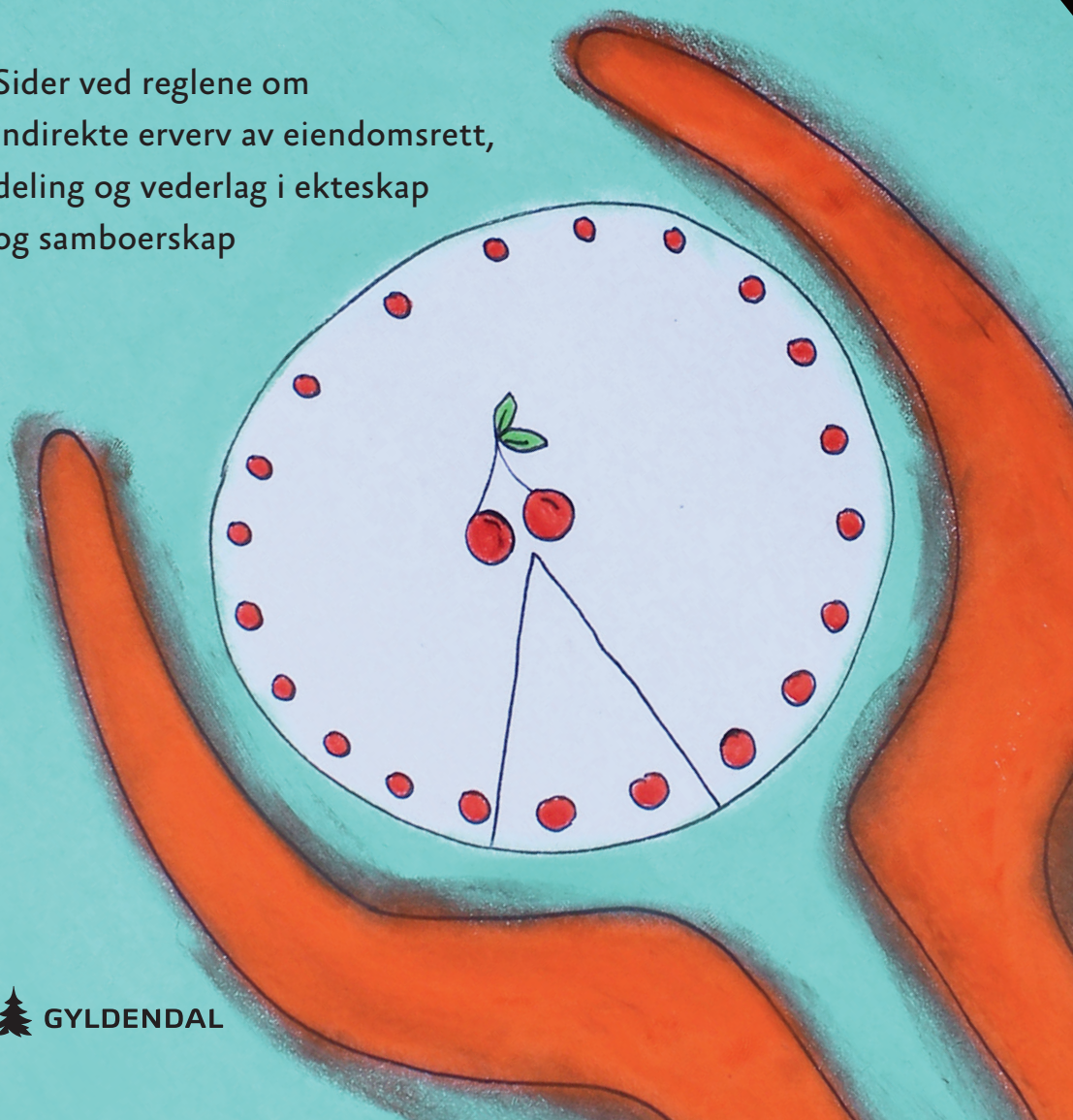


KATRINE KJÆRHEIM FREDWALL

Familierettens korreksjonsmekanismer

Sider ved reglene om
indirekte erverv av eiendomsrett,
deling og vederlag i ekteskap
og samboerskap



KATRINE KJÆRHEIM FREDWALL

FAMILIERETTENS KORREKSJONSMEKANISMER

REGLER OM ERVERV AV EIENDOMSRETT, VEDERLAG OG DELING
I EKTESKAP OG SAMBOERSKAP



GYLDENDAL

© Gyldendal Norsk Forlag AS 2020
1. utgave, 1. opplag 2020

ISBN 978-82-05-50873-6

Omslagsdesign: Munch design

Sats: HAVE A BOOK

Brødtekst: Minion Pro 10,5/15

Alle henvendelser om boken kan rettes til
Gyldendal Akademisk
Postboks 6730 St. Olavs plass
0130 Oslo

www.gyldendal.no/akademisk
akademisk@gyldendal.no

Det må ikke kopieres fra denne boken i strid med åndsverkloven eller avtaler om kopiering inngått med KOPINOR, interesseorgan for rettighetshavere til åndsverk. Kopiering i strid med lov eller avtale kan medføre erstatningsansvar og inndragning, og kan straffes med bøter eller fengsel.

Forord

Denne boken er en lett bearbeidet utgave av avhandlingen min, som ble forsvart for den juridiske doktorgrad ved Universitetet i Oslo 6. juni 2019. Avhandlingen ble bedømt av professor dr. juris Thomas Eeg (Bergen), professor dr. juris Ingrid Lund-Andersen (København) og professor juris doktor Margareta Brattström (Uppsala).

Komitéen fant blant annet at avhandlingen tilførte «viktige innsikter» og «tankevekkende og overbevisende argumentasjon». Samtidig ga bedømmelsen og opposisjonen verdifulle refleksjoner.

I forhold til disputasutgaven er mine standpunkter til de aktuelle rettsspørsmålene gjennomgående de samme, men det vil foreligge nyanser mellom de to utgivelsene modnet frem gjennom det året som har gått fra jeg satt punktum for avhandlingen i desember 2018. Manuset er gjennomgått i sin helhet, og det foreligger mindre forskjeller i alle kapitler. Tittelen er også forkortet for å lette lesbarheten. Boken er i sin helhet oppdatert medio september 2019, men slik at den på aktuelle punkter er oppdatert medio februar 2020.

Et juridisk doktorgradsarbeid fordrer mange timers arbeid alene. Det er imidlertid ikke et ensomt arbeid. Det er mange å takke. Min første takk går til Juridisk fakultet og Institutt for privatrett, som har gitt meg mulighet til fordypning. Takk til instituttbestyrerne Giuditta Cordero-Moss, Trygve Bergsåker og John Asland. Takk til Justis- og beredskapsdepartementet for tre års ulønnet permisjon fra min stilling som lovrådgiver og for bidrag til finansiering av undersøkelsen sammen med Institutt for privatrett.

En særlig takk til hovedveileder professor Tone Sverdrup, som klarte å overbevise meg om å gå løs på et doktorgradsprosjekt, og som siden har øst av sin kunnskap gjennom hele prosjektet. Takk til medveilederne Turid Noack og Per Morten Jørgensen, som har tilført nødvendig kompetanse ved utvikling av spørreundersøkelsen

og ved vurderinger og analyser av funnene. Takk til medveileder professor Vibeke Blaker Strand, som kom aller sist inn med veiledningsansvar for de menneskerettslige spørsmålene, og som evnet å se og løfte prosjektet som en helhet.

Takk til kommentator under Midtveisevalueringen Margareta Brattström, Uppsala Universitet, som gjorde et grundig arbeid og ga uvurderlig kritikk.

Takk til John Asland for gode samtaler underveis både i arbeidsgiverrollen og som kollega. En særlig takk til Tone Linn Wærstad og Peter Hambro, som i tillegg til John og Tone har utgjort et inspirerende fagfellesskap på instituttet. Takk til mentor Kirsten Sandberg for gode samtaler og faglig overblikk. Takk til administrasjonen på instituttet ved Eli Knotten, Eva Dobos og Mona Østvang Ådum.

Takk til studenter og vitenskapelige assistenter som har hjulpet meg med det store arbeidet med noter og kildelister: Nora Sandvik Bratheim, som begynte, Mari Rudshaug, som fortsatte, og Nina Bjørneby Klefstad, som tok imponerende kontroll mot slutten. Og til sist takk til sentralbordgjengen med Gunnar, Nicolai og Andreas i spissen, som med uslitelig humør har sørget for livsnødvendig kaffe og hyggelige vekslinger gjennom tre travle år.

En grunn til takknemlighet er også stipendiatperiodens mulighet til å møte andre forskere og dele kunnskap og forskningsresultater. I løpet av perioden har stipendiatene satt hverandre stevne både på Svalbard og i Tromsø. Nordiske kollegaer har møttes i Tvärminne, København og Reykjavik. I regi av International Society of Family Law og andre organisasjoner har jeg fått møte forskere fra alle deler av verden og fått presentere egen forskning både i Jackson, Wyoming, Amsterdam og på Socio-Legal streams (SLSA) i Newcastle. I 2017 gjennomførte jeg også et kort forskningsopphold i Cambridge og ble tatt godt imot av Jens Scherpe og Joanna Miles ved Cambridge Family Law Centre. Og til sist stilte Family Law, Practices and Policies ved Aalborg Universitet med god opposisjon utført av Nancy Dowd og Jens Scherpe. Samlet sett har dette gitt en uvurderlig refleksjonsramme.

