



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Charlotta Svending

Erkännande av barnäktenskap

Hur svensk lagstiftning förhåller sig till transnationella förpliktelser

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet

30 högskolepoäng

Handledare: Leila Brännström

Termin för examen: VT2020

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING	4
1.1 Bakgrund	4
1.2 Syfte och frågeställning	5
1.3 Avgränsning	5
1.4 Metod, teori och material	6
1.4.1 Rättsdogmatik och kritisk rättspositivism	6
1.4.2 Material	9
1.4.3 Forskningsläge	10
1.5 Disposition	11
2 RÄTTSUTVECKLINGEN I SVERIGE	12
2.1 Äktenskapets ingående och erkännande	12
2.2 Äktenskapets åldersgräns	13
2.3 Införandet av 1 kap. 8 a § IÄL	16
2.3.1 Motiven bakom lagändringen	16
2.3.2 Föreslagna åtgärder	17
2.3.3 Ändring av dispensregeln	18
2.3.4 Avsteg från nationalitetsprincipen	20
2.4 Dispensreglerna tas bort	22
2.4.1 Motiven bakom lagändringen	23
2.4.2 Ingen möjlighet till äktenskapsdispens	24
2.5 Barnäktenskap erkänns inte	26
2.5.1 Motiven bakom lagändringen	27
2.5.2 Åtgärder för att motverka barnäktenskap	28
2.5.3 Generellt förbud eller säkerhetsventil?	29
2.6 Sammanfattning	31
3 SKYLDIGHETER ATT ERKÄNNA BARNÄKTENSKAP	32
3.1 Erkännande enligt svensk IP-rätt	32

3.1.1	Skyldigheten att erkänna utländska äktenskap	34
3.1.2	Skyldigheten att erkänna begränsas av äktenskapshinder	35
3.1.3	Skyldigheten att erkänna begränsas av <i>ordre public</i> -förbehåll	37
3.2	Erkännande enligt EKMR	41
3.2.1	Z.H och R.H mot Schweiz	42
3.3	Erkännande enligt EU-rätt	46
3.3.1	Rätten till fri rörlighet	47
3.3.2	Familjeåterföreningsdirektivet	48
3.4	Erkännande och principen om barnets bästa	50
3.4.1	Skyldighet att beakta barnets bästa	51
3.4.2	Barnets bästa inom migrationsrätt	53
4	ANALYS	55
4.1	Den svenska rättsutvecklingen	55
4.2	Förenlighet med andra normer	56
4.3	Avslutande kommentar	59
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	61
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	65

Summary

Child marriage is a matter that is countered by international as well as national means. Among other things, the United Nations (UN) has stated that work towards a zero tolerance for child marriage should be seen as part of the global goals to be achieved by 2030. The UN Convention on the Rights of the Child, most often recognized as the Convention on the Rights of the Child, links ban on child marriage to five different rights articles. Although it is primarily within international law bodies that a discussion regarding child marriage is heard, there is also a development at Swedish level.

At present, there is a total ban on entering into marriage when one of the parties is under 18 in Sweden. The legislature aims to harmonize the Swedish marital hindrances for entering into marriage, with the international private law rules on the recognition of marriages entered abroad. This has resulted in the age limit being a marriage barrier in Sweden as well as an obstacle to the recognition of marriages entered abroad, in Sweden.

The Swedish, strict, attitude towards recognition of marriage where one of the parties is under the age of 18 is in line with countering child marriage, but it contravenes the fundamental international private law principle of recognizing foreign marriage if it is valid in the country where it was entered into. This essay analyzes through critical legal positivism, the motives the legislator had at hand when developing the strict policy, and compares the compatibility with obligations due to international private law: the EU, the ECHR and the Convention on the Rights of the Child. The result is that the Swedish legislation may in some areas be too strict.

Sammanfattning

Barnäktenskap är en angelägenhet som med internationella såväl som nationella medel motarbetas. Bland annat har Förenta nationerna (FN) uttalat att arbetet mot en nolltolerans mot barnäktenskap ska ses som en del av de globala målen som ska uppnås innan 2030. FN:s konvention om barnets rättigheter¹, allt oftast igenkänd som barnkonventionen, kopplar förbud mot barnäktenskap till fem olika rättighetsartiklar.

Även om det är främst inom folkrättsliga organ som en diskussion angående barnäktenskap hörs, finns det en utveckling på svensk nivå. I nuläget råder det ett totalförbud mot ingående av äktenskap när någon av parterna är under 18 år i Sverige. Lagstiftaren har som mål att harmonisera de svenska äktenskapshindren för ingående av äktenskap med de internationellt privaträttsliga reglerna om erkännandet av äktenskap ingångna i utlandet. Detta har resulterat i att åldersgränsen utgör ett äktenskapshinder i Sverige såväl som ett hinder mot ett erkännande av i utlandet ingångna vigslar, i Sverige.

Den svenska, strikta, hållningen mot erkännande av äktenskap där någon av parterna är under 18 år går i linje med motarbetande av barnäktenskap men den strider mot den grundläggande internationellt privaträttsliga principen om att erkänna utländska äktenskap om det är giltigt i landet där det ingåtts. Uppsatsen analyserar genom kritisk rättspositivism de motiv som lagstiftaren haft för handen och jämför kompatibiliteten av dessa med förpliktelser som uppkommit genom åtaganden enligt EU-rätten, Europakonventionen och barnkonventionen. Resultatet blir att den svenska lagstiftningen inom vissa områden kan tänkas hålla en för strikt linje.

¹ Förenta nationernas konvention om barnets rättigheter, antagen av FN:s generalförsamling den 20 november 1989, ratificerad av Sverige 1990 och inkorporerad som svensk lag den 20 januari 2020 genom SFS 2018:1197.

Förkortningar

Bet.	Betänkande
Dir.	Direktiv
Ds.	Departementsserien
EG	Europeiska gemenskapen
EKMR	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga fri- och rättigheterna
EU	Europeiska unionen
FN	Förenta nationerna
GB	Giftermålsbalken
Haagkonferensen	Haagkonferensen för internationell privaträtt
HFD	Högsta förvaltningsdomstolen
IP-rätt	Internationell privaträtt
Prop.	Proposition
RF	Regeringsform (1974:152)
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk juristtidning
ÄktB	Äktenskapsbalk (1987:230)

1 Inledning

1.1 Bakgrund

De senaste åren har svenska myndigheter och beslutsfattare behövt förhålla sig till ett ökat antal gifta barn i en migrationsrättslig kontext.² Lagstiftaren har över tid stramat åt de svenska internationellt privaträttsliga möjligheterna att erkänna äktenskap ingångna enligt annat lands lag. Den här utvecklingen har skett i samklang med att en policy om nolltolerans mot barnäktenskap vuxit fram inom den svenska inhemska rätten. Regleringen har gått från att ha varit relativt liberal till att förbjuda erkännandet av äktenskap när någon av parterna är under 18 år gammal. Parterna behöver inte ha haft en tidigare anknytning till Sverige för att detta ska bli aktuellt. Åtstramningen har motiverats med att det är viktigt med ett starkt skydd mot barnäktenskap och att ett förbud mot erkännande signalerar att fenomenet inte accepteras i Sverige. Parallellt med detta har barnkonventionen inkorporerats i svensk rätt vilket ytterligare aktualiserar barns rättigheter som en fråga för lagstiftaren.³

Barnäktenskap är ett fenomen som det globala samfundet försöker motverka. Äktenskapet bottnar ofta i starka patriarkala sammanhang där unga flickor gifts bort med ekonomiska incitament både för blivande make och för flickans familj.⁴ Barn ska få vara barn, mer ska inte behöva diskuteras. Eller? En schism kan uppstå mellan den svenska tolkningen av

² Prop. 2017/18:288 s. 10 f.

³ Regeringen arbetar för att kartlägga hur inkorporeringen av barnkonventionen i svensk rätt påverkar den svenska rätten, se Dir 2018:20 Kartläggning över hur svensk lagstiftning och praxis överensstämmer med barnkonventionen. Resultatet av kartläggningen skulle ha presenterats den 19 november 2019, men utredningen förlängdes till den 15 november 2020, se Dir 2019:57 Tilläggsdirektiv till barnkonventionsutredningen.

⁴ Se bl. a. UNICEFs data och policy angående barnäktenskap.

<https://data.unicef.org/topic/child-protection/child-marriage/> hämtad 2020-03-04 och Världshälsoorganisationens (WHO) data angående barnäktenskap i Europa <http://www.euro.who.int/en/health-topics/health-determinants/social-determinants/news/news/2012/12/child-marriage-a-threat-to-health> hämtad 2020-05-25.

vad som utgör barnets bästa och gifta underåriga migranternas vilja och önskemål.

1.2 Syfte och frågeställning

Syftet med den här uppsatsen är att undersöka huruvida rättsutvecklingen gällande erkännande av utländska barnäktenskap är förenlig med andra normer som bör respekteras i svensk rätt. Jag ser till EU-rätten, Europakonventionen och barnkonventionen. Eftersom erkännandefrågan rör äktenskap som ingåtts i utlandet fokuserar uppsatsen på hur erkännandet av utländska barnäktenskap är relevant i en migrationsrättslig kontext. Jag syftar till att undersöka hur den svenska nationella lagstiftningen påverkar erkännandet av äktenskap ingångna av ungdomar som tidigare inte haft en anknytning till Sverige och som inte heller hade det när de gifte sig.

Frågeställningarna som utreds är:

- Hur har den IP-rättsliga utvecklingen gällande erkännandet i utlandet ingångna barnäktenskap sett ut?
- Kan den senaste utvecklingen anses vara förenlig med de normer som stadgas av EU-rätten, Europakonventionen och barnkonventionen?
- Hur kan rättsområdet i svensk rätt förstås i ljuset av barnkonventionens princip om barnets bästa?

1.3 Avgränsning

Inom den svenska diskursen gällande barnäktenskap diskuteras ämnet ofta i korrelation med tvångsäktenskap. Barn, eller vuxna för den delen, som inte vill gifta sig ska inte tvingas till det. Jag har valt att inte forska om yngre barn som giftes bort eftersom detta uppenbarligen är en skadlig sedvana och för mig inte intressant att undersöka djupare. Uppsatsen kommer istället att försöka fokusera på *barn* som personer i de övre tonåren som ingått äktenskap i ett land där de lagligen kan göra så.

Uppsatsen kommer inte att övergripande granska hur lagstiftningen förhåller sig till barn som redan har anknytning till Sverige när de ingår äktenskap. Uppsatsens fokus är på migrerande ungdomar. På grund av detta presenteras endast rättsfall med koppling till migrationsrätt.

1.4 Metod, teori och material

I det här avsnittet presenterar jag den metod som jag har använt mig av. Presentationen följs av en redogörelse för material och forskningsläget. Genom att se över IP-rättsliga skyldigheter kan jag utröna hur svensk rätt förhåller sig till andra länders lag. Genom att se över EU-rätten kan jag se hur medlemsstaterna förhåller sig till varandra i fråga om erkännande av äktenskap. Undersökningen som presenteras i uppsatsen kommer ske utifrån ett kritiskt perspektiv.⁵

1.4.1 Rättsdogmatik och kritisk rättspositivism

Uppsatsens första del bygger på att beskriva rättsutvecklingen och rättsläget inom internationell privaträtt, med avseende på erkännande av i utlandet ingångna äktenskap där en eller båda parter är underåriga. I den här delen har jag använt mig av rättsdogmatisk metod. Utgångspunkten för användandet av en rättsdogmatisk metod är att författaren använder sig av de allmän accepterade rättskällorna. Inom svensk rätt är dessa lagstiftning, rättspraxis, lagförarbeten och doktrin. Med hjälp av de olika rättskällorna kan gällande rätt tolkas. Att använda sig av en rättsdogmatisk metod innebär ett fokus på vad normer *innebär*, och kanske mindre hur dessa kan komma att tillämpas.⁶

⁵ Mer om det kritiska perspektivet i avsnitt 1.4.

⁶Kleineman, Jan, 'Rättsdogmatisk metod', i: Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, 1. uppl., Studentlitteratur, Lund, 2013 s. 22-45.

I den här uppsatsen har gällande rätt analyserats med hjälp av Kaarlo Tuoris⁷ kritiska rättspositivism. Den kritiska rättspositivismen utgör således uppsatsens teoretiska utgångspunkt, såväl som en del av metodologin.

Den kritiska rättspositivismen ser till det faktum att modern rätt, till skillnad från naturrätten, är baserad på medvetna mänskliga handlingar.⁸ Kaarlo Tuori, professor i bland annat allmän rättslära vid Helsingfors universitet, är den som har myntat begreppet. Tuori menar att det kritiska rättspositivismen är *kritisk* i den mening att den visar möjligheten till en intersubjektiv och icke-godtycklig kritiserande av rätten. Kritiken av rätten sker genom att använda en måttstock hämtad från den positiva rätten. Rättskällorna som rättsdogmatiken använder sig av kompletteras genom att påbygga nivåer. Tuori menar att rättsordningen, *the legal system*, är ett övergripande begrepp som inrymmer dels rätten, *the legal order (rättsdogmatiska källor)* men även de rättsliga praktikerna, *the legal practices* som skapar och upprätthåller rätten.⁹ Rätten är mer än det råmaterial som den rättsdogmatiska metoden baseras på, det vill säga: lag, förordningar, praxis och doktrin.

Det finns inte enligt Tuori ett entydigt svar i frågan *vad utgör rätten*. Tuori menar att de rättsliga praktikerna har en indirekt roll i skapandet av rätten. Bland annat påpekar han att rättsutredningar inför skapande eller revidering av lag samt rättskipningen avgörs av jurister.¹⁰ Tuori påpekar att synsättet på rätten som ges under utbildningen och som sedan förstärks av erfarenheter framkallade av arbetslivet färgar dem som utövar rätten. Det rättsliga råmaterialet kan inte systematisera och tolka sig själv. Eftersom ingen kan tillägna sig systematisering och

⁷ Kaarlo Tuori är bland annat verksam som professor i allmän rättslära vid Helsingfors universitet.

⁸ Den moderna rätten, rättspositivismen, bygger från tillskillnad från naturrätten, på skriftliga rättskällor som främsta medel, se Tuori, Kaarlo, *Critical legal positivism*, Ashgate, Aldershot, 2002, s. 7.

⁹ Brännström, Leila, *Förrättsligande: en studie av rättens risker och möjligheter med fokus på patientens ställning*, 1. uppl., Bokbox, Diss. Lund : Lunds universitet, 2009, Malmö, 2009, s. 128 ff.

¹⁰ Tuori (2002) s. 133 ff.

tolkningsföretråde, blir en intern rättslig kritik av de *bud* som lagstiftaren eller högsta domstol ger, möjlig.¹¹

Genom tolkningsmetoder ges rätten en innebörd. Normerna låter sig tolkas på olika sätt och inom den svenska rätten tillämpas olika tolkningsmetoder utan inbördes ordning. Leila Brännström, universitetslektor och docent vid Lunds universitet, exemplifierar Tuoris teori genom att visa på att vissa tolkningsmetoder ser till normens språkliga utformning, att vissa ser till normens samstämmighet med andra rättsliga normer, att vissa ser till syftet bakom införandet av normen och att vissa ser till den funktion som normen kan antas ha.¹² Olika personer kan rekonstruera vad som gäller rättsligt olika, fast de båda förhåller sig till de rättsliga spelreglerna. Fastställandet av gällande rätt påverkas av samhällets uppfattning om rättens innebörd. Härtill kommer moraliska och politiska förhållanden. Tuori menar att skapandet (samt återskapandet) av rätten, inom professionella sammanhang, har en indirekt verkan på den rättsliga diskursen.

Genom att analysera rätten utifrån samma material som lagstiftaren har gjort kan jag med hjälp av Tuoris teori utforma analysen utifrån ett kritiskt perspektiv. Den kritiska analysen blir en imminent analys, det vill säga, den bygger på samma material som lagstiftaren själv använt under rättsutredningen. Materialet rangordnas efter normhierarkin. På så vis går det att utröna om den svenska rätten strider mot internationella/transnationella åtaganden. *Normhierarki* är en term som känns igen inom den svenska rättsdiskursen. Den visar att olika rättskällor tillmäts olika värde i fastställandet om vad som är gällande rätt. En källa som står lägre i hierarkin och som motsäger en överstående, kan inte tillmätas mer än den överstående. Den svenska rätten är på grund av transnationella sammanhang inte längre en enbart en nationell angelägenhet. Internationella rättskällor så som EKMR och EU-rätten står över den svenska rätten i normhierarkin.¹³

¹¹ Tuori (2002) s. 7.

¹² Brännström (2009) s. 139-140.

¹³ Se bland annat 10 kap. 6 § RF.

1.4.2 Material

Uppsatsen bygger på det material som erkänns av rättsdogmatiken. Jag har granskat lagstiftning, praxis, förarbeten och doktrin relevant till ämnet. Eftersom uppsatsen innehåller transnationell kontexter är en del av källorna utländska och en del från internationella organ såsom Europadomstolen och FN:s barnrättskommitté.

