

Utmaningar inom familjerätten

Av professor GÖRAN LIND

Den svenska familjerätten kommer i framtiden att ställas inför betydande utmaningar. Inom äktenskapsrätten aktualiseras frågan om giftorättens och rent av äktenskapets framtid, inom arvsrätten laglottens vara eller inte vara och inom barnrätten möter etiska utmaningar i anledning av nya medicinskt tekniska metoder för barnalstring och hänsynstagandet till barnets bästa.

1 Inledning

När Svensk Juristtidning 1916 såg dagens ljus undergick den svenska familjerätten radikala förändringar. I nordiskt samarbete lade lagberedning fram förslag som ledde fram till lagen 1915 om äktenskaps ingående och upplösning, vilken jämte regler om äktenskapets ekonomiska rättsverkningar upptogs i 1920 års giftermålsbalk (GB). Inom barnrätten infördes lag 1917 om barn utom äktenskap och lag 1920 om barn i äktenskap, regler som sedermera har ersatts med 1949 års föräldrabalk (FB), vilken i sin tur undergått väsentliga förändringar. Vidare följde efter förslag av lagberedningen 1928 års arvs lag, 1930 års testamentslag och 1933 års lag om boutredning, vilka upptogs i 1958 års ärvdabalk (ÄB) som fortfarande till stora delar utgör gällande rätt.

Under senare delen av 1900-talet har utvecklingen präglats av ett fjärande från en kristen värdegrund till en liberal ideologi med större frihet för den enskilda individen och neutralitet i förhållande till olika samlevnadsformer och moraluppfattningar. Individens rättigheter har ytterligare stärkts genom inkorporerandet i svensk rätt av Europakonventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och grundläggande friheterna. Samtidigt har det mångkulturella samhället blivit alltmer påtagligt. Det är ett tidens tecken när en arbetsgrupp inom Centerpartiet i sitt förslag till nytt idéprogram för partiet 2013 förespråkade fri invandring och därutöver anförde: "Människor måste själva få besluta över sina privatliv, relationer och tillgångar. Politiker bör varken avgöra hur många människor man får leva tillsammans med, gifta sig med eller vem som skall arva ens tillgångar".¹

Förevarande framställning begränsas till ett urval av utmaningar inom familjerättens olika delar. Inom *äktenskapsrätten* behandlas neutralitetsideologins möte med nya samlevnadsformer som ogift samboende, samkönade relationer och polygama äktenskap vilka ytterst väcker frågan om äktenskapet behövs i en framtid? Även äktenskapets mest cen-

¹ En hållbar framtid, förslag till idéprogram för Centerpartiet 2013. Förslaget antogs inte av partiets stämma i januari 2014.

trala rättsverkan — giftorätten — övervägs. Inom *barnrätten* behandlas, dels de etiska och moraliska utmaningar som de nya medicinskt tekniska metoderna för barnalstring föranlett, dels frågan om ensam eller gemensam vårdnad om barn efter äktenskapsskillnad. Inom *arusrätten* diskuteras testationsfriheten och frågan om laglottens vara eller icke vara. De liberala värderingar som präglar utvecklingen på dessa områden är en utmaning för de principer om skydd för den svagare parten, jämställdhet mellan könen och barnens bästa som också har en plats i den svenska familjerätten.

2 Från kristen till liberal värdegrund inom äktenskapsrätten

2.1 Giftermålsbalkens kristna värdegrund

Reglerna om äktenskaps ingående och upplösning i 1920 års GB vilade på kristna värderingar och det var lagstiftarens uppgift att i enlighet härmed uppnå etiska mål. Det monogama äktenskapet var sålunda den enda erkända samlevnadsformen mellan man och kvinna. Makar var skyldiga att visa varandra trohet och bistånd och att i samråd verka för familjens bästa. Äktenskapet uppfattades som en livsvarig relation medan möjligheterna till äktenskapsskillnad var restriktiva. En viss liberalisering skedde dock 1920 genom att rätten till skilsmässa medgavs inte bara vid otrohet och andra allvarliga förseelser, utan även på grund av djup och varaktig söndring, men domstolarna skulle ha kontrollen över rätten till skilsmässa. Den patriarkaliska ordningen bröts genom att den gifta kvinnan inte längre skulle stå under mannens målsmanskap. Man och hustru skulle vara likvärdiga makar.²

2.2 Neutralitetsideologin

Utvecklingen under senare delen av 1900-talet kom att innebära en frigörelse från de kristna idealen till förmån för liberala strömningar. Under slutet av 1960-talet minskade antalet giftermål kraftigt samtidigt som antalet skilsmässor ökade. Samlevnad utan äktenskap blev alltmer accepterat. Mot bakgrund härav lanserade lagstiftaren 1969 principen att äktenskapsrätten borde vara neutral i förhållande till olika samlevnadsformer och olika moraluppfattningar.³

Som en följd härav infördes 1973 nya regler i GB som radikalt ökade möjligheterna till skilsmässa. Otrohet eller djup och varaktig söndring krävdes inte längre. Makar skulle utan åberopande av skäl ha rätt till äktenskapsskillnad, vilket i ett internationellt perspektiv var uppseendeväckande. Alla regler som knöt an till makes skuld till skilsmässan utmönstrades. Lagstiftaren skulle vara neutral och inte lägga sig i moralfrågorna vilka blev en privatsak mellan parterna. GB:s nya liberala skilsmässoregler överfördes sedermera till 1987 års äktenskapsbalk (ÄktB).

² NJA II 1921 s. 6, 21 och 23.

³ Riksdagsberättelsen 1970 JU:52 s. 81.

2.2.1 Neutralitet i förhållande till ogift samboende

Lagstiftarens proklamerade neutralitet i förhållande till olika samlevnadsformer fick 1973 ett begränsat genomslag i lagstiftningen genom införandet av en rätt för en sambo att vid upplösningen av förhållandet vid behov mot ersättning överta den andres bostad. Kritik mot neutralitetsideologin med hänvisning till att ett regelsystem för sambor skulle minska giftermålsfrekvensen och familjestabiliteten hindrade inte att den kom till tydligare uttryck genom införandet av lagen (1987:232) om sambors gemensamma hem.⁴ Ogifta sambor ansågs på samma sätt som makar ha behov av rättsligt skydd särskilt vid förhållandets upplösning genom separation eller dödsfall. Neutraliteten skulle dock inte innebära att samma regler skulle gälla för sambor som för makar. Den liberala tanken om individens frihet att välja motiverade ett grundskydd för sambor avseende bostad och bohag medan de som önskade ett mera omfattande skydd ansågs ha möjlighet att välja det genom att upprätta testamente eller att gifta sig.⁵ Denna kompromiss mellan skyddsbehov och valfrihet bibehölls i den nya sambolagen (2003:376).

2.2.2 Neutralitet i förhållande till samkönade par

Övergivandet av den kristna värdegrunden medförde också ett successivt erkännande av samkönade relationer. Från att fram till 1944 ha varit straffbara fick de med stöd av neutralitetsideologin genomslag i familjerätten genom införandet av lagen (1987:813) om homosexuella sambor. Några år senare infördes lagen (1994:1117) om registrerat partnerskap och när den nya sambolagen (2003:376) tillkom gjordes den könsneutral. Denna utveckling byggde på principen om lagstiftarens neutralitet i förhållande till olika samlevnadsformer och moraluppfattningar och en medvetenhet om att parter i varaktiga homosexuella förhållanden har samma behov av ekonomisk och juridisk trygghet som heterosexuella par.