Til slutt må imidlertid et prosjekt presenteres som en samlet tekst. Takk til Erling Eide, Kåre Lilleholt, Hilde Sandvik og Thomas Eeg for gjennomlesning av enkelte deler av avhandlingen. En særlig takk til Torstein Frantzen, som har lest hele avhandlingen, og som har tilført et kritisk dommerblikk, men også tørrvittige kommentarer. En varm takk til Kirsti Strøm Bull, som leste og løftet manuset mot slutten.

Tusen takk til Gyldendal og forlagsredaktør Anne Birgitte Songe, som hadde tro på prosjektet lenge før det hadde funnet sin endelige form. Takk til Ingvild Marie Fredwall, som har laget en omslagsillustrasjon som fanger temaet og forskningsspørsmålet. Illustrasjonen viser noe som vokser frem og etter hvert deles; det spilles

på hverdag, tid og deling. Tallerkenen med kirsebær og det beskjedne kakestykket indikerer at todeling etter gjeldende rett ikke alltid blir likedeling.

Den største takken går her som i disputasutgaven til mine nærmeste:

Til foreldrene mine, Kari og Vidar Kjærheim; dere har skapt glede over kunnskap og læring og vært klokt og varmt til stede i oppvekstens mange hverdager.

Til Svein for viljen til felles kursendring og med hvert vårt doktorgradsprosjekt som resultat. Takk også for korrekturlesning av avhandlingen helt til slutt. Med deg i nærheten er takknemlighet en uendelig størrelse.

Til (de store) barna mine, som nok en gang har forholdt seg til at mamma har hatt mye å gjøre. Takk til Ingvild for klokskap og gode samtaler, Silje for delte interesser og arbeids- og treningsfellesskap og Håvard for skiinstruksjon, overraskelser og omsorg i mange hverdager.

Dedikasjonen gir seg kanskje selv:

Til familien min.

Innhold

DEL I INNLEDNING	17
KAPITTEL 1 TEMA OG RETTSHISTORISK RAMME	18
1.1 Tema og forskningsspørsmål	18
1.2 Perspektiver, begrunnelse og behovet for økonomiske korreksjonsmekanismer i dag	21
1.2.1 Perspektiver	22
1.2.2 Et endret rettskildebilde. FN-kritikk	24
1.2.3 Et endret samfunn	25
1.2.4 Betingede økonomiske disposisjoner. Behovet for korreksjon i et personlig og økonomisk interessefellesskap	27
1.3 Struktur og avgrensning	30
1.3.1 Struktur. Avhandlingens innhold	30
1.3.2 Tematisk avgrensning	30
1.3.3 Terminologi	32
1.4 En rettshistorisk tilnærming. En sirkel som nesten sluttes	33
1.4.1 Eierskap og rådighet over formue gjennom vekslende tider	33
1.4.2 Magnus Lagabøte og ekteskapet som allianser mellom slektene	34
1.4.3 Fra storhetstid til Norske (danske) Lov	36
1.4.4 Mot moderne tider: igjen en nasjonal lovgivningsmakt	39
1.4.5 Arbeidet mot 1927-loven: fra formuesfellesskap til selvstendig økonomisk rådighet	41
1.4.6 Utvikling av adgangen til å kreve skjevdeling. Der ringen nesten sluttes	43
1.4.7 Det moderne samboerskapets fremvekst	45

KAPITTEL 2 KILDER OG METODE	47
2.1 Kritisk analyse av gjeldende rett	47
2.2 Rettskildebildet og gjeldende rett	47
2.2.1 Rettskildebildet i dag	47
2.2.2 Gjeldende rett i denne avhandlingen	48
2.2.3 Rettskildefaktoren «reelle hensyn» og bruk av avhandlingens innsamlede kunnskap om samfunnet	50
2.3 Særlig om menneskeretter som rettskilde på familieformuerettsområdet	54
2.3.1 Innledning	54
2.3.2 Gjennomføringsmåten. Inkorporert som norsk rett gjennom menneskerettsloven	54
2.3.3 En presentasjon av de sentrale konvensjonsbaserte reglene på familieformuerettsområdet. Relevant organpraksis	57
2.3.4 Særlig om KDK artikkel 16. Saklig virkeområde mv.	69
2.4 Bruk av ulike former for empiri i en juridisk avhandling	77
2.4.1 Grunner til å supplere juridisk forskning med rettslig empirisk forskning	77
2.4.2 Bruk av spørreundersøkelser	78
2.4.3 Bruk av rettspraksis som empiri	80
2.5 Bruk av komparative elementer	80
2.6 Normative vurderinger	81
2.7 Oppsummering	82
KAPITTEL 3 METODE. LEVE-DELE2016-UNDERSØKELSEN	84
3.1 Bakgrunn for utforming av spørreundersøkelsen. Eksisterende kunnskap	84
3.1.1 Innledning	84
3.1.2 Parets og familiens stilling i vår tid	85
3.1.3 Økonomikontroll og fordeling av ressursene i parforhold	87
3.2 Undersøkelsen Leve-dele2016	88
3.2.1 Muligheten til å tegne et grovt kart over det juridiske landskapet	88
3.2.2 Beskrivelse av den valgte innsamlingsmetoden	89
3.2.3 Utvalget	90
3.2.4 Frafall, feilmargin og signifikanstester	92
3.2.5 Utforming av spørreundersøkelsen	93
3.3 Er undersøkelsen landsrepresentativ? Reliabilitet	94
3.3.1 Målsetting og utgangspunkt	94
3.3.2 Når ikke alle svarer – risikoen for systematisk skjevt frafall	94
3.3.3 Vurderinger av denne undersøkelsens representativitet og reliabilitet	96
3.4 Innholdet i undersøkelsen	101
3.4.1 Oversikt over undersøkelsens oppbygging mv.	101
3.4.2 Fremstilling av funnene: tabeller, tabellhode og figurer	104
3.5 Samlet vurdering	105

DEL II UNDERVEIS

FORBRUK OG ERVERV I ET ØKONOMISK INTERESSEFELLESSKAP 107

KAPITTEL 4 SAMLIV, FORMUE, BRUDD OG BARN –

I ET MER KOMPLEKST SAMFUNN. ALMINNELIG STATISTIKK 108

4.1	Innledning	108
4.2	Inngåelse og oppløsning av ekteskap	108
4.3	Samboere: forekomst og brudd	110
4.4	Barn og brudd	111
4.5	Fordelingen av utdanning, inntekt og formue mellom kjønn	113
4.6	Oppsummerende vurdering	116

KAPITTEL 5 BEGRUNNELSER FOR VALG AV SAMLIVSFORM

OG KUNNSKAP OM DEN RETTSLIGE REGULERINGEN MV.

BELYST GJENNOM LEVE-DELE2016-UNDERSØKELSEN 117

5.1	Innledning	117
5.2	Sivilstand, barn, brudd og varighet	119
5.2.1	Undersøkelsens befolkning. Sivilstand og brudd	119
5.2.2	Samlivens varighet på intervju tidspunktet	120
5.2.3	Forekomsten av felles barn	122
5.3	Valget mellom ekteskap eller samboerskap. Forventninger	124
5.3.1	Bakgrunn. Vilåårene for inngåelse av ekteskap i motsetning til etablering av samboerskap	124
5.3.2	Ektefellenes forventninger til ekteskapet, formuesordning og vurdering av sentrale rettsregler	125
5.3.3	Samboerskapet som varig alternativ, forspill og teststasjon	129
5.4	Ektefellers og samboeres kunnskap om innholdet i rettsreglene	132
5.4.1	Betydningen av å ha kunnskap om rettsreglene	132
5.4.2	Kunnskapen om innholdet av felleseiet	133
5.4.3	Samboernes kunnskap om sentrale rettsregler	135
5.5	Ektefellers og samboeres plassering i lovgivningsmessige relevante samlivskategorier	139
5.6	Samlet vurdering	141

KAPITTEL 6 PARET SOM FORBRUKSENHET.

SAMLIVET SOM ØKONOMISK FELLESSKAP 142

6.1	Problemstilling	142
6.2	Graden av økonomisk fellesskap i samliv	144
6.2.1	Forventningene til samlivene	144
6.2.2	Felles økonomi i samboerskap og ekteskap	145
6.3	Samboerskapet og ekteskapet som forbruksenhet	148
6.3.1	Bruk av felles eller separate konti – i ekteskap og samboerskap	148
6.3.2	Hvordan deles kostnadene i parforhold?	151
6.4	Analyse av funnene og drøfting av rettslig relevante konklusjoner	156
6.4.1	Innledning	156

6.4.2	Særlig om funnenes betydning for vurderingen av reelle hensyn	157
6.4.3	Oppsummerende vurdering. Avviket mellom atferd og regulering og betydningen for lovgiver og rettsanvender	157
6.4.4	Indikatorer for lovregulering i samboerskap	159