Jag har använt mig av doktrin från flera rättsområden. Bland annat har jag forskat kring äktenskapets rättshistoria, gått igenom IP-rättsliga grundläggande principer, läst om barns rättigheter inom IP-rätten, sökt avgöranden från svenska och EU-rättsliga instanser samt från Europadomstolen. Jag har letat efter material genom att använda mig av ledord. Dessa har varit: erkännande av äktenskap, barnäktenskap, IP-rätt, migration och asyl. Materialet som uppsatsen är baserad på bygger på den rättsdogmatiska rättskällevärdet. Till stor del har jag tagit del av offentliga utredningar. Eftersom min uppsats bygger på en imminent kritik har jag sökt upp de källor som lagstiftaren själv motiverar sina beslut för att kunna göra min egen bedömning av materialet.

Till min hjälp har jag haft flera forskare som är verksamma inom svensk rätt men i ett transnationellt sammanhang. *Ulf Bergqvist och Anna Fayad* är bland de främsta i Sverige när det kommer till internationell äktenskapsrätt och har bland annat författat en artikel som behandlar den senaste lagändringen.¹⁴ *Michael Bogdan* skriver varje år ett referat av IP-rättsliga rättsfall från EU- och Europadomstolen vilket kom till användning. *Bogdans Internationell privat- och processrätt* har varit till stor hjälp för att skapa en grundläggande bild av den svenska IP-rätten. *Johanna Schiratzki* belyser barnrätten utifrån ett multinationellt synsätt. Hon har skrivit flera böcker gällande barnkonventionen och hur principen om barnets bästa är

¹⁴ Bergqvist, Ulf. & Fayad, Anna, 'Skärpt lagstiftning för erkännande' i *Advokaten*, no. 1, 2019.

tillämpas inom svensk rätt, ofta i ett migrationsrättsligt sammanhang, vilket uppsatsen hanterar i avsnitt 3.4.

1.4.3 Forskningsläge

Bergqvist och Fayad har i en artikel från 2019¹⁵ kommenterat den svenska rättsutvecklingen. Artikeln redogör för hur regeringens förslag gällande erkännandet har mötts av kritik genom Lagrådsremisser. Genom att Bergqvist och Fayad framhäver den kritik som Lagrådet tilldelade regeringen vill jag mena att artikels syfte kan vara att belysa hur den allt striktare lagstiftningen kan komma att stöta på patrull. Däremot har inte Bergqvist och Fayad gjort samma granskning som den här uppsatsens andra del bygger på.

Gällande uppsatsens migrationsrättsliga fokus går det att hitta stora mängder artiklar. De migrationsrättsliga forskningen som jag tagit del av har däremot behandlat migration och mänskliga rättigheter, och inte migration och IP-rätt som relevant för den här uppsatsen.

Migration och IP-rättsliga principer belyses däremot i en artikel skriven av Tone Linn Waerstad, docent inom privaträtt vid Oslos universitet. Waerstad undersöker i artikel hur *ordre public*-förbehåll påverkar erkännandet av utländska skilsmässor. Även om Waerstads artikel kretsat kring erkännandet av upplösningen av äktenskap, och inte om äktenskapets giltighet som min uppsats handlar om, har jag kunnat dra vissa paralleller till hur Waerstad ser till hur den norska nationella rätten förhåller sig till transnationella förpliktelser.¹⁶ Utöver Waerstads artikel har jag inte funnit forskning som speglar den här uppsatsens syfte.

¹⁵ Bergquist & Fayad (2019).

¹⁶ Waerstad, Tone Linn, 'Harmonising Human Rights and Private International Law through the Ordre Public Reservation: the example of the Norwegian Regulation and the Recognition of Foreign Divorces', i: *Oslo Law Review*, vol 1 2016 s. 51-71. <http://dx.doi.org/10.5617/oslaw3947> hämtad 2020-02-13.

1.5 Disposition

Uppsatsen börjar med att redogöra för den svenska rättsutvecklingen som lett till ett totalförbud mot erkännande av barnäktenskap. Redogörelsen börjar att klargöra gällande rätt och går sedan in på en kronologisk utveckling från 1970-talet fram till den senaste lagändringen inom området. Den här rättsutredningen ligger sedan till grund för uppsatsens tredje kapitel som ställer transnationella åtaganden mot den svenska lagstiftarens motiv. Det tredje kapitlet börjar med en beskrivning av svensk IP-rätt och vilka förpliktelser som finns att förhålla sig till, för att sedan gå in på Europarätten (Europakonventionen och EU-rätt). Kapitlet avslutas med en genomgång av barnkonventionen där fokus ligger på principen om barnets bästa i migrationsrättsligt sammanhang. Efter detta följer en analys i kapitel fyra. Uppsatsen sista del utgörs av en avslutande kommentar.

2 Rättsutvecklingen i Sverige

För att förbudet mot erkännande av i utlandet ingångna barnäktenskap ska kunna diskuteras måste vi först granska *varför* barn inte får vara gifta i Sverige. I följande avsnitt kommer jag att beskriva hur gällande rätt inom området har vuxit fram. Det historiska perspektivet är uppbyggt efter kronologisk ordning med start i lagändringar gjorda på 70-talet. Framarbetandet av ny lagtext granskas i detalj för att vi ska kunna se hur skyddet mot barnäktenskap har utvecklats, och hur synen på möjligheten för barn att gifta sig har ändrats under det senaste århundradet. Avsnittet kommer att behandla reglerna kring dels äktenskapets ingående (ÄktB) och dels erkännande av i utlandet ingångna äktenskap (IÄL) utifrån ett åldersperspektiv. Mitt huvudsakliga fokus har under rättsutredningen legat på *erkännandet* av utländska äktenskap och därför är bestämmelserna i IÄL mer förekommande.

2.1 Äktenskapets ingående och erkännande

De svenska reglerna inom det IP-rättsliga området (IÄL) är utvecklade i närhet till de motsvarande svenska inhemska (äktenskapsbalken). Det är därför nödvändigt att belysa äktenskapets *ingående* enligt svenska regler och ett *erkännande* av ett äktenskap som ingåtts utomlands enligt ett annat lands regler.

Äktenskapets ingående regleras av de formkrav som ställs upp i äktenskapsbalkens andra kapitel. För att två personer ska få lov att gifta sig i Sverige krävs det att de inte bryter mot några av de äktenskapshinder som framställs i 2 kap. 1-4 § §. Äktenskapshindren blir även relevanta inom den IP-rättsliga aspekten. Äktenskap som ingås utomlands, och som följer regler uppställda i det landet där det ingås, ska erkännas i Sverige så länge som det

inte strider mot något svenskt äktenskapshinder. Detta är huvudregeln vilken framgår av 1 kap 7 § IÄL. Bestämmelsen lyder som följer:

Äktenskap som ingåtts utom riket enligt främmande lag anses giltigt till formen, om det är giltigt i den stat där det ingicks. Har äktenskap ingåtts inför diplomatisk eller konsulär tjänsteman eller annan, som av främmande stat förordnats att förrätta vigsel i annan främmande stat, anses äktenskapet också giltigt till formen, om det är giltigt i den stat som meddelat förordnandet.

Även i annat fall än som avses i första stycket ska äktenskap som ingåtts utom riket anses giltigt till formen, om det är giltigt i den eller de stater där makarna var medborgare eller hade hemvist.

Undantaget till huvudregeln framgår av 1 kap 8 a § som listar absoluta hinder mot ett eventuellt erkännande. Undantaget som är relevant för uppsatsen är det som förbjuder äktenskap som ingåtts av en person under 18 år. Detta undantag har vuxit fram genom dels rent IP-rättsliga ändringar och dels genom lagändringar som har haft sin grund inom den svenska inhemska rätten (äktenskapsbalken) och som sedan lett till en ändring av IÄL i syfte att nå en harmonisering av två snarlika men skilda rättsområden.

2.2 Äktenskapets åldersgräns

Det var först 1969 som Sverige införde en gemensam nedre åldersgräns att ingå äktenskap. Åldern sänktes då för män, som innan ändringen genomfördes hade haft samma åldersgräns i över 200 år. I 1734 års lag var gränsen satt till 21 år för män och 15 år för kvinnor. 1892 höjdes gränsen för kvinnor till 17 år, och 1916 till 18 år. Ändringen motiverades med bland annat att åldern för myndighet bestämdes till 18 år och att det då skulle vara mer rimligt att också få gifta sig vid den åldern. Vidare såg lagstiftaren ett ändrat samhällsklimat där samboförhållanden och barn födda utanför äktenskap blivit vanligare. När åldersgränsen blev samma för både män och kvinnor infördes dispensreglerna.¹⁷ Ansvarig för den hindersprövning som

¹⁷ Bergquist, Ulf & Fayad, Anna, *Internationell äktenskapsrätt: en kommentar*, Wolters Kluwer, Stockholm, 2017 s. 40.

ska genomföras när svenska regler ska tillämpas vid erkännandet av i utlandet ingångna äktenskap utnämndes till Skatteverket. Om vigseln ingicks inför en svensk vigselförrättare utomlands, kunde hindersprövningen genomföras av en svensk beskickning eller konsulat.¹⁸

Under 70-talet diskuterades det hur samhällets syn på äktenskapet som juridiskt instrument kommit att förändras. I och med en ökning av skilsmässor och av samboskap ville lagstiftaren göra äktenskapet mer tillgängligt. Flera äktenskapshinder togs därför bort. Grundtanken som lagstiftaren verkar ha haft är att även om folket inte kunde gifta sig, kunde de leva tillsammans ändå, och därför borde de ha haft tillgång till samma rättsliga skydd som ett äktenskap innebar.¹⁹

Länsstyrelsen fick genom prop. 1973:32 Kungl. Maj:ts proposition med förslag till lag om ändring i giftermålsbalken m.m. möjlighet att efter ansökan utfärda dispens för personer under 18 år men femton fyllda.²⁰ Lagförslaget utgjorde en omformning av den familjerättsliga lagstiftningen, i första hand äktenskapsrätten. Bland annat togs kravet på medgivande från en s.k. *giftoman* bort. Giftomannen var vanligen den ungas förälder. Medgivandet skulle ges till personer under 20 års ålder.²¹ *Äktenskap* reglerades tidigare i Giftermålsbalken som trädde i kraft 1920. GB:s regler syftade bland annat till att motverka ”familjebildningar som av sociala, medicinska eller andra orsaker har bedömt som inte önskvärda från allmän synpunkt”, utöver att säkra parter mot att ingå äktenskap utan att först ha gått med på det.²²

Ändringen fick även som effekt att en del äktenskapshinder togs bort, bland annat fick halvsyskon rätt att gifta sig efter meddelad dispens. Lagstiftaren delade upp äktenskapshindren i *absoluta* eller *relativa*. Ett absolut äktenskapshinder resulterade i äktenskapets upplösande (dirimierande) och återgång av de rättsliga effekterna. Det var styrkan av de

¹⁸Se kungörelsen 1963:948 om hindersprövning för vigsel inför svensk vigselförrättare utom riket, 3 §, samt Ds 2002:54 Svenska och utländska äktenskap s. 27.

¹⁹ Prop. 1973:32 s. 39, 42 och 69.

²⁰ Prop 1973:158 s. 82 Ändringen skedde genom att 2 kap 1 § äktenskapsbalken ändrades.

²¹ Prop 1973:32 s. 96. Under samma tid som denna proposition presenterades ändrades rösträttsåldern i Sverige till 18 år istället för 20 år, se SOU 1972:15.

²² Prop. 1973:32 s. 41.

bakomliggande skyddsintressena som avgjorde om ett äktenskap skulle lösas upp eller inte. Som exempel på ett äktenskapshinder som inte var *dirimerande* nämns ålder. Enligt GB 2:1 fick äktenskap inte ingås av den som var under 18 år gammal. Åldern var densamma för män som för kvinnor. Om äktenskap skulle ingås av personer under 18 år kunde dispens lämnas av länsstyrelsen. Möjligheten till åldersdispens resulterade i att äktenskapshindret inte var absolut.²³

Att ålder inte utgjorde ett absolut hinder innebar inte att äktenskap ingångna av personer under 18 år sågs som önskvärda. Den grundtanke som levt vidare inom svensk rätt instiftades genom prop. 1973:32. Lagstiftaren menade att en person har nått ”den mognad som fordras för att ta självständiga beslut av både ekonomisk och personlig art” först vid 18 års ålder. Vidare menades att det inte sågs som önskvärt att personer under 18 års ålder levde i samboförhållanden, men att detta inte gick att hindra.²⁴ Den nedre åldersgränsen vid utfärdande av dispens, 15 år, stod i korrelation med lägsta åldern för tillåtet sexuellt umgänge. Föräldrarna till barn under 18 år skulle höras i dispensärendet och deras åsikt skulle tillmätas stor vikt. Utredningen menade att barn under 18 år annars inte hade en juridisk rätt ”att bryta sig ut ur hushållsgemenskapen och bilda eget hushåll”, utan föräldrarnas samtycke.²⁵ Regeringen föreslog att det var barnavårdsnämnden (motsvaras idag av socialtjänsten eller liknande)²⁶ som skulle hantera dispensansökningarna men mandatet kvarstod hos Länsstyrelsen.²⁷

²³ Prop. 1973:32 s. 44 ff.

²⁴ Prop. 1973:32 s. 94.

²⁵ Prop 1973:32 s. 96.

²⁶ *Nationalencyklopedin*, barnavårdsnämnd.

<https://www.ne.se/uppslagsverk/encyklopedi/l%C3%A5ng/barnav%C3%A5rdsn%C3%A4mnd>, hämtad 2020-04-27.

²⁷ Prop 1973:32 s. 69.

2.3 Införandet av 1 kap. 8 a § IÄL

Genom 2004 års lagändring²⁸ infördes 1 kap 8 a § IÄL. Införandet medförde en förbättrad möjlighet att vägra erkännande för utländska äktenskap som ingåtts under tvång, eller som annars inte skulle ha tillåtits vid en svensk hindersprövning. Ändringen utgjorde ett led i flertalet större ändringar som gjordes inom området efter att Riksdagen påpekat behovet av åtgärder som rörde barnäktenskap.²⁹ Regeringen ville att den grundläggande inställningen ”barnäktenskap ska inte accepteras” skulle speglas i såväl regleringen för svenska myndigheter, som i regleringen av erkännandet utländska äktenskap. Genom ett konsekvent nekande av erkännande, istället för först ett erkännande och sedan ett upplösande av barnäktenskapet, sågs inte sända ihållande och tydliga signaler. Lagstiftaren pekade på att *icke-erkännandet* sågs som internationellt accepterat genom 1978 års Haagkonvention om ingående och erkännande av äktenskap.³⁰

Konsekvenserna på individnivå av ett nekat erkännande diskuterades i utredningen. Bland annat togs det upp att ”det kan orsaka stora problem om en person som har ingått äktenskap i ett land inte kan räkna med att bli betraktad som gift i andra länder”. Om äktenskapet dessutom var etablerat kunde risken för mer långtgående konsekvenser öka, bland annat inom rättsliga frågor som exempelvis faderskap till barn, namn och arvsrätt.³¹

2.3.1 Motiven bakom lagändringen

Innan 2004 års lagändring trädde i kraft fanns det inte några uttryckliga bestämmelser om de materiella förutsättningarna för att ett utländskt äktenskap skulle ses som giltigt. IÄL handlade mer om de formella reglerna

²⁸ Prop. 2003/04:48.

²⁹ Se bet. 2001/02:LU13.

³⁰ Se artikel 11, Haagkonventionen av den 14 mars 1978 om tillämplig lag för makars förmögenhetsförhållanden.

³¹ Prop. 2003/04:48 s. 27 f.

om erkännandet: om ett äktenskap var giltigt i landet där det ingicks skulle det enligt huvudregeln i 1 kap 7 § IÄL erkännas i Sverige. Regeringen ville ”Förbättra skyddet för enskilda mot påtvingade och för tidiga äktenskap”.³² Genom att huvudregeln om erkännande haft en liberal inverkan på den svenska rätten inom området menade lagstiftaren att det var ”mycket enkelt för en person med stark anknytning till Sverige, men även anknytning till ett annat land, att undvika ett äktenskapshinder enligt svensk lag”. Allt som krävdes var att äktenskapet uppfyllde kraven i det andra landet. Genom att införa möjlighet att inte erkänna äktenskap i strid med de svenska äktenskapshindren, stärks skyddet för de intressen som äktenskapshindren månar om. Möjligheten att lämna *ordre public*-förbehåll syntes inte vara tillräcklig.³³ Vidare ansåg lagstiftaren att om den ”grundläggande inställningen att barnäktenskap inte accepteras, bör lagen vara utformad så att detta framgår klart”. Den helt nya regeln skulle förtydliga och förbättra möjligheten att vägra erkänna ett utländskt äktenskap som ingåtts under tvång eller som inte hade tillåtits vid svensk hindersprövning.³⁴

2.3.2 Föreslagna åtgärder

Det var flera åtgärder som föreslogs i propositionen. Genom att revidera möjligheten att utfärda dispens för att personer under 18 skulle kunna ingå äktenskap såg utredningen att erkännandet av barnäktenskap kunde stramas åt. Vidare tog den nya lagstiftningen avsteg från *nationalitetsprincipen* som tidigare reglerat lagvalsfrågan i områden berörda av IÄL och ändringen av dispens.