Den fortsatta utvecklingen gav registrerade partner genom lag (2002:769) rätt att gemensamt adoptera barn och 2006 fick sambor av samma kön på samma sätt som sambor av olika kön rätt till assisterad befruktning i form av insemination och befruktning utanför kroppen, se lagar (2005:443–454).

Utvecklingen kröntes genom att samkönade par genom lag (2009:253) fick rätt att ingå äktenskap. Eftersom homosexuella redan dessförinnan hade de flesta rättigheter som tillkom heterosexuella par

⁴ Anders Agell, Den svenska familjerättslagstiftningen. En resa utan mål, Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland, 1978 s. 14. Författarens farhågor synes inte ha besannats beträffande giftermålsfrekvensen vilken ökat efter införandet av 2003 års sambolag. Upplösningfrekvensen bland sambor har dock i Norden visat sig vara 2–4 gånger högre än bland makar, se Göran Lind, Utvecklingen av samboförhållanden och samborätten i Norden, i Asland m.fl., Nordisk samboerrett, 2013, s. 22 f.

⁵ SOU 1972:41, s. 91 ff.; Prop. 2002/03:80 s. 25; Prop 1986/87:1 s. 99.

låg betydelsen härav mycket i det moraliska erkännandet. Trots att lagstiftaren ständigt upprepat att det inte är dess uppgift att ge uttryck för några värderingar när det gäller människors sätt att ordna sin samlevnad (jfr NJA II 2009 s. 105, samt bet. 1993/94:LU28 s. 8 f.), måste det icke desto mindre konstateras att utvecklingen av lagstiftningen till förmån för homosexuella varit ett uttryck för värderingar, men helt andra än de som låg till grund för den familjerättsliga lagstiftningen under den första delen av 1900-talet. Den kristna värdegrunden har fått vika för en liberal åskådning med stöd i mänskliga rättigheter.

2.2.3 Neutralitet i förhållande till polygama relationer?

Lagstiftarens anammande av principen om neutralitet i förhållande till olika samlevnadsformer och moraluppfattningar aktualiserar för framtiden frågan om dennes hållning i förhållande till polygama relationer. Denna fråga har väckt ett allt större intresse inte minst mot bakgrund av den ökande invandringen från muslimska länder som erkänner sådana äktenskap och det liberala intresset att värna om ett mångkulturellt samhälle.⁶

Polygama äktenskap kan i dag inte formellt ingås i Sverige (ÄktB 1:1 och 2:4) och är straffbara om de utgör tvegifte, dvs. då en person som redan är gift ingår nytt formellt äktenskap (BrB 7:1). Däremot möter det inga rättsliga hinder att flera personer rent faktiskt lever i en polygam familj, vari parterna har polyamorösa förhållanden.⁷ Det lär även förekomma att muslimska samfund genomför privata vigslar avseende polygama äktenskap med rättsverkningar, som visserligen inte kan genomdrivas med hjälp av svenska myndigheter, men som parterna likväl kan känna sig bundna av.⁸

Även om polygama äktenskap inte kan ingås i Sverige *erkänns* de däremot enligt svensk lag om de ingåtts i ett annat land där sådana äktenskap är giltiga, förutsatt att ingen av parterna vid tidpunkten för vigseln var svensk medborgare eller hade hemvist i Sverige. Även i fall då sådan svensk anknytning är för handen kan ett äktenskap komma att erkännas om det föreligger synnerliga skäl.⁹ Den möjlighet som finns att vägra erkännande med hänvisning till att polygama äktenskap kan anses strida mot svensk *ordre public*, dvs. är uppenbart oförenliga med grunderna för

⁶ Mosa Sayed, Svensk och islamsk familjerätt — en jämförelse, Juridisk publikation 2010, s. 201.

⁷ Sambolagen torde inte vara tillämplig på polygama relationer, se Göran Lind, Sambolagen m.m. En kommentar, 2013, s. 63. Jfr däremot Sayed, ovan not 6, s. 211.

⁸ I dag lär det förekomma s.k. källarvigslar som genomförs i källare till moskéer, se Sayed, ovan not 5, s. 210.

⁹ Se 1:7 och 1:8a, lag (1904:26 s. 1) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap och förmynderskap.

den svenska rättsordningen, synes enligt förhärskande uppfattning inte stå öppen, särskilt om det gäller en prejudiciell fråga.¹⁰

Denna ståndpunkt kan dock ifrågasättas med hänvisning till den princip om likabehandling av makar på vilken både GB och ÄktB vilar.¹¹ Tre kvinnor som nödgas dela på det som eljest tillkommer en kvinna kan knappast anses vara jämställda med mannen. Till stöd för en svensk *ordre public* kan även åberopas RF:s krav på respekt för alla människors lika värde, kravet på beaktande av allas likhet inför lagen och på att lagen inte får innebära att någon missgynnas på grund av sitt kön. Även dess stöd för jämställdhet mellan kvinnor och män synes relevant (RF 1:2, 1:9 och 2:13). Skyddet mot diskriminering på grund av kön kommer också till uttryck i Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna (art. 14), som dock även innehåller artiklar angående rätt till religionsfrihet och skydd för privat- och familjeliv (art. 8–9). Polygama äktenskap har också vägrats erkännande inom EU-rätten, där enligt dess direktiv rörande familjeåterförening, vilket införlivats i den svenska utlänningslagen, uppehållstillstånd inte får beviljas till ytterligare en make/maka om den person till vilken anknytning åberopas redan är gift med en annan person och sammanbor med denne i Sverige.¹² HD borde sålunda ha goda skäl för ett värnande om en svensk *ordre public*.

Även den åsikten finns emellertid företrädd att frågan om erkännande av polygama äktenskap inte bör avgöras med utgångspunkt från principiella ställningstaganden utan prövas från fall till fall med hänsyn till föreliggande skyddsbehov.¹³

Utgår man dock från den traditionella uppfattningen att polygama äktenskap som ingåtts utomlands erkänns i Sverige föreligger redan i dag komplicerade *tillämpningsproblem* när en sådan familj bosätter sig i vårt land.¹⁴ Svenska domstolar kan då ha att tillämpa svenska bodelningsregler och fr.o.m. 17 augusti 2015 svenska arvsregler på den polygama familjen.¹⁵ För det fall att exempelvis en irakisk man med tre hustrur avlider uppkommer frågan om alla fruar skall anses som dödsbodelägare, om alla kan hävda att de har giftorätt till hälften eller endast en

¹⁰ Ibid. 7:4; NJA II 1974 s. 609; Michael Bogdan, Svensk internationell privat- och processrätt, 7 uppl. 2008, s. 80 f.

¹¹ Ett av syftena med GB 1920 var att trygga vardera makens inbördes likställighet, se NJA II 1921 s. 21. I den programförklaring som innefattade den svenska neutralitetsprincipen uttalade regeringen även att lagstiftningen om äktenskap och familjen skulle användas i strävandena mot ett samhälle där jämlikhet mellan män och kvinnor är en realitet (Riksdagsberättelsen 1970 JU:52 s. 81).

¹² 5:17 b § utlänningslag (2005:716); Rådets direktiv 2003/86/EG.

¹³ Maarit Jänträ-Jareborg, Om polygami i dagens samhälle — särskilt ur ett svenskt perspektiv, Juridiska fakultetens i Uppsala Årsbok 2011, s. 406 ff.