KAPITTEL 7 RETTEN TIL ERVERV UNDERVEIS I EKTESKAP

OG SAMBOERSKAP I LYS AV EMPIRI OG MENNESKERETTER

7.1	Overblikk over regelen	162
7.1.1	Når vi investerer: Hvem blir eier?	162
7.1.2	Overblikk over retten til erverv i samliv på grunnlag av direkte og indirekte bidrag	163
7.2	Spørreundersøkelsen Leve-dele2016 og analyse av lagmannsrettspraksis. Samboerskap og ekteskap som ervervsfellesskap	166
7.2.1	Innledning	166
7.2.2	Felles investering i bolig som uttrykk for integrering og oppbygging av formue	167
7.2.3	Mener par at de eier sammen, eller at de eier hvert sitt?	168
7.2.4	Nærmere om eierskap til boligen og elementene i eierskapsvurderingen	171
7.2.5	Gjeld. Ansvar og kunnskap	174
7.2.6	Oppsummering og vurdering	176
7.2.7	Analyse av lagmannsrettspraksis. Hva skal til for at sameie fastsettes i praksis?	176
7.3	Menneskerettens betydning ved tolkning av retten til erverv underveis i samlivet	179
7.3.1	Retten til erverv i lys av EMK artikkel 14, jf. artikkel 8	179
7.3.2	Retten til erverv i lys av EMK artikkel 14, jf. P1-1	187
7.3.3	Retten til erverv i lys av KDK	194
7.4	Grensene for det indirekte ervervet i samliv	197
7.4.1	Når indirekte bidrag ikke fører til sameie	197
7.4.2	Når indirekte bidrag ikke fører til sameie. Terskler for erverv	203
7.4.3	Når erverv og muliggjøring ikke skjer samtidig	206
7.4.4	Stiftelse av sameie i eneeide eiendeler anskaffet forut for samlivet. Bolig	209
7.4.5	Noen samlende merknader til menneskerettens betydning for tolkningen av stiftelse av sameie	214
7.5	Kritisk analyse. Endringsbehovet	216

DEL III ETTER

SKJEVDELING OG ANNEN KORREKSJON

KAPITTEL 8 DEN REELLE DELINGSRETEN.

ET EMPIRISK UTGANGSPUNKT

8.1	Innledning	224
8.2	Kunnskap, bistand og betydningen for forståelsen av gjeldende rett	224

8.2.1	Ektefellers kunnskap om sentrale rettsregler og omfanget av bistand ved delingen	224
8.2.2	Samboeres etterspørsel etter juridisk bistand ved delingen	229
8.3	Samlivsbruddfamilien: varighet, barn, alder og familietype	230
8.4	Gjennomføring av delingen ved skilsmisse	234
8.5	Hvilken beskyttelse ved det økonomiske oppgjøret trenger ektefeller og samboere i lys av empiriske funn?	238

KAPITTEL 9 SKJEVDELINGSREGLENE. OM Å TREKKE GRENSEN

MELLOM DET SOM BØR DELES, OG DET SOM IKKE BØR DELES		240
9.1	Presentasjon, begrunnelse og bakgrunn	240
9.1.1	Reglene kort presentert. Om å trekke en grense	240
9.1.2	En begrunnet, men kritisert regel	241
9.1.3	Lovforberedelse. Reformens forutsetninger	243
9.2	Spørreundersøkelsen Leve-dele2016. Presentasjon og analyse av sentrale funn knyttet til skjevdeling	244
9.2.1	Forekomsten av skjevdelingsmidler, gjennomført skjevdeling og kunnskap om reglene mv. Sentrale funn	244
9.2.2	Analyse av funnene. Bekrefter funnene forarbeidenes begrunnelser og forutsetninger for skjevdelingsregelen?	249
9.3	Menneskerettens betydning ved tolkning av skjevdelingsreglene	253
9.3.1	Innledning	253
9.3.2	KDK artikkel 16 og dennes betydning for det økonomiske oppgjøret etter endt ekteskap	253
9.3.3	Beskytter EMKs eiendomsvern mot deling etter ekteskap?	256
9.3.4	Nærmere om likedeling og skjevdeling ved det økonomiske oppgjøret i lys av KDK artikkel 16 og dels EMK P1-1	258
9.4	Ekteskapsloven § 59 første ledd	259
9.4.1	Første ledd særlig i lys av Høyesteretts fortolkning av regelen	259
9.4.2	Midlene som kan holdes utenfor deling etter § 59 første ledd. Enkelte spørsmål	264
9.4.3	Nærmere om tilbakeføringsvilkåret	270
9.4.4	Skjevdeling av boligens verdistigning. Inflasjon og realverdivekst	278
9.4.5	Betydningen av forbruksgjeld i forbindelse med vurdering av skjevdelingskravets eksistens og omfang	290
9.5	Ekteskapsloven § 59 annet ledd	301
9.5.1	Når retten til skjevdeling helt eller delvis kan falle bort	301
9.5.2	Åpenbart urimelig resultat	302
9.5.3	Kriteriene «ekteskapets varighet» og «ektefellenes innsats for familien» mv.	306
9.6	Ekteskapsloven § 59 tredje ledd	313
9.6.1	Regelens innhold og begrunnelse	313
9.6.2	Hvor snever er unntaksregelen egentlig? Lagmannsrettspraksis	315
9.7	Fremmed rett og modellover som idé- og vurderingsgrunnlag	322
9.7.1	Likedelingsmodeller og ervervs- og tilvekstmodeller. Sammenlikninger	322

9.7.2	Nordiske forbilder	322
9.7.3	Europeiske forbilder inkludert CEFLs prinsipper	324
9.7.4	Amerikanske, kanadiske og newzealandske forbilder	328
9.7.5	Komparerende analyse	331
9.8	Samlet analyse av skjevelingsreglene	334
9.8.1	Oppsummering og analyse av endringsbehovene	334
9.8.2	Enkelte forslag til endringer	338

KAPITTEL 10 REGLENE OM RETT TIL VEDERLAG.

OM PREVENSJON OG REPARASJON		347
10.1	Innledning	347
10.1.1	Spørsmålene	347
10.1.2	Formål og funksjoner	348
10.1.3	Kravets karakter. Forholdet til erstatningsreglene og skjevelingsreglene	351
10.2	Spørreundersøkelsen og analyser av rettspraksis. Hvordan brukes vederlagsreglene? En empirisk tilnærming	354
10.2.1	Spørreundersøkelsen Leve-dele2016. Brukes vederlagsreglene av folk flest?	354
10.2.2	Lagmannsrettspraksis. Hvordan brukes reglene av domstolene?	356
10.2.3	Nærmere om lagmannsrettenes anvendelse av § 73 i praksis	359
10.3	Menneskerettens betydning ved tolkning av vederlagsreglene	363
10.4	Ekteskapsloven § 63 første ledd. Krav på vederlag når eierektefellen har forskjøvet verdier fra delingsmidler til ikke-delingsmidler.	364
10.4.1	Innledning. Prevensjon og reparasjon	364
10.4.2	Rett til vederlag etter § 63 første ledd første alternativ	366
10.4.3	Vederlagskrav for formuesforskyvning i form av vedlikehold	375
10.4.4	Noen merknader til beregning av vederlaget	377
10.4.5	Oppsummering	380
10.5	Ekteskapsloven § 63 annet ledd. Utilbørlig reduksjon av delingsgrunnlag	381
10.5.1	Innledning	381
10.5.2	Regelens objektive side, svekkelsen av delingsgrunnlaget	382
10.5.3	Regelens subjektive side, «på en utilbørlig måte»	386
10.5.4	Særlig om betydningen av tidspunktet for disposisjonen	394
10.6	Ekteskapsloven § 73. Bidrag til å øke den andres særeie	395
10.6.1	Regelen og dens begrunnelse	395
10.6.2	Regelens karakter. Formene for innsats	396
10.6.3	Innsatsen må i vesentlig grad ha medvirket til å øke den andres særeie	399
10.6.4	Kan-skjønnet etter § 73	407
10.6.5	Utmåling av vederlag etter § 73	407
10.6.6	Foreldelse av pengekrav mellom ektefeller	411
10.7	Hvordan bidrar vederlagsreglene til korreksjon?	413

KAPITTEL 11 SAMBOERSKAP. GRUNNER TIL Å FASTSETTE REGLER OM DET ØKONOMISKE OPPGJØRET ETTER ENDT SAMBOERSKAP

VURDERT I LYS AV EMPIRI OG MENNESKERETTER	416
11.1 Reguleringsbehov? Hvilke samliv, hvilken formue, og på hvilken måte?	416
11.1.1 Problemstilling	416
11.1.2 Kort om gjeldende rett	420
11.2 Spørreundersøkelsen Leve-dele2016. Reguleringsbehovet vurdert på bakgrunn av innsamlede data	421
11.2.1 Empiri som begrunnelse for samboerregulering i et komplekst samfunn	421
11.2.2 Eierskap til boligen i det brutte samboerskapet	421
11.2.3 Det økonomiske oppgjøret i samboerskap	424
11.3 Analyse av rettspraksis. Hva forteller vederlagstvistene om behovet for regulering?	427
11.3.1 Innledning. Avgrensning og metode	427
11.3.2 Domsanalysen	428
11.4 Menneskerettens betydning for vurderingen av reguleringsbehov	434
11.5 Gjeldende rett. Regler for det økonomiske oppgjøret etter endt samboerskap. Utgangspunkt i alminnelig formuerett	440
11.5.1 Innledning. Oppgjør og korreksjon etter endt samboerskap	440
11.5.2 Retten til samboerverdrag. Særlig om utgangspunktet i en regel om restitusjon av en mottatt tilfeldig fordel	441
11.5.3 Ugyldighet som følge av tilblivelsesmangler i samboerforhold	447
11.5.4 Revisjon av samboeravtaler. Enkelte bemerkninger blant annet i lys av Rt. 2011 s. 1168	453
11.6 Impulser fra Norden og resten av Europa	458
11.7 Reguleringsrom og reguleringsbehov	461
11.7.1 Reguleringsrom	461
11.7.2 Behovet for å regulere	462
11.7.3 Hvilke samboere bør omfattes av reguleringen?	464
11.7.4 Hvordan bør reguleringen være?	465
11.7.5 Det konkrete reguleringsbehovet. Regler ved det økonomiske oppgjøret	466

KAPITTEL 12 BARNETS BESTE.

