LIVSFELLESSKAP

RETTSFELLESSKAP



Festskrift til

Tone Sverdrup

70 år

GYLDENDAL



John Asland, Aslak Syse, Katrine Kjærheim Fredwall og Tone Wærstad (red.)

Livsfellesskap – Rettsfellesskap

Festskrift til Tone Sverdrup 70 år

GYLDENDAL

© Gyldendal Norsk Forlag AS 2021
1. utgave, 1. opplag 2021

ISBN 978-82-05-52450-7

Omslagsdesign: Kristin Berg Johnsen
Portrett: Eva Dobos / UiO
Layout: Bøk AS
Sats: HAVE A BOOK
Brødtekst: Minion 10/14 pkt

Alle henvendelser om boken kan rettes til

Gyldendal Akademisk
Postboks 6730 St. Olavs plass
0130 Oslo

www.gyldendal.no/akademisk
juridisk@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.

Alle Gyldendals bøker er produsert i miljøsertifiserte trykkerier.
Se www.gyldendal.no/miljo

Tabula gratulatoria

Advokatfirmaet Eckhoff, Fosmark & Co
Advokatfirmaet Hjort
Advokatfirmaet Mageli ANS
Advokatfirmaet Viken
Advokatkollegiet Kindem & Co
Anna Singer
Anne Hellum
Anne Oline Haugen
Anne Robberstad
Anne-Mette Dyrnes
Anne-Sofie Rolfsjord
Annette Janicke Musæus
Asbjørn Strandbakken
Aslak Syse
Benedicte Bennin
Borgar Høgetveit Berg
Carolyn Midsem
Cecilie Østensen Berglund
Dagny Kjøde
Det juridiske fakultet, Universitetet i Bergen
Einar Stueland
Espen Bergh
Espen By Marhaug
Eva Dobos
Eva Modvar
Frederik Zimmer
Geir Stenseth
Geir Woxholth
Gert-Fredrik Malt
Giuditta Cordero-Moss

Gulating lagmannsrett
Göran Lind
Hans Petter Graver
Harald E. Ringås
Harald Irgens-Jensen
Hege Brækhus
Heidi Kjær Trudvang
Henrik Bull
Ida Charlotte Grændsen
Inge Unneberg
Inger B. Ørstavik
Inger Helene Lie
Inger-Johanne Sand
Ingrid Lund-Andersen
Institutt for rettsvitenskap, Universitetet i Agder
Jens M. Scherpe
Johan Giertsen
Johan Greger Aulstad
John Asland
Juristenes Utdanningssenter v/direktør Torbjørn Buer
Karin M. Bruzelius og Inge Lorange Backer
Karl Harald Søvig
Karnov Forlag
Katrine Kjærheim Fredwall
Kirsten Clausen
Kirsti Strøm Bull
Kluge Advokatfirma
Kristin Hegstad
Kristin Normann
Kåre Lilleholt
Lee A. Bygrave
Linda Nielsen
Lisa Nordlund
Lisbeth Sefaniassen Eide
Maarit Jänterä-Jareborg
Mads Fredrik Baardseth
Margareta Brattström
Margrethe Buskerud Christoffersen

Marianne Jenum Hotvedt
Markus Jerkø
Marte Eidsand Kjørven
Masha Antokolskaia
Merete Smith, Advokatforeningen
Nina Dethloff
Nina Reiersen
Norges Høyesterett
Olav Torvund
Ole-Andreas Rognstad
Per Racin Fosmark
Peter Hambro
Ragna Aarli
Robert Christian Halle
Robin Fretwell Wilson
SANDS Advokatfirma DA
Sigrid Eskeland Schütz
Stein Evju
Thomas Eeg
Thormod Bjerkholt
Tone L. Wærstad
Tore Bråthen
Toril Marie Øie
Torstein Frantzen
Torunn E. Kvisberg
Vibeke Blaker Strand
Vidar Brobakken
Åse Kristin Nebb Ek

Innhold

Tabula gratulatoria 5

Gratulerer med dagen! 13

1
PERSPEKTIVER 17

Ten years of compulsory parenting plans in the Netherlands: Great cry and little wool
Masha Antokolskaia 18

Lovsamlingen
Inge Lorange Backer 27

Lovforarbeider – mer enn en rettskilde
Kirsti Strøm Bull 44

Hvilken rolle spiller «god skikk» i jussen i dag?
Hans Petter Graver 52

Uredelig forskning – i spennet mellom juss og forskningsetikk
Ole-Andreas Rognstad 63

