

Mosa Sayed och Marie Linton

## Kvinnor ”i kläm” vid bedömning av mångfald?

”Då vår tid präglas av en i princip obegränsad virtuell kommunikation är det numera även fullt möjligt att en person ”lever” i en annan värld än där man varaktigt bor.”<sup>1</sup>

### 1 Ett exempel

Två iranska medborgare hade lärt känna varandra under år 2005 och tyckte uppstod. Kvinnan var sedan år 2003 bosatt i Sverige, medan mannen var bosatt i Iran. År 2006 gifte de sig i Iran enligt iransk lag och iranska seder som bl.a. påbjöd en s.k. mahr om 700 guldmynt (motsvarande två miljoner svenska kronor). Mahr kan sägas utgöra en integrerad del av det av makarna undertecknade kontraktet som enligt islamsk rätt utgör ett äktenskap, och det saknar motsvarighet i den svenska rättsordningen. I svensk litteratur brukar mahr benämnas som islamisk morgongåva, brudpenning eller brudgåva.<sup>2</sup> Mahr skulle utbetalas till kvinnan vid anfordran när som helst under äktenskapet. Efter giftermålet åkte kvinnan tillbaka till Sverige och mot slutet av år 2006 flyttade också mannen hit.

Kort tid efter att mannen anlant till Sverige ansökte kvinnan om äktenskapsskillnad vid Södertörns tingsrätt; i januari år 2008 meddelade rätten en dom på äktenskapsskillnad. Samtidigt inledde kvinnan en pro-

<sup>1</sup> Jänterä-Jareborg, Maarit, Under vilken lag lyder en människa? Om nationalitet, hemvist och tro som grunder för tillhörighet, Kungliga vitterhets historie- och antikvitets akademien, Årsbok 2015 s. 117 f.

<sup>2</sup> Se exempelvis Brattström, Margareta och Sayed, Mosa, Behandlingen av mahr i samband med bodelning enligt svensk rätt, Juridisk publikation 2/2013 s. 207–226 samt Bogdan Michael, Högsta domstolen om islamisk brudpenning (mahr), JT 2016–17 s. 258–266.

cess vid en moské i Sverige för att få till stånd en religiös skilsmässa. Mannen vägrade emellertid att medverka till den religiösa skilsmässan, vilket var en nödvändig förutsättning för att imamen vid moskén skulle kunna meddela en skilsmässa som kunde erkännas i Iran.

Kvinnan väckte då en talan vid Umeå tingsrätt med anspråk på att få ut sin mahr. Hennes talan, och anspråket om att mannen skulle uppfylla åtagandet om mahr, verkar ha väckts för att förmå mannen att medverka till den religiösa skilsmässan.<sup>3</sup> Mannen bestred anspråket om mahr. Tvisten hamnade slutligen hos Högsta domstolen (HD), som avgjorde fallet våren 2017.<sup>4</sup>

## 2 Problemets relevans utifrån en samhällelig kontext

De senaste årtiondena har Sverige omvandlats till ett mångkulturellt samhälle, inte minst till följd av den utomeuropeiska migrationen.<sup>5</sup> Uttrycket mångkultur kan förstås på många olika sätt. I svensk forskning är

<sup>3</sup> I Umeå tingsrätts första dom finns en koppling mellan anspråket om mahr och kvinnans möjlighet att få till stånd en skilsmässa som kunde erkännas i Iran. Tingsrätten konstaterar exempelvis att det faktum att kvinnan uttryckt en önskan om att få skilja sig inte fråntar henne rätten att begära utfående av sin mahr. En sådan ordning skulle enligt tingsrätten nämligen ”medföra att institutet med så kallade khul-skilsmässor skulle sakna funktion; detta eftersom hustrun i sådant fall inte skulle ha kvar någon mahr att avstå från för att så att säga köpa sig ur äktenskapet genom khul”. Se Umeå tingsrätts dom den 24 mars 2011, mål nr T 488-09.

<sup>4</sup> Se HD:s notisfall NJA 2017 N6, av den 29 mars 2017.

<sup>5</sup> I offentliga sammanhang togs uttrycket mångkultur och mångkulturellt samhälle i bruk först under 1970-talet i Sverige. Det har från början varit kopplat till det invandringspolitiska språket och var till en början ett positivt begrepp. Men till följd av att uttrycket ”lad-dats” med så många olika innebörder har man i officiella sammanhang velat övergå till att i stället tala om samhällets mångfald. Med språkbruksändringen trodde man sig kunna komma ifrån den ensidiga fokuseringen på invandrare, etnicitet och etnisk tillhörighet. Se t.ex. prop. 1997/98:16 s. 19. I den europeiska kontexten används uttrycken mångkultur och mångkulturella samhällen i princip för att beskriva en viss typ av mångfald. I vid mening kan mångfald inkludera en mängd grupper och rörelser som varierar över tid och geografiska gränser. I t.ex. USA definieras varje politisk rörelse initierad av en marginaliserad grupp som mångkulturell (såsom svarta amerikaners frihetskamp, kvinno- och homosexuellas kamp för lika rättigheter osv.). Om begreppsbildningen, se Sayed, Mosa, Islam och arvsrätt i det mångkulturella Sverige. En internationellt privaträttslig och jämförande studie, Iustus Förlag 2009 s. 30 ff.

dock mångkulturbegreppet kopplat till ”nyare” invandrargrupper för att beteckna situationer där minoritetsgrupper upprätthåller och lever efter andra regler, trosuppfattningar eller sedvänjor än de ”svenska” majoritetsvärderingarna.<sup>6</sup> Med mångkulturella tvister avser vi rättsförhållanden som kan inkludera en konflikt mellan formella regelverk (= en stats rättsordning) och informella normsystem (= exempelvis religionsbaserade normer som inte nödvändigtvis är statligt sanktionerade). Men det kan även vara tvister som slits uteslutande vid informella, t.ex. religiösa, institutioner.

Utvecklingstendensen mot ett mångkulturellt samhälle har medfört att svenska domstolar allt oftare ställs inför tvister som på ett eller annat sätt har anknytning till flera länder.<sup>7</sup> Det rättsområde som reglerar mångfaldens följder i gränsöverskridande situationer är den internationella privat- och processrätten. Ämnets internationalitet består i att det reglerar privaträttsliga förhållanden som har anknytning till flera länder.<sup>8</sup> Så snart ett rättsförhållande har anknytning till flera länder måste den internationella privat- och processrättsliga regleringen således tillämpas. I själva verket krävs väldigt lite för att en utlandsanknytning ska föreligga. I vissa fall har det räckt med att en av parterna har ett utländskt medborgarskap, medan rättsförhållandet i övrigt bara har nationella anknytningar.<sup>9</sup>

Det är i huvudsak tre frågor som den internationella privat- och processrätten reglerar. 1) När kan en nationell domstol handlägga en utlandsanknuten tvist (domsrättsfrågan)? 2) Vilken rättsordningen ska den behöriga domstolen tillämpa (lagvalsfrågan)? 3) Vilken verkan har ett utländskt avgörande i den egna staten (erkännandefrågan)?<sup>10</sup>

<sup>6</sup> Om svenska värderingar, se Hirschfeldt, Johan och Petersson, Olof, DN Debatt den 19 december 2017.

<sup>7</sup> Beträffande mångkulturella tvister i utländsk rättspraxis, se t.ex. förslag till avgörande i mål C-372/16, Soha Sahyouni mot Raja Mamisch, ECLI:EU:C:2017:686 och Indira Gandhi v. Pengarah Jabatan Agama Islam Perak v.a., [2018] 1 LNS 86 (Federal Court of Malaysia).

