

DEN SISTA ENHÖRNINGEN: PÅ JAKT EFTER DEN KYRKLIGA VIGSELN

av Dan Hanqvist¹

”et unicornis cornu in terram fixit dicens moriendo.

Qui pro alio vult pugnare cupit se trucidare.

Sic enim stultum est de se confidere ac

de quo sibi non pertinet agonizare.”²

1. Inledning

Stat–kyrka-reformen och diskussionerna om äktenskap inom andra traditioner än den svenska³ och en könsneutral ÄktB⁴ aktualiserar rättsliga frågor om vigsel och äktenskap. Eftersom äktenskapet enligt svensk rätt från rättslig synpunkt är ett rent borgerligt förhållande är det egentligen missvisande att tala om ”kyrklig” vigsel. Det vore mer rättvisande att säga att svensk rätt föreskriver obligatorisk borgerlig (”civil”) vigsel, men att behörigheten att viga kan delegeras. Denna tes skall nu närmare belysas och diskuteras.

I flera avseenden medförde stat–kyrka-reformen inte någon förändring av vad som tidigare gällt för trossamfunden. Justeringarna i RF avseende delegation av myndighetsutövning inrangerar de registrerade trossamfunden bland övriga privaträttsliga subjekt till vilka myndighetsutövning kan delegeras.⁵

¹ Jag vill tacka professor Michael Bogdan och advokat Nils Gärder som läst och kommenterat tidigare utkast till artikeln. De kvarvarande felen och åsikterna är naturligtvis helt mina egna.

² Dyalogus creaturarum moralizatus (1483), 88 samtalet; i modern svensk översättning, Skapelsens sedelärande samtal (1983): ”och enhörningen rände hornet i marken och sade döende: ’Den som vill intervensera måste eget liv riskera.’ Det är alltså dumt att vara självsäker och ta strid om sådant som inte angår en”.

³ Se t.ex. riksdagsfrågorna (med svar) 1999/2000:540, 1999/2000:765, 2000/01:1141, 2000/01:1142, 2000/01:1363, 2000/01:1579, 2001/02:635, 2001/02:634 och 2001/02:982 och Ds 2002:54

⁴ Se t.ex. den skriftliga riksdagsfrågan 2002/03:498 (med justitieministerns svar 2003-02-10).

⁵ RF 11:6 och SOU 1997:41, 238 (jfr. prop. 1997/98:49, 15). Svenska kyrkans Andra kyrkolagsutskott påstod 1995 att regleringen betydde att ”trossamfund” vore ”en annan rättsfigur än de personer som i övrigt nämns i bestämmelsen, nämligen bolag, förening, samfällighet, stiftelse och enskild individ” (utskottets betänkande 1995:1, prop. 1995/96:80, 76f). I den utformning bestämmelsen slutligen fick tas ”trossamfund” inte upp som ett subjekt till vilket myndighetsutövning kan delegeras; istället nämns den särskilda föreningstypen ”registrerat trossamfund”.

Avseende t.ex. vigselrätten och det statliga ekonomiska biståndet⁶ (kontanta medel) är de registrerade trossamfunden inte privilegierade; uppördshjälpen beträffande avgifter från medlemmar innebär inte att de registrerade trossamfunden har fått någon beskattningsrätt utan skall istället ses som ett alternativ till kontant understöd.⁷

Reformen innebär att det i svensk rätt finns en ny sorts förening, ”registrerat trossamfund”.⁸ Föreningarna är inte offentligrättsliga institutioner.⁹ Föreningstypen är förbehållen viss kvalificerad religiös verksamhet. Själva associationsformen skiljer sig från ideella föreningar i mycket ringa grad. Om en religiös grupp vill få en juridisk person registrerad, eller själv registreras, enligt lagen (1998:1593) om trossamfund (LTS), måste gruppens interna struktur åtminstone motsvara kraven i LTS. Gruppen skall ha stadgar där det finns bestämmelser om det registrerade trossamfundets ändamål och om hur det fattas beslut i föreningens angelägenheter och en styrelse eller motsvarande organ (7 § LTS). Kraven motsvarar vad som gäller för att en ideell förening skall föreligga (prop. 1997/98:116, 25). Därvid torde ”religiös” vara att tolka utifrån den svenska rättens syn på vad som är religiöst snarare än de förmenta trossamfundens.¹⁰ Sedan gammalt har ideella föreningar varit den naturliga civila organisationsformen för trossamfunden utanför Svenska kyrkan (prop. 1951:100, 44 och 57); det faktum att reglerna för de registrerade trossamfunden utformats för att de skall komma att i hög grad likna de ideella föreningarna innebär att den tidigare grundinställningen i svensk rätt bevarats.

Systemet har kritiserats för att det skulle medföra statlig prövning av trossamfunden i flera led, nämligen beträffande: (i) registreringen av föreningen; (ii) vigselrätten; (iii) statsbidrag; och (iv) enskilda begravningsplatser.¹¹ Kritiken förefaller vara obefogad. Självklart skall staten ha samma möjligheter att

⁶ Prop. 1997/98:116, 20. Annorlunda, förefaller det, Paulsson i Karnov 2001/02, 357, not 5. Kyrkoberedningen förutsatte att endast registrerade trossamfund (i den betydelse termen hade i beredningens förslag) skulle ”få” vigselrätt (SOU 1994:42, 171).

⁷ Prop. 1995/96:80, 29 och prop. 1998/99:124, 63f. Detta bekräftades av kulturministern 2002-05-27 i hennes svar på interpellationen 2001/02:433 (snabbprotokollet 2001/02:113, 2002-05-27, anf. 1). Se också min artikel i Skattenytt 2002, 693 ff.

⁸ Till föreningstypen, se min uppsats i Ny juridik 2/2003.

⁹ Se min artikel i denna tidskrift 2002.