I prop. 2003/04:48 kom lagstiftaren fram till att det var barnets bästa att inte erkänna barnäktenskap. Lagstiftaren öppnade dock för undantag när de negativa konsekvenserna blir av storleken att det enda rimliga kan vara att

³² Prop. 2003/04:48 s. 1.

³³ Prop. 2003/04:48 s. 25 f. *Ordre public*-förbehåll kan lämnas enligt 7 kap. 4 § IÄL. Uppstasen beskriver *ordre public*-förbehåll i avsnitt 3.1.3.

³⁴ Prop. 2003/04:48 s. 27.

erkänns äktenskapet.³⁵ Resultatet blev att en specialregel infördes: barnäktenskap skulle inte komma att erkännas när mist en av parterna var svensk medborgare eller hade hemvist i Sverige.³⁶

Den nya regeln om erkännande skulle ta sikte på de fall där omständigheterna var sådan att parterna medvetet agerat för att undvika svenska äktenskapshinder. Det framhävdes specifikt att om den nya regeln om icke-erkännande skulle omfatta äktenskap som ingåtts vid en tidpunkt då ingen av parterna hade anledning att ta svenska normer i beaktning, skulle det vara att föra den nya regleringen för långt. En betydande anknytning till Sverige efterfrågades för att regeln skulle gälla. Avvägningen om vad som kan tänkas vara en *betydande anknytning* var att anknytningen skulle vara av det slag att en hypotetisk hindersprövning för vigsel inför svensk myndighet skulle ha skett med tillämpning av enbart svensk lag. För att ge en möjlighet till undantag i det enskilda fallet infördes ett ”särskilda skäl”-rekvisit. Lagstiftaren önskade att undvika orimliga resultat av den nya lagstiftningen.³⁷

2.3.3 Ändring av dispensregeln

Innan dispensregeln som sammanhörde med 2 kap. 1 § äktenskapsbalken stramades åt fick Länsstyrelsen utfärda äktenskapslicens. Licensen utfärdades till par som uppfyllde vissa kriterier. Licensen gav alltså personer under 18 år rätt att ingå äktenskap. Efter ändringen genom prop. 2003/04:48 fick endast dispensen utfärdas om *särskilda skäl* förelåg.

Ändringen i äktenskapsbalken genererade en likvärdig ändring i IÄL gällande erkännande av äktenskap ingångna i utlandet. Ett nekande av erkännande kan få stora konsekvenser i familjerättsliga frågor och även beträffande återförening i utlänningslagens bemärkelse. Nekande av erkännandet kan få oproportionerliga effekter, trots att äktenskapet i sig kan

³⁵ Prop. 2003/04:48 s. 29.

³⁶ Se 1 kap 8 § IÄL.

³⁷ Prop. 2003/04:48 s. 29-30.

utgöra en kränkning mot barnets rättigheter. Med stöd av detta infördes i propositionen en möjlighet att erkänna barnäktenskap ingångna i utlandet om *särskilda skäl* förelåg.³⁸ Däremot visade utredningen att ett icke-erkännande av äktenskap som ingåtts innan det fanns skäl för parterna att beakta svenska normer som att dra begränsningen för långt. Regeringen såg det inte finnas något behov av att sänka kravet på anknytning, utan gick istället åt motsatt håll. Om en person de facto har anknytning till Sverige kan inte ett äktenskap erkännas om det inte hade kunnat ingås i enlighet med svensk rätt. Lagrådet framhävde specifikt syftet med äktenskapshindren: att värna ett skyddsintresse, och att ”svenska äktenskapshinder skyddar intressen av stor vikt”. På grund av äktenskapshindrens funktion att skydda enskilda från utifrån grundläggande värderingar ansågs det vara viktigt att hindren gavs betydelse för alla som har en nära anknytning till det svenska samhället.³⁹

Vid utformningen av de nya reglerna såg lagstiftaren att barnets bästa skulle sättas i första rummet. Bestämmelsen om att inte erkänna utländska barnäktenskap hade som huvudsakligt syfte att skydda barn mot för tidiga äktenskap. Det var regeringens åsikt att det fanns ett särskilt starkt behov av ett sådant skydd och att ett icke-erkännande av tidiga äktenskap leder till att de intressen som äktenskapshinder ska skydda värnas. Genom att särskilt lyfta fram barnets bästa i den nya lagstiftningen, ansåg även lagstiftaren markera svenska grundläggande värderingar. Lagstiftaren menade att *ordre public-förbehåll* inte var tillräckliga för att säkerställa att risken för kringgående av den svenska regleringen minimerades och att en lagstiftning därmed blev aktuell.

³⁸ Prop. 2003/04:48 s. 32.

³⁹ Prop. 2003/04:48 s. 25-26.

2.3.4 Avsteg från nationalitetsprincipen

Huvudregeln att hindersprövningen sker enligt medborgarskapslandets lag kallas även för *nationalitetsprincipen*. Denna har sedan länge tillämpats i Sverige, likväl i ett antal andra länder. Det huvudsakliga syftet med nationalitetsprincipen är att personliga rättsförhållanden ska prövas enligt den lag som personen har starkast och varaktigast anknytning till, vilket logiskt bör vara den lag som tillhör personens medborgarland. Ett undantag till den svenska nationalitetsprincipen har varit om rättssubjektet haft hemvist i Sverige i mer än två år. Eventuella äktenskapshinder skulle då prövas enligt det svenska rättssystemets regler.⁴⁰

2004 års proposition föreslog en ändring av huvudregeln. En ökad rörlighet över nationsgränser var främsta motivationen.⁴¹ I en allt mer globaliserad värld sågs det inte passande att kunna särbehandla personer med hemvist i Sverige och svenska medborgare. Med en ändrad syn på nationalitetsprincipens tillämplighet kom behovet att av att se över relevanta delar av hindersprövningen. Skillnaden som prövningen medförde mellan personer med hemvist i Sverige och svenska medborgare kunde inte längre ses som acceptabel.

På grund av EU:s inflytande och rätten till fri rörlighet var det inte bara Sverige som rörde sig bort från nationalitetsprincipen. Utländska lagvalsregler har medfört att även om personen gifter sig i det land där den är medborgare, men har hemvist i Sverige, kan svensk rätt ändå tillämpas i hindersfrågorna.⁴²

Efter att nationalitetsprincipens betydelse för vilka regler som ska styra äktenskapets ingående reglerats bort till förmån för *anknytning* såg lagstiftaren över de grundläggande krav på ordningen som den nya

⁴⁰ Prop. 2003/04:48 Åtgärder mot barnäktenskap och tvångsäktenskap s. 15.

⁴¹ Att en ökad rörlighet märktes i början på 2000-talet har sin grund i att EU-medborgare ska ses som *unionsmedborgare* och har rätt till fri rörlighet inom unionsgränserna. Detta infördes genom Maastrichtfördraget 1992, se Artikel 3.2 i fördraget om Europeiska unionen (EU-fördraget), artikel 21 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget), avdelningarna IV och V i EUF-fördraget och artikel 45 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna. Uppsatsen beskriver rätten till den fria rörligheten under avsnitt 3.3.1.

⁴² Prop. 2003/04:48 s. 15.

lagvalsprincipen kom att medföra. En förutsättning för den nya huvudregeln var den enskildes rätt att ingå äktenskap och bilda familj. Sammanlevande personer skulle ha rätt att välja äktenskapets form för sin samlevnad. Skäl som talar mot detta anges vara medicinska eller *sociala*. Vidare framförde lagstiftaren att en utgångspunkt är att svenska myndigheter inte borde medverka till äktenskap som ”utifrån vårt samhälles grundläggande värderingar inte är önskvärda”.⁴³

För personer som varken var svenska medborgare eller hade en stark anknytning till Sverige genom hemvist skulle utländsk lag vid en hindersprövning beaktas. Två skäl till detta anfördes. Dels att svensk lag kunde användas när äktenskapshinder föreligger i ett annat land. Även om formen av äktenskapshinder ofta korresponderar internationellt sett är *antalet* äktenskapshinder inom den svenska rätten relativt få jämfört med andra länder. Dels ansågs det inte finnas ”något allmänt svenskt intresse av att medverka till äktenskap” i fall där äktenskapshinder föreligger enligt annat rikets lag. ”Respekten för andra länders lagar talar och så för att så inte sker”.⁴⁴

Förväntan på den nya bestämmelsen var att *den skulle ha en preventiv verkan* gällande arbetet mot barnäktenskap. Lagrådet ansåg däremot inte att en bestämmelse om att inte erkänna utländska barnäktenskap behövdes. I samma proposition redogjorde nämligen Regeringen för en möjlighet för svenska myndigheter att lösa upp barnäktenskap. Detta skulle dock inte uppfylla det förebyggande syftet, och flera argument ställdes mot lagrådets invändning. För det första menade lagstiftaren att om en svensk myndighet ska kunna ingripa mot ett barnäktenskap, måste först själva äktenskapet ha kommit till myndighetens kännedom. Vidare klargjordes att svenska domstolar inte har domsrätt vid fall där en person inte har hemvist i landet. Saknades hemvist, skulle domstolen enligt huvudregeln ta hänsyn till bestämmelser enligt utländsk lag vilket kunde leda till att grund för ogiltighetsförklaring eller äktenskapsskillnad saknades. Ett erkännande (eller icke-erkännande) fick en

⁴³ Prop. 2003/04:48 s. 16.

⁴⁴ Prop. 2003/04:48 s. 19.

direkt effekt, medan en upplösning av ett ingånget äktenskap är en längre process där barnet under tiden skulle betraktas som gift. Lagstiftaren uppmärksammade även att en domstols beslut kan överklagas, och att rättsprocessen kan komma att dra ut på tiden.⁴⁵

Trots att ett icke-erkännande har långtgående och ofta negativa rättsliga konsekvenser för parterna inblandade såg inte Lagrådet att detta var en anledning till att erkänns utländska barnäktenskap, då barnets ställning ska tryggas genom andra lagregler.⁴⁶ Reglerna som Lagrådet refererade till är de i föräldrabalken, socialtjänstlagen⁴⁷ och LVU⁴⁸. Nämnda lagrum ställde ett ansvar på barnets rätt till omvårdnad, trygghet och god fostran, på barnets vårdnadshavare. Barnets vårdnadshavare skulle även se till att barnet får tillfredsställande försörjning och utbildning.⁴⁹ De rättsliga biverkningar som icke-erkännande eller upplösande av ett barnäktenskap kunde ha på barnets ekonomiska förhållanden skulle ses över av barnets vårdnadshavare. Barnet skulle inte vara beroende av sin make.⁵⁰ För det fall att en vårdnadshavare skulle saknas trädde statligt ansvar för barnet in. För de fall barnet och maken sammanlevde efter äktenskapets icke-erkännande trädde sambolagen⁵¹ in. Sambolagen statuerade inte en nedre åldersgräns, utan var, och är än, giltigt i alla samboförhållanden oavsett parternas ålder.

2.4 Dispensreglerna tas bort

2014 fanns fortfarande möjligheter för barn i Sverige att ingå äktenskap. Undantagen presenterade i äktenskapsbalken ansågs dock av regeringen sända fel signaler; barnäktenskap ”kan inte tolereras”.⁵² Genom dispensmöjligheterna kunde inte ett tillräckligt skydd för att motverka barnäktenskap erbjudas. Regeringen gav därför i uppdrag till

⁴⁵ Prop. 2003/04:48 s. 27 f.

⁴⁶ Prop. 2003/04:48 s. 28.

⁴⁷ Socialtjänstlag (2001:453).

⁴⁸ Lagen (1990:52) med särskilda bestämmelser om vård av unga.

⁴⁹ Se 6 kap. 1 och 2 §§ föräldrabalken.

⁵⁰ Prop 2003/04:48 s. 29.

⁵¹ Sambolag (2003:376).

⁵² Prop. 2013/14:208 Stärkt skydd mot tvångsäktenskap och barnäktenskap s. 19.

justitiedepartementet lett av justitieministern Beatrice Ask (M) att utreda situationen. 1 kap. 8 a § fick följande lydelse:

1 kap 8 a § Icke-erkännande av utländska äktenskap

Ett äktenskap som har ingåtts enligt utländsk lag erkänns inte i Sverige

1. om det vid tidpunkten för äktenskapets ingående skulle ha funnits hinder mot den enligt svensk lag och minst en av parterna var svensk medborgare eller hade hemvist i Sverige
2. om det är sannolikt att det har ingåtts under tvång, eller
3. om parterna inte var närvarande samtidigt vid äktenskapets ingående och minst en av dem då var svensk medborgare eller hade hemvist i Sverige.

Första stycket gäller inte om det finns synnerliga skäl att erkänna äktenskapet.

SFS 2014:379.

2.4.1 Motiven bakom lagändringen

Utredningen ledde till prop. 2013/14 Stärkt skydd mot tvångsäktenskap och barnäktenskap samt tillträde till Europarådets konvention om våld mot kvinnor. Propositionen höll begreppen tvångsäktenskap och barnäktenskap nära varandra och beskrev hur tvångsäktenskap, äktenskap som ingåtts genom straffbart tvång samt äktenskap som ingåtts efter andra kvalificerade påtryckningar, ”främst drabbar barn och unga vuxna”. Konsekvensen av detta blev att många barnäktenskap även var att se som tvångsäktenskap och vice versa. Lagstiftaren fokuserade i propositionen på begreppet *tvångsäktenskap* och belyste att det var minst 250-300 personer i Sverige under år 2011 som ”upplevde en akut eller ganska akut risk att bli gifta mot sin vilja” och att 80-100 personer *hade* blivit gifta mot sin vilja. Lagstiftaren underströk att siffrorna inte var tillförlitliga på grund av det stora mörkertalet, men framhävde att äktenskap som ingås genom tvång är ett problem i Sverige och en kränkning mot den personliga integriteten och friheten för de drabbade.⁵³

⁵³ Prop. 2013/14:208 s. 20-21.

Propositionen lyfte fram att det är svårt att få fram exakta siffror på hur många unga i Sverige som vid tiden för utredningen egentligen var gifta. 2011 fanns det uppskattningsvis 13 barn i åldrarna 15-17 år som var registrerade som gifta.⁵⁴ Därutöver tillkom mörkertalet. För att forska kring mörkertalet genomförde Myndigheten för ungdoms- och civilsamhällesfrågor (som under tiden för undersökning hette *Ungdomsstyrelsen*) 2008-2009 en kartläggning över arrangerade äktenskap mot parts vilja. Resultatet blev att ca 70 000 barn och unga, i åldrarna 16-25 år, hade ett ”begränsat eller villkorat val när det gäller äktenskap i förhållande till partner”. Kartläggningen, som skedde på uppdrag av regeringen, var den första i Sverige som fokuserade på unga som riskerar arrangerade äktenskap mot sin vilja.⁵⁵

2.4.2 Ingen möjlighet till äktenskapsdispens

Genom en bland annat minskad möjlighet att erkänna utländskt juridiskt giltiga äktenskap, i kombination med två nya straffrättsliga bestämmelser (här benämnda som); *äktenskapstvång* och *vilseledande till tvångsäktenskapsresa*, menade lagstiftaren att skyddet mot tvångs- och barnäktenskap skulle kunna stärkas.

De civilrättsliga åtgärderna som vidtogs var omfattande. Bland annat togs *äktenskapsdispensen* bort. Kritik gentemot detta framfördes från bland annat Fredrika Bremer Förbundet, Romersk-katolska kyrkan och Sveriges kristna råd. Förbudet befarade en ökad mängd resor utomlands för att frivilligt eller påtvingat äktenskap. Romersk-katolska kyrkan menade att dispensmöjligheten skulle finnas kvar på grund av kulturella aspekter, då andra kulturer kan ha en annan syn på vad en lämplig lägsta ålder för att ingår äktenskap kan vara. Sveriges kristna råd hade en mer moralpolitisk invändning och menade att den tillåtna lägsta ålderns för att ha sex var 15,

⁵⁴ Prop. 2013/14:208 s. 20.

