

Äktenskapets giltighet – en civilrättslig och en förvaltningsrättslig fråga

Uppsats ur Festskrift till Gösta Walin

Introduktion

Titeln på den följande uppsatsen anspelar på att ingående av äktenskap uttrycker dels ett *avtal* mellan mannen och kvinnan att de vill gifta sig, dels ett statusförhållande, d.v.s. att äktenskapet erkänns och får rättsverkningar först genom ett förvaltningsbeslut, d.v.s. vigsselförrättarens förklaring att nu är parterna man och hustru.

Gösta Walin till vars ära uppsatsen skrevs, var som lagstiftare och domare en av 1900-talets ”giganter” i svensk juridik, något som Olle Höglund påpekade i förordet till den festskrift (2002) där uppsatsen ingick. Gösta Walin hade varit ordförande och Olle Höglund sekreterare i familjerättskommittén. I sitt betänkande 1964 föreslog kommittén vissa justeringar av bestämmelserna om s.k. återgång av äktenskap, vilka ingåtts i strid med ett äktenskapshinder (t.ex. tvegifte) eller på grund av ett ogiltigt äktenskapsavtal. Sådan civilrättslig ogiltighet innebar en annan grund för äktenskapets upplösning än äktenskapsskillnad. Ogiltigheten kunde bestå av tvång eller svek från ena makens sida eller bero på psykisk störning vid äktenskapets ingående.

Regler om ogiltighet av ett äktenskap finns i de flesta länder vid sidan av reglerna om skilsmässa.

Familjerättskommitténs förslag blev aldrig förverkligade. I stället upphävdes möjligheterna till ogiltigförklaring och återgång av äktenskap 1973, då riksdagen antog nya skilsmässoregler. I de gamla ”återgångsfallen” blev nu en make i stället hänvisad till att ansöka om äktenskapsskillnad enligt de nya reglerna i den frågan. Det främsta skälet till avskaffandet av ”återgång” grundad på ogiltighet av ett äktenskap var att bestämmelserna tillämpades sällan.

Detta synsätt var dock misslyckat, som skall framgå av den följande uppsatsen. Att bestämmelser tillämpas sällan hindrar inte, att de kan fylla en viktig funktion i de fall då de aktualiseras.

I uppsatsen diskuteras möjligheten att efter lagändringen tillämpa särskilda bestämmelser om *ogiltighet av själva vigseln* – förvaltningsbeslutet – på ett så pass extensivt sätt, att det ersätter den upphävda möjligheten att förklara själva äktenskapsavtalet ogiltigt i en del fall då detta skulle vara önskvärt.

Diskussionen sker mot bakgrunden av en allmän belysning av äktenskapet som ”avtal eller status”.

Upphävandet av möjligheten att få själva äktenskapsavtalet förklarat ogiltigt har visat sig vara till nackdel för invandrarflickor, vilka tvingats till äktenskap, liksom för en och annan äldre man, som lurats till äktenskap genom ”sol och vår” eller rentav haft nedsatt rätthandlingsförmåga på grund av psykisk störning.

År 2004 nödgades Riksdagen ”lappa och laga” på det år 1973 tillskapade, sämre rättsläget för att åstadkomma ett bättre skydd mot ”barn – och tvångsäktenskap”. Bl.a. infördes en utökad möjlighet till omedelbar äktenskapsskillnad ”om det görs sannolikt att maken har tvingats att ingå äktenskapet eller om maken har ingått äktenskapet för 18 års ålder utan behörig myndighets tillstånd” (5 kap. 5 § 1 st. ÄktB).

Rättsläget har alltså förändrats något sedan uppsatsen skrevs, men underlaget för de principiella resonemangen är alltså detsamma.

Äktenskapets giltighet – en civilrättslig och en förvaltningsrättslig fråga

AV *Anders Agell*

1. *Äktenskapet som avtal och statusförhållande*

Med statusförhållande brukar avses ett rättstillstånd som inte kan uppnås utan beslut av domstol eller annan myndighet. Äktenskapet är ett centralt exempel sedan 450 år tillbaka i tiden. Under det s.k. tridentinska kyrkomötet (1545–1563 i Trento) fastställdes den katolska kyrkans krav på att äktenskapet inte skulle anses giltigt enbart p.g.a. ett avtal om äktenskap utan först genom kyrklig vigsel. Samma princip kom i Sverige till uttryck genom Giftermälsbalken i 1734 års lag. År 1908 infördes också en möjlighet till "civiläktenskap", dvs. borgerlig vigsel som alternativ till den kyrkliga.

Vigseln utgör den administrativa förrättning genom vilken äktenskapet som ett statusförhållande kommer till stånd. Enligt de likartade bestämmelserna i de nordiska länderna skall mannen och kvinnan vid vigseln var för sig på fråga av vigselförrättaren "ge till känna att de samtycker till äktenskapet"; när detta skett skall vigselförrättaren förklara att de är äkta makar (ÄktB 4:2 st. 1).

Till statusförhållandets natur hör också att lagen kontrollerar inte bara dess tillåtlighet utan också dess innehåll. Genom krav på minimiålder och genom äktenskapshinder begränsas möjligheten till giftermål, låt vara att äktenskapshindren nu för tiden är få. I äldre tid medförde äktenskapet långtgående tvingande rättsverkningar, kanske framförallt mannens målsmanskap över hustrun. Numera är de tvingande rättsverkningarna begränsade; makarnas inbördes underhållsplikt kan dock inte avtalas bort. Äktenskapet som statusförhållande kan dessutom utlösa rättsverkningar

på en rad lagområden (skatterätt, socialrätt etc.), som inte har med makarnas inbördes mellanhavande att göra.

Uppfylls inte minimikraven för en vigsel gäller följande: "Har det inte gått till så som anges i första stycket eller var vigselförrättaren inte behörig att förrätta vigsel, är förrättningen ogiltig som vigsel" (ÄktB 4:2 st. 2). Här ges alltså en möjlighet att i begränsad utsträckning få vigseln ogiltigförklarad och därmed i princip alla rättsverkningar av äktenskapet som statusförhållande undanröjda med tillbakaverkande kraft.