¹⁴ Tillämpningsfrågor belyses även i Carolina Saaf, Utländska polygama äktenskaps rättsverkningar i Sverige, i Rätt, social sårbarhet och samhälleligt ansvar, Festskrift till Anna Hollander, 2012, s. 119.

¹⁵ Se EU:s arvsförordning nr 650/2012 av den 4 juli 2012, art. 83.

tredjedel och om alla har full arvsrätt eller endast tredjedels arvsrätt efter mannen. Fråga uppkommer vidare om alla kan yrka rätt enligt basbeloppsregeln och hävda att de har störst behov av bostad och bohag. Frågan inställer sig vidare hur fruarnas anspråk och rättigheter förhåller sig till varandra och till tredje man. Skall den avlidnes barn anses som gemensamma barn eller särkullbarn i de olika relationerna och hur förverkligas deras rätt till sekundosuccession? Liknande tillämpningsfrågor uppkommer vid äktenskapsskillnad mellan mannen och någon eller några av fruarna. Kan mannens egendom utgöra enskild egendom i förhållande till en fru och giftorätts gods i förhållande till en annan?

Det framstår inte som en ansvarsfull hållning från lagstiftarens sida att, såsom synes vara fallet i dag, överlämna dessa komplicerade frågor till domstolarna, eftersom vår lagstiftning inte är konstruerad för polygama relationer och en tillämpning därav innefattar ställningstaganden till frågor av stor principiell betydelse.¹⁶ Det är därför angeläget att lagstiftaren för det fall att invändningen om *ordre public* inte håller redan i dag tar fram *tillämpningsföreskrifter* och redovisar de principer på vilka dessa skall vila!

I och med att neutralitetsideologin undanröjt de principiella hindren och de internationellt privaträttsliga normerna rörande erkännande av utländska relationer enligt traditionell uppfattning berett marken kan det mycket väl tänkas att polygama äktenskap i framtiden kommer att kunna ingå i Sverige. Kristna värderingar om det monogama äktenskaps särställning kan i vårt sekulariserade och mångkulturella samhälle få svårt att hävda sig. Det diversifierade utbud av mänskliga rättigheter som Europakonventionen tillhandahåller ger inte någon entydig vägledning.¹⁷

Det har med fog hävdats att accepterandet av ett mångkulturellt samhälle innebär att friheten för människor att leva efter sin kultur och religion inte får begränsas om det inte är nödvändigt för att skydda andras mänskliga rättigheter.¹⁸ Om emellertid mänskliga rättigheter kan åberopas å omse sidor är det upp till lagstiftare och rättstillämpare att bestämma vilka rättigheter som bör ges prioritet. Vid bedömningen härav bör rimligen grunderna för den nationella rättsordningen tillmätas avgörande betydelse.

När den internationella privaträttens yttre posteringar vacklar kan det vara ett förebud om vad som senare kommer att nå våra svenska

¹⁶ Jfr SOU 1987:18, s. 196, där kommittén med hänvisning till frågans komplexitet och att det rör sig om få fall anser att frågan får lösas i det praktiska rättslivet. Inom rättsvetenskapen har någon särslagstiftning inte ansetts motiverad, se Jänterä-Jareborg, ovan not 13, s. 405.

¹⁷ Se analys av Jänterä-Jareborg, ovan not 13, s. 406 ff.

¹⁸ Anna Singer, i Familjerätten — en kulturyttring?, Familj — Religion — Rätt, En antologi om kulturella spänningar i familjen — med Sverige och Turkiet som exempel. Red. A. Singer, M. Jänterä-Jareborg, A. Schlytter, 2010, s. 272.

landamären. Införandet av en rätt att ingå polygama äktenskap i Sverige kommer att kräva omfattande omarbetningar av den svenska familjerätten och så länge det praktiska behovet därav ännu är begränsat torde det dröja innan lagstiftaren öppnar formella möjligheter till det. Behovet av beteendevetenskaplig forskning rörande kvinnornas och barnens välbefinnande i polygama relationer synes påtagligt. Det gäller inte minst riskerna för sociala och psykologiska konflikter inom familjen. Kanske är det där som svaret står att finna på frågan om polygama äktenskap bör tillåtas.

2.2.4 Upphävande av äktenskapet som rättsinstitut

Tillåter man spekulationen att löpa vidare synes steget inte vara långt till en upplösning av äktenskapet som rättsinstitut. Tänkbart är då att äktenskapet i neutralitetens namn ersätts av någon form av familjebolag med olika antal delägare avsedda för olika typer av familjebildningar. Reglerna för dessa bolag skulle i huvudsak vara dispositiva, men innehålla vissa tvingande inslag där lagstiftaren anser skyddsregler särskilt motiverade. Bolagen skulle ge ekonomiska rättsverkningar anpassade till de olika familjebildningarna. Ett fullföljande av neutralitetsideologin skulle innebära att lagstiftningen skulle vara neutral i förhållande till olika moraliska och religiösa värderingar. Sådana frågor skulle vara en privatsak. Även om den nu skisserade utveckling inte kan anses önskvärd, och inte heller särskilt sannolik på kort sikt, så är den i ett framtidsperspektiv i vart fall tänkbar.

2.3 *Från omfattande giftorätt till grundskydd*

Vad beträffar de ekonomiska rättsverkningarna av 1920 års GB representerar de en blandning av både allmänna civilrättsliga grundsatser och särskilda familjerättsliga regler. Balken vilade sålunda på de allmänna civilrättsliga principer som innebar att var och en av makarna skulle äga sin egendom och svara med den för sina skulder. Hustrun skulle inte längre stå under mannens målsmanskap utan såsom hans jämlike förvalta sin egendom där inte särskilda regler gjorde undantag. Detta system utgör i huvudsak alltjämt gällande rätt.

De civilrättsliga principerna kompletterades i GB med införandet av den nya giftorätten, som jämte viss vårdnadsplikt under äktenskapet avseende giftorättsgodset framför allt innebar en rätt till hälftindelning av den behållna egendomen vid äktenskapets upplösning genom äktenskapsskillnad eller den ena makens död. Denna nordiska giftorätt var i ett internationellt perspektiv omfattande då den inbegrep även egendom förvärvad före äktenskapet och egendom förvärvad genom arv, gåva eller testamente. En viss avtalsfrihet medgavs genom makarnas möjlighet att med äktenskapsförord göra egendom till enskild egendom. En motsvarande möjlighet tillerkändes tredje man genom villkor i gåva

eller testamente. Dessa grundläggande regler upptogs 1987 i ÄktB och utgör efter snart 100 år alljämt gällande rätt.

Denna omfattande giftorätt var motiverad av ett behov av skydd för den ekonomiskt svagare parten i äktenskapet. Eftersom förvärvsverksamheten bland kvinnor 1920 endast var omkring 4 procent och det vanligen var mannen som hade förvärvsinkomster för vilka han kunde förvärva egendom utgjorde giftorätten ett betydelsefullt skydd för kvinnan i händelse av äktenskapets upplösning.