⁵⁵ Ungdomsstyrelsens skrifter 2009:5, *Gift mot sin vilja*, hämtad från <https://www.mucf.se/publikationer/gift-mot-sin-vilja> 2020-02-24.

men att gifta sig, 18 år och att detta stod i strid med kristna värderingar kring äktenskap.⁵⁶

Lagstiftaren stöttade en strikt åldersgräns utan möjlighet till dispens som utgångspunkt inom svensk äktenskapsrätt. Huvudregeln var att parterna ska vara 18 år eller äldre vid äktenskapets ingående.⁵⁷ Lagstiftaren refererade både till FN:s barnrättskommitté och Europarådets parlamentariska församling, två internationella organisationer som båda rekommenderade 18 år som lägsta ålder.⁵⁸

Möjligheten till dispens begränsades redan genom 2004 års lagändring.⁵⁹ Redan innan detta skedde syntes att få tillstånd utfärdades. Under 2008-2010 sökte 68 barn om att få dispens tilldelad. Totalt sex stycken beviljades, tre flickor och tre pojkar. Majoriteten av de sökande hade utländsk bakgrund.⁶⁰ Den invändning som *Fredrika Bremer Förbundet* angav, att borttagandet av dispensmöjligheten kan leda till att fler barn åker utomlands för att ingå äktenskap, besvarade regeringen genom att skärpa möjligheterna till ett erkännande av ett utländskt barnäktenskap. Genom att även begränsa erkännanderegleringen förhindrades ett kringgående av de svenska reglerna. Lagstiftaren påpekade att huvudregeln i 1 kap 7 § IÄL har haft en liberal inverkan på erkännande av utländska äktenskap. I praktiken har detta inneburit att det har varit möjligt för personer med stark anknytning till Sverige att kringgå äktenskapshinder genom att ingå det i Sverige förbjudna äktenskapet utomlands. I och med att den *svenska* dispensen togs bort såg inte lagstiftaren en anledning till varför undantaget gällande *utländskt* ingångna äktenskap skulle bestå. Det var tidigare relativt enkelt för en person med anknytning till Sverige att kringgå reglerna om äktenskapshinder genom att gifta sig i ett annat land. En harmonisering av

⁵⁶ Prop. 2013/14:208 s. 23 f.

⁵⁷ Prop. 1973:32 s. 95.

⁵⁸ Prop. 2013/14:208 s. 22.

⁵⁹ Se avsnitt 2.3.

⁶⁰ Prop. 2013/14:208 s. 23.

den svenska inhemska rätten och den svenska internationella privaträtten var därför nödvändig för att motverka detta.⁶¹

2.5 Barnäktenskap erkänns inte

Den första januari 2019 trädde den senaste lagändringen gällande barnäktenskap i kraft.⁶² Ändringen gäller erkännandet av i utlandet ingångna äktenskap och finns i 1 kap. 8 a § IÄL, och lyder som följer:

Ett äktenskap som har ingåtts enligt utländsk lag erkänns inte i Sverige

1. om någon av parterna var under 18 år vid tidpunkten för äktenskapets ingående,
2. om det vid tidpunkten för äktenskapets ingående skulle ha funnits något annat hinder mot äktenskapet enligt svensk lag och minst en av parterna då var svensk medborgare eller hade hemvist i Sverige,
3. om det är sannolikt att äktenskapet har ingåtts under tvång, eller
4. om parterna inte var närvarande samtidigt vid äktenskapets ingående och minst en av dem då var svensk medborgare eller hade hemvist i Sverige.

Första stycket gäller inte om båda parterna är över 18 år och det finns synnerliga skäl att erkänna äktenskapet.

Lag (2018:1973)

I propositionen förslog regeringen skärpta regler för erkännandet av utländska barnäktenskap. Ändringen hade till förslag att inget äktenskap där någon av parterna var under 18 års vid äktenskapets ingående skulle komma att erkännas i Sverige.⁶³ Vidare kom det dåvarande undantaget i 1 kap 8a§ IÄL att smaltas av. Detta ledde till att erkännande pga. *synnerliga skäl* inte längre skulle kunna göras om någon av parterna i äktenskapet var under 18 år vid äktenskapets ingående. Propositionen har sin grund i SOU 2017:96 Utvidgat hinder mot erkännande av utländska barnäktenskap, som i sin tur

⁶¹ Prop. 2013/14:208 s. 24 ff.

⁶² SFS 2018:1973, Lag om ändring i lagen (1904:26 s. 1) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap och förmyndarskap.

⁶³ Prop. 2017/18:288 s. 2.

var ett delbetänkande av utredningen om starkare skydd mot barnäktenskap, tvångsäktenskap och brott med hedersmotiv.⁶⁴ Regeringens förslag var följande:

”Utländska barnäktenskap ska som huvudregel inte erkännas i Sverige. Förbudet mot erkännande ska gälla oavsett parternas anknytning hit när äktenskapet ingicks eller deras ålder vid tidpunkten för erkännandeprövningen”.⁶⁵

2.5.1 Motiven bakom lagändringen

I utredningen framfördes det att barnäktenskap är ett globalt problem som angår alla världens länder. På grund av att människor flyr sina hemländer hamnar de ”i länder i Europa som har en kultur vitt skild från deras egen”. Utredningen menade att kulturella olikheter leder till en intensifiering av diskussionen kring barnäktenskap med utgångspunkt i kopplingen mellan ”barnäktenskap och tvångsäktenskap å ena sidan, och hedersrelaterat våld och förtryck å den andra”.⁶⁶ Regeringen framhävde att ”barn ska få vara barn och få leva i frihet från vuxenlivets ansvar”.⁶⁷ Vidare menade regeringen att alla barn som befinner sig i Sverige åtnjuta det skydd som barnkonventionen erbjuder. Det här skyddet skulle säkerställas genom dels att upprätthålla icke-diskriminering och dels att motverka skadliga sedvänjor.⁶⁸ Regeringen ställde målet att inga barn ska registreras som gifta i Sverige och att detta skulle gälla även barn utan tidigare anknytning till Sverige.⁶⁹

På grund av de stora flyktingströmmar som nådde Sverige under den senare delen av 2010-talet publicerade Migrationsverket 2016 rapporten *Är du gift? Utredning av handläggning av barn som är gifta när de söker*

⁶⁴ Se Dir. 2017:25 och Dir. 2017:78 gällande startskottet för utredningen.

⁶⁵ Prop. 2017/18:288 s. 11.

⁶⁶ SOU 2017:96 s. 13-14.

⁶⁷ Prop. 2017/18:288 s. 11.

⁶⁸ Se artiklarna 2 och 24.3 barnkonventionen.

⁶⁹ Prop. 2017/18:288 s. 13.

skydd i Sverige.⁷⁰ Av rapporten framgick det att utredningen identifierade 132 barn som när de sökt asyl i Sverige varit gifta. Alla var barn utan vårdnadshavare i Sverige. Ett mörkertal misstänkte finnas. 97 % av de gifta barnen var flickor och en tredjedel av barnen hade själva barn. Bakgrunden till rapporten var en fråga ställd från Nederländerna vid *European Migration Network* (EMN) om andra europeiska länder märkt att flickor, ifrån Syrien, i åldrarna 14-17 år, ingått äktenskap med äldre män när de vistats i flyktingläger.⁷¹ Lagstiftaren menade att det var ohållbart att barn i Sverige ska leva efter olika premisser för huruvida ett äktenskap ska erkännas beroende på om barnet har sin hemvist i Sverige eller är att se som asylsökande.⁷²

2.5.2 Åtgärder för att motverka barnäktenskap

Utgångspunkten för lagändringen var att barn inte ska vara gifta, och att alla barn har rätt till samma stöd och skydd. På grund av det ökade antal gifta barn som inte tidigare haft anknytning till Sverige sågs det som nödvändigt att säkerställa att lagstiftningen ”är tydlig och adekvat”.⁷³ Utredningen föreslog att möjligheten till att erkänna i utlandet ingångna äktenskap skulle minimeras för att matcha den svenska inhemska regleringen på området.

En problematik som diskuterats vid tidigare lagstiftningsarbete togs åter upp. Hur ska förekomsten av barnäktenskap i Sverige minska genom ett mer restriktivt erkännande, utan att medföra orimliga konsekvenser för de inblandade parterna? Ulf Bergquist och Anna Fayad illustrerar i en artikel från 2019⁷⁴ två exempel för att tydliggöra problemet:

”Typexempel 1:

⁷⁰ Migrationsverket, *Är du gift? Utredning av handläggning av barn som är gifta när de söker skydd i Sverige*, 2016. <http://www.hedersförtryck.se/publikationer/ar-du-gift-utredning-av-handlaggning-av-barn-som-ar-gifta-nar-de-soker-skydd-i-sverige/> hämtad 2020-03-16.

⁷¹ Migrationsverket (2016) s. 3 f.

⁷² Barnombudsmannens skrivelse till Justitieministern, dnr. 3.5.1.:0494/16.

⁷³ SOU 2017:96 s. 16.

⁷⁴ Bergquist & Fayad (2019).

Mannen var 55 år och flickan 15 år, när de för ett halvår sedan gifte sig i Syrien. Ingen av dem hade vid vigseln någon anknytning till Sverige. De kommer nu till Sverige som flyktingar”

”Typexempel 2:

Mannen var 19 år och flickan 17 år när de gifte sig i Syrien. Efter 20 års äktenskap kommer de nu till Sverige som flyktingar. De har fyra barn tillsammans”.⁷⁵

Det första exemplet anses direkt stötande, medan det andra kan te sig mer svårbedömt. Som lösning föreslog justitieministern att barnäktenskap inte skulle erkännas om *någon* av parterna var under 18 år när *någon* av dem kom till Sverige.⁷⁶ Utredningen, däremot såg att det skulle låta föra det för långt med ett generellt icke-erkännande. Utredningen menade att säkerhetsventilen som tillkom genom lagändringen 2004 men som stramades åt genom lagändringen 2014, att *äktenskap ska erkännas om synnerliga skäl föreligger* skulle finnas kvar oförändrad. Som anledning avgavs att om ventilen togs bort helt och hållet, kunde Sverige komma i konflikt med internationella åtaganden, exempelvis EU-medborgares rätt till fri rörlighet. Ett generellt icke-erkännande kunde även anses strida mot Europakonventionens åttonde artikel om rätt till privat- och familjeliv.⁷⁷

2.5.3 Generellt förbud eller säkerhetsventil?

Regeringen gick längre än vad utredningen gjorde gällande den restriktiva lagstiftningen. En huvudregel om ett generellt förbud mot erkännande av barnäktenskap föreslogs. Ingen hänsyn skulle tas till om makarna saknade anknytning till Sverige när äktenskapet ingicks. Inte heller föreslog regeringen att makarnas ålder när de kom till Sverige skulle tas i beaktning.

⁷⁵ Bergquist &, Fayad (2019) s. 57.

⁷⁶ Dir. 2017:25 Starkare skydd mot barnäktenskap, tvångsäktenskap och brott med hedersmotiv.

⁷⁷ SOU 2017:96 s. 112-115.

Däremot behöll regeringen i sin remiss till Lagrådet säkerhetsventilen om *synnerliga skäl*. Bergquist och Fayad understryker att lagrådsremissen fäste vikt vid att säkerhetsventilen skulle gälla under förutsättningen att båda parterna är över 18 år när frågan prövas.⁷⁸ Regeringens strikta linje fick motta kritik från Lagrådet som avstyrkte förslaget. Lagrådet påpekade att ett icke-erkännande även av sedan länge etablerade äktenskap drabbas av konsekvenser som på personnivå kan vara rättsligt svårutredda. Bland annat angav Lagrådet att makar exempelvis inte kan betraktas som sambor när civilstatus har betydelse i uppehållstillståndärendet. Ett annat exempel är att den ena maken avlidit utan dokumentation, och att på grund av detta inte går att ingå ett nytt äktenskap. Enligt Lagrådet var dessa exempel, i kombination med lagtextens utformning, ett tecken på att en mycket restriktiv användning av säkerhetsventilen var att önska av lagstiftaren. Lagrådet påpekade att motiven bakom den restriktiva användningen var ”motsägelsefulla och knapphändiga”.⁷⁹

Lagrådets invändningar kring lagens otydliga utformning fick inte ett särskilt starkt gehör från Regeringen. Regeringen konstaterade dock att ventilen inte fick ha ett så snävt tillämpningsområde att den skulle kunna komma att inskränka rättigheter fastställda i Europakonventionen och EU-rätten men annars kvarstod lagförslaget så som det var utformat i lagrådsremissen.⁸⁰

Bergquist och Fayad menar att ventilen om *synnerliga skäl* kan komma att tillämpas mer frekvent än vad *synnerliga skäl* normalt sett föranleder. Författarna menar att *synnerliga skäl* brukar betyda *nästan aldrig* men att en mindre restriktiv syn kan behövas dels för att undvika orimliga konsekvenser för makar, dels för att inte svensk rätt ska strida mot Europarätten.⁸¹

⁷⁸ Bergquist & Fayad (2019) s. 57.

⁷⁹ Bergquist & Fayad (2019) s. 57.

⁸⁰ Prop. 2017/18:288 s. 27.

⁸¹ Bergquist & Fayad (2019) s. 59.

2.6 Sammanfattning

Den senaste lagändringen gällande erkännandet av i utlandet ingångna äktenskap har stramat åt möjligheterna att erkänna äktenskap. Genom att säkerhetsventilen nu endast gäller personer över 18 år går det inte att som underårig få sitt äktenskap erkänt enligt svensk rätt.

Erkännandet har varit liberalt och inte alltid harmoniserat med möjligheter att ingå äktenskap i Sverige. Lagstiftaren har genom de senaste årens lagändringar till viss mån skiftat fokus. Grunden för lagändringarna har gått från en önskan om att tillgängliggöra äktenskap på grund av det skydd som äktenskapets juridiska effekter kan ha (även om det inte sågs som önskvärt att personer under 18 år gifte sig) till att barnäktenskap ska likställas med tvångsäktenskap och förbjudas. Detta motiveras med att samhällets intresse att motverka barnäktenskap väger tyngre än tillåta ett erkännande.

3 Skyldigheter att erkänna barnäktenskap

I det här avsnittet utforskar jag de skyldigheter som finns när det kommer till att erkänna utländska äktenskap. Avsnittet börjar med en redogörelse för den svenska IP-rätten, efter denna följer en genomgång av europarättsliga åtaganden. Avsnittet avslutas med hur barnkonventionen och principen om barnets bästa påverkar erkännandaspekten.

3.1 Erkännande enligt svensk IP-rätt

Den europeiska mellanstatliga viljan att skapa en harmoniserad nationell reglering av den internationella privaträtten sträcker sig cirka hundra år tillbaka i tiden. 1891 inbjöd den holländska regeringen till en konferens rörande ”mellanfolkliga privaträttsförhållanden”, vilket kom att bli den första Haagkonferensen för internationell privaträtt. De tre första konferenserna resulterade år 1900 i ett förslag till en konvention som reglerade bland annat jurisdiktionella kollisioner rörande bl.a. äktenskapsskillnad och lagkollisioner. Konventionen undertecknades av bland andra dåvarande Tyskland, Belgien, Nederländerna och Sverige-Norge, för Sveriges del. Precis då som nu var konventionernas innehåll bindande för anslutande stater. Även om konventionsstaterna som alla fanns inom Europas gränser förband sig vid innehållet ansågs konventionerna kunna vara tillämpliga på privaträttsliga relationer som hade en koppling utanför Europas gränser.⁸²

I en bok från 1909 förklarar Carl Axel Reuterskiöld, professor i offentlig rätt, att det tidigare helt enkelt inte har funnits ett behov av reglering på området. De mellanfolkliga relationer som fanns var

⁸² Reuterskiöld, C. A., *Om äktenskap, äktenskapsskillnad och förmynderskap enligt svensk-internationell rätt. I, Bidrag till tolkningen af konventionerna af 12 juni 1902 och 17 juli 1905 samt lagstiftning af 8 juli 1904*, Almqvist & Wiksell, Uppsala, 1909, s. 10 f.

begränsade till grannlandsrelationer. Medborgare hade inte en lika stor möjlighet att flytta, vare sig från stad eller stat– det kunde till och med vara förbjudet att göra så. 1909 hade detta kommit att förändras. En likabehandling med medborgare från andra länder efterfrågades. Den ”underlättade internationella samfärdseln” medförde att äktenskap som ingicks av personer från olika länder ökade. Haagkonferensernas syfte var att skapa ett internationellt samarbete kring frågor med koppling till ett allt mer globalt samfund även på det privata planet. Gällande internationella äktenskap efterfrågades bland annat en reglering som kunde motverka att ett äktenskap sågs som giltigt i ett land, och som ogiltigt i ett annat.⁸³

Utskottet som hade till uppgift att utforma konventionstexten yttrade sig om att ett särskilt intresse fanns för att försöka minska risken för ”*de ledsamma konflikter som kan uppstå när internationella äktenskap till förfång för både den enskilde, som härtill äro utan skuld, och för det allmänna som sedlighetsmedvetandet som [...] icke erkännes*”. Reuterskiöld påpekade att för att kunna skapa en internationell samverkan inom området var det av vikt att stater fick medge andra, och uppoffra sina egna, rättsidéer. Han påpekade att konsekvenserna av ett icke-erkännande träffade den enskilde som i en sådan situation faktiskt inte gjort något fel. Utskottet menade att om det europeiska samfundet kunde enas om vissa allmänna grundsatser förenklades respektive stats framarbetande av riktlinjer, och så blev fallet. 1904 års lag är framarbetat efter de första Haagkonventionernas innehåll.⁸⁴

Den första Haagkonventionen från 1902 reglerar lagvalskonflikter som har uppstått vid erkännandet av i utlandet ingångna äktenskap. 1902 års konvention tar inte upp ålder som ett äktenskapshinder. Istället stadgar konventionen att lagen i det land där äktenskapet ska erkännas få stöd att ogiltigförklara äktenskapet om äktenskapet går emot absoluta förbud och kan utgöra ett äktenskapsbrott.⁸⁵

⁸³ Reuterskiöld (1909) s. 16-22.