¹⁰ Jfr. prop. 1997/98:49, 14 (”Det bör påpekas att det som skyddas av den föreslagna bestämmelsen i regeringsformen är det som *ur det allmännas synvinkel* avses med begreppet trossamfund”; min emfas); prop. 1981/82:172, 5; prop. 1998/99:70; RegR, mål 3454-2001, dom 2002-06-25; KamR Göteborg, mål 172-2001, dom 2001-11-06; G. Petré och H. Ragnemalm, Sveriges grundlagar (1980), 47; SOU 1998:113, 312; och L. de Naurois, Rev. de droit canonique 1972, 13.

¹¹ S. Jansson, Analys 5. Kommentarer till Remiss I Staten och trossamfunden (SOU 1997:41, 43, 46 och 47) (1997), 12.

kontrollera den delegerade offentliga verksamheten som den verksamhet som bedrivs direkt i statlig regi. Prövningen vid registreringen av registrerade trossamfund är av formell natur och är inte längre gående än vad som gäller vid registrering av andra associationer.¹² Registreringen innebär inte något godkännande eller annan "kvalitetsstämpel" avseende föreningarna.¹³ Det finns ingen anledning varför de registrerade trossamfundet i detta avseende skulle inta en privilegierad ställning. Vad gäller statsbidragen, måste staten självklart pröva till vem och för vilken verksamhet skattebetalarnas pengar används. Det vore inte möjligt att ge vilken grupp som helst som ansåg sig vara ett trossamfund tillgång till statliga medel.¹⁴

2. "Äktenskap" och "vigsel"

2.1 Terminologin

Det faktum att svenska ord som "äktenskap" och "vigsel" används för *både* vissa religiösa ceremonier *och* vissa rättshandlingar, skall inte förleda oss att tro att orden alltid motsvarar en och samma företeelse. Ja, problem uppstår redan när olika statliga rättsordningar jämförs. Bogdan diskuterar ett exempel:¹⁵

"Att det engelska '*marriage*' i såväl juridiken som i vardagsspråket betyder äktenskap är klart. Men i engelsk rätt har det rättsverkningar som på flera punkter avviker från rättsverkningarna av äktenskap enligt svensk rätt, det ingås på något annorlunda sätt, villkoren för dess upplösning är annorlunda osv. Uttrycken '*marriage*' och 'äktenskap' kan sägas betyda detsamma, därför att de avser äktenskap mera som en sociologisk, biologisk och/eller religiös institution än ett rättsinstitut. Att komma med en internationellt gångbar *juridisk* definition av äktenskap är mycket svårare."

I dagligt tal kan t.ex. "äktenskap" omfatta såväl sambo-förhållanden som registrerat partnerskap. Inom den internationella privat- och processrätten anses de regler som utformats för äktenskap också i stor utsträckning kunna

¹² Prop. 1998/98:116, 25 och 27 och U. Lindquist och S. Losman, *Församlingsjuridik* (2002), 17; jfr. även SOU 1997:41, 147.

¹³ Se SOU 1997:41, 142f; prop. 1997/98:116, 26; och prop. 1998/99:38, 208.

¹⁴ Jfr. prop. 1997/98:49, 14; prop. 1998/99:124, 64ff; och kulturministern i riksdagen 2002-05-27 (snabbprotokollet 2001/02:113, anf. 3) och hennes skriftliga svar 2002-06-12 på fråga 2001/02:1310.

¹⁵ M. Bogdan, *Komparativ rättskunskap* (1993), 53.

appliceras på både sambo-förhållanden¹⁶ och registrerat partnerskap.¹⁷ Sambo-förhållanden, registrerat partnerskap och äktenskap är så pass lika att äktenskap eller registrerat partnerskap inte kan förenas med sambo-förhållande enligt sambolagen¹⁸ (registrerat partnerskap har i huvudsak samma rättsverkningar som ett äktenskap och kan upplösas på samma sätt som, och med samma rättsverkningar som beträffande, äktenskap¹⁹).

2.2 Historiskt

Folk gifte sig innan de var kristna; de gifter sig idag oavsett om de är kristna; och de kristna gifte sig länge utan kyrkans välsignelse.²⁰ Vad den romerska rätten beträffar har det sagts att ”marriage was to the Romans, as to the other peoples of antiquity, a *de facto* rather than a *de jure* matter, in the sense that two people were held to be married, not because they had gone through any particular ceremony, but because they in fact lived together as man and wife”.²¹ Efter övergången till kristendom förändrades förhållandena först långsamt. Mary Ann Glendon säger att ”[t]he greatest obstacle to the direct enforcement by the Church of the new Christian ideas about sex and marriage was that marriage was regarded everywhere in Europe in the first half of the Middle Ages as a personal and purely secular matter. Conversion to Christianity in the Roman empire and in the lands inhabited by the Germanic tribes did not automatically result in the immediate acceptance of the Christian notions that marriage had to be strictly monogamous and that all sexual relations outside marriage were prohibited. Nor did the Church insist on this. Marriage continued to be regulated by social rules about marriage age, choice of partners, and legitimate descent. [...] Ecclesiastical jurisdiction over marriage was acquired only very gradually, and in large part, through a process of compromise with, adaptation to, and even incorporation of indigenous practices.”²² I t.ex. Skottland kunde man under 1600-

¹⁶ 1 § lagen (1990:272) om internationella frågor rörande makars och sambors förmögenhetsförhållanden; prop. 2000/01:148, 20f och 33f; och Bogdan, Svensk internationell privat- och processrätt (1999), 198 och i Fskr Hjernner (1990), 50ff. I de fall personer av samma kön ingått könsneutrala äktenskap i länder där sådant erkänns (f.n. Nederländerna och Belgien) torde sådana äktenskap i Sverige ges åtminstone samma rättsverkningar som registrerat partnerskap (jfr. Bogdan, Advokaten 9/2001, 12 och justitieministerns svar 2003-02-10 i riksdagen på den skriftliga frågan 2002/03:498).

¹⁷ Bogdan 1999, 187.

¹⁸ 1 §, 2 st. sambolagen; se också 1 och 2 §§ förslaget till ny sambolag och prop. 2002/03:80, 28.

