

Johan Hirschfeldt

# Inte är väl regleringen för ingående av äktenskap värderingsfri?

## 1 Rubrikens fråga

Riksdagen beslutade 2009, efter en splittrad och långvarig beredning, på civilutskottets initiativ att införa en könsneutral utformning av bestämmelserna om ingående av äktenskap i 1 kap. 1 § äktenskapsbalken med uttryckssättet: ”De två som ingår äktenskap med varandra blir makar.” Samtidigt ändrades lagregleringen av vigselfrågorna.<sup>1</sup>

I förarbetena anslöt sig civilutskottet<sup>2</sup> till följande uttalande som lagutskottet tidigare hade gjort i anslutning till antagandet av 1994 års lag om registrerat partnerskap:<sup>3</sup>

Det bör inte ankomma på samhället att – genom lagstiftningen eller på annat sätt – ge uttryck för några värderingar när det gäller människors sätt att ordna sin samlevnad.<sup>4</sup>

Men är denna, till synes neutrala utgångspunkt, verkligen principiellt hållbar? Är det inte i stället i egentlig mening just värderingar man ”ger uttryck för” genom att lagstifta på visst sätt och måste man då inte diskutera dem först? Till belysning av frågan är det fruktbart att studera litet amerikansk rättsfilosofi. Så det blir här i någon mån ett möte mellan rättsfamiljer. Detta hoppas jag gläder vännen Rolf Nygren.

<sup>1</sup> Äktenskaps- och partnerskapsutredningens betänkande (SOU 2007:17) Äktenskap för par med samma kön – Vigselfrågor, prop. 2008/09:80 och bet. 2008/09:CU19.

<sup>2</sup> Bet. 2008/09:CU19, s. 10.

<sup>3</sup> Bet. 1993/94:LU28, s. 8 f.

<sup>4</sup> I lagutskottets betänkande följde sedan en mening: ”Samhället har i stället en skyldighet att tillgodose det uppenbara behov som finns genom att erbjuda även enkönade par möjligheten att bilda familj med juridiska rättigheter och förpliktelser som följd.”

## 2 Lagstiftningsförändringarna

En rätthistoriskt initierad läsekrets behöver sannerligen inte påminnas om att just äktenskapsrättens utveckling i hög grad präglats av att samhällen genomgår successiva lagstiftningsförändringar på området. Därvid uttrycks nya samhällseliga värderingar. Det räcker att gå till redovisningen i läroböckerna för att se detta.

Genom 1920 års giftermålsbalk jämställdes man och hustru. Samhällelig neutralitet till olika samlevnadsalternativ kan sägas ha blivit en alltmär representativ hållning på området. Göran Inger<sup>5</sup> har framhållit att 1972 års familjelagssakkunniga i sitt betänkande<sup>6</sup>

avspeglade ... den förändring i värderingar och beteendeförhållanden, som inträffat i det svenska samhället framför allt under de tre senaste årtiondena. Det är det sekulariserade samhället, som präglar detta betänkande, ett samhälle, som dessutom inte har något intresse av om de enskilda medborgarna lever tillsammans i lagligen stadfästa äktenskap eller om de lever tillsammans under äktenskapsliknande förhållande, ehuru de icke är gifta med varandra. Varje individ skall själv bestämma, hur han eller hon vill ha det.

Därefter kom 1987 års reformer med den parallella tillkomsten av äktenskapsbalken, lagen om sambors gemensamma hem och lagen om homosexuella sambor. En lag om registrerat partnerskap tillkom 1994. De båda sambolagarna slogs samman 2003. Registrerade partner gavs möjlighet att adoptera barn gemensamt 2003 och fick tillgång till assisterad befruktning 2005.

Lagstiftningen om könsneutrala äktenskap är, som sagt, på plats sedan 2009. Nästa värdeladdade fråga som nu tornar upp sig för regering och riksdag gäller krav på ändringar av 1972 års lag om fastställelse av köns-tillhörighet. Där har Socialstyrelsen till regeringen överlämnat en rapport där bl.a. kravet på sterilisering vid könsbyte föreslås bli struket.<sup>7</sup>

<sup>5</sup> Göran Inger, Svensk rättshistoria, s. 272, Liber Läromedel Lund, 1980.

