

AVTALER OM ARV

Forhåndsavtaler om fordeling av etterlatt formue

Inge Unneberg

Avhandling innlevert for vurdering til ph.d.-graden i rettsvitenskap,
Universitetet i Tromsø, 15.6.2009

Innhold:

1	INNLEDNING	13
11	Avhandlingens tema og siktemål	13
12	Hovedpunkter i fremstillingen	16
13	Hvorfor avtale?	17
14	Om metode, rettskilder og begreper	20
14.1	Generelt	20
14.2	Rettskildene	22
14.3	Andre forhold som spiller inn ved tolkingen av den enkelte rettsregel	24
14.3.1	Formålsbetraktninger, verdisyn og personlige preferanser	24
14.3.2	Fagtradisjoner og yrkestradisjoner	26
14.3.3	Aktiv og passiv holdning til forholdet mellom lov og avtale mv	26
14.3.4	Rettsoppfatninger og rettsforestillinger	30
14.4	Samspillet mellom lov, testament og avtale	33
14.4.1	Rettsregler, rettsgrunnlag og rettsforhold	33
14.4.2	Forholdet mellom lov og testament, testasjonsrådigheten	34
14.4.3	Forholdet mellom lov og avtale, avtalefriheten	35
14.4.4	Deklaratorisk rett, bakgrunnsrett, tolking og utfylling	35
14.4.5	Betydningen av lovens arvegangsregler for spørsmålet om avtale er inngått	38
14.4.6	Preseptorisk lovgivning	38
14.4.7	Skjønnsmessige preseptoriske regler	39
14.4.8	Preseptoriske regler som fastsetter yttergrenser	39
14.4.9	Samvirke mellom flere regelsett	39
14.5	Arverettslige rettsgrunnsetninger, grunnprinsipper og grunnregler	41
14.6	Terminologi og begrepsbruk	43
14.6.1	Klargjøring av sentrale begrepers innhold	43
14.6.2	Avtale som vidt begrep	43
14.6.3	Arvefordelingsavtaler	44
14.6.4	De ulike grupper arvinger, loddeiere og legatarer	44
14.6.5	Pengekrav, gjenstandskrav, realkrav og tinglige rettigheter	45
14.6.6	Friarv og pliktdelelsarv	45
14.6.7	Avtalepartsforhold, forpliktelser og begreper	46
2	DE ULIKE ARVERETTSGRUNNLAG, ARVERETTSLIGE GRUNNREGLER MV	48

21	Den historiske utvikling mv	48
21.1	De germanske og de romerske rettstradisjoner	48
21.2	Differensierte regler for de ulike ervervs måter og arveobjekter	53
21.3	Oppsummering	56
22	Skifteoppgjøret	56
22.1	Skiftereglenes betydning	56
22.2	De ulike interessenter, krav, ansvarlige og skiftemåter	57
22.3	Dødsboet som eget rettssubjekt	61
22.4	Skillet mellom krav mot dødsboet og krav mot den enkelte arving	63
23	Rettsgrunnlaget for arverett og for forhåndsavtaler om etterlatt formue	64
23.1	Lovens arvegangsregler og arvelaters testament som rettsgrunnlag for arverett	64
23.2	Avtalen som arverettsgrunnlag	67
23.3	Rettsgrunnlaget for arvelaters disposisjoner over sin etterlatte formue	71
23.4	Rettsgrunnlaget for en arvinges disposisjoner over sine arveutsikter	72
23.5	Oppsummering	75
24	Skillet mellom livs- og dødsdisposisjoner, begrepet testament	75
24.1	Innledning	75
24.2	Avtalens positive betydning for arvelater, grensen mellom gave og gjensidig forpliktende avtale	78
24.3	Tidspunkter for de ulike vurderinger, betydningen av endrede forhold	80
24.4	Finnes det et enhetlig materielt arverettslig testamentsbegrep?	82
24.5	Særlig om døds-gaver og dødsdisposisjonsavtaler	87
24.6	Dødsleieproblematikken	92
24.7	Testamentsavtaler og legalarveavtaler som henholdsvis livs- eller dødsdisposisjoner, og som henholdsvis arvelaters eller arvingens disposisjon	97
25	Pliktreglenes betydning for avtaler om arv	98
25.1	Oversikt over livsarvingenes beskyttelse mot testamentariske disposisjoner	98
25.2	Sikrer pliktreglene livsarvingene en minsteandel i arvelaters etterlatte formue, eller gis de bare en rett til å kreve pliktreglende testamenter til side?	100
25.3	Pliktregler og arvegangsregler – beskyttelsesregler og fordelingsregler	106
25.4	Hjemmel for testamenterådighet over lovbeskyttet legalarv	108
25.5	Særlige hjemler i andre lover	110
25.6	Beskyttelse av legalarverettighetene for en avkallsgivende arvinges egne livsarvinger	110
25.7	Gjennomskjæring	112
26	Skillet mellom arverettigheter, skifterettigheter og en kreditors krav	112

3	FORHOLDET MELLOM AVTALERETTSLIGE OG ARVERETTSLIGE REGLER	117
31	Innledning	117
32	Formuerettslige reglers anvendelse på arvefordelingsavtaler	119
32.1	Arverettens plass i formueretten	119
32.1.1	Om ulike systematiske inndelinger og systematikkens betydning.	119
32.1.2	Begrunnelsene for de ulike synspunkter på arverettens plassering i rettssystemet	121
32.1.3	Bør arveretten i dag karakteriseres som et formuerettslig fag?	125
32.2	Avtalelovens avgrensning til formuerettens område	128
32.2.1	Innledning	128
32.2.2	Bakgrunn og forarbeider	130
32.2.3	Rettspraksis	131
32.2.4	Nyere juridisk teori	132
32.3	Særlig om avtaleloven § 36	132
32.4	Anvendelsen på de ulike typer disposisjoner	135
33	Arvefordelingsavtaler som henholdsvis legalarverettsgrunnlag, testasjon og kontraktsforpliktelse	137
33.1	Legalarveavtalene og forholdet til testamentsreglene	137
33.2	Legalarveavtalene som del av lovens arvegangsregler	139
33.3	Testamentsavtalene som del av arverettsgrunnlaget	140
33.4	Skillet mellom arvekrav og kontraktuelt krav	141
33.5	Skillet og samspillet mellom arverettsgrunnlag og kontraktsforpliktelse	142
33.6	Forholdet til andre regelsett, særlig om ikke-arverettslige dødsdisposisjoner	144
34	Forholdet mellom livsdisposisjonsavtaler og testamenter	145
34.1	Problemstillinger	145
34.2	Hovedforskjellene mellom en arvings og en kreditors rettsstilling	146
34.3	Kan en avtale både være gyldig testament og gyldig livsdisposisjon?	147
34.4	Det foreligger både gyldig testament og livsdisposisjon som grunnlag for samme krav	149
34.5	Ugyldig testament, men gyldig som livsdisposisjon	151
34.6	Avtalen var ment som en livsdisposisjonsavtale, er en dødsdisposisjon og oppfyller testamentsformkravene	153
34.7	Arvelater har ensidig opprettet testament i tillegg til avtalen	154
34.8	Arvelaters forpliktelse var å opprette testament	155
35	Dødsboet angriper arvelaters avtaler under henvisning til arverettslige regler	157
35.1	Kontraktsrettslig ugyldighet eller mislighold som følge av arverettslige ugyldighetsregler – oversikt og avgrensninger	157
35.2	Dødsboet krever tilbakelevering grunnet ugyldig dødsdisposisjonsavtale	162

35.3	Medkontrahentens rett til tilbakehold eller tilbakeføring	163
35.4	Virkninger i flerpartsforhold	164
35.5	Dødsboet påberoper seg avtalerettslige ugyldighetsregler	164
36	Erstatning for manglende oppfyllelse av arvefordelingsavtale	165
36.1	Mulige erstatningsposter og grunnlag	165
36.2	Erstatningskrav basert på alminnelige erstatningsregler	166
36.3	Særlig om erstatning for arvelaters manglende reparasjon av ugyldighetsgrunner	169
36.4	Innebærer erstatningskrav for manglende oppfyllelse grunnet arverettslige ugyldighetsregler en omgåelse av disse?	171
36.5	Kan erstatning avskjæres under henvisning til reglene om reprobert rettsforhold?	174
37	Når kan ugyldighet konstateres? Tvister i arvelaters levetid	176
4	IKKE-ARVERETTSLIGE FORHÅNDSDISPOSISJONER OVER ETTERLATT FORMUE	178
41	Oversikt og problemstillinger	178
42	Livsdisposisjonsavtaler om den etterlatte formue	180
42.1	Innledning og oversikt	180
42.2	Avtaler om tidsbegrenset eiendomsrett mv	181
43	Avtaler om ektefellers formuesordning	186
43.1	Dødsdisposisjonsektepakter – oversikt	186
43.1.1	Dødsdisposisjonsektepakter – dødsdisposisjoner som ikke rammes av arverettslige regler	186
43.1.2	Presiseringer og avklaringer av begreper og systematikk	189
43.1.3	Dødsdisposisjonsektepaktens betydning for uskifte og gjensidig testament	193
43.2	Bakgrunnen for og utviklingen av dødsdisposisjonsektepaktene	194
43.2.1	Kort felles historikk	194
43.2.2	Omgjøring av særøie til felleøie ved død	195
43.2.3	Omgjøring fra felleøie til særøie ved død	201
43.2.4	Uskifte med særøiemidler	202
43.2.5	Adgangen til å forhåndsfrafalle skjevdølingsretten med virkning kun ved død	204
43.2.6	Om ektepakter opprettet på dødsøiet	205
43.3	Nærmere om forholdet mellom dødsdisposisjonsektepaktene og arverettslige regler	208
43.3.1	Unntaket fra arverettslige regler	208
43.3.2	Forholdet mellom de to sett av formkrav	212
43.3.3	Valget mellom dødsdisposisjonsektepakt og testasjon – presisering av problemstillingen	214
43.3.4	Forhåndsavtaler med arvingene som alternativ til dødsdisposisjonsektepakt	219
43.4	Tolking og utfylling av dødsdisposisjonsektepakter	220

43.4.1	Generelle utgangspunkter, subjektiv eller objektiv tolking	220
43.4.2	Formkravenes betydning for tolkingen – særlig om avkryssing i standard ektepaktskjema	222
43.4.3	Tolking av ektepakt og forholdet til kreditorene	225
43.4.4	Tolkingens betydning ved spørsmål om hel eller delvis ugyldighet	225
43.5	Påbud om formuesordning fra giver eller arvelater	226
43.6	Skifteavtaler mellom gjenlevende og førstavdødes arvinger	228
44	Livsforsikringsavtaler	230
44.1	Innledning	230
44.1.1	Redegjørelse for de ulike problemstillinger	230
44.1.2	Sammenligning av arveregler og forsikringsregler	235
44.2	Oversikt over forsikringsavtalelovens regler	238
44.2.1	Forsikringsavtalelovens legalfordelingsregler	238
44.2.2	Oppnevning av begunstiget	239
44.2.3	Gjenkallelige og ugjenkallelige begunstigelser	241
44.2.4	Beslagsfrihet – forholdet til forsikringstakers kreditorer	241
44.2.5	Arveavgift	244
44.3	Nærmere om begrunnelsen for de særlige forsikringsrettslige fordelingsreglene	244
44.4	Hvilke utbetalinger faller inn under ”forsikringssummen”?	247
45	Avtaler om fremtidige skifteoppgjør, forhåndsskifteavtaler	253
45.1	Innledning og oversikt	253
45.2	Rammes forhåndsskifteavtaler av al § 44 eller § 45?	253
45.3	Nærmere om hva som gyldig kan avtales	256
45.4	Forhåndsavtaler om forkjøpsrett	261
45.5	Andre forhåndsavtaler om skiftets gjennomføring	262
45.6	Særlig om gjenlevende ektefelles skifterettigheter	263
45.7	Særlig om odels- eller åseteseiendommer	271
45.8	Endringer i arvinggruppens sammensetning mv som følge av død, fødsler og ekteskap – oversikt	271
45.9	Nærmere om situasjonen hvor en avtalepart dør før arvelater	272
45.10	Betydningen av arvelaters disposisjoner over eiendelene	274
46	Avtaler om eiendeler eller verdier arvingen forventer å motta på skiftet	278
46.1	Innledning	278
46.2	Disposisjoner over bestemte eiendeler	279
46.3	Fordringer hvor betalingsplikt er knyttet til arvefallet og skifteoppjøret	284
47	Oppdeling av åsetesgods	285
5	TESTAMENTSAVTALER	287
51	Innledning og oversikt, systematikk	287

52	Delegasjon av testasjonskompetanse	288
52.1	Presisering av problemstillingen	288
52.2	Den personlige testasjonskompetanse	289
52.3	Testasjoner over uskifteboet	293
52.4	Testasjoner over midler overtatt i henhold til gjensidig testament	295
52.5	Testamenter som gir en arving rett til å utpeke hvem som skal arve dersom arvingen dør før testator	296
52.6	Den delegerte/testamentsfullbyrderen går utenfor sin rett	297
52.7	Forholdet til testamentsfullbyrderoppdrag og offentlig skifte	298
52.8	Formkrav ved delegering av testasjonsmyndighet	299
53	Utvidelse av arvelaters testasjonskompetanse, forhåndsgodkjenning av pliktdelskrenkende testament	299
53.1	Oversikt over problemstillingene	299
53.2	Hva innebærer et forhåndssamtykke? Forholdet mellom legalarverett og pliktdelsrett	301
53.3	Forholdet til reglene om avkall på ventet arv	303
53.4	Tolking av avtalen eller arvingens erklæring	307
53.5	Rettsstillingen for samtykkegivers livsarvinger	308
53.6	Adressat og partsforhold	312
53.7	Virkningene av forhåndssamtykket for livsarvingen selv	312
53.8	Virkningene for medarvingene	312
53.9	Fraskrivelse av gjenlevende ektefelles beskyttede legalarv	313
54	Fraskrivelse av testasjonskompetanse, arvepakter	314
54.1	Innledning	314
54.1.1	Oversikt	314
54.1.2	Andre rettsgrunnlag for ugjenkallelighet?	317
54.1.3	Begrepet arvepakt i snever forstand	318
54.1.4	Avklaring av enkelte andre begreper	322
54.1.4.1	Begrepene testasjonskompetanseerklæring, testasjonskompetanseløfte, testasjonskompetansefraskrivelse, ugjenkallelighetserklæring og ugjenkallelighetsløfte	322
54.1.4.2	Løftemottaker og den berettigede	322
54.1.4.3	Løfter, plikter og rettsforhold	322
54.1.4.4	Begrepene testasjonsrådighet og testasjonskompetanse	323
54.1.4.5	Opprettelse, endring og tilbakekall	325
54.2	Arvepaktens karakter	326
54.2.1	To disposisjoner, en sammensatt disposisjon eller én særegen arverettslig disposisjon? Testament eller kontrakt?	326
54.2.2	Livs- eller dødsdisposisjon?	331
54.2.3	Forholdet til dødsgaver og gjensidig forpliktende dødsdisposisjoner	332
54.2.4	Hva hjemles og reguleres i al § 56?	333

54.2.5	Samspillet mellom arverett og avtalerett	335
54.2.6	Arvepakten som del av en livsdisposisjon	336
54.2.7	Nærmere om den negative arvepakten	337
54.3	Arvepakten består både av en testamentarisk bestemmelse om fraskrivelse av testasjonskompetanse og en disposisjon som etablerer avtalerettslig binding	340
54.3.1	Innledning	340
54.3.2	Formkrav til selve bindingsprosessen?	343
54.3.3	Forholdet mellom den formbundne erklæring og den avtalerettslige binding	347
54.3.4	Innholdet i den formbundne testasjonskompetanseerklæringen	347
54.3.5	Krav til påvisning av arvelaters fraskrivelsesvilje	348
54.3.6	Den personlige kompetanse	349
54.3.7	Formkravene	350
54.3.8	Vitnehabilitet	352
54.3.9	Formkravenes betydning for tolking og utfylling	354
54.3.10	Den avtalerettslige binding	356
54.3.11	Hvem må testasjonskompetanseløftet være rettet mot? Tredjemannsavtaler	358
54.3.12	Rekkefølgen av erklæring og løfte, eller av testasjon og arvepakt	359
54.4	Arvelaters forpliktelse til å opprette testament, inntolking av testasjon i arvepakten?	360
54.5	Streng bevisbyrde? Om bevisetema, beviskrav og bevisbyrde	361
54.6	Nærmere om tolking og utfylling av arvepakt	365
54.7	Arvepaktens rettsvirkninger	372
54.7.1	Virkningen av etterfølgende testamentariske disposisjoner i strid med arvepakten	372
54.7.2	Eldre testasjoner i strid med arvepakten	374
54.7.3	Motstridende arvepakter	375
54.7.4	Arvepaktens betydning for arvelaters rådighet i live	376
54.7.5	Bristende forutsetninger, bortfall eller adgang til å trekke arvepakten tilbake?	377
54.7.6	Arvepaktens betydning for inngåelsen av andre avtaler om arv	379
54.7.7	Forholdet til arvelaters ektefelle	381
54.8	Arvepakten som en del av en gjensidig forpliktende avtale, arvepaktavtaler	382
54.8.1	Problemstillingene	382
54.8.2	Arvelaters mislighold av arvepaktavtalen	383
54.8.3	Bristende forutsetninger og medkontrahentens mislighold	384
55	Avtale om å opprette testament	386
56	Gjensidige testamenter med felles sekundærttestasjoner	387
56.1	Innledning	387
56.2	Ekteskapslovens anvendelse ved gjensidig testament	392
56.2.1	Oversikt over problemstillinger og utgangspunkter	392
56.2.2	Formuesordningens betydning for gjensidige testamenter	393

56.2.3	Adgangen til ved gjensidig testament å endre formuesordning eller suspendere retten til å kreve skifte	395
56.2.4	Nærmere om felleseieskiftet når hele førstavdødes formue overtas av gjenlevende i henhold til gjensidig testament	399
56.2.5	Rettslig interesse som materielt vilkår for å kreve felleseieskifte	402
56.3	Ulike konstruksjoner for gjenlevendes rettsstilling	403
56.4	Ulike konstruksjoner for sekundærttestasjoner som krysser grensene mellom testatorenes opprinnelige formuer	405
56.5	Samspillet mellom avtaler om formuesordningen, skifteavtaler og arveavtaler	407
56.6	Gjenlevendes rådighet	409
56.7	Tolking og utfylling av gjensidige testamenter	414
56.7.1	Generelt om tolking av gjensidige testamenter	414
56.7.2	Om tolkingspresumsjoner, særlig om sekundærarverett	416
56.8	Gjenlevendes tiltredelse av testamentet	417
56.9	Førstavdødes selvstendige testasjoner i et gjensidig testament	422
6	LEGALARVEAVTALENE	424
61	Innledning og oversikt over rettsregler og faktiske situasjoner	424
61.1	Problemstillingen – illustrert ved Rt 1960 26	424
61.2	De ulike faktiske situasjoner	430
61.2.1	Arvingen ønsker kun å gi avkall på egen arv	430
61.2.2	Arvingen ønsker å styre egen arvelodd til andre	432
61.2.3	Arvelater ønsker å gripe inn i fordelingen mellom arvingene	432
61.2.4	Arvingen ønsker sin arv på forskudd	433
61.2.5	Arvelater ber livsarvingene om samtykke til pliktdelskrenkende testament	434
61.3	Legalarveavtalene plass i rettssystemet	434
61.4	En arvingens adgang til å disponere med virkning for egen linje	437
61.5	Formkrav ved legalarveavtaler	438
61.6	De avtalerettslige aspekter ved legalarveavtalene	440
61.7	Betingede legalarveavtaler, og avtaler som griper inn i legalarverettens innhold	441
61.8	Fremstillingen videre, systematikk	444
62	Avhendelse av ventet arv	445
62.1	Innledende om reglene i al § 44	445
62.2	Sammenhengen mellom avhendelse og avkall	447
62.3	Avhendelsesforbudet omfatter posisjonen som arving og rettigheter som springer ut av denne	449
62.4	Pantsettelse og enhver form for overdragelse	450
62.5	De arverettslige og avtalerettslige ugyldighetsvirkninger	450
62.6	Avhendelse av falt arv	452

63	Avkall på ventet arv	454
63.1	Innledning og oversikt, avgrensninger	454
63.1.1	Er al § 45 overflødig – og kun kompliserende?	454
63.1.2	Avgrensning og definisjoner	456
63.1.3	Kort oversikt over hvem som kan gi avkall overfor hvem	457
63.1.4	Oversikt over danske og svenske avkallsregler	459
63.1.5	Arvelater som adressat for avkallsløftet	460
63.2	Kan en arving gi avkall på vegne av egen linje?	463
63.3	Gjelder kravet om rimelig vederlag bare når avkallsgiver er død før arvelater?	470
63.4	Hva er rimelig vederlag eller arveforskudd?	473
63.5	Avkall fra arvelaters ektefelle	476
63.5.1	Avkall på legalarv	476
63.5.2	Avkall på uskifterett	479
63.6	Avkall på arv fra samboer	482
63.7	Avkall på arverett, men beholde tilknyttede rettigheter?	483
64	Avkorting i arv	485
64.1	Innledning og oversikt	485
64.1.1	Kort oversikt over avkortingsreglene	485
64.1.2	Noen perspektiver og utgangspunkter	486
64.1.3	Forholdet mellom avkortingspliktig gave, arveforskudd og avkall	489
64.1.4	Deklaratoriske eller preseptoriske regler?	491
64.1.5	Fremstillingen videre	492
64.2	Vilkårene for avkorting	492
64.2.1	De lovfastsatte vilkår	492
64.2.2	Gavebegrepet	494
64.2.3	Avkortingspåbudets avtalerettslige karakter	494
64.2.4	Avkorting var arvelaters forutsetning for gaven	496
64.2.5	Gavemottakers erkjennelse som grunnlag for avkorting	499
64.2.6	Bortfall av retten til å påby avkorting	499
64.2.7	Kan gavemottaker kreve avkortingspåbudet revidert eller satt til side i henhold til avtalerettslige regler?	501
64.2.8	Kan arvelater forplikte seg overfor medarvingene til å påby avkorting?	502
64.3	Gaver gitt fra ektefelle til felles livsarving av felleseiemidler	503
64.4	Lovens regler for fastsettelse av avkortingsbeløpet	507
64.4.1	Den nominelle verdi da gaven ble gitt, med mindre dette er åpenbart urimelig	507
64.4.2	Betydningen av arvelaters fastsettelser eller forutsetninger – forholdet mellom al § 40 første og annet punktum	509
64.4.3	For hvem skal fastsettelsen være åpenbart urimelig?	511
64.4.4	Gjelder urimelighetsklausulen bare ved gjenstandsgaver?	514
64.4.5	Forholdet mellom loven og arvelaters mening	516

64.4.6	Skiftelovutvalgets forslag	517
64.4.7	Den beregnede avkortingssum overstiger livsarvingens arvelodd	517
64.5	Lovens regler om avkortingens virkning for friarv og ektefellearv	518
64.6	Skiftelovutvalgets forslag om endring av al § 43	523
65	Arveforskuddsavtaler	528
65.1	Forholdet til avkall, avkortingspliktige gaver, lån og samtykke til pliktdelskrenkende testament	528
65.2	Når foreligger det en avtale	530
65.3	Hva annet kan avtales – og mellom hvem?	532
66	Oppsummerende om legalarveavtaler	537
7	AVTALER OM USKIFTE	540
71	Avtaler om uskifte - oversikt	540
72	Uskifteordningens rettslige karakter, og dens betydning	544
72.1	Oversikt	544
72.2	Rettslige karakteristikk av uskiftet. Betydningen av rettsutviklingen	547
73	Ekteskapslovens anvendelse ved skifte av uskiftebo	558
74	En felles modell for felleseieskiftet når gjenlevende skal overta førstavdødes formue i uskifte eller etter gjensidig testament	570
74.1	Systematikken i gjeldende regler for uskifte sammenlignet med gjensidige testamenter	570
74.2	En ny felles modell for felleseieskifte ved uskifte og gjensidig testament	573
74.3	Bør det åpnes for felleseieskifte etter el kap 15 før uskiftet etableres?	579
74.4	Eierforholdene under uskiftet	581
74.5	Oppsummering	586
75	Oversikt over de ulike typer avtaler og de regelsett som får anvendelse	587
75.1	Konfliktløsning eller ensidig sikring av gjenlevendes interesser?	587
75.2	Forholdet mellom lovbasert, testamentsbasert og avtalebasert uskifte	589
75.3	Avtaler mellom ektefellene	590
75.3.1	Ektefellers avtaler om formuesordningen	590
75.3.2	Ektefellers avtaler om rett til uskifte	590
75.3.3	Ektefellers avtaler om rådigheten over uskifteboet	591
75.3.4	Ektefellers avtaler om delingen av uskifteboet	593
75.4	Forhåndsavtaler mellom samboere	595
75.5	Forhåndsavtaler med arvingene mens begge ektefeller lever	596
75.5.1	Generelt	596
75.5.2	Partene i avtaler om forhåndssamtykke	597

75.5.3	Forhåndsavtaler under ekteskapet mellom ektefellene og deres arvinger om uskifte	597
75.6	Avtaler om deling av uskifteboet inngått etter førstavedes død, men før uskiftet er etablert	598
75.6.1	Innledning	598
75.6.2	Justeringsavtaler om verdifastsettelse	600
75.6.3	Forhåndsdelingsavtaler om særseiemidler	601
75.6.4	Forhåndsdelingsavtaler om felleseiemidler	601
75.6.5	Arverettslige avtaler om delingen	602
75.7	Avtaler ved samtykkebasert uskifte	602
75.7.1	Forhåndssamtykke	602
75.7.2	Adgangen til å sette vilkår	604
75.8	Avtaler under uskiftet	605
75.9	Skifteavtaler inngått under skifte av uskifteboet	605
8	FORKORTELSER OG REGISTRE	606
81	Forkortelser	606
81.1	Litteratur	606
81.2	Lovforkortelser	612
81.3	Forarbeider	615
81.3.1	Norske forarbeider	615
81.3.2	Danske forarbeider	616
82	Registre	617
82.1	Domsregister	617
82.2	Stikkordsregister	618

1 Innledning

11 Avhandlingens tema og siktemål

Etter en arvelaters død fordeles arven etter ham mellom hans arvinger i henhold til lovens arvegangsregler, eller i henhold til hans eget testament. I likhet med de fleste andre kjente rettssystemer er det i norsk arverett to alternative rettsgrunnlag for å kunne kreve arv – lov eller testament. Forholdet mellom disse to rettsgrunnlag varierer fra land til land, som oftest avhengig av om arverettsreglene springer ut av germansk rett eller romerretten. Selv om legalarv og testamentsarv prinsipielt er likestilt, er det i norsk arverett fordeling etter loven som er både det faktiske og rettslige utgangspunkt, mens intestatarveretten i common law-landene mer har preg av nødløsning. På samme måte varierer de materielle begrensninger i testasjonsrådigheten. Felles for de fleste rettssystemer er at arvelaters ektefelle og livsarvinger beskyttes. I Norge går loven ganske langt i å beskytte livsarvingers og ektefelles legalarverett mot testamentariske disposisjoner, mens denne beskyttelsen innen common law ofte er utformet som et behovsprøvet krav mot dødsboet.

En annen viktig forskjell mellom norsk (germanskpreget) arverett og common law er avtalers betydning for fordelingen av den etterlatte formue. Arvelaters rådighet over sine etterlatenskaper, både ved avtale og testament, har variert opp gjennom tidene. Etter gjeldende regler har avtalen en mer begrenset betydning, idet en avtaleforpliktelse i seg selv ikke er nok til å etablere arverett. Dagens rettsstilling skyldes antakelig utviklingen av læren om livs- og dødsdisposisjoner kombinert med presiseringen av testamentsformkravene og deres betydning. Tidligere var det eksempelvis et skille mellom testasjoner og døds-gaver, som i det vesentlige besto i at døds-gaven var avtalerettslig forpliktende for arvelater i hans levetid. For over hundre år siden eksisterte også arvekontrakten. I dag må enhver erklæring fra arvelater som innebærer en dødsdisposisjon være gjort i testaments former, med mindre det finnes særlig hjemmel i arveloven (eksempelvis ved påbud om avkorting). Et arvekrav kan bare bygge på lov eller testament. Selv om en kontraktsforpliktelse i seg selv ikke gir arverettigheter, kan den etter avtalerettslige regler gi medkontrahenten rettigheter som

kreditor overfor dødsboet (tilbakeføring, erstatning osv). Forholdet mellom arvekrav og kreditor krav vil bli særskilt behandlet.

I forhold til ganske universelle grunnprinsipper i common law, er det i norsk arverett to markante forskjeller. For det første inneholder common law ingen direkte pliktdelsregler. Dessuten er grensene for hvilke kontrakter som faller utenfor arverettsreglene ganske forskjellig. Etter norsk rett kreves at en kontrakt for arvelater har sin vesentlige realitet i hans levetid. Etter common law kreves bare et minimum av gjensidighet ("consideration"). Samlet fører dette til betydelige forskjeller mellom en norsk arvelaters rett til selv å bestemme over hvordan hans etterlatte formue skal fordeles, enn eksempelvis for en engelsk arvelater. Pliktdelsreglene (i forhold til livsarvinger) er dessuten strengere i Norge enn i de øvrige nordiske land.

Jeg kommer ikke nærmere inn på hvordan disse forskjeller kan forklares, utover henvisningen til ulike rettstradisjoner. Kulturelle, økonomiske eller politiske forhold kan eksempelvis ikke forklare forskjellene mellom norsk og engelsk rett – eller kan de det? Generelt er nok civil code-landene mer lovorienterte enn common law-landene. Jeg vil likevel peke på et fenomen – som kanskje mer er av sosiologisk enn rettslig art – nemlig vår ærefrykt for lovens ordning.¹ Dette gjelder lovens fordeling av arv, lovens regler om ektefellers formuesordning og ikke minst uskifteordningen som man i utgangspunktet enten må godta i sin helhet eller gi slipp på.² Ærefrykten vises også ved at vi i mange rettsavgjørelser finner ugyldighet begrunnet i omgåelser, hvilket tilfører en viss bebreidelse utover den rene konstatering av at loven ikke gir hjemmel.³ Arvelatere bør etter min mening utelukkende vurdere hva de mener er best for seg og sine arvinger, uten annen respekt for loven enn at dens gjennomtenkte løsninger vurderes med et åpent sinn. Avslutningsvis i avhandlingen vil jeg vise hvordan uskiftereguleringen ikke er en fastspikret ordning, men et regelsett som gjenlevende

¹ "[Lovgiver] kan nok også regne med at mange arvelatere vil føle en viss respekt for lovens løsning så lenge de ikke synes den virker åpenbart urimelig i deres konkrete tilfelle. Og en slik respekt bør arvelatere føle." *Arnholm, Arveretten* side 52.

² "... før skifteretten gir erklæring om uskifte på grunnlag av samtykke, [bør det] være klart at det er tale om samtykke til uskifte etter lovens bestemmelser". Prp36 side 138-II.

³ Se eksempelvis flertallets begrunnelse i *Rt 1980 1515* som i grove trekk gikk ut på at et gjenstandslegat som i seg selv lå innenfor den frie tredjedel var ugyldig fordi testamentet også inneholdt et annet pliktdelskrenkende legat. Ugyldigheten var begrunnet i at sistnevnte ga avslag på sitt legat, men antatt under forutsetning av vederlag fra førstnevnte. Av begrunnelsen fremgår at legatene ikke skal kunne omgå pliktdelsreglene ved avtaler seg i mellom.

ektefelle og arvingene kan velge å tre inn i – så langt det passer.⁴ Utfordringen ligger i å finne de rette veier å gå. Avtalefriheten er begrenset både med hensyn til skifte av felleseiemidler og fordeling av arv, og reglene er ulike.

Det gjennomgående formålet med denne avhandlingen er å finne frem til en helhetlig systematikk, som igjen danner utgangspunkt for avklaring av hvilke regelsett som gjelder hvor. Dette omfatter eksempelvis forholdet mellom arverettslige og ekteskapsrettslige regler ved dødsdisposisjonsektepakter (ektepakt inneholdende dødsdisposisjon) og forholdet mellom arverettslige og avtalerettslige regler for arvepakter, avkall på arv, arveforskuddsavtaler osv. For en klargjøring av hvilke regler som gjelder for avtaler om uskifte er det avgjørende å avklare hvilke sider av uskiftet som styres av arverettslige eller ekteskapsrettslige regler. Et annet eksempel er skillet mellom arvekrav og kreditor krav.

Det er ikke gull alt som glimrer. Ei heller dreier alle avtaler om etterlatt formue seg om fordeling av arv. I et eget kapittel omhandles dødsdisposisjoner om fordeling av etterlatt formue, men som ikke er arverettslige – i den forstand at de ikke reguleres av arverettslige regler.

De norske pliktdelsregler kan sette vesentlige skranker for arvelaters muligheter til selv å fordele arven etter seg ved testament. Ektefeller og samboere med fellesbarn er godt hjulpet gjennom uskifteordningen. I forhold til felles barn vil dessuten interessekonfliktene være mindre. Med et stadig økende antall familier med særlivsarvinger oppstår det derfor ofte behov for å sikre gjenlevende ektefelle eller samboer, utover hva som er mulig ved testament. Ektefeller er her også godt hjulpet gjennom avtaler om formuesordningen, hvoretter de normalt kan avtale at halvparten av førstavedes formue overføres til gjenlevende – uten å fanges opp av arverettslige regler. Et formål med avhandlingen er å vise hva som kan avtales uhindret av pliktdelsreglene. Et nærliggende alternativ er en avtale med livsarvingene, dvs at de samtykker i pliktdelskrenkelsen. En slik avtale reiser imidlertid spørsmål om hva som kan avtales, avtalens virkning for samtykkegivers egne livsarvinger, forholdet til

⁴ I Rt 1982 149 og Rt 1992 374 åpnet Høyesterett for individuell tilpasning ved samtykkebasert uskifte, til tross for at det i forarbeidene var forutsatt at et samtykke måtte gis til lovens uskifteordning, se Prp36 side 138-II og 140-I.

avkallsregler og samtykkegivers alminnelige legalarverett. Disse spørsmål forsøkes besvart.

Rettsgrunnlag for arverett må som nevnt bygge på lov eller testament. Arveloven inneholder imidlertid en rekke avtalehjemer som innebærer at arvefordelingen også kan bero på avtale, eksempelvis ved avkall og avslag på arv eller arvelater avkortingspåbud. Retten til uskifte kan i mange sammenhenger være avhengig av samtykke fra uskiftearvingene. Mens utgangspunktet i andre sammenhenger er avtalefrihet, er dette for fordeling av arv snudd på hodet. Skal en avtale om arvefordeling være gyldig, må den ha hjemmel i lov.

Det gjennomgående formål med avhandlingen er systematisering, og det må i den sammenheng introduseres enkelte nye begreper – som er forsøkt gjort selvforklarende. Systematiseringen tar utgangspunkt i skillet mellom legalarv og testamentsarving. Avtaler om arvets fordeling – arveavtaler – kan således være både legalarveavtaler og testamentsavtaler.

Kjente begreper er likeledes livs- og dødsdisposisjoner. Fra arvingens side er en arveavtale ikke en dødsdisposisjon, men er fortsatt en arverettslig disposisjon. På den annen side kan en ektepakt være en dødsdisposisjon, men uten å være en arverettslig disposisjon. Jeg trekker derfor også et skille mellom arverettslige og ikke-arverettslige disposisjoner.

Hovedformålet med avhandlingen er å systematisere de deler av arveretten som berøres av avtaler. Formålet med systematiseringen er igjen å bringe klarhet i hvilke regler som gjelder i de ulike situasjoner. Det videre formålet med denne klarhet er å kunne øke forutberegneligheten ved inngåelsen av avtaler om arv. Rettsreglene er derfor først og fremst sett fra ingeniøren og arkitektens side, ikke bare fra tvisteløserens.

12 Hovedpunkter i fremstillingen

En hovedmålsetting er som nevnt å finne gjennomgående systematikk og grunnregler som skaper helhet, konsekvens og oversiktighet i arvereglene.

Nedenfor neves enkelte sentrale grunnregler, grunnprinsipper og vurderinger av systematikken i reglene:

Arverett fordrer rettsgrunnlag i lov eller gyldig testament. Det må imidlertid skilles mellom rettsposisjonen som arving og andre krav mot dødsboet.

Det kan ikke testes over egen formue, selv med fullmakt.

Det finnes et enhetlig testamentsbegrep, men ulike hensyn kan gjøre seg gjeldende ved tolking av de ulike testamentsregler.

Arveloven skiller mellom legalarveregler og testamentsarveregler. I forlengelsen av dette må det skilles mellom lovens fordelingsregler (al kap I, II, III og IIIA, unntatt § 7) og lovens beskyttelsesregler (al kap IV og § 7). Pliktbudsreglene retter seg kun mot arvelaters testasjonsrådighet, og griper ikke direkte inn i arvets fordeling etter loven.

For regler om arvingens disposisjoner over sin arveutsett har det betydning at ektefellearv er personlig, mens slektsarveretten tilkommer en gruppe personer med egne regler om prioritet innenfor gruppen (parenteler og linjer).

Ved sammensatt skifte må det skilles mellom deling mellom ektefellene og arvefordelingen mellom førstavedes. Delingen mellom ektefeller kan bare styres ved ektepakt, mens arvefordelingen bare kan styres av testasjoner eller arveavtaler.

Både ved uskifte og gjensidig testament foretas felleseieskiftet før gjenlevende overtar førstavedes formue, slik at delingen ved et senere skifte styres av arverettslige regler.

13 Hvorfor avtale?

De begrensninger arveloven setter for arvelaters frie råderett over sin etterlatte formue er stort sett gitt av hensyn til legalarvingene, eksempelvis pliktregler og minstearvsregler. Gjennom avtaler hvor de beskyttede legalarvinger frafaller sin rett til innsigelser, får lovens materielle begrensninger ikke lenger noen betydning.

Sett fra arvingenes side, som bare i begrenset utstrekning selv kan påvirke fordelingen av arven etter arvelater, kan den ønskede fordeling likevel oppnås gjennom avtale med arvelater hvor fordelingen bestemmes i hans testament.

Litt forenklet kan det sies at så lenge arvelater og arvingene er enige, kan de som utgangspunkt avtale den fordeling de måtte ønske seg – uhindret av lovfastsatte regler. Slik sett kan arveloven betraktes som en deklarasjonslov.

Et arveoppgjør styres sjelden utelukkende av økonomiske hensyn, og tidvis betaler man litt for familiefreden. Inngåelse av avtaler, som alternativ til arvelaters ensidige fastsettelse, gir i de fleste tilfeller også gevinst på det mer menneskelige plan.

Dersom en arvelater gjennom sin dyktige advokat har sikret sin gjenlevende samboer å kunne fortsette bruken av tidligere felles bolig, samtidig sikrer henne livsvarig uvennskap og langvarige tvister med hans livsarvinger, kan det hende hun etter en helhetsvurdering hadde vært bedre stilt uten ordningen.

Arveoppgjør berører erfaringsmessig dyptsittende og kompliserte følelser, som sjelden er styrt av helhetlige økonomiske vurderinger. Det kan tenkes at den reelle årsak til livsarvingenes søksmål mot sin avdøde fars samboer er en uoppgjort følelse av svik fordi far forlot dem og deres mor til fordel for den andre kvinnen – og kanskje blåses det nytt liv i denne negative følelse ved at de også blir fratatt farsarven. Kanskje hadde tvisten og konfliktene vært unngått dersom far hadde tatt barna sine med på råd – og latt dem bli hørt. Gjennom samtaler ville han antakelig fått større forståelse for barnas synsmåter – at det kanskje ikke så mye dreier seg om verdiene, men at de synes det er vanskelig at barndomshjemmet skal tas over av en fremmed. Kanskje synes de det er greit at stemor fortsetter å bo i huset, men liker ikke tanken på at huset ved stemors død tilfaller hennes arvinger. Gjennom en dialog – reelle forhandlinger om arvens fordeling – kan far, livsarvingene og stemor (og kanskje hennes barn) finne frem til løsninger som ivaretar alles interesser. En praktisk løsning er ofte at gjenlevende samboer sikres en rimelig borettsrett for sin levetid, mens arvelaters (eierens) barn sikres å overta eiendommen ved stemors død.

En omforent avtale virker ofte som en garanti mot fremtidige prosesser, som erfaringsmessig er både økonomisk og følelsesmessig krevende. Samtidig kan det finnes frem til mer konkret passende løsninger ved avtaler enn ved ensidige fastsettelse.

For arvelater er den viktigste negative konsekvensen av å bruke avtaler i stedet for ensidige fastsettelse at han ikke bare blir sikret, men også bundet. Både et testament og et avkortingspåbud kan i utgangspunktet fritt tilbakekalles eller endres, men kan også gjøres ugjenkallelige. Dette er valg arvelater også i andre

sammenhenger blir stilt overfor. Ektefeller kan i stor utstrekning sikre den gjenlevende ved ektepakt, i stedet for ved testament. Testamentet kan som hovedregel ensidig tilbakekalles, men det kan ikke ektepakten.

For arvingene blir valgene litt annerledes, idet alternativene for dem ofte er hvorvidt de skal gi avkall på ventet arv eller avslag på falt arv. Etter gjeldende regler har arvingen i forhold til ektefelle, kreditorer og avgiftsmyndigheter samme adgang til å frafalle ventet arv som falt arv. I de tilfeller formålet med frafallet er å la arven gå videre til neste generasjon, kan det således være fristende å avvente arvefallet for derved å stå fritt til å se an forholdene. Ulempen ved å vente ligger i at arvingens styringsrett over den frafalte arvelodd er mindre etter arvefallet, hvilket får betydning dersom formålet er noe annet enn bare å la arven gå videre til neste generasjon. Tilsvarende gjelder for spørsmålet om forhåndssamtykke eller etterfølgende samtykke til pliktdelskrenkende testament, men her vil ofte hele poenget være å etterkomme et ønske fra arvelater om et forhåndssamtykke.

Foruten de forhandlingsfordeler som er nevnt ovenfor, vil det ofte ligge i situasjonen at både arvelater, arvinger og eventuell ektefelle eller ”ekstern” medkontrahent ønsker en viss sikkerhet for sine motytelser. Livsarvingene vil ikke frafalle sine arverettigheter før de vet at vilkårene er sikret, eksempelvis i form av en sekundærarverett som ikke kan kalles tilbake.

Ved siden av å bli bundet gjennom avtaler, vil avtaleformen også innebære at rettsforholdet mellom partene ikke bare styres av arverettslige regler, men også av de avtalerettslige. Dette gjelder for så vidt også alle andre arverettslige disposisjoner enn testasjoner, eksempelvis spørsmålet om arvingens avkallserklæring er bindende avgitt. Forskjellen går også på det innholdsmessige, eksempelvis ved at partene kan avtale mer ved en gjensidig arveforskuddsavtale enn arvelater ensidig kan påby om avkorting.

14 Om metode, rettskilder og begreper

14.1 Generelt

Jeg har med denne avhandlingen ikke hatt som selvstendig mål å bidra til utviklingen av rettskildelæren eller synet på god juridisk metode. For meg består god juridisk metode først og fremst i etterrettelighet og at fremstillingen er forståelig for andre. Jeg vil forsøke fortløpende å redegjøre for hvordan jeg kommer frem til de ulike løsninger.

Det som særlig preger denne fremstillingen er en søken etter konsekvens i regelverket, herunder både internt innen arveretten og i arverettens forhold til andre rettsområder – særlig ekteskapsrettslige og avtalerettslige regler. Likeledes søkes en enhetlig systematikk og terminologi som kan danne grunnlag for å løse andre lignende spørsmål.

Der hvor jeg inntar andre standpunkter enn de tradisjonelle, innebærer dette ofte intet stort avvik fra de konkrete materielle rettsregler, men en kritikk av systematikken – eller mangelen på systematikk og konsekvens.

Arveretten er preget av en rettsutvikling over lang tid hvor både samfunnsforhold og tilgrensende rettsområder har utviklet seg. Både arveretten og ekteskapsretten preges av begrepskonservatisme, hvor gamle begreper og systematikk forsøkes beholdt. I stedet for en helhetlig omstrukturering av arveretten har enkeltregler blitt endret for å reparere konkret urimelighet. Konsekvensen har blitt mangel på helhetlig systematikk. Arveloven bygger eksempelvis ikke på eierrådighet og avtalefrihet som utgangspunkter, men har som utgangspunkt at arvelaters disposisjoner over etterlatt formue krever uttrykkelig hjemmel. Videre er forestillingen om slekten som medberettigede i arvelaters formue fortsatt virksom. Den økonomiske ekteskapsretten (familieformueretten) preges fortsatt av forestillingen om én fellesformue.

Et særtrekk ved mye av fremstillingen er henvisningen til ulike *rettsforestillinger* som forklaring på det som tilsynelatende er uenighet om rettsreglers innhold. Med rettsforestillinger menes en form for rettsoppfatning, men som ikke er knyttet direkte til rettsreglers innhold. Rettsforestillinger brukes her som betegnelse på en bakenforliggende forestilling om konstruksjoner – eksempelvis om

formuesfellesskapet mellom ektefeller. Som for rettsprinsipper kan det av rettsforestillingene heller ikke direkte utledes en rettsregel, men begge deler kan være med å utforme hvordan rettsregelen – eller oppfatningen av den – utformes. Se nærmere pkt 14.3.4.

En nærmere redegjørelse for hvilken juridisk metode som er anvendt i denne avhandlingen, forutsetter en utstrakt eksempelbruk, som vil medføre dobbeltbehandling. Jeg viser i stedet til hva som sies omkring metodiske spørsmål under veis i fremstillingen.

Den tradisjonelle rettskildelære er fokusert på hvordan man finner frem til en *rettsregel*. De rettsspørsmål som skal behandles her tar utgangspunkt i en bestemt situasjon, nemlig fordelingen av arvelaters etterlatte formue. Jeg har funnet det mer hensiktsmessig å ta utgangspunkt i at den som krever en andel av den etterlatte formuen, må bygge sitt krav på et *rettsgrunnlag*. Dette rettsgrunnlaget kan være lovens arvegangsregler, arvelateres testament eller en avtale.

Avhandlingen dreier seg om forhåndsavtaler om den etterlatte formuens fordeling. Sentralt står derfor *rettsforholdet* mellom avtalepartene. Både rettsgrunnlag og rettsforhold kan springe direkte ut av loven – eksempelvis ved et arveoppgjør uten testasjoner eller arvefordelingsavtaler, slik at rettsforholdet mellom arvingene og arvets fordeling utelukkende bygger på loven.

Ved et arveoppgjør kan lovens fordeling også tenkes styrt av arvelaters testament. Dermed får man et samspill mellom loven og testamentet. Når det foreligger arvefordelingsavtaler, blir det et tilsvarende samspill mellom avtalen og arverettslige regler – og dessuten avtalerettslige regler. I tillegg kan det tenkes at arvelaters testamentariske bestemmelser må hensyntas. Derved må rettsforholdene avklares gjennom et samspill mellom på den ene side viljeserklæringer i form av avtale eller testament og på den annen side ulike sett av rettsregler. Det er dette samspillet som utgjør den metodiske utfordring i avhandlingen, og som beskrives noe nærmere i pkt 14.4.

Det er ikke bare forholdet mellom avtale og lov som må avklares, men også mellom de ulike regelsett. Dette gjelder som ofte forholdet mellom avtalerettslige og arverettslige regler, hvor problemstillingen ofte er en avveining mellom disposisjonens

og regelens avtalerettslige eller arverettslige preg. Det avtalerettslige preg er mer fremtredende hvor det innenfor lovens rammer er overlatt til partene å konstruere arvefordelingen, mens det arverettslige preg dominerer hvor en ensidig erklæring utelukkende har betydning som en begivenhet som utløser lovfastsatte virkninger. Tilsvarende gjelder forholdet mellom arverettslige og ekteskapsrettslige regler, hvor spørsmålet eksempelvis ofte kan være om en formuesoverføring fra førstavdøde til gjenlevende er et ledd i det ekteskapsrettslige eller det arverettslige oppgjøret.

I en del situasjoner må det dessuten skje en samordning med andre fagområder som regulerer fordeling av en avdøds formue.

Et generelt og faktisk problem som ofte oppstår når flere regelsett skal fremstilles samtidig er at forfatteren ikke kjenner alle rettsområder like godt. Forfatteren tar gjerne utgangspunkt i det fagområde han behersker, og forsøker deretter å trekke paralleller og å samordne regelsettene.

I sine fremstillinger av livsforsikringer tok *Arnholm* ofte det forbehold at han ikke var noen forsikringsmann.⁵ I festskriftet til *Arnholm* gir *Selmer* ham medhold i dette.⁶

Under sitt foredrag ”Generasjonsskiftets rettslige problem i det moderne samfunn”, avholdt under Det nordiske juristmøtet i Stockholm 1996⁷ formulerte *Frederik Zimmer* problemet muntlig omtrent slik: Arverettsjurister forstår ikke skatterett, og skatterettsjurister interesserer seg ikke for arverett. Stillheten fra arverettsjuristene, og de lure smilene fra skatterettsjuristene, understreket hans poeng.

14.2 Rettskildene

Gjeldende arvelov er fra 1972 og var den gang i det vesentlige en videreføring av reglene fra loven av 1854 – som igjen videreførte dagjeldende lovfestede og ulovfeste regler. Utviklingen innen enkeltregler er behandlet underveis. Det som her særskilt skal fremheves er det tosporede arverettsgrunnlag, med legalarverett og testamentsarverett, som har preget arveretten i flere århundreder og som derfor gis status både av et arverettslig grunnprinsipp og en grunnregel, se pkt 14.5. Grunnregelen går ut på at arverett må bygge på lov eller testament, mens grunnprinsippet beskriver samspillet mellom de to rettsgrunnlag.

Forarbeidene til både gjeldende lov og 1854-loven er relativt omfattende, og gir svar på mange spørsmål som ikke direkte er løst i loven. Forarbeidene, sammen med eldre litteratur, gir fortsatt veiledning for forståelsen av bestemmelser som uten særlige

⁵ Se eksempelvis *Arnholm*, Livsforsikringskrav og arveoppgjør, TfR 1958 side 143.

⁶ *Selmer*, Oppnevning av begunstiget i livsforsikring, Nordisk gjenklang side 141.

merknader i forarbeidene er videreført fra gammel til ny lov – og som også i nyere arverettslig litteratur er lagt til grunn uten drøftelser.

Rettspraksis har bidratt til avklaring og fastlegging av både enkeltreglers og generelle prinsippers innhold innen arveretten. Det foreligger imidlertid ikke så mye relevant rettspraksis vedrørende de spørsmål som skal behandles i denne avhandlingen. Det foreligger i og for seg en relativt omfattende underrettspraksis, men avgjørelsene er for det meste konkret begrunnet og er mer egnet som eksempler enn som argumenter for en rettsregels innhold. Ved at mange grunntrekk fra den gamle arveloven er videreført i gjeldende lov, vil også eldre rettspraksis fortsatt være av betydningen. Læresetningen om pliktdelsreglenes kvalitative side bygger fortsatt på *Rt 1948 359*.

Den arverettslige litteratur er også ganske omfattende, og bidrar alene eller sammen med rettspraksis og forarbeider til å avklare spørsmål loven ikke direkte løser. Som for rettspraksis er også eldre litteratur fortsatt av betydning, og det vil i stor utstrekning bli vist til denne. Derimot synes jeg litteraturen har bidratt lite til fornyelse av arveretten, og til nødvendige tilpasninger til endrede samfunnsforhold og familiemønstre, endringer i tilgrensende rettsområder osv. I denne avhandlingen har jeg for et begrenset område av arveretten forsøkt å bryte denne tradisjon. Dette gjelder direkte for arvefordelingsavtalene, men indirekte også for tilgrensende arverettslige områder som pliktdelsreglene og grensen mellom livs- og dødsdisposisjoner.

Av nordisk lovgivning, rettspraksis og litteratur er det særlig dansk rett som er av interesse. Våre to lands arverettslige regler har felles opphav. Det har både forekommet formelt lovsamarbeid, og de to land har gjensidig hentet inspirasjon fra hverandres arverettsregler ved lovrevisjoner ol. I forhold til svensk rett er det forskjeller både innen arveretten, ekteskapsretten og skifteretten. For denne avhandlingen gjelder dessuten at forhåndsavtaler om arvets fordeling som utgangspunkt ikke er gyldige etter svensk rett. Det forekommer derfor verken arvepakter eller arveforskuddsavtaler.

På initiativ fra Nordisk Råd er det de siste år utgitt oversiktlige og helhetlige fremstillinger av nordisk arverett, familierett og barnerett, som er viktige hjelpemidler for egen forståelse av de

⁷ Se Förhandlingarna vid Det 34:e nordiska juristmötet, del I, side 241 flg.

nordiske rettssystemer. Det må erkjennes at disse bøkene, særlig den arverettslige fremstilling, er brukt til egen læring i langt større utstrekning enn de konkrete henvisninger i teksten røper.⁸

Enkelte steder har jeg trukket generelle paralleller til sentrale prinsipper innen common law, men uten konkretiseringer eller henvisninger til rettspraksis, lovgivning eller teori. Formålet med sammenligningene er først og fremst å illustrere andre mulige synsmåter, uten å anvende mulige rettsregler som rettskildefaktorer. Det er kun vist til sentrale prinsipper og grunntrekk som nærmest er å anse som vitterlige kjensgjerninger.

14.3 Andre forhold som spiller inn ved tolkingen av den enkelte rettsregel

14.3.1 Formålsbetraktninger, verdisyn og personlige preferanser

Ved tolking av en lovbestemmelse står lovgivers formål sentralt. Hvor dette ikke fremkommer uttrykkelig, er det ofte naturlig å se på en mer eller mindre situasjonsbestemt bakgrunn for loven. Likeledes er det – særlig for eldre lovgivning – av betydning å forstå loven ut fra de forhold og forutsetninger som gjaldt den gang loven ble gitt. For de bestemmelser i gjeldende lovgivning, som er videreført fra 1854-loven, må det undersøkes i hvilken utstrekning lovgiver har gitt en fornyet tilslutning eller begrunnelse, eller uten nærmere vurderinger har videreført gamle regler. I så fall må det vurderes om de forhold som omkring 1850 begrunnet lovbestemmelsen, fortsatt gjør seg gjeldende.

I den historiske gjennomgang nedenfor skal jeg vise hvordan synet på arv etter testament har endret seg gjennom tiden. Arvelovkomitéen presiserte at testamentsarverett skulle være helt likestilt med legalarverett. Likevel inneholder arveloven regler som synes å bygge på – eller forutsette – et utgangspunkt om slektens arverett som det prinsipale – og det normale.

Som på de fleste andre områder hvor det søkes innført likestilling, vil det for det første være en viss treghet i systemet, dvs slik at de tidligere grunntanker fortsatt gjør

⁸ Se særlig *Lødrup*, Nordisk arverett. Se også *Anders Agell*, Nordisk äktenskapsrätt, København 2003, samt *Peter Lødrup*, *Anders Agell* og *Anna Singer*, Farskap, morskap og underhåll till barn, København 2004. Se videre Äktenskapsrätten och successionsrätten i de fem nordiska länderna : om möjligheterna och nyttan av

seg gjeldende. For det annet kan det tenkes at standpunkter man har kommet til på bakgrunn av politiske eller rettslige betraktninger, kommer i konflikt med dypereliggende personlige verdisyn, rettferdighetsoppfatninger osv. For spørsmål omkring arvefordelingsavtaler kan det heller ikke utelukkes at arverettens ”symbolverdi” som bevis på tilknytning og verdighet spiller inn.

Slektsarvinger kan nok oppfatte det som et ”slektssvik” at arvelater oppretter testament og dermed foretrekker å la arven gå til andre enn slekten. Antakelig vil barn føle seg enda mer urettferdig forbigått ved at foreldrene foretrekker et av de andre barna som arving fremfor en selv. Kan gjenkjennelsen av slike følelser hos lovforberedere og stortingsrepresentantene forklare utformingen av reglene, eller domstolenes eller teoretikernes oppfatninger av dem? Kan det tenkes at lovens arvetavle, som i henhold til forarbeidene bygger på arvelaters formodede ønsker, likevel oppfattes – og er ment å skulle oppfattes – som normativ?⁹

Det er imidlertid vanskelig å trekke noen sikre konklusjoner ut fra grunntrekk eller systematikk i gjeldende arvelov. Likevel kan det spørres om ikke endringer i oppfatninger av eiendomsretten og individets frihet kan spores i arvelovgivning. Arveloven av 1854 inneholdt uttrykkelige hjemler for testasjonsfrihet. Gjeldende lov inneholder bare bestemmelser om begrensninger i testasjonsfriheten. Er dette et uttrykk for grunnsynet om at det er begrensninger i eierrådigheten som må begrunnes og hjemles, ikke eierrådigheten i seg selv?¹⁰

Selv om legalarverett og testamentsarverett skal være likestilte, og begge former er tuftet på arvelaters ønsker, er hele vårt arvesystem bygget på slektsarveretten som fundament, som det prinsipale. Både testamentsarveretten og gjenlevende ektefelles legalarverett innebærer rent systematisk en inngripen i slektsarveretten.¹¹

lagharmonisering : en sammanfattande rapport / av Anders Agell och Peter Lødrup ; i samarbeite med Linda Nielsen, Urpo Kangas och Svend Danielsen, København 2002.

⁹ *Arnholm*, Arveretten side 52 ga klart uttrykk for et slikt syn: ”[Lovgiver] kan nok også regne med at mange arvelatere vil føle en viss respekt for lovens løsning så lenge de ikke synes den virker åpenbart urimelig i deres konkrete tilfelle. Og en slik respekt bør arvelatere føle. De bør tenke på at lovens arvetavle er resultatet av grundige overveielser hvor de forskjellige hensyn er veiet omhyggelig mot hverandre.”

¹⁰ Når al § 55 inneholder en særlig bestemmelse om at testamenter kan tilbakekalles, er dette antakelig mest for presisere forskjellen fra avtaleretten enn det er å hjemle selve retten til tilbakekall. Likeledes er al § 56 om fraskrivelse av testasjonskompetanse en nødvendig presisering i forhold til utgangspunktet i al § 55. Retten til å fraskrive seg en eierbeføyelse er i seg selv en del av eierrådigheten og avtalefriheten.

¹¹ Se eksempelvis al § 6 sammenholdt med reservasjonene i henholdsvis al § 1 tredje ledd, § 2 fjerde ledd og § 3 første ledd.

Mange regler synes dessuten å bygge på en forutsetning om lovens arvetavle som den prinsipale arveform.¹²

14.3.2 Fagtradisjoner og yrkestradisjoner

Jeg har ovenfor pekt på de vansker en arverettsjurist har når han skal trekke paralleller til fagområder han har mindre erfaring med. Et annet forhold som jeg finner grunn til å påpeke når det gjelder utvikling av rettsregler, og samordning av ulike regelsett, som gjelder for samme faktiske forhold, er de ulike yrkestradisjoner eller rettsanskuelsesmåter som gjelder innenfor de ulike ”bransjer” jurister jobber i. Som et eksempel kan nevnes forholdet mellom arverettslige fordelingsregler og arveavgiftsreglene. Samsvar mellom den arverettslige fordeling og avgiftsberegning er en naturlig målsetting.¹³ Likevel finnes det eksempler fra praksis på at avgiftsmessige – og dels fiskale – hensyn vektlegges mer enn grunnleggende arverettslige prinsipper.¹⁴ Den enkelte jurists oppfatning av erstatningsretten vil på samme måte ganske sannsynlig farges av om man har jobbet som advokat på skadelidtesiden eller tilbrakt sitt yrkesaktive liv i et forsikringsselskap. Forsvareren og statsadvokaten ser strafferetten på litt ulike måter.

Selv med samme utdanning er det ganske klart at den enkelte jurist utvikler ulike oppfatninger av juridisk metode, herunder ikke minst de ulike rettskildedefaktorerers relative vekt – og dermed av rettsreglenes innhold – avhengig av hvilke fagområder man arbeider innenfor. En strafferettsjurist er opptatt av legalitetsprinsippet, mens sedvaner og kutymen har større plass hos forretningsadvokaten. Saksbehandleren på trygdekontoret kan lett la rundskriv rangere høyere enn høyesterettspraksis.

14.3.3 Aktiv og passiv holdning til forholdet mellom lov og avtale mv

Av betydning for de temaer som behandles her – avtaler om arv – vil jeg særlig påpeke det jeg vil betegne som aktive og passive holdninger hos henholdsvis avtalerettsjurister

¹² Se eksempelvis *Utk62* side 219-II vedrørende tilbakekall fra mindreårig arvelater hvor det uttales at når ”testamentet er tilbakekalt, faller man nemlig tilbake på den fordeling av arven som er bestemt i loven, og som presumptivt er den gjennomsnittlig beste”.

¹³ Målsettingen kommer til uttrykk i aal § 6 første ledd, hvor det bestemmes at avgiftsgrunnlaget skal fastsettes på grunnlag av det som vil tilfalle den enkelte arving ved at alle boets midler fordeles etter lov og testament. Tilsvarende bestemmes det i aal § 8 tredje ledd at avslag på falt arv bare får betydning for arveavgiftsberegningen dersom avslaget er i tråd med de arverettslige regler i al § 74. Se som eksempler *Rt 1968 629* og *Rt 1963 61* hvor et uklart spørsmål om arveavgift ble løst på bakgrunn av arverettslige regler.

og arverettsjurister. Dette er noe annet enn det rettskildemessige forholdet mellom lov, testament og avtale, som behandles under pkt 14.4. Forskjellen kan i korte trekk beskrives som at avtalerettsjuristen nærmer seg en problemstilling med spørsmålet: ”Hva sier avtalen?” Arverettsjuristens første spørsmål er derimot: ”Hva sier loven?” Denne passive holdning hos arverettsjuristen får blant annet betydning for oppfatninger omkring testamentsreglene. Testamentet har samme rettskildemessige posisjon som avtalen – som et dispositivt utsagn og en rettshandel. For begge gjelder at det i lovgivningen oppstilles gyldighetsregler, materielle begrensninger, bakgrunnsrett og tolkingspresumsjoner. Denne passive holdning har antakelig sammenheng med det jeg innledningsvis beskrev som ærefrykt for lovens ordening.

Forholdet mellom legalarverett og testamentsarverett behandles nærmere i Del 2. En fundamental forskjell som lett overses er at testamentsarverett bygger på en viljeserklæring. Alle spørsmål om testamentsarverettens innhold må derfor ta utgangspunkt i arvelaters testamentarisk bestemmelse – på samme måte som partenes felles oppfatning er det styrende for innholdet i en avtale. Ved vanlige testamenter har testators vilje en fremtredende plass i de fleste juristers bevissthet, men denne tapes ofte av syne i forhold til gjensidige testamenter, hvor likheten med den legale uskifteordning synes å overskygge oppfatningen av viljesbaserte disposisjoner. Ved gjensidige testamenter må ofte både førstaveddødes, lengstlevendes og den felles testasjonsvilje avklares. I tillegg bygger gjensidige testamenter ofte på avtaler og forutsetninger, herunder også på tredjemannsavtale og tredjemannsarvepakt.

Faren for feil og unøyaktigheter er derfor til stede når gjensidige testamenter skal fremstilles under synsvinkelen ”lovens ordening”. Det er symptomatisk at det av lovteksten i al § 58 ikke fremgår at det dreier seg om tolkingspresumsjoner, slik det gjøres i al § 67. Som nevnt ovenfor medfører grunnsynet på arveretten som gjennomregulert av lov en altfor passiv holdning, både til betydningen av testamentariske bestemmelser og til avtaleelementet i mange arverettslige disposisjoner. Jeg kommer tilbake til dette blant annet under kapittel 56 om utvidelse av testasjonskompetanse gjennom bestemmelser i gjensidig testament, og om

¹⁴ Se eksempelvis Sør-Trøndelag skattefogdkontors endringsvedtak av 3.1.2003 (Moan).

stilltiende tredjemannsavtaler og arvepakter i forbindelse med opprettelse av slikt testament.

De senere tiders utvidelse av uskifteordningen fra å være en utsettelse av felleseieskifte til å bli en alternativ legalarverettighet fordrer en samordning mellom legalordningen uskifte og de individuelt oppbygde ordninger med gjensidig testament, se nærmere kapitlene 56 og 74.

Av større betydning for de resultater jeg kommer til i denne avhandlingen er den samme passive holdning til legalarveavtaler, dvs avtaler om legalarvens fordeling som er hjemlet i arveloven. Slike avtaler er, som ektepakter om formuesordningen, bare gyldige så langt deres innhold er hjemlet i loven. Dette innebærer at det er avtalefrihet innenfor de ytterrammer loven trekker opp. Når eksempelvis virkningen av arvingens avkall på ventet arv eller arvelaters påbud om avkorting drøftes i juridisk teori, dreier diskusjonene seg stort sett om lovtolkning. Hva sier loven? Slike drøftelser blir dessverre ofte litt forfeilet, ikke fordi svarene ikke rettslig sett er korrekte, men fordi selve spørsmålsstillingen er litt skjev. Virkningene av et avkall varierer først og fremst med hva arvingen og arvelater har blitt enige om – og ment!¹⁵ Det allmenngyldige svaret på alle spørsmål om et avkalls eller avkortingspåbuds betydning for medarvinger, for gjenlevende ektefelle, for arvelaters testasjonsfrihet osv, er at det beror på hva partene har avtalt eller forutsatt – såfremt avtalen har et (inntolket) innhold som ligger innenfor lovens rammer. Det er først når vi har avklart hva avtalen går ut på at lovtolkingsprosessen starter, nemlig ved avklaringen av om avtalen har et lovlig innhold. Se nærmere om lignende spørsmål under pkt 61.2 om betydningen av ulike formål og faktiske situasjoner for innholdet av en legalarveavtale. I det følgende gis en liten aperitiff:

De tradisjonelle drøftelser omkring hva som skjer med den arvelodd en arving har gitt avkall på bygger på en oppfatning om at avkallet medfører et slags hull, eller en i utgangspunktet ”eierløs” arvelodd, slik at det må avklares hva lovgiver har bestemt eller forutsatt om virkningen. Utvides arvelaters testasjonsfrihet? Tilfaller den medarvingene? Hva med avkallsgivers livsarvinger?¹⁶

Løsningene blir enklere hvis man går konkret inn i den enkelte avtale og ser på hva som var partenes formål eller forutsetninger. I praksis er problemet at partene i liten utstrekning

¹⁵ Som eksempel på slike forfeilede drøftelser, se *Unneberg*, Arveretten side 249-252.

¹⁶ Denne debatt har særlig vært fremtredende i dansk rett. Se eksempelvis *Nørgaard*, Arveret side 127-130 og *Danielsen*, Arveloven side 306-312 (særlig side 309-311 om utvidet testasjonsfrihet), begge med videre henvisninger.

uttrykkelig avtaler virkninger mv, men nøyer seg med en kort erklæring om avkall eller en påtegning på testamentet om at livsarvingen samtykker. Likevel kan mye avklares gjennom alminnelig avtaletolkning, hvor nettopp situasjonen omkring avtalen, partenes synbare forutsetninger osv står sentralt.¹⁷ Dersom hensikten med avkallet er at arvingen ensidig ønsker å tre ut av arverekken, er hans forutsetninger normalt at arven skal gå videre til egne livsarvinger. Denne løsning er så naturlig at den må kunne oppstilles som en tolkingspresumsjon. Er avkallet gitt i forbindelse med opprettelse av et pliktdelskrenkende testament, er det like naturlig å tolke avkallet dit at samtykkegiver har ment at arvelater skal kunne disponere hans arvelodd – også med virkninger for avkallsgivers linje. Grensene for avtalefriheten følger av arverettslige regler, herunder grunnregelen at arvinger bare kan utpekes ved testament eller med hjemmel i arveloven. Er det avtalt at arven skal gå videre til bare enkelte av avkallsgivers livsarvinger eller medarvinger, må dette i tilfelle bestemmes i testament, idet det ikke finnes noen hjemmel for at en arving kan utpeke medarvinger eller for at arvelater gjør dette formløst.

Som påpekt av *Lødrup*¹⁸ vedrørende avkorting og arveforskudd er det ikke avgjørende hvilke betegnelser partene bruker, men hva som er realiteten i avtalen. Tilsvarende gjelder også for spørsmålet om forholdet mellom avkall og forhåndssamtykke til pliktdelskrenkende testament. Som jeg kommer nærmere tilbake til, må det skilles mellom avkall på hele legalarverettigheten og avkall begrenset til en livsarvings rett til å angripe et pliktdelskrenkende testament. Om partene kaller det et avkall eller et samtykke har bare betydning som tolkingsmoment. Det avgjørende er hva partene avtalte eller forutsatte. Var formålet med avkallet utelukkende at et opprettet testament skulle tillates å gripe inn i arvingens pliktdelsrett, må det inntolkes at det bare er retten til å angripe testamentet som er frafalt. Er avkallet gitt fordi arvingen, etter eget ønske, har fått sin arv på forskudd, og testamentet er til fordel for tredjemann som har betalt arveforskuddet (vederlaget for avkallet), må det inntolkes at også selve legalarveretten er frafalt – normalt også for hele avkallsgivers linje.

Fordi de ulike regelsettene ofte glir over i hverandre – i den forstand at en og samme disposisjon kan oppfanges av flere regelsett – må det også for andre legalarveavtaler foretas konkrete tolkinger. Et illustrerende eksempel fra rettspraksis finnes i *Rt 1960 26*, nærmere omtalt under pkt 61.1. I dommen ble en uttrykkelig erklæring *fra livsarvingen om fullstendig avkall av Høyesterett* tolket som *arvelaters påbud om avkorting*, ut fra konkrete vurderinger om hva som var partenes mening og forutsetninger med avtalen.

For en del rettsspørsmåls vedkommende, og særlig vedrørende legalarveavtalene, inntar jeg i denne avhandlingen standpunkter som avviker noe fra de som finnes i annen juridisk teori. Noe av bakgrunnen for dette er ofte forskjeller i den juridiske problemløsningsmetode, ved at jeg i stedet for å spørre om lovens løsning i de ulike situasjoner heller spør om hva partene har avtalt og hvilke begrensninger loven oppstiller i forhold til det avtalte.

¹⁷ I dansk rett finnes dessuten utfyllende regler for arveforskuddsavtaler i dal §§ 43-47.

¹⁸ *Lødrup*, Arverett § 11 V, side 137.

14.3.4 Rettsoppfatninger og rettsforestillinger

Reglene om slektsarverett, og ikke minst livsarvingenes pliktdelsrett, regulerer ikke bare rettsforholdet mellom de involverte, men de *skaper* også holdninger og synspunkter på hvordan arv *bør* fordeles – samtidig som det er slike synspunkter som er *bakgrunnen* for reglene. Antakelig mener fortsatt et flertall av befolkningen at barn *bør* arve eller har krav på arv – og lik arv – fra sine foreldre, hvilket også er begrunnelsen for pliktdelsreglene. Samtidig vil jeg gjette på at et stadig økende antall mener det kan gjøres unntak i særlige tilfeller, og at foreldre selv *bør* få bestemme over sin formue når barna er blitt voksne.¹⁹ Det må antas at lovreglene også i seg selv befester de synspunkter og holdninger som i sin tid begrunnet regelen, og derfor vil hindre eller forsinke en utvikling på rettsområdet som er i takt med øvrige endringer i samfunnet eller på andre rettsområder.

Vekselvirkningen mellom arveloven og samfunnsforholdene er omtalt av flere forfattere. Blant annet er det påpekt at arveloven må tilpasses samfunnsforholdene, samtidig som loven er med på å forme dem.²⁰

I *Rt 1948 359* begrunnet Høyesterett sitt resultat blant annet med at det ville ”trolig være et brudd med tilvante forestillinger ... om arvelateren kunne fordele sine enkelte ting mellom livsarvingene også for så vidt angår pliktdelen”.

Med rettsoppfatning mener jeg oppfatning om hva rettsregelen går ut på. Slik brukes også uttrykket folks alminnelige rettsoppfatning. Ovenfor har jeg sett på ulike forhold som virker inn på den enkeltes rettsoppfatning, og som kan betegnes som rettsoppfatningsforutsetninger.

Et annet forhold som særlig preger arveretten og ekteskapsretten er det jeg betegner som *rettsforestillinger*. I motsetning til den konkrete rettsoppfatning av enkeltregler er dette bilder – forestillinger – av ”ordninger” som eksempelvis ektefellers formuesordning, uskifteordningen, pliktdelsreglene osv. Denne forestilling om hva noe er, farger våre oppfatninger av reglens innhold – og er slik sett også en rettsoppfatningsforutsetning. Men det er også noe mer enn det. Våre rettsforestillinger

¹⁹ Var pliktdelsreglene blitt opphevet, ville nok fortsatt arven i de aller fleste tilfellene gått til livsarvingene – bortsett fra de tilfeller hvor det forelå særlige grunner for at arvelater valgte en annen fordeling.

påvirker våre oppfatninger av rettsregelen, ikke som et selvstendig argument eller hensyn som vi ser, slik eksempelvis verdisynt, politiske oppfatninger forhåpentligvis er. Rettsforestillingene påvirker vår måte å stille spørsmålene på, uten at vi er det bevisst. Ovenfor har jeg nevnt som eksempel spørsmål om lovens løsning i stedet for spørsmål om avtalens innhold. Et annet eksempel kan være pliktdelsreglene. Går reglene ut på at livsarvingene har krav på en minsteandel av arvelaters etterlatte formue? Eller dreier det seg utelukkende om begrensninger i arvelaters rådighet ved testament? Legger man til grunn det siste, er spørsmål om forholdet mellom ektefellenes minstearvsrett og livsarvingenes pliktdelsrettigheter helt forfeilet. Det dreier seg om to ulike regelsett: Lovens fordelingsregler og lovens beskyttelsesregler, se nærmere i kapittel 25. Det samme gjelder spørsmålet om en ektepakt om formuesordning kan være pliktdelskrenkende. Betraktes pliktdelsreglene kun som en begrensning i arvelaters testasjonsrådighet, er svarene på spørsmålene stilt ovenfor enkle. Hvorfor drøftes da de nevnte spørsmålene? Svaret er etter min mening at man ikke har frigjort seg fra de bakenforliggende rettsforestillinger om at pliktdelsarven gjør livsarvingene medberettiget i arvelaters formue – slik rettsforholdene opprinnelig var.

Denne rettsforestilling gjør seg eksempelvis gjeldende ved valg av eiendomspronomen. Når sluttet vi å bruke ”vi har” og ”vår” om eiendeler som tilhører våre foreldre. Mange sier eksempelvis ”vi har en hytte på Sørlandet” selv om de strengt tatt er klar over de reelle eierforhold. Det finnes antakelig psykologiske forklaringer på dette. For det lille barnet er eierfellesskapet naturlig, men før eller siden må vel oppfatningen korrigeres? Etter min mening kan det ikke bare være psykologiske mekanismer som forklarer at følelsen av å være medeier forsterkes – eller kommer tilbake – når foreldrene begynner å bli gamle, og særlig når en av dem sitter i uskifte. Det siste kan også forklares ut fra rettsregler. Tidligere ble arven etter førstavdøde anses falt allerede ved dødsfallet. Synspunktet om at gjenlevende bestyrte barns arv hadde derfor en parallell i rettsreglene. Ved arveloven av 1972 ble den rettslige konstruksjon endret slik at arvefallet etter førstavdøde først inntraff ved skifte

²⁰ *Arnholm*, Arveretten side 32. Se også *Knoph*, Norsk arverett 1959 side 10 og *Platou*, Arveret 1910 side 1-2, samt generelt *Eckhoff*, Rettskildelære 1993 side 206-207. Til sammenligning omtaler *NOU 2003: 26* Om odels-

av uskifteboet. Forsvant også uskiftearvingenes medeierfølelser ved lovens ikrafttreden 1. januar 1973?

Ektefellers formuesordning har endret karakter fra ektefelleloven av 1888, via ektefelleloven av 1927 og til dagens ekteskapslov av 1991.²¹ Mens formuesordningen opprinnelig var en form for sameie, er den etter min mening i dag redusert til å være et regelsett om pengekrav som oppstår ved ekteskapets opphør. Den fortsatt verserende misforståelse om felleseie som synonymt med sameie gjelder ikke bare lekfolk.²²

Mye av formålet med denne avhandlingen er å klare opp i de ulike rettsforestillinger som ikke lenger er i samsvar med realiteten i rettsreglene, og derved kan forvanske eksempelvis lovtolkningen. En gjennomgående opplevelse gjennom dette arbeidet har vært at når systemer og rettsforestillinger avklares – eksempelvis forholdet mellom arverettslige og ekteskapsrettslige regler ved sammensatt skifte og uskifte – blir løsningene ofte enkle på spørsmål som i utgangspunktet syntes vanskelige. For meg personlig har mye grubling og skyggeboksing hatt sitt utspring i uklare rettsforestillinger om helheten i regelverket.²³

Rettsforestilling som begrep forekommer relativt hyppig i fremstillinger av samiske rettsoppfatninger og sedvaner.²⁴ Jeg har i disse fremstillinger ikke funnet noen definisjon av uttrykket, men det synes brukt i omtrent samme betydning som jeg gjør her, som en rettsoppfatning mer knyttet til helhetlige bilder eller enn til enkeltregler.²⁵

Jeg forstår rettsforestillinger som tilbakeskuende – eller det som *Thue* kaller ”ettertenking”.²⁶

Henvisningen til rettsforestillinger tjener først og fremst som forklaringsmodell for formuleringer i lovteksten, uttalelser i forarbeider, rettspraksis eller teori. Det vil

og åsetesretten side 161-I folks holdninger som en sideeffekt av regelverket.

²¹ Se nærmere *Sverdrup*, Sameie side 49-75.

²² Det skyldes nok mer en slurv med ortografien når begrepene ”ektefellenes formue” og ”ektefellenes formuer” brukes synonymt.

²³ Dette skjømmer nok fortsatt deler av fremstillingen, se eksempelvis kapittel 54 om arvepakter. Når dette ikke er rettet opp i, skyldes det tids- og kapasitetsbegrensninger, mer enn et ønske om å verne historiske minnesmerker.

²⁴ Se blant annet *NOU 2007: 14* Samisk naturbruk og rettsituasjon fra Hedmark til Troms, *NOU 2001: 34* Samiske sedvaner og rettsoppfatninger, *NOU 1997: 4* Naturgrunlaget for samisk kultur og *NOU 1993: 34* Rett til og forvaltning av land og vann i Finnmark.

²⁵ I *NOU 2001: 34* pkt 1.1 sies eksempelvis at ”reindriften utøves reint faktisk i overensstemmelse med egne innebygde idealer og rettsforestillinger”.

imidlertid forekomme at påvisning av en uriktig rettsforestilling også brukes som et argument for forekomsten av en bestemt rettsregel. Eksempelvis er både lovtekst og juridisk teori preget av en uriktig forestilling om skifte av uskiftebo som et enhetlig oppgjør, mens det i realiteten består av to ulike delingsoppgjør som i utgangspunktet styres at to ulike regelsett, henholdsvis ekteskapsrettslige og arverettslige – som ved et sammensatt skifte.²⁷ Når bevisstheten om denne oppdelingen mangler, er det eksempelvis lett å hevde at det ekteskapsrettslige delingsoppgjøret kan påvirkes ved testament, hvilket som rettsregel er uriktig.²⁸

På mange områder vil jeg argumentere for en annen systematikk enn den tradisjonelle, se oversikten i kapittel 12. Det aller meste av fremstilling går ut på en avklaring av gjeldende rett. Rettsforestillinger brukes ikke direkte som en rettskildedefaktor, men indirekte som et tolkingsmoment som påvirker vekten av tradisjonelle rettskildedefaktorer som lovtekst, forarbeider, rettspraksis og juridisk teori.

