John Asland

Uskifte

GYLDENDAL
AKADEMISK

JOHN ASLAND

USKIFTE

© Gyldendal Norsk Forlag AS 2008
1. utgave, 1. opplag 2008

ISBN 978-82-05-47221-1

Omslagsdesign: Gyldendal Akademis
Sats: Supernova
Brødtekst: Minion 10,5/15 pkt

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.

Boken er tilegnet min far, Geir Asland.
Hans brå og alt for tidlige død, da jeg var midt i jusstudiet,
gjorde meg tidlig oppmerksom på betydningen av å ha
en balansert og tidsmessig arvelovgivning.

Forord

Boken *Uskifte* er, med enkelte små justeringer, identisk med avhandlingsmanuskriptet med samme tittel. Avhandlingen ble innlevert til bedømmelse 31. mars 2008, og er senere funnet verdig til å forsvares for den juridiske doktorgrad. Avhandlingen har blitt til under min tid som universitetsstipendiat ved Institutt for privatrett ved Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo.

Selv om avhandlingsskriving på mange måter er et ensomt arbeid, er det allikevel mange som har bidratt til at prosjektet ble gjennomført. Jeg vil først og fremst rette en kollektiv takk til alle på instituttet for inspirerende samtaler og et godt arbeidsmiljø. Av enkeltpersoner vil jeg særlig fremheve kontorsjef Eva Modvar, som alltid gjør sitt ytterste for å lette stipendiatenes hverdag, og dessuten har en åpen dør når man trenger å lufte små eller store problemer. Videre vil jeg takke professor Viggo Hagstrøm, som var den som først oppmuntret meg til å gi meg i kast med juridisk forskning. Jeg vil også takke min veileder, professor Tone Sverdrup, som har vært den beste veileder man kan ha. Hun har stilt strenge krav til min juridiske argumentasjon, men har samtidig hatt stor tro på meg og mitt prosjekt. Dessuten gir hun alltid raske og kloke tilbakemeldinger. Jeg har alltid følt meg oppløftet og inspirert etter våre samtaler!

I skriveprosessen har jeg også hatt stor glede av diskusjoner med amanuensis Peter Hambro, som også har gjennomlest manus og kommet med gode innspill. Under avhandlingsarbeidet har jeg også hatt tallrike henvendelser og samtaler med advokater, som jeg håper har gjort avhandlingens forbindelseslinjer til det praktiske rettsliv sterkere. Ellers vil jeg rette en stor takk til Oslo skifterett og byskriverembete, ved seksjonssjef Merethe Halvorsen, som velvillig har stilt sine arkiver til min disposisjon.

I sluttfasen har jeg hatt god hjelp av konsulent Sigrid Christensen, som har lest korrektur og utarbeidet registre for meg. I forbindelse med bokutgivelsen har jeg hatt et utmerket samarbeid med redaksjonskonsulent Wegard Kyoo Bergli og redaktørene Hans Andreas Tvedt og Vibeke Wingerei. Jeg sender dem min beste takk!

Jeg vil også rette en stor takk til bedømmelseskomiteen, professor Peter Lødrup (Oslo), professor Irene Nørgaard (Århus) og docent Anna Singer (Uppsala) som samvittighetsfullt har tatt på seg det tidkrevende arbeidet med å vurdere avhandlingen for den juridiske doktorgrad. Bedømmelseskomiteen er også deltakere i det nordiske familie- og arverettsnettverket, som jeg har hatt gleden av å være en del av i stipendiatperioden.

Den største takken vil jeg rette til min familie. Jessica og Samuel har, særlig i sluttfasen, stått ut med en frustrert og lite hjemmeværende livsledsager og far. Deres tålmodighet og støtte har vært en nødvendig forutsetning for at denne boken kunne se dagens lys.

Oslo, 26. august 2008
John Asland

Innhold

KAPITTEL 1 INNLEDNING 17

1.1 Avgrensing av tema, rettskildebilde og rettskildebruk 17
1.2 Persongalleriet og begrepsbruken i avhandlingen 22
1.3 Uskifteinstituttets utvikling, begrunnelse og identitet 24
1.3.1 Innledning 24
1.3.2 Utviklingen historisk av uskifte og ektefellens arverettslige stilling .. 26
1.3.2.1 Generelt 26
1.3.2.2 Tiden før Magnus Lagabøtes lovbøker 27
1.3.2.2.1 Legalarv og formuesordninger 27
1.3.2.2.2 Testasjons- og gavefrihet 29
1.3.2.3 Fra Magnus Lagabøtes lovbøker til Christian Vs Norske Lov . 30
1.3.2.3.1 Legalarv og formuesordninger 30
1.3.2.3.2 Testasjons- og gavefrihet – avtalt uskifte 34
1.3.2.4 Christian Vs Norske Lov av 1687 38
1.3.2.4.1 Legalarv og formuesordninger 38
1.3.2.4.2 Uskifte, bebrevelser, gaver og testamenter 41
1.3.2.5 Uskifteloven av 1851 og arveloven av 1854 46
1.3.2.6 Uskifteloven av 1927 53
1.3.2.7 Arveloven av 1972 55
1.3.3 Uskifteinstituttets begrunnelse og berettigelse 57
1.3.3.1 Innledning 57
1.3.3.2 Avveiningen av gjenlevendes og arvingenes behov 58
1.3.3.3 Arvingene må ha en kompensasjon for utsettelsen av arven . 61
1.3.3.4 Gjensidig forsørgelsesplikt som begrunnelse for arverett og uskifterett 62
1.3.4 Uskifteinstituttets rettslige identitet 64
1.3.4.1 Innledning – problemstillinger 64
1.3.4.2 Nærmere om den rettslige klassifiseringen 66

KAPITTEL 2 VILKÅR FOR USKIFTE 80
2.1 Innledning 80
2.2 Generelle vilkår for uskifte 80
2.2.1 Den uskifteberettigede må være gjenlevende ektefelle 80
2.2.2 Gjenlevende ektefelle må ha uskifteretten i behold 83
2.2.3 Førstavdøde må etterlate seg arveberettigede legalarvinger 89
2.2.4 Begrensninger av hensyn til førstavdødes kreditorer 90
2.2.5 Begrensninger av hensyn til arveutsikten 92
2.2.6 Begrensninger av hensyn til gjenlevendes opptreden 94
2.2.7 Begrensninger når gjenlevende er umyndiggjort 97
2.2.8 Begrensninger når gjenlevende er umyndig 99
2.2.9 Er uskiftemelding etter § 14 et vilkår? 100
2.3 Samtykke fra arvingene som vilkår for uskifte 105
2.3.1 Samtykkesituasjonene og kompetent samtykkesubjekt 105
2.3.2 Samtykkets rettslige karakteristika 107
2.3.3 Arvingenes motiv for å samtykke til uskifte 109
2.3.4 Kan samtykke til uskifte gis før førstavdødes bortgang? 113
2.3.5 Stilles det formkrav til samtykket? 122
2.3.6 Er samtykke til uskifte underlagt avtalelovens regler? 124
2.3.7 Når er den samtykkende arving endelig bundet av samtykket? 126
2.3.8 Blir gjenlevende forpliktet til uskifte ved samtykket? 129
2.3.9 Må samtykke som benyttes utnyttes fullt ut? 131
2.4 Betingelser for samtykket 133
2.4.1 Generelt 133
2.4.2 Tvil om betingelser foreligger – innfortolkning av betingelser 135
2.4.3 Grenser for hvilke vilkår som kan settes eller innfortolkes 142
2.5 Samtykke fra andre enn arvingene som vilkår for uskifte 144
2.5.1 Overformynderiets samtykke når særlivsarving er umyndig 144
2.5.2 Tingrettens samtykke når særlivsarving er under konkursbehandling 145