<sup>6</sup> SOU 1972:41 Familj och äktenskap.

<sup>7</sup> Socialstyrelsens rapport Transsexuella och övriga personer med könsidentitetsstörningar – Rättsliga villkor för fastställelse av könstillhörighet samt vård och stöd, 2010.

### 3 Lagstiftningsärendet om könsneutrala äktenskap

Äktenskaps- och partnerskapsutredningens med f.d. justitiekanslern Hans Regner som särskild utredare ställdes inför den svåra uppgiften enligt direktiven att redovisa samtliga skäl som talar för eller emot att äktenskap ska kunna ingås av par med samma kön.

I ett bakgrundsavsnitt hänvisar utredaren särskilt till laguskottets ovan citerade uttalande om att lagstiftaren inte ska ge uttryck för värderingar.<sup>8</sup> Vidare nämner han följande, närmast motstridiga, uttalande av regeringen i propositionen om partnerskap och adoption:<sup>9</sup>

Liksom annan lagstiftning är partnerskap och adoption i grunden en fråga om värderingar, här framför allt synen på familjebildning och föräldraskap, som samtidigt skall avgöras sakligt och rationellt. I detta fall skall bedömningen utgå från vad som kan antas vara bäst för barnen.

Utredaren diskuterar sedan äktenskapet som en del av den svenska rättsordningen och dess anknytning till familjebildning som social institution. Han inleder sina överväganden:<sup>10</sup>

En redovisning av skälen för eller emot ett vidgat äktenskapsbegrepp måste grundas på vad som sagts i den allmänna debatten eller som annars har en viss allmängiltighet. Rena känsluskäl som exempelvis kan bero på en persons inställning till homosexualitet måste lämnas åt sidan. Inte heller kan religiösa uppfattningar om homosexualitet som en mänsklig företeelse ges utrymme. Det kan inte vara min uppgift att värdera sådana uppfattningar som kan ha en rent religiös bakgrund. Inte heller kan jag välja eller vraka bland olika skäl för den ena eller andra lösningen beroende på min personliga uppfattning. Det måste i stället bli en fråga om skäl som kan mätas med en någorlunda objektiv måttstock. Redovisningen som lämnas i det följande har utformats från denna utgångspunkt. En annan utgångspunkt har varit äktenskapets betydelse som familjebildning. I den allmänna debatten om äktenskap för par med samma kön synes nämligen oftast äktenskapet som familjebildning ha stått i fokus.

<sup>8</sup> SOU 2007:17, s. 123.

<sup>9</sup> Prop. 2001/02:123, s. 29 f.

<sup>10</sup> SOU 2007:17, s. 220 f.

Härefter diskuterar utredaren skälen för och emot äktenskap för par med samma kön och förordar att äktenskapet ges en könsneutral reglering.

Remissinstansernas bedömningar av förslaget redovisas i propositionen.<sup>11</sup> Bland de synpunkter som framförs kan här nämnas att nuvarande lagstiftning anses diskriminerande eller särbehandlande eller kan uppfattas som godtyckligt särbehandlande. Förslaget bedöms leda till en positiv attitydförändring till gagn för barnen till homosexuella – barn som särbehandlas om deras föräldrar inte har samma möjligheter som heterosexuella föräldrar. Att äktenskapet som en institution värnar om familjebildningen behöver inte förbindas med biologisk reproduktion i snäv mening.

De religiösa samfundens syn på äktenskapet skiljer sig åt. För en del är vigseln ett sakrament, för andra inte. Några religiösa remissinstanser framhåller dels att äktenskapet är den enda samlevnadsform som medger faderskapspresumtion och därmed sammanlänkar föräldraskapets biologiska, juridiska och sociala dimensioner, dels att en utvidgning av äktenskapsbegreppet kan leda till krav på ytterligare ändringar, t.ex. att ”syskon av samma kön eller månggifte ska godtas.”