Att äktenskapet är ett statusförhållande, som uppkommer genom myndighets beslut, hindrar inte att det samtidigt bygger på ett avtal mellan parterna om att ingå äktenskap med varandra. Den uppfattningen är inte bara naturlig, den är också historiskt given. Före införandet av vigselkravet var ju avtalstanken det enda bärande elementet. Äktenskapet är alltså ett statusförhållande, som dock bygger på parternas avtal om äktenskap.

Äktenskapets karaktär av avtal mellan makarna är inte särskilt tydlig om man enbart läser texten till Äktenskapsbalken. Man skulle kunna tro att första meningen av ÄktB 1:1 syftade på att äktenskapet är ett avtal mellan mannen och kvinnan: "Äktenskap ingås mellan en kvinna och en man". Lagstiftaren har dock haft ett annat förhållande i tankarna, nämligen omtalandet av att äktenskapet är monogamt;¹ det kan bara ha *en* kontrahent på vardera sidan.

Avtalskaraktären hos äktenskapet framskyntar emellertid när ÄktB 4:2 st. 1 innehåller de redan citerade orden, att mannen och kvinnan skall vid vigseln var för sig "ge till känna att de samtycker till äktenskapet". Avtalstanken kommer för övrigt också till uttryck i det borgerliga vigselformuläret enligt vilket vigselförrättaren skall säga: "Ni har förklarat att Ni vill ingå äktenskap med varandra. Tar alltså du N.N. denna N.N. ...?"

Närmare besett förhåller det sig tydligen så att mannens och kvinnans samtycke till äktenskapet under vigselakten fyller en dubbel funktion. Samtycket innebär den viljeförklaring som skapar äktenskapsavtalet mellan dem. Samma viljeförklaring ingår som ett nödvändigt element i vigselakten som administrativ förrättning. Genom denna uppkommer äktenskapet som statusförhållande och medför rättsverkningar i olika hänseenden.

¹ Se prop. 1986/87:1 s. 112.

Att äktenskapet inte bara är "status" utan också avtal kan numera sägas prägla även reglerna om äktenskapsskillnad. En makes önskan att upplösa äktenskapet är en tillräcklig förutsättning för skilsmässa, låt vara att det gäller ett krav på betänketid i vissa fall. Äktenskapet som statusförhållande kan emellertid upplösas slutgiltigt enbart genom myndighets beslut (i Sverige genom dom).

För övrigt kan distinktionen mellan avtal och statusförhållande aktualiseras också med tanke på ÄktB 4 kap. 2 § 3 st., som ger regeringen en möjlighet att i efterhand godkänna en formellt ogiltig vigsel om det finns synnerliga skäl. Som framgår av lagtexten får ett sådant ärende tas upp endast på ansökan av kvinnan eller mannen eller, om någon av dem avlidit, av arvingar till den avlidne. Bestämmelsen infördes på förslag av familjerättskommittén som ville undvika att ett äktenskap långt efter vigselns ingående skulle anses som en nullitet när parterna förlitat sig på att vigseln varit giltig.² Departementschefen lade i proposition till att godkännande i första hand borde komma i fråga då ett fel i vigselförfarandet uppkommit av förbiseende.³ Såvida man uppmärksammar att vigselns förutsättning är äktenskapsavtalet, kan följande synpunkt anläggas på möjligheten att godkänna en formellt felaktig vigsel: I varje fall om kontrahenterna skulle ha svarat ja på vigselförrättarens frågor om de vill gifta sig med varandra, kan ett efterhandsgodkännande meddelas utan bekymmer. Då har ju ett äktenskapsavtal faktiskt ingåtts. Utformningen och tillämpningen av lagbestämmelsen lämnar jag i övrigt därhän.

Enligt min mening finns det 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 rättsverkningar mellan dem. Så var det ju för övrigt fram till den tid då kyrkans krav på vigsel förvandlade äktenskapet till ett statusförhållande.

² Se SOU 1964:35. Äktenskapsrätt. Förslag av familjerättskommittén. II. Motiv s. 99 f.

³ Prop. 1968:136 s. 82 f. Se om bestämmelsen även Tottie, Äktenskapsbalken och promulgationslag m.m., 1990, s. 70 f.

Det är också existensen av båda makarnas viljeförklaringar, att de ingår ett äktenskapsavtal, som ger det bästa skälet för att äktenskapet medför andra och mera långtgående rättsverkningar än samboende utan äktenskap. Vigseln må vara nödvändig för att utlösa rättsverkningarna, men det är äktenskapsviljan som ger den materiella motiveringen för dem. Samboende är i första hand ett socialt förhållande, där man inte generellt kan veta om båda parterna, eller ens någon av dem, har en uppfattning som motsvarar ett äktenskapsavtal. I varje fall har någon äktenskapsvilja aldrig kommit till uttryck, och man kan knappast bygga rättsverkningar på en förmodad avtalsvilja, som ofta inte föreligger. Denna jämförelse med samboförhållanden är emellertid en randanmärkning utan direkt betydelse för ämnet för denna uppsats.

2. *Problemet*

Vad som skall diskuteras i det följande är en makes möjlighet att angripa äktenskapets giltighet med hänvisning till brister i hans eller hennes medverkan till äktenskapsavtalet. Och hur förhåller sig frågan om *äktenskapsavtalets* giltighet till frågan om *vigseln*s ogiltighet enligt ÄktB 4:2 st. 2 därför att kontrahenterna inte lämnat sitt samtycke vid vigseln?

Intill de ändringar i Giftermålsbalken som trädde i kraft 1974 gällde regler om s.k. återgång av äktenskap. De omfattade dels äktenskap som kommit till stånd trots att det förelegat ett *äktenskapshinder*, dels brister i en kontrahents *viljeförklaring* att ingå äktenskap. I det senare hänseendet byggde återgångsmöjligheten på äktenskapets karaktär av avtal mellan makarna. Återgång p.g.a. äktenskapshinder (nära släktskap, tvegifte) hade däremot inte med äktenskapsavtalet att göra utan med statusförhållandet.

