



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Hanna Rosenqvist

Äktenskap för alla?

En analys av hur samkönade par kan få en rätt att gifta sig enligt
Europakonventionen

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Kandidatuppsats på juristprogrammet
15 högskolepoäng

Handledare: Aurelija Lukoseviciene

Termin: VT 2022

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING	5
1.1 Bakgrund	5
1.2 Syfte och frågeställningar	6
1.3 Avgränsningar	6
1.4 Metod, material och perspektiv	6
1.5 Forskningsläge	7
1.6 Disposition	8
2 FÖRUTSÄTTNINGAR FRÅN EUROPAKONVENTIONEN OCH EUROPADOMSTOLEN	9
2.1 Aktuella artiklar	9
2.2 Relevanta tolkningsprinciper	10
3 UTVECKLING – MOT SKYDD FÖR SAMKÖNADE ÄKTENSKAP?	13
3.1 Transpersoners rätt att gifta sig	13
3.1.1 Europadomstolens praxis	13
3.1.2 Betydelse för samkönade äktenskap	14
3.2 Samkönade pars rätt till familjeliv	14
3.2.1 Europadomstolens praxis	14
3.2.2 Betydelse för samkönade äktenskap	15
3.3 Samkönade pars rätt att gifta sig	16
3.3.1 Europadomstolens praxis	16
3.3.2 Kritik och framtid	18
3.4 Samkönade pars rätt till rättsligt erkännande	19
3.4.1 Europadomstolens praxis	19
3.4.2 Betydelse för samkönade äktenskap	21
4 ANALYS	23
4.1 Utrymmet i Europakonventionen	23

4.2	Utvecklingen av Europadomstolens praxis	26
4.3	Slutsatser	28
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	29
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	32

Summary

Since the beginning of the 2000s, same-sex marriage has been legalised in much of Europe. The expansion, however, has not been evenly distributed among European countries and a right for same-sex couples to marry has also not been recognized under the European Convention on Human Rights (ECHR). In the case of *Schalk and Kopf v. Austria* in 2010 the European Court of Human Rights (ECtHR) came to the conclusion that it, as matters stand, would be up to the Contracting States to decide whether they wanted to allow same-sex marriage or not. Since the judgment, same-sex couples have been awarded more rights under the ECHR and have also been granted the right to marry in an increasing number of Contracting States. Currently 17 Contracting States allow same-sex marriage, whereas 24 are needed for a majority.

With the legal dogmatic method as a starting point, this essay analyses how a right for same-sex couples to marry can be introduced under the ECHR. A perspective of legal development has been chosen, meaning that the essay focuses not only on current preconditions, but also on what the development of the ECtHR's case-law says about how a right for same-sex couples to marry can be introduced in the future.

After an analysis of the ECHR, a first conclusion in the essay is that there is room in the ECHR for introducing a right for same-sex couples to marry. There are arguments that the ECtHR can make for introducing such a right under Article 12. Additionally, the ECtHR could find a violation in individual cases under Article 14 read in conjunction with Article 12 or under Article 1 of Protocol No. 12.

After examining the ECtHR's case-law, it is clear also that the ECtHR previously has changed its case-law when a majority among Contracting States or otherwise a trend has been identified. In light of both the room in the ECHR and how the ECtHR's case-law has been developed, a likely future development is that a right for same-sex couples to marry would be introduced if a European consensus emerges.

Sammanfattning

Samkönade äktenskap har sedan början av 2000-talet blivit tillåtna i stora delar av Europa. Utvecklingen har däremot inte spridits jämnt över alla Europas länder och det finns heller inte en rätt för samkönade par att gifta sig enligt Europakonventionen. I fallet *Schalk and Kopf v. Austria* år 2010 kom Europadomstolen fram till att det, för närvarande, var upp till Europakonventionens medlemsstater att besluta om de ville tillåta samkönade äktenskap eller inte. Sedan avgörandet har samkönade par tillerkänts fler rättigheter enligt Europakonventionen och samkönade par har även fått en rätt att gifta sig i allt fler konventionsmedlemsstater. För närvarande tillåter 17 medlemsstater samkönade äktenskap, medan det behövs 24 stater för en majoritet.

Med utgångspunkt i rättsdogmatisk metod analyserar den här uppsatsen hur en rätt för samkönade par att gifta sig kan introduceras i Europakonventionen. Ett rättsutvecklingsperspektiv har valts vilket innebär att fokus i uppsatsen inte bara ligger på nutida förutsättningar, utan även på vad utvecklingen av Europadomstolens praxis säger om hur en rätt för samkönade par att gifta sig kan introduceras i framtiden.

Efter en analys av Europakonventionen är en första slutsats i uppsatsen att det finns utrymme i Europakonventionen för att introducera en rätt för samkönade par att gifta sig. Det finns argument som Europadomstolen kan använda för att introducera en sådan rättighet enligt artikel 12. Därutöver skulle Europadomstolen kunna hitta en kränkning i enstaka fall enligt artikel 14 läst tillsammans med artikel 12 eller enligt artikel 1 i protokoll nr 12.

Efter att ha undersökt Europadomstolens praxis framkommer vidare att Europadomstolen tidigare har ändrat sin praxis när en majoritet bland medlemsstaterna eller annars en trend har identifierats. Mot bakgrund av både utrymmet i Europakonventionen och hur Europadomstolens praxis har utvecklats, är en trolig framtida utveckling att en rätt för samkönade par att gifta sig skulle introduceras i Europakonventionen om en europeisk konsensus uppstår.

Förkortningar

<i>Christine Goodwin</i>	<i>Christine Goodwin v. the United Kingdom</i> [GC], no. 28957/95, ECHR 2002-VI
EU	Europeiska unionen
EU-rätt	Europeisk unionsrätt
EU-stadgan	Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna
Europakonventionen	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
Europadomstolen	Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna
<i>Fedotova</i>	<i>Fedotova and Others v. Russia</i> , nos. 40792/10, 30538/14 och 43439/14, 13 juli 2021
FN:s deklaration om de mänskliga rättigheterna	Den allmänna förklaringen om de mänskliga rättigheterna
Protokoll nr 12	Protokoll nr 12 till konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
<i>Oliari</i>	<i>Oliari and Others v. Italy</i> , nos. 18766/11 och 36030/11, 21 juli 2015
<i>Schalk and Kopf</i>	<i>Schalk and Kopf v. Austria</i> , no. 30141/04, ECHR 2010-IV

Vallianatos

Vallianatos and Others v. Greece [GC], nos. 29381/09
och 32684/09, ECHR 2013-VI (extracts)

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Samkönade äktenskap har under relativt kort tid blivit tillåtna i stora delar av Europa. Efter legaliseringen i Nederländerna i början av 2000-talet har utvecklingen spridits över norra, centrala och södra Europa. Samtidigt har inget land som tidigare var en del av den kommunistiska sfären i Östeuropa accepterat samkönade äktenskap. Istället är samkönade äktenskap förbjudna enligt flera östeuropeiska grundlagar.¹

Europakonventionen trädde i kraft år 1953 och bildades av Europarådets medlemsstater för att främja respekten för mänskliga rättigheter och grundläggande friheter.² Europakonventionen har ratificerats av alla Europarådets idag 47 medlemsstater.³ Av dessa har 17 legaliserat samkönade äktenskap.⁴

Det är Europadomstolens uppgift att tolka och tillämpa Europakonventionen.⁵ Europadomstolen tolkar Europakonventionen som ett levande dokument vilket innebär att konventionsrättigheternas innehåll förändras över tid i takt med att samhället utvecklas.⁶ I fallet *Schalk and Kopf* år 2010 konstaterade Europadomstolen att det, för närvarande, inte fanns en rätt för samkönade par att gifta sig enligt Europakonventionen.⁷ Sedan dess har samkönade par tillerkänts nya rättigheter i Europakonventionen⁸ samtidigt som allt fler konventionsmedlemsstater har börjat tillåta samkönade äktenskap.⁹ Kan utvecklingen överföras till en rätt för samkönade par att gifta sig enligt Europakonventionen?

¹ Se Bergquist (2018) s. 40 – 41.

² Se Danelius (2015) s. 17.

³ Ibid. s. 20.

⁴ Se The Human Rights Campaign Foundation.

⁵ Se art. 32.1 i Europakonventionen.