FORHOLDET MELLOM DELINGSRETEN OG BARNERETTEN	469
12.1 Innledning	469
12.2 Barnets <i>faktiske</i> interesse i delingen. Influencer delingsmåten på barns levekår etter bruddet?	471
12.3 Hvordan kommer barneperspektivet til uttrykk på rettsområdet?	472
12.3.1 Det menneskerettslige vernet om barnet	472
12.3.2 Barneperspektivet i familieformueretten	474

12.4	Har BK artikkel 3 noen rettslig betydning i det økonomiske oppgjøret etter samliv?	476
12.4.1	Hovedinnholdet i BK artikkel 3	476
12.4.2	Berøres barnet av det økonomiske oppgjøret?	477
12.4.3	Konsekvensene av at barnet er berørt	480
12.4.4	Hvem plikter å sikre barnets beste i en delingstvist?	481
12.4.5	Hensyn som taler imot	483
12.5	Hensynet til barn flest. Lovgivers plikt til å sikre barnets beste	484

DEL IV AVSLUTNING	487
--------------------------------	-----

KAPITTEL 13 EN SAMLET FREMSTILLING AV AVHANDLINGENS ENDRINGSFORSLAG	488
--	-----

13.1	En samlet fremstilling i lys av menneskerettene og empiriske funn	488
13.2	Endringer som kan overveies	490
13.2.1	Retten til erverv underveis i samlivet	490
13.2.2	Delingsregler i ekteskap	490
13.2.3	Det fortsatte behovet for vederlagsregler i ekteskap	494
13.2.4	Delingsregler i samboerskap	495
13.2.5	Delingsregler og risiko i et barneperspektiv	496
13.2.6	Krav til regler som skal anvendes av partene selv	496

SLUTTORD. KAN FORSKNINGSPØRSMÅLET BESVARES?	498
--	-----

VEDLEGG	504
----------------------	-----

TABELLER OG FIGURER	663
----------------------------------	-----

LITTERATUR	664
-------------------------	-----

LOVER	681
--------------------	-----

INTERNASJONALE KONVENSJONER MV.	687
--	-----

FORARBEIDER	691
--------------------------	-----

RETTSPRAKSIS	693
---------------------------	-----

TOLKNINGSPRAKSIS FRA FNS KVINNEDISKRIMINERINGSKOMITÉ, FNS BARNEKOMITÉ OG FNS KOMITÉ FOR ØKONOMISKE, SOSIALE OG KULTURELLE RETTIGHETER	699
--	-----

STIKKORD	703
-----------------------	-----

DEL I

Innledning

Tema og rettshistorisk ramme

1.1 Tema og forskningsspørsmål

I avhandlingen undersøkes enkelte formuerettslige konsekvenser av ekteskap og samboerskap underveis i samlivet og ved brudd. Tre av fire voksne lever i ekteskap eller samboerskap. I slike samliv må felles utgifter betales og ulønnede oppgaver fordeles, og ofte vil partene investere, spare og pådra seg gjeld. Det er lagt til grunn at det oppstår et økonomisk og personlig interessefellesskap mellom rettslig selvstendige og uavhengige individer i et samliv.¹ Høyesterett har for samboere pekt på at det består «et livs- og interessefellesskap som strekker seg langt utover eiendomsretten til de ting de anvender i fellesskap».² Basert på slike fellesskap treffer ektefeller og samboere økonomiske disposisjoner som direkte eller indirekte er *betinget* av samlivet.³ Både forbruk og investeringer (nivå, objekt, tidspunkt og sted) kan være betinget ikke bare av individets egen nytte, men av interessefellesskapets samlede nytte.⁴ Mange samliv varer lenge, men ikke alle samliv varer livet ut. Både i et samliv og særlig ved samlivsbrudd kan det være behov for ulike former for *formuerettslige korreksjonsmekanismer* som sikrer et rimelig økonomisk oppgjør mellom individene.

1 For ektefeller ble det gitt uttrykk for dette allerede på begynnelsen av 1900-tallet, jf. Utkast til lov om ektefællers formuesforhold, avgitt av de norske delegerte ved det skandinaviske familierettsarbeide, Kristiania 1918 s. 33 andre spalte. Selvstendig dokument og også bilag til Ot.prp. nr. 58 (1926) *Om ektefællers formuesforhold*.

2 Jf. Rt. 1984 s. 497, s. 504.

3 Slike avhengige eller betingede disposisjoner og handlinger oppstår både i samliv og mellom andre aktører som samhandler om et felles mål, jf. punkt 1.2.4.

4 Det siktes til valg av arbeid, graden av yrkesdeltakelse, karriereplanlegging, forbruk, sparing og foreldreskap mv.

Med korreksjonsmekanismer sikter jeg *her* til regler som korrigerer de økonomiske konsekvensene av samliv gjennom regler om erverv av eiendomsrett gjennom indirekte bidrag, deling av formuen, unntak fra deling eller former for vederlag.

Fire virkelighetsnære eksempler kan illustrere situasjoner der det kan oppstå behov for korreksjon av det økonomiske oppgjøret:

Camilla og Christian giftet seg i 1998.⁵ Det var andre gang for begge. Camilla eide en verdifull strandeendom med et slitt hus. I 1999 ventet Camilla og Christian barn. De flyttet inn i Camillas hus. Christian solgte leiligheten sin og brukte beløpet til å pusse opp Camillas hus. Hun var hjemmевærende. Christian tjente godt, men inntekten strakk ikke til, og de måtte stadig spe på inntekten med forbrukslån. Etter 20 år orket han ikke mer. Camillas eiendom var doblet i verdi som følge av markedet. Christian hadde to år igjen til pensjonsalder. Skal Camilla beholde verdien av eiendommen fullt ut og Christian få ansvaret for forbruksgjelden?⁶

Gerd og Geir giftet seg unge i 1989 og er nå 55 år. Boligen på Byneset utenfor Trondheim hadde Geir *arvet* av tanten; den er i dag verdt 5 millioner kroner. Gerd har spart opp 100 000. Geir har fått nye interesser og ser ikke noen grunn til å fortsette ekteskapet. Uten særskilt korreksjon får Geir huset til 5 millioner og 50 000 av Gerds sparing.⁷

Thea og Thale er 30 år og *samboere*. De har ett barn og har kjøpt bolig utenfor Skien. Thea står som eier av boligen, arbeider fulltid og nedbetaler boliglånet alene. Thale arbeider litt redusert, tar hovedansvaret for barnet og betaler forbruksutgiftene. Når de etter syv år går hver til sitt, er Thea eier av et halvveis nedbetalt hus, men hva med Thale?⁸

Pål traff Ploy i Thailand.⁹ De giftet seg. Han var 50 og hun var 30 da hun flyttet til Norge. Ploy har datteren Nahm. Pål viste seg å være syk, alkoholisert og uføretrygdet. Ploy startet opp produksjon og salg av vårruller for å forsørge familien og dekke mat og forbruksartikler. Etter 15 år orket ikke Ploy mer og flyttet ut. Pål eide boligen og bilen fra før. Ploy hadde spart opp 20 000 kroner gjennom 15 års vårrullsalg. Kan Ploy kreve noe likedelt, eller kan Pål holde sitt utenfor deling og kreve halvparten av Ploys sparepenger?¹⁰

5 Inspirert av RG 2012 s. 42.

6 Eksempelet reiser spørsmål om korreksjon etter lov 4. juli 1991 nr. 47 om ekteskap (ekteskapsloven) § 59 første og annet ledd og § 73.

7 Eksempelet reiser spørsmål om skjevdeling etter ekteskapsloven § 59 første, annet og tredje ledd.

8 Eksempelet reiser spørsmål om erverv gjennom indirekte bidrag (betaling av forbruksutgifter og barneomsorg), vederlag som følge av ugrunnet berikelse, om det er behov for lovregulering, og behovet for å verne barns oppvekstvilkår etter et brudd der hovedomsorgspersonen risikerer å gå tomhendt ut etter et samliv.

9 Til en viss grad inspirert av LF-2015-83706.

10 Eksempelet reiser spørsmål om likedeling og skjevdeling etter § 59 første, annet og tredje ledd.

Eksempelene er virkelighetsnære og dekkende for temaet. De er samtidig valgt ut for å minne om at ingen samliv er like, og at behovet for lovgivning er sterkest der forholdene av en eller annen grunn er ubalanserte. Eksempelene viser også betydningen av eierskap i samliv og at den som bidrar med inntekt, ulønnet arbeid eller kapital i en mer eller mindre felles økonomi i et samliv, kan ha behov for korreksjonsmekanismer ved samlivets slutt. Rettspraksis viser at både kvinner og menn kan ha behov for å påberope seg slike korreksjonsmekanismer.