14.4 Samspillet mellom lov, testament og avtale

14.4.1 Rettsregler, rettsgrunnlag og rettsforhold

Innen rettskildelæren har det vært uenighet om hvor langt en avtale regnes som en selvstendig rettskilde. Vanlig lære går ut på at avtalen kun er et faktum som utløser den rettsvirkning at avtalen er bindende, dvs avtalen er en rettsstiftende kjensgjerning – på linje med eksempelvis skadevoldende handlinger, enkeltvedtak og dommer.²⁹

Som antydnet under pkt 14.1 finner jeg det for denne fremstillingen mer hensiktsmessig å vurdere *rettsgrunnlagene* for de ulike krav mot arvelaters etterlatte formue, eller selve *rettsforholdet* mellom arvingene, arvelater, medkontrahenter osv. I dette perspektivet kan både avtalen og testamentet være selvstendige rettsgrunnlag eller

²⁶ Nemlig at man trer ”ut av ut av rekken og stiller seg spørsmålet: Hva er det som skjer, og hva er det vi beskjeftiger oss med, og hvorfor gjør vi det?” *Helge Johan Thue*, Europeisk familierett - Uniformering eller toleranse?, inntatt i Globalisering og familierett 2004 side 119. Se videre *Jørn Øyrehagen Sunde*, Det relasjonelle eighedsrettsomgrepet, inntatt i Rett og toleranse, Festskrift til Helge Johan Thue side 575.

²⁷ Se eksempelvis al § 26 første ledd hvor første punktum omhandler delingen mellom ektefellene, mens annet punktum regulerer arvefordelingen mellom førstaveddødes arvinger.

²⁸ Om betydningen av rettsoppfatninger, rettsprinsipper osv, se *Nygaard*, Rettsgrunnlag og standpunkt side 260-306. Om rettsoppfatninger, se også *Eckhoff*, Rettskildelære side 241-243.

²⁹ Se *Hov*, Kontraktsrett I side 21 og *Nygaard*, Rettsgrunnlag og standpunkt side 49 og nærmere side 340-343 med en rekke henvisninger.

utgjøre en del av rettsgrunnlaget eller rettsforholdet sammen med deklarasjon eller preseptorisk lovgivning, arverettslige grunnregler osv.

Avklaringen av en rettsregels innhold vil i slike tilfeller normalt bare være en del av avklaringen av rettsgrunnlag eller rettsforhold. Valg av metode eller innfallsvinkel kan få betydning for konklusjonene. Ovenfor har jeg pekt på ulike tradisjoner med hensyn til aktiv eller passiv holdning til avtaler og viljesdisposisjoner. Når fokuset kun er rettet mot tolking av rettsregelens innhold, kan man lett tape rettsforholdet mellom partene av syne. Mens avtalen ved tolkingen av loven bare har status av rettsstiftende kjensgjerning, er avtalen ofte det primære i avklaringen av rettsforholdet mellom partene – i en viss utstrekning også i forhold til preseptoriske rettsregler, jf nærmere nedenfor.

14.4.2 Forholdet mellom lov og testament, testasjonsrådigheten

Testasjonsrådigheten kan avgrenses positivt eller negativt, formulert som henholdsvis hva loven tillater eller hva loven forbyr. Arvelovens ordning er at testasjonsfrihet er negativt avgrenset. I praksis er det bare pliktdelsreglene og beskyttelsen av ektefellens arverettigheter som setter grenser for arvelaters testasjonsfrihet. Formkravene innebærer dessuten en faktisk begrensning. Lovens beskyttelsesregler er ingen absolutt ugyldighetsgrunn, men en rettighet som kan frafalles. Gjennom avtale med livsarvinger og ektefellen kan arvelater testamentere over hele sin formue.

Pliktdelsreglene som begrensning i testasjonsfriheten vil ikke direkte behandles. I kapittel 25 behandles imidlertid pliktdelsreglenes betydning for adgangen til å inngå arvefordelingsavtaler. Som en nødvendig del av dette behandles spørsmålet om pliktdelsrettens karakter som henholdsvis minstearvsrett eller testasjonsrådighetsbegrensning.

Som metodisk problem oppstår spørsmålet om et nedarvet grunnsyn på forholdet mellom legalarveretten og testamentsarveretten – med lovens arvetavle som fundament og det normale – prinsipiell likestilling til tross, også påvirker oppfatningen av reglene om arvefordelingsavtaler. De to arverettsgrunnlag testamentsarverett og legalarverett, og forholdet mellom dem, behandles nærmere i Del 2.

14.4.3 Forholdet mellom lov og avtale, avtalefriheten

Både testasjonsrådighet og avtalefrihet springer ut av eiendomsretten, men innen arveretten har arveloven generelt grepet inn og bestemt som det klare utgangspunkt at arvelater bare kan bestemme arvets fordeling ved testament og at arvinger ikke kan disponere over ventet arv. Derved blir det reelle utgangspunkt at arvelaters og arvingenes disposisjoner om arvets fordeling på andre måter enn ved testament krever særskilt hjemmel. Både arvelaters og arvingenes avtalefrihet er derved positivt avgrenset.

Disse unntakshjemler betegner jeg stedvis som kompetansetildelinger, idet loven gir arvelater eller arvingen adgang til å gjøre bestemmelser om arvets fordeling som vedkommende i utgangspunktet ikke kunne – eksempelvis arvelaters adgang etter avkortingsreglene til formløst å gjøre bestemmelser om arvets fordeling mellom livsarvingene.

De ulike utgangspunkter, det forhold at avtalefrihet og eierbeføyelser er negativt avgrenset, mens arvefordelingsavtalene krever særskilt hjemmel, får betydning for samspillet mellom avtalerettslige og arverettslige regler. Jo større innslaget av avtalerettslige elementer er, desto større betydning har partenes mening. De arverettslige disposisjoner i avtalen preges derimot mer av at de anses som begivenheter som utløser en lovfastsatt virkning, dvs ikke som selvstendig rettsgrunnlag, men som rettsstiftende kjensgjerning – eksempelvis *dersom* arvingen har gitt avkall på ventet arv *så* bortfaller også linjens arverett.

14.4.4 Deklaratorisk rett, bakgrunnsrett, tolking og utfylling

Både innenfor avtaleretten og arveretten må det skilles mellom deklarasjon og preseptorisk lovgivning. Det finnes imidlertid grader av både preseptivitet og fravikelighet, dvs ulikheter i hvordan lovbestemmelsen kan fravikes og i hva som kreves før den slår inn.

En deklarasjon utfyller en avtale eller en erklæring, og kan dessuten fungere som tolkingsfaktor ved at avtalen presumeres å være i samsvar med bakgrunnsretten.³⁰ Prinsipielt må det skilles mellom *tolking* av avtale (eller testament)

³⁰ Se Nygaard, Rettsgrunnlag og standpunkt side 355.

og *utfylling* med deklarasjonsrett (og eventuelt også predeklarasjonsrett). Forskjellen ligger først og fremst i betydningen av partenes vilje som rettesnor og som rettsgrunnlag.³¹

En utfyllende deklarasjonsregel kommer som regel til anvendelse med mindre partene har bestemt noe annet. I slike tilfeller er det lovgivers mening som står sentralt, selv om partene er gitt anledning til å fravike den. Hvor mye som skal til før den deklarasjonsregel slår inn, og hvor mye det skal til for å fravike den varierer – eksempelvis fra krav om en uttrykkelig avtalebestemmelse til hva som må antas å ha vært partenes mening.³² Forskjellene kan være tilfeldige, men bør være uttrykk for lovgivers syn på styrken i hensynene bak den deklarasjonsregel.³³

Ønsker lovgiver å påvirke rettsforholdet mellom partene, eller dreier det seg om servicevirksomhet ved å utfylle tomme rom i avtalen? Det må dessuten avgjøres om eventuelle tomme rom i avtalen fra partenes side nettopp var ment å være tomme. Når analogisk anvendelse av ekteskapsrettslige regler på rettsforholdet mellom samboere drøftes, må det eksempelvis vurderes om samboerne har unnlatt å gifte seg fordi de ikke vil at ekteskapsrettslige regler skal få anvendelse.

Presumsjonsregler står i en mellomposisjon. Å finne frem til partenes mening fremstår som det sentrale, samtidig som problemet nettopp består i at denne er ukjent. Tolkning og utfylling kan i slike tilfeller lett gli over i hverandre.³⁴ Hvorvidt det reelt dreier seg om tolking eller utfylling, avhenger av hva som har motivert innholdet i den utfyllende lovregel. Er det generelle vurderinger omkring hva avtaleparter flest i denne situasjonen ville ha ment, ligger vi nærmest tolkingen.

De fleste presumsjonsregler i al § 66 og § 67 bygger på slike synspunkter. Derfor viker lovens bestemmelser allerede dersom det er grunn til å tro at testator(ene) mente noe annet.³⁵ Tilsvarende gjelder for forsikringsavtaler i henhold til fal § 15-4.³⁶

³¹ *Nygaard*, Rettsgrunnlag og standpunkt side 356-357 peker på at avtalen bygger på personlig autonomi i forhold til det konkrete avtalte, mens utfyllende rett er generell og bygger på sitt eget legislative grunnlag.

³² Se som eksempel fal § 15-8 om pantssettelse av forsikringen, som gjelder "hvis ikke noe annet er avtalt", sammenholdt med fal § 15-7 annet punktum om overdragelse av forsikring som gjelder "hvis ikke noe annet er avtalt eller følger av forholdet".

³³ Et illustrerende eksempel på forskjellene er presumsjonsreglene i al § 66 nr 3 om betydningen av testatorektefeller skilles, sammenholdt med forløperen i al 1854 § 59 annet ledd. Førstnevnte er en svak presumsjonsregel, mens sistnevnte utgjør "lovens ordning", men hvor det likevel i teorien var drøftet ektefellenes adgang til å avtale noe annet – og vilkårene for dette. Se eksempelvis *Arnholm*, Privatrett V side 226-227 og *Knoph*, Norsk arverett 1959 side 242-243.

³⁴ Se blant annet *Nygaard*, Rettsgrunnlag og standpunkt side 352, 355 og 356.

³⁵ Det kreves ikke sannsynlighetsovervekt for at testator mente noe annet, se Utk62 side 228-II og Prp36 side 183-I. Presumsjonsreglene blir virkningsløse allerede ved at det er grunn til å tro at partene mente noe annet. Det kreves ikke sannsynlighetsovervekt for at partene mente noe annet, se Utk62 side 228-II og Prp36 side 183-I vedrørende al § 66, samt Prp36 side 221 vedrørende al § 58.

³⁶ *Brynildsen*, *Lid og Nygård*, Forsikringsavtaleloven side 515.

Illustrerende for grensedragningen er videre tolkingsprinsippet om at avtalen skal presumeres å være i samsvar med bakgrunnsretten. Hvis bakgrunnsretten bygger på sedvane og praksis, og en antakelse av hva avtaleparter flest ville ha bestemt, ligger tolking nærmest. Hvis bakgrunnsretten derimot er utformet slik lovgiver mener praksis bør være, er vi over i utfylling. En reell avtaletolking foreligger først dersom det kan sannsynliggjøres hva partene ville ha avtalt dersom de ved avtaleinngåelsen hadde tenkt på spørsmålet.

For arvefordelingsavtaler synliggjøres problemstillingen gjennom hvordan man oppfatter lovens arvegangsregler. Anses lovens arvetavle som et uttrykk for den arvefordeling flertallet av arvelatere ønsker, oppstår ingen motsetning mellom loven og arvelaters arvefordelingsavtaler (eller testamenten). Oppfattes arvetavlen normativt, som uttrykk for lovgivers syn på hva som er den beste fordeling, innebærer anvendelse av bakgrunnsretten en utfylling – eller erstatning – av arvelaters mening.

For både tolking og utfylling av testamenten vil de samme regler og prinsipper langt på vei kunne anvendes. Den vesentligste forskjell består i at utgangspunktet for testamentstolking er arvelaters subjektive mening, mens det i en avtale kan inntolkes et innhold den ene part over hodet ikke ønsket – eksempelvis fordi han burde avklart en misforståelse. Dessuten setter formkravene grenser for hvor langt et testament kan utfylles. Om tolking av arvepakter, se nærmere pkt 54.6.

For arvefordelingsavtaler får alminnelige avtalerettslige regler og prinsipper direkte betydning for de avtalerettslige elementer i avtalen, mens arverettslige regler og rettsforestillinger i større utstrekning påvirker de arverettslige elementer. Særlig gjelder dette tilfeller hvor avtalen etter loven ikke tillegges selvstendig vekt som en styrende disposisjon eller som et selvstendig rettsgrunnlag, men som et rettsfaktum som utløser lovens virkninger.

Et annet problem som oppstår i grenselandet mellom tolking og utfylling er knyttet til tolkingspresumsjoner som ikke bare tjener til å avklare hva partene (testator) har ment, men *om* de har ment noe. Én ting er å la presumsjonsreglene avgjøre et rettsspørsmål rettsanvenderen må ta stilling til – slik eksempelvis regler om tvilsrisiko gjør. Noe annet er å la presumsjonsregler som gir noen en rett de heller ikke etter bakgrunnsretten har. Et illustrerende eksempel er al § 67 nr 3 som gir førstavdøde ektefelles arvinger en subsidiær sekundærarverett dersom det ikke er grunn å tro at testatorene mente noe annet. Når et gjensidig testament innsetter den lengstlevende

som enearving, er førstavdødes arvingers legalarverettigheter satt til side. Skal de ha noen arverett må dette fremgå av testamentet. Slik loven er formulert må ektefellene sørge for å synliggjøre at førstavdødes arvinger ikke skal ha arverett.

En mer renskåret presumsjonsregel fremgår av al § 67 nr 2 første punktum. Dersom testamentet har fastsatt at førstavdødes arvinger skal ha sekundærarverett, men ikke fastsatt noe nærmere om delingsforholdet, presumeres likedeling. I denne situasjonen må rettsanvenderen ta stilling til delingsforholdet. Hvis testamentet ikke inneholder bestemmelser om sekundærarverett burde utgangspunktet vært at førstavdødes arvinger ikke hadde noen slik rett med mindre de sannsynliggjør et rettsgrunnlag – ikke det motsatte.

Dette er til sammenligning innholdet i al § 67 nr 1. Fremgår det ingen rådighetsbegrensninger av testamentet, foreligger det heller ingen.³⁷

14.4.5 Betydningen av lovens arvegangsregler for spørsmålet om avtale er inngått

Arvelovens deklarasjoniske regler om arvefordelingsavtaler har sin funksjon ved tolking eller utfylling av en allerede inngått avtale.³⁸ Så lenge loven ikke oppstiller formkrav eller særlige beviskrav, kan ikke oppfatningen om at lovens arvefordelingsregler er de beste påvirke vurderingen av om det er inngått en arvefordelingsavtale. Se til sammenligning pkt 54.5 om det noe tilsvarende spørsmål om ”streng bevisbyrde” for at arvepakt skal anses inngått.

Arvelovens arvetavle er på den annen side et eksempel på ”sterke” presumsjonsregler. Arvelovens fordelingsregler kan fravikes, men bare ved testament og gjennom lovhjemlede arvefordelingsavtaler. For adgangen til å testamentere er det videre oppstilt materielle begrensninger.

14.4.6 Preseptorisk lovgivning

Preseptorisk lovgivning kan være begrensende (grensesettende) eller utfyllende.³⁹ Med dette menes at loven enten kan forby at noe avtales (eksempelvis al § 44) eller gå ut på et rettsforhold skal gjelde mellom partene selv om det ikke er avtalt.

Når det sies at preseptoriske bestemmelser ikke kan fravikes ved avtale, menes normalt forhåndsavtaler. Svake ugyldighetsgrunner kan medkontrahenten unnlate å påberope seg. Han kan normalt også velge å holde fast ved en avtale hvor ugyldighetsgrunnen – eksempelvis svik – knytter seg til den annen part. Det samme

³⁷ Med mindre det fremgår av et annet rettsgrunnlag, eksempelvis gjenlevendes fraskrivelse av eierbeføyelser.

³⁸ Se *Rt 1996 415* (på side 419) som fremhevet at deklarasjonisk lov ”ikke [kan] erstatte manglende avtale mellom partene”. Se videre *Nygaard*, Rettsgrunnlag og standpunkt side 355.

gjelder i utgangspunktet også for avtaler med ugyldig innhold. Det er normalt intet til hinder for at partene respekterer avtalen. En avtale om avhendelse av ventet arv er ikke gyldig, dvs ikke bindende for arvingen. Han kan i teorien likevel velge å respektere den. Poenget er imidlertid at det i en slik situasjon er vel så nærliggende å betrakte det hele som inngåelsen av en ny avtale, nemlig om avhendelse av falt arv – hvilket ikke er ulovlig.

14.4.7 Skjønnsmessige preseptoriske regler

Preseptivitetsvirkningene kan være ”svake”, slik at det i realiteten er mulig å avtale seg bort fra forholdet, men uten formelt å sette lovens regel til side. Dette gjelder typisk skjønnsmessige lovbestemmelser som gir rettigheter, eksempelvis ved skifteoppgjør. Et illustrerende eksempel finnes i husfskl § 4, som bestemmer at det ved vurderingen av om lovens vilkår er oppfylt skal ses hen til samboernes avtaler. Bestemmelsen er preseptorisk i den forstand at samboerne ikke kan avtale bort de lovgitte rettigheter til bolig. På den annen side kan avtalen være et moment som fører til at lovens vilkår ikke anses oppfylt – eller omvendt.

14.4.8 Preseptoriske regler som fastsetter yttergrenser

En kombinasjon av både preseptivitet og fravikelighet finner vi i hele arvelovens system for arvefordelingsavtaler. Systemet tilsvarer det som finnes i ekteskapslovens regler for ektefellenes egne avtaler om formuesordningen. Selv om det ikke fremgår uttrykkelig av lovteksten, er det sikker rett at ektefellene ikke gyldig kan avtale andre formuesordninger enn de som er hjemlet i el kap 9.⁴⁰ Det samme gjelder for legalarveavtaler. Loven trekker opp yttergrenser, men innenfor disse grensene er det avtalefrihet – herunder til å avtale avtalens omfang, virkninger, betingelser osv.

14.4.9 Samvirke mellom flere regelsett

Ovenfor har jeg pekt på forholdet mellom avtalerettslige og arverettslige regler og avtaleelementer, som i seg selv kan ha betydning for hvilken vekt partenes mening og forutsetning med avtalen tillegges. Når en ektefelle dør, må det (før eller senere)

³⁹ Nygaard, Rettsgrunnlag og standpunkt side 361.

⁴⁰ Se Lødrup og Sverdrup, Familieretten § 13 VIII-IX side 182-184, samt Rt 2006 168 (33), Rt 1976 501 og Prp28 side 79.

foretas et sammensatt skifteoppgjør, som grovt sett kan beskrives slik: (1) verdidelingen mellom ektefellene etter ekteskapsrettslige regler,⁴¹ (2) verdidelingen av arven etter den avdøde ektefellen etter arverettslige regler og (3) det gjenstandsmessige oppgjøret etter skifterettslige regler.

Forholdet mellom de tre involverte regelsett må ikke bare avklares for å avgjøre hvilke rettsregler som regulerer hva og hvordan de må tolkes.⁴² Avklaringen er også nødvendig for å avklare hva som gyldig kan avtales – og i hvilke former. Så fremt det er avklart hvilke regelsett som gjelder for de ulike elementer i skifteoppgjøret, er også utgangspunktene omkring avtaleadgangen enkel: Forhåndsavtaler om verdidelingen mellom ektefellene må gjøres i ektepakts form og innenfor reglene i el kap 9. Fordelingen av arven må gjøres ved testament, alternativt formløst etter reglene om legalarveavtaler. Forhåndsskifteavtaler kan gjøres formløst, uavhengig av reglene om arvefordelingsavtaler, se kapittel 45.

Problemstillingene kompliseres imidlertid ved at en og samme avtale kan falle innenfor flere regelsett. Særlig gjelder dette dødsdisposisjonsektepaktene som etter sitt innhold også kan være en arverettslig testasjon. Ektefellene som avtalearkitekter må velge hvilken vei de ønsker å gå, og rettsanvenderen må tolke avtalen, søke avtalepartenes mål og deretter velge det regelsett som best oppfyller formålet.⁴³

Problemstillingene kompliseres ytterligere ved avtaler om uskifte hvor det er vanskeligere å trekke skillet mellom de arverettslige og ekteskapsrettslige regler og elementer, og hvor dessuten tidselementet ytterligere skaper uklarheter. Er en avtale mellom gjenlevende og førstavdødes arvinger en skifteavtale i henhold til el § 65 jf § 77, eller en forhåndsavtale om delingen av uskifteboet – og i tilfelle en arverettslig eller en ekteskapsrettlig avtale?

I alle relasjoner vil det dessuten måtte ses hen til avtalerettslige regler. Disse spørsmål behandles nærmere i kapittel 43 og i Del 7.

⁴¹ Disse delingsreglene har etter hvert fått mer preg av arverettslige regler, se nærmere kapittel 72.

⁴² Denne oppdelingen medfører eksempelvis at al § 43 må tolkes innskrenkende. Arvelater og forskuddsmottakende kan etter ordlyden avtale arveforskuddets betydning for ”den rett atlevande ektemake har til part av buet”. En legalarveavtale mellom arvelater og hans livsarvinger kan bare regulere arvefordelingen, ikke delingen mellom ektefellene.

⁴³ En avtale mellom ektefeller som har fullstendig særøie og livsarvinger om at halvparten av førstavdødes formue skal overføres til gjenlevende vil som testasjon støte an mot pliktreglene, men som ektepakt kunne oppfylles etter reglene i el § 42 tredje ledd jf § 44 tredje ledd.

Lignende problemstillinger reises i forhold til ugjenkallelige testamenter (arvepakter) hvor det må skilles mellom tre elementer: Den arverettslige disposisjon, avtaledisposisjonen i testaments former og den formløse avtaledisposisjonen, se nærmere kap 54.

14.5 Arverettslige rettsgrunnsetninger, grunnprinsipper og grunnregler

I juridisk litteratur – og ikke minst i advokaters prosedyrer – brukes begreper som rettsgrunnsetninger og grunnprinsipper uten noe klart avgrenset meningsinnhold. De fleste mener imidlertid at et grunnprinsipp ikke er en selvstendig rettskildefaktor, dvs at grunnprinsippet kan være beskrivende og i en viss utstrekning retningsgivende, men uten at prinsippet utgjør noen rettsregel som et rettskrav kan bygge på.⁴⁴ *Nygaard* påpeker imidlertid at et grunnprinsipp også kan være noe mer enn dette:

”Kall gjerne rettsgrunnsetningar og rettsprinsipp for retningsliner. Ei retningsline er som nemnt ei norm som angir omsyn som kan (eller skal) tilleggast vekt. Men eg oppfattar det slik at denne norma i seg sjølv er noko meir enn dei reelle omsyn sjølv tilseier.”⁴⁵

Uttrykket grunnregel kan nok tidvis brukes i betydninger som nærmer seg rettsgrunnsetning eller grunnprinsipp. Etter min mening bør leddet *regel* forbeholde bruken av uttrykket til rettsregler. I denne fremstillingen brukes grunnregel i betydningen gjennomgående rettsregel som kommer til uttrykk på ulike måter og i ulike sammenhenger, men hvor alle enkeltregler gir uttrykk for samme grunnregel.⁴⁶ Begrepet grunnregel kan også bli brukt som betegnelse på en konkret, men sentral rettsregel.⁴⁷

⁴⁴ Se eksempelvis *Hov*, Kontraktsrett I side 145.

⁴⁵ *Nygaard*, Rettsgrunnlag og standpunkt side 261.

⁴⁶ I samme betydning bruker eksempelvis *Lødrup*, Rettspraksis omkring ekteskapslovens § 54, 4. ledd, Lov og Rett 1962 side 25 flg (på side 26) uttrykket når han betegner el 1918 § 54 fjerde ledd som ”markert og generell unntagelse fra den grunnregel om likedeling som ektefelleloven og skifteloven bygger på hva angår skifte av det ekteskapelige felleseie”. Tilsvarende omtaler *Zimmer* regelen i sktl § 5-1, om at enhver fordel som er vunnet på nærmere angitte måter er skattbar inntekt, som en grunnregel i skatteloven. (*Frederik Zimmer*, Har det noen verdi å bo i egen bolig?, inntatt i *Festskrift til Carl August Fleischer*, ”dog Fred er ej det Bedste...”, Oslo 2006 side 645 flg, på side 246.) Noe tilsvarende er begrepet brukt av *Gunnar Aasland*, Søksmålsbetingelsene i tvistemålslovens § 53 og § 54, *Jussens Venner* 1967 side 175 flg (på side 204) når han viser til at ”Schweigaard fremholder som en grunnregel for prosessen at det ikke er adgang for enhver som i sitt rettsforhold til en annen finner dunkelhet og tvil, til alene av denne grunn å tvinge den annen til å undergi seg dom”.

⁴⁷ Slik eksempelvis *Lødrup*, Uskifte side 243 om ”grunnregelen i [al § 19] første ledd om at det ikke må ydes gaver som står i misforhold til boets formue”.

Som mer et generelt prinsipp brukes uttrykket av *Magnus Aarbakke*, Kjettertanker om gevinstbeskatning og ektefellers formueforhold, Lov og Rett 1962 side 217 flg (på side 221) når han uttaler: ”Beskatning av halve verdistigningen i den annen ektefelles eiertid ville være i strid med skattelovens grunnregel.”

En sentral grunnregel i arveretten er omtalt ovenfor: Arverett kan bare bygge på lov eller testament, se nærmere kapittel 23. Likeledes er det ved sammensatte skifter en grunnregel at avtaler om delingen mellom ektefeller (felleseieskiftet) må gjøres som ektepakter etter el kap 9, mens avtaler om arveoppgjøret må gjøres ved testament eller som legalarveavtaler, se pkt 43.3.

En annen arverettslig grunnregel som springer ut av selve eiendomsretten er at arvelater bare kan testamentere over egen formue.⁴⁸ Regelen kommer eksempelvis til uttrykk i al § 18 annet ledd om at gjenlevende ektefelle i uskifte bare kan testamentere over arven etter seg selv.⁴⁹

En positiv eierbeføyelse er å kunne disponere rettslig og faktisk over egne eiendeler, og den tilsvarende negative eierbeføyelse er å nekte andre å disponere. Den private autonomi går ut på evne til å forplikte seg selv, men omfatter også det negative; ingen kan uten særskilt hjemmel forplikte andre.⁵⁰

I arveretten får denne grunnregel særlig betydning i rettsforholdet mellom ektefeller, både ved sammensatt skifte, uskifte og gjensidige testamenter. Grunnregelen får også selvstendig betydning hvor andre enn ektefeller oppretter gjensidig testament med felles sekundærttestasjoner og ved tredjemannsavtaler som forutsetter testamentariske gjenytelser.

Den tingsrettslige og formuesrettslige regel går ut på at ingen kan binde andre uten særlig hjemmel. I de fleste privatrettslige forhold kan det gis fullmakt til å binde andre. Innen arveretten må dette utgangspunkt presiseres av en annen arverettslig grunnregel, nemlig om at testasjonskompetanse ikke kan delegeres. Se nærmere kapittel 52, og vedrørende gjensidige testamenter kapittel 56.

En grunnregel må tillegges stor vekt ved tolking av enkeltstående regler.

Når det eksempelvis i al § 45 første ledd annet punktum sies at avkall gitt av utarving som utgangspunkt binder avkallsgivers egne livsarvinger selv om det ikke er gitt vederlag, må ordlyden etter min mening tolkes innskrenkende. Det ligger utenfor en arving kompetanse å bestemme legalarvefordelingen. Han kan velge å tre ut av arverekken slik at andre trer inn i

⁴⁸ Verken eiendomsretten eller privatautonomien kan begrunnes ut fra rettsregler eller vanlig rettskildelære. Slik også *Woxholth*, *Avtalerett* side 78 vedrørende autonomi. *Hov*, *Kontraktsrett I* side 22 sier det slik: "Vi må rett og slett ta det for gitt at regelen om privat autonomi er en del av norsk rett - slik er det bare." Se også *Giertsen*, *Avtaler* side 1. Om eiendomsretten som begrep og om dens utvikling, se *Falkanger og Falkanger*, *Tingsrett* side 38-39 med henvisninger.

⁴⁹ *Feldthusen og Nielsen*, *Arveretten* side 130, herunder note 224 og 225, beskriver dette som vanhjemmel og "testationsinkompetanse".

⁵⁰ *Nygaard*, *Rettsgrunnlag og standpunkt* side 49.

henhold til lovens arvegangsregler, men ikke selv bestemme om hans egen linje fortsatt skal ha legalarverrett. Heller ikke arvelater kan bestemme dette på andre måter enn ved testament. Regelen i al § 45 første ledd må derfor forstås innskrenkende. Arvelater og arvingen kan bli enige om at hele linjen skal settes ut av betraktning, men da må arvelater bestemme dette i testament. Se nærmere pkt 63.2.

14.6 Terminologi og begrepsbruk

14.6.1 Klargjøring av sentrale begreps innhold

Mange ord og uttrykk som brukes i forbindelse med arveoppgjør kan ha ulikt meningsinnhold i ulike relasjoner, herunder også i ulike lover. Jeg skal derfor nedenfor helt kort redegjøre for hvordan jeg bruker de ulike begreper i denne avhandlingen.

14.6.2 Avtale som vidt begrep

I det vesentlige vil jeg bruke betegnelsen avtale i tradisjonell forstand, dvs bindingen som oppstår når et tilbud er akseptert. For å unngå stadige presiseringer vil uttrykket avtale i mange sammenhenger også brukes i en videre forstand, eksempelvis om et rettsforhold som er oppstått som følge av en ensidig *erklæring* (påbud eller løfte) selv om denne ikke (uttrykkelig) er akseptert. Der hvor det har betydning vil jeg presisere hva som menes.

Med løfte mener jeg utsagn som får enkelte rettsvirkninger når de er kommet frem, og som kan få videre rettsvirkninger ved at løftet uttrykkelig blir akseptert. Med påbud menes på samme måte et utsagn som i seg selv skaper rettsvirkninger når det har kommet til adressatens kunnskap, uavhengig av aksept, men forutsatt gyldig påbudsgrunnlag.

Uttrykket erklæring brukes ofte om et utsagn som får sine rettsvirkninger direkte i kraft av loven. I avtalerettslig forstand er dette et påbud, hvor lovhjemmelen er påbudsgrunnlaget.

Som antydnet ovenfor hjemler arveloven en del avtaler, løfter og påbud som like mye har preg av å være begivenheter som etter loven utløser rettsvirkninger, enn som selvstendige viljeserklæringer. Noen avgjørende rettslig forskjell har de ulike betraktningmåter ikke, men nyansene kan ha betydning ved spørsmål om avtale er inngått, ved at det spørres om arvingen eller arvelater har gjort det som etter loven utløser rettsvirkningen. Forholdet har dessuten betydning ved den konkrete tolking.

Den avgjørende forskjell vil ofte ligge i viljens betydning som rettsstiftende vilkår etter loven, og ikke som selvstendig rettsgrunnlag.

Et klassisk eksempel på likestilling av løfter og faktiske hendelser finnes i al § 73 og § 74. En arving betraktes som død, slik at hans arvelodd går videre til hans linje eller medarvinger, dersom han enten har erklært avslag på falt arv eller har drept arvelater.⁵¹

14.6.3 Arvefordelingsavtaler

Med arvefordelingsavtaler (eller arveavtaler) menes generelt avtaler som får betydning for arvens fordeling. I tråd med de to arverettsgrunnlag, legalarv og testamentsarv, inndeles arvefordelingsavtalene i henholdsvis legalarveavtaler og testamentsavtaler.

Testamentsavtalene omfatter avtaler som utvider eller begrenser arvelater testasjonskompetanse eller testasjonsrådighet, eksempelvis samtykke til pliktdelskrenkende testament og arvepakter. Testamentsavtaler behandles i Del 5.

Legalarveavtalene omfatter de avtaler om arvens fordeling som er hjemlet i arveloven og som regulerer fordeling av legalarv, eksempelvis avkall på arv og avtaler om avkorting i arv. I denne avhandlingen behandles kun forhåndsavtaler.

Begrepsmessig faller også avslag på falt arv inn under legalarveavtalene.

Legalarveavtalene behandles i Del 6.

Arvelater kan også inngå *ikke-arverettslige avtaler* om fordeling av etterlatt formue, eksempelvis livsdisposisjonsavtaler, ektepakter om formuesordningen og livsforsikringsavtaler. Disse behandles i Del 4.

14.6.4 De ulike grupper arvinger, loddeiere og legatarer

I skifteloven brukes en relativ streng terminologi, definert i sl § 124, mens denne ikke gjenfinnes i arveloven. Om de skifterettslige definisjoner, se nærmere kapittel 22, jf også kapittel 26. Generelt vil jeg i fremstillingen følge den mer vage begrepsbruk i arveloven, herunder å betegne legatarer som arvinger – med mindre det er av betydning å fremheve at ”arvingens” rett knytter seg til en bestemt sum eller gjenstand.

Tilsvarende brukes uttrykket loddeier bare når poenget er å avgrense mot legatar.

⁵¹ Arvingens vilje får i disse tilfeller ulik betydning. I forhold til al § 74 må det etter avtalerettslige regler vurderes om det foreligger et bindende løfte, om det har kommet frem, om det kan tilbakekalles osv. I forhold til al § 73 får viljen betydning på en mer indirekte måte, nemlig for hvorvidt lovens kriterium ”dømd til fengselsstraff utan vilkår” er oppfylt.

I denne avhandlingen er det av større betydning å fremheve hva som er arvingens rettsgrunnlag for sitt arvekrav enn hans skifterettslige status. Forskjellen vises ved betegnelsene legalarving og testamentsarving. Tilsvarende skilles det mellom slektsarvinger og ektefeller (slektsarverett og ektefellearv) hvor dette har betydning.⁵² Der hvor forskjellen har betydning skilles det videre mellom livsarvinger og utarvinger. For sistnevnte er det viktig å poengtere at det ikke gjelder noen prinsipielle skiller mellom livsarvingers og utarvingers slektsarverett som sådan. Forskjellen ligger i at bare livsarvingenes slektsarverett er vernet mot arvelaters testamentariske disposisjoner.

14.6.5 Pengekrav, gjenstandskrav, realkrav og tinglige rettigheter

Et pengekrav oppfylles gjennom betaling av penger. Et realkrav er negativt avgrenset til å gjelde krav på annet enn penger. Det mest praktiske eksempel i denne sammenheng er krav på utlevering av en gjenstand eller overskjøting og/eller fravikelse av fast eiendom.

Innholdet i begrepet tinglig rett er noe omtvistet, særlig som motsetning til begrepet obligatorisk rett.⁵³ I skifteloven brukes uttrykk som tinglig rett og tinglige krav. Det er ikke holdepunkter i lovens forarbeider for at man med disse uttrykk har ment noe annet enn rettigheter knyttet til bestemte gjenstander som er i boets besittelse, uavhengig av om kravet etter tidligere terminologi var tinglig eller obligatorisk. I skifterettslig terminologi er derfor et tinglig krav motsetningen til et pengekrav, dvs omtrent det samme som et realkrav. Når ikke annet er sagt vil uttrykket tinglig krav her bli brukt i den skifterettslige betydning.

For enkelhets skyld vil uttrykket gjenstandskreditor bli brukt om den kreditor som fremmer krav knyttet til bestemte gjenstander i boets besittelse.

14.6.6 Friarv og pliktdelsarv

En del av livsarvingens arvelodd er pliktdelsarv, jf al § 29. Fordi pliktdelsarven som utgangspunkt utgjør to tredjedeler omtales gjerne den resterende arvelodd som den frie tredjedel. Fordi dette er språklig tungvint, og etter hvert som

⁵² En viktig prinsipiell forskjell er eksempelvis at legalarveretten gjelder for en linje, hvor neste ledd kan rykke opp i posisjonen som aktuell arving. Ektefellearven er personlig og dør ut med ektefellen eller ekteskapet.

beløpsbegrensningsregelen i al § 29 annet ledd annet punktum ("lex Michelsen") får anvendelse i stadig flere tilfeller, finner jeg det bedre å adoptere den danske betegnelse *friarven*. Uttrykket brukes også i nyere arverettslige fremstillinger som *Lødrup*, *Arverett*. Det er derfor grunn til å tro at begrepet er på vei inn i norsk arverett.

14.6.7 Avtalepartsforhold, forpliktelser og begreper

Et avtalerettslig løfte går normalt ut på at løftegiver påtar seg en plikt til senere å foreta eller unnlate noe. Den som har et krav kalles generelt kreditor, mens den som er forpliktet til å yte kalles debitor. Innen de enkelte rettsforhold og rettsdisipliner brukes ofte mer konkretiserte betegnelser som eksempelvis fordringshaver og skyldner, kjøper og selger osv.⁵⁴

En gjensidig forpliktende avtale kjennetegnes ved at begge parter samtidig er både kreditor og debitor. I et salgsforhold er eksempelvis selger debitor for realytelsen og kreditor for pengeytelsen, mens kjøperen er det omvendte.

Ved et ordinært arveoppgjør fremstår det som litt kunstig å bruke betegnelser som debitor og kreditor, men i en fremstilling hvor også avtalebaserte krav skal behandles kan det være en fordel å betegne de ulike aktører med generelle obligasjonsrettslige termer. Skifteoppgjøret går ut på oppløsning av en formuesmasse og avviklingen av et rettssubjekt, nemlig dødsboet – som igjen er en fortsettelse av arvelater som rettssubjekt. Loddeiernes arvekrav mot dødsboet kommer i en litt spesiell posisjon ved at de selv er andelseiere i dødsboet, men hvor det etter skifterettslige regler kan variere hvem som er forpliktet til å oppfylle arvekravet, se nærmere pkt 22 om skifteoppgjøret. Den enkelte loddeier har likevel normalt et pengekrav (på en andel av nettoverdiene) mot boet, og kan ha et naturalkrav dersom han etter avtale eller rettsavgjørelse skal overta en bestemt gjenstand. Overfor gjenstandslegataren har dødsboet en realforpliktelse, og overfor sumlegataren en pengeforpliktelse.

For avtalebaserte forpliktelser hvor arvelater er part, bruker jeg betegnelse arvelater og medkontrahenten – med mindre noe annet fremgår. Dette gjelder uavhengig av om medkontrahenten er arving eller utenforstående, og uavhengig av om

⁵³ Se blant annet *Hagstrøm*, *Obligasjonsretten* side 27-28 og *Falkanger og Falkanger*, *Tingsrett* side 30-31.

det dreier seg om arv eller andre ytelser fra dødsboet. Betegnelsen medkontrahent vil også bli brukt på samme måte om avtaler en arving har inngått, i prinsippet også om avtaler mellom arvingene. Poenget med betegnelsen medkontrahent er å understreke at kravet bygger på en avtale, og ikke direkte på lovens arvegangsregler. Som regel er hensikten også å avgrense mot rettigheter gitt den tilgodesette i regulært testament, dog slik at det som er ment som en avtale i realiteten kan være en testamentarisk disposisjon – og omvent. Poenget blir da redusert til at ”testamentet” også oppfyller de avtalerettslige vilkår for en bindende viljeserklæring, mens ”avtaler” oppfyller arveloven krav til testasjon. Se nærmere kapittel 34.

Det som kjennetegner arvelaters avtaler om etterlatt formue, er at de ikke skal oppfylles av ham selv personlig, men av hans dødsbo – direkte eller indirekte hans arvinger. I et obligasjonsrettslig perspektiv er det alltid dødsboet som er debitor for arvelaters forpliktelser, men arvingene kan etter skifterettslige regler ha påtatt seg et personlig ansvar for oppfyllelsen. De skifterettslige regler er utformet med tanke på regulære gjeldsforpliktelser. Reglene avklarer hvilke forpliktelser arvingene blir personlig ansvarlige for, men lite om hva dette mer konkret innebærer, eksempelvis om kontrakten kan fortsettes eller om hvordan den i tilfelle skal avvikles.

⁵⁴ Se til sammenligning *Hagstrøm*, Obligasjonsretten side 26-27.

2 De ulike arverettsgrunnlag, arverettslige grunnregler mv

21 Den historiske utvikling mv

21.1 De germanske og de romerske rettstradisjoner

Norske arverettsregler har lang tradisjon som koplet til oppfatninger av eiendomsretten og til samfunnsforhold for øvrig. Selv om dagens regler bærer med seg elementer fra to ganske ulike rettstradisjoner, den germanske og den romerske, er det den germanske som har satt dypest spor. Det som i dag er en arverett – som en suksesjonsrett – springer ut av et samfunnssystem hvor slekten (og ikke minst barna) var medeiendomsberettigede. Dette forklarer både de rettslige og moralske begrensninger i arvelaters rådighet over sin etterlatte formue, og at det fortsatt finnes elementer av arvingenes medberettigelse før arvefallet. Uskifteordningen er i så måte illustrerende.⁵⁵

Formålet med en historisk fremstilling er dels å underbygge de nevnte antakelser og samtidig vise hvordan gamle rettsforestillinger fortsatt påvirker rettsoppfatningen i dag, se pkt 14.3.4.

I følge Arvelovkomiteén må arverett ”ha funnes så lenge det har vært eiendomsrett til”.⁵⁶ Komiteen viste videre til at ordet arv skal bety eiendom som eieren har dødd fra.

Norsk arverett bygger på en kombinasjon av to ulike rettstradisjoner for arverett.⁵⁷ På den ene side finnes den lovbestemte arverett, som springer ut av den germanske rettstradisjon, og hvor hele slektens arverett opprinnelig var beskyttet. På den annen side er testamentsarveretten, som springer ut av romerske rettstradisjoner, og hvor eierens råderett er sentral.

⁵⁵ Om selve begrepet medberettiget, se til sammenligning Familierettskomiteens lovutkast av 1918 hvor § 15 første ledd, under kapitteloverskriften ”Egtefællers eiendom”, lød slik: ”Hver av egtefællerne blir medberettiget i den eiendom, som den anden egtefælle eier ved egteskapets indgaaelse eller senere erhverver, og som ikke ved lov eller i henhold til er gjort til særeie. Saadan eiendom kaldes eierens gifteeie.” Se Utkast til lov om egtefællers formuesforhold 1918 side 9 jf side 75 flg. Se også Ot prp nr 59 (1926) side 4.

⁵⁶ *Utk62* side 8-I.

⁵⁷ Se nærmere *Arnholm*, Arveretten side 44-45, *Knoph*, Norsk arverett 1959 side 20-21, *Lødrup*, Arverett § 1 III, side 27-28 og *Unneberg*, Arveretten side 36, samt vedrørende nordisk rett *Lødrup*, Nordisk arverett side 42.

Norsk arverett stammer fra germansk rett, men ble i stigende grad påvirket av synspunkter som var mer sammenfallende med romerrettslige prinsipper.

Jeg lar spørsmålet stå åpent om hvorvidt det er treffende å si at romerrettslige prinsipper har påvirket utviklingen av norsk rett, eller om det er andre generelle tanker i tiden som står bak utviklingen i retning av større testasjonsfrihet. Som stikkord nevnes tanker om enkeltindividets handlefrihet, svekkelsen av slektens betydning og den tilhørende utvikling av den enkeltes eiendomsrett osv. Bortsett fra selve testasjonsrådigheten, er dette en utvikling som på mange måter fjerner seg fra den foreldremakt (*patria postestas*) som romerrettens arveregler bygget på. Jeg kommer noe nærmere tilbake til dette nedenfor.⁵⁸

I følge *Knoph* har både norsk arverett og de fleste andre lands arverett utviklet seg i brytningen mellom disse to rettstradisjoner:

”Hos alle de folkeslag som rettshistorisk forskning vet å berette om, finner man arveretten anerkjent i en eller annen form. De bærende tanker i arveordningen er imidlertid langt fra de samme hos alle folk og til alle tider.

Særlig sterk er denne motsetningen mellom det gamle germanske og det romerske syn på arveretten. En motsetning som det også i våre dager er av stor interesse å studere, både fordi all moderne arverett er oppstått gjennom brytninger mellom romerske og germanske rettstanker, og fordi adskillig av den diskusjon som fremdeles føres om arverettens utforming kan føres tilbake til de diametralt motsatte utgangspunkter som germansk og romersk rett gikk ut fra.”⁵⁹

Helt forenklet kan det sies at utviklingen i **den germanske rettstradisjon** startet med et ættesamfunn hvor det aller meste tilhørte ætten som sådan.

Se eksempelvis *Platou* som i sin gjennomgang av germansk rett blant annet viser til ”det mellom Forældre og Børn efter nogle Love bestaaende Fællig”, dvs et formuesfellesskap mellom barn og foreldre.⁶⁰ Under forberedelsen av al 1854 ble det på samme måte vist til ”den i de ældre danske Love herskende Forestilling, hvorefter den hele Familie haver et Slags Sameie i Formue”.⁶¹

Fordi den enkelte ikke hadde noen selvstendig eiendomsrett, fikk også datidens arverett mer preg av overtakelse av bruksrett enn av eierskifte. Arverett i moderne forstand forutsetter privat eiendomsrett, og er på mange måter en konsekvens av denne – om enn ikke nødvendig. Det er vanskelig å gi noen nærmere beskrivelse av slektens medeiendomsrett, idet denne har variert over tid og ikke minst kulturelt og geografisk. Sentrale elementer har nok hele tiden vært det biologiske slektskapet, men også forhold som stedstilknytning og bofellesskap må ha spilt inn.⁶² Av gjenlevende

⁵⁸ Se også *Knoph*, Norsk arverett 1959 note 1 og 2 side 11.

⁵⁹ *Knoph*, Norsk arverett 1959 side 3.

⁶⁰ *Platou*, Arveret 1910 side 4. Fællig eller felag var også brukt som betegnelse på det tidligere formuesfellesskapet mellom ektefeller, se blant annet *Sverdrup*, Sameie side 45-49.

⁶¹ *Arvelovkommisjonen 1846* side 42.

⁶² Se *Knoph*, Norsk arverett 1959 side 7.

elementer i norsk rett kan det pekes på odelsretten som knytter seg til slektskap⁶³ og allmenningsretten hvor stedstilknytning står sentralt.⁶⁴

Rettsforholdet innen slekten er av flere betegnet som et sameie,⁶⁵ noe som i forhold til nåtidens tingsrettslige sameie må forstås som *sameielignende* – slik man på enkelte stadier også betegnet formuesordningen mellom ektefeller.⁶⁶ Det enkelte medlem av ætten hadde derfor begrenset (eier-)rådighet over sine rettigheter i fellesformuen.

Etter hvert som produksjonsmåter, bosettingsmønster, familiestruktur mv endret seg, ble ættens posisjon svakere. Til gjengjeld fikk individet en sterkere posisjon. Og ikke minst, samtidig vokste det frem mer organiserte samfunnsdannelser, som amt, fylker, riker osv. Dette la grunnlaget for en todelt utvikling: For det første oppsto den individuelle eiendomsrett, slik at spørsmålene om hvem som skulle overta eiendelene etter eierens død, ble mer aktuelle.⁶⁷ For det andre medførte den mer organiserte samfunnsdannelse at det ble gitt lover og regler, ikke bare om forholdet mellom individet og samfunnet eller øvrigheten, men også om rettsforholdet mellom enkeltpersoner. De første arverettslige lovbestemmelser om sjelegaver og testamentariske disposisjoner regulerte ikke bare øvrighetens rett til andel av borgernes formue, men fastsatte også det private rettsforholdet mellom slektsmedlemmene. Selv om det er nyanser og glidende overganger, kan man i grove trekk skille mellom den offentligrettslige regulering – nærmest i et skatteperspektiv⁶⁸ – og den privatrettslige. En tilsvarende uklarhet i perspektiver reises eksempelvis ved spørsmålet om arveavgiften i realiteten innebærer en privatrettslig arverett for staten.

De (antakelig) første lovregler om arverett dreide seg ikke om å gi slekten en legalarverett – eller om å kodifisere den ulovfestede slektsarverett, men om

⁶³ Se odl § 8.

⁶⁴ Se fjelloven § 2 og bygdeallmenningsloven § 1-1 jf § 2-1. Se også *Rt 2001 1299* Svartskogdommen hvor Høyesterett kom til at Manndalens befolkning kollektivt hadde ervervet eiendomsrett gjennom alders tids bruk, selv om den retten de hadde ervervet ikke tilsvarte det som gjelder for bygdeallmenninger.

⁶⁵ I *Arvelovkommisjonen 1846* side 42 omtales blant annet ”den i de ældre danske Love herskende Forestilling, hvorefter den hele Familie haver et Slags Sameie i Formue”.

⁶⁶ Se om rettsutviklingen *Sverdrup*, Sameie side 45-137.

⁶⁷ *Knoph*, Norsk arverett 1959 side 5 uttrykte det slik: ”Under trykket av denne utvikling fikk individuell eiendomsrett til løsøre fastere feste, så individuell eiendomsrett til jorden, og dermed var forutsetningene for det egentlige arverettsproblem lagt til rette.”

⁶⁸ Det svenske ”skifteapparatet” med blant annet krav om boutrådning hadde lite med den privatrettslige formuesdeling å gjøre, men dreide seg om å sikre statens inndrivelse av arvskatten.

arvelaterens rett til selv å bestemme over sin etterlatte formue, se nærmere nedenfor.⁶⁹ Slektsarveretten hadde følgelig status av en grunnleggende sedvanerettsregel av lovs trinnhøyde – en grunnregel. Dens nærmere utforming ble opprinnelig styrt gjennom utvikling av sedvaneretten, men etter hvert også gjennom lovregulering.

Arverettens tilsynelatende primære problemstilling er å avgjøre *hvordan* den avdødes etterlatte formue skal fordeles. Av like stor prinsipiell interesse er imidlertid spørsmålet om *hvem* som skal fastsette fordelingen. Det er de ulike løsninger på denne problemstillingen som utgjør den største forskjell mellom germansk og romersk rett, og mellom legalarverett og testamentsarverett.

Selv om slektens posisjon som medeiendomsberettigede opphørte, ble deres posisjon som medinteressenter i den enkeltes eiendom i stor utstrekning stående. Først og fremst ga dette seg uttrykk gjennom kodifisering av slektens arverett. I teorien er det også fremholdt at ”allerede i eierens levende live hadde ætten en slags betinget, eventuell rett til godset, slik at også disposisjoner *inter vivos* i atskillig utstrekning var betinget av slektens samtykke”.⁷⁰ Dette er eksempelvis fortsatt tilfelle i rettsforholdet mellom gjenlevende ektefelle og uskiftearvingene.

Når det gjelder fremveksten av testasjonsretten, er det i mange fremstillinger tatt utgangspunkt i den del av formuen avdøde selv fikk ta med seg inn i døden, nemlig ”der Totesteil” eller ”Todesausstattung”, dvs enkelte personlige eiendeler som avdøde måtte få med seg inn i dødsriket.⁷¹ Med kristendommen ble man mer opptatt sjelens frelse enn ”den dødes legemlige velbefinnende”, og ”Todesausstattung” ble etter hvert omdannet til ”Seelgerät”. Med kirkens voksende makt utviklet de såkalte sjelegaver seg, ”donatio pro anima”. I likhet med ”Todesausstattung” og ”Seelgerät” var sjelegavene noe som ble utredet uavhengig av avdødes vilje. De geistlige gjorde hva som var nødvendig med tanke på avdødes frelse.⁷² Etter hvert utviklet det seg regler

⁶⁹ Se også *Knoph*, Norsk arverett 1959 side 9-11.

⁷⁰ *Knoph*, Norsk arverett 1959 side 5. Denne retten var i tysk rett betegnet som ættens ”Wartrecht”. Likhetstrekk kan vi i dag finne i uskifteordningen og i odelsretten.

⁷¹ *Knoph*, Norsk arverett 1959 side 5.

⁷² *Knoph* betegner derfor Seelgerät som en slags kirkelig arveskatt, se *Knoph*, Norsk arverett 1959 side 5 med videre henvisninger.

om avdødes "Freiteil" som avdøde selv kunne disponere over – om enn fortrinnsvis til fromme formål.⁷³

Med innføringen av "Freiteil" ble testasjonsfrihet innført, men bare delvis. Gjennom reglene om slektsarvingenes pliktdelsrett beholdt slekten sin sterke posisjon.

Romerrettens arveregler har naturlig nok ikke vært konstante. Selv om slektsarverett visstnok var den opprinnelige ordning, og selv om det har forekommet pliktdelsordninger, er det testasjonsfriheten som utgjør det gjennomgående og mest fremtredende trekk ved romersk arverett.⁷⁴

Systemet gikk i grove trekk ut på at pater familias fritt valgte sin arving – uavhengig av om han hadde barn (av ulike kategorier), og at slekten kun arvet dersom intet testament var opprettet (intestatarverett). Testamentet var således det primære rettsgrunnlag. Så lenge det forelå et testament, arvet slekten intet.⁷⁵

Utvelgelsen av intestatarvingene var knyttet til familieoverhodet, pater familias, og berodde på familiens organisering under hans patria potestas. Ektefellen hadde opprinnelig ikke intestatarverett, men fikk etter hvert en beskjeden plass i arvetavlen.

Frem til Justinians lovgivning hadde det gjennom rettspraksis utviklet seg regler om pliktdel (fractio legitima) for enkelte nære slektninger, og regler om dette ble tatt inn i Justinians lovverk (Novelle 115).

Fra utviklingen i **norsk arverettslovgivning** kan det kort pekes på reglene i Landsloven og Frostatingsloven fra slutten av 1100-tallet hvoretter arvelater kunne testamentere over en fjerdedel av sitt selververvede gods, men bare over en tiendedel av arvegods. Disse regler ble videreført til Christian IVs lov av 1604. Med Christian Vs norske landslov av 1687 ble reglene endret til at den som hadde livsarvinger ikke hadde noen generell testasjonsfrihet, men kunne testamentere inntil en halvpart til kirke, skole og de fattige (NL 5-4-15). Arvelatere uten livsarvinger kunne fritt

⁷³ "Å opfatte geistlighetens stilling til sjelegavene og til testasjonsfriheten i det hele bare som et utslag av pengebegjær og verdslig maktsyke vilde være overfladisk. Tidens religiøse forestillinger virket selvsagt med, likesom man heller ikke må glemme at kulturpleien og den offentlige forsorg den gang vesentlig lå i kirkens hånd." *Knoph*, Norsk arverett 1959 note 2 side 5.

⁷⁴ Se *Platou*, Arveret 1910 side 3. *Knoph*, Norsk arverett 1959 side 7 uttrykte det slik: "Så langt tilbake i historisk tid som sikre beretninger has, er det testasjonsfriheten som er alfa og omega i romersk arverett. Den romerske pater familias valgte selv sin arving, og han innsatte ham som sådan i et høytidelig dokument, testamentet."

⁷⁵ "Memo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest." *Knoph*, Norsk arverett 1959 side 8.

testamentere bort inntil en halvpart, men over hele arven dersom det var til kirke, skole og de fattige (NL 5-4-16).

Ved arveloven av 1854 ble skillet basert på formål opphevet, slik at arvelater uten livsarvinger hadde full testasjonsfrihet (al 1854 § 38) mens livsarvingenes pliktdel ble satt til en fjerdedel (al 1854 § 33). I 1918 ble den såkalte *lex Michelsen*⁷⁶ innført, hvoretter testasjonsfriheten ble ytterligere utvidet, men bare for så vidt gjaldt testasjoner til allmennyttige formål.

Ved en større revisjon av arveloven i 1937 ble det foretatt endringer i lovens arvetavle, både med hensyn til slektsarverettens utstrekning og representasjonsprinsippet. Gjenlevende ektefelle fikk legalarverett i konkurranse med livsarvinger, barnløse ektefeller fikk rett til uskifte og ektefeller ble gitt adgang til å avtale særeie i live, felleseie ved død, se pkt 43.2 og note 371. Testasjonsfriheten ble justert og formkravene ble presisert. Til tross for en relativt beskjeden endring, fra en fjerdedel til en tredjedel, var endringene i pliktdelsreglene gjenstand for debatt i Stortinget. *Lex Michelsen* ble gjort om til en ren beløpsbegrensningsregel, uavhengig av formål og knyttet til den enkelte livsarving – se i dag al § 29 første ledd annet punktum.

Under forberedelsen av arveloven av 1972 ble både pliktdelsreglene og andre grunnelementer i arveretten drøftet – også i forarbeidene, men uten at det førte til noen større prinsipielle endringer.

I eldre juridisk teori pekte *Hallager* på retten til arv som en rettsvirkning av slektskap og ekteskap. Likeledes fremhevet *Platou* at reglene ikke knyttet seg til den enkelte person som selvstendig rettssubjekt, men som en del av slekten. Også *Stang* fremhevet arverettens ”farvning” av familieretten. *Knoph* mente derimot at disse synspunkt bare kunne gjelde for legalarveretten, ikke for testamentsarveretten. Se nærmere om de ulike syn på arverettens karakter i pkt 32.1.2.

21.2 Differensierte regler for de ulike ervervs måter og arveobjekter

Ovenfor er det vist til sameielignende synspunkter som begrunnelse for arvelaters reduserte rådighet over formuen han kommer til å etterlate seg. Når begrunnelsen er slektens medeiendomsrett kunne det være grunn til å skille mellom den formue arvelater har overtatt fra slekten og den han selv har ervervet. Likeledes kunne man

⁷⁶ Lov av 29de juli 1918 (nr. 2) om utvidelse av testasjonsretten.

tenkt seg et skille mellom fast eiendom og løsøre, mellom produksjonsmidler og forbruksmidler osv. Slike synsmåter finnes det mange spor av i tidligere rett, men som etter hvert forsvant:

”Karakteristisk for den germanske arveordning var det videre at ikke all formue gikk i arv etter samme regel. Jord og løsøre, landseiendom og stadseiendom, krigsutstyr og husinventar hadde stundom sine særegne suksesjonsregler. ... Mens det som nevnt foran var almindelig i gammel germansk rett, at det gjaldt forskjellige regler om arvefølgen og om testasjonskompetansen ved fast gods og ved løsøre, delvis også ved landseiendom og byeendom, lot norsk rett tidlig disse forskjeller falle.”⁷⁷

Slektens tilknytning til formuen viste seg også i den gamle germanske regel om ”paterna paternis, materna maternis”, dvs at formue fra farsslekten skulle gå tilbake til denne og tilsvarende for morsslekten.⁷⁸ Spor av dette finnes fortsatt i tolkingsreglene i al § 67 nr 3, hvorefter det presumeres at barnløse ektefeller som har opprettet gjensidig testament mente at førstavedes arvinger skal ha arverett etter lengstlevendes død.

Så lenge slektens arverett hadde preg av en hjemfallsrett, ville det mest nærliggende være å skille mellom arvet og selververvet formue. Slektens medeierposisjon er lettere å forklare for den formue arvelater selv har ervervet ved arv. Likeledes kan det lettere forklare hvorfor en arvings frafall på arv har begrensede virkninger for arvingens egne livsarvinger. En arving kan selv velge å tre ut av arverekkefølgen, men bør bare i begrenset utstrekning kunne hindre at arven går videre til neste generasjon eller til sine søsken.

Fra slutten av 1100-tallet ble det i Landsloven og Frostatingsloven, og senere i Christian IVs lov av 1604, bestemt at arvelater kunne testamentere over en fjerdedel av sitt selververvede gods, men bare en tiendedel av arvet gods. Reglene ble med Norske Lov av 1687 art 5-4-15 og 16 endret slik at skillet i testasjonsfriheten ble trukket mellom arvelatere med og uten livsarvinger, og dessuten avhengig av om mottaker var kirke, skole og fattige eller andre.

Disse generelle regler ble ikke videreført i arveloven av 1854, men skillet ble opprettholdt hva angikk gjensidige testamenter. I henhold til al 1854 § 60 kunne gjenlevende ektefelle, som hadde overtatt boet i henhold til gjensidig testament, i testament bare disponere over ”sin egen Andeel af Boet som over Alt, hvad der uafhængigt af dette, ved Arv, Gave eller paa anden Maade erhverves”. Regelen om

⁷⁷ Knoph, Norsk arverett 1959 side 7 og side 11.

⁷⁸ Se Knoph, Norsk arverett 1959 side 7.

særlige regler for selververvet formue ble ikke opprettholdt i arveloven av 1972, blant annet fordi den ville ”reise både praktiske og juridiske vansker”.⁷⁹ I vurderingene av om gjenlevende ektefelle i uskifte har misbrukt sin rådighet over uskifteboet vil man eksempelvis fortsatt se hen til hvorvidt gjenlevende disponerer over selververvede midler.⁸⁰

Selv om pliktdelsarv og slektens generelle legalarverett ikke lenger bygger på noe skille med hensyn til ervervs måte eller art, finnes det i gjeldende lovgivning fortsatt regler som i arve- og familieforhold differensierer rådighet ut fra hvilke eiendeler disposisjonen gjelder.

Den som er gift, kan under samlivet ikke disponere over egeneid felles bolig uten den annens samtykke, se el § 32. Over slik bolig kan eierektefellen heller ikke disponere fritt over ved testament, idet gjenlevende ektefelles rett til overtakelse etter sl § 63 annet ledd går foran testamentariske bestemmelser.⁸¹ Regelen er sosialt begrunnet i familiens behov for bolig, og gjelder uavhengig av ervervs måte og formuesordning. Det er likevel nærliggende å trekke paralleller til at ætten i gamle dager hadde behov for å beholde fast eiendom.

Etter ordlyden i al § 19 har gjenlevende ektefelle en mer begrenset rådighet over fast eiendom enn over løsøre, idet det er antatt ikke å gjelde noe misforholdskrav for omstøtelse av gavedisposisjoner over fast eiendom.⁸² Regelen er imidlertid ikke særlig godt begrunnet, utover et sirkelresonnement om at fast eiendom normalt utgjør de vesentligste verdier i uskifteboet – og derfor vil gaven stå i misforhold til boets størrelse.⁸³

Det sterkeste uttrykk for slektens rett til fast eiendom finner vi i dag i odelsretten.

Odelsretten innebærer begrensninger i eierrådigheten både i live og ved testament, ved at bedre odelsberettigede kan innløse eiendommen ved eierskifter, se eksempelvis odl § 19 første ledd og sl § 62.

Odels- og åsetesretten er grunnlovsbeskyttet, se Grunnloven § 107. Odelsrettens fortsatte berettigelse ble vurdert i NOU 2003: 26 Om odels- og åsetesretten, hvor flertallet gikk inn for dens opprettholdelse – med enkelte tilpasninger. Disse standpunkt er i det vesentlige videreført i Ot prp nr 44 (2008-2009) Om lov om endring av lov om odelsretten og åsetesretten, lov om konsesjon ved erverv av fast eiendom mv. og lov om jord mv.

⁷⁹ Se *Prp36* side 187-II. En del av disse vanskene er beskrevet i *Arnholm*, *Privatrett V* side 233.

⁸⁰ Se *Lødrup*, *Arverett* § 33 III 3, side 378.

⁸¹ Se *Prp36* side 123-II og 209-I. Slikt vern gjelder til sammenligning ikke for øvrige naturalutleggsrettigheter, se sl § 61 fjerde ledd.

⁸² Se eksempelvis *Ot prp nr 36 (1968-69)* side 150-I og *Rt 1997 1037* på side 1040.

⁸³ Særbestemmelsen om fast eiendom ble tatt inn som en tilføyelse av Justiskomiteen under forberedelsen av uskifteloven av 1927. Det ble ikke gitt noen begrunnelse for regelen. Tilsvarende regel finnes ikke i den danske arvelovs § 22. Som påpekt i *Unneberg*, *Gjenlevende ektefelles råderett over uskifteboet*, *Jussens Venner* 1997 side 224 gir denne absolutte regel liten mening. I samme retning *Lødrup*, *Uskifte* side 240.

21.3 Oppsummering

Et gjennomgående trekk i den historiske utvikling er at arveretten som rettsgrunnlag har orientert seg bort fra å være arvingenes (slektens) rettighet til å være bygget på arvelaters vilje. Testamentsarveretten er det direkte uttrykk for arvelaters egen vilje om arvens fordeling (viljesbestemt arv). Mest påtakelig er endringene i legislativ begrunnelse for slektsarveretten. Lovens arvegangsregler bygger i dag på en antakelse om arvelaters ønsker. Slektsarveretten har dermed gått fra å være en form for medeierrettighet til å bli presumsjonsregler for hva arvelater ville ha ment dersom han hadde opprettet testament.

Denne utvikling må også få betydning for tolkingen av gjeldende regler for både testamentsavtaler og legalarveavtaler.

22 Skifteoppgjøret

22.1 Skiftereglenes betydning

Et arvekrav eller et kontraktskrav mot arvelater må rettes mot og oppfylles i dødsboet. For arvingene innebærer dette at deres arvekrav er rettet mot en formuesmasse de selv er loddeiere i. For kreditorene innebærer dødsfallet at deres personlige kontraktspart er erstattet av dødsboet (se pkt 22.3), og dessuten at arverettslige og skifterettslige regler kan gripe inn i kontraktsforholdet. Skillet mellom arvekrav og kreditorkrav er nærmere behandlet i kapittel 26.

Både arvekrav og kreditorkrav rettes mot dødsboet. På hvilken måte skiftet gjennomføres har i prinsippet ikke betydning for arvingenes eller kreditorenes materielle rettsstilling, men kan ha stor betydning for gjennomføringen av kravet. Jeg skal derfor nedenfor kort redegjøre for dødsboet som rettssubjekt, relatert til de ulike skiftemåter.

Med skifteregler og skifteoppgjør forstås tradisjonelt reglene om deling av én formuesmasse mellom flere (ulike typer) rettighetshavere. Dette gjelder typisk for dødsboet hvor det skal skje en eiendomsovergang fra den avdøde via dødsboet til loddeiere, legatarer og kreditorer, se pkt 22.2. Etter hvert som felleseieordningen mellom ektefeller ikke lenger innebærer etablering av én felles formuesmasse, er

forestillingen om et bo som skal skiftes mellom loddeierne blitt misvisende.

Delingsoppgjøret dreier seg mer om et økonomisk etteroppgjør ved ekteskapets oppløsning.⁸⁴

For ektefeller med fullstendig særøie skal det ikke foretas noe felleseieskifte og det eksisterer intet ”fellesbo”. Ekteskapsloven inneholder likevel regler som, på samme måte som ved felleseie, kan innebære både verdioverføringer og eierskifte av eiendeler.⁸⁵

Ved en samboers død er utgangspunktet det samme som for ektefeller med særøie. For samboere gjelder det likevel også regler om vederlagskrav og rett til å overta bolig og innbo.⁸⁶ Gjennom nye regler om uskifte for gjenlevende samboer aktualiseres også behovet for en avklaring av konstruksjoner, rettsregler og mekanismer i tiden mellom førstavedes død og skifte av uskifteboet.

I det følgende brukes uttrykkene skifteoppgjør og delingsoppgjør ganske synonymt, men slik at skifteoppgjør foretrekkes i de situasjoner hvor det er én formue som skal fordeles på nye eiere – dvs dødsboskiftet. Delingsoppgjør brukes om alle situasjoner hvor det som følge av død eller samlivsbrudd må foretas eierskifter eller formuesoverføringer, normalt fra én ektefelle eller samboer til den andre – eller dennes arvinger.

22.2 De ulike interessenter, krav, ansvarlige og skiftemåter

Dødsboet er et rettssubjekt hvis formål er å bli brakt til opphør og en formuesmasse hvis formål er å bli fordelt mellom de berettigede. Loddeierne er andelseiere som deler den netto formue som måtte være igjen etter at alle fordringer mot dødsboet er gjort opp. Er dødsboet insolvent kan det slås konkurs eller skiftes etter særlige regler i skifteloven om insolvent dødsbo.⁸⁷

Interessentene i dødsboet kan primært inndeles i arvinger og kreditorer. Arvingene kan videre inndeles i loddeiere og legatarer. Loddeierne har en eierlignende

⁸⁴ På samme måte kan det sies at konkursbehandling heller ikke er et skifteoppgjør, men et gjeldsfølgingsoppgjør. Ved konkurs er det forutsetningsvis ikke nettoverdi til fordeling mellom rettighetshaverne, slik at ”skifteoppgjøret” dreier seg om oppfyllelsesprioritet i konkursdebitors bruttoformue.

⁸⁵ Se el § 73 om vederlagskrav og el § 74 om rett til overtakelse av bolig og innbo.

⁸⁶ Vederlagsreglene er ulovfestede, se eksempelvis *Rt 2000 1089*, mens rett til bolig finnes i husfskl § 2.

⁸⁷ Se sl kap 15.

status ved at de har krav på nettoverdiene og har medbestemmelsesrett. Legatane har mer til felles med kreditorene: Deres krav og interesse er begrenset til en bestemt pengesum eller en bestemt gjenstand.

Kreditorene utgjør i hovedsak tre grupper; arvelaters kreditorer, massekreditorene og arvingenes særkreditorer. Inndelingen tar utgangspunkt i hvem som har stiftet de ulike krav. Arvelaters kreditorer bygger sine krav på arvelaters disposisjoner og massekreditorene på dødsboets disposisjoner, mens arvingenes særkreditorers krav er stiftet av arvingen selv og har intet med dødsbobehandlingen å gjøre.

I hovedsak foreligger det tre ulike skiftemåter; privat skifte, offentlig skifte uten gjeldsovertakelse og offentlig skifte med gjeldsovertakelse. Valget har stort sett betydning for rådigheten over boet, beslutningsprosesser og ansvar for oppfyllelse av krav mot boet.

Ved offentlig skifte uten gjeldsovertakelse holdes dødsboets formue atskilt fra arvingenes, dog slik at særkreditorene kan ta beslag i den enkelte arvings arvelodd. Ved gjeldsovertakelse skjer det en ytterligere sammenblanding ved at arvelaters kreditorer også kan ta beslag i arvingenes personlige formuer.

Ved offentlig skifte uten forutgående gjeldsovertakelse er det tingretten som fordeler arven og som utøver eierrådighet over dødsboet, men likevel slik at loddeierne er gitt en viss medbestemmelsesrett.⁸⁸ Oppnevnes bobestyrer, har denne som utgangspunkt den samme faktiske råderett over dødsboets formue.⁸⁹ Det er tingrettens oppgave å dekke avdødes forpliktelser,⁹⁰ dog begrenset til oppfyllelse innenfor boformuen.⁹¹ Dødsboet som sådan kan etter regler som ligner reglene ved konkurs tre inn i arvelaters løpende avtaleforhold. Mer praktisk er at en av arvingene, eksempelvis den som har overtatt en fast eiendom, trer inn som ny debitor i arvelaters låneavtale.

Ved privat skifte overtar loddeierne både eierbeføyelser og gjeldsansvar, se sl § 78 jf § 82. Ansvar for avdødes forpliktelser omfatter både gjeldsforpliktelser og

⁸⁸ Se sl kap 3, samt § 19 og § 61.

⁸⁹ Se sl § 91b.

⁹⁰ Se sl § 99.

⁹¹ Dette gjelder i prinsippet også for massekrav, dog slik at det for forpliktelser tingretten selv har skapt kan tenkes et direkte ansvar.

plikt til å oppfylle gyldige testasjoner – omtalt som ”fordringer som oppstår ved arvefallet som følge av testamentarisk bestemmelse”, se sl § 68. Ansvaret omfatter både forfalte og uforfalte forpliktelser. Både gjeldsforpliktelser og kontraktsforpliktelser kan oppfylles ved at en eller flere av arvingene (eller andre) trer inn i avdødes forpliktelser, eksempelvis ved overtakelse av pantelån. Debtors død medfører ikke i seg selv at lånet forfaller til betaling eller at en kontrakt faller bort.⁹²

Dersom det åpnes offentlig skifte etter at privat skifte er innledet – normalt fordi arvingene blir uenige – overtar tingretten rådigheten over dødsboet, men de loddeiere som har overtatt gjeldsansvaret, frigjøres ikke fra sine forpliktelser.⁹³ Loddeierne kan imidlertid kreve at gjeldsforpliktelser dekkes eller sikres under skiftet.⁹⁴ De gjeldsansvarlige loddeiere er i prinsippet fortsatt personlig ansvar for oppfyllelse av legater, men også tingretten pålegges ansvar for dette.⁹⁵

Skifte ved testamentsfullbyrder kan foregå både som offentlig og privat skifte, men er mest praktisk som et privat skifte. Ved privat skifte har testamentsfullbyrder som utgangspunkt samme rådighet som bobestyrer under offentlig skifte, men arvingene må overta ansvaret for avdødes gjeld. Under offentlig skifte oppnevnes testamentsfullbyrder i utgangspunktet som bobestyrer, se sl § 87a.⁹⁶ Testamentsfullbyrders fullmakt er gitt av arvelater i testament, men det kan bare kalles tilbake ved avgjørelse av tingretten.⁹⁷

Den som påberoper seg en rett i eller mot dødsboet, enten det er i henhold til lovens arvegangsregler, testament eller avtale med arvelater eller arving må rette denne mot den eller de som etter skifterettslige regler råder over dødsboet, og som enten selv personlig er ansvarlig for oppfyllelsen av kravet eller som plikter å dekke kravet på dødsboets vegne.

Under offentlig skifte har tingretten en dobbeltrolle ved at den både representerer dødsboet og utøver eierrådighet, samtidig som tingretten som domstol kan treffe judisielle avgjørelser – i prinsippet også hvor tingretten representerer boet

⁹² Se til sammenligning finansavtaleloven § 52 (1) c). For fullmakter, se avtl § 21 jf også § 24 vedrørende offentlig skifte.

⁹³ Unntak gjelder hvor offentlig skifte åpnes etter begjæring fra en kreditor etter reglene i sl § 84 femte ledd.

⁹⁴ Se sl § 92.

⁹⁵ Se sl § 68 og § 97.

⁹⁶ Skiftes det offentlig, trer testamentsfullbyrder som utgangspunkt inn som bobestyrer.

⁹⁷ Se sl § 87a annet ledd.

som part, se sl § 20. Under offentlig skifte plikter tingretten å samarbeide med loddeierne, enten det gjelder faktiske eierbeføyelser eller rettslige avgjørelser.⁹⁸

Ved privat skifte har dødsboet ingen fast organisasjon, og det finnes heller ingen klare regler for beslutningsprosesser eller rådighet, men de fleste mener at viktige avgjørelser må treffes ved enighet og at sameielovens avgjørelsesregler ikke er anvendelige.⁹⁹

For å skifte privat skifte er det som hovedregel tilstrekkelig at bare én av loddeierne påtar seg gjeldsansvaret, se sl § 78. Skifteattest skal bare utstedes til de av loddeierne som har påtatt seg gjeldsansvaret, se sl § 82. Derved oppstår det et skille mellom de gjeldsansvarlige og de ikke-gjeldsansvarlige arvinger. Det er bare de gjeldsansvarlige arvinger som etter sl § 82 forestår det private skiftet.

Etter min mening må dette bety at de gjeldsansvarlige arvinger som utgangspunkt utøver samme eierrådighet som tingretten under offentlig skifte, og at de ikke-gjeldsansvarlige arvinger har samme begrensede medbestemmelsesrett som ved offentlig skifte. *Lødrup* anfører på den annen side at bestemmelsen må forstås slik at utstedelsen av skifteattest bare pålegger de gjeldsansvarlige arvinger et særskilt ansvar for bobehandlingen og skiftets gjennomføring, men at alle loddeiere fortsatt må være med på disposisjoner av viktighet.¹⁰⁰

Under privat skifte må fordringshavere finne ut både hvem som er personlig ansvarlige for oppfyllelsen av kravet og hvem som er berettiget til å treffe avgjørelser på boets vegne – hvilket etter min mening i begge situasjoner er de gjeldsansvarlige loddeiere. Skal fordringshaver skaffe seg tvangsgrunnlag må et søksmål (eller forliksklage) rette seg mot loddeierne personlig, og normalt ikke mot dødsboet som sådant, se motsetningsvis tvl § 2-1 (1) e) jf dog (2). Se også pkt 22.3 om dødsboet som eget rettssubjekt. De gjeldsansvarlige loddeiere er solidarisk ansvarlige, slik at fordringshaver i og for seg kan velge. For rene pengekrav er det derfor ikke nødvendig verken å gå til sak mot samtlige loddeiere eller samtlige gjeldsansvarlige loddeiere. Når fordringshaver har fått sitt, er det de betalende loddeieres problem å sørge for

⁹⁸ Se sl § 17 og § 24.

⁹⁹ Se *Lødrup*, Arverett § 27 III 2, side 291 med videre litteraturhenvisninger, samt med referanse til *Rt 1991 130*.

¹⁰⁰ Se *Lødrup*, Arverett § 27 III 2, side 291. I *NOU 2007: 16* Ny skiftelovgivning er det foreslått at samtlige loddeieres gjeldsansvar skal være begrenset til arvelaters formue, og derved forsvinner skillet mellom de gjeldsansvarlige og de ikke-gjeldsansvarlige loddeiere.

regress etter skifterettslige regler. Søksmål om krav knyttet til gjenstand må (også) reises mot de som kan disponere over den.¹⁰¹

Det ovenstående gjelder krav fra kreditorer og legatarer. For den som hevder å være loddeier må et søksmål rettes mot samtlige loddeiere for at disse skal måtte respektere loddeierpretendentens skifterettslige posisjon i dødsboet – utover det arverettslige krav på en andel av nettoverdiene.

Under offentlig skifte fremmes alle krav mot boet som sådant– dvs hvor det ikke er loddeierne som er personlig ansvarlig for oppfyllelsen – overfor tingretten, som normalt også er rette saksøkt, se sl § 20.

22.3 Dødsboet som eget rettssubjekt

Det er gitt mange beskrivelser av dødsboet.¹⁰² En av de vanligste har vært å beskrive dødsboet som et bundet sameie, i motsetning til det frie tingsrettslige sameiet.

Loddeiernes eierrettigheter kan også beskrives som indirekte. Loddeieren er medeier i en formuesmasse, men utøver ingen direkte eierbeføyelser. En av de mest sentrale forskjeller fra det tingsrettslige sameie er at en loddeier verken eier eller kan disponere rettslig over en ideell andel i den enkelte gjenstand. Dette gjelder uavhengig av om det skiftes offentlig eller privat.

Arvefallet innebærer ingen vanlig eiendomsovergang fra arvelater til arvingene. Dødsboet utgjør som nevnt derfor intet tingsrettslig sameie mellom arvingene.¹⁰³ Arvefallet setter likevel arvingene i en eierlignende posisjon, hvis nærmere utforming beror på skiftemåte. Ved dødsfallet oppstår *dødsboet*, som en slags fortsettelse av arvelater som rettssubjekt.¹⁰⁴ Dødsboet trer som utgangspunkt inn i alle arvelaters rettigheter og plikter, med mindre noe annet er bestemt, avtalt eller forutsatt.¹⁰⁵

I særlovgivningen finnes spredte bestemmelser om arvelaters døds betydning for rettsforholdet, se eksempelvis selskapsloven¹⁰⁶ § 2-31 om at deltakerforholdet ikke overføres til arvingene eller

¹⁰¹ For hjemmelsoverføring, se tingl § 14 første ledd annet alternativ.