Att de helt olikartade återgångsanledningarna – äktenskapshinder respektive viljefel – hölls ihop under samma regler om återgång av äktenskap sammanhängande med att rättsföljden var densamma i båda fallen. Vid den reglering av dessa frågor, som på 1910- och 1920-talen infördes i de nordiska länderna, ansågs det nämligen olämpligt att i princip ge återgångsanledningen en tillbakaverkande kraft, så att alla rättsverkningar av äktenskapet undanröjdes genom uppställandet av en ursprunglig ogiltighet. Lagberedningen påpekade bl.a.: "Lagstiftningen har i allt större utsträckning nöd-

gats vika inför omöjligheten att stryka ett streck över alla de rättsverkningar, till vilka äktenskapet under sin fortvaro givit upphov”.⁴ Det kan tänkas gå åtskillig tid innan en återgångsanledning uppdragas (tvegifte är ett bra exempel). Då kunde det också vara rimligt att knyta rättsverkningar till den tid som äktenskapet i realiteten existerat före återgången. Välkänt är lagens stadgande om s.k. ”återgångsdelning”; vid bodelning skulle som enskild egendom för vardera maken betraktas vad han ägt före vigseln och efteråt förvärvat genom arv, gåva eller testamente (GB 10:5).

Lagberedningens mera praktiska överväganden till stöd för rättsföljden återgång och inte ogiltighet kläddes emellertid också i en ideologisk motivering: ”En riktig utgångspunkt för frågans lösning vinner man enligt beredningens förmenande, om man icke betraktar återgångsdomen såsom en förklaring att den rättsliga grunden för äktenskapet är bristfällig och att följaktligen intet giltigt rättsförhållande uppstått, utan antager att, så snart formellt giltig vigsel ägt rum, ett verkligt äktenskap föreligger och i återgången ser en upplösning därav.”⁵

Uttalandet, att ett ”verkligt äktenskap” uppkommit genom vigseln, innebär ett betonande av att äktenskapet är ett statusförhållande. Den åsikten kan också vara naturlig med tanke på sådana fall, då ett äktenskap skulle återgå därför att det ingåtts i strid med ett upplösande äktenskaps hinder. Ett sådant hinder har inte med makarnas äktenskapsavtal att skaffa. För fall av brister i en makes viljeförklaring, att han eller hon vill ingå äktenskap, är tanken på återgång i stället för ogiltighet dock inte teoretiskt problemfri.

Återgångsanledningarna p.g.a. materiella brister i en makes viljeförklaring gällde tillkomsten av äktenskapsavtalet. Det är inte självklart att förekomsten av en materiell brist i denna viljeförklaring måste principiellt bedömas annorlunda än sådan avsaknad av samtycke som gör att statusförhållandet inte uppkommit. Som redan berörts är det nämligen så att ofullkomligheten i båda fallen hänför sig till en och samma förklaring, det till vigsel-förrättaren lämnade samtycket. Detta fyller en dubbel konstitutiv funktion

⁴ Se Förslag till lag om äktenskaps ingående och upplösning m.m. Lagberedningens förslag till revision av giftermålsbalken och vissa delar av ärvdabalken. I (cit. LB 1913), s. 319.

⁵ LB 1913 a. st.

som skapare av äktenskapsavtalet och som underlag för vigselförrättarens förklaring, varigenom ett äktenskap som statusförhållande uppkommer.

Inom vissa gränser skulle rättsföljden av dessa olika avtalsbrister, i äktenskapsavtalet eller i formerna för vigseln, kunna utformas med ledning av likartade ändamålsskäl men oberoende av vilken term – ogiltighet eller återgång – som väljs som "etikett" för den närmare utformningen av rättsverkningar.

3. Om återgångsinstitutet och dess upphävande

I fortsättningen skall jag inte närmare befatta mig med *rättsföljderna* av återgång enligt den lagstiftning som numera varit upphävd i snart 20 år. *Förutsättningarna* för antagande av återgång p.g.a. en brist i en makes rätts-handlande vid ingående av äktenskapsavtalet har däremot intresse. I vad mån har upphävandet av återgångsmöjligheten medfört några nackdelar, rent av luckor i regelsystemet? Möjligheten att ogiltigförklara vigseln som administrativt förfarande enligt ÄktB 4:2 har snävare gränser än den upphävda bestämmelsen om återgång p.g.a. brister i äktenskapsviljan.

Före 1974 stadgades följande i GB 10 kap. 3 §

Äktenskap gånge på makes yrkande åter:

1. om han vid vigseln befann sig i tillfällig sinnesförvirring eller annat sådant tillstånd, som utesluter rättslig handlingsförmåga;
2. om han av misstag låtit sig viga vid annan än sin trolovade eller utan att vilja ingå äktenskap;
3. om han bedragits till äktenskapet därigenom, att han blivit av andra maken genom falsk uppgift eller svikligt förledande vilseledd angående vem denne är eller angående sådana omständigheter rörande hans tidigare liv, som skäligen bort avhålla den bedragne från äktenskapets ingående; eller
4. om han blivit tvungen till äktenskapet.

Denna lagbestämmelse gav en väl övervägd katalog över situationer då det kan förefalla rimligt att en kontrahent p.g.a. materiella brister i sin viljeförklaring kunde blir lösgjord från äktenskapet sett som ett avtal mellan

makarna. En sak för sig är att vissa av de upptagna fallen måste vara sällsynta. Så sent som 1964 föreslog dock den s.k. familjerättskommittén med Gösta Walin som ordförande och Olle Höglund som sekreterare en "försiktig utvidgning" av det som upptas i punkt 3 av bestämmelsen. Enligt kommittén borde återgång kunna beviljas i flagranta fall av svikligt handlande. Som illustration nämndes att en make fördolt att han lidit av allvarlig sjukdom eller abnormitet, eller att han eller hon lämnat grovt bedrägliga uppgifter angående ekonomiska omständigheter och endast haft för avsikt att uppnå ekonomiska fördelar med äktenskapet.⁶ Praktiska illustrationer på en sådan tillämpningen kanske kan vara att en make medvetet dolt att han lider av AIDS (dock en okänd sjukdom år 1964) eller att det föreligger ett tydligt fall av "sol och vår".