⁶ Se Rainey, McCormick och Ovey (2021) s. 76; Se t.ex. *Tyrer v. the United Kingdom* p. 31; Jfr. Harris m.fl. (2018) s. 8.

⁷ Se *Schalk and Kopf v. Austria* p. 61.

⁸ Se t.ex. *Fedotova and Others v. Russia*.

⁹ Se The Human Rights Campaign Foundation.

1.2 Syfte och frågeställningar

Uppsatsens syfte är att utifrån ett rättsutvecklingsperspektiv¹⁰ analysera hur en rätt för samkönade par att gifta sig kan introduceras i Europakonventionen. För att uppnå uppsatsens syfte kommer följande två frågeställningar att besvaras:

- Vilket utrymme finns i Europakonventionen för att introducera en rätt för samkönade par gifta sig?
- Vad säger utvecklingen av Europadomstolens praxis¹¹ om hur en rätt för samkönade par att gifta sig kan introduceras i Europakonventionen?

1.3 Avgränsningar

Angående frågeställningen om utvecklingen av Europadomstolens praxis kommer fyra områden att behandlas särskilt. Områdena är transpersoners rätt att gifta sig samt samkönade pars rätt till familjeliv, rätt att gifta sig och rätt till rättsligt erkännande. Det finns fler områden som skulle kunna behandlas men en avgränsning har gjorts för att uppsatsen ska få ett rimligt omfång. Utifrån uppsatsens syfte är det självklart att undersöka praxis angående samkönade äktenskap. De andra ämnena har valts eftersom de antingen behandlar förhållandet mellan kön och äktenskap eller frågan om erkännande och skydd av samkönade par.

Av utrymmesskäl kan det vidare poängteras att uppsatsen endast fokuserar på skydd enligt Europakonventionen. Det innebär att nationell och övrig internationell reglering inte kommer att redogöras för, utöver om sådan reglering skulle vara särskilt relevant för skyddet i Europakonventionen.

1.4 Metod, material och perspektiv

Uppsatsen behandlar gällande rätt och dess utveckling. Det är därmed naturligt att utgå ifrån den rättsdogmatiska metoden. Precis vad metoden innebär är omstritt.¹² Accepterat är däremot att rättsdogmatisk metod som utgångspunkt går ut på att använda allmänt accepterade rättskällor

¹⁰ Se avsnitt 1.4 för en innebörd.

¹¹ Se avsnitt 1.3 för en avgränsning.

¹² Se Hjertstedt (2019) s. 167; Jfr. Sandgren (2021) s. 52 – 53.

för att kartlägga lösningen på rättsliga problem.¹³ Därutöver ansluter uppsatsen till Kleinemans uppfattning om att rättsdogmatik även innehåller en viss rätt att kritisera rättskällor.¹⁴ I uppsatsen blir kritikrätten aktuell framförallt när inkonsekvens i rättsskipning uppmärksammas och argument i doktrin och särskilda meningar bemöts.¹⁵

Eftersom uppsatsens frågeställningar utgår ifrån Europakonventionen utgör Europakonventionen, Europadomstolens praxis samt doktrin relevanta rättskällor vid lösningen av uppsatsens rättsliga problem. Europakonventionen är utgångspunkten för övriga rättskällor, medan doktrin bidrar med sammanfattande och kritiska perspektiv. Vidare anger Europadomstolens praxis hur Europakonventionen ska tolkas och visar hur domstolen har motiverat sina slutsatser. Utöver de nämnda rättskällorna kommer uppsatsens material att kompletteras av ett fåtal särskilda meningar till Europadomstolens domar. De särskilda meningarna kommer att behandlas på ett liknande sätt som doktrin i uppsatsen eftersom de inte utgör prejudikat men ändå kan ha relevans som kritik och tillägg till domarna.

Slutligen har ett rättsutvecklingsperspektiv valts för uppsatsen. Konkret innebär perspektivet att fokus i uppsatsen ligger på att identifiera utveckling som har skett och förutsättningar som finns, för att sedan kunna analysera vad dessa säger om framtiden. Perspektivet har valts för att kunna visa på de utvecklingslinjer som samverkar med hur en rätt för samkönade par att gifta sig kan introduceras i Europakonventionen.

1.5 Forskningsläge

Det finns en hel del forskning om skyddet för samkönade äktenskap i Europakonventionen. Däremot finns det få verk som ger en heltäckande bild av frågan och samtidigt går på djupet i den. Bäst förståelse för frågan menar jag ändå att Pustorinos 'Same-Sex Couples Before the ECtHR: The Right to Marriage'¹⁶ ger. Av de många mer allmänna verk som finns om Europakonventionen kan jag rekommendera Rainey, McCormick, och Oveys *Jacobs, White*

¹³ Se Kleineman (2018) s. 21; Se Hjertstedt (2019) s. 167; Se Sandgren (2021) s. 51 – 52.

¹⁴ Se Kleineman (2018) s. 33 – 36; Se Hjertstedt (2019) s. 167.

¹⁵ Jfr. Kleineman (2018) s. 35.

¹⁶ Pustorino (2014).

*and Ovey: the European Convention on Human Rights*¹⁷. Verket ger en bra och uppdaterad överblick över Europakonventionen generellt, men också över uppsatsens specifika ämnen.

För mer svenskspråkig litteratur kan jag slutligen hänvisa till Itzigehts examensarbete¹⁸. Arbetet berör flera av uppsatsens behandlade frågor genom att analysera Europadomstolens praxis angående rätten att bilda familj oavsett sexuell läggning.

1.6 Disposition

Härnäst i avsnitt 2 behandlas de av Europakonventionens artiklar och Europadomstolens tolkningsprinciper som är särskilt aktuella för en möjlig rätt för samkönade par att gifta sig. I avsnitt 3 beskrivs sedan utvecklingen av Europadomstolens praxis angående transpersoners rätt att gifta sig samt angående samkönade pars rätt till familjeliv, rätt att gifta sig och rätt till rättsligt erkännande. Uppsatsen avslutas i avsnitt 4 med analys och slutsatser där uppsatsens frågeställningar besvaras.

¹⁷ Rainey, McCormick och Ovey (2021).

¹⁸ Itzigehtl (2012).

2 Förutsättningar från Europakonventionen och Europadomstolen

2.1 Aktuella artiklar

Det finns flera artiklar i Europakonventionen som kan vara aktuella för en rätt för samkönade par att gifta sig. Den mest självklara är artikel 12 som anger att giftasvuxna män och kvinnor har rätt att ingå äktenskap och bilda familj i enlighet med nationella lagar. Att rätten utövas i enlighet med nationella lagar innebär att varje konventionsmedlemsstat har vissa möjligheter att begränsa rätten till äktenskap. Eventuella inskränkningar måste däremot alltid göras för legitima ändamål och får inte gå utöver vad som är rimligt för att uppnå ändamålet.¹⁹

En annan artikel som är aktuell att undersöka är artikel 8 i Europakonventionen. I artikelns första paragraf framgår bland annat att var och en har rätt till skydd för sitt privat- och familjeliv. Vidare i artikelns andra paragraf stadgas att vissa nödvändiga inskränkningar får göras i rättigheten om de har stöd i lag. Angående relationen mellan artikel 8 och artikel 12 har Europadomstolen uttalat att artikel 12 är *lex specialis* angående rätten att gifta sig.²⁰ Beskrivningen antyder att artikel 12 begränsar tillämpningsområdet som artikel 8 har på just äktenskapets område.²¹

Europakonventionens skydd mot diskriminering kan också vara relevant för en rätt för samkönade par att gifta sig. I artikel 14 stadgas att åtnjutandet av de fri- och rättigheter som anges i konventionen ska säkerställas utan diskriminering utifrån flertalet grunder. Sexuell läggning nämns inte uttryckligen i artikeln, men Europadomstolen har angett att grunden definitivt omfattas.²² Viktigt att notera angående artikel 14 är att den endast skyddar mot diskriminering inom ramen för de fri- och rättigheter som garanteras i Europakonventionen och

¹⁹ Se Rainey, McCormick och Ovey (2021) s. 401.

²⁰ Se t.ex. *Hämäläinen v. Finland* p. 96.

²¹ Se Schabas (2015) s. 534.

