Barnperspektiv på successionsrätten — särskilt om arv efter barn i ombildade familjer[1]

Av docenten JOHANNA SCHIRATZKI

Barn kan inte disponera över sin kvarlåtenskap mortis causa, för dödsfalls skull. Inte heller barns ställföreträdare har rättslig kompetens att på barnets vägnar göra så. En utgångspunkt för artikeln är att de rådande mönstren för familje(om)bildning med en stor andel skilsmässor, separationer och styvfamiljer ställer krav på en ökad flexibilitet inom närliggande rättsområden, t.ex. successionsrätten. I artikeln konstateras att gällande rätt ger vissa möjligheter att fördela barnets kvarlåtenskap på annat sätt än enligt den legala arvsordningen. Dessa möjligheter är dock inte heltäckande. Därför diskuteras de lege ferenda möjligheten att kvarlåtenskapen efter ett avlidet barn inte skall skiftas i två lika delar utan tillfaller respektive förälder och dennes arvingar i proportion till vad dessa överlåtit till barnet.

Alltid
där barn dör
blir sten och stjärna
och så många drömmar
hemlösa.[2]

1.Inledning

I svensk rätt anläggs i alltfler sammanhang ett barnperspektiv och vi berömmer oss om att prioritera skyddet av barnets intressen. Särskilt betonas att barnets vilja skall respekteras. Ett undantag utgör emellertid arvsrätten. Endast i synnerligen begränsad omfattning medger gällande rätt att kvarlåtenskapen efter ett avlidet barn fördelas på annat sätt än enligt den legala arvsordningen. Barn är med andra ord förhindrade att disponera över sin kvarlåtenskap mortis causa, för dödsfalls skull. Inte heller barns ställföreträdare har rättslig kompetens att på barnets vägnar göra så. I det följande diskuteras vilket utrymme gällande svensk rätt ger för att fördela kvarlåtenskap efter ett avlidet barn på annat sätt än enligt den legala arvsordningens regler. En utgångspunkt är att de rådande mönstren för familjebildning med en stor andel skilsmässor, separationer och s.k. styvfamiljer inte motsvaras av en ökad flexibilitet inom närliggande rättsområden. Det kan

[1]För värdefulla synpunkter tackas universitetslektor JD Anna Singer, docenten Eva Ryrstedt, advokaten Birgitta Alexanderson samt professorerna Kent Källström och Christer Silfverberg. Vissa avsnitt av artikeln har presenterats vid Nordiskt familjerättsseminarium, 29–31 oktober 2003.

[2]Sachs N, Flykt och förvandling, FiBs Lyrikklubb 1966 (1961).

diskuteras om en sådan anpassning till rådande familjemönster är önskvärd. För det fallet rättsutveckling bör spegla eller i alla fall knyta an till samhällsutvecklingen i stort förefaller det angeläget att diskutera hur successionsrätten förhåller sig till de alltmer skiftande formerna för familje(om)bildning. Av intresse är också successionsrättens förhållande till principer som respekten för det enskilda barnets rättigheter och vilja samt social hänsyn och rättvisa. Då barn i stor utsträckning förvärvar egendom benefikt är ytterligare en aspekt beaktandet av donators vilja.

Framställningen inleds med en presentation av barnperspektivet, successionsrättens grundläggande principer samt successionsrättsliga konsekvenser av familjeombildning. Därefter diskuteras konsekvenserna av att barn inte får upprätta testamente samt vilka möjligheter som enligt gällande rätt ges för att fördela barns kvarlåtenskap på annat sätt än enligt den legala arvsordningen. Då dessa lösningar inte är heltäckande presenteras slutligen vissa förslag de lege ferenda, delvis inspirerade av norsk rätt.

1.1Barnperspektivet

Inledningsvis kan diskuteras vad ett barnperspektiv på successionsrätten innebär. En förutsättning för ”skyldemäns arvsrätt” i 2 kap. ärvdabalken (ÄB), är släktskap i upp- och nedstigande led. Förenklat bygger systemet på att vi alla är barn till någon. Barnperspektivet skulle därmed kunna sägas vara inbyggt i systemet. Det är emellertid ovanligt att man med barnperspektiv menar släktskap i nedstigande led. Enligt den gängse förståelsen av barnperspektivet fokuseras istället på ålder, inte släktskap. Med andra ord avses vanligtvis minderåriga barns perspektiv.

Kännetecknande för diskussionerna om barnperspektiv är vidare att barnets egna rättsliga relationer till det omkringliggande samhället och dess medlemmar betonas.[3] Därmed skiljer sig modern barnrätt från äldre rätts sätt att hantera rättsfrågor rörande barn som utmärktes av att barnet var avhängigt vuxnas legala relationer. Ett exempel härpå är att barn födda utom äktenskap inte fick arvsrätt efter fadern förrän år 1970. Barnets arvsrättsliga ställning var dessförinnan beroende av hur föräldrarnas inbördes relation var reglerad. Enligt gällande rätt betonas som sagt barnets egna legala relationer och arvsrätt är därför avhängig fastställandet av ett rättsligt föräldraskap, dvs. av att en familjerättslig relation mellan barnet och respektive förälder föreligger. Omsesidig arvsrätt mellan barnet och båda föräldrarna föreligger numera oberoende av om föräldrarna är gifta, ogifta, samboende, separerade, vänner eller ovänner.