Temaet for avhandlingen er familieformuerettens¹¹ ulike korreksjonsmekanismer vurdert i lys av innsamlet empiri og relevante menneskeretter. For ektefeller siktes det til regler om erverv, deling og unntak fra disse. Konkret behandles *sider ved* reglene om erverv gjennom indirekte bidrag, jf. ekteskapsloven § 31, hovedregelen om skjevdeling og unntakene fra denne, jf. § 59 og regler om vederlag i §§ 63 og 73. For samboere siktes det først og fremst til *sider ved* reglene om erverv gjennom indirekte bidrag, vederlag som følge av ugrunnet berikelse, og enkelte spørsmål om korreksjon med hjemmel i avtaleloven. Disse korreksjonsmekanismene belyses gjennom analyse av de alminnelige rettskildene, innsamlet empirisk materiale, menneskeretter og via avsluttende normative vurderinger. Interessen ligger særlig i møtepunktene mellom den utmeislede juridiske regelen, de menneskerettslige forpliktelsene, domstolenes praksis og vanlige folks atferd – så langt den har latt seg beskrive.

Det *spørsmålet* som behandles, er dermed hva de aktuelle rettsreglene går ut på basert på en analyse av relevante rettskilder, og dernest *hvordan* utvalgte familieformuerettslige regler korrigerer de økonomiske disposisjonene i ekteskap og samboerskap – vurdert i lys av rettspraksis, funnene i spørreundersøkelsen og menneskerettslige forpliktelser.¹²

Det første kan karakteriseres som en *intern analyse* av rettens innhold basert på et utvidet rettskildetilfang. Det andre kan karakteriseres som en *ekstern analyse* av

11 Familieformuerett. Betegnelsen dekker de særlige formuerettslige reglene som gjelder for ektefeller og samboere i samliv og ved samlivsbrudd, slik som rett til erverv som følge av indirekte bidrag og rett til deling og vederlag mv.

12 Kunnskap om reglenes effekt i samfunnet er også relevant for de menneskerettslige vurderingene. FNs kvinnekomité har pekt på at «[s]ubstantive equality can be achieved only when the State party examine the application and effects of laws», jf. FNs kvinnediskrimineringskomité, General recommendation on article 16 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (Economic consequences of marriage, family relations and their dissolution) (CEDAW/C/GC/29 (2013)) avsnitt 8, avsagt av FNs kvinnediskrimineringskomité, oppnevnt med hjemmel i the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (FNs Kvinnekonvensjon / KDK).

reglenes antatte virkning i samfunnet. Funnene brukes til sist som grunnlag for en normativ vurdering av endringsbehovet.

Dette er dels et spørsmål om reglene sikrer et tilstrekkelig vern om individets selvstendige, økonomiske rettigheter, men også et spørsmål om reglene beskytter den som gjennom arbeid, inntekt eller formue har investert i familiefellesskapet uten å ha hatt eller oppnådd formelt eierskap til de eiendelene som har vært i felles bruk, slik det illustreres av de fire virkelighetsnære eksemplene nevnt innledningsvis.

Der de familieformuerettslige korreksjonsmekanismene ikke fungerer tilfredsstillende, kan samlivet skape betydelig økonomisk risiko for individet.

Reglenes formål da deres forløpere ble utviklet tidlig på 1900-tallet, var å skape balansepunktet mellom selvstendighet og fellesskap: « ... paa den ene siden selvstændighed og handlefrihet, på den andre siden hensynet til opreththoldelsen av det interessefællesskap, som naturlig bør finde sted mellem personer som samvirker for et fælles formål.»¹³ Det er gjennom vurderingene av korreksjonsmekanismene avhandlingen skal søke å finne og vurdere et nåtidig balansepunkt.

Et underliggende spørsmål er også hva som er vår tids begrunnelse for egne samlivsspesifikke regler for ekteskap og samboerskap. Hvilke korreksjonsmekanismer er det behov for mellom selvstendige individer i et samfunn preget av likestilling mellom kjønnene? Mulige forskjeller mellom formelle og reelle rettigheter for kvinner og menn gir også avhandlingen et underliggende kjønnsperspektiv. Spørsmålene søkes besvart gjennom å undersøke det menneskerettslige vernet og gjennom ektefellers og samboeres valgte atferd på det familieformuerettslige området.

1.2 Perspektiver, begrunnelse og behovet for økonomiske korreksjonsmekanismer i dag

Avhandlingen har fire perspektiver. Disse preger fremstillingen i avhandlingen, jf. 1.2.1.

Det er særlig to forhold som *begrunner* avhandlingen. For det første er rettskildet bildet vesentlig endret siden gjeldende ekteskapslov ble forberedt, jf. 1.2.2. Derne st er samfunnsendringene betydelige, jf. 1.2.3.

I punkt 1.2.4 vises det at ikke bare individer i et samliv, men også foretak og andre juridiske personer treffer disposisjoner betinget av eller påvirket av ulike fellesskap. Også for foretak kreves korreksjon gjennom selskapsrettslige, skatterettslige eller

13 Utkast 1918 s. 33 andre spalte.

konkurranserettslige regler mv. At økonomiske disposisjoner kan være betinget av nære fellesskap, er derfor ikke bare et familierettslig fenomen.

1.2.1 Perspektiver

Avhandlingen har for det første et *rettsanvenderperspektiv*. Dette perspektivet retter seg til advokaters og dommeres anvendelse av retten. Det gjelder særlig de rettsdogmatiske analysene og forståelsen av gjeldende rett i lys av et utvidet rettskildebilde der menneskerettslige kilder trekkes inn i den alminnelige avveiningen av gjeldende rett, og der innsamlet empiri og statistikk vektlegges når rettskildefaktoren reelle hensyn anvendes. Rettsanvendernes selvstendige ansvar for å ta i bruk de menneskerettslige kildene er her særlig sentralt.¹⁴ For advokatene innebærer avhandlingen en utvidelse av verktøykassen og kanskje også en økt mulighet til å vinne frem med enkelte sakstyper.

Avhandlingen har videre et *lovgivningsperspektiv*. Dels vurderes det om gjeldende lovgivning, i lys av de empiriske funnene, synes å være basert på korrekte forutsetninger. Og dels vurderes det om lovgivningen kan antas å ha ønskede virkninger gitt analysene av de empiriske funnene knyttet til borgernes atferd, rettsoppfatning og rettferdsvurderinger. Lovgivningsperspektivet kan gjenfinnes også i vurderingene av om staten har gjennomført sine menneskerettslige forpliktelser på en tilstrekkelig måte.

Avhandlingen retter seg for det tredje mot rettsreglenes antatte virkninger for individene og har slik sett et *brukerperspektiv*. Perspektivet er hos ektefellene, samboerne og barna deres. Underveis i avhandlingen minnes det om at barneperspektivet må inkluderes i de ulike vurderingene, mens dette begrunnes mer inngående i kapittel 12. Prosjektets nedenfra-og-opp-perspektiv vises særlig ved at arbeidet startet med å samle inn kunnskap om pars faktiske økonomiorganisering, deres antakelser om eierskap, deres kunnskap om rettsreglene og deres rettferdsvurderinger mv., jf. kapittel 3. Denne kunnskapen utgjorde et grunnlag for utvelgelsen av de rettslige spørsmålene. I lys av empirien har jeg valgt å se på spørsmål som hvem som blir eier av det som akkumuleres underveis i samlivet, hvordan boligverdiveksten skal deles, hvordan ansvaret for forbruksgjeld skal påvirke retten til skjevdeling, og hvordan urimelige resultater korrigeres gjennom retten til vederlag mv. Dette perspektivet preger også innretning av de rettslige analysene i den forstand at de

14 Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) § 11-3.

tvilsomme spørsmålene om mulig søkes behandlet og avklart på en måte som bidrar til konsistens og enkelhet heller enn kompleksitet.

Perspektivet er inspirert av tidligere teorier hvor analysen av hvordan reglene faktisk anvendes i samfunnet, er sentralt, jf. teorier basert på «law in action».¹⁵ «Law in action» er en rettslig teori assosiert med rettsrealisme (Pound mfl.) der analysen av hvordan reglene faktisk anvendes i samfunnet, er sentralt. Betegnelsen var igjen inspirert av Ehrlichs begrep *levende rett* («*rechtsleben*»)¹⁶ Levende rett ble definert som de uformelle normer folk flest lever etter. Ehrlich så det som en viktig oppgave for retts sosiologien å studere denne levende retten. Slike tanker er igjen videreutviklet gjennom kvinneveretten, der faktisk rettsanvendelse og erfart realitet trekkes inn i hvordan retten beskrives og vurderes.¹⁷

Når jeg likevel bruker betegnelsen «law in action», er det fordi denne betegnelsen både antas å være mer kjent og mer treffende for mine egne vurderinger.¹⁸ I avhandlingen analyseres «law in action» dels gjennom domstolenes bruk av retten og dels de rettsreglene man kan utlede av ektefellers og samboeres faktisk atferd på dette rettsområdet. Siden retten på dette området i det vesentlige er deklarasjonsrett, står ektefellene og samboerne fritt til å skape sin egen rettsstilling gjennom eksplisitte, stilltiende eller forutsetningsvise avtaler. I motsetning til Ehrlich ser jeg ikke faktiske handlinger i seg selv som uttrykk for gjeldende rett, men som et vesentlig perspektiv for vurdering av gjeldende retts virkninger.

Prosjektet har for det fjerde et normativt *endningsperspektiv*. I de avsluttende vurderingene i de materielle kapitlene suppleres en eventuell kritikk av forslag til endringer.