⁸⁴ Reuterskiöld (1909) s. 22.

⁸⁵ 1902 års äktenskapskonvention, *Convention du 12 Juin 1902 pour Régler les Conflits de Lois en Matière de Mariage*, <https://www.hcch.net/en/instruments/the-old-conventions/1902-marriage-convention>, hämtad 2020-04-27. Min översättning.

3.1.1 Skyldigheten att erkänna utländska äktenskap

Haagkonferensen är än idag en internationell organisation. Den har ett sjuttioal medlemmar, däribland samtliga EU:s medlemsstater. Det finns flertalet Haagkonventioner, alla inom området för internationell privaträtt. 1978 antogs den 26:e Haagkonventionen, vilken handlar om ingåendet och erkännandet av äktenskap.⁸⁶ Sverige har inte tillträtt konventionen. En förklaring till detta skulle kunna tänkas vara att konventionen liknar den svenska lagstiftningen (IÄL) till den grad att ett tillträde ansågs onödigt. Bland annat stadgar konventionen att ett utländskt äktenskap ska kunna erkännas så länge som det inte strider mot erkännande statens *ordre public*.⁸⁷ En tillträdd stat kan även vägra att erkänna ett äktenskap om en av parterna vid tiden för äktenskapets ingående var yngre än tillåten lägsta ålder för att gifta sig,⁸⁸ vilket bestämmelserna i IÄL motsvarar.

Enligt 1 kap. 7 § IÄL ska äktenskap som ingåtts utomlands enligt utländsk rätt anses vara giltigt till formen i Sverige, om det är giltigt i landet där det ingicks. 1 kap 7 § IÄL grundar alltså huvudregeln. Huvudregeln speglar en internationell privaträttslig grundprincip om att respektera andra staters rättsordningar.⁸⁹

Vissa svenska äktenskapshinder skulle vid utredningen inför 2004 års proposition beaktas även om rätten att ingå äktenskap skulle prövas enligt utländsk lag. Hindren var de samma som i äktenskapsbalken (ålder, tvegifte, släktskap), men två undantag gjordes: dels fanns det inte något hinder för halvsyskon att gifta sig utan tillstånd (inom svensk rätt skulle vid

⁸⁶ Haagkonventionen av den 14 mars 1978 om tillämplig lag för makars förmögenhetsförhållanden, på engelska *The Convention on Celebration and Recognition on the Validity of Marriages*

⁸⁷ Artikel 5, Haagkonventionen av den 14 mars 1978.

⁸⁸ Artikel 11, Haagkonventionen av den 14 mars 1978.

⁸⁹ Prop. 2017/18:288 s. 7.

tiden halvsyskon söka tillstånd för att ingå äktenskap), dels var åldersgränsen för att äktenskap utan tillstånd från länsstyrelsen satt till 15 år istället för 18.⁹⁰ Möjligheten till undantagen hade som syfte att förhindra en rättstillämpning som strider mot grunderna för den svenska rättsordningen. Det fanns inte några uttryckliga lagbestämmelser om de materiella förutsättningarna för ett erkännande av ett i utlandet ingånget äktenskap. Även praxis saknades. Hållpunkten var att om en behörig person, enligt svensk rätt, förrättat ett äktenskap som inte stött på några äktenskapshinder, skulle det leda till ett giltigt äktenskap.⁹¹

3.1.2 Skyldigheten att erkänna begränsas av äktenskapshinder

Som framgår av avsnitt 2 är skyldigheten att erkänna äktenskap begränsad av äktenskapshinder. De öppningar för undantag som säkerhetsventilen i 1 kap 8 § IÄL medger för personer över 18 år har svenska myndigheter hittills tolkat restriktivt. Rättsfallet *HFD 2012 ref 17* här nedan illustrerar detta.

Skatteverket erkände inte ett äktenskap som ingåtts i Palestina. Sökanden hade hemvist i Sverige och var vid tiden för äktenskapets ingående under 18 år gammal. Datumet på vigselintyget, den 28 juni 2010, visade att S. T. skulle fylla 18 år tio dagar efter det att vigseln ägde rum. S. T. menade i sin tur att det var fel datum på intyget och att paret gifte sig efter det att hon fyllt 18. I samband med att överklagandet lämnades in till Skatteverket angav S.T. att hon var gravid i femte månaden.

Vid tiden för avgörandet visade 1 kap. 8 a § första stycket IÄL att ett äktenskap inte erkänns i Sverige om minst en av parterna vid tidpunkten för äktenskapets ingående hade anknytning till Sverige och ett äktenskapshinder enligt svensk rätt fanns. Utrymme för att bevilja undantag

⁹⁰ Prop. 1973:158 s. 82.

⁹¹ Ds 2002:54 s. 31. Se även Bogdan, M., *Svensk internationell privat- och processrätt*, sjunde upplagan. Nordstedts Juridik, Stockholm, 2008, s. 172 ff.

enligt särskilda skäl fanns. Avgörandet är från 2012 och det fanns fortfarande möjlighet för länsstyrelsen att bevilja dispens för den som är under 18 år och önskar ingå äktenskap i enlighet med 2 kap. 1 § och 15 kap. 1 § äktenskapsbalken.

HFD konstaterade att registreringen av ett i utlandet ingånget äktenskap i folkbokföringen, är inte bindande för hur frågan ska bedömas i andra sammanhang.⁹² Skatteverkets uppgift är att bokföra, det vill säga, att räkna. Skatteverket har inte till uppgift att utreda självmant om förutsättningar för registrering föreligger när det kommer till utländska äktenskap utan bedömningen som står till grund för erkännandet ska baseras på enbart de uppgifter som lämnats med ansökan. Vidare klargjorde HFD att för att en utländsk vigsel ska kunna registreras krävs det att det tydligt framgår i ansökan att kriterierna för en registrering är uppfyllda.

HFD menade att Skatteverket haft rätt att vägra erkännandet av äktenskapet eftersom S. T. enligt det datum som var angivet på vigselbeviset varit under 18 år när äktenskapet ingåtts. Hon hade inte i ansökan angett några särskilda skäl. I överklagandet menade S. T. att hon fyllde 18 dagar senare och att hon var gravid och att detta skulle utgöra särskilda skäl. HFD menade att detta inte var skäl av en sådan karaktär att de kunde motivera ett erkännande och därmed en registrering.

I linje med prop. 2003/04 menade alltså HFD att en graviditet i sig inte kan utgöra skäl för att ett äktenskap skulle kunna erkännas. Inte heller det faktum att S. T. var mycket nära den tillåtna lägsta ålder sågs utgöra en anledning. Att S. T. i ärendet klargjorde att ”hon ville ha sin man hos sig” tillstryktes inte någon vikt i avgörandet.

⁹² Prop. 2003/04:48 s. 55.

3.1.3 Skyldigheten att erkänna begränsas av *ordre public*-förbehåll

Inom den svenska internationella privaträtten finns ytterligare möjligheter att vägra ett erkännande. Ett *ordre public*-förbehåll kan lämnas. Termen ”ordre public” förkroppsligar den allmänna principen att en rättsregel från en främmande stat, eller ett beslut från myndighet i främmande stat inte får tillämpas om ”tillämpningen skulle vara uppenbart oförenligt med grunderna för rättsordningen här i riket” Begreppet kommer från franskan och kan översättas till *allmän ordning*.⁹³ Det ska tillämpas *ex officio*, det vill säga, ingen av parterna i en tvist behöver åberopa det. Vid en tillämpning ska rätten se till konsekvenserna av den utländska rättsregeln i det konkreta fallet.⁹⁴ De svenska *ordre public*-förbehållen är allmänt hållna – det framgår inte av lagtexternas ordalydelse vad som kan anses vara uppenbart oförenligt med den svenska rättsordningen. Även inom europarätten återfinns begreppet.⁹⁵

Det svenska *ordre public*-förbehållets innebörd är föränderligt i samklang med rättens och samhällets utveckling. De lagstadgade förbehåll som finns är skrivna som generalklausuler och kan därmed få en annan innebörd än vad som tänktes vid deras tillkomst. På grund av *ordre public*-förbehållets ställning som allmän princip krävs inte ett uttryckligt lagstöd för att ett sådant förbehåll ska anses tillämpligt. Detta har dock inte lett till att begreppet nyttjas frikostigt av svenska domstolar. Tvärt om så används det sällan i rättstillämpningen, en anledning till detta kan tänkas vara att genom att inte erkänna främmande stats beslut kan ses som en handling riktad mot den främmande staten. De domar där förbehållet getts en avgörande verkan är ofta prejudicerande.⁹⁶

⁹³ Bogdan (2008) s. 76 f.

⁹⁴ Bogdan (2008) s. 81.

⁹⁵ Se bla. art 34 Bryssel I-förordningen; art 22 och 23 i Bryssel II-förordningen; art 21 i Rom I-förordningen.

⁹⁶ Bogdan (2008) s. 79-82. Se även Migrationsöverdomstolens avgörande MIG 2012:4 vilket uppsatsen redogör för under avsnitt 3.1.3.

Själva syftet med ett *ordre public*-förbehåll är att i det enskilda fallet ges en möjlighet till att inte använda en rättstillämpning. Förutsättningen här är att tillämpningen skulle leda till en konflikt med grundläggande värderingar. Ett exempel kan vara om någon som är mycket ung eller någon har tvingats att ingå äktenskap. Genom att applicera *ordre public*-förbehållet på resultatet av en konkret rättstillämpning ges möjligheten till att undvika en konflikt med grundläggande värderingar. Eftersom det är det enskilda fallet som ska avgöra, kan effekten bli att ett äktenskap som *egentligen* skulle strida mot svenska grundläggande värderingar, erkänns om det är ett etablerat rättsförhållande. Nekandet skulle annars bidra med negativa effekter som inte står i proportion med förbehållets syfte – att skydda enskilda.⁹⁷

Ordre public-förbehåll ska som nämnt nyttjas restriktivt av beslutsfattande organ. Inom migrationsrätten kan det bli aktuellt i samband med uppehållstillståndsförfaranden och erkännande av äktenskap som strider mot svenska äktenskapshinder. Migrationsöverdomstolens avgörande MIG 2012:4 visar hur domstolen kommer fram till att gift barns äktenskap inte kan anses strida mot svensk *ordre public* om barnet haft stark anknytning till landet där äktenskapet ingicks. Flickan i fallet hade irakiskt medborgarskap och gift sig i Irak med en irakisk medborgare, innan hon sökte uppehållstillstånd i Sverige. Äktenskapet var till last för ungdomen och hon försökte få det att *inte* erkännas enligt svensk rätt. Notera att om samma situation skulle förekomma idag, så skulle äktenskapet inte erkännas eftersom flickan var under 18 år gammal vid tiden för giftermålet. I det följande redogör uppsatsen för rättsfallet

H, född 1994, ansökte om uppehållstillstånd i Damaskus 2011, på grund av anknytning till sin pappa N, bosatt i Sverige. Som medsökande hade H sin dotter E, född 2010. H hade vid ansökningstillfället uppgett att hon var gift. På grund av detta avslogs hennes ansökan. Möjligheten för andra anhöriga än kärnfamilj att göra anknytning gällande regleras av 5 kap. 3 a § utlänningslagen (2005:716). Vid tiden för avgörandet räknades inte H

⁹⁷ Ds 2002:54 Svenska och utländska äktenskap, s. 32 f.

som sin pappas kärnfamilj, trots att hon var minderårig, eftersom hon var gift.

H gjorde vid migrationsdomstolen gällande att hon är omyndig och ska anses tillhöra sin fars kärnfamilj. Hon hade gifts bort på traditionellt vis när hon var 15 år gammal. Enligt rådande svenska bestämmelser skulle äktenskapshinder förelegat. Hon och hennes man bodde kvar hos hennes föräldrar efter giftermålet, på grund av H:s låga ålder. Vidare menade H att hennes man förts bort den sjunde juni 2010 och efter det inte påträffats. H trodde att hennes man var avliden.

Migrationsdomstolen menade att det inte fanns anledning att ifrågasätta makens bortförande. Däremot ansåg de att det inte gått tillräckligt lång tid för att han skulle ses som avliden. Därför kunde det inte på den grunden anses att H skulle vara ogift. Vidare menade domstolen att det saknades bestämmelser i utlänningslagen för om när ett äktenskap ska erkännas eller inte. Däremot har Migrationsöverdomstolen gjort tolkningen att en annan bestämmelse i utlänningslagen⁹⁸ ska ses tillsammans med Rådets direktiv 2006/86/EG av den 22 september 2003 om rätt till familjeåterförening (familjeåterföreningsdirektivet). Enligt artikel 4.1 i familjeåterföreningsdirektivet ses underåriga barn som barn som inte uppnått myndighetsålder enligt den berörda medlemsstatens lagstiftning och som inte är gift.⁹⁹ Eftersom det inte framgår av direktivet när en lägsta ålder för när ett äktenskap ska vara ogiltigt återgick Migrationsöverdomstolen till den svenska lagstiftningen. Vid tiden för avgörandet fanns det möjlighet för erkännande av barnäktenskap, och vice versa en möjlighet att bedöma ett äktenskap som ogiltigt, exempelvis på grund av låg ålder.¹⁰⁰ Migrationsdomstolen menade att H:s äktenskap inte kunde ses som ogiltigt endast med beaktning till hennes låga ålder. Eftersom äktenskapet erkändes

⁹⁸ 5 kap. 3 § första stycket 2 a – Ett utländskt barn som är ogift och som har en förälder bosatt i Sverige ska beviljas uppehållstillstånd.

⁹⁹ Artikel 4.1 Familjeåterföreningsdirektivet. [...] *Underåriga barn enligt denna artikel får inte ha uppnått myndighetsålder enligt den berörda medlemsstatens lagstiftning och får inte vara gifta.*

¹⁰⁰ Detta framgår av 7 kap 4 § IÄL som stadgar möjligheten att lämna *ordre public*-förbehåll.

kunde inte heller ett uppehållstillstånd utfärdas grundat på anknytning till henens far.

I Migrationsöverdomstolen gjorde H gällande att äktenskapet var traditionellt ingånget med innebörden att det bestämdes av hennes pappa och andra manliga släktingar att hon skulle gifta sig, med sin kusin. ”Hennes uppfattning ansågs ovidkommande och efterfrågades inte”.¹⁰¹ Hon var inte själv närvarande vid vigseln, utan kontraktet undertecknades av hennes far. Hennes pappa hade sagt att om hon inte gifte sig skulle detta få allvarliga följder. H gjorde gällande att hennes äktenskap skulle anses ingånget under tvång eller med tvång likartade omständigheter och att det enligt 1 kap 8 a § IÄL skulle tillämpas.

Bestämmelsen i utlänningslagens femte kapitel som var relevant för avgörandet infördes i svensk rätt genom familjeåterföreningsdirektivet.¹⁰² Barn som inte är gifta ska enligt direktivet återförenas med sina föräldrar i det land där dessa är bosatta med uppehållstillstånd. Migrationsverket menade att möjligheten att förklara ett äktenskap ogiltigt, som ges genom 1 kap. 8 a § IÄL, ska användas restriktivt. *Tvånget* menade myndigheten skulle vara av en sådan grad att det skulle vara straffbart i Sverige. Migrationsverket menade att ett påstående inte räckte och att H inte gjort sannolikt att äktenskapet ingåtts under tvång. Vid tiden för Migrationsöverdomstolens avgörande fanns fortfarande dispensmöjligheterna enligt 2 kap. 1 § äktenskapsbalken och äktenskapet skulle alltså kunna erkännas.

Domstolen menade även att bestämmelserna i IÄL rörande erkännande av i utlandet ingångna äktenskap var av betydelse. Utgången i målet hade med största sannolikhet sett annorlunda ut efter ändringen som gjordes 2019 eftersom H inte kunde anses ha rätt till uppehållstillstånd på grund av att hennes äktenskap erkänts trots att hon giftes bort som minderårig. Migrationsöverdomstolen nämner *ordre public*-förbehållet, det vill säga att det skulle kunna vara oförenligt med grunderna för rättsordningen i Sverige att erkänns äktenskapet. Domstolen menar att

¹⁰¹ H:s yrkande i Migrationsdomstolen, MIG 2012:4 s. 3.

¹⁰² MIG 2012:4 s. 7.

förbehållet ska tillämpas restriktivt och att tillämpningen av främmande lag ska lättare accepteras i Sverige, om det i det enskilda fallet har en stark anknytning till den främmande staten.¹⁰³ Domstolen fann inte att det fanns tillräckliga skäl att tillämpa *ordre public*-förbehållet då hon och hennes make var irakiska medborgare och enligt irakisk lag ingått äktenskap på ”rätt” sätt. Att hon var ung och i Sverige hade behövt ett särskilt tillstånd för att få gifta sig var skäl i sig att inte erkänna äktenskapet. På grund av att H var gift och hade en egen familj kunde hon inte längre anses tillhöra hennes pappas kärnfamilj.