<sup>8</sup> Se vidare Jänterä-Jareborg, Maarit, Svensk domstol och utländsk rätt. En internationellt privat- och processrättslig studie, Iustus Förlag, Uppsala 1997 s. 28.

<sup>9</sup> Se t.ex. EU-domstolens avgörande C-327/10 Hypoteční banka a.s. v Udo Mike Lindner, ECLI:EU:C:2011:745.

<sup>10</sup> Om den internationella privat- och processrätten i svensk rättstillämpning se Linton, Marie, EU:s internationella privat- och processrätt – vilket inflytande har den i svensk rättskipning i gränsöverskridande civilrättsliga tvister? Europarätten – 20 år i Sverige, Juridiska fakultetens årsbok 2015, Iustus Förlag 2016 s. 169–196.

Huvuduppgiften för den internationella privat- och processrätten har ansetts vara att fastställa den tillämpliga rättsordningen.<sup>11</sup> Förklaringen till lagvalsfrågans dominans inom ämnet är enkel. Det är i den tillämpliga lagen som den materiella lösningen på ett tvistigt utlandsanknutet rättsförhållande finns. Eftersom rättsordningar materiellt sett kan se mycket olika ut, kan lagvalsfrågan därför bli mycket viktig för parterna. Inte minst kan lösningen av lagvalsfrågan bli utmanande om de aktuella rättsordningarna tillhör "olika läger" beträffande religion och kultur.<sup>12</sup> I vissa rättsordningar kan män t.ex. vara rättsligt privilegierade på olika sätt. I bl.a. iransk rätt har exempelvis män en ensidig rätt till skilsmässa medan kvinnor saknar en sådan.<sup>13</sup>

Exemplet ovan, och HD:s avgörande, väcker en rad svåra frågor, såväl av juridisk som av rättspolitisk natur. Det ger t.ex. upphov till frågan om kvinnors rättigheter i gränsoverskridande situationer. I det globaliserade och mångkulturella svenska samhället förekommer att människor lever enligt ett religiöst, informellt normsystem som kan ha en annan syn på relationer mellan kvinnor och män än den som i allmänhet råder i Sverige.<sup>14</sup> Det kan innebära att en person bosatt i Sverige rättar sig efter en annan religion, kultur eller tradition vid sidan av det svenska rättssystemet.<sup>15</sup> Hur hanterar svenska lagvalsregler människors familjerättsliga villkor i sådana fall? Är de svenska lagvalsreglerna och lösningarna som finns för mahr-fallen jämställda och ändamålsenliga för både kvinnor och

<sup>11</sup> Se t.ex. Jänterä-Jareborg, Maarit, *Svensk domstol och utländsk rätt. En internationellt privat- och processrättslig studie*, Iustus Förlag, Uppsala 1997 s. 23.

<sup>12</sup> Se Jänterä-Jareborg, Maarit, *Women's Human Rights: International Law in the Intersections between Socioeconomic Conditions, Culture, Tradition and Religion, Women's Human Rights and the Elimination of Discrimination*. The Hague Academy of International Law 2016 s. 6.

<sup>13</sup> De iranska skilsmässoreglerna finns i artikel 1120-1157 i den iranska civillagen. Mannens absoluta skilsmässorätt är fastslagen i artikel 113. Någon motsvarande regel för kvinnor finns inte. Den iranska civillagen finns i engelsk översättning av Taleghany, M.A.R., *The Civil Code of Iran*, Fred B. Rothman 6 Co, Littleton, Colorado 1995.

<sup>14</sup> Se vidare Sayed, Mosa, *Svensk och islamisk familjerätt – en jämförelse*, Juridisk Publikation 2/2010 s. 201–234 och *Är den islamiska rätten en evig religiös lag? En analys av förändringstendenser i den islamiska familjerätten, Rätten och rättsfamiljer i ett föränderligt samhälle – rätthistoriskt och komparativt: Vänbok till Rolf Nygren* (red. Jänterä-Jareborg och Kumlien) Uppsala: Iustus Förlag 2011 s. 413–434.

<sup>15</sup> Kultur, tradition och sedvänja kan dock inte ses som något negativt som per automatik diskriminerar flickor eller kvinnor, se Westendorp, Ingrid, *Using Culture to Achieve Equality, The Women's Convention Turned 30*, I. Westendorp (eds.) 2012 s. 112.

män? Kan relationer mellan kvinnor och män påverkas i ett till synes könsneutralt sammanhang på grund av att en tvist uppstått i en mångkulturell kontext?<sup>16</sup>

Utgångspunkten enligt svensk internationell privat- och processrätt är att ingen skillnad ska göras mellan nationell rätt och utländsk rätt; rättsordningar är med andra ord likvärdiga enligt den s.k. likställighetsprincipen.<sup>17</sup> Förförståelsen är att lagvalsregler gör anspråk på att vara könsneutrala, objektiva och opartiska.

Frågor om jämställdhet och strukturella orättvisor mellan kvinnor och män i mångkulturella gränsöverskridande sammanhang har börjat tilldra sig uppmärksamhet i den svenska internationellt privat- och processrättsliga litteraturen. Det senaste årtiondet har det vuxit fram en rättslig diskussion som generellt fokuserar på de juridiska utmaningar som följer av Sveriges omvandling till ett mångkulturellt och mångreligiöst samhälle. Den juridiska institutionen vid Uppsala universitet har haft en tongivande roll i den svenska forskningen som rör familjerätt och religion.<sup>18</sup>

<sup>16</sup> Intressant också Garland, Jameson, *On Science, Law and Medicine. The case of gender-“normalizing” interventions on children who are diagnosed as different in sex development*. Uppsala universitet 2016 (ak.avh.) s. 449–457.

<sup>17</sup> Se Jänterä-Jareborg, Maarit, *Svensk domstol och utländsk rätt. En internationellt privat- och processrättslig studie*. Iustus Förlag 1997 s. 56.

<sup>18</sup> Här redovisas ett axplock av relevanta publikationer från Uppsalamiljön, Jänterä-Jareborg, Maarit, *The Child in the Intersections between Society, Family, Faith and Culture*, Cambridge, Antwerp, Portland: Intersentia, 2016 (red.), *Under vilken lag lyder en människa?: Om nationalitet, hemvist och tro som grunder för tillhörighet*, Kungl. Vitterhets Historie och Antikvitets Akademien: Årsbok 2015, Stockholm: Vitterhetsakademien 2015, MMXV s. 117–129, *On the Cooperation between Religious and State Institutions in Family Matters: Nordic Experiences*, Religious Personal Laws, Family, Religion and Law: Cultural Encounters in Europe (red. Shah, Foblets och Rohe) Surrey: Ashgate 2014, s. 79–101, *Cross-border Family Cases and Religious Diversity: What Can Judges Do? Family, Religion and Law: Cultural Encounters in Europe* (red. Shah, Foblets och Rohe) Surrey: Ashgate 2014 s. 143–163, *Freedom of Religion, Human Rights and Public Policy in Private International Law*, Le 90e anniversaire de Boutros Boutros-Ghali / The 90th Birthday of Boutros Boutros-Ghali: Hommage du Curatorium à son Président / Tribute of the Curatorium to Its President, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers 2013 s. 155–170, *The Incidental Question of Private International Law, Formalised Same-Sex Relationships and Muslim Marriages*, Essays in Honour of Michael Bogdan (red. Lindskoug, Maunsbach, Millqvist, Juristförlaget, Lund 2013 s. 149–164, *Religion och rätt i samverkan, Det goda universitetet. Rektorsperioden 2006–2011: Festskrift till Anders Hallberg* (red. Björk, Bolkéus Blom och Ström) Uppsala: Acta Universitatis Upsaliensis 2011 s. 57–64, *Kan polygami vara laglig i Sverige? Turéusföredrag hållet vid prisutdelningen den 31 augusti 2010* Kungl. Vetenskaps-Societeten i Uppsala Årsbok 2010, Barn-