Någon utvidgning av återgångsgrunderna enligt familjerättskommitténs förslag blev det dock aldrig. I stället förvandlades bestämmelserna om återgång av äktenskap till rättshistoria nio år efter det att familjerättskommittén avlämnat sitt betänkande, nämligen genom 1973 års lagstiftning om ingående och upplösning av äktenskap. Förslaget utgjorde ett förverkligande av direktiven för familjelagssakkunniga, som hade fått i uppdrag att överväga om det fanns behov av att behålla detta i praktiken sällan tillämpade institut.⁷ Som utgångspunkt för sina överväganden tog familjelagssakkunniga, att återgång av äktenskap tillämpades bara 2-3 gånger årligen. "Speciella regleringar bör behållas bara om de kan motiveras med sakliga skäl och svarar mot praktiskt beaktansvärda behov."⁸ Upphävandet ansågs möjligt därför att de nya förutsättningarna för äktenskapsskillnad medgav äktenskapsskillnad på enbart en makes begäran.

Vad gäller fallen av återgång enligt ÄktB 10:3 p.g.a. bristande rättslig handlingsförmåga, misstag, vilseledande och tvång återopade familjelagssakkunniga också följande specifika synpunkter,⁹ som jag här numererar och refererar i sammandrag:

1) Bevisfrågan om bristens förhandenvaro var "vanskelig" och den som avgett förklaringen kunde i efterhand acceptera dess rättsverkningar.

⁶ Se SOU 1964:35 s. 177.

⁷ Se SOU 1972:41. Familj och äktenskap. I. Betänkande av familjelagssakkunniga, s. 59.

⁸ A.a. s. 163.

⁹ A.a. s. 164 f.

2) Bristen i en makes viljeförklaring kunde i och för sig tala för att giftermålet blev ogiltigt på motsvarande sätt som en rättshandling inom förmögenhetsrätten. Enligt kommitténs mening utgjorde emellertid "de starka personliga inslagen i den samlevnad, som äktenskapet hänför sig till, ett vägande skäl mot att jämställa giftermål med rättshandlingar i allmänhet".

3) Vidare borde från praktisk synpunkt beaktas att återgång förutsatte prövning i rättegång. I den mån en make bara ville bli fri från äktenskapet kunde de reformerade skilsmässoreglerna erbjuda en enklare utväg än en rättegång om återgång p.g.a. allvarliga brister i viljeförklaringen vid giftermålet.

Bevisvärigheter enligt 1) kan dock allmänt sett inte motivera avstående från en regelbildning som anses materiellt befogad. En sak för sig är att bevisvärigheter onekligen kan föreligga och kan ha medverkat till att återgång sällan tillämpades.

Argument nr 2) är mera komplicerat. Det är svårt att inse varför de personliga inslagen i en samlevnad p.g.a. äktenskap skulle tala emot återgång, om äktenskapet tillkommit p.g.a. brister i en kontrahents rättshandlande. Tvärtom hävdas ofta uppfattningen, att personliga avtal inom familjerätten bör vara bindande i mindre grad än förmögenhetsrättsliga överenskommelser.¹⁰ Emellertid medför ett äktenskap onekligen mycket komplexa verkningar, både för makarnas personliga liv och i juridiskt hänseende. Börjar man fundera mera konkret på vilka förhållanden, som bör kunna föranleda materiell ogiltighet av äktenskapsavtalet, inser man snabbt att försiktighet är påkallad. Det är emellertid inte detsamma som att man bör avstå från varje möjlighet att förklara äktenskapsavtalet ogiltigt, t.ex. om det klart tillkommit p.g.a. tvång eller psykisk störning. Slutsatsen blir att också argument nr 2) saknar avgörande värde.

Argument 3) kan i förstone verka rimligt ur praktisk synpunkt. Enligt de 1974 införda skilsmässoreglerna går skilsmässoförfarandet snabbt. I fallen av upplösande äktenskapshinder, dvs. tvegifte eller nära släktskap mellan kontrahenterna (makarna är släkt i rätt upp- och nedstigande led eller

¹⁰ Jfr översikten hos Agell, Familjerättsliga avtals rättsgiltighet, *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 1987 s. 68 ff. (omtryckt i *De lege, Juridiska fakulteten i Uppsala, Årsbok 1993*, s. 11 ff.).

helsyskon), kan skilsmässan erhållas omedelbart, dvs. utan betänketid (ÄktB 5:5). I de fall då en make blivit tvingad eller lurad in i äktenskapet eller möjligen mera allmänt saknat rättslig handlingsförmåga får han eller hon dock, om äktenskapet skall upplösas, räkna med betänketid såvida någon av parterna (eller de båda tillsammans) redan har ett barn eller om den andra maken motsätter sig skilsmässan (se ÄktB 5:1).

Oavsett en makes möjligheter att uppnå skilsmässa tämligen snabbt kan man dock till resonemanget under 3) tillfoga följande kritiska fråga. Borde man ändå inte, eftersom det finns situationer då äktenskapsavtalets ogiltighet är motiverad, ha av principiella skäl behållit denna möjlighet? Det kan tänkas finnas en eller annan make som tvingats eller lurats in i äktenskap, eller ingått äktenskap p.g.a. psykisk rubbning, och som faktiskt skulle föredra att återropa äktenskapsavtalets ogiltighet framför att gå vägen över skilsmässa. Existensen av en möjlighet till återgång eller ogiltigförklaring av äktenskapet hindrar ju inte maken att välja vägen över äktenskapsskillnad.¹¹

Jag skall avslutningsvis återkomma till den allmänna frågan om behovet av regler angående äktenskapsavtalets ogiltighet.