¹⁹ Prop. 2001/02:129, 12.

²⁰ R.-C. Gerst i Christentum und antike Gesellschaft (1990).

²¹ H. F. Jolowicz, Historical Introduction to the Study of Roman Law (1967), 113. Se också J. W. F. Sundberg, Familjerätt i förvandling (1969), 75.

²² M. A. Glendon, The Transformation of Family Law (1989), 24 (hänvisningar i texten har utelämnats).

talet säga att "[t]he public solemnity [of marriage] is a matter of order, justly introduced by positive law, for the certainty of so important a contract, but not essential to marriage. Thence arises only the distinction of public or solemn, and private and clandestine marriages: and though the contraveners may be justly punished, [...] yet the marriage cannot be declared void, and annulled". Den skotska rätten gick (och går) så långt att den sade (och säger) att "cohabitation, and being commonly reputed man and wife, validates the marriage".²³

Situationen här i landet var inte annorlunda. I äldsta tid fanns det enligt svensk rätt ett enda, icke-kyrkligt, sätt att ingå äktenskap som ett avtal mellan nupturienterna (eller deras företrädare). I och med Sveriges kristnande kom det att finnas två sätt att ingå äktenskap: dels det äldre icke-kyrkliga, dels det senare i landet införda kyrkliga. Kyrkan strävade hela tiden efter att få de kyrkligt ingångna äktenskapen erkända som de enda riktiga, vilket inte lyckades förrän i och med 1734 års lag,²⁴ d.v.s. sedan den protestantiska reformationen befäst sin seger i Sverige och den svenska staten gjort rent hus med den kanoniska rättens erkännande inför de statliga domstolarna och myndigheterna. Det kyrkliga äktenskapets seger var alltså inte en seger för den kanoniska rätten utan för den del av den svenska statsapparaten som utgjorde Svenska kyrkan och vars regler visserligen gällde som kyrkolag men alltjämt som *den svenska statens* kyrkolag. (Det gamla icke-kyrkliga sättet att ingå äktenskap gick emellertid igen i de s.k. ofullkomnade äktenskapen. Det ofullkomnade äktenskapet hade dock inte alla de rättsverkningar som följde av ett fullkomnat äktenskap.²⁵ Reglerna om ofullkomnade äktenskap avskaffades genom 1915 års lagstiftning.²⁶)

I samband med de stora äktenskapsrättsliga reformerna under början av 1900-talet diskuterades frågan huruvida den resulterande äktenskapslagstiftningen hade kyrkolags natur (en intern svenskrättslig fråga som hade att göra med de vid den tiden rådande konstitutionella förhållandena). I debatten påpekade justitieministern 1908 att – trots kyrkomötets motsatta uppfattning – äktenskapet vore en borgerlig (icke-kyrklig) institution reglerad genom icke-kyrklig rätt och att kyrkomötets bifall blott behövde inhämtas beträffande de regler enligt vilka Svenska kyrkans tjänster skulle tas om

²³ James, Viscount Stair, *The Institutions of the Law of Scotland* (1693), I.4.6 och E. Marshall, *General Principles of Scots Law* (1995), 17–10f.

²⁴ G. Inger, *Svensk rättshistoria* (1997), 22; se också 88 och 140; L. Tottie, *Äktenskapsbalken* (1990), 66; och Lagberedningens förslag till revision av giftermålsbalken och vissa delar av ärvdabalken. I. Förslag till lag om äktenskaps ingående och upplösning m.m. (1913), 106.

²⁵ Inger, 140 och Lagberedningens förslag, 97.

²⁶ Agell SvJT 1984, 715f och Inger, 197.

hand.²⁷ (Det kan erinras om att kampen för borgerlig vigsel till stor del fördes av frikyrkorna, kanske främst baptisterna.²⁸) Lagberedningen påpekade 1913²⁹ att det ”onekligen” skulle äga ett visst värde att uppfattningen om att det endast finns en rättsligt verksam vigsel kom till klart uttryck på det sättet att den enda lagliga *vigsselformen* vore den borgerliga. Dels skulle detta innebära att ingen till följd av sin religiösa övertygelse utestängdes från en valrätt som tillkom andra (nämligen om det trossamfund man tillhör inte förfogar över vigsselförrättare), dels lagen inte lämnade ”förment stöd” till uppfattningen att ”samhället erkände två slags äktenskap”. Beredningen ansåg dock att det fanns ett större motstående värde i att nupturienterna kunde välja en vigsselform som av de själva uppfattades som mest förbindande. Dessutom skulle det kunna leda till onödig administration och praktiska problem – särskilt i glesbygd – om nupturienterna behövde uppsöka både en borgerlig vigsselförrättare och en kyrklig ämbetsman. Detta ligger i linje med strävandena med reformen att ”slutligt frigöra äktenskapet från sin kyrkliga förankring”.³⁰ ÄktB intar samma principiella ståndpunkt.³¹ När vigsselformerna införlivades i den nya Giftermålsbalken 1920 skedde detta utan kyrkomötets deltagande och Giftermålsbalken promulgerades i sin helhet såsom icke-kyrklig lag utan dess deltagande.³² (Vissa delar av den tidigare lagen om äktenskaps ingående och upplösning från 1915 som berörde vigseln promulgerades dock efter att ha antagits av kyrkomötet som kyrkolag.)

Det är knappast kontroversiellt att rättsregler har sitt ursprung i etiska eller politiska värderingar.³³ Det är naturligt i åtminstone demokratiska stater att rättsordningen kommer att i relativt hög grad motsvara medborgarnas mer stabila etiska och politiska värderingar – rättsordningen är ett medel för att genomdriva just sådana värderingar.³⁴ Detta samband kan betecknas som ”genetiskt” eller ”historiskt”, *men är inte rättsligt*: av t.ex. det moderna svenska äktenskapets historiska ursprung i det germanska, romerska och kanoniskrättsliga kan man inte sluta sig till någonting alls vid en tillämpning av ÄktB:s regler eftersom de källorna saknar auktoritet i förhållande till den svenska lagstiftningen (även om en komparativ behandling kan kasta ljus

²⁷ B. Ekeberg i Minnesskrift ägnad 1734 års lag, I (1934), 204.