Mycket av forskningen som finns om islamisk familjerätt i Sverige kommer likaså från den Juridiska fakulteten vid Uppsala universitet.<sup>19</sup> I Sverige har dock nästan ingen forskning genomförts om informella religiösa skilsmässor och de utmaningar som dessa medför på det internationellt privat- och processrättsliga planet.<sup>20</sup>

I detta bidrag försöker vi identifiera, närma oss och reflektera över mångkulturens utmaningar i ett internationellt privat- och processrättsligt perspektiv, utan att göra anspråk på att ha givna eller säkra svar. Vi avser inte att sätta en objektiv sanning framför en annan, och detta bidrag kommer inte heller att leda till bestämda resultat eller att ”avslöja en sanning”. Det ska i stället ses som en påminnelse om att det kan finnas

och tvångsäktenskap i Sverige – finns det utrymme för olika kulturer och tolerans? Rett og toleranse: festskrift til Helge Johan Thue: 70 år, Oslo: Gyldendal Akademisk 2007 s. 304–320. För ytterligare litteratur från Uppsalamiljön se Sayed, Mosa, Tvångsäktenskap och barnäktenskap: en analys av det svenska rättsläget, Svensk Juristtidning, 2015 s. 479–495, Några aspekter på mångkulturens utmaningar – med särskilt fokus på islamisk rätt, SvJT 2013 s. 877–886, The Accomodation of Minority Customs in Sweden: The Islamic Law of Inheritance as an Example, European Journal of Law Reform, 2009, Vol. 12, nr 3–4 s. 319–339, Islam och arvsrätt i det mångkulturella Sverige: En internationellt och jämförande studie, Iustus Förlag, Uppsala 2009 (ak.avh.).

<sup>19</sup> Sayed, Mosa (i urval), Arvsrätt enligt shiaislam: Med jämförelser av shia- och sunnimuslimska arvssystem, Uppsala: Iustus Förlag, 2016, The Impact of Islamic Family Law on the Swedish Legal Landscape: Challenges and Possibilities, Reconsidering Religion, Law, and Democracy: New Challenges for Society and Research (Lind, Lövheim och Zackariasson) Lund: Nordic Academic Press 2016 s. 157–176, Abort inom den islamiska rättstraditionen, SvJT 2014 s. 812–834, The Kafala of Islamic Law: How to Approach it in the West, Essays in Honour of Michael Bogdan (red. Lindskoug, Maunsbach och Millqvist) Lund: Juristförlaget, Lund 2013 s. 507–520, Några aspekter på mötet mellan svensk och islamisk rätt, Karnov Juridik, 2013, Är den islamiska rätten en evig religiös lag? En analys av förändringstendenser i den islamiska familjerätten, Rätten och rättsfamiljer i ett föränderligt samhälle – rätthistoriskt och komparativt: Vänbok till Rolf Nygren (red. Jänterä-Jareborg och Kumlien) Uppsala: Iustus Förlag 2011 s. 413–434, Svensk och islamisk familjerätt: En jämförelse, Juridisk publikation, 2010, nr 2 s. 201–234, The Muslim Dower (MAHR) in Europe: With Special Reference to Sweden, European Challenges in Contemporary Family Law (red. Boele-Woelki och Sverdrup) Antwerpen: Intersentia, 2008 s. 187–208. Från andra lärosäten se exempelvis Schiratzki, Johanna, Muslimsk familjerätt: i svenskt perspektiv, Norstedts Juridik 2001. Utanför familjerätten se exempelvis Johnson, Bo, Islamisk rätt. Studier i den islamiska rätts- och samhällsordningen, Liber Förlag, Stockholm 1975 och Samadi, Mona, Defamation of Religion: The Right to Freedom of Expression in International and Islamic Law, Örebro Studies in Law 3, 2012.

<sup>20</sup> Se dock Jänterä-Jareborg, Maarit, The Incidental Question of Private International Law, Formalised Same-Sex Relationships and Muslim Marriages, Essays in Honour of Michael Bogdan (red. Lindskoug med flera), Juristförlaget i Lund 2013 s. 149–164.

alternativa synsätt och uppfattningar i lösningen av lagvalsfrågan när det gäller gränsöverskridande skilsmässor och mahr. Utanför bidragets ramar faller därmed mångkulturella tvister och frågor som avser polygama äktenskap, tvångsäktenskap, barnäktenskap osv.

Avsikten med detta bidrag är att presentera en ”ny” typ av problem som berör den internationella privat- och processrättens grundvalar.<sup>21</sup> Det gäller t.ex. om geografi och territorialitet alltjämt kan ha en avgörande betydelse i lösningen av lagvalsfrågan. Dessutom utmanar mångfalden i rättstillämpningen de traditionella internationellt privat- och processrättsliga rättskällorna genom att individer åberopar regler i informella normsystem vid svensk domstol, trots att ämnet traditionellt inte har beaktat sådant material.

### 3 Lagvalsregler

Innan vi kommer in på HD:s avgörande finns det anledning att säga något allmänt om lagvalsreglers uppbyggnad och ändamål. Vilken rättsordning som ska tillämpas på ett tvistigt rättsförhållande avgörs av domstolslandets lagvalsregler.<sup>22</sup> En konsekvens av lagvalsregler är att den domstol som har internationell behörighet kan ställas inför uppgiften att behöva tillämpa ett annat lands materiella regler.<sup>23</sup> Dessa utländska regler ska sedan tillämpas lojalt, dvs. såsom de tolkas och tillämpas i ursprungsstaten.

Enligt den moderna internationella privat- och processrättens fader, Friedrich Carl von Savigny (1779–1861), har varje rättsförhållande ett ”säte” eller en tyngdpunkt i en rättsordning.<sup>24</sup> Det handlar med andra

<sup>21</sup> Om den internationella privat- och processrättens pluralism se Mills, Alex, *The Confluence of Public and Private International Law. Justice Pluralism and Subsidiarity in the International Constitutional Ordering of Private Law*. Cambridge University Press 2009 s. 1–24. Intressant också Jareborg, Nils, *Legal Dogmatics and the Concept of Science: Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems*. Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag. Herausgegeben von Georg Freund, Uwe Murmann, René Bloy und Walter Perron. Duncker & Humblot. Berlin 2013, s. 53.

<sup>22</sup> Svenska lagvalsregler har numera i mycket hög utsträckning sitt ursprung i EU-rätten, och den svenska lagstiftarens möjligheter att på egen hand anta lagvalsregler har decimerats avsevärt.

<sup>23</sup> Se vidare Jänterä-Jareborg, Maarit, *Svensk domstol och utländsk rätt. En internationellt privat- och processrättslig studie*. Iustus Förlag 1997 s. 48.

<sup>24</sup> Se redogörelsen för von Savigny's teser i Jänterä-Jareborg, Maarit, *Foreign Law in National Courts. A Comparative Perspective*, Offprint from the *Recueil des Cours*, Vol. 304 (2003). Martinus Nijhoff Publishers 2004 s. 206–210.

ord om att hitta den rättsordning som har den närmaste anknytningen till ett givet rättsförhållande. Lagvalsregler utgår än idag ifrån föreställningen om att en rättsordning utpekas och att den bara gäller inom ett visst territoriellt avgränsat geografiskt område.<sup>25</sup> Tanken med en tillämpning av den närmast anknutna lagen är att vinna förutsebarhet och internationellt enhetliga avgöranden, dvs. oavsett vilken nationell domstol som handlägger en tvist utpekas samma rättsordning. På så sätt kan även parternas berättigade förväntningar enligt en objektiv standard uppfyllas.<sup>26</sup>

Ett exempel på en lagvalsregel är 4 § första stycket i den autonoma svenska lagen (1990:272) om internationella frågor rörande makars och sambors förmögenhetsförhållanden (LIMF). Av denna lagvalsregel framgår att i tvister om *makars förmögenhetsförhållanden ska lagen i den stat där makarna tog hemvist när de gifte sig tillämpas*.<sup>27</sup> Man kan säga att denna lagvalsregel är neutral i sin utformning. Den ger inte företräde för den ena eller andra makens hemvist. Sätillvida återspeglar den rättspolitiska målsättningar i Sverige, nämligen jämställdhet mellan makarna.<sup>28</sup> På ett till synes neutralt och förutsebart sätt är *båda* makarnas hemvist avgörande för lagvalet.