4. Rättsläget när en make avlidit

Om man tillämpar 1974 års lagstiftning helt enligt lagförarbetena finns det särskilt ett typfall då rättsläget kan bli oacceptabelt, nämligen om en make avlider sedan han blivit tvungen eller lurad in i äktenskapet eller gift sig under påverkan av en psykisk störning. Sådana fall då en äldre och kanske senil människa ingått äktenskap tycks förekomma en och annan gång. Kanske är möjligheten större i dag än för några decennier sedan. Den ökade meddellivslängden torde ha medfört ett ökat antal fall av Alzheimers sjukdom och andra tillstånd av starkt nedsatt omdömesförmåga. De friare

¹¹ En fråga för sig är om en förvaltare för en make, som ansetts oförmögen att själv handlägga sin ekonomi och som av förvaltaren skall få hjälp även med personliga angelägenheter, kan begära äktenskapets upplösning. En sådan behörighet kan fylla ett praktiskt behov och ligger också i linje med att HD i rättsfallet NJA 1994 s. 61 ansåg att en god man var behörig att för huvudmannens räkning förklara, att ett samboende utan äktenskap hade upphört. Om processbehörigheten i äktenskapsmål se vidare Tottie a.a. s. 502 ff.

familjebildningsvanorna kan ha gjort både samboende och giftermål vanligare i högre åldrar än tidigare. Jag har råkat få kännedom om två fall i vilka det efter mannens död förts talan om äktenskaps ogiltighet p.g.a. hans nedsatta psykiska förmåga vid giftermålet. I det ena fallet ogillades talan, i det andra och mera brännande fallet förliktes parterna.

Skulle en make ha tvingats eller lurats in i äktenskapet eller ha ingått det p.g.a. psykisk störning kan efter hans död den efterlevande maken ha både giftorätt och arvsrätt. Finns det barn efter den döde, kommer visserligen enbart giftorätten att ha betydelse, eftersom dessa "särkullbarn" har bättre arvsrätt än den efterlevande maken. Så var situationen i det fall "för litet sedan" som ledde till förlikning. Enbart giftorättsanspråket i den döde mannens egendom var dock värt åtskilliga tiotal miljoner kronor. Är den döde barnlös kommer den efterlevande maken dessutom att ärva även den dödes kvarlåtenskap framför den avlidnes eventuella släktingar i andra arvsklassen.

Äktenskapet får visserligen inte några rättsverkningar, om vigseln anses ogiltig enligt ÄktB 4:2 därför att maken inte vid vigselakten anses ha lämnat sitt samtycke till äktenskapet. Som skall framgå nedan är dock utrymmet för sådan ogiltighet snävt, om man enbart håller sig till den historiska bakgrunden och lagförarbetena till det angivna lagrummet.

Däremot kan man kanske tänka sig att en efterlevande make, som fått till stånd ett äktenskap som ett led i bedrägeri (jfr BrB 9:1), skulle kunna bli skadeståndsskyldig mot den avlidne makens dödsbo med samma belopp som han eller hon vunnit på äktenskapet. En straffbar handling drar ju principiellt med sig skadeståndsansvar även för ren förmögenhetsskada (SkL 2:2). Denna variant är emellertid en nödlösning med drag av "juristeri" i förhållande till det naturligare alternativet, att äktenskapet inte borde anses giltigt om det hade förelegat en klar återgångsanledning enligt äldre rätt.

De år 1974 upphävda reglerna innehöll en särregel för den händelse att äktenskap upplöstes genom en makes död utan att återgång kommit till stånd. I sådant fall kunde det ändå bli aktuellt med återgångsdelning vid bodelning i anledning av dödsfallet. Begäran om sådan delning kunde framställas av den efterlevande maken, om hans eller hennes vilja att ingå äktenskapet kunde underkännas, eller av någon dödsbodelägare efter den

avlidne maken, om det var den makens viljeförklaring som brustit. En förutsättning i det senare fallet var vidare att den döde intill sin död befunnit sig i samma tillstånd som gjort hans medverkan till äktenskapet överksam (GB 10:9). För övrigt måste talan väckas inom sex månader sedan detta tillstånd upphört (GB 10:3 st. 2). Även den efterlevande makens arvsrätt upphörde i samma mån som återgångsdelning skulle ske (ÄB 3:8 i äldre lydelse).

Familjelagssakkunniga uppmärksammade visserligen att den ordning som man föreslog inte innehöll något skydd för den avlidne makens efterlevande mot en likadelning av giftorättsgodset. Denna komplikation föranledde enbart följande kommentar: "Det torde emellertid här röra sig om en så sällan föreliggande situation att särregler härom kan undvaras".¹² De sakkunniga intresserade sig inte alls för att man därmed öppnade dörren för katastrofalt olämpliga rättsverkningar i sådana fall.

5. *Innebörden av kravet på samtycke för vigselns giltighet*

Genom 1974 års lagstiftning får naturligtvis ÄktB 4:2 om vigselns ogiltighet som administrativ förrättning ett långt större intresse än tidigare. Frågan blir i första hand var gränsen går för möjligheten att förklara ett lämnat samtycke ogiltigt som ett led i vigselförfarandet. Den frågan skall nu diskuteras. I andra hand kan ställas frågan om lagrummet bör ges en utvidgad tillämpning för att numera, efter upphävandet av återgångsmöjligheten, fånga in även brister i samtycket som ett led i själva äktenskapsavtalet. Se därom nedan under 7.

Bestämmelsen i ÄktB 4:2 går tillbaka på lagberedningens förslag 1913. Det är ett villkor för vigselns laga verkan, att de trolovade på vigselförrättarens fråga "avgivit sitt ja och samtycke till giftermålet", och att de måste ha gjort detta "utan villkor och förbehåll".¹³ Detta tyder på en snäv inställning till möjligheterna att förklara vigseln ogiltig p.g.a. bakomliggande, materiella brister i det lämnade samtycket vid vigseln. En sådan inställning var naturlig eftersom brister i en kontrahents äktenskapsvilja omfattades av villkoren för återgång av äktenskapet. I linje med denna inställ-

¹² A.a. s. 167 jfr s. 162 f.