²² Se *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal* p. 28.

dess tilläggsprotokoll. För att artikel 14 ska bli tillämplig krävs därför att de fakta som är i fråga i ett fall går att hänföra till ytterligare en artikels tillämpningsområde.²³

Utöver artikel 14 finns ett mer generellt förbud mot diskriminering i artikel 1 i protokoll nr 12.²⁴ Den stora skillnaden gentemot artikel 14 är att varje rättighet som anges i lag skyddas enligt artikel 1 i protokollet. Än så länge har protokoll nr 12 ratificerats endast av en minoritet av Europakonventionens medlemsstater. Praxis för protokollet har också ett begränsat omfång.²⁵

Diskrimineringsgrunderna som anges i artikel 14 och i artikel 1 i protokoll nr 12 är identiska. Den grundläggande bedömningen för att någon ska anses diskriminerad enligt artiklarna är också densamma.²⁶ Vad som krävs är till att börja med att en person har blivit särbehandlad.²⁷ Vidare ska personen befinna sig i en motsvarande situation som någon annan. De två personernas situationer behöver inte vara identiska men de ska vara likartade på ett relevant sätt.²⁸ För att diskriminering ska föreligga krävs slutligen att det inte finns någon objektiv och rimlig förklaring till särbehandlingen. Här kontrolleras för vilket legitimt ändamål särbehandlingen har skett och om tillräcklig proportionalitet föreligger mellan ändamål och medel.²⁹ Angående just sexuell läggning har Europadomstolen flera gånger uttalat att särskilt övertygande och tungt vägande skäl krävs. Uttalandena har dock endast gjorts angående rättigheter i artikel 8.³⁰

2.2 Relevanta tolkningsprinciper

Europakonventionens bestämmelser är allmänt formulerade och kan därför tolkas på olika sätt. Avgörande för hur tolkningen blir är vilka principer som används.³¹

²³ Se *Rasmussen v. Denmark* p. 29.

²⁴ Se Harris m.fl. (2018) s. 764.

²⁵ Se Danelius (2015) s. 549; Jfr. Cameron (2018) s. 168.

²⁶ Se Schabas (2015) s. 564.

²⁷ Se *D.H. and Others v. the Czech Republic* p. 175.

²⁸ Se *Clift v. the United Kingdom* p. 66.

²⁹ Se *Petrovic v. Austria* p. 30.

³⁰ Se *E.B. v. France* p. 91; Se Schabas (2015) s. 584.

³¹ Se Danelius (2015) s. 55.

Eftersom Europakonventionen är en traktat måste tolkningen av den göras i överensstämmelse med de allmänna principer som finns för tolkningen av internationella traktater.³² Den grundläggande regeln finns i artikel 31.1 i Wienkonventionen om traktaträtten. Av artikeln framgår att det är ordalydelsen i en traktat som ska tillmätas störst betydelse, men att orden ska läsas i sitt sammanhang och i ljuset av traktatens syfte.

För just Europakonventionen gäller vidare att den ska läsas som en helhet och tolkas på ett sätt som främjar inre harmoni mellan bestämmelserna.³³ Särskilt för Europakonventionen är även att den ska tolkas dynamiskt i ljuset av hur sociala och politiska attityder utvecklas. Den dynamiska tolkningen innebär att Europakonventionens innehåll inte begränsas till föreställningar som fanns när den tillkom.³⁴ Med det sagt kan den dynamiska tolkningen aldrig gå så långt att nya rättigheter läses in som inte fanns med i konventionen från början. Det gäller särskilt när något medvetet har utelämnats.³⁵

Utmärkande för tolkningen av Europakonventionen är vidare att Europadomstolen regelmässigt ger medlemsstaterna en viss bedömningsmarginal³⁶ när konventionsrättigheter ska balanseras mot andra intressen. Hur stor bedömningsmarginalen blir beror på omständigheterna i det enskilda fallet. En viktig aspekt är om det finns en europeisk konsensus.³⁷ Aspekten kan förstås som att Europadomstolen höjer rättighetsskyddet för samtliga konventionsmedlemsstater när den uppfattar att medlemsstaternas regleringar på ett område har uppnått en viss nivå av enhetlighet.³⁸ Hur stor enhetlighet som krävs har varierat i Europadomstolens praxis mellan en klar majoritet och en växande trend.³⁹ Andra aspekter som kan påverka storleken på bedömningsmarginalen är om det rör sig om en moraliskt känslig fråga⁴⁰ eller om något av de intressen som står på spel är särskilt viktigt.⁴¹

³² Se *Golder v. the United Kingdom* p. 29; Se *Johnston and Others v. Ireland* p. 51.

³³ Se t.ex. *Misick v. the United Kingdom* p. 23; Se Danelius (2015) s. 55; Jfr. Schabas (2015) s. 47.

³⁴ Se Rainey, McCormick och Ovey (2021) s. 70.

³⁵ Se *Johnston and Others v. Ireland* p. 53; Se Rainey, McCormick och Ovey (2021) s. 70 – 71.

³⁶ Eng. margin of appreciation.

³⁷ Se Nilsson (2020) s. 178.

³⁸ Se Shahid (2017) s. 185.

³⁹ Se Fenwick (2016) s. 252.

⁴⁰ Se Nilsson (2020) s. 178.

⁴¹ Se Cameron (2018) s. 121.

Slutligen kan tilläggas att Europadomstolen ofta hänvisar till folkrättsliga och överstatliga rättskällor i sin praxis. Hänvisningarna gör domstolen för att Europakonventionen inte ska tolkas i ett vakuum.⁴² EU-rätt och särskilt EU-stadgan är exempel på sådant som Europadomstolen har hänvisat till.⁴³

⁴² Se Kjølbros (2017) s. 29.

⁴³ Ibid. s. 31 – 32.

3 Utveckling – mot skydd för samkönade äktenskap?

3.1 Transpersoners rätt att gifta sig

3.1.1 Europadomstolens praxis

Första gången Europadomstolen problematiserade frågan om kön och äktenskap var i frågor om transpersoners rätt att gifta sig. I sina tidiga avgöranden från 1980- och 90-talen menade Europadomstolen att rätten till äktenskap enligt artikel 12 endast hänvisade till traditionella äktenskap mellan två personer av motsatt biologiskt kön.⁴⁴ Europadomstolens praxis innebar att transpersoner som hade fått könsbekräftande vård inte hade en rätt att gifta sig med en person av sitt bekräftade motsatta kön enligt Europakonventionen.⁴⁵

Europadomstolen kom att ändra sina tidigare bedömningar i fallet *Christine Goodwin* år 2002. I fallet menade Europadomstolen fortfarande att artikel 12 uttryckligen refererade till en rätt för en man och en kvinna att gifta sig. Däremot uttryckte Europadomstolen att den inte längre var övertygad om att kön nödvändigtvis skulle bestämmas enligt helt biologiska kriterier. Bedömningen grundade Europadomstolen både på de stora sociala förändringar som skett i synen på äktenskap sedan Europakonventionen antogs och på de stora medicinska och vetenskapliga framsteg som tagits inom området.⁴⁶ Europadomstolen fäste även vikt vid att det fanns en tydlig internationell trend mot ökad social acceptans och rättsligt erkännande av transpersoner.⁴⁷

Vidare i *Christine Goodwin* konstaterade Europadomstolen att en oförmåga för ett par att få barn inte i sig fråntar ett pars rätt att gifta sig.⁴⁸ I samband med sin bedömning lyfte Europadomstolen även fram att skrivningen om män och kvinnor medvetet hade tagits bort i

⁴⁴ Se *Rees v. the United Kingdom* p. 49; Se *Cossey v. the United Kingdom* p. 32; Se *Sheffield and Horsham v. the United Kingdom* p. 66.

⁴⁵ Se Harris m.fl. (2018) s. 739.

⁴⁶ Se *Christine Goodwin v. the United Kingdom* p. 100.

⁴⁷ Ibid. p. 85.