²⁸ Inger, 195f.

²⁹ Lagberedningens förslag, 280f.

³⁰ F. Schmidt, TfR 1969, 435.

³¹ SOU 1981:85, 308 (någon annan uppfattning uttalas inte i prop. 1986/87:1) och Tottie, 67.

³² Ekeberg, 204.

³³ Jfr. A. Ross TfR 1963, 507; S. Jørgensen i Fskr Alf Ross (1969), 281; och P. Blume TfR 1995, 449.

³⁴ Jfr. Ross, 507; Blume, 465; och J. E. Andreassen Skoghøy TfR 1994, 856.

över ÄktB:s regler). Äktenskap enligt ÄktB är inte ”egentligen” det kyrkliga äktenskapet. Det är i rättslig mening ”egentligen” äktenskap enligt ÄktB.³⁵ (Det vore korrektare, om än inte särskilt upplysande, att påstå att de olika kyrkornas äktenskap ”egentligen” – d.v.s. åtminstone ursprungligen – är det civila äktenskapet.) På motsvarande sätt gäller att ”äktenskap” i ÄktB:s mening förutsätter att nupturienterna är av olika kön (ÄktB 1:1). Riksdagen skulle t.ex. kunna ändra denna bestämmelse så att den blev könsneutral, varvid ”äktenskap” i ÄktB:s mening skulle kunna ingås av samkönade par.³⁶ Ett sådant äktenskap skulle – vad avser den svenska rätten – vara lika mycket ”äktenskap” som motsvarande förhållande mellan en man och en kvinna. Att det samkönade förhållandet inte också skulle utgöra t.ex. ett kanoniskt *matrimonium* är en annan sak som inte angår riksdagen (det samkönade äktenskapet skulle i detta avseende likna det civila äktenskap som en enligt civil rätt fränksild katolik ingår med en ny nupturient).

Med utgångspunkt hos den helige Thomas av Aquino (*Summa contra gentiles* 4.78) diskuterar den kanoniske juristen Simon Aicher³⁷ äktenskapet – i betydelsen ”livslång livsgemenskap mellan en man och en kvinna” – ur tre aspekter: (i) den naturliga; (ii) den civila; och (iii) den kyrkliga. Aicher själv uttrycker det som att äktenskapet är underkastat tre rättsordningar: (a) naturrätten; (b) den civila rätten; och (c) den kanoniska rätten. Ett legitimt äktenskap, säger han, måste motsvara alla tre rättsordningar. Aicher blandar nog här ihop den naturliga föreningen mellan en man och en kvinna som ett led i fortplantningen (närmast som ett biologiskt och sociologiskt faktum) med rättsförhållanden inom den civila respektive kanoniska rätten.³⁸ Hans diskussion innehåller dock ett frö till en nyttig insikt. Parbildningen man/kvinna kan analyseras ur olika perspektiv – biologiskt/sociologiskt/psykologiskt (”naturrättsligt”); civilrättsligt; kanoniskrättsligt – ; men detta innebär inte att de analyserade fenomenen är i alla avseende identiska. Det är naturligtvis möjligt för en person att ha barn med en viss person, vara gift enligt civil rätt med en annan och gift med en tredje enligt kanonisk rätt. Det tre förhållandena är tre olika företeelser och bör inte blandas ihop.

³⁵ Jfr. A. de la Hera, *Introducción a la ciencia del Derecho Canónico* (1967), 90 och U. Stutz, *Der Geist des Codex Juris Canonici* (1918), 166 ff.

³⁶ Så är t.ex. fallet i Nederländerna (Bogdan 2001).

³⁷ *Compendium iuris ecclesiastici* (1905), § 154.

³⁸ Jfr. V. Ramallo, SJ, *El Derecho y el misterio de la Iglesia* (1972), 51 och de la Hera, 90.

3. Det äktenskapliga paradigmet

Det kristna äktenskapet har dock implicit fått ställning som det paradigmatiska exemplet för samlevnad och har stått modell för lagstiftningen om heterosexuella sambor³⁹ (som introducerade sammanboendet mellan en man och en kvinna – ”under äktenskapsliknande former”⁴⁰! – som ett *realkontrakt* i linje med den äldre romerska synen på äktenskap); lagstiftningen som utsträcker en hel del av samboreglerna till homosexuella par;⁴¹ och lagstiftningen om registrerat partnerskap.⁴² Detta förhållande utgör ett erkännande av det traditionella äktenskapets preeminens.⁴³ Lagstiftningen om sammanboende under äktenskapsliknande former (för hetero- lika väl som för homosexuella par) och registrerat partnerskap utgör alltså inte något hot mot familjen eller äktenskapet, utan snarare ett erkännande av vikten av stabilitet i familjelivet och det heterosexuella, monogama äktenskapets paradigmatiska ställning.

4. Den delegerade behörigheten att viga

Det förekommer att staten delegerar vissa funktioner till trossamfunden. Staten har delegerat behörigheten att förrätta vigslar enligt ÄktB (civilrättsligt giltiga vigslar) till präster i Svenska kyrkan (ÄktB 4:3) och bl.a. Katolska kyrkan.⁴⁴ Vigselrätten⁴⁵ och begravningsverksamhet⁴⁶ utgör delegerad offentlig verksamhet.

³⁹ Lagen (1987:232) om sambors gemensamma hem. Det är av symboliskt värde att ÄktB står först i lagboken. Symbolvärdet ligger nog till grund också för den nederländska reformen med homosexuella äktenskap (Bogdan 2001).

⁴⁰ 1 §, 2 st. sambolagen.

⁴¹ Lagen (1987:813) om homosexuella sambor, som implicit håller upp det monogama och heterosexuella äktenskapet – genom hänvisningen till sambolagen – som förebild och modell.