Migrationsöverdomstolen nämner på sidan åtta i domen att H är ett barn och att barnets bästa alltid ska iakttagas inom utlänningsrätten. De utvecklar däremot inte mer hur denna iakttagelse skett i domen utan konstaterar att det inte förekommer skäl nog att bevilja henne uppehållstillstånd enligt 5 kap. 3 § utlänningslagen.

3.2 Erkännande enligt EKMR

I Europakonventionen finns två artiklar som stärker individens rätt till äktenskap. Dessa är artikel 8 (rätten till familjeliv) och artikel 12 (rätt att ingå äktenskap). Europakonventionen gäller för alla som vistas på ratificerade länders territorium. Det finns inget medborgarkrav och den blir alltså tillämplig i exempelvis asylärenden. I en resolution från 2005¹⁰⁴ diskuterar barnäktenskapets skadliga effekter och uttrycker Europarådets önskan om att motarbeta företeelserna. Resolutionen refererar till FN:s konvention från 1962 om samtycke till äktenskap, minimiålder för äktenskap och registrering av äktenskap¹⁰⁵ som stadgar att alla stater ska ta ansvar för att motverka skadlig sedvana som resulterar i tvångs gifte och barnäktenskap. Konventionen stadgar även att en ”minimiålder för att ingå äktenskap ska införas”, och att inget äktenskap lagligt ska kunna ingås före minimiåldern om inte dispens utfärdats. Konventionen nämner dock inte en

¹⁰³ MIG 2012:4 s. 7.

¹⁰⁴ Europarådets resolution 1468 (2005) Forced marriages and child marriages.

¹⁰⁵ FN:s generalförsamling, *Convention on Consent to Marriage, Minimum Age for Marriage and Registration of Marriages*, 7 november 1962.

konkret minimiålder. Den tillåtna åldern för att ingå äktenskap inom Europa varierar. I Frankrike är lägsta ålder för att ingå äktenskap 18 år, men dispens utlovas om anledning finns och vårdnadshavare godkänner detta. I Storbritannien är lägsta åldern för att ingå äktenskap 16 år. I Schweiz är ålder 18 år för att ingå äktenskap men när det kommer till erkännande av utländska äktenskap accepteras lägre ålder.¹⁰⁶

Europarådet däremot uppmanade genom resolutionen medlemsstater att införa en minimiålder på 18 år samt att reglera nationell internationell privaträtt så att den inte skulle komma att strida mot internationella förpliktelser. Resolutionen innehöll även punkten 14.2.4 vilken ombad medlemsstaterna att avstå från att erkänna tvångsäktenskap och barnäktenskap ingångna i utlandet, förutom vid de scenarier där ett erkännande skulle vara offrets bästa intresse med hänsyn till äktenskapets legala effekter, speciellt med syfte att säkerställa nyttjandet av rättigheter som annars skulle gå förlorade.¹⁰⁷ Ett sådant scenario aktualiseras i fallet *Z.H och R.H mot Schweiz*¹⁰⁸ där ett ungt par från Afghanistan menade att icke-erkännandet av deras äktenskap medförde förlorade legala effekter.

3.2.1 Z.H och R.H mot Schweiz

Z.H och R.H (klaganden) föddes 1996 resp. 1992 och är av iranskt medborgarskap. De bodde vid tiden för domstolens avgörande i Geneve. Den 17 september 2010 gifte paret, som är kusiner, sig vid en religiös ceremoni i Afghanistan där de uppehöll sig illegalt. När paret gifte sig var Z.H 14 år gammal och R.H 18 år. Den 18 september 2011 sökte de asyl i

¹⁰⁶ Se Artikel 144 och 148 i *Code Civil*, den franska civillagen, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000027431990&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20130519> hämtad 2020-04-27; *The Age of Marriage Act*, 19 & 20 Geo 5 c 36 [https://www.parliament.uk/about/living-heritage/transformingsociety/private-lives/relationships/overview/lawofmarriage-/](https://www.parliament.uk/about/living-heritage/transformingsociety/private-lives/relationships/overview/lawofmarriage/) hämtad 2020-04-27; *Zivilgesetzbuch* art. 90-94, <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19070042/index.html> hämtad 2020-05-22. Min översättning.

¹⁰⁷ Resolution 1468 (2005). Punkterna 12, 13 och 14.

¹⁰⁸ *Z.H och R.H mot Schweiz*, Europadomstolens dom den 8 december 2015. Färdigställd den 8 mars 2015.

Schweiz. De hade rest in i Schweiz via Italien och hade där blivit registrerade som asylsökanden. Deras äktenskap erkändes inte av schweiziska myndigheter och asylansökningarna prövades därför inte gemensamt.

Z.H och R.H:s ansökningar i Schweiz blev avslagna den 8 december 2011 samt den 26 mars 2012 av de schweiziska myndigheterna (i domen refererad till som *FOM, Federal Office of Migration*) med stöd av Dublinförordningen¹⁰⁹. Myndigheterna menade att Italien hade huvudansvaret för att pröva R.H och Z. H:s ansökningar. Z.H fick den 19 december 2011 en tillfällig vårdnadshavare (motsvarande god man) utsedd på grund av sin låga ålder. R.H överklagade asylavslaget den 20 mars 2012. Överinstansen avslog överklagan och pekade på att sökanden inte hade inkommit med ett äktenskapscertifikat och att deras äktenskap i vilket fall som helst inte kunde erkännas i Schweiz på grund av det enligt afghansk rätt inte är tillåtet att gifta sig innan en fyllt 15.¹¹⁰ Utöver detta stred äktenskapet mot schweizisk *ordre public*, eftersom det enligt schweizisk straffrätt är olagligt att ha sex med en person under 16.¹¹¹ På grund av detta kunde inte R.H ses som en familjemedlem i Dublinförordningens mening och klaganden kunde inte göra gällande rätten till familjeliv vilken framgår av artikel 8 EKMR¹¹².

R.H blev utvisad till Italien den fjärde september 2012. Han återvände illegalt till Schweiz tre dagar senare, den sjunde september och klagade till Europadomstolen den 18 september. R.H bad den 21 december 2012 återigen om en omprövning av hans asylansökan, vilken återigen avslogs på processuella grunder av FOM då R.H inte betalat avgiften. Den 18 mars 2013, när R.H var 16 år och elva månader gammal, ansökte paret

¹⁰⁹ Dublinförordningen, Förordning (EU) nr 604/2013, grundad på Dublinkonventionen, Dublin, 5 juni 1990, reglerar EU:s medlemsländers behörighet att pröva asylansökan

¹¹⁰ Inom den schweiziska rätten är lägsta ålder för att ingå äktenskap 18 år, däremot görs undantag gällande åldersgränsen vid erkännanden av i utlandet ingångna äktenskap som då ska ha ingåtts i enlighet med annat lands lag. Se *Zivilgesetzbuch* art. 90-94, <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19070042/index.html> hämtad 2020-05-22. Min översättning.

¹¹¹ Domen hänvisar här till artikel 187-1 i den schweiziska motsvarigheten till brottsbalken.

¹¹² Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna. Den åttonde artikeln fastställer rätten till skydd för privat- och familjeliv.

om att deras religiösa äktenskap skulle erkännas enligt schweizisk rätt. Den 28 november beslutade överinstansen att FOM felaktigt avslagit R. H:s ansökan på processuella grunder. Eftersom Z.H vid tiden hade hunnit fylla 17 kunde hon och R.H anses vara familj enligt schweizisk rätt och enligt artikel 8 EKMR. Den 2 juni 2014, efter att den schweiziska regeringen ombett Europadomstolen att stryka målet varpå klaganden hade anfört att målet även innehåller en kränkning som redan skett, dvs, att R.H själv blivit utvisad och därmed separerad från sin fru, erkändes klagandens religiösa äktenskap. Paret blev beviljade asyl den 17 oktober 2014.

Klaganden menade att utvisningen av R.H till Italien 2012 stred mot artiklarna 3¹¹³ och 8 i konventionen. De menade också att om de skulle bli utvisade igen skulle detta återigen kränka deras rättigheter fastställda i artikel 3 och 8.¹¹⁴ På grund av att deras äktenskap inte erkändes och att detta ledde till att Z.H och R.H inte kunde använda sig av sitt familjeband genom överklagandeprocessen gjorde de även gällande att de inte fått möjlighet att utnyttja rätten till ett effektivt rättsmedel enligt artikel 13. Artikel 13 EKMR stadgar att om en rättighet som tas upp i konventionen kränks, ska rätten till ett effektivt rättsmedel inför en nationell myndighet kunna nyttjas.

Domstolen prövade parets rätt till familjeliv i form av ett gift par, artikel 8 EKMR i ljuset av det faktum att den ena parten endast varit 14 år gammal när paret gifte sig. Enligt Z.H och R.H hade de schweiziska myndigheterna agerat fel när de först inte erkänt äktenskapet och sedan ändrat sig.¹¹⁵ Paret menade att det skulle ha varit fördelaktigt för dem om deras asylansökningar prövats tillsammans.

De schweiziska myndigheterna menade att paret inte hade inkommit med bevis för att de var gifta, och även om det hade gjort det fanns det ett klart intresse av att inte erkänna ett äktenskap mellan en vuxen

¹¹³ Artikel 3 EKMR stadgar att ingen får utsättas för tortyr eller omänsklig eller förnedrande behandling eller bestraffning.

¹¹⁴ Denna del av klagomålet kom domstolen att bortse från, eftersom klaganden blev beviljade asyl i Schweiz, se §§ 28 och 29 i domen.

¹¹⁵ § 33 i domen.

och ett barn. Myndigheterna menade att anledning till varför asylansökningarna prövats separat var att Z.H inte överklagat sitt negativa beslut. Till sist klargjorde de att paret fått flyktingstatus och att deras religiösa äktenskap därmed erkänts.

Domstolen beskrev att det är skillnad på hur Europakonventionen används för en *asylsökande* och en *migrant som blivit beviljat uppehållstillstånd*. Domstolen menar att de har att undersöka om schweiziska myndigheter hade en plikt att utfärda tillstånd till R.H beroende av hans *familjeband*.¹¹⁶ Domstolen refererade till tidigare avgöranden och konstaterade att familjeliv inte enbart kretsar om äktenskap som grund utan även täcker andra former av relationer. Faktorer som ska ses till är om paret lever tillsammans, hur länge deras förhållande varat och om de visat engagemang och bundenhet gentemot varandra genom att exempelvis skaffa barn.¹¹⁷

R.H blev utvisad till Italien medan Z.H fick stanna kvar i Schweiz under hennes asylprocess. R.H menade att han inte borde ha blivit separerad från Z.H. Domstolen höll däremot med de schweiziska myndigheterna. Utöver detta understryker domstolen att artikel 8 inte kan tolkas på så vis att den skulle leda till ett erkännande av ett äktenskap, religiöst eller inte, ingått med ett 14-årigt barn. Här tar även domstolen upp artikel 12¹¹⁸ i konventionen, som uttryckligen visar att regleringen av äktenskap görs av nationell rätt. Domstolen menade att frågor som rör ålder för äktenskaps ingående är av en sån känslig moralisk natur och vikten av skydd för barn och familjen, att Europadomstolen inte kan ersätta nationella myndigheter som är till för att stärka detta skydd.

De schweiziska myndigheterna hade rätt i att inte erkänna äktenskapet. Z.H hade inte heller hindrats, då hon var asylsökande och inte

¹¹⁶ § 40 i domen.

¹¹⁷ Se § 42 i domen, även *Marckx mot Belgien*, 13 juni 1979 och *Keegan mot Irland*, 26 maj 1994.

¹¹⁸ Artikel 12 EKMR stadgar rätt till att ingå äktenskap och lyder som följande: Giftasvuxna män och kvinnor har rätt att ingå äktenskap och bilda familj i enlighet med de nationella lagar som reglerar utövandet av denna rättighet.

hade fått sitt uppehållstillstånd än, att följa med R.H till Italien. R. H:s utvisning till Italien stred inte mot artikel 8.

I avgöranden från Europadomstolen framgår det att *familjeliv* är ett vidsträckt begrepp som inkluderar relationer som inte är baserade på äktenskap (Keegan v. Irland, 26 May 1994, § 44, Series A no. 290 och Al-Nashif v. Bulgarien 50963/99 § 112, 20 June 2002). Ett flertal faktorer ska tas hänsyn till, däribland om paret bor tillsammans, hur länge relationen varat och om de har gemensamma barn.¹¹⁹

Detta innebär inte att domstolen ”erkänner” äktenskap där nationell rätt inte gör det, utan domstolen visar endast att familjeliv existerat i enlighet med artikel 8 i konventionen. Domstolen menar att den inte har jurisdiktionen att erkänna äktenskap. Domstolen pekade i målet på att äktenskap har en stark kulturell koppling:

And given the sensitive moral choices and the fostering of secure family environments, this Court must not rush to substitute its own judgement in place of the authorities who are best placed to assess and respond to the needs of society.¹²⁰

Vidare kan inte domstolen förmå en stat att erkänna religiösa äktenskap som likvärdiga till civila, om inte statens nationella rätt visar att detta ska göras och staten brutit i detta avseende.¹²¹ Eftersom artikel 8 är till för att skydda individen mot godtyckliga myndighetsingripanden som kränker rätten till familjelivet innebär det att domstolen har möjlighet att ingripa om ett sådant skulle ske.

3.3 Erkännande enligt EU-rätt

EU-rätten har kommit med rätten till fri rörlighet för unionsmedborgare och deras familjemedlemmar att skapa stor påverkan på europeisk, och därmed

¹¹⁹ Se § 36 i *X,Y och Z mot Förenade kungadömet*, 22 april 1997 och § 30 i *Kroon och andra mot Nederländerna*, 27 oktober 1994.

¹²⁰ Se § 44 i *Z.H och R.H mot Schweiz*.

¹²¹ Se §§ 97, 98 och 102 i *Şerife Yiğit mot. Turkiet* [GC], no. 3976/05.

svensk, migrationsrätt. Rätten till fri rörlighet har även haft en påverkan vid utformandet av Rådets direktiv 2006/86/EG av den 22 september 2003 om rätt till familjeåterförening (familjeåterföreningsdirektivet). Här nedan redogör uppsatsen för hur de två rättsinstrumenten och hur de påverkar erkännandet av (barn)äktenskap ingångna i utlandet.

3.3.1 Rätten till fri rörlighet

Rätten till fri rörlighet illustreras i uppsatsen med hjälp av Mål C-673/16. Målet handlar om uppehållsrätt för en make till en EU-medborgare. Deras äktenskap erkändes inte enligt rätten i medborgarens hemland eftersom det stred mot nationella äktenskapshinder. Fallet visar på hur den icke-harmoniserade lagstiftningen fungerar i praktiken när äktenskapshinder föreligger i ett medlemsland men inte i ett annat.

Målet handlar om en rumänsk medborgare (bosatt i Belgien) och en amerikansk medborgare som ingått äktenskap i Belgien. Äktenskapet erkändes inte i Rumänien då personerna var av samma kön och samkönade äktenskap är förbjudna enligt rumänsk nationell rätt.¹²² På grund av detta kunde den amerikanska medborgaren inte beviljas uppehållsrätt i Rumänien som familjemedlem grundat på anknytning till sin rumänska partner. EU-domstolen ställdes inför frågan om detta var förenligt med den fria rörligheten för unionsmedborgare (artikel 21 FEUF¹²³). Domstolen hade att ta ställning till om uttrycket *make/maka* i artikel 2.2a i direktiv 2004/38¹²⁴ även omfattar en samkönad *make/make* som kommer från ett tredjeland och därmed inte är unionsmedborgare och som har ingått äktenskap med en unionsmedborgare i en annan medlemsstat än unionsmedborgarens hemland och som sedan söker uppehållsrätt i unionsmedborgarens hemland.

¹²² I avgörandet från EU-domstolen framgår det att enligt artikel 277.2 och 277.4 i den rumänska civillagen (*Codu Civil*) att samkönade äktenskap är förbjudna och att samkönade äktenskap som ingåtts utomlands av rumänska eller utländska medborgare inte erkänns i Rumänien.

¹²³ Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, EUT C 202, 7.6.2016.

¹²⁴ Direktiv 2004/38/EG om EU-medborgares och deras familjemedlemmars rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom EU.

Domstolen skulle även besvara om den mottagande medlemsstaten, om frågan ovan besvarades jakande, har en skyldighet att bevilja uppehållsrätt för maken av samma kön. Frågan rör alltså erkännande av ett i utlandet ingånget äktenskap vars premisser utgör äktenskapshinder i den nationella rätten. Bogdan menar att detta avgörande kan få betydelse även för åldersgräns när dispens för äktenskap lämnats i ett EU-land men inte erkänns av ett annat.¹²⁵

Domstolen kom fram till att begreppet make/make inom EU-rätten så som det framgår av direktiv 2004/38 är analogt tillämpligt omständigheter så som den som presenteras i målet. Begreppet *äktenskap* definieras inte i EU-rätten utan i medlemsstaters nationella rätt.¹²⁶ Begreppet make/maka avser i den bestämmelsen en person som ingått äktenskap med en annan person. Begreppet, så som det är konstruerat i direktiv 2004/38, är könsneutralt och kan alltså avse en person som gift sig med en unionsmedborgare av samma kön.