¹⁰² Se blant annet *Lødrup*, Arverett § 27 III, side 289- 293 og *Mads Henry Andenæs*, Sameier og selskaper, Oslo 1977, side 3-36, og om dødsboet som rettsfellesskap, se side 46-50.

¹⁰³ Se *Lødrup*, Arverett § 1 V, side 30.

¹⁰⁴ ”Dødsboet er det rettssubjekt som umiddelbart trer i stedet for avdøde, og som blir innehaver av de eiendeler av de eiendeler som er gjenstand for arv og som blir debitor for avdødes forpliktelser.” *Lødrup*, Arverett § 1 V, side 30.

¹⁰⁵ ”Dødsboet består av alle de rettigheter avdøde hadde, og de forpliktelser som påhvilde ham eller henne.” *Lødrup*, Arverett § 27 III 1, side 289.

¹⁰⁶ Lov om ansvarlige selskaper og kommandittselskaper 21.6.1985 nr 83.

gjenlevende ektefelle ved deltakers død, med mindre dette er avtalt.¹⁰⁷ I finansavtaleloven finnes regler om betydningen av debtors død, se eksempelvis §§ 52-54. En avtale kan inneholde uttrykkelige bestemmelser, eksempelvis om livsvarige bruksretter slik at dødsfallet innebærer at retten faller bort. Dette gjelder typisk ved gjensidige testamenter med felles sekundærttestasjoner, se pkt 42.2 og kapittel 56. Bortfall eller endring kan også følge av en tolking av avtalen, eksempelvis hvor den går ut på personlige prestasjoner.

Over dødsboet tar det offentlige kontroll, mest av hensyn til avdødes kreditorer, og ”overlater” det ikke til privat skifte før arvingene har påtatt seg ansvaret for avdødes gjeld, se sl § 78. De av arvingene som ”overtar arv og gjeld”, blir som nevnt forpliktet overfor testamentsarvinger og medarvinger.¹⁰⁸

Dødsboet kan sammenlignes med et foretak, hvor deltakerne (loddeierne) eier en bestemt andel av nettoverdiene, og kan utøve en viss medbestemmelsesrett.

Andelens størrelse følger av arveloven eller arvelaters testament. Rådigheten over formuesmassen utøves etter nærmere fastsatte regler i skifteloven som varierer med gjeldsovertakelse, om det skiftes offentlig eller privat osv.

Dette synspunkt gjelder strengt tatt også for enearvingen. Helt klart er dette under offentlig skifte, hvor enearvingens innflytelse over skiftet kan begrenses til passivt å motta boets nettoverdi når bobehandlingen er avsluttet. Privat skifte med en enearving er i prinsippet ikke annerledes enn hvor det er flere arvinger. Forskjellene er av faktisk art – det er antakelig lettere for enearvingen å bli enig. Men han må, som boets beslutningstaker, eksempelvis avgjøre om han vil beholde eller selge boets eiendeler – og treffer derved på dødsboet vegne beslutninger.

Konstruksjonen dødsboet som formuesmasse er den samme enten det skiftes offentlig eller privat. Forskjellene ligger i organiseringen av rettssubjektet.

Når arvelater dør, mister han evnen til å utøve eierbeføyelser. Det er derfor nødvendig med en omstrukturering på eiersiden. Derfor oppstår dødsboet. Rettslig sett omdannes den fysiske person til en juridisk person. Denne omdanningen skjer uavhengig av skiftemåte. Skillet mellom offentlig og privat skifte består bare av hvem som – på vegne av dødsboet – utøver eierbeføyelsene, treffer beslutninger osv.

Som formuesmasse er dødsboet et selvstendig rettssubjekt, som trer i stedet for arvelater og som fortsetter i hans rettsposisjoner, uavhengig av skiftemåte.

¹⁰⁷ Se nærmere *Johan Giertsen*, Overtakelse av deltakeransvar i ansvarlig selskap etter deltakers død, Lov og Rett 1998 side 617 flg.

¹⁰⁸ Det første følger direkte av sl § 68. Det siste indirekte av sl § 82 om at arvinger som har fått utstedt skifteattest forestår det private skiftet.

Disse prinsipielle betraktninger omkring dødsboets privatrettslige og formuesrettslige karakter må ikke blandes sammen med spørsmålet om dødsboets sivilprosessuelle partsevne. Hovedregelen er at bare dødsboet under offentlig skifte har selvstendig partsevne, se tvl § 2-1 (1) e). Dødsboet under privat skifte kan imidlertid etter en samlet vurdering gis partsevne, jf tvl § 2-1 (2).

Spørsmålet om partsevne dreier seg blant annet om at søksmål må rettes mot den som kan oppfylle kravet eller som blir direkte bundet av det rettsforhold som fastslås. Ved privat skifte gir "Lars Holms dødsbo" ikke tilstrekkelig veiledning om hvem som blir bundet eller hvem som må oppfylle.¹⁰⁹

22.4 Skillet mellom krav mot dødsboet og krav mot den enkelte arving

Ved loddeiernes gjeldsovertakelse ved privat skifte vil det kunne oppstå en konkurranse mellom arvelaters kreditorer og de gjeldsovertakende arvingers særkreditorer om dekning i arvelaters formue. Som hovedregel kan arvingenes særkreditorer ikke ta beslag i dødsboets formuesmasse som sådan, men må begrense seg til sin debtors loddeierrettigheter i boet – så langt disse kan tas utlegg i. Denne forskjellsbehandling skyldes i grove trekk at særkreditorerne ikke står i et direkte rettsforhold til dødsboet, slik arvelaters egne kreditorer gjør.

På samme måte må det skilles mellom de disposisjoner en arving foretar over sitt arvekrav, dvs selve posisjonen som (ventet) arving, og de avtaler han inngår hvor det utelukkende er han selv som er debitor for medkontrahentens krav. Som jeg kommer nærmere tilbake til under pkt 46 kan en arving som utgangspunkt inngå avtaler som forplikter ham til å overdra en arvet sum eller gjenstand, uhindret av arverettslige og skifterettslige regler – så lenge medkontrahenten ikke gis noen rettigheter overfor dødsboet eller medarvingene.

¹⁰⁹ Selv om samtlige loddeiere har overtatt gjeldsansvaret og således blir ansvarlig for oppfyllelse av arvelaters kontraktsforpliktelser, er det likevel ikke arvingene som er kontraktspart. Ved spørsmål om avtalerevisjon er det urimelighet overfor arvelater som er temaet, ikke hva som er urimelig i forhold til arvingene. Hvis derimot arvingene – som representanter for dødsboet – trer inn i avtalen, etableres en ny avtale og det er eventuell urimelighet i forhold til arvingene (dødsboet) som er avgjørende. Avtalen om inntreden innebærer dessuten at medkontrahentens krav ikke rammes av et preklusivt proklama. Denne endring i det privatrettslige forhold endrer som utgangspunkt likevel ikke spørsmålet om prosessuell partsevne.

23 Rettsgrunnlaget for arverett og for forhåndsavtaler om etterlatt formue

23.1 Lovens arvegangsregler og arvelaters testament som rettsgrunnlag for arverett

I likhet med de fleste andre lands arverettssystemer bygger norsk arverett på to alternative arverettsgrunnlag, lov og testament. Dette fremgikk klart av al 1854 § 1, som fastslo at avdødes etterlatte formue skulle fordeles etter lovens regler, i den utstrekning avdøde ikke ved gyldig *viljeserklæring* hadde bestemt noe annet.

”Den Formue, en Afdød efterlader sig, skal i den Orden og efter de Regler, som i denne Lov ere givne, tilfalde hans Slægtninger og Ægtefælle, forsaavidt ikke den Afdøde ved gyldig Villieserklæring anderledes har bestemt.”

Noen tilsvarende bestemmelse finnes ikke i gjeldende arvelov, idet bestemmelsen ble opphevet som unødvendig.¹¹⁰ Gjeldende arvelov bygger således på det samme tosporede system.

Arveloven 1854 inneholdt uttrykkelige bestemmelser om testasjonsrådighet, i § 33 for arvelatere med livsarvinger og i § 38 for arvelatere uten livsarvinger.¹¹¹ Gjeldende arvelov inneholder ingen uttrykkelig hjemmel for testasjonsrådighet, men bygger på en forutsetning om testasjonsfrihet – eksempelvis gjennom bestemmelser om begrensninger i testasjonsrådigheten, se al § 7 og § 29, samt § 64. I tillegg oppstiller loven i al § 49 jf § 60 formkrav som gyldighetsvilkår for testamentariske disposisjoner, hvilket forutsetter testasjonsrådighet.

Arvelovens forarbeider inneholder ingen uttrykkelige utsagn om rettsgrunnlaget for testasjonsrådighet, og heller ingen eksplisitt forklaring på hvorfor al 1854 § 38 ikke ble videreført.¹¹²

I dag må det tas utgangspunkt i generelle formuerettslige grunnregler om eiendomsrett, eierbeføyelser og avtalefrihet – slik at det er eventuelle begrensninger som må være fastsatt i lov eller avtale. Slik er også arveloven bygget opp, dog slik at

¹¹⁰ Se *Utk62* side 156, hvor alt som sies er: ”Komitéen har ansett det overflødig med noen slik innledende bestemmelse som arvelovens § 1.” Se også *Prp36* side 127, og *Arnholm, Privatrett V* side 4.

¹¹¹ Arveloven 1854 § 38 lød slik: ”Den, der ikke efterlader sig Livsarvinger, kan ved Testament raade over sin hele Formue.” Til sammenligning lød al 1854 § 33 første ledd slik: ”Den som efterlader sig livsarvinger kan ved testament bortgi til hvem han vil en tredjedel av sin formue.”

den som utgangspunkt fratrar arvelater all rådighet over etterlatt formue og åpner opp igjen gjennom testamentsreglene og reglene om legalarveavtalene. Som vist i kapittel 21 er dette i tråd med historiske utgangspunkt om manglende rådighet *mortis causa* – eller sagt på en annen måte: Eiendomsretten og eierbeføyelsene varte ikke lenger enn til eierens død. Selv om ofte sies at norsk rett bygger på ”testasjonsfrihetens prinsipp”,¹¹³ er det prinsipielle utgangspunktet at bestemmelser om arvens fordeling må ha hjemmel i arveloven.

Ofte fremholdes al § 48 både som hjemmelen for testasjonsrådighet og som en legaldefinisjon på en testamentarisk disposisjon.¹¹⁴ Bestemmelsen er imidlertid ikke ment som annet enn en regulering av testators personlige testasjonskompetanse.¹¹⁵ Noen dramatisk feil er det imidlertid ikke å anse al § 48 som en legaldefinisjon – ordlyden gir tross alt en god beskrivelse av en testasjon. Derimot kan det lett bære galt av sted når ordlyden skal brukes som argument i drøftelser omkring testasjonsrådighet.

Arveloven som arverettsgrunnlag omfatter ikke bare lovens arvetavle, slik den fremgår av al kap I (slektsarvingene) og II (ektefellen). Legalarv etter arvelater skal fordeles ”i den Orden og efter de Regler, som i denne Lov ere givne”, hvilket også omfatter arvelovens øvrige regler som virker inn på den endelige arvefordelingen. Lovens arvetavle er slik sett å betrakte som et utgangspunkt, som justeres av lovens øvrige arvegangsregler. Dette omfatter direkte reglene i lovens første¹¹⁶ og tredje del, herunder reglene om avkorting og om avkall på ventet arv og avslag på falt arv, samt bortfall av arverett ved foreldelse, drap osv.

Legalfordelingsreglene er i prinsippet uavhengig av arvelaters testamentariske disposisjoner, idet testasjonen som utgangspunkt bare reduserer den formue som skal

¹¹² Se imidlertid *Utk62* side 213-214 hvor det generelt forklares at enkelte bestemmelser i 1854-loven kapittel om testamentsarv er opphevet som unødvendige.

¹¹³ *Lødrup*, Oversikt side 11. Se også *Lødrup*, Arverett § 6 I, side 71-73.

¹¹⁴ Se eksempelvis *Andenæs*, Arvepakt side 21 som skriver at al § 48 ”gir arvelater rett til fritt å opprette testament”. Se videre *Frantzen*, Delegasjon av testasjonsmyndighet etter norsk rett, side 952 som knytter spørsmålet om delegasjon av testasjonskompetanse til en tolking av ordlyden i al § 48 første ledd: ”Det sentrale i denne sammenheng er innholdet av uttrykket ’fastsetje kva som skal gjerast med det han let etter seg’...”.

¹¹⁵ *Prp36* side 172-I beskriver al § 48 som ”regler om testators alminnelige habilitet”. Slik også *Arnholm*, Arveretten § 15 som på side 169 forklarer begrepet som ”evnen til å opprette testament”. Se videre *Utk62* side 214 hvor det vises til at al § 48 avløser al 1854 § 31, som bestemte at testament fra testator yngre enn 18 år måtte ha kongelig konfirmasjon for å være gyldig – med andre ord en særregel i forhold til datidens myndighetsalder.

¹¹⁶ Pliktbudsreglene i al kap IV regulerer ikke legalfordelingen, men arvelaters testasjonsrådighet og burde således vært plassert i lovens annen del om testamenter. Det samme gjelder al § 7.

fordeles mellom legalarvingene. Det samme gjelder forholdet mellom gjenlevende ektefelle og slektsarvingene. Ektefellen tar sitt, og det resterende fordeles mellom slektsarvingene i samme forhold som om det ikke hadde vært noen ektefelle etter arvelater, se al § 6 første ledd jf § 1 tredje ledd og § 2 fjerde ledd. Arvelater kan imidlertid ved testament forrykke fordelingen mellom legalarvingene, og da blir prinsippet om uendret legalfordeling rent teoretisk.

Arveloven kap VI har overskriften ”Avkorting i arv og avtaler om arv”. Selv om både arvelater og arvingene kan påvirke arvets fordeling gjennom viljeserklæringer, dreier det seg fortsatt om lovens fordelingsregler. Som jeg kommer nærmere tilbake til nedenfor, er avtaler og erklæringer i tråd med reglene i al kap VI (samt al § 74) en del av lovens arvegangsregler, og regnes verken som testamentariske disposisjoner eller som særskilte arverettsgrunnlag. I forhold til systematikken i al 1854 § 1 er en fastsatt avkortingsordning en del av ”de Regler, som i denne Lov ere givne” – og ikke en viljeserklæring.

Alternativet til lovbestemt arv er viljesbestemt arv, dvs arv fordelt slik ”Afdøde ... ved gyldig Villieserklæring ... har bestemt”. Under pkt 23.2 skal jeg drøfte nærmere forståelsen av ”gyldig Villieserklæring”, herunder hvorvidt en kontraktsrettslig forpliktelse kan være et selvstendig grunnlag for arverett. Under kapittel 24 om livs- og dødsdisposisjoner drøftes dessuten forholdet mellom arvelaters viljeserklæring som grunnlag for henholdsvis kontraktuelle og testamentariske rettigheter.

I forhold til spørsmålet om hvilke av arvelaters erklæringer som kunne gi grunnlag for arverett må (og måtte) ordlyden i al 1854 § 1 ses i sammenheng med lovens øvrige bestemmelser som regulerer gyldigheten av testamentariske disposisjoner, herunder særlig formkrav og pliktdelsbegrensninger. Som jeg kort kommer tilbake til nedenfor, kan dette forbeholdet utledes av formuleringen ”*gyldig Villieserklæring*” (uthevet her).

Verken gjeldende arvelov eller al 1854 er helt presise, fordi de overser de skifterettslige regler om kreditorenes stilling. Bestemmelsen i al 1854 § 1 kan jo forstås som at den del av den etterlatte formuen som arvelater ikke selv har disponert over tilfaller legalarvingene, dog slik at testamentsreglene må være oppfylt hva angår dødsdisposisjoner. Det man da overser er at den formue som tilfaller legalarvingene også reduseres av krav mot arvelater som ikke springer ut av hans viljeserklæringer, eksempelvis skattekrav, erstatningskrav (deliktansvar) osv.

Utgangspunktet er derfor at krav på arv enten må bygge på reglene om arvens fordeling i arveloven eller på arvelaters viljeserklæring i et formriktig testament innenfor de materielle begrensninger som følger av arveloven.

23.2 Avtalen som arverettsgrunnlag

I eldre rettsteori omtales *arvekontrakten*, dels synonymt med og dels som forløperen til arvepakten.¹¹⁷ Det var med styrke fremholdt at arvekontrakten og arvepakten utgjorde et selvstendig arverettsgrunnlag, i tillegg til lov og testament. Jeg kommer tilbake til dette under pkt 54.2 om arvepaktens karakter, men skal her ta opp det generelle og prinsipielle spørsmål om hvorvidt en kontraktsforpliktelse kan utgjøre et selvstendig arverettsgrunnlag.

I sin fremstilling om arvepakter bruker *Knoph* uttrykk som medkontrahentens ”kontraktsmessige krav på å bli arving”.¹¹⁸ Både *Knoph* og *Platou* fremholder videre arvepakten som et særskilt arverettsgrunnlag, ”sideordnet og ikke innesluttende, et testament”,¹¹⁹ og som ”en fra Testamentet forskjellig Delationsform”.¹²⁰ Begge forfattere begrunner sine standpunkter blant annet gjennom en henvisning til den historiske utvikling av arvekontraktene.¹²¹

Likeledes har *dødsgeben* blitt fremholdt som vesensforskjellig fra testamentet, nemlig ved at testamentet var uforpliktende, mens dødsgeben skapte en etablert rett for løftemottaker også i arvelaters levetid.

”Rettslig sett er forskjellen mellom dødsgeben og testamentet temmelig markert: Dødsgeben er en *gabe*, hva testamentet ikke er. Mens dødsgeben således er rettet til en adressat og binder giveren når han har gitt meddelelse om den, er testamentet et nakent viljesutsagn uten adressat og alltid fritt gjenkallelig.”¹²²

Det forhold at dødsgeben var avtalerettslig bindende, hadde dødsgeben felles med arvepakten.

Knoph sa det slik: ”Dødsgeben er imidlertid ikke den eneste ugjenkallelige arvedisposisjon norsk rett kjenner. Også testamentet kan gjøres ugjenkallelig ... En slik ugjenkallelig arvingsinnsettelse kalles gjerne en *arvepakt*”.¹²³

Arnholm fremholdt mye av det samme: ”Ugjenkalleligheten har arvepakten felles med dødsgeben. Og hvis A ugjenkallelig lover B at B vederlagsfritt skal få en ting etter A's død, kan

¹¹⁷ Se *Hallager*, Den Norske Arveret 1885 side 137 og *Platou*, Arveret 1910 side 72-73 og 225-226, samt *Knoph*, Norsk arverett 1959 side 229.

¹¹⁸ *Knoph*, Norsk arverett 1959 side 229.

¹¹⁹ *Knoph*, Norsk arverett 1959 side 227. Se også *Platou*, Arveret 1910 side 225.

¹²⁰ *Platou*, Arveret 1910 side 225.

¹²¹ *Knoph*, Norsk arverett 1959 side 97 og 227. *Platou*, Arveret 1910 side 72-73.

¹²² *Knoph*, Norsk arverett 1959 side 214-215.

¹²³ *Knoph*, Norsk arverett 1959 side 225.

man karakterisere disposisjonen både som en døds gave og som en arvepakt. Men hvis den går ut på at B skal yde fullt vederlag for tingen, får man en arvepakt som ikke har noe moment av døds gave i seg. Skal vederlaget ydes i A's livstid, kan for øvrig dette føre til at man betrakter disposisjonen som en livsdisposisjon ...”¹²⁴

Synspunktene tok utgangspunkt i al 1854 § 1, gjengitt ovenfor, og som ble opphevet som unødvendig. Med den usikkerhet som under al 1854 hadde rådet med hensyn til hvordan begrepet viljesbestemt arv skulle forstås, burde lovforberederne ha sagt noe om spørsmålet – eller om hvorfor det var unødvendig å videreføre regelen i al 1854 § 1.

Noen forfattere oppfattet ”gyldig Villieserklæring” synonymt med testament,¹²⁵ mens andre fremholdt testamentet som den *viktigste* viljeserklæring om arvens fordeling,¹²⁶ hvilket altså ikke utelukket andre viljeserklæringer som grunnlag for arv.¹²⁷

Utviklingen av arvekontraktene i norsk arverett ble av *Knoph* beskrevet slik:

”Ved siden av den arverett som hviler på lovens arvetavle, og rettslig fullt likeverdig med denne, står den som støtter sig på arvelaterens vilje. Da testamentet er den viktigste av de viljeserklæringer som her kommer i betraktning, kaller man gjerne denne arv for den testamentariske, skjønt navnet **viljesbestemt arv** i og for seg rammer bedre.

Testamentet er nemlig ikke den eneste rettshandel som skaper adkomst for arv, og heller ikke den eldste her i Norge. I all germansk rett synes tvert imot forholdet overalt å ha vært det, at da utviklingen begynte å skyte bresje i slektens oprindelige absolutte arverett, var det i de almindelige livsdisposisjoners form det skjedde: Man gav bort den ting det var tale om, men forbeholdt sig bruksrett til sin død. En slik kontrakt var imidlertid ugjenkallelig. For å rette på dette ordnet man sig stundom slik, at gaven i formen ble gitt til en mellommann, en ’Salmann’ som først etter giverens død skulle la den gå videre. Overfor ’Salmannen’ selv kunde gaven kalles tilbake. Denne institusjon åpnet naturlig vei for det romerrettslige, gjenkallelige testament, som

¹²⁴ *Arnholm*, Privatrett V side 278 og *Arnholm*, Arveretten side 260.

¹²⁵ *Platou*, Arveret 1910 side 57-58: ”Som allerede tidligere bemærket, kunne en Persons Efterladenskaper ogsaa i Kraft af hans sidste Villieserklæring efter hans Død komme til at gaa over paa Andre. En saadan Villieserklæring kaldes et Testament (se Kapitel 2).” *Platou* (side 2-3) synes blant annet å utlede dette av ordet ”gyldig”: ”Naar Loven kræver en ’gyldig’ Villieserklæring, er dermed ikke alene udtalt den selvfølgelig Ting, at Villieserklæringen skal opfylde de almindelige Betingelser for Retshandlers Gyldighed (...), dette behøvede ikke at siges, – men ogsaa, at han har iagttaget de specielle Former, som vor Arvelov, i Lighed med al Verdens Arvelove, kræver som Garanti for, at Erklæringen virkelig udtaler Testators inderste Villie.” *Lütken*, Arveloven 1935 side 17 sier det helt kort slik i kommentarene til § 1: ”Gyldig viljeserklæring): testament, se innledningen til 2net kapitel.”

¹²⁶ Se eksempelvis *Knoph*, Norsk arverett 1959 side 97: ”Ved siden av den arverett som hviler på lovens arvetavle ... står den som støtter sig på arvelaterens vilje. Da testamentet er den viktigste av de viljeserklæringer som her kommer i betraktning, kaller man gjerne denne arv for den testamentariske ...”.

¹²⁷ Se blant annet *Knoph*, Norsk arverett 1959 side 97, referert ovenfor. Se også *Platou*, Arverett 1910 side 2: ”Arveretten hviler enten paa et bestemt Familieforhold (Slægtskap eller Ægteskab) eller paa den Afdødes Villieserklæring (Testament, Arvepagt, Døds gave).”

kanonisk rett hadde tatt op, og som kirkens menn av all kraft søkte å skaffe innpass på bekostning av den gamle ubetingede slektsarverett.”¹²⁸

Fremholdelse av den kontraktsbaserte arverett gjøres også i forbindelse med omgjøring av et avkall på ventet arv:

”Støtter arveretten sig til arvepakt, blir det et tolkningsspørsmål om en ophevelse av avkallet skal forstås slik at arveretten våkner som kontraktsmessig avtalt rett, eller for fremtiden bare skal bero på arvelaterens vilje. Det første må ha formodningen for sig.”¹²⁹

Kontraktens plass som et tredje rettsgrunnlag, ved siden av legalarveretten og testamentsarveretten, påpekes også av *Platou*:

”Vor Arvelov viser Mærker af sin dobbelte Oprindelse. Den opstiller som Regel Testamentets Gjenkaldelighed, men i § 61 anerkjender den, overensstemmende med germansk Ret, Arvepagt som bindende, den opstiller altså tre Delationgrunde, Slægtskab, Testament og Kontrakt (Arvepagt)”.¹³⁰

Forholdet mellom testamenter og kontrakter beskrives også av *Hallager*:

”Det er allerede ovenfor bemærket, at der efter Arveloven Intet er til Hinder for, at en Mand, forsaavidt han ellers har den fornødne Myndighed, kontraktsmæssig forbinder sig til at efterlade sine Midler for det Hele eller en Del til hvem han vil (jfr. § 61¹³¹), ligesom det allerede er berørt, at Benævnelsen Testament efter Arvelovens Udtryksmaade ikke egentlig bliver uanvendelig paa den sidste Villie av den Grund, at den er kontraktsmæssig bindende og ugjenkaldelig”.¹³²

Det kan videre vises til diskusjonen omkring dødsgevarene som bindende løfter fra arvelaters side, men med rett til oppfyllelse først etter hans død, se nærmere pkt 24.5.

Det er på det rene at avtaler som omhandler arverett fortsatt har sin plass i norsk arverett. Arveloven har sågar et eget kapittel med formuleringen *avtaler om arv* i tittelen, se al kap VI. Arveloven gir hjemler for at både arvelater og arvinger gjennom formløse erklæringer og avtaler kan påvirke både spørsmålet om hvilke personer som tar arv og om arvens fordeling mellom dem. Videre fremgår det av al § 56 at testator ved avtale kan forplikte seg til ikke å tilbakekalle en testasjon, og dermed utgjør kontraktsforpliktelsen en del av testamentsarvingens rettsgrunnlag.

¹²⁸ *Knoph*, Norsk arverett 1959 side 97.

¹²⁹ *Knoph*, Norsk arverett 1959 side 336 note 3.

¹³⁰ *Platou*, Arverett 1910 side 68.

¹³¹ Arveloven 1854 § 61 lød slik: ”Med de i §§ 59 og 60 gjorde Indskrænkninger staaer det Enhver frit for at forandre eller tilbagekalde sin sidste Villie, uden Hensyn til, om de derved indsatte Arvinger ere blevne underrettede om Testamentets Indhold eller ikke, saalænge Testator ikke paa kontraktmæssig Maade udtrykkelig har erklæret derved at ville være bunden.”

¹³² *Hallager*, Den Norske Arveret 1885 side 137.

Mitt syn er imidlertid at de avtaler som inngås etter al kap VI, samt al § 74, er en del av lovens arvegangsregler, og ikke utgjør et selvstendig arverettsgrunnlag, jf pkt 23.1. Dette vises både ved at loven setter begrensninger for hva som kan avtales, og ved at enkelte avtaler eller erklæringer mer har preg av rettsstiftende kjensgjerninger enn av selvstendige rettsgrunnlag.

Arvepakter i henhold til al § 56 er en arvefordelingsavtale, idet den både inneholder en testamentarisk bestemmelse om fraskrivelse av testasjonskompetanse og en disposisjon som etablerer avtalerettslig binding. Arvepakten – herunder bindingsavtalen – kan få betydning for senere testamenteres gyldighet, men etablerer ikke i seg selv noen arverett, eller endrer innholdet av den legalarverett eller testamentsarverett den skal beskytte, se nærmere kapittel 54.

Ordlyden i al 1854 § 1 må forstås ut fra forholdene på den tid loven ble gitt. Dens forarbeider gir ikke holdepunkter for noen streng bokstavfortolking. Lovens generelle forarbeider gir også uttrykk for de mange ulike synspunkter på eiendomsrett, eierrådighet, testasjonsrådighet, forholdet mellom kontraktsforpliktelser og testasjoner osv.¹³³

Under pkt 23.1 ble det pekt på lovens arvegangsregler og arvelaters testament som arverettsgrunnlag. På bakgrunn av det ovenstående kan det konkluderes med at disse to arverettsgrunnlag også er eksklusive, i den forstand at et arvekrav ikke kan bygge på en kontraktsforpliktelse alene. En arvepakt alene gir eksempelvis ikke arverett dersom testamentet eller legalarveretten den skal beskytte er ugyldig eller bortfalt.¹³⁴ Skal arvelaters viljeserklæring gi grunnlag for arverett, må den enten være kommet til uttrykk i et gyldig testament eller falle inn under lovens regler om arvefordelingsavtaler.

Det må imidlertid skilles mellom rett til arv og andre krav mot arvelater eller dødsboet. Arvelater kan eksempelvis være forpliktet til å opprette testament, slik at hans unnlattelse innebærer et mislighold som kan gi medkontrahenten misligholdsbeføyelser, tilbakesøknings- eller erstatningskrav. Noen av disse spørsmål er behandlet i forbindelse med fremstillingen av de ulike arvefordelingsavtaler. Under

¹³³ Se blant annet *Arvelovkommisjonen 1846* side 31, 42-43 og 58-60.

kapittel 35 er den kontraktsrettslige betydning av arverettslig ugyldighet behandlet, og under kapittel 36 drøftes medkontrahentens eventuelle rett til erstatning.

23.3 Rettsgrunnlaget for arvelaters disposisjoner over sin etterlatte formue

Det er i dag lite tvilsomt at grunnfundamentet for arvelaters disposisjoner over sin etterlatte formue ligger i hans egen private eiendomsrett. Selv om vi gjerne uttrykker det som om testasjonsfrihet er noe loven gir,¹³⁵ er det strengt tatt bare noe som gis tilbake. Som vist nedenfor griper loven inn i eiendomsretten og fratrar som utgangspunkt eieren hans råderett mortis causa. Arvelaters kompetanse til å opprette testament eller inngå legalarveavtaler bygger således ikke på en kompetansetildeling fra lovgiver. Kompetansen bygger på hans eiendomsrett og avtalefrihet, men er de restbeføyelser han sitter igjen med etter at lovgiver med arveloven som utgangspunkt har fratatt ham all rådighet mortis causa.

Som påpekt ovenfor er det historiske utgangspunkt at eiendomsretten opphørte ved død, men allerede under forberedelsen av al 1854 ble det drøftet om ikke dette burde ses annerledes.¹³⁶ En nærmere gjennomgang av de historiske kilder kan nok gi mange forklaringer på hvorfor og hvordan arvereglene har fått sin utforming, og den kan gi nyttig informasjon for veien videre.¹³⁷ Reglens forhistorie er likevel ikke avgjørende for hvordan man ønsker reglene utformet i dag, tilpasset dagens samfunnsforhold og verdinormer.

Selv om grunnregelen er at arverettsgrunnlag må bygge på lov eller testament, er det like fullt eiendomsretten og avtalefriheten som er grunnfundamentet. Denne presisering er nødvendig fordi arvelovens begrensninger kun gjelder fordeling av

¹³⁴ Det kan tenkes at arvepakten også kan tolkes som et selvstendig testamentsarverettsgrunnlag, men da er nettopp poenget at dokumentet arvepakt *også* inneholder en selvstendig testasjon.

¹³⁵ "Ønsker arvelateren en annen fordeling, gir loven ham adgang til det." *Lødrup*, Arverett § 6 I, side 71. *Arnholm*, Arveretten side 44 omtaler tilsvarende "den disposisjonsadgang loven gir ham". *Unneberg*, Arveretten side 93 omtaler "testasjonsadgangen".

¹³⁶ *Arvelovkommisjonen 1846* side 58-I stilte spørsmålet om det under "et friere Begrep om Eiendomsretten ... ikke aldeles bør være den, der har Formue, nægtet at strække Virkningen af sin Eiendomsret udover Livets Grændse".

etterlatt formue som arv. Som følge av dette har arvelater full frihet til ved avtale å fordele sin etterlatte formue så lenge disposisjonen ikke oppfanges av arverettslige regler, eksempelvis livsdisposisjonsavtaler. Videre kan lovgiver bestemme at enkelte dødsdisposisjoner likevel ikke skal regnes som arverettslig delingsregel, dvs ikke oppfanges av arverettslige regler. Dette gjelder eksempelvis dødsdisposisjonsektepakter og livsforsikringsavtaler.

Teknisk sett kan reglene i ekteskapsloven og forsikringsavtaleloven ses som særlige hjemler til likevel å råde over etterlatt formue, dvs som selvstendige hull i den veggen arveloven generelt har oppstilt for arverettslige dødsdisposisjoner. Alternativt kan de betraktes som regler som konkret innskrenker rekkevidden av enkelte arverettslige regler, eksempelvis pliktdelsreglene. Adgangen til å opprette dødsdisposisjonsektepakter i el §§ 42-46 kan i dette perspektiv betraktes som en særlig hjemmel for å råde over pliktdelsarv, jf al § 29 annet ledd if. Etter min mening er det mest treffende å se reglene i el kap 9 og fal kap 15 som selvstendige rådighetshjemler som generelt unntar de aktuelle disposisjoner fra de arverettslige regler, se nærmere pkt 43.3.

Arvelater kan dessuten styre fordelingen av sin etterlatte formue gjennom handlinger, eksempelvis ved kort tid før sin død å gifte seg med sin samboer.

Når det sies at rettsgrunnlaget for arverett må bygge på lov eller testament, er det først og fremst for å fremheve konsekvensene: Arvelaters avtaleforpliktelse er i seg selv ikke nok.

23.4 Rettsgrunnlaget for en arvinges disposisjoner over sine arveutskifter

Når arvelater disponerer over etterlatt formue er det begrensninger i hans eierrådighet som gjør seg gjeldende. For arvingenes disposisjoner over ventet arv er bildet mer sammensatt. Arvingers rådighet over sine arveutskifter kan ses i flere perspektiver og i flere ulike relasjoner. Sett fra arvingens side dreier deg seg om disposisjoner over egne rettigheter, mens det fra arvelaters side dreier seg om hvorvidt en arving skal kunne bestemme hvordan hans etterlatte formue skal fordeles. Eller dreier det seg bare om et kreditorskifte? Om disposisjoner over en betinget fordring?

Arverettighetenes natur har endret seg over tid, og dens karakter har vært drøftet. Synet på arvingenes rettigheter har variert fra en medeierposisjon til kun å

¹³⁷ Jeg viser i så måte til generelle fremstillinger i arvelovenes forarbeider og i arverettslig litteratur, med videre henvisninger til ren historiske fremstillinger. Se eksempelvis *Arvelovkommisjonen 1846* som redegjør for rettsstillingen før al 1854 og *Utk62* side 3-24. Se videre *Platou*, Arveret 1910 side 3-13 og *Knoph*, Norsk arverett

være en forventning. Hvordan arvingens rettsposisjon vurderes har betydning for en rekke spørsmål knyttet til positive og negative beføyelser over arvekravet. Som for eierbeføyelser dreier de positive arvingebeføyelser seg om hva arvingen selv kan gjøre. De negative dreier seg om hva arvingene kan motsette seg av arvelaters og eventuelt medarvingenes disposisjoner.

Et viktig perspektiv ligger i at slektsarveretten – i motsetning til ektefellearv og normalt testamentsarv – ikke er en personlig rettighet, men tilkommer en gruppe personer – slektsarvingene. Innenfor gruppen er enkeltarvingenes prioritert hovedsakelig i parenteler og linjer. Et særlig spørsmål er derfor hvilke konsekvenser én arvingens disposisjoner skal få for de øvrige slektsarvingene. Dette gjelder både i forhold til den disponerendes egen linje, men også i forhold til gruppen som helhet. Dette er en av de sentrale problemstillinger ved avkall på ventet arv. Kan én arving sette hele linjen sin ut av spill? Kan han redusere slektsarvingenes samlede arv? Eller bør den enkelte arvinges råderett være begrenset til kun for egen del å tre ut av arverekken? Ved avhendelse av ventet arv er tilsvarende spørsmålet ikke bare om pietet overfor arvelater, men også om en arving skal kunne erstatte sin plass i arvingefellesskapet med en utenforstående. Se nærmere om dette i Del 6.

Disse ulike perspektiv er ikke nødvendige for å besvare spørsmålet om en arving kan gi avkall på ventet arv eller kan avhende ventet arv, men for hvordan al § 45 og § 44 skal tolkes og dermed gi svar på enkeltspørsmål.

Den klare hovedregel er at en arving ikke gyldig kan disponere over ventet arv, se al § 44. Fra denne hovedregelen gjør loven selv enkelte unntak, som fortrinnsvis gjelder frafall av egne arverettigheter. De konkrete problemstillingene knytter seg dels til tolkingen av al § 44, og dels til de enkelte unntaksbestemmelser i al § 45 og dels i al § 43. Når disponerer arvingen over ventet arv? Kan en arving uhindret av al § 44 inngå betingede avtaler om verdier eller gjenstander han måtte komme til å arve? Når innebærer en avtale om avkall på ventet arv i realiteten en avhendelse av arv? Og er på den annen side en frafallelse av legalarvens lovbeskyttelse det samme som avkall på ventet arv?

Det er på det rene at en arving kan trekke seg ut av posisjonen som arving ved å gi avkall eller avslag på arven. Ved at den frafalte arv tilfaller andre, påvirker således arvingen arvets fordeling. Det må imidlertid skilles mellom de disposisjoner hvor fordelingen av den frafalte arv følger av lovens arvegangsregler eller arvelaters testament, og der hvor arvingen på selvstendig grunnlag bestemmer fordelingen. Det siste tilfellet reiser ikke bare spørsmål om avhendelse av ventet arv, men også om arvingens rett til å bestemme hvordan arven etter arvelater skal fordeles.

Det følger av alminnelige formuesrettslige og tingsrettslige grunnregler at ingen kan råde over en annens formue uten særlig hjemmel. Dette gjelder også for arverettslige disposisjoner. Verken arvinger eller andre kan i utgangspunktet, verken ved testament eller på annen måte, gi bestemmelser om hvordan arven etter arvelater skal fordeles. Arvelater kan i utgangspunktet bare bestemme arvets fordeling ved testament, og testasjonsrådigheten er personlig. Arvelater kan derfor ikke selv kan gi arvingen slik fullmakt, se nærmere kapittel 52 om delegasjon av testasjonskompetanse.

Spørsmålet om arvingens rett til å disponere over sine egne arveutsikter – og til å bestemme over arvets fordeling – knytter seg til en tolking av reglene om avkall på ventet arv og arvingens adgang til å påvirke hvem som skal arve i hans sted, se nærmere kapittel 63. Noe lignende problemstillinger knytter seg til spørsmålene om hva arvelater og en avkortingspliktig arving kan avtale om avkortings virkninger, se kapittel 64.

Spørsmålene om arvingens disposisjoner over sine arveutsikter dreier seg ikke bare om hvilke disposisjoner som er tillatt og hvilke virkninger de får – eller kan få, men også om hvilke arverettighetselementer som omfattes. Det fremgår av al § 45 første ledd at arvingen kan gi avkall på deler av arven. Dette sikter riktignok til deler av arvelaters formue, men viser samtidig at avkallsadgangen ikke nødvendigvis må innebære et totalt avkall på hele arvingposisjonen. Det må bero på en nærmere tolking både om det er adgang til å overdra eller gi avkall på andre arverettigheter enn selve legalarveretten. Nedenfor skal jeg nærmere behandle avkall på skifterettigheter og livsarvingenes og ektefellens lovbeskyttelse av legalarveretten. Også svaret på disse spørsmål beror på hvordan man karakteriserer de enkelte arverettigheter. Dersom pliktdelsreglene oppfattes som minstearvsregler, må de samme regler gjelde for

pliktdelsarv som for vanlig legalarv. Hvis de derimot kun betraktes som beskyttelse mot testamentariske disposisjoner, kan løsningen lett bli en annen. Se nærmere kapittel 25 om pliktdelsreglenes karakter og kapittel 53 om frafall av pliktdelsbeskyttelsen. Disposisjoner over skifterettigheter er behandlet i kapittel 45. Se også kapittel 46 om disposisjoner over verdier eller gjenstander arvingen forventer å arve, men som er løsrevet fra arvingposisjonen.

Utarvinger har generelt intet vern for sin legalarverett, og har derfor ingen selvstendig beskyttelse mot en blivende medarvings disposisjoner. Etter arvefallet kan de imidlertid, som loddeiere i dødsboet – og gjennom generelle regler om rettslig interesse – påberope seg at disposisjoner foretatt av en medarving er ugyldig. Eksempelvis kan de hevde at en avhendelse av ventet arv var ugyldig for derved å slippe å få en fremmed arving inn i skifteoppgjøret.

23.5 Oppsummering

For arvelater er ordningen at han i kraft av sin eiendomsrett som utgangspunkt kan disponere over sin etterlatte formue, men loven gjør den generelle begrensning at bestemmelser om arvefordeling enten må være særskilt hjemlet i lov eller følge reglene for testamentariske disposisjoner.

For arvingene er utgangspunktet at de i kraft av den alminnelige avtalefrihet kan disponere over sine fremtidige arverettigheter, men likevel slik at loven oppstiller et generelt forbud mot å disponere over ventet arv. Dette forbudet bygger blant annet på grunnregelen om at arverett ikke kan etableres uten hjemmel i lov eller testament, og at arvelaters testamentariske rett til å fordele arven ikke kan overdras. Arvingens disposisjoner over ventet arv trenger derfor særskilt hjemmel i lov. Enkelte slike hjemler finnes i al kap VI.

24 Skillet mellom livs- og dødsdisposisjoner, begrepet testament

24.1 Innledning

Skillet mellom livs- og dødsdisposisjoner er sentralt i arveretten. En dødsdisposisjon er som regel synonymt med en testamentarisk disposisjon. Dessuten er utgangspunkt at arverettslige regler bare omfatter arvelaters dødsdisposisjoner. Verken regelen eller beskrivelsen av grensen er særskilt lovfestet. En dekkende beskrivelse fremgår likevel

av al § 48 hvor en testamentarisk disposisjon omtales som fastsettelse av ”kva som skal gjerast med det han let etter seg når han dør”. Regelen om at arvelater må treffe bestemmelser om arvets fordeling som testament fremkommer av al § 48 jf § 49 sammenholdt med al § 60.

Kriteriene for en livsdisposisjon er ofte formulert som at disposisjonen må være gjennomført og ha hatt realitet for arvelater i hans levetid.¹³⁸ Det latinske begrepet *dispositio inter vivos* er således også beskrivende; en disposisjon som ligger innenfor livet – dvs den hadde sine virkninger i arvelaters levetid, og det var også meningen med den. Motsatsen *dispositio mortis causa* kjennetegnes ved at den er motivert i døden, dvs i fordelingen av den etterlatte formue. Dette aspektet kommer også frem av ordlyden i al § 35 og § 53, som begge omhandler ”gåve som er meint å skulle oppfyllest etter at givaren er død”. Arvelaters formål står sentralt, særlig hvor det kan være tvilsomt om disposisjonen har hatt tilstrekkelig realitet for arvelater. På den annen side har formålet ingen betydning dersom det er på det rene at disposisjonen er gjennomført og har hatt realitet.¹³⁹

Denne avhandlingen omfatter ikke bare arveavtaler, men også avtaler om etterlatt formue som ikke oppfanges av arvereglene, herunder livsdisposisjonsavtaler. Den annen hovedgruppe omfatter dødsdisposisjoner som i henhold til særlovgivning er unntatt fra arverettslige regler, og hvor grensedragningen ikke har betydning i denne sammenheng.

Hvordan det arverettslige skillet mellom livs- og dødsdisposisjoner generelt trekkes skal ikke behandles her. Jeg viser i så måte til generelle arverettslige fremstillinger.¹⁴⁰ Her skal bare enkelte utvalgte temaer behandles.

Tradisjonelt har læren fokusert på de negative livsdisposisjoner, hvor spørsmålet som oftest er om en gavedisposisjon er tilstrekkelig gjennomført i

¹³⁸ Se eksempelvis *Rt 1978 1083* på side 1087.

¹³⁹ Se til illustrasjon *Rt 1978 1083* som omhandler en mors overføring av en eiendom til to av sine barn, hvor motivet klart var å unndra arven fra de andre. Høyesterett fant at gaveoverføringen var tilstrekkelig gjennomført, og at hennes motiv derfor var uten betydning. Førstvoterende uttalte om dette på side 1087: ”At Anne ønsket å begunstige dem på bekostning av de to eldre brødre, er vel på det rene, men det er, slik jeg ser det, ikke bare uten avgjørende betydning, men vel forståelig.”

¹⁴⁰ Jeg viser særlig til den detaljerte og systematiske fremstilling hos *Lødrup*, Arverett §§ 21-24, side 223-264, samt *Arnholm*, Arveretten § 10, side 99-123 og *Unneberg*, Arveretten side 63-79. Se dessuten den omfattende fremstillingen av begrepet testament med gjennomgang av rettspraksis hos *Hambro*, Arveloven side 277-339, inkludert litteraturliste på side 277.

arvelaters levetid – slik at den har fått en negativ realitet for ham. Særlig i tilknytning til såkalte pleieavtaler vokste også den positive livsdisposisjon frem: Arvelater skal først yte etter sin død, men avtalen har hatt positiv realitet for ham i hans levetid. Det er de positive livsdisposisjoner som har interesse i denne avhandlingen; nemlig avtaler som går ut på at medkontrahenten har krav på oppfyllelse i arvelaters dødsbo etter hans død, men hvor arvelater i sin levetid har mottatt ytelser som likevel gjør avtalen til en livsdisposisjon.¹⁴¹

Nedenfor skal jeg først se litt på sammenhengen mellom kravet til realitet og forholdet mellom ytelse og motytelse, dvs skillet mellom gave og gjensidig forpliktende avtale. Videre skal jeg se litt på tidspunktet for vurderingen av om det foreligger en livs- eller dødsdisposisjon, og om betydningen av endringer fra avtalen ble inngått og til arvelaters død, herunder betydningen av mislighold.

For de fleste disposisjoner over etterlatt formue er det pliktdelsreglene som er til hinder for arvelater, og det er pliktdelsreglene som står sentralt når det drøftes hva annet enn ordinære testasjoner arvelater kan foreta. Nedenfor skal jeg drøfte om det i norsk arverett må opereres med et enhetlig materielt testamentsbegrep, slik at grensen mellom livs- og dødsdisposisjoner må trekkes likt i forhold til alle arverettslige regler. Spørsmålet har også praktisk betydning i andre sammenhenger. Innebærer eksempelvis reglene om dødsdisposisjonsektepakter og livsforsikringsavtaler bare et unntak fra pliktdelsreglene (jf al § 29 annet ledd if), eller faller slike avtaler helt utenfor arverettslige regler – til tross for at de reelt sett er dødsdisposisjoner?

I fortsettelsen av dette stilles spørsmålet om døds-gaven (fortsatt) står i en arverettslig særstilling, og om det gjelder andre regler for disposisjoner foretatt på dødsleiet enn hva som ellers følger av grensen mellom livs- og dødsdisposisjoner.

Avslutningsvis i dette kapitlet skal jeg kort se på rubriseringen av de ulike arveavtaler i forhold til kriteriet livs- eller dødsdisposisjon.

¹⁴¹ Se eksempelvis *Rt 1933 636* og *Rt 1963 540*.

24.2 Avtalens positive betydning for arvelater, grensen mellom gave og gjensidig forpliktende avtale

Norsk avtalerett bygger på løfteprinsippet, hvilket blant annet innebærer at et ensidig løfte er bindende i seg selv, og strengt tatt ikke er betinget av noen aksept fra løftemottaker. Motsetningen – kontraktsprinsippet – går ut på at avtalerettslig binding først foreligger når gjensidig forpliktende avtale er inngått.¹⁴² I de land som bygger på kontraktsprinsippet – som oftest de som bygger på common law – er regelen som oftest også at et rent gaveløfte ikke er bindende, i alle fall ikke uten at formkrav er oppfylt.¹⁴³ For at en avtalerettslig forpliktelse skal foreligge, må det normalt være avtalt ytelse og motytelse, betegnet ved stikkordet ”consideration”. Noe krav om balanse eller likeverdige ytelser er det likevel ikke.¹⁴⁴

Etter norsk rett er et gaveløfte ugyldig dersom det skal oppfylles etter arvelaters død, eller har sin vesentligste realitet etter arvelaters død. Ugyldigheten er ikke bare arverettslig, men også avtalerettslig, se pkt 35.1 og pkt 35.5. For dødsdisposisjonene blir således problemstillingen i prinsippet ganske sammenfallende med grensedragningen innen common law mellom gyldige kontrakter og dødsdisposisjoner som krever testaments former for å være gyldige. Så lenge det foreligger gjensidighet – consideration – står arvelater fritt til disponere sin etterlatte formue som han vil. Arverettsregler kommer først til anvendelse på ensidige løfter som ikke gir adressaten noen rettigheter før arvelater er død.

De viktigste forskjeller består først og fremst i at avtaler som går ut på at begge parter skal oppfylle etter arvelaters død som utgangspunkt anses som dødsdisposisjoner etter norsk rett – jf nærmere nedenfor. For det annet er det nivåforskjeller på de rent avtalerettslige krav til balanse mellom ytelsene. Etter common law skal det ikke mye til før det foreligger en gjensidig forpliktende

¹⁴² *Giertsen*, Avtaler side 30-33 og *Hov*, Kontraktsrett I side 91-92.

¹⁴³ *Giertsen*, Avtaler side 37 med henvisninger.

¹⁴⁴ Se eksempelvis *J.F.Corkery*, *Starting law*, 2nd edition, Bond University, QLD, Australia 2002, side 186-189.

avtale.¹⁴⁵ For å være en livsdisposisjon må det etter norsk rett i utgangspunktet foreligge samsvar mellom ytelse og motytelse.¹⁴⁶

For de positive livsdisposisjonsavtalene er det imidlertid ikke bare kontraktsrettslige betraktninger om gjensidighet som er avgjørende. Særlig for de såkalte pleieavtaler bygger grensedragningen også på moralske eller etiske vurderinger, som tradisjonelt rubriseres under betydningen av arvelaters formål. Arvelater har ingen plikt til å etterlate seg mest mulig som arv. I fortsettelsen av dette aksepterer vår rettsorden at mennesker mot slutten av sitt liv bruker sin formue på å sikre seg et godt liv – og at de betaler godt for dette.¹⁴⁷

Med den økonomiske ubalanse mellom ytelse og motytelse som har vært akseptert i rettspraksis, er det vanskelig å se formålet kun som et moment som tillegges vekt i tvilstilfeller – slik det gjelder ved de negative disposisjoner.

Begrunnelsen for å akseptere avtaler hvor realiteten i arvelaters levetid rent økonomisk ikke står i samsvar med hva han skal yte etter sin død, ligger i etiske betraktninger om at arvelatere bør gis stor handlefrihet når det dreier seg om å sikre seg selv et godt liv.¹⁴⁸ Rettsregelen har blitt til ved at domstolene i de konkrete saker har funnet det urimelig å underkjenne en fra arvelaters side fornuftig disposisjon som en ulovlig dødsdisposisjon.¹⁴⁹

Utover den etiske eller rettspolitiske vurdering om hvilken rådighet arvelatere bør ha, kan det pekes på at det særlig er disposisjonens formål som tillegges vekt. Til

¹⁴⁵ Typiske eksempler i arverettslig sammenheng er opprettelse av sameieliggende konstruksjoner, som "joint account" og "joint ownership". Begge bidrar – den ene gjerne litt og den andre mye – og det avtales at den lengstlevende av avtalepartene skal forbli eneier.

¹⁴⁶ Se *Lødrup*, Arverett § 21 III, side 229, samt *Rt 1995 996* hvor det ble lagt avgjørende vekt på misforholdet mellom medkontrahentens og arvelaternes ytelser.

¹⁴⁷ I *Rt 1963 540* fikk leietakerne et hus som betaling for snaue tre måneders pleie. Betalingen må anses god også ut fra en forhåndsbetraktning, idet arvelater var 95 år gammel og syk – med en statistisk gjenværende levealder på to år.

¹⁴⁸ *Lødrup*, Arverett § 22 III, side 229 forklarer regelen slik: "At det er livsdisposisjoner vi i slike tilfeller står overfor, skyldes den naturlige betraktning at en person skal ha rett til å forvalte sine eiendeler på en slik måte at han får best mulig glede av dem mens han lever."

¹⁴⁹ Se til illustrasjon også *LH 1997 588*. En eldre mann hadde ved "gaveskjøte" overført huset til sin nabo, som i mange år hadde tatt seg av ham. Det forelå ingen uttrykkelige avtaler, verken muntlig eller skriftlig, om fortsatt stell og pleie. Mannen ble boende hjemme, og hans nabo tok seg i fortsettelsen av både ham og huset – som ble renoverert. Overdragelsen ble verken ansett som en dødsdisposisjon eller som en omstøtelig gavedisposisjon. Om mannens formål uttalte lagmannsretten følgende: "Det sentrale for [arvelater] synes å ha vært gjennom overskjøtning av eiendommen til [naboen] å sikre at det ble mulig for han å bo [hjemme] ... så lenge han levde. Det var dette som gjorde tilværelsen meningsfull for han, og for han var det verdt å bruke eiendommen som middel til å oppnå dette."

sammenligning kan det vises til den generelle definisjon av gave, som en formuesoverføring *i berikelseshensikt*. De positive livsdisposisjonsavtaler dreier seg om fordeling av etterlatt formue, men ikke i arvefordelingshensikt.

Vurderingene har enkelte fellestrekk med reglene for gjenlevende ektefelles rådighet over uskifteboet, hvor det utover en rent økonomisk eller matematisk vurdering, ses hen til om disposisjonen er i tråd med uskifteordningens formål. Enkelt sagt er det ofte avgjørende om disposisjonen er noe gjenlevende med rimelighet bør kunne foreta. Derfor vil forbruk og investeringer som skal sikre gjenlevendes eget liv, lettere aksepteres enn gaver som kun har til hensikt å berike andre eller forbruk uten noe spesielt formål.

En illustrerende dom, som også viser sammenfall i vurderingstema, er *Rt 1982 1165*. Dommen gjaldt både spørsmålet om en overdragelse av et gårdsbruk til gjenlevendes svigerdatter var en dødsdisposisjon og om den innebar en omstøtelig gavedisposisjon i forhold til al § 19. Begge spørsmål ble besvart benektende.

I *Rt 1963 540* konstaterte retten på samme måte at medkontrahentene hadde ”fått en særdeles rikelig godtgjørelse for sin pleie”, men kom til at det forelå en rimelig balanse ut fra ”situasjonen slik den måtte fortone seg for partene på kontraktiden”.¹⁵⁰

24.3 Tidspunkter for de ulike vurderinger, betydningen av endrede forhold

Spørsmålet om en avtale er en livs- eller dødsdisposisjon vil som regel reises etter arvelaters død. Enten ved at dødsboet protesterer mot medkontrahentens krav i henhold til avtalen eller ved at de selv angriper en tidligere – tilsynelatende – gjennomført disposisjon. Se likevel kapittel 37 om tvister i arvelaters levetid.

Selv om tvisten normalt først oppstår etter arvelaters død – og først da kan man med sikkerhet konstatere om disposisjonen hadde realitet for ham i live – må likevel utgangspunktet være at det er forholdene da avtalen ble inngått som er avgjørende.¹⁵¹ Går avtalen ut på at arvelater ensidig skal yte etter sin død, kan man straks konstatere at det foreligger en dødsdisposisjon.¹⁵²

¹⁵⁰ Arvelater var 95 år gammel, hadde brukket lårhalsen og var sengeliggende. Statistisk gjenværende levealder var to år, huset var taksert til kr 35.000 og pleieomkostninger var stipulert til 30-40 kr pr dag. Ved tre års pleie ville vederlaget kronemessig noenlunde tilsvare omkostninger ved pleiehjem.

¹⁵¹ Slik *Lødrup*, Arverett § 24 IV 4, side 252.

¹⁵² Sammenlign *Arnholm*, Privatrett V side 65 som betegner en slik avtale som en ren testasjon.

Som klart eksempel på det motsatte kan nevnes gaveløftet som grunnet helt uventede begivenheter – eksempelvis en ulykke – ikke er gjennomført ved arvelaters død. Givers uventede død endrer ikke avtalens preg av livsdisposisjon, så lenge det på avtaletidspunktet var klart hva som var meningen.

I både rettspraksis og teori har et sentralt kriterium for en livsdisposisjon vært ”om disposisjonen må anses for gjennomført og var en realitet” for arvelater i hans levetid.¹⁵³ I juridisk teori er også gjennomføringen eller oppfyllelsen av disposisjonen fremstilt som et sentralt og selvstendig vilkår.¹⁵⁴ Meningen er å understreke at det ikke er tilstrekkelig at avtalen etter sitt innhold innebærer realitet, dersom den ikke blir oppfylt i henhold til sitt innhold. Fra et arverettssynspunkt er dette naturlig. I de tilfeller livsdisposisjonsavtalen ikke er oppfylt, har ikke arvelater *foretatt* en livsdisposisjon.

Hvis man derimot ser problemstillingen fra et avtalerettslig synspunkt må det skilles mellom de tilfeller hvor manglende gjennomføring er i tråd med avtalen eller med partenes forutsetninger, og der hvor det foreligger mislighold eller endrede forhold.¹⁵⁵

I rettsteorien finnes drøftelser om situasjonen hvor arvelaters gavedisposisjoner ennå ikke er oppfylt ved hans død.¹⁵⁶ Dette er imidlertid en annen situasjon enn der det er medkontrahenten som ikke har oppfylt i arvelaters levetid.

En opprinnelig dødsdisposisjon foreligger dersom det mellom partene var enighet om at den reelle oppfyllelse først skulle skje ved arvelaters død. Dersom oppfyllelse i live var avtalt, men partene underveis endrer avtalen slik at oppfyllelsen skal utsettes, endres en gyldig livsdisposisjonsavtale til en ugyldig dødsdisposisjonsavtale.

¹⁵³ Rt 1978 1083 på side 1087.

¹⁵⁴ Se eksempelvis *Lødrup*, Arverett § 24 IV, side 249-252 og *Arnholm*, Arveretten side 110-113. Se også *Unneberg*, Arveretten side 208-211 hvor dette indirekte går frem.

¹⁵⁵ Se *Lødrup*, Arverett § 24 IV 4, side 252 som generelt fastslår at gyldigheten må avgjøres etter forholdene på det tidspunkt arvelater blir bundet.

¹⁵⁶ *Lødrup*, Arverett § 24 IV 4, side 252 tar opp spørsmålet om betydningen av at arvelater dør før det avtalte oppfyllestidspunkt, og tenker da på de situasjoner hvor det er avtalt at arvelater skal yte i live. Dette er imidlertid en annen problemstilling enn hvor det er medkontrahenten som skal yte i arvelaters levetid, men ikke gjør det. *Arnholm*, Arveretten side 110 peker på det samme, men bringer også inn et annet element: ”Undertiden vil den manglende gjennomføring være et tegn på at disposisjonen ikke var alvorlig ment – avhendelsen skulle nettopp ikke gjelde i avhenderens livstid, men først få virkning etter hans død; dette blir en klar dødsdisposisjon.”

Hvis derimot manglende gjennomføring skyldes mislighold, er utgangspunktet at det fortsatt foreligger en gyldig livsdisposisjonsavtale som både medkontrahenten og dødsboet som utgangspunkt kan kreve enten gjennomført eller hevet.

Denne forskjell er ikke særlig iaktatt i arverettslig litteratur, men har avgjørende betydning for rettsforholdet mellom medkontrahenten og dødsboet – nemlig ved spørsmålet om det foreligger en gyldig avtale.

En avtale kan – for sikkerhets skyld – være ment både som kontrakt og som testament, dvs slik at medkontrahenten har et dobbelt rettsgrunnlag, se nærmere pkt 34.4. I slike tilfeller må gyldigheten vurderes selvstendig for hvert enkelt rettsgrunnlag.

24.4 Finnes det et enhetlig materielt arverettslig testamentsbegrep?

Som eksempler på hvor grensen mellom livs- og dødsdisposisjoner får betydning opplister *Lødrup* formreglene, pliktdelsreglene, gjenlevende ektefelles minstearv, gjenlevende ektefelles rådighet over uskifteboet og formue overtatt i henhold til gjensidig testament, åsetesretten, samt skatterettslige og arveavgiftsrettslige regler.¹⁵⁷

På bakgrunn av avhandlingens tema begrenser jeg drøftelsen i det følgende til de arverettslige regler. I andre sammenhenger, og særlig i offentligrettslige lover som skatteloven, arveavgiftsloven osv, kan det lett tenkes forhold som gjør at grensene trekkes annerledes.¹⁵⁸

I juridisk litteratur har det vært noe delte meninger om hvorvidt grensen mellom livs- og dødsdisposisjoner må trekkes likt i alle relasjoner, dvs om det foreligger et enhetlig materielt testamentsbegrep.

Knoph uttrykte seg blant annet slik: ”Det forholder seg nemlig ikke så at pliktdelsregelen og formregelen konvergerer mot henimot ett og samme begrep, når deres naturlige anvendelsesområde skal bestemmes. Med pliktdelsreglenes karakter kan det ganske visst sies å stemme, at de bare skal anvendes, når eieren har til hensikt å ordne formuesforholdene etter sin

¹⁵⁷ *Lødrup*, Arverett § 21 I, side 223-225. Se også gjennomgang av *Tore Schei* i *Jussens venner* 1969 side 161 flg.

¹⁵⁸ Etter min mening er det likevel uheldig å operere med ulikt innhold i et og samme materielle begrep. Et illustrerende – og varierende med politisk holdning heller ikke så lett forståelig eksempel – er reglene i aal § 2 tredje ledd om at ”en gave ansees ytet når giveren med endelig virkning har gitt fra seg rådigheten, eller den etter forholdene vesentlige rådighet, over den”. Det siktes til den faktiske rådighet. Dette forstås i dag slik at dersom mor som gave overfører huset til sin sønn, men fortsetter å bruke mer enn 50 % av dets areal, foreligger det ingen fullbyrdet gave, selv om alle øvrige eierfunksjoner er ført over på sønnen – og selv om et eierskifte er gjennomført etter tingsrettslige regler og overføringen i arverettslig sammenheng utvilsomt regnes som livsdisposisjon. Denne arveavgiftsrettslige rettsregel virker nok uforståelig – og overraskende – på alle andre enn arveavgiftsjurister.

død, og ikke gjennom sine disposisjoner søker å dra nytte av formuen i levende live. Men det beskyttelsesformål som er med å bære formregelen frem, krever at dennes virkeområde blir trukket etter andre linjer. Det er nemlig når en mann påtar sig plikter som først og fremst skal *oppylles etter døden*, at formkrav særlig er på sin plass, fordi arvelateren i så fall lett gir 'to sild for én' og trøster sig med at det er arvingene det går ut over."¹⁵⁹

På samme måte fremhevet også *Arnholm* mulige forskjeller: Man kommer lett til å forestille seg at grensen mellom livs- og dødsdisposisjoner kan trekkes generelt. Men her foreligger i virkeligheten en rekke forskjellige spørsmål – grensen må trekkes i forhold til hver enkelt av de rettsregler hvor den har betydning. Vel er det nyttig å se sammenhengen her; og i domsmaterialet blir ofte spørsmålet stillet generelt. Men ser man ikke ulikhetene, risikerer man at fremstillingen blir hengende i luften."¹⁶⁰

I en artikkel fra 1969 peker *Schei*¹⁶¹ innledningsvis på at reglene for testamentariske disposisjoner omfatter "bestemmelser om formkrav, materielle skranker, om habilitet og om tolking". Schei reiser spørsmålet om vi kan "operere med ett materielt testamentsbegrep", og viser til at eldre teori – eksemplifisert ved *Gjelsvik*¹⁶² – "synes å operere med ett og samme materielle testamentsbegrep i forhold til alle bestemmelser om testamenter", mens man i "nyere teori" ikke har villet akseptere dette. Det henvises så til *Knoph* og *Arnholm* (i TfR 1949 side 33). Schei besvarer selv spørsmålet slik: "Det synes temmelig klart at grensen mellom livs- og dødsdisposisjonene må trekkes opp særskilt for hver regel. Formålene med reglene er jo forskjellige, og det ville være rart om ikke de ulike formålsbetraktninger iallfall til en viss grad influerer på grenseopptrekkingen."

Lødrup påpeker at selv om det er viktig å understreke at det kan forekomme forskjeller, "kommer vi neppe bort fra at ulikhetene m.h.t. grensedragningen er små"¹⁶³.

Det foreligger meg bekjent ikke rettsavgjørelser hvor det uttrykkelig differensieres.¹⁶⁴

Mitt synspunkt ligger nærmest *Lødrups*, men går litt lenger, nemlig til å påstå at det finnes ett, enhetlig materielt arverettslig testamentsbegrep. Enten er en disposisjon materielt sett en testamentarisk disposisjon, som derved gjør alle lovens testamentsarveregler anvendelige, eller så er det en livsdisposisjon som testamentsreglene ikke får anvendelse på. Riktignok er det ulike hensyn som ligger bak henholdsvis formkrav, pliktregler, testasjonskompetanseregler og tolkningsregler, men de gjelder alle for testamenter. De ulike hensyn som gjør seg

¹⁵⁹ *Knoph*, Norsk arverett 1959 side 231.

¹⁶⁰ *Arnholm*, Arveretten side 100.

¹⁶¹ *Tore Schei*, Grensen mellom livs- og dødsdisposisjoner, *Jussens venner* 1969 side 161-184.

¹⁶² *Gjelsvik*, Innledning side 143 flg.

¹⁶³ *Lødrup*, Arverett § 21 I, side 224. Se også gjennomgang av *Tore Schei*, Grensen mellom livs- og dødsdisposisjoner, *Jussens venner* 1969 side 161-184.

¹⁶⁴ I *Rt 1933 636* ble det riktignok uttalt at "forføringen iallfall ikke i denne relasjon kan ansees som en dødsrettshandel". Denne formulering siktet imidlertid bare til at det allerede var konstatert at dokumentet oppfylte testamentsformkravene, slik at det utelukkende var forholdet til pliktreglene som ble prøvet. I saken omhandlet i *Rt 1985 1291* fant lagmannsretten at en ektepakt som på dødsleiet omgjorde særreie til felleseie i realiteten var en gavedisposisjon, og at de særlige hensynene bak dødsleireglene måtte føre til at ektepakten ble ansett som pliktreglens krenkende. Hvorvidt ektepakten skulle betraktes som en testamentarisk disposisjon ble ikke drøftet. Det samme gjelder spørsmålet om betydningen av formkravene.

gjeldende i de ulike situasjoner og ved anvendelse av de ulike regler, får imidlertid bare betydning som tolkingsfaktor ved anvendelsen av de forskjellige regler.

Schei nevner som eksempel tolkingsreglene hvor testamentet inngår i en gjensidig bebyrdende avtale, eksempelvis arvepakt mot vederlag, og uttaler at ”momentet av gjensidig bebyrdende avtale kan bli så sterkt at tolkingen av arvepakten må skje etter noenlunde samme prinsipper som gjelder vanlige formuesrettslige avtaler”.¹⁶⁵

Dette må etter min mening presiseres. Som jeg kommer tilbake til under pkt 54.2, må arvepakten – i betydningen ugjenkallelig testament – betraktes som bestående av to selvstendige disposisjoner; en arverettslig og en avtalerettslig. Selve testamentet er underlagt de arverettslige tolkingsregler og prinsipper, jf al § 65. Men når testamentet er en del av en gjensidig bebyrdende avtale foreligger det normalt en presumsjon for at testator med testamentet har ment å oppfylle sine avtaleforpliktelser.

Jeg vil likevel ikke bastant utelukke unntak, slik Lødrup antyder, men det klare utgangspunktet må likevel være at det foreligger et enhetlig begrep. Rettstekniske hensyn, herunder ikke minst forholdet til ”brukerne” av arveloven, taler for dette. Det var et uttalt formål ved utarbeidelsen av arveloven at den skulle kunne leses av folk flest.¹⁶⁶ Det ville være i strid med dette formålet om man skal operere med ulikt innhold av det materielle testamentsbegrep i de ulike sammenhenger – eksempelvis slik at folk måtte innrette seg annerledes i forhold til formkravene enn i forhold til pliktdelsreglene.¹⁶⁷

Det er i utgangspunktet lett å være enig med *Knoph* når han som referert ovenfor peker på behovet for formkrav ved alle disposisjoner som går ut på oppfyllelse etter arvelaters død. Den som overfor dødsboet fremmer et krav bygget på kontrakt med arvelater, må selvfølgelig kunne sannsynliggjøre kravet. Det kan således argumenteres for at det bør oppstilles formkrav for alle avtaler som skal oppfylles etter den ene avtalepartens død.¹⁶⁸ Men det blir en systematisk uheldig sammenblanding dersom et slikt krav skal utformes som en kobling til testamentariske regler. Det dreier seg om to materielt sett ulike disposisjoner, og kravenes art er ulike. Livsdisposisjonen gir

¹⁶⁵ *Schei*, Jussens Venner 1969 side 163. Standpunktet – fra 1969 – er nok preget av oppfatningen av arvepakten som en enhetlig disposisjon. Likeledes vises det samme sted til at ”[a]llerede ved dødsgever må arvelovens tolkningsregler til en viss grad modifiseres til medkontrahentens gunst”, hvilket må bygge på forutsetningen om at dødsgeven er en for arvelater bindende disposisjon.

¹⁶⁶ Dette forklarer antakelig hvorfor arveloven i sin terminologi er mindre presis enn skifteloven, eksempelvis vedrørende begrepet arving. Det kan imidlertid neppe forklare – eller begrunne – hvorfor loven bruker uttrykk som avkall og avslag på arv om hverandre.

¹⁶⁷ Også *Arnholm*, Privatrett V side 63 er inne på slike vurderinger, men kanskje mer ut fra en pedagogisk synsvinkel: ”Og da domsmaterialet er hovedkilden når man skal utvikle rettsreglene på dette område, ville det være lite tilfredsstillende om man skulle behandle noen av dommene i ett avsnitt og noen i et annet.”

¹⁶⁸ Til sammenligning ble innføringen av formkrav for det avtalerettslige ugjenkallelighetsløftet ved arvepakter helt enkelt begrunnet med at det var ”et så viktig skritt at det bør kreves testaments form for avtalen”. Se *Utk62* side 219-220, jf også *Prp36* side 177-II. Det forhold at arvelater ved avtale forplikter seg til ikke å opprette, endre eller tilbakekalle testament får imidlertid arverettslige virkninger ved at testasjoner i strid med arvepakten blir virkningsløse.

medkontrahenten en kreditorposisjon, og ikke et arvekrav som gir ham status av loddeier eller legatar, se nærmere under pkt 34.4. Knophs argumentasjon er dessuten i det vesentlige knyttet til vurderinger av arvelaters materielle rådighet – og ikke til behovet for notoritet: ”Men det beskyttelsesformål som er med å bære formregelen frem, krever at dennes virkeområde blir trukket etter andre linjer. Det er nemlig når en mann påtar sig plikter som først og fremst skal *opfylles efter døden*, at formkrav særlig er på sin plass, fordi arvelateren i så fall lett gir ’to sild for én’ og trøster sig med at det er arvingene det går ut over.”¹⁶⁹

Etter min mening vil notoritetshensynet normalt være oppfylt ved at medkontrahenten må sannsynliggjøre sitt kontraktsmessige krav.¹⁷⁰ Solennitetshensynet – som jeg antar Knoph sikter til – er ivaretatt gjennom alminnelige avtalerettslige regler som eksempelvis avtl § 33 og § 36. Som arvelaters rettsetterfølgere kan arvingene etter arvelaters død overfor medkontrahenten kreve avtalerevisjon basert på at medkontrahenten har utnyttet arvelater eller forledet ham til å inngå en for ham selv urimelig avtale. At arvingene synes avtalen er urimelig overfor dem er imidlertid uten betydning. Poenget i pleiekontraktene er som regel at arvelater selv ønsker å betale godt for sikre seg selv i live.

De grenser som trekkes for arvelaters rådighet til å bruke etterlatt formue til å sikre sin egen levetid, skjer på to plan, nemlig det avtalerettslige og arverettslige. De avtalerettslige skranker følger av alminnelige avtalerettslige regler, og hvor kravet litt enkelt formulert er at arvelaters ytelse må være fastsatt ut fra hans egen frie vilje basert på en rimelig klar oppfatning av de faktiske forhold.¹⁷¹ De arverettslige begrensninger omfatter de tilfeller hvor overprisen fra arvelaters side er begrunnet i et ønske om å fordele arv.

Rent rettskildemessig må det også pekes på at man i tidligere rettsteori opererte med et enhetlig testamentsbegrep. Rent forutsetningsvis trekker også rettspraksis i retning av et enhetlig materielt testamentsbegrep, idet det ikke finnes eksempler på differensiering.

De forfattere som argumenterer sterkt for en differensiering, erkjenner også betydningen av rettskildedefaktorer som trekker i den annen retning. *Arnholm* uttrykker det slik: ”Dessuten står man ikke fritt. Både teori og praksis bygger sterkt på en tanke om en generell grense mellom *dispositiones mortis causa* og *inter vivos*. Og da domsmaterialet er hovedkilden når man skal utvikle rettsreglene på dette område, ville det være lite tilfredsstillende om man skulle behandle noen av dommene i ett avsnitt og noen i et annet.”¹⁷²

Se også *Schei*: ”Mens formålsbetraktningene gjerne taler for å trekke grensen mellom livs- og dødsdisposisjoner forskjellig i forhold til de enkelte regler, ... drar forutsetningen i praksis og teori om at det materielle testamentsbegrep er nokså likt ved alle testamentsreglene, i motsatt

¹⁶⁹ *Knoph*, Norsk arverett 1959 side 231.

¹⁷⁰ Se eksempelvis *Rt 1966 481* og *Rt 1971 481* som begge dreide seg om ugyldige testasjoner, hvor ”testamentsarvingen” forgieves hevdet at det var inngått en livsdisposisjonsavtale om vederlag for arbeid. Høyesterett fant at det ikke var ført tilstrekkelig bevis for at slik avtale forelå. Motsatt i *Rt 1963 540* hvor både ordlyden i ”testamentet” og omstendighetene omkring ga disposisjonen ”et kontraktsmessig preg”.

¹⁷¹ I *LH 1997 588* formulerte lagmannsretten dette slik: ”for han var det verdt å bruke eiendommen som middel til å oppnå dette”. Til sammenligning kan ikke en kjøper som har lagt inn et meget høyt bud for å sikre seg en fast eiendom han ”bare må ha” senere angripe avtalen på det grunnlag at prisen objektivt sett er altfor høy.

¹⁷² *Arnholm*, Privatrett V side 63.

retning. Denne forutsetningen må, selv om den ikke lar seg opprettholde fullt ut, trolig tillegges en viss vekt de lege lata.”¹⁷³

Som det har fremgått ovenfor, mener jeg de formålsbetraktninger Schei her viser til i stedet må hensyntas ved tolkingen av den enkelte testamentsregel, og ikke ved spørsmålet om regelen kommer til anvendelse.

Det mest praktiske spørsmål i denne sammenheng er hvorvidt grensen skal trekkes likt for henholdsvis formkrav og pliktdelsregler. Foruten argumentene ovenfor kan det igjen pekes på betydning av hva pliktdelsreglene oppfattes som. Betraktes pliktdelsreglene som testamentsregler, er det vanskelig å se grunner til ulike anvendelsesområder for henholdsvis formregler og begrensninger i materielt innhold. Noe annerledes blir dette dersom pliktdelsreglene betraktes som minstearvsregler som skal sikre livsarvingene en andel av mors eller fars formue.¹⁷⁴ Om pliktdelsreglenes karakter, se nærmere kapittel 25.

Det er mulig denne debatten bare dreier seg om å legge ulikt innhold i begrepet materiell testasjon. De argumenter tilhengerne av et differensiert begrep anfører, de ulike hensyn og formålsbetraktninger, er utvilsomt både riktige og tungtveiende. Jeg kan imidlertid ikke se hvorfor disse viktige hensyn taler for et differensiert testamentsbegrep. Som jeg har antydnet ovenfor, må de ulike formål og hensyn spille inn ved tolkingen av de enkelte testamentsreglers innhold, men får ingen betydning for spørsmålet om hvorvidt det foreligger en testamentarisk disposisjon, og derved heller ikke for spørsmålet om de ulike testamentsregler kommer til anvendelse.

Et ikke upraktisk eksempel er at arvelater som dødsdisposisjon har foretatt en reell gaveoverføring i ektepakt eller skjøte. Hvis retten ønsker å opprettholde gaven i forhold til formkravene, men ikke i forhold til pliktdelsreglene, og standpunktet er begrunnet i de ulike hensyn som gjør seg gjeldende, forhindrer ikke dette at man enhetlig betegner gaveoverføringen som en testamentarisk disposisjon, slik at også testamentsformkravene får anvendelse. Derimot kan en tolking av formkravene anvendt på det konkrete faktum lede til at testamentsformkravene anses oppfylt ved at disposisjonen er kommet til uttrykk i henholdsvis ektepakt eller skjøte. Sammenlign pkt 43.3 om forholdet mellom testasjoner og ektepakter om formuesordningen.

Det er ikke bare de ulike hensyn og formål bak de ulike regler som foranlediger ulik tolking og vektlegging. Dette følger også direkte av reglenes eget innhold, nemlig hva

¹⁷³ Schei, Jussens Venner 1969 side 164.

¹⁷⁴ Arnholm, Privatrett V side 62 synes å anvende denne betraktningmåte: ”Og det er på ingen måte gitt at grensen går nøyaktig likt i forhold til hver av disse regler. Tvert i mot vil en nærmere undersøkelse vise at det er adskillig ulikhet f.eks. mellom de regler som bestemmer hvor langt formkravene går, og de som bestemmer hvilke disposisjoner den vordende arvelater kan foreta uhindret av livsarvingenes pliktdel.”

de tar sikte på å regulere. Respekten for arvelaters ønsker er eksempelvis avgjørende for tolkingen av et testaments innhold, men har ingen plass ved vurderingen av om formkravene er oppfylt.

Et konkret spørsmål er knyttet til al § 35 og § 53 som gir henholdsvis pliktdelsreglene og formkravene anvendelse på døds-gaver og gaver gitt på dødsleie. Kan det fra dette trekkes den antitese at de øvrige testamentsreglene ikke gjelder? Som jeg kommer til under pkt 24.5 og pkt 24.6 er døds-gaver og gaver gitt på dødsleiet ingen særskilte disposisjoner, men faller inn under de generelle regler om dødsdisposisjoner – som regulære testamentariske disposisjoner. Det er ikke grunnlag for å utlede av al § 35 eller § 53 at noen særregler skulle gjelde for disse typer dødsdisposisjoner, slik det til sammenligning kan utledes av reglene i al kap VI at testamentsreglene ikke gjelder for legalarveavtaler som er dødsdisposisjoner.

I det følgende vil jeg operere med testament, testasjon og testamentariske disposisjoner som synonyme og enhetlige materielle begreper, med mindre noe annet uttrykkelig sies.

Skillet mellom den materielle testamentarisk disposisjon og formkravene forsøkes fremhevet gjennom bruk av preposisjonene ved og i, samt at begrepet testasjon brukes om det materielle testament.