⁴² Lagen (1994:1117) om registrerat partnerskap, som genom 3:1 håller upp äktenskapet som förebild och modell.

⁴³ Det leder därför lite för långt både att säga att det formella äktenskapet numera skulle sakna ideologisk eller social särställning (se Agell 1984, 737 för ett sådant påstående) och att säga att lagstiftaren genom att ”godta” kyrklig vigsel ”också givit sin sanktion åt religiösa normer knutna till äktenskapet” (F. Schmidt, Äktenskapsrätt (1982), 39). Det formella äktenskapet utgör fortfarande ”grundmodell” (det har en ideologisk särställning i det avseendet) och delegeringen av vigselrätt till företrädare för trossamfund betyder på sin höjd att staten inte gentemot det aktuella trossamfundet genom beslutet i delegeringsärendet uttryckt sitt ogillande av trossamfundets normer knutna till äktenskapet. Det bör noteras att delar av äktenskapsrätten – också beträffande makarnas förmöjenhetsförhållanden – inte är dispositiva (NJA 1950, 513 och RH 2000:42)

⁴⁴ Kungl. Maj:ts resolution 1895-01-25 (SFS 1895:10, bih., 1).

⁴⁵ Tottie, 73.

⁴⁶ JO 1998/99, 436; RÅ 2001:76; mål M 34-01, dom 2002-11-05, miljödomstolen vid Stockholms TR; och *Adolf Truley GmbH v. Bestattung Wien GmbH* (C-373/00), 2003-02-27, Gemenskapsdomstolen.

Det kunde ha varit (men är inte) sant i historiskt avseende att t.ex. Svenska kyrkans präster förrättade vigslar i civil mening innan den statliga vigselrätten delegerades till bl.a. Svenska kyrkans präster. Ett sådant historiskt faktum skulle inte påverka den rättsliga utsagan att den behörighet som Svenska kyrkans präster har att förrätta vigsel enligt ÄktB följer av just ÄktB (den statliga regleringen) och inte av Svenska kyrkans egna bestämmelser. Om delegeringen enligt ÄktB skulle dras tillbaka (vilket staten i gestalt av riksdagen kan göra när som helst och på det sätt staten själv bestämmer), skulle Svenska kyrkans präster därigenom förlora behörigheten att förrätta vigsel enligt ÄktB, oavsett vad Svenska kyrkans egna regler skulle ha att säga i frågan. Det går inte för sig att blanda ihop en postulerad (mer eller mindre väl underbyggd) rättshistorisk uppfattning med en rättslig analys.

Behörighet att viga enligt ÄktB är sålunda analytiskt åtskild från den behörighet att presidera vid ingåendet av äktenskap som kan följa av t.ex. kanonisk rätt eller Svenska kyrkans kyrkoordning.⁴⁷ En vigsel enligt sådana regler kan samtidigt utgöra två sido-ordnade men samtidiga myndighetsakter:⁴⁸ dels en akt av svensk statlig myndighet enligt delegation,⁴⁹ dels en akt av kyrklig myndighet.

Möjligen är det på detta sätt rättsfallet *NJA 1891, 460* skall uppfattas. I fallet kom underretten fram till att den inte kunde pröva en vägran från rabbinen i Göteborgs mosaiska församling att viga en judisk man och en judisk kvinna med hänvisning till omständigheterna kring mannens påstådda skilsmässa från en annan judisk kvinna enligt mosaisk rätt. Överrätterna fastställde underrättens domslut. Rabbinen hade enligt det kungliga brevet 1795-11-13 ålagts att genomföra civil hindersprövning och, förefaller domstolarna ha menat, detta skulle ha uteslutit en domstolsprövning av något som det ankom på annan myndighet (rabbinen) att pröva. De invändningar beträffande mosaisk rätt som gjordes i målet förefaller domstolarna också ha ansett sig förhindrade att pröva. Rabbinens beslut torde med dagens synsätt vara att betrakta som delegerad myndighetsutövning och skulle

⁴⁷ Jfr. de la Hera, 90.

⁴⁸ Jfr. Ekeberg, 205 ("Såsom vigselförrättare utövar prästen på en gång kyrkliga och borgerliga funktioner. Han har att följa den borgerliga lagen, även där denna råkar i strid med hans uppfattning av kyrkans lära").

⁴⁹ Ds 2002:54, 28. Enligt Agell är äktenskapet ett statusförhållande som uppkommer genom (i) makarnas samtycke och (ii) myndighets beslut (Agell i Fskr Walin (2002), 22). Agell är dock av uppfattningen att det finns skäl "att markera i dagens samhälle att äktenskapet framförallt får sitt värde p.g.a. parternas äktenskapsavtal, deras vilja att leva samman som man och hustru, och mindre p.g.a. den administrativa stadfästelsen genom vigseln. Det är äktenskapsavtalet, inte vigselförrättarens förklaring att kontrahenterna blivit äkta makar, som framför allt motiverar att äktenskapet ges rättsverknningar mellan dem. Så var det ju för övrigt fram till den tid då kyrkans krav på vigsel förvandlade äktenskapet till ett statusförhållande" (23).

väl idag kunna prövas av förvaltningsdomstol i enlighet med förvaltningsrättsliga principer. (Idag företas hindersprövningen av skattemyndigheten (ÄktB 3:1).)

I Sverige kanske denna analytiska distinktion skymms p.g.a. att representanter för många trossamfund besitter vigselbehörighet. Den framgår dock tydligt i länder som t.ex. Tyskland och Frankrike där så inte är fallet och där nupturienterna alltså behöver genomföra både den borgerliga ceremonien och ev. religiösa ceremonier därutöver.

5. Delegeringens utformning

Enligt äldre rätt⁵⁰ kunde regeringen generellt medge att trossamfund förrättade vigsel; länsstyrelserna utfärdade sedan behörighetsintyg. Krav ställdes på organisationen hos trossamfundet, deras vigselordningar och de tänkta vigselförrättarnas kompetens. I vissa fall överläts uppgiften att utse vigselförrättare till samfundet själva. Vigselförrättaren skulle också enligt samfundets egna regler vara behörig att viga (prop. 1951:100, 83).