I anledning av det stigande antalet skilsmässor under senare delen av 1900-talet sattes den omfattande giftorätten i fråga samtidigt som regeringen gav uttryck för mer liberala värderingar.¹⁹ I sin programförklaring 1969 rörande neutralitetsideologin uttalande regeringen sålunda att lagstiftningen om äktenskap och familj skulle användas i strävandena mot ett samhälle där varje vuxen individ kan ta ansvar för sig själv utan att vara ekonomiskt beroende av anhöriga.²⁰ Såsom ett första steg i denna inriktning infördes 1973 en möjlighet att vid bodelning i anledning av äktenskapsskillnad göra undantag från hälftindelningen om en sådan skulle framstå som uppenbart obillig med hänsyn till makarnas ekonomiska förhållanden och den tid äktenskapet varat (GB 13:12 a). Lagstiftningen neutrala hållning till moraliska frågor innebar att hänsyn inte längre fick tas till vem som bar skulden till skilsmässan. 1978 begränsades underhållsskyldigheten mellan makar efter äktenskapsskillnad till undantagsfall.

Vid införandet av *ÄktB 1987* bibehölls den omfattande giftorätten som huvudregel med hänvisning till behovet av skydd för den ekonomiskt svagare maken. Undantagsregeln utvidgades dock så att makar kunde frångå hälftindelningen om en sådan vore oskälig med hänsyn särskilt till äktenskapets längd, makarnas ekonomiska förhållanden och omständigheterna i övrigt (ÄktB 12:1). Regeln gav uttryck för tanken att makar skulle ha en successivt växande giftorätt under de första fem åren av äktenskap och samlevnad. Jämkning från huvudregeln om hälftindelning kunde endast ske till förmån för den "rikare" maken som nu kunde behålla mer av sitt giftorättsgods. Vid bodelning i anledning av makes död fick den efterlevande maken rätt att i stället för en hälftindelning behålla sitt giftorättsgods vilket också gynnar den "rikare" maken (ÄktB 12:2).

Trots jämningsmöjligheten kan det ifrågasättas om den omfattande giftorätten är välmotiverad i dagens samhälle.²¹ Medan förvärvsverksam-

¹⁹ Antalet skilsmässor var år 1921 = 1 444, år 1973 = 16 021, år 1988 = 17 746, år 2014 = 24 300 (SCB Befolkningsstatistik).

²⁰ Riksdagsberättelsen 1970 JU:52 s. 81.

²¹ Behovet av att mildra effekterna av giftorättens vida tillämpningsområde har tidigare påtalats av Anders Agell, Nordisk äktenskapsrätt, Nord 1003:2, Nordiska ministerrådet, Köpenhamn 2003, s. 405.

heten bland kvinnor vid tillkomsten av GB 1920 var omkring 4 procent är den i dag omkring 75 procent.²² Med hänsyn härtill och då den ekonomiska standarden i samhället avsevärt har ökat synes makars skyddsbehov inte längre vara lika stort. Vad som närmast kan komma i fråga är att från giftorätten utesluta egendom som make förvärvat före äktenskapet eller genom arv, gåva eller testamente. Sådan egendom är ju inte ett resultat av båda makarnas insatser. Visserligen har föräldrar möjlighet att genom villkor i gåvor och testamenten förordna att egendomen skall utgöra enskild egendom för att förhindra att egendomen vid barnens skilsmässa skall gå förlorad till deras makar, men kunskapen om denna möjlighet synes begränsad.²³ Också en jämkningsmöjlighet med hänsyn till äktenskapets längd synes välmotiverad vid bodelning i anledning av en makes död, där i dag hälftindelning sker redan efter en dags äktenskap.

Ett steg på vägen mot ett nytänkande i nordisk rätt representerar den i Norge tillämpliga skevelningsregeln, vilken medger undantag från giftorätten (fellesejet) just när det gäller värdet av egendom förvärvat före äktenskapet eller senare genom arv eller gåva, förutsatt att det inte leder till ett uppenbart orimligt resultat (59 § ekteskapsloven). En begränsning av giftorätten till nivåer som är vanliga i Västvärlden skulle ligga i linje med den liberala ideologin om en större individuell ekonomisk självständighet för makar. Skyddet för den ekonomiskt svagare maken kan komma att få karaktären av ett grundskydd. Samtidigt skall det medges att den omfattande giftorätten fortfarande torde ha ett stöd i det allmänna rättsmedvetandet.²⁴

3 Utmaningar inom barnrätten

Ett par områden inom barnrätten möter i dag särskilda utmaningar. Det gäller, dels det pågående lagstiftningsarbetet rörande barnalstring, dels översynen av reglerna om gemensam vårdnad efter äktenskapsskillnad. Utmaningarna innefattar djupgående etiska frågor rörande livets uppkomst och frågor där föräldrars intressen ställs emot barnens.

3.1 Aktuella reformer avseende barnalstring

Den medicinskt tekniska utvecklingen har skapat nya barnalstringsmetoder som ökat möjligheterna för barnlösa par att skaffa barn. Det har

²² SCB Statistiska meddelanden, AM 30 SM 1301.

²³ En utförd undersökning har visat att i fall då egendom undantagits från bodelning utgjorde villkor i gåva och testamente 12 procent, se Margareta Brattström, Bodelning mellan makar — verklighetens betydelse för framtidens regelutformning?, Tidskrift for Familierett, Arverett og Barnevernrettslige spørsmål, 2011, s. 98.

²⁴ Lagstiftaren hade 1987 bestämt att privata pensionsförsäkringar inte skulle ingå i bodelning vid äktenskapsskillnad såvida det inte vore oskäligt (ÅktB 10:3). Sedan bestämmelsen blivit utsatt för omfattande kritik kastades rättsföljden om så att försäkringarna numera ingår i bodelning såvida det inte är oskäligt, se lag (1998:619).

gällt assisterad befruktning genom insemination, antingen från den man som kvinnan är gift eller sammanboende med eller från en utomstående spermadonator, se 1:5 lagen (2006:351) om genetisk integritet m.m. (GenL). Det har också gällt befruktning utanför kroppen, dvs. av en kvinnas egna ägg utanför hennes kropp eller införande av en annan kvinnas ägg som befruktats av hennes man eller sambo (5:1, 7:1 och 7:3 GenL). Behandling kan sålunda ske med antingen donerade ägg eller donerade spermier. De barn som föds har därigenom ett genetiskt band till en av föräldrarna.

Denna utveckling har varit betydelsefull för de nya samlevnadsrelationer som vuxit fram i hägnen av lagstiftarens neutralitet i förhållande till olika moraluppfattningar och olika samlevnadsformer. Särskilt har detta gällt homosexuella par, som är gifta eller samboende, och som numera har tillgång till de olika metoderna för assisterad befruktning.

Redan i dag finns behov av rättssociologisk och beteendevetenskaplig forskning rörande frågan hur barn mår som tillkommit med användning av de nya metoderna för barnalstring och vilka effekterna är av de rättsliga reformer som genomförts.

Vad som i en nära framtid kommer att bli föremål för lagstiftarens ställningstagande är *fyra metoder* avseende barnalstring som i dag är förbjudna enligt GenL.

3.1.1 Ensamstående kvinnors rätt till assisterad befruktning

Den första avser att ge ensamstående kvinnor rätt till assisterad befruktning, dvs. insemination eller befruktning utanför kroppen (s.k. in vitro-fertilisering eller provrörsbefruktning). Den sistnämnda behandlingen innebär antingen befruktning av en kvinnas egna ägg utanför hennes kropp eller införandet av en annan kvinnas befruktade ägg i en kvinna (GenL 5:1, 7:1). Om ägget inte är kvinnans eget ska det ha befruktats av makens eller sambons spermie (GenL 7:3). Det innebär att barn som kommit till genom assisterad befruktning garanteras ett genetiskt band till en av föräldrarna.