Det sista uttalandet är språkligt sett något oklart – men det är väl en oro för bl.a. samkönade syskonäktenskap som avses.

Civilutskottet anförde i skälen för sitt förslag om en lagändring bl.a. att det för sin del inte kunde finna annat än att det som kommer till uttryck i lag återspeglar vad som är sanktionerat av samhället i stort och normerande för de vardagliga levnadsförhållandena. En åtskillnad mellan äktenskap och registrerade partnerskap kunde då uppfattas som en signal om att det finns skäl att göra skillnad. Invändningen att könsneutrala äktenskap strider mot traditionen bemötte utskottet så här:

Att ett begrepp under lång tid har haft en viss innebörd i något avseende är, som utskottet ser det, i sig inte ett skäl att behålla det. Genom åren har lagens regler om innebörden och förutsättningarna för ett äktenskap ändrats väsentligt. Att nu göra en ändring som innebär att lagen bättre svarar mot de levnadsvanor och värderingar som idag finns i samhället är enligt utskottets mening inget brott mot den traditionen.

Utskottet menar vidare att motiven för den äktenskapliga regleringen är fristående från religiösa värderingar. Trosuppfattningarna kan inte vara

<sup>11</sup> Prop. 2008/09:80, s. 12 ff.

avgörande för lagens utformning. Men det är enligt utskottet möjligt att inrätta reglerna så att de inte kommer i konflikt med de religiösa värderingarna, t.ex. genom att vigselförrättarna inom trossamfundet har en viktig roll som ”företrädare för det allmänna” i vigselverksamheten.<sup>12</sup>

## 4 Vigselplikt?

I anslutning till införandet av könsneutrala äktenskap aktualiserades också vigselfrågor. Något obligatoriskt civiläktenskap kommer inte i fråga. Att det för borgerliga vigselförrättare ska vara obligatoriskt att viga alla, även samkönade par är naturligtvis en given utgångspunkt. Eftersom även vigsel inom trossamfund är en form av myndighetsutövning och denna befogenhet därmed måste delegeras till privata subjekt, ska enligt regeringsformen regleringen av vigslerätten ske i lag. Så sker i lagen om rätt att förrätta vigsel inom trossamfund. Den lagen gäller nu även för Svenska kyrkan. En vigselförrättare inom ett samfund med vigslerätt är dock enligt en uttrycklig lagbestämmelse inte skyldig att förrätta vigsel (4 kap. 3 § andra stycket äktenskapsbalken).

Utredaren behandlade den sistnämnda frågan närmare.<sup>13</sup> Ska det råda vigselpikt för vigselförrättare inom trossamfundet eller för samfundet eller ska det kravet inte ställas? Utgångspunkten var här gällande rätt där det inte förelåg någon vigselpikt för samfundet eller deras befattningshavare. I stället gäller samfundets interna föreskrifter. Det kan ställas krav på medlemskap eller annan tillhörighet. Vigsel kan nekas på rent läromässiga eller självavårdsmässiga skäl.

Utredaren nämner den ena linjens diskrimineringsargument liksom den andras, den som hävdar religionsfrihetsargumentet och som tillägger att vigsel är gudstjänst och att det över huvudtaget inte är möjligt att ”separera” myndighetsutövningen från den religiösa liturgin.

Utredaren gör sedan en bedömning utifrån rättsliga utgångspunkter. Han redovisar bestämmelserna i diskrimineringslagen, 16 kap. 9 § brottsbalken om olaga diskriminering, 1 kap. 9 § RF om likabehandling inför lagen samt målsättningsstadgandet i 1 kap. 2 § RF om att den offentliga makten ska utövas med respekt för alla människors lika värde och för den enskilda människans värdighet. Utredaren anser att den sistnämnda bestämmelsen, även om den inte är rättsligt bindande, fordrar en intresse-

<sup>12</sup> Bet. 2008/09:CU19, s. 10 ff.

<sup>13</sup> SOU 2007:17, s. 274 ff.

avvägning i frågan om vigselplikt. Härfter behandlas frågan om en vigselplikt strider mot religionsfriheten (2 kap. 1 § första stycket sjätte punkten RF och Europakonventionens art. 9). Slutsatsen blir att en vigselplikt i allt fall tangerar religionsfriheten och att nuvarande ordning bör behållas.