Om strafferettslig utilregnelighet – og en nærmest utilregnelig lovprosess
Aslak Syse 76

Respecting women and mothers: Building on professor Sverdrup's legacy
Robin Fretwell Wilson 99

2
Familierett ... 113

2.1 Formue og gjeld i ekteskap og samboerskap ... 114

Husmorsameige og kreditorbeslag
Borgar Høgetveit Berg ... 115

Betydelsen av olika former av insatser under ett samboförhållande
Diskussion om nordisk rättslikhet och skydd för svagare part i ljuset av NJA 2019 s. 23
Margareta Brattström ... 127

Tvister i familieaksjeselskaper
Er det rom for familierettslige hensyn i aksjeselskapsretten?
Margrethe Buskerud Christoffersen ... 142

Rådighet og risiko
Ektefellers selvstendige disposisjoner i samliv
Katrine Kjærheim Fredwall ... 175

2.2 Selvbestemmelse og representasjon i barndom, under sykdom og i alderdom ... 195

Vulnerable adults and the role of family members in their protection
The German perspective
Nina Dethloff ... 196

Det självständiga barnet
Anna Singer ... 208

Når gjenlevende ektefelle blir syk
Asbjørn Strandbakken ... 220

2.3 Internasjonal privatrett, menneskeretter og komparativ rett ... 238

***Ordre public* og familieinnvandring**
Når et støtende forhold likevel ikke støter
Giuditta Cordero-Moss ... 239

Hvem er likestillings- og diskrimineringsrettens subjekt? Om kjønn som diskrimineringsgrunnlag
Anne Hellum ... 250

Surrogatmoderskap och genus – särskilt ur tilltänkt mors perspektiv
Maarit Jänterä-Jareborg ... 264

Polygama äktenskap i svensk och norsk rätt: finns det behov av lagstiftning?
Göran Lind ... 278

Europæisk og nordisk samarbejde inden for familieretten
Ingrid Lund-Andersen ... 295

Når er et ekteskap gyldig inngått i utlandet, jf. ekteskapsloven § 18 a første ledd første punktum?
Tone Linn Wærstad ... 307

3
Arv og skifte ... 319

Ektefellens vern mot testamentariske disposisjoner
John Asland ... 320

Felles og gjensidige testamenter
Eldre og ny lovgiving
Peter Hambro ... 332

Omstøtelse etter arveloven (1972) § 19 og arveloven (2019) § 23 når det er tatt utlegg i gaven
Per Racin Fosmark ... 339

Om å arve gjeld
Kåre Lilleholt ... 351

4
Andre bidrag 359

Sameie i forretningshemmeligheter
Harald Irgens-Jensen 360

Mitt møte med kriminalomsorgen våren 2019
Kristin Normann 373

Ansiennitet etter tariffbestemmelser. Hovedavtalen LO–NHO § 8-2
Einar Stueland 387

Noen spørsmål om indre (stille) selskap, særskilt med henblikk på organisering av advokatvirksomhet
Geir Woxholth 401

5
Bibliografi 415
Bibliografi Tone Sverdrup 416

Gratulerer med dagen!

Kjære Tone. Gratulerer med dagen! Vi er glade og stolte over å kunne presentere dette festskriftet til ære for deg. En lang og trofast karriere i rettsvitenskapens tjeneste går nå over i en ny og litt annen fase, og det er tid for ettertanke, takknemlighet og applaus for et flott menneske og en rettsforsker av ypperste klasse.

At Tone skulle ende opp som professor i rettsvitenskap, var på ingen måte opplagt. Til tross for et akademikernavn med lange tradisjoner kommer ikke Tone fra noe typisk akademikerhjem. Moren var lærer, og faren var kunstmaler. Å gå inn i det ukjente var det likevel tradisjon for i familien. Farfaren, polfareren Otto Sverdrup, reiste på farefulle tokt i ishavet. Faren, kunstmaleren, utforsket det indre med utløp i kunsten. For Tone har kjernen i utforskningen av jussen dreid seg om å finne hensiktsmessige juridiske løsninger innenfor rammene av livsfellesskapets logikk.