-
- 15 Dette er en rettslig teori assosiert med rettsrealisme først utviklet av Roscoe Pound.
- 16 Nelken, David, «Law in Action or Living Law? Back to the beginning in Sociology of Law», *Legal Studies* vol. 4 (1984), s. 157–174, på s. 158–160.
- 17 Hellum, Anne, «Legal Pluralist Perspectives in Scandinavian and African Women's Law», i *Eugen Ehrlich's Sociology of Law*, Knut Papendorf, Stefan Machura, Anne Hellum (red.), Zürich: LIT Verlag, 2014, s. 95–114, særlig s. 99 flg. og 110. Et nedenfra-og-opp-kvinneperspektiv er til stede i vesentlige kvinneverettslige avhandlinger, blant annet i Ketscher, Kirsten, *Offentlig barnepass i retlig beslyning*, København: Jurist og økonomforbundets forlag, 1990, Hellum, Anne *Women's human rights and legal pluralism in Africa: mixed norms and identities in infertility management in Zimbabwe*, Oslo: Tano Aschehoug, 1999, Ik Dahl, Ingunn, *Securing women's homes: The dynamics of women's human rights at the international level and in Tanzania*, Doktoravhandling forsvart ved Det juridiske fakultet nr. 31, Oslo: Universitetet i Oslo, 2009, og Wærstad, Tone Linn, *Protecting Muslim minority women's human rights at divorce. Application of the Protection against Discrimination Guarantee in Norwegian Domestic Law, Private International Law and Human Rights Law*. Doktorgradsavhandling forsvart ved Det juridiske fakultet, nr. 91, Oslo: Universitetet i Oslo, 2015.
- 18 Mens Ehrlich nok så atferden i seg selv som uttrykk for samfunnets egentlige rettsregler, vil jeg bare kunne slutte meg til dette om denne atferden kan forstås som en avtale mellom partene på et område med avtalefrihet.

1.2.2 Et endret rettskildebilde. FN-kritikk

Avhandlingen er særlig *begrunnet* i et endret rettskildebilde.

Menneskerettsloven ble vedtatt i 1999. Loven inkorporerte fra starten Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) som gjeldende norsk rett med forrang. FNs barnekonvensjon (BK) og FNs kvinnekonvensjon (KDK) ble inkorporert på samme måte noen år senere, og i 2014 kulminerte utviklingen så langt gjennom vedtakelsen av menneskerettskapittelet i Grunnloven. Menneskerettene er derved gitt økt betydning i norsk rett samtidig som familieformueretten gjennom dette er tilført betydelige rettskilder av høy rang. Dette har skapt et behov for å stille spørsmål om hva det endrede rettskildebildet betyr for innholdet av gjeldende rett på familieformuerettsområdet. Dette spørsmålet går som en rød tråd gjennom avhandlingen.

Parallelt med styrkingen av menneskerettene stilling i norsk rett har lovgiver og domstoler på flere punkter beveget seg fra en beskyttelse av fellesskapet til en styrking av (det formuende) individets stilling i familieformueretten. Med ikraftsetting av gjeldende ekteskapslov i 1993 gikk vi fra likedeling til likedeling med rett til skjevdeling som lovens hovedregel. Denne endringen innebar antakelig et verdimeessig skifte.

Samtidig som menneskerettene styrkes, har Høyesteretts praksis gjennom tolkning av loven og bidrag til ulovfestet rett på vesentlige punkter forsterket det verdiskiftet som innføringen av skjevdelsregelen *kan* ses som et uttrykk for. Mens vi i mange år har kunnet anta at ektefellers og samboeres vern underveis i samlivet og ved samlivsbrudd gradvis har blitt styrket, er dette ikke lenger entydig. Gjennom ulike dommer fra 1999 og frem til i dag kan det reises spørsmål om vernet heller svekkes.¹⁹ I alle fall kan et slikt spørsmål reises for ekteskap med særeie og for samboerskap.

Noen eksempler. I Rt. 1999 s. 718, og dels i Rt. 2006 s. 833, avviste Høyesterett å bruke likedeling som sammenlikningsnorm ved vurdering av om en ektepakt var urimelig. I Rt. 1999 s. 177, Rt. 2002 s. 1596 og Rt. 2014 s. 1248 forstås adgangen til å gjøre unntak fra skjevdeling etter ekteskapsloven § 59 annet ledd som (svært) snever. Dette medvirker til redusert deling i norske ekteskap. Et tydelig skritt mot mer formuerettslige vurderinger av de økonomiske forholdene mellom samboere finner vi i Høyesteretts dom gjengitt i Rt. 2011 s. 1168.

¹⁹ Rt. 1999 s. 177, Rt. 1999 s. 718, Rt. 2002 s. 1596, Rt. 2011 s. 1168 og Rt. 2014 s. 1248.

Disse motstridende utviklingstrekkene gir grunn til nærmere undersøkelser. Rt. 2011 s. 1168 og Rt. 2011 s. 1176 vekket bekymring i FNs kvinnekomité.²⁰ I sine observasjoner til Norge i 2012 konkluderte FNs kvinnekomité med at «the Committee is concerned that women living in de facto relationships still have *no economic rights and protection* when such relationships dissolve».²¹ Jeg forstår FNs kvinnekomité slik at den gir uttrykk for at 2011-dommene innebærer at norske samboere fortsatt er uten rettslig beskyttelse når samlivet opphører. I sine konkluderende observasjoner mot Norge i 2017 viste komitéen igjen til kritikken fra 2012 og oppfordret staten til å:²²

«[a]dopt the legal measures necessary to enhance the economic protection guaranteed to all women living in de facto relationships, in the form of recognizing their rights in the property accumulated during the relationship, in line with the Committee's general recommendation 21 (1994) on equality in marriage and family relations».

De nevnte dommene omtalt over danner grunnlag for hvordan de formuerettslige reglene korrigerer og beskytter ektefeller og samboere i samliv og ved samlivsbrudd.

1.2.3 Et endret samfunn

Dernest er avhandlingen *begrunnet* i endrede samfunnsforhold særlig beskrevet i avhandlingens kapittel 4 og 5. Det siktes her til:

Endrede familieformer. Familieformene er flere, familiene mer sammensatte, samlivene skjørere og flere lever i mer enn ett samliv i løpet av livet. Et par kan bestå av personer av samme eller motsatt kjønn. Og selve kjønnsbegrepet er under bearbeiding. Mange barn opplever at foreldrene flytter fra hverandre, og kjernefamilien blir

20 FNs kvinnediskrimineringskomité Concluding observations of the Committee on the Elimination of Discrimination against Woman Norway (CEDAW/C/NOR/CO/8 (2012)). Også kritikk i FNs kvinnediskrimineringskomité Concluding observations on the ninth periodic report of Norway (CEDAW/C/NOR/CO/9 (2017)). Kritikken i 2012 er rettet både mot Rt. 2011 s. 1168 og Rt. 2011 s. 1176, avsagt samme dag og basert på vesentlig samme vurderinger.

21 CEDAW/C/NOR/CO/8 (2012), avsnitt 37 (min utheving). En vurdering av slike uttalelser som rettskilder finnes i avhandlingens punkt 2.3.3 og 2.3.4.

22 CEDAW/C/NOR/CO/9, avsnitt 49.

tidvis til stjernefamilie.²³ Om lag 85 prosent av den voksne befolkningen lever i dag i et parforhold²⁴ av varighet, og mange av de enslige er enslige bare en del av livet. Gjennom levekårsundersøkelsene finnes det også et ikke ubetydelig empirisk belegg for at det kan fremstå som rasjonelt å velge samlivet – uten derved å ha sagt noe om årsak og virkning.²⁵

Den offentlige samtalen om familien og familieformene har siden slutten av 1960-årene inntatt ulike valører. Ungdomsopprøret i slutten av 1960-årene bar med seg en protest mot ekteskapet og tradisjonelle verdier, og det ble mer vanlig å se på ekteskapet som en rekke av funksjoner som kunne ivaretas både innenfor og utenfor ekteskapet. Noack har pekt på at ekteskapet ifølge den funksjonalistiske forklaringsmodellen var en institusjon som tjente til å sikre reproduksjon, emosjonelle behov, sosialisering, forsørgelse og arbeidsdeling innad i familien.²⁶ Et slikt funksjonalistisk syn i litt ulike tapninger har blitt lagt til grunn også i sentrale juridiske tekster. Her har man i tillegg til de ovennevnte funksjonene også pekt på at ekteskapet har en seksuell funksjon, en vernefunksjon – som supplerer velferdsstatens ytelser og tjenester, en fritidsfunksjon, en følelsesmessig funksjon og en religiøs funksjon.²⁷

Familieene forvalter større midler enn før. Den private velstandsøkningen har ført til at familien i dag forvalter mer formue og mer gjeld enn den gjorde for en generasjon siden. Forhøyet ekteskapsalder tilsier videre at flere bringer midler inn i ekteskapet. Dette er midler og gjeldsansvar som skal fordeles etter endt samliv gjennom de familieformuerettslige reglene, se særlig kapittel 4 og 9.

23 Andersen, Unn Conradi, *Fra kjernefamilien til stjernefamilien* (2015), <http://socius.sosiologi.org/2015/08/27/fra-kjernefamilie-til-stjernefamilien/> [sisert 26. november 2018], har beskrevet stjernefamilien slik: «Stjernefamilien er et mer åpent begrep enn kjernefamilien, i motsetning til å konnotere en lukket kjerne viser ordet heller til stråler som fanger opp flere personer og kryssende relasjoner. Til grunn for stjernefamilien legger jeg et relasjonelt prinsipp, der følelsen av tilhørighet oppstår gjennom forpliktelser, investert tid og samvær snarere enn biologi.» Her brukes stjernefamilien om den sammensatte familien: kanskje med dine, mine og våre barn og kanskje uten biologiske bånd, men gjerne med strålespisser inn i andre, kanskje like sammensatte, familier. Begrepet synes oppstått i Sverige.