Goda skäl talar för att barnets arvsrättsliga ställning inte skall vara beroende av hur föräldrarnas relation är reglerad. Ett sådant synsätt är väl i linje med den moderna barnrättens betoning av barnets egna

[3]Se vidare Schiratzki J, Barnrättens grunder, Studentlitteratur 2002, s. 11 f.

relationer. Frågan är emellertid om en balans mellan skilda aspekter av barnets och föräldrarnas relation har uppnåtts. Är det rättsliga föräldraskapet väl fastställt så påverkas barnets arvsrättsliga ställning inte av hur barn-föräldrarelationen i övrigt ser ut. Enligt den legala arvsordningen föreligger ömsesidig arvsrätt mellan barn och förälder oberoende av om föräldern har del av vårdnaden om barnet, bor med barnet, har umgänge, bidrar till barnets ekonomiska underhåll eller på annat sätt upprätthåller kontakt med barnet.[4]

1.2Motstridiga principer inom successionsrätten

Gällande rätts betoning av det rättsliga föräldraskapet innebär att barns arvsrättsliga ställning baseras på att ett statusförhållande föreligger mellan barn och föräldrar. I dessa delar bygger den legala arvsordningen på, och bekräftar, att en grupp enskilda är förenade i en familj. Andra delar av successionsrätten, såsom makes arvsrätt och testamentsrätten, har sin grund i avtalsbaserade relationer.[5] I avtalsrättens natur ligger att berörda parter, eller dess ställföreträdare, skall kunna påverka kontraktets innehåll och genomförande. Arvsrätt efter minderåriga barn belyser några av konsekvenserna av att successionsrätten bygger på delvis motstridiga principer. Dessa tre principer är: 1) blodsband mellan arvlåtare och arvtagare, 2) social hänsyn, 3) respekt för arvlåtarens vilja. Givet att släktskap mellan det avlidna barnet och presumtiva arvtagare föreligger tas ingen hänsyn till sådana omständigheter som varierande ekonomiska behov hos arvingarna eller ekonomiskt stöd från arvingen till arvlåtaren under dennes livstid. Social hänsyn utgör däremot grunden för makes arvsrätt. Testamentsrätten grundas på principen att arvlåtarens vilja skall respekteras.

1.3Successionsrättsliga konsekvenser av familjeombildningen

Cirka en tredjedel av dagens unga svenskar får under sin barndom uppleva att familjen ombildas från en traditionell kärnfamilj till en enföräldersfamilj. Sju procent lever i en ombildad familj, dvs. med en styvförälder och eventuellt också styv- och halvsyskon.[6] Trenden mot ett ökat antal ombildade familjer har ägt rum parallellt med utvecklingen av barnrättens betoning av det enskilda barnets egna rättigheter och betraktas som en av förutsättningarna för den avprivatisering av familjen som rättsordningens uppmärksammande av barnet innebär.

Familjeombildning får skiftande successionsrättsliga konsekvenserna. I vissa fall upphör arvsrätten om familjens medlemmar går skilda

[4]Förverkande av rätt att taga arv eller testamente regleras i 15 kap. ÄB. Rätten att ta arv förverkas bl.a. om någon uppsåtligen dödar arvlåtaren eller genom tvång, förledande eller missbruk av någons oförstånd, viljesvaghet eller beroendeställning förmått någon att upprätta eller återkalla testamente eller avstå därifrån.

[5]Agell A, Familjerättsliga avtals rättsgiltighet, TfR 1987 s. 68–101 (Omtryckt i *de lege, Anders Agell, Familjerätt, skadeståndsrätt och annan förmögenhetsrätt.* Valda skrifter) Iustus förlag, 1993.

[6]Sveriges tredje rapport till FN:s kommitté för barnets rättigheter s. 70.

vägar. I andra fall berörs arvsrätten inte av att familjegemenskapen omförhandlas. Att arvsrätten upphör om familjen splittras gäller för arvsförhållanden grundade på äktenskap. Pågår vid ena makens död ett mål om skilsmässa innebär det att den kvarlevande makens arvsrätt upphör (3:10 ÄB). Också ett testamente till make eller sambo är utan verkan om äktenskapet eller samboförhållandet är upplöst vid testators död eller om mål om äktenskapsskillnad pågår (11:8 ÄB). Arvsrätten mellan släktingar i upp- och nedstigande led berörs däremot inte av familjesplittring. Annorlunda uttryckt; successionsrätt som har sin grund i vuxnas överenskommelse att ingå äktenskap eller att leva tillsammans som samboende upphör om någondera parten frångår överenskommelsen och anhängiggör mål om äktenskapsskillnad eller initierar en separation. Arvsrätt som har sin grund i släktskap berörs däremot inte. Barns arvsrättsliga förhållanden till sina rättsliga släktingar påverkas inte av familjeombildning. Inte heller ärver barnet en ny partner till föräldern efter familjeombildning.[7] En annan sak är att de nya familjebanden beaktas i samband med arvsbeskattningen. (28§ 3 st. lag 1941:416 om arvsskatt och gåvoskatt, AGL).