Valet av hemvist som bestämmande för lagvalet bottnar i en föreställning om att en person normalt har starkare anknytning till det land där han eller hon lever än till födelse- eller medborgarskapslandet.<sup>29</sup> Hem-

<sup>25</sup> Gihl skriver t.ex. att till ”rättssystemets egenskaper höra, ..., universalitet och exklusivitet. Rättssystemets exklusivitet framgår redan av rättsreglernas egenskap av värderingskriterier. Det är nämligen logiskt omöjligt att på en och samma gång bedöma ett och samma faktum enligt två olika kriterier. Ett visst rättssystem kan endast lägga sina egna kriterier till grund för bedömningen”. Gihl, Torsten Den internationella privaträtts historia och allmänna principer. Stockholm 1951 s. 276.

<sup>26</sup> Om det komplexa begreppet ”berättigade förväntningar” se avgörandet Tolofson v. Jensen [1994] 3 SCR 1022, 1046–1047, från Kanadas *Supreme Court*.

<sup>27</sup> Bestämmelsen är uppbyggd som en klassisk lagvalsregel och består av tre led. Tillämpningsledet anger lagvalsregelns tillämpningsområde (makars förmögenhetsförhållanden). Normledet utpekar den tillämpliga rättsordningen (omfattas av lagen i en viss stat) med hjälp av anknytningsledet som anger vilket anknytningsmoment till en viss stat som avgör lagvalet (makarnas gemensamma hemvist när de gifte sig). Se vidare Jänterä-Jareborg, Maarit, Svensk domstol och utländsk rätt. En internationellt privat- och processrättslig studie. Iustus Förlag 1997 s. 46.

<sup>28</sup> Se prop. 1989/90:87 s. 19 ff.

<sup>29</sup> Enligt Pålsson är den sociala miljön ”det viktigaste elementet vid regleringen av människors familjerättsliga förhållanden, se Pålsson, Lennart, Utvecklingslinjer och aktuella problem i svensk internationell privaträtt, SvJT 1984 s. 853.



vistprincipen rättfärdigas även av att den möjliggör en tillämpning av familjerättsliga regler som står i samklang med sociala värderingar och annan lagstiftning i den miljö där personen lever.<sup>30</sup>

Denna lösning kan jämföras med den tidigare där medborgarskap var centralt för att avgöra lagvalet i familjerättsliga frågor i Sverige (och även i andra kontinentaleuropeiska länder). I äldre svensk rätt löstes t.ex. lagvalsfrågan genom att lagen i mannens medborgarskapsland skulle tillämpas på äktenskapets rättsverkningar, eftersom mannen betraktades som familjens överhuvud och kvinnan ofta förvärvade mannens medborgarskap efter äktenskapets ingående.<sup>31</sup> Lagvalslösningen återspeglade den tidens syn på kvinnor och män.<sup>32</sup> Lagvalsregler är – och bör – följaktligen vara anpassningsbara till samhälls- och kulturförändringar.<sup>33</sup>

<sup>30</sup> Se även NJA 2017 s. 168.

<sup>31</sup> Lag (1912:69) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskaps rättsverkningar.

<sup>32</sup> I anglosaxisk och kontinentaleuropeisk tradition förhärskade länge principen om *converture*. Principen innebar att mannen och kvinnan sågs som en person genom äktenskap. Kvinnans självständiga juridiska existens upphörde i och med äktenskap och istället inkorporerades hon i mannens rättsställning och kom att omfattas av hans rättshandlingsförmåga, se Zaher, Claudia, When a Woman's Marital Status Determined Her Legal Status: A Research Guide on the Common Law Doctrine of Converture, Law Library Journal 2002 s. 459–486.

<sup>33</sup> Dessa lagvalsregler kan kontrasteras mot det interpersonella rättssystem som gäller i många islamiskt präglade länder, varifrån många muslimer bosatta i Sverige härrör. I dessa rättssystem grundas "lagvalet" på en persons religiösa tillhörighet, i syfte att avgöra konkurrensen mellan familjerättslagarna i ett och samma land. I Israel lyder exempelvis muslimer, kristna och judar under islamiska, kristna respektive på judendom grundade lagar, dvs. olika normer tillämpas på olika personer bosatta inom samma land. Vid sidan av normer baserade på trostillhörighet existerar i dessa länder även internationellt privat- och processrättsliga regler för utlandsanknutna tvister. I de islamiskt präglade länderna i Mellanöstern och Nordafrika har nationalitetsprincipen en stark ställning i lagvalet vid gränsöverskridande tvister. Enligt svensk internationell privat- och processrätt ska, i de fall utländsk rätt ska tillämpas och där finns flera gällande system, den svenska domstolen bestämma tillämpligt system enligt de regler som bestämmer detta i den tillämpliga rättsordningen (se exempelvis 7 kap. 1 § IÄL).

## 4 Den sekulära rätten, religionen och kvinnors rättigheter

### 4.1 Lex forism?

Det finns nu anledning att återvända till det inledande rättsfallet. Enligt HD skulle kvinnans anspråk på mahr i det aktuella fallet klassificeras som en fråga om makars förmögenhetsförhållande.<sup>34</sup> Det innebär att HD i detta fall betraktar mahr som en ekonomisk konsekvens av äktenskapet, eftersom den enligt HD kan bidra till en förmögenhetsutjämning mellan makarna när hustrun har begränsade möjligheter att förvärva egendom genom arbete eller gåva. I förbigående lyfter HD också fram andra funktioner som är förknippade med mahr. HD konstaterar att mahr kan kompensera för skillnader i kvinnors och mäns rätt till äktenskapsskillnad som råder i exempelvis Iran. Mannen har nämligen en ensidig och villkorlös rätt till äktenskapsskillnad, medan kvinnans rätt är mycket begränsad. HD förklarar vidare att en hög mahr kan användas som ett instrument för kvinnor i Iran att få äktenskapsskillnad genom att kräva att mannen medverkar till skilsmässa, mot att hon i gengäld avstår sin mahr. HD:s analys av hur mahr ofta används i islamiskt präglade rättsordningar är korrekt.<sup>35</sup> Här kan också tilläggas att en oförmåga att uppfylla ett avtal om mahr är straffrättsligt sanktionerat i Iran.<sup>36</sup>

Klassificeringen fick till följd att lagvalsreglerna i LIMF skulle tillämpas. Något lagvalsavtal som utpekade en viss rättsordning enligt 3 § LIMF fanns inte enligt HD. Därför fick tillämplig lag fastställas på objektiva grunder enligt 4 § LIMF. Enligt 4 § första stycket LIMF ska tillämplig lag vara lagen i den stat där makarna tog hemvist när de gifte sig. Makarnas gemensamma hemvist vid äktenskapets ingående var med andra ord avgörande för lagvalsfrågan. Kvinnan hade sitt hemvist i Sverige, då hon varit bosatt här i flera år. Mannen, däremot, hade hemvist i Iran

<sup>34</sup> De realistiska sätten att kvalificera mahr mot bakgrund av deras syften och ändamål är som makars förmögenhetsförhållanden, som underhåll eller *sui generis*. För en sådan diskussion, se Brattström, Margareta och Sayed, Mosa, Behandlingen av mahr i samband med bodelning enligt svensk rätt, Juridisk Publikation 2/2013 s. 207–226.