24 Det siktes til ektefeller, samboere og særboere.

25 Mørk, Eiliv, «Aleneboendes levekår», i *Statistiske analyser 081*, Statistisk sentralbyrå (red.), 2006, s. 11–17. SSBs levekårsundersøkelse tilsier at enslige har mer tyngende boutgifter, lavere inntektsnivå og flere helseproblemer: røyker mer, drikker mer alkohol, er mer inaktive og mer ensomme.

26 Noack, Turid, *En stille revolusjon: det moderne samboerskapet i Norge*, Doktoravhandling forsvart ved Det samfunnsvitenskapelige fakultet nr. 228, Oslo: Universitetet i Oslo, 2010, s. 245.

27 Lødrup, Peter og Tone Sverdrup, *Familieretten*, 8. utg., Oslo: P. Lødrup og T. Sverdrup, 2016, s. 42–44, som igjen viser til Arnholm, Carl Jacob og Peter Lødrup, *Familieretten*, 2. utgave, Oslo: Tano Aschehoug, 1987, s. 10. Se også SOU 1972: 41, *Familj och äktenskap 1 betänkande* [Sverige], s. 62–82.

Foreldreskap. Det å utforme rettsregler og skape en familiepolitikk som «støtter et godt og varig foreldreskap, samt forebygger samlivsbrudd» er omforent nasjonal politikk.²⁸ De fleste vil uansett politisk retning være enige i at det er godt med et fang å sitte på, en hånd å holde i, en heiagjeng på fotballkamp og noen å dele fredags tacoen med, og slike tjenester er det familien – basert på stabile parforhold – som leverer. Stabile parforhold²⁹ gir mulighet til arbeidsdeling, omsorg og forsørgelse. Oppslutningen om familien er og har vært stabil frem til i dag til tross for betydelige endringer både i samfunnet og synet på hva familien er.³⁰ En slik omforent holdning over tid gjør det relevant å reise spørsmål om hvilke familieformuerettslige regler som er egnet til å «støtte[r] et godt og varig foreldreskap, samt forebygger samlivsbrudd», jf. over.

Samlet sett har slike samfunnsmessige endringer gitt grunn til å gjennomføre nærmere empiriske undersøkelser, se 2.4.³¹

1.2.4 Betingede økonomiske disposisjoner. Behovet for korreksjon i et personlig og økonomisk interessellesskap

Likestilling og korreksjonsbehov. Et underliggende tema i denne avhandlingen er hva som begrunner egne familieformuerettslige regler mellom presumtivt likestilte og selvstendige individer. Her pekes det på to svar. *Først* pekes det på at likestillingen ikke er fullstendig. *Dernest* pekes det på at enheter som virker for et felles mål – uansett om det er i samliv eller i et konsern – ofte vil ha et incitament til å foreta disposisjoner i lys av fellesskapsinteressen. Hva gagnar oss? Formålet er å vise at selv om individene skulle være fullt ut likestilt, kan vi ikke forvente at behovet for korreksjonsmekanismer forsvinner. Så lenge det er økonomisk gunstig å nyttemaksimere

28 Meld. St. 24 (2015–2016) *Familien – ansvar, frihet og valgmuligheter* s. 15.

29 «Stabile parforhold» brukes her om parforhold som er varige over tid, og som gjerne, men ikke nødvendigvis, er livsvarige.

30 Meld. St. 24 (2015–2016) s. 15 med videre henvisninger til St.meld. nr. 117 (1972–1973) *Barnefamiliens levekår*, St.meld. nr. 50 (1984–1985) *Om familiepolitikken*, St.meld. nr. 29 (2002–2003) *Om familien – forpliktende samliv og foreldreskap*.

31 En slik kvantitativ, representativ undersøkelse er først og fremst egnet til å avdekke de større trekkene ved samfunnet. Materialet gir ikke et egnet grunnlag for å analysere tallmessig små gruppers behov eller preferanser. En slik undersøkelse som dette kan imidlertid vise seg som en nyttig referanse for mulige senere undersøkelser rettet direkte mot enkeltgrupper som ikke lett fanges om av en slik landsrepresentativ undersøkelse.

på vegne av paret underveis i samlivet, er det grunn til å forvente at behovet for korreksjon etter endt samliv vil bestå.³²

Ingen fullstendig likestilling. Norske kvinner og menn er blant verdens mest likestilte.³³ Norsk likestillingshistorie er fascinerende lesning.³⁴ Det eksisterer likevel ingen fullstendig likestilling i det norske samfunnet. Fortsatt innretter kvinner og menn seg tradisjonelt, og fortsatt har dette betydning for formue og deling.

Betydningen av disposisjoner betinget av et fellesskap. I et samliv treffer ektefeller og samboere økonomiske disposisjoner som direkte eller indirekte er *betinget* av samlivet. Boliginvesteringen foretas ikke der markedsveksten er størst, men der familien har behov for å bo. Den ene selger sin leilighet og bruker overskuddet til oppussing av den andres enebolig fordi paret venter barn. Bilkjøpet er tilpasset familiens samlede behov for transporttjenester og ikke individets behov for å leve ut sin autofili. Arbeidstilknytningen velges på bakgrunn av parets behov for å dekke sine utgifter eller for å få tid til å utføre ulønnede oppgaver mv. Dette innebærer at fullt ut selvstendige og likestilte ektefeller og samboere i et samliv må forventes å foreta betingede disposisjoner som er en følge av at individet er en del av et personlig og økonomisk interessefellesskap.

Særlig to forhold initierer betingede disposisjoner. Ikke bare parter i et samliv, men også foretak treffer avhengige eller betingende disposisjoner. Håndverksbedrifter tilpasser sine priser eller deler markedet stilltiende mellom seg. Selskapene innenfor et konsern sørger for å forskyve inntekter eller gjeld etter det som er lønnsomt for konsernet heller enn for det enkelte selskapet. Riktignok begrenses aktørenes frihet her gjennom blant annet konkurranseretten, selskapsretten og skatteretten. Til tross for at lovgivningens skranker for slik tilpasning bare gjelder mellom foretak, kan erfaringen fra disse rettsområdene tilsi at det særlig er to forhold som ser ut til å skape grobunn for slike avhengige økonomiske disposisjoner mellom foretak. Partene kan ha en *felles interesse* som begrunner disposisjonen; de er kjent med den felles interessen og tilpasser seg den. En slik tilpasning er egnet til å gi fordeler for rettssubjektet direkte eller for den felles interessen rettssubjektene deler. En felles

32 En tilsvarende tendens til å tilpasse seg det som er økonomisk lønnsomt, finner man mellom foretak. I mange tilfeller vil konkurranserettslige regler korrigere slik «nyttmaksimering» for å sikre et bedre fungerende marked.

33 World Economic Forum. (2016) *The Global Gender Gap Report* (2016), http://www3.weforum.org/docs/GGGR16/WEF_Global_Gender_Gap_Report_2016.pdf [Sitert 13. november 2018].

34 Danielsen, Hilde, Eirinn Larsen, Ingeborg Winderen Owesen, *Norsk likestillingshistorie 1814–2013*, Bergen: Fagbokforlaget, 2013.

interesse som incitament til økonomisk tilpasning fremstår som relevant også for parter i et samliv.

Dernest viser særlig konkurranseretten at misbruk av en *dominerende stilling* kan føre til avhengige disposisjoner.³⁵ Et foretak med en dominerende stilling vil kunne fastsette urimelige forretningsvilkår som øvrige (mindre dominerende) foretak må innrette seg etter. En leverandør er for eksempel monopolist eller har en betydelig markedsandel i et nærmere definert marked.³⁶ Om vi trekker en familieformuerettslig parallell, kan eneeieren av boligen ha en tilsvarende «dominerende stilling» i den forstand at hun eller han kan tillate eller avvise et ønske om å kjøpe seg inn i boligen.

Ulike korreksjonsmekanismer. Både for foretak og for personer i samliv reguleres konsekvensene av betingede disposisjoner og dominerende atferd. Korreksjonsmekanismene er forskjellige. Mellom foretak er slike handlinger regelmessig forbudt. På familierettsområdet er slike handlinger stort sett³⁷ tillatt, ofte forventet og ikke sjelden økonomisk nødvendig. Finansinstitusjonen vil for eksempel kreve at begge parter skal være ansvarlig for lån som tas opp underveis i samlivet.

Et analytisk grep. Det er åpenbare forskjeller mellom parter i et samliv og foretak i et marked. Det analytiske formålet med å etablere denne parallellen er imidlertid å bringe diskusjonen over i et mer økonomisk spor. Det legges til grunn at det å nyttemaksimere som en større enhet er økonomisk rasjonelt basert på forventningen om et fortsatt samliv.

Når paret nyttemaksimerer som en enhet, kan imidlertid eierforhold eller andre fordeler eller ulemper bli skjevt fordelt.³⁸ Slike effekter begrunner korreksjon både for foretak og individer. Formålet med korreksjon er i begge tilfeller å «tilbakestille» effektene av de betingede handlingene slik at hver enhet får sin rettmessige andel ved endt samliv.

Analysen av slike korreksjonsregler utgjør kjernen av denne avhandlingen.