2.Barn får inte upprätta testamente

För att en avlidens kvarlåtenskap skall fördelas på annat sätt än enligt den legala arvsordningen krävs att den avlidne förordnar härom i testamente.[8] Genom testamente kan arvlåtaren, med undantag av att bröstarvingars rätt till laglott måste respekteras, fritt bestämma om den legala arvsordningens regler skall följas eller om kvarlåtenskapen skall fördelas på annat sätt.

Den enda allmänna inskränkningen som gäller för behörighet att upprätta ett testamente är ett ålderskrav.[9] För behörighet att upprätta testamente krävs som huvudregel att testator har fyllt 18 år (9:1 1 m ÄB). Den grupp som generellt är utesluten från möjligheten att upprätta testamente är alltså barn under 18 år.

Två undantag finns dock enligt vilka den som är under 18 år är behörig att upprätta testamente (9:1 2 m ÄB). Det första fallet rör barn-

[7]För att så skall ske krävs att styvföräldern adopterar barnet vilket som huvudregel kräver samtycke av den andre föräldern (4:5a föräldrabalken, FB). Jfr dock bröstarvinges möjlighet att vid den först avlidna makens död avstå från arv från denne till förmån för den efterlevande maken och istället ta del i dödsboet efter den sist avlidne maken (3:9 ÄB).

[8]Testamente är den enda dödsrättshandling som godtas enligt svensk rätt. Förbudet mot adkvisitiva arvsavtal framgår av 17:3 ÄB vari stadgas att ”utfästelse om gåva, som icke må göras gällande under givarens livstid” är giltig endast om testamentsformen iakttas.

[9]Äldre rätts begränsningar med avseende på den som hade förvaltare avskaffades år 1988. Ett testamente som upprättas under påverkan av en psykisk störning kan ogiltigförklaras (13:2 ÄB). Så är också fallet om någon tvungit testator att upprätta testamentet eller förmått honom därtill genom missbruk av hans oförstånd, viljesvaghet eller beroendeställning (13:3 1 st. ÄB). Detsamma gäller om testator blivit svikligen förledd att upprätta testamentet eller om han eljest svävat i villfarelse som varit bestämmande för hans vilja att upprätta ett testamente (13:3 2 st. ÄB).

äktenskap, dvs. när den omyndiga är eller har varit gift.[10] Här ställs inget krav på att det gifta barnet skall ha uppnått en viss ålder. Det andra undantaget avser den som är över 16 år och som vill förordna om egendom över vilken han själv äger råda. Detta undantag omfattar två led. För det första skall den omyndige testatorn vara minst 16 år, för det andra skall egendomen vara sådan som den omyndige själv får råda över. Egendom som barnet själv får råda över är enligt 9:3 FB vad han eller hon genom eget arbete har förvärvat efter det han eller hon har fyllt 16 år, inklusive avkastning och surrogat, samt enligt 9:4 FB vad barnet har fått genom gåva, testamente eller förmånstagarförordnande vid försäkring eller pensionssparande enligt lagen 1993:931 om individuellt pensionssparande under villkor att den underårige själv skall få råda över egendomen.[11]

Vid sidan av dessa begränsade möjligheter är barn under 18 år uteslutna från möjligheten att upprätta testamente. Att barns befogenheter att råda över sin egendom på skilda sätt är begränsad är på intet sätt unikt för testamentsrätten. Tvärtom följer av allmänna omyndighetsregler att den underårige inte själv får råda över sin egendom (9 kap. FB). Vad som emellertid gör testamentsrätten speciell är att barnets bristande rådighet inte kompenseras av behörighet för annan ställföreträdare, t.ex. förmyndare eller god man, att handla å barnets vägnar. I doktrinen har detta motiverats dels av att testationsrätt är en rättighet som skall tillkomma arvlåtaren personligen, dels av marknadens intressen. Agell understryker testamentets karaktär av personlig rättshandling.[12]

Testamente är en strängt personlig rättshandling. Testator måste själv företa densamma och kan inte anlita ställföreträdare; inte heller kan en legal representant, t.ex. förmyndare, upprätta testamente å den företräddes vägnar. Även om en person skulle sakna förmåga att själv testamentera, t.ex. på grund av ålder, är det omöjligt att låta någon annan göra det i hans ställe.

Walin konstaterar att det ur näringslivets perspektiv inte finns behov av att vidga omyndigas befogenhet att upprätta testamente. Han framhåller att: [13]

När fråga är om förfoganden i levande livet, är det i omsättningens intresse oundgängligt att någon äger handla på den underåriges vägnar. Beträffande förfoganden för dödsfalls skull finns ej samma behov. Föreligger ej ett av arvlåtaren upprättat testamente, inträder nämligen den legala arvsordningen.

[10]Bestämmelsen tar sikte på ett statusförhållande och är ett exempel på de särregler för gifta barn som svensk rätt innehåller. T.ex. 7:3 ÄktB. Undantaget berör endast ett fåtal barn. Antalet 15- till 17-åringar som ingått äktenskap i Sverige var under åren 1999–2001 42–45 barn per år. Ds 2002:54 s. 51. Jfr prop. 2003/04:48 Åtgärder mot barnäktenskap och tvångsäktenskap.
[11]Underårigs befogenhet att råda över sådan egendom kan under vissa förutsättningar inskränkas av överförmyndare eller förmyndare 9:3 2 st. FB, 9:4 2 st. FB.
[12]Agell A, Testamentsrätt, Iustus förlag, 1996, s. 12.
[13]Walin G, Kommentar till ärvdabalken, del 1 Norstedts blå bibliotek, 2000, s. 206.