Den äldre ordningen ledde inte sällan till missförstånd och att personer som saknade behörighet utgav sig för att vara (och ofta säkert också uppfattade sig som) behöriga vigselförrättare.⁵¹ För att råda bot på missförhållandena infördes ett nytt system, vars närmare bestämmelser beträffande hur delegationen av vigslerätten skall organiseras framgår av lagen (1993:305) om rätt att förrätta vigsel inom andra trossamfund än Svenska kyrkan (VigL). Även i det nya systemet skall det ha förekommit att man inom samfund med funktionärer som av Kammarkollegiet förordnats till vigselförrättare har hållit bröllopsceremonier som inte uppfyller ÄktB:s krav på en vigsel. I vissa fall har den som lett ceremonin inte varit behörig vigselförrättare. I andra fall är det bestämmelserna om hindersprövning eller om ordningen för vigselförrättningen som inte har iakttagits. Bröllopsceremonier av det beskrivna slaget har i vissa fall inför myndigheter åberopats som vigselförrättning, vilket gett upphov till oklarhet och förvirring. I fall där vigselförrättaren kunnat lastas för något fel har det lett till att förordnandet som vigselförrättare återkallats. Berörda samfund har också erinrats om att deras "vigslerätt" kan komma att omprövas om de inte tar ansvar för att alla vigslar förrättas på rätt sätt inom samfundet. Kammarkollegiet har hittills återkallat

⁵⁰ Se framställningen i prop. 1992/93:211, avsnitt 2.2.

⁵¹ Förhoppningen att systemet skulle medföra att det blev "förhållandevis enkelt att avgöra när en vigselförrättare är behörig" (Tottie, 72) kom nog på skam.

ett vigselstillstånd. Återkallelsen grundades på att samfundets organisation visat sig vara instabil och att det även kommit fram uppgifter som tydde på att organisationen i praktiken inte var sådan att den förmådde garantera att ÄktB:s bestämmelser iakttogs (Ds 2002:54, 44).

I VigL sägs att ”annat trossamfund än Svenska kyrkan kan ges tillstånd att förrätta vigsel” (1 §, 1 st.). Formuleringen ger intryck av att själva trossamfundet skulle bli bärare av ”rätten” (egentligen väl ”behörigheten”) att förrätta vigsel (i enlighet med vad som förefaller ha varit fallet enligt äldre rätt). Så är dock egentligen inte fallet. För det *första* kan vigsel endast förrättas, inte av dem som utses därtill av trossamfundet, utan av dem som förordnats att vara vigselförrättare (1 §, 1 st. VigL). Det är Kammarkollegiet som förordnar, och som bedömer lämpligheten hos, vigselförrättarna (2 §, 1 st. VigL.) och som återkallar förordnanden om de förordnade inte längre uppfyller kraven (3 §, 2 st. VigL). Kollegiet kan dock delegera lämplighetsbedömningen till samfundet (2 §, 2 st. VigL). Förordnandet avser en *namngiven person* (prop. 1992/93:211, 19), och inte t.ex. alla präster inom ett visst samfund; det är i första hand vigselförrättaren själv som är skyldig att se till att ÄktB:s bestämmelser följs (prop. 1992/93:211, 19). Vigslerätten tillkommer alltså *företrädare för trossamfundet*,⁵² inte trossamfundet själva. VigL:s bestämmelser gäller inte beträffande präster i Svenska kyrkan. I deras fall har det äldre systemet behållits också efter relationsändringen. Ensamt av alla registrerade trossamfund kan alltså Svenska kyrkan genom interna regler i sina stadgar eller annars enligt dessa ange vem som är ”präst” och därmed *själv* avgöra vem som inom hennes organisation skall vara vigselförrättare med civil behörighet.

För det *andra* kan noteras att de trossamfund som kan komma ifråga inte enligt lagtexten behöver vara juridiska personer. Istället har kravet uppställts att samfundets verksamhet skall vara ”varaktig” och att samfundet skall ha en sådan organisation att det på goda grunder kan antas att ÄktB:s bestämmelser om vigsel och därmed sammanhängande åtgärder kommer att iakttas (1 §, 1 st. VigL). Kravet går – om lagtexten läses med utgångspunkt i normalt svenskt lagspråk – inte ut på att trossamfundet nödvändigtvis måste ha en så fast organisation att det som egen person kan förvärva rättigheter och ådra sig skyldigheter och svara i eget namn inför myndigheter och domstolar (d.v.s. utgör en juridisk person). I förarbetena sägs att tidigare praxis skall vara vägledande även framgent (prop. 1992/93:211, 19). Av den redogörelse

⁵² Formuleringen är hämtad från G. Edqvist, *Från kyrkolag till kyrkoordning* (2000), 21. Motsvarande gäller för ”religious marriages” enligt skotsk rätt (Marshall, 17–08).

för praxis som lämnas i propositionen framgår dock att de krav som uppställt där i princip är de krav som ställs för att åtminstone en ideell förening skall anses föreligga (prop. 1992/93:211, 7). Lagtexten sådan den faktiskt utformats innebär i förhållande till tidigare praxis en liberalisering. Det återstår att se huruvida Kammarkollegiets praxis kommer att följa lagtexten eller tidigare praxis.