I dag får i Sverige insemination och befruktning utanför kroppen endast ske om kvinnan är gift eller sambo och hennes partner skriftligen samtyckt till behandlingen (GenL 6:1 och 7:3). Den som lämnat samtycke anses då som barnets förälder (FB 1:6 och 1:9). Kravet att kvinnan måste vara gift eller sambo byggde tidigare på uppfattningen att ett barn behöver både en far och en mor. Efter alla reformer till stöd för samkönade par formuleras kravet numera så att barn från födseln har ett behov av två föräldrar.²⁵

Detta krav har emellertid satts i fråga. En särskild utredare, som fått regeringens uppdrag att överväga olika sätt att utöka möjligheterna till

²⁵ Prop. 2004/05:137 s. 42.

behandling av ofrivillig barnlöshet, har sålunda i ett delbetänkande (SOU 2014:29) lämnat förslag om rätt för ensamstående kvinnor till assisterad befruktning.²⁶ I enlighet med utredningens förslag har regeringen i en proposition i juni 2015 föreslagit att ensamstående kvinnor ska ges samma möjlighet till assisterad befruktning, dvs. insemination och befruktning utanför kroppen, inom svensk hälso- och sjukvård som i dag finns för gifta par, registrerade partner och sambor. En ensamstående kvinna som genomgår en assisterad befruktning blir enligt regeringens förslag barnets enda rättsliga förälder.²⁷

Regeringen motiverar sitt förslag med att samhällets normer och värderingar om föräldraskap och familj förändrats. Många barn växer upp i andra familjekonstellationer än den traditionella kärnfamiljen. För ensamstående var adoption länge den enda möjligheten att bli förälder, men i dag har det blivit allt vanligare att ensamstående kvinnor åker utomlands för att få tillgång till assisterad befruktning. Det finns enligt regeringen, trots att forskningen på området är begränsad, inte skäl anta något annat än att ensamstående kvinnor som har fött barn med hjälp av assisterad befruktning generellt sett kan erbjuda barnen en god uppväxtmiljö och tillgodose de behov av omsorg och omvårdnad som barn kan ha.²⁸

Mot regeringens motiv kan naturligtvis hävdas att två föräldrar i stället för en generellt sett bör ha större möjligheter att ta hand om ett barn och att ge det den trygghet det behöver socialt och ekonomiskt. En familj med endast en förälder kan vara mer sårbar t.ex. när en förälder blir sjuk eller dör. Regeringen synes här ha prioriterat de vuxnas önskan att bli föräldrar framför barnens intressen.²⁹ Mot bakgrund av den begränsade kunskap som finns på området föreligger här ett behov av ytterligare forskning som klargör hur barn påverkas av att ha tillkommit genom assisterad befruktning.

3.1.2 Donation av befruktade ägg

Den andra i dag otillåtna behandlingen avser befruktning utanför kroppen där både ägg och spermier är donerade av utomstående (7:3, p. 2 GenL). Det finns sålunda inte något genetiskt släktskap mellan föräldrar och barn. Överväganden rörande denna typ av behandling ingår också

²⁶ Initiativet kom ursprungligen från riksdagen, se Bet. 2011/12:SoU26 och rskr. 2011/12:180; Dir. 2013:70.

²⁷ Prop. 2014/15:127, Assisterad befruktning för ensamstående kvinnor. Lagändringarna föreslås träda i kraft den 1 april 2016.

²⁸ Ibid. s. 12.

²⁹ Ensamtredaren anser att det knappast kan hävdas att motivet för ett införande av en rätt för ensamstående till assisterad befruktning är hänsynen till barnets bästa, se SOU 2014:29, s. 105 f.

i enmansutredarens uppdrag, vilket är avsett att redovisas i dennes slutbetänkande senast den 15 december 2015.³⁰

Metoden aktualiserar grundläggande etiska frågor rörande tillkomsten av liv. Vilka möjligheter bör de blivande föräldrarna ha att påverka valet av spermagivare och donator av ägg? Hur kommer barnet att uppleva sin identitet? Kommer barnet att ha rätt att efterforska vilka de biologiska föräldrarna är? Man kan inte bortse från att metoden kan komma att ses som en alltför långtgående strävan att med tekniska insatser kompensera livets ofullkomligheter. Den kan vidare, om den inte kringgärdas med långtgående restriktioner, ge upphov till missbruk och handel där personer mot betalning väljer lämpliga donatorer. När samhället medverkar till att skapa liv ställs särskilt stora krav på reflektion och eftertanke. Det finns här ett behov av ytterligare forskning och uppföljning av hur barn som tillkommit genom donation av befruktade ägg upplever sin uppväxtmiljö, socialt och psykologiskt. Ett hänsynstagande till barnets bästa bör mana till stor försiktighet innan ny forskning kan bringa klarhet i metodens påverkan på barn och dess samhälleliga konsekvenser.

3.1.3 Spermier och ägg från avlidna personer

Den tredje behandlingen som ej är tillåten i Sverige avser assisterad befruktning med spermier eller ägg från avlidna personer. Förbudet gäller oavsett om behandlingen sker med egna eller donerade könsceller (GenL 7:6). Statens medicinskt etiska råd (Smer) har ansett att det bör vara möjligt att under vissa förutsättningar använda befruktade ägg, där ägg eller spermier som använts för befruktning kommer från en avliden person.³¹ Även övervägande av denna fråga synes ingå i den särskilda utredarens uppdrag.

Också denna metod väcker etiska frågor av liknande slag som den nyss nämnda. Hur påverkas ett barn när det fått kännedom om att den genetiska föräldern var avliden vid barnets tillkomst? Man kan inte heller här bortse från att en mera generell tillämpning av möjligheten att använda donerade könsceller från avlidna personer kan ge upphov till missbruk och handel. Ett hänsynstagande till barnets bästa motiverar forskning som bringar klarhet i metodens påverkan på barnen och på samhället.

3.1.4 Surrogatmoderskap

Den fjärde idag inte tillåtna behandlingen avser surrogatmoderskap, varmed avses att ett ofrivilligt barnlöst par lämnar ett befruktat ägg till en utomstående kvinna som upplåter sin kropp, blir gravid, föder fram barnet och lämnar det till paret. Det förekommer att surrogatmödrar

³⁰ Dir. 2013:70 s. 1; SOU 2014:29 s. 9; Prop. 2014/15:127 s. 10.

³¹ Smer rapport 2013:1, s. 24 f.

i fattiga länder åtar sig sådana uppdrag mot ersättning (kommersiellt surrogatmoderskap). Från detta skiljer man uppdrag utan ersättning utöver kostnaderna (altruistiskt surrogatmoderskap).