¹³ LB 1913 s. 303.

ning om bedömningen av vigseln som administrativt förfarande, dvs. konstitutivt för äktenskapet som ett statusförhållande, betonades det vid 1973 års lagstiftning att en kontrahents brist på rättslig handlingsförmåga inte hindrar "att ett giltigt äktenskap likväl föreligger".¹⁴

Sedan återgångsmöjligheten avskaffats, och man upptäckt de otillfredsställande konsekvenserna om en make i ett "återgångsfall" avlider, finns det dock anledning att närmare överväga var gränserna går för ett giltigt samtycke. För egen del har jag utan djupgående överväganden skrivit i en lärobok, att en parts medverkan till vigsel under t.ex. så stark drogpåverkan, att han inte förstod vad han samtyckte till, kanske skulle kunna leda till bedömningen, att ett giltigt samtycke inte lämnats.¹⁵

Lars Tottie, som varit huvudsekreterare i familjelagssakkunniga, har gjort en mycket mera ingående analys i ett sakkunnigutlåtande, som avgavs i ett av de mål som förekommit under senare år.¹⁶ Han betonar bl.a. att det vid bedömningen av vigselns giltighet inte som i fråga om återgång är själva äktenskapet som angrips på materiell grund. Han skriver bl.a.: "Den som svikits eller bedragits till äktenskap eller som misstagit sig angående den andra kontrahentens person kan inte heller sägas ha lämnat annat än ett frivilligt ja och samtycke vid vigseln. Han eller hon önskade ju äktenskapet och upptäckte först senare hur landet låg." Å andra sidan öppnar Tottie dörren för vissa fall av ogiltighet "då ett lämnat samtycke inte tillkommit av fri vilja och att detta fel är både väsentligt och uppenbart", "om en vigsel framtvingsas med våld eller hot om våld" eller om en "kontrahents bristande psykiska status" kommit till uttryck på så sätt att "vigselförrättaren hade bort vägra sin medverkan" i varje fall om "avsaknaden av rättslig handlingsförmåga varit uppenbar".

Totties uttalanden är väl genomtänkta. Kanske försöker han dock med hänsyn till det uppkomna rättsläget att något tänja ut gränsen för angrepp på en kontrahents samtycke till vigseln som en förvaltningsakt. Hans utlåtande innebär emellertid inte något avsteg från vad han – med hänvisning till lagberedningens inställning 1913 – skrivit i sin lagkommentar till Äk-

¹⁴ Prop. 1973:31 s. 139.

¹⁵ Agell, Äktenskap. Samboende. Partnerskap, 2 uppl. 1998, s. 36 f.

¹⁶ Utlåtandet avgavs till Luleå tingsrätt i mål T 1389-97 (aktbilaga 69 B).

tenskapsbalken om det grundläggande ändamålsskålet för gränsdragningen: ”Principen bakom de restriktiva rekvisiten för vigselns giltighet har varit att ett faktiskt bestående äktenskap inte bör få rivas upp p.g.a. formfel vid dess ingående, såvida inte felet är av synnerlig betydelse”.¹⁷

Frågan är emellertid om detta är tillräckligt för att ersätta den uppkomna luckan när återgångsreglerna avskaffades.

6. *Kravet på rättslig handlingsförmåga för ingående av äktenskap*

Trots lagstiftningens utformning räknar man med att en person måste ha rättslig handlingsförmåga för att han skall få *ingå* äktenskap genom vigsel som ett administrativt förfarande. Intressant i sammanhanget är ett rättsfall (*NJA 1994 s. 108*) i vilket högsta domstolen ogillade åtal för påstått tjänstefel av en präst, som ansett sig kunna viga en senildement person. Trots att HD fann att vigseln aldrig borde ha skett ogillades åtalet, bl.a. därför att prästen ansågs ha gjort sitt bästa för att söka nå fram till ett riktigt beslut; straffbar oaktsamhet ansågs inte föreligga. Vad som nu är av särskilt intresse är följande inledande stycke av HD:s dom:

”En grundläggande förutsättning för att en vigsel skall få förrättas är att båda kontrahenterna är i ett sådant psykiskt tillstånd att de har rättslig handlingsförmåga med avseende på äktenskapets ingående. De måste sålunda ha inte endast en klart manifesterad vilja att ingå äktenskapet utan också förmåga att uppfatta den väsentliga innebörden av äktenskapet och dess rättsliga konsekvenser”.

Högsta domstolen uppställer alltså ett krav på rättslig handlingsförmåga för att någon skall få ingå äktenskap. HD hade dock inte anledning att uppehålla sig särskilt vid äktenskapets dubbla uppenbarelseform som äktenskapsavtal och statusförhållande. Uttalandet gällde enbart medverkan till vigseln, dvs. tillskapandet av statusförhållandet. Med tanke på vigseln vilar förhandskontrollen enbart på vigselförrättaren. Denne kan sakna varje förhandskänedom om de personer som han skall viga, och han har inte annat underlag för vigseln än beviset om hindersprövning. Detta be-

¹⁷ Tottie a.a. s. 70.

vis innehåller inte något alls av intresse för bedömning av en persons rättsliga handlingsförmåga. En vigselförrättares möjligheter att vägra medverkan vid vigseln är följaktligen slumpartade. Även om vigselförrättaren skulle ha anledning att överväga en kontrahents rättshandlingsförmåga, är han eller hon inte lämpad att göra någon slutlig, materiell prövning av densamma. De allra flesta vigselförrättare torde också uppfatta sin juridiska uppgift som enbart inriktad på existensen av beviset om hindersprövning samt inhämtande av kontrahenternas samtycke till en förklaring, att de genom vigseln blir äkta makar.

HD:s citerade domskäl kan ses som ett uppställande av rättslig handlingsförmåga som ett principiellt nödvändigt *rättsfaktum* för ingående av äktenskap. Enligt den skrivna lagen och lagförarbetena 1973 saknas det dock en adekvat rättsföljd för undanröjande av olämpliga verkningar av äktenskapet, såvida vigseln blivit genomförd trots brist i en parts rätts-handlingsförmåga.