Frågan inställer sig även hur de krav som ställs på trossamfunden för att någon av deras funktionärer skall kunna förordnas som vigselförrättare förhåller sig till bestämmelserna att trossamfunden skall kunna ansöka om att en viss person skall förordnas som vigselförrättare (2 §, 1 st. VigL), att ett förordnande skall återkallas på ansökan av ett trossamfund (3 §, 3 st. VigL) och att trossamfunden är skyldiga att informera Kammarkollegiet om vissa omständigheter (4 §, 1 st. VigL). Även om det första kravet inte kan anses innebära ett krav på rättspersonlighet, förefaller det dock krävas att ett trossamfund på ett eller annat sätt förfogar över en juridisk eller annan person för att kunna agera i ansökningsförfarandet. Eftersom Kammarkollegiets beslut enligt VigL inte kan överklagas (5 § VigL) uppstår frågan inte annars än inom ramen för ansökningsförfarandet hos kollegiet. I den mån ett trossamfund alls kan förvärva rättigheter är det knappast rättvisande att karakterisera den rätt ett sådant rättskapabelt samfund får enligt VigL som en rätt att "förrätta vigsel". Rätten kan kanske inte tillfredsställande beskrivas med traditionell svensk juridisk terminologi, men med ett uttryck hämtat från den kanoniska rätten skulle trossamfundens rätt här kunna betecknas som en *presentationsrätt*: trossamfunden kan "ansöka" om att en viss person förordnas, varefter Kammarkollegiet avgör huruvida den presenterade kandidaten är lämplig. Kollegiet kan sedan förordna vederbörande; kollegiet kan inte förordna vigselförrättare *e proprio motu*. Det kan ifrågasättas om Kammarkollegiet skulle kunna vägra att förordna en person som presenterats och som kollegiet inte anser är olämplig. Lagtextens utformning innebär möjligen att förordandet är fakultativt (kammarkollegiet *får* (inte *skall*) förordna personer som presenterats av trossamfunden) (2 §, 1 st. VigL). Avsaknaden av möjligheten att överklaga beslutet torde dock medföra att stora krav ställs på kollegiet att bedöma en presenterad kandidat objektivt och att inte vägra förordnande av en objektivt lämplig person.

6. Religiös "rätt"

Beroende på de olika trossamfundens inställning kan det förekomma principiellt betingade konflikter mellan den statliga ("civila") och den religiösa

synvinkeln. Den kanoniska rätten, t.ex., gör anspråk på att reglera *alla* äktenskap (alltså även äktenskap mellan icke-katoliker).⁵³ Här föreligger en konflikt som får en särskild skärpa eftersom den Katolska kyrkan inte erkänner någon statlig kompetens vad gäller giltigheten hos katolikers äktenskap.⁵⁴ Den svenska staten godtar inte detta anspråk: katolska vigslar som inte åtföljts av civil vigsel genom en präst som har civil behörighet ger inte upphov till "äktenskap" i ÄktB:s mening (men väl till ett *matrimonium* enligt kanonisk rätt). Ur den civila rättens synvinkel föreligger det alltså endast en vigsel om den förrättats i enlighet med de *statliga* reglerna, vilket för svensk rätts del betyder att mannen och kvinnan samtidigt skall vara närvarande och var för sig ge sitt samtycke till kända och behörig vigselförrättare skall förklara parterna vara makar; i annat fall är vigseln ogiltig.⁵⁵ I det katolska fallet förrättar prästen inte vigseln enligt kanonisk rätt; det gör istället *makarna själva* (Codex Juris Canonici 1983⁵⁶ (CIC) 1057 och 1108). Konflikten mellan kanonisk och svensk äktenskapsrätt visar sig bl.a. beträffande vissa kanoniskrättsliga äktenskapshinder (jfr. prop. 1951:100, 113), som t.ex. homosexualitet,⁵⁷ impotens (CIC 1084 § 1), faktum att ena parten inte är döpt (CIC 1086 § 1), prästvigning (CIC 1087), offentligt kyskhetslöfte,⁵⁸ faktum att ena maken mördat sin egen eller makens tidigare make eller maka (CIC 1090 § 1), kusinskap (CIC 1091 § 1), sammanboende ("konkubinage") efter ett ogiltigt äktenskap (CIC 1093) eller ett bestående kanoniskt äktenskap (CIC 1085 § 1) (t.ex. om personen i fråga har skilt sig enligt civil rätt). Den svenska rätten erkänner endast de äktenskapshinder som anges i ÄktB eller annars följer av svensk lagstiftning.⁵⁹ Inte heller erkänns äktenskap genom ombud (möjligen annat än om äktenskapet ingåtts utomlands enligt den utländska statens regler),⁶⁰ vilket är möjligt enligt kanonisk rätt (CIC 1104 § 1). Ett svenskt äktenskap mellan två katoliker kan fortfarande

⁵³ CIC 1059 och 1671; J. P. Beale, J. A. Coriden och Th. J. Green (red.), *New Commentary on the Code of Canon Law* (2000), 1254f; och H. Heimerl och H. Pree, *Kirchenrecht. Allgemeine Normen und Ehe* (1983), 176.

⁵⁴ Beale & al., 1235 och *Canon Law Society of Great Britain and Ireland, The Canon Law: Letter & Spirit* (1995), 1070.

⁵⁵ ÄktB 4:2. Se också justitieministerns svar 2001-05-08 i riksdagen på frågorna 2000/01:1141, 1142 och 1146.

⁵⁶ CIC gäller för den Katolska kyrkans västerländska del.

⁵⁷ P. Valdrini & al., *Droit canonique* (1999), § 491.

⁵⁸ CIC 1088. Detta äktenskapshinder reproberas uttryckligen i prop. 1950:100, 113.

⁵⁹ Uppräkningen i ÄktB 2 kap. är exklusiv (jfr. A. Agell, *Äktenskap Samboende Partnerskap* (1998), 31).

⁶⁰ RÅ 1954:33; jfr. Bogdan 1999, 171. Fallet är inte helt entydigt. RegR konstaterade att ingen talan fördes avseende vigselns giltighet och att därför vigseln skulle införas i svensk kyrkobok (frågan hos domstolen var alltså i huvudsak "processuellt formell" och inte materiell). Däremot poängterades att vigseln förrättats "i den mexikanska staten i form som dess lag föreskriver".

upplösas genom skilsmässa i enlighet med ÄktB:s regler (även om makarnas *matrimonium* inte därigenom löses upp).