Detta blir också lagstiftarens slutsats: "(O)m trossamfundets verksamhet är varaktig och samfundet har en sådan organisation att det på goda grunder kan antas att äktenskapsbalkens bestämmelser om vigsel och därmed sammanhängande åtgärder kommer att tillämpas", kan trossamfundet ges tillstånd att förrätta vigsel.

Denna villkorsformulering i 1 § lagen om rätt att förrätta vigsel inom trossamfund är inte uppbyggd på några redovisade värderingar i sak utan kan ses som en närmast rent teknisk hänvisning till äktenskapsbalkens reglering av frågan.

I sammanhanget kan nämnas att det på ett angränsande område finns en helt annorlunda villkorsformulering som uttryckligen är värdebaserad. Det gäller villkoren för statsbidrag till trossamfund. I 3 § lagen om stöd till trossamfund stadgas, att statsbidrag får lämnas endast till ett trossamfund som "bidrar till att upprätthålla och stärka de grundläggande värderingar som samhället vilar på". I förarbetena till bestämmelsen utvecklas innebörden av bestämmelsen. I propositionen anför departementschefen:<sup>14</sup>

Ett trossamfund som skall komma i fråga för statligt stöd i form av statsbidrag bör enligt regeringens uppfattning bedriva en verksamhet som direkt eller indirekt upprätthåller och stärker de grundläggande värdena i det svenska samhället. I detta ligger att samfundet utövar sin verksamhet med respekt för alla människors lika värde samt bidrar till en normbildning i samhället som överensstämmer med demokratins idéer. En förutsättning för statsbidrag bör således vara att trossamfundet bidrar till att upprätthålla och stärka samhällets grundläggande värderingar. För att anses bidra till att upprätthålla och stärka samhällets grundläggande värderingar bör trossamfundet motverka alla former av rasism och andra typer av diskriminering samt våld och brutalitet. Samfundet bör också verka för att utveckla förutsättningarna för jämställdhet mellan kvinnor och män. Vidare bör samfundet verka för att dess medlemmar och betjänade vägleds av etiska principer som är förenliga med samhällets grundläggande demokratiska värderingar. Detta innebär dock inte något krav på att t.ex. samfundets lära eller åskådning skall utformas i demokratisk ordning. Inte heller krävs det att beslutsprocessen i samfundet vid utseende av exempelvis präster vilar på demokratisk grund. Av väsentlig betydelse är i stället att trossamfundet

<sup>14</sup> Prop. 1998/99:124, avsnitt 4.4.2.

verkar för att dess medlemmar och betjänade deltar i samhällslivet och att samfundet klart markerar avståndstagande från antidemokratiska strömningar i samhället.

Utredaren påpekar att dessa förutsättningar är allmänt hållna och anser dem vara inriktade på andra faktorer än dem som är av betydelse för att vigslar ska kunna förrättas inom ett trossamfund.<sup>15</sup> Samtliga remissinstanser lämnade också utredningens bedömningar i fråga om kraven för vigsel tillstånd utan invändningar. Frågan berörs sedan inte i förarbetena till 2009 års lagstiftning.

Jag återkommer till den i avsnitt 6.

## 5 En amerikansk rättsfilosof resonerar

Utredaren redovisar i betänkandet en ambitiös genomgång av utländsk rätt och nämner att äktenskap för par med samma kön numera är tillåtna i Nederländerna, Belgien, Spanien, Kanada och i delstaten Massachusetts, USA.

Medan Nederländerna och Belgien knyter rättsverkningarna av ett äktenskap till en obligatorisk borgerlig vigsel, är den spanska ordningen lik den svenska. Detsamma gäller Kanada, där domstolsargumentationen för den nya ordningen var uttalat konstitutionell till sin natur.