Eftersom denna behandling inte är erkänd i Sverige blir surrogatmodern i dag barnets rättsliga förälder (FB 1:7). Smer (en majoritet) har anfört att altruistiskt surrogatmoderskap bör vara tillåtet i vårt land under vissa förutsättningar. Till dessa hör bl.a. att det föreligger en nära relation mellan surrogatmodern och den eller de potentiella föräldrarna.³²

Surrogatmoderskap är en komplex etisk fråga med många dimensioner som aktualiserar identitetsfrågor mellan den genetiska modern, surrogatmodern och barnet. Det torde kunna hävdas att surrogatmoderskap inte är etiskt försvarbart eftersom det inte kan anses förenligt med människovärdesprincipen att använda en annan kvinna som medel för att lösa det barnlösa paret's problem. Det kan anses strida mot den mänskliga livsprocessen och skada människosynen. Ytterligare en invändning har att göra med att det lätt uppstår en kommersialisering av verksamheten där surrogatmödrar i fattiga länder säljer sina kroppar till verksamheten. Med hänvisning till det anförda anser en minoritet i Smer att surrogatmoderskap inte är ett etiskt godtagbart sätt att få barn och att det därför inte bör tillåtas i Sverige.³³ Överväganden rörande denna typ av behandling ingår också i den särskilda utredarens uppdrag.

Oavsett surrogatmoderns syfte med sin medverkan föreligger ett behov av forskning rörande de psykologiska konsekvenserna för inblandade parter.³⁴ I ett vidare etiskt perspektiv aktualiseras frågan hur långt det är rimligt att gå i hanteringen av könsceller i syfte att lösa ofrivillig barnlöshet. Utgår man från ett barnperspektiv finns det ett behov av ytterligare forskning och uppföljning av hur barn som tillkommit genom surrogatmoderskap upplever sin uppväxtmiljö socialt och psykologiskt. Även de samhällseliga konsekvenserna av kommersiellt surrogatmoderskap förtjänar att bli föremål för utredning.

3.2 Gemensam vårdnad eller ensamvårdnad

Inställningen till frågor rörande vårdnad om barn efter äktenskapskillnad har efter införandet av föräldrabalken (1949:381) undergått avsevärda förändringar. Medan det vid tillkomsten av balken efter äktenskapskillnad var vanligast att en förälder, företrädesvis modern, fick ensam vårdnad om barnet och fadern fick umgängesrätt, råder i dag en

³² Smer rapport 2013:1, s. 21 f.

³³ Ibid. s. 22.

³⁴ Det finns viss forskning som uppvisar försiktigt positiva resultat. Studierna är dock få och företer brister avseende omfattning och bortfall. Se Viveca Söderström-Anttila, m.fl., Human Reproduktion Update, Oxford University Press, October 9, 2015.

helt annan ordning, vilken successivt vuxit fram med stöd av beteendevetenskaplig forskning och ändrade värderingar.

3.2.1 Barnperspektiv och samförståndslösningar

Utgångspunkten för denna forskning har varit barnperspektivet som visat att barn även efter äktenskapsskillnad har ett behov av båda sina föräldrar. Gemensam vårdnad har därför blivit huvudregel för frånskilda makar samtidigt som möjligheterna till gemensam vårdnad också för ogifta föräldrar underlättats.³⁵ Principen om barnets bästa har i ökande utsträckning betonats som vägledande princip samtidigt som barnets egen vilja med stigande ålder och mognad alltmer kommit att beaktas.

En annan grundläggande utgångspunkt har varit önskvärdheten av samförståndslösningar rörande frågor om vårdnad, boende och umgänge för att undvika att föräldrar och barn blir indragna i långvariga konflikter. Ett uttryck för denna tanke var införandet 1990 av s.k. samarbetsamtal som kommunernas socialtjänster fick skyldighet att tillhandahålla (FB 6:18, Socialtjänstlagen 5:3). Det hade nämligen visat sig att bland makar som deltagit i samarbetsamtal innan domstolsförfarande inletts kom ca 80 % överens och bland dem som deltagit i sådana samtal först efter det domstolsprocess inletts kom 56 % överens i frågor om vårdnad, boende och umgänge.³⁶ Idén om samförståndslösningar stärktes ytterligare genom införandet 1998 av en möjlighet för föräldrarna att i dessa frågor träffa avtal som godkänns av socialnämnden (FB 6:6 st. 2).

Huvudprincipen om gemensam vårdnad efter äktenskapsskillnad betonades ytterligare 1998 genom att domstol fick rätt att besluta om gemensam vårdnad även mot en förälders vilja (FB 6:5).³⁷ Denna möjlighet väckte emellertid kritik vilken ifrågasatte hur gemensam vårdnad skulle kunna fungera om en förälder motsatte sig denna. Även om möjligheter funnits att i rättstillämpningen göra undantag från huvudprincipen om gemensam vårdnad växte ett behov fram av att tydligare markera detta i lagstiftningen.

3.2.2 Ensam vårdnad vid bristande samarbete

Genom 2006 års reform betonades sålunda att principen om barnets bästa skulle vara vägledande vid alla beslut om vårdnad, boende och umgänge och att särskilt avseende skulle fästas vid barnets behov av en nära

³⁵ Genom lag (1976:612) fick ogifta och frånskilda föräldrar rätt att, om de var ense därom, hos domstol ansöka om gemensam vårdnad. Genom lag (1983:47) bestämdes att den gemensamma vårdnaden automatiskt skulle bestå efter äktenskapsskillnad, om inte en förälder begärde annat. Genom lag (1990:1526) kunde rätten besluta om gemensam vårdnad om inte en av föräldrarna direkt motsatte sig det och lag (1998:319) gav rätten möjlighet att besluta om gemensam vårdnad även i fall då en förälder direkt motsatte sig detta.

³⁶ Prop. 1990/91:8 s. 28 f.

³⁷ Prop. 1997/98:7 s. 50 ff. Se exempelvis NJA 1999 s. 451.

och god kontakt med båda föräldrarna, men samtidigt skulle särskilt avseende också fästas vid risken för att barnet eller någon annan i familjen utsätts för övergrepp eller att barnet olovligen förs bort eller hålls kvar eller annars far illa. Hänsyn skulle tas till barnets vilja med beaktande av barnets ålder och mognad (FB 6:2 a). Gemensam vårdnad skulle även i fortsättningen vara möjlig mot en förälders vilja, men som ett svar på kritiken skulle nu rätten fästa särskilt avseende vid föräldrarnas förmåga att samarbeta i frågor som rör barnet (FB 6:5). Ett bristande samarbete kunde motivera ensam vårdnad.³⁸

Efter 2006 års reform synes antalet vårdnadsmål ha ökat. I anledning härav har regeringen utsett en särskild utredare att utvärdera vårdnadsreformen (Dir. 2014:84). Utredarens uppgift är att kartlägga och analysera orsakerna till ökningen samt att följa upp och undersöka hur reglerna har fungerat i praktiken och om syftet med reformen — att stärka barnrättsperspektivet — har uppnåtts.

Av särskilt intresse i den breda översyn som uppdraget innefattar är hur föräldrars möjligheter att nå en samförstånds lösning i mål om vårdnad, boende och umgänge kan utvecklas och förbättras. Trots att principen om barnets bästa är den givna ledstjärnan i lagstiftningen är principen inte lika självklar i föräldrarnas agerande i vårdnadstvister. Alltför ofta förekommer umgängessabotage och tvister som är mer dikterade av föräldrarnas eget bästa än av barnens. Det torde t.o.m. förekomma att en förälder skapar samarbetsvärigheter i syfte att själv erhålla ensam vårdnad. Visserligen har domstolarna möjlighet att frånta en förälder vårdnaden på den grund att denne inte har förmågan eller viljan att samarbeta (NJA 1989 s. 335), men föräldrarnas bevekelsegrunder är vanskliga att utreda.