<sup>35</sup> Se exempelvis Mir-Hosseini, Ziba, Marriage on Trial – Islamic Family Law in Iran and Morocco, I.B. Tauris, London, 2000.

<sup>36</sup> I mars 2017 satt 2 297 iranska män i fängelse för att inte ha uppfyllt avtal om mahr, The National <https://www.thenational.ae/world/iran-pre-nups-land-thousands-of-men-in-jail-1.81305> (tillgänglig den 15 september 2017).

vid äktenskapets ingående. Trots detta fann HD att då parterna hade för *avsikt att i framtiden* bosätta sig tillsammans i Sverige fick makarna anses ha tagit hemvist här när de gifte sig. Därför skulle svensk lag tillämpas på anspråket om mahr. Eftersom mahr i denna utformning inte är giltigt enligt svensk rätt, kunde kvinnans anspråk inte bifallas.

I detta sammanhang är det intressant att notera att HD i skäl 20 i domen anför att det måste finnas ett utrymme för att beakta den kulturella, sociala och rättsliga miljö i vilket avtalet om mahr har ingåtts. I lösningen av lagvalsfrågan tog HD emellertid inte hänsyn till kopplingen som avtalet om mahr hade till det aktuella informella religiösa systemet eller att tvisten hade inletts som ett svar på mannens vägran att medverka till en religiös skilsmässa.

HD:s hemvistbedömning i fallet väcker en rad frågor, inte minst mot bakgrund av att lagvalslösningen resulterade i tillämpning av den egna svenska rätten (*lex fori*). Av 19 § LIMF framgår att *[d]en som är bosatt i viss stat anses vid tillämpningen av denna lag ha hemvist där, om bosättningen med hänsyn till vistelsens varaktighet och omständigheterna i övrigt måste anses stadigvarande*. Av bestämmelsen följer således att faktiska förhållanden (att en person verkligen fysiskt bor i en viss stat) och denna persons intentioner att kvarstanna i det landet (*animus remanendi*) avgör en persons hemvist. Det svenska hemvistbegreppet innehåller alltså två moment: ett objektivt (byggt på faktiska förhållanden) och ett subjektivt (byggt på personliga intentioner). Det går således inte att ”på förhand” ta hemvist i en viss stat om man, som fallet var här, aldrig någonsin har satt sin fot i det aktuella landet.

Av avgörandet verkar det som om HD bara beaktat det andra momentet i hemvistbedömningen i 19 § LIMF, nämligen avsikten att i framtiden bo i Sverige. Vid tidpunkten för äktenskapets ingående var mannen faktiskt bosatt i Iran och inte i Sverige. Således hade inte makarna gemensamt hemvist när äktenskapet ingicks. Därför borde inte tillämplig lag ha fastställts med hjälp av lagvalsregeln i 4 § första stycket LIMF. Av förarbetena till LIMF följer att i sådana fall ska den närmast anknutna lagen tillämpas genom att rättsförhållandets anknytningar till olika länder viktas.<sup>37</sup> Det som talar för svensk lag i fallet är att kvinnan vid äktenskapets ingående var bosatt i Sverige. Det som talar för iransk lag är att mannen var bosatt i Iran vid äktenskapets ingående, att parterna var iranska medborgare, att det var i Iran som äktenskapet och avtalet om

<sup>37</sup> Se prop. 1989/90:87 s. 43 och RH 2005:66 som också avsåg ett avtal om mahr.

mahr ingicks. Vidare har parterna fortfarande släkt, vänner och intressen i Iran. Det förefaller därför som om det finns en övervikt för iransk lag genom att makarna har starkast anknytning dit.<sup>38</sup> Om iransk lag hade tillämpats skulle kvinnan fått sin mahr och kunnat avstå den i ”utbyte” mot en religiös skilsmässa.

Men hur kan man förstå HD:s avgörande i lagvalsfrågan? Avgörandet kan tolkas som ett uttryck för att ”slippa” tillämpa utländsk rätt. Genom att avgöra lagvalet i ljuset av parternas avsikt att i framtiden leva i Sverige kunde den tillämpliga rättsordningen styras till Sverige i stället för till Iran som var den relevanta kontexten för parternas avtal. Genom utpekandet av svensk rätt kunde giltighet av mahr bestämmas enligt svensk rätt. En likartad problematik finns i det prejudicerande avgörandet NJA 2017 s. 168.

HD:s hemvistbedömning och lösningen av lagvalsfrågan i fallet kan anses ge uttryck för en negativ företeelse som i internationellt privat- och processrättsliga sammanhang brukar kallas för *lex forism* eller en s.k. *homeward trend*. I detta sammanhang innebär det att lagvalsregler tolkas och tillämpas så att de resulterar i tillämpning av domstolslandets egen lag, oavsett anknytningarna till ett annat land eller konsekvenserna i det enskilda fallet. *Lex forism* är oförenlig med principen om att rättsordningar är likvärdiga. Fenomenet bidrar inte heller till förutsebara resultat i lagvalsfrågan eller främjar en önskan om internationellt enhetliga avgöranden.

## 4.2 Konsekvenserna i det enskilda fallet

Ett av skälen till varför kvinnor i den iranska kontexten insisterar på höga mahr, som ofta avser värden som överstiger mannens ekonomiska betalningsförmåga är, som HD också nämner i avgörandet, att säkerställa möjligheten att förhandla fram en skilsmässa i ett system som diskrimine-

<sup>38</sup> I förarbetena till LIMF slås det dock fast att man vid bedömningen av hemvist inte kan begränsa sig till att enbart beakta förhållandena vid dagen för vigseln. Makarnas avsikt att etablera sig i ett visst land kanske inte realiseras förrän någon tid därefter och det blir då lagen i det landet som ska tillämpas, prop. 1989/90:87 s. 44. Detta resonemang kan inte göra sig gällande i vårt fall eftersom de aldrig fick gemensamt hemvist innan skilsmässan aktualiserades. Då spelar det ingen roll att de haft för avsikt skapa gemensamt hemvist i Sverige efter vigseln.

rar kvinnor i skilsmäsofrågor.<sup>39</sup> Män har en absolut rätt till äktenskaps-skillnad. Kvinnor har, i bästa fall, en begränsad rätt till skilsmässa vid allvarliga missförhållanden i äktenskapet. Samtidigt som det informella systemet är diskriminerande gentemot kvinnor i dessa frågor, kan mahr vara kvinnans ”hjälp”. Genom att avstå sin mahr kan kvinnan få tillgång till den nödvändiga religiösa skilsmässan.<sup>40</sup>

HD:s tillämpning av 4 § LIMF fick en rad negativa och särbehandlande konsekvenser för kvinnan i förhållande till mannen. Genom utpekandet av svensk lag förlorade kvinnan sin rätt till mahr, och sin enda förhandlingsmöjlighet för att få mannens samtycke till en skilsmässa vid moskén. Eftersom parterna ingick äktenskapet i Iran kommer de, oaktat den svenska civilrättsliga skilsmässan, att anses som gifta i Iran så länge de inte har en religiös skilsmässa från en auktoriserad moské. För kvinnan och mannen blir konsekvensen ett s.k. haltande äktenskap. Parterna anses som gifta i Iran, men skilda i Sverige. Enligt iransk äktenskapsrätt är mannen kvinnans förmyndare. Om hon exempelvis skulle resa till Iran behöver hon mannens samtycke för att resa därifrån. Män har däremot i regel inte förmyndare inom det islamiska systemet, vilket ger dem en obegränsad rörelsefrihet jämfört med gifta kvinnor.