7 Utrymmet för domstolarnas rättsskapande

Mot bakgrunden av hela den tidigare framställningen kan den frågan ställas om inte domstolarna bör vara beredda att, för den händelse det dyker upp nya fall av den art som exemplifierats ovan, avvika från lagförarbetena och den traditionella uppfattningen om vigselns giltighet trots brister i en parts medverkan till äktenskapsavtalet. Lagstiftaren har själv skapat en fatal lucka i vad som är rimliga rättsföljder, när en make avlidit i fall då äktenskapsavtalet kunde ha återgått enligt tidigare regler. Enligt min mening bör domstolarna då vara oförhindrade, ja snarast förpliktade, att finna acceptabla lösningar för det enskilda fallet. Lagförarbetena bör inte vara bindande, alldeles särskilt inte när de bygger på ofullständig genomlysning av lagstiftningens konsekvenser.

För att fylla ut luckan i lagstiftningen skulle en domstol mycket väl kunna i kravet på "samtycke till äktenskapet" enligt ÄktB 4:2 läsa in ett krav på frihet från materiella brister i viljeförklaringen som en *materiell* förutsättning för samtyckets giltighet. Ordalagen av ÄktB 4:2 lämnar utrymme för en sådan omtolkning av rättsläget, låt vara att man samtidigt måste kasta över bord uppfattningen att denna lagregel enbart gäller gil-

tigheten av vigseln som förvaltningsakt. Omtolkningen skulle innebära att man fyllde ut den lucka, som upphävandet av återgångsreglerna skapat, genom att i ÄktB 4:2 läsa in även vissa materiella krav på äktenskapsavtalets giltighet.

Som redan antytts är en sådan utvidgning av tillämpningsområdet för ÄktB 4:2 ganska naturlig. En parts samtycke till "äktenskapet" enligt ÄktB 4:2 utgör ju både en viljeförklaring som ett led i äktenskapsavtalet och ett led i vigseln som administrativ förrättning! (Jfr under 2 ovan.)

Vem skulle beklaga en sådan rättstillämpning som jag härmed förordar? Domstolarna bör inte slaviskt följa lagstiftarens uttalanden i lagförarbeten, särskilt inte när konsekvenserna blir helt olämpliga i enskilda fall. De som lagstiftat borde väl också hälsa med tillfredsställelse att olämpliga konsekvenser av en lagreglering kan undvikas genom en klok rättstillämpning.

Ett botaniserande i Olaus Petri Domarregler (se lagboken) lockar till citat av nummer 9: "Det rätt och skäl icke är, det kan icke heller vara lag; för de skäl som lagen haver med sig, gillas hon."

En rättstillämpning i enlighet med vad som nu sagts kan emellertid inte stanna vid den princip som HD utgick ifrån i 1994 års rättsfall, dvs. att en kontrahent vid vigseln haft "inte endast en klart manifesterad vilja att ingå äktenskapet utan också förmåga att uppfatta den väsentliga innebörden av äktenskapet och dess rättsliga konsekvenser". Denna infallsvinkel på rättshandlingsförmågan hänförde sig till vilka krav som en vigselför rättare om möjligt bör tillgodose *före* en vigsel.

Vid en bedömning *i efterhand* huruvida ett samtycke till vigsel varit materiellt ogiltigt måste den avgörande frågan ställas på annat sätt, som motsvarar vad som gäller enligt 1924 års lag om verkan av avtal, som slutits under påverkan av en psykisk störning. Den lagen, liksom ogiltighetsreglerna i 3 kap. avtalslagen, är visserligen i första hand konstruerad för tillämpning på förmögenhetsrättsliga avtal, men en analog tillämpning kan och bör ske inom familjerätten. I varje fall tvång och svek till äktenskapet bör utan svårighet kunna ges relevans.

Avgörande för ogiltighet av en rättshandling enligt 1924 års lag är frågan, huruvida ett avtal ingåtts "under påverkan av" en psykisk störning. Denna lokution har i olika lagar ersatt äldre formuleringar om "sinnes-

sjukdom eller sinnesslöhet". Frågan blir med andra ord huruvida en person skulle ha gift sig såvida han inte lidit av den psykiska störningen. Även om han eller hon mera allmänt sett förstod vad ett äktenskap innebar, kan en rättshandling ändå vara ogiltig om man gör den hypotetiska jämförelsen med hur vederbörande skulle betett sig om han varit frisk.

Inom ramen för 1924 års lag får man ta ställning till betydelsen av att ett äktenskap kunnat ingås av en förståndshandikappad eller senildement person, och att vigseln inte borde ha skett om man beaktar HD:s uttalanden i 1994 års rättsfall. Med tanke på det psykologiska värde som möjligheten av ett äktenskap kan ha i sådana fall, samtidigt som några direkta nackdelar av ett äktenskap kanske inte kan påvisas, kan det – beroende på omständigheterna – finnas skäl för bedömningen, att en förståndshandikappad eller dement person skulle ha velat ingå äktenskapet på ett sätt som bör accepteras, åtminstone i efterhand. Omständigheterna i 1994 års rättsfall, som handlade om en man och en kvinna som sammanlevt ogifta under många år, är ett bra exempel.

Det fåtal fall, då fråga om ogiltighet av äktenskap kan aktualiseras p.g.a. brister i en kontrahents rättshandlingsförmåga, kan visserligen vara svåra att bedöma. Tillämpningssvårigheter bör dock inte få hindra uppställandet av materiellt motiverade lösningar. De nu aktuella problemen kunde ju för övrigt uppkomma också enligt reglerna om återgång av äktenskap.

För övrigt kan bedömningen av om en person gift sig p.g.a. en psykisk störning underlättas av andra rättshandlingar som han eller hon företagit. I ett av de tidigare nämnda fallen hade en tidigare framgångsrik affärsman, som led av Alzheimers sjukdom och dessutom av obotlig cancer, under det sista året av sitt liv hunnit bekanta sig med en mycket yngre kvinna, skilja sig från sin dittillsvarande hustru, gifta om sig med den nya bekantskapen och till nackdel för sina barn överföra stora tillgångar till henne. Den samlade bilden av ett antal sådana transaktioner kan underlätta bedömningen av om giftermålet ingicks under inflytande av psykisk störning.