⁴⁸ Ibid. p. 98.

artikel 9 i den då nyantagna EU-stadgan, en bestämmelse som i övrigt liknade artikel 12 i Europakonventionen.⁴⁹

3.1.2 Betydelse för samkönade äktenskap

Sörgjerd menar att man kan påstå att praxisen om transpersoners rätt att gifta sig knappt har någon betydelse för samkönade äktenskap i och med att en transperson som har fått könsbekräftande vård och som sedan gifter sig med en person av sitt bekräftade motsatta kön egentligen helt följer samhällets heterosexuella norm.⁵⁰ I kontrast till det menar Sörgjerd även att Europadomstolen i *Christine Goodwin* visade att den kunde erkänna rättigheter utan att det fanns en fullständig europeisk konsensus på området.⁵¹ Pustorino har i sammanhanget också lyft fram att praxisändringen baserades på en dynamisk tolkning av artikel 12 och att slutsatserna gick emot vad Europadomstolen tidigare hade uttryckt.⁵²

3.2 Samkönade pars rätt till familjeliv

3.2.1 Europadomstolens praxis

Europadomstolen bedömde under lång tid att samkönade par endast omfattades av skyddet för privatliv och inte familjeliv enligt artikel 8 i Europakonventionen.⁵³ Första gången Europadomstolen tillerkände samkönade par en rätt till skydd för sitt familjeliv enligt artikel 8 var i *Schalk and Kopf* år 2010.⁵⁴ Europadomstolen har hållit kvar vid sin bedömning i senare praxis.⁵⁵

Anledningen till ändringen i *Schalk and Kopf* menade Europadomstolen låg i att attityderna gentemot samkönade par hade ändrats snabbt i flera konventionsmedlemsstater under 2000-talet. Europadomstolen lyfte särskilt fram att en betydande andel medlemsstater hade börjat tillhandahålla rättsligt erkännande för samkönade par.⁵⁶ Vid tiden för domens skrivande erbjöd

⁴⁹ Ibid. p. 100.

⁵⁰ Se Sörgjerd (2011) s. 319.

⁵¹ Ibid. s. 320; Se *Christine Goodwin v. the United Kingdom* p. 85.

⁵² Se Pustorino (2014) s. 401.

⁵³ Se t.ex. *Mata Estevez v. Spain*.

⁵⁴ Se *Schalk and Kopf v. Austria* p. 94.

⁵⁵ Se t.ex. *P.B. and J.S. v. Austria* p. 26 – 30.

⁵⁶ Se *Schalk and Kopf v. Austria* p. 93.

19 medlemsstater antingen äktenskap eller registrerat partnerskap för samkönade par.⁵⁷ Samtidigt var registrerat partnerskap för samkönade par på väg att införas i ytterligare två medlemsstater.⁵⁸ Mot bakgrund av utvecklingen i medlemsstaterna menade Europadomstolen att det hade varit onaturligt om samkönade par inte skulle omfattas av familjeliv under samma förutsättningar som par av motsatt kön.⁵⁹

Europadomstolen klargjorde även i *Schalk and Kopf* att den ansåg att samkönade par var lika kapabla som par av motsatt kön att vara i en seriös och stabil relation. Enligt Europadomstolen innebar det vidare att samkönade par befinner sig i en relevant liknande situation som par av motsatt kön när det gäller behovet av rättsligt erkännande och skydd för sina relationer.⁶⁰

3.2.2 Betydelse för samkönade äktenskap

I en skiljaktig mening till *Schalk and Kopf* menar Rozakis, Spielmann och Jebens att majoriteten borde ha kommit fram till att det också fanns en positiv skyldighet för svarandestaten Österrike att tillhandahålla ett rättsligt ramverk till skydd för samkönade par. Att inte göra det efter att ha uppmärksammat att samkönade pars relationer ansågs utgöra familjeliv uppger de tre domarna var inkonsekvent.⁶¹ Hodson håller med de tre domarna och menar att ett vakuum lämnades när majoriteten inte specificerade på vilket sätt medlemsstaterna var skyldiga att skydda samkönade pars rättigheter.⁶²

Sörgjerd poängterar vidare att Europadomstolen i *Schalk and Kopf* gjorde en dynamisk tolkning av familjekonceptet, trots att en fullständig europeisk konsensus saknades.⁶³

⁵⁷ Ibid. p. 28.

⁵⁸ Ibid. p. 29.

⁵⁹ Ibid. p. 94.

⁶⁰ Ibid. p. 99.

⁶¹ Ibid. Joint Dissenting Opinion of Judge Rozakis, Spielmann and Jebens p. 4.

⁶² Se Hodson (2011) s. 176 – 177.

⁶³ Se Sörgjerd (2011) s. 329.

3.3 Samkönade pars rätt att gifta sig

3.3.1 Europadomstolens praxis

Första gången Europadomstolen uttalade sig om samkönade äktenskap var i *Schalk and Kopf* år 2010. Slutsatsen blev att det inte fanns någon skyldighet för Europakonventionens medlemsstater att ge samkönade par tillgång till äktenskap.⁶⁴

I *Schalk and Kopf* argumenterade de ansökande, ett samkönat par från Österrike, bland annat för att ordalydelsen i artikel 12 inte enbart behövde innebära en rätt för personer av motsatt kön att gifta sig.⁶⁵ Europadomstolen medgav att ordalydelsen i artikel 12, sett för sig själv, skulle kunna tolkas på ett sätt som inte uteslöt samkönade äktenskap. Däremot menade domstolen att tolkningen inte var möjlig om ordalydelsen sågs i sitt sammanhang. Dels menade Europadomstolen att orden män och kvinnor måste ha varit medvetet valda eftersom övriga bestämmelser i Europakonventionen hade formulerats könsneutralt. Dels lyfte domstolen fram att Europakonventionen tagits fram under 1950-talet när äktenskap tydligt åsyftade förbindelser mellan personer av motsatt kön.⁶⁶

De ansökande i *Schalk and Kopf* argumenterade vidare för att synen på äktenskap hade genomgått så pass stora förändringar över tid att det inte längre fanns någon anledning att neka samkönade par en rätt till äktenskap.⁶⁷ Här medgav Europadomstolen att den i *Christine Goodwin* hade slagit fast att synen på äktenskap hade genomgått stora förändringar sedan Europakonventionen antogs.⁶⁸ Europadomstolen höll däremot inte med de ansökande i deras argumentation, utan lyfte istället fram att det inte fanns någon europeisk konsensus angående samkönade äktenskap.⁶⁹ Vid tiden för domens skrivande tillät endast sex konventionsmedlemsstater samkönade äktenskap.⁷⁰

⁶⁴ Se *Schalk and Kopf v. Austria* p. 63.

⁶⁵ Ibid. p. 44.

⁶⁶ Ibid. p. 55.

⁶⁷ Ibid. p. 44 och 57.

⁶⁸ Ibid. 58; Jfr. *Christine Goodwin v. the United Kingdom* p. 100.

⁶⁹ Se *Schalk and Kopf v. Austria* p. 58.

⁷⁰ Ibid. p. 27 och 58.

I *Schalk and Kopf* gjorde Europadomstolen även en intressant bedömning angående hur artikel 12 i Europakonventionen ska förstås sedd i ljuset av artikel 9 i EU-stadgan. Till att börja med konstaterade Europadomstolen att orden män och kvinnor hade lämnats utanför artikel 9 i EU-stadgan för att bestämmelsen skulle få ett bredare tillämpningsområde. Europadomstolen poängterade även att artikel 9 i EU-stadgan genom en hänvisning till nationell rätt lämnade det öppet för stater att själva välja om de ville tillåta samkönade äktenskap.⁷¹ Mot bakgrund av hur artikel 9 i EU-stadgan skulle förstås, menade Europadomstolen vidare att rätten att ingå äktenskap enligt artikel 12 i Europakonventionen inte längre under alla omständigheter behövde vara begränsad till två personer av motsatt kön. Angående det aktuella fallet konstaterade Europadomstolen till att börja med att artikel 12 i Europakonventionen var tillämplig.⁷² Med det sagt hittades ingen kränkning i fallet eftersom Europadomstolen bedömde att det, för närvarande, skulle vara upp till medlemsstaterna att själva avgöra om de ville tillåta samkönade äktenskap.⁷³

När Europadomstolen kom fram till sina slutsatser i *Schalk and Kopf* poängterade den särskilt att äktenskap har djupa sociala och kulturella konnotationer som kan variera mellan medlemsstaterna. I övrigt i domen upprepade Europadomstolen att ett pars oförmåga att få barn inte utesluter en rätt till äktenskap enligt artikel 12.⁷⁴ I slutet av domen påpekade Europadomstolen även att det inte går att härleda en rätt för samkönade par att gifta sig från artikel 14 läst tillsammans med artikel 8, eftersom artikel 8 är en mer allmän bestämmelse än artikel 12.⁷⁵

Europadomstolen har vid ett antal tillfällen sedan år 2010 återkommit till frågan om samkönade äktenskap. Trots att domstolen har identifierat att antalet medlemsstater som erkänner samkönade äktenskap har ökat, har den inte avvikit från sina slutsatser i *Schalk and Kopf*.⁷⁶

⁷¹ Ibid. p. 25 och 60.