24.5 Særlig om døds-gaver og dødsdisposisjonsavtaler

I juridisk litteratur knyttet til al 1854 har det vært en lang diskusjon omkring de såkalte døds-gavene, herunder om forståelsen av al 1854 § 65.¹⁷⁵ Av denne bestemmelse fremgikk det at pliktdelsreglene også gjaldt ”saadanne kontraktmæssige Gaver, der ved Giverens Død endnu ikke ere fuldbyrdede, saavel som de Gaver, der gjøres paa Dødsleie, selv om disse før Giverens Død fuldbyrdes”. Denne formulering skapte diskusjon blant annet om hvorvidt også testamentsformkravene måtte gjelde tilsvarende – slik det nå er fastsatt i al § 53, og om hvorvidt det bare var gaver som

¹⁷⁵ På døds-gavene brukes ofte den latinske betegnelsen *donatio mortis causa*. Dette er i følge *Knoph*, Norsk arverett 1959 note 1 side 215 ikke heldig. Den romerske *donatio mortis causa* var en ”temmelig uklar rettsdannelse”, men hovedsakelig dreide det seg om en gave som straks ble fullbyrdet, som skulle leveres tilbake dersom ”giveren lykkelig overlevet en truende fare – f. eks. kom uskadt tilbake fra felten”.

ikke kunne kreves oppfylt før arvelaters død som var omfattet – og følgelig ikke de som av tilfeldige årsaker ikke var oppfylt i arvelaters levetid.¹⁷⁶

Den forskjell som sterkt ble fremholdt var at testamenter i utgangspunktet er fritt gjenkallelige, mens døds-gaven på kontraktsrettslig grunnlag er bindende for arvelater.¹⁷⁷ Med den avtalerettslige forpliktelse som grunnlag for unntak fra testamentsformkravene, ligger parallellen til den såkalte arvekontrakten nær, jf nærmere nedenfor.

Utviklingen – og diskusjonen – på dette området må for det første ses i sammenheng med utviklingen omkring formkravene. Like viktig som spørsmålet om hvorvidt formkravene kom til anvendelse, var spørsmålet om konsekvensen av at formkravene ikke var oppfylt. Regler som ubetinget fastsatte ugyldighet ved formfeil, tilsvarende gjeldende al § 60, ble først vedtatt ved lovendring i 1937.¹⁷⁸

Den tidligere uklarhet som var knyttet både til betydningen av den avtalerettslig forpliktelse og til betydningen av formkrav og formfeil, er i dag avklart ved regler som oppstiller formkrav som ubetinget vilkår for at et døds-gaveløfte skal være gyldig. Dersom formkravene ikke er oppfylt, er det uten betydning hvorvidt arvelater i sin levetid kunne ha tilbakekalt gaveløftet.

Spørsmålet om pliktelsesreglene kommer til anvendelse på døds-gaveløfter som i utgangspunktet er avtalerettslig bindende, er også avklart gjennom al § 35.

Av formuleringen ”gåve som er meint å skulle oppfyllast etter at givaren er død” kan det dessuten utledes at gaver som var ment å oppfylles i live, men som eksempelvis er uoppfylt grunnet uventet død, faller utenfor bestemmelsen – se pkt 24.3.

Det spørsmål som derimot gjenstår er om gaveløftet også i andre sammenhenger må betraktes som et testament. Skal det eksempelvis oppstilles arverettslige eller avtalerettslige krav til rettslig handleevne? Hvilke tolkingsregler skal gjelde? Et særlig

¹⁷⁶ Se *Knoph*, Norsk arverett 1959 side 214-224, særlig side 216-220. Se videre oversikt over denne diskusjon hos *Hambro*, Arveloven side 279-283. ”Bakgrunnen for den ulykkelige utvikling av al. 1854 § 65” er omtalt av *Lødrup*, Arverett § 21 II, side 225-227.

¹⁷⁷ Se eksempelvis *Knoph*, Norsk arverett 1959 side 215: ”Rettslig sett er forskjellen mellom døds-gaven og testamentet temmelig markert: Døds-gaven er en **gave**, hvad testamentet ikke er. Mens døds-gaven således er rettet til en adressat og binder givaren når han har gitt meddelelse om den, er testamentet et nakent viljeutsagn uten adressat og alltid fritt gjenkallelig.”

spørsmål er dessuten forholdet til reglene om beskyttelse av gjenlevende ektefelles arverett i al § 7.

Under pkt 24.4 har jeg argumentert for at norsk arverett bygger på en enhetlig materiell definisjon av testasjon. Dette gjelder også for døds-gaveløfter, og dessuten for dødsdisposisjonsavtaler. For begge disposisjoner gjelder at partene ikke hadde noen klar tanke om at man foretok noen testamentarisk disposisjon, men hvor disposisjonen likevel etter arverettslige regler er en dødsdisposisjon. Derved er den også en testasjon, med mindre det finnes en særlig regel som sier noe annet – eksempelvis el § 42 tredje ledd eller fal § 15-2.

Det er strengt tatt intet i veien for at man gir testamentsregler anvendelse på disposisjoner som ikke er dødsdisposisjoner. I prinsippet er dette tilfellet for finsk og svensk rett, hvor gave gitt på dødsleiet ikke er en dødsdisposisjon som krever testaments form, men som likevel oppfanges av pliktdelelsreglene – fordi begrunnelsen er den samme.¹⁷⁹ I norsk rett er det imidlertid ikke grunnlag for et slikt skille mellom ulike testamentsregler.

For det første kan det anføres et pragmatisk og retts-teknisk argument. Så lenge døds-gaveløftet rammes både av formkrav og pliktdelelsregler, er det da noen grunn til ikke å la de øvrige testamentsregler få anvendelse?

For det annet kan det anføres at døds-gaveløftet materielt sett er en testasjon.¹⁸⁰ Den avtalerettslige forpliktelse må i tilfelle forstås som et ugjenkallelighetsløfte, som

¹⁷⁸ Lov av 25.6.1937 nr 12 om forandringer i arveloven. Om usikkerheten knyttet til tidligere rettstilstand, se Ot prp nr 14 (1937) side 3-5 og Innst O XI (1937) side 3-4. Fra sistnevnte side 4-I gjengis følgende: "Arveloven sier ikke noe om virkningen av at lovens formelle krav ikke har vært iaktatt. I teorien har det ikke vært enighet om dette. Rettspraksis har aldri villet gå med på at enhver formfeil alltid fører til at testamentet blir ugyldig. Men spørsmålet om når en formfeil medfører ugyldighet og når ikke, er overmåte uklart."

¹⁷⁹ I svensk rett omfatter dette gaver som er gitt "under sådana omständigheter eller på sådana villkor att gåvan till syftet är at likställa med testamente", Ärvdalsbalken 7:4. I finsk rett er gaver arvelater har "gett nära sin död" ikke generelt en dødsdisposisjon, men oppfanges av pliktdelelsreglene, Ärvdalsbalken 7:3. Se nærmere *Lødrup*, Nordisk arverett side 98-101.

¹⁸⁰ Se *Lødrup*, Arverett § 22 I, side 228-229 som uttaler følgende om al § 35 og § 53: "Men selv uten disse bestemmelser ville det som nevnt ikke vært tvilsomt at slike gaver er dødsdisposisjoner." Tilsvarende *Lødrup*, Nordisk arverett side 353 hvor det heter at de nevnte bestemmelser "langt på vei [er] intetsigende og overflødige, i det man selv uten dem ikke ville vært i tvil om at døds-gaven er en dødsdisposisjon – en testamentarisk disposisjon." Se videre *Arnholm*, Privatrett V side 63-64 som om forløperen i al 1854 § 65 utaler at denne "omfatter disposisjoner som nettopp og utelukkende tar sikte på å regulere forholdet ved giverens død; selv uten uttrykkelig lovbestemmelse ville det være klart at slike disposisjoner ikke måtte gripe inn i livsarvingenes pliktdelel." Videre uttaler *Arnholm*, Privatrett V side 65 at dersom det er avtalt at en gave først skal oppfylles ved arvelaters død "da har man å gjøre med en ren testasjon" – selv om de i al 1854 § 65 er beskrevet som "saadanne kontraktmæssige Gaver, der ved Giverens Død endnu ikke er fuldbyrdede".

før arveloven av 1972 kunne gis formløst, men som nå krever testaments form, jf al § 56. Sett i et arverettslig perspektiv er døds-gaveløftet en arvepakt. Sett i et avtalerettslig perspektiv er også det formløse døds-gaveløftet ugyldig, jf al § 60. Som dødsdisposisjon må selve gaveløftet være gitt i testaments form, og etter gjeldende regler i al § 56 må også ugjenkallelighetsløftet komme til uttrykk i testaments former. Både i avtaleretten og arveretten gjelder at det er en disposisjons materielle innhold, og ikke formen eller betegnelsen som er avgjørende.¹⁸¹ En testasjon endrer ikke karakter selv om løftegiver forplikter seg til ikke å kalle den tilbake. Løftet om å motta deler av arvelaters etterlatte formue, blir bare til en livsdisposisjon dersom arvelater i sin levetid har mottatt ytelser som gjør at disposisjonen under ett har realitet for ham i live, og derved er en livsdisposisjon.

For det tredje er det ikke tilstrekkelig grunnlag for å konstatere at lovgiver mente å gjøre døds-gaver og gaver gitt på dødsleie til særskilte disposisjoner som bare ble oppfanget av formkrav og pliktdelelsreglene, men ikke av de øvrige testamentsregler. Lovteknisk kan det se slik ut, ved at det er gitt særlige bestemmelser bare i forhold til disse to regelsett. Dessuten var dette Arvelovkomitéens mening. Samlet gir imidlertid ikke forarbeidene tilstrekkelig holdepunkter for å oppstille et uheldig skille mellom ulike testamentsregler.

Fra Arvelovkomitéen var bare § 35 foreslått, og det fremgår av komiteens utkast at meningen var at døds-gaver skulle være en særskilt gruppe dødsdisposisjoner, atskilt fra de testamentariske disposisjoner.¹⁸² Dette ble delvis endret ved at Justisdepartementet foreslo en tilsvarende regel (§ 53) som også ga formreglene anvendelse. Proposisjonen gir imidlertid ikke noe klart svar på hvorvidt de øvrige testamentsregler var ment å komme til anvendelse.¹⁸³

I juridisk teori er spørsmålet bare uttrykkelig drøftet av *Hambro*, som viser til at en antitese ikke var tilsiktet, og at den vil medføre problemer.¹⁸⁴

Det som er sagt ovenfor om døds-gaver og gaver gitt på dødsleie, gjelder tilsvarende ved dødsdisposisjonsavtaler. Med dette menes avtaler hvor partene ikke mente å foreta noen testasjon, men hvor avtalen etter arverettslige regler anses som en

¹⁸¹ Se eksempelvis *Lødrup*, Arverett § 22 III, side 232, samt *Rt 1963 540*.

¹⁸² *Utk62* side 203-204.

¹⁸³ *Prp36* side 163-164 og side 176.

¹⁸⁴ *Hambro*, Arveloven side 282.

dødsdisposisjon – eksempelvis fordi det avtalte vederlaget betalt til arvelater i hans levetid anses for lavt.

Både for døds-gaveløftet og dødsdisposisjonsavtalen gjelder at dersom testamentsformkravene ikke er oppfylt, oppstår ikke spørsmålet om de øvrige testamentsregler kommer til anvendelse. Medkontrahenten som har betalt et lite vederlag i gavesalgsavtalen, er eventuelt henvist til å kreve sin ytelse tilbakeført etter kontraktsrettslige regler; se nærmere under kapitlene 26 og 34. Det samme gjelder dersom medkontrahentens avtalte ytelse i sin helhet ikke kan oppfylles som følge av pliktdelsreglene, herunder også al § 7.

Dersom det bare er pliktdelsreglene og ikke formkravene som fører til at løftet om en bestemt gjenstand ikke kan oppfylles, må det fortsatt etter alminnelige testamentstolkingsregler vurderes hva medkontrahenten i stedet kan kreve.

Det følger av mine standpunkter ovenfor at ved spørsmål om døds-gavens gyldighet er det habilitetsreglene i al §§ 62-63 som må anvendes.

Det neste spørsmål er hvilke tolkingsregler som skal anvendes. Hvilken betydning har det eksempelvis at løftet fra arvelater var ment som en kontraktsforpliktelse? Arvelaters mening var å gi medkontrahenten status som kreditor i boet, ikke som arving. Også dette må løses på bakgrunn av alminnelige testamentstolkingsregler – så langt det lar seg gjøre. Testator kan i testament gi egne bestemmelser om oppfyllelsesprioritet mellom arvingene, men kan ikke ved testamentarisk bestemmelse gi en legatar rett til oppfyllelse på kreditorenes bekostning.¹⁸⁵

Det forhold at en dødsdisposisjonsavtale fra arvelaters side er ment som en vanlig avtale, medfører ikke at avtalerettslige tolkingsregler kommer til anvendelse. Ved en testamentstolking etter reglene i al § 65, vil det derimot normalt måtte legges til grunn at arvelater har ment å ville oppfylle sine avtaleforpliktelser. Derfor vil en oppfyllelse av dødsdisposisjonsavtalen, som om den hadde vært en livsdisposisjon, normalt være ”i samsvar med det testator meinte”.

Døds-gaver og dødsdisposisjonsavtaler må følgelig i alle sammenhenger likestilles med testamentariske disposisjoner, fordi de *er* testamentariske disposisjoner.

Det kan således konstateres at det i norsk arverett ikke lenger finnes noen selvstendig eller særegen disposisjon som kalles døds gave, og som er noe annet enn en regulær testamentarisk disposisjon.¹⁸⁶

Med døds gaver siktes først og fremst til gaver hvor forfallstidspunkt er satt til arvelaters død. Selv om preget av dødsdisposisjon er mindre hvor det ikke er selve dødsfallet som utløser løftemottakers rettigheter, får reglene i al § 35 og 53 (og de alminnelige regler om livs- og dødsdisposisjoner) også anvendelse på gaveløfter hvor oppfyllelse skal skje på et tidspunkt hvor arvelater etter all sannsynlighet er død.

Arvelater har eksempelvis gitt naboens sønn løfte om å få pendlerbilen når arvelater slutter i jobb og blir pensjonist. Selv om det foreligger en viss risiko for at arvelater dør før han når pensjonsalderen, kan det tenkes at gaveløftet etter de konkrete omstendigheter betraktes som en livsdisposisjon. Det sentrale i løftet er at arvelater ikke lenger trenger bilen for å kjøre på jobb. Det kan imidlertid tenke at dødsfallet i seg selv får avtalerettslig virkning for løftets innhold eller gyldighet, selv om det opprettholdes som livsdisposisjon.

24.6 Dødsleieproblematikken

Det er i loven uttrykkelig sagt at pliktdelsreglene og testamentsformkravene også gjelder for gaver gitt på dødsleiet, se al § 35 og § 53. Bestemmelsene har en litt spesiell forhistorie, særlig knyttet til de såkalte døds gaver, se pkt 24.5. Dette er også grunnen til at det i teorien og i rettspraksis har utviklet seg en egen lære omkring ugyldigheten av gaver gitt på dødsleiet.¹⁸⁷ I grove trekk er begrepet dødsleie definert gjennom et objektivt og et subjektivt kriterium. Det må foreligge en objektiv konstaterbar risiko for død i nær fremtid, og arvelater må være seg dette bevisst.¹⁸⁸

”Begrepet dødsleie synes å ha det samme innhold i *alle de nordiske land*. Det har både en objektiv og en subjektiv side. For at en person skal være på dødsleiet, må det foreligge en betydelig risiko for at han skal dø i nær fremtid, og denne risiko må baseres på en objektiv, sakkyndig vurdering. Videre må denne risikoen være kjent for arvelateren; han må ha forstått at han ville dø i løpet av kort tid (UfR 1966 s. 921 Ø).”¹⁸⁹

Selv om innholdet i begrepet er det samme i alle de nordiske land, er konsekvensene ulike. Etter finsk og svensk rett regnes gaver på dødsleiet ikke som dødsdisposisjoner som krever

¹⁸⁵ Derimot kan testamentet gi holdepunkter for at legatøren eksempelvis har krav på en gjenstand uten at panteheftelser følger med, sammenlign motsetningsvis al § 66 nr 4.

¹⁸⁶ Se note 180.

¹⁸⁷ Se fremstillingen hos *Arnholm*, Arveretten side 103-105 og *Arnholm*, Privatrett V side 63-66, *Lødrup*, Arverett § 23, side 234-240 og *Unneberg*, Arveretten side 210-216.

¹⁸⁸ Se *Arnholm*, Arveretten side 104.

¹⁸⁹ *Lødrup*, Nordisk arverett side 357.

formkrav, men oppfanges likevel normalt av pliktdelsreglene som generelt omfatter gaver som kan likestilles med en testamentarisk disposisjon.¹⁹⁰

Innbakt i det objektive kriteriet ligger en vurdering av dødsleiets lengde.¹⁹¹ Etter min mening er det unødvendig med en egen lære omkring dødsleiegaver, og utviklingen av de særlige kriterier kan lett lede til misforståelser. Vurderingen av om en disposisjon foretatt på arvelaters dødsleie er en livs- eller dødsdisposisjon må foretas med utgangspunkt i de ordinære kriterier realitet og formål.

De sentrale kriterier, realitet og formål, tapes lett av syne når det utvikles andre kriterier. I stedet for eksempelvis å utvikle egne regler om dødsleiets lengde målt i uker eller måneder, bør man i stedet vurdere realitet og formål. Et gaveløfte som avgis og oppfylles kort tid før giverens død, vil normalt få liten realitet for ham – og som regel vil den også være motivert i den nært forestående død.

Dersom gaveløftet er avgitt før dødsrisikoen var kjent for løftegiver, vil det normalt ikke foreligge noe arvefordelingsmotiv. Skjer oppfyllelse av et tidligere avgitt gaveløfte først når døden er nært forestående, er det nærliggende å sammenligne med et på dødstidspunktet ikke oppfylt reelt gaveløfte – med mindre det kan sannsynliggjøres at løftet ikke ville blitt oppfylt dersom døden ikke hadde nærmet seg.

Likeledes kan det tenkes at en disposisjon som opprinnelig var ment som en dødsdisposisjon, etter som tiden går, får tilstrekkelig realitet, eksempelvis fordi arvelater overlever sykdommen – eller hypokonderen tar feil.¹⁹² I et slikt tilfelle vil det gi bedre veiledning å foreta en vanlig og konkret realitets- og formålsvurdering, enn ensidig å legge vekt på hvor lang tid som er gått.

Som utgangspunkt må realitetsvurderingene knytte seg til oppfyllesestidspunktet, mens formålsvurderingene også må knyttes til løfteavgivelsestidspunktet.

Rettskildemessig bygger reglene om dødsleiegaver på al § 35 og § 53, hvor det må foretas en fortolkning av begrepene ”gåve” og ”meint å skulle oppfyllast etter at givaren er død”. Reglene i al § 35 og § 53 innebærer ingen uttømmende særregulering, men er presiseringer og kodifiseringer av de generelle grunnregler om grensen mellom livs- og dødsdisposisjoner. Når bare reglene for døds-gaver og gaver gitt på dødsleie er lovfestet, og ikke de generelle regler, skyldes dette blant annet behovet for oppklaring av den ovennevnte forvirring omkring disse reglers innhold.¹⁹³ For å finne innholdet

¹⁹⁰ Se *Lødrup*, Nordisk arverett side 98-101.

¹⁹¹ *Lødrup*, Arverett § 23 IV, side 237 formulerer det slik: ”Men hvor langt inn i fremtiden må døden antas å være for at en person er på ’dødsleiet’?” Vurderingen må nødvendigvis foretas i etterhånd, men jeg forstår *Lødrup* slik at det er forholdene da arvelater ble bundet som er avgjørende, jf uttalelsen om dette side 252. Uforutsette endringer i arvelaters gjenværende levetid må tillegges samme betydning som ellers ved grensedragningen mellom livs- og dødsdisposisjoner. Hvor nær døden synes å være vil dessuten være av stor betydning for arvelaters motivering, dvs det subjektive elementet.

¹⁹² Hvorvidt gaveløftet kan settes til side grunnet bristende forutsetninger er et annet spørsmål.

¹⁹³ Se *Utk62* side 203-204, *Prp36* side 163-164 og *Lødrup*, *Lødrup*, Arverett § 21 II, side 226.

av de rettsregler som bæres av al § 35 og § 53 må derfor bestemmelsen tolkes på bakgrunn av de generelle arverettslige grunnregler om grensen mellom livs- og dødsdisposisjoner.

Ved denne fremgangsmåte får ordet dødsleie ingen selvstendig betydning. Det omtalte objektive kriteriet vil oppfanges av generelle vurderinger av disposisjonens realitet for arvelater i hans levetid, hvor det som nevnt ovenfor også kan tenkes at noe som opprinnelig var ment som en dødsdisposisjon over tid endrer karakter til livsdisposisjon – ved at den opprettholdes til tross for at døden ikke inntreffer. Det subjektive element faller inn under vurderinger av arvelaters motiv. Også begrepene ”gåve” og ”meint å skulle oppfyllest” må vurderes både i forhold til realitet og formål.

De ovennevnte regler er etter sin ordlyd avgrenset til gaver, hvilket utelukker deres (direkte) anvendelse på gjensidig bebyrdende avtaler som inngås og eventuelt gjennomføres på den ene avtaleparts dødsleie. Noe behov for tilsvarende anvendelse foreligger ikke, idet slike disposisjoner også vil kunne være omfattet av de generelle arverettslige regler om dødsdisposisjoner.

Lødrup uttrykker relativt bastant at gjensidig bebyrdende avtaler som finner sted på dødsleiet, ikke rammes av reglene i al § 35 og § 53, idet slike ”disposisjoner er ikke å anse som dødsdisposisjoner”.¹⁹⁴ Under henvisning til flere høyesterettsdommer går *Lødrup* videre i rette med *Arnholms* standpunkt om at grensene måtte trekkes etter de samme linjer som for gaver.¹⁹⁵

Jeg er enig med *Lødrup* i at reglene i al § 35 og § 53 ikke kommer direkte til anvendelse, fordi reglene etter sin ordlyd kun omhandler gavedisposisjoner. Derimot kan det ikke av dette trekkes den antitese at en gjensidig forpliktende disposisjon som ikke er gjennomført på dødsleiet, ikke kan være en dødsdisposisjon.¹⁹⁶ *Lødrup* er selv inne på lignende tanker når fremstillingen av disse regler avsluttes med å peke på at de

¹⁹⁴ *Lødrup*, Arverett § 23 III, side 235. Se også *Lødrup*, Nordisk arverett side 362-362 om gjensidig bebyrdende avtaler.

¹⁹⁵ *Arnholm*, Arveretten side 107. Det må dog presiseres at *Arnholm* kun drøfter spørsmålet i forhold til pliktdelsreglene, og at hans begrunnelse for at spørsmålene må løses etter de samme linjer som etter al § 35 er at begrunnelsene er de samme.

¹⁹⁶ Dog må det innrømmes at jeg tidligere har gitt uttrykk for et mindre nyansert syn: ”En gjennomført gjensidig bebyrdende avtale med likeverdige ytelser fra begge parter, er alltid en livsdisposisjon. Dette gjelder normalt også selv om disposisjonen er foretatt med sikte på å ’avvikle den jordiske tilværelse’. Disposisjonen er ’dobbel’ gjennomført; arvelater har gitt fra seg sin ytelse og mottatt gjenytelsen. Gjensidig bebyrdende avtaler gjennomført på dødsleiet, må antagelig også anses som livsdisposisjoner. Regelen i al. §§ 35 og 53 omfatter etter sin ordlyd bare gaver, ikke gjensidig bebyrdende avtaler.” *Unneberg*, Arveretten side 205-206.

kvalitative pliktdelsbegrensninger i al § 29 annet ledd ”kan uthules ved at salg på dødsleiet anses som en livsdisposisjon”.¹⁹⁷

Løsningen er helt enkelt at spørsmålet må avgjøres etter de generelle regler om livs- og dødsdisposisjoner. Må en gjensidig bebyrdende disposisjon etter de alminnelige regler regnes som en dødsdisposisjon, fordi den ikke har hatt noen realitet for arvelater og dessuten har som formål å foregripe arveoppgjøret, er det selvfølgelig ikke fritakende at den først foretas på arvelaters dødsleie – mens den ville ha blitt kjent ugyldig om den var foretatt tidligere! Det spesielle med dødsleiedisposisjoner er imidlertid at de vanskelig kan medføre realitet for arvelater. Derfor vil motivet i slike tilfeller ofte være utslagsgivende. Arvelater kan ikke generelt umyndiggjøres selv om han er døende. Han må fortsatt kunne foreta det som ellers ville være ordinære livsdisposisjoner, selv om han skulle komme til å dø kort tid etter. På den annen side kan han – like lite som ellers i livet – foreta et forhåndsarveoppgjør som ikke har realitet for ham selv.¹⁹⁸

Et annet aspekt ved disse spørsmål er forholdet til skiftereglene. Det er en vesentlig forskjell på at arvelater – vel vitende om sin snarlige død – sørger for gjennomføringen (betaling, overtakelse og overskjøting) av en lenge planlagt overdragelse av en fast eiendom, og de tilfeller hvor han ønsker å (forhånds-)gjennomføre den gjenstandsmessige del av skifteoppgjøret (naturalutleggsfordelingen). Enda klarere blir bildet hvor arvingen som mottar eiendeler betaler ved at det senere skal motregnes i hans arvelodd. Derved er man midt inne i de skifterettslige regler, se sl § 65.

Det må imidlertid skilles mellom arvelaters disposisjoner – som er dødsdisposisjoner, og avtaler internt mellom arvingene som er forhåndsskifteavtaler –

¹⁹⁷ *Lødrup*, Arverett § 23 III, side 236.

¹⁹⁸ *Hambro*, Arveloven side 286 kan synes å mene det motsatte: ”Man kan f.eks. tenke seg at A på dødsleie overleverer til sin eneste datter ett av sine smykker til ’odel og eie’, mot at datteren vedtar å yte et avtalt og rommelig vederlag til sine brødre når det skiftes etter As død.” Standpunktet kan imidlertid forstås slik at det kun retter seg mot forståelsen av gavebegrepet. Se på den annen side *Unneberg*, Arveretten side 215: ”Hvorvidt en arvelaters ytelser på dødsleie mot vederlag skal anses som en dødsdisposisjon kan ikke utelukkende avgjøres etter når ytelsen er foretatt. Også formålet med disposisjonen må tillegges vekt. Blir disposisjonen foretatt helt uten tanke på arvelaters død må den aksepteres. En forretning må kunne drives selv om den private eier er på dødsleiet. På den annen side harmonerer det dårlig med gjeldende pliktdelsregler at arvelater på dødsleiet selger familiens faste eiendom til et av barna i den hensikt å foreta naturalfordelingen. Har derimot arvelater betinget seg pleie som motytelse, vil formålet prinsipielt være å sikre seg selv for den tid han har igjen. I disse tilfelle har vi sett at domstolene går langt i å akseptere salg som livsdisposisjoner ...”.

som faller utenfor arverettslige regler, se kapittel 45. Se nærmere om denne sontringen nedenfor.

Et noe tilsvarende spørsmål oppstår når gjenlevende ektefelle overdrar eiendeler til en av uskiftearvingene og gir de øvrige uskiftearvinger ”tilsvarende oppgjør” i verdier eller andre eiendeler slik at vilkårene i al § 21 er oppfylt. Grunnlaget for de øvrige uskiftearvingenes krav på tilsvarende oppgjør er at utdelingen fra gjenlevende til en uskiftearving anses som et delvis arveoppgjør etter førstavdøde, se al § 21 første ledd jf også § 24 første ledd. Men hvis dette anses som et delvis arveoppgjør etter førstavdøde, må vel også de alminnelige skifteregler om naturalfordeling komme til anvendelse?

Forholdet til skiftereglene ble ikke drøftet i forarbeidene. Derimot ble det uttrykkelig sagt at gjenstandsmessige begrensninger som følger av al § 18 annet ledd annet punktum vedrørende gjenlevendes testamentariske disposisjoner ikke skal gjelde tilsvarende.¹⁹⁹ Under henvisning til uttalelsene i forarbeidene har derfor denne regel også fått en viss tilslutning i teorien, men uten at det foretas noen drøftelse av de skifterettslige spørsmål.²⁰⁰ Svakheten ved uttalelsene i forarbeidene er at det trekkes paralleller til testasjonsrådighet, mens det aktuelle spørsmålet gjelder gjenlevendes livsdisposisjoner over boet, som i realiteten er et arveoppgjør etter førstavdøde.

Personlig har jeg vinglet noe. I det refererte sted i *Arveretten* har jeg ukritisk lagt forarbeidenes uttalelser til grunn. I *Jussens Venner 1997* har jeg imidlertid stilt meg mer kritisk til hvorvidt gjenlevende i uskifte skal kunne bestemme naturalfordelingen ved et arveoppgjør etter førstavdøde. Spørsmålene er vanskelige. På den ene side er det klart at ved et fullstendig skifte av uskifteboet, kan ikke gjenlevende fastsette naturalfordelingen etter førstavdøde. På den annen side kan gjenlevende selge en eiendel til en av uskiftearvingene til full pris, og deretter foreta en utdeling av samsvarende verdier til samtlige uskiftearvinger.

I forhold til spørsmålene om gjenlevendes rådighet over eiendeler gjennom gjensidig bebyrdende avtaler på dødsleiet, dreier det seg imidlertid om dødsdisposisjoner, slik at de generelle testamentsregler kommer til anvendelse.

Det som er sagt om gjensidig forpliktende avtale gjennomført på dødsleie gjelder tilsvarende for avtaler som etter sitt innhold går ut på gjensidig oppfyllelse på et tidspunkt hvor arvelater etter all sannsynlighet er død. Også her må spørsmålene løses etter de alminnelige regler om livs- og dødsdisposisjoner, hvor formålet kan ha avgjørende betydning. Det sentrale spørsmålet er om dette i realiteten dreier seg om fordeling av arv, eller kanskje mer konkret om gjenstandsfordelingen ved skifteoppgjøret, eller om det er en reell avtale som i tid strekker seg ut over arvelaters

¹⁹⁹ *Prp36* side 151-I-II. ”Gjeldende lov og Arvelovkomitéens utkast må formentlig forstås slik at de enkelte arvinger ikke kan gjøre gjeldende innsigelser mot gjenlevende ektefelles fordeling av de enkelte aktiva i boet dersom de i verdi får tilsvarende oppgjør. Det kan reises spørsmål om det er rimelig at gjenlevende skal ha en så fri stilling. Man viser i denne sammenheng til den foreslåtte bestemmelse i § 18 annet ledds annet punktum, hvorefter gjenlevende ved testament bare kan råde over gjenstander som ikke avdøde særskilt har brakt inn i boet. Departementet har imidlertid ikke villet foreslå en tilsvarende innskrenkning i gjenlevendes adgang til å disponere over de enkelte aktiva når det skjer ved privat arveoppgjør i hans levende live.”

²⁰⁰ Se *Asland*, Omstøtelse side 123-124 og *Unneberg*, *Arveretten* side 368

levetid. Generelt gjelder det at fikseringen av forfallstidspunkt til noe annet enn arvelaters død – dvs slik at det ikke er hans død som utløser medkontrahenten rett, reduserer preget av dødsdisposisjon. De typiske livsdisposisjoner er gjensidige forpliktelser som oppstår uavhengig av arvelaters død, også selv om det ved avtaleinngåelsen foreligger en betydelig sjanse for at arvelater er død på tidspunktet for oppfyllelse. Et illustrerende eksempel er løpende kontraktsforhold. Det må i denne sammenheng også ses hen til dødsfallets avtalerettslige betydning.

24.7 Testamentsavtaler og legalarveavtaler som henholdsvis livs- eller dødsdisposisjoner, og som henholdsvis arvelaters eller arvingens disposisjon

Det er ikke mulig å karakterisere testamentsavtaler og legalarveavtaler konsekvent som henholdsvis livs- eller dødsdisposisjon. Arvelaters påbud om avkorting er en dødsdisposisjon fordi den regulerer fordelingen av arven etter ham. Arvingens aksept av et avkortingspåbud som går lenger enn loven hjemler, er imidlertid ingen dødsdisposisjon fra hans side. Avtalen er likevel i sin helhet en arverettslig disposisjon, og en avtale om arvens fordeling.

De legalarveavtaler som her behandles, faller utenfor testamentsreglene (for dødsdisposisjoner) fordi de er særskilt hjemlet i arveloven. Formkrav, pliktdelsregler mv har derfor ingen selvstendig betydning. Likevel kan det i forhold til hjemmelskravet ha avgjørende betydning om avtalen må regnes som arvelaters eller arvingens disposisjon. Illustrerende er forholdet mellom avkall på ventet arv og samtykke til pliktdelskrenkende testament. Avkall på arv er arvingens disposisjon, men ved samtykke til testament slutter arvingen seg til arvelaters disposisjon.

Arvingen står fritt til å gi avkall på ventet arv, men kan ikke uten arvelaters samtykke trekke avkallet tilbake. Arvelaters frigjøring fra avkallsløftet kan betraktes som arvelaters disposisjon over arvens fordeling, og som ikke uttrykkelig er hjemlet i arveloven. Det er likevel ikke tvilsomt at arvelater kan gjøre dette uhindret av testamentsreglene. For det første kan forholdet anses som arvelaters tilslutning til arvingens vilje. Arvelater kan ikke mot arvingens vilje gjøre avkallet virkningsløst.²⁰¹ For det annet kan det ses hen til at opphevelse av avkallsløftet innebærer at situasjonen bringes tilbake til den opprinnelige tilstand, normalt med fordeling etter lovens ordinære arvegangsregler. Til sammenligning kan rene tilbakekall av testasjoner gjøres enklere

²⁰¹ Etter dansk rett kan antakelig arvelater opprinnelig hindre avkallet i å få rettsvirkninger ved å nekte å gi sin aksept. Derimot kan han neppe fritt trekke sin aksept tilbake etter at den allerede er gitt.

enn der hvor endringen innebærer en ny testasjon, se al § 57 annet ledd første punktum jf første ledd.

Den generelle regel bør være at arvelaters selvstendige erklæringer som direkte er bestemmende for arvens fordeling, regnes som dødsdisposisjoner. Dette omfatter alle avtaler knyttet til avkorting, mens avtaler om avkall som utgangspunkt regnes som livsdisposisjoner, idet de er arvingenes disposisjoner hvor arvelater tiltrer arvingens viljeshandlinger.

For testamentsavtalene er arvingenes samtykke en tilslutning til arvelaters disposisjon, og er uansett ikke en dødsdisposisjon fra arvingens side.

Arvelaters testamentsavtaler dreier seg til syvende og sist om arvens fordeling. Synspunktet er likevel at arvelaters avtaler om testasjonskompetanse er livsdisposisjoner, idet de regulerer hans testasjonsrådighet i hans levetid. Som gjennomgått i kapittel 54 består det ugjenkallelige testamentet av en selvstendig testasjon i tillegg til en ugjenkallelighetserklæring i testaments former, og en erklæring som medfører avtalerettslig binding. Selve dødsdisposisjonen finnes i testasjonen, mens ugjenkallelighetserklæringen kun dreier seg om arvelaters utøvelse av testasjonsrådighet i live.

Tilsvarende gjelder til sammenligning ved den negative arvepakt, dvs hvor arvelater forplikter seg til ikke å gripe inn i arvingens legalarverett. Arvepakten virker bestemmende for arvingenes arverettigheter, men fordelingen av arven bestemmes direkte av lovens arvetavle. Arvepakten regulerer bare arvelaters testasjonsrådighet i live.

25 Pliktdelsreglens betydning for avtaler om arv

25.1 Oversikt over livsarvingenes beskyttelse mot testamentariske disposisjoner

I korte trekk går pliktdelsreglene i al kap IV ut på at to tredjedeler av arvelaters formue som utgangspunkt er pliktdelsarv for livsarvingene, og at arvelater i testament ikke uten særlig hjemmel kan disponere over pliktdelsarven, jf al § 29. Ved større formuer kan pliktdelsarven beløpsmessig begrenses såfremt den overstiger visse minstebeløp fastsatt i al § 29 første ledd annet punktum.

I juridisk teori er det i hovedsak enighet om at beløpsbegrensningsreglene i al § 29 første ledd annet punktum må tolkes ut fra sitt formål, nemlig å *utvide arvelaters testasjonsrådighet*.²⁰² Arvelaters testasjonsrådighet kan utvides så fremt hver arving eller linje er sikret minstepliktdelsbeløpet. Er derimot vilkårene ikke oppfylt, kan ikke disse testasjonsrådighetsutvidende regler påberopes av livsarvingene for å utvide sin pliktdel, og følgelig begrense arvelaters rådighet over friarven.²⁰³

Det er alminnelig lære at pliktdelsreglene setter både kvantitative og kvalitative begrensninger for arvelaters rådighet ved testament. Hans rådighet er ikke bare begrenset slik at han verdimeslig ikke kan testere utover friarven. Han er også avskåret fra å disponere over eiendeler som i verdi overstiger friarven, selv om testamentsarvingen må betale det overskytende tilbake til dødsboet. I *Rt 1948 359* ble det siste formulert som at pliktdelsreglene ”ikke tillater arvelateren på noen som helst måte å bestemme over de 2/3 av boet som utgjør livsarvingenes pliktdel. De er helt unndratt fra hans rådighetssfære”.

Bortsett fra en artikkel av *Arnholm* i *Rt 1948 697* har denne uttalelse i senere teori og rettspraksis blitt godtatt som gjeldende lære.²⁰⁴

Se eksempelvis *Rt 1980 1515*: ”Etter arvelovens § 29 annet ledd kan imidlertid en arvelater ikke råde testamentarisk over pliktdelsarv uten særlig hjemmel. Dette innebærer at arvelateren til fordel for andre enn livsarvingene overhodet ikke kan disponere over boets aktiva utover friarven. Arvelateren kan således ikke testamentere bort eiendom som utgjør mer enn en tredjedel av boets verdi, mot at livsarvingene får kompensasjon i penger.”²⁰⁵

Etter min mening er de kvalitative begrensninger både reelt og systematisk sett uheldige, idet de blant annet innebærer en sammenblanding av arverettigheter og skifterettigheter. Pliktdelsreglenes oppgave er å sikre livsarvingene mot for store inngrep i deres rett til legalarv. Deres legalarverettigheter gir dem ikke rett til annet enn en viss andel av de verdier arvelater etterlater seg, samt de skifterettigheter som følger av å være loddeier, jf kapittel 26.²⁰⁶ Skiftereglene gir imidlertid ikke livsarvingene særlige fortrinn til eiendeler arvelater etterlater seg (utover

²⁰² Se *Lødrup*, *Lødrup*, Arverett § 8 II, side 100-101 Arverett side 95, *Hambro*, Arveloven side 194-198 og *Unneberg*, Arveretten side 69.

²⁰³ Standpunktet bygger videre på at hver linje ikke kan kreve mer enn sin andel av pliktdelsarven. I motsatt retning *Eeg*, Beløpsbegrenset pliktdelsarv, TfR 1994 side 364 flg.

²⁰⁴ *Arnholm*, Noen pliktdelspørsmål, inntatt i *Rt 1948 697* flg.

²⁰⁵ Dommen er avsagt under dissens 3-2, men dissensen rettet seg ikke mot forståelsen av pliktdelsreglenes innhold.

åsetesarvingens rett etter sl § 62), slik eksempelvis sl § 63 gir gjenlevende ektefelle en fortrinnsrett til tidligere felles bolig. Det fremgår uttrykkelig av sl § 61 fjerde ledd at loddeieres generelle rett til å overta eiendeler står tilbake for arvelaters testamentariske bestemmelser, mens det motsatte følger av forarbeidene til sl § 63.²⁰⁷

Det er intet i veien for å gi livsarvingene særlige skifterettigheter, og beskytte disse mot testamentariske disposisjoner – slik det gjelder for gjenlevende ektefelles rett til bolig. Når det imidlertid ikke finnes like regler, og systemet ellers er slik at arveloven fordeler arvelaters verdier, mens gjenstandsoppgjøret reguleres av skifteloven, innebærer inntolkingen av en kvalitativ begrensning en ”systemfeil”.

Bakgrunnen for inntolkingen av de kvalitative begrensninger har antakelig en historisk forklaring som dels bygger på betraktningene av livsarvingene som medberettigede i arvelaters formue, og dels på oppfatningen av pliktdelsreglene som krav på en minsteandel av arvelaters etterlatte formue, se kapittel 21. Når pliktdelsreglene i dag må betraktes som livsarvingenes beskyttelse mot at arvelater ved testament griper inn i deres legalarverett, jf nedenfor, og denne kun består i rett til andel i etterlatte nettoverdier, bør regelen være at pliktdelsreglene ikke griper inn i arvelaters eierrådighet i større utstrekning enn dette formålet tilsier.

For en nærmere redegjørelse for pliktdelsreglenes innhold vises det til den alminnelige arverettsteori.²⁰⁸

25.2 Sikrer pliktdelsreglene livsarvingene en minsteandel i arvelaters etterlatte formue, eller gis de bare en rett til å kreve pliktdelskrenkende testasjoner til side?

I det følgende skal jeg forsøke å avklare pliktdelsreglenes reelle innhold. Det finnes flere mulige nyanser. Innledningsvis kan det avklares at begrepet ”formuen til arvelataren” ikke i seg selv kan tas til inntekt for en utvidende tolking. Med formuen menes netto arveformue. Begrepet ble kun brukt for å klargjøre at pliktdelsbrøken skal

²⁰⁶ En livsarving som gjennom arvelaters testament får sin arvelodd begrenset til minstepliktdelsbeløpet, må ut fra konsekvens- og formålsbetraktninger fortsatt ha status som loddeier. I forslag til ny skiftelov § 1-6 (2) er det uttrykkelig sagt at livsarvingen i det sistnevnte tilfellet fortsatt er loddeier, se *NOU 2007: 16* side 11-II og 108-II.

²⁰⁷ Se *Prp36* side 123-II jf side 209-I.

²⁰⁸ For en nærmere beskrivelse av disse generelle regler, se *Lødrup*, Arverett §§ 9-10 og *Hambro*, Arveloven side 193-209, samt *Arnholm*, Arveretten § 9, *Arnholm*, Privatrett V § 24 og *Unneberg*, Arveretten side 63-72. Hos *Hambro* side 193 gis en utførlig litteraturliste.

beregnes av den samlede arveformue, og ikke av den enkelte livsarvings arvelodd – slik regelen er i dansk rett.²⁰⁹

Spørsmålet er derfor om pliktdelsreglene gir livsarvingene rett til en minste andel av den arven arvelater etterlater seg, dvs en minstearv. Etter min mening er pliktdelsreglene kun en rett livsarvingene har overfor testamentsarvinger, og som går ut på å kreve testasjoner over den del av arveformuen som er definert som pliktdelsarv tilbakeført til dødsboet. Dette standpunkt kan imidlertid ikke uten videre begrunnes i en henvisning til ordlyd, forarbeider eller juridisk litteratur, men må bygge på mer rettsystematiske betraktninger som jeg straks kommer tilbake til. Utover konstateringen av pliktdelsreglenes kvalitative side har spørsmål om reglenes karakter ikke vært behandlet av domstolene.

Ordlyd, forarbeider og litteratur gir på den annen side heller entydig støtte for at pliktdelsreglene inneholder en minstearvsrett. Rettskildebildet preges av tvetydighet.

Når spørsmålet gis såpass stor plass er det ikke av hensyn til en begrepsmessig avklaring, men for å kunne fastslå at pliktdelsreglene ikke kommer til anvendelse på annet enn arvelaters testasjoner. Dermed kan det samtidig gis en endelig avklaring på alle spørsmål om legalarveavtaler, forhåndsskifteavtaler, ektefellers avtaler om formuesordningen, livsforsikringsavtaler osv kan være pliktdelskrenkende. Svaret er et enkelt og ubetinget nei, fordi det ikke dreier seg om en arvelaters testasjon. Mener rettsanvenderen at avtalen må settes til side som pliktdelskrenkende, må han først konstatere at avtalen i realiteten ikke er en testasjon, se pkt 25.7 om gjennomskjæring. Det er eksempelvis ikke tilstrekkelig å påvise at en disposisjon ”uthuler” pliktdelsretten.²¹⁰

Verken ordlyden i al § 29 eller dens forarbeider gir sikre holdepunkter for hva lovgiver måtte ha ment.

Ordlyden i al § 29 første ledd tyder på en minstearvsrett: ”To tredjepartar av formuen til arvelataren er pliktdelsarv for livsarvingane.” Annet ledd peker derimot mot den siste: ”Arvelataren kan ikkje i testament rå over pliktdelsarv med mindre det er særleg heimel for det.”

²⁰⁹ Se *Prp36* side 157-158, og nærmere *Eeg*, Beløpsbegrenset pliktdelsarv side 375-378 med videre henvisninger.

²¹⁰ Sammenlign eksempelvis *Lødrup*, Arverett § 23 III, side 236.

Formuleringene i første ledd må ses i sammenheng med annet ledd. I første ledd angis ikke realiteten i pliktdelsreglene – det gjøres først i annet ledd. I første ledd reguleres bare pliktdelsarvens omfang. Dette tydeliggjøres gjennom spesialregelen i første ledd annet punktum (lex Michelsen).

Tilsvarende system gjenfinnes i den danske arveloven hvor den materielle pliktdelsregel fremgår av dal § 50 stk 1: ”Arveladeren kan ikke ved testamente råde over tvangsarv, medmindre dette er hjemlet ved lov.”

Pliktdelsreglenes omfang bestemmes så i særskilte bestemmelser for de to grupper tvangsarvinger, med likelydene bestemmelser i dal § 5 stk 1 for livsarvingene og dal § 10 stk 1 for ektefellen – med følgende enkle ordlyd: ”En fjerdedel af [en livsarvings/ ægtefællens] arvelod er tvangsarv.”

Fra uttalelser i forarbeidene kan ulike synsmåter gjenspeiles:

I sitt forslag foretok Arvelovkomitéen en omformulering av ordlyden i forhold den tidligere pliktdelsbestemmelse i al 1854 § 33 som gikk ut på at arvelater med livsarvinger kan ”bortgi til hvem han vil en tredjedel av sin formue”. Arvelovkomitéen foreslo i stedet den tekst som i dag finnes i al § 29, og begrunnet dette slik:

”Komitéen har endret formuleringen, dels fordi man derved direkte peker på det sentrale i den foreliggende forbindelse, nemlig hvor meget hver livsarving ubetinget skal være tilsikret, og dels fordi det skal være klart at arvelateren ikke kan treffe bestemmelse om fordeling av aktiva mellom livsarvingene”.²¹¹

Departementet uttalte blant annet: ”Den sentrale bestemmelse i kapittel IV er § 29, som angir hvor stor del av den legale arvelodd som er pliktdelsarv, og hva det betyr at en del av arven er pliktdelsarv. ... I likhet med Arvelovkomitéens utkast går bestemmelsen i departementets utkast ut på hvor stor del av arven som er pliktdelsarv, mens § 33 i gjeldende lov fastsetter hvor stor del av formuen som arvelateren kan råde over ved testament. ... Annet ledd fastslår prinsippet om at arvelateren ikke kan råde ved testament over pliktdelsarv, med mindre det er særlig hjemlet.”²¹²

Det er på denne bakgrunn ikke holdepunkter for at formuleringen ”er pliktdelsarv for livsarvingane” skal forstås i noen bestemt retning, utover at bestemmelsen angir hvilken andel av arven som er pliktdelsarv. Arvelovens forarbeider omtaler i likhet med norsk arverettslitteratur begge de nevnte sider ved pliktdelsreglene.²¹³ Denne tosidighet gjenfinnes i juridisk litteratur.

Hos *Lødrup* beskrives eksempelvis pliktdelsretten slik: ”Det sentrale i pliktdelsreglene etter al. § 29 er at livsarvingene sikres 2/3 av arven.” Straks nedenfor uttales imidlertid: ”Hovedregelen er at

²¹¹ *Utk62* side 192-I.

²¹² *Prp36* side 157-158.

²¹³ I *Prp36* side 101-I brukes eksempelvis formuleringene ”spørsmålet om vernet for livsarvingenes arverett mot arvelaterens testamentariske disposisjoner” og ”de alminnelige pliktdelsregler som gir livsarvinger en beskyttet rett til en viss andel av arvelodden”.

pliktdelen er helt utenfor arvelaterens rekkevidde.”²¹⁴ Lødrups kapittel om livsarvingenes plikt del innledes slik: ”Et sentralt spørsmål ved slektsarveretten er om visse arvinger skal beskyttes mot testamentariske disposisjoner over arven.”²¹⁵

Selv skrev jeg i *Arveretten* på den ene side at pliktdelsreglene ”representerer et unntak fra arvelaters adgang til å gripe inn i fordelingen av arvemidlene. I hovedtrekk går regelen ut på at to tredjedeler av arven er unndratt arvelaters råderett ved testament”. I den påfølgende tekst blir det imidlertid påpekt at det sentrale i pliktdelsreglene ”er at livsarvingene har krav på to tredjedeler av arvemassen”.²¹⁶

Det samme todelte syn gjenfinnes i dansk rett, dog slik at nyere litteratur synes å fremheve tvangsarven som begrensning i testasjonsrådigheten, og ikke som noen andelsrett i dødsboet.

Danielsens beskriver pliktdelsreglene slik: ”**Tvangsarv** er den **del** af den efterladte formue, arveladeren ifølge loven **ikke** kan **berøve tvangsarvingerne** og derfor ikke kan råde over ved testamente, verken kvantitativt eller kvalitativt, jf. § 26, stk. 1, modsætningsvis, med mindre der er gjort særlige undtagelser. Tvangsarvereglerne indeholder tillige den positive lovmæssige afgrænsning af **testationskompetencen**, d.v.s. i hvilken udstrækning kan råde over sine efterladte aktiver og ejendele. Formålet er at sikre en snævert afgrænset gruppe blandt de legale arvinger en mindstearv.”²¹⁷

Det samme syn gjenspeiles hos Arvelovsudvalget: ”Efter gældende ret antages det, at tvangsarveretten giver livsarvingen og ægtefællen en egentlig andelsret i boet. Tvangsarvereglerne indebærer derfor en såvel kvantitativ som kvalitativ begrænsning i arveladerens testationskompetence.”²¹⁸

Fra Justitsministeriets side var det imidlertid begrensningene i testasjonsrådighet som ble fremhevet i beskrivelsen av tidligere rett: ”Arveladerens livsarvinger er tvangsarvinger, og halvdelen af den legale arvelod, der tilkommer dem, er tvangsarv, jf. Arvelovens § 25. Det indebærer, at en arvelader, der efterlader sig livsarvinger, kun kan råde over halvdelen af sin formue ved testamente, jf. § 26, stk. 1.”²¹⁹

Werlauff presiserer på den annen side pliktdelsreglene slik: ”’Tvangsarv’ er arv, som arveladeren ikke gjennom testamente kan fratage arvingen. ... Det er vigtigt å understrege, at tvangsarv ikke er utrykk for et retskrav på at arve nogen bestemt formue. ’Tvangen’ drejer sig alene om, hvilken del af sin efterladte formue arveladeren er ’tvunget’ til at efterlade til sine tvangsarvinger – hvis der da overhodet er nogen efterladt formue at arve.”²²⁰

Dette fremgår også hos *Nørgaard*: ”*Tvangsarv* defineres traditionelt som den arv, der ifølge arveloven ikke kan berøves arvinger ved testament. ... Tvangsarven er *ikke* mer en andelsrett i boet.”

²¹⁴ *Lødrup*, Arverett § 9 I og II, side 111.

²¹⁵ *Lødrup*, Arverett § 8 I, side 98.

²¹⁶ *Unneberg*, Arveretten side 63 og 65.

²¹⁷ *Danielsen*, Arveloven side 277.

²¹⁸ *Betænkning 2006* side 75.

²¹⁹ *Lovforslag 2006* side 20-II. Jeg har imidlertid ikke funnet grunnlag i de øvrige forarbeider for at man ved lovendringen ønsket å gjøre endringer eller presiseringer i pliktdelsreglenes karakter – utover endringen av tvangsarvsbrøken, samt innføringen av en beløpsbegrensning.

²²⁰ *Werlauff*'s side 23-24.

Feldthusen og Nielsen beskriver tvangsarvens historiske bakgrunn ved å beskrive den opprinnelige slektsarveretten som slektens rett til hele arvelaters formue.²²¹

De diffuse beskrivelser som gis må antakelig forklares i nedarvede *rettsforestillinger* om livsarvingenes medeierrett (andelsrett) i foreldrenes formuer, se kap 21.²²²

Forestillingen om pliktdelsreglene som regler som sikret livsarvingene en viss andel av arven må kanskje i vel så stor grad tilskrives at pliktdelsreglene i norsk rett tidligere som *resultat* sikret livsarvingene en viss andel av arveformuen. Før arvelovendringen i 1937 hadde ektefellen ikke legalarverett i konkurranse med livsarvingene, slik at arveoppgjøret dreide seg om en fordeling mellom livsarvingene og eventuelle testamentsarvinger. Også etter utvidelsen av ektefellens legalarverettigheter, med beskyttelse mot testasjoner gjennom kunnskapsregelen (al § 7), var det likevel forholdet mellom livsarvingene og testamentsarvinger som sto sentralt i tvister. Ektefellen kunne fortsatt ved testament fratras alle sine legalarverettigheter. Ved innføringen av ektefellens minstearvsrettigheter i 1990 ble gjenlevendes stilling styrket både gjennom fordelingsregelen i al § 6 første ledd og beskyttelsesregelen i al § 7 if.

For særlig de små formuer fikk de nye regler som resultat at livsarvingene ikke lenger som *resultat* er sikret pliktdelsarven som en minstearv – selv om forklaringen på dette ikke ligger i endringer i pliktdelsreglene, men i lovens fordelingsregler. Overstiger arven etter førstavdøde ikke gjenlevendes minstearvsbeløp, arver livsarvingene intet, se al § 6 første ledd jf al § 1 tredje ledd.

Innføringen av ektefellens minstearvsrettigheter gjorde som nevnt intet inngrep i livsarvingenes pliktdelsbeskyttelse. Det er livsarvingenes posisjon som legalarvinger som ble beskåret. Det faktiske forhold at livsarvinger i konkurranse med ektefellen risikerer ikke å arve noe, slår imidlertid sprekker i forestillingen om at livsarvingene er sikret en minsteandel av arven. Dersom arvelater etterlater seg begrensede midler (eksempelvis 6 G), kone, barn og et testament som disponerer over hele arven, kan

²²¹ *Feldthusen og Nielsen*, Arveretten side 135.

²²² For egen del må det tilføyes at når jeg i eget forfatterskap på samme sted har beskrevet pliktdelsreglene på to ulike måter, skyldes ikke dette noen bevisst oppfatning av pliktdelsreglene som minstearvsrett. Utsagnene skyldes heller mangel på refleksjon.

barna fortsatt kreve testamentet satt til side hva gjelder to tredjedeler (4 G) – og gjenlevende kan kreve testamentet tilsidesatt for resten.

Det er rettsvirkningen av denne tilsidesettelsen som beskriver pliktdelsreglens reelle innhold i dag. Tilsidesettelsen av testamentet betyr at arven skal fordeles som om testamentet ikke var opprettet. Da vil ektefellen arve to tredjedeler og livsarvingene en tredjepart. Hadde arven ikke vært større enn 4 G ville livsarvingene intet arve.

Pliktdelsretten er således begrenset til å kunne motsette seg at testamentsarvingen får noen arv, men gir ikke i seg selv livsarvingene rett til den tilbakeførte arven.

Det må understrekes at det ikke er innføringen av ektefellens minstearvsrettigheter som har endret pliktdelsreglens karakter, men at minstearvsreglene – gjennom en utvidet legalarverett som i sin helhet er beskyttet – synliggjør rettsreglens karakter i større utstrekning enn før.

Etter min mening er det sammenblandingen av fordelingsregler (legalarveregler) og beskyttelsesregler (pliktdelsregler) som har skapt et uklart bilde av pliktdelsreglens reelle innhold, se nærmere pkt 25.3. Det fremgår av al § 1 tredje ledd at livsarvingenes legalarverett på ulike måter må vike for ektefellens to legalarverettigheter, ektefellearv og uskifterett. Også for rettstilstanden før innføringen av ektefellens minstearvsrettigheter kan det oppstilles lignede eksempler som ovenfor. Har arvelater i sitt testament disponert over hele sin formue på tre millioner, kan hans to barn kreve testamentet satt til side hva gjelder to millioner. Under forutsetning av at testamentet ikke fratrar gjenlevende hennes uskifterett, kunne man også etter tidligere regler tenke seg situasjonen hvor enken etter endt rettssak takker sine barn for innsatsen og deretter krever å overta de to millionene i uskifte.

Konklusjonen på redegjørelsen for pliktdelsreglens rettslige innhold er at de kun gir livsarvinger en rett til å kreve testasjoner over pliktdelsarv satt til side, men uten at det medfølger en automatisk rett til selv å motta den arven som er hentet tilbake. Det siste underbygger den videre konsekvens at pliktdelsreglene ikke får betydning for arvelaters disposisjoner over sin etterlatte formue som ikke gjøres som en materiell testasjon.

25.3 Pliktbudsregler og arvegangsregler – beskyttelsesregler og fordelingsregler

I den utstrekning arvelater ikke har opprettet testament fordeles arven som bestemt i al kap I og II, eventuelt overtas arven av gjenlevende ektefelle i uskifte etter el kap III.

Ved fordeling av arv etter loven er livsarvingene i utgangspunktet de nærmeste arvinger, se al § 1 første ledd. Fra dette utgangspunktet gjøres det en viktig reservasjon i el § 1 tredje ledd: ”Dersom arvelataren også etterlet seg ektemake, gjeld reglane i kapittel II og III.”

Tilsvarende reservasjon gjelder også for annen arvegangsklasse, se al § 2 fjerde ledd. Reservasjonene korresponderer med al § 6 første ledd som redegjør for hvordan arven deles mellom de to grupper av legalarvinger, slektsarvingene og ektefellen.²²³

Det samme fordelingsystem fremgår av al § 3 første ledd jf § 6 annet ledd, dog slik at i konkurranse med arvinger i tredje arvegangsklasse arver ektefellen alt.

Som et alternativ til straks å kreve en andel av arven kan gjenlevende ektefelle alternativt overta hele førstavdødes formue i uskifte, se al § 6 tredje ledd – og nærmere i Del 7.

Sett under ett går fordelingsreglene ut på at livsarvingene er nærmeste arvinger etter loven, men likevel slik at deres legalarverett må samordnes med ektefellens legalarverettigheter etter al § 6. Dette innebærer blant annet at dersom gjenlevende velger uskifte, utskyttes livsarvingenes rett til arv etter førstavdøde, se al § 22 første ledd. Foretas det et skifte, må livsarvingene dele arven med ektefellen.

Før ektefellen ble gitt minstearvsrett i 1990 ville en arvedeling mellom gjenlevende og livsarvingene etter lovens arvegangsregler føre til at livsarvingene alltid – uansett arveformuens størrelse – arver tre firedeler, dvs alltid mer enn pliktbudsarven på to tredjedeler. Med den nye beløpsfastsatte minstearven kan det lett tenkes tilfeller hvor livsarvingenes arvelodd blir mindre enn to tredjedeler – eller for den saks skyld at de intet arver.

Samtidig som ektefellen i lovens fordelingsregler ble gitt en beløpsfastsatt minstearvsrett, ble hennes beskyttelse mot førstavdødes testamentariske disposisjoner utvidet. Ved at minstearven i sin helhet var beskyttet, mens livsarvingenes beskyttelse

var fastsatt til en andel av den totale arveformue, ble det åpnet for at livsarvingenes arvelodd ble mindre enn pliktdelsarven. Det var i denne situasjon spørsmålene om forholdet mellom minste arv og pliktdels arv ble reist.²²⁴

Som vist i fremstillingen ovenfor, gir ikke livsarvingenes pliktdelsbeskyttelse dem noen minste arvsrett. For gjenlevende ektefelle er det imidlertid sammenfall mellom minste arvsretten som fordelingsregel i al § 6 første ledd og beskyttelsen i al § 7 if.

Det oppstår derfor ingen kollisjon mellom gjenlevende ektefelles minste arvsrettigheter og livsarvingenes pliktdelsrettigheter. Den eneste konflikt som i tilfelle oppstår er mellom ektefellens og livsarvingenes krav på legal arv, og den er klart løst i al § 1 tredje ledd jf § 6 første ledd.

Begge sett av beskyttelsesregler retter seg mot en eventuell testamentsarvings rettigheter, og har som rettsvirkning at den borttestamenterte arven føres tilbake til dødsboet. Det oppstår ingen konflikt ved at begge beskyttelsesregler kan gjøres gjeldende mot den samme del av arveformuen. Resultatet er uansett at testamentsarven tilbakeføres til dødsboet – hvor den fordeles mellom gjenlevende og livsarvingene etter lovens fordelingsregler.²²⁵

Kort sagt kan det sies at mens livsarvingenes pliktdelsrett ikke er en minste arvsrett, har gjenlevende en fordelingsminste arvsrett som er kombinert med en beskyttelsesrett.²²⁶ Livsarvingenes rettsposisjon etter lovens fordelingsregler står beskrevet i al § 1, som må sammenholdes med ektefellens legal arverettigheter i al § 6. I al § 29 er det bare livsarvingenes legal arverettigheters beskyttelse mot konkurrerende testamentsarvinger som reguleres, ikke konkurransen med den annen gruppe legal arvinger – ektefellen. Tilsvarende regulerer al § 7 beskyttelse av ektefellens legal arverett og uskifterett mot testamentsbaserte rettigheter. Den siste supplert med reglene i al § 11.

²²³ Om forskjellen på slektsarverett og ektefelle arv, se blant annet pkt 14.6.4.

²²⁴ Se eksempelvis *Lødrup*, Arverett § 4 V, side 67-68.

²²⁵ Eventuelt supplert av testamentariske bestemmelser om fordelingen mellom ektefellen og livsarvingene, men det ser jeg bort fra her.

²²⁶ Derfor bruker jeg ofte flertallsformen minste arvsreglene og minste arvsrettigheter.

Avslutningsvis – og slagordmessig – kan det sies at pliktdelsreglene beskytter livsarvingene mot arvelaters testamentariske disposisjoner, men ikke mot lovgivers inngripen i deres legalarverettigheter. Både ektefellens minstearvsrett og regler om ektefellers adgang til overføre førstavdødes formue til gjenlevende gjennom dødsdisposisjonsektepakter eller livsforsikringsavtaler griper inn i livsarvingenes stilling ved arvelaters død. Men de krenker ikke livsarvingenes pliktdelsrettigheter.

25.4 Hjemmel for testasjonsrådighet over lovbeskyttet legalarv

Pliktdelsregelen går ut på arvelater ikke uten særlig hjemmel kan råde over pliktdelsarv, se al § 29 annet ledd. Lovteksten besvarer ikke om det med ”særleg heimel” utelukkende siktes til lovhjemmel eller om også livsarvingenes samtykke utgjør en særlig hjemmel. Forarbeidene avklarer heller ikke direkte spørsmålet. Det kan imidlertid konstateres at det eneste som omtales som unntakshjemler, er de etterfølgende bestemmelser, dvs bestemmelsene i al §§ 30-34.²²⁷ Den tilsvarende danske bestemmelse sier uttrykkelig at arvelater ”ikke ved testamente [kan] råde over tvangsarv, medmindre dette er hjemlet ved lov”.²²⁸

Arveloven 1854 inneholdt ikke noen uttrykkelig henvisning til at unntak fra pliktdelsreglene kunne følge av særlig hjemmel.²²⁹ Loven inneholdt imidlertid særskilte hjemler for å råde testamentarisk over pliktdelsarv, som i det vesentlige ble videreført i den nye arveloven.²³⁰

Det er ikke uttrykkelig sagt i arveloven at al § 29 er en ugyldighetsregel, slik det til sammenligning i al § 60 bestemmes om formuriktige testamenter. Likevel er det på det rene at testasjoner i strid med pliktdelsreglene er ugyldige, i den forstand at livsarvingene ikke trenger å oppfylle et pliktdelskrenkende testament. Et tilsvarende forbehold tas i sl § 68 tredje ledd om den gjeldsansvarlige arvings ansvar for

²²⁷ Se eksempelvis *Utk62* side 193-I: ”De etterfølgende paragrafer i utkastet hjemler særlige unntak fra hovedregelen om at arvelateren ikke kan råde ved testament over pliktdelsarv.” Se videre *Prp36* side 103-I: ”... arvelateren ikke kan råde ved testament over pliktdelsarv med mindre det er særlig hjemlet. Bestemmelser som gir arvelateren rett til å disponere over pliktdelsarv er foreslått i kom.utk. §§ 29-32”.

²²⁸ Den danske arvelov § 50. Bestemmelsen er med enkelte språklige moderniseringer en ren videreføring av dal 1963 § 26, stk 1, se Lovforslag nr L 100, Folketinget 2006-2007 side 103-I.

²²⁹ Derimot bestemte al 1854 § 49 at (blant annet) pliktdelsoverskridelse bare medførte ugyldighet hva overskridelsen gjaldt. *Knoph*, Norsk arverett 1959 side 205 uttrykte dette som at ”Helt uvirksomt blir altså testamentet ikke, hvilket jo også vilde ha vært høist unaturlig.”

²³⁰ Se *Prp36* side 103-I.

oppfyllelse av arvelaters gyldige testasjoner.²³¹ Ugyldigheten er imidlertid ikke absolutt. Et pliktdelskrenkende testament er ingen nullitet skiftemyndigheter og domstoler på eget initiativ skal reagere mot – slik det til sammenligning er anført vedrørende en arvings overdragelse av ventet arv, se pkt 62.5. Et pliktdelskrenkende testament er ikke absolutt ugyldig. Det er angripbart.²³²

Det samme følger av konsekvensbetraktninger fra reglene om innsigelsespreklusjon i al § 70 annet ledd. Faller ugyldighetsgrunnen bort ved fristoversittelse, må den også uttrykkelig kunne godkjennes – dvs at retten til å gjøre innsigelser frafalles. Denne løsning er det bred enighet om,²³³ og slik var også rettstilstanden etter al 1854, se pkt 53.1. Slik har også oppfatningen i dansk rett vært.²³⁴

I *Rt 1957 676* la Høyesterett til grunn at et samtykke fra livsarvingene om å motta sin arv i bestemte eiendeler innebar at en testamentarisk bestemmelse om dette ikke innebar noen pliktdelskrenkelse.

”Forholdet i vår sak er det at samtlige arvinger har samtykket i å motta på sine arvelodder de bestemte gjenstander (aktiva) som er nevnt i dokumentet av 1939. Det er da klart at arvingene må finne seg i på sine arvelodder å få utlagt de tildelte gjenstander uten at dette i seg selv kan gjøres gjeldende som en overskridelse av pliktdelen.”

Det synes videre å være enighet om at godkjenning av pliktdelskrenkende testament også skal kunne gis før arvefallet. Det er imidlertid visse forskjeller i synet på hvorvidt forhåndssamtykker faller inn under reglene om avkall på ventet arv, se nærmere pkt 53.3.

Livsarvingenes pliktdelsrett går utelukkende ut på at de kan angripe testamentariske disposisjoner som griper inn i pliktdelsarven. Av dette følger at et samtykke til et pliktdelskrenkende testament normalt bare innebærer en fraskrivelse av denne lovbeskyttelsen, og ikke selve legalarveretten. Se nærmere om disse spørsmål under kapittel 53, særlig pkt 53.2 og pkt 53.7.

²³¹ Ansvarer er begrenset til ”hvad avdøde hadde rådighet til å forføie over ved testament”.

²³² *Nørgaard*, Arveret side 239 bruker til sammenligning formuleringen at ved pliktdelskrenkelse er ”testationen ugyldig – anfægtelig – ...”.

²³³ Det er imidlertid uenighet om hvorvidt et forhåndssamtykke må regnes som avkall på ventet arv, se nærmere pkt 53.3.

²³⁴ Se *Danielsen*, Arveloven side 282 som anfører at livsarvinger (og ektefelle) kan velge å respektere et pliktdelskrenkende testament, herunder gjennom passivitet. Tilsvarende anfører *Feldthusen og Nielsen*, Arveretten side 132 at et uforbeholdent arveavkall utvider arvelaters testasjonskompetanse.

25.5 Særlige hjemler i andre lover

I tillegg til de særlige unntakshjemler som finnes i al kap IV kan hjemmel for å gripe inn i livsarvingenes pliktdelsrett også følge av annen lovgivning. Et prinsipielt spørsmål er i så fall om det bare er pliktdelsreglene det dispenseres fra – slik al §§ 30-34 gjør, eller om disposisjonen også faller utenfor andre arverettslige regler. Dette må bero på en konkret vurdering av det enkelte regelsett.

I del 4 drøftes generelt forhåndsavtaler om etterlatt formue som faller utenfor arverettslige regler, herunder også dødsdisposisjonsavtaler som i utgangspunktet faller inn under al § 29 og § 35. De mest praktiske eksempler er ektefellers avtaler om formuesordningen (dødsdisposisjonsektepakter), avtaler om uskifte og livsforsikringsavtaler, se henholdsvis kapittel 43, Del 7 og kapittel 44. Som et særlig eksempel nevnes også arvelaters bestemmelse om oppdeling av åsetesgods, se kapittel 47. De fleste av disse særregler anses som ikke-arverettslige disposisjoner, som derved faller utenfor alle arverettslige regler. For dødsdisposisjonene gjelder i de fleste tilfeller likevel ulike formkrav – som oftest av samme begrunnelse som for testamentsformkravene.²³⁵

Selv om arverettslige regler ikke direkte kommer til anvendelse, får de likevel ofte indirekte betydning. Dødsdisposisjonsektepakter som berører uskifteretten innebærer et samspill med arverettslige regler, se nærmere kapitel 43 og Del 7. Forsikringsavtalelovens fordelingsregler (når det ikke er ektefelle eller begunstigelser) knytter seg til arverettslige fordelingsregler, se fal § 15-1 tredje ledd. Bestemmelser om livsforsikringen i forsikringstakers testament får virkning som begunstigelser, se fal § 15-3. Se nærmere kapittel 44.

25.6 Beskyttelse av legalarverettighetene for en avkallsgivende arvings egne livsarvinger

Når en legalarving frafaller sin arverett, oppstår spørsmålet om frafallets virkninger for den frafallende arvings egne livsarvinger, som jo normalt også selv er legalarvinger. Utgangspunktet ved avslag på falt arv er i følge al § 74 tredje ledd at den frafalte arven skal fordeles som om avslagsgiver var død før arvelater, uavhengig av om avslagsgiver er livsarving eller utarving, og uavhengig om han selv har livsarvinger. Derved trer

²³⁵ Avtaler mellom ektefeller om formuesordningen må gjøres i ektepakts form, el § 54. Det gjelder ingen direkte formkrav for livsforsikringsavtaler, men de må bekreftes skriftlig (forsikringsbevis), fal § 11-1. For oppnevning av begunstiget gjelder egne formregler, fal § 15-3. Bestemmelser om oppdeling av åsetesgods må gjøres skriftlig, odl § 54.

avslagsgivers livsarvinger i henhold til den alminnelige arvetavle inn i avslagsgivers sted.

For avkall på ventet arv er reglene i al § 45 annerledes. Virkningene varierer med hvorvidt avkallsgiver er arvelaters livsarving, men ikke direkte med hvorvidt avkallsgiver selv har livsarvinger. Er avkallsgiver utarving, er utgangspunktet at avkallet også får virkning for hans egne livsarvinger. Er han derimot selv livsarving, binder avkallet bare hans linje dersom det er gitt mot rimelig vederlag.

Hva er begrunnelsene for reglene, og for forskjellene?

En arvings frafall av arverettigheter er klart nok ingen dødsdisposisjon for ham selv, sammenlign pkt 24.7. Frafallet regulerer ikke hvordan arven etter ham selv fordeles. Det er videre helt på det rene at pliktdelsreglene (selv i vid forstand) ikke innebærer noe plikt for arvelater til i sin levetid å sørge for størst mulig formuesøkning, og minst mulig reduksjon. Like lite som en livsarving kan motsette seg at far eller mor avslår gaver, kan de motsette seg at foreldrene frafaller rett til arv. Pliktdelsreglene kommer således uansett ikke til anvendelse ved spørsmål om et arvefrafalls betydning for den frafallende arvings egne livsarvinger. Som nevnt ovenfor er likevel særregelen om rimelig vederlag i al § 45 første ledd begrunnet i at livsarvingene ”jo ellers [har] en beskyttet arverett etter arvelateren”.²³⁶ Se nærmere om dette under pkt 63.3.

Til sammenligning gjelder det også i andre sammenhenger særregler for livsarvinger, som ikke er noen direkte konsekvens av pliktdelsreglene, men like gjerne deres nære tilknytning til arvelater, se eksempelvis al § 11 første ledd. Avkortingsreglene gjelder likeledes bare for livsarvinger. Reglene begrunnes dels i behovet for å unngå pliktdelsreglene, og dels i livsarvingenes nære tilknytning til arvelater.

Når spørsmålet likevel reises her, er det under fellesnevneren beskyttelse av legalarverettigheter. Hvilken beskyttelse har barnebarnets legalarverett overfor dets mors eller fars legalarveavtaler med arvelater? Spørsmålet dreier seg ikke om vern mot arvelaters testamentariske disposisjoner, men om innholdet i barnebarnets legalarverettigheter. Mer konkret dreier spørsmålet seg dels om innholdet i representasjonsretten, og dels om hvor langt en arving kan gripe direkte inn i fordelingen av arven etter arvelater.

Tilsvarende spørsmål oppstår når en livsarving som selv har – eller senere får – livsarvinger, har samtykket i et pliktdelskrenkende testament. Som jeg kommer tilbake til i pkt 53 er samtykke til utvidelse av arvelaters testasjonskompetanse en annen type disposisjon enn arvingens frafall av legalarverett.

25.7 Gjennomskjæring

Pliktdelsreglene gjelder kun for testamentariske disposisjoner. Synspunkter om at andre disposisjoner ”bryter med” eller ”uthuler” livsarvingenes pliktdelsrett osv, kan i tilfelle anvendes som reelle hensyn ved tolking av de regelsett som gjelder slike disposisjoner. Pliktdelsreglene kan imidlertid aldri direkte anvendes på disposisjoner som ikke er testamentariske. Skal dette gjøres, må det i tilfelle skje ved en form for gjennomskjæring, hvor rettsanvender etter anvendelse av alminnelige regler om grensen mellom livs- og dødsdisposisjoner, kommer til at det foreligger en testamentarisk disposisjon – og som ikke etter særskilt lovbestemmelse er unntatt fra arverettslige regler.

26 Skillet mellom arverettigheter, skifterettigheter og en kreditors krav

Lovens arvegangsregler utpeker arvinger og fordeler arveformuen mellom dem, som utgangspunkt i andeler av nettoverdiene.²³⁷ Legalarveretten innebærer en rett til andel av verdier, men gir i seg selv ingen direkte rett til bestemte eiendeler.²³⁸ Det gjenstandsmessige skifteoppgjøret, dvs reglene om en arvings rett til kreve en eiendel overtatt, solgt osv, reguleres ikke av arveloven, men av skifteloven. De gjenstandsmessige rettigheter etter skifteloven er avledet av de legalarverettigheter en arving er gitt i arveloven, dvs de er en lovbestemt følge av posisjonen som loddeier. Testamentsarverett kan derimot omfatte både verdimessige og gjenstandsmessige rettigheter. Arvelater kan i testament tilgodese testamentsarvingen med en andel, en bestemt sum eller en bestemt gjenstand. I tråd med oppdelingen i legalarv og

²³⁶ *Prp36* side 170-I.

²³⁷ Unntak gjelder for gjenlevende ektefelles minstearv, jf al § 6 første ledd.

²³⁸ Pliktdelsreglene begrenser også arvelaters rådighet til å disponere over gjenstander, men gir ikke i seg selv den enkelte livsarving noen rett til overtakelse av bestemte eiendeler. Se nærmere pkt 25.1.

testamentsarv som eksklusive og selvstendige arverettsgrunnlag, kan det konstateres at legalarv kun direkte omfatter rett til verdier, mens testamentsarv kan omfatte både verdier og gjenstander.

Som loddeier i dødsboet gis legalarvingen enkelte rettigheter i skifteloven som omfatter rett til å kreve overtakelse av en eiendel og som gir medbestemmelsesrett. Som det er redegjort for under kapittel 22, utgjør loddeierne eiersiden i dødsboet. Loddeierposisjonen omfatter samtlige legalarvinger fordi deres arverett er bestemt til en andel av arveformuen, men omfatter også den som i testament er tilgodesett med en andel av arveformuen, sl § 124 annet jf første ledd. En sum- eller gjenstandslegatar er i skifteloven ikke tillagt loddeierrettigheter.²³⁹

Jeg kommer i fortsettelsen til å skille mellom *arverettigheter* og *skifterettigheter*. Skillet har særlig betydning i forhold til forbudet i al § 44 om å avhende eller på annen måte disponere over ventet arv. Som blant annet redegjort for under kapitlene 45 og 46 rammes ikke forhåndsavtaler om selve skifteoppjøret eller om eiendeler arvingen måtte arve av al § 44, så fremt avtalen ikke berører posisjonen som arving.

Tilsvarende sontring gjøres mellom legalarverett og pliktdelsrett, slik at en fraskrivelse av pliktdelsbeskyttelse ikke anses som avkall på ventet arv, se nærmere kapittel 53.

Med arverettigheter menes rettigheter som direkte følger av arveloven, mens skifterettigheter er de rettigheter som følger av skifteloven. Det er imidlertid ikke reglens plassering i lovverket, men rettens materielle innhold, som er avgjørende for valg av betegnelser. Arverettigheter omfatter således først og fremst rett til legalarv.

Gjeldende lovgivning synliggjør skillet mellom arverettigheter og skifterettigheter gjennom reglens plassering. I *NOU 2007: 16 Ny skiftelovgivning* foreslår skiftelovutvalget å flytte de materielle skifterettigheter, dvs reglene om gjenstandssrettigheter,²⁴⁰ fra skifteloven til arveloven.²⁴¹ Forslaget er betegnet som en "lovteknisk reform", og er i det vesentligste begrunnet i hensiktsmessighetsbetraktninger, herunder ikke minste hensynet til brukerne av regelverket. Endringen innebærer ingen endringer i de rettssystematiske betraktninger jeg ovenfor har foretatt vedrørende arverettigheters og skifterettigheters ulike karakter, og omkring forholdet mellom dem.

²³⁹ I *NOU 2007: 16 Ny skiftelovgivning* er det foreslått at retten etter begjæring kan gi en legatar som har krav på en vesentlig del av boet status som loddeier, se lovforslaget § 1-6 (3), nærmere omtalt på side 108-109.

²⁴⁰ Det er bare arvingenes materielle gjenstandsrettigheter som flyttes til arveloven. De materielle regler om arvingenes ansvar for avdødes forpliktelser forblir i den nye dødsboskifteloven, se utkastet § 3-5.

²⁴¹ Tilsvarende oppdeling finnes til sammenligning også i den danske arvelov og dødsboskiftelov.

Skifterettighetene kan i grove trekk inndeles i materielle og formelle skifterettigheter. De *materielle skifterettigheter* omhandler på den ene side loddeiernes gjenstandsrettigheter, dvs rett til å kreve en eiendel overtatt eller solgt osv, og på den annen side dødsboets og arvingenes ansvar overfor avdødes kreditorer, herunder kreditorenes rett til å søke oppfyllelse i arvelaters etterlatte formue.²⁴² De *formelle skifterettigheter* omhandler arvingenes prosessuelle rettigheter og deres generelle medbestemmelsesrett, særlig under det offentlige skiftet.