35 En dominerende stilling i markedet vil si at en aktør har en faktisk økonomisk posisjon som gjør at aktøren kan diktere betingelsene i markedet.

36 Det er ikke forbudt å ha en dominerende stilling i markedet, men utilbørlig utnyttelse av en dominerende stilling er forbudt, jf. konkurranseloven § 11, jf. § 29.

37 Med enkelte forbehold for kreditorvern, jf. ekteskapsloven kapittel 10 og lov 8. juni 1984 om fordringshaverens dekningsrett (dekningsloven) kapittel 5.

38 Sml. CEDAW/C/CO/29 (2013) avsnitt 45.

1.3 Struktur og avgrensning

1.3.1 Struktur. Avhandlingens innhold

Avhandlingen er delt i fire deler. I del I er de kapitlene som skal gi en ramme for avhandlingen, plassert. Det gjelder kapittel 1, som behandler avhandlingens tema og forskningsspørsmål, avhandlingens perspektiv, begrunnelse og en oversikt over avhandlingens struktur og avgrensning. I tillegg gis en rettshistorisk ramme for arbeidet. Kapittel 2 handler om ulike juridiske metodespørsmål. I kapittel 3 gjøres det rede for metodespørsmål knyttet til undersøkelsen Leve-dele2016.

I del II gjøres det særlig rede for rettslige og samfunnsmessige forhold som belyser ekteskap og samboerskap i dag. I denne delen omhandles samliv som enheter for forbruk og investering.

Del III er avhandlingens hoveddel og behandler spørsmål knyttet til det økonomiske oppgjøret etter endt samliv.

I del IV presenteres de ulike endringsforslagene samlet i kapittel 13 samtidig som forskningsspørsmålet forsøkes besvart på et overordnet nivå i Sluttord.

Avhandlingens lange, materielle hovedkapitler befinner seg i kapittel 7 (ervert av eiendomsrett gjennom indirekte bidrag), kapittel 9 (skjevdeling), kapittel 10 (vederlag) og kapittel 11 (samboere). Disse kapitlene er bygd opp i det vesentlige på samme måte. Hvert kapittel innledes med en introduksjon og oversikt i punkt x.1, deretter presenteres de empiriske funnene hovedsakelig i punkt x.2. En oversikt over relevante menneskerettslige regler følger i punkt x.3, deretter ett eller flere underkapitler med analyser de lege lata, før to av kapitlene (9.7 og 11.6) inkluderer komparative vurderinger. Til slutt samles trådene i en avsluttende normativ vurdering i kapitlenes siste punkt.

En detalj kan nevnes til slutt. I denne avhandlingen er det mange tall. For å lette lesbarheten særlig i de delene av avhandlingen der tall forekommer ofte, har jeg valgt å skrive alle tall med siffer istedenfor bokstaver. Det er ofte behov for at leseren sammenlikner tall, og da er det lettere å få øye på de tallene som hører sammen om de er fremstilt på samme måte, og da med siffer også ved lave tall. Istedenfor «tre, 14 og 21» vil jeg da skrive «3, 14 og 21» for å lette sammenlikningene.

1.3.2 Tematisk avgrensning

I avhandlingen behandles regler som i vesentlig grad er egnet til å fastsette delingsmåten og korreksjon av denne ved endt samliv. Dette er en bred tilnærming som belyses fra fire innfallsvinkler (dogmatisk, empirisk, menneskerettslig og normativ). Empiriske funn og menneskerettslige vurderinger har vært sterkt medvirkende til

den valgte avgrensningen i den forstand at kjernen av avhandlingen dreier seg om spørsmål der disse innfallsvinklene samlet er egnet til å belyse tradisjonelt nasjonale rettsspørsmål.

Jeg har for det første avgrenset mot de *sammensatte skiftene og lengstlevendes stilling*. Det er derved bare det økonomiske oppgjøret etter samlivsbrudd som behandles.

For ektefeller har jeg avgrenset til de tilfellene der ektefellene fullt ut eller delvis har felleseie. Det økonomiske oppgjøret ved fullstendig *særeie* holdes utenfor. Dette er dels begrunnet i at det er deling av felleseie som blant annet i lys av skjevelingsregelen særlig har skapt korreksjonsutfordringer. Og dels viser de empiriske funnene at ektefellegruppen som har fullstendig *særeie*, er så vidt liten (2 prosent) at den er lite egnet for mer omfattende analyser basert på det empiriske materialet. Det avgrenses også mot *prosessuell* familierett; det er de materielle reglene som behandles. Dette innebærer for eksempel at det også er avgrenset mot behandling av EMK artikkel 6 til tross for at denne bestemmelsen synes praktisk på dette rettsområdet.³⁹

Det avgrenses med enkelte unntak, jf. kapitlene 9, 10 og 13, også mot en mer omfattende behandling av relasjonen mellom *kreditor og den enkelte samlivspart samt relasjonen mellom kreditor og pareten*.

Det avgrenses her mot deling av pensjons- og forsikringsrettigheter. En behandling ville hatt karakter av nybrottsarbeid, men må av hensyn til tid og plass utstå til en annen gang.

De menneskerettslige vurderingene er først og fremst rettet mot EMK artikkel 14, jf. artikkel 8 og P1-1, KDK særlig artikkel 16 og BK særlig artikkel 3. Avgrensningen er begrunnet med at disse forpliktelsene er særlig relevante når familieformuerettens delings- og korreksjonsregler skal behandles. Kjernen av disse forpliktelsene er også nedfelt i Grunnloven. De verdiene bestemmelsene er bærere av, må derfor sies å ha et særlig sterkt vern i norsk rett.⁴⁰

Øvrige avgrensninger foretas underveis i avhandlingen.

39 Ufr 1999.495 ØLK om saksbehandlingstiden i et dødsbo.

40 Dette gjelder her særlig forbudet mot usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling Grunnloven § 98. Denne forpliktelsen er langt på vei en parallell til diskrimineringsforbudet i EMK artikkel 14 og beslektet med Konvensjon om å avskaffe alle former for diskriminering mot kvinner, New York 18. desember 1979 (KDK) artikkel 16. Det gjelder også retten til respekt for sitt privatliv og familieliv i Grunnloven § 102, som langt på vei har en parallell i EMK artikkel 8. Også barnets rett til å bli hørt og få sitt beste vurdert som et grunnleggende hensyn, jf. FNs konvensjon om barnets rettigheter, New York 20. november 1989 (BK) artikkel 3 og 12, har fått grunnlovvern gjennom Grunnloven § 104. Disse grunnlovsbestemmelsene skal tolkes i lys av de aktuelle menneskerettsbestemmelsene.

1.3.3 Terminologi

I dette punktet gjøres det rede for deler av avhandlingens terminologi. Øvrige betegnelser og begreper er ved behov søkt definert eller presisert der de opptrer først.

Analyse. Intern og ekstern. I avhandlingen analyseres rettsreglene blant annet basert på interne og eksterne analyser. Med betegnelsen *intern analyse* siktes det til en analyse rettet mot reglene selv. Det er da reglenes nærmere innhold, reglenes innbyrdes konsistens mv. som analyseres. En analyse av rettskildene for å komme frem til gjeldende rett er en form for intern analyse. Med betegnelsen *ekstern analyse* rettes oppmerksomheten mot reglenes eksterne virkninger i samfunnet.

Humankapital. Betegnelsen humankapital brukes for å beskrive den totale og overlappende mengden kvalifikasjoner, ferdigheter, kompetanse og kunnskap en yrkesutøver har. I et samliv vil partene ha ulik mulighet til å utvikle sin humankapital basert på fordelingen av oppgaver mellom partene.

*Law in books. Law in action.*⁴¹ Med den engelske betegnelsen «law in book» siktes det her til gjeldende rett, jf. 2.2.2. Med betegnelsen «law in action» siktes det til hvordan rettsreglene er anvendt i samfunnet. Istedenfor å finne retten gjennom en analyse av rettskildene finner man den gjennom en analyse av institusjoners (her: særlig lagmannsrettenes) og personers atferd. Analysen rettes her særlig mot lagmannsrettenes rettspraksis på den ene siden og borgerne som anvendere av retten. Dette siste er belyst gjennom Leve-dele2016-undersøkelsen.

Leve-dele2016-undersøkelsen. Kortnavn på min empiriske spørreundersøkelse gjennomført våren 2016, jf. kapittel 3. Ofte brukes det enda kortere alternativet «Leve-dele2016».

Realverdivekst. Med denne betegnelsen siktes det til den markedsskapte verdiveksten for fast eiendom som overstiger den alminnelige prisveksten. Motstykket er realverdifall.

Rettslig empirisk forskning. Betegnelsen er oversatt fra engelsk.⁴² Det benyttes som en betegnelse på juridisk forskning som tar i bruk ulike samfunnsfaglige metoder for forskningsdesign, innsamling av ulike former for empiriske data og analyse av dette materialet mv.

41 Denne betegnelsen har vært i bruk siden Roscoe Pound skrev artikkelen «Law in Books and Law in Action» for mer enn 100 år siden, og der forskjellen forklares gjennom en fortelling om Tom Sawyer og Huckleberry Finn. Jf. Pound, Roscoe, «Law in Books and Law in Action», *American Law Review* nr. 1 volum 44 (1911), s. 12–36.

42 Cane, Peter og Herbert M. Kritzer, *The Oxford handbook of empirical legal research*, Oxford: Oxford University Press, 2010.