KAPITTEL 3 HVA INNGÅR I USKIFTEBOET? 148
3.1 Generelt 148
3.2 Nærmere om felleseie 148
3.3 Nærmere om gjenlevende ektefelles særeie 151
3.3.1 Gjenlevendes særeie i uskifte med førstavdødes felleseie 151
3.3.2 Gjenlevendes særeie i uskifte med førstavdødes særeie 153
3.4 Beregnes minstearv ved delvis skifte av uskifteboet? 154
3.5 Særlig om erverv ved arv, gaver og lignende i uskifteperioden 156
3.6 Skjæringstidspunktet for erverv når uskiftet opphører 159
3.7 Eiendeler som ikke tilhører gjenlevende eller uskifteboet 160
3.8 Gjenlevende ektefelles ansvar for avdødes forpliktelser 161

KAPITTEL 4 RÅDIGHETEN UNDER USKIFTET 164
4.1 Innledning – utgangspunkt, avgrensinger og hensyn 164
4.2 Historikk og rettskildebilde 167
4.3 Lovens begrensninger i adgangen til å gi gaver under uskifte 170
4.3.1 Innledning 170
4.3.2 Generelt om gavebegrepet i al. § 19 171
4.3.3 Vederlagsfri formuesforskyvning 173
4.3.3.1 Generelt 173
4.3.3.2 Fortidig og etterfølgende vederlag – vederlagets karakter .. 174
4.3.3.3 Avkortning som defensiv beføyelse mot omstøtelse 178
4.3.3.4 Kan avkall eller unnlatelse av å følge opp egne krav anses som gave? 181
4.3.3.5 Rentefrie lån, lån til bruk og innrømmelse av inntektsnytelser 182
4.3.3.6 Kausjon og annen sikkerhetsstillelse 184
4.3.3.7 Kan begunstigelse ved forsikring anses som omstøtelig gave? 189
4.3.4 Gavehensikt 193
4.3.5 Vilkårene fast eiendom eller i misforhold til formuen i boet 197
4.3.5.1 Generelt 197
4.3.5.2 Nærmere om gaver som står i misforhold til formuen i boet 198
4.3.5.3 Kumulasjon av gaver 207
4.3.5.4 Identifikasjon av gavemottagere 209
4.3.5.5 Tidspunktet for beregning av gavens og boets størrelse 210
4.3.5.6 Nærmere om gavesalg av fast eiendom 211
4.3.6 Nærmere om kravet til god tro 219
4.3.6.1 Generelt om kravet til aktsom god tro 219
4.3.6.2 Hvilke forhold må den gode tro omfatte? 220
4.3.6.3 Når må den gode tro foreligge? 221
4.3.6.4 I hvilken grad påligger det gavemottageren undersøkelsesplikt? 222
4.3.6.5 Kan man legge vekt på gavemottagers subjektive egenskaper? 226
4.3.6.6 Betydningen av rettsvillfarelse hos gavemottageren 230
4.3.7 Omstøtelse av ulovlige disposisjoner 232
4.3.7.1 Innledning 232
4.3.7.2 Hva er gjenstand for omstøtelse etter al. § 19 – omstøtelsesoppgjøret 233
4.3.7.3 Hvem er rette saksøker i omstøtelsessøksmål? 237
4.3.7.4 Hvem er rette saksøkte i omstøtelsessøksmål? 239
4.3.7.5 Søksmålsfristene i al. § 19 243
4.4 Lovens begrensninger i adgangen til å gi arveoppgjør under uskifte 252
4.4.1 Generelt 252
4.4.2 Hvem er arving i relasjon til al. § 21? 256
4.4.3 Hva menes med arveoppgjør i al. § 21? 260
4.4.4 Forholdet mellom al. § 19 og bestemmelsen om delvis oppgjør i al. § 21 263

4.4.5 Forholdet mellom al. § 21 og avkortningsreglene i al. § 38 flg. 265
4.4.6 Medarvingenes krav på tilsvarende oppgjør ved delvise arveoppgjør 267
4.5 Gjelder det et ulovfestet lojalitetskrav ved uskifte? 270
4.6 Individuelt bestemte begrensninger i rådigheten under uskifte 275
4.6.1 Generelt 275
4.6.2 Rådighetsbegrensningenes grunnlag – avtale, testament, ektepakt? 275
4.6.3 Rådighetsbegrensninger over fast eiendom 280
4.6.3.1 Generelt 280
4.6.3.2 Hvilke rådighetsbegrensninger er aktuelle 282
4.6.3.3 Hvilke eiendommer omfattes av rådighetsbegrensningene . 285
4.6.4 Rådighetsbegrensninger over annet enn fast eiendom 289
4.6.5 Kan arvingene påhefte beslagsforbud på boet? 290
4.6.6 Påvirkes lovens rådighetsregler av samtykke og avtalte vilkår? 291
4.6.7 Sanksjoner ved overskridelse av avtalte rådighetsbegrensninger ... 294
4.7 Rådigheten ved dødsdisposisjoner 296
4.7.1 Generelt 296
4.7.2 Gjelder begrensningene for livsdisposisjoner også dødsdisposisjoner? 298
4.7.3 Rådigheten ved dødsdisposisjoner når det er satt betingelser 300
4.7.4 Konsekvensene av testasjoner i strid med rådighetsbegrensningene 301
4.8 Arvingenes innsynsrett i gjenlevendes og uskifteboets økonomi 303
4.8.1 Innsyn i uskiftebegjæring og formuesoppgave etter al. § 14 303
4.8.2 Om innsynsrett for øvrig 306

KAPITTEL 5 OPPHØR AV USKIFTET 310

5.1 Innledning 310
5.2 Gjenlevende kan i utgangspunktet kreve skifte når som helst 312
5.2.1 Innledning 312
5.2.2 Skiftekompetansen når gjenlevende mangler rettslig handleevne .. 312
5.2.3 Kan skiftebegjæringen fremsettes av lengstlevende på dødsleiet? .. 319
5.2.4 Kan skiftebegjæringen trekkes tilbake og uskiftet fortsette? 320
5.2.5 Kan gjenlevende ektefelle fraskrive seg retten til å kreve skifte? 322
5.3 Arvingenes lovfestede rett til å kreve skifte 323
5.3.1 Innledning – ulike typer opphørsregler 323
5.3.2 Kan skifte i medhold av al. § 11 kreves etter at uskiftet er etablert? . 325
5.3.3 Skifte når gjenlevende gir arveoppgjør til enkeltarving – al. § 21 ... 326
5.3.4 Bortfall av uskifteretten ved gjengifte – al. § 23 første ledd 330
5.3.5 Skifte når gjenlevende blir umyndiggjort – al. § 23 annet ledd 332
5.3.6 Skifte ved forsømt oppfostringsplikt – al. § 24 annet ledd 336
5.3.7 Skifte ved vanskjøtsel av uskifteboet – al. § 24 annet ledd 344
5.3.7.1 Innledning – generelle merknader 344
5.3.7.2 Det må være utvist utilbørlig atferd 349
5.3.7.3 Konsekvensene av den utilbørlige atferden 364
5.3.7.4 En samlet helhetsvurdering 369

5.3.8 Skifte når særlivsarving blir myndig eller dør – al. § 24 tredje ledd .. 377
5.3.8.1 Skifte når særlivsarving blir myndig 377
5.3.8.2 Skifte når umyndig særlivsarving dør 382
5.3.9 Forbigått særkullsbarns rett til å bestride uskifteretten 384
5.4 Opphørsgrunnen er regulert i samtykkeavtalen 386
5.5 Opphør eller lemping etter avtalerettslige regler 391