Det enskilda barnets rätt liksom social hänsyn får stå tillbaka i såväl det Agellska som det Walinska resonemanget. Avgörande är istället att egendomen kan omsättas respektive att testamentsrättens principer respekteras.

3.Konsekvenser av den legala arvsordningen

Barnet kan således inte självt eller genom ställföreträdare disponera över sin kvarlåtenskap genom testamente. Det betyder att om en omyndig går bort så skall kvarlåtenskapen efter honom eller henne undantagslöst fördelas i enlighet med den legala arvsordningens regler. Därmed tillfaller hälften av barnets kvarlåtenskap fadern eller hans arvingar, hälften modern eller hennes arvingar. För det fallet ena föräldern avlidit och arvingar saknas tillfaller hela barnets kvarlåtenskap den andre föräldern eller dennes arvingar.

I många fall torde denna ordning vara i enlighet med familjens inklusive det avlidna barnets önskan. På samma sätt som en vuxen vanligtvis vill gynna båda de släkter som han eller hon härstammar från, kan det minderåriga barnet förmodas önska att dess kvarlåtenskap skall fördelas mellan föräldrarna. På samma sätt som vad gäller vuxna kan det dock finnas undantag. Forskning saknas, men ett rimligt antagande är att undantagsfallen hänförs till två typsituationer. Den första situationen är när barnet endast har bristfällig kontakt med endera föräldern.[14] Den andra situationen är när barnets kvarlåtenskap kommer från endast en av släktsidorna, t.ex. om barnet genom gåva, arv eller arvsavstående fått egendom från far- respektive morföräldrar. Mot bakgrund av att barns möjligheter att förvärvsarbeta är begränsade av bl.a. arbetsrättslig skyddslagstiftning kan man utgå från att barns egendom vanligen förvärvas benefikt och att donatorn är en anförvant.[15] Här kan erinras om att det regelmässigt är skattemässigt gynnsamt att kvarlåtenskapen fördelas på så många arvtagare som möjligt (28 § AGL). Det kan inte uteslutas att bägge undantagssituationerna kan vara aktuella i ett och samma fall dvs. att barnet har en bristfällig kontakt med endera föräldern och har fått egendom från släktingar till den andre föräldern. Följande exempel kan illustrera några av konsekvenserna härav.

Ett barn bor stadigvarande med sin ensamstående far. Barnet har sedan spädbarnstiden endast sporadisk kontakt med sin mor. Barnet åtnjuter underhållsstöd från försäkringskassan, inte underhållsbidrag. Barnet har som legat efter sin farfar ärvt en åttondel av familjens sommarfastighet värderad till 50000 kr samt viss egendom av affektionsvärde, bl.a. farfarsmors förlovningsring värderad till 9000 kr samt ett konfirmationskors värderat till

[14]I Barn-LNU och i LNU2000 anges att vad avser barn med separerade föräldrar i kohorten 0–9 år så saknar cirka 10 procent helt kontakt med den föräldern de inte bor med. I kohorten 10–18 år så saknar 29 procent helt kontakt med föräldern de inte bor med. Vart tredje barn som inte bor med sin far träffar honom aldrig. SOU 2001:55 *Barn och ungdomars välfärd,* s. 86 f. Se även SCB, ULF 2001.
[15]Agell a.a. s. 15.

1000 kr. Vid femton års ålder dör barnet i en trafikolycka. I enligheten med den legala arvsordningens regler fördelas barnets kvarlåtenskap mellan föräldrarna, dvs. egendom motsvarande 30000 kr tillfaller respektive förälder.

I många fall kan denna utgång, dvs. att barnets kvarlåtenskap fördelas mellan bägge föräldrarna också när kvarlåtenskapen härrör från endast en av dem ses som ”naturlig”. Mindre naturlig ter sig kanske förhållandena om barnet, som i exemplet, saknar en social kontakt med den andre föräldern och denne inte heller bidragit till barnets underhåll.[16]

Diskuteras exemplet med utgångspunkt i de principer som ligger till grund för successionsrätten kan anföras att rättsligt släktskap ges oproportionerligt stor betydelse, medan principer som social hänsyn och den avlidnes vilja inte beaktas. I ombildade familjer där ansvarstagandet för barnet är ojämnt fördelat mellan föräldrarna kan det resultera i att man tvekar att ge barnet gåvor före dess myndighetsdag och att barn i konfliktdrabbade familjer därmed riskerar att förfördelas.

4.Lösningar enligt gällande rätt

Gällande svensk rätt medger således inte att barn, annat än i de undantagsfall som föreskrivs i 9:1 2 m ÄB, genom testamente förfogar över sin kvarlåtenskap. Möjligheten till testamentariska förordnanden med verkan i framtiden samt återgång av gåva kan emellertid diskuteras som dellösningar för att öka möjligheterna att fördela kvarlåtenskap efter ett avlidet barn på annat sätt än enligt den legala arvsordningens regler.