⁷² Ibid. p. 61.

⁷³ Ibid. p. 61 och 64.

⁷⁴ Ibid. p. 56; Jfr. *Christine Goodwin v. the United Kingdom* p. 98.

⁷⁵ Se *Schalk and Kopf v. Austria* p. 101; Jfr. *Johnston and Others v. Ireland* p. 57.

⁷⁶ Se *Oliari and Others v. Italy* p. 53, 191 – 192; Se *Chapin and Charpentier v. France* p. 36 – 39; Se *Hämäläinen v. Finland* p. 31, 73 och 96.

3.3.2 Kritik och framtid

Europadomstolens bedömning i *Schalk and Kopf* om hur orden män och kvinnor i artikel 12 ska tolkas har kritiserats från olika håll. Schabas menar för sin del att Europadomstolen har missförstått på vilket sätt ordvalet i artikel 12 var medvetet. Till stöd lyfter Schabas fram att artikel 12 i Europakonventionen upprepar formuleringen som dessförinnan valdes till artikel 16 i FN:s deklaration om de mänskliga rättigheterna. Anledningen till ordvalet i deklarationen menar Schabas var för att säkerställa att kvinnor skulle vara jämställda innan, under och efter äktenskapet. Vidare uttrycker Schabas att man vid tiden för de två dokumentens antagande knappt kan ha föreställt sig äktenskap som något annat än mellan en man och en kvinna. Därför menar Schabas även att ordvalet inte kan ha gjorts för att exkludera samkönade par.⁷⁷ Schabas kritik bekräftas av Johnson som också menar att det var jämlikhet mellan män och kvinnor som låg bakom ordvalet.⁷⁸ Johnson påstår vidare, likt Schabas, att den heteronormativa historiska kontexten tyder på att dokumentens författare åtminstone inte hade som medvetet syfte att motverka samkönade äktenskap.⁷⁹

Domarna Malinverni och Kovler kritiserar majoritetens bedömning i *Schalk and Kopf* i en anslutande mening till domen. Till skillnad från Schabas och Johnson, kritiserar de två domarna att majoriteten överhuvudtaget öppnade upp för att artikel 12 skulle vara tillämplig för samkönade personer.⁸⁰ Till att börja med menar Malinverni och Kovler att artikeln enligt alla tänkbara tolkningsprinciper endast kan anses omfatta en man och en kvinna. Domarna ger ingen längre motivering men påpekar att artikel 12 associerar rätten att gifta sig med rätten att bilda familj.⁸¹ Därutöver menar Malinverni och Kovler att det genom en dynamisk tolkning av Europakonventionen ändå aldrig är möjligt att läsa in en rättighet som inte fanns i konventionen från början.⁸² Vidare i sin anslutande mening hävdar domarna att artikel 9 i EU-stadgan inte utökar tillämpningsområdet som artikel 12 har. Det motiverar de framförallt med att artikel 9 i EU-stadgan lämnar det öppet för EU:s medlemsstater att själva bestämma om de vill tillåta

⁷⁷ Se Schabas (2015) s. 535.

⁷⁸ Se Johnson (2015) s. 7.

⁷⁹ Ibid s. 10.

⁸⁰ Se *Schalk and Kopf v. Austria*. Concurring Opinion of Judge Malinverni Joined by Judge Kovler.

⁸¹ Ibid. Concurring Opinion of Judge Malinverni Joined by Judge Kovler p. 1.

⁸² Ibid.; Se *Johnston and Others v. Ireland* p. 53.

samkönade äktenskap.⁸³ Tilläggas kan att Malinverni och Kovlers kritik i sin tur har kritiserats av Pustorino, som lyfter fram att Europadomstolen flera gånger har accepterat tolkningar som ligger långt ifrån konventionsrättighetens vanliga ordalydelse.⁸⁴

Angående hur frågan om samkönade äktenskap kan komma att prövas i framtiden menar Wintemute att Europadomstolen troligtvis inte kommer att ändra sin tolkning av artikel 12 förrän åtminstone 24 av 47 medlemsstater tillåter samkönade äktenskap.⁸⁵ Pustorino menar för sin del att Europadomstolen inte skulle tveka att ändra sin tolkning om en tydlig europeisk konsensus angående samkönade äktenskap uppstår.⁸⁶

3.4 Samkönade pars rätt till rättsligt erkännande

3.4.1 Europadomstolens praxis

Europadomstolen har i ett flertal avgöranden utvecklat sin praxis mot att samkönade par ska ha en rätt till rättsligt erkännande av sina relationer. Genom utvecklingen kan det vakuum som bland annat identifierades av Hodson efter *Schalk and Kopf* sägas vara fyllt. Den rätt till rättsligt erkännande som nu finns innebär att samkönade par i samtliga konventionsmedlemsstater har rätt till åtminstone ett av alternativen äktenskap och registrerat partnerskap.

Ett första steg mot rätten till rättsligt erkännande togs i *Vallianatos* år 2013. I fallet hittade Europadomstolen en kränkning av artikel 14 läst tillsammans med artikel 8 efter att svarandestaten Grekland öppnat upp registrerat partnerskap endast för par av motsatt kön.⁸⁷ Domstolens slutsats grundades ytterst på att den grekiska regeringen inte hade gett tillräckligt övertygande och tungt vägande skäl till varför samkönade par hade exkluderats från partnerskapet.⁸⁸ I sin bedömning hänvisade Europadomstolen särskilt till att det fanns en växande europeisk trend för att rättsligt erkänna samkönade par och en än tydligare trend för att registrerat partnerskap, när det erbjöds, skulle vara tillgängligt för samkönade par. Vid tiden

⁸³ Se *Schalk and Kopf v. Austria*. Concurring Opinion of Judge Malinverni Joined by Judge Kovler p. 2.

⁸⁴ Se Pustorino (2014) s. 405.

⁸⁵ Se Wintemute (2017) s. 193.

⁸⁶ Se Pustorino (2014) s. 405.

⁸⁷ Se *Vallianatos and Others v. Greece* p. 9 och 92.

⁸⁸ Ibid. p. 85, 88 – 90 och 92.

för domens skrivande tillhandahöll 19 konventionsmedlemsstater registrerat partnerskap, varav endast två gjorde det uteslutande för par av motsatt kön.⁸⁹

Nästa steg i utvecklingen tog Europadomstolen år 2015 i *Oliari*. Frågan i fallet gällde om svarandestaten Italien hade brutit mot artikel 8 genom att inte ge samkönade par tillgång till registrerat partnerskap.⁹⁰ Så visade sig också vara fallet.⁹¹

I brist på äktenskap, menade Europadomstolen i *Oliari* att samkönade par hade ett särskilt intresse av registrerat partnerskap för att kunna ge sina relationer skydd och rättsligt erkännande.⁹² Mot bakgrund av samkönade pars intressen, lyfte Europadomstolen fram att en rimlig balans behövde nås i förhållande till intressena i samhället i stort.⁹³ Här menade Europadomstolen dock att Italien inte hade uppgett precis vilka de motsvarande intressena i samhället var.⁹⁴ Domstolen påpekade även att den italienska regeringen inte verkade ha fäst vikt vid att den italienska befolkningen och de högsta juridiska auktoriteterna i landet var positivt inställda till skydd och erkännande av samkönade par.⁹⁵

Komparativt konstaterade Europadomstolen även i *Oliari* att en svag majoritet av konventionsmedlemsstaterna, 24 av 47, tillät antingen samkönade äktenskap eller registrerat partnerskap.⁹⁶ Angående Italiens bedömningsmarginal poängterade Europadomstolen att fallet kunde anses röra känsliga moraliska eller etiska frågor. Vad som talade för en mindre bedömningsmarginal var dock att fallet rörde ett generellt och grundläggande skydd samt att frågan var en sådan att individers existens och identitet stod på spel.⁹⁷

Efter domen i *Oliari* fanns det i doktrin en osäkerhet kring om slutsatsen i fallet var relevant för samtliga konventionsmedlemsstater eller om utgången endast hade berott på de särskilda

⁸⁹ Ibid. p. 91.