KAPITTEL 6 SKIFTEOPPGJØRET 410
6.1 Generelt 410
6.2 Uskifteboet består av kun felleseiemidler 413
6.2.1 Skifte etter lengstlevendes død – al. § 26 første ledd første punktum 413
6.2.2 Oppgjør mens lengstlevende lever – al. § 26 første ledd annet punktum 415
6.2.2.1 Generelt 415
6.2.2.2 Skjæringstidspunktet for livstidsskifte 416
6.2.2.3 Særlige delingsregler ved sammensatt skifte 417
6.2.2.4 Hvilket grunnbeløp skal minstearven beregnes av ved livstidsskifte? 427
6.3 Uskifteboet består helt eller delvis av særeiemidler 430
6.3.1 Utgangspunkt: Deling etter verdiforholdene da uskifte ble etablert . 430
6.3.2 Særskilt om delingsnormen ved delvis særeie 435
6.3.3 Hva kan fastsettes om delingen i ektepakt? 436
6.3.4 Hva kan fastsettes om delingen i testament eller gaveløfte? 440
6.3.5 Hva kan avtales om delingen med skifteberettigede arvinger? 441
6.4 Skiftet når det er samtykket til fortsatt uskifte etter gjengifte 445
6.5 Betydningen av tidligere deloppgjør før det endelige oppgjøret 455
6.6 Vederlagskrav etter al. § 27 462
6.6.1 Generelt 462
6.6.2 Vederlag på grunn av utilbørlig atferd 466
6.6.3 Vederlag på grunn av tapping av uskifteboet til egen fordel 469

KAPITTEL 7 USKIFTE FOR SAMBOERE 471
7.1 Innledning 471
7.1.1 Samboeres arverettslige stilling i dag 472
7.1.2 Utbredelsen av samboerskap aktualiserer ny lovgivning 476
7.1.3 Prosessen frem mot arverett og rett til uskifte for samboere 480
7.1.4 Samboerbegrepet 484
7.1.5 Legalarverett for samboere 491
7.1.5.1 Begrunnelsen for legalarveretten, vilkårene og arverettens omfang 491
7.1.5.2 Avgrensing av legalarveretten ved testament – snudd testamentsbyrde 495
7.1.5.3 Forholdet mellom legalarveretten og uskifteretten 496
7.2 Nærmere om uskifte for samboere 497
7.2.1 Utfordringer 497

7.2.2 Vilkårene for samboeruskifte 498
7.2.3 Samboeruskiftets omfang 502
7.2.3.1 Omfanget av den legale uskifteretten 502
7.2.3.2 Utvidelse av uskifteretten ved testament eller arvingenes samtykke 504
7.2.3.3 Avgrensing av uskifteretten ved testament 506
7.2.3.4 Gjeldsansvar, proklama og innsynsrett i avdødes økonomi 507
7.2.4 Særlige regler under uskifteperioden 510
7.2.4.1 Hva inngår i uskifteboet av erverv i uskifteperioden? 510
7.2.4.2 Betydningen av nytt samboerskap eller ekteskap i uskifteperioden 512
7.2.5 Skifte av samboeruskifte 516
7.2.6 Forholdet til de alminnelige uskiftereglene 518
7.3 Forholdet mellom de nye reglene og eldre samboertestamenter 519

KAPITTEL 8 DE LEGE FERENDA BETRAKTNINGER 521

8.1 Innledning 521
8.2 Når er uskifte hensiktsmessig etter dagens regler? 524
8.3 Mulige endringer innenfor uskifteordningen 528
8.3.1 Endringer til gunst for gjenlevende 528
8.3.1.1 Ubetinget rett til uskifte også med særlivsarvinger 528
8.3.1.2 Testament- eller ektepaktbasert rett til uskifte med særlivsarvinger 532
8.3.1.3 Bør uskifte være hovedregelen også hvor partene har særeie? 533
8.3.1.4 Bør det lovfestes en rett til fortsatt uskifte etter gjengifte? 536
8.3.1.5 Vederlagskrav til gjenlevende ved skifte av uskifteboet 540
8.3.1.6 Bør gjenlevende gis rett til å gi arveoppgjør til enkeltarvinger? 541
8.3.2 Endringer til gunst for de øvrige arvingene 542
8.3.2.1 Arvingene får innsyn i gjenlevendes økonomi 542
8.3.2.2 Krav om samtykke for visse rettslige disposisjoner 542
8.3.2.3 Presisering av gaveregelen i al. § 19 543
8.3.2.4 Uskifteretten begrenses i omfang 544
8.4 Alternativer til uskifteordningen 547
8.4.1 Generelt 547
8.4.2 Utvidet mulighet for arvehenstand 547
8.4.3 Bruksrettsordninger for gjenlevende ektefelle 554
8.4.4 Full arverett med sekundærarv til slekten for barnløse ektefeller 565
8.4.5 Oppheve det kvalitative pliktdelsvernet 569
8.5 Bør det gis større rom for rimelighetssensur i dødsboskifter? 571
8.6 Oppsummerende betraktninger – hvor går veien videre? 573

LITTERATUR, VEDLEGG OG REGISTRE MV. 579
Generelle forkortelser 579
Lover med forkortelser 580
Lovforarbeider med forkortelser 580
Litteraturlister med forkortelser 581
Bøker (monografier) 581
Artikler i tidsskrift og artikkelsamlinger 586
Uskifteloven av 1851 590
Lov om efterlevende Ægtefælles Adgang til at hensidde i uskiftet Bo m. V. 30. Juli 1851. 590
Uskifteloven av 1927 592
Lov om uskiftet bo 4. juli 1927 nr. 4 592
Forslag om rett til arv og uskifte for samboere 596
Kapittel III. Rett til uskifte på grunnlag av ekteskap 596
Kapittel III A. Rett til arv og uskifte på grunnlag av sambuarskap 596

RETTSAVGJØRELSER 599

LOVREGISTER 603

STIKKORD 611

KAPITTEL 1

Innledning

1.1 Avgrensing av tema, rettskildebilde og rettskildebruk

Avhandlingen behandler rettslige problemstillinger som oppstår i forbindelse med uskifte mellom gjenlevende ektefelle og førstavdødes arvinger. Uskifte er – som en foreløpig forklaring – en rett for gjenlevende ektefelle til å overta førstavdødes eiendeler uten at det skiftes med førstavdødes arvinger.[1] Uskifteretten gjelder i utgangspunktet kun eiendeler som var felleseie under ekteskapet, eller som ved ektepakt er avtalt at skal bli felleseie ved en av ektefellenes død.[2] Gjenlevende kan også sitte i uskifte med førstavdødes særeie hvis dette er hjemlet i ektepakt eller førstavdødes arvinger samtykker.[3] Uskifteretten gjelder overfor alle førstavdødes legalarvinger bortsett fra førstavdødes særkullsbarn og deres etterkommere, hvor samtykke er påkrevd, jf. lov 3. mars 1972 nr. 5 om arv m.m. (al) § 10. Uskifte enten direkte i kraft av loven eller etter arvingenes samtykke fremstår som en aktuell mulighet i de fleste tilfeller hvor ekteskap opphører ved en av ektefellenes død.

Dagens uskifteregler er utarbeidet på grunnlag av grundige forarbeider, som igjen i stor grad viderefører eldre regler fra uskiftelovene av 1851 og 1927. Teorien

1 Med formuleringen «overta», har jeg foreløpig ikke tatt stilling til eierforholdet til avdødes aktiva under uskiftet. Dette spørsmålet behandles i punkt 1.3.4.