Skulle kvinnan inleda en ny relation riskerar hon dessutom att göra sig skyldig till äktenskapsbrott som är straffrättsligt sanktionerat i iransk rätt.<sup>41</sup> Män har, trots frånvaron av en religiös skilsmässa, dock möjlighet att inleda en ny relation utan att riskera att begå äktenskapsbrott. Mannen kan därför leva vidare i ett nytt eller tillfälligt äktenskap utan att behöva rättsligt upplösa det första äktenskapet.<sup>42</sup>

<sup>39</sup> Sayed, Mosa, *The Muslim Dower (MAHR) in Europe – With Special Reference to Sweden, European Challenges in Contemporary Law* (eds. Boele-Woelki och Sverdrup), Intersentia, Antwerpen, 2008 s. 187–208.

<sup>40</sup> Sayed, Mosa, *The Muslim Dower (MAHR) in Europe – With Special Reference to Sweden, European Challenges in Contemporary Law* (red Boele-Woelki och Sverdrup), Intersentia, Antwerpen, 2008 s. 197 ff.

<sup>41</sup> Reglerna om äktenskapsbrott finns artiklarna 221–232 i bok 2 i den iranska strafflagen från år 2013.

<sup>42</sup> Det har att göra med att polygami kan vara tillåtet i det islamiska religiösa systemet. I Iran finns också ett rättsligt institut med tillfälliga äktenskap. En gift man kan ingå ett tidsbegränsat äktenskap med en annan person än sin hustru på tillfälliga premisser och grunder som är mindre ingripande än att ingå ett polygamt äktenskap. Mannen ges alltså enligt iransk rätt möjlighet till alternativa relationsformer som i princip undanröjer det behov av en religiös skilsmässa som en kvinna kan ha. Om tillfälliga äktenskap se artiklarna 1075–1077 i den iranska civillagen.

Dessutom kan en religiös skilsmässa ha betydelse för kvinnan på ett personligt plan, därför att den uppfyller ett religiöst och kulturellt behov hos henne, och kanske också hos hennes omgivning. Inte sällan anses parter nämligen fortfarande som gifta i den egna etniska och religiösa gruppen, i avsaknad av en religiöst sanktionerad skilsmässa. Avsaknaden av en religiös skilsmässa drabbar därför i praktiken kvinnor ”hårdare” än män.

#### 4.3 Att leva i enlighet med formella och informella system i Sverige

I detta fall ställdes mångfaldens utmaningar och kvinnans familjerättsliga ställning på sin spets. Kvinnan rättade sig efter kraven från islam, den iranska kulturen och traditionen vid sidan av det svenska rättssystemet. I så motto levde kvinnan ett ”dubbelt liv” genom att med varierande tyngdpunkt leva i enlighet med sociala, kulturella och rättsliga krav från ursprungsstaten Iran och samtidigt följa det statligt sanktionerade rättssystemet i Sverige. I den mån det svenska rättssystemet och det informella trosbaserade systemet inte är koordinerade finns det en risk att individer missgynnas ”dubbelt” – både enligt hemviststatens lag och enligt det trosbaserade systemet.

Av HD:s avgörande framhålls de funktioner som institutet mahr kan fylla i Iran, men inget sägs om vilka funktioner mahr kan fylla i en svensk kontext där anspråket faktiskt uppstod. Mahr-anspråket vid svensk domstol uppstod från första början därför att mannen vägrade att medverka till den religiösa skilsmässan som kvinnan ville ha. Kvinnan ville använda mahr som ett förhandlingsinstrument i relation till mannen för att få igenom en skilsmässa i det patriarkala och religiösa system som till del präglade hennes livssituation i Sverige. På så sätt är det religiösa systemet ett tvåeggat svärd. Å ena sidan är systemet ofördelaktigt och diskriminerande för kvinnor. Samtidigt är det, å andra sidan, det system som står till buds för att uppnå rättvisa för kvinnor i skilsmässofrågor med mångkulturell anknytning. När HD fann att svensk rätt skulle tillämpas på tvistefrågorna, innebar det att kvinnan gick miste om det skydd hon hade enligt de ”egna” religiösa normerna, eftersom mahr inte kan utgå enligt svensk rätt.

De informella på religion baserade skilsmässoreglerna som kvinnan i detta fall åberopade var erkända i Iran genom att moskén hade erhållit

auktorisation av iranska myndigheter att meddela skilsmässor i Sverige som kunde erkännas i Iran. Trots att de religiösa reglerna och skilsmässoprocessen vid moskén inte är sanktionerade av svensk lag eller av svenska myndigheter så hade parterna en stark anknytning till Iran genom medborgarskap, släkt, tillgångar etc., men också därför att de hade ingått äktenskapet i Iran och fortfarande var gifta i Iran.

För kvinnor kan det vara fråga om ett svårnavigerat system av formella och informella regelverk, där det informella systemet kan ha en större verklig betydelse för den enskilda, än den av staten sanktionerade lagen och skilsmässoreglerna i den svenska Äktenskapsbalken (1987:230). Eftersom det informella normsystemet kontrolleras av de religiösa samfundet, som ofta domineras av män, kommer de att spela en nyckelroll i tvister av detta slag. På individplanet kan rättsskipningsmakten i dessa skilsmässofall till viss del "förskjutas" till religiösa normsystem. Det innebär att rättsskipningen privatiseras, dvs. den förflyttas från allmänna statliga aktörer till privata aktörer (såsom religiösa samfund) som i vissa fall tillämpar regler som är mindre förmånliga för, eller diskriminerar, kvinnor.

Inte heller finns det några garantier för att det informella normsystemet upprätthåller de rättssäkerhetsmekanismer som finns i den svenska lagen. Man skulle kunna säga att det informella normsystemet styr parternas rättsliga initiativ och "rivaliserar" med statens rättsskipningsmonopol. Samtidigt är det informella religiösa systemet, åtminstone som läget är idag, det enda alternativ som står till buds för vissa kvinnor som har ett behov av att komplettera en civilrättslig skilsmässa med en religiös. Det nu aktuella mahr-fallet kan illustrera hur ett informellt system – bruket av mahr och behovet av en religiös skilsmässa – kan vara mer "bindande" och viktigt för en individ än hemviststatens lagstiftning.

Mot denna bakgrund är det svårt att veta om HD:s avgörande helt enkelt betyder att konsekvenserna av religiösa skilsmässor, eller andra på religion baserade företeelser, inte kan beaktas när de inte är förenliga med svensk rätt och svensk rätt är tillämplig. Om en utländsk rättsordning har utpekats som tillämplig av svenska lagvalsregler skulle det emellertid kunna finnas utrymme att beakta religion, etnicitet osv., allt beroende på vad den utländska rättsordningen anger (naturligtvis under förutsättning att tillämpningen av den utländska rättsordningen inte strider mot svensk ordre public).

## 5 Behöver lösningen av lagvalsfrågan anpassas till samhällets mångfald?

### 5.1 Därför har HD ”dömt rätt”

I en mening måste man ha förståelse för att HD i sitt avgörande om mahr inte beaktar det informella trosbaserade systemet. Det hade kunnat ge upphov till en rad svårlösta juridiska problem och spänningar, vilket talar för HD:s bedömning i detta fall.