Domstolen påpekade att personers *rättsliga* status, som omfattar regler om att gifta sig, är ett område som faller under medlemsstaternas befogenheter. Dessa befogenheter får inte inskränkas av unionsrätten.¹²⁷ Däremot visade Domstolen att när medlemsstater utövar denna befogenhet, är de skyldiga att iaktta unionsrätten, och i synnerlighet iaktta bestämmelserna om varje unionsmedborgares rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorium.

3.3.2 Familjeåterföreningsdirektivet

Familjeåterföreningsdirektivet är en del av EU:s migrationspolitiska verktyg. Det infördes i svensk rätt som en lagändring i utlänningslag (2005:716) genom proposition 2005/06:72 Genomförandet av EG-direktivet om rätt till familjeåterförening samt vissa frågor om handläggning och

¹²⁵ Bogdan, Michael, 'Svensk och EU-domstolens rättspraxis i internationell privat- och processrätt 2017–2018', i *Svensk Juristtidning 2019*, s. 581-635.

¹²⁶ Jfr. premiss 17, EU-förordning nr. 2016/1103 om makars förmögenhetsförhållanden.

¹²⁷ Mål C-673/16, not 37.

DNA-analys vid familjeåterförening. I och med införandet av familjeåterföreningsdirektivet ändrades bestämmelserna i utlänningslagen från att exempelvis *få* ge uppehållstillstånd till en utlänning som är partner till någon som är bosatt i Sverige, till att innefatta ett ska-krav på utfärdandet. Syftet med familjeåterföreningsdirektivet var att rätten för familjeåterförening för tredjelandsmedborgare som vistas lagligen i medlemsstaterna skulle stärkas.¹²⁸ Direktivet nämner även andra typer av familjekonstellationer, bland annat när anknytningspersonen är en partner. Familjeåterförening ska tillåtas bland annat för sammanboende partners eller om de tidigare haft ett varaktigt förhållande som kan styrkas, exempelvis genom gemensamma barn eller tidigare samboende. Som skäl för att *inte* bevilja uppehållstillstånd nämns i utredningen risken för en partner att bli utsatt för våld. Detta framgår även av 5 kap 17 § utlänningslagen. Här framgår det att även *särskilda skäl* kan vara grund för att neka ett uppehållstillstånd baserat på anknytning. Ett särskilt skäl kan, enligt propositionen, vara månggifte, barnäktenskap eller förhållanden mellan minderåriga.¹²⁹

Enligt familjeåterföreningsdirektivet ska inte uppehållstillstånd på grund av anknytning göras beroende av äktenskap utan andra former av samlevnad är accepterade. Däremot är ett krav att förhållandet ska ses som etablerat. *Snabba anknytningar* nämns i utredningen och beskrivs som ”förhållanden där parterna har för avsikt att ingå äktenskap eller inleda ett samboförhållande i Sverige”. Snabba anknytningar utgör inte skäl i sig att neka att ett tillstånd utfärdas, men tillståndets längd kan variera.¹³⁰

Familjeåterföreningsdirektivet gäller även i de fall barn i tredje land ska återförenas med en eller flera föräldrar som är bosatta inom EU. Med barn menas enligt direktivet ogifta barn under 18 år. Anhörigkretsen för en tredjelandsmedborgare begränsas till kärnfamiljen. Ett gift barn, tillhör inte längre kärnfamiljen och därmed inte heller anhörigkretsen.¹³¹

¹²⁸ Prop. 2005/06:72 Genomförandet av EG-direktivet om rätt till familjeåterförening samt vissa frågor om handläggning och DNA-analys vid familjeåterförening, s. 25.

¹²⁹ Prop. 2005/06:72 s. 30.

¹³⁰ Prop. 2005/06:72 s. 30-31.

¹³¹ SOU 2005:15 Familjeåterförening och fri rörlighet för tredjelandsmedborgare.

Enligt artikel 4.1.b ska familjeåterförening tillåtas för underåriga barn som är gemensamma till referenspersonen och dennas partner. Utredningen diskuterar inte hur en situation med ett gift barn ska hanteras

3.4 Erkännande och principen om barnets bästa

Barnkonventionen är det främsta instrumentet som främjar barns rättigheter på en global nivå och den bygger delvis på 1959 års förklaring om barnets rättigheter. FN:s Generalförsamling antog Barnkonventionen 1989. Sverige ratificerade den i juni 1990 och den blev inkorporerad som svensk lag den 1 januari 2019.¹³² Den har nästan ett universellt stöd; det är numera endast USA som inte har ratificerat konventionen.¹³³

Barnkonventionens första artikel stadgar att varje människa under 18 år anses vara ett barn, om inte barnet blir myndigt tidigare enligt den lag som gäller barnet. Här syns en tydlig reservation till relevant nationell lagstiftning. Den *legala barndomen* kan upphöra tidigare om nationell rätt medger det och barnet får rättslig självständighet. Föräldrars och andra legala ställföreträdares inflytande upphör då att gälla. I Sverige är 18-årsdagen dagen då ett barn blir juridiskt vuxen, men termer som *barn*, *minderårig* och *unga* används för att beskriva människor från födseln fram till 21-årsdagen.¹³⁴

I Sverige anses det att Barnkonventionen ”uttrycker världssamfundets kollektiva syn på barn och ungdom och därmed utgör vår tids samhälleliga barnperspektiv”.¹³⁵ Däremot påpekar Johanna Schiratzki, professor i välfärdsrätt samt docent i civilrätt vid Stockholms universitet, att

¹³² Se prop. 1989/90:107 Godkännande av FN-konventionen om barnets rättigheter, och Lag (2018:1197) om Förenta nationers konvention om barnets rättigheter.

¹³³ <https://unicef.se/fragor/hur-manga-lander-har-skrivit-under-barnkonventionen> hämtad 2020-05-06.

¹³⁴ Inom svensk lagstiftning, bland annat lag (1990:52) med särskilda bestämmelser om vård av unga (LVU), används begreppet *ung* för att benämna den som ännu inte fyllt 21. Åldern får avgörande betydelse för tillämpning av lagen, se bl.a. Barnskyddsutredningens betänkande (SOU 2009:68) Lag om stöd och skydd för barn och unga.

¹³⁵ SOU 1997:116 Barnets bästa i främsta rummet, s. 137.

flera länder, exempelvis Afghanistan, Kuwait, Saudiarabien och Syrien gjort reservationer mot flera artiklar, bland annat artikel 14, barnets rätt till tanke-, samvets-, och religionsfrihet, med hänvisning till lokal religiös rätt och lagstiftning. Även artikel 21 om barnets bästa i samband med adoption har flera stater gjort reservationer mot.

Schiratzki menar att de internationella normerna fokuserar på dels barns mänskliga rättigheter generellt och dels på att specifikt skydda barn i gränsöverskridande situationer. Det stora antalet länder som reserverat sig mot konventionen tyder på att det, tvärt om mot vad den svenska synen varit, inte alls finns en samstämmig syn på barnrätt inom det internationella samfundet.¹³⁶ Inte heller finns det en gemensam internationell definition av ett barnäktenskap egentligen är. Maarit Jänterä-Jareborg¹³⁷, menar i samklang med Schiratzki, att en förklaring till detta kan vara att äktenskapsfrågan är starkt kopplad till kultur och att enighet i frågan därför inte varit möjlig att uppnå.¹³⁸

3.4.1 Skyldighet att beakta barnets bästa

Barnkonventionen innehåller som nämnt ovan inte något uttryckligt förbud mot barnäktenskap. Den fastställer inte heller en rimlig lägsta ålder för att tillåtas ingå äktenskap. Det finns en FN-konvention från 1962¹³⁹ som kretsar kring samtycke till äktenskap, minimiålder och registrering, men till trots mot namnet så stadgar den inte en minimiålder eller ett förbud mot barnäktenskap. Istället kan ett sådant förbud läsas in i bl.a. följande artiklar i barnkonventionen:

¹³⁶ Schiratzki, Johanna, *Barnrättens grunder*, 4., [rev.] uppl., Studentlitteratur, Lund, 2010 s. 19-20.

¹³⁷ Professor i internationell privaträtt och internationell processrätt vid Uppsala universitet.

¹³⁸ Jänterä-Jareborg, Marit, i: Singer, Anna, Singer, Anna, Jänterä-Jareborg, Maarit & Schlytter, Astrid, *Familj - religion - rätt: en antologi om kulturella spänningar i familjen - med Sverige och Turkiet som exempel*, Iustus, Uppsala, 2010 s. 219.

¹³⁹ FN:s Generalförsamling, *Convention on Consent to Marriage, Minimum Age for Marriage and Registration of Marriages*, 7 november 1962.

3. Vid alla beslut som rör barn ska i första hand beaktas vad som bedöms vara barnets bästa.
6. Barn har rätt till liv, överlevnad och utveckling.
28. Barn har rätt till utbildning. Grundskolan ska vara obligatorisk, kostnadsfri och tillgänglig för alla.
31. Barn har rätt till lek, vila och fritid.
36. Varje stat ska skydda barn från alla andra former av utnyttjande som kan skada barnet.

Den svenska staten har en skyldighet att beakta barnets bästa i alla ärenden som handläggs och där ett barn är involverat. Redan innan barnkonventionen blev lag skulle svenska myndigheter tolka den fördragskonformt. Detta förband sig Sverige till att göra genom ratificeringen 1990. Svenska författningar fick efter ratificeringen inte strida mot konventionens innehåll och riksdag och regering fick i uppgift att anpassa normer efter barnkonventionens innehåll.¹⁴⁰ Däremot bidrog inte ratificeringen till en *lagstadgad* bundenhet av barnkonventionen. Detta ändrades i och med inkorporeringen av barnkonventionen som svensk lag genom prop. 2017/18:186. Svenska staten har alltså inte bara en folkrättslig förpliktelse, utan ska även genom nationell rätt, beakta barnets bästa.

Barnkonventionen innehåller inte något sanktionsmedel utan det är istället FN:s kommitté för barnets rättighet som har till uppgift att granska vilka framsteg som gjorts med stöd av konventionen. Kommittén menar att barnets bästa ska ses som en allmän princip som ska genomsyra statligt arbete. Principen ska användas för att tolka och ge innehåll till barnkonventionens sakartiklar. Kommittén menar även att barnets bästa aldrig får ”feltolkas” och strävar därför efter att begränsa allt för fria tolkningar – användandet av principen om barnets bästa i nationell rätt måste gå i linje med barnkonventionen.¹⁴¹ Vad är då *barnets bästa*? Barnkonventionen saknar en definition av begreppet. Konventionen tar inte heller upp *vem* som är bäst att avgöra barnets bästa. Är det föräldrar/vårdshavare? Är det statliga förvaltningsmyndigheter? Skola?

¹⁴⁰ Schiratzki (2010) s. 22.

¹⁴¹ Schiratzki (2010) s. 29.

Barnet själv? I prop. 1989/90:107 menar lagstiftaren att begreppet är öppet och ska tolkas i en helhetsbedömning av barnets situation.¹⁴² Inom svensk rätt kan speciallag klargöra vad som menas med principen inom just det området.¹⁴³ Som exempel kan nämnas utlänningslagen som innehåller en portalparagraf om barnets bästa och bestämmelser om att barnet ska få komma till tals i ärenden om uppehållstillstånd.¹⁴⁴ Ett viktigt aber här är att regeringen klargjorde att barnets bästa i migrationsärenden inte ska vara av en etnocentrisk syn. Med detta menas att barnets bästa per definition inte skulle vara att bo i Sverige oavsett språklig, kulturell och nationell bakgrund.¹⁴⁵

3.4.2 Barnets bästa inom migrationsrätt

I och med den svenska rättens anpassning efter barnkonventionen sänktes åldersgränsen för utlänningslagens anhörigkrav från 20 till 18 år. Innan ändring kunde alltså barn upp till 20 år söka uppehållstillstånd i Sverige med en förälder som referent. Idag är högsta ålder 18 år.¹⁴⁶ Rätten till familjeåterförening är folkrättsligt starkt skyddad. Sverige har flera konventionsåtaganden som stärker rätten, bland annat barnkonventionen (artikel 10) och Europakonventionen (artikel 8). Personer under 18 år som är gifta kan inte vara referentperson till sin make enligt utlänningslagens 5 kap. 1 §. Bestämmelsen stadgar att ett äktenskap måste vara civilrättsligt giltigt. För utländska äktenskap ska erkännas måste IÄL:s kriterier vara uppfyllda.

Intresset av att reglera kulturellt olika former av äktenskap än den nordiska kan återspeglas inom diskussion som kretsar kring *månggifte*. I och med konflikten i Syrien kom flertalet ansökningar till Migrationsverket

¹⁴² Prop 1989/90:107 s. 28.

¹⁴³ Prop 2017/18:186 s. 63. Exempel är bl. a. skollagen (2010:288) och lagen (1993:387) om stöd och service till vissa funktionshindrade.

¹⁴⁴ Utlänningslagen 1 kap. 10 § - *I fall som rör ett barn skall särskilt beaktas vad hänsynen till barnets hälsa och utveckling samt barnets bästa i övrigt kräver*. I utlänningslagens mening är barn personer under 18 år, se 1 kap. 2 §.

¹⁴⁵ Se prop. 1996/97:25 Svensk migrationspolitik i globalt perspektiv, s. 249 ff. och prop. 2004/05:170 Ny instans- och processordning i utlännings- och medborgarskapsärenden s. 281.

¹⁴⁶ Se SOU 1996:115.

som baserades på anknytning till en make som var gift med fler än en. Scenariot tas upp i fallet *MIG 2016:26* där domstolen tar ställning till om två kvinnor kan beviljas anknytning till samma make bosatt i Sverige. Kvinnorna hade båda barn med maken, och barnen hade beviljats uppehållstillstånd i Sverige.

Barnen i fallet uttryckte till socialstyrelsen behovet att umgås med sina mödrar även om mödrarna givit pappan sitt tillstånd för barnen att bo i Sverige även utan dem. Trots barnens intresse av umgänge med sina mammor ansågs det samhälleliga intresset att motverka månggifte väga tyngre. Migrationsöverdomstolen såg inte heller att artikel 8 i Europakonventionen motiverade uppehållstillståndet eftersom ”den svenska rättsordningen sedan lång tid både förbjuder och straffbelägger månggifte”. Här hänvisade domstolen till tidigare avgöranden från Europadomstolen, där domstolen bland annat menat att månggifte kan vara en ”religiös yttring som är oförenlig med Europakonventionens underliggande grundprinciper”.¹⁴⁷

¹⁴⁷ Se *Case of Jehova's Witnesses of Moscow v. Russia*, nr. 302/02, Europadomstolens dom den 10 juni 2010 s 119.

4 Analys

4.1 Den svenska rättsutvecklingen

Den svenska utvecklingen av åldersgränsen för inträdande i äktenskap har haft en stor påverkan för åldersgränsen för erkännande av i utlandet ingångna äktenskap. Till detta bör uppmärksammas att motiveringen till ändring av åldersgränsen har sett olika ut över tid. På 70-talet ville lagstiftaren att antalet äktenskapshinder skulle minska och att äktenskapets rättsliga effekter skulle kunna skydda även unga. Lagstiftaren gjorde dock gällande att 18 år sågs som en önskvärd lägsta ålder för att gifta sig, just på grund av de rättsliga effekterna som ett äktenskap medför. Dispensreglerna som instiftades var till för att skapa en trygghet för unga som ville gifta sig. Skäl för att dispensen skulle utdelas var exempelvis en graviditet. När dispensen togs bort 2014 menade lagstiftaren att en graviditet absolut inte skulle utgöra skäl för att bli beviljad dispens, eftersom detta skulle kunna leda till att unga kvinnor blev tvingade till graviditeter för att sedan giftas bort.

Rättsutvecklingen under 2000-talet har en annan vinkling än den på 70-talet. Lagstiftaren verkar ha ett annat fokus: unga individer ska skyddas från äktenskap. Äktenskapets rättsliga effekter, som även dem kan anses vara ett skydd för individen, bortses från. I stället har staten ett större ansvar att tillgodose att barnet får det stöd det behöver. Vidare har lagstiftningen under 2000-talet ett ändrat sociokulturellt samhälle att ta i beaktning. Barnäktenskapet har fått en kulturell koppling och lagstiftaren menar att det inte överhuvudtaget är att se som svensk sedvana att unga ska gifta sig. Istället är de äktenskap som förekommer där en av parten är under 18 år oftast ingångna utomlands. Genom att skydda barnet från äktenskapets rättsliga effekter i Sverige, menar lagstiftaren att den svenska bilden, att barnäktenskap inte är önskvärda, stärks.

Typexemplen som presenteras av Fayad och Bergqvist, kanske ger en daterad blick av vad barnäktenskap innebär – den praxis som presenteras i uppsatsen visar på detta. Rättsfallen presenterar situationer där det inte är stora ålderskillnader mellan parterna (även om detta förekommer) eller par som varit gifta i flera år och som vigdes när svenska äktenskapshinder förelåg.