2 Se al. § 9 første ledd og el. § 42 (3).

3 Se al. § 9 annet ledd og el. § 43.

er dessuten omfattende.[4] Allikevel er det mange uavklarte spørsmål i uskiftematerien. For det første er uskifteinstituttets rettslige identitet, med hensyn til eierforholdene, uklar. Innebærer uskifteboet et sameie mellom gjenlevende ektefelle og arvingene, blir gjenlevende ved å overta boet uskiftet eneeier av hele uskifteboet, eller er ikke gjenlevende ektefelle eier overhodet, men kun bruksrettshaver? Det er også flere uavklarte spørsmål omkring de konkrete uskifterettslige reglene. Under uskifte er gjenlevende ektefelles adgang til å gi gaver begrenset. Den nærmere avgrensningen av gavebegrepet i al. § 19 er imidlertid uklar. Hittil er heller ikke forholdet mellom gaver gitt under uskifte og arvelovens regler om arveforskudd drøftet i tilstrekkelig grad. Videre er bestemmelsen om arvingenes adgang til å kreve skifte ved gjenlevende ektefelles misbruk av uskifteboet, en bestemmelse som i norsk arverettsteori har fått en noe stemoderlig behandling. Det gjenstår også mange uavklarte spørsmål rundt reglene om skifte av uskifteboet, både mens lengstlevende fortsatt lever og etter hennes død. For eksempel er forholdet til ekteskapslovens bestemmelser om sammensatt skifte hittil viet liten plass i litteraturen. Det samme gjelder adgangen til å avtale avvikende skifteoppgjør fra lovens normalordning.

Når uskifteretten hviler på arvingenes samtykke, oppstår også flere særegne problemer, hvorav mange ikke har fått noen endelig løsning: Hvilke vilkår kan oppstilles for å samtykke til uskifte, i hvilket omfang er det samtykkebaserte uskiftet underlagt arvelovens og avtalelovens regler etc.[5] Avtaler mellom arvingene og gjenlevende avviker på enkelte punkter fra mer tradisjonelle formuesrettslige avtaler. Uskifteavtalene har i liten grad blitt undergitt rettsvitenskapelig analyse. Jeg ser

---

4 Generelle fremstillinger av dagens arvelov er: Carl Jacob Arnholm, *Arveretten*, Oslo 1974; Inge Unneberg, *Arveretten*, Oslo 1990; Peter E. Hambro, *Arveloven*, 4. utg., Oslo 2007 og Peter Lødrup, *Arverett*, 5. utg., Oslo 2008. Spesielle fremstillinger av uskifte er gitt i Arvid Martin Pedersen, *Reglene om uskiftet bo i norsk rett*, Bergen 1974 og i Peter Hambro, *Arveplanlegging og avtalt uskifte*, Oslo 2006. Av artikler om uskifte vil jeg fremheve Peter Lødrup, «Gjenlevende ektefelles råderett over det uskiftede bo», *TfR*, 1984 s. 213–253 og Inge Unneberg, «Gjenlevende ektefelles råderett over uskifteboet», *JV*, 1997 s. 212–263. Av eldre generell litteratur vil jeg nevne: Carl Jacob Arnholm, *Privatrett V*, Oslo 1971; Ragnar Knoph, *Norsk arverett*, 3. utg. (ved Erling Sandene), Oslo 1959; Hans Lütken, *Arveloven*, 2. utg., Oslo 1935 og Oscar Platou, *Norsk Arveret*, 2. udg., Christiania 1910. Av eldre fremstillinger som berører uskiftematerien bør også nevnes: Per Augdahl, *Lærebok i skifterett*, 5. utg., Oslo 1967; Francis Hagerup, *Skifte og arvebehandling*, 3. utg., (ved P. I. Paulsen), Kristiania 1923; Herman Scheel, *Om Ægtefællers Formuesforhold*, Kristiania 1892; Anton Martin Schweigaard, *Om Concurs og om Skifte og Arvebehandling*, Christiania 1871 samt Per Rygh, «Længstlevendes raadighetsret under uskifte i henhold til avtale», *Rt.*, 1918 s. 289–303.

5 Peter Hambro, *Arveplanlegging og avtalt uskifte*, Oslo 2006 drøfter mange av problemstillingene som oppstår ved samtykkebasert uskifte, selv om boken er avgrenset til uskifte med særkullsbarn.

det derfor som oppgave for avhandlingen å gå dypere inn i en del av spørsmålene som oppstår i grenselandet mellom kontraktsrett og arverett.[6]

Arveloven og dens forarbeider ble til i en tid med helt andre familiestrukturer enn i dag.[7] Tidligere var skilsmisser langt sjeldnere, og samboerskap var en nærmest ukjent samlivsform.[8] Når samfunnet og de samfunnsforhold arve- og uskifte-lovgivningen skal virke i har endret seg, er det grunn til å spørre seg om dagens regler er hensiktsmessige, og om de bygger på interesseavveininger som er representative for hva arvelatere, ektefeller og arvinger i dag mener bør være utslagsgivende for fordelingen av gifte arvelateres eiendeler? I kapittel 8 vurderer jeg både hva som kan gjøres innenfor rammene av uskifteordningen, og andre mulige innfallsvinkler på løsningen av avveiningsspørsmålene mellom arvelaters, ektefellens og slektsarvingenes interesser. I disse avveiningene trekker jeg inn løsninger og erfaringer fra land som har vurdert og revidert gjenlevende ektefelles rettsstilling i de senere år. I undersøkelsene av andre lands rettssystemer, har jeg verken hatt ambisjoner om eller mulighet til å dekke alt. Jeg har derfor konsentrert meg om land som er demografisk likeartede med Norge. Jeg tror dette er mer fruktbart enn å se på gjenlevende ektefelles stilling i de største landene på kontinentet, som har store sivillovbøker som i kraft av deres egen tyngde og systematikk har en innebygd motstandskraft mot lovrevisjoner. Jeg har dessverre heller ikke hatt anledning til å gå så dypt som jeg hadde ønsket inn i gjenlevende ektefelles stilling i angloamerikanske jurisdiksjoner. Disse jurisdiksjonene har en annen tilnærming til prioriteringen mellom arvelaters disposisjonsfrihet, ektefellens interesser og arvingenes interesser enn det som har vært vanlig i Norden og Kontinental-Europa.

---

6 Grenseflatespørsmål mellom arverett og avtalerett oppstår også i andre relasjoner enn i forhold til samtykke til uskifte. Avtaler i en arverettslig kontekst forekommer eksempelvis ved skifteavtaler, ved avkortning av arv og ved avkall eller avslag på arv. Det faller utenfor avhandlingens rammer å ta opp grenseflatespørsmål mellom arverett og avtalerett på generell basis, men jeg håper at enkelte av problemstillingene jeg drøfter i samband med samtykke til uskifte, kan ha overføringsverdi til andre grenseflatespørsmål mellom de to rettsområdene.

7 Arvelovskomiteen ble nedsatt i 1954 og avga sin innstilling i 1962. Lovarbeidet pågikk i ytterligere seks år i Justisdepartementet frem til proposisjon ble fremsatt for stortinget, Ot.prp. nr. 36 (1968–69) og Ot.prp. nr. 14 (1969–70). Arveloven ble vedtatt 3. mars 1972 med ikrafttreden 1. januar 1973.