Tones akademiske løpebane startet likevel ikke i jussen. Etter gymnaset begynte Tone på Handelshøyskolen i Bergen og ble der uteksaminert som siviløkonom i 1972. Tørsten etter akademisk kunnskap var ikke uttømt for den 21-årige siviløkonomen. Studiene fortsatte ved Det juridiske fakultet i Oslo, hvor Tone avla en strålende juridikum i 1977 etter blant annet å ha vært vitenskapelig assistent for professor Carl Jacob Arnholm og hatt studieopphold i Canada. I tillegg til arbeidet som vitenskapelig assistent var Tone i studietiden ansatt som førstesekretær i Kommunal- og arbeidsdepartementet.

Allerede i studietiden var Tone aktivt med i arbeidet med å bygge opp Avdeling for kvinnerett ved Institutt for offentlig rett – et miljø som farget Tones inngang til rettsvitenskapen og de problemstillingene som hun har gått inn i gjennom sitt akademiske virke. Kvinnerettslige spørsmål var også sentrale i perioden hvor hun var konsulent i Justisdepartementets lovavdeling i 1977–1978.

Fra 1979 var Tone tilbake på universitetet, denne gangen som fungerende leder ved Avdeling for kvinnerett ved Institutt for offentlig rett. I årene 1984–1986 hadde Tone stipend fra forskningsrådet. På 1980-tallet stiftet Tone familie med Einar og fikk barna Martin og Ingvild i 1986 og 1988.

Fra 1988 har Tone hatt sitt faglige virke ved Institutt for privatrett. Først som amanuensis, fra 1996 som førsteamanuensis og som professor fra 2000. Tone var bestyrer for Institutt for

privatrett i årene 2000–2003. På fakultetet har Tone blant annet hatt verv som medlem av Fakultetsstyret ved Det juridiske fakultet og styremedlem og styreleder i Lovsamlingsfondet.

Tone avla sin juridiske doktorgrad under sin tid ved privatretten. Avhandlingen «Stiftelse av sameie i ekteskap og ugift samliv» har som hovedtema hva som skal til for å etablere sameie mellom ektefeller og samboere. Avhandlingen var det grunnleggende verket om disse spørsmålene i norsk rett og har ved sine dype og brede analyser av spørsmålene fortsatt aktualitet i dag, snart 25 år senere.

Hovedtyngden av Tones forfatterskap kretser rundt familieformueretten. Innenfor familieretten generelt og familieformueretten spesielt har Tone en enestående rolle nasjonalt, men hun har samtidig gjort seg gjeldende på den internasjonale arenaen, dels som en ledende kraft i det nordiske familierettsnettverket gjennom flere tiår. Dette har ledet til boken *Nordisk samboerrett*, som også er kommet ut i en engelskspråklig utgave (*Nordic Cohabitation Law*). På det nordiske planet har Tone vært med i en rekke bedømmelseskomiteer for doktoravhandlinger, stillingsbedømmelser og professoropprykk.

På det europeiske planet har Tone deltatt aktivt i Commission on European Family Law (CEFL), hvor hun har bidratt med flere artikler og bidratt til deres store studier og utvikling av «general principles». Hun har bidratt til verkene *European Family Law in Action* (Vol. I–III, Oxford 2003–2005) og i boken *Common Core and Better Law in European Family Law* (Oxford 2005). Sammen med Katharina Boele-Woelki redigerte hun *European Challenges in Contemporary Family Law* (Oxford 2008) basert på Oslo-konferansen i CEFL i 2007. I de senere årene har det europeiske engasjementet vært knyttet til Family Law in Europe: Academic Community (FL-EUR).

Internasjonalt har Tone bidratt gjennom mange år i International Society of Family Law, hvor hun i flere år var med i The Executive Council. Hun har gjennom dette nettverket bidratt i bøker som Robin Wilson (red.), *Reconceiving the Family. Critique on the American Law Institute's Principles of the Law of Family Dissolution* (Cambridge University Press 2006). Tones internasjonale bidrag til familieretten gjorde at hun ble innvalgt i det europeiske vitenskapsakademiet Academia Europaea i 2012.

Utenfor fakultetet har Tone bidratt på viktige måter. Hun har i mange år vært leder av Nils Klim-komitéen, som deles ut for banebrytende vitenskapelig arbeid innenfor humanistiske, samfunnsvitenskapelige, juridiske og teologiske fag til yngre forskere. Tone er leder av Viggo Hagstrøms stiftelse til fremme av privatrettsforskning og medlem av Det Norske Videnskaps-Akademi.

Tone har siden etableringen av Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål (FAB) vært en viktig bidragsyter og fagredaktør gjennom mange år. Hun sitter videre som medlem av International Advisory Board for Child and Family Law Quarterly.