Den rättstillämpning som jag nu rekommenderat är måhända djärvare än vad som vanligen förekommer i Sverige, där domstolarnas verksamhet präglas av synnerligen långtgående följsamhet till lagstiftarens tankegångar. Ur denna synpunkt vore det antagligen bäst om Gösta Walin, som aldrig saknat juridisk handlingskraft när så erfordrats, tillfälligt kunde åter-

inträda i HD, för den händelse att den diskuterade rättstillämpningsfrågan skulle komma att sättas på sin spets.

8. *Behovet av lagändring*

Enligt min mening var det olämpligt att upphäva möjligheten till återgång av äktenskap p.g.a. brister i äktenskapsavtalet. Man borde då ha infört andra regler för att erbjuda en principiell möjlighet att åstadkomma äktenskapsavtalets ogiltighet eller overksamhet i vissa fall. Denna synpunkt går längre än det speciella rättstillämpningsproblemet för det fall att en make avlidit utan att det ansökts om äktenskapsskillnad. Den rättstillämpning som förordats i närmast föregående avsnitt framstår som en möjlighet för att undanröja olämpliga verkningar av återgångsmöjlighetens avskaffande. Det motsäger inte behovet av mera långsiktiga överväganden i fråga om lagbestämmelsernas utformning.

De skäl som åberopades för upphävandet av återgångsinstitutet har redan nagelfarits (ovan under 3). Det finns emellertid också direkta argument för bibehållandet av en möjlighet att angripa själva äktenskapsavtalet på sätt som allttjämt är möjligt i de flesta länder. Ett skäl är rättssystematiskt: det är principiellt tvivelaktigt att knyta ogiltighet enbart till vigseln och inte till äktenskapsavtalet. Som jag framhållit inledningsvis framstår äktenskapets karaktär av avtal som principiellt viktigare än dess karaktär av statusförhållande p.g.a. myndighets beslut, i varje fall jämfört med samboende utan äktenskap.

Viktigt är också, som framgått av föregående avsnitt, att bevisemat blir annorlunda i de olika fallen. Vid brister i samtycke till vigseln är det fråga om en kontrahent förstår innebörden av äktenskapet. Vid brist i äktenskapsavtalet är frågan om vederbörande skulle ha gift sig utan tvång, svek eller en psykisk störning.

Det förekommer antagligen en del situationer i praktiken, då en möjlighet att få äktenskapet förklarad ogiltigt eller overksam är en naturligare lösning än att hänvisa parterna till äktenskapsskillnad. Hit hör att en kvinna från ett utvecklingsland lockats till Sverige per annons för giftermål utan att få reda på att mannen är en våldverkare, rentav en mördare, som tidigare dömts till straff för grova övergrepp mot kvinnor. Samma

typfall kan naturligtvis tänkas även i rent svenska relationer. Fall då unga kvinnor tvingas till giftermål mot sin vilja är heller inte okända. Möjligheten att en äldre man lockas till äktenskap i fall av "sol och vår" har redan uppmärksammats.

Som också berörts tidigare kan det vidare vara önskvärt inte bara av principiella utan även av psykologiska skäl, att äktenskapet kan förklaras ogiltigt när det finns brister i en parts medverkan till äktenskapsavtalet. En sådan brist kan ju föreligga även om det är klart att det lämnats ett samtycke vid själva vigseln.

I varje fall bör möjligheten av en makes död uppmärksammas. Som utvecklat kan dödsfallet innebära att en efterlevande make har inte bara full giftermål utan kanske också arvsrätt efter en avliden person, som föreläts till äktenskap p.g.a. senilitet eller annan psykisk rubbning.

I både *Danmark* och *Island* gäller alltså samma bestämmelser om återgång ("omstødelse") av äktenskap som 1915 infördes i Sverige. I *Norge* har visserligen reglerna om återgång avskaffats. I stället gäller emellertid särskilda bestämmelser om "ugyldighet" av ett äktenskap inte bara för den händelse att formkraven för en giltig vigsel blivit eftersatta; dessa formkrav är alldeles desamma som i Sverige (se 1991 års ekteskapslov, el., § 16 st. 1). Ogiltighet inträder även för den händelse att en make blivit rättsstridigt tvungen att ingå äktenskap (§ 16 st. 3) eller saknat rättslig handlingsförmåga (st. 5). I *Finland* har dock återgång av äktenskapet avskaffats och möjligheten av skilsmässa trätt i stället på ett sätt som motsvarar omläggningen i svensk rätt.¹⁸

Utformningen av bestämmelser om äktenskapsavtalets ogiltighet eller överksamhet är inte någon lätt sak. Tvång är ett tämligen klart fall liksom giftermål p.g.a. psykisk störning. I det senare fallet kan det visserligen finnas bevisvärigheter om orsakssambandet med giftermålet, men det bör inte hindra att denna överksamhetsgrund ges betydelse. Fall av svek ge-

¹⁸ Med tanke på den norska regleringen kan noteras användning av ogiltighetspåföljden i ett underrättsfall. Det var fråga om en ung kvinna, som var född i Somalia men vuxit upp i Norge från det hon var barn. Hon vigdes mot sin vilja i Yemen där man hade frångått henne pass och resehandlingar och utsatt henne för fysiskt våld. Se Holmøy & Lødrup, Ekteskapsloven – og enkelte andre lover med kommentarer, 2 utg. 2001, s. 92 ff. Liknande fall kan naturligtvis tänkas uppkomma även i Sverige.

nom felaktiga uppgifter förefaller också rimliga, låt vara att det är en öppen fråga, vilka omständigheter som skall anses relevanta. Fall av utnyttjande av den andra kontrahentens okunskap om vissa förhållanden, t.ex. tidigare äktenskap, barn, alkoholism, brottslighet, kan däremot vara tvivelaktiga. Hur en ny reglering skulle kunna utformas kan inte diskuteras här vare sig man tänker sig en svensk särlösning eller ett försök till nordisk lagharmonisering. En omläsning av GB 10:3 (se ovan under 3) ger dock besked om att redan den ursprungliga utformningen av återgångsmöjligheten var väl avvägd. Det verkar i varje fall inte lätt att åstadkomma något bättre.