⁹⁰ Se *Oliari and Others v. Italy* p. 164.

⁹¹ Ibid. p. 187.

⁹² Ibid. p. 174.

⁹³ Ibid. p. 175.

⁹⁴ Ibid. p. 176.

⁹⁵ Ibid. p. 179 – 181.

⁹⁶ Ibid. p. 55 och 178.

⁹⁷ Ibid. p. 177.

samhällsförutsättningarna i Italien.⁹⁸ I juli 2021 avgjordes fallet *Fedotova* som bedömare menar klargjorde att samtliga Europakonventionens medlemsstater har en positiv förpliktelse att ge samkönade par tillgång till rättsligt erkännande.⁹⁹ *Fedotova* behandlas nedan i uppsatsen, men värt att ha i åtanke är att fallet så småningom kommer att avgöras slutgiltigt med en ny dom av Europadomstolen i stor sammansättning.¹⁰⁰

Frågan som Europadomstolen hade att bedöma i *Fedotova* var densamma som i *Oliari*.¹⁰¹ Nytt för fallet var däremot att den svarande ryska regeringen hade påstått att en majoritet av den egna befolkningen var negativt inställda till samkönade par. Som svar på uttalandet uppgav Europadomstolen att det inte var möjligt att låta en minoritetsgrupps rättigheter villkoras av att majoriteten ska acceptera dem.¹⁰²

I *Fedotova* lyfte Ryssland även fram vikten av att skydda traditionella äktenskap mellan en man och en kvinna. Europadomstolen medgav här att Ryssland hade lyft fram ett legitimt intresse. Däremot menade Europadomstolen att ett formellt erkännande av samkönade par inte var något hinder mot intresset, eftersom ett erkännande inte skulle hindra hur par av motsatt kön tog del av äktenskap.¹⁰³ Mot den beskrivna bakgrunden drog Europadomstolen slutsatsen att en kränkning av artikel 8 hade inträffat i fallet.¹⁰⁴

3.4.2 Betydelse för samkönade äktenskap

Gerónimo Fernández menar att samma principer som blev avgörande i *Fedotova* även skulle kunna användas i en bedömning om samkönade äktenskap. Särskilt poängterar Gerónimo Fernández att befolkningens negativa åsikter om samkönade par i *Fedotova* inte ansågs vara en legitim anledning till att neka samkönade par tillgång till grundläggande rättigheter.¹⁰⁵

⁹⁸ Se t.ex. Fenwick (2017) s. 492.

⁹⁹ Se t.ex. Gerónimo Fernández (2022) s. 182.

¹⁰⁰ Se *Fedotova and Others v. Russia*; Se art. 43 – 44 i Europakonventionen.

¹⁰¹ Se *Fedotova and Others v. Russia* p. 50; Se *Oliari and Others v. Italy* p. 164.

¹⁰² Se *Fedotova and Others v. Russia* p. 52.

¹⁰³ Ibid. p. 54.

¹⁰⁴ Ibid. p. 55 – 56.

¹⁰⁵ Se Gerónimo Fernández (2022) s. 182.

Av intresse är också att Ziyadov menar att det var den nyetablerade majoriteten till fördel för rättsligt erkännande av samkönade par som var avgörande för att Europadomstolen skulle hitta en kränkning i *Oliari*.¹⁰⁶

¹⁰⁶ Se Ziyadov (2019) s. 645.

4 Analys

4.1 Utrymmet i Europakonventionen

Det finns flera artiklar i Europakonventionen som kan vara relevanta för att introducera en rätt för samkönade par att gifta sig. Inledningsvis kan konstateras att artikel 8 inte är en av dem eftersom den är en mer allmän bestämmelse jämfört med artikel 12 på äktenskapets område. Artikel 12 däremot kan tolkas på ett sätt som gör att samkönade par omfattas av en rätt till äktenskap. För en sådan tolkning krävs dock att artikel 12 anses omfatta samkönade par. Vidare krävs att konventionsmedlemsstaternas bedömningsmarginal inte anses vara för stor.

Angående orden män och kvinnor uppfattar jag Europadomstolens tolkning i *Schalk and Kopf* som något ambivalent. Dels menade domstolen att ordalydelsen sett för sig själv skulle kunna omfatta samkönade par, men att en sådan tolkning inte var möjlig när ordalydelsen sågs i sitt sammanhang. Dels konstaterade Europadomstolen att artikel 12, mot bakgrund av ordvalet i artikel 9 i EU-stadgan, inte längre under alla omständigheter behövde vara begränsad till en man och en kvinna. Angående rättsläget är min bedömning att Europadomstolen anser att samkönade par omfattas av artikel 12, eftersom den i *Schalk and Kopf* också konstaterade att det ansökande samkönade paret i fallet var inom tillämpningsområdet för artikel 12.

Europadomstolens bedömning om tolkningen av män och kvinnor har kritiserats från olika håll. Av den kritik som har beskrivits i uppsatsen är min uppfattning att Schabas respektive Johnsons kritik har bäst grund. Här menar jag framförallt att Schabas och Johnsons beskrivningar av sammanhanget som artikel 12 ska förstås i är mer djupgående och övertygande än Europadomstolens motsvarande beskrivning i *Schalk and Kopf*. Schabas och Johnson kommer båda fram till slutsatsen att samkönade par inte medvetet har uteslutits från rätten till äktenskap. Slutsatsen menar jag är viktig eftersom den befäster att det är möjligt att göra en dynamisk tolkning av artikel 12 som inkluderar samkönade par.

Till skillnad från Schabas och Johnsons respektive kritik, menar jag att Malinverni och Kovlers gemensamma kritik kan tillbakavisas. Angående rätten att bilda familj, har Europadomstolen flera gånger uttalat att ett pars oförmåga att få barn inte i sig hindrar en rätt till äktenskap. Vidare angående en dynamisk tolkning har Europadomstolen, som Pustorino också poängterar, tidigare

accepterat tolkningar som ligger långt ifrån en artikels vanliga ordalydelse. Situationen skiljer sig också från en sådan där en rättighet inte har funnits med från början eftersom en rätt till äktenskap alltid har funnits i Europakonventionen. Att artikel 9 i EU-stadgan lämnar det öppet för stater att själva välja om de vill tillåta samkönade äktenskap menar jag inte heller påverkar om samkönade par omfattas av tillämpningsområdet i artikel 12 i Europakonventionen. Det eftersom tillämpningsområdet och medlemsstaternas bedömningsmarginal är två olika frågor enligt artiklarna.

Angående just bedömningsmarginalen i artikel 12 konstaterade Europadomstolen i *Schalk and Kopf* att det, för närvarande, var upp till konventionsmedlemsstaterna att själva avgöra om de ville tillåta samkönade äktenskap. Sättet som Europadomstolen uttryckte sig på öppnar upp för att bedömningen kan ändras i framtiden. Av efterföljande praxis framgår dock att en ändring ännu inte har skett.

Den stora bedömningsmarginal som idag ges till medlemsstaterna menar jag kan ifrågasättas mot bakgrund av hur artikel 12 ska förstås i allmänhet. Som har framgått av uppsatsen ska eventuella inskränkningar av artikeln göras för legitima ändamål och får inte gå utöver vad som är rimligt. I och med att Europadomstolen har konstaterat att samkönade par är inom tillämpningsområdet för artikel 12, utförs en inskränkning av rättigheten när samkönade äktenskap inte tillåts. Mot den bakgrunden uppfattar jag det som inkonsekvent att Europadomstolen ger konventionsmedlemsstaterna utrymme att förbjuda samkönade äktenskap utan att också kontrollera anledningen bakom.

En annan fråga, om anledningen till ett uteslutande väl börjar kontrolleras, är om det överhuvudtaget finns något legitimt ändamål för vilket det skulle vara rimligt att samkönade äktenskap förbjuds. En tänkbar grund är skyddet av traditionella äktenskap mellan en man och en kvinna. I *Fedotova* ansågs skyddet av traditionella äktenskap däremot inte vara tillräckligt för att inskränka samkönade pars rätt till rättsligt erkännande. Europadomstolen motiverade ställningstagandet med att ett rättsligt erkännande av samkönade par inte skulle hindra hur par av motsatt kön tog del av äktenskap. Samma argument menar jag kan användas angående samkönade äktenskap.