4.1Testamentariska förordnanden med verkan i framtiden

Möjligheten att tradera kvarlåtenskapen efter ett avlidet barn på annat sätt än enligt den legala arvsordningens regler har inte närmare behandlats i svensk doktrin. Däremot uppmärksammas fördelningen av barns kvarlåtenskap i samband med frågor om hur egendom skall kunna behållas inom släkten. Perspektivet är då inte barnets utan en vuxen arvlåtares. Den lösning som diskuteras är testamentariska förordnanden med verkan i framtiden (9:2 ÄB).

Av 9:2 ÄB framgår att rätten att genom testamente förfoga över kvarlåtenskap innefattar möjlighet att bestämma tidpunkt då egendom skall tillfalla den i testamentet utpekade mottagaren. Därmed kan testator förfoga över kvarlåtenskapen till förmån för personer

[16]För att undvika en sådan situation stadgades under perioden 1918–1958, då arvsrätt förelåg mellan adoptivbarn och dennes biologiska släktingar, att för det fallet adoptivbarnet saknade bröstarvinge och av adoptanten fått egendom i arv, gåva eller testamente så fanns en till denna egendom begränsad arvsrätt för adoptanten eller dennes avkomlingar (4 kap. lag 1928:279 om arv). Se vidare Walin s. 118 ff.

som först i framtiden kommer att födas.[17] Vissa begränsningar föreligger dock. En ledande princip är att testator inte skall kunna binda utvecklingen för längre tid framåt än att han själv någorlunda säkert kan överblicka verkningarna av testamentet.[18] Testators möjlighet att förordna om successiv arvsrätt är vidare begränsad på så sätt att testator inte bland ofödda släkten kan utse flera successiva mottagare.[19] Inte heller kan testator binda egendomen för tiden efter det att den en gång övergått till någon som inte var född vid testators dödsfall. Walin har utvecklat frågan:[20]

Varje förordnande som är giltigt enligt huvudregeln måste sålunda gå i verkställighet inom måttet av ett människoliv. Inom den gränsen har testator full frihet att insätta successiva mottagare. Han kan sålunda tillerkänna A äganderätten men förbehålla B och C rätten att under sin livstid, successivt eller vid sidan av varandra nyttja egendomen eller njuta avkomsten därav. Han kan tillerkänna B och C nyttjande- och avkomsträtt med föreskrift att egendomen först sedan deras rätt upphört skall tillfalla A. Egendomen blir då under tiden från dödsfallet till sistnämnda tidpunkt utan ägare. Men testator kan även ge successiv äganderätt åt A, B och C.

Successiv arvsrätt till den som var född vid testators död begränsas inte av 9:2 ÄB.[21] Testamentariska förordnanden om successiv arvsrätt kan därmed utnyttjas för att möjliggöra att arv efter minderåriga barn fördelas på annat sätt än enligt den legala arvsordningen. Walin diskuterar det fallet att testator har två söner varav den ene, A, har egna barn medan den andre, B, saknar barn.[22]

[17]Walin a.a. s. 207. Se också Ekeberg B, Guldberg H, Den nya testamentslagen, PA Norstedt & Söners Förlag 1931, s. 19. Av lag 1930:106 om vissa rättshandlingar till förmån för ofödda framkommer att vad som är stadgat med avseende å förordnande genom testamente till den som inte är född eller avlad vid testators död skall äga motsvarande tillämpning på förordnanden genom annan rättshandling till förmån för den som inte är född eller avlad vid tiden för förordnandet. Se nedan om återkallelse av gåva.

[18]Enligt 9:2 2 st. ÄB kan i vissa fall ett testamente också upprättas till förmån för personer som ännu inte är födda eller avlade vid testators död. Undantaget i 9:2 2 st. ÄB omfattar endast arvingar till någon som enligt 9:2 1 ÄB äger taga testamente, dvs. är född eller avlad vid testators död. Subsidiära mottaganden behandlas i testamentstolkningsregeln 11:6 ÄB.

[19] Walin a.a. s. 208, Ekberg & Guldberg a.a. s. 20, s. 25. Vid tillkomsten av 1:2 lag den 25 april 1930 (nr 104) om testamente, som är identisk med 9:2 ÄB, diskuterades särskilt gränsdragningen mot fideikommiss, dvs. testamentariska förordningar genom vilka egendom binds för en obegränsad framtid. Jfr lag 1963:583 om avveckling av fideikommiss.

[20]Walin a.a. s. 208.

[21]Successiv arvsrätt innebär att en förste testamentstagare erhåller egendomen med fritt förfogande, nyttjande- eller avkomsträtt, men ej full äganderätt då testator förordnat att egendomen slutligen skall tillfalla en annan mottagare med full äganderätt. Vid successiva legat uppfattas den förste mottagaren av egendomen ”som en slags ägare men har i verkligheten ungefär samma ställning som en nyttjanderättshavare”. Vid svävande äganderätt kan god man utses att förvalta egendomen. Agell a.a. s. 32 f.

[22]Walin a.a. s. 209.

I en sådan situation förekommer, att egendom, som till lika delar skall tillkomma sönerna under deras livstid, förklaras skola därefter, såvitt As lott angår, tillfalla hans barn samt, vad Bs lott beträffar, tillkomma dennes barn, om han får några, men eljest tillkomma As barn.