8 For øvrig ble ikke *konkubinatparagrafen* i straffeloven, som satte straff for samboerskap som vekket offentlig forargelse, opphevet før etter at arveloven ble vedtatt (lov 21. april 1972 nr. 18). Ved lovendringen i 1972 ble også forbudet mot homofil omgang mellom menn opphevet. Selv om disse straffebudene lenge hadde vært hvilende, var deres fortsatte eksistens under arbeidet med arveloven kanskje noe av forklaringen på at regler om arve- og uskifterett for samboere generelt og for homofilt samboende spesielt, ikke ble drøftet i forarbeidene.

Uskifte slik vi kjenner det i norsk rett i dag, er et nordisk fenomen. Vi kjenner det kun fra Danmark, Island og Norge.[9] Uskifteinstituttets nordiske – eller snarere vestnordiske karakter – innebærer at jeg i liten grad benytter meg av fremmed rett i den dogmatiske fremstillingen av uskifteordningen. Som jeg vil komme tilbake til nedenfor, har uskifteordningen i Danmark, Norge og Island den samme opprinnelse. Etter at den dansk-norske unionen ble oppløst i 1814, og Island ble selvstendig i 1944, har de tre landene utarbeidet egne arvelover.[10] Selv om landene har gått skilte veger, har alle opprettholdt uskifteinstituttet, dog med enkelte forskjeller som vil belyses nærmere ved gjennomgangen av de enkelte uskiftereglene. På grunn av det felles opphav og nære slektskap mellom uskiftereglene i Danmark, Island og Norge, har det vært naturlig å benytte rettskildemateriale fra disse landene i avhandlingen. Utenlandske lover, forarbeider, rettspraksis og teori har naturlig nok ikke samme vekt som tilsvarende norske rettskilder ved løsningen av rettsspørsmål etter norsk rett. Men når reglene er utformet etter samme mønster, og bygger på de samme hensyn, vil de ha betydning hvis de kan avklare spørsmål som er uklare etter norsk rett. For nordiske rettskilder gjør også hensynet til nordisk rettsenhet seg gjeldende som et reelt hensyn. Språklige barrierer har stått i veien for å utnytte islandske rettskilder til fulle. Jeg har imidlertid hatt nytte av den islandske arveloven i engelsk oversettelse.[11] Når det gjelder dansk rett har jeg derimot hatt stor glede av både lovtekst, forarbeider, teori og rettspraksis. Dansk arverettslitteratur er omfattende,[12] men det finnes ingen monografi om uskifte. Jeg har også hatt glede av å studere forarbeidene til både dagens danske arvelov og for-

9 I svensk og finsk arverett forekommer også uttrykket «oskiftat bo». Det brukes som en allmenn betegnelse på et dødsbo som ikke er skiftet, og er altså noe annet enn vårt uskifte. I ÄBS og ÄBF 24. kapittel er det egne regler om slike bo. Ordningen med arverett med «fri förfoganderätt» i ÄBS og ÄBF 3. kapittel minner mer om vår uskifteordning.

10 I Danmark gjaldt arveforordningen av 21. mai 1845 med visse endringer frem til den ble avløst av arveloven av 31. mai 1963 (i kraft 1. april 1964) som også avløste lov 20. april 1926 om ægtefællers arveret og uskiftet bo. Dagens danske arvelov er lov nr. 515 av 6. juni 2007. Island fikk egen arvelov ved lov nr. 42 av 23. mai 1949, som ble avløst av dagens islandske arvelov – lov nr. 8 av 14. mars 1962, Erfðalög (i kraft 28. september 1962).

11 Oversettelsen er tilgjengelig på det islandske Justis- og kirkedepartementets hjemmeside. Ellers har jeg konsultert islandske jurister om enkeltspørsmål, benyttet Peter Lødrup, *Nordisk arverett*, København 2002 og har ved hjelp av ordbok også forsøkt å trenge inn i deler av Ármann Snævarr, *Erfðaréttur*, Reykjavík 1991.

12 Generelle fremstillinger av arvelovene av 1963 og 2007 er: Ernst Andersen, *Arveret*, København 1967; Finn Taksøe-Jensen, *Arveretten*, København 1986; Finn Taksøe-Jensen, *Lærebog i Arveret*, 2. udg., København 2000; Svend Danielsen, *Arveloven*, 5. udg., København 2005; Rasmus Kristian Feldthusen og Linda Nielsen, *Arveretten*, København 2007 og Irene Nørgaard, *Arveret*, 5. udg., København 2008.

løperen fra 1963.[13] Det er omfattende rettspraksis om de danske uskiftereglene, som i stor utstrekning har relevans også for norske forhold.

I tillegg til de tradisjonelle rettskildene, har jeg i en viss grad benyttet meg av empirisk materiale. Det foreligger ingen landsdekkende statistiske data over utbredelsen av uskifte. For å skaffe meg et visst innblikk i uskiftepraksis, særlig utbredelsen av samtykkebasert uskifte, har jeg gjort søk i Oslo skifterett og byskriverembetes arkiver. I arkivene med dødsfall i årene 2002 og 2003, fant jeg en del uskifteavtaler, som brukes som illustrasjonsmateriale i kapitlene 2, 4, 5 og 6.

Jeg har ikke fokusert særlig på skatte- og arveavgiftsrettslige spørsmål, internasjonalt privatrettslige spørsmål og særlige spørsmål som oppstår når det inngår næringsvirksomhet i uskifteboet. På disse tre områdene har det kommet doktorgradsarbeider i de senere år.[14] Et viktig og interessant tema i uskiftematerien som jeg heller ikke har gått dypere inn i, er forholdet mellom uskifte og gjensidige testamenter mellom ektefeller. Emnet krever at man vinkler spørsmålene både mot uskifte og mot gjensidig testament, noe som både er for tidkrevende og plasskrevende til å gjennomføres innenfor rammene av denne avhandlingen. Jeg har heller ikke gått nærmere inn på andre uskiftelignende ordninger eller ulovhjemlet «uskifte», for eksempel hvor det foretas et formelt skifte mellom arvingene, men hvor gjenlevende etter at det er skiftet tilstås bruksrett til en bolig som blir utlagt én eller flere av (de øvrige) arvingene.

I enkelte tilfeller blir arvingene enige om at gjenlevende samboer skal bli sittende med hele avdødes formue uten at det skiftes. Det forekommer også at avdøde har tilsagt gjenlevende samboer eller andre som ikke har uskifterett etter loven, «rett til uskifte» i testament. Uskiftereglene kan ikke anvendes direkte i slike tilfeller, men det er kanskje grunnlag for analogisk anvendelse av enkelte av uskiftereglene.[15] Uskifteregler med prosessrettslige eller offentligrettslige islett, som gjeldsovertakelsesregelen i al. § 20, og de særlige arveavgiftsrettslige reglene om uskiftet bo, kan

13 Bætænkning om revision af arvelovgivningen mv. Betænkning nr. 1473. Justisministeriet, København 2006 (Betænkning 2006); justitsministeriets forslag til arvelov fremsatt 6. desember 2006 (L 100); Udkast til arvelov med tilhørende bemærkninger, udarbeidet af den ved kgl resolution af 13 maj 1936 nedsatte komisjon, 1941 (Udkast 1941) og Betænkning om arvelovgivningen afgivet af den af Justitsministeriet den 24 juni 1954 nedsatte udvalg, 1961 (Betænkning 1961).

14 Frederik Zimmer, *Arv og skatt*, 2. utg., Oslo 1990; Torstein Frantzen, *Arveoppgjør ved internasjonale ekteskap*, Bergen 2002 og Johan Giertsen, *Generasjonsskifte*, Bergen 1995.