Om HD gett verkan åt parternas avtal om mahr med hänvisning till att det är kvinnans enda sätt att få en religiös skilsmässa skulle det innebära att en svensk domstol tar hänsyn till patriarkala och religiösa strukturer i en utländsk rättsordning (som inte är tillämplig) och som dessutom är oförenliga med svensk rätt i så mån att kvinnor och män inte likabehandlas. Det skulle även kunna ses som ett mandat för, och legitimera, religiösa församlingar och institutioner som meddelar religiösa skilsmässor.<sup>43</sup>

Ett ytterligare argument som talar för HD:s avgörande är att det ofta kan vara svårt att veta innehållet i religiösa informella normer. Dessa normer är inte en statisk enhet. Även de ”egna” på religionen baserade normsystemet kan förändras över tid. Samtyckeskrevet som ställdes på makarna, och som vissa islamiska församlingar uppställer för att kunna meddela en religiös skilsmässa, är i själva verket en regelförändring inom det egna trosbaserade systemet. Tidigare, när det saknades krav på båda makarnas samtycke för en skilsmässa, hade kvinnan rätt till skilsmässa vid allvarliga missförhållanden i äktenskapet. Vid en första anblick är kravet på samtycke neutralt och ”lika” för både kvinnor och män. Emellertid kan samtyckeskrevet inom ramen för det ”egna” trosbaserade normsystemet leda till strukturella orättvisor för kvinnor.<sup>44</sup> Det kan uppstå fall

<sup>43</sup> Kanske går det inte heller att bortse ifrån den praktiska omständigheten att en kvinna kan ha ett ”oärligt” syfte och behåller mahr, eftersom hon ändå inte tänker åka tillbaka till medborgarskapslandet.

<sup>44</sup> I den största shiamuslimska församlingen i Sverige ändrades de interna skilsmässoreglerna år 2010. Före ändringen tillämpades klassiska shariaregler som i princip gav mannen en unilateral skilsmässorätt och kvinnor en begränsad rätt till skilsmässa vid exempelvis missförhållanden i äktenskapet. Numera krävs båda makarnas samtycke för att församlingen ska kunna meddela en religiös skilsmässa. Samtyckeskrevet infördes efter ett uppmärksammat fall där en imam vid församlingen, mot makens vilja, hade meddelat en religiös skilsmässa med hänvisning till att maken hade gjort sig skyldig till hustrumisshandel. Mannen i det aktuella äktenskapet hade därefter stämt imamen vid en domstol i Iran för tjänstefel. Den iranska domstolen kom fram till att imamens beslut



där det blir betydligt svårare för kvinnor att frigöra sig från oönskade äktenskap om inte mannen ger sin tillåtelse. I det nu aktuella fallet slog samtyckeskravet vid moskén i praktiken ut de skyddsmekanismer som finns inom islam för kvinnor som utsätts för missförhållanden i äktenskapet och som därför kan lösas från sina äktenskapliga band. Om rättssystemet på något sätt ska beakta informella regler, såsom vissa islamiska familjerättsnormer, behöver man veta ”vems” normer och tolkningar som ska gälla. Någon konsensus finns inte beträffande de normer som bör tillämpas på självdefinierade muslimer som vill leva enligt islamiska familjenormer.

## 5.2 En mer pragmatisk lösning av lagvalsfrågan?

HD:s avgörande om mahr illustrerar de svåra utmaningar som den internationella privat- och processrätten står inför i en värld som dramatiskt förändrats till följd av den snabba globaliseringen, digitaliseringen och nya familjebildningar över landgränserna. Avgörandet skulle kunna tolkas som att föregivet neutrala och objektiva lagvalsregler kan leda till en negativ särbehandling av kvinnor i en mångkulturell kontext, i vart fall när reglerna i rättstillämpningen inte hanteras flexibelt och anpassas till de specifika behov som kan finnas i ett enskilt fall.

Inte i något av de två nämnda mahr-avgöranden anknyter HD i domskälen till de faktiska omständigheterna i målen. Tillämpningen av svensk rätt i egenskap av lagen i hemviststaten ansågs enligt HD bäst överensstämma med de sociala mönster och värderingar som en person förväntas inordna sitt liv efter. Det gäller säkerligen beträffande majoritetsbefolkningen. Men så behöver det inte vara för en signifikant minoritet av befolkningen som upprätthåller och beaktar utländska minoritetsnormer. Inom denna minoritetsgrupp kan finnas svagare parter (kvinnor) i behov av rättsskydd. Om de formella och informella normsystemen skulle kollidera är det inte ovanligt att individer inom minoritetsgrupper väljer att följa det ”inofficiella” normsystemet som gäller inom den egna gruppen.<sup>45</sup>

hade grundats på otillräckliga bevis om misshandel, utifrån enbart hustruns berättelser och att hans beslut om skilsmässa därför utgjorde ett tjänstefel. Imamen dömdes till tre månaders fängelse och belades med utreseförbud från Iran. Han var anställd som imam inom det iranska statsmannasystemet men placerad som imam av den iranska staten vid en församling i Sverige.

<sup>45</sup> Estin, Ann Laquer, Unofficial Family Law, Iowa Law Review 2009 s. 455 f.

Den fråga som inställer sig är vad som bör ske om makar med hjälp av ett informellt trosbaserat system ingår ett avtal om mahr därför att möjligheten att avtala om mahr inte står till buds enligt lagstiftningen i hemvistlandet. I sådana fall kan man argumentera för att hemvistlagen inte är den lag som är starkast förbunden med det aktuella rättsförhållandet. Men eftersom lagvalsregler bara utpekar och angår territoriellt avgränsade och statligt sanktionerade rättsordningar kommer minoritetsnormer, såsom regler om religiösa skilsmässor, inte att tillämpas eller få genomslag i rättstillämpningen (såvida de inte utgör en del av den tillämpliga rättsordningen).

Det sagda föranleder oss att tro att det kan vara nödvändigt att reflektera över lagvalsreglers ändamålsenlighet och roll, tillika deras grundvalar och funktion i ett mångkulturellt samhälle. Det problematiska är hur det kan ske i praktiken. Kan rättstillämpningen i en rättsstat bortse från parternas religion och kultur, om bortseendet resulterar i diskriminerande effekter?<sup>46</sup> Det kan finnas situationer där patriarkala och religiösa strukturer kan behöva beaktas i syfte att uppnå ett resultat som *inte* diskriminerar kvinnan. Samtidigt säger det sig självt att vi inte kan hänvisa till religion eller kultur för att uppnå diskriminerande effekter. I HD:s avgörande som illustreras i detta bidrag blev dock kvinnan förloraren i den lagtolkning och rättstillämpning som följde av att den svenska rättsordningen inte tydligt reglerat mötet mellan de nationellt sanktionerade reglerna och informella trosbaserade normsystemen.

Utifrån ett svenskt perspektiv framstår ett i lag stadgat hänsynstagande till informella normsystem vid exempelvis tvister i allmän domstol i dagsläget som en omöjlighet. I länder med andra erfarenheter på området har man i varierande utsträckning kommit att inkludera trosbaserade familjerättsnormer i lag som en viktig faktor vid allmänna domstolsprocesser. Längre har fokus varit riktad mot judiska skilsmässor och de haltande rättsförhållanden som uppstår när judiska män vägrar att medverka till skilsmässa. Israel har därför infört straffrättsliga sanktioner mot män som inte ger sitt medgivande till skilsmässor, även om skilsmässa fortfarande

<sup>46</sup> Se vidare Jänterä-Jareborg, Maarit, Women's Human Rights: International Law in the Intersections between Socioeconomic Conditions, Culture, Tradition and Religion, Women's Human Rights and the Elimination of Discrimination. The Hague Academy of International Law 2016 s. 46.