Så till USA. Idén till den här texten kommer från min sommarläsning om amerikanska förhållanden på området i ett arbete skrivet av rättsfilosofen och Harvardprofessorn Michel J. Sandel.<sup>16</sup> Sandels stimulerande pedagogiska grepp är att röra om i kronologin för rättsfilosofin och den politiska filosofin och att diskutera utifrån praktiska men ibland hårt vinklade exempel. Jag gör här, som amatör på området, ett litet försök till extrem sammanfattning av Sandels fängslande framställning.

Sandel börjar med utilitarismens, Benthams mesta möjliga nytta-princip och Adam Smiths diskussion om frihet. Sedan kommer libertarianismen med den minimalistiska synen på statens uppgifter och med företrädare som Hayek, Milton Friedmann och Nozick. Här använder Sandel för diskussionen frågor om handel med mänskliga organ, om assisterade självmord

<sup>15</sup> SOU 2007:17, s. 271.

<sup>16</sup> Michael J. Sandel, JUSTICE What's the right thing to do?, Penguin Books, London, 2010. Sandels seminarier med Harvardstudenter i ämnet finns också fritt tillgängliga på Internet, se <http://www.justiceharvard.org/>. Frågan om samkönade äktenskap behandlas där i det avslutande avsnittet 12.

och om samtycke till kannibalism. Därefter följer ett kapitel om rättvisa och marknad med en diskussion om sådant som värnplikt eller yrkesarmé. Han behandlar rättsliga problem som kan följa på avtal om inseminerat havandeskap eller surrogatmödrakontrakt efter in vitro fertilisering. Därefter är det dags för Immanuel Kant och hans kategoriska imperativ. Kants politiska teori sägs avvisa utilitarismen till förmån för en rättviseteori byggd på ett socialt kontrakt. Sedan följer John Rawls och hans rättviseargumentation eller hans lika-värdesprincip, grundad på ett "blindtest" eller, med hans egna ord, ett test gjort bakom en slöja av okunskap (a veil of ignorance). Det finns enligt Rawls moraliska gränser för vad som kan avtalas. Ett samtycke är inte alltid tillräckligt för att grunda ett avtal och ibland kan en förpliktelse uppstå utan samtycke (det senare exemplifieras med ett fall, ett betalningsanspråk för en av David Hume inte beställd reparation av hans uthyrda hus i Edinburgh). Därefter behandlas antidiskriminering och "affirmative action". Sandel pekar här på att människor har olika uppfattningar om "honor and virtue" och att uppfattningar i ett samhälle om olika sociala institutionernas roll kan vara omstridda och spända. Kants och Rawls filosofi försöker enligt Sandel finna en grund för rättvisa och rättigheter som är neutral i förhållande till konkurrerande uppfattningar om innebörden av det goda livet. Det rätta har enligt dem företräde framför det goda. Så är det dags för Aristoteles. För att bestämma om rättigheter måste syftet och ändamålet för den aktuella sociala praktiken ("the *telos* of the social practice in question") bestämmas. När frågor om syfte och ändamål för en praktik prövas så innebär det, åtminstone till en del, att man också prövar och argumenterar kring vilka värden denna praktik ska gynna ("honor and reward"). Ställningstaganden till rättvisa och rättigheter fordrar alltså argumentation om innebörden av "det goda livet". Ändamålet med en god konstitution är att forma goda medborgare och utveckla deras goda karaktär. Sandel betonar betydelsen av att det förs en diskussion om sådana ting. Om liberalerna drar sig för diskussionen om frihet och rätt och nöjer sig med att förhålla sig neutrala så störtar fundamentalisterna in och tar över.

Sandel tar upp diskussionen om samkönade äktenskap. Olika syn på äktenskapets syfte och olika positioner till frågan behandlas. Han refererar ett viktigt rättsfall på området.<sup>17</sup> Den ideala libertianska lösningen att helt privatisera äktenskapet och låta människor lösa sina varierande

<sup>17</sup> Goodridge v. Dept. Of Public Health; Massachusetts Supreme Court, dom den 18 november 2003. Rättsfallet nämns också i SOU 2007:17, s. 180.



samlevnadsfrågor genom privata avtal redovisas och drivs resonemangsvis till sin spets. Också tre personer kan väl samtycka till att gifta sig med varandra. Ja, en person kan väl få gifta sig med sig själv. Om nu någon ställer upp på att förrätta ceremonin.