I både forskning og undervisning viser Tone at hun ikke er en «gubbe» som har tenkt de tankene hun har tenkt å tenke her i livet. Hun er alltid åpen for å innta nye perspektiver og

la seg overbevise av ny forskning og nye resonnementer, og hun evner å ta inn nye impulser. I undervisningen er ikke Tone den som nøyer seg med å «snu bunken» neste semester. Når det er noe studentene ikke forstår, anser Tone det alltid for å være avsenderens feil, slik at hun bestreber seg på å vinkle forklaringene på en litt annen måte neste semester, eller gi andre eksempler som kan bringe flere av studentene opp i et høyere erkjennelsesnivå. Tone slår seg ikke til ro med at så lenge hun selv forstår det hun foreleser, er det opp til studentene å avkode budskapet. Hun strever alltid etter en høyere erkjennelse for både studenter og lærere. Tone er heller ikke redd for å prøve ut nye undervisningsmetoder for å kunne gi fremtidige studenter en enda høyere læringsutbytte. Engasjementet og de pedagogiske anstrengelsene gjør at Tone er en meget populær underviser, noe både undervisningsprisen og alltid høy score i foredragsevalueringer vitner om.

De høye krav Tone stiller til egen forskning, stiller hun også til andre i rollen som veileder og redaktør. Tone stiller høye faglige krav til kildebruk og robuste resonnementer: Tilbakemeldinger fra Tone er alltid grundige, de kommer i tide og er samtidig konstruktive og oppmuntrende. Hun evner å være kritisk og granskende og på samme tid oppmuntrende og støttende. Det er en vanskelig balansegang som ikke mange behersker på tilsvarende måte.

Selv om Tones forskning primært har kretset rundt familieretten i bred forstand, er hun en anerkjent allround-jurist. Høyesterett har lenge traktet etter Tones tjenester og talent. Hun har vært konstituert i Høyesterett hele fem ganger. Høyesterett hadde nok ønsket seg en fastere tilknytning, men Tone har ikke villet gi slipp på den akademiske friheten. Oppholdene i Høyesterett har nok beriket både Høyesterett og Tones egen forskning. Møtet med det praktiske rettsliv i et vidt spekter av saker har gitt nye perspektiver som også har styrket forskningen. Tone har som dommer gitt gode bidrag til mange fagfelt som adekvanslæren i erstatningsretten, lovvalgsregler i internasjonal privatrett og innenfor straff og prosess. Ikke minst hadde hun som førstvoterende i Rt. 2009 s. 1439 oppgaven med å gi juryordningen nådestøtet, da Høyesterett la til grunn at fraværet av begrunnelse for lagrettens kjennelse ikke holdt mål for at domfelte og allmennheten skulle kunne etterprøve de vurderingene som lå til grunn for domfellelsen. Det måtte en Sverdrup til for å innføre juryen i 1887, og det måtte en Sverdrup til for å avskaffe den i 2009.

I Høyesterett har Tone dratt nytte av sin økonomibakgrunn. I mange sakstyper er dette en åpenbar styrke, noe som Tone har dratt veksler på i sin forskning. Tone forstår økonomiens styrker og begrensninger innenfor jussen. Økonomiske bidrag kan anta ulike former, noe som Tone har trukket frem i sine familieformuerettslige arbeider. Frigjøring av tid for den andre ektefellen eller samboeren til å tjene penger gir samtidig et indirekte økonomisk bidrag til familieøkonomien. Tone har vektlagt sterkt familien som *forbruksenhet* der den enes høye inntekt og forbruk trekker den andre med seg. Men Tone ser også økonomiens begrensninger, blant annet gjennom at teorier om rasjonelle markedsaktører som regel er uten relevans innenfor et livsfellesskap.

Alle faglige meritter og kvaliteter som Tone åpenbart besitter, er vel og bra. Men vi hyller Tone likevel først og fremst for hennes menneskelige kvaliteter.

Avslutningsvis til deg, Tone: Du er en pålitelig og god venn, en kollega som aldri svikter, et midtpunkt i samtaler og diskusjoner inn i de sene nattetimer. Du er en omsorgsfull veileder, mor og ektefelle.

Vi ønsker deg mange gode år som fagfelle, venn og kollega – i rettsfellesskap og livsfellesskap.