Utgångspunkten för Walins resonemang är testators ambition att kvarlåtenskapen så långt som möjligt skall traderas bland bröstarvingarna istället för att tillfalla mer avlägsna arvingar eller allmänna arvsfonden. Exemplet har också relevans för frågan om vilka möjligheter som finns för att kvarlåtenskapen efter ett omyndigt barn skall traderas på annat sätt än enligt den legala arvsordningen. 9:2 ÄB medger att ett testamente till en omyndig villkoras t.ex. på så sätt att vad det omyndiga barnet erhåller genom testamentet innehas med nyttjanderätt. Vad gäller den slutliga äganderätten kan testamentet föreskriva att egendomen skall övergå med full äganderätt antingen till en successiv mottagare, t.ex. om barnet går bort innan det hunnit bli myndigt, eller till barnet självt vid en bestämd tidpunkt i dess liv, exempelvis myndighetsdagen.[23] Att testator föreskriver att tidpunkten för egendomens övergång mellan successionsarvingarna bestäms av en händelse i den persons liv vars avkomlingar skall vara de slutliga arvingarna har förordats i litteraturen. Till fördelarna med en sådan lösning hör att den angivna tidpunkten garanterar att ÄBs yttersta tidsgräns enligt vilken den testamenterade egendomen måste nå den slutliga mottagaren inom loppet av ett människoliv respekteras.[24]

Vill någon gynna ett omyndigt barn genom testamente ger gällande rätt således utrymme för att villkora testamentet på skilda sätt. Därmed kan testator undvika att kvarlåtenskapen vid det minderåriga barnets eventuella frånfälle fördelas enligt den legala arvsordningens regler. Det kan ske genom att testator föreskriver att barnet först vid myndighetsdagen — då 18-åringen själv kan upprätta testamente — förvärvar egendomen med full äganderätt. Alternativt kan testator jämlikt 9:1 ÄB föreskriva att den omyndiges 16-årsdag skall vara avgörande. Sekundosuccessionen skulle då kunna innebära att arvet fördelas bland testators övriga arvingar, t.ex. barnets mor *eller* far.

4.2Återkallelse av gåva

Vid sidan av arv är gåva ett vanligt sätt för barn att förvärva egendom på. Givaren är ofta en förälder eller en annan nära släkting. En utgångspunkt i svensk rätt är att givarens vilja så långt som möjligt skall respekteras, benefika avtal regleras därför annorlunda än onerösa avtal. Särskilda regler gäller således för fullbordan och återkallelse av gåva.

En förutsättning för att gåvan skall ingå i barnets kvarlåtenskap är att den är fullbordad dvs. att givaren inte längre kan disponera över den bortgivna egendomen. Avgörande för att barnet själv skall kunna

[23]Walin a.a. s. 211, s. 213.
[24]Walin a.a. s. 213 f. En tolkning enligt denna princip förordas i NJA 1979 s. 205.

ta emot en gåva är att barnet förstår gåvohandlingens innebörd. Hellner hävdar att ett litet barn som inte kan läsa inte kan ta emot en skriftlig gåvoförklaring men väl t.ex. ett smycke som barnet inte kommer att bära förrän vid vuxen ålder.[25] Kan barnet inte själv ta emot en gåva företräds barnet av förmyndare vilket vanligen är båda föräldrarna om dessa har gemensam vårdnad. Förmyndarna får emellertid inte företräda den omyndige vid en rättshandling dem emellan om gåvan kommer från honom eller henne (12:8 FB). I dessa fall skall i regel en god man förordnas för att på barnets vägnar ta emot gåvan. Det anses emellertid inte behövas för att motta en gåva från en förälder om gåvan enbart är till barnets fördel och barnet förstår dess innebörd.[26] Enlig förarbetena till 13:8 FB kan en förälders insättning av pengar på ett bankkonto i barnets namn inte leda till en fullbordad gåva så länge barnet är omyndig.[27] Det har ifrågasatts om detta uttalande speglar gällande rätt.[28] Min uppfattning är att det torde vara svårt att i tvist mellan föräldrarna, mot donators vilja, hävda att gåvan fullbordats.

Är en gåva väl fullbordad kan den som huvudregel inte återkallas om inte gåvohandlingen är ogiltig enligt avtalslagens regler (5 § lag 1936:83 angående vissa utfästelser om gåva *e contrario*). En gåva kan dock vara förknippad med föreskrifter för hur gåvan får användas. Rättsläget rörande föreskrifter är delvis oklart men det får normalt antas att föreskrifter vid gåva är giltiga om gåvotagaren har accepterat dem och de inte är oskäliga enligt avtalslagen.[29] Härav följer att ett gåvovillkor enligt vilket gåvan villkoras avseende äganderätten efter mottagarens frånfälle torde vara giltigt.[30] Frågan har i svensk doktrin främst diskuterats ur ett skatterättsligt perspektiv.[31]

Diskuteras kan vidare betydelsen av underförstådda villkor liksom av förutsättningarna för gåvan.[32] Ett outtalat villkor för en gåva från t.ex. en farmor som gör månatliga donationer till sitt barnbarn, kan vara att medlen, om det omyndiga barnet går bort, inte skall tillfalla en tidigare svärdotter som på mer eller mindre objektiva grunder anses ha handlat klandervärt kanske inte bara mot barnets far men även mot barnet självt genom att undandra sig sitt föräldraansvar. Givet be-