Här skjuter jag in: Denna argumentation kan i förstone förefalla absurd och irrelevant. Men tänk då på att det var några remissinstanser i det svenska lagstiftningsärendet som varnade just för liknande framtida konsekvenser om könsneutrala äktenskap införs i Sverige, se avsnitt 3 ovan.

Sandel sammanfattar slutligen:

The real issue in gay marriage debate is not freedom of choice but whether same-sex unions are worthy of honor and recognition by the community – whether they fulfill the purpose of the social institution of marriage.

---

And this carries us onto contested moral terrain, where we can't remain neutral towards competing conceptions of the good life.

## 6 Till sist

Ser man bakom proklamationen om neutralitet i det svenska lagstiftningsärendet finner man också mycket riktigt att det där i förarbetena finns en sådan diskussion som Sandel fordrar. Utredaren är här utförlig och allsidig. Han skriver också om kärlek och om behovet för människor med olika sexuell läggning att såväl mellan sig som utåt få visa känslor och sin önskan att leva tillsammans i ett varaktigt och ömsesidigt förpliktande förhållande. Han prövar argumentet barnalstring som syftet för äktenskap och behandlar barnens bästa-argumentet. Han tar upp också ”urvattningsargumentet”, dvs. att andra samlevnadskonstellationer på sikt kan komma att inkluderas i äktenskapet. Mera pragmatiska argument som att äktenskapsbalken bygger på neutralitet i fråga om hur makarna förhåller sig till varandra och att lagstiftaren medvetet inskränkt sig till att tillhandahålla praktiska lösningar tas upp. Remissinstanserna fortsätter diskussionen om olika värden.

I det lagstiftande civilutskottets uttalanden tas avstampet i neutralitetsprincipen men sedan återspeglas argumentationen i värdefrågorna väl. Den refereras dock naturligt nog mer kortfattat och med återhållsamhet men de värdegrundade invändningarna mot förslaget bemöts och värdeargument för förslaget anges. Utskottet stöder sig bl.a. uttryckligen på ett yttrande av teologiska fakultetsnämnden vid Uppsala universitet om att det finns goda skäl att hävda att par av samma kön har rätt att

få stöd i lag för sin samlevnad på ett sätt som inte framstår som mindre värdefullt än heterosexuella pars samlevnad.

Åter så till de i lag angivna villkoren för trossamfunden när det gäller statsbidrag respektive vigselflikt. Båda frågorna har tveklöst religiösa dimensioner men som vi sett ovan i avsnitt 4 är villkoren helt olika till sin utformning.

En reflexion som här inställer sig är att det tycks vara lättare för lagstiftaren att lägga ut texten i värdetermer i en fråga om statsbidrag än i en familjerättslig fråga. I båda fallen handlar det dock om samma allvarliga sak: På vilka utgångspunkter ska offentligrättslig myndighetsutövning vila? Låt vara att myndighetsutövningen i det senare fallet är delegerad till trossamfundet med dess vigselförrättare ”som företrädare för det allmänna” och att den myndighetsutövningen tillåts vara fakultativ – för att inte säga rent diskretionär. Motiveringen för detta är att religionsfriheten fordrar detta. Och visst, här föreligger en reell värdekonflikt.

Vill man undvika den, är lösningen ett obligatoriskt inregistrerande civiläktenskap i kombination med en rättslig avreglering av alternativet vigsel inom trossamfund. Så har man också löst konflikten i Nederländerna och Belgien. Klokt, tycker jag.

Så allra sist: Vad blir svaret på rubrikens fråga? Den blir nej. Neutralitetsargumentet må vara ett gott tekniskt avstamp. Men visst ställer väl likavärdesprincipen högre krav än bara teknisk neutralitet. Så ett ställningstagande från lagstiftarens sida måste grundas på en diskussion om värderingar och värdekonflikter. Att denna operation sedan också kommer till ett tydligt uttryck i det aktuella ärendet är ett rimligt anspråk på en god lagstiftare.