Det är lätt att instämma i stolta deklamationer till stöd för principen om barnets bästa, men när det kommer till kritan är det inte sällan så att det är föräldrarna som sviker. I ett läge där egentligen lagstiftningen präglas av rimliga principer och undantag framstår det som vanskligt att nu i lagen med utpekande av ytterligare omständigheter som redan rymts inom begreppet barnets bästa söka påverka rättsutvecklingen. En mera framkomlig väg synes vara att uppdra åt Socialstyrelsen att utveckla metoderna för samarbetsamtal och att med få undantag göra dessa obligatoriska. Det borde vidare ankomma på såväl myndigheter som partsombud att sprida information om lagens innehåll. Förhoppningsvis kan ett införlivande av FN:s barnkonvention i svensk rätt komma att få en upplysande verkan, låt vara att dess principer redan i dag i hög grad präglar lagstiftningen.

³⁸ Prop. 2005/06:99 s. 51. Se exempelvis NJA 2007 s. 382.

4 Laglottens vara eller icke vara

4.1 Laglottssystemets historiska grunder

Arvlåtarens rätt att genom testamente förfoga över sin kvarlåtenskap har i Sverige sedan fornt varit kraftigt beskuren, vilket motiverats av intresset att bevara arvejorden inom släkten, att garantera bröstarvingarna en försörjning och att skapa rättvisa dem emellan. Längre upprätthölls en skillnad mellan stad och land och mellan arvejord å ena sidan och avlingejord och lösöre å den andra.

Redan under medeltiden öppnades dock efter påtryckningar från kyrkan en viss testationsfrihet genom möjligheten att enligt landsrätten förordna till förmån för fromma ändamål. Beträffande arvejord hade arvlåtaren sålunda enligt Upplandslagen rätt att förordna om 1/10 därav och beträffande avlingejord och lösöre hade han full testationsfrihet till förmån för kyrkor och kloster.³⁹ Enligt stadsrätten var testationsfriheten ursprungligen inte begränsad till förmån för fromma ändamål och gällde enligt Magnus Erikssons stadslag 1/10 av all egendom.⁴⁰

Testationsfriheten beskars ytterligare under 1600- och 1700-talen. Enligt tolkningsföreskrifterna i 1686 års testamentsstadga förutsatte arvlåtarens rätt att testamentera bort 1/10 av arvejorden *ad pios usus* att denne saknade andra tillgångar. Beträffande avlingejord och lösören hade arvlåtaren fri testationsfrihet så länge inte egendomen behövdes för omyndiga barns uppfostran.⁴¹ Genom 1734 års lag upphävdes möjligheten enligt landsrätten att disponera över 1/10 av arvejorden *ad pios usus*. Lagen stadgade: "Ingen hafwe macht arfwejord å landet igenom testamente bortgifwa" (1 § Cap. XVII ÄB). Över avlingejord och lösöre kunde arvlåtaren fritt disponera med undantag av vad omyndiga barn skäligen behövde för sin försörjning.⁴² Enligt stadsrätten utvidgades testationsfriheten till 1/6 av all egendom om det fanns bröstarvingar.⁴³

Grunden för det i dag gällande laglottssystemet lades genom en förordning från 1857 varigenom friheten att genom testamente förfoga över kvarlåtenskapen utvidgades samtidigt som reglerna blev klarare. Skillnaden mellan landsrätt och stadsrätt och mellan arvejord och avlingejord upphävdes. Arvejorden skulle inte längre åtnjuta särskilt skydd. Testationsfriheten avsåg nu 1/2 av kvarlåtenskapen medan 1/2 utgjorde den laglott över vilken arvlåtaren ej hade rätt att genom testamente förfoga. Laglottens motiverades nu med vikten av att garantera bröstarvingarna en försörjning och att bibehålla en viss rättvisa dem emellan.⁴⁴ Denna

³⁹ Se Kyrkobalken XIV, Upplandslagen. Magnus Erikssons stadslag saknade bestämmelser i ämnet.

⁴⁰ Se Ärvdabalken XIX, Magnus Erikssons stadslag.

⁴¹ Kgl. förordningen d. 3 juli 1686.

⁴² 4 §, *ibid.*

⁴³ 5 §, *ibid.*

⁴⁴ Kungl. förordningen d. 21 december 1857 ang. vad i testamente givas må, så ock om gåva av fast egendom.

ordning infördes sedermera i 1928 års arvslag och upptogs sedermera i 1958 års ÄB, som alltså är gällande rätt (7 kap.).

4.2 Dagens diskussion kring laglottssystemet

Lagloten har från tid till annan varit föremål för diskussion, vari framträtt argument såväl för som emot densamma.⁴⁵

4.2.1 Argument mot laglottssystemet

Det grundläggande *motivet för ett upphävande* av lagloten har varit individens frihet att förfoga över sin förmögenhet där kvarlåtenskapen inte borde utgöra något undantag.⁴⁶ Detta liberala motiv har ansetts väga tyngre än en arvsordning grundad på genetiskt släktskap, vilken framstått som föråldrad i en tid då nya familjeformer tillkommit vid sidan av kärnfamiljen. Ett särskilt angeläget ändamål har ansetts vara testamente till förmån för efterlevande make eller sambo utan begränsningar med hänsyn till särkullbarns laglotter. Därutöver har anförts att behovet att garantera bröstarvingarna — vilka inte sällan är i 50–60 års åldern när föräldrarna dör — en försörjning i dag inte är lika stort som förr och att det borde vara samhällets ansvar att ta hand om dem som inte klarar sin försörjning. Genom testamente kan en arvlåtare som så önskar tillgodose en bröstarvinge som har särskilda behov. Ett återkommande argument mot lagloten har också varit att den försvårar generations-skiften i familjeföretag genom att det blir alltför betungande för den bröstarvinge som arvlåtaren ansett bäst lämpad att ta över företaget att lösa ut de övriga. Problemet aktualiseras inte minst vid tillämpning av det förstärkta laglottsskyddet på gåvor *ad mortis causa* enligt ÄB 7:4. Vidare har kritikerna ibland pekat på det orimliga i att en bröstarvinge som utövat våld mot sina föräldrar inte skulle genom testamente kunna helt uteslutas från arv.⁴⁷

4.2.2 Argument för laglottssystemet

Till stöd *för bevarande av en lagloten* kan anföras att släktskap som grund för arvsrätt visserligen har gamla anor men att avgörande härför har

⁴⁵ Förhandlingar vid det 34:e nordiska juristmötet 1996; Boström & Strömberg, Lagloten — ett irrationellt inslag i svensk rätt, JT 2012–13 s. 245; Brattström & Singer, Rätt arv, 4 uppl. 2015, s. 198 ff. Ang. den internationella diskussionen, se Anderson & Arroyo i Amayuelas (red.), *The Law of Succession: Testamentary Freedom*, 2011; Asland, Kan pliktdeklaration försvaras i en moderne arverett? *Tidskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål* 2011, s. 161–184.

⁴⁶ Jfr Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna, protokoll 1, art. 1, som stadgar att alla har krav på "peaceful enjoyment of his possessions". Denna artikel har dock inte utgjort hinder mot de nationella laglottssystem som tillämpas.