4.2 Förenlighet med andra normer

Sedan förra sekelskiftet har det funnits en internationellt konsensus, skapad genom Haag-konferensen, att erkänna äktenskap ingångna i utlandet, så länge som de uppfyller kriterierna för att vara ett giltigt äktenskap i landet där det ingicks. I Sverige har 1 kap. 7 § IÄL stadgat huvudregeln. Huvudregeln utgör en stark internationell privaträttslig princip som bygger på att respektera andra länders rättsordning. Huvudregeln får brytas om antingen äktenskapshinder föreligger, eller om ett *ordre public*-förbehåll kan göras. *Ordre-public*-förbehållen ska användas restriktivt. Innebörden av begreppet *ordre-public* är inte definierad i lagtext mer än att ett förbehåll får lämnas om erkännandet uppenbarligen skulle strida mot rättsordningen här i riket.

Att inte ha en harmoniserad åldersgräns kan få konsekvenser för migrerande individen. Genom att barnäktenskap de facto accepteras som anknytningspunkt i vissa länder medan andra länder i Europa tar avsteg skapas en osäkerhet. Europarätten är intressant eftersom den ska koordinera flera länders rättssystem. Vidare har frågorna som gäller äktenskapets ingående en stark koppling till moral och kultur, se artikel 21 EKMR. Detta innebär att det inom Europa inte finns en konsensus angående giftasålder.

EU-domstolen har visat att unionsföreskrifter inte berättigar att domstolen förklarar för en medlemsstat hur staten ska reglera frågan gällande lägsta ålder för erkännande. Däremot har domstolen visat i mål C-673/16 att länder kan bli skyldiga att erkänna ett äktenskap, även om det

inte gå i linje med den statens civilrättsliga föreskrifter, om erkännandet leder till att unionsmedborgaren och dess familjemedlem kan nyttja sin fria rörlighet. Detta är ett scenario som den svenska lagstiftaren inte tagit i beaktning.

Det kan argumenteras för att scenariot som presenteras i mål C-673/16 inte kan motivera att den svenska lagstiftningen skulle ändras. Domen kretsar kring *unionsmedborgare*. Personen vars rätt till fri rörlighet skyddas måste vara medborgare (eller ha levt så pass länge i ett EU-land att den fria rörligheten ”aktiveras”) i ett EU-land. En skyldighet uppstår att erkänna ett äktenskap ingånget i enlighet med rättsordningen i en annan medlemsstat av två personer av samma kön, när det kommer till just uppehållsrätt för EU-medborgares familjemedlemmar. Staten där förbudet gentemot samkönade äktenskap råder har alltså inte en skyldighet att erkänna äktenskapet inom den nationella rätten, men EU-medborgarens rätt till den fria rörligheten skyddas till den mån att äktenskapet ska erkännas just för uppehållsrättens skull. En asylsökande ungdom är knappast EU-medborgare. Lagstiftaren har dock inte undersökt hur utfallet blir när ett barnäktenskap erkänns enligt ett medlemslands gällande rätt, och sedan efter ansökan ska erkännas i Sverige. Här kan en eventuell problematik med den enligt normhierarkin högre rankade rätten till fri rörlighet finnas.

Barnets bästa ska enligt Schiratzki och Jänträ-Jareborg inte ses utifrån att applicerandet av svenska kulturella värderingar leder till vad som är bäst i barnet. Detta medger även staten som menar att innebörden av *barnets bästa* aldrig får tolkas etnocentriskt. Utifrån de rättsfall som presenterats i uppsatsen går det att se att barnets bästa getts olika innebörd. Domstolar har dock alltid vägt den svenska samhällsintresset tyngre. Barnets bästa leder per automatik inte till att ett äktenskap ska erkännas, trots att det finns annat som tyder på att särskilda omständigheter legat för handen.

Det skulle kunna argumenteras för att genom att *inte* erkänna äktenskap som skulle lett till att uppehållstillstånd utfärdas, motarbetas det etnocentriska synsättet på det vis som lagstiftaren önskar. Däremot innebär detta att det svenska rättssystemet ignorerar socio-kulturella ändringar som

samhället genomgått. Schiratzki skriver att ålder kopplat till äktenskap är en fråga som är starkt präglad av kultur. Lagstiftaren har genom en allt stramare lagstiftning gällande undantaget som gett möjlighet att erkänna äktenskap, projicerat en bild av att inom den svenska kulturen är barnäktenskap inte önskvärt. Här kan diskuteras vad den svenska kulturen är och vilka som är inkluderade i den. Inom migrationskontexten är det beaktansvärt att önskan att upprätthålla barnkonventionen inte alltid har haft ett gynnande utfall på individnivå. En sänkt åldersgräns inom uppehållstillståndskontext pekar på detta. Eftersom tolkningen om vad som är barnets bästa ligger hos lagstiftaren finns det möjlighet att ha ett visst mått flexibilitet. Flexibiliteten kan leda till att utrymmet kring tolkningen av vad som faktiskt är barnets bästa växer. I målet *MIG 2016:26* hade principen om barnets bästa tyngd att avgöra. Migrationsöverdomstolen menade däremot att samhällets intresse av att motverka månggifte vägde tyngre än barnets bästa: att leva med sina båda föräldrar, så som familjeåterföreningsdirektivet förespråkar.

I detta sammanhang kan det även påpekas att regeringen och lagrådet inom utvecklingen av erkännandemöjligheterna har flera gånger varit av olika meningar. Lagrådet har påpekat i prop. 2003/04:48 att ett icke-erkännande där anknytning till Sverige saknats ”skulle vara att föra det [förbudet] för långt”. Utredningen kom fram till att ett generellt icke-förbud skulle kunna strida mot artikel 8 EKMR. Regeringen har gått längre än vad utredningen rekommenderat i och med lagstadgande av totalförbudet. Det finns alltså en risk att svensk rätt strider mot åtaganden uppställda i Europakonventionen.

Även om en preventiv målsättning legat för handen har antalet gifta barn som nått Sverige ökat. Om lagstiftaren är av meningen att svensk rätt ska skydda dessa barn måste vi se till vad de ska skyddas från. Ett icke-erkännande av äktenskap kan få negativa konsekvenser, se bland annat HFD 2012 ref. 17, för migrerande ungdomar och ett visst mått av flexibilitet blir eftersträvansvärt. Myndigheter ska ta barnets bästa i beaktning. Att lagstifta restriktivt, utan möjlighet till flexibilitet, leder till att utrymmet att tolka vad barnets bästa innebär krymper.

4.3 Avslutande kommentar

Lagstiftaren har enligt min åsikt haft möjligheter att inte reglera rätten så att strikta förbud skapas. Det har funnits flera tillvägagångssätt att upprätthålla den IP-rättsliga grundprincipen om att utländska äktenskap ska erkännas utan att kompromissa med skyddet mot barnäktenskap. Genom möjlighet till dels att vägra erkännande på grund av svenska äktenskapshinder och dels *ordre public*-förbehållets rättsverkan går det att föra en politik om nolltolerans mot barnäktenskap utan skapa motsättningar till den fria rörligheten, rätten till familjeliv och utan att de barn vars äktenskap hade gett dem ett gynnande utfall i uppehållstillståndsärenden.

Min bild är att borttagandet av säkerhetsventilen inte är moraliskt motiverat i den mening att lagstiftaren enbart vill hindra unga att gifta sig. Det finns inte en bild av att ungdomar inte ska gifta sig för på grund av att de helt enkelt är för unga. Istället har lagstiftarens bud varit att säkerhetsventilen kunde leda till att unga giftes bort mot deras vilja utifrån en kulturell kontext. Denna tolkning är problematisk på flera nivåer. För det första har antalet gifta ungdomar ökat i Sverige efter det att en allt mer restriktivt lagstiftning gällande erkännande införts. Den preventiva verkan som lagstiftaren hoppades på lyser med sin frånvaro. För det andra menade lagstiftaren att icke-erkännandet även skulle gälla dem utan anknytning till Sverige när äktenskapet ingicks, för att motverka att unga i Sverige giftes bort utomlands i ett uppehållstillstånds syfte för maken. Detta går att motverka utan att ett totalförbud mot erkännande, genom att skifta fokus till personen med anknytning till Sverige, istället för till den utan anknytning till Sverige. För det tredje har de strikta lagreformerna mötts av kritik från Lagrådet. Regeringen har valt att bortse från kritiken med motiveringen att samhällsintresset är att nolltoleransen mot barnäktenskap upprätthålls och att Sverige ska vara ledande i kampen. Stöd för detta finns i folkrättsliga källor som EKMR och barnkonventionen. Båda instrumenten uppmanar till 18 år som lägsta ålder för att ingå äktenskap, men de yttrar ingen åsikt om

erkännandet av äktenskap utöver Europadomstolen som menar att domstolen inte kan reglera hur länder förhåller sig till åldersgränser och äktenskap eftersom detta är starkt kulturellt betingat. Här finns återigen möjlighet för lagstiftaren att hålla en mer flexibel linje men istället har lagstiftaren valt att utveckla totalförbudet.

Nolltoleransen mot barnäktenskap i Sverige speglar tydligt både svenska inhemska som det internationella samfundets åsikt att barnäktenskap är en skadlig sedvana som ska motarbetas. Däremot har den svenska diskussionen angående erkännande av barnäktenskap enligt min åsikt klivit bort från barnets bästa. Detta har skett genom önskan att upprätthålla en moralisk ståndpunkt. Erkännandet av barnäktenskap behöver inte nödvändigtvis tyda på att det svenska samhället accepterar sådana. Istället kan det visa på viljan att acceptera det faktum att ett redan ingånget äktenskaps rättsliga effekter har en stor påverkan på parterna, oavsett ålder. Totalförbudet mot erkännandet av barnäktenskap när någon av parterna är under 18 år kan både skydda barn från att giftas bort men det kan även drabba de barn som redan anknytningen till Sverige hade gift sig. Sett till den europeiska regleringen inom området kan det tänkas att Sveriges totalförbud ses som långtgående, men lagstiftningen är ännu ny och det finns i nuläget inte någon relaterad praxis, varken svensk eller europarättslig. Att Sverige står i framkant kan tänkas motivera andra länder att följa efter den restriktiva hållningen, eller så kan kritik komma att riktas mot att flexibilitet saknas och IP-rättsliga grundsatser åsidosätts.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Utredningsbetänkanden

SOU 2017:96 Utvidgat hinder mot erkännande av utländska barnäktenskap.

SOU 2009:68 Lag om stöd och skydd för barn och unga.

SOU 2005:15 Familjeåterförening och fri rörlighet för tredjelandsmedborgare.

SOU 1997:116 Barnets bästa i främsta rummet.

SOU 1996:115 Barnkonventionen och utlänningslagen.

SOU 1972:15 Ny regeringsform, ny riksdagsordning.

Ds 2002:54 Svenska och utländska äktenskap.

Propositioner

Prop. 2017/18:288 Förbud mot erkännande av utländska barnäktenskap.

Prop. 2017/18:186 Inkorporering av FN:s konvention om barnets rättigheter.

Prop. 2013/14:208 Stärkt skydd mot tvångsäktenskap och barnäktenskap.

Prop. 2005/06:72 Genomförandet av EG-direktivet om rätt till familjeåterförening samt vissa frågor om handläggning och DNA-analys vid familjeåterförening.

Prop. 2004/05:170 Ny instans- och processordning i utlännings- och medborgarskapsärenden.

Prop. 2003/04:48 Åtgärder mot barnäktenskap och tvångsäktenskap.

Prop. 1996/97:25 Svensk migrationspolitik i globalt perspektiv.

Prop. 1989/90:107 Om godkännande av FN-konventionen om barnets rättigheter.

Prop. 1973:32 Kungl. Maj:ts proposition med förslag till lag om ändring i giftermålsbalken, m.m.

Prop. 1973:158 Kungl. Maj:ts proposition med förslag till lag om ändring i lagen (1904:26 s.1) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap och förmyndarskap, m.m.

Direktiv

Dir. 2017:78 Tilläggsdirektiv till Utredningen om starkare skydd mot barnäktenskap, tvångsäktenskap och brott med hedersmotiv.

Dir. 2017:25 Starkare skydd mot barnäktenskap, tvångsäktenskap och brott med hedersmotiv.

Dir. 2004/38/EG om EU-medborgares och deras familjemedlemmars rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom EU.

Dir. 2019:57 Tilläggsdirektiv till barnkonventionsutredningen.

Dir. 2018:20 Kartläggning över hur svensk lagstiftning och praxis överensstämmer med barnkonventionen.

Övrigt riksdagstryck

Barnombudsmannens skrivelse till Justitieministern, dnr. 3.5.1.:0494/16.

Bet. 2001/02:LU13 Åldersgränser för äktenskap m.m.

Kungörelsen 1963:948 om hindersprövning för vigsel inför svensk vigselförrättare utom riket

EU-rättsliga källor

Europarådets resolution 1468 (2005) Forced marriages and child marriages.

Elektroniska källor

Migrationsverket, *Är du gift? Utredning av handläggning av barn som är gifta när de söker skydd i Sverige*, 2016.

<http://www.hedersfortryck.se/publikationer/ar-du-gift-utredning-av-handlaggning-av-barn-som-ar-gifta-nar-de-soker-skydd-i-sverige/> hämtad 2020-03-16.

Nationalencyklopedin, barnavårdsnämnd.

<https://www.ne.se/uppslagsverk/encyklopedi/l%C3%A5ng/barnav%C3%A5rdsn%C3%A4mnd>, hämtad 2020-04-27.

UNICEFs data och policy angående barnkonventionen,

<https://unicef.se/fragor/hur-manga-lander-har-skrivit-under-barnkonventionen> hämtad 2020-05-06.

UNICEFs data och policy angående barnäktenskap,

<https://data.unicef.org/topic/child-protection/child-marriage/> hämtad 2020-03-04

Ungdomsstyrelsens skrifter 2009:5, *Gift mot sin vilja*, hämtad från

<https://www.mucf.se/publikationer/gift-mot-sin-vilja> 2020-02-24.

Världshälsoorganisationens data angående barnäktenskap i Europa:
<http://www.euro.who.int/en/health-topics/health-determinants/social-determinants/news/news/2012/12/child-marriage-a-threat-to-health> hämtad 2020-05-25.

Waerstad, Tone Linn, 'Harmonising Human Rights and Private International Law through the Ordre Public Reservation: the example of the Norwegian Regulation och the Recognition och Foregin Divorces', i: *Oslo Law Review* vol 1 2016, s. 51-71. <http://dx.doi.org/10.5617/oslaw3947> hämtad 2020-02-13.

Litteratur

Bergquist, Ulf & Fayad, Anna, 'Skärpt lagstiftning för erkännande' i *Advokaten*, no. 1, 2019.

Bergquist, Ulf & Fayad, Anna, *Internationell äktenskapsrätt: en kommentar*, Wolters Kluwer, Stockholm, 2017.

Bogdan, Michael, 'Svensk och EU-domstolens rättspraxis i internationell privat- och processrätt 2017–2018', i *Svensk Juristtidning 2019*, s. 581-635.

Bogdan, Michael, *Svensk internationell privat- och processrätt*, sjunde uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2008.

Brännström, Leila, *Förrättsligande: en studie av rättens risker och möjligheter med fokus på patientens ställning*, 1. uppl., Bokbox, Diss. Lund: Lunds universitet, 2009, Malmö, 2009.

Janterä-Jareborg, M, i: Singer, Anna, Singer, Anna, Jänterä-Jareborg, Maarit & Schlytter, Astrid, *Familj - religion - rätt: en antologi om kulturella spänningar i familjen - med Sverige och Turkiet som exempel*, Iustus, Uppsala, 2010.

Kleineman, Jan, 'Rättsdogmatisk metod', i: Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, 1. uppl., Studentlitteratur, Lund, 2013. s. 22-45.

Reuterskiöld, C. A., *Om äktenskap, äktenskapsskillnad och förmynderskap enligt svensk-internationell rätt. 1, Bidrag till tolkningen af konventionerna af 12 juni 1902 och 17 juli 1905 samt lagstiftning af 8 juli 1904*, Almqvist & Wiksell, Uppsala, 1909.

Schiratzki, Johanna, *Barnrättens grunder*, 4., [rev.] uppl., Studentlitteratur, Lund, 2010.

Tuori, Kaarlo, *Critical legal positivism*, Ashgate, Aldershot, 2002.

Rättsfallsförteckning

Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna

Jehova's Witnesses of Moscow v. Russia (302/02) dom den 10 juni 2010.

Keegan mot Irland (16/1994/411/490) dom den 26 maj 1994.

Kroon och andra mot Nederländerna (18535/91) dom den 27 oktober 1994.

Marckx mot Belgien (6833/74) dom den 13 juni 1979.

Şerife Yiğit mot Turkiet [GC] (3976/05) dom den 11 februari 2005.

EU-domstolen

Domstolens dom av den 5 juni 2018, *Coman and Others*, C-673/16, ECLI:EU:C:2018:38.5.

Högsta förvaltningsdomstolen

HFD 2012 ref. 17

Migrationsöverdomstolen

MIG 2012:4

MIG 2016:26