Eftersom samkönade par numera omfattas av tillämpningsområdet i artikel 12, kan en prövning enligt artikel 14, läst tillsammans med artikel 12, även bli aktuell i förhållande till samkönade

äktenskap. Förutsatt att en konventionsmedlemsstat har anslutit sig till protokoll nr 12, är en motsvarande prövning även tänkbar enligt artikel 1 i protokollet. Europadomstolen har hittills inte prövat om en brist på tillgång till samkönade äktenskap utgör diskriminering enligt någon av de nämnda artiklarna. Angående utrymmet i bestämmelserna är det visserligen säkert både att sexuell läggning erkänns som en diskrimineringsgrund och att en särbehandling av samkönade par kan anses föreligga. Osäkert är däremot om samkönade par skulle anses befinna sig i en motsvarande situation som par av motsatt kön och i nästa steg om och hur en särbehandling av samkönade par skulle kunna rättfärdigas.

Angående frågan om en motsvarande situation är det värt att lyfta fram att Europadomstolen i *Schalk and Kopf* konstaterade att samkönade par befinner sig i en relevant liknande situation som par av motsatt kön angående behovet av rättsligt erkännande och skydd för sina relationer. Eftersom Europadomstolen i senare praxis har uttryckt att behovet av erkännande och skydd kan tillgodoses även genom ett registrerat partnerskap, innebär konstaterandet inte direkt att samkönade par befinner sig i en motsvarande situation i förhållande till äktenskap. Vad uttalandet ändå visar på är att det finns närliggande frågor i vilka Europadomstolen anser att samkönade par och par av motsatt kön befinner sig i motsvarande situationer. Att samkönade par omfattas av artikel 12 menar jag vidare talar för att samkönade par skulle anses befinna sig i en motsvarande situation som par av motsatt kön även i förhållande till äktenskap.

Förutsatt att samkönade par anses befinna sig i en motsvarande situation som par av motsatt kön, är nästa fråga om och hur en särbehandling av samkönade par skulle kunna rättfärdigas. En faktor som påverkar bedömningen är om en objektiv och rimlig förklaring räcker, eller om Europadomstolen skulle kräva särskilt övertygande och tungt vägande skäl. Det senare har krävts utifrån artikel 14 läst tillsammans med artikel 8 enligt samma diskrimineringsgrund. Oavsett hur tunga skäl som krävs är det dock, precis som ovan angående artikel 12, oklart om det överhuvudtaget finns en förklaring som skulle kunna rättfärdiga en särbehandling av samkönade par. Som tidigare har argumenterats för går det till exempel att påstå att skyddet av traditionella äktenskap mellan en man och en kvinna inte är en tillräcklig anledning för att rättfärdiga en särbehandling av samkönade par.

Angående utrymmet i artiklarna om diskriminering, är det vidare värt att poängtera att Europadomstolen aktivt har valt att inte introducera en rätt för samkönade par att gifta sig enligt artikel 12. Det tillsammans med att Europadomstolen läser Europakonventionen som en helhet

menar jag talar för att Europadomstolen troligtvis inte skulle tolka de nämnda artiklarna på ett sätt som de facto introducerar en rätt för samkönade par att gifta sig. Med det sagt ser jag inga hinder mot att Europadomstolen skulle kunna hitta enskilda fall av diskriminering enligt artiklarna.

4.2 Utvecklingen av Europadomstolens praxis

Under de senaste 20 åren har Europadomstolen utvecklat sin praxis på flera områden med nära koppling till frågan om samkönade äktenskap. Att en utveckling överhuvudtaget har varit möjlig beror på att Europakonventionen ska tolkas dynamiskt.

Angående transpersoners rätt att gifta sig använde Europadomstolen i *Christine Goodwin* en del för området specifika argument om medicinska och vetenskapliga framsteg. Därutöver använde domstolen argument om sociala förändringar i synen på äktenskap och om en internationell trend mot ökad social acceptans och rättsligt erkännande. Hur mycket bedömningen säger om samkönade äktenskap är tvetydigt. Å ena sidan, som Pustorino respektive Sörgjerd är inne på, visar utvecklingen att det var möjligt för Europadomstolen att göra en dynamisk tolkning av artikel 12 och det utan en fullständig europeisk konsensus. Å andra sidan, som Sörgjerd vidare lyfter fram, följer praxisen helt samhällets heterosexuella norm.

I Europadomstolens bedömning om samkönade pars rätt till familjeliv i *Schalk and Kopf* hänvisade domstolen till ändrade attityder i konventionsmedlemsstaterna. Särskilt poängterade domstolen att 19, snart 21, av medlemsstaterna erbjöd rättsligt erkännande för samkönade par. Som Sörgjerd poängterar visade Europadomstolen i fallet att den kunde göra en dynamisk tolkning av familjekonceptet och det utan en fullständig europeisk konsensus.

När Europadomstolen vidare i *Schalk and Kopf* prövade frågan om samkönade äktenskap konstaterade den att det inte var tillräckligt att synen på äktenskap hade ändrats för att introducera en rätt för samkönade par att gifta sig. Domstolen poängterade istället att det endast var sex konventionsmedlemsstater som tillät samkönade äktenskap och att äktenskap har djupa sociala och kulturella konnotationer som kan variera mellan medlemsstaterna.

När Europadomstolen började utveckla sin praxis om en rätt till rättsligt erkännande av samkönade par stod frågan om en europeisk konsensus återigen i centrum. I *Vallianatos* poängterade Europadomstolen särskilt att det fanns en europeisk trend som talade för att registrerade partnerskap skulle inkludera samkönade par. Precis som Ziyadov är inne på, fäste Europadomstolen vidare i *Oliari* stor vikt vid att 24 av 47 konventionsmedlemsstater erbjöd rättsligt erkännande för samkönade par. I *Oliari* lyfte Europadomstolen även fram att Italiens bedömningsmarginal var begränsad eftersom frågan, enligt domstolen, rörde ett generellt och grundläggande skydd där individers existens och identitet stod på spel. Slutligen i *Fedotova* var ett nytt argument från Europadomstolens sida att minoritetsgruppers rättigheter inte kunde göras beroende av majoritetens acceptans.

Mot bakgrund av beskrivningen ovan går det att urskilja en tydlig utvecklingslinje i Europadomstolens praxis. I samtliga fall när en praxisändring har skett har någon typ av trend eller majoritet kunnat identifieras. Förekomsten menar jag kan förstås mot bakgrund av att Europadomstolen anser att de behandlade frågorna är etiskt eller moraliskt känsliga och att det därför har krävts något extra för att inskränka konventionsmedlemsstaternas bedömningsmarginal på områdena.

Vad utvecklingslinjen säger om samkönade äktenskap menar jag vidare är att förekomsten av en europeisk konsensus, likt vad Wintemute och Pustorino är inne på, troligtvis kommer att vara avgörande för när en rätt för samkönade par att gifta sig kan introduceras. Till vilken grad en konsensus måste föreligga är dock mer osäkert eftersom det inte finns någon konsekvens i Europadomstolens praxis. I flera av de fall som har behandlats i uppsatsen har en trend av något slag räckt. Med det sagt är jag, likt Wintemute, av uppfattningen att det troligtvis kommer att krävas någon typ av majoritet för att introducera en rätt för samkönade par att gifta sig. Den huvudsakliga anledningen till mitt ställningstagande är eftersom konventionsmedlemsstaternas åsikter om samkönade äktenskap är än mer polariserade än angående de andra närliggande frågorna som har behandlats i uppsatsen. Som exempel på polariseringen kan nämnas kontrasten mellan att vissa medlemsstater har legaliserat samkönade äktenskap medan andra har förbjudit dem i sina grundlagar.

Det kan tilläggas att det i den undersökta praxisen för det mesta har använts fler argument, utöver förekomsten av en europeisk konsensus, när nya rättigheter har introducerats. Mot den bakgrunden menar jag att det inte kan uteslutas att ytterligare argument skulle krävas för att

introducera en rätt för samkönade par att gifta sig enligt Europakonventionen. Av de argument som har förekommit i de beskrivna rättsfallen menar jag, likt Gerónimo Fernández, att Europadomstolens argument om minoritetsgruppers rättigheter i *Fedotova* särskilt skulle kunna användas. Därutöver skulle Europadomstolens återkommande argumentet om att synen på äktenskap har ändrats kunna vara till stöd.