⁴⁷ I SOU 1981:85, s. 207 ff. föreslogs ett upphävande av lagloten. Se även motioner till riksdagen, såsom motion 1996/97L:417, motion 2000/01:L409, motion 2010/11:C207, motion 2012/13:C242, motion 2012/13:C309 och motion 2012/13:C327. Se vidare En hållbar framtid, förslag till idéprogram för Centerpartiet 2013.

varit den sociala och ekonomiska gemenskap som normalt sett följer av släktskapet, särskilt när det gäller arvlåtarens relation till bröstarvingarna. Vidare är inte det genetiska sambandet ensamt avgörande. Även adoptivbarn har arvsrätt efter sina adoptivföräldrar och barn tillkomna genom insemination eller assisterad befruktning är bröstarvingar med samma arvsrätt och laglottsskydd efter den make eller sambo som samtyckt till åtgärden. Barn till gifta eller samboende föräldrar av samma kön har arvsrätt och rätt till laglott efter dem.⁴⁸

Arvejorden utgör visserligen inte på samma sätt som förr underlag för familjens försörjning, men man kan inte helt bortse från att en del av en individs förmögenhet ofta utgörs av ärvd egendom som uppfattas som familjeegendom till vilken bröstarvingarna knyts genom identifikation. Hur vanligt är det inte att barn även i vuxen ålder talar om "vårt hus" eller "vår gård" fastän egendomen tillhör föräldrarna. Denna identifikation med familjens egendom kan ha stärkts genom bröstarvingarnas nyttjande av och arbetsinsatser på egendomen oavsett föräldern förvärvat den genom arv eller på annat sätt. I vissa fall kan en bröstarvinges rätt till arv ha utgjort en tyst förutsättning för dennes arbetsinsats. Det finns sålunda i många familjer en känsla av solidaritet och gemenskap som kan anses motivera ett laglottsskydd.

Vad beträffar försörjningsbehovet är detta naturligtvis inte lika stort som förr. Det förtjänar dock framhållas att en skyddslagstiftning inte tar sikte på majoriteten av fall. Det inträffar att föräldrar dör unga och efterlämnar underåriga bröstarvingar som har behov av skydd. Detsamma gäller vuxna barn som på grund av fysiska eller psykiska handikapp saknar försörjningsförmåga. Det är en övergripande ideologisk fråga om dessa behov av skydd skall tillgodoses genom familjens eller genom samhällets försorg. Dessa överväganden väcker frågan om samhället bör ta hela ansvaret för familjens försörjning för att garantera föräldrarnas individuella frihet att förfoga över sin kvarlåtenskap genom testamente. Det kan med fog hävdas att samhällets ansvar borde vara subsidiärt och inträda först när föräldrarna saknar förmåga.

Även vikten av att bibehålla en viss rättvisa mellan bröstarvingarna inbördes torde ha en förankring i det allmänna rättsmedvetandet. Denna rättvisetanke går att föra tillbaka på principen att bröstarvingar ärver lika, att döttrar ärver lika med söner och att utomäktenskapliga barn ärver lika med inomäktenskapliga. Laglotten begränsar en arvlåtares möjligheter att missgynna ett barn på grund av kön, sexuell läggning eller religion och reducerar risken för en kamp mellan bröstarvingarna om föräldrarnas gunst.

Mot bröstarvingarnas intressen måste alltid ställas efterlevande makes eller sambos behov av skydd, vilket dock kan tillgodoses genom bodel-

⁴⁸ FB 4:8, 1:9.

ningsreglerna och reglerna om makes arvsrätt. Det bör här observeras att gemensamma bröstarvingar i dag inte har rätt att få ut sina laglotter när en make upprättat testamente till förmån för efterlevande make (ÄB 7:3 st. 2). De olägenheter som laglotten kan ha för generationsskiftena kan lösas genom en begränsning av kvotdelen för laglotten eller genom en beloppsgräns. Det orimliga i att bröstarvingar som utövat våld mot sina föräldrar inte skall kunna uteslutas genom testamente bör kunna lösas genom en revidering av reglerna om förverkande av rätt till arv. Skäl för ett bevarande av laglottsinstitutet har förts fram bl.a. av regeringen i prop. 1986/87:1 s. 79 f. som ett svar på SOU 1981:85 s. 207 ff.⁴⁹

4.3 Laglottens konstruktion kan bli en rimlig kompromiss

Laglottens framtida konstruktion och omfattning är inte given. De flesta länder i Europa har laglottssystem av något slag som begränsar testationsfriheten. På samma sätt som i Sverige utgör laglotten halva arvsloten i Finland, Tyskland och Österrike. I Schweiz och i Norge utgör laglotten 2/3 av kvarlåtenskapen, men i Norge finns en beloppsgräns som innebär att laglotten (pliktdelsarvet) får uppgå till maximalt 1 miljon NKR för varje barn.⁵⁰ En utredning har dock nyligen föreslagit ändringar av laglottssystemet i Norge, vilka innebär att kvotdelen för laglotten skall uppgå till 1/2 av arvsloten med en beloppsgräns på 40 grundbelopp, som 2014 uppgick till 3 400 000 kr.⁵¹ I Danmark uppgår laglotten (tvangsarvet) för bröstarvingarna (livsarvingarna) till endast 1/4 av kvarlåtenskapen också med en beloppsgräns för barnen på 1 miljon DKR.⁵² Det förekommer också att laglottens storlek varierar med antalet barn. I exempelvis Frankrike utgör laglotten halva kvarlåtenskapen om arvlåtaren har ett barn, men ökar till 3/4 om han eller hon har tre eller fler barn.

Det finns också rättssystem, företrädesvis inom common-law sfären där testationsfriheten begränsas av anhörigas försörjningsbehov. I exempelvis England och Wales har s.k. "dependants", dvs. personer som under arvlåtarens livstid var beroende av dennes försörjning, rätt till ett skäligt belopp ur kvarlåtenskapen.⁵³ I vissa jurisdiktioner, såsom exempelvis Louisiana i USA, förutsätter en begränsning av testationsfriheten antingen att det föreligger ett försörjningsbehov eller att den berättigade inte uppnått viss ålder.⁵⁴ Jfr den begränsade rätt till underhåll ur

⁴⁹ Se vidare LU 2000/01:L409, LU 1996/97:8, SOU 1998:110 s. 221 ff.; och bet. 2013:CU19 s. 55.

⁵⁰ Se 29 §, Lov om arv m.m. 3 mars 1972 nr 5.

⁵¹ NOU 2014:1, 16.5.2.

⁵² 5 §, Arveloven nr. 515 af 6. Juni 2007.

⁵³ Se Kerridge, Freedom of Testation in England and Wales, i Anderson & Arroyo i Amayuelas (red.), The Law of Succession: Testamentary Freedom, 2011, s. 148 ff.

⁵⁴ Se Art. 1493, Louisiana Civil Code, som uppställer en åldersgräns på 23 år.

kvarlåtenskapen som enligt ÄB 18:5 tillkommer efterlevande make och oförsörjda barn under tre månader från dödsfallet.

En rimlig kompromiss mellan Scylla och Charybdis, vilken tar hänsyn till både individens frihet att testamentera och bröstarvingarnas skyddsbehov, kan vara att öka testationsfriheten och underlätta generationsskiftena genom införande av en beloppsgräns motsvarande 70 basbelopp (2015 = 3 115 000 kr) avseende varje laglott. I övrigt skulle en kvotdel motsvarande halva arvslotten kunna bibehållas för att därmed garantera bröstarvingarna en viss rättvisa och ett grundläggande belopp till deras försörjning utan att någon skälighetsprövning behöver ske i varje enskilt fall.