[25]Hellner J, Speciell avtalsrätt II, Kontraktsrätt, 1996, s. 243 f.
[26]Englund G, Silfverberg C, Beskattning av arv och gåva, Norstedts Jurdik 2001, s.130. Vid gåva av fast egendom, tomträtt, bostadsrätt samt gåva av belånad egendom krävs alltid överförmyndares samtycke (13 kap. FB).
[27]Prop. 1993/94:251 s. 236.
[28]Silfverberg C, Gåva till omyndigt barn genom insättning på barnets bankkonto, SN 1997 s. 488. Jfr dock NJA 1981 s. 464 vari HD fann att en insättning på barnets bankkonto för vilket förmyndare förbehållit sig dispositionsrätt inte utgör en fullbordad gåva.
[29]Hellner a.a. s. 246 ff.
[30]Villkoren får dock inte vara avhängiga av givarens död, vilket skulle utgöra en disposition för dödsfalls skull och kräva testamentsform.
[31]Englund G., Beskattning av arv och gåva, 6 uppl. 1984, s. 208.
[32]Adlercreutz A, Avtalsrätt II, 4e uppl., Juristförlaget 1996, s. 42, 130. Lehrberg B, Förutsättningsläran, Iustus förlag, 1989.

tydelsen av givarens vilja vid benefika avtal skulle ett sådant underförstått villkor kunna intolkas i gåvoavtalet. Gåvan, eller delar av den, skulle därmed kunna återgå vid det omyndiga barnets eventuella frånfälle.[33] Gåvoavtalet kan även angripas med stöd av förutsättningsläran. Särskilt aktualiseras då förutsättningar som inte anknyter till vederlaget.[34]

Rättsläget är emellertid så osäkert att återkallelse av gåva p.g.a. underförstådda eller andra villkor knappast är ett praktisk alternativ för att uppnå en lösning enligt vilken barnets kvarlåtenskap traderas på annat sätt än enligt den legala arvsordningen.[35]

5.Tänkbara lösningar de lege ferenda

Den legala arvsordningens regler för fördelning av kvarlåtenskap efter ett omyndigt barn kan således i viss utsträckning kringgås. De lösningar som finns — framförallt testamentariska förordnanden och återkallande av gåva — omfattar dock inte hela barnets kvarlåtenskap eller samtliga de fall då barn dör. De förutsätter vidare att givaren eller testator aktivt agerar för att det avlidna barnets kvarlåtenskap fördelas på annat sätt än enligt den legala arvsordningen. Eftersträvas en generell möjlighet att fördela kvarlåtenskap efter ett avlidet barn med utrymme för beaktande av konsekvenserna av familjeombildning, social hänsyn och barnets vilja måste lösningar i form av en lagstiftningsreform övervägas. En sådan reform skulle antingen kunna avse endast testamentsrätten eller ta sikte på förändringar i den legala arvsordningen.

Vad gäller tänkbara förändringar i testamentsrätten är en möjlighet att barnets förmyndare ges befogenhet att på barnets vägnar upprätta testamente. Till fördelarna med en sådan lösning är att den är i linje med förmyndares och vårdnadshavares generella befogenhet att företräda barn. Givet omfattningen av gemensam vårdnad och förmynderskap också i familjer där allvarliga konflikter föreligger mellan föräldrarna och där deras engagemang för barnet kan variera är det dock tveksamt om förslaget innebär någon egentlig lösning.

Ett alternativ vore att ge det omyndiga barnet större behörighet att själv testamentariskt förfoga över sin egendom. Det skulle innebära att en omyndigs behörighet att jämlikt 9:1 2 m ÄB upprätta testamente utvidgades. Vad som talar för en sådan lösning är att den väl svarar mot den ökande respekten för barnets vilja som bl.a. föreskrivs i FNs konvention om barnets rättigheter (artikel 12). Denna respekt för barnets vilja har dock inte kommit till uttryck i svensk förmynder-

[33]Ramberg J, Ramberg C, Allmän avtalsrätt, Norstedts Juridik AB, 2003, s. 210 f. Parter i en sådan tvist blir dödsboet efter det avlidna barnet samt givaren (18:1 a, 19:12 a, 20 a, 24:1 ÄB). Saldeen a.a. s. 124, Walin G, Kommentar till Ärvdabalken Del II, s. 31.

[34]Lehrberg B, Återgång av gåva särskilt i familjerättsliga relationer, (i Familjerättsliga studier, Vänbok till Åke Saldeen, de lege 2003) Iustus förlag 2003, s. 131 ff.

[35]Jfr t.ex. NJA 1990 s. 18, JustR Bengtssons tillägg.

skapsrätt enligt vilken en omyndig som huvudregel inte äger råda över sin egendom (9:1 FB). Det kan emellertid anföras att ett testamente skiljer sig från andra rättshandlingar på så sätt att den omyndige personligen knappast kan sägas drabbas av några negativa konsekvenser av att testamentet verkställs. Givet en omyndigs begränsade behörighet att ingå avtal (9 kap. FB) och de bestämmelser rörande den dödes skulder som 21 kap. ÄB uppställer är även tredje man skyddad. Det förefaller därför inte finns några bärande skäl för varför behörigheten inte skulle omfatta hela barnets egendom. Däremot kan det diskuteras om en behörighet att upprätta testamente skulle omfatta alla barn eller vara åldersmässigt begränsad. Enligt min mening skulle en utvidgad behörighet att upprätta testamente inte kunna omfatta alla barn utan behöva begränsas åldersmässigt.[36] Helt små barn saknar den faktiska förmåga som krävs för att upprätta testamente.