15 Sverige og Finland har bestemmelser i arvelovgivningen om tilfeller hvor arvingene enes om at det ikke skal skiftes, men at boet forvaltes av dem i fellesskap, såkalt «samlevnad i oskiftat dödsbo» (ÄBS og ÄBF 24 kap.).

neppe gis analogisk anvendelse.[16] Verken arvelater eller arvingene kan uten videre bestemme at et institutt som er utformet for ektefeller, og inneholder både materielle og prosessuelle regler, skal komme til anvendelse i tilfeller uskiftereglene ikke var ment for. For eksempel kan ikke andre enn gjenlevende ektefelle få utstedt uskifteattest. Hvor den begunstigede i testamentet ikke anses som arving i skifterettslig forstand, vil vedkommende også få problemer med å få utstedt skifteattest. At man ved testament kun tilstår samboeren en «uskifterett», kan skape tvil om man er å anse som arving i skiftelovens forstand, det kan da stilles spørsmål ved om vedkommende «inntrer i avdødes efterlatenskaper helt ut eller efter et fastsatt forhold», jf. sl. § 124 annet ledd. Hvis «uskifteretten» etter testamentet kun er en bruksrett, er det tvilsomt om bruksrettshaveren er arving i skifterettslig forstand. Uskiftelignende ordninger skaper også en del skatte- og arveavgiftsrettslige spørsmål.[17]

1.2 Persongalleriet og begrepsbruken i avhandlingen

Uttrykkene *lengstlevende ektefelle* og *gjenlevende ektefelle* er språklig sett selvforklarende, og ofte brukes de om hverandre som synonymer. Det er imidlertid en nyanseforskjell i meningsinnholdet i de to begrepene. Gjenlevende ektefelle, er et snevrere begrep enn lengstlevende ektefelle, og passer dårlig på situasjonen etter at begge ektefellene er døde. Da er ingen av ektefellene «gjenlevende». Den av ektefellene som dør sist, er imidlertid *lengstlevende* fra og med førstavdødes bortgang, og benevnelsen lengstlevende passer også når det er behov for å skille mellom ektefellene etter at begge er døde.

Arveloven ser ut til å bygge på at begrepene har forskjellig meningsinnhold. Stort sett benyttes begrepet, «attlevande ektemake». I bestemmelser som tar for seg situasjoner etter at begge ektefellene er døde, brukes imidlertid uttrykket «lengstlevande ektemake» konsekvent. Dette ser vi i al. § 22 første ledd, hvor bare de som overlever lengstlevende ektefelle tar arv i et uskiftet bo. Videre ser vi det i § 26, om skifte mellom førstavdødes og lengstlevendes arvinger, og i § 67 nr. 2 og 3, som gir tolkningsregler om fordelingen av arven etter gjensidige testamenter mellom ektefeller etter at lengstlevende er død. I bestemmelsene som tar for seg situasjonen mellom ektefellenes død, er arveloven ganske konsekvent på å bruke

16 Slik også for dansk rett Viggo Bentzon, Den danske Arveret, 3. udg., København 1931 s. 55.

17 se nærmere Einar Harboe, «Boliger og generasjonsskifter – Enkelte skatte- og arveavgiftsspørsmål», *Skatterett*, 1997 s. 125–129.

«attlevande ektemake». Vi ser det eksempelvis i al. §§ 9 til 21, § 22 annet ledd til § 24, og §§ 27 og 28. Også i al. § 58 om tilbakekall av gjensidige testamenter mellom ektefeller, hvor testamentet inneholder sekundærdisposisjoner, brukes uttrykket «attlevande ektemake». I avhandlingen vil jeg forsøke å bruke gjenlevende ektefelle hvor hun kun omtales som en levende person, og lengstlevende ektefelle i tilfeller som tar for seg situasjonen også etter at begge er døde.

For øvrig vil jeg i kortform omtale gjenlevende ektefelle som *hun*, og førstavdøde som *han*. Dette gjør jeg først og fremst av praktiske hensyn. Det er unødig tyngende for både forfatteren og leseren at det hele tiden presiseres han/hun eller han/henne.[18] Selv om nøytralformen som brukes i lovgivningen gjennomgående er *han* og ikke *hun* – og denne nøytralformen også benyttes i arveloven – lar jeg statistiske data og virkeligheten styre ordvalget. Det er unektelig fortsatt slik at i de fleste ekteskap dør mannen først, og hustruen blir sittende i uskifte.[19] Ved referat fra rettsavgjørelser, bruker jeg selvsagt den kjønnsbetegnelsen som førstavdøde og lengstlevende har i saken. I disse tilfellene bøyer jeg meg også for faktums normative kraft.

Etter partnl. § 3 har *registrering av partnerskap*, med noen få unntak, samme rettsvirkninger som inngåelse av ekteskap. Bestemmelser i lovverket som omhandler ekteskap og ektefeller, herunder reglene om uskiftet bo, gjelder tilsvarende for registrert partnerskap. Selv om jeg i avhandlingen bruker ektefelleterminologi og kortformene han og henne, vil spørsmålene jeg drøfter stort sett også gjelde for registrerte partnere av samme kjønn.[20] Når det gjelder *samboere*, er situasjonen annerledes. Som hovedregel får ikke lovbestemmelser om ektefeller anvendelse på samboere. Samboeres arverettslige stilling har tradisjonelt vært svak. I de senere årene har det skjedd en gradvis likestilling mellom gjenlevende

18 I nyere lovgivning er det imidlertid blitt vanligere å bruke den omstendelige formen han eller henne. Se f.eks. forbrukerkjøpsloven av 21. juni 2002 nr. 34. I ekteskapsloven forekommer også denne formen i enkelte bestemmelser, se for eksempel el. § 43 annet ledd og § 51.

19 Av de 14 514 ekteskapene som i 2007 ble oppløst ved død, var mannen førstavdøde i 10 071 av tilfellene og hustruen førstavdøde i 4443 av tilfellene. Dette innebar at hustruen var lengstlevende i ca. 69,4 % av tilfellene. Tallene er innhentet per e-post fra Statistisk sentralbyrå v/Tove Irene Slaastad.

20 Ved lov 27. juni 2008 nr 53 om endringer i ekteskapsloven, barnelova, adopsjonsloven, bioteknologiloven mv. (felles ekteskapslov for heterofile og homofile par), oppheves partnerskapsloven. De nye reglene trår i kraft 1. januar 2009, jf. FOR 2008-06-27 nr 745. Etter en ny el. § 95 femte ledd, skal registrerte partnere kunne fremsette begjæring til folkeregisteret om at partnerskapet skal gjelde som ekteskap, hvorpå folkeregisteret plikter å omregistrere partnerskapet til ekteskap. Både de nye likekjønnede ekteskapene og de allerede etablerte partnerskapene, vil gi rett til uskifte.

ektefeller og gjenlevende samboere. Det neste skrittet i den arverettslige oppvurderingen av ugift samliv, er at visse samboere skal gis legalarverett og rett til uskifte. Foreløpig er ikke slike regler vedtatt, men lovprosessen har kommet så langt at en avhandling om uskifte ville være ufullstendig om ikke også samboeruskifte ble behandlet. Samboeruskifte behandles nærmere i kapittel 7.[21]