4.3 Slutsatser

Syftet med den här uppsatsen var att utifrån ett rättsutvecklingsperspektiv analysera hur en rätt för samkönade par att gifta sig kan introduceras i Europakonventionen. Angående vilket utrymme som finns i Europakonventionen kan det till att börja med konstateras att artikel 12 är aktuell. I dagsläget finns inte en rätt för samkönade par att gifta sig enligt artikel 12 eftersom medlemsstaterna själva får bestämma om de vill tillåta samkönade äktenskap. Däremot finns det välgrundade argument inte bara för att ytterligare befästa att samkönade par omfattas av artikelns tillämpningsområde, utan även för att medlemsstaternas bedömningsmarginal ska vara mindre eller åtminstone kontrolleras noggrannare av Europadomstolen. Vidare talar tolkningen av artikel 12 för att Europadomstolen inte kommer att introducera en rätt för samkönade par att gifta sig enligt artikel 14 läst tillsammans med artikel 12 eller enligt artikel 1 i protokoll nr 12. Med det sagt finns argument som talar för att enstaka kränkningar kan hittas enligt artiklarna.

Vidare i uppsatsen har utvecklingen av Europadomstolens praxis beskrivits. Mot bakgrund av utvecklingen i den behandlade praxisen är det troligt att en rätt för samkönade par att gifta sig skulle introduceras i Europakonventionen först när det finns någon typ av majoritet bland Europakonventionens medlemsstater till fördel för rättigheten. Med tanke på hur Europadomstolen har resonerat tidigare är det vidare inte otänkbart att ytterligare argument skulle krävas för att introducera en rätt för samkönade par att gifta sig. Här skulle förändringar i synen på äktenskap och vikten av att skydda minoritetsgruppers rättigheter särskilt kunna lyftas fram.

Käll- och litteraturförteckning

Källor

The Human Rights Campaign Foundation, 'Marriage Equality Around the World' <www.hrc.org/resources/marriage-equality-around-the-world> (besökt 2022-06-03).

Litteratur

Bergquist, Ulf (2018), 'Tudelad utveckling för samkönade äktenskap i Europa'. *Advokaten*, nr 1, s. 40 – 41.

Cameron, Iain (2018), *An Introduction to the European Convention on Human Rights*. 8 uppl., Uppsala: Iustus.

Danelius, Hans (2015), *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis: en kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*. 5 uppl., Stockholm: Norstedts Juridik.

Fenwick, Helen (2016), 'Same sex unions at the Strasbourg Court in a divided Europe: driving forward reform or protecting the court's authority via consensus analysis?'. *European Human Rights Law Review*, nr 3, s. 248 – 272.

Fenwick, Helen (2017), 'An ECHR Right to Access a Registered Partnership?' i: Scherpe, Jens M. och Hayward, Andy (red.), *The Future of Registered Partnerships: Family Recognition Beyond Marriage?* Cambridge: Intersentia, s. 471 – 496.

Gerónimo Fernández, Emy (2022) 'Recognition of same-sex relationships European Court of Human Rights (Third Section): Judgment of 13 July 2021'. *European Human Rights Law Review*, nr 2, s. 180 – 182.

Harris, David, O'Boyle, Michael, Bates, Ed och Buckley, Carla (2018), *Harris, O'Boyle and Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights*. 4 uppl., Oxford: Oxford University Press.

Hjertstedt, Mattias (2019), 'Beskrivningar av rättsdogmatisk metod: Om innehållet i metodavsnitt vid användningen av ett rättsdogmatiskt tillvägagångssätt' i: Mannelqvist, Ruth, Ingmansson, Staffan och Ulander-Wänman, Carin (red.), *Festskrift till Örjan Edström*. Umeå: Juridiska institutionen, Umeå universitet, s. 165 – 174.

Hodson, Loveday (2011), 'A Marriage by Any Other Name? *Schalk and Kopf v Austria*'. *Human Rights Law Review*, vol. 11 nr 1, s. 170 – 180.

Itzigehl, Cecilia (2012), *Rätten att bilda familj oavsett sexuell läggning – En analys av Europadomstolens praxis*.

Johnson, Paul (2015), "'The choice of wording must be regarded as deliberate": same-sex marriage and Article 12 of the European Convention on Human Rights'. *European Law Review*, vol. 40 nr 2, s. 207 – 224.

Kjølbros, Jon Fridrik (2017), *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention: For praktikere*. 4 uppl., København: Jurist- og Økonomforbundet.

Kleineman, Jan (2018), 'Rättsdogmatisk metod' i: Nääv, Maria och Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*. 2 uppl., Lund: Studentlitteratur, s. 21 – 46.

Nilsson, Anna (2020), 'Internationella mänskliga rättigheter' i: Linderfalk, Ulf, *Folkrätten i ett nötskal*. 3 uppl., Lund: Studentlitteratur, s. 172 – 186.

Pustorino, Pietro (2014), 'Same-Sex Couples Before the ECtHR: The Right to Marriage' i: Gallo, Daniele, Paladini, Luca och Pustorino, Pietro (red.), *Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions*. Heidelberg: Springer, s. 399 – 408.

Rainey, Bernadette, McCormick, Pamela och Ovey, Clare (2021), *Jacobs, White and Ovey: the European Convention on Human Rights*. 8 uppl., Oxford: Oxford University Press.

Sandgren, Claes (2021), *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare: Ämne, material, metod, argumentation och språk*. 5 uppl., Stockholm: Norstedts Juridik.

Schabas, William A. (2015), *The European Convention on Human Rights: A Commentary*. Oxford: Oxford University Press.

Shahid, Masuma (2017), 'The Right to Same-Sex Marriage: Assessing the European Court of Human Rights' Consensus-Based Analysis in Recent Judgments Concerning Equal Marriage Rights'. *Erasmus Law Review*, nr 3, s. 184 – 198.

Sörgjerd, Caroline (2011), *Reconstructing Marriage in a Changing Legal and Societal Landscape: Challenges of New Cohabitation Models in Sweden*. Uppsala: Juridiska institutionen, Uppsala universitet.

Wintemute, Robert (2017), 'European Law Against Discrimination on Grounds of Sexual Orientation' i: Boele-Woelki, Katharina och Fuchs, Angelika (red.), *Same-Sex Relationships and Beyond: Gender Matters in the EU*. 3 uppl., Cambridge: Intersentia, s. 179 – 204.

Ziyadov, Nazim (2019), 'From Justice to Injustice: Lowering the Threshold of European Consensus in *Oliari and Others versus Italy*'. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 26 nr 2, s. 631 – 672.

Rättsfallsförteckning

Europadomstolen

Chapin and Charpentier v. France, no. 40183/07, 9 juni 2016.

Christine Goodwin v. the United Kingdom [GC], no. 28957/95, ECHR 2002-VI.

Clift v. the United Kingdom, no. 7205/07, 13 juli 2010.

Cossey v. the United Kingdom, 27 september 1990, Series A no. 184.

D.H. and Others v. the Czech Republic [GC], no. 57325/00, ECHR 2007-IV.

E.B. v. France [GC], no. 43546/02, 22 januari 2008.

Fedotova and Others v. Russia, nos. 40792/10, 30538/14 och 43439/14, 13 juli 2021.

Golder v. the United Kingdom, 21 februari 1975, Series A no. 18.

Hämäläinen v. Finland [GC], no. 37359/09, ECHR 2014-IV.

Johnston and Others v. Ireland, 18 december 1986, Series A no. 112.

Mata Estevez v. Spain (dec.), no. 56501/00, ECHR 2001-VI.

Misick v. the United Kingdom (dec.), no. 10781/10, 16 oktober 2012.

Oliari and Others v. Italy, nos. 18766/11 och 36030/11, 21 juli 2015.

P.B. and J.S. v. Austria, no. 18984/02, 22 juli 2010.

Petrovic v. Austria, 27 mars 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-II.

Rasmussen v. Denmark, 28 november 1984, Series A no. 87.

Rees v. the United Kingdom, 17 oktober 1986, Series A no. 106.

Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal, no. 33290/96, ECHR 1999-IX.

Schalk and Kopf v. Austria, no. 30141/04, ECHR 2010-IV.

Sheffield and Horsham v. the United Kingdom, 30 juli 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-V.

Tyrer v. the United Kingdom, 25 april 1978, Series A no. 26.

Vallianatos and Others v. Greece [GC], nos. 29381/09 och 32684/09, ECHR 2013-VI (extracts).