är mannens privilegium.<sup>47</sup> I Storbritannien<sup>48</sup> och Kanada<sup>49</sup> kan en domstol enligt lag förvägra parter en civilrättslig skilsmässa i fall de inte först utverkat en enligt judaism godkänd religiös skilsmässa (i likhet med Israel är det även här enbart mannen som kan skilja sig från sin hustru). Emellertid kan en sådan reglering anses diskriminerande mot kvinnor, eftersom ”tillgången” till äktenskapsskillnad begränsas av mannens initiativ. I Storbritannien har också lagstiftning avseende muslimska religiösa skilsmässor presenterats för *House of Lords*.<sup>50</sup> Även Norge har vidtagit lagstiftningsåtgärder i syfte att säkerställa muslimska religiösa skilsmässor.<sup>51</sup>

I dessa länder har man intagit en mer pragmatisk inställning och fokuserat på att lösa praktiska konsekvenser i mötet mellan religiösa normsystem och sekulära rättsordningar. När man t.ex. i Norge år 2003 ändrade den norska äktenskapslagen så ville man säkra muslimska kvinnors rätt till religiös skilsmässa.<sup>52</sup> Med den nya lagutformningen är varje person som ingår äktenskap i Norge skyldig att skriftligen garantera den andra makens rätt till skilsmässa i framtiden. Syftet med den norska lagen är att direkt genomföra den i islamisk rätt förhärskande möjligheten för mannen att delegera sin unilaterala skilsmässorätt till hustrun. Med en sådan delegation i äktenskapskontraktet har hustrun rätt att skilja sig när som helst utan hänsyn till mannens inställning. Här ser vi med andra ord en sekulär rättsordning som i syfte att säkra kvinnors rättigheter integrerar religiös rätt i den egna rättsordningen. Den norska lagen kan även ses som ett försvagande av mahr-institutet i Norge med avseende på dess skilsmässofunktioner.

<sup>47</sup> Se Rabbinical Courts Law Enforcement of Divorce Judgements 5755-199. För forskning om det israeliska läget se bland annat Fournier, Pascale, m.fl., A ‘Deviant’ Solution: The Israeli Agunah and the Religious Sanctions Law, *Managing Family Justice in Diverse Societies* (red. Maclean och Eekelaar), Hart Publishing, Oxford 2013 s. 89–106 och Kaplan, Yahiel S., *Enforcement of Divorce Judgements in Jewish Courts in Israel: The Interaction Between Religious and Constitutional Law*, *Middle East Law and Governance* 4, 2012 s. 1–68.

<sup>48</sup> Se Divorce [Religious Marriages] Act 2002.

<sup>49</sup> Se Divorce Act, R.S.C. 1985 c.3, artikel 21.1 [1–6].

<sup>50</sup> Se Arbitration and Mediation Services [Equality] Bill [HL Bill 18 of 2016–17].

<sup>51</sup> Se sektion 7.1 lov 4 Juli 1991 nr 47 om ekteskap. För en kommentar se Wærstad, Linn, *The Application of the Non-discriminatory Guarantee in Muslim Women’s Process of Divorce in Norway*, *The International Survey of Family Law*, 2016 Edition (red. Atkin), Jordan Publishing, Bristol 2016 s. 357–372.

<sup>52</sup> Wærstad, Tone Linn, *The Application of the Non-Discrimination Guarantee in Muslim Women’s Process of Divorce in Norway* s. 363.

## 6 ”Slutkläm”

Handlingarna i det nu aktuella målet, och HD:s avgörande, visar en bekymmersam realitet för många människor (kvinnor) i Sverige. Att bortse från den sammansatta situation som kvinnan i fallet befann sig i kan tyckas orättvist och inte svara mot en objektiv förväntan om att inte bli diskriminerad i en mångkulturell kontext. På ett sätt skulle man också kunna anse att HD:s avgörande lämnar kvinnan i händerna på det religiösa systemet, samtidigt som tillämpningen av svensk rätt och ogillandet av anspråket om mahr berövade henne den enda förhandlingsmekanismen som fanns i detta system.

I avgörandet verkar HD ha skapat en ny ”hjälpregel” i tvister om mahr, när makarna inte har gemensamt hemvist vid äktenskapets ingående, genom att bara beakta det subjektiva momentet i den svenska hemvistbedömningen (= makarnas gemensamma avsikt att i framtiden bo i Sverige). HD tolkade lagvalsregeln i 4 § LIMF inskränkande, med följden att den egna svenska rättsordningen blev tillämplig. Därmed föll möjligheten att beakta de sociala mönster och värderingar som makarna delvis hade inordnat sina personliga förhållanden efter.

HD:s lösning i lagvalsfrågan är inte anpassad till ett mångkulturellt sammanhang och innebär att territorialitet och geografiska begränsningar fortsatt spelar en avgörande roll för det materiella resultatet i en mahr-tvist. På ett generellt plan behöver man konstatera att dessa territoriellt präglade avgränsningar kan vara svåransvändbara eftersom mångkulturella tvister är problematiska att avgränsa som antingen internationella eller nationella.<sup>53</sup> Om de tvistande parterna t.ex. är bosatta i Sverige kommer frågor om skilsmässa, bodelning och underhåll, osv., normalt att bedömas i enlighet med svensk rätt, utan någon ”inblandning” av svenska lagvalsregler. Och svensk rätt ger inte utrymme att beakta faktorer som religion, kultur eller etnisk tillhörighet, trots att det kan vara av relevans för att skapa jämvikt mellan parterna och skipa rättvisa i det enskilda fallet. Här finns en risk att rättstillämpningen ”missar” mångfaldens dimensioner och förväntningar, vilket indirekt kan missgynna kvinnor från ursprungsländer med patriarkala och religiösa strukturer.

Det finns inga enkla och givna svar på de problem som det mångkulturella samhället medför för den internationella privat- och processrätten.

<sup>53</sup> Sayed, Mosa, The Accommodation of Minority Customs in Sweden. The Islamic Law of Inheritance as an Example, *European Journal of Law Reform*, 2010 (12), 3–4 s. 328.

Detta bidrag kan ses som ett sätt att i någon mån medvetandegöra lagvalsreglers roll i likabehandlingen av män och kvinnor som lever i mångfaldens Sverige. Vi vill utmana traditionella principer och målsättningar om lagvalsreglers funktion.<sup>54</sup> I litteraturen och i nationell lagstiftning finns numera flera exempel på fall där lösningen i en sekulär rättsordning beaktar en religiös, kulturell eller etnisk dimension.<sup>55</sup> I vissa sekulära västerländska rättssystem beaktas t.ex. ett informellt trosbaserat normsystem om tillämpningen undviker diskriminerande effekter för kvinnan. Det handlar med andra ord om att beakta de specifika förutsättningarna i det enskilda fallet och ta hänsyn till det "egna" religionsbaserade normsystemet till vilket det kan finnas sociala, känslomässiga, etniska, religiösa eller andra liknande anknytningar. Hur ska lagvalsregler förhålla sig till, och eventuellt kombineras med, informella normsystem för att kunna beakta skyddsvärda intressen och undvika diskriminering i tvister med mångkulturella inslag? En acceptans och flexibilitet för internationell mångfald skulle kunna vara ett sätt för kvinnor att uppnå en form av likställdhet med män när det gäller den skilsmässotyp som nu är aktuell. Denna fråga finns det anledning att återkomma till.

<sup>54</sup> Av intresse i detta avseende Mills, Alex, *The Confluence of Public and Private International Law. Justice Pluralism and Subsidiarity in the International Constitutional Ordering of Private Law*. Cambridge University Press 2009.

<sup>55</sup> Se t.ex. den grekiska lagen 4511/2018 som antogs den 15 januari 2018 (tillgänglig på [conflict.laws.net](http://conflict.laws.net) den 24 januari 2018).