Jeg bruker tidvis betegnelsene *barn* og *særkullsbarn* på livsarvingene. Da mener jeg vanligvis ikke barn i snever forstand – som barn i motsetning til voksne. Hvor overformynderiets medvirkning er nødvendig for at gjenlevende skal få sitte i uskifte (se punkt 2.5.1), brukes imidlertid ordet barn i snever forstand. Ellers brukes barn i en slektskapsmessig forstand – at man er barn av sine foreldre. Strengt tatt kunne man brukt det mer nøytrale ordet *avkom*, som ikke leder tanken så lett hen på mindreårige, slik det er gjort i al. § 1. Dette uttrykket brukes imidlertid sjeldent i juridisk teori, og etter mitt syn er det bedre at tanken ledes til mindreårige mennesker, enn at den ledes til andre deler av dyreriket, som ordet avkom lett leder til. I avhandlingen brukes ikke betegnelsen særkullsbarn i særlig grad. I de fleste situasjoner er særkullsbarn og fjernere descendenter likestilt rettslig. Arveloven bruker det noe omstendelige «særskilt livsarving» som samlebetegnelse på alle descendenter som ikke nedstammer fra begge ektefellene. Jeg vil bruke terminologien fra den nye danske arveloven, *særlivsarvinger*, om slike arvinger.[22] Denne terminologien har hittil ikke vært brukt i norske arverettsfremstillinger, men uttrykket er etter mitt syn både presist, kort og godt, og bør derfor brukes i norske teoretiske fremstillinger og i norsk lovtekst i fremtiden.[23]

1.3 Uskifteinstituttets utvikling, begrunnelse og identitet

1.3.1 Innledning

Et grunnleggende spørsmål i en avhandling om uskifte, er hva uskifteinstituttet er. For å svare på dette vil jeg først redegjøre for opprinnelsen til uskifteinstituttet. Deretter vil jeg følge utviklingen av uskifteinstituttet frem mot det rettsinstitutt vi har i dag. Det kan si noe om hvordan reglene forstås eller bør forstås i dag – og

21 Etter at avhandlingen ble innlevert, 27. juni 2008, har regjeringen fremmet odelstingsproposisjon om endringer i arveloven, Ot.prp. nr. 73 (2007–2008) Om lov om endringer i arveloven mv. (arv og uskifte for samboere).

22 Se danske arvelov (dal.) §§ 7, 11, 18 og 27.

23 Slik John Asland, «Arveplanlegging og avtalt uskifte» (anmeldelse), LoR, 2007 s. 114–123 (s. 116).

kanskje også litt om hvordan de bør utformes i fremtiden. I en slik historisk fremstilling, kan ikke uskifteretten ses alene, men må vurderes i sammenheng med gjenlevende ektefelles stilling generelt.

Arverett for ektefellen kom i nordisk rett først opp i sen tid. Dette kan skyldes at slektsarveretten sto meget sterkt i det gamle ættesamfunnet hvor retten til jorda var det viktigste aktivum.[24] Et annet aspekt som også har betydning når man ser på ektefellens arverettslige stilling i eldre tid, er at arvelovgivning i praksis kun hadde betydning i mer velstående lag av befolkningen. De fleste var nærmest eiendomsløse, og da betyr arverett og uskifterett lite. Blant de mer velstående hadde gjenlevende ofte egne midler av en viss størrelse, som var sikret henne i avtale mellom ektefellene og deres familier i forbindelse med festermålet eller ekteskapet. Når gjenlevende var sikret gjennom egne midler, var det ikke noe påtrengende behov for å kreve noe etter husbonden.[25] Videre har det nok hatt en viss betydning at vi ikke hadde noen offentlig skifteforvaltning før Christian Vs Norske Lov i 1687, og at vi først fikk en egen skiftelov i 1930. Dessuten ble det ikke innført arveavgift i Norge før i 1792.[26] Med lite eller ingen offentlig kontroll med skifteoppgjørene, forekom det nok at gjenlevende ektefelle tok seg til rette og selv avgjorde om hun ville skifte med arvingene. Det har nok også vært forholdsvis utbredt å avtale et faktisk uskifte for hele eller deler av avdødes formue mellom gjenlevende og arvingene.

Når gjenlevende ektefelles stilling i eldre tid skal vurderes, må det også tas med i betraktningen at slektens plikt til å forsørge hverandre i nød og alderdoms dager var langt større enn i dag. Foreldres plikt til å forsørge sine barn mens de var små, korresponderte med en plikt for barna til å forsørge sine foreldre når de ble gamle og skrøpelige. Forsørgelsesplikten i slekten strakk seg like langt som arveretten.[27] Hvis gjenlevende ektefelle var gammel og skrøpelig, og uten midler til å klare seg selv, måtte én eller flere av arvingene ta seg av henne. I dag er det kun reminisenser igjen av denne tankegangen i arvelovgivningen. Vi har bestemmelsen i al. § 36 annet ledd om at hjemmeværende barn som uten vederlag har gjort særlig mye for arvelateren, kan kreve å få utdelt en sum av boet forlodds dersom det er rimelig etter forhol-

24 Den nære forbindelsen mellom ætten og eiendoms- og arveretten ser man også etymologisk. Den opprinnelige betydningen av ordet ætt er nettopp eiendom. Se nærmere Hans I. Kleven, *Norrøn arverett og samfunnsstruktur*, Oslo 2001 s. 59.

25 Slik B. E. Reinhartz, «Recent Changes in the Law of Succession in the Netherlands: On the Road towards a European Law of Succession?», *Electronic Journal of Comparative Law*, may 2007 s. 2–3.

26 Forordning 12. september 1792. Se nærmere NOU 2000: 8 s. 23–26.

27 Knut Robberstad, *Rettssoga II*, Oslo 1966 s. 61.

dene. Vi har også bestemmelsen i al. § 34 første ledd, om at arvelater kan gjøre livsarving arveløs hvis arvingen har latt være å hjelpe arvelateren etter evne da arvelateren trengte det. Et slikt testament krever imidlertid stadfesting av Kongen.

Det er vanskelig å gi noen god forklaring på hva uskifte er, uten først å ha sagt noe om hvilke hensyn uskifteinstituttet skal ivareta. I arveretten har det gjennom historien vært en spenning mellom tre interesser eller hensyn som må avveies mot hverandre: Slektens (især livsarvingenes) interesse av at arvelaters formue forblir i slekten, hensynet til beskyttelse av gjenlevende ektefelle, og hensynet til arvelaters mulighet for å disponere fritt over sine etterlatenskaper. Avveiningen mellom disse hensynene har falt ulikt ut opp gjennom tidene, noe jeg vil belyse i det følgende. Uskifteordningen er også et resultat av denne avveiningen. Hvordan disse hensynene bør avveies i dag, kommer jeg tilbake til i kapittel 8.

Etter å ha sett på fremveksten av uskifteinstituttet, og de hensyn som har båret det frem, vil jeg se nærmere på hva slags rettslig figur uskifte egentlig er. Hva kan man si om eierforholdene til formuen som inngår i uskifteboet? Både den historiske gjennomgangen og drøftelsen av uskiftets rettslige karakteristika er – slik jeg ser det – med på å danne et bredere grunnlag for å forstå dagens regler.