John Asland Katrine Kjærheim Fredwall Aslak Syse Tone Wærstad

1

Perspektiver

Ten years of compulsory parenting plans in the Netherlands: Great cry and little wool

Professor PhD Masha Antokolskaia, Vrije Universiteit Amsterdam[1]

Summary

The compulsory parenting plan was implemented in the Netherlands ten years ago, and now it is already possible to evaluate the results of this exercise. This contribution, largely based on the findings of the 2019 study,[2] is an attempt to analyse why the Dutch-style parenting plan has failed to produce the expected effect and what lessons could be derived from its failure to devise new solutions for post-divorce parentage problems.

Keywords: divorce, post-divorce parenting, parenting plan

1 Introduction

The compulsory parenting plan was implemented in the Netherlands ten years ago, and now it is already possible to evaluate the results of this exercise. A parenting plan is a compulsory agreement regulating post-separation child-related matters. Making a parenting plan is compulsory for all divorcing/separating parents in formal and informal relationships. The rationale behind the introduction of the compulsory parenting plan was to promote parenting cooperation after divorce, reduce post-divorce parental conflicts and avoid child-related (re-)litigation. A large-scale multidisciplinary study,[3] concluded in 2019, has summed up the existing evaluations to date and has added its own empirical research looking into the effects of the parenting plan. All studies show that, on the one hand, parenting

1 Masha Antokolskaia is Professor of private and family law at VU University Amsterdam, the Netherlands. E-mail: M.V.Antokolskaia@vu.nl.

2 M.V. Antokolskaia, C.G. Jeppesen de Boer, G.C.A.M. Ruitenberg, W.M. Schrama, I.E. van der Valk, P. Vrolijk et al., *Naleving van contact-/omgangsafspraken na scheiding: een rechtsvergelijkend en sociaalwetenschappelijk perspectief. Onderzoek uitgevoerd in opdracht van het WODC*, WODC, 2019. https://www.wodc.nl/binaries/2907_Volledige_Tekst_tcm28-371962.pdf. This contribution is largely based on the results of this study.

3 Antokolskaia et al. (2019).

plans became an integral part of the Dutch divorce procedure: almost all child-related arrangements of divorced parents in formal relationships are in the form of the parenting plan. On the other hand, it appears that parenting plans have almost no effect on parents' behaviour after divorce and do not live up to the expectation that it would help to reduce post-divorce child-related conflicts between parents.[4] Some authors have even suggested that its implementation has made the situations worse.[5] One of the main reasons for this is the focus on the end result: the parenting plan itself, rather than support for the parents through the divorce process.

Once the trust put into the parenting plan started to fade, the search for new solutions for post-divorce parental conflicts resumed. This contribution, largely based on the findings of the 2019 study, is an attempt to analyse why the Dutch-style parenting plan has failed to produce the expected effect and what lessons could be derived from its failure in order to devise new solutions for post-divorce parentage problems.

2 The compulsory parenting plan as a remedy for post-divorce parenting

Compulsory parenting plans were seen as the solution for child-related conflicts between divorced parents, which have notably increased in the Netherlands since the automatic continuation of joint-parental responsibility after divorce became the rule in 1998. Since 1998, joint parental responsibility automatically has continued after divorce, unless one or both of the parents request sole parental responsibility in the best interests of the child. However, in 1999 the Dutch Supreme Court[6] presented such a narrow and restrictive interpretation of situations in which sole parental responsibility would be in the best interest of the child that, as a result, the continuation of joint parental responsibility after divorce increased to 90 percent in the years after.[7] Joint parental responsibility has become, in other words, the rule rather than the exception. Automatic continuation of joint parental responsibility after divorce, irrespective of the parents' ability to communicate with each other, meant also that parents who were no longer on speaking terms had to execute joint parental responsibilities. These parents typically were not able to agree on issues like child residence, maintenance, contact and exchange of information, and they often had to resort to court. Continuation of joint parental responsibility also did not resolve the problem of the loss of contact between the child and the non-resident parent, mostly the father. A research study from 2002 showed

4 B.E.S. Chin-A-Fat, 'Vijf jaar ouderschapsplan: de vechtscheiding voorbij?', FJR, 2014/53.
5 E. Spruijt, 'Kind in (v)echtscheiding, op weg naar verbeteringen, 10 FJR, 2013.
6 Dutch Supreme Court. Judgement of 10.9.1999, NJ 2000, 20.
7 Centraal Bureau voor de Statistiek, http://www.statline.cbs.nl.