sörgjerd, Caroline, *Reconstructing marriage: the legal status of relationships in a changing society*, Intersentia, Cambridge, 2012.

Sörgjerd, Caroline, *Äktenskapets roll i det föränderliga svenska samhället: 1734–2011*, i Jänträ Jareborg, Maarit & Kumlien, Mats (red.), *Rätten och rättsfamiljer i ett föränderligt samhälle - rättshistoriskt och komparativt: vänbok till Rolf Nygren*, Iustus, Uppsala, 2011.

Tottie, Lars & Teleman, Örjan, *Äktenskapsbalken: en kommentar*, 2., [rev.] uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2010.

Weber, Max, *Ekonomi och samhälle: förständesociologins grunder. 2, [Religions sociologi, rätts sociologi]*, Argos, Lund, 1985.

Österberg, Eva, *Kyrkan, äktenskapet och konstruktionen av det "normala": samlevnadsformer i historiskt perspektiv*, i *Kärlek, samlevnad och äktenskap*, Rapport från en offentlig hearing 6–9 september 2004, Svenska kyrkans teologiska kommitté.

Elektroniska källor

Agell, Anders: ”Yttrande över SOU 2007:17. Äktenskap för par med samma kön. Vigsselfrågor”, 2008-01-23,
<[http://andersagell.se/pdf/AA Bibliotek Nya 01 aktenskap samma kon.pdf](http://andersagell.se/pdf/AA_Bibliotek_Nya_01_aktenskap_samma_kon.pdf)>, besökt 2018-01-02.

”Månggifte kan stoppas utan lagändring”, Svenska dagbladet 2017-09-22,
<<https://www.svd.se/fritzon-kallas-till-riksdagen-om-manggifte>>, besökt 2017-12-30.

Nationalencyklopedin, homosexualitet,
<<https://www.ne.se/uppslagsverk/encyklopedi/l%C3%A5ng/homosexualitet>>, besökt 2018-01-02.

”The Norma Research Programme”,
<<http://www.law.lu.se/#!/TheNormaResearchProgramme>>, besökt 2017-12-30.

von Seth, Caroline: ”Man måste få älska hur många man vill – tillåt månggifte”, Nyheter 24 Debatt 2017-06-13, <<https://nyheter24.se/debatt/886808-man-maste-fa-alska-hur-manga-man-vill-tillat-manggifte>>, besökt 2017-12-30.