Livsarvingenes rett til å angripe et pliktdelskrenkende testament, er også en arverettighet, som er gitt i arveloven til beskyttelse av retten til legalarv. Når derimot gjenlevendes rett til å overta tidligere felles bolig er beskyttet mot førstavdødes testamentariske disposisjoner, ligger denne beskyttelsen innbakt i ektefellenes materielle skifterettigheter.

Er en testamentsarving utpekt som loddeier, er også vedkommende tilgodesett med en arverettighet, selv om rettsgrunnlaget for arveretten ikke er lovens arvegangsregler. Arvelater har imidlertid gitt testamentsarvingen den samme rettighet som en legalarving.

Forhåndsavtale om arveoppgjør kan omfatte fordeling av både verdier og gjenstander. I tråd med skillet mellom arverettigheter og skifterettigheter, må det skilles mellom arveavtalene, hvor skifterettighetene er en legalfølge av arveretten, og de rene avtaler om skifterettigheter som kun gjelder gjenstandsrettigheter, og uten at man griper inn i den verdimessige fordelingen av arven. Dette vil typisk gjelde avtaler mellom arvingene om den faktiske gjennomføringen av skiftet.

Til sammenligning står arvingene fritt til under skiftet å avtale en hvilken som helst gjenstandsmessig fordeling, se eksempelvis sl § 61 annet ledd første punktum. Dette gjelder som utgangspunkt også ved offentlig skifte, se sl § 19. Slike avtaler forutsetter imidlertid at det ikke gripes (for mye) inn i den verdimessige fordelingen som følger av testament eller lovens arvegangsregler, idet slike avtaler (utover

²⁴² Jeg bruker her uttrykket materielle skifterettigheter i litt snevrere forstand enn hva som har vært vanlig. I bøkene *Materiell skifterett* behandlet Lødrup både det verdimessige og det gjenstandsmessige oppjøret mellom ektefeller ved skilsmisse og død, det gjenstandsmessige oppjøret ved dødsboskifte og uskiftereglene. Både for skifte mellom ektefeller og dødsboskifte finnes det regler om henholdsvis det verdimessige og det gjenstandsmessige oppjøret. Jeg bruker uttrykket materielle skifterettigheter utelukkende om det gjenstandsmessige oppjøret. Ved dødsboskifte regulerer verdidelingen av arverettslige regler, mens den ved skifte mellom ektefeller styres av reglene om ektefellers formuesordning.

justeringer for å få skifteoppgjøret til å gå opp) lett vil bli karakterisert som avslag på falt arv.

Ved skifte mellom ektefeller skilles det klart mellom forhåndsavtaler og avtaler inngått under skiftet (ad hoc-avtaler). Under skifteoppgjøret står ektefeller fritt til å inngå skifteavtaler av et hvilket som helst innhold, se el § 65, mens det oppstilles begrensninger for hva ektefellene kan forhåndsavtale, se el kap 9 og *Rt 2006 168*.²⁴³ Noe tilsvarende skille må gjelde også for dødsboskiftene. Regulering av den verdimessige fordelingen rammes som utgangspunkt av forbudet mot å avhende ventet arv i al § 44.

Som utgangspunkt vil disposisjoner over skifterettigheter som springer ut av posisjonen som arving, følge samme regler som arveretten selv. Arvingen kan gi avkall på sin rett, men ikke overdra den til andre, se nærmere Del 6. Arvingene kan i forhåndsskifteavtale fraskrive seg skifterettigheter – så lenge den verdimessige arvefordeling ikke berøres, men ikke overføre dem til andre, se pkt 45.²⁴⁴ Dessuten kan arvingene inngå tingsrettslige (betingede) avtaler som ikke berører deres posisjon som arvinger, se pkt 46.

Forholdet mellom tingsrettslige avtaler og lovgitte skifterettigheter kan ses på flere måter. For samboere oppstiller husfskl § 4 den regel at avtaler skal hensyntas i den rimelighetsvurdering loven legger opp til – hvilket innebærer en mild form for preseptivitet, se pkt 14.3.4. Tilsvarende må gjelde gjenlevende ektefelles skifterettigheter etter sl § 63, og reglene om gjenstandsoppgjøret ved skifte mellom ektefeller i el kap 13, se pkt 45.6. Derimot kan som nevnt en arvinges alminnelige skifterettigheter, herunder rett til naturalutlegg etter sl § 61, forhåndsfraskrives.

Et annet viktig skille må trekkes mellom arvekrav og kreditor krav. Ved siden av arvingene har også avdøde kreditorer krav på oppfyllelse i arvelateres etterlatte formue. Normalt er dette uproblematisk; kreditorene tar sitt og arvingene deler nettoarveformuen. Derimot kan det være behov for visse avklaringer i et grenseområde. Som vederlag for stell og pleie har eksempelvis arvelater opprettet et

²⁴³ Ekteskapsloven inneholder bare hjemler for forhåndsavtaler om den verdimessige deling, og det er uklart hva som gjelder for tingsrettslige avtaler om rett til eiendeler ved et fremtidig skifteoppgjør. Etter min mening må ektefellene ha full avtalefrihet, dog slik at de ikke kan avtale bort de lovfastsatte rettigheter i el kap 13. Tilsvarende må gjelde rettighetene etter sl § 63, se nærmere pkt 45.6. Slik er til sammenligning ordningen for samboere, se husfskl § 4.

²⁴⁴ Odels- eller åsetesarvingens naturalutleggsrett etter sl § 62 faller bort dersom arvingen har fraskrevet seg sin odels- eller åsetesrett. Fraskrivelse av odelsrett kan gjøres generelt, eller begrenses til løsningsretten ved en bestemt hendelse, herunder et skifteoppgjør, se odl § 25 annet punktum. Tilsvarende gjelder for åsetesretten. Verken åsetesrett eller odelsrett kan overføres til andre, se odl § 25 første punktum.

testament til fordel for pleieren, men som viser seg å være formuriktig eller pliktdelskrenkende.²⁴⁵ Dersom testamentarven anses som arbeidsvederlag vil testamentsarvingen endre status fra arving til kreditor. Ved siden av at pleieren derved går klar av arverettslige regler, vil han som kreditor få oppfyllellesprioritet foran arvingene. På den annen side kan kreditorkravet bortfalle gjennom preklusivt proklama, se sl kap 12.

På samme måte som ektefeller kan unngå arverettslige regler ved å overføre midler fra førstavdøde til gjenlevende ved avtaler om formuesordningen eller gjennom livsforsikringsavtaler, kan arvelater og hans avtalepart oppnå det samme ved generelt å gjøre testasjonen som en livsdisposisjon. Så fremt avtalen har livstidsrealitet for arvelater er det uten betydning at formålet er å fordele arv, se kapittel 24.

Et særlig spørsmål reises dersom avtalen både er en livsdisposisjonsavtale og oppfyller testamentsformkravene. Kan medkontrahenten velge hvilket rettsgrunnlag han vil gjøre gjeldende? Utelukker kravet til testasjonsvilje at en livsdisposisjonsavtale samtidig kan være et gyldig testament? Se nærmere om disse spørsmål i kapittel 34, særlig pkt 33.4.

²⁴⁵ Sammenlign *Rt 1963 540*.

3 Forholdet mellom avtalerettslige og arverettslige regler

31 Innledning

Avtaler om hvordan den avdødes etterlatte formue skal fordeles kan være svært ulikeartede. For de fleste disposisjoner er fellestrekket at oppfyllestidspunktet er fastsatt til arvelaters død, og at dette vanskelig kan tidfestes på forhånd. For enkelte disposisjoner var det ikke partenes mening å feste oppfyllelsen til arvefallet, men det som var ment som en livsdisposisjon blir likevel en dødsdisposisjon. Omvendt forekommer at det som var ment som en dødsdisposisjon, er en livsdisposisjon.

En viktig distinksjon går mellom posisjonen som henholdsvis arving eller kreditor. Dette skillet er som utgangspunkt sammenfallende med grensen mellom livs- og dødsdisposisjoner, men med flere unntak. Det kan også forekomme ”dobbeltsikring”, dvs at arvelaters medkontrahent kan bygge sitt krav både på testament og livsdisposisjonsavtale, se gjennomgang i kapittel 34. Felles for de avtaler arvelater er part i, er at han ikke personlig skal oppfylle sine forpliktelser etter avtalen, men at kravet må fremmes mot hans dødsbo. Foruten at de arverettslige regler griper inn i rettsforholdet mellom partene, vil også skiftereglene gripe inn i medkontrahentens rettslige og faktiske posisjon.

Særlige problemer kan dessuten oppstå hvor en arvefordelingsavtale er ledd i et større avtalekompleks, eksempelvis arvelaters opprettelse av arvepakt eller arvingens avkall på ventet arv avgitt mot vederlag. Et særlig spørsmål er eksempelvis i hvilken utstrekning arverettslig ugyldighet kan danne grunnlag for misligholdsbeføyelser mot dødsboet.

Arvefordelingsavtalene kjennetegnes videre ved at de ofte har et innslag av tredjemannsavtale og/eller flerpartsforhold. En arvings avkall på ventet arv er i realiteten et tredjemannsløfte overfor den som arver den frafalte arvelodd, men kan likevel ikke gis direkte til vedkommende. Det kan videre tenkes et trekantforhold hvor eksempelvis livsarvingen har gitt avkall på arv mot rimelig vederlag fra tredjemann, som arvelater til gjengjeld har tilgodesett i ugjenkallelig testament.

I det følgende skal jeg først se på det generelle og prinsipielle spørsmål om formuerettslige reglers anvendelse på avtalerettslige regler (kapittel 32). Formålet med denne gjennomgangen er ikke å avklare nødvendige rettsspørsmål, men å bygge opp et bakgrunnsbilde som er nødvendige for en helhetlig forståelse av spørsmål knyttet til arveavtaler, hvor tanker om eierbeføyelser og avtalefrihet skal blandes inn i et rettsområde som tradisjonelt i stor utstrekning har vært lovstyrt.

Deretter skal det redegjøres for hvordan arvefordelingsavtalen i seg selv kan inneholde et legalarverettsgrunnlag, en testasjon og/eller en kontraktsforpliktelse (kapittel 33). Heller ikke her skal konkrete rettsspørsmål løses, men det er det rettslige bakteppet som skal males. Jeg vil forsøke å tegne bildet gjennom å vise ulike problemstillinger og eksempler, fra ulike vinkler. Det vil nok derfor forekomme en del gjentakelser av ulike synsmåter. Dette er ikke direkte tilsiktet, men har vært vanskelig å unngå.

Videre skal det redegjøres for situasjonen hvor medkontrahenten kan bygge sitt krav mot dødsboet enten på kontrakt (livsdisposisjonsavtale) eller på testamentet, eller på begge deler (kapittel 34).

Deretter skal jeg se generelt på når manglende oppfyllelse som følge av arverettslig ugyldighet kan betraktes som kontraktuelt mislighold, slik at misligholdsbeføyelser kan gjøres gjeldende (kapittel 35) – eventuelt om det kan være grunnlag for et vanlig erstatningskrav (kapittel 36).

Endelig skal jeg kort gjennomgå ulike tvister knyttet til arvefordelingsavtaler som kan oppstå i arvelaters levetid (kapittel 37).

32 Formuerettslige reglers anvendelse på arvefordelingsavtaler

32.1 Arverettens plass i formueretten

32.1.1 Om ulike systematiske inndelinger og systematikkens betydning.

”Formueretten er læren om privatrettslige rettsforhold hvor økonomiske verdier og økonomiske hensyn er sentrale, en lære om de ytre goders rett.”²⁴⁶ Et arveoppgjør dreier seg direkte kun om fordeling av økonomiske verdier. Det handler ikke om personlige plikter til å foreta seg noe, som eksempelvis i et arbeidsforhold, eller til å tåle noe – utover at det offentlige tar sitt i form av avgifter og gebyrer.

Arveloven av 1854 brukte uttrykk som ”bortgi ved testament”, og i lovens innledende programerklæring oppgis ”gyldig Villieserklæring” som et arverettsgrunnlag alternativt til lovens fordelingsregler.

I hvilken utstrekning økonomiske hensyn er sentrale, kommer jeg tilbake til nedenfor. Det må imidlertid kunne konstateres at arveoppgjør ofte oppleves å handle om noe mer enn økonomi.

Innen jussen har det foregått et langvarig og kontinuerlig arbeid med å inndele rettsreglene i en hensiktsmessig systematikk. I dag erkjennes det stort sett at hva som er hensiktsmessig i én sammenheng, nødvendigvis ikke er det i andre. Betydningen varierer også i de ulike sammenhenger. Inndelingen synliggjøres ved systematisering av faginnstillingen ved de juridiske læresteder, og får betydning for hvordan eksempelvis en lærebok skal avgrenses og bygges opp. Holdningen i dag går stort sett ut på å finne konkret hensiktsmessige inndelinger og avgrensninger.²⁴⁷

Fra romerretten stammer hovedinndelingen i offentlig og privatrett, og hovedoppdeling av privatretten i obligasjonsrett og tingsrett svarende til skillet mellom de tinglige og de obligatoriske rettigheter. Samtidig som skillet mellom de to typer rettigheter har blitt vanskeligere å trekke, og har fått mindre betydning, har utviklingen medført behov for andre inndelinger. De ulike variasjoner av systematikk viser etter min mening ikke annet enn at hensiktsmessigheten ved de ulike oppdelinger varierer i

²⁴⁶ Hagstrøm, Obligasjonsretten side 25.

²⁴⁷ Se *Falkanger og Falkanger*, Tingsrett side 31, *Hagstrøm*, Obligasjonsretten 32-36 og *Hov*, Kontraktsrett I side 22-25.

de ulike sammenhenger. Illustrerende er avtaleretten, som – ved siden av å ha vært en egen rettsdisiplin – på mange måter også har vært på vandring innen de fleste andre tradisjonelle disipliner, og som i den senere tid også har fått sin plass innen offentlig rett. Som egen rettsdisiplin omhandler avtaleretten et særskilt stiftelsesgrunnlag for de fleste type forpliktelser; obligatoriske, tinglige, pengekrav, plikt til handlinger osv. For en nærmere fremstilling av ulike måter rettsdisiplinene har vært eller kan systematiseres på, vises det til den generelle litteraturen henvist til ovenfor.

Den nærmere systematisering innen formueretten har ingen særlig interesse for denne fremstillingen. I en fremstilling av avtaler om arvens fordeling har det derimot betydning at arveretten – på linje med familieretten og personretten – ikke er ansett som en del av formueretten. Arveretten anses følgelig å inneholde privatrettslige, men ikke formuesrettslige, rettsregler. En nærmere redegjørelse for hvilke begrunnelser som er anført for denne systematisering gis i pkt 32.1.2.

Den teoretiske og systematiske inndeling har i seg selv ikke avgjørende betydning. For den enkelte arvefordelingsavtale kan det derimot ha avgjørende betydning for ugyldighet og tolking i hvilken utstrekning avtalerettslige regler kommer til anvendelse. Fremstillingen tar derfor utgangspunkt i den lovfestede avgrensingsregel i avtl § 41, hvorefter loven bare gjelder på formuerettens område, se pkt 32.2.

For de ikke-arverettslige disposisjoner oppstår ikke disse lovanvendelsesspørsmål, men særlige spørsmål er knyttet til det forhold at avtalen skal oppfylles etter arvelaters død – og derfor av andre enn den som direkte har inngått avtalen.

For arvefordelingsavtalene er det strengt tatt ikke avgjørende hvorvidt forpliktelsen er stiftet ved avtale. Et avtalebasert kreditor krav mot dødsboet har i utgangspunktet samme stilling som et erstatningskrav som følge av arvelaters uaktsomme handling. Hertil kommer at for legalarveavtalene er selve avtalen bare et element i det lovbaserte rettsgrunnlaget for arvekravet. Det forhold at avtalen er et element i det lovfestede rettsgrunnlaget, ofte på linje med arvelaters handlinger, reiser egne spørsmål om anvendelsen av avtalerettslige regler på selve avtalen.

Det som særlig har betydning, er samspillet mellom avtalerettslige og arverettslige regler, og mellom de avtalerettslige og arverettslige elementer i rettsforholdet mellom avtalepartene. Både gyldighetsreglene og tolkingsreglene har dessuten betydning for det avtalebaserte kravets oppfyllelsesprioritet i dødsboet, nemlig som henholdsvis arvekrav eller kreditor krav.

For den helhetlige forståelse av de mange spørsmål som reises, har jeg funnet det hensiktsmessig å gi en redegjørelse for hvilke begrunnelser og overveielser som ligger bak standpunktet om at arveretten må holdes atskilt fra den alminnelige formuerett.

32.1.2 Begrunnelsene for de ulike synspunkter på arverettens plassering i rettssystemet

I det følgende vil jeg foreta en gjennomgang av de synspunkter – og særlig begrunnelser – som har vært gjort gjeldende de siste 150 år vedrørende spørsmålet om arverettens plassering i rettssystemet.

I tiden like etter vedtakelsen av arveloven av 1854 redegjorde *Hallager*²⁴⁸ for arverettens tradisjonelle utspring i tingsretten, dvs med arv som én av måtene for eiendomserverv, og hvor det er ”Penge og Gods” som er gjenstand for all arverett. Hvorvidt arv kan betegnes som en formuerettslig – og tingsrettslig – disiplin, var etter Hallagers mening avhengig av om man som utgangspunkt bygget på arvelaters frie testasjonsrett eller på slektskapet som grunnlag for arveretten. Han konkluderer med at en arverettslære med begge elementer bør holdes samlet som en egen disiplin.

”Arveretten eller Fremstillingen af de Retsforhold, der efter en Persons Død opstaa med Hensyn til hans efterladte Formue, har man hos os efter de Justinianeiske Institutioners Exempel behandlet i Tingsretten, idet man har opstillet Arv som en af de forskjellige Maader, hvorpaa Eiendom erhverves. Denne Plads er Læren om Arv ogsaa bleven anvist i de vigtigere fremmede Lovbøger fra den nyere Tid, saasom den franske og den østerrigske, og i sig selv er det av saa liden Vigtighed, hvor man henfører de Partier af Lovgivningen, hvormom her er Tale, at man gjerne, som hidtil har været brugt, kunde vedblive at sætte Arveretten i Forbindelse med de tinglige Rettigheder, og det saa meget mere som Gjenstanden for al Arv er Penge og Gods, saa at man altsaa her er inde paa Formuerettens Gebet. Imidlertid maa det erkjendes, at Arvingernes Ret til Arven kun høist uegentlig kan henregnes til de saakaldte tinglige Rettigheder, blandt hvilke den heller ikke nævnes i de romerske Retskilder, og altsaa forsaavidt ikke ganske hører hjemme i Tingsretten, medens der endnu mindre kan være Tale om at henføre Arveretten til Obligationsretten.

²⁴⁸ *Hallager*, Den Norske Arveret 1885 side 1-2. Det samme sies i første utgave av boken fra 1862. Hallager var medlem av komiteen som la frem innstilling til ny arvelov i 1851.

Naturligst synes ogsaa Arveretten at henhøre til Tings- eller Formuesretten i de Lovgivninger, hvor den paa Arveladerens Villie grundede Arveret, saaledes som hos Rommerne, betragtes som Regel, og Familiens Ret – Intestatarveretten – mere fremtræder som subsidær. Hos os derimod, hvor Slægtskabsarven stedse har været tænkt som den principale eller normale, og den testamentariske Arv selv efter den Udvikling, den efterhaanden har modtaget, egentlig kun danner en Indskrænkning i Familiens Ret, synes Arveretten mere at vise sig som en Familieret eller nærmere at staa i Forbindelse med de Partier af Lovgivningen, som afhandle Familieforholdene, idet Ret til Arv her fremtræder som en regulær Virkning af Ægteskab og Slægtskab eller viset sig som Udtrykket for disse Forhold i Formuens Sphære Mange af de Undersøgelser, som i Arveretten maa anstilles, saasom angaaende Beskaffenheden af de Familieforhold der begrunde Arv, Spørgsmaalet, hvorlangt Slægtskabets Virkning strækker sig, hviket Forhold Arvingerne staa til hverandre indbyrdes med Hensyn til Arven osv., ere derhos efter deres Væsen rent familieretlige. Forsaavidt det imidlertid i Betragtning heraf indrømmes, at idetmindste Reglerne om Slægtsarven have sin rette Plads i Familieretten, maa det vistnok erkjendes, at det vilde være uhensigtsmæssigt at behandle den øvrige Arveret afsondret derfra og paa et andet Sted.”

*Platou*²⁴⁹ tok utgangspunkt i at arveretten skaper en kontinuitet som er nødvendig for et ordnet samfunn, idet det vil være en umulighet å la alle formuesforhold bortfalle ved en persons død. Han viser videre til at arveretten er betegnet som den *suksessive formuerett*, hvor personene veksler, mens formuerettighetene er de bestandige.

Tingsrett og obligasjonsrett er derimot betegnet som den *samtidige formuerett*, dvs en formuerett inter vivos. Her knyttes formuerettighetene til den konkrete levende person. Denne systematikk fant Platou ikke helt treffende, også sett i forhold til et romerrettslig utgangspunkt med uinnskrenket testasjonsfrihet. Fra et germanskrettslig synspunkt, hvor slektsarveretten er det prinsipale, er det mer naturlig å skille ut som egne disipliner familieretten, personretten og arveretten – som styres av ”Normerne for Personen, ikke som enkelt Retssubjekt men som Led i Slægten”.

Om forholdet mellom formuerett og familierett hadde *Stang*²⁵⁰ til sammenligning følgende refleksjoner:

”I de eldste rettsforfatninger var der intet skille mellem formuerett og familierett. Man kan nesten si at familieretten helt var underkastet formuerettslige grunnsetninger. Mannen eide sin hustru og sine barn og kunde gjøre med dem hvad han vilde. Disse gamle forhold speiler sig ennu av i den romerske rett. Oprinnelig blev ekteskap stiftet ved *coemptio* (kjøp). Og mannen hadde *manus* over kone og barn; med den fulgte *ius vitae necisque* - han kunde drepe dem om han vilde. Hvad de erhvervet blev hans eiendom. Selve ordet familie minner om disse gamle forhold; det betyr oprinnelig en manns formue, men går over til å betegne hans pårørende. Disse trekk utviskes noget under den videre utvikling av den romerske rett. Ekteskapene uten *manus* blir almindelige,

²⁴⁹ *Platou*, Arveret 1910 side 1-2. Det samme sies i første utgave fra 1899.

²⁵⁰ *Stang*, Innledning til formueretten side 182-183.

husbarnenes stilling blir mindre avhengig, og på mange områder kommer en etisk betraktning av ekteskap og familieforhold frem og trenger den økonomiske tilbake. Grunnlaget blev imidlertid det gamle. Motsetningen mellom familierett og formuerett blev hos romerne aldri dyp.

Allerede hos de gamle germanske folk var dette anderledes; hos dem gjorde etisk moment sig tidlig gjeldende innenfor familieretten.

Da kristendommen blev en makt, løftet den ekteskapet høit op over alle formuerettslige forhold og forsøkte å gi det en rettslig form som svarer til dets dypt personlige innhold. Og denne utvikling har fortsatt sig. Familieretten er derved blitt en særpreget del av privatretten. Der følger oftest formuerettslige bestanddeler med den – formueforholdet mellom ektefellene må jo ordnes – men også de er blitt preget av det etiske grunnlag ekteskapet i nutiden bygger på. Også arveretten er trukket med og har fått en familierettslig farvning. Hvor slektsarven er den prinsipale, hvor pliktdelsrett er anerkjent, og hvor åsetesrett gjelder, ligger i virkeligheten arveretten nær op til familieretten. Det er tilfelle i Norge.

...

Mens således i familieretten og arveretten de personlige og etiske verdier er blitt stadig sterkere betonet – til en tid endog overbetonet – har i formueretten de rent økonomiske betraktninger trengt sig stadig lenger frem. Også her har en overbetoning funnet sted: med støtte i den romerske rett understreket den liberalistiske og kapitalistiske retning i forrige århundre stadig sterkere de materialistiske hensyn og gjorde dem til nær sagt enerådende i formueretten. Så langt gikk utviklingen at man, da den var nådd lengst frem, med full grunn kunde si at formueretten representerte den økonomiske egoismes prinsipp. Nu er der en tilbakegående bevegelse. Også i formueretten rykker de sociale hensyn inn, og de har alt tatt en bred plass; man krever altså at egoismen i hvert fall til en viss grad skal vike plassen for altruisme. Og man søker også innenfor formueretten å skape plass for andre verdier enn de materielle. Hvor langt denne tilbakegående bevegelse enn kommer til å gå, vil der imidlertid bli et varig og dypt skille mellom formuerett og familierett: formueretten er næringsveienes rett, familieretten omfatter de viktigste deler av det individuelle livs områder.”

Etter en gjennomgang av arverettens tilknytningspunkter med ulike fagdisipliner, konkluderer *Knoph*²⁵¹ med at arveretten må betraktes som en egen rettsdisiplin:

”Om arverettens naturlige plass i rettssystemet er meningene delt. Man er enig om at den - bortsett fra arveavgiftsreglene - hører hjemme etsteds i privatretten, men så hører også enigheten opp.

Enkelte forfattere ser arveretten som en gren av **familieretten** eller av **personretten** i videre forstand. De peker på at slektskap og ekteskap er en viktig arveadkomst, kanskje den viktigste vi har. Når imidlertid den annen halvdel av arveretten, den viljesbestemte arverett, ikke har noget med familie- eller slektskapsforhold å gjøre, faller det ikke naturlig å la familieretten sluke arveretten i dens helhet.

Et sundere grep synes det ved første øiekast å være at man tar arveretten som en del av **formueretten**, siden det er formuen som går i arv. Det særegne ved arveretten skulde da ligge i at den som «suksessiv formuerett» fulgte formuen i dens overgang fra slekt til slekt. Også denne systematikk viser sig imidlertid å være uheldig når den prøves nøiere, ja langt uheldigere enn om man trakk arveretten inn under familierettens område.

²⁵¹ *Knoph*, Norsk arverett 1959 side 2-3 (noter ikke gjengitt).

Det rår nemlig en annen ånd i formueretten – enn i arveretten. For riktignok er heller ikke moderne formueret fri for etiske, sociale og humanitære tanker; selv den typiske forretningsrett, obligasjonsretten, rummer mange regler som slett ikke er så kolde, hårde og følelseløse som formuerettens forskrifter tradisjonelt skal være. Allikevel er hevdelse av egeninteressen fremdeles formuerettens bærende prinsipp, do ut des er og blir dens motto, og, hensynet til omsetningslivets sikkerhet setter avgjørende preg nærsagt på alle dens regler. Under utformningen av arveretten – som av familieretten – spiller derimot familiehensyn, etiske og sociale betraktninger en dominerende rolle. Og selv når arvelateren optrer som rettshandels giver, er det ikke som forretningsmann han handler, men som den der uttaler sin siste vilje, ansikt til ansikt med døden.

Det er derfor ikke til å undres over at formuerettens regler ikke alltid passer på arverettens forhold. At f. eks. de regler om tolkning, viljesmangel, formfrihet etc. som er skapt med omsetningsrettshandler for øie, tildels er uanvendelige overfor arverettens viktigste rettshandel, testamentet, som ligger kontraktsretten så fjernt. Men når forholdet mellom formuerett og arverett er det at analogier og paralleller mellom dem gjennomgående er misvisende og må avvises, bør man også i systematisk henseende holde dem fra hverandre. Det skulde jo nemlig være det likeartede og beslektede som den gode systematikk førte sammen, til gjensidig forståelse og belysning.

Tilbake står da den mulighet å betrakte arveretten som en selvstendig del av privatretten, på linje med formuerett, personrett, familierett og åndsproduksjonens rett. Alene ved en slik systematikk får fremstillingen av arveretten det rette albuerum, uten å hemmes til nogen kant. Dette er da også den almindelige opfatning hos oss.”

Etter dette stilnet den generelle debatten omkring arverettens art og plassering blant de juridiske fagdisipliner opp, og Knophs konstatering av ”den almindelige opfatning hos oss”, synes å ha blitt stående.

Arnholm påpeker riktignok at arveretten bare ”angår de formuerettslige forhold”,²⁵² men dette sikter kun til at det bare formuesrettigheter er gjenstand for arv. I avtalerettslige fremstillinger synes *Arnholm* å bygge på at arveretten ikke er en del av formueretten, men viser på den annen side til at det gir ”et dypere perspektiv at man også tar et visst hensyn til de tilsvarende disposisjoner på arverettens og familierettens felt”, og at fremstillingen av de ensomme disposisjoner ”ville bli fattig om man skulle se bort fra den praktisk viktigste av dem, nemlig testamentet, fordi det ikke hører hjemme i formueretten”.²⁵³

Når debatten stilnet skyldtes dette neppe at problemstillingen ikke lenger var aktuell. Som fremstillingen nedenfor viser er vel den alminnelige oppfatning hos oss i dag at avtaleloven ikke kommer direkte til anvendelse i arverettslige spørsmål, men at enkelte av dens bestemmelser kan anvendes analogisk. Den generelle – og systematiske debatten – har stilnet, men i stedet finnes flere konkretiserte drøftelser om avtalelovens anvendelse i arverettslige spørsmål, herunder særlig ugyldighetsregler og revisjonsregler. Disse gjennomgås nærmere nedenfor.

²⁵² *Arnholm*, Privatrett V side 1 og *Arnholm*, Arveretten side 1.

32.1.3 Bør arveretten i dag karakteriseres som et formuerettslig fag?

Foruten de mer systematisk begrunnede synspunkter, eksempelvis distinksjonen mellom den suksessive og den samtidige formuerett, synes hovedvekten av begrunnelsene for skillet mellom arverett og formuerett å ha vært lagt på de særlige hensyn som gjorde seg gjeldende i arveretten. Skal man forsøke å se – eller skape – en kontinuitet i de ulike synspunkter og deres begrunnelser, kan man ta utgangspunkt i Knophs erkjennelse, sitert ovenfor, av at ”heller ikke moderne formueret [er] fri for etiske, sociale og humanitære tanker”, og at den ”rummer mange regler som slett ikke er så kolde, hårde og følelseløse som formuerettens forskrifter tradisjonelt skal være”. På de snart åtti år²⁵⁴ som har gått siden denne uttalelsen ble formulert, har formueretten, og særlig avtaleretten, utviklet seg enda lenger i den retning Knoph beskrev. Forbrukerlovgivningen og avtl § 36 er sentrale eksempler.²⁵⁵

Det som fortsatt kan tale for å anse arveretten som en selvstendig del av privatretten, er ikke bare at ”familiehensyn, etiske og sociale betraktninger [spiller] en dominerende rolle”, men kanskje mest at norsk arverett er tuftet på en dyptsittende rettsfølelse om at arvelater har begrenset rådighet over sin etterlatte formue, og at det krever en særskilt begrunnelse for å gripe inn i de etterlattes – og særlig livsarvingers – legalrettigheter, enten det skjer ved testament eller på annen måte. Likeledes står likhetstanken fortsatt meget sterkt. Derfor anses avkortingspåbud berettiget, mens testasjoner til fordel for gjenlevende samboer lett blir oppfattet som et svik mot barna.

Det er vist til at når arvelater disponerer over arven ”er det ikke som forretningsmann han handler, men som den der uttaler sin siste vilje, ansikt til ansikt med døden”, slik Knoph uttrykte det. Når det i dag inngås forhåndsavtaler med sikte på generasjonsskifte i bedrifter, opptrer arvelater først og fremst som forretningskvinne eller -mann. Også ellers når det inngås forhåndsavtaler mellom arvelater og arvinger, samboer, ektefelle, deres samlivsbrudd osv, er også dødsperspektivet mindre. Riktignok er det arvelaters død som er både foranledningen til og krumtappen i forhandlingene, men viktigere er fokuset på de gjenlevendes fortsatte liv. Som nevnt innledningsvis er ikke avtaleformen bare noe som må brukes

²⁵³ *Arnholm*, Privatrett II side 2 og *Arnholm*, Lærebok i avtalerett side 2.

²⁵⁴ Første utgave av *Knoph*, Norsk arverett ble utgitt i 1930.

hvor arvelater ønsker enn annen fordeling av sin etterlatte formue enn lovens arvetavle og testamentsregler leder til, men det gjøres ofte for å unngå fremtidige tvister og konflikter, og derved bedre de gjenlevendes livskvalitet.

Hvorvidt det er forestillingen om arvelaters begrensede rådighet over arvets fordeling som har påvirket oppfatningen av arveretten som en ikke-formuerettslig disiplin – eller om det er omvendt, får lett preg av diskusjonen om høna og egget. Etter min mening har det skjedd en vekselvirkning. Den manglende rådighet, den sterke beskyttelse av slektens legalarverett osv, er utvilsomt en del av begrunnelsen for å betegne arveretten som ikke-formuerettslig. På den annen side har dette standpunktet som en opplest og vedtatt sannhet i mange sammenhenger ført til at de formuerettslige elementer i arveretten er blitt oversett. Både i teori og rettspraksis finnes det eksempler på at man uten drøftelser eller begrunnelser konstaterer at formuerettslige regler ikke kommer til anvendelse på arverettslige spørsmål.

Som det fremgår av gjennomgangen ovenfor, kunne det vært grunn til å skille systematisk mellom lovens arvegangsregler og arvelaters egne bestemmelser. En slik avgrensning er det imidlertid vanskelig å foreta.²⁵⁶ Rettsgrunnlaget for legalarverett er lovbasert, men kan likevel inneholde elementer av avtale. For testamentsavtaler gjelder at selve arverettsgrunnlaget finnes i testamentet, men at dets gyldighet og tolking kan bero på en avtale knyttet til testasjonen. I stedet for et absolutt systematisk skille, er det derfor mer hensiktsmessig med en differensiering, slik at avtalerettslige regler og prinsipper anvendes så langt de passer.

²⁵⁵ Se eksempelvis også *Hov*, Kontraktsrett I side 180-181 om utviklingslinjer i ugyldighetslæren.

²⁵⁶ I den noe tilsvarende diskusjon om ekteskapsrettens forhold til formueretten, har man til sammenligning skilt ut avtaler om ekteskapets inngåelse eller oppløsning og om forholdet til barna, avtaler om økonomiske forhold som omhandler partenes posisjoner som ektefeller og avtaler om økonomiske forhold som ikke berøres av deres posisjon som ektefeller. Se nærmere *Bull*, Avtaler side 193-199. Tilsvarende skiller for dansk retts vedkommende *Linda Nielsen*, Skilsmisseret, København 2008, side 263-265 mellom de selvforklarende begreper familierettslige, formuerettslige og familieformuerettslige avtaler. Alminnelige formuerettslige avtaler er de "som ikke er knyttet til parternes ægtefællerelasjoner" (side 264). Sondringen mellom alminnelige formuerettslige og familieformuerettslige avtaler mellom ektefellene som prinsipielt ulike typer av avtaler, er etter min mening ikke heldig. Inngåelsen av ekteskap innebærer riktignok tilslutning til en inngripende økonomisk ordning – en slags standardavtale. Jeg kan imidlertid ikke se den *prinsipielle* forskjell mellom avtaler som regulerer ektefellenes økonomiske posisjon som ektefeller og alminnelige formuerettslige avtaler. Forskjellen er bare at for enkelte områder har lovgiver begrenset avtalefriheten. Noen endring av avtalenes karakter medfører strengt tatt ikke dette. Grunnet ufravikelige lovregler kombinert med ensidig fastsatte standardvilkår, inneholder en forsikringsavtale mindre reell avtalefrihet enn ektefeller har vedrørende utformingen av formuesordningen, men uten at noen reiser spørsmålet om anvendelsen av alminnelige avtalerettslige regler eller om avtalefrihetens prinsipp gjelder.

Min mening er at arveretten bør beskrives som en formuerettslig rettsdisiplin med omfattende innslag av ufravikelig lovregulering. Alminnelige avtalerettslige regler og prinsipper kommer til anvendelse så langt de passer. For legalarveavtalene betyr dette at avtalerettslige regler i utgangspunktet kommer direkte til anvendelse, dog slik at avtalefriheten er begrenset gjennom arvelovens materielle ufravikelige bestemmelser. For disse avtaler oppstiller arveloven ingen formkrav, men loven er styrende for hva som kan avtales og mellom hvem. For testamentariske disposisjoner er det lite rom for alminnelige avtalerettslige regler, bortsett fra i de tilfeller hvor loven selv åpner for testamentariske disposisjoner i kombinasjon med avtaler, eksempelvis arvepakter og samtykke til pliktdelskrenkende testament.

I tillegg til de avtaler som er omhandlet og/eller regulert i arveloven, er det intet i veien for at arverettslige disposisjoner inngår som elementer i et større avtalekompleks.

Enten det gjelder avtaler regulert i arveloven eller avtaler som innbefatter arverettslige disposisjoner, vil den viktigste rettesnor være at de alminnelige avtalerettslige regler gjelder så langt de passer, og at det ved anvendelsen av dem må hensyntas de særlige forhold man står overfor i arvesammenheng. Omvendt vil man også ved anvendelsen av de arverettslige regler ofte måtte hensynta de avtalerettslige elementene i en arverettslig disposisjon.

Disse problemstillinger er ikke bare knyttet til fordeling av arv, men gjelder ganske tilsvarende for ektefellers økonomiske avtaler. Likeledes kan en illustrerende sammenligning trekkes til forsikringsretten, hvor mange av problemstillingene er sammenfallende, men hvor utviklingen har vært den motsatte. Fra et klart formuerettslig utgangspunkt med avtalefrihet som et sentralt prinsipp, har utviklingen gått i retning av stadig mer offentlig regulering. I gjeldende forsikringsavtalelov er ufravikelighet utgangspunktet, se fal § 1-3 og § 10-3. Med lovstyring av avtalens innhold, kombinert med et dominerende innslag av ensidig fastsatte standardvilkår, blir det lite igjen av den frie avtale. Hertil kommer offentlig kontroll av selve forsikringsvirksomheten, herunder kontroll av vilkårenes utforming,²⁵⁷

²⁵⁷ Se eksempelvis forsikringsvirksomhetsloven § 6-7 om vilkårskontroll.

Arveretten dreier seg i realiteten om eierskifter og fordeling av en privat formue. Nærmere formueretten kommer man vel egentlig ikke. Det forhold at en rekke særlige hensyn gjør seg gjeldende, herunder tradisjoner og følelser, er ikke tilstrekkelig til å forlate det formuerettslige utgangspunkt. Tilsvarene gjelder til sammenligning for de økonomiske forhold mellom ektefeller som omfattes av ekteskapsloven del II.²⁵⁸ Spørsmålene som oppstår involverer ofte sterke følelser, men de forhold som ofte tilsier offentlig regulering av privatrettslige forhold, samfunnsinteresser og stor ulikhet i styrkeforholdet mellom partene, foreligger ikke.

Generelt kan det også være grunn til å være tilbakeholdende med offentlig regulering av forhold som kan være så følelseladete. Er det politiske og juridiske betraktninger som styrer lovgiverne, eller er det sine egne følelser knyttet til slektsforhold (eller ekteskap og barn)? I arvelovens forarbeider vises det ofte til den alminnelige rettsfølelse. Arverett er vel et område hvor det er vanskelig å skille rettsfølelsen fra andre følelser, herunder følelser omkring rettferdighet i familieforhold. Det er nærliggende å gjenta *Arnholms* påpekninger om sammenblanding av slektsfølelsen og slektens følelser.²⁵⁹ Tilsvarende er det vel lett å blande rettsfølelsen med personlige følelser.

32.2 Avtalelovens avgrensning til formuerettens område

32.2.1 Innledning

Avtaleloven gjelder ”bare paa formuerettens omraade”, se avtl § 41. Når det konkret skal avgjøres hva rettsregelen på det aktuelle rettsområdet er, eller hvordan rettsforholdet mellom partene er, må det foretas en konkret lovtolkning. Sentrale spørsmål er for det første om begrensningen direkte bare gjelder avtalelovens bestemmelser, eller også generelle avtalerettslige og formuerettslige regler og prinsipper. For det annet er det et vanlig lovtolkingsspørsmål om bestemmelsen er

²⁵⁸ Annerledes selvfølgelig vedrørende ”avtaler” om ekteskapets inngåelse og oppløsning, forholdet til barna ved samlivsbrudd osv.

²⁵⁹ ”Det man blir stillet overfor i arvesaker under navn av slektsfølelse, er undertiden av en vesentlig annen type. Den synes å ha en viss vulkansk karakter. I lange perioder gir den seg ingen synbare utslag, og en overfladisk iakttagelse kunne tro at ilden var slukket. Men han tar feil: Gløden er der – latent; og når utbruddet en gang kommer, blir det desto voldsommere. Disse utbrudd pleier å inntreffe når et medlem av slekten er død og etterlater seg midler.” *Arnholm*, Arveretten side 53.

ment å knytte seg til hva man til en hver tid mener med formuerettens område, eller til hva som den gang var gjeldende oppfatning – eventuelt hva som den gang var lovgivers oppfatning.

Som jeg kommer tilbake til, er sontringen innenfor eller utenfor formuerettens område ikke egnet til å avklare de spørsmål som her reises, og burde vært erstattet av en regel om at avtaleloven og avtalerettslige regler og prinsipper gjaldt så langt de passer på andre forpliktelser inngått ved avtale. Dette gjelder så vel avtaler om testasjonskompetanse eller fordeling av legalarv, som utbyggingsavtaler eller avtaler om klimagassutslipp.

Det fremgår av avtalelovens forarbeider at man var klar over at uttrykket formuerettens område ikke ga noen skarp avgrensning. Det var heller ikke meningen å gjøre skarpe avgrensninger. Avtaleloven var på de fleste felter en kodifikasjon av praksis i forretningslivet, og derfor kunne den ikke uten videre anvendes direkte på andre forhold. Dette er eksempelvis sagt hva angår familierettslige og avtalerettslige avtaler.

Ovenfor er det foretatt en historisk gjennomgang av de ulike syn på forholdet mellom arveretten og formueretten. Som jeg straks kommer nærmere tilbake til, åpner avtalelovens forarbeider for analogisk anvendelse av avtalerettslige regler i arveforhold, og dessuten for at enkelte bestemmelser kan anvendes direkte i det vi kan kalle arverelaterte avtaler.

Selve lovteksten er ganske absolutt formulert; loven gjelder *bare* på formuerettens område. Tilsynelatende gir således ordlyden ingen invitasjoner til utvidende tolking eller analogisk anvendelse. Det fremgår likevel klart av forarbeidene at bestemmelsen ikke kan forstås slik. Skal begrunnelsen knyttes til ordlyden, må det være ved at uttrykket formuerettens område ikke er skarpt avgrenset.

Etter en gjennomgang av forarbeidene – se nedenfor – blir den enkle konklusjonen at bestemmelser i avtaleloven vil kunne anvendes direkte på deler av arveretten, anvendes analogisk på andre og at den på atter andre områder overhodet ikke passer.

I det følgende skal jeg foreta en gjennomgang av forarbeider, rettspraksis og teori for å forsøke å gi en nærmere avklaring eller presisering av hvilke avtalerettslige regler som kan anvendes på de ulike deler av arveretten.

32.2.2 Bakgrunn og forarbeider

Avgrensingsbestemmelsen i avtl § 41 ble foreslått tatt inn av departementet, under henvisning til at det fra komiteens side hadde ”været tanken, at de foreslaede lovregler direkte alene skulde faa anvendelse paa formuerettens omraade”. Denne begrensning kom i komiteutkastet imidlertid bare til uttrykk i dens tittel, ”lov om avtaler og andre retshandler paa formuerettens omraade”.²⁶⁰ Departementet fant det lovteknisk mest heldig at en slik begrensning fremgikk av lovens innhold. Dessuten ble en slik presisering enda mer påkrevet, ettersom også lovens tittel ble foreslått endret til slik den lyder i dag – lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer.²⁶¹ Hva begrensningen til formuerettens område innebar, ble ikke nærmere drøftet. Departementet erkjente at uttrykket formuerettens område var upresist, men antok det ikke ville skape vanskeligheter i praksis.²⁶²

Av de delegertes alminnelige motiver, synes det som om denne avgrensningen først og fremst har preg av et forbehold om at loven ikke bestandig vil passe i andre sammenhenger. Derfor holdt man døren åpen for analogisk anvendelse:

”Utkastet omhandler, som dets tittel viser, bare **formueretslige** retshandler. Utenfor falder saaledes testamenter, arvepakter og egtepakter. Aabenbart er det imidlertid, at enkelte av utkastets regler kan anvendes analogisk paa disse retshandler, saaledes §§ 29 og 30, § 31 og § 32. Utenfor utkastet falder endvidere familieretslige og statsrettslige retshandler; ogsaa overfor dem vil der imidlertid kunne bli spørsmål om at anvende utkastets regler analogisk.”²⁶³

Det ble imidlertid videre presisert at loven skulle gis et vidt anvendelsesområde:

”Paa den anden side omfatter utkastet, hvor ikke andet følger av dets ord, **alle formueretslige** (tinglige og obligatoriske) **retshandler**, ikke bare dem som gaar ut paa at stifte en ret, men ogsaa dem, som gaar ut paa at overdrage en ret eller bringe den til ophør. Det omfatter altsaa ikke bare løfter og tilbud, men ogsaa paabud (f. eks. opsigelser).”²⁶⁴

²⁶⁰ Ot prp nr 63 (1917) side 3-II.

²⁶¹ Begrunnelsen for endringen av tittelen var i det vesentligste at den første betegnelse ble ansett ”noget misvisende, idet den peker hen paa et langt videre omraade end det utkastet i virkeligheten omhandler. Utkastet ... gir alene en del spredte regler om enkelte forhold vedrørende dette emnet, nemlig om avslutning av avtaler, om virkningerne av og tilbakekaldelse av fuldmagt og om visse omstændigheter, som gjør en viljeserklæring helt eller delvis ugyldig.” Ot prp nr 63 (1917) side 3-I.

²⁶² ”Departementet skal bemerke, at der mot uttrykket ’paa formuerettens omraade’ visstnok kan gjøres den indvending, at det er et teoretisk uttryk, som ikke-jurister vil ha vanskelig for helt ut at forstaa. Efter departementets opfatning er det imidlertid vanskelig at finde noget tydeligere uttryk, og efter arten av de regler det her gjælder tror man heller ikke at den nævnte uttryksmaate her vil gi anledning til praktiske vanskeligheter.” Ot prp nr 63 (1917) side 3-II.

²⁶³ Avtalelovkomiteen 1914, side 20-21.

²⁶⁴ Avtalelovkomiteen 1914, side 21.

Verken de norske delegerte eller departementet ga noen nærmere eller konkretisert begrunnelse for *hvorfor* loven bare skulle gjelde direkte på formuerettens område – utover at den ikke ville passe like godt på andre områder, og spørsmålet ble ikke tatt opp av Justiskomiteen. Begrunnelsen ligger etter min mening i at avtaleloven i det vesentlige var en kodifisering av ”hvad der hittil er gjældende uskreven ret hos os ... bygget paa sedvane inden forretningslivet, videnskabelig lære og retsavgjørelser”.²⁶⁵ Når uskreven rett på et slikt ulikeartet område skal kodifiseres, er det bare generelle regler som passer i de fleste tilfeller som kan tas inn i loven.²⁶⁶

Dette synes å være i samsvar med de argumenter som senere ble fremført mot for vidtgående analogisk anvendelse av avtl § 36 på blant annet familie- og arverettens område: ”Det er store praktiske forskjeller på disse ulike rettsområdene, og hensynene bak regelen tilsier at den ikke blir gitt vidtgående, analogisk virkning.”²⁶⁷

Fordi lovforslaget bygget på sedvanedannelser i forretningslivet, er det naturlig at reglene ikke uten videre – og i alle fall ikke *direkte* – kan anvendes på mer spesielle avtaler innenfor familie- og arveretten, hvor som nevnt de forretningsmessige hensyn står mer i bakgrunnen.

Forarbeidene synes etter dette ikke å gi noen skarp avgrensning av når – og i tilfelle hvor langt – avtalelovens generelle regler kan anvendes på avtaler om arv. Det eneste konkrete som sies er at det avgrenses mot testamenter, arvepakter og ektepakter. Samtidig fant man det åpenbart at loven kunne anvendes analogisk på slike avtaler. At det avgrenses mot testamenter er vel ikke overraskende, selv om begrunnelsen etter min mening er noe annet enn at det ikke dreier seg om en formuerettslig disposisjon. For arvepakter er det i forarbeidene til avtl § 36 uttrykkelig forutsatt at denne får anvendelse på arvepakter, se nærmere pkt 32.3.²⁶⁸

32.2.3 Rettspraksis

Forarbeidene trekker som nevnt ingen skarpe skiller, slik at man kunne tenkt seg at disse skulle trekkes nærmere opp gjennom rettspraksis og teori. Det som først og fremst kan trekkes ut av rettspraksis, er at retten vurderer om det konkret avtalte

²⁶⁵ Indst O IX (1918) side 1.

²⁶⁶ ”Disse er utformet av retslivet selv under hensyn til hvad der i hvert enkelt tilfælde ansees rigtig og stemmende med tidens krav. Ved en kodifikation kan man kun naa at stadfeste visse hovedregler.” Indst O IX (1918) side 1.

²⁶⁷ Innst O nr 31 (1982-83) side 1-II og side 3-I.

forholdet har mest arverettslig eller avtalerettslig karakter – hvilket er i tråd med forarbeidenes utgangspunkter. En gjennomgang av rettspraksis om anvendelsen av avtalerettslige regler, særlig avtl § 33 og § 36 i arverettssaker gir ingen fastere retningslinjer enn dette.²⁶⁹

32.2.4 Nyere juridisk teori

Av nyere juridisk teori kan man heller ikke utlede andre standpunkter eller synspunkter i avtalelovens forarbeider og i rettspraksis som det er vist til ovenfor.²⁷⁰

Giertsen tar som utgangspunkt at avtaler innenfor familierett, arverett og personrett ”dekkes ikke direkte av arveloven”, og eksemplifiserer dette blant annet til ”ektepakter, ... samtykke til uskifte, avkall på arv og andre disposisjoner innen familie- og arveretten”.²⁷¹

Woxholth synes å innta et annet standpunkt hva gjelder avtl § 36:

”Grensen mot arverettslige disposisjoner er lettere å trekke. For livsdisposisjoner vil § 36 gjelde, men ikke for dødsdisposisjoner. Den vil derimot få anvendelse på kontraktsrettslige forpliktelser en arvelater eller arving påtar seg i forbindelse med en arvepakt. Tilsvarende gjelder for forpliktelser en arving påtar seg ved avkall på arv.”²⁷²

32.3 Særlig om avtaleloven § 36

I forarbeidene til avtl § 36 ble dens anvendelsesområde relativt grundig drøftet.

Generelt skulle lempingsregelen – i likhet med resten av avtaleloven – bare få direkte anvendelse på formuerettens område. Det var imidlertid klart forutsatt at bestemmelsen kunne anvendes analogisk på ”tilgrensende rettsområder” som

²⁶⁸ NOU 1979: 32 side 44.

²⁶⁹ Følgende dommer tar opp eller berører spørsmålet om avtalerettslige reglers anvendelse i arvesaker, herunder også enkelte i rene skiftespørsmål: Rt 2003 521, Rt 1997 1445, Rt 1995 996 (LG 1992 130), Rt 1993 1474, Rt 1992 374, Rt 1991 1414, Rt 1989 1215, Rt 1982 948, Rt 1982 149, Rt 1967 726, Rt 1966 292, Rt 1966 1023, Rt 1965 501, Rt 1965 433, Rt 1963 917, Rt 1960 26, Rt 1958 1122, Rt 1948 735, RG 2001 432 Gulating, RG 2001 196 Hålogaland, RG 1999 1403 Gulating, RG 1998 1512 Eidsivating, RG 1997 1641 Borgarting, RG 1994 581 Drammen, RG 1994 1273 Oslo, RG 1986 28 Dalane, RG 1985 746 Hålogaland, RG 1983 1047 Halden, RG 1983 1021 Eidsivating, RG 1981 1 Trondheim, LH 2005 114338, LH 2003 588, LG 1992 146, LG 1992 146, LF 2004 3378, LF 2004 3378, LE 1999 43, LE 1998 694, LE 1991 71, LE 1990 235, LE 1989 139, LE 1986 539, LE 1986 431, LB 2004 08209, LB 2003 13065, LB 2001 1709, LB 2000 842, LB 2000 2738, LB 1998 641, LB 1997 1686, LB 1996 1265, LB 1995 2110, LA 2002 1206 og LA 1992 796.

²⁷⁰ Av arverettslige fremstillinger vises det til *Lødrup*, Arverett side 210 (§ 17 IV), side 278 (§ 26 II 3), side 354 (§ 31 IV 2), side 361 (§ 32 I) og side 367 (§ 32 V) og *Hambro*, Arveloven side 65 jfr også side 387, samt *Giertsen*, Generasjonsskifte side 213-227. Av avtalerettslige fremstillinger vises det til *Hov*, Kontraktsrett I side 25-26, samt side 269-270, *Huser*, Avtalesensur side 30, *Krüger*, Norsk kontraktsrett side 413 og *Woxholth*, Avtalerett side 37-38 om familierettslige avtaler og side 349 om anvendelsen av avtl § 36 på arveavtaler, samt *Arnholm*, Alminnelig avtalerett side 109. Se også *Lødrup* og *Sverdrup*, Familieretten § 13 og § 24, side 166-198 og 313-327 om de tilsvarende ekteskapsrettslige spørsmål.

²⁷¹ *Giertsen*, Avtaler side 10 og side 195.

²⁷² *Woxholth*, Avtalerett side 349

eksempelvis familierettslige og arverettslige avtaler.²⁷³ Det ble vist til at begrepet formuerett ”nyttes i en tradisjonell inndeling av vårt rettssystem” hvor det ”avgrenses på den ene side mot den offentlig rett og på den annen side mot familie-, arve- og personretten”.²⁷⁴ Det ble imidlertid også pekt på at avgrensningen ”av begrepet ’formuerett’ er for øvrig ikke uten videre er klar og entydig”, slik at det var nødvendig å gå noe nærmere inn på lempingsregelens anvendelse i grenselandet mellom formueretten og tilgrensende rettsområder.²⁷⁵

Komiteen foretok en gjennomgang av ulike arverettslige disposisjoner med avtalepreg, samt enkelte regler i arveloven som gir rom for lemping:

”På det **arverettslige** området er avtaler og de avtalelignende disposisjoner særmerket ved at de har til formål å regulere arvets fordeling etter arvelaterens død. Ofte kan det oppstå tvil om hvorvidt en disposisjon er en ’dødsdisposisjon’ eller en ’livsdisposisjon’. For de såkalte ’livsdisposisjoner’ vil de alminnelige formuerettslige regler gjelde. Men også ’dødsdisposisjonene’ har stor likhet med formuerettslige gavedisposisjoner og avtaler. Dette gjelder f. eks. testamenter (lov om arv m.m. av 3. mars 1972 nr. 5 § 48 flg.), gjensidige testamenter (arvelovens § 49, tredje ledd), arvepakter og avtale om arv²⁷⁶ (arvelovens § 56). Arveloven har ingen regel som innebærer at slike disposisjoner kan tilsidesettes eller endres dersom de p.g.a. innholdet finnes å være urimelige. I arvelovens § 57 annet ledd finnes det imidlertid en regel som tar sikte på endrede forhold:

’Vidare fell ein testamentarisk disposisjon bort når det på grunn av tilhøve som seinare er komne til, er tvillaust at han ikkje skal gjelde.’

I Arvelovkomiteens motiver heter det om denne bestemmelse (side 220-221):

’Komiteen har tatt med bestemmelsen særlig med sikte på tilfelle hvor forholdene endrer seg så radikalt etter at testamentet er opprettet, at det er åpenbart at man ikke ville realisere arvelaterens ønske om man opprettholdt testamentet. Et praktisk viktig tilfelle er særlig behandlet i utk. § 65 nr. 3 (lovens § 66 nr. 3), men også ellers kan det være tilfeller hvor testasjonen bør falle bort p.g.a. etterfølgende omstendigheter, og hvor man vanskelig kan nå det samme resultat ut fra almindelig tolknings- og forutsetningsregler.’

For testamentariske disposisjoner gjelder ellers normalt at testator har full adgang til å tilbakekalle eller endre testamentet etter reglene i arvelovens § 57 og kap.

²⁷³ Se NOU 1979: 32 side 42-II: ”Også grensen mellom formuerett og **familie- og arverett** kan være problematisk. I likhet med det som har vært antatt i relasjon til avtalelovens ugyldighetsregler antar en imidlertid at også på dette felt må en formuerettslig generalklausul i stor utstrekning kunne gis analogisk anvendelse.” Se også side 42-II jf side 8-II. Se videre Ot prp nr 5 (1982-83) side 16: ”Man er således enig i at den generelle lempingsregel bør begrenses til direkte bare å gjelde på formuerettens område, med forutsetning om en viss analogisk anvendelse på tilgrensende rettsområder”.

²⁷⁴ Ot prp nr 5 (1982-83) side 16-I.

²⁷⁵ Ot prp nr 5 (1982-83) side 16-II. Det samme påpekes også av *Arnholm*, Alminnelig avtalerett side 109.

²⁷⁶ Det er interessant å konstatere, men umulig å forstå betydningen av, at komiteen oppgir at § 56 som henvisningen både til arvepakter og avtaler om arv, og slik sett synes å foreta en sammenstilling. Reglene i al kap VI om avtaler omtales selvstendig lenger ned i referatet.

VIII. Et eventuelt behov for en særskilt hjemmel for helt eller delvis å tilsidesette eller lempe testamentets innhold oppstår derfor ikke før etter testators død. Dette vil selvsagt prege revisjonsadgangen. Under disse forhold bør generalklausulen ikke anvendes analogisk, men § 57 annet ledd regulerer forholdet alene.

Gjensidige testamenter har til en viss grad preg av avtaleforhold, idet innholdet går ut på at to personer testamenterer til fordel for hverandre. Også et gjensidig testament kan testator fritt tilbakekalle eller endre så lenge ingen av partene er døde, jfr. arvelovens § 57 tredje ledd. Etter førsteavdødes død står gjenlevende videre fritt til å tiltre arven. Benytter vedkommende seg ikke av testamentet, er han - hvis arvepakt ikke foreligger - ubundet også av sin egen testasjon. Behovet for lempning oppstår derfor først etter at gjenlevende har tiltrådt arven etter først avdøde og således også bundet seg selv. Også i dette tilfellet bør en ved eventuelle urimeligheter innskrenke seg til å anvende muligheten til å fortolke testamentet slik at urimeligheten faller bort eller anvende regelen i arvelovens § 57 annet ledd.

En **arvepakt** er et testament som testator har bundet seg til ikke å tilbakekalle eller endre, eller en disposisjon der testator gir avkall på sin testasjonsfrihet, jfr. arvelovens § 56 der det heter:

’Testator kan med arvepakt binde seg til ikkje å gjere, endre eller tilbakekalle testamentet.’

Det dreier seg her om en kontraktmessig forpliktelse av økonomisk innhold, som arvelateren påtar seg. Arvelateren må her kunne påberope seg generalklausulen som grunnlag for å fragå forpliktelsen, slik han for øvrig også vil kunne påberope seg de eksisterende avtalerettslige ugyldighetsregler. På samme måte vil den annen part, dersom forholdet også forplikter ham, kunne påberope seg generalklausulen for å få sin forpliktelse lempet.”

Avtale om arv er regulert i arvelovens kap. VI. Etter § 45 kan en arving overfor arvelateren gi avkall på arv som arvingen venter, eller på en del av arven. En slik avtale er ikke undergitt særlige formkrav. Også dette bør sees som en avtale med formuerettslig innhold der generalklausulen kan komme til anvendelse.”²⁷⁷

Departementet sluttet seg til dette, og tilføyde:

”De typiske arverettslige disposisjoner er særmerket ved at de har til formål å regulere arvets fordeling etter arvelaterens død. Ofte vil det imidlertid kunne oppstå tvil om arvelaterens disposisjon er en såkalt ’**dødsdisposisjon**’ eller ’**livsdisposisjon**’, jf f eks Arnholm: Privatrett V (Arverett) 1971 s 61-86. For ’livsdisposisjonene’ vil de alminnelige formuerettslige regler gjelde, herunder også lempingsregelen. For ’dødsdisposisjonene’ vil disse regler derimot ikke gjelde. Det vil her også være liten plass for analogisk anvendelse av lempingsregelen ved siden av arvelovens egne regler.

Departementet viser for øvrig også her til og slutter seg til drøftelsen i utvalgets innstilling s 43-44. Det har heller ikke om grensen mot arveretten vært noen merknader under høringen. Departementet er således enig i at de kontraktmessige forpliktelser som arvelater eller arving påtar seg i forbindelse med en **arvepakt** eller arving ved **avkall på arv**, må anses som formuerettslige forpliktelser hvor

²⁷⁷ NOU 1979: 32 side 43-44.

lempingsregelen vil komme til anvendelse. Utover de regler i arveloven som er nevnt i utredningen, kan også nevnes ugyldighetsregelen i arveloven § 64, hvorefter 'ein testamentarisk disposisjon er ugyldig når disposisjonen går ut på bruk eller øydelegging som openbert ikkje har noko fornuftig føremål'.²⁷⁸

Vedrørende avtaler om arv uttalte Justiskomiteen²⁷⁹ følgende:

”At regelen gjelder på formuerettens område innebærer at den ikke vil gjelde for familie- arve- og personretten og heller ikke den offentlige rett. Grensene mellom formuesretten og disse rettsområdene kan imidlertid være vanskelig å trekke. Det vises her til departementets drøftelse på s. 16 følgende i proposisjonen. Departementet forutsetter imidlertid en viss analogisk anvendelse, dvs. tilsvarende anvendelse på tilgrensende rettsområder.

...
”**Komiteén** har merket seg at det i proposisjonen trekkes opp grenser mot offentlig rett, familie- og arverett. Det er helt klart at bestemmelsen ikke kan gjøres direkte gjeldende i slike forhold. Etter **komitéens** mening bør man også være forsiktig med å anvende bestemmelsen analogisk utenfor formuesretten. Det er store praktiske forskjeller på disse ulike rettsområdene, og hensynene bak regelen tilsier at den ikke blir gitt vidtgående, analogisk virkning.”

Spørsmålet om hvor langt avtl § 36 kunne få analogisk anvendelse utenfor formuerettens område ble så vidt kommentert under behandlingen i Odelstinget, men merknadene knyttet seg bare til avgrensningen mot den offentlige rett.²⁸⁰

Om behovet for en egen arverettslig lempingsregel konkluderer *Giertsen* at slikt behov først og fremst foreligger i forhold til gjenlevende ektefelles valg av uskifte, men at spørsmålene for øvrig er godt nok regulert i eksisterende arverettslige regler.²⁸¹ det

32.4 Anvendelsen på de ulike typer disposisjoner

Formuerettslige regler har ingen betydning for arvefordelingen etter lovens arvetavle, idet denne skjer upåvirket av viljeserklæringer.²⁸² Derimot får avtalerettslige regler stor plass for legalarveavtalene, som er en del av lovens arvegangsregler, men slik at de arverettslige regler i det vesentlige bare oppstiller rammer for hva avtalen kan gå ut på.

²⁷⁸ Ot prp nr 5 (1982-83) side 19-I.

²⁷⁹ Innst O nr 31 (1982-83) side 1-II og side 3-I.

²⁸⁰ Forh O nr 25 (1982-83) side 353. Etter min mening gjelder det sistnevnt kanskje i ennå større grad på familie- og avtalerettens område, jf nærmere nedenfor.

²⁸¹ *Giertsen*, Generasjonsskifte side 215-227.

²⁸² Lovens arvetavle er utformet med tanke på den gjennomsnittlige arvelaters antatte ønsker, men den enkelte arvelaters ønsker ikke påvirker arvefordelingen etter lovens arvetavle.

Testasjoner er en form for gaveløfter, og slik sett er alminnelige avtalerettslige regler relevante. Uten å ta stilling til formuerettslige reglers anvendelse på testasjoner, kan det konstateres at arveloven inneholder spesialregler som uansett ville gått foran. På den annen side kan det ikke utelukkes at formuerettslige og avtalerettslige prinsipper kan få betydning hvor de arverettslige regler ikke gir tilstrekkelig veiledning. Rettspraksis og teori omkring betydningen av sinnssykdom, svik og tvang kan eksempelvis gi en viss veiledning ved tolking av al § 62 og § 63.

For livsdisposisjonsavtalen gjelder alminnelige formuerettslige regler, men hvor likevel avtalens spesielle karakter – med oppfyllelse etter den ene avtalepartens død – må hensyntas. Dessuten vil skifterettslige regler få betydning for gjennomføringen av avtalen.

Det som er gjenstand for særlig drøftelse er formuerettslige, særlig avtalerettslige, reglers anvendelse på arvefordelingsavtalene, dvs avtaler som er regulert av arveloven og som gjelder arvets fordeling. Legalarveavtalene får direkte betydning for arvets fordeling, mens testamentsavtalene får indirekte betydning ved at de regulerer testasjoners gyldighet.

Det er ikke mulig å oppstille en generell regel. Som et utgangspunkt gjelder likevel at avtalerettslige regler får anvendelse på arvefordelingsavtalenes avtalerettslige elementer. Eksempelvis om arvelaters ugjenkallelighetserklæring i en arvepakt er kommet til adressatens kunnskap på en slik måte at det er etablert avtalerettslig binding. For legalarveavtalene gjelder det stort sett at arverettslige regler setter yttergrenser for hva som kan avtales, men at avtalens innhold for øvrig må avgjøres etter avtalerettslige regler. Det samme gjelder spørsmålet om gyldig avtale er inngått. Mer enn et utgangspunkt er dette likevel ikke. Særlig for legalarveavtaler gjelder at de i arverettslig sammenheng likestilles med begivenheter som etter loven får betydning for hvordan arven etter loven skal fordeles.

Både testamentsavtalene og legalarveavtalene varierer i karakter, og ikke minst i den avtalerettslige regulerings utstrekning. Arvepakter – som innebærer begrensning i testasjonskompetansen – er lovregulert, mens det ikke finnes lovregler som direkte regulerer utvidelse av arvelaters testasjonskompetanse, eksempelvis i form av samtykke til pliktdelskrenkende testament. For legalarveavtalene gjelder tilsvarende at

arvingens avkall på arv er lovregulert, på samme måte som arvelaters avkortingspåbud. For disse disposisjoner får det arverettslige synspunkt, om henholdsvis arvingens og arvelaters ensidige erklæringer som begivenheter som utløser lovfastsatte virkninger, stor betydning. Arveforskuddsavtalene er på den annen side ikke direkte lovregulert, men henter arverettslige regler både fra avkallsreglene og avkortingsreglene, og fra ulovfestet arverett.

Spørsmålet om avtalerettslige reglers anvendelse på arvefordelingsavtaler må besvares konkret for hver enkelt lovbestemmelse, type disposisjon og avtale.

33 Arvefordelingsavtaler som henholdsvis legalarverettsgrunnlag, testasjon og kontraktsforpliktelse

33.1 Legalarveavtalene og forholdet til testamentsreglene

I juridisk litteratur foreligger det relativt omfattende drøftelser omkring grensen mellom livs- og dødsdisposisjoner, men jeg har ikke funnet noen drøftelser som går direkte på testamentsreglenes anvendelse på legalarveavtalene. Et avkortingspåbud går ut på at arvelater treffer bestemmelser om fordelingen av arven etter ham, og faller således inn under definisjonen av en testasjon. Spørsmålet blir derfor i hvilken utstrekning testamentsreglene får anvendelse på arvelaters bestemmelser som regulerer arvets fordeling, herunder hva som i tilfellet er hjemmelen eller begrunnelsen for at testamentsreglene ikke skulle komme til anvendelse.

Den umiddelbare forståelse av begrepet testament er antakelig knyttet til det formelle testament, dvs et dokument opprettet i samsvar med formreglene i al kap VIII. Både al 1854 og al 1972 bygger imidlertid på et materielt testamentsbegrep, dvs viljserklæringer hvor arvelater disponerer over arven han etterlater seg ved sin død.²⁸³

For alle de nordiske land gjelder at gaver som skal oppfylles etter giverens død regnes som en testamentarisk disposisjon som faller inn under både pliktdelsregler og formkrav. I dansk, islandsk og norsk rett gjelder dette også for gaver fullbyrdet på dødsleiet, mens en dødsleiegave i svensk og finsk rett regnes som en livsdisposisjon.²⁸⁴

²⁸³ Se *Arnholm*, Arveretten side 158-159, *Arnholm*, Privatrett V side 153-154, *Augdahl*, Arveloven side 84 og *Hambro*, Arveloven side 278. For en samlet fremstilling av det materielle testamentsbegrep i nordisk rett, se *Lødrup*, Nordisk arverett side 355-361. En omfattende fremstilling av begrepet testament, også i historisk perspektiv, og med gjennomgang av rettspraksis, finnes hos *Hambro*, Arveloven side 277-339.

²⁸⁴ Se *Lødrup*, Nordisk arverett side 352.

For alle fem landene er tilsvarende utgangspunktet at livsdisposisjoner ikke rammes av pliktdelsregler eller formkrav. I svensk og finsk rett gjelder det i forhold til pliktdelsreglene et skjønsmessig unntak for gaver som kan sammenlignes med testamenter, herunder gaver gitt på dødsleiet.²⁸⁵

Ofte brukes betegnelsen dødsdisposisjon synonymt med testamentarisk disposisjon.²⁸⁶ Dette har antakelig sammenheng med at en dødsdisposisjon som utgangspunkt er en testasjon, med mindre den faller inn under særlige lovregler som bestemmer noe annet. Det avgjørende er derfor om avkortingsreglene hjemler unntak fra testamentsreglene, eventuelt bare fra noen av dem.

Til sammenligning fremgår det uttrykkelig av forarbeidene til reglene om dødsdisposisjonsektepakter og livsforsikringsavtaler at arverettslige regler, herunder testamentsreglene, ikke kommer til anvendelse, se nærmere kapitlene 43 og .

I forarbeidene til avkortingsreglene er forholdet til testamentsreglene ikke uttrykkelig behandlet, hvilket antakelig har sammenheng med at avkortingsreglene allerede i tiden før al 1854 ble ansett som en del av lovens arvegangsregler,²⁸⁷ og både i loven av 1854 og 1972 fremstår som en del av legalarverettsreglene. Dersom avkorting følger direkte av loven, slik det i alle fall tidligere fantes eksempler på,²⁸⁸ er det åpenbart at avkortingsreglene er en del av lovens arvegangsregler og ikke reiser spørsmål om testamentsreglenes anvendelse.

I Arvelovkomitéens utkast pekes det på at fordelingen etter et avkortingsoppgjør kan bli slik at en livsarving ikke mottar sin pliktdel, og at pliktdelsreglene begrunner en særlig adgang til utjevning ut over hva arvelater kunne oppnå ved testament.²⁸⁹

Under forberedelsen av al 1854 ble det under drøftelsen av om avkorting skulle være tvungent eller bero på "Faderens" bestemmelse pekt på at arvelater i alle fall måtte kunne gi bort den testasjonsfrie del uten at avkorting skjedde.²⁹⁰

Av de prinsipielle drøftelser som både Arvelovkomitéen og Justisdepartementet foretok, fremgår det klart at avkortingsreglene anses som en del av lovens

²⁸⁵ Se *Lødrup*, Nordisk arverett side 357-358.

²⁸⁶ Se eksempelvis *Lødrup*, Arverett § 7 VII, side 95 som viser til at testament i al § 49 betyr "den disposisjon som bestemmer fordelingen av avdødes etterlatenskaper innenfor den ramme som gis begrepet **dødsdisposisjon**". Se videre *Lødrup*, Nordisk arverett side 353 som påpeker at "døds-gaven er en dødsdisposisjon – en testamentarisk disposisjon".

²⁸⁷ Se Arvelovkommisjonen 1846 side 42.

²⁸⁸ Se *Utk62* side 120 og 124.

²⁸⁹ Se *Utk62* side 117.

arvegangsregler. De prinsipielle spørsmål som drøftes er i hovedsak om avkorting skal skje uavhengig av arvelaters vilje, og i motsatt fall om avkorting skal være utgangspunktet eller bero på fastsettelse – og i tilfelle hva slags. Det ble videre drøftet hva slags ytelser som skulle være gjenstand for avkorting, avkortingens virkninger, spørsmål om gaver gitt direkte til barnebarn osv.²⁹¹

Begrensningen i arvelaters testasjonsrådighet i forhold til livsarvingene ble således ikke sett som noe hinder for arvelaters adgang til å påby avkorting. Snarere tvert i mot var pliktdelsreglene en del av begrunnelsen for avkortingsadgangen.

Pliktdelsreglene ble også trukket inn i drøftelsene omkring avkortingens virkning for beregningen av den testasjonsfrie del. Det tilsvarende spørsmål ble stilt for beregning av gjenlevende ektefelles boslodd. Det prinsipielle spørsmål dreide seg således ikke om rådighetsbegrensninger som følge av pliktdelsreglene, men om gaven (arveforskuddet) fortsatt skulle anses som en del av arveformuen, eller om den med endelig virkning hadde gått ut av arvelaters formue.

Det må etter dette konstateres at arvelaters påbud om avkorting ikke kan betraktes som en testamentarisk disposisjon – eller som viljesbestemt arv, men på linje med andre faktiske begivenheter som etter lovens arvegangsregler forandrer arvefordelingen. Det rene avkortingspåbudet betraktes således som en begivenhet som etter lovens fordelingsregler får virkninger for arvens fordeling, og hvor virkningene varierer med påbudets innhold.

33.2 Legalarveavtalene som del av lovens arvegangsregler

Under pkt 23.2 har jeg redegjort for avtalen som mulig arverettsgrunnlag, og herunder vist til hvordan formuleringen ”gyldig Villieserklæring” i al 1854 § 1 av flere forfattere er anført å omfatte også andre viljeserklæringer enn testasjoner, herunder blant annet arvepakten (arvekontrakten) og dødserven. Viljesbestemt arv var motsetningen til lovbestemt arv, og arvekontrakten var et selvstendig tredje arverettsgrunnlag – i tillegg til lov og testament. I dag er det på det rene at arvelaters

²⁹⁰ Se Arvelovkommisjonen 1846 side 31.

²⁹¹ Se *Utk62* side 117-128 og *Prp36* side 107-110. Det kan også nevnes at forlodsreglene i al § 36 av Arvelovkomitéen ble foreslått som en del av avkortingsreglene, men av departementet foreslått skilt ut som egne regler, se *Utk62* side 128-130 og *Prp36* side 110-114.

kontraktsforpliktelser ikke i seg selv danner rettsgrunnlag for arverett, se også pkt 24.5 om dødsgaver. Se videre pkt 54.2 om arvepaktens karakter.

Når jeg kategoriserer avkorting, avkall osv som en del av lovens fordelingsregler, til tross for at det dreier seg om viljeserklæringer, er det fordi de aktuelle erklæringer og avtaler ikke i seg selv danner grunnlag for arverett. Avtaler, løfter og erklæringer må ha hjemmel i arveloven for å få betydning for arvens fordeling. Slik sett kan de også betraktes som omstendigheter som etter loven utløser en bestemt rettsvirkning. Så lenge arvefordelingen følger av en lovbestemmelse, som en lovfastsatt rettsvirkning av arvelaters handling, erklæring osv, dreier det seg i alle fall ikke om en testamentarisk bestemmelse. Livsarvingenes pliktdelsrettigheter har til sammenligning ingen betydning hvor gjenlevende ektefelles minstearv fører til at de lite eller intet arver, se pkt 25.2. Det samme gjelder hvor arvefordelingen er en konsekvens av arvelaters bevisste handlinger for å styre arven, så lenge fordelingen følger direkte av loven. Eksempelvis hvor en døende samboer gifter seg utelukkende for å gi sin samboer legalarverett.

Det avgjørende for om en arvefordelingsavtale skal få arverettslige virkninger er derfor om avtalen har et slikt innhold at den etter arvelovens regler får betydning for arvefordelingen. Dersom de arverettslige regler fører til at avtalen ikke oppfylles korrekt, må de avtalerettslige konsekvenser vurderes selvstendig, se kapitlene 35 og 36.

33.3 Testamentsavtalene som del av arverettsgrunnlaget

Et testament kan inngå som en selvstendig del av en avtale, og testamentet som dokument kan inneholde avtaler – typisk hvor livsarvingene gir en påtegning om at de samtykker i pliktdelskrenkelsen. For testasjonen og avtalen gjelder ulike regler. Om sammenhengen, se generelt pkt 33.5 og for arvepakter nærmere under kapittel 54, herunder både om samspillet mellom den arverettslige erklæring om ugjenkallelighet og disposisjonen som etablerer avtalerettslig binding, og om arvepakten som del av et større avtalekompleks.

Like lite som legalarveavtalene utgjør testamentsavtalen i seg selv noe arverettsgrunnlag. Har arvelater unnlatt å opprette det testamentet han forpliktet seg til, eller lider det ugjenkallelige testamentet av formfeil, får medkontrahenten ingen arv.

På samme måte som legalarveavtalene virker direkte inn på arvens fordeling, kan testamentsavtalene virke inn på testamentets gyldighet og dels på tolkingen av det, men aldri i seg selv gi selvstendig grunnlag for testamentsarverett – eller annen arverett. Testamentsavtalens virkning beror videre full og helt på testamentsarvereglene. Er et testament ved arvepakt gjort ugjenkallelig får senere testasjoner ingen rettsvirkning. Dette følger av arverettslige regler, se pkt 54.7. Er ugjenkallelighetsløftet gitt muntlig, får det ingen slike virkninger fordi loven krever at også ugjenkallelighetserklæringen gis i testaments form.

Dersom et testament er del av en større avtale, vil avtaleforholdet kunne få betydning for tolkingen av testamentet. Ikke fordi man følger avtalerettslige tolkingsprinsipper hvor medkontrahenten hensyntas, men fordi det ved anvendelsen av generelle testamentstolkingsregler er grunn til å tro at testator med testamentet mente å oppfylle sine kontraktsforpliktelser.

Når en livsarving må finne seg i å bli arveløs som følge av et pliktdelskrenkende testament han har samtykket i, er det ikke bare fordi han har en kontraktsrettslig forpliktelse til ikke å angripe testamentet, men også fordi det følger av arverettslige regler at det pliktdelskrenkende testamentet er blitt gyldig, se nærmere kapittel 53.

33.4 Skillet mellom arvekrav og kontraktuelt krav

En arvefordelingsavtale inneholder to rettsgrunnlag, det arverettslige og det kontraktsrettslige. Om samspillet mellom disse, se pkt 33.5. Som grunnlag for arverett er både legalarveavtaler og testamentsavtaler bare en del av arverettsgrunnlagene legalarv eller testamentsarv. Arvefordelingsavtalenes betydning for arvens fordeling beror på arverettslige regler, og men påvirkes også av avtalerettslige regler om gyldighet og tolking. Ble det inngått en gyldig avtale – og i tilfelle om hva?

Samtidig vil normalt arvefordelingsavtalen etter alminnelige avtalerettslige regler utgjøre en forpliktelse for arvelater. De forpliktelser som påhvile arvelater ved hans død vil normalt påhvile dødsboet, se kapittel 22.