1.3.2 Utviklingen historisk av uskifte og ektefellens arverettslige stilling

1.3.2.1 Generelt

Det har vært hevdet at uskifteinstituttet er en særegen vestnordisk ordning, som man kun kjenner i Danmark, Island og Norge, og at rettsinstituttet har sitt utspring i bevillingspraksis fra enevoldstiden.[28] Ser man bakenfor lovgivningens betegnelser på de rettslige ordninger som skal sikre gjenlevende ektefelle etter makens død, ser man imidlertid at uskifte eller uskiftelignende ordninger ikke er enestående for de vestnordiske land og at slike ordninger historisk har vært kjent mye lenger enn fra 1600-tallet. Eksempelvis var det etter de danske landskapslovene ikke nødvendig å skifte med fellesbarn etter ektefellens død. Var hustruen gjenlevende ektefelle, hadde arvingene først krav på skifte dersom hun ønsket å

28 Francis Hagerup, *Skifte og arvebehandling*, 3. utg. (ved P. I. Paulsen) Kristiania 1924 s. 79; Ragnar Knoph, *Norsk arverett*, 3. utg. (ved Erling Sandene), Oslo 1959 s. 311; Utkast 1962 s. 14; Ernst Andersen, *Arveret*, København 1967 s. 7; Peter Hambro, *Arveplanlegging og avtalt uskifte*, Oslo 2006 s. 21 og Peter Lødrup, «Uskiftet bo – en arveretslig uting?», *i Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard*, København 2003 s. 320.

inngå nytt ekteskap.[29] I praksis fungerte også gjenlevendes vergemål over umyndige barn som en form for uskifteordning.[30] Gjenlevende ektefelle hadde livsvarig bruksrett til førstavdødes faste eiendeler og hans andel av fellesformuen i flere av landskapene i det tyske riket i middelalderen.[31] I byene i Bayern og i Østerrike utviklet det seg dessuten en sedvane for formuesfellesskap ut fra ektepaktspraksis hvor ektemakene tilla hverandre eiendomsrett til hele boet og ikke bare livsvarig bruksrett.[32] Tyskland har aldri lovfestet noen rett til å sitte i uskifte, men i tysk rett har det alltid vært et konglomerat av ulike formuesordninger, noe det fortsatt er mulig å se spor av i den tyske sivillovboken.[33] I Nord-Frankrike var det i middelalderen visstnok vanlig ved ektepakt å tildele lengstlevende ektefelle hele formuesfellesskapet. Lengstlevende kunne i slike tilfeller fortsette formuesfellesskapet så lenge hun fortsatte å leve sammen med barna.[34] I middelalderens England var det dessuten vanlig å gi lengstlevende ektefelle livslang bruksrett til jorden ved ektepakt.[35] Når det gjelder lovregler av nyere dato er det verdt å merke seg arvebolken i den nederlandske sivillovboken, som trådte i kraft 1. januar 2003, som har regler om forholdet mellom gjenlevende ektefelle og førstavdødes livsarvinger som minner om uskifteordningen.[36]

1.3.2.2 Tiden før Magnus Lagabøtes lovbøker

1.3.2.2.1 Legalarv og formuesordninger

Etter våre gamle lagtingslover var slekten, og ikke gjenlevende ektefelle legalarvinger.[37] Utelatelsen av ektefellen fra lovens arvetavle, kan henge sammen med at det var vid adgang til skilsmisse, og at man nødig ville la arvejord gå fra en slekt til en

29 Stig Iuul, *Fællig og hovedlodd*, København 1940 s. 221–227.

30 Viggo Bentzon, *Den danske Arveret*, 3. udg., København 1931 s. 48.

31 Hagerup, *op.cit*. s. 79; Iuul, *op.cit*. s. 166; Knoph, *op.cit* s. 328 og Inger Dübeck, *Kvinder, familie og formue*, København 2003 s. 82 flg.

32 Iuul, *op.cit*. s. 167.

33 Hagerup, *op.cit*. s. 79; Iuul, *op.cit*. s. 169 og Dübeck, *op.cit*. s. 65–67. Se om dagens tyske formuesordninger i Torstein Frantzen, *Arveoppgjør ved internasjonale ekteskap*, Bergen 2002 s. 104–106.

34 Inger Dübeck, *Kvinder, familie og formue*, København 2003 s. 63 og 243. Etter Code Civil er det mulig å inngå avtaler om uskifte for en begrenset periode av hensyn til et allerede eksisterende familiefellesskap. Dette skjer vanligvis for en eller flere femårsperioder eller frem til yngste fellesbarn blir myndig. Se nærmere Dübeck, *op.cit*. s. 245.

35 Dübeck, *op.cit*. s. 71 og 240 flg.

36 Se nærmere i kapittel 8. De svensk-finske reglene om gjenlevendes «ärvsrätt med fri förfoganderätt» i ÄBS og ÄBF 3. kapittel har også mye til felles med de vestnordiske uskifteordningene.

37 Om arvegangen i lagtingslovene, se Utkast 1962 s. 3 flg. Eidsiva- og Borgartings arveregler er ukjent.

annen med ektefellen som mellomledd. I Frostatingsloven var det imidlertid en bestemmelse om at dersom en gift kvinne døde uten å etterlate seg slektsarvinger, skulle ektemannen ta vare på arven i 12 måneder.[38] Hvis det ikke meldte seg arvinger innen 12 måneder, kunne enkemannen trolig beholde arven.[39]

Formuesforholdet mellom ektefellene ble ordnet ved avtale i festermålet eller senest i bryllupet.[40] Hovedregelen var det vi i dag kan kalle særeie.[41] Kvinnens særeie omfattet hennes *heimafylgje* (medgiften) og gaver fra mannen (forlovelsesgave og morgengave). Den gjennomgående største gaven, den såkalte *mund* eller morgengave skulle sikre kvinnen noe å leve av når ekteskapet tok slutt, og ble først utredet ved skilsmisse eller mannens død.[42] Hvis kvinnen døde barnløs, skulle det ikke utredes noen slik gave, da ekteskapet ikke skulle lede til at det ble overført eiendom fra en slekt til en annen. Kvinnens særeie omfattet også alt hun arvet under ekteskapet; etter Frostatingsloven dessuten 1/3 av formuestilveksten under ekteskapet.[43] Formålet med særeieordningen som gjaldt under de gamle landskapslovene, var å sikre kvinnen etter ekteskapets opphør. Når mannen døde, kunne enken ta ut sine faste eiendommer, medgiften og gavene hun hadde fått fra ektemaken. Når hustruen døde først – hvilket ikke var et særsyn på denne tiden – gikk hennes særeie til arvingene når ektefellene hadde felles barn. Andre arvinger fikk bare arve det som kvinnen hadde tatt med seg inn i ekteskapet. Var det kun *utarvinger,* det vil si slektsarving som ikke er livsarving som f.eks. søsken, beholdt mannen altså det han hadde gitt kvinnen i morgengave og festermålsgave.

Det kunne også forekomme en form for felleseie – *felag* – mellom ektefellene, men dette er trolig en nyere ordning.[44] Det sammensatte ordet «felag» kommer av ordene fe, som betyr penger eller kveg som var et vanlig betalingsmiddel, og lag som innebærer at feet eller verdiene er lagt sammen.[45] Selv om felag er en forløper

38 Frostatingsloven IX 5.

39 Utkast 1962 s. 6.

40 Fredrik Brandt, *Forelæsninger over den norske Retshistorie I*, Kristiania 1880 s. 98–100.

41 At særeie var det vanlige i agrarsamfunnet i middelalderen, stemmer godt overens med teorien til Dübeck, *op.cit.* s. 94, om at dynamiske kontraktssamfunn fremmer formuesfellesskap omkring omsettelige verdier, mens statiske agrarsamfunn som legger vekt på at jorden forblir i slekten, holder fast på særeiet.

42 Se nærmere Brandt, *op.cit*. s. 97–98 og 112 og Knut Robberstad, *Rettssoga II*, Oslo 1966 s. 49 flg.

43 Robberstad, *op.cit*. s. 50.

44 Utkast 1962 s. 4; Robberstad, *op.cit*. s. 51.

45 Fredrik Brandt, *Forelæsninger over den norske Retshistorie I*, Kristiania 1880 s. 116, Stig Iuul, *Fællig og hovedlodd*, København 1940 s. 139 og Inger Dübeck, *Kvinder, familie og formue*, København 2003 s. 35. Det norske ordet felag har samme opprinnelse som det danske *fællig* og det svenske *bolag*. Sistnevnte betegnelse brukes fortsatt i Sverige på økonomiske foretak.