En annan sak är att den svenska rättsordningen *indirekt* erkänner religiösa rättshandlingar inom äktenskapsrätten i vissa fall när den religiösa rätten s.a.s. ”filtrerats” genom, eller recipierats av, statliga rättsordningar i förhållande till vilka den svenska staten är skyldig (eller annars väljer) att erkänna sådana beslut och denna skyldighet (detta val) har givits verkan inom den svenska rättsordningen.⁶¹ Erkännandet skulle här kunna sägas ske i två steg: dels genom en ”primär” *lex causae* (den civila rätten), dels genom en ”sekundär” *lex causae* (den religiösa rätt som utpekats av den primära *lex causae*).⁶² Så är t.ex. fallet enligt den s.k. Bryssel II-förordningen⁶³ vad gäller vissa avgöranden, beslut och domar som tillkommit i enlighet med Portugals, Italiens och Spaniens konkordatsrättsliga åtaganden gentemot den Heliga stolen. Observera att det är Portugals, Italiens och Spaniens egenskap av medlemsstater i EU som medför detta erkännande. I den förklarande rapporten till det utkast till konvention som föregick förordningen uttalas att ”[f]rån konventionens tillämpningsområde har man undantagit förfaranden av religiös art, vilkas betydelse kan komma att öka på grund av invandring (i mål om till exempel islamiska eller hinduiska äktenskap)”; däremot garanterades respekten för de överenskommelser som några medlemsstater ingått med den Heliga stolen.⁶⁴ Det rör sig alltså inte om något erkännande av den ”religiösa” rättens institut utan av de delar av sådan rätt som recipierats i vissa civila rättsordningar.

I samma riktning pekar vissa motivuttalanden (prop. 1973:158, 112) och några domstolsavgöranden. Se *NJA 1989, 95* (marockansk skilsmässa som skett enligt muslimsk rätt men som rekorderats vid marockansk domstol: HD sade att ”[e]n äktenskapsskillnad genom förskjutande enligt muslimsk rätt i princip är att betrakta som en sådan privat äktenskapsskillnad vars giltighet i Sverige inte kan prövas enligt [tillämplig svensk lag].

⁶¹ Jfr. 1 § lagen (1973:943) om erkännande av vissa utländska äktenskapsskillnader och hemskillnader, den därtill hörande förordningen (1975:634); prop. 1973:158, t.ex. 93ff; den kungliga förordningen (1931:429) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap, adoption och förmynderskap (”fördragsslutande stat”); och Bogdan 1999, 171f och 183.

⁶² B. Johnson, *Islamisk rätt* (1975), 16.

⁶³ Art. 40 Rådets förordning 1347/2000/EG 2000-05-29 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar i äktenskapsmål och mål om föräldransvar för makars gemensamma hem.

⁶⁴ Förklarande rapport om konvention, som utarbetats på grundval av artikel K 3 i fördraget om Europeiska unionen, om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar i äktenskapsmål, utarbetad av professor dr. Alegría Borrás, EGT 98/C 221/04, 35. Även om rapporten saknar officiell ställning förutsätts den få en vägledande roll vad gäller förordningen (prop. 2000/01:98, 23).

När, såsom i förevarande fall, förskjutandet i enlighet med tillämplig nationell lag sker genom en inför domstol eller myndighet avgiven förklaring, vilken på ett betryggande sätt registreras i form av ett officiellt dokument, bör dock detta dokument kunna anses tillräckligt som underlag för en prövning”) och *NJA 1989 C 83*.⁶⁵ I *RH 1993:116* bedömdes ett avtal om s.k. *mahr* (brudpenning enligt muslimsk rätt). Avtalet upprätthölls under återopande i både TR och HovR av statlig israelisk lagstiftning, snarare än direkt av den muslimska rätten.⁶⁶ Vissa krav torde ställas för att ett beslut skall anses ha fattats av utländsk myndighet, vilket illustreras av *NJA 2002 C 33*, i vilket Svea HovR i sina av HD gillade domskäl ansåg att ett inför en belgisk notarius publicus ingånget avtal om underhåll till barn inte innefattade ett sådant myndighets beslut som avses i 1 §, 2 st. lagen (1965:723) om erkännande och verkställighet av vissa utländska domar och beslut angående underhåll till barn. I *NJA 1981, 327* talade HD om en tilltalad såsom ”gift enligt zigensk sed”. Frågan är om detta kan tas till intäkt för att svensk rätt skulle erkänna *icke-statliga* äktenskap. Frågan huruvida den i fallet aktuella personerna var gifta med verkan enligt svensk rätt var dock inte avgörande för utgången i fallet och kan därför inte sägas utgöra *ratio decidendi*.⁶⁷ I *NJA 1884, 331* dömdes en judisk man för tvegifte i överrätterna efter att ha friats i underrätten. I båda överinstanserna förelåg betydande dissens: i HovR fälldes mannen med röstsiffrorna 3–2 och i HD med siffrorna 4–2. Mannen, som var svensk medborgare, hade vigts i Sverige men av rabbinerna i Sverige förvägrats skilsmässa, varefter han istället sökt skilja sig enligt beslut av en rabbin i ryska Polen. HovR motiverade sin domslut (i vilken motivering HD inte gjorde någon ändring) med att mannen ”icke visat, att hans äktenskap [men den första frun] blifvit i laga ordning upplöst”. Det är oklart vad som avses med ”i laga ordning”. Med hänsyn till övrig praxis och anförda motivuttalanden torde det ligga närmast till hands att uttrycket skall betyda ”enligt statlig rätt”.

⁶⁵ Möjligen ligger samma resonemang bakom utgången i *NJA 1977 C 269* (jfr. Bogdan 1999, 183, not 51 och M. Jänterä-Jareborg, *Svensk domstol och utländsk rätt* (1997), 213f); i fallet sägs endast att skilsmässan skedde enligt *inakisk* – inte *muslimsk* – rätt. Se också *NJA 1992 C 1* (ett utslag som inte erkändes ha erforderlig statlig prägel).

⁶⁶ Se till fallet Bogdan i SvJT 1993, 597.

⁶⁷ Jfr. Bogdan 1999, 172, not 20.