Det er ikke bare rettsgrunnlagene som er ulike for henholdsvis arvekrav og kontraktskrav. Også kravenes art og objektet for kravene varierer. Arvingene har krav på en andel av nettoarveformuen, mens medkontrahenten som kreditor har krav på oppfyllelse i brutto etterlatt formue. Dette får først og fremst betydning for oppfyllelsesprioritet, idet kreditorene normalt skal ha sitt før arvingene får noe. På den annen side kan medkontrahentens krav, men ikke arvekravet, bortfalle som følge av preklusivt proklama.

Kravenes art kan variere, men dette utgjør i seg selv ikke noen prinsipiell skillelinje. Både arvekrav og kontraktskrav skal oppfylles i arvelaters etterlatte formue og kan gå ut på en andel av verdiene, en fastsatt pengesum eller en bestemt gjenstand. Skillet ligger først og fremst i ulike oppfyllelsesregler. Sumlegataren har i utgangspunktet samme type krav som en pengekreditor, men reglene om rett til oppfyllelse, renter osv varierer. Loddeiere har krav på en andel av nettoverdiene, men det kan godt tenkes at medkontrahenten har rett til oppfyllelse som om han var arving – eksempelvis hvor ”halvparten av det jeg etterlater meg” skal være betaling for stell og pleie.

Under kapittel 34 kommer jeg inn på de spørsmål som oppstår hvor en avtale i utgangspunktet kan være gyldig både som testament og livsdisposisjon, eller som en av delene. Under kapittel 35 og 36 drøftes spørsmål knyttet til mislighold av arvefordelingsavtaler, herunder spørsmålet om medkontrahenten indirekte kan gis rett til oppfyllelse i boet som et erstatningskrav som følge av arvelaters mislighold av en arvefordelingsavtale.

33.5 Skillet og samspillet mellom arverettsgrunnlag og kontraktsforpliktelse

En arvefordelingsavtale er som nevnt en sammensatt disposisjon, som består av både arverettslige og avtalerettslige elementer. Både arverettslige og avtalerettslige regler vil gjøre seg gjeldende. Det kan ikke generelt sies noe om hvilket regelsett som er det

prinsipale eller det subsidiære. Det vil variere med hva slags rettsgrunnlag arvefordelingsavtalen påberopes som. Krever medkontrahenten arv i dødsboet, må det foreligge et arverettsgrunnlag, og de arverettslige regler er de prinsipale. Hevder medkontrahenten å være kreditor i boet, må det foreligge en avtalerettslig gyldig forpliktelse for arvelater, og de avtalerettslige regler er de prinsipale. I et slikt tilfelle er dessuten skifterettslige regler avgjørende for hvordan, overfor hvem og i hvilken utstrekning kravet kan gjøres gjeldende.

Ofte oppstår spørsmål om en regel er arverettslig eller avtalerettslig – eller kanskje begge deler. Er eksempelvis ugyldighetsbestemmelsene i henholdsvis al § 44 og § 53 arverettslige og/eller avtalerettslige regler? Går regelen i al § 44 ut på at arverett ikke kan bygge på avtale med en arving som avhender sin egen arverett, eller på at avtaler om avhendelse av ventet arv har et avtalerettslig ugyldig innhold? Kan det utledes av al § 53 at et gaveløfte som går ut på oppfyllelse etter givers død rett og slett er en testasjon, eller er det oppstilt en avtalerettslig regel om formkrav for slike avtaler? Og hvilken betydning har det at medkontrahenten fremmer sitt krav som det ene eller det annet?

Jeg vil her bare reise spørsmålene for å illustrere problemstillingen. Noe generelt svar kan ikke gis, men spørsmålene må avklares konkret i den enkelte situasjon, og avhengig av hva slags krav som fremsettes.

Krever medkontrahenten som har kjøpt et krav på ventet arv å være arving kan kravet besvares med den arverettslige regel i al § 44 om at arverett ikke gyldig kan overdras til andre. Hvis medkontrahenten i stedet hevder at det foreligger en misligholdt avtale fra arvingens eller arvelaters side, kan løsningen i stedet være at avtalen er ugyldig etter avtalerettslige regler fordi den har et lovstridig innhold.

Tilsvarende gjelder dødsgaveløftet. Er gaveløftet ikke gitt i testaments former, kan det raskt konstateres at løftet ikke er gyldig verken etter arverettslige eller avtalerettslige regler. Hvis medkontrahenten krever erstatning etter avtalerettslige regler, må de avtalerettslige virkninger av ugyldighet som følge av formkrav vurderes. Kreves det erstatning fra dødsboet under påstand om at arvelater har opptråd uaktsomt, må kravet avgjøres ut fra alminnelige erstatningsregler. Dersom gaveløftet oppfyller formkravene (og går klar av pliktdeleglene) oppstår spørsmålet om det er et arvekrav eller et kontraktskrav som gjøres gjeldende.

Selv om det må skilles mellom de avtalerettslige og de arverettslige elementer, må samtidig de to regelsett og aspekter ses i sammenheng. Arverettslige og avtalerettslige regler virker i et samspill når det nærmere skal avgjøres hvilken betydning arvefordelingsavtalen har for arvens fordeling. Arverettslige regler setter ofte

yttergrenser for hva som kan gyldig kan avtales, mens partene har avtalefrihet innenfor det tillatte området. Virkninger av en arvefordelingsavtale kan være lovbestemt og ufravikelig, eller den kan være prinsipielt fastsatt i loven med adgang til å avtale andre løsninger. Kan avtalen ikke oppfylles innenfor arverettsreglene, må det i utgangspunktet foretas en avtaletolkning, dog slik at partenes mening bare kan oppfylles så langt de faller innenfor de grenser arveretten trekker opp.

Har en livsarving gitt arvelater avkall på ventet arv til fordel for ett av sine barn, er avkallet i seg selv gyldig, men ikke tillegget om at arven skal tilfalle kun ett av avkallsgivers barn. Det problem som har oppstått ved at avtalen ikke fullt ut kan oppfylles, må i utgangspunktet løses ut fra alminnelige avtalerettslige regler og prinsipper, men likevel slik at en eventuell avtalerevisjon må ligge innenfor de arverettslig tillatte alternativer. I dette eksemplet ville man antakelig måtte velge mellom hvorvidt hele avkallet skal settes til side, eller om den frafalte arven skal fordeles på samtlige av avkallsgivers barn.

Hevdes en arvefordelingsavtale å være urimelig etter avtl § 36, må vurderingene om den urimelige avtalen "helt eller delvis settes til side eller endres" foretas innenfor de arverettslig tillatte alternativer.

Arveloven inneholder, med unntak av arvepaktene, ingen uttrykkelige bestemmelser om hvordan arvefordelingsavtaler kan eller må inngås, eller om hvordan forpliktelser oppstår. Disse spørsmål reguleres derfor i utgangspunktet av generelle avtalerettslige regler. Den aktuelle situasjon kan imidlertid reise særlige spørsmål, eksempelvis om betydningen av at arvelater har gitt uttrykk for misbilligelse av arvingens avkall på ventet arv. Kan arvelater tvinge arvingen inn i reglene om avslag på falt arv ved å nekte å akseptere et avkall på ventet arv? Det kan således foreligge "arverettslige avtaleregler" som må hensyntas.

33.6 Forholdet til andre regelsett, særlig om ikke-arverettslige dødsdisposisjoner

Ovenfor har jeg pekt på samspillet mellom avtalerettslige og arverettslige regler. I mange sammenhenger vil en disposisjon være det ene eller det annet, enten en livsdisposisjonsavtale eller dødsdisposisjon. I andre sammenhenger kan disposisjonen både være en gyldig avtale og en gyldig testasjon, se nærmere kapittel 34.

Tilsvarende problemstillinger oppstår i forhold til andre regelsett. I denne avhandlingen er særlig forholdet til dødsdisposisjonsektepakter, uskifteavtaler og livsforsikringsavtaler behandlet, se henholdsvis kapittel 43, Del 7 og kapittel 44. For

dødsdisposisjonsektepaktene må det på den ene side avgrenses mot ordinære formuerettslige avtaler og på den annen side mot testamentariske disposisjoner. Det som kompliserer forholdene, er at de ulike avtalene skjer mellom de samme parter og uten at partene nødvendigvis gjør – eller har forutsetninger for å gjøre – seg noen tanker om hvilken type disposisjon det dreier seg om.

For livsforsikringsavtalene kan lignende problemer oppstå i forholdet mellom forsikringstaker og en begunstiget for livsforsikringsavtalen. Hvorvidt det er inngått en forsikringsavtale avgjøres i utgangspunktet etter alminnelige avtalerettslige regler, men supplert av forsikringsrettslige regler. Derimot kan forsikringstaker foreta begunstigelser dels gjennom avtale med selskapet og dels ved testamentariske bestemmelser. I likhet med arvefordelingsavtalene kan spørsmålet om fordelingen av livsforsikringen kompliseres gjennom avtaler forsikringstaker gjør direkte med den begunstigede, eksempelvis om at begunstigelsen skal være ugjenkallelig. I disse tilfeller kan forsikringstaker gjøre forsikringselskapet forpliktet overfor tredjemann uten at selskapet er gjort kjent med forpliktelsen på forhånd. Se nærmere kapittel 44.

34 Forholdet mellom livsdisposisjonsavtaler og testamenter

34.1 Problemstillinger

En avtale som går ut på at arvelater ensidig skal yte noe etter sin død er en testamentarisk disposisjon. Dette gjelder enten den er ment som en testasjon eller som et forpliktende gaveløfte som først skal oppfylles ved arvelaters død, se al § 35 og § 53, og pkt 24.5 om dødsgaver. Det samme gjelder hvor det er avtalt at medkontrahenten skal betale fullt vederlag etter arvelaters død. Slike avtaler vil stort sett dreie seg om en kjøperett.²⁹² Om hva som gjelder for gjensidig forpliktende avtaler foretatt på dødsleiet, se 24.6.

Dersom arvelater derimot har mottatt en noenlunde likeverdig ytelse i sin levetid – slik at den har hatt realitet for ham, regnes avtalen normalt som en livsdisposisjon selv om den etter sitt innhold går ut på at arvelater først skal yte etter

²⁹² Se *Lødrup*, Arverett § 22 II, side 229, som blant annet viser til al § 30 som et unntak fra pliktdelsreglene, men ikke fra de vanlige formreglene – eller øvrige testamentstolkingsregler for den saks skyld.

sin død, se kapittel 24.²⁹³ Utover det generelle kravet om realitet vil ofte arvelaters formål tillegges avgjørende betydning i disse tilfellene – typisk pleieavtalene.²⁹⁴

I det følgende vil jeg først se litt på forholdet mellom en testasjon og en livsdisposisjonsavtale, herunder om en avtale kan være begge deler. Se til sammenligning pkt 54.8 om arvepakter som del av et større avtalekompleks. Spørsmålet kommer ofte på spissen hvor et testamentet som er arverettslig ugyldig hevdes å være gyldig som livsdisposisjon, men forholdet kan også være omvendt.

Noe tilsvarende problemstillinger oppstår når avtalen både er gyldig som testament og som livsdisposisjon. Kan medkontrahenten velge hvilket rettsgrunnlag han vil bygge sitt krav på – og eventuelt kombinere grunnlagene? Eller kan dødsboet velge?

Først skal jeg imidlertid redegjøre kort for hovedforskjellene i medkontrahentens stilling alt ettersom han opptrer som arving eller kreditor.

34.2 Hovedforskjellene mellom en arving og en kreditors rettsstilling

Hvilket rettsgrunnlag som påberopes overfor dødsboet har betydning for medkontrahentens rettslige stilling. Som regel vil det være en fordel for medkontrahenten å få posisjon som kreditor i boet. Da går han klar av formkrav og pliktdelsregler, og hans krav oppfylles foran arvingenes.²⁹⁵ Det motsatte forekommer hvor hans kreditorfordring er bortfalt som følge av preklusivt proklama eller foreldelse, mens et arvekrav fortsatt kan gjøres gjeldende.²⁹⁶

²⁹³ For en nærmere gjennomgang, se *Lødrup*, Arverett § 22 III, side 229-232.

²⁹⁴ Se eksempelvis *LH 1997 588*, hvor lagmannsretten uttalte: "Det var dette som gjorde tilværelsen meningsfull for han, og for han var det verdt å bruke eiendommen som middel til å oppnå dette."

²⁹⁵ Se prinsippene i sl § 68 og § 110, samt pkt 22.2. Den avtalte motytelse vil som oftest enten være en bestemt eiendel eller en sum, slik at medkontrahenten i arveoppgjøret har status som legatar og derfor normalt har krav på oppfyllelse foran loddeierne. Posisjonen som henholdsvis kreditor eller legatar vil likevel ha stor betydning for medkontrahentens krav, særlig i forhold til livsarvingenes pliktdelsrettigheter. Der hvor arvelater har (annen) gjeld, kan dette føre til at legatar blir redusert eller faller bort. En kreditors krav reduseres først dersom dødsboet er insolvent. Er motytelsen fastsatt som en andel av dødsboet, vil det bero på en konkret tolking om det dreier seg om netto eller brutto.

²⁹⁶ Forfallstidspunktet for kreditorfordringen er normalt dødsfallet, slik at foreldelse inntreer tre år senere, jf fl § 3 nr 1. Den objektive foreldelsesfrist for arvekrav er 10 år, jf al § 75. Retten til å gjøre gjeldende arverett etter testament kan imidlertid prekluderes etter seks måneder, men det forutsetter at medkontrahenten var klar over testamentet, og at arvingene eller tingretten ikke var kjent med det, jf al § 70 første ledd.

Det har vært diskutert om et sumlegat også kan foreldes etter de alminnelige regler. Sumlegatet er et pengekrav, og faller således inn under fl § 1. De særlige foreldelsesregler i al § 70 og § 75 må imidlertid anses som særregler som utelukker bruk av den alminnelige regel.²⁹⁷

Dersom testamentet gjør medkontrahenten til loddeier vil han normalt også kunne utøve loddeierrettigheter under skifteoppjøret, med mindre noe annet følger av testamentet, se sl § 61 fjerde ledd.

En mer indirekte forskjell, men som likevel kan ha stor betydning, er forholdet til skatte- og avgiftsregler. Dersom en testasjon i realiteten er gjengjeld for en ytelse arvelater har mottatt fra testamentsarvingen, slik at det foreligger en livsdisposisjon, vil medkontrahenten ved å kreve motytelse i henhold til kontrakten ikke måtte svare arveavgift – hvilket han som utgangspunkt må gjøre for mottatt testamentsarv.²⁹⁸ Dersom medkontrahentens ytelse består i stell og pleie eller annet arbeid kan han på den annen side risikere å måtte betale inntektsskatt.

Overgangen fra kreditor til arving og omvendt innebærer en endring av hvilket regelsett som kommer til anvendelse. Der hvor medkontrahenten har et valg, består dette således i et valg mellom to regelsett – og hvor valget kan være avgjørende for medkontrahentens og dødsboets rettigheter og plikter.

For rettsvister vil vernetingsreglene kunne variere med hvorvidt det dreier seg om et arvekrav, kontraktsoppfyllelse eller erstatningskrav utenfor kontrakt, se tvl § 4-5 (3), (4) og (6).

34.3 Kan en avtale både være gyldig testament og gyldig livsdisposisjon?

I den videre fremstilling kan det som utgangspunkt skilles mellom tre ulike situasjoner. For det første hvor arvelater utelukkende har ment avtalen som en testasjon, for det annet hvor han har ment den som en livsdisposisjon og for det tredje de tilfeller hvor det nettopp er dobbeltsikring som har vært meningen. For alle disse tre situasjonene oppstår spørsmålet om en avtale samtidig kan være både en testasjon og en livsdisposisjon.

For å starte med det siste er det helt klart at arvelater kan utstyre sin medkontrahent med to alternative rettsgrunnlag. Det ene utelukker ikke det andre.²⁹⁹

²⁹⁷ Slik *Arnholm*, *Arveretten* side 267 og *Røed*, *Foreldelse* side 112 med henvisninger. Motsatt *Arnholm*, *Privatrett V* side 362, men dette ble skrevet før de særlige foreldelsesregler i arveloven ble vedtatt. Se også *Lødrup*, *Arverett* § 25 VII, side 274 vedrørende al § 75.

²⁹⁸ Betalingen av arveavgift kan imidlertid få positiv betydning for testamentsarvingen ved avskrivning etter sktl § 6-10 (2) b), som inntektsfradrag etter sktl § 6-16. På den annen side setter arveavgiftsgrunnlaget tak for hva som regnes som inngangsverdi ved beregning av gevinst ved avhendelse, jf sktl § 9-7.

²⁹⁹ Til sammenligning kan en medkontrahent både være ansvarlig i henhold til kontrakt og etter alminnelige erstatningsregler, herunder eventuelt på flere ulike ansvarsgrunnlag.

De spørsmål som da oppstår er først og fremst i hvilken utstrekning medkontrahtenten kan velge mellom – og eventuelt kombinere – rettsgrunnlagene. Kan han eksempelvis bruke testamentet for å gå klar av proklamareglene, men samtidig få oppfyllellesstatus som kreditor?

Noe tilsvarende spørsmål oppstår hvor arvelater i tillegg – og uten at det var en del av avtalen – har opprettet testament til fordel for medkontrahtenten. Et særlig spørsmål oppstår når arvelater har opprettet testament uten at det var en del av avtalen, men fordi han uriktig trodde han var forpliktet til det. Det må i så fall vurderes om den nødvendige frie testasjonsvilje mangler, eventuelt om testamentet må bortfalle etter reglene i al § 57 annet ledd annet punktum.

Heller ikke i de tilfeller hvor disposisjonen var ment som testasjon, og testamentet helt eller delvis er ugyldig, men hvor avtalen likevel oppfyller kravene til livsdisposisjon, er det i seg selv noe i veien for at medkontrahtenten krever oppfyllelse i boet i egenskap av avdødes kreditor. ”Testamentsarvingens” kreditorposisjon utelukkes ikke i seg selv av at arvelater ønsket å gjøre ham til arving. Arvelaters dødsfall innebærer ingen bristende forutsetning eller lignende, idet det var partenes forutsetning for avtalen at arvelater først skulle oppfylles etter sin død. Problemene består i å fastslå *hvilke rettigheter avtalen gir ham*, og herunder særlig betydningen av at hans rettsposisjon forutsetningsvis var ment å være en arvings.

For avtaler som ved arvelaters død ikke hadde fått tilstrekkelig realitet, til tross for at de var ment som livsdisposisjoner, men som likevel oppfyller testamentsformkravene, eksempelvis et skjøte, gaveektepakt osv, er det som regel avgjørende hvorfor avtalen ennå ikke var gjennomført. Skyldes dette tilfeldigheter, eksempelvis arvelaters plutselige død, vil avtalen etter generelle arverettslige regler likevel være en livsdisposisjon og kan kreves oppfylt som dette – dog med de skifterettslige konsekvenser som følger av at det er et dødsbo som er avtalepart. På den annen side må det også vurderes etter avtalerettslige regler om manglende oppfyllelse (etter forfall) skyldes at partene stilltiende har innrettet seg på at avtalen har falt bort, om rettigheter har falt bort ved passivitet eller foreldelse osv.

Der hvor avtalen i seg selv er en dødsdisposisjon oppstår det mer rendyrkede spørsmålet om de ytre former i seg selv er tilstrekkelig til at disposisjonen blir en testasjon, eller om det også må kreves en testasjonsvilje fra arvelaters side.

34.4 Det foreligger både gyldig testament og livsdisposisjon som grunnlag for samme krav

I det følgende forutsettes at det foreligger en gjensidig forpliktende avtale som går ut på at arvelater skal yte etter sin død, men som har slik realitet for arvelater at den er en livsdisposisjon, og som dessuten enten er gjort i testaments former eller det i tillegg er opprettet et testament med sammenfallende innhold.

Avtalen går eksempelvis ut på at medkontrahenten som vederlag for stell og pleie av den barnløse arvelater er innsatt som testamentsarving i gyldig testament, og hvor det fremgår at avtalen også er ment som livsdisposisjon, eksempelvis en arbeidsavtale.

Det forutsettes videre at det ikke dreier seg om to ulike krav. Det er intet i veien for at samme person samtidig er både kreditor og arving i dødsboet for to ulike krav.

Drøftelsen forutsetter at kontrakt og testament er ment som rettsgrunnlag for samme krav – som en dobbeltsikring.

Videre må det avgrenses mot de avtaler som er livsdisposisjoner fordi de allerede anses gjennomført fra arvelaters side.

Et praktisk eksempel foreligger hvor arvelater overdrar sin eiendom og hans vederlagsfrie borett skal regnes som en del av kjøpesummen. Partene mener dette er en livsdisposisjon, men for å være sikre testamenterer dessuten arvelater eiendommen til kjøperen. Dersom avtalen, dvs eiendomsoverdragelsen anses som allerede gjennomført, kan selvfølgelig ikke medkontrahenten hevde at han heller ønsker å være testamentsarving. Eiendommen tilhører jo nå medkontrahenten, og ikke arvelater eller dødsboet.

Det er i seg selv uproblematisk at det foreligger to alternative rettsgrunnlag for ett og samme krav. De problemer som oppstår i denne sammenheng er at det er knyttet ulike regler for gyldighet, gjennomføring mv for de to rettsgrunnlagene, jf pkt 34.2, og at medkontrahenten i alle fall før bobehandlingen avsluttes, blant annet av hensyn til boregnskap og sluttutlodning, må ha valgt hvilket rettsgrunnlag han vil gjøre gjeldende.

Dødsboet har ingen selvstendig valgrett – med mindre dette følger av avtalen eller testamentet. Hensynet til gjennomføringen av bobehandlingen tilsier likevel at boet på et gitt tidspunkt må kunne kreve at medkontrahenten tar et valg. Ved privat

skifte har loddeierne ingen særlige ”tvangsmidler” for å oppnå avklaring, mens tingretten ved offentlig skifte kan sette frister.³⁰⁰

Så lenge det foreligger to selvstendige rettsgrunnlag – gitt for å dobbeltsikre – må utgangspunktet være at medkontrahenten kan følge to selvstendige veier mot oppfyllelse, dog slik at han selvfølgelig ikke kan kreve oppfyllelse to ganger og at han på et eller annet tidspunkt er tvunget til å ta et valg.

Har medkontrahenten akseptert oppgjør i henhold til kontrakten, må han anses å ha frafalt sin rett etter testamentet.³⁰¹ Men så lenge intet er avtalt om oppgjør, uttrykkelig eller forutsetningsvis, må medkontrahenten kunne følge to spor. Eksempelvis slik at dersom medkontrahenten har oversittet proklamafristen, kan han fortsatt påberope seg testamentet – såfremt ikke arveretten er prekludert etter al § 70 første ledd.

Med mindre partene kommer til enighet, vil det under skiftebehandlingen kunne oppstå spørsmål om samhandlingen mellom medkontrahenten og dødsboet må oppfattes som at medkontrahenten har fraskrevet seg det ene eller annet rettsgrunnlag. Dette må avgjøres på bakgrunn av lignende avtalerettslige spørsmål som generelt oppstår i forbindelse med skifteoppgjør, eksempelvis hvor det er spørsmål om bindende avtale om en arvings overtakelse av en eiendom, om salg av denne og i tilfelle til hvem, om en loddeiers aksept av et bud på gårdsbruket også må oppfattes som fraskrivelse av odelsløsningsrett osv.

Så lenge det foreligger to selvstendige rettskrav kan ikke påberopelse av det ene uten videre innebære en fraskrivelse av det annet. Melder medkontrahenten sitt kontraktskrav som følge av et preklusivt proklama, har han ikke dermed uten videre frafalt sitt arvekrav etter testamentet. Og omvendt, har medkontrahenten fremmet krav

³⁰⁰ Hvilke rettsvirkninger de ulike frister tingretten (eventuelt bobestyrer) oppstiller under offentlig dødsboskifte er litt uavklart. En frist fra bobestyrer om avklaring har ingen formell prosessuell virkning i det hele tatt. Metoden med ”dersom du ikke svarer legger vi til grunn” gjelder heller ikke som avtalerettsgrunnlag under offentlig skifte. For meg fremstår det fortsatt som uavklart om oversittelse av tingrettens søksmålsfrist etter sl § 31 er en søksmålshindring, se *Rt 1990 346* og *Rt 2003 310*. Det kan besluttes at et bestemt rettsforhold skal legges til grunn for den resterende bobehandling – sammenlign sl § 25, men hvor det under bobehandlingen ikke oppstår noen formalisert rettsvist som avsluttes med en judisiell avgjørelse kan det vanskelig tenkes at senere søksmål kan avvises. Sluttutlodningen har heller ikke i seg selv noen rettskraftsvirkning i forhold til rettsspørsmål som ikke er judisielt avgjort under skiftet, jf *Rt 2001 96* og *Skoghøy*, Tvistemål side 787.

³⁰¹ Det kan hevdes at betalingen også er en oppfyllelse av testamentet, men etter min mening er det mer treffende å se mottakelsen av oppgjøret som et frafall av retten etter testamentet.

som testamentsarving innebærer ikke dette uten videre at hans kreditorkrav anses frafalt.

Som nevnt kan det imidlertid tenkes at en handling må oppfattes som en fraskrivelse. Dødsboet og medkontrahenten er eksempelvis blitt enige om at det innen en frist skal avklarer hvorvidt medkontrahenten er arving eller kreditor, og det neste dødsboet hører fra medkontrahenten er hans fremsettelse av krav som kreditor. Annerledes selvfølgelig dersom medkontrahenten samtidig skriver at han fortsatt ønsker å beholde valgretten, men avbryter for sikkerhets skyld proklamafriksen.

De to rettsgrunnlag lever som utgangspunkt hvert sitt liv. Er kreditorkravet rammet av proklamareglene, og det senere viser seg at testamentet er formuriktig, står han i utgangspunktet uten noen av kravene.

Det kan likeledes oppstå spørsmål om medkontrahentens fremsettelse av krav etter testamentet (også) kan regnes som kravsanmeldelse i henhold til proklamareglene, eventuelt at arvingenes aksept av hans posisjon som testamentsarving kan oppfattes som en aksept av kreditorkravet, jf sl § 76 første ledd nr 1). Omvendt kan det spørres om fremsettelse av kreditorkravet også er fristavbrytende i forhold til de arverettslige preklusjonsregler i al § 70 første ledd.

I forhold til proklamareglene kan det dessuten oppstå spørsmål om krav fremsatt i en begjæring om offentlig skifte kan anses som fristavbrytende saksanlegg i henhold til sl § 76 første ledd 3), se *Rt 2003 144*.³⁰²

Noen generelle svar utover henvisningen til vanlige ”skifteavtalerettslige” regler er det vanskelig å gi. Avgjørende vil ofte være om medkontrahenten gjør dødsboet oppmerksom på dobbeltsikringen, og generelt hva han gir dem grunn til å tro med hensyn til hvilke krav han vil gjøre gjeldende, hvilke forbehold han tar osv.

34.5 Ugyldig testament, men gyldig som livsdisposisjon

Fremstillingen her tar sikte på situasjonen hvor det er opprettet et testament og hvor testamentsformen bevisst er valgt fordi partenes mening med avtalen var at medkontrahentens ”betaling” skulle være å bli arving, dvs inneha en arvingss rettsposisjon, men hvor arverettslige ugyldighetsregler fratrar medkontrahenten hans posisjon som arving.

³⁰² Dommen konkluderte med at et krav om tilbakeføring av en fast eiendom til et uskiftebo (jf al § 19) fremsatt i en begjæring om offentlig skifte var fristavbrytende i forhold til al § 19 tredje ledd. Se nærmere om dommen *Unneberg*, Fristavbrytelse etter al § 19 tredje ledd annet punktum ved omstøtelseskrav fremsatt før offentlig skifte er åpnet - noen refleksjoner omkring *Rt 2003 144*, inntatt *FAB 2003* side 149 flg og *Unneberg*, Arveloven § 19 tredje ledd, inntatt i *Kirsti Strøm Bull, Viggo Hagstrøm og Steinar Tjomsland, Bonus Pater Familias – Festskrift til Peter Lødrup*, Oslo 2002 side 729 flg.

Om dette uttaler *Lødrup*: ”At arvelater har brukt testamentsformen og kalt dokumentet testament, er naturligvis ikke til hinder for at disposisjonen anses som en livsdisposisjon, noe som da får betydning overfor livsarvingene. Det er disposisjonens innhold vi må se på, ikke dens ytre form eller partenes oppfatning av den”.³⁰³

Tilsvarende ble uttalt i *Rt 1963 540*: ”Ved bedømmelsen av hvilken rettslig karakteristikk som kjennetegner disposisjonen, er det ikke avgjørende hva [testator] selv eller hennes hjelpere har ment herom. Det det kommer an på, er disposisjonens eget innhold og dens formål.”³⁰⁴

Så lenge avtalen er en gyldig livsdisposisjon, fordi testamentet var arvelaters ytelse i en gjensidig forpliktende avtale, er det for selve retten til gjøre kreditor krav gjeldende uten betydning at arvelaters mening var å gjøre medkontrahtenten til arving.

Fundamentet er fortsatt en gyldig gjensidig forpliktende avtale, men hvor uforutsette forhold gjør at den ene part (arvelater) ikke kan oppfylle helt i tråd med avtalen.

Vurderingen blir da på hvilke andre måter medkontrahtenten kan kreve kontrakten oppfylt. Hans kreditor krav må tilpasses hva partene hadde avtalt eller forutsatt. Det må med andre ord foretas en konkret tolking for å avklare hvilken motytelse

medkontrahtenten var tiltenkt.³⁰⁵ Var det eksempelvis meningen at medkontrahtenten skulle bære den risiko som normalt følger med posisjonen som (ventende) testamentsarving, eksempelvis at arvelater ikke kom til å etterlate seg noen

nettoformue, at testamentsarvingen må vike for livsarvinger og ektefelle osv?³⁰⁶

Dersom det var forutsatt at medkontrahtenten som arving måtte vike for arvelaters (øvrige) kreditorer, vil han likeledes i et insolvent dødsbo ikke ha krav på dividende.³⁰⁷

Konklusjonen er følgelig at dersom arvelaters motytelse etter avtalen var å gjøre medkontrahtenten til testamentsarving, men dette av arverettslige grunner ikke lar seg

³⁰³ Om dette uttaler *Lødrup*, Arverett § 22 III, side 232: ”At arvelater har brukt testamentsformen og kalt dokumentet testament, er naturligvis ikke til hinder for at disposisjonen anses som en livsdisposisjon, noe som da får betydning overfor livsarvingene. Det er disposisjonens innhold vi må se på, ikke dens ytre form eller partenes oppfatning av den”.

³⁰⁴ Saken omhandler en eldre dame hadde opprettet testament til fordel for sine leieboere, men hvor etter reglene om gjensidige testamenter hadde disponert over større verdier enn hun kunne. Høyesterett fant at det ikke dreide seg om en testasjon, men om en gjensidig forpliktende kontrakt. Det var rimelig klart at arvelaters hensikt var å kjøpe seg pleietjenester, og at formål med testamentet var å betale for levering av pleietjenester. Se også *Rt 1956 866* hvor Høyesterett, i forhold til spørsmålet om når et arvefall måtte anses å ha inntrådt, la vekt på at bestemmelsene i et gjensidig testament hadde til formål å opprettholde driften av et selskap og ikke overføring av arv.

³⁰⁵ Det kan sammenlignes med noe så banalt som at en kontrakt går ut på betaling i en bestemt valuta, som det på oppfyllestidspunktet ikke er mulig å oppdrive. Løsningen vil da være å regne om til en annen valuta, eventuelt slik at eventuelle særskilte grunner for valg av den fastsatte valuta hensyntas.

³⁰⁶ Risikoen for formfeil vil det neppe forekomme at partene mente at medkontrahtenten skulle bære.

³⁰⁷ Avtalen må i tilfelle oppfattes som en tredjemansavtale om prioritetsvikelser.

gjennomføre, må medkontrahenten som kreditor kunne kreve å bli satt i den posisjon han etter avtalen skulle hatt – såfremt avtalen oppfylder kravene til livsdisposisjon.

Jeg har for drøftelsen forutsatt at avtalen er en livsdisposisjon, og vist til den generelle fremstillingen i kapittel 24. I denne sammenheng er det likevel grunn til å fremheve et særlig forhold, og det er skillet mellom en *avtale* som er gjensidig forpliktende og to gjensidige, men uavhengige gavedisposisjoner. Et testament opprettet i takknemlighet over alt testamentsarvingen tidligere vederlagsfritt har gjort for arvelater medfører ikke at det etableres noen avtale. En avtale forutsetter at ytelse og motytelse er betinget av hverandre. På den annen side kan ensidige disposisjoner foretatt i arvelaters levetid likevel tenkes å være livsdisposisjon, ved at arvelater har foretatt disposisjonen for å sikre seg selv.³⁰⁸

34.6 Avtalen var ment som en livsdisposisjonsavtale, er en dødsdisposisjon og oppfylder testamentsformkravene

Denne problemstilling omfatter avtaler som ikke var ment som testamenter, men som likevel – av ulike grunner – oppfylder testamentsformkravene. Dette kan eksempelvis skyldes at partene oppfattet avtalen som så viktig at de ville ha vitterlighetsvitner, eller det kan dreie seg om et skjøte, en gaveektepakt osv.

Det må avgrenses mot de tilfeller avtalen virkelig er gjennomført som en livsdisposisjon, og likeledes mot de tilfeller hvor avtalen fortsatt anses som en livsdisposisjon fordi manglende oppfyllelse eksempelvis skyldes uventet død.

Der hvor det foreligger en reell dødsdisposisjon som oppfylder testamentsformkravene, vil det oppstå et krav om påvist testasjonsvilje. Testasjonsvilje må etter min mening oppfattes bredt. Det sentrale er at det ligger innenfor arvelaters ønsker at den berettigede løftemottaker eller medkontrahent skal overta gjenstanden eller verdiene etter arvelaters død. Det kan ikke kreves at arvelater hadde noen tanker om at

³⁰⁸ I *Rt 1995 996* vurderte retten blant annet når de ulike sider av avtaleforholdet mellom arvelaterne og medkontrahenten ble avtalt eller vedtatt. Vurderingen var ledd i avgjørelsen av om det var tilstrekkelig balanse mellom de ytelser medkontrahenten var tilgodesett med i testamentet og hans egne ytelser. Se også *LH 1997 588* hvor det var påstått at arvelaters overføring av en fast eiendom ikke var ledd i en avtale, fordi medkontrahenten allerede hadde ytt og antakelig også ville ha ytt uavhengig av arvelaters gaveoverføring av en fast eiendom. Saken gjaldt både spørsmålet om overføringen var en dødsdisposisjon og om det forelå en omstøtelig gave fra uskiftebo. Lagmannsretten tok ikke uttrykkelig stilling til ytelsenes avhengighet av hverandre, men foretok en helhetsvurdering av arvelaters disposisjon – hvor retten fant at overdragelsen var foretatt i arvelaters egen interesse og for å sikre ham selv, jf sitatet i note 294.

medkontrahenten skulle ha et arvekrav eller generelt ha posisjon av arving. Til sammenligning er det uten betydning om ektefellene i en dødsdisposisjonsektepakt oppfatter sin disposisjon som ekteskapsrettslig eller arverettslig, så lenge de har en forståelse av at dette dreier seg om det økonomiske oppgjøret ved den enes død, se pkt 43.3.

Kravet om testasjonsvilje er etter min mening også oppfylt for ensidige, ikke oppfylte gaveløfter opprettet i testaments form – selv om løftet opprinnelig ikke var ment som testament. Som regel vil det enten foreligge en livsdisposisjon fordi arvelater av utenforliggende og/eller uventede årsaker ikke har rukket å oppfylle gaven, eller det foreligger testasjonsvilje fordi arvelater har ombestemt seg for ikke å oppfylle i sin levetid. Mellomtilfeller kan tenkes hvor arvelater fortsatt mener å oppfylle gaveløftet i sin levetid, men først på et senere tidspunkt. Også i dette tilfelle foreligger det en testasjon i den forstand at oppfyllelse etter død er i tråd med arvelaters ønsker og at disse ønsker har kommet til uttrykk i et formriktig dokument. Det er først hvor det har vært en forutsetning for arvelater at gaven bare skal oppfylles i hans levetid at det ikke foreligger testasjonsvilje.

Dersom det foreligger en gjensidig forpliktende avtale, men forutsetningsvis uten tilstrekkelig realitet til å være en livsdisposisjon men formelt gyldig som testasjon, må avtalen normalt oppfattes som et betinget testament. Medkontrahentens testamentsarvekrav er således betinget av at han selv oppfyller sine forpliktelser etter avtalen.

34.7 Arvelater har ensidig opprettet testament i tillegg til avtalen
Situasjonen hvor partene er blitt enige om å dobbeltsikre et krav ved testament er behandlet ovenfor. Her skal jeg se på situasjonen hvor arvelater ensidig og uten at det var en del av avtalen har opprettet testament. Det avgjørende er i så fall arvelaters mening med testamentet.

Er det ment som et alternativt og valgfritt rettsgrunnlag er utgangspunktene de samme som hvor testamentet var en del av avtalen.

Er testamentet ment som sikkerhet for det tilfellet at avtalen ikke skulle være gyldig, må det foretas en tolking av hvilke betingelser som må være oppfylt før

medkontrahtenten kan kreve arv etter testamentet. Er testamentet eksempelvis bare ment som en sikring mot at avtalen skulle bli ansett som en dødsdisposisjon, må medkontrahtenten antakelig selv bære risikoen for oversittelse av proklamafristen. Annerledes hvis testamentet er ment å dekke situasjonen hvor medkontrahtenten av en eller annen grunn ikke får oppfylt sitt kreditorkrav. Løsningen må i det enkelte tilfelle bero på en tolking av testamentet.

Den nærmere fastsettelsen av testamentsarvekravet eller medkontrahtentens skifterettigheter må videre bero på en konkret tolking av testamentet. Det kan eksempelvis tenkes at selv om testamentet gir medkontrahtenten lodd i boet, var det ikke arvelaters mening å gi ham loddeierrettigheter, se sl § 61 fjerde ledd.

Selv om tolkingen er subjektiv, kan likevel avtalen få betydning som tolkingsmoment dersom det må antas at arvelater med testamentet mente å oppfylle sine kontraktsforpliktelser.

Hvor arvelater oppretter testament selv om dette ikke er direkte avtalt må det videre vurderes om opprettelsen bygger på en misforstått forpliktelse, og derfor rammes av bortfallsreglene i al § 57 annet ledd annet punktum, som må gjelde tilsvarende for opprinnelig uriktige forutsetninger, jf også prinsippet i al § 65 annet ledd.³⁰⁹

34.8 Arvelaters forpliktelse var å opprette testament

Det er intet til hinder for at påtar seg en avtalerettslig forpliktelse til å opprette testament. Et typisk eksempel er hvor medkontrahtenten har betalt vederlag for avkall til arvelaters livsarving og arvelater til gjengjeld har forpliktet seg til å opprette testament til fordel for medkontrahtent. Opprettelse av testament krever en fri og personlig testasjonsvilje. Avtalen kan derfor ikke direkte tvangsgjennomføres og avtaleforpliktelsen gir i seg selv ikke arverett. En avtale om plikt til å opprette testament har imidlertid ikke et ugyldig innhold. Det kan sammenlignes med arbeidsavtaler og andre avtaler hvor den avtalte ytelse er av streng personlig karakter. Se kapittel 55.

³⁰⁹ Se *Unneberg*, Arveretten side 132.

I de tilfeller avtalen ikke er oppfylt, eksempelvis fordi arvelater har unnlatt å opprette testament eller testamentet er ugyldig, har det avgjørende betydning om avtalen i seg selv er en livs- eller dødsdisposisjon. Er avtalen en livsdisposisjon, foreligger det i realiteten ingen arveavtale og medkontrahenten kan som kreditor i boet kreve kontrakten oppfylt. Går livsdisposisjonsavtalen ut på at medkontrahenten skal overta formuesgoder i arvelaters dødsbo til gjengjeld for motytelser arvelater har mottatt i sin levetid, er det uten betydning at partene trodde at dette måtte gjøres i testament, jf *Rt 1963 540*.

Se også *Andenæs*, Arvepakt side 73-74: "Er det 'testament' A her forplikter seg til å opprette, egentlig et testament i betydningen dødsdisposisjon? Kan ikke B hevde at pleieavtalen i virkeligheten er en livsdisposisjon, og at avtalen om å opprette testament i virkeligheten er en 'foravtale' av prinsipielt samme art som undertiden forekommer ved andre livsdisposisjoner?"

Det utilsiktede forhold at medkontrahenten er blitt kreditor og ikke arving kan ikke uten videre gi medkontrahenten fordeler som ligger utenfor hans rett etter avtalen. Det avgjørende er hvilke rettigheter avtalen tok sikte på å gi medkontrahenten, ikke hvilken posisjon han etter skifterettslige regler ville hatt som arving. Har eksempelvis partene oversett pliktdelsreglene, eller at en gjenlevende ektefelle har begrenset testasjonsrådighet over et uskiftebo, er dette uten betydning så lenge avtalen tok sikte på å gi medkontrahenten arverettigheter uhindret av disse arverettslige begrensninger.³¹⁰

Det avgjørende er hvilke rettigheter partene i avtalen tok sikte på å gi medkontrahenten. Var den generelle usikkerhet som knytter seg til posisjonen som testamentsarving innbakt i avtalen, må på den annen side de arverettslige forhold også tas i betraktning ved fastsettelse av hva medkontrahenten kan kreve som kreditor i boet. Det må i tilfelle bero på en konkret avtaletolking hvilke risikoer medkontrahenten har overtatt.

Er testamentet formuriktig som følge av arvelaters bevisste eller uaktsomme handling, foreligger det et uredelig forhold som kan gi medkontrahenten erstatningskrav – på samme måte som hvor arvelater bevisst har unnlatt å opplyse om at han har livsarvinger. Er avtalen en livsdisposisjon, vil medkontrahenten normalt

³¹⁰ Se igjen som eksempel *Rt 1963 540* hvor arvelater nok hadde oversett at hennes testasjonsrådighet var begrenset fordi hun selv hadde overtatt formuen iht gjensidig testament.

kunne kreve oppfyllelse – enten som ordinær kreditor etter avtalen eller ved å fremme et erstatningskrav som følge av misligholdet, se kapitlene 35 og 36.

Dersom avtalen er en dødsdisposisjon og det heller ikke er opprettet gyldig testament, står medkontrahenten i utgangspunktet uten rettigheter i boet, se pkt 35.1 om krav til gyldig avtale. Et løfte om å opprette testament uten at arvelater i sin levetid har mottatt tilstrekkelige gjenytelser til å gjøre avtalen til en livsdisposisjon, er i realiteten et dødsgaveløfte, som iht al § 35 og § 53 likestilles med et testament, se pkt 24.5.

Dersom medkontrahenten har ytt noe i arvelaters levetid, men ikke nok til å gjøre avtalen til en livsdisposisjon, må han som utgangspunkt kunne kreve tilbakeføring eller erstatning, se pkt 35.3 jf kapittel 36.

Se videre den generelle drøftelse om forpliktelser til å opprette testament i kapittel 55, samt pkt 54.8 om avtaler som omfatter arvepakter.

35 Dødsboet angriper arvelaters avtaler under henvisning til arverettslige regler

35.1 Kontraktsrettslig ugyldighet eller mislighold som følge av arverettslige ugyldighetsregler – oversikt og avgrensninger

Felles for de situasjoner som skal behandles i dette kapitlet er at medkontrahenten etter avtalen mener å ha krav på oppfyllelse i arvelaters dødsbo, men at hans dødsbo motsetter seg dette under henvisning til arverettslige regler. Dette omfatter en rekke ulike situasjoner, men som har en rekke felles trekk. For det første har vi de tilfeller hvor medkontrahenten mener å ha et kreditorkrav mot arvelater, men hvor dødsboet hevder at avtalen er ugyldig som dødsdisposisjon. Om forholdet mellom livsdisposisjonsavtaler og testamenter, se kapittel 34 og for denne gruppen særlig pkt 34.6.

For det annet omfattes den beslektede situasjon hvor et regulært testament nektes oppfylt fordi det ikke oppfyller arverettslige krav til form, innhold osv. Forskjellen fra den første gruppen er at det i utgangspunktet er et arvekrav som

fremsettes, men hvor det til tross for de arverettslige ugyldighetsregler kan tenkes at kravet likevel kan være gyldig som livsdisposisjonsavtale, se blant annet pkt 34.5.

Ytterligere beslektet har vi for det tredje tilfeller hvor arvelater har forpliktet seg til å opprette testament, men har unnlatt dette eller testamentet er ugyldig, se blant annet pkt 34.8 og kapittel 55.

Som en fjerde gruppe har vi legalarveavtaler som har et ulovlig innhold, eksempelvis overdragelse av ventet arv.

I de fleste tilfeller vil det ofte dreie seg om en utenforstående – medkontrahenten – som har hele dødsboet som motpart, men det kan også være en av arvingene som fremmer et kreditorkrav eller et testamentsarvekrav som reduserer de øvrige arvelodder. Tilsvarende gjelder for ulovlige legalarveavtaler at de omfatter både tilfeller hvor utenforstående, enten en tredjemann som krever arv i henhold til en avhendelsesavtale eller hvor en aktuell arvinger livsarvinger hevder at legalarveavtalen har et ulovlig innhold, og de tilfeller hvor de aktuelle arvinger tvister om den interne fordeling dem i mellom. De skifteprosessuelle problemstillinger de ulike konstellasjoner reiser går jeg ikke nærmere inn på her.

Derimot må det skilles mellom de tilfeller hvor kravet er rettet mot arvelater og/eller dødsboet som sådant, og de tilfeller hvor det fremsettes krav mot den enkelte arving. Medkontrahenten som har kjøpt ventet arv retter eksempelvis krav mot den avhendende arving etter at dødsboet har nektet å ta hans krav til følge. Den siste type krav faller utenfor dette kapitlet, men behandles kort i forbindelse med fremstillingen omkring avhendelse av ventet arv (se kapittel 62).

Rett til arv kan i utgangspunktet bare bygge på arvelaters testament eller lovens fordelingsregler, herunder også de lovregulerte arvefordelingsavtaler. Skal en avtale nektes oppfylt under henvisning til arverettslige regler må det følgelig være fordi avtalen i realiteten er en testasjon i strid med testamentsreglene med hensyn til form, innhold osv, eller at arveavtalen har et innhold som faller utenfor lovens regler om gyldige legalarveavtaler.

En avtale som etter sitt innhold er en dødsdisposisjon er ugyldig dersom den ikke er opprettet i testaments former, se al § 60 jf al §§ 48, 49 og 53 – og kan dessuten komme i strid med pliktdelsreglene, se al § 7 og § 29 jf § 35. Manglende oppfylting av formkravene gjør testamentet ugyldig i sin helhet, mens strid med pliktdelsreglene normalt bare fører til at testasjonen reduseres.

Delvis ugyldighet kan derfor forekomme, eksempelvis dersom et dødsaveløfte oppfyller testamentsformkravene, men er pliktdelskrenkende.

Det må videre avgrenses mot dødsdisposisjoner som er ikke-arverettslige, eksempelvis dødsdisposisjonsektepakter og livsforsikringsavtaler, som er gyldige selv om de etter arverettslige regler ville vært ugyldige dødsdisposisjoner.

Før det reises spørsmål om virkningen av de arverettslige regler, må avtalens nærmere innhold fastlegges. Dette omfatter både avtaletolking og avtalerevisjon. Mislighold foreligger i følge *Hov* når oppfyllelsen ikke er i samsvar med hva som følger av kontrakten – ferdig tolket og utfylt.³¹¹ Tilsvarende gjelder for spørsmål om arverettslig ugyldighet og ugyldighetsvirkninger.³¹² Det må videre vurderes om det foreligger hel eller delvis ugyldighet, herunder om det er mulig å ”skjære bort” det lovstridige innhold og la resten av avtalen bestå.³¹³

For at det skal bli snakk om misligholdsbeføyelser i vanlig forstand må det foreligge en gyldig avtale. Hvis avtalen som skulle sikre medkontrahenten oppfyllelse i arvelaters dødsbo er ugyldig etter arverettslige regler – enten det gjelder regler om formkrav, begrenset testasjonsrådighet eller ugyldig innhold – foreligger ingen gyldig avtale medkontrahenten kan bygge sitt krav på.

Avtalen vil derved også etter avtalerettslige regler være (helt eller delvis) ugyldig. Som ugyldig etter arverettslige regler er avtalen også uforpliktende i henhold til NL 5-1-2, idet den ”er imod Loven”. Avtaler i mot loven må i denne sammenheng omfatte både lovregler som oppstiller formkrav som gyldighetsvilkår og regler som forbyr et bestemt innhold.

Det har vært drøftet om NL 5-1-2 har noen selvstendig betydning, eller om den direkte er misvisende – idet lovstrid ikke nødvendigvis medfører avtalerettslig ugyldighet.³¹⁴ I denne sammenheng dreier det seg imidlertid kun om lovregler som etter sitt eget innhold direkte går ut på at en avtale eller disposisjon er ugyldig. I et tåkete grenseland mellom arverett og avtalerett har også en uttrykkelig

³¹¹ *Hov*, Kontraktsrett II side 45.

³¹² Eksempelvis kan det tenkes at en avtale formulert som avhendelse av ventet arv i realiteten er – eller kan tolkes som – en avtale om medkontrahentens betingede rett til å få overta en gjenstand dersom arvingen får den utlagt på skiftet.

³¹³ Se *Hov*, Kontraktsrett I side 184 og side 195-196.

³¹⁴ Se blant annet *Hov*, Kontraktsrett I side 210.

lovbestemmelse sin selvstendige verdi. Avtaleloven, som regulerer avtaleslutning og ugyldighet, inneholder ingen bestemmelser om ugyldighet grunnet innhold eller om formkrav.

For dødsdisposisjonsavtalene vil ugyldigheten i mange tilfeller bero på det som oppfattes som ulovfestede regler om grensen mellom livs- og dødsdisposisjoner. Det kan likevel ikke være tvilsomt at ugyldighetsgrunnen i disse tilfeller er lovfestede formkrav for denne type avtaler – på samme måte som en formløs avtale mellom ektefeller er ugyldig som følge av formkravene i el § 54. Den arverettslige grensedragnings mellom livs- og dødsdisposisjoner kan videre sammenlignes med den ekteskapsrettslige problemstilling om når det foreligger en vanlig formuerettslig avtale og når det foreligger en avtale om formuesordningen.³¹⁵ I begge tilfeller dreier det seg om tolking av lovfestede ugyldighetsregler.

Virkningene av ugyldigheten avgjøres både etter avtalerettslige og arverettslige regler.

For det første kan det tenkes både *hel og delvis* ugyldighet. Manglende oppfyllelse av formkrav fører normalt til hel ugyldighet, men det kan tenkes at avtalen omfatter flere disposisjoner, hvorav bare noen er dødsdisposisjoner. Tilsvarende kan legalarveavtaler inneholde flere bestemmelser hvorav bare enkelte er lovstridige.

Ugyldighet som følge av arverettslige regler er normalt *sterke ugyldighetsgrunner*, idet medkontrahentens (eller annen adressats) gode eller onde tro er uten betydning. Er formkravene i et testament eller en arvepakt ikke oppfylt, hjelper det lite om medkontrahenten eller testamentsarvingen er i god tro. Medkontrahentens gode eller onde tro kan imidlertid få betydning i et medvirkningsperspektiv ved erstatningskrav rettet mot dødsboet, se pkt 36.

Det må videre skilles mellom *relative og absolutte ugyldighetsgrunner*. Også her virker de arverettslige regler sammen med de avtalerettslige.

Avtalerettslig er det intet i veien for at dødsboet oppfyller et formuriktig *testament*, eller gir medkontrahenten etter en dødsdisposisjonsavtale status enten som testamentsarving eller som kreditor. Arverettslig reiser heller ikke slike situasjoner særlige problemer, idet godtakelsen etter skifterettslige regler krever arvingenes

enighet enten det skiftes privat eller offentlig.³¹⁶ I disse tilfellene aksepterer arvingene arvelaters testasjoner eller avtaler som etter relative ugyldighetsgrunner er angripbare, hvilket også rent menneskelig anses som en vakker gest.³¹⁷ En slik aksept av arvelaters disposisjoner regnes heller ikke som avslag på falt arv.³¹⁸

Innsigelser mot ugyldige testamentariske disposisjoner må dessuten fremsettes innen de frister som oppstilles i al § 70 annet ledd.

Noe annerledes blir utgangspunktene for ugyldige *legalarveavtaler*. Kan arvingene etter arvefallet godkjenne en avtale om avhendelse av ventet arv – som selv ikke med arvelaters samtykke ville vært gyldig? Dette spørsmålet må avgjøres etter arve- og skifterettsrettslige regler. Den overdragende arving kan selv oppnå en faktisk delvis godkjenning ved å overdra sin falte arvelodd (hvilket ikke gir medkontrahent full status som arving, se pkt 62.6). Hvis derimot dødsboet som sådant skulle godkjenne medkontrahenten posisjon som arving, ville det kunne oppstå tvist i forhold til arvingenes egne livsarvinger om hvorvidt godkjenningen av de ugyldige legalarveavtaler innebærer et uhjemlet avslag på falt arv, jf al § 74 tredje ledd.³¹⁹ Etter min mening oppfanges arvefordeling i henhold til ugyldige legalarveavtaler av reglene om avslag på falt arv, som følgelig de aktuelle arvingers livsarvinger kan angripe. Dette gjelder enten det dreier seg om avhendelse av arverett til tredjemann, ugyldig avkall til fordel for tredjemann eller medarving, eller generelt ugyldige forhåndsavtaler om arvets fordeling.

Er avtalen ugyldig fritas selvfølgelig også medkontrahenten fra eventuell egen plikt til å yte, og kan normalt kreve tilbakeført eventuelle egne ytelser som allerede er ytt. Tilbakeføring (eller tilbakehold) vil være aktuelt ved gjensidig forpliktende avtale som ikke har hatt slik realitet i arvelaters live at de er livsdisposisjoner, eller hvor det

³¹⁵ Se eksempelvis *Rt 2006 168*.

³¹⁶ Under offentlig skifte kan ikke tingretten treffe noen judisiell avgjørelse av et slikt innhold fordi medkontrahenten forutsetningsvis ikke har et gyldig rettsgrunnlag. Heller ikke kan tingretten som skifteforvalter foreta en slik forføyning, idet den krever enighet mellom loddeierne, se sl § 19. Det er alminnelig antatt at avgjørelser under privat skifte må treffes ved enighet – eventuelt gjennom fullmektig. En slik lovregel er også foreslått av Skiftelovutvalget i *NOU 2007: 16*. (Personlig er jeg ikke enig i dette, men det får bli en annen diskusjon.)

³¹⁷ Også arveavgiftsrettslig vil en aksept av arvelaters formuriktige og pliktdelskrenkende testamenter kunne aksepteres, se aal § 6 annet ledd.

³¹⁸ Se *Hambro*, Arveloven side 572 jf side 438, *Lødrup*, Arverett § 8 IV, side 101 og *Unneberg*, Arveretten side 261-263.

foreligger en gjensidig forpliktende, men ugyldig legalarveavtale – eksempelvis om avhendelse av ventet arv. Se nærmere pkt 35.3.

I den utstrekning et tilbakeføringskrav ikke kan gjennomføres, og teoretisk sett også for andre tapsposter, kan medkontrahenten i utgangspunktet kreve erstatning for den negative kontraktsinteresse. Fordi dette ”forutsetter et særskilt ansvarsgrunnlag i form av en eller annen form for uaktsomhet hos den ansvarlige” behandles dette under kapittel 36 sammen med spørsmålene om alminnelige erstatningskrav mot arvelater.³²⁰

Dersom det foreligger en ensidig forpliktelse for arvelater, foreligger det normalt en dødsdisposisjon som krever testaments form for å være gyldig, og hvor den avtalte ytelse – rett til arv – ikke kan kreves oppfylt uten at det foreligger et arverettsgrunnlag. Normalt vil det ikke foreligge noen negativ kontraktsinteresse. Det kan videre vanskelig tenkes grunnlag for erstatning etter vanlige erstatningsregler. Årsaken til den tapte arverett vil lett anses omfattet tapet av løftemottakers objektive egenrisiko, se nærmere kapittel 36.

35.2 Dødsboet krever tilbakelevering grunnet ugyldig dødsdisposisjonsavtale

Som regel går tvister om arverettslig ugyldighet ut på at dødsboet nekter å etterkomme krav fra medkontrahenten. Det kan imidlertid også tenkes at dødsboet krever tilbakeført det arvelater har ytt i sin levetid under henvisning til at ytelsen er gjort på grunnlag av en ugyldig arvefordelingsavtale. Om ugyldighet som følge av avtalerettslige regler, se pkt 35.5.

Det er bare arvelaters allerede presterte ytelser i henhold til en dødsdisposisjonsavtale som kan danne utgangspunkt for dødsboets tilbakesøkningskrav. Både legalarveavtaler og testamentsavtaler går ut på at medkontrahenten kan kreve arv fra dødsboet. Den situasjon som her skal behandles er at dødsboet krever tilbakeført ytelser arvelater allerede har ytt noe, men hvor ytelsene ikke innebar tilstrekkelig realitet til gjøre disposisjonen til en livsdisposisjon. Det foreligger eksempelvis en avtale om at medkontrahenten skal overta arvelaters faste

³¹⁹ Jeg ser bort fra de arveavgiftsrettslige spørsmål, som normalt forutsetter arverettslig korrekt fordeling, se aal § 6 første ledd jf blant annet § 8 tredje ledd.

³²⁰ *Hov*, Kontraktsrett I side 193.

eiendom, hjemmelen er overskjøttet, men i det øvrige har arvelater disponert over eiendommen som før.

Som nevnt ovenfor, må det avgrenses mot misligholdte livsdisposisjonsavtaler. Skal avtalen anses ugyldig i henhold til arverettslige regler, må det være fordi man finner at avtalen reelt sett bare gikk ut på hjemmelsoverføring i live, slik at det var forutsatt at arvelater skulle disponere eiendommen fritt så lenge han levde.³²¹ Hvis avtalen opprinnelig var reell – det skulle skje en fullstendig bruksovertakelse, men arvelater har unnlatt å flytte ut – må det vurderes om medkontrahenten har akseptert en avtalerevisjon (slik at den gyldige avtalen ble erstattet av en ugyldig), eller om den opprinnelige gyldige avtale fortsatt står ved lag (men er misligholdt). I siste tilfelle beror det på avtalerettslige regler om medkontrahenten fortsatt har sin rett etter kontrakten i behold, slik at den – eventuelt i form av misligholdsbeføyelser – kan gjøres gjeldende overfor dødsboet.

Dersom kontrakten er en ugyldig dødsdisposisjon, er realiteten at medkontrahenten aldri har blitt eier, slik at dødsboet krever tilbakelevert eiendeler som arvelater fortsatt eide ved sin død. I eksemplet ovenfor, hvor eiendommen ikke var tatt i bruk av medkontrahenten, vil dødsboets krav være tilbakeskjøting av hjemmelen.³²² Medkontrahenten kan på samme måte kreve sine ytelser tilbakeført, jf nedenfor.

35.3 Medkontrahentens rett til tilbakehold eller tilbakeføring

Dersom det er på det rene at arving eller arvelater ikke kan oppfylle, oppstår spørsmålet om medkontrahentens rett til å holde egen ytelse tilbake, eventuelt til å kreve tilbakeføring dersom han allerede har ytt. Grunntanken bak en slik rett er generelle rettsferdighetsprinsipper, eller mer konkretisert hensynet til balanse i avtaleforholdet. Tilbakeholdsretten tjener dessuten som en sikkerhetsrett.³²³

Avtaleloven inneholder ingen generelle regler om tilbakeholdsrett, men særskilte

³²¹ Avgjørende i disse tilfellene er ikke bare hvor mye arvelater har gitt fra seg, men like mye den positive betydning for arvelaters levetid. En avtale om at eiendommen overføres til tredjemann, mot at denne tar seg av både eiendom og arvelater, slik at arvelater kan bo sorgløst i sitt eget hjem resten av sin levetid, vil lett aksepteres som livsdisposisjon. Annerledes hvor formålet kun er å foregripe arveoppgjøret.

³²² Får de en dom på at arvelater hele tiden har vært eier, kan hjemmelen tilbakeføres i henhold til dommen. For dødsboet er det derfor viktig at deres påstand går ut på at arvelater hele tiden har vært eier, og ikke at medkontrahenten plikter å føre eiendomsretten tilbake til dødsboet.

³²³ *Hov*, Kontraktsrett II side 140-141, samt side 257 om forventet mislighold.

regler finnes i kjøpsloven, avhendingsloven osv.³²⁴ Bestemmelsene gir uttrykk for generell ulovfestet kontraktsrett.³²⁵

Det samme avtalerettslige prinsipp er også kommet til uttrykk i dekl § 7-2. Reglene gjelder ved gjeldsforhandling og konkurs, samt ved offentlig skifte av insolvent dødsbo, se dekl § 1-6 annet ledd. Åpningen av konkurs, gjeldsforhandling eller insolvent dødsboskifte er imidlertid ikke i seg selv tilstrekkelig hjemmel for tilbakeholdsrett. I tillegg kreves at skyldneren må mangle midler til å oppfylle sin del av en gjensidig tyngende avtale i rett tid. Er det åpnet konkurs eller insolvent dødsboskifte, vil imidlertid manglende oppfyllelse være lett å sannsynliggjøre, idet det kreves at debitor er varig ute av stand til å oppfylle sine forpliktelser, se kkl § 61.

I mangel av særlige tilbakeholdsregler for dødsboskifter, må de generelle ulovfestede regler og dekningslovens regler anvendes så langt de passer.

35.4 Virkninger i flerpartsforhold

Det kan tenkes flerpartsavtaler hvor ugyldighet mellom to av partene også får konsekvenser for den tredje. I det klassiske eksemplet om arvelater som skulle ha opprettet gyldig testament til fordel for en tredjemann som har utbetalt en pengesum til arvelaters livsarving som rimelig vederlag for dennes avkall på ventet arv, vil testamentets ugyldighet innebære en bristende forutsetning for hans utbetaling til arvelaters livsarving – og uansett gjøre den urimelig. Han må derfor kunne kreve avtalen revidert overfor begge to, med tilbakebetalingskrav overfor livsarvingen og eventuelt et erstatningskrav overfor arvelaters dødsbo.

35.5 Dødsboet påberoper seg avtalerettslige ugyldighetsregler

Som en fortsettelse av de problemstillinger som reises når dødsboet gjør innsigelser overfor arvelaters medkontrahenter, bygget på arverettslige regler, nevnes at det selvfølgelig ikke er noe i veien for at dødsboet som arvelaters rettsetterfølgere også påberoper seg avtalerettslige ugyldighetsregler. Det må imidlertid presiseres at dette i så fall skjer på vegne av arvelater. Dødsboet kan i prinsippet kreve en livsdisposisjonsavtale satt til side som urimelig, men da må begrunnelsen være at den

³²⁴ Se oversikt i *Hov*, Kontraktsrett II side 140-141.

var urimelig overfor arvelater – og at arvelater selv kunne ha krevd den tilsidesatt. Dette innebærer ikke bare en vurdering av om avtalen var ubalansert i forhold til arvelater, men også om dette var noe han selv ønsket. I rettspraksis finnes mange eksempler på at arvelater har betalt svært dyrt for stell og pleie i sine siste år – se eksempelvis *Rt 1963 540*. Hvis avtalen er noe arvelater selv tok initiativ til, og selv var fornøyd med, kan dødsboet vanskelig høres med sin anførsel om manglende balanse i avtalen. Manglende balanse i en slik avtale vil i stedet være et argument for å betrakte avtalen som en dødsdisposisjon, se eksempelvis *Rt 1995 996*.

Generelt må det i forhold til avtl § 36 vurderes hvorfor arvelater ikke selv angrep avtalen. Kan det tenkes at arvelater og medkontrahenten har blitt enige om at avtalen fortsatt står ved lag selv om bristende forutsetninger har inntrådt?

I praksis vil det derfor som oftest være ugyldighetsgrunner knyttet til avtaleinngåelsen dødsboet kan påberope seg, eksempelvis svik og tvang og dessuten forhold som omfattes av avtl § 33.

36 Erstatning for manglende oppfyllelse av arvefordelingsavtale

36.1 Mulige erstatningsposter og grunnlag

Manglende oppfyllelse av en gyldig arvefordelingsavtale kan skyldes mislighold fra arvelaters side, og da foreligger en ordinær kontraktstvist – dog slik at avtalen ikke kan kreves gjennomført etter sitt innhold. Erstatning for den *positive kontraktsinteresse* vil stort sett bare være aktuelt hvor arvelater i en livsdisposisjonsavtale har påtatt seg en uttrykkelig forpliktelse til å gjøre medkontrahenten til testamentsarving, og hvor testament ikke er opprettet eller er ugyldig etter arverettslige regler. Denne situasjon er beskrevet under pkt 35.1, med henvisning til pkt 34.5 og pkt 34.8.

Erstatning for den *negative kontraktsinteresse* ved ugyldige arvefordelingsavtaler vil som nevnt under pkt 35.1 normalt kreve uaktsomhet fra arvelater, og dreier seg i det vesentlige om de samme vurderinger må gjøres etter

³²⁵ *Hov*, Kontraktsrett II side 141.

alminnelige erstatningsregler.³²⁶ Disse spørsmål behandles derfor nedenfor under ett.³²⁷

Når en medkontrahent krever erstatning fra dødsboet fordi en arvefordelingsavtale ikke er oppfylt, eksempelvis fordi et testament er ugyldig, oppstår spørsmålet om et erstatningskrav innebærer en utillatelig omgåelse av arvelovens ugyldighetsregler. Dette spørsmålet behandles generelt i pkt 36.4.

36.2 Erstatningskrav basert på alminnelige erstatningsregler

Enten kravet er formulert som erstatning for den negative kontraktsinteresse eller etter alminnelige erstatningsregler (deliktansvaret), er det skyldansvar som er det mest aktuelle ansvarsgrunnlaget. Det sentrale i begge relasjoner er om arvelater i den aktuelle sammenheng kan bebreides. Inspirert av skl § 2-1 må det spørres om arvelater har tilsidesatt de krav medkontrahenten med rimelighet kunne stille til ham. Mer konkret er spørsmålet om arvelater – enten ved kontraktsinngåelsen eller senere – kunne innse at hans handlinger eller unnlatelser kunne komme til å påføre medkontrahenten et tap, og dessuten at arvelater ved handlinger eller unnlatelser medkontrahenten med rimelighet kunne forvente av ham kunne ha forhindre tapet.

Ved erstatningsspørsmålet må også skadelidtes, dvs medkontrahentens, forhold tas i betraktning. Dette gjelder både ved vurderingen av arvelaters uaktsomhet og i et årsaksperspektiv. Dersom også medkontrahenten er å bebreide, må ansvaret mellom partene fordeles etter medvirkningsreglene i skl § 5-1. Betydningen av medkontrahentens forhold vil her vurderes både i et skyldperspektiv og i et årsaksperspektiv. For at medvirkningsreglene skal komme til anvendelse, er det et inngangsvilkår at medkontrahenten ”har medvirket til skaden ved egen skyld”. Ansvarsfordelingen skjer ut fra en vurdering av skyldgrad hos både arvelater og medkontrahenten (”atferden”), og atferdens ”betydning for at skaden skjedde”. Nedenfor behandler jeg de mulige klanderverdige forhold på begge sider under ett.

³²⁶ *Hov*, Kontraktsrett I side 192 påpeker at ”spørsmålet om ansvar for negativ kontraktsinteresse i bunn og grunn er et spørsmål om uaktsomhetsansvar *utenfor* kontraktsforhold for når avtalen er ugyldig, foreligger det ingen kontrakt”.

³²⁷ Om forholdet mellom erstatning i og utenfor kontrakt, se også *Lødrup*, Lærebok i erstatningsrett side 38-40 og *Nygaard*, Skade og ansvar side 7-8.

Etter vanlige erstatningsrettslige regler kreves for det første en *faktisk årsakssammenheng* mellom arvelaters uaktsomhet og medkontrahentens påviste tap. Tapet må dessuten være en *adekvat (påregnelig og nærliggende) følge* av det ansvarsbetingende forhold.³²⁸ Dersom det foreligger samvirkende årsaksfaktorer som det ikke kan knyttes noe ansvarsgrunnlag til (dvs at medkontrahenten utgjør selv en nødvendig betingelse, men uten at han kan bebreides) vil vurderingen være om arvelaters bidrag som årsaksfaktor ”har vært så vidt vesentlig i årsaksbildet at det er naturlig å knytte ansvar til den”, jf blant annet *Rt 1992 64*. Formulert – i samme dom – på en annen måte vil en årsaksfaktor som er nødvendig, men i seg selv ikke tilstrekkelig til å forvolde skaden, kunne være ansvarsbetingende, med mindre den betraktes ”som et lite vesentlig element i skadebildet i forhold til en annen årsak som anses som den dominerende”.³²⁹

I tråd med nyere rettspraksis omkring adekvat årsakssammenheng må det i forhold til kravet om påregnelig og nærliggende skadefølge foretas en helhetlig vurdering av om det er naturlig og rimelig å la ansvarsgrunnlag også omfatte upåregnelige eller avledede skadefølger, se *Rt 2007 158* og *Rt 2007 172*. Grunnen til at en skadeutvikling blir upåregnelig er som regel at andre årsaksfaktor spiller inn. Påregnelighetsvurderinger vil dessuten ofte være en del av vurderingene knyttet til ansvarsgrunnlaget – eksempelvis om det forelå en synbar risiko for skade.

Det tap som kreves erstattet er et rent formuestap. Medkontrahenten har ikke blitt påført noen fysisk skade. Det har vært diskutert om det gjelder andre regler for rene formuestap (ikke-integritetskrenkelser).³³⁰ Etter min mening er det ingen

³²⁸ Se eksempelvis *Rt 2007 158* avsnitt 62: ”Det følger av P-pilledom II, Rt-1992-64, at bilulykken vil være årsak til skaden dersom man kommer til at skaden ikke ville ha inntrådt dersom bilulykken tenkes borte. Det vil si at bilulykken må være en nødvendig betingelse for at skaden inntreffer. I tilfelle skaden er et resultat av samvirke mellom flere årsaksfaktorer, må ulykken framstå som et så pass vesentlig element i årsaksbildet at det er naturlig å knytte ansvar til den. Det er et ytterligere vilkår for ansvar at skaden framstår som en adekvat følge av ulykken.”

³²⁹ Se som eksempel på den ene side *Rt 2001 320*: ”Selv om det er forhold i As personlighet som står mest sentralt i årsaksbildet, og sykdomsutviklingen i noen grad kan være påvirket av at det ikke på et tidligere tidspunkt ble stilt riktig diagnose, spiller trafikkulykken etter min oppfatning en så vidt vesentlig rolle i årsaksbildet at det er rimelig å knytte ansvar til den.” Og på den annen side *Rt 2007 158* avsnitt 75: ”Det sentrale særtrekk ved adekvansvurderingen i forbindelse med denne skaden, og som skiller den fra det som var tilfelle i *Rt-2001-320*, er at den ikke har direkte tilknytning til selve ulykken. Ulykken er her en indirekte skadeårsak. Det er skadelidtes egen forestilling og forklaring på sine plager, der disse hele tiden henføres til ulykken, som gjør at denne bidrar til skadeutviklingen. Dette gir skaden et klart indirekte og avledet preg i forhold til ulykken, noe som taler mot å la skaden bli omfattet av bilansvaret.”

³³⁰ Se eksempelvis *Viggo Hagstrøm*, *Culpanormen*, 4. utgave 1985 side 46-57.

spesialregler som kommer til anvendelse ved slike tap. Rene formuestap er også en interesse som i utgangspunktet nyter erstatningsrettslig vern, jf skl § 4-1.

Den tapte interessens art og skadelidtes tilknytning til den, får likevel betydning for anvendelsen av de generelle regler både om ansvarsgrunnlag og årsakssammenheng. Kontraktgjenstandens art – etterlatt formue, ventet arv osv – vil eksempelvis lett føre til at et erstatningskrav faller bort ut fra et medvirkningssynspunkt, selv om også arvelater skulle være å bebreide, jf nedenfor.³³¹

Det kan fremstå som urettferdig at en godtroende medkontrahent skal bli møtt med innsigelsen om at en avtale i realiteten er et ugyldig testament. Det følger imidlertid av reglene om livs- og dødsdisposisjoner at denne innsigelsen ikke kan komme helt overraskende på ham. En dødsdisposisjonsavtale går som regel ut på at arvelater først skal yte etter sin død. Når det av avtalen fremgår at det er dødsfallet som utløser medkontrahentens rett til å kreve oppfyllelse, burde de fleste reflektere over forholdet til arvereglene. For de fleste fremstår det ikke som overraskende at fordeling av etterlatt formue skal skje ved testament. Enda mer gjelder dette når det dreier seg om gaveløfter. Til sammenligning foreligger det normalt ingen dødsdisposisjon dersom årsaken til at avtalekravet fremmes mot dødsboet, er at avtaleparten uventet døde. Så lenge formålet står sentralt i avgjørelsen av om det foreligger en livs- eller dødsdisposisjon, vil derfor innsigelsen om arverettslig ugyldighet sjelden komme helt overraskende.

Dersom en opprinnelig livsdisposisjonsavtale ikke er gjennomført slik partene opprinnelig tenkte, slik at den ved arvelaters død ikke har medført noen realitet for ham, er det andre betraktninger som må anlegges. For at avtalen i slike tilfeller skal tilsidesettes som en dødsdisposisjon, må det konstateres at den på en eller annen måte underveis er omgjort til en dødsdisposisjonsavtale, eksempelvis gjennom stilltiende avtalerevisjon. Dreier det seg om arvelaters mislighold av sin plikt til å yte i live, foreligger det som nevnt fortsatt en livsdisposisjonsavtale – og en misligholdt livsdisposisjonsavtale.

³³¹ Se også *Nils Nygaard*, Skadebot for bortfall av forventede gode, inntatt i *Rett og toleranse*, Festskrift til Helge Johan Thue, Oslo 2007 side 787 flg.

Antakelig vil de fleste tvister hvor boet påstår at det foreligger en dødsdisposisjon, dreie seg om tilfeller hvor avtalepartene har mislykkes i sitt forsøk på å omgå arverettsreglene. Som det fremgår av drøftelsene under kapittel 24, er det tillatt å foregripe arveoppgjøret og styre unna arvereglene, men da må minst en av avtalepartene betale prisen. Enten arvelater eller medkontrahenten må ha prestert en reell ytelse i arvelaters levetid. Når ytelsen i ettertid ikke anses tilstrekkelig, skyldes dette som regel at partene har tatt feil av rettsreglene, og denne rettsvillfarelse må de som utgangspunkt selv bære risikoen for.

Har derimot arvelater forledet medkontrahenten til å yte, og herunder utnyttet medkontrahentens mangelfulle kjennskap til arverettslige regler, vil det lett foreligge grunnlag for et erstatningskrav.

Det som er sagt om dødsdisposisjonsavtaler gjelder tilsvarende for avtaler om avhendelse av ventet arv. Når en avtalt ytelse går ut på å tre inn i en annens arverett, vil det hos *bonus pater familias* normalt ringe noen varselbjeller, som i alle fall gir oppfordring til nærmere undersøkelser. Det samme gjelder forhåndsavtaler mellom arvingene om det fremtidige arveoppgjøret.

Utmåling av erstatningen skal som utgangspunkt sette medkontrahenten i den økonomiske stilling han ville vært dersom han ikke hadde vært utsatt for arvelaters klanderverdige handlinger – eventuelt justert for egen medvirkning. Dette gjelder som utgangspunkt både etter alminnelige erstatningsregler og ved fastsettelse av erstatning for den negative kontraktsinteresse.³³²

Har medkontrahenten allerede prestert sin ytelse i henhold til dødsdisposisjonsavtalen, har han som utgangspunkt krav på å få denne tilbakeført, se pkt 35.3. Erstatningskravet kan først fastsettes etter at eventuell tilbakeføring er avklart.

36.3 Særlig om erstatning for arvelaters manglende reparasjon av ugyldighetsgrunner

En særlig problemstilling knytter seg til betydningen av at arvelater eller eventuelt en arving kunne ha reparert ugyldighetsgrunnen i arvelaters levetid, men nektet dette.

³³² Se *Hov*, Kontraktsrett I side 190.

I de tilfeller hvor arvelater uten særlige oppofrelser kunne ha reparert ugyldighetsgrunnen, grenser det mot skadehensikt dersom han nekter å gjøre dette. Den barnløse arvelater har eksempelvis inngått en formløs dødsdisposisjonsavtale, men nekter å etterfølge medkontrahenten oppfordring om å innta avtalen i et testament.

Erstatningsansvar på skyldgrunnlag fordrer rettsstrid, eller i alle fall brudd på en plikt til å forhindre skade. Innen forretningslivet forsøker jo konkurrenter å skade hverandre, men dette utløser intet erstatningsansvar så lenge de holder seg innenfor reglene om akseptert forretningsskikk.

I eksemplet ovenfor må arvelaters nektelse av å opprette testament anses som et tilbakekall av sitt løfte, og det må etter både arverettslige og avtalerettslige regler vurderes om han er berettiget til det. Dreier det seg om et ensidig gaveløfte, dvs et dødsaveløfte, kan nektelsen sammenlignes med tilbakekall av testament. Løftemottaker for et dødsaveløfte har samme rettsposisjon som en testamentsarving, og har ingen beskyttet forventning om å motta gaven eller arven, jf al § 55. Se pkt 24.6 om hvordan dødsaveløftet er ”degradert” fra bindende løfte til gjenkallelig og formuriktig testasjon.

Dersom det foreligger en gjensidig livsdisposisjonsavtale som forplikter arvelater til å opprette testament til fordel for medkontrahenten, og arvelater motsetter seg opprettelsen, foreligger det et antesipert mislighold som kan gi medkontrahenten rett til heving, tilbakeføring eller tilbakeholdelse – eller til erstatning. Fastsettelse av erstatning for den positive kontraktsinteresse vil by på utfordringer, idet medkontrahenten må sannsynliggjøre hva han ville ha arvet.

Hvis det til sammenligning oppdages formfeil i et ugjenkallelig testament (mens selve arvepakten er gyldig og bindende), som arvelater nekter å utbedre, blir det igjen et spørsmål om hva arvelater er forpliktet til. Foreligger det en ensidig arvepakt, forplikter denne i og for seg bare til å avstå fra senere testasjoner – ikke til å foreta en (ny) testasjon. Likeledes må det ses hen til at dersom det etter arvelaters død viser seg at testamentet er ugyldig, gjør ikke selve arvepakten noe til eller fra – testamentsarvingen arver intet. På den annen side kan det hevdes at nektelse av å reparere en formfeil i realiteten er et tilbakekall, og det er nettopp det arvelater ikke er

berettiget til. Det siste er imidlertid bare en gyldig betraktningmåte i avtaleforholdet. Arvelaters forpliktelser i henhold til arvepakten reparerer aldri feilene ved testamentet.³³³

Spørsmålet er vanskelig. Utgangspunktet må antakelig være at arvelater ikke er forpliktet til å reparere formfeilen. På samme måte vil testamentsarvingen etter en ensidig arvepakt, ikke kunne kreve erstatning dersom arvelater bevisst sørger for å gjøre testamentet gjenstandsløst ved å gi bort sin formue i live. Med mindre det i avtalen også kan inntolkes rådighetsbegrensninger i live, men da vil også grunnlaget for kravet være et annet, se pkt 54.7.4.