En reform begränsad till testamentsrätten förefaller därmed inte kunna möta de krav på flexibilitet och social hänsyn som nutidens mönster för familjebildning ställer. Ett alternativ är då en reform som tar sikte på den legala arvsordningens utformning. Vid en sådan kan norsk arvsrätt inspirera. Har en av föräldrarna avlidit före det omyndiga barnet görs i norsk rätt en åtskillnad i föräldrars rätt att ta arv efter barnet beroende på om föräldrarna var gifta när föräldern avled. Av Lov om arv av 3. mars 1972 nr 5, kap. 1 2 § 2 st. framgår att:

> Er ein av foreldra død, og er det ikkje livsarving etter han, går heile arven till den andre av foreldra eller til hans eller hennar livsarvingar. Døyr arvelataren før fylte 18 år, går likevel halve arven til besteforeldra på den døde fars eller mors side eller til deira livsarvingar i samsvar med § 3, dersom foreldra ikkje var gifte med kvarandre då den første døydde eller det låg føre omstende som nemt i 8 §. Er det heller ingen slike arvingar i livet, gjeld reglane i første punktum.

Den norska regeln täcker inte in hela det problemkomplex som har skisserats ovan utan omfattar endast situationer då den ena föräldern har dött före barnet. Motiveringen till undantaget har dock relevans för diskussionen om hur kvarlåtenskapen efter ett avlidet barn skall fördelas om föräldrarna inte sammanlever. Peter Lødrup förklarar att:[37]

[36] I betänkandet Bevakad övergång SOU 1996:111, som inte medfört lagstiftningsåtgärder, konstaterades att ett antal disparata åldersgränser reglerar unga människors rättsliga befogenheter. För att åstadkomma ett mer överskådligt system föreslogs att ett begränsat antal s k nyckelövergångar skulle införas. Dessa skulle vara 12, 15, 18 och 21 år. Med andra ord skulle sextonårsgränsen utgå. De åldersgränser som skulle kunna vara aktuella i samband med en utvidgad behörighet att upprätta testamente är 12 eller 15 år.

[37] Lødrup P, Nordisk arverett, Nord 2003:3, s. 61 f.

Regelen er begrunnet med at det ville være urimelig at en forelder via barnet arver den andre på et tidspunkt da ekteskapet er oppløst eller partene separert da den første døde. Hvis f.eks. far og mor ble skilt da barnet var fem år, og faren to år senare faller fra, vil barnet arve ham. Dør så barnet før det fyller 18 år, ville moren etter lovens hovedregler vøre barnets enearving. Arven vil da normalt bestå av de midler barnet arvet etter faren. Moren ville alltså via barnet arve sin fraskilt mann til fortrengelse for mannens slekt.

Den norska regeln bygger således på två presumtioner. Har barnets ena förälder avlidit så består, för det första, barnets kvarlåtenskap till största del av arvet från denne föräldern. Om föräldrarna inte var gifta då föräldern avlidit så är det, för det andra, oskäligt att den kvarlevande föräldern får del av barnets kvarlåtenskap.[38]

6.Slutpunkter

I det föregående har diskuteras vilket utrymme gällande svensk rätt ger för att fördela kvarlåtenskap efter ett avlidet barn på annat sätt än enligt den legala arvsordningens regler. En slutsats som kan dras är att det finns vissa möjligheter att fördela barnets kvarlåtenskap på annat sätt än enligt den legala arvsordningen. Dessa möjligheter är dock inte heltäckande. Inte heller kan de sägas bygga på social hänsyn eller respekt för den avlidnes vilja. Det är vidare osäkert om de i tillräcklig utsträckning skyddar donators vilja.

Eftersträvas en möjlighet att barns kvarlåtenskap inte skall fördelas lika mellan föräldrarna när dessa är frånskilda och inte i lika omfattning har bidragit till barnets kvarlåtenskap måste lagstiftningsåtgärder övervägas. Dessa bör, till skillnad från vad som är fallet enligt norsk rätt, också omfatta de situationer då föräldrarna inte bor tillsammans, bägge överlever barnet och barnets kvarlåtenskap kan härröras från endast endera föräldern och dennes släkt. Enligt min mening bör en reform innebära att barnets kvarlåtenskap i dessa fall inte skiftas i två lika delar utan tillfaller respektive förälder och dennes arvingar i proportion till vad de överlåtit till barnet. Kvarlåtenskap som inte kan härledas till någondera släktgren, t.ex. barnets arbetsinkomster, lotterivinster eller skadestånd fördelas i proportion till föräldrarnas ansvar för barnets försörjning. Bestämmelserna om sekundosuccession för den först avlidne makens arvingar i 3 kap. ÄB kan utgöra modell för den praktiska verksamheten.

[38]Som kritik mot regeln har anförts att samboende jämställs med frånskilda. A.a.