I de forhold hvor denne problemstillingen kommer på spissen, har arvelater ofte en grunn til ikke å ville reparere formfeilen. Denne grunnen kan medføre at testasjonen uansett ville falt bort etter al § 57 annet ledd annet punktum, og at arvepakten ville vært ugyldig som følge av bristende forutsetninger.

36.4 Innebærer erstatningskrav for manglende oppfyllelse grunnet arverettslige ugyldighetsregler en omgåelse av disse?

Når et arvekrav eller kreditor krav mot dødsboet nektes oppfylt under henvisning til arverettslige ugyldighetsregler, og man i stedet innrømmer kravshaver et erstatningskrav mot arvelater – innebærer erstatningskravet da en omgåelse av de arverettslige ugyldighetsregler? Hvis arvingen i henhold til et formuriktig testament får ”arven” sin i form av en erstatning, er da formkravene gjort illusoriske? Etter min mening er svaret benektende, idet det dreier seg om to ulike rettsgrunnlag. Det er dessuten en prinsipiell forskjell mellom posisjonen som arving og posisjonen som kreditor.

Tilsvarende spørsmål har vært vurdert av Høyesterett i forhold til selskapsrettslige og forvaltningsrettslige regler.

I *Rt 2003 1574* ble to aksjonærer og ansatte ulovlig avskjediget. I arbeidsrettssaken ble avskjedigelsen kjent ulovlig, også som oppsigelse. Arbeidsforholdet ble likevel brakt til avslutning, og de to ble tilkjent erstatning. Selskapets vedtekter fastsatte at bare ansatte kunne være aksjonærer. De to krevde

³³³ Med mindre testasjonen kan inntolkes i ugjenkallelighetserklæringen.

tilbakebetalt sine selskapsinnskudd fordi selskapet var ansvarlig for at de ikke lenger kunne være aksjonærer. Kravet var basert både på avtalerettslige og erstatningsrettslige regler. Høyesteretts flertall fant at selv om avtalerettslige regler antakelig tilsa tilbakebetaling, var selskapsrettslige regler til hinder for dette (aksjeloven 1976 § 2-5 siste ledd). Det ble påpekt at et erstatningskrav bygget på skyldansvar for det samme tapet, ville innebære en omgåelse av de selskapsrettslige regler, og være i strid med de hensyn reglene bygget på. Det rene erstatningskravet ble avvist/avslått av prosessuelle grunner.

I to andre dommer, *Rt 1992 1642* (Gamvikdommen) og *Rt 1995 1688*, ble synspunktet om erstatning som omgåelse av ugyldighetsregler vurdert i forhold til ugyldige disposisjoner fra forvaltningens side. I Gamvikdommen uttalte førstvoterende med tilslutning fra de øvrige dommere (på side 1648-1649):

”Grunnlaget for erstatningsansvaret er det tap som Kreditkassen har lidt ved å stole på at kausjonserklæringen av 11 juli 1985 var gyldig. Jeg er ikke enig med Gamvik kommune i at et erstatningsansvar innebærer en omgåelse av de rettsregler som regulerer kommunale organers myndighetsutøvelse, og som i dette tilfelle medfører at kausjonserklæringen er uforpliktende for kommunen. Erstatningsreglene har et selvstendig grunnlag, og utmålingen av erstatning behøver ikke nødvendigvis bety at banken stilles i samme stilling som om det hadde foreligget en gyldig kausjon. Her kommer for eksempel reglene om skadelidtes medvirkning inn.”

Som nevnt ovenfor, er det tilsvarende en prinsipiell forskjell mellom reglene om krav på testamentsarv og krav mot dødsboet på grunnlag av arvelaters erstatningsbetingende handlinger.

I en senere dom, *Rt 1995 1688*, ble synspunktene i Gamvikdommen presisert. Vadsø kommune krevde erstatning fra Finmark fylkeskommune fordi kommunen, i tillitt til utsagn fra blant annet fylkesordfører, hadde bygget et større helsesenter enn de trengte, idet de regnet med at fylkeskommunen ville disponere deler av bygget. De aktuelle personer hadde ikke kompetanse til å forplikte fylkeskommunen, og spørsmålet oppsto derfor om et erstatningsansvar ville uthule kompetansereglene. Om dette uttalte førstvoterende med tilslutning fra de øvrige dommere (på side 1696):

”Ved vurderingen av om det overhodet kan bli spørsmål om erstatningsansvar fordi noen er blitt villedet på grunn av overskridelser av kompetanseregler, må det tas utgangspunkt i kompetansereglene og hensynet til deres effektivitet. Hvis det gis erstatning ved kompetanseoverskridelser, ville dette kunne innebære en uthuling av reglene. Etter mitt syn kan det ikke være plass for erstatningsansvar ved slike klare overskridelser av kompetansereglene som det er spørsmål om i denne saken.”

I arverettssammenheng kan det tilsvarende hevdes at det må ”tas utgangspunkt i [formkravene] og hensynet til deres effektivitet”. Skal testamentsarvingen gis en erstatning som tilsvarer arven dersom arvelater kan bebreides for formfeilen, ”ville dette kunne innebære en uthuling av reglene”.

En konsekvens av de retningslinjer Høyesterett har trukket opp i disse dommer er at hensynet til arverettslige ugyldighetsreglers effektivitet må hensyntas ved vurdering av om det kan gis erstatning for tap som følger av arverettslige ugyldighetsregler. Spørsmålet må imidlertid vurderes konkret i forhold til de enkelte ugyldighetsregler, hva som er ansvarsgrunnlaget og for så vidt også hvem kravet er rettet mot. Det er ikke gitt hva som ville blitt utfallet i de tre refererte saker dersom erstatningskravene hadde vært reist mot skadevolderne personlig, og ikke mot det selskap eller organ personene ble identifisert med.³³⁴

I arverettslig sammenheng oppstår noe av det samme identifikasjonsspørsmål fordi erstatningskrav mot arvelater personlig, blir et krav mot hans dødsbo. Kravet reduserer arvingenes arvelodd, enten de er personlig gjeldsansvarlige eller ikke. På den annen side vil det ikke bli tale om et arvekrav, men om et kreditorkrav basert på et annet rettsgrunnlag og hvor det gjelder andre regler om kravets fastsettelse og behandling under skifteoppgjøret.³³⁵ Som påpekt i det siterte fra Gamvikdommen, vil erstatningskravets størrelse også påvirkes av blant annet erstatningsrettslige regler om medvirkning. Likeledes vil det – som gjennomgått under pkt 36.2 lett tenkes begrensninger i ansvarets omfang som følge av krav til adekvat årsakssammenheng – eventuelt også under synspunktet objektiv egenrisiko.

Ovenfor (blant annet pkt 35.1) har jeg understreket at kontraktsrettslige misligholdsbeføyelser forutsetter en gyldig kontrakt, og at en avtale eller et løfte som er ugyldig etter arverettslige regler om ugyldige dødsdisposisjoner normalt også er ugyldig som kontrakt. Eventuelt erstatningsansvar vil derfor normalt måtte bygge på

³³⁴ Gamvikdommen bygget på arbeidsgiveransvar, men fordi det var ordfører som hadde opptrådt uaktsomt (inhabil og uten vedtakskompetanse), kunne dommen like gjerne bygget på organansvar for kommunen.

³³⁵ Et mindretall i *Rt 2003 1574* var inne på lignende betraktninger: ”Jeg er enig med førstvoterende i at ankemotpartene ikke kan kreve aksjeinnskuddet tilbakebetalt på et kontraktsrettslig grunnlag, hva enten kravet forankres i forutsetningssvikt eller mislighold. Men for en erstatningsbetingende handling som ikke har sammenheng med selskapsforholdet - i dette tilfellet en urettmessig avvikling av ansettelsesforholdet - kan jeg ikke se at man skal være avskåret fra å kreve det fulle tapet erstattet.”

uaktsomhetsansvar, herunder også betegnet som erstatning for negativ kontraktsinteresse.

Som nevnt ovenfor er ikke den skadde interesses art – tapte arv – i seg selv avgjørende. I *Rt 1989 1318* (Advokatdommen) ble en advokat holdt erstatningsansvarlig overfor en testamentsarving som ikke fikk sin arv, fordi advokaten hadde oversett regelen i al § 7 om testators ektefelles kunnskap om testamentet som gyldighetsvilkår.

Den tapte arverett er et formuestap som normalt er lett målbart. Situasjonen er derfor annerledes enn i *Rt 1999 203* hvor Høyesterett kom til at erstatningsreglene ikke passet selv om det forelå både arbeidsgiveransvar, årsakssammenheng og et utgiftstap. Saken gjaldt spørsmål om erstatning for utgifter som følge av en mislykket sterilisering.

36.5 Kan erstatning avskjæres under henvisning til reglene om reprobere rettsforhold?

En avtale kan ha et slikt innhold at folk flest finner den forkastelig. Rettsordenens reaksjon er blant annet at det ikke kan utledes noen som helst rettigheter av slike avtaler. Har to tyver avtalt å begå et innbrudd sammen og deretter dele utbyttet, kan ikke den ene kreve erstatning dersom den andre stikker av med utbyttet. Fra rettspraksis kan som eksempler nevnes krav på arbeidsvederlag for arbeid utført for den tyske okkupasjonsmakt (*Rt 1946 720*), kjøp av seksuelle tjenester (*RG 1997 671*) og betaling under bordet (*RG 1992 339*).

I juridisk teori har det vært drøftet i hvilken utstrekning det kan gis erstatning for tap av svarte inntekter.³³⁶

Arveloven gjør avtaler om avhendelse av ventet arv absolutt ugyldige. Andre ugyldige legalarveavtaler kan som utgangspunkt godkjennes. Det samme gjelder brudd på formkrav og pliktdelsrett mv. Spørsmålet om avtalen eller avtaleinngåelsen er av en slik karakter at det i seg selv forhindrer at medkontrahenten eller andre kan utlede noen som helst rett, er derfor begrenset til å gjelde avhendelse av ventet arv.

Er avtaler om avhendelse av ventet arv så støtende mot den alminnelige samfunnsmoral at de må betraktes som reprobere rettsforhold? Står den som har kjøpt og betalt for ventet arv også uten rettigheter i forhold til den selgende arvingen?

³³⁶ Se blant annet *Nygård*, Skade og ansvar side 65.

Som nærmere gjennomgått under pkt 62.1 begrunner mange forfattere forbudet i al § 44 med at det dreier seg om avtaler som fra et samfunnsmessig synspunkt ikke er ønskelige. Det er dessuten hevdet at slike avtaler er en nullitet.

Knoph uttalte eksempelvis at avtaler om avhendelse av ventet arv ”efter sakens natur [må] bli så hasardiøse og usikre at det samfunnsmessig sett stiller sig betenkelig å tolerere dem.”³³⁷ Likeledes hevdet *Knoph* at virkningen av ”forbudets overtredelse er at kontrakten i enhver henseende blir ugyldig”.³³⁸

Tilsvarende hevder *Danielsen* for dansk retts vedkommende at avtale om avhendelse av ventet arv er en *nullitet*, som skifteretten og bostyrere på eget initiativ skal se bort fra.³³⁹

Hov anfører at uttrykket reprobert rettsforhold ikke er særlig heldig, men kategoriserer likevel avtaler om avhendelse av ventet arv avtaler som blir ”ansett ugyldig fordi den hadde et innhold som er uakseptabelt fra samfunnets synspunkt” – dog på den annen side sammenstilt med ”avtale i strid med servituttloven”.³⁴⁰ Det er vel ingen som mener det er moralsk forkastelig å avtale en hugstrett for mer enn 25 år, eller å avhende en sameierett som ligger til fast eiendom løsrevet fra selve eiendommen? Likevel er slike avtaler ugyldig, jf servl § 12 første ledd.

Betenkelig er ikke det samme som forkastelig. Avtaler om avhendelse av ventet arv er ikke i seg selv noe så forkastelig at samfunnet bør reagere strengt for å forhindre at slike avtaler inngås. Hovedbegrunnelsen er at en slik adgang er i strid med det arverettslige grunnprinsipp om at en arving ikke selv kan utpeke hvem som skal arve i hans sted. Selv om det finnes ”ærbarhetshensyn” som begrunner forbudet mot avhendelse av ventet arv, begrunner ikke dette at en erverver står helt uten sanksjoner overfor den selgende arving. Som påpekt i pkt 36.2 vil imidlertid salgsgjenstandens art skjerpe kjøperens aktsomhetsplikt, herunder til å gjøre nærmere undersøkelser om lovligheten. Hvis kjøpers erstatningskrav mot den selgende arving skal avskjæres, må det i tilfelle være etter reglene om skadelidtes uaktsomme medvirkning – ikke grunnet avtalens innhold.

³³⁷ *Knoph*, Norsk arverett 1959 side 326 som også viser til at slike avtaler allerede etter romerretten ble ansett for *contra bonos mores*.

³³⁸ *Knoph*, Norsk arverett 1959 side 327 – se også note 844.

³³⁹ *Danielsen*, Arveloven 2005 side 300 med henvisninger.

³⁴⁰ *Hov*, Kontraktsrett I side 209.

37 Når kan ugyldighet konstateres? Tvister i arvelaters levetid

Dersom det i arvelaters levetid oppdages at en avtale som går ut på at arvelater skal oppfylle etter sin død, er ugyldig, oppstår spørsmål om hva som kan og må gjøres – herunder hva den ene avtalepart kan kreve. Dette kan dreie seg om alt fra at arvelater eller testamentsarvingen oppdager at testamentet er formuriktig, til at medkontrahenten oppdager at et gaveløfte eller en gjensidig forpliktende avtale er en dødsdisposisjon som fordrer testaments former, eller at en forhåndsskifteavtale i realiteten dreier seg om avhendelse av ventet arv.

Ved inngåelsen av avtalen ønsker normalt begge parter at avtalen i størst mulig grad skal kunne gjennomføres, dvs at avtalen skal være ”operativ”.³⁴¹

Partenes lojalitetsplikt tilsier at de i utgangspunktet bidrar til å forhindre ugyldighet – og til å skape klarhet for å unngå fremtidige tvister med dødsboet.

Før det konstateres ugyldighet eller antesiperes mislighold, må avtalen tolkes for å vurdere om strid med tvingende arverettslige ugyldighetsregler kan unngås ad tolkingsvei. En avtale mellom arvingene om arvens fordeling, kan kanskje tolkes som en suspensivt betinget avtale om verdi- eller gjenstandsoverføring som trer i kraft når arveoppgjøret er gjennomført, se nærmere pkt 45 og pkt 46.

Ved enighet kan selvfølgelig partene sørge for å reparere uenigheten, enten ved å presisere den eller ved å omgjøre den – eller inngå en helt ny avtale. Det er først ved uenighet de rettslige spørsmål oppstår. I praksis vil slike problemer oppstå dersom en av partene bruker den arverettslige ugyldighet for å komme seg ut av avtaleforholdet.

For at avtalen skal pålegge arvelater plikter, må den være gyldig. Et gjennomgående spørsmål vil derfor være om den (fremtidige) arverettslige ugyldighet også innebærer avtalerettslig ugyldighet i arvelaters levetid. Et ikke upraktisk eksempel er hvor arvelater har overført hjemmelen til deres felles hjem, som han eier, til sin nye ektefelle for å omgå pliktdelsreglene. Så lenge samlivet består får disposisjonen ikke nevneverdig realitet i hans levetid. Kan arvelater ved et samlivsbrudd med den nye ektefellen påstå at avtalen var ment som – og så langt i

³⁴¹ Se *Hov*, Kontraktsrett I side 170-171.

realiteten har vært – en dødsdisposisjon? Og deretter trekke den konsekvens at kan kaller den testamentariske disposisjon tilbake?

Det generelle utgangspunktet må være at når avtalen har et *innhold* som strider mot arverettslige ugyldighetsregler, og som derfor ikke kan oppfylles etter arvelaters død, vil avtalen i utgangspunktet også være avtalerettslig ugyldig, jf pkt 35.1.

For de fleste arveavtaler kan det derfor normalt allerede i arvelaters levetid konstateres at de har et innhold som gjør avtalen ugyldig, eksempelvis avhendelse av ventet arv. For dødsdisposisjonsavtaler gjelder det samme utgangspunktet, hvor det allerede av avtalens innhold er klart at det foreligger en dødsdisposisjon. En begrensing ligger likevel i kravet til aktuell rettslig avklaringsinteresse, jf tvl § 1-3. Annerledes blir dette for mulige innsigelser om at avtalen ikke er tilstrekkelig *gjennomført*. Før arvelater er død kan det sjelden med sikkerhet konstateres at avtalen ikke ble tilstrekkelig gjennomført i hans levetid.

I eksemplet ovenfor vil det avgjørende være en avklaring av avtalens reelle innhold. Var partene innforstått med at overdragelsen bare skulle få betydning ved arvelaters død, er avtalen i realiteten en testasjon. Var partene innforstått med at det måtte foretas en reell livsdisposisjon, og dette var meningen med avtalen, foreligger det en gyldig livsdisposisjon – selv om avtalen så langt rent faktisk ikke har fått særlige konsekvenser. Fordi eierforhold til felles bolig i seg selv har liten realitet under samlivet, må det kreves at ektefellene gjennomfører overdragelsen så langt det er mulig – hjemmelsoverføring, selvangivelser, forsikringer osv. Men det kan jo ikke kreves at den overdragende ektefelle flytter ut.³⁴² Dersom overdragelsen mellom partene var ment å være reell, og de som ektepar flest trøstet seg med at de aldri skulle skilles, innebærer ikke samlivsbruddet noen relevant bristende forutsetning. Det er nettopp muligheten for miste eiendommen ved samlivsbrudd som gir en overdragelse mellom ektefellene realitet.

³⁴² Se *Lødrup*, Arverett side § 24 VI, side 256-264.

4 Ikke-arverettslige forhåndsdisposisjoner over etterlatt formue

41 Oversikt og problemstillinger

Med ikke-arverettslige disposisjoner menes i denne sammenheng disposisjoner som direkte griper inn i fordelingen av arvelaters etterlatte formue, men som likevel ikke oppfanges av arverettslige regler.

Dette omfatter for det første avtaler som regnes som livsdisposisjoner, selv om de etter sitt innhold går ut på at arvelater skal yte først etter sin død, dvs slik at det er hans dødsbo som skal oppfylle avtalen på hans vegne. Slik sett er avtalen indirekte inngått på hans arvingers vegne. Det som kjennetegner disse avtalene, er at de har hatt en positiv realitet for arvelater i hans levetid, og det er dette som gjør dem til livsdisposisjoner, se kapittel 24.³⁴³ Under kapittel 42 skal jeg redegjøre kort for enkelte typer av livsdisposisjonsavtaler.

Ikke-arverettslige disposisjoner som fordeler etterlatt formue, omfatter også avtaler som etter sitt innhold er dødsdisposisjoner, men som etter særlige lovregler ikke rammes av arverettslige regler. Dette gjelder først og fremst ektefellers ektepakter om formuesordningen, hvor realiteten er formuesoverføring fra førstavdøde til gjenlevende. Jeg kaller dem derfor dødsdisposisjonsektepakter, se kapittel 43.

En annen viktig kategori er livsforsikringsavtaler hvor arvelater (forsikringstaker) gjennom sammensatte forsikringsordninger kan fordele oppsparte midler utenom arverettsreglene, se kapittel 44.

En type avtaler som er knyttet til skifteoppgjøret – og som slik sett ligger nær arvefordelingsavtalene – er forhåndsskifteavtaler. Dette er avtaler om den gjenstandsmessige fordeling på det fremtidige skiftet, men uten at man berører posisjonen som arving eller den verdimeslige fordeling, se kapittel 45.

Beslektet med forhåndsskifteavtaler er en arvings betingede avtaler om gjenstander eller verdier han eventuelt måtte arve i fremtiden, se kapittel 46. Disse

³⁴³ For gjenlevende ektefelle i uskifte rammes også livsdisposisjoner av arverettslige regler, se al § 18 første ledd jf §§ 19, 21, 24 og 27. Ved gavedisposisjoner fra uskifteboet oppstår tidvis både spørsmålet om det foreligger en livs- eller dødsdisposisjon, og i tilfelle om livsdisposisjonen er en omstøtelig gave, se eksempelvis *Rt 1982 1165*.

avtaler faller strengt tatt utenfor definisjonen av ikke-arverettslige disposisjon over etterlatt formue, idet poenget med disse avtalene er at de ikke direkte får betydning for skifteoppgjøret. Det er nettopp dette som skiller dem fra en ulovlig avhendelse av ventet arv. De er likevel tatt med i denne delen, og ikke sammen med legalarveavtalene, fordi tilknytningen til arvefallet kun er at det er gjort til forfallstidspunkt for arvingens ytelsesplikt. Denne ytelsesplikten må imidlertid oppfylles i den formuesmasse arvingen allerede har ervervet, og ikke i dødsboet.

Under kapittel 47 er det kort redegjort for en åsetesrettslig ordning, hvoretter arvelater kan fordele sin åseteseiendom – og dermed også de økonomiske fordeler knyttet til åsetestakst – mellom sine livsarvinger, uhindret av pliktdelsregler og andre arverettslige regler.

De ikke-arverettslige disposisjoner omfatter en rekke ulike type avtaler, og hvor den definerte fellesnevneren er at de griper inn i delingsoppgjøret uten at arverettslige regler kommer til anvendelse. Både begrunnelse og avgrensningskriterium er derfor at reglene ikke fordeler arv, bare etterlatt formue, samt regulerer den gjenstandsmessige fordeling mellom arvingene. Se kapittel 26 om skillet mellom skifterettigheter, arverettigheter og en kreditors krav.

Jeg har ovenfor skilt mellom arvekrav og kreditor krav. Krav i henhold til en livsdisposisjonsavtale illustrerer skillet ved at det er posisjonen som kreditor som gjør at medkontrahenten ikke rammes av arverettsreglene. Et annet systemteoretisk skille kan også trekkes mellom formue som tilhørte arvelater i hans levetid, og rettigheter som først utløses ved hans død. En sammensatt livsforsikring på eget liv illustrerer skillet ved at den består av en sparedel og en risikodel. Sparedelen er formue som arvelater (forsikringstaker) også kan disponere i live, mens den rene dødsrisikoforsikring er midler arvelater aldri personlig vil få glede av. Et tilsvarende skille trekkes til sammenligning ved skifte mellom ektefeller gjennom forlodsreglene i el § 61 b. Rettigheter i pensjonsordninger, livrenter eller livsforsikringer går bare inn i likedelingsoppgjøret i den utstrekning ektefellene i fellesskap kan realisere verdiene.

Skillet er imidlertid ikke skarpt. En ren dødsrisikoforsikring innebærer også en form for forflytning av arvelaters midler, ved at han gjennom livet bruker sine midler til å betale en forsikringspremie for å sikre at en av ham utvalgt person får en

utbetaling ved hans død. En livsdisposisjonsavtale hvoretter arvelater skal oppfylle ved sin død, reduserer ikke hans rådighet over sine midler mens han lever, men som utestående fordring reduserer det hans netto formue. De lovgitte regler om ektefellers formuesordning innebærer at det en ektefelle eide på sin dødsdag som regel ikke er det samme som den formue han etterlater seg som arv.

Et annet prinsipielt skille er at arverettigheter ikke kan gjøres gjeldende av arvingen før arvefallet. Dette gjelder også selv om det er skapt plikter for arvelater, eksempelvis gjennom arvepakt. Arvepakten forhindrer arvelater i å gripe inn i testamentsarvingens arverett, men ikke fra å gjøre testamentet verdiløst gjennom livsdisposisjoner. En forpliktelse som også omfatter arvelaters rådighet ved livsdisposisjoner, må i tilfelle være bygget på et annet og selvstendig rettsgrunnlag, og ikke på selve arvepakten, se nærmere pkt 54.7. En livsdisposisjonsavtale gir imidlertid medkontrahenten rettigheter i arvelaters levetid, selv om avtalt forfall først er etter arvefallet. Normalt vil en livsdisposisjonsavtale også begrense arvelaters rådighet i live, eksempelvis etter prinsippene om antesipert mislighold. Dette skillet dannet tidligere grunnlaget for å anse det forpliktende dødsgaveløftet som noe annet enn en testamentarisk disposisjon, se pkt 24.5.

Jeg kommer noe tilbake til disse synspunkter under fremstillingen av de ulike arvefordelingsavtaler og ikke-arverettslige disposisjoner. Det faste kriteriet på de ikke-arverettslige disposisjoner som omtales nedenfor, er imidlertid at de (unntatt salgavtaler betinget av arv) dreier seg om fordeling av arvelaters etterlatte formue, men ikke om fordeling av arv.

42 Livsdisposisjonsavtaler om den etterlatte formue

42.1 Innledning og oversikt

Kategorien livsdisposisjonsavtaler omfatter en rekke ulike avtaler, fra helt ordinære forretningsmessige avtaler, eksempelvis en avbetalingsordning ved kjøp av bil, til avtaler som har til formål å fordele arv, men hvor partene har utformet og gjennomført avtalen slik at den er en livsdisposisjon. Fordi arvelater først skal yte etter sin død, betyr det at avtalen må ha hatt positiv realitet for ham i hans levetid.

Dødsfallets og skifteoppgjørets betydning i et kontraktsforhold er noe nærmere behandlet i Del 3. Det samme gjelder de særlige problemstillinger som knytter seg til avtaler som kan være rettsgrunnlag både for arvekrav og kreditor krav, samt de problemstillinger som oppstår når en avtale er ment som det ene bare er gyldig som det annet. I dette underkapitlet skal jeg bare behandle enkelte særlige spørsmål knyttet til livsdisposisjonsavtaler.

De nærmere detaljer omkring skifteoppgjør og oppfyllelse av livsdisposisjonsavtaler er behandlet dels under kapittel 22 og dels under kapittel 26. For helhetens skyld skal jeg her kort oppsummere hovedtrekkene.

Arvelaters kontraktsforpliktelser reduserer den arven som til slutt utbetales arvingene. Personlig ansvar for oppfyllelsen av kontrakten får imidlertid den enkelte arving først dersom han avgir gjeldsovertakelseserklæring, jf sl § 78. Ved offentlig skifte uten gjeldsovertakelse må tingretten oppfylle kontrakten etter reglene i sl kap 15, dvs utbetale summen eller utlevere gjenstanden før den offentlige skiftebehandlingen avsluttes, jf sl § 99. Hvor offentlig skifte er åpnet etter at arvingene har overtatt gjeldsansvaret, vil de gjeldsansvarlige arvinger fortsatt være personlig ansvarlige overfor medkontrahenten,³⁴⁴ men kan etter forholdene kreve at tingretten oppfyller kontrakten før det offentlige skiftet avsluttes, se sl § 92.

Både ved offentlig og privat skifte kan dødsboet i de fleste tilfeller tre inn som direkte part i avtalen, og slik sett inngå en ny avtale med medkontrahenten. Derved endrer dødsboet – og eventuelt den enkelte arving – posisjon fra å være ansvarlig som rettsfølger til å få et selvstendig kontraktsforhold. For medkontrahenten er den viktigste konsekvensen at hans krav blir et massekrav som ikke omfattes av proklamareglene.

42.2 Avtaler om tidsbegrenset eiendomsrett mv

Testamentsreglene omfatter som utgangspunkt den formue arvelater etterlater seg ved sin død, og de disposisjoner arvelater selv har foretatt over arveformuen. Arveformuen må i prinsippet også omfatte verdier arvelater har mottatt etter – og som følge av sin død – men som han ikke kunne nyttiggjøre seg i live. Begrunnelsen er relativt

pragmatisk: Såfremt midlene ikke etter særlige regler eller avtaler tilfaller andre, gjenstår intet annet alternativ enn å la dem inngå i arvelaters etterlatte formue.

Et illustrerende eksempel er de rene dødsrisikoforsikringer, som ikke har noen verdi for arvelater i hans levetid. I dag gir fal § 15-1 særregler om en egen forsikringsrettslig fordeling, slik at verdiene ikke går inn i dødsboet, se nærmere pkt 44.2. Etter fal 1930 § 104 var imidlertid ordningen at dersom forsikringstaker ikke hadde oppnevnt noen begunstiget, gikk forsikringssummen inn i dødsboet på linje med hans øvrige formue. Begrunnelsen var den samme: Hvem skulle forsikringssummen ellers tilfalle?³⁴⁵

I det følgende skal jeg se på den omvendte problemstilling; verdier som tilhørte arvelater i hans levetid, men hvor hans eiendomsrett opphører ved og som følge av hans død. Som oftest vil dette dreie seg om bruksrettslignende rettigheter, men som formelt er organisert som en eiendomsrett – eksempelvis til sikring av gjenlevende samboers rett til å bli boende i tidligere felles bolig.

For begrensede rettigheter som ikke uten videre faller bort ved den berettigedes død, vil det arverettslige utgangspunktet være at rettighetens eventuelle omsetningsverdi inngår i avdødes formue, og at det avgjøres etter skifterettslige regler hva som skal gjøres med rettigheten. Begge spørsmål kan imidlertid være regulert i særlovgivning.

En husleieavtale faller eksempelvis ikke automatisk bort ved leietakers død, men må i tilfelle sies opp av utleier eller av leietakers dødsbo. En leieavtale som gjelder for leietakers levetid, vil bli ansett som en tidsbestemt leiekontrakt – idet den ikke er ”inngått for bestemt tid”, jf husl § 9-2 – sammenlign § 9-3 tredje ledd.³⁴⁶ Leietakers nærstående kan i disse tilfeller tre inn i leieforholdet, se husl § 8-2 som nærmere oppregner hvilke personer som omfattes og hvordan eventuelle prioritetskonflikter skal løses.³⁴⁷

For husleieavtaler vil også spørsmålene kunne være regulert i selve husleieavtalen. Leietaker som ønsker å sikre sin gjenlevende samboers eller ektefelles rett til å fortsatte leieavtalen, vil kunne avtale dette med utleier – eksempelvis ved at begge gjøres til leietakere. Der

³⁴⁴ Unntatt hvor offentlig skifte åpnes etter begjæring fra kreditor i henhold til sl § 84 femte ledd.

³⁴⁵ Se *Arnholm*, TfR 1958 side 149.

³⁴⁶ Dette kan skape vanskeligheter hvor en gjenlevende samboer eller gjenlevende ektefelle i testament eller i avtale med førstavedes arvinger er gitt en livsvarig bruksrett til bolig, og det samtidig er fastsatt vederlag.

³⁴⁷ Dersom leietaker etterlot seg samboer og hjemmeboende barn, vil samboeren eksempelvis ikke ha noen fortrinnsrett foran barna – herunder voksne barn – til å tre inn i leieavtalen alene, se husl § 8-2 annet ledd annet punktum. Verken husstandsfellesskapsloven eller de foreslåtte regler om arve- og uskifterettigheter er til hjelp for gjenlevende samboer i en slik konflikt.

hvor leieretten i seg selv også hadde en verdi, eksempelvis en langvarig tidsbestemt og overdragbar leiekontrakt, vil det kunne oppstå problemer i forhold til de arverettslige regler.³⁴⁸

De disposisjoner som rammes av testamentsreglene er de den *avdøde selv* har foretatt og som har sin realitet etter hans død, se eksempelvis formuleringene i al § 35 og § 53. Der hvor tidsbegrensningen i arvelaters eiendomsrett (eller begrensede rett) er fastsatt av andre, skyldes opphør av eiendomsretten (eller bruksretten) ingen testamentarisk disposisjon fra arvelaters side.

I forhold til testamentsreglene er det følgelig avgjørende hvem som har gjort bestemmelsen om at arvelaters eiendomsrett eller annen rettighet opphører ved hans død, og overføres til en annen. Uproblematisk er eksempelvis tilfellet hvor testator A har bestemt at en eiendom ved hans død skal tilfalle B (arvelater), men slik at den ved Bs død skal gå videre til C.

I et slikt tilfelle er det ikke B som disponerer testamentarisk over *sin* eiendom. Begrunnelsen kan gis på flere plan. Det kan hevdes at B i realiteten bare har hatt en bruksrett, men mer treffende er det å betegne Bs eierskap som hva det egentlig er; en midlertidig eiendomsrett.³⁴⁹ Videre er det i forhold til pliktdelsreglene av prinsipiell betydning at eierskiftet fra arvelater ved hans død ikke er bestemt av ham selv.

Ved sekundærtestasjoner følger det av selve stiftelsesgrunnlaget for arvelaters eiendomsrett at den opphører ved hans død. Bestemmelse fra giver kan likestilles med testament – fastsettelsen av den begrensede eiendomsrett ligger utenfor gavemottakers rådighetssfære.

³⁴⁸ Dersom en slik avtaleendring utelukkende skjer med tanke på den opprinnelige leietakers død, eksempelvis på hans dødsleie, kan det oppstå kompliserte spørsmål i forhold til reglene om livs- og dødsdisposisjoner. Hvorvidt avtalen mellom samboerne eller ektefellene er en dødsdisposisjon må avgjøres på grunnlag av vanlige regler, men spørsmålet om avtalen mellom utleier og den gjenlevende kan kreves satt til side er mer komplisert. På den ene side kan man tenke seg synspunkter i likhet med de som kom frem i *Rt 1993 1474* som dreide seg om hvorvidt en kausjonserklæring fra gjenlevende ektefelle, som innebar en gavedisposisjon overfor sønnen, kunne omstøtes overfor banken. På den annen side gir husleieloven på flere områder uttrykk for at utleier må respektere de skifteordninger leietaker eller hans dødsbo kommer frem til. Dette synes forutsatt i husl § 8-2 om dødsboskifte, og er uttrykkelig sagt i husl § 8-3 annet ledd om samlivsbrudd.

³⁴⁹ Konstruksjonen midlertidig eiendomsrett, som motsetning til full eiendomsrett, finnes til sammenligning i odelsretten. Som oftest i forbindelse med en gjenlevende ikke-odelsberettiget ektefelles rettigheter over odelseiendommen, se odl §§ 34-36. I de tilfellene odelsarvingen lar gjenlevende ektefelle bli sittende som eier anses gjenlevende ikke å ha full eiendomsrett. Eierskapet danner derfor verken grunnlag for egen odelshevd eller for preskripsjon av odelsarvingens odelsrett, se odl §§ 7, 40 og 48. Den som arver odlingsjord ved testament med sekundærbestemmelse om overgang til ny eier ved testamentsarvingens død, har neppe full eiendomsrett i odelsrettslig forstand. De generelle retningslinjer går ut på at betingelsesløse løsningsretter stenger for full eiendomsrett, se eksempelvis *Rygg og Skarpnes*, Odelsloven side 38-40 med gjennomgang av rettspraksis. Likt med betingelsesløs må være at eieren ikke kan unngå at løsningsretten blir aktuell.

Utformingen av gaveløftet – og ikke minst valg av eierkonstruksjon – kan imidlertid få avgjørende betydning. Er eiendommen gitt til B med pålegg om at B testamenterer den til C, vil manglende opprettelse av testament medføre at giver A (eller hans rettsetterfølgere) kan gjøre misligholdsbeføyelser gjeldende. Er gaven gitt med testamentsopprettelsen som betingelse, vil utgangspunktet være at overdragelsen er ugyldig fordi betingelsen ikke er oppfylt. Men i så fall vil den bare gå tilbake til A. Selv om man bruker konstruksjonen tredjemannsavtale, dvs slik at A pålegger B en plikt som kan kreves oppfylt av C, får dette liten betydning så lenge plikten går ut på å opprette testament. Er gyldig testament ikke opprettet, kan ikke B kreve noen arv. (Men kan kanskje gjøre misligholdsbeføyelser gjeldende overfor Bs dødsbo.) Og hva hvis B har opprettet gyldig testament, men i mellomtiden har fått livsarvinger hvis pliktdelsarv stenger for oppfyllelsen av testamentet?

Den sikre konstruksjon og fremgangsmåte er derfor å få begrensningene i Bs eiendomsrett tinglyst som heftelse på eiendommen, herunder nødvendige urådighetserklæringer. Nekter Bs dødsbo å utstede skjøte, vil C etter forholdene kunne få hjemmelen overført ved dom.

Tilsvarende gjelder hvor stiftelsesgrunnlaget er et testament.

Det samme må som utgangspunkt også gjelde hvor stiftelsesgrunnlaget er avtale. A må kunne kjøpe midlertidig eiendomsrett av B, dvs slik at det i kjøpsavtalen fastsettes at C skal overta som eier ved As død. Det er da B, og ikke A, som har stiftet Cs eiendomsrett. På den annen side skaper det i forhold til arverettsreglene vanskeligheter at A selv har vært med å bestemme en eiendomsovergang som skjer ved og som følge av hans død. Det avgjørende i disse situasjonene må, her som ellers, være realiteter og formål – herunder hvem som har tatt initiativet, om sekundærmottaker tilhører kjøpers eller selgers side, om begrensningen i eiendomsretten kommer til uttrykk i prisen osv. De to siste momenter henger gjerne sammen. Er det selger som ønsker å sikre eiendommen for sine nærstående, vil dette normalt redusere prisen. Hvis ordningen utelukkende har til formål å sikre overgang til én av kjøpers arvinger, uhindret av pliktdelsreglene, påvirker ikke dette den pris selger vil ha.

Er begrensningen kommet i stand på selgers initiativ, eksempelvis som et alternativt til tomtefeste for å sikre eiendommen for selgers slekt, og slik at realiteten nærmer seg en tidsbegrenset bruksrett, må tilfellet bedømmes likt med sekundærttestasjonene. Avtalen har langt på vei realitet som en tidsbegrenset bruksrett. Hvis derimot konstruksjonen er kommet i stand på kjøpers initiativ, og hvor formålet eksempelvis er å sikre eiendommen for kjøpers gjenlevende samboer fremfor hans livsarvinger, vil det være nærliggende å betrakte ordningen som en testamentarisk disposisjon.

De betraktninger som er gjort ovenfor er av arverettslig art. Det kan imidlertid tenkes at en del tilfeller som faller inn under de nevnte problemstillinger er regulert av særlovgivning, som i utgangspunktet går foran de generelle arverettslige regler og prinsipper. De problemstillinger som her oppstår, kan også ses på samme måte som hvor arvelaters hjemmelsmann ensidig har fastsatt begrensninger. Følger arvelaters suksessorers rettigheter av lovgivningen, kan de heller ikke uten videre likestilles med arvelaters testamentariske disposisjoner.

Et enkelt, men illustrerende, eksempel er forholdet mellom livsarvingenes pliktdelsarv og gjenlevende ektefelles minste arv. Etter al § 29 er to tredjedeler av arvelaters formue pliktdelsarv for hans livsarvinger, slik at arvelater i testament bare kan disponere over en tredjedel. Rådighetsbegrensningen gjelder alle slags testamentariske disposisjoner, se eksempelvis al § 35. Pliktdelsreglene rammer imidlertid ikke lovgivers bestemmelser om hvordan arvelaters etterlatte formue skal fordeles. Minste arvsreglene i al § 6, som går ut på at gjenlevende ektefelle skal ha en minstesum som arv, kan medføre at livsarvingene intet arver. Dette faller likevel utenfor pliktdelsreglene, idet det ikke dreier seg om arvelaters disposisjoner over den etterlatte formuen, se pkt 25.2.

Et eksempel på et forhold som er særskilt regulert, men hvor det av forarbeidene fremgår at man ikke har tatt stilling til de arverettslige spørsmål, gjelder innløsning av festetomt som avdøde festet for sin levetid. I utgangspunktet dreier det seg om en tidsbegrenset rettighet, som faller bort ved arvelaters (tomtefesteres) død. Tomtefesteloven gir imidlertid enkelte etterlatte (ektefelle og husstandsmedlem, livsarving og fosterbarn i samme stilling som livsarving) rett til enten å innløse festetomta eller til å fortsette festeforholdet, se tfl § 32 annet ledd jf § 33.³⁵⁰ For skifteoppgjøret vil det kunne ha betydning om feste- eller innløsningsretten inngår som et aktivum i boet, eller om dette er en rettighet loven gir visse personer uavhengig av at de (også) er arvinger etter den avdøde tomtefesteren.³⁵¹ I forarbeidene til bestemmelsen sies det at bestemmelsen bare regulerer hvilke av tomtefesterens nærstående som i forhold til bortfester kan kreve innløsning av festetomta (samt etter lovendring 2004 også forlengelse av festekontrakten). Hvordan de arve- og skifterettslige spørsmål skal løses, sier lovens forarbeider intet direkte om: ”Kven av dei som skal ha førerrett til tomta må avgjerast etter arverettslege reglar og reglane i lov 4 juli 1991 nr 45 om rett til felles bolig og innbo når husstandsfelleskap opphører.”³⁵² Direkte sier dette bare noe om etter hvilke retningslinjer en prioritetskonflikt må løses. Med ”arverettslege reglar” er det antakelig

³⁵⁰ Reglene omfatter i praksis bare festeavtaler inngått før 1976, idet tomtefesteloven av 1975 innførte et forbud mot slike festeavtaler som er videreført i gjeldende lov, se Ot prp nr 28 (1995-96) side 67.

³⁵¹ Fosterbarn har eksempelvis ikke legalarverett etter arvelater, selv om de i sin relasjon til avdøde og eiendommen rent faktisk er i samme stilling som livsarvinger. Det samme gjelder gjenlevende samboer (husstandsmedlem).

³⁵² Ot prp nr 28 (1995-96) side 67, jf også Ot prp nr 41 (2003-2004) side 67-II vedrørende lovendringen i 2004 som viser til førstnevnte.

bare ment skifterettslige regler om naturalutleggsrett.³⁵³ Det teoretiske spørsmål om verdien av festeretten inngår i dødsboet er litt uavklart, men i mangel av andre holdepunkter synes det mest sannsynlig at lovgiver forutsatte at festeretten regnes som en del av den formuen tomtefesteren etterlot seg.³⁵⁴

De problemstillinger som er drøftet ovenfor har særlig betydning ved gjensidige testamenter med felles sekundærttestasjoner. Både i forhold til pliktdelsregler og regelen om at ingen kan testamentere over andres eiendom har det betydning hvordan eierforholdene over den formue gjenlevende overtar er organisert. Se nærmere pkt 56.

43 Avtaler om ektefellers formuesordning

43.1 Dødsdisposisjonsektepakter – oversikt

43.1.1 Dødsdisposisjonsektepakter – dødsdisposisjoner som ikke rammes av arverettslige regler

Pliktdelsreglene setter begrensninger for arvelateres muligheter til å styre fordelingen av etterlatt formue ved testament, se al § 29 og kapittel 25. For ektefeller med felleseie og felles barn gir uskifteordningen ofte et godt alternativ. Det samme gjelder fra 1.7.2009 også samboere med felles barn. Legaluskifteretten for samboere er begrenset til bolig, fritidseiendom og bil som tjente til felles bruk, men uskifteretten kan utvides ved testament uhindret av fellesbarnas pliktdelsrett, se al § 28c. Verken ektefeller eller samboere har rett til legaluskifte overfor særlivsarvinger, men kan – innen de begrensninger pliktdelsreglene setter – gi hverandre slik rett ved testament.

Dette følger av den generelle regel om at arvelater i testament kan bestemme alt som ikke er unntatt fra testasjonsrådigheten, nærmere nedenfor under pkt 43.2. For samboere er regelen dessuten kommet til uttrykk i al § 28c tredje ledd hvor det uttrykkelig sies at legaluskifteretten etter første ledd ikke gjelder overfor særlivsarvinger, mens dette ikke er bestemt vedrørende den testamentsbaserte uskifteretten (testamentsuskifteretten) etter annet ledd.

³⁵³ Verken gjenlevende samboer eller fosterbarn har legalarverett, men kan være loddeiere i kraft av avdødes testament. Når fosterbarn i samme stilling som livsarving særskilt nevnes, må det antas at dette kan omfatte fosterbarn som ikke samtidig oppfyller kravene etter husstandsfellesskapsloven. Hvordan prioritetskonflikten mellom gjenlevende ektefelle og fosterbarn i så fall skal løses, blir teknisk sett litt uklart. Poenget må imidlertid være at prioritetskonflikten løses etter de retningslinjer som trekkes opp i sl § 61 og § 63 og i husfskl § 2. Dreier det seg om tidligere felles bolig, vil det bare unntaksvis forekomme at noen vil få rett til overtakelse foran gjenlevende ektefelle.

³⁵⁴ Normalt medfører rettighetene etter tomtefesteloven ingen verdi for boet, idet den eneste betaling overtaker skal foreta er i forhold til bortfester. Det er disse enkeltpersoner, og ikke dødsboet, som er berettiget til å innløse eller fortsatte festeforholdet. Boet kan således ikke selge rettigheten ved såkalt intern auksjon mellom berettigede loddeiere.

Ektefellers legaluskifterett er begrenset til felleseiemidler, se al § 9 første ledd. Som overfor særlivsarvinger er det intet i veien for at ektefeller i testament utvider uskifteretten til også å omfatte særeiemidler – igjen begrenset av pliktdelsreglene. For å styrke gjenlevende ektefelles stilling har imidlertid lovgiver gitt ektefeller adgang til ved ektepakt å avtale rett til uskifte med særeiemidler, se el § 43. Denne form for ektepakt er en av i hovedsak tre varianter av avtaler om formuesordningen som jeg har valgt å betegne som *dødsdisposisjonsektepakter*. De to andre er adgangen til å avtale at særeiemidler ved død omgjøres til felleseiemidler, og at skjevdelingsmidler ved død skal likedeles, se henholdsvis el § 42 tredje ledd og el § 44 tredje ledd. Felles for disse to varianter er at de går ut på at midlene bare skal likedeles ved død, men ikke ved samlivsbrudd.

Betegnelsen *dødsdisposisjonsektepakter* signaliserer to forhold: Det dreier seg om avtaler som etter ekteskapsrettslige regler er ektepakter om formuesordningen, og som samtidig etter arverettslige regler *er* dødsdisposisjoner.

Med denne definisjonen avgrenses det mot ektepakter opprettet i henhold til de samme bestemmelser i el kap 9, men som reelt sett ikke er en dødsdisposisjon – normalt fordi den medfører en formuesoverføring fra gjenlevende til førstavdøde.

Den kombinasjon som definisjonen inneholder, reiser flere problemstillinger knyttet til forholdet mellom arverettslige og ekteskapsrettslige regler: I hvilken utstrekning får arverettslige regler anvendelse? I hvilken utstrekning kan dødsdisposisjonsektepakter opprettes som testament eller andre arverettslige disposisjoner?

De tre variantene av dødsdisposisjonsektepakter er av ulik karakter, se nedenfor. Derfor vil også forholdet til (andre) arverettslige disposisjoner variere. Nedenfor skal det redegjøres for disse særtrekkene. Felles for alle dødsdisposisjonsektepakter er at både realiteten og formålet går ut på en formuesoverføring fra førstavdøde til gjenlevende ved – og som følge av – dødsfallet. For alle former for dødsdisposisjonsektepakter gjelder likevel at de går klar av arverettslige regler – ikke som følge av disposisjonens art eller innhold – men fordi lovgiver (ganske) bevisst har truffet dette valget.

Av lovforarbeidene fremgår det at pliktdelsreglene ble betraktet som en hindring for de avtaler det var ønskelig at ektefellene fikk inngå. Et alternativ, som så vidt ble vurdert, var derfor å gi en særskilt hjemmel i al kap IV til å disponere over pliktdelsarv.³⁵⁵ Lovgiver valgte i stedet å flytte reglene fra de arverettslige og til de ekteskapsrettslige, se nærmere pkt 43.2.³⁵⁶ Av samme grunner er det ikke bare pliktdelsreglene dødsdisposisjonsektepaktene unntas fra, men arverettslige regler i sin helhet, se pkt 43.3.1.

Det er mulig at man i 1937, da det ble åpnet for omgjøring fra særeie til felleseie ved død, kunne betrakte dødsdisposisjonsektepakter utelukkende som en variant av formuesordningen, og som allerede av den grunn ikke aktualiserte arverettslige regler – fordi det dreide seg om delingen av en fellesformue. Det må imidlertid antas at det også i 1937 ble ansett som sikker rett at dødsdisposisjoner i ektepakt ble oppfanget av pliktdelsreglene.³⁵⁷

Sett på bakgrunn av utviklingen i den systematiske oppbygging av ektefellers formuesordning, og ikke minst betraktninger omkring dens realiteter, må det uansett i dag kunne konstateres at dødsdisposisjonsektepakter etter sitt innhold er arverettslige dødsdisposisjoner.

Adgangen til å avtale omgjøring av særeiemidler til felleseie ved død (”særeie i live, felleseie ved død” eller ”skilsmisssæreie”) ble innført ved arvelovsrevisjonen i 1937, se nå el § 42 tredje ledd. Begrunnelsen lå dels i å finne hensiktsmessige ordninger for det sammensatte skiftet, og dels i gjenlevendes mulighet for å overta førstavdødes formue uskiftet. Ved arveloven 1972 ble det åpnet for ektepakter som direkte ga adgang til å avtale uskifte med særeiemidler, se nå el § 43. Den tredje variant av dødsdisposisjonsektepakt ble innført ved ekteskapsloven 1991, og åpnet for å avtale at skjevdeling bare skulle skje ved skifte i begge ektefellers levetid, se nå el § 44 tredje ledd.

En ektepakt etter el § 42 tredje ledd får direkte betydning for det sammensatte skiftet og indirekte betydning for gjenlevendes rett til uskifte. Ektepakt etter el § 43 har utelukkende betydning for retten til uskifte, mens ektepakt etter el § 44 tredje ledd utelukkende har betydning for det sammensatte skiftet.

³⁵⁵ *Frantzen*, Dødsdisposisjoner side 34-36 foreslår til sammenligning reglene i el kap 9 erstattet av tilsvarende regler i al kap IV.

³⁵⁶ Den samme metode ble brukt for å holde en livsforsikringssum utenfor den arverettslige regulering. I stedet for å la forsikringssummen inngå (helt eller delvis) i dødsboet, ble det ved forsikringsavtaleloven 1989 etablert egne forsikringsrettslige fordelingsregler.

³⁵⁷ Se *Hambro*, Arveplanlegging side 87 med gjengivelse av litteratur fra 1892 og fra forarbeidene til ektefelleloven av 1888.

43.1.2 Presiseringer og avklaringer av begreper og systematikk

Et skifteoppgjør omfatter normalt både *verdideling* og *gjenstandsfordeling*. Ved skifte mellom to ektefeller synliggjøres dette ved at el kap 12 inneholder verdidelingsregler, mens fordeling av gjenstander reguleres av el kap 13. Det er ingen nødvendig sammenheng mellom de to oppgjørene, hvilket synliggjøres i el § 70.³⁵⁸

Ved rent dødsboskifte fordeles verdiene ved arveloven, mens retten til eiendeler reguleres i skifteloven (sl kap 10). Som gjennomgått i kapittel 22 får en arving ikke eiendomsretten til de enkelte eiendeler før det på en eller annen måte er truffet beslutning om å overføre gjenstanden fra dødsboet til arvingen. Ved testament kan arvelater gi bestemmelser om både verdideling og gjenstandsfordeling, kombinert eller bare det ene eller det annet.

For samboere gjelder en tilsvarende oppdeling. De nye regler i al kap III A om rett til arv gir gjenlevende samboer rett til en del av avdødes verdier, mens reglene i husfskl § 2 gir rett til å overta (kjøpe) felles bolig som tidligere helt eller delvis tilhørte førstavedøde. Samboer som har legalarverett omfattes dessuten av de generelle skifteregler i sl kap 10, se al § 28e tredje punktum. For gjenlevende samboere varierer imidlertid samboerdefinisjonen med de ulike rettigheter, se husfskl § 1 og al § 28a.

En klassifisering av uskifteretten etter de samme kriterier blir mer komplisert. Helt forenklet omfatter uskifteretten både rett til verdier og gjenstander, men med ulike begrensninger i hvilke eierbeføyelser som kan gjøres gjeldende.³⁵⁹

Ved skifte mellom ektefeller står begrepet *formuesordning* sentralt. Begrepet må for det første avgrenses mot ektefellenes *formuesforhold*, som er en felles betegnelse på alle økonomiske og tingsrettslige rettsforhold mellom ektefellene – og som derfor er overskriften på ekteskapsloven del II. Begrepet formuesordning er opprinnelig beskrivelsen av eierkonstruksjonen felleseie. I dag er det mer dekkende å si at formuesordning er navnet på det regelsett ved delingsoppgjøret mellom ektefellene som foretas ved ekteskapets oppløsning.³⁶⁰ Den mest utbredte forståelse av begrepet formuesordning er at det omfatter både verdideling (el kap 12) og

³⁵⁸ Formuleringene i el § 70 bærer med seg gamle forestillinger om felleseiet som et sameielignende rettsforhold. Ved deling av felleseiegjenstandene måtte den som hadde mottatt gjenstander som oversteg hans verdimessige lodd, betale det overskytende. I dag er det riktigere å se dette som to selvstendige oppgjør, men slik at det i tilfelle skjer en motregning mellom hva en ektefelle skylder den annen for å ha overtatt vedkommendes eiendeler etter el kap 13, og hva han selv eventuelt måtte skyldes som følge av verdidelingsreglene i el kap 12.

³⁵⁹ Loven beskriver dette som at gjenlevende råder *som* en eier. *Asland*, Uskifte side 78 hevder at gjenlevende er eneeier av uskifteboet.

gjenstandsfordeling (el kap 13). Jeg går ikke nærmere inn på hva som er den mest korrekte begrepsbruk, men understreker at jeg i denne avhandlingen bruker begrepet formuesordning *utelukkende* som betegnelse på de ekteskapsrettslige regler om verdideling. Etter min mening er dette den mest korrekte betegnelse, men den innskrenkede bruk av begrepet, har i denne avhandling først og fremst en praktisk begrunnelse. Det jeg i det følgende skal behandle er avtaler om formuesordningen som i realiteten er arverettslige dødsdisposisjoner. Det er bare avtaler om delingen ved død som er hjemlet i el kap 9 som går klar av arverettslige regler. Kapitlet omfatter kun avtaler om den verdimessige delingen.³⁶¹ Når jeg i det følgende bruker begrepet formuesordningen, siktes det fortrinnsvis til lovreglene om verdideling i el kap 12 og til de avtalebaserte rettsforhold som følger av ektepakter i henhold til el kap 9.

Begrepet formuesordning kunne med fordel vært erstattet av *delingsordning*.

Det følger av definisjonen ovenfor at formuesordningen også kan omfatte særeiemidler, og da først og fremst ektepakt om rett til uskifte med særeiemidler i henhold til el § 43. Det fremgår av lovforarbeidene at ektepakt om rett til uskifte med særeiemidler er ment som en variant om ektefellenes formuesordning, se pkt 43.2.4.

Særeiemidler kan få betydning for verdidelingen etter el kap 12, se eksempelvis el § 58 tredje ledd og § 63. Vederlagsreglene i el § 73 er etter denne definisjon en del av ektefellenes lovfastsatte formuesordning – i betydningen delingsordning.

Jeg definerer uskiftet som en arverettighet, se nedenfor. Likevel varierer uskifterettens innhold for ektefeller med deres formuesordning. Dette gjelder for det første retten til uskifte, se al § 9 første jf annet ledd. Formuesordningen er imidlertid også bestemmende for delingen av uskifteboet mellom ektefellene, se kapittel 73.

Uskiftet er etter min mening en arverettslig ordning. Når det etter en ektefelles død bestemmes at gjenlevende skal overta førstavdødes midler uskiftet, består felleseieskiftet – eller ”formuesordningsoppkjøret” – i å fastsette hvordan uskifteboet senere skal deles mellom ektefellene og/eller deres arvinger. Se nærmere om disse spørsmål i Del 7.

³⁶⁰ Skifte kan kreves allerede ved separasjon og i enkelte særlige tilfeller, se al § 57.

Med *sammensatt skifte* mener jeg skifteoppgjøret som gjennomføres straks etter en ektefelles død. Skifte av uskiftebo inneholder de samme elementer, men er en annen type delingsoppgjør, se kapittel 73. Oppfatningene omkring dette varierer. Etter min mening avsluttes den direkte anvendelsen av ekteskapsloven ved uskiftets etablering. Når jeg i denne avhandlingen forbeholder begrepet sammensatt skifte, for det skifteoppgjøret som gjennomføres ved en ektefelles død (el kap 15), og omtaler delingen ved uskiftets opphør som *skifte av uskifteboet*, er begrunnelsen først og fremst praktiske hensyn. Leseren skal slippe å være i tvil om hvilket sammensatt skifte det siktes til.

Av samme grunn brukes det noe omstendelige begrepet skifte i henhold til gjensidig testament om delingen når det foreligger sekundærtestasjoner, hvor det både må foretas en deling mellom de to ektefellers arvinggrupper, og deretter en intern fordeling internt innenfor hver gruppe.

Mer betydningsfullt enn selve begrepsbruken er bevisstheten om at det både ved sammensatt skifte og ved skifte av uskiftebo foretas en todelt deling.

Gjenstandsoppgjøret skjer derimot under ett, og reguleres av sl kap 10 – herunder sl § 63 om gjenlevende ektefelles særlige skifterettigheter. Avtaler omkring slike oppgjør vil ikke bli nærmere drøftet i denne sammenheng, som er begrenset til verdidelingen, jf ovenfor.

Hva som kan forhåndsavtales om den rent gjenstandsmessige fordelingen ved død, er blant annet drøftet under kapittel 45, hvor det under pkt 45.6 særlig drøftes forhåndsavtaler som berører gjenlevende ektefelles skifterettigheter.

Ved skifte av uskiftebo foretas den samme oppdeling som ved sammensatt skifte.

Enten det skiftes før eller etter lengstlevende ektefelles død, må det først foretas en deling mellom ektefellene. Ved deling mellom ektefellene fastsettes delingstallet som utgangspunkt på bakgrunn av ektefellenes formuesordning.³⁶²

Uttrykkene *ektepakt* og *testament* kan begge peke både på et dokument opprettet i bestemte former, eller på en bestemt materiell disposisjon. For å klargjøre om det siktes til det ene eller annet, brukes henholdsvis preposisjonene *i* og *ved*. For å klargjøre at det siktes til det materielle innhold, brukes ofte uttrykket *testasjon*. Som

³⁶¹ Denne begrensning i el kap 9 er etter min mening også et argument for min innskrenkende fortolkning av begrepet formuesordning. Det er derfor også mitt standpunkt at ektefellene uhindret av el kap 9 kan inngå forhåndsavtaler om gjenstandsfordelingen. Avtalefriheten begrenses bare av de lovgitte rettigheter i el kap 13, sammenlign husfskl § 4. På samme måte er en ektefelles rettigheter etter sl § 63 vernet mot testamentariske disposisjoner. Jeg er derfor uenig i argumentasjonen og resultatet i *Rt 2006 168*. Se nærmere pkt 45.6.

³⁶² Det samme er utgangspunktet når gjenlevende skal overta førstavedes midler i henhold til gjensidig testament.

regel inneholder dokumenter opprettet i testaments form en testasjon.³⁶³ Likeledes inneholder dokument opprettet i ektepakts form som regel en avtale om formuesordningen.³⁶⁴ Når ikke noe annet er sagt bruker jeg uttrykket ektepakt synonymt med avtale om formuesordningen, og testament i betydningen testasjon.

Som jeg kommer nærmere tilbake til, er det et mål å finne regelstrukturer og begreper ved uskifte og gjensidig testament som kan anvendes både for ektefeller og samboere (og eventuelt andre gjensidige testatorer), og for ektefeller uavhengig av om det dreier seg om felleseiemidler eller særeiemidler. Det hadde vært mulig å bruke uttrykk som primæroppgjør og sekundæroppgjør, men disse er lite beskrivende. Problemstillingene er først og fremst knyttet til ektefeller, og eventuelt samboere. Jeg velger derfor å beskrive de to ulike delingsoppgjør gjennom begrepene *delingen mellom ektefellene* (eller *deling mellom samboerne*) og *arvedelingen* (eller *delingen mellom arvingene*). Begrepet delingen mellom ektefellene brukes for enkelhets skyld uavhengig av om en eller begge ektefellene er døde. Begrepene brukes også uavhengig av om det gjelder sammensatt skifte eller skifte av uskiftebo. Delingen mellom ektefellene brukes synonymt, og ofte alternativt, med *felleseieskifte*. Med felleseieskifte menes i denne avhandlingen det verdimessige delingsoppgjøret mellom ektefellene ved ekteskapets opphør.

Begrepene skifte og deling brukes her i samme betydning. Det kunne imidlertid tenkes en distinksjon med skifte som betegnelse på det beregningsmessige oppgjør og deling på den faktiske fordeling av formuesgodene. Generelt finner jeg en slik sontring lite hensiktsmessig, bortsett fra felleseieskifte som foretas straks etter dødsfallet, men hvor det av gjensidig testament eller uskiftereglene følger at den faktiske fordeling av verdier først foretas senere, se pkt 56.2.4 og kapittel 74. Jeg finner likevel ikke grunn til å skille i begrepsbruken, men vil i stedet nærmere presisere og forklare hva skifteoppgjøret eller delingen går ut på.

Når en generell sontring finnes lite hensiktsmessig, skyldes det at felleseieskiftet ved uskifte består i å fastsette et delingstall som skal legges til grunn for den senere delingen. Delingstallet markerer hva som er gjenlevendes formue og hva som er arven etter førstavdøde (førstavdødes

³⁶³ Unntak gjelder først og fremst for det avtalerettslige løftet om fraskrivelse av testasjonskompetanse (arvepakt), se al § 56 annet ledd.

³⁶⁴ Ektepaktsformen må også brukes ved gaver mellom ektefellene (el § 50) og ved avtaler om unntak fra rådighetsreglene (el § 37 jf § 32).

formue), og som ved det senere skiftet markerer skillet mellom arven etter førstavdøde og arven etter lengstlevende. Slik er til sammenligning systemet ved samboeruskifte, og når en ektefelle overtar særeiemidler uskiftet, se al § 28e og al § 26 annet ledd. Etter gjeldende regler er delingstallet for felleseiemidler lovfastsatt til likedeling, men noe annet kan være bestemt, se kapittel 74.

Begrepet *gjensidig testament* vil ofte bli brukt i en vid, og ikke helt presis betydning. De testamenter som skaper særlig spørsmål om rådighet og senere deling, er de som – på samme måte som ved uskifte – inneholder felles sekundærttestasjoner.

Gjensidigheten i primærttestasjonen skaper i seg selv ingen særlige problemer. Både sekundærttestasjoner og felles sekundærttestasjoner forekommer mest i gjensidige testamenter. For enkelhets skyld, og i tråd med vanlig språkbruk (begrepsbruk), betegnes derfor gjensidige fellestestamenter med sekundærttestasjoner bare som gjensidige testamenter.

43.1.3 Dødsdisposisjonsektepaktens betydning for uskifte og gjensidig testament

Dødsdisposisjonsektepaktene er som nevnt av ulik karakter. Noen gjelder kun ved det sammensatte skiftet, andre har kun betydning ved uskifte, mens andre kan få direkte eller indirekte betydning i begge situasjoner. Formuesordningen og dødsdisposisjonsektepaktens plass og betydning ved uskifte drøftes nærmere i Del 7.

For gjenlevende ektefelles adgang til å overta førstavdødes midler i henhold til gjensidig testament, får verken formuesordning eller dødsdisposisjonsektepakt direkte betydning, med mindre testamentet selv er knyttet til særeiemidler eller felleseiemidler, likedelingsmidler eller skjevdelingsmidler.³⁶⁵ Reglene i el kap 9 åpner ikke for å regulere arverettigheter i en materiell ektepakt. Dersom en bestemmelse i ektepaktskjemaet (merknadssiden) i realiteten inneholder en gjensidig testasjon, vil den normalt kunne få virkning som et testament, se pkt 43.3.

Et mer uavklart spørsmål er imidlertid hvilken betydning det gjensidige testamentet har i forhold til reglene i el kap 15 om felleseieskifte ved en ektefelles død, se el § 76 som tar forbehold for at noe annet kan følge av testament. Disse spørsmål drøftes nærmere i pkt 56.2.

Det kan i denne sammenheng også pekes på at dersom gjenlevende ikke overtar hele boet uskiftet, må det foretas et tenkt regulært sammensatt skifte etter el kap 15 for å beregne de arvelodder som skal utbetales. Tilsvarende gjelder dersom det oppstår spørsmål om forholdet mellom det gjensidige testamentet og pliktdelsreglene.

43.2 Bakgrunnen for og utviklingen av dødsdisposisjonsektepaktene

43.2.1 Kort felles historikk

Adgangen til å avtale at særeiemidler ved død skal behandles som felleseie, ble første gang vedtatt i 1937, som § 26 annet og tredje ledd i ektefelleloven 1927. Det kunne avtales at begge ektefellers avtalte særeiemidler i arve- og skifterettslig henseende ved død skulle betraktes som felleseiemidler.³⁶⁶

Adgangen til å avtale uskifte med særeiemidler ble først innført som nytt § 26 annet ledd annet og tredje punktum samtidig med arveloven av 1972.³⁶⁷

Ordningen kunne i begge tilfeller begrenses til bare å gjelde dersom en bestemt ektefelle døde først.

Etter ordningen av 1937 syntes det forutsatt at avtalen måtte omfatte begge ektefellers særeiemidler, mens det i 1972-endringen klart ble sagt at avtalen kunne begrenses til den ene ektefelles formue.³⁶⁸

Både ordningen med omgjøring av særeie til felleseie ved død og adgangen til uskifte med særeiemidler ble i 1991 videreført som henholdsvis el § 42 tredje ledd og § 43. Med de nye skjevdelsregler i ekteskapsloven 1991, ble det samtidig innført

³⁶⁵ Det er heller intet i veien for at testamentet gir anvisning på at felleseiemidler skal arves av gjenlevende, mens særeiemidler skal skiftes. Testamentet kan også bestemme at skjevdelsmidler må skiftes, mens gjenlevende beholder førstaveddes likedelingsmidler.

³⁶⁶ Ektefelleloven § 26 lød den gang slik:

”§26. Det som tilhører en ektefelle som særeie, kan ved ektepakt gjøres til felleseie.

Likeså kan det ved ektepakt – i forbindelse med opprettelse av særeie eller senere – bestemmes at når den ene ektefelle er død, skal det med hensyn til arv og skifte gjelde samme regler som om særeie ikke hadde vært opprettet.

Sådan bestemmelse kan også treffes alene for det tilfelle at en bestemt av ektefellene skulde dø først.

Avtale som nevnt i første og annet ledd kan ikke treffes med virkning for midler som er en ektefelles særeie i medhold av § 23, første og annet ledd. Avtalen kan omgjøres ved ektepakt.”

³⁶⁷ Bestemmelsens første og annet ledd ble da lydende slik:

§26. Det som tilhører en ektefelle som særeie, kan ved ektepakt helt eller delvis gjøres til felleseie.

Likeså kan det ved ektepakt – i samband med opprettning av særeie eller senere – bestemmes at når den ene ektefelle er død, skal det med omsyn til arv og skifte gjelde samme regler som om særeie ikke hadde vært oppretta. På samme måten kan det bestemmes at den lengstlevende av ektefellene skal ha rett til å sitte i uskifta bo med særeie. Overtar lengstlevende ektefelle særeie i uskifta bo i medhold av andre punktum, skal et seinere skifte skje etter reglene i arvelovens §26 andre ledd, når ikke ektepakten bestemmer noe annet.”

³⁶⁸ Se henholdsvis Ot prp nr 14 (1937) side 13-I og Prp36 side 207-II, samt nærmere nedenfor.

regler om at ektefellene kunne forhåndsfrafalle skjevdelingsretten. Slik avtale kunne begrenses til bare å gjelde ved død, og bare dersom en bestemt av ektefellene døde først, se el § 44 tredje ledd.

Antakelig ble det i 1937 ansett som sikker rett at dødsdisposisjoner i ektepakt ble oppfanget av pliktdelsreglene.³⁶⁹

43.2.2 Omgjøring av særeie til felleseie ved død

Ordningen med omgjøring av særeiemidler til felleseiemidler ved død er tradisjonelt betegnet som ”særeie i live, felleseie ved død”, men er i nyere tid også omtalt som ”skilsmisssæreie” – slik ordningen er betegnet i Danmark.³⁷⁰ I det følgende brukes begrepene synonymt.

Lovendringen i 1937 bærer preg av helhetlige og pragmatiske vurderinger omkring hvordan gjenlevende ektefelles stilling kunne gjøres bedre, blant annet ved sammenligninger med andre land. Endringene i ektefelleloven ble gjort samtidig med endringer i arveloven og uskifteloven hvoretter gjenlevende ektefelles legalarverett og uskifterett ble utvidet, og var ledd i et omfattende oppgradering av gjenlevende ektefelles stilling.³⁷¹ Endringene i ektefelleloven ble i forarbeidene drøftet i fortsettelsen av endringene i legalarverett og uskifterett, og under én felles overskrift: ”Ektefellers arverett og rett til å sitte i uskifte”.³⁷² Reglene ble således sett i sammenheng. Blant annet ble utvidet legalarverett for gjenlevende ektefelle begrunnet med at han eller hun ellers ville gå tomhendt fra skiftet dersom avdøde hadde særeie.³⁷³

Noen prinsippdiskusjon om forholdet mellom arverettslige og ekteskapsrettslige regler og disposisjoner ble ikke foretatt, verken ved lovendringene i 1937, 1972 eller 1991. Noe fremgår likevel av forarbeidene til 1937-endringen. I forarbeidene gjentas

³⁶⁹ Se *Hambro*, Arveplanlegging side 87 med gjengivelse av litteratur fra 1892 og fra forarbeidene til ektefelleloven av 1888.

³⁷⁰ Se *Lødrup og Sverdrup*, Familieretten § 13 VI side 179 og *Holmøy og Lødrup*, Ekteskapsloven side 285.

³⁷¹ Før lovendringen arvet ektefellen en tredjepart i konkurranse med utarvinger, alt hvis det ikke fantes andre legalarvinger, men intet hvis avdøde etterlot seg livsarvinger. Ved lovendringen i 1937 (al 1854 § 28) ble ektefells legalarverett fastsatt slik den er i dag, jf al § 6. Før lovendringen gjaldt uskifteretten bare overfor felles livsarvinger, ikke overfor førstavdødes utarvinger, men ble endret til slik reglene er i dag (uskifteloven 1927 § 1).

³⁷² Se Ot prp nr 14 (1937) side 9-II og Innst O XI (1937) side 6-I.

det stadig at pliktdelsreglene er til hinder for en legislativt sterkt begrunnet adgang til å få sær eiendommer omgjort til felleseie ved en ektefelles død. De løsninger som ble valgt, og de begrunnelser som ble gitt, forklarer likevel ikke hele forholdet mellom ektefellers ektepakter og arvereglene, idet det bare er forholdet til pliktdelsreglene som omtales.

Spørsmålene ble relativt grundig drøftet av departementet i odelstingsproposisjonen. Justiskomiteen nøyde seg med å gi en kort tilslutning til departementets forslag og begrunnelser. Verken i Odelstinget eller i Lagtinget var det merknader til lovforslaget på dette punkt.³⁷⁴ Det samme gjaldt utvidelsen av gjenlevende ektefelles uskifterett. Derimot var utvidelsen av gjenlevende ektefelles legalarverett gjenstand for tidvis heftig debatt, i likhet med spørsmålet om representasjonsretten, slektsarverettens utstrekning og pliktdelsreglene.³⁷⁵ Når jeg i det følgende viser til forarbeidene gjelder dette bare proposisjonen, men Stortinget sluttet seg til denne uten merknader.

Adgangen til å avtale skilsmisssæreie, var i det vesentligste begrunnet i en antakelse om at sær eiendommer ble etablert for å forhindre deling med den annen ektefelle ved skilsmisse eller deling med dennes slekt ved ektefellens død. Derimot var det en utilsiktet virkning at ens gjenlevende ektefelle ikke fikk ta del i de etterlatte sær eiendommer. Adgangen til å gjøre sær eiendommer om til felleseiendommer ved død ble begrunnet i de samme legislative grunner som lot gjenlevende ektefelle beholde felleseiendommer uskiftet, og som etter departementets mening i de fleste tilfeller talte ”med nøyaktig samme styrke for at ektefellen også får beholde avdødes sær eiendommer uskiftet”.³⁷⁶

Den nærmere begrunnelse var todelt – og oppfinnsom: Såfremt ektefellen hadde arverett til sær eiendommer gikk disse midlene ved dødsfallet ”over til å bli et virkelig sameie mellom gjenlevende ektefelle og den avdødes (øvrige) arvinger, ganske på samme måte som et ekteskapelig felleseie”. Den annen side av begrunnelsen lå i en konstatering av at sær eiendommene under ekteskapet rent faktisk, og i like høy grad som

³⁷³ Se Ot prp nr 14 (1937) side 10. I henhold til al 1854 § 28 hadde gjenlevende den gang ikke legalarverett dersom førstavede etterlot seg livsarvinger. Gjenlevendes eneste rettighet besto derfor i uskifteordningen, som var avhengig av at førstavede etterlot seg felleseiendommer.

³⁷⁴ Se Ot prp nr 14 (1937) side 12-13-Innst O XI (1937) side 7-II, Forh O (1937) side 307 og Forh L (1937) side 66.

³⁷⁵ Se Forh O (1937) side 293-307 og Forh L (1937) side 62-66. Kanskje kan forklaringen på manglende debatt i Stortinget om endringene i uskifteloven og ektefelleloven, forklares med at debattenergien var brukt opp på arvelovsendringene som var gjenstand for debatt og votering umiddelbart før.

³⁷⁶ Se Ot prp nr 14 (1937) side 12.

ordinære felleseiendler, var blitt anvendt til felles beste, og slik sett ”faktisk har fungert som fellesformue”.³⁷⁷

Det ble deretter påpekt at pliktdelsreglene var til hinder for uskifte med særeieendler, og at dette utvilsomt var en mangel ved dagjeldende lovgivning – som man nå ville gjøre noe med.³⁷⁸

Når arvelovens pliktdelsregler ble ansett å være til hinder for en ordning som har sterke legislative grunner for seg, skulle man tro at løsningen burde vært å endre pliktdelsreglene. Og slik ble for så vidt også problemstillingen formulert:

”Meget kunde derfor tale for i hvert fall å innføre en adgang til *ved ektepakt eller testament* – ... hinder av livsarvingenes pliktdelsrettigheter – å bestemme at lengstlevende skal beholde uskiftet avdødes særeie”.³⁷⁹

I 1937 fant imidlertid lovgiver at en ordning med særeieendler i uskifte ville kunne medføre sammenblanding av de to særeieformuer, hvilket igjen kunne føre til ”endeløse og uløselige tvistigheter” ved et senere skifteoppgjør.³⁸⁰ Den eneste måte dette – ifølge departementet – kunne unngås på, var ved å behandle ektefellenes samlede formuer i skifte- og arverettslig henseende *som om* det hadde vært fellesei.³⁸¹ Departementet fant det imidlertid for drastisk å gjøre dette til lovens utgangspunkt, og åpnet derfor i stedet for at ektefellene ble gitt adgang til *ved ektepakt* å avtale en slik ordning – fortsatt uhindret av pliktdelsreglene.³⁸²

Det er i den videre drøftelse i proposisjonen forholdet til pliktdelsreglene forsøkes avklart:

”Men mot en slik regel vil der på den annen side ikke kunne reises innvendinger av vekt så sant det gjelder særeie som ektefellene ved avtale *straks* kunde ha gjort til regulært fellesei, hvilket er tilfelle med alle særeieendler, der ikke er mottatt som arv eller gave med uttrykkelig bestemmelse fra giver eller testator om å skulle være vedkommendes særeie; jfr. lov av 20 mai 1927 § 26, jfr. § 23. Og kan ektefellene således bestemme at felleseiereglene skal få anvendelse fra hvilket som

³⁷⁷ Ot prp nr 14 (1937) side 12-I.

³⁷⁸ ”Hittil har det ikke vært anledning til en sådan ordning – selv ikke ved uttrykkelig bestemmelse i ektepakt eller testament, såfremt der er livsarvinger. (Arvelovens pliktdelsregler er til hinder.)” Ot prp nr 14 (1937) side 12-I.

³⁷⁹ Ot prp nr 14 (1937) side 12-II.

³⁸⁰ Ot prp nr 14 (1937) side 12-II. Denne bekymring hadde man derimot ikke ved forberedelsen av 1972- endringene, se nedenfor.

³⁸¹ Ot prp nr 14 (1937) side 12-13.

³⁸² Ot prp nr 14 (1937) side 13-I. En lovregel med omvendt utgangspunkt ble imidlertid innført i Danmark ved den såkalte særejereformen i 1990, jf Lov om ægteskabets retsvirkninger § 28. Se *Lødrup*, Nordisk arverett side 164 med videre henvisninger.

helst øieblikk så lenge de begge er i live, synes det en naturlig konsekvens at de også må kunne bestemme at felleseiereglene skal komme til anvendelse når en av dem dør.”³⁸³

Som en naturlig konsekvens av formålet med ordningen – nemlig å dele sin særeieformue med gjenlevende ektefelle hvis man selv dør, men uten å måtte dele med ektefellen ved skilsmisse eller med ektefellens arvinger hvis denne dør først – ble det uttrykkelig bestemt at ordningen kunne begrenses til å gjelde bare dersom en bestemt av ektefellene døde først.

Selv om spørsmålet ikke ble uttrykkelig drøftet, synes departementet å ha forutsatt at både førstavdødes og gjenlevendes særeiemidler måtte omfattes av ordningen. Avtalen ble nemlig beskrevet som en kombinert livs- og dødsdisposisjon, slik at det derfor oppsto tvil om den skulle inngås ved ektepakt eller testament:

”Da en avtale av denne art både er en avtale mortis causa (nemlig forsåvidt angår førstavdødes særeie) og en avtale inter vivos (nemlig forsåvidt angår lengstlevendes særeie) har man vært i nogen tvil om hvorvidt ektepakt eller testament er den heldigste form for avtalen. Man er imidlertid blitt stående ved ektepakten dels for at det skal komme tydelig frem at en slik avtale ikke kan endres uten etter felles overenskomst, og dels fordi en bestemmelse av den nevnte art naturligst treffes i forbindelse med *opprettelsen* av særeiet.”³⁸⁴

I forarbeidene til endringene i 1972 sies det imidlertid klart at begge former for avtaler kan begrenses til bare å gjelde den ene ektefellens formue.³⁸⁵ Noen drøftelser omkring dette foretas imidlertid ikke. Heller ikke ved videreføringen av reglene til ekteskapsloven i 1991 ble prinsipielle spørsmål omkring dette særskilt drøftet. Det følger imidlertid direkte av ordlyden i el § 42 annet ledd at ektepakten ”kan begrenses til å gjelde den ene ektefellens formue eller deler av den enes eller begge ektefellenes formue”, og av tredje ledd at ”slik avtale kan begrenses til bare å gjelde dersom en bestemt av ektefellene dør først”. Selv om det ikke er uttrykkelig sagt i forarbeidene, må det ut fra ordlyden legges til grunn at omgjøring til felleseie kan begrenses til bare å omfatte førstavdødes særeie, og likegyldig hvem av dem dette måtte bli.

Når jeg særskilt tar opp dette spørsmålet er det fordi ved å tillate at bare førstavdødes særeie omgjøres til likedelingsmidler, står man overfor en *ren*

³⁸³ Ot prp nr 14 (1937) side 13-I.

³⁸⁴ Ot prp nr 14 (1937) side 13-I.

³⁸⁵ ”Ektepakt i medhold av første eller annet ledd forutsettes også å kunne gjelde bare den ene ektefelles særeie (eller en del av dette).” *Prp36* side 207-II.

dødsdisposisjon, og ikke – slik lovgiver i 1937 la til grunn – en kombinert livs- og dødsdisposisjon.

Som et ledd i sitt forslag til nyordning av gjenlevende ektefelles rettsstilling foreslo Arvelovkomitéen blant annet en bestemmelse i ektefelleloven § 26 om at gjenlevende ektefelle skulle kunne gjøre samme rettigheter gjeldende i førstavdødes særeiemidler som i felleseiemidler, og med en uttrykkelig bestemmelse om at også gjenlevendes særeie ble felleseie.³⁸⁶

Når disse spørsmål ikke ble drøftet nærmere under forberedelsen av arveloven skyldes det antakelig at oppmerksomheten var rettet et helt annet sted, nemlig mot Arvelovkomitéens forslag til inngrepene i reglene om gjenlevende ektefelles arverettigheter. Hovedtrekkene i forslaget var at dersom førstavdøde etterlot seg livsarvinger hadde gjenlevende ikke legalarverett, men rett til uskifte etter regler som stort sett tilsvarer de någjeldende. Dersom førstavdøde ikke etterlot seg livsarvinger skulle ektefellen arve alt, men med sekundærarverett for førstavdødes arvinger – etter modell av de svenske regler om ”arvsrätt med fri förfoganderätt”.³⁸⁷

Under departementets behandling av lovforslaget gikk man bort fra Arvelovkomitéens nye modell, både med hensyn til arveordning for gjenlevende ektefelle og forslaget om å la særeiemidler som utgangspunkt omgjøres til felleseiemidler ved død. Departementet tok likevel opp spørsmålet om rett til uskifte med særeiemidler – ikke som en del av en arveordning, men som et alternativ til den eksisterende adgang til ved ektepakt å gjøre om særeiemidler til felleseiemidler ved død begrunnet i praktiske behov, se nærmere pkt 43.2.4.

I sine merknader til el § 42 første og annet ledd viste Ekteskapslovutvalget generelt til at avtaler om formuesordningen – i tillegg til selve delingen – også har betydning for retten til å sitte i uskifte og for ”beregningen av livsarvingenes plikt del, idet den skal vurderes ut fra den formue arvelaterens bo utgjør etter at delingen med den gjenlevende ektefelle er gjennomført”.³⁸⁸

Vedrørende selve dødsdisposisjonsektepakten, avtalen om at likedeling bare skal skje ved død, viste Ekteskapslovutvalget først til drøftelsene omkring Arvelovkomitéens forslag beskrevet ovenfor, men kommenterte ikke disse nærmere.³⁸⁹ Om el § 42 tredje ledd sies intet annet prinsipielt enn at den innebærer ”en prioritering av gjenlevende ektefelles interesser i forhold til avdødes arvinger”.³⁹⁰ Denne bevisste prioritering er også grunnen til det ikke skal skje en fullstendig og betingelsesløs omgjøring til felleseie ved død. Avtalen skal kunne begrenses til å gjelde bare dersom

³⁸⁶ Se *Utk62* side 88-97, 101-102 og 257-258. Arvelovkomitéens forslag til ny efl § 26 annet ledd lød slik: ”Gjenlevende ektefelle kan gjøre samme rett gjeldende overfor sin avdøde ektefelles særeie som han kunne gjort om det hadde vært felleseie. Velger han å gjøre slik rett gjeldende, skal også hans mulige eget særeie anses som felleseie.” (*Utk62* side 282-283.)

³⁸⁷ Se *Utk62* side 59-103, samt departementets gjennomgang av forslaget og høringsuttalelsene i Prp26 side 45-100. Om den svenske ordningen, se oversikt hos *Lødrup*, Nordisk arverett side 165-166.

³⁸⁸ NOU 1987: 30 side 113. Utvalgets lovutkast § 9-1.

³⁸⁹ NOU 1987: 30 side 115-II.

en bestemt av ektefellene dør først, og gjenlevende kan som utgangspunkt se bort fra avtalen dersom omgjøring til felleseie ikke er i hennes interesse. Forholdet til arverettsreglene berøres ikke nærmere.

Når det derimot gjaldt reglene i el § 46 første ledd om adgangen til å endre avtaler om formuesordningen, fremsatte Ekteskapslovutvalget klare synspunkter på forholdet til arverettslige dødsdisposisjoner:

”Slike avtaler om endringer i formuesforholdet vil kunne ha stor betydning for livsarvingenes pliktdel, smln. bemerkningene ovenfor til § 9-1. De er imidlertid ikke dødsdisposisjoner i arverettslig forstand. En ektepakt som inngås på den ene ektefellens dødsleie, og som opphever en tidligere ektepakt om at ektefellens formue skal være unntatt fra deling (særeie), må eksempelvis livsarvingene respektere. Det samme gjelder hvor ektefellen gir den lengstlevende rett til uskifte med særeiemidler.”³⁹¹

Uttalelsene må ses i sammenheng med *Rt 1985 1291* hvor det om forholdet til pliktdelsreglene ble uttalt at omgjøring av ektepakt på dødsleiet måtte likestilles med en ektepakt etter el § 42 tredje ledd, se nærmere pkt 43.2.6.³⁹² Om betydningen av en slik omgjøring av formuesordningen i forhold til livsarvingenes pliktdelsrettigheter uttalte Høyesterett følgende:

”Det er nok så at ved skiftebehandlingen vil en omgjøring fra særeie til felleseie etter omstendighetene kunne få tilsvarende økonomisk virkning for livsarvingen som om eiendom var overført fra den ene ektefelle til den annen ved gave. Og slike disposisjoner vil undertiden kunne ramme livsarvinger på en lite rimelig måte. Men dette er en følge av den adgang til å omgjøre særeie til felleseie som lovgiveren med åpne øyne har innført med særlig sikte på å sikre gjenlevende ektefelles stilling.”³⁹³

Ekteskapslovutvalgets uttalelser kan tolkes i retning av at ektepakter etter el § 42 tredje ledd ikke er en arverettslig dødsdisposisjon, idet den ikke fordeler arv, men bare har betydning for beregningen av hva som er arv etter førstavedde ektefelle. Dette står riktignok i kontrast til departementets uttalelser under forberedelsene av reglene i 1937, se ovenfor. Senere juridisk teori går også klart i retning av å betrakte avtalen om omgjøring av særeie til felleseie ved død som en dødsdisposisjon. Den alminnelige rettsoppfatningen bærer også et visst preg av den pragmatiske holdning Høyesterett inntok i *Rt 1985 1291*, nemlig at det sentrale er at lovgiver med åpne øyne har vedtatt

³⁹⁰ NOU 1987: 30 side 116-I.

³⁹¹ NOU 1987: 30 side 117-II.

³⁹² ”For mitt standpunkt er det ikke avgjørende om ektepakten går inn under [efl] § 26 første ledd [= el § 46 første ledd] eller om den omfattes av annet, jfr. tredje ledd [= el § 42 tredje ledd].” *Rt 1985 1291* på side 1295.

reglene for å sikre gjenlevende ektefelles stilling. Denne enkle begrunnelse står etter min mening sentralt i spørsmålet om forholdet både til pliktdelsreglene og til arverettsreglene generelt, se pkt 43.3.

Ekteskapslovutvalgets prinsipielle uttalelser ble ikke konkret kommentert verken av departementet eller i Stortinget. Departementet synes imidlertid å ha lagt til grunn at Ekteskapslovutvalgets forslag ikke innebar noen endringer i forhold til tidligere rett.³⁹⁴

Som tidligere nevnt kan dødsdisposisjonsektepaktens rettslige struktur gjøres til gjenstand for en nærmere prinsipiell drøftelse. Poenget i denne sammenheng er imidlertid at selv om en dødsdisposisjonsektepakt åpenbart inneholder en arverettslig dødsdisposisjon, følger det av den lovgivervilje som har kommet til uttrykk ved alle lovendringer at dødsdisposisjonsektepakten uansett reelt innhold ikke rammes av arverettslige pliktdelsregler. Denne lovgivervilje ble presisert i *Rt 1985 1291*.

Så lenge det ikke er avtalens reelle innhold som fritar den fra arverettslige regler, vil vurderingen av hvilke avtaler som går klar av pliktdelsreglene ikke bygge på arverettslige synspunkter om dødsdisposisjoner, pliktdelsreglenes reelle innhold osv, men i stedet knytte seg til hvorvidt dødsdisposisjonsektepakten faller inn under ekteskapslovens uttømmende regulering av hva som gyldig kan avtales om formuesordningen, se nærmere pkt 43.3.

Avslutningsvis påpekes at avtaler om skilsmissesæreie, i tråd med sin todelte begrunnelse, har en dobbelt funksjon. Ektepakten har betydning både dersom det gjennomføres et sammensatt skifte og for gjenlevendes rett til uskifte.

43.2.3 Omgjøring fra felleseie til særeie ved død

Ektepakt om skilsmissesæreie går i korte trekk ut på at skifteoppgjøret ved skilsmisse skal følge særeiereglene, mens gjenlevende ved død kan velge å foreta skiftet som om særeie ikke var avtalt. Det følger klart av lovforarbeidene at den omvendte ordning ikke gyldig kan avtales. Når dette spørsmålet nevnes her, skyldes dette først og fremst de begrunnelser som ble gitt.

Det fremgår av fremstillingen ovenfor at dødsdisposisjonsektepaktene kan gripe kraftig inn i førstavdødes livsarvingers stilling, og at ektefellene er gitt stor frihet til å

³⁹³ *Rt 1985 1291* side 1295.

³⁹⁴ Prp28 side 109-112.

kunne tilpasse dødsdisposisjonsektepaktene slik at de alltid er til gunst for gjenlevende, herunder at gjenlevende kan velge å se bort fra ektepakten. På denne bakgrunn er departementets begrunnelse for ikke å tillate ”felleseie i live, særeie ved død” noe overraskende:

”[Ekteskapslovutvalget] har ikke foreslått at avtaler om særeie skal kunne begrenses til bare å gjelde ved oppgjør etter den ene ektefelles død (’felleseie i live – særeie ved død’). En adgang til å inngå slike avtaler ville gjøre det mulig å foreta ganske vidtgående manipulasjoner i forhold til reglene om livsarvingenes pliktdelsarv. Departementet slutter seg derfor til utvalgets vurdering.”³⁹⁵

Henvisningen til Ekteskapslovutvalgets vurdering gjelder bare vurderingen om at en slik ordning ikke skal foreslås. Frykten for vidtgående manipulasjoner i forhold til reglene om livsarvingenes pliktdelsarv er nok departementets egne, idet Ekteskapslovutvalget ikke drøftet denne side av problemstillingen. Utvalget nøyde seg med å ”fremheve at avtalefriheten ikke kan være ubegrenset”, og viste til Rt 1976 501 hvor en avtale om at særeie bare skulle gjelde ved død ble kjent ugyldig. Utvalget fant ikke grunn til å foreslå noen endring av rettsstilstanden på dette punkt, men ga ingen nærmere forklaring – utover at avtalefriheten ikke kan være ubegrenset.³⁹⁶ Heller ikke resultatet i Rt 1976 501 bygger på hensynet til livsarvingene, men på at denne varianten av formuesordningen ikke var hjemlet i loven. ³⁹⁷

43.2.4 Uskifte med særeiemidler

Ektepakt som gir en ektefelle rett til uskifte med særeiemidler skiller seg på flere måter fra de andre dødsdisposisjonsektepakter ved at den ikke får betydning på det sammensatte skiftet, men utelukkende regulerer uskifteordningen.

Uskifteordningen er både historisk sett og i sin konstruksjon en fortsettelse av formuesordningen felleseie.³⁹⁸ Etter min mening er ikke dette lenger en korrekt – eller heldig – beskrivelse av uskifteordningen. Gjenlevende ektefelle har siden 1972 kunnet

³⁹⁵ Prp 28 side 78-79.

³⁹⁶ Se NOU 1987: 30 side 97-II.

³⁹⁷ Høyesterett fant i saken ikke foranledning til å gå inn på de subsidiære anførsler om dødsdisposisjon. Lagmannsretten kom til at det ikke forelå noen dødsdisposisjon, men bygget ikke resultatet på dette. ”Etter en samlet vurdering kommer lagmannsretten således til at ektepakten ikke rommer noen dødsdisposisjon. Dens gyldighet beror derfor alene på om den ugyldige reservasjonsklausul medfører at den som helhet blir en rettslig nullitet.”

³⁹⁸ Se eksempelvis *Utk62* side 211-II: ”Uskifteordningen er nemlig en legal følge av formuesordningen mellom ektefellene.”

sitte i uskifte med sær eiendommer, og fra 2009 gir loven samboere rett til uskifte.

Uskifteordningen bør i dag karakteriseres som en arverettighet, men hvor likevel uskiftets omfang og innhold for ektefeller blant annet beror på deres formuesordning, se al § 9 første jf annet ledd. Til sammenligning beror legaluskifteretten for samboere på eiendelenes karakter, dvs om det er felles bolig, fritidseiendom til felles bolig osv, se al § 28c. Om uskifteordningens rettslige karakter, se nærmere kapittel 74.

Den rent lovbaserte uskifterett er for ektefeller fortsatt begrenset til felleseiendommer, se al § 9 første ledd. Dette omfatter også forhenværende sær eiendommer som ved ektepakt etter el § 42 tredje ledd er omgjort til felleseiendommer. Som det fremgår av pkt 43.2.2, ble adgangen til å omgjøre sær eiendommer til felleseiendommer ved død i 1937 ansett som en nødvendig vei å gå for å muliggjøre rett til uskifte.

Under forberedelsen av arveloven 1972 foreslo Arvelovkomitéen en helt ny ordning for gjenlevende ektefelle, men som ikke ble fulgt opp av departementet, se pkt 43.2.2. Arvelovkomitéen foreslo blant annet at sær eiendommer ved død skulle omgjøres til felleseiendommer i kraft av loven. Bortsett fra at ordningen ble drøftet sammen med arverettslige regler, og som en del av en helhetlig løsning for gjenlevende ektefelle, ble det ikke foretatt noen prinsipiell drøftelse av om reglene skulle anses som arverettslige eller ekteskapsrettslige.

Departementet tok avstand fra Arvelovkomitéens forslag, men fremsatte likevel forslag til en regel om uskifte med sær eiendommer. Heller ikke i denne sammenheng ble en slik avtales rettslige karakter nærmere drøftet.³⁹⁹ Det fremgår imidlertid både av omtale og lovteknisk plassering at forslaget dreide seg om ”en endring av en noe annen karakter i reglene om formuesordningen mellom ektefeller som har betydning for gjenlevende ektefelles stilling”.⁴⁰⁰

³⁹⁹ Se *Prp36* side 93, 138-139 og 207 hvor regelen er kort beskrevet, men ikke begrunnet eller drøftet. Se videre *Utk62* side 88-97, 101-102, 257-258 og 282-283 vedrørende ordningen med omgjøring av sær eiendommer til felleseiendommer.

⁴⁰⁰ ”Departementet vil imidlertid foreslå en endring av en noe annen karakter i reglene om formuesordningen mellom ektefeller som har betydning for gjenlevende ektefelles stilling. Som en utbygging av vår gjeldende ordning om at det ved ektepakt kan avtales forvandling av sær eiendommer til felleseiendommer når den ene ektefelle dør, foreslår man at ektefellene – som et nytt alternativ – får adgang til å avtale ved ektepakt at gjenlevende skal ha rett til uskifte med sær eiendommer, men ikke rett til boslodd. Det har vist seg å være et praktisk behov for en slik ordning. ... Departementets forslag kan sies å komplisere reglene om formuesordningen ved at ektefellene får et nytt alternativ å velge mellom.” *Prp36* side 93-I. Se også *Prp36* side 86-93.

Departementet beskriver avtalen om uskifte med sær eiemidler som en variant av formuesordningen. Samtidig betraktes selve uskifteretten å være av ”materiell arverettslig natur”.⁴⁰¹ Dette bygger opp under karakteristikken av uskiftet som en arverettslig ordning hvis innhold og omfang varierer med formuesordningen. Samtidig synliggjøres lovgivers ønske om å la ektefellene ved ektepakt påvirke gjenlevende ektefelles uskifterettigheter, uten at pliktdelsregler eller andre arverettslige regler kommer til anvendelse.

Under forberedelsen av ekteskapsloven 1991 tok Ekteskapslovutvalget bare opp enkelte mer tekniske spørsmål knyttet til reglene om uskifte med sær eiemidler. Utvalget konkluderte med at regelen var innarbeidet og fylte et praktisk behov.⁴⁰² Ekteskapslovutvalget presiserte at el § 43 ikke innebar ”noen begrensning i de alminnelige vilkår for uskifte”.⁴⁰³

Ektepakt om rett til uskifte med sær eiemidler får ingen direkte virkning for gjenlevendes rådighet over uskifteboet i live. Derimot får avtalen betydning for delingen av uskifteboet ved at det ikke likedeles, men deles etter et forhåndsfastsatt delingstall, se al § 26 annet ledd. Ektefellene er dessuten gitt adgang til selv å fastsette delingsforholdet, så fremt det avtale delingsforhold innebærer en mer lik deling enn hva som følger av lovens løsning i al § 26 annet ledd. Ved at ektepakten får betydning for delingen, får den derved også indirekte betydning for gjenlevende ektefelles testasjonsrådighet, jf al § 18 annet ledd.

43.2.5 Adgangen til å forhåndsfrafalle skjevdelingsretten med virkning kun ved død

Samtidig med ekteskapslovens utvidelse av skjevdelingsretten ble variantene av formuesordninger tilføyd et nytt alternativ, nemlig fraskrivelse av retten til å kreve skjevdeling, se el § 44. Regelen ble bygget over samme lest som el § 42, men speilvendt. Frafallet av skjevdelingsretten kan eksempelvis gjøres betinget av at ektefellene får livsarvinger, at ekteskapet har vart en viss tid osv. På samme måte kan

⁴⁰¹ Prp36 side 132-II: ”I kapitteloverskriften, som er formulert etter samme mønster som overskriften til kapittel I, er uttrykket ’arv’ brukt både om ektefellens alminnelige arverett og retten til uskifte. Også retten til uskifte er av materiell arverettslig natur.”

⁴⁰² NOU 1987: 30 side 116-II.

⁴⁰³ NOU 1987: 30 side 117-I.

det bestemmes at avtalen bare skal gjelde ved død, og eventuelt bare dersom en bestemt ektefelle dør først, se el § 43 tredje ledd. Det er de sistnevnte alternativer som utgjør en dødsdisposisjonsektepakt.

Regelen ble først foreslått av departementet, men det ble ikke gitt noen særlig begrunnelse eller nærmere redegjørelse, utover at alternativene for slike avtaler burde tilpasses alternativene for avtaler om særøie.⁴⁰⁴ Bestemmelsene i el § 42 tredje ledd og § 44 tredje ledd har samme formål og langt på vei samme realitet: Verdiene skal bare likedeles ved død, ikke ved samlivsbrudd.

Av el § 59 første ledd fremgår at de beskrevne verdier *kan kreves* holdt utenfor delingen. Det presiseres derfor gjerne i teorien at det bare gis rett til skjevdeling i den utstrekning det kreves, og at skjevdeling ikke inntreer automatisk.⁴⁰⁵ Dette gjelder i og for seg for alle rettigheter den ene ektefelle etter el kap 12 gis i den annens formue. Poenget er imidlertid at en ektepakt etter el § 44 skaper sikkerhet omkring delingsoppgjøret ved at skjevdelsingsretten bindende forhåndsfrafalles.

Selvstendig verdi har ektepakter etter el § 44 tredje ledd for felleseiendeler ektefellene ønsker å skjevdele ved skilsmisse, men ikke ved død. Frafall av skjevdelsingsretten vil dessuten ofte være et nødvendig supplement til avtaler om skilsmissesærøie etter el § 42 tredje ledd. Dersom de avtalte særøiemidler etter loven er skjevdelsingsmidler, eksempelvis en arv, hjelper det ikke gjenlevende ektefelle at hun kan kreve felleseiereglene anvendt – idet førstavdødes arvinger som utgangspunkt kan kreve skjevdeling etter el § 59 jf § 77.

Dersom ektefellene ikke uttrykkelig har avtalt likedeling av felleseiendelene, mens det samtidig er på det rene at meningen med ektepakten var å sikre likedeling av de forhenværende særøiemidler, oppstår spørsmålet om frafall av skjevdelsingsretten kan inntolkes i ektepakten. Se nærmere pkt 43.3.4 om tolking av dødsdisposisjonsektepakter. Hva som var ektefellenes formål med ektepakten vil uansett være relevant som argument for redusert skjevdelsingsadgang for førstavdødes arvinger etter rimelighetsreglene i el § 59 annet ledd.

Avtaler om unnlatt skjevdeling får ingen betydning for gjenlevendes rett til legaluskifte, idet lovens uskifteregler ikke skiller mellom skjevdelsingsmidler og likedelingsmidler. Noe annet kan imidlertid være avtalt, se kapittel 75.

43.2.6 Om ektepakter opprettet på dødsleiet

Dødsdisposisjonsektepakter, dvs forhåndsavtaler om formuesordningen som utelukkende tar sikte på å regulere forholdene ved en ektefelles død, er gjennom

⁴⁰⁴ Prp28 side 111-I.

forarbeidene unntatt fra arverettslige regler om dødsdisposisjoner. Begrunnelsen er først og fremst pragmatisk: Slike ordninger fyller et behov og vil være i tråd med ektefellenes berettigede ønsker.

I forhold til de sentrale kriterier for grensedragningen mellom livs- og dødsdisposisjoner – dvs realiteten for arvelater i hans levetid – kan det hevdes at en slik forhåndsavtale får en viss realitet ved at den enkelte ektefelle ikke ensidig kan endre avtalen. En avtale om delingen ved en ektefelles død som inngås på dennes dødsleie, får ingen slik livstidsrealitet. Spørsmålet oppstår derfor om en ellers gyldig disposisjon oppfanges av testamentsreglene dersom den foretas på dødsleiet. I forhold til regelen om at gaver gitt på dødsleiet er dødsdisposisjoner, kan det pekes på at avtale om formuesordningen i andre sammenhenger, eksempelvis overfor kreditorene, ikke regnes som gave.

Spørsmålet ble vurdert i *Rt 1985 1291*. Dommen omhandler en ektepakt som opphevet en tidligere ektepakt om særerie for førstavdøde. Fordi førstavdøde hadde en særlivsarving var hans testasjonsrådighet begrenset, men gjennom ektepakten overtok gjenlevende omtrent halvparten av førstavdødes etterlatte formue. Det var ikke omtvistet at formålet med ektepakten var å sikre den gjenlevende ektefelle, eller at den ble opprettet på dødsleiet. For en enstemmig Høyesterett var imidlertid dette ikke avgjørende:

”Det er uomtvistet at C lå på dødsleiet da ektepakten av 16. november 1979 ble opprettet. Lagmannsretten har på denne bakgrunn oppfattet ektepakten som en avtale om at det særerie som ble opprettet 1. juni, ved C's død, skulle behandles som felleseie, altså som en avtale etter ektefelleloven § 26 annet ledd. For mitt standpunkt er det ikke avgjørende om ektepakten går inn under § 26 første ledd eller om den omfattes av annet, jfr. tredje ledd. Verken i ordlyden i § 26 eller i de lovforarbeider som ligger til grunn for de forskjellige bestemmelser som er inntatt i § 26, er det kommet til uttrykk at adgangen til å omgjøre særeriet til felleseie ved ektepakt, skulle begrenses av livsarvingers krav på pliktdelsarv. Jeg viser særlig til uttalelser på side 13 første spalte i Ot. prp. nr. 14-1937 som ligger til grunn for § 26 annet ledd. Det kan heller ikke ses å være grunnlag for at dette skulle gjelde for det tilfelle at ektepakten inngås når den ene ektefelle ligger på dødsleiet.

Det er nok så at ved skiftebehandlingen vil en omgjøring fra særerie til felleseie etter omstendighetene kunne få tilsvarende økonomisk virkning for livsarvingen som om eiendom var overført fra den ene ektefelle til den annen ved gave. Og slike disposisjoner vil undertiden kunne ramme livsarvinger på en lite rimelig måte. Men dette er en følge av den adgang til å omgjøre

⁴⁰⁵ Se eksempelvis *Lødrup og Sverdrup*, Familieretten § 19 II 1 side 259.

særeie til felleseie som lovgiveren med åpne øyne har innført med særlig sikte på å sikre gjenlevende ektefelles stilling.” Dommen side 1295.

Hovedpoenget er etter min mening at lovgiver – med åpne øyne – har åpnet for at ektefeller på hvilket som helst tidspunkt kan inngå avtaler som utelukkende har som realitet og formål å sikre den gjenlevende av dem, forutsatt at avtalen ligger innenfor de linjer som er trukket opp i el kap 9. Som nevnt ovenfor medfører dette standpunktet også en konsekvens i regelverket ved at avtaler om formuesordningen heller ikke i forhold til arvereglene regnes som gaver, selv om det skjer en formuesoverføring i berikelseshensikt.

De synspunkter Høyesterett la til grunn har senere fått tilslutning både i rettspraksis,⁴⁰⁶ lovforarbeider⁴⁰⁷ og i rettsteorien.

Se eksempelvis *Holmøy og Lødrup*: ”Etter vår mening er dommen et utslag av det syn at de endringer i formuesordningen som ektefeller kan foreta, ikke kan settes til side som stridende mot de pliktdels- og formregler som gjelder for dødsdisposisjoner. Om man da vil si at de ikke er dødsdisposisjoner i arverettslig forstand, eller om slike disposisjoner er dødsdisposisjoner som reglene om slike disposisjoner ikke gjelder for, blir uten praktisk betydning.”⁴⁰⁸

Lødrup og Sverdrup gir likeledes dommen sin tilslutning, både generelt i forhold til pliktdelsreglene og i spørsmålet om opprettelse av ektepakt om formuesordningen på dødsleiet kan regnes som gave.⁴⁰⁹

Jeg har selv tidligere stilt meg skeptisk til *begrunnelsen* for dommen.⁴¹⁰

Strandbakken har i en gjennomgang av dommen – med rette – stilt seg skeptisk til min kritikk av dens begrunnelse.⁴¹¹

I dansk rettspraksis har man imidlertid sett litt annerledes på disse spørsmålene, dog uten at spørsmålet uttrykkelig ble drøftet.

Østre Landsrets dom av 17.5.2006 gjaldt spørsmålet om en ektepakt måtte regnes som inngått på dødsleiet, og derfor var ugyldig fordi den ikke var opprettet i testaments former. Avgjørelsen knyttet seg til dagjeldende⁴¹² danske arvelov § 70, som langt på vei tilsvarte al § 35 og § 53.

⁴⁰⁶ Se *Rt 1989 1215*, *Rt 1990 1094* og *Rt 2007 776*.

⁴⁰⁷ Se blant annet NOU 1987: 30 side 117-II, referert ovenfor.

⁴⁰⁸ *Holmøy og Lødrup*, Ekteskapsloven side 246-247.

⁴⁰⁹ *Lødrup og Sverdrup*, Familieretten § 14 IV side 206: ”Det er derfor heller ingen gave å gjøre særeie til felleseie, selv om det skjer på dødsleiet, *Rt. 1985 s. 1291*.” Dommen er også kort omtalt hos *Strøm Bull*, *Avtaler mellom ektefeller* side 34.

⁴¹⁰ *Unneberg*, *Arveretten* side 222-224.

⁴¹¹ *Strandbakken*, *Avtaler* side 269-271.

⁴¹² Den danske arvelov 1964 § 70 lød slik: ”Lovens regler om testamenter finder tilsvarende anvendelse på gaveløfter, der ikke kan gøres gældende, så længe giveren lever, og gaver, der gives på hans dødsleje.” Bestemmelsen er uten realitetsendring erstattet – og presisert – i dal 2007 § 93: ”Reglerne om testamente finder tilsvarende anvendelse på gaver, der 1) gives i giverens levende live, men som er bestemt til at opfyldes efter giverens død, og 2) er givet kort før giverens død på et tidspunkt, hvor døden må anses for nært forestående og giveren var klar over dette.”

Verken skifteretten eller landsretten drøftet spørsmålet om ektepakten – eller deler av den – etter sin art falt utenom de arverettslige regler, slik norsk Høyesterett la til grunn i 1985-dommen. Ektepakten inneholdt både gavedisposisjoner og bestemmelser om formuesordningen. Mannen overdro en eiendom og noen verdipapirer til hustruen – som hennes særeie. I tillegg ble det bestemt at formuesgoder tilhørende hustruen heretter skulle være hennes særeiemidler. Etter norsk rett ville antakelig gaveoverføringene bli ansett som ugyldige dødsdisposisjoner,⁴¹³ mens bestemmelsene om at hustruens eiendeler skulle være hennes særeiemidler antakelig ville stått seg, ut fra synspunktet om at ektefellene når som helst – også på dødsleiet – må kunne gjøre avtaler om formuesordningen. En forhåndsavtale om at felleseie ved død skulle gjøres om til særeie, ville imidlertid ikke vært gyldig etter norsk rett.

Både bevisføring og argumentasjon i saken var utelukkende knyttet til spørsmålet om mannen var på dødsleiet da ektepakten ble opprettet. Skifteretten, med tilslutning av landsretten, fant at mannen ”etter en objektiv sagkyndig lægelig vurdering var så alvorlig syk, at han sandsynligvis ville dø i nær fremtid”. Videre fant retten ”at opprettelsen af [ektepakten] var motiveret af dødssituationen, og at M selv anså sin død som nært forestående”.⁴¹⁴

43.3 Nærmere om forholdet mellom dødsdisposisjonsektepaktene og arverettslige regler

43.3.1 Unntaket fra arverettslige regler

I juridisk teori har det forekommet flere drøftelser av forholdet mellom dødsdisposisjonsektepaktene og de arverettslige regler, særlig om forholdet til pliktdelsreglene, se referanser nedenfor. Noe av diskusjonen stilnet noe etter at det med el § 43 tredje ledd ble presisert at særeiemidler i avtalt uskifte bare kunne avtales delt i et mer likt delingsforhold.

Gjennomgangen i pkt 43.2 viser med all tydelighet at lovgiver bevisst – eller som Høyesterett⁴¹⁵ uttykte det; med åpne øyne – har prioritert gjenlevende ektefelle på livsarvingenes bekostning. Lovgivers formål med dødsdisposisjonsektepaktene er nettopp at ektefellene skal kunne fastsette hensiktsmessige formuesordninger uhindret av pliktdelsreglene.

I rettslitteraturen reises ofte spørsmålet om en ektepakt kan gå for langt i forhold til pliktdelsreglene eller livsarvingenes arverettigheter. Spørsmålet er forståelig, men ikke helt treffende. Begrunnelsen for unntaket fra pliktdelsreglene ligger ikke i dødsdisposisjonsektepaktens spesielle rettslige karakter. Derfor er heller

⁴¹³ Spørsmålet om ektepakten kunne godkjennes som testament var ikke reist i saken.

⁴¹⁴ Referat fra T:FA 2006 hefte 5 side 388 jf side 390.

⁴¹⁵ Rt 1985 1291 side 1295.

ikke disposisjonenes rettslige karakter egnet som kriterier for grensedragningen mot arverettslige regler.

I lovforarbeidene sies intet om grensedragningen mot avtaler om formuesordningen som faller utenfor unntaket fra pliktdelsreglene, bortsett fra det som sies om varianten ”felleseie i live, særeie ved død”, hvor særlig Ekteskapslovutvalget fremholder at en slik avtale er ugyldig fordi den faller utenfor de lovlige varianter som er hjemlet i el kap 9, se pkt 43.2.3.⁴¹⁶

Hvorvidt en dødsdisposisjonsektepakt er gyldig, kan således ikke vurderes opp mot arverettslige regler om grensen mellom livs- og dødsdisposisjoner, pliktdelsregler osv. Avgjørende for gyldigheten er om det foreligger en avtale om formuesordningen som er hjemlet i el kap 9. Dette er ikke uttrykkelig sagt i forarbeidene, men følger av begrunnelsene for å tillate dødsdisposisjonsektepakter. Faller avtalen utenfor ekteskapslovens uttømmende regulering, faller den også utenfor ”vernet” mot arverettslige regler.

Av samme grunn faller også gyldige ektepakter som innebærer en formuesoverføring den andre veien, dvs fra gjenlevende til førstavedes arvinger, utenfor arverettslige regler. En ektepakt som innebærer formuesoverføring fra gjenlevende ved førstavedes død, regnes derfor ikke som avkall på ventet arv. Fordi det verken gjelder formelle eller materielle begrensninger for en ektefelles avkall på ventet arv, se pkt 63.5, kommer spørsmålene om å dispensere fra tvingende arverettslige regler ikke på spissen. Derimot kan det tenkes at en formelt eller materielt ugyldig ektepakt etter forholdene må tolkes som avkall på arv.

Det fremgår av al § 29 annet ledd annet punktum if at det kan gis særlige regler som dispenserer fra pliktdelsreglene, se som eksempler al §§ 30-34, og nærmere om prinsippene i pkt 25.4 og pkt 53. Under lovforberedelsene i 1937 var det først og fremst forholdene til pliktdelsreglene som ble drøftet. For lovforberederne var det som nevnt praktiske og helhetlige betraktninger, og i mindre utstrekning systematiske vurderinger, som lå bak valget av ektepakt fremfor testament. Ektepakt ble valgt fordi bestemmelse om omgjøring av særeie til felleseie mest naturlig ble gjort i forbindelse med den ektepakten som opprettet særeie. Dessuten ville man fremheve det gjensidige i avtalen.⁴¹⁷

⁴¹⁶ Se blant annet NOU 1987: 30 side 97-II. Departementet har riktignok noen lite treffende uttalelser om forholdet til pliktdelsreglene, se Prp 28 side 78-79. Som det også fremgår av *Rt 1976 501* er det for gyldighetsspørsmålet avgjørende om avtalen er hjemlet i ekteskapsloven (nå el kap 9).

⁴¹⁷ Ot prp nr 14 (1937) side 13-I.

Forut for de to andre lovendringer i 1972 og 1991 ble det ikke foretatt noen eksplisitte drøftelser av reglens art, se gjennomgangen under pkt 43.2. Særlig av arvelovens forarbeider fremgår det klart at de vedtatte regler, til tross for at de også omhandler dødsdisposisjoner, er ment som varianter av ektefellers formuesordning.⁴¹⁸ Selv om dette ikke sies uttrykkelig, gir forarbeidene under ett tilstrekkelige holdepunkter for å legge til grunn at lovgiver bevisst flyttet reglene fra det arverettslige til det ekteskapsrettslige regelsystem. Så lenge intet annet er bestemt eller forutsatt, må konsekvensen av dette bli at arverettsreglene i sin helhet er uanvendelige. På den annen side kommer alle ekteskapsrettslige regler til anvendelse. Denne virkningen av valget mellom ektepakt og testament kom også til uttrykk allerede i 1937-forarbeidene hvor departementet fremhevet ektepaktens gjensidighet.⁴¹⁹

Den viktigste konsekvensen av valget mellom de to regelsett er at de knytter seg til to ulike delingsoppgjør – deling mellom ektefellene og deling mellom arvingene – som derfor må vurderes separat. Dette gjelder enten delingen mellom ektefellene og arvefordelingen skjer samtidig, eller til ulike tidspunkter.

Til sammenligning gjøres noe av den samme oppdeling i reglene om fordringhavernes dekningsrett. En vederlagsfri formuesoverføring mellom ektefellene oppfanges ikke av reglene om omstøtelse av gaver såfremt formuesoverføringen følger av ektefellenes formuesordning, herunder avtaler om denne, se nærmere pkt 43.3.4.

Dette skillet mellom to regelsett med ulike rettsvirkninger utviskes ikke ved at ektefellene langt på vei kan oppnå de samme fordelingsresultater enten de oppretter ektepakt eller testament, se pkt 43.3.3.

I den utstrekning juridisk teori har tatt opp spørsmålet om forholdet mellom dødsdisposisjonsektepakter og arverettslige regler, har dette – i likhet for lovens forarbeider – stort sett dreid seg om forholdet til pliktreglene. I artikkelen ”Dødsdisposisjoner i ektepakts form” har imidlertid *Frantzen* gått nærmere inn på

⁴¹⁸ Departementet pekte til og med på det negative ved at endringen kunne ”komplisere reglene om formuesordningen ved at ektefellene får et nytt alternativ å velge mellom”. *Prp36* side 93-I.

⁴¹⁹ ”Da en avtale av denne art både er en avtale mortis causa (nemlig forsåvidt angår førstavedes særeie) og en avtale inter vivos (nemlig forsåvidt angår lengstlevendes særeie) har man vært i nogen tvil om hvorvidt ektepakt eller testament er den heldigste form for avtalen. Man er imidlertid blitt stående ved ektepakten dels for at det skal komme tydelig frem at en slik avtale ikke kan endres uten etter felles overenskomst, og dels fordi en bestemmelse av den nevnte art naturligst treffes i forbindelse med *opretteIsen* av særeiet.” Ot prp nr 14 (1937) side 13-I.

andre sentrale arverettslige regler som dødsdisposisjonsektepaktene tangerer.⁴²⁰

Foruten pliktdelsreglene (se ovenfor) og formkravene (se pkt 43.3.2) omfatter dette avtalens gjenkallelighet (arvepakt), forholdene til avkortingsreglene og til barns forlodsrett.

En del av den opprinnelige begrunnelsen for å velge ektepakter som redskap fremfor testamentet, var at avtalene skulle være gjensidig forpliktende og ugjenkallelige.⁴²¹ For denne del av begrunnelsen må det ses til at etter 1937-reglene måtte omgjøring av særreie til felleseie ved død omfatte begge ektefellers særreier. Dessuten kan ektefellene gjøre en dødsdisposisjonsektepakt ensidig, og et testament kan gjøres ugjenkallelig (som arvepakt).⁴²²

Ut fra et systematisk perspektiv er det grunn til å understreke at disse forskjeller ikke knytter seg til rent arverettslige eller ekteskapsrettslige regler, men til de mer avtalerettslige elementer ved de ulike disposisjoner.

Når det gjelder de rent arverettslige regler, som eksempelvis forlodsreglene, er forskjellen så enkel som at ingen arverettslige regler får anvendelse på gyldige ektepakter om formuesordningen, uansett ektepaktens realitet. Det samme gjelder arverettslige regler om avkorting, avslag eller avkall på arv.

Det fremgår av mine standpunkter ovenfor at det ikke har noen selvstendig betydning for gyldigheten av en dødsdisposisjonsektepakt hvilke arverettslige realiteter avtalen har.⁴²³ Derimot vil disse forhold ha stor betydning både for ektefellenes valg av redskap – testament eller ektepakt – og for lovanvenders etterfølgende avgjørelse (tolking) av hva slags disposisjon som foreligger.⁴²⁴ Se nærmere om disse spørsmål pkt 43.3.3 og pkt 43.3.4.

⁴²⁰ *Frantzen*, Dødsdisposisjoner side 20-36.

⁴²¹ Ot prp nr 14 (1937) side 13-I.

⁴²² En omgjøringsektepakt kan omfatte bare den enes midler, og kan opprettes av denne ektefelle alene, så fremt den bare er til fordel for den annen ektefelle, se el § 54 første ledd fjerde punktum. Tilbakekall av gjensidig testament fordrer den annens kunnskap, se al § 57 tredje ledd. Ektefellene kan også ved arvepakt fullstendig fraskrive seg retten til endringer og tilbakekall, se al § 56.

⁴²³ *Frantzen* synes å ville klassifisere disposisjonene ut fra deres reelle innhold. En slik vurdering ville vært nødvendig dersom det ikke fantes andre kriterier for avgrensningen. For dødsdisposisjonsektepaktene gjelder imidlertid at lovgiver har bestemt at en avgrenset gruppe disposisjoner skal regnes som ekteskapsrettslige, uavhengig av deres reelle innhold. Det avgjørende er derfor utelukkende om avtalene faller inn under den uttømmende regulering av avtaler om formuesordningen i el kap 9.

⁴²⁴ Slik også *Frantzen*, Dødsdisposisjoner side 34.

43.3.2 Forholdet mellom de to sett av formkrav

Testamentsformkravene gjelder som utgangspunkt for dødsdisposisjoner, dvs arvelaters bestemmelser om fordeling av hans etterlatte formue, se formuleringene i al § 48 første ledd jf al § 49 første ledd. Det finnes også enkelte særlige disposisjoner hvor testamentsformkravet er særskilt fastsatt, se eksempelvis al § 56 om formkrav til det avtalerettslige ugjenkallelighetsløftet.⁴²⁵ Kort oppsummert gjelder testamentsformkravene for dødsdisposisjoner og der hvor det er særskilt fastsatt.

Tilsvarende gjelder for ektepaktformkravene som gjelder for avtaler om formuesordningen og ellers hvor det er særskilt fastsatt, se el § 50 om gaver mellom ektefeller og el § 37 om unntak fra rådighetsbegrensningene.

Det fremgår klart av ekteskapslovens forarbeider at meningen med el § 54 var å gjøre formkravene for ektepakter lik testamentsformkravene. Ekteskapslovutvalget fant ”det riktig å ha de samme formregler for ektepakter som for testamenter”.⁴²⁶ Utvalgets synspunkter fikk tilslutning fra departementet.⁴²⁷

Helt identiske er reglene imidlertid ikke. De direkte forskjeller er knyttet til vitnene. Den praktisk viktigste forskjell er at ekteskapsloven ikke oppstiller noe krav om at ektepaktvitnene ikke kan ha noen nær relasjon til den tilgodesette ektefelle, slik al § 61 krever vedrørende forholdet mellom testamentsarving og testamentsvitner.⁴²⁸ Det fremgår ikke av forarbeidene om denne forskjell er bevisst.

Fra et systematisk synspunkt kan det diskuteres om habilitetsreglene for testamentsvitner er materielle ugyldighetsregler, eller om de er formkrav. Reglene er i arveloven plassert i kapittel X om ugyldige testamentariske disposisjoner. I stedet for å si at testamentsvitnene ikke kan være nært relatert til testamentsarvingen, kan det sies at loven ikke tillater testasjoner til fordel for personer som er tilknyttet testamentsvitnet. Slike begrensninger gjelder ikke for hva som kan avtales i ektepakter. Fra en praktisk synsvinkel er det imidlertid mest naturlig å betrakte habilitetskravene som formkrav.

Konsekvensene av ulike habilitetsregler drøftes nedenfor.

Et annet spørsmål er knyttet til hvilken kunnskap om disposisjonen vitnene må ha. Rent språklig ligger det en klar forskjell ved at kunnskapskravet knytter seg til henholdsvis ektepakt og testament. Kunnskapskravet er i det vesentligste begrunnet i

⁴²⁵ Se nærmere *Lødrup*, Arverett § 7 VII, side 95-97.

⁴²⁶ NOU 1987: 32 side 123-I.

⁴²⁷ Prp28 side 115-II.

⁴²⁸ *Lødrup og Sverdrup*, Familieretten § 15 I side 209 fremholder dette som den ”eneste praktiske forskjell”.

solennitetshensynet, dvs i å vekke vitnenes juridiske bevissthet, slik at de tar sin oppgave alvorlig.⁴²⁹ Hvorvidt de har en subjektiv oppfatning om at det dreier seg om en ektepakt eller et testament, har i denne sammenheng ingen betydning. Poenget er at vitnene skal vite at dokumentet de underskriver regulerer formuesfordelingen mellom ektefellene og eventuelt deres arvinger ved skilsmisse eller død. Jeg finner det derfor heller ikke problematisk om vitnene til en ”livsdisposisjonsektepakt” tror det dreier seg om et testament.⁴³⁰

Under henvisning til dommen i *Rt 1965 1291* anfører *Bull* at kravet til vitnenes kunnskap medfører at et dokument med overskriften ektepakt, og som vitnene ikke kjenner innholdet i, ”vanskelig [kan] godkjennes som testament”.⁴³¹ Domshenvisningen er etter min mening ikke helt treffende som begrunnelse, idet vitnene i dommen overhodet ikke hadde noe kjennskap til hva slags dokument de bevitnet.

De personelle krav til vitnene er ulikt formulert for henholdsvis testamenter og ektepakter. Etter el § 54 annet ledd må vitnene være ”myndige og ved full sans og samling”, mens de etter al § 52 må være ”minst 18 år og ikkje sinnssjuka eller i høg grad hemma i sjeleleg utvikling eller i høg grad sjeleleg svekte”. Det fremgår av ekteskapslovens forarbeider at kravene til mental helse skulle være de samme som ved testamentsopprettelse, men at det ble valgt en annen formulering.⁴³² Når det derimot gjelder myndighet og alder som kriterier, foreligger det en reell forskjell, men det må antas at de praktiske konsekvenser blir minimale.

Spørsmålene er særlig drøftet av *Frantzen*.⁴³³ For det første peker *Frantzen* på at det nødvendigvis ikke er ”det samme å være myndig som å være minst 18 år. Myndighetsalderen avgjøres av en persons hjemlandslov. En person på 17 år kan altså være myndig, mens en person på 19 år kan være umyndig”. Reelle hensyn, herunder formålet med samordning av reglene, kan tale for å forstå ”minst 18 år” som myndig. Det er på den annen side liten tvil om at lovgiver ikke siktet til myndighetsalder eller myndighet, men utelukkende til alder. Da arveloven ble vedtatt var myndighetsalderen 20 år. 18-årgrensen – som også gjelder for testator, jf al § 48 – er en videreføring fra 1854-loven. De situasjoner *Frantzen* beskriver kan derfor tenkes å oppstå. For umyndiggjorte vitner må det i slike tilfeller foretas en selvstendig vurdering av den psykiske habilitet. Tilsvarende gjelder for en umyndiggjort testator, se al § 48 tredje ledd jf § 64.

⁴²⁹ Se nærmere om denne argumentasjonen hos *Strandbakken*, Avtaler side 266-269.

⁴³⁰ I motsatt retning *Frantzen*, Dødsdisposisjoner side 27.

⁴³¹ *Bull*, Avtaler mellom ektefeller side 57.

⁴³² Ekteskapslovutvalget, med tilslutning fra departementet, fant formuleringen ”ved full sans og samling ... bedre egnet til å beskrive de forhold kravet skal dekke”. Se NOU 1987: 32 side 123-II og Prp28 side 116-I. (Det punkt hvor departementet ikke ønsket full harmonisering med arveloven gjaldt bestemmelsen i al § 50 om at vitnene bør opplyse om testators/ektefellenes mentale tilstand.)

⁴³³ *Frantzen*, Dødsdisposisjoner side 27.

Når det derimot gjelder kravet til vitnenes psykiske helsetilstand, fremgår det som nevnt av forarbeidene at det er fullt sammenfall mellom de to bestemmelser. Det ble samme sted også pekt på at denne formulering er brukt i al § 50 om hva testamentsvitnene bør opplyse om testators habilitet. Sammenhengen mellom reglene i al § 50, § 52 og § 64 taler etter min mening også for at de ulike formuleringer i henholdsvis el § 54 og al § 50 må forstås likt.

I de videre drøftelser legges det til grunn at de ytre formkrav for testamenter og ektepakter er like, men at forholdet mellom den begunstigede ektefelle og vitnene får selvstendig betydning dersom en testasjon er inntatt i et ektepaktsdokument.

43.3.3 Valget mellom dødsdisposisjonsektepakt og testasjon – presisering av problemstillingen

Fordi dødsdisposisjonsektepakter inneholder dødsdisposisjoner, som etter vanlige arverettslige regler skulle vært opprettet som en testasjon hvis det ikke hadde vært for de særlige ekteskapsrettslige unntaksregler, reises spørsmålet om dødsdisposisjonsektepakter alternativt kan inngås som testasjoner. Ovenfor har jeg sett på forholdet mellom de to sett av formkrav. For å forenkle den videre drøftelse forutsettes i det følgende at begge sett av formkrav er oppfylt, dvs det forutsettes at alle vitner er habile.

I generell arverettslig litteratur har det for enkeltstående dødsdisposisjonsektepakter vært lagt til grunn at de også kan inngås som testament. Det foretas imidlertid ingen helhetlige eller prinsipielle drøftelser.

Både *Lødrup* og *Hambro* kan oppfattes å argumentere for at ektepakter som er dødsdisposisjoner også kan opprettes som materielt testament.⁴³⁴ Selv om det finnes nyanser i tekstene, oppfatter jeg imidlertid begge forfattere slik at det sentrale er at ektefellene i et dokument kalt testament kan gjøre avtaler om formuesordningen. Likeledes at gjenlevendes deltakelse ved opprettelsen av dokumentet ikke er påkrevet så lenge ”ektepakten” utelukkende er til fordel for henne selv, jf el § 54 første ledd fjerde punktum.

Lødrup synes videre å skille mellom testasjoner hvor testator(ene) søker å oppnå det samme som ved ektepakt – eksempelvis å gi testamentarisk rett til å arve særreiemidler på vilkår som tilsvarende uskiftereglerne – og de tilfeller hvor ektefellen(e) i et dokument kalt testament i realiteten foretar en ektepakt, jf ovenfor.⁴³⁵

Jeg forstår det på samme måte når *Holmøy* og *Lødrup* gir uttrykk for at reglene i el § 42 ”suppleres på en del punkter av arverettslige regler”.⁴³⁶

Asland forutsetter at uskifte kan bygge på testament når han drøfter hva som i testamentet kan bestemmes om delingen av uskifteboet. Jeg oppfatter *Asland* slik at testamentet ikke trer i

⁴³⁴ Se *Lødrup*, Arverett § 4 I, side 60-61 (petitavsnittet) og *Hambro*, Arveloven side 58-59.

⁴³⁵ *Lødrup*, Arverett § 32, side 264 (petitavsnittet).

⁴³⁶ *Holmøy* og *Lødrup*, Ekteskapsloven side 288 note 25 til § 42.

stedet for ektepakten, men at testamentet er et selvstendig grunnlag for uskiftet, slik at ”særeiemidlenes videre skjebne ved skifte av uskifteboet avgjøres ut fra en tolking av testamentet”.⁴³⁷

Tilsvarende synspunkter finnes også i arvelovens forarbeider, hvor det blant annet om al § 10 annet ledd annet punktum uttales at en ”avvikende ordning også kan tenkes fastsatt ved testament, men dette krever ingen særskilt lovhjemmel”.⁴³⁸

Ekteskapslovutvalget begrunnet sitt forslag om å gjøre formkravene for ektepakter tilsvarende testamentsformkravene blant annet med at ”en ektepakt etter sitt materielle innhold kan være en testasjon (dødsdisposisjon), og at ektefellene derfor kan risikere at disposisjonen blir satt til side fordi kravene til testaments form ikke er oppfylt”.⁴³⁹ Uttalelsen må forstås slik at Ekteskapslovutvalget siktet til testamentariske disposisjoner i ektepakten ut over dødsdisposisjonsektepaktene.

Reglene i el § 76 synes bygget på en forutsetning – i alle fall fra Ekteskapslovutvalgets side – om at uskifte kan bygge på testament, jf formuleringen ”opphør av et uskiftet bo etter lov eller testament”.⁴⁴⁰

Spørsmålene er nærmere drøftet av *Frantzen*. Han tar som utgangspunkt at det ”er antatt at ektefellen(e) i disse tilfellene kan velge mellom testament og ektepakt”, og at det derved oppstår et tosporet system, som igjen medfører ”unødvendig uklarhet og inkonsekvens”.⁴⁴¹ Frantzen reiser problemstillingen om ”ekteskapslovens regler utelukker at disposisjoner som omfattes av el. §§ 42 tredje ledd, 43 og 44 tredje ledd kan inntas i et testament”. Frantzen formulerer dette som et spørsmål ”om reglene om ektepaktsform er *tvingende*, eller om de er *alternativ*”.⁴⁴²

Spørsmålene om en dødsdisposisjonsektepakt kan gjøres som et testament må presiseres i flere relasjoner. Med forutsetningen om like formkrav forsvinner for det første spørsmålet om ektepaktsformen er tvingende. Spørsmålet er derfor ikke om en dødsdisposisjonsektepakt kan opprettes *i* et testament, men *som* et testament – dvs som en materiell testasjon. Det dreier seg ikke om et valg mellom formregler, men mellom materielle regelsett – arverettslige eller ekteskapsrettslige.

Under forutsetningen om at begge sett av formkrav er oppfylt, kan det raskt bekreftes at en dødsdisposisjonsektepakt kan inntas i et testament – og omvendt. Det er

⁴³⁷ *Asland*, Uskifte side 440.

⁴³⁸ Se *Prp36* side 138-139.

⁴³⁹ NOU 1987: 30 side 123-I.

⁴⁴⁰ NOU 1987: 30 side 104-I jf side 169-I.

⁴⁴¹ *Frantzen*, Dødsdisposisjoner i ektepakts form side 20, ingressen.

⁴⁴² *Frantzen*, Dødsdisposisjoner i ektepakts form side 22.

intet krav om at avtaler om formuesordningen og testasjoner rent fysisk må opprettes i ulike dokumenter.

For testasjonene følger dette av al kap X hvoretter ugyldigheten vurderes selvstendig for den enkelte testasjon – både med hensyn til form og innhold. Loven bruker uttrykk som ”disposisjonen”, ”disposisjon i testament”, ”testamentarisk disposisjon” osv. Tilsvarende formuleringer brukes ikke i el § 54 om formkrav, men de materielle regler forutsetter selvstendige avtalte elementer i ektefellenes formuesordning. Ekteskapsloven kap 9 inneholder ulike alternativer, og det fremgår av el § 46 første ledd at hver enkelt av dem kan endres eller tilbakekalles.

For ordens skyld understrekes at drøftelsene begrenser seg til disposisjonenes gyldighet mellom ektefellene og i forhold til deres arvinger, se blant annet el § 54 tredje ledd.

Som følge av rettsvernsreglene i el § 55 kan løsningene bli annerledes overfor ektefellenes kreditorer. Det følger av tinglysingsforskriftene at ektepakten må være opprettet i standardblankett for å kunne tinglyses.⁴⁴³ Rettsvernsreglene har imidlertid først og fremst betydning for gavedisposisjoner. Rene avtaler om formuesordningen vil som regel ikke kunne angripes av ektefellenes kreditorer.⁴⁴⁴

Spørsmålet om valget mellom testasjon og ektepakt må ytterligere presiseres. Hvis spørsmålet er om avtaler om formuesordningen kan inngås etter arverettslige regler, er svaret klart benektende. Avtaler om formuesordningen kan bare inngås etter reglene i el kap 9. Derimot vil ektefellene kunne oppnå mye av det samme ved hjelp av testasjoner som ved dødsdisposisjonsektepakter.⁴⁴⁵

Formålet og realiteten ved dødsdisposisjonsektepakter er som regel å oppnå en formuesoverføring fra førstavdøde til gjenlevende. En slik formuesoverføring er kjernen i en testamentarisk disposisjon, og kan derfor selvfølgelig oppnås etter arverettslige regler.

Så lenge ektefellene kan oppnå mer ved ektepakt, er det intet poeng i å gå veien om en testasjon. Ekteskapsloven setter imidlertid grenser for hva som kan oppnås gjennom ektepakt om formuesordningen. Ektefellene kan maksimalt overføre halvparten av førstavdødes formue, kan ikke gi rett til uskifte overfor særlivsarvinger

⁴⁴³ Forskrift om tinglysing av 3.11.1995 nr 875 § 2 k), jf også forskrift om standardisert oppsett for blanketter til tinglysing av 1.11.1995 nr 869.

⁴⁴⁴ Formuesoverføring som følge av de ekteskapsrettslige delingsregler regnes ikke som gave i forhold til kreditorenes dekningsrett. Dette følger motsetningsvis av dekl § 2-12 annet ledd, dekl § 5-2 fjerde ledd første punktum og el § 52.

⁴⁴⁵ I samme retning *Lødrup*, Arverett § 32, side 264 (petitavsnittet).

osv. Ved testament er det ingen begrensninger av betydning for hvilke disposisjoner som kan foretas. Ektefeller uten livsarvinger kan råde over hele arven etter førstavdøde. For store formuer blir betydningen av pliktdelsreglene begrenset. I slike situasjoner vil testasjon kunne være en mer egnet vei å gå. Det må understrekes at den ene vei ikke utelukker den andre. Ved maksimal bruk av ektepakt og testasjon kan gjenlevende overta to tredjedeler av førstavdødes formue.⁴⁴⁶

Av større prinsipiell betydning for valget mellom ektepakt eller testament er at det gjelder to ulike regelsett for to ulike typer delingsoppgjør – både ved sammensatt skifte og skifte av uskiftebo. Det er følgelig ikke bare et valg mellom materielle regler, men et veivalg som må foretas. I praksis vil ektefellene ha gjort seg opp noen tanker om hvordan de ønsker at verdiene skal fordeles når en av dem dør. Utfordringen for dem – eller advokaten som bistår dem – er å finne den rette veien frem til dette målet. I ettertid vil det være rettsanvenderens oppgave å avgjøre om reglene for den veien som er valgt tillater den fordeling som er bestemt. Som nevnt ovenfor vil det også være rettsanvenderens oppgave å vurdere om ektefellene kunne nådd målet sitt via andre veier, se pkt 43.3.4 om tolking og utfylling.

For avtaler som bare tar sikte på å regulere det sammensatte skiftet er veivalgene ikke så mange. Enten ektefellene velger ektepakt eller testament er målet og virkningen begrenset til en verdideling som gjennomføres straks etter en den enes død. Riktignok gjelder det ulike rettsregler for hva som kan avtales eller bestemmes, men virkningen – verdidelingen – for gjenlevende og førstavdødes arvinger er den samme uavhengig av veivalg. Om gjenlevende arver en halvpart av førstavdødes formue eller mottar den som følge av felleseieskiftet har ingen praktisk betydning.⁴⁴⁷

Annerledes blir dette når virkningen av ektepakten verken tidsmessig eller rettslig er begrenset til gjennomføringen av det sammensatte skiftet, men også direkte regulerer eller får virkning for et uskifte. Tilsvarende spørsmål reises ved overtakelse i henhold til gjensidig testament.

⁴⁴⁶ En halvpart gjennom ektepakt tillagt en tredjedel av den resterende halvpart.

⁴⁴⁷ Fordi det ikke beregnes arveavgift ved overføringer mellom ektefeller, se aal § 4 fjerde ledd, har det heller ikke betydning for arveavgiftsberegningen om en formuesoverføring fra førstavdøde til gjenlevende regnes som arv, gave eller som en del av felleseieskiftet.

Fellesnevneren er at overtakelse i uskifte eller i henhold til gjensidig testament normalt medfører at det rent faktiske verken foretas noen fordelingsberegning eller rent faktisk foretas noen fordeling.

Dette reiser spørsmål om felleseieskiftet må foretas på et senere tidspunkt, og i tilfelle etter hvilke regler. Eventuelt om det foretas et rent tallmessig skifteoppgjør straks, og som får betydning for et senere skifte. Et konkret eksempel er spørsmålet om anvendelsen av el kap 15 ved skifte av uskiftebo og ved skifte i henhold til gjensidig testament. Det fremgår av el § 76 at unntak gjøres ved uskifte, eller hvis det er bestemt i testament. Den gjengse oppfatning er at uskifte utsetter både arveoppgjøret etter førstavdøde og delingen mellom ektefellene. Dette spørsmål, samt konkret spørsmålet om anvendelsen av el kap 15 ved skifte av uskiftebo, drøftes nærmere i kapitlene 72 og 73. Etter min mening gjelder det egne regler for felleseieskifte når gjenlevende blir sittende i uskifte, nemlig nesten unntaksfri likedeling, se al § 26 første ledd. Som nærmere drøftet i kapittel 74 bør den rettslige konstruksjon i stedet være at det foretas et beregningsmessig felleseieskifte før uskiftet etableres, hvor det fastsettes et delingstall som er bestemmende for den senere deling av uskifteboet mellom ektefellene – slik reglene er ved uskifte med særreidmidler og uskifte mellom samboere, se al § 26 annet ledd og § 28e.

Ved overtakelse av førstavdødes formue i henhold til gjensidig testament, er bildet mer uklart, og det virker som om felleseieskiftet rett og slett har forsvunnet. Selv om ordlyden i el § 76 åpner for unntak ved testament, hjemler bestemmelsen ikke unntak for ved testament å utsette felleseieskiftet, se pkt 56.2. Ved gjensidige testamenter må det derfor, som ved uskifte, foretas et tallmessig skifteoppgjør som har betydning for hva som er gjenlevende formue og hva som er arven etter førstavdøde. Se nærmere kapittel 56.

De rettslige konstruksjoner beskrevet ovenfor sikrer enhetlige regler for både uskifte og gjensidig testament, for ektefeller og samboere, og uavhengig av hvilke midler som overtas. Konstruksjonen er etter min mening hjemlet i gjeldende regelverk. Denne konstruksjonen, hvoretter felleseieskiftet ikke utsettes verken ved uskifte eller gjensidig testament, bryter med tradisjonelle forestillinger, men ikke med gjeldende

rett. Det er bare rettsforestillingene som må endres, ikke realiteten i de enkelte rettsregler.

43.3.4 Forhåndsavtaler med arvingene som alternativ til dødsdisposisjonsektepakt

Foruten ved ektepakter mellom ektefellene kan formuesordningen fastsettes gjennom påbud (klausul) fra giver eller arvelater, se el § 48 og pkt 43.5. Verken ektefellene selv eller giver/arvelater kan gyldig fastsette formuesordninger som ikke er hjemlet i el kap 9. Heller ikke kan avtaler om formuesordningen inngås på andre måter, eller mellom andre parter enn det som følger av ekteskapslovens regler.

Inngåelse av avtaler mellom andre enn ektefellene – herunder tredjemannsavtaler – vedrørende delingsoppgjøret ved skilsmisse er ikke særlig praktisk. Derimot kan det tenkes et visst behov for å inngå forhåndsavtaler med ektefellenes arvinger om delingsoppgjøret dersom ekteskapet oppløses ved død. Dette gjelder både hvor ektefellene ikke er enige seg i mellom og hvor den ene mangler rettslig handleevne.⁴⁴⁸

Ekteskapsloven gir ikke hjemmel for forhåndsavtaler om delingen ved død mellom en ektefelle og dennes eller den andre ektefellens arvinger med et innhold som tilsvare el § 42 eller § 44. Etter dødsfallet er det imidlertid som utgangspunkt full avtalefrihet, se el § 65 jf § 77. Om grensedragningen mellom ekteskapsrettslige og arverettslige skifteavtaler, se pkt 43.6. For de tilsvarende spørsmål ved avtaler om uskifte, se kapittel 75.

Selv om adgangen til avtaler med arvingene om formuesordningen er stengt, åpner derimot arverettslige regler for forhåndsavtaler om *arvefordelingen* etter den enkelte ektefelle. Som påpekt ovenfor har det for verdidelingen på det sammensatte skiftet liten praktisk betydning hvilket element i delingsoppgjøret avtalen er knyttet til. Et arveavkall fra gjenlevende kan eksempelvis føre til at førstavdødes arvinger mottar en halvpart av samlede felleseiemidler og ikke bare tre åttendedeler. Omvendt kan felles livsarvinger ha gitt avkall på ventet arv, eller de kan ha forhåndssamtykket til

⁴⁴⁸ Far er senil og har arvet et større beløp, men barna lover mor at de ikke vil kreve skjevdeling. Har far fått oppnevnt verge eller hjelpeverge kan ektepakt inngås med samtykke fra denne, se el § 54 første ledd siste punktum.

førstavdødes pliktdelskrenkende testament, slik at gjenlevende overtar alt av førstavdødes midler.

Ved å gå veien om arveavtaler er det de arverettslige regler som regulerer gyldigheten av avtalene. En erklæring om å avstå arv gitt av førstavdødes arving overfor den potensielle gjenlevende ektefelle, betraktes imidlertid som en ugyldig avhendelse av ventet arv, jf al § 44. Avkallsløftet må gis direkte overfor arvelater, se nærmere pkt 62.2 og pkt 63.1.5. Det samme gjelder dersom en ektefelle ønsker å gi avkall på ventet arv til fordel for førstavdødes arvinger.

Både hva angår avkall på ventet arv eller avslag på falt arv fra en ektefelle, må det understrekes at de generelle materielle regler i henholdsvis al § 45 og § 74 ikke fullt ut kommer til anvendelse. Både ved avkall og avslag oppstiller loven særlige regler til beskyttelse av løftegivers egne livsarvinger. Denne beskyttelse springer imidlertid ikke ut av livsarvingers beskyttede posisjon, men skyldes deres posisjon som neste ledd i arvelinjen etter arvelater. Det er med andre ord ikke arven etter avkallsgiver som skal sikres, men arven etter arvelater. Fordi ektefellen utgjør en egen og personlig ”arvinggruppe” – ektefellearvingen i motsetning til slektsarvingene – er det ingen linje som skal beskyttes mot ektefellens disposisjoner over egen legalarverett. Se nærmere om disse spørsmål i pkt 63.5.

Som alternativ til legalarveavtaler kan arvelater styre arven forbi pliktdelsreglene dersom hans livsarvinger samtykker i pliktdelskrenkelsen, se nærmere kapittel 53. Som redegjort for i pkt 53.6 kan bindende forhåndssamtykke til pliktdelskrenkende testament også gis overfor testamentsarvingen, dvs den potensielle gjenlevende ektefelle.

43.4 Tolking og utfylling av dødsdisposisjonsektepakter

43.4.1 Generelle utgangspunkter, subjektiv eller objektiv tolking

Dødsdisposisjonsektepakter inneholder en avtale mellom ektefellene om verdidelingen mellom dem ved den enes død. Som utgangspunkt kommer derfor alminnelige avtalerettslige tolkingsregler, prinsipper og momenter til anvendelse.⁴⁴⁹ For vanlige

⁴⁴⁹ Se om disse eksempelvis *Hov*, Kontraktsrett I side 143-178.

avtaler er utgangspunktet at partenes felles mening er avgjørende – i prinsippet uavhengig av hva som er nedskrevet i avtalen. Dette springer dels ut av viljesteorien,⁴⁵⁰ og er dels en konsekvens av at avtaler generelt kan inngås formløst slik at også muntlige avtaler er bindende. Utgangspunktene er de samme for ektepakter, men både formkrav og materielle begrensninger kan sette begrensninger for hvilke tolkingsresultater rettsanvenderen kan komme frem til.

Den viktigste konsekvens av formkravene er at ektefellenes mening som utgangspunkt bare tillegges betydning i den utstrekning den har kommet til uttrykk i et formriktig dokument, se pkt 43.4.2.

Testasjoner skal på linje med gaveløfter tolkes subjektivt, se blant annet al § 65. Dette tolkingsprinsippet gjelder som utgangspunkt også for gjensidige testasjoner, med de begrensninger som følger av gjensidigheten, se pkt 56.7. Det forhold at dødsdisposisjonsektepakter har et innhold og formål som tilsvarer testamenter, er i seg selv et argument for å anvende testamentsrettslige tolkingsregler og prinsipper.

Ved tolking av dødsdisposisjonsektepakter må det også hensyntas at ektepakten, selv om den i det ytre er en gjensidig forpliktende avtale, ofte har til formål ensidig å begunstige gjenlevende ektefelle. En ektepakt som ensidig tilgodeser lengstlevende, uansett hvem dette måtte bli, må som utgangspunkt betraktes som to selvstendige og subjektive disposisjoner – på samme måte som ved gjensidig testament.

Ved tolkingen av gjensidig forpliktende ektepakter må det, som for felles testamenter, tas utgangspunktet i partenes felles vilje. Disse begrensningene rekkes imidlertid ikke lenger enn hensynene bak dem kan begrunne. En ektefelle – eller hans arvinger – må eksempelvis tåle at han pålegges plikter han ikke selv var innforstått med, så fremt det med rimelighet kunne forventes at han hadde forstått at dette var avtalens innhold. Så lenge den ytende ektefelles mening og intensjoner er på det rene, er det på den annen side uten betydning at løftemottaker ved ektepaktens opprettelse ikke forsto rekkevidden av egne rettigheter.

⁴⁵⁰ Se *Hov*, Kontraktsrett I side 61-63.

For tolking av dødsdisposisjonsektepakter må det også ses hen til at førstavdødes arvinger ikke kan kreve ektepakten endret, selv om den måtte fremstå som urimelig overfor dem, se el § 77 annet ledd c) jf el § 46 annet ledd.⁴⁵¹

Både ektepakter og fellestestamenter kan inneholde både gjensidige og ensidige elementer. Hvordan den enkelte bestemmelse i ektepakten skal tolkes, må derfor bero på en helhetlig vurdering av hvordan ektefellene har ment å ordne formuesordningen. Hva ektefellene i tillegg har bestemt i testament, kan også få betydning som tolkingsmoment.

43.4.2 Formkravenes betydning for tolkingen – særlig om avkryssing i standard ektepaktskjema

For ektepakter gjelder som for testamenter at formriktig opprettelse er et gyldighetsvilkår. For testamenter er dette sagt uttrykkelig i al § 60. For ektepakter følger ugyldigheten motsetningsvis av el § 54 tredje ledd. Den viktigste konsekvens for tolkingen av en ektepakt er som nevnt at ektefellenes meninger bare tillegges betydning i den utstrekning de har kommet til uttrykk i et formriktig dokument. Selv om ektefellene har en klar og uttalt enighet om hvordan de ønsker delingen ved død, foreligger det ingen bindende avtale om formuesordningen dersom de ikke har satt bestemmelser om dette inn i en formriktig ektepakt.

For tolkingen av en gyldig opprettet ektepakt får dette utgangspunktet betydning for hvor langt ektefellenes formløse enighet kan brukes til å utfylle den formriktige ektepakten. Se til sammenligning de tilsvarende drøftelser vedrørende arvepakter og gjensidige testamenter i pkt 54.3.3, pkt 54.3.9, pkt 54.6 og pkt 56.7.

Særlige tolkingsspørsmål kan oppstå ved bruk av standard ektepaktskjema, hvilket i praksis må antas å være det vanligste. I stedet for å skrive hva de mener, er ektefellene i utgangspunktet henvist til å krysse av i bokser. Gjennom kombinasjonene

⁴⁵¹ *Asland*, Uskifte side 426-427 stiller spørsmål ved berettigelsen av regelen om at revisjonsadgangen for skifteavtaler i el § 65 annet punktum er forbeholdt gjenlevende. For urimelige ektepakter peker Asland på at regelen kan begrunnes i at så lenge den førstavdøde ektefellen selv godtok ektepakten, bør ikke hans arvinger på selvstendig grunnlag angripe den. Denne forklaring slår ikke helt til for dødsdisposisjonsektepakter, hvilket etter sitt innhold har til formål å favorisere gjenlevende på førstavdødes arvingers bekostning, men ikke ramme førstavdøde personlig. En mer reell begrunnelse hva gjelder dødsdisposisjonsektepaktene, er at når lovgiver med åpne øyne tillater ektefellene å gjøre avtaler, som utelukkende har til formål å styrke gjenlevende ektefelle på førstavdødes arvingers bekostning, kan disse arvinger vanskelig få medhold i et omgjøringskrav begrunnet med at ektepakten er urimelig overfor dem. Det er i så fall lovens ordning de betrakter som urimelig.

av ulike avkryssninger må ektefellene utforme den formuesordning de ønsker.⁴⁵² Der hvor kombinasjonen av avkryssningsfelt ikke er tilstrekkelig, må ektefellene supplere med nærmere forklaringer i ektepaktskjemaets merknadsfelt.

Et ikke upraktisk spørsmål foreligger hvor ektefeller med betydelige skjevdelingsmidler har opprettet særeie, og samtidig har krysset av for at særeiet skal omgjøres til felleseie ved død, men uten å krysse av for at skjevdelingsretten frafalles. Hvis det er utvilsomt at ektefellenes gjensidige forståelse av ektepakten var at midlene skulle likedeles ved død, oppstår spørsmålet om denne del av avtalen i tilstrekkelig grad har kommet til uttrykk i den formriktige ektepakten.

I teorien hevder *Holmøy og Lødrup* at formkravene neppe legger spesielle bånd på tolkingen, og at tolkingsresultatet kan bli i direkte strid med ektepaktens ordlyd.⁴⁵³

Retningslinjene bør være de samme som ved testamenter, nemlig at arvelaters tanker på en eller annen måte må ha kommet til uttrykk i testamentet. Det må følgelig skilles mellom på den ene side de tilfeller hvor ektefellene har uttrykt seg uklart eller direkte feilaktig, hvor den subjektive mening skal legges til grunn i den utstrekning den kan klarlegges – sammenligning for testamenter al § 65 annet ledd om ”feilskrift og anna mistak”.⁴⁵⁴ På den annen side faller de tilfeller hvor testator eller ektefellene har hatt en klar mening om hva de skulle avtale, men rett og slett glemte det. Hvis avklaring av ektefellenes tanker og mening hadde vært tilstrekkelig, ville formkravene blitt innholdsløse.

Ved vurderingen av formkravenes rekkevidde må formålet med reglene veie tungt.⁴⁵⁵ Formkravene er hovedsakelig begrunnet i hensynet til notoritet og solennitet. Notoritetshensynet gjør seg gjeldende omtrent på samme måte, enten ektepakten får anvendelse ved skilsmisse eller ved død. Ved skifteoppgjør etter en ektefelles død, vil

⁴⁵² Den høyesterettspraksis som foreligger er knyttet til tiden før tinglysningsforskriftene satte krav til standarddokument. Se *Rt 1983 1381* hvor en bestemmelse om at en leilighet skulle ”tilhøre” ektefellen ble tolket som en bestemmelse om at den også skulle være hennes særeie. I *Rt 1964 626* ble en ektepakt som fastsatte at en tomt var hustruens særeie tolket slik at også det hus som senere ble bygget på tomten var hennes særeie. I *Rt 1931 671* ble en ektepakt som overførte et beløp til mannen ”til eiendom” tolket som en låneavtale – og derved som en avtale som strengt tatt ikke krevde ektepakts form.

⁴⁵³ *Holmøy og Lødrup*, Ekteskapsloven side 265.

⁴⁵⁴ ”Har feilskrift eller anna mistak gjort at eit testament har fått eit anna innhald enn testator meinte, skal testamentet gjelde slik testator meinte, når dette kan bli klårlagt.”

⁴⁵⁵ Se *Holmøy og Lødrup*, Ekteskapsloven side 251 og *Lødrup*, Arverett side 82.

imidlertid arvingene ofte rent faktisk ha mindre muligheter for å føre bevis omkring hva som var meningen med ektepakten, partenes felles forutsetninger osv.⁴⁵⁶

De bevissikringssyn som ligger bak notoritetshensynet, retter seg imidlertid ikke særskilt mot arvingene. På det sammensatte skiftet kan gjenlevende ektefelle gjøre gjeldende rettigheter i henhold til en dødsdisposisjonsektepakt som førstavdødes arvinger var fullstendig ukjent med. Arvingene kan heller ikke gjøre gjeldende at ektepakten kommer overraskende på dem, at den må settes til side fordi de hadde berettigede forventninger om et annet skifteoppgjør osv, se el § 77 annet ledd c) jf el § 46 annet ledd.

Kan gjenlevende med tilstrekkelig sikkerhet sannsynliggjøre hva som var ektefellenes mening, formål eller forutsetning for avkrysningen i et ektepaktskjema, må dette legges til grunn, selv om ektepaktens reelle innhold derved blir et annet enn skjemaet tilsynelatende gir uttrykk for. Gjennom avkrysningen er det skapt notoritet for avtalen og for at den er formriktig inngått. Dens reelle innhold må dermed i ettertid kunne fastslås gjennom tolking av hva ektefellene mente da ektepakten ble opprettet.

Tolking av ektepakt må gjøres konkret. For ektepakter etter el § 42 tredje ledd må det også kunne vektlegges at slike ektepakter normalt har likedeling til formål, og at kjennskap til dette er ganske utbredt.

Tilsvarende retningslinjer må gjelde hvor ektefellene har krysset av en annen boks enn hva de mente. Ektefellene har eksempelvis krysset av for at særeie skal omgjøres bare dersom hustruen dør først, mens det kan sannsynliggjøres at meningen var at omgjøring bare skulle skje dersom mannen døde først – herunder at hele poenget med bestemmelsen var å tilgodese hustruen.⁴⁵⁷ Som fremholdt av *Holmøy og Lødrup* vil kravene til de forhold som leder til et annet resultat variere med hvor mye tolkingresultatet strider mot ordlyden i ektepakten.⁴⁵⁸

⁴⁵⁶ Det samme gjelder tolkingen av en gaveektepakt i tvist mellom henholdsvis ektefellene selv eller en tvist i forhold til deres kreditorer. Tilsvarende forskjeller med hensyn til de faktiske bevisføringsmuligheter oppstår også når spørsmål om eierforhold reises som henholdsvis tvist mellom ektefellene eller i forhold til deres kreditorer.

⁴⁵⁷ Tilsvarende feil ved opprettelse av testament ville til sammenligning falt inn under al § 65 annet ledds bestemmelser om at testamentet grunnet "mistak" har fått et annet innhold enn testator mente.

⁴⁵⁸ *Holmøy og Lødrup*, Ekteskapsloven side 265. Det må presiseres at det ikke er kravet til sannsynlighetsovervekt som skjerpes, men at det som følge av presumsjonen for at ektefellene mente det de skrev eller krysset av for, medfører at det rent faktisk må føres gode bevis for at de mente noe annet. Sammenlign pkt 54.5 om kriteriet "streng bevisbyrde" ved tolking av arvepakter.

43.4.3 Tolking av ektepakt og forholdet til kreditorene

Et særskilt spørsmål er om løsningene blir de samme i forhold til førstavdødes arvinger som overfor ektefellenes kreditorer. Er kravet til innholdets klarhet et annet i forhold til formkravene i el § 54 enn i forhold til hvilke rettsvernsvirkninger som oppnås ved tinglysing i henhold til el § 55? Avgjørende for spørsmålet må være de ulike hensyn som ligger bak de to bestemmelser. Tinglysing er, i tillegg til notoritet og solennitet, også begrunnet i publisitet. Skal et tinglysingsregister få effektiv positiv og negativ troverdighet, må det tinglyste dokumentets innhold kunne fastslås raskt og enkelt. Det kan ikke kreves at ektefellenes kreditorer skal undersøke ektefellenes personlige målsettinger og forutsetninger. Kreditorene må kunne forholde seg til det som direkte fremgår av ektepakten.⁴⁵⁹

For avtaler om formuesordningen får imidlertid disse forskjeller sjelden betydning, idet slike avtaler normalt ikke innebærer gavedisposisjoner eller lignende som kreditorene kan kreve omstøtt, se motsetningsvis el § 52 og dekl § 2-12 annet ledd og dekl § 5-2 fjerde ledd første punktum.

43.4.4 Tolkingens betydning ved spørsmål om hel eller delvis ugyldighet

Beslektet med spørsmålet om tolking og utfylling av ektepakten, er de spørsmål hvor en av flere bestemmelser i samme ektepakt er ugyldig, eller hvor det foreligger flere ektepakter med innbyrdes sammenheng og hvor én av dem er ugyldig. Spørsmålet om hel eller delvis ugyldighet ble drøftet i forarbeidene, har kommet på spissen i rettspraksis og er kommentert i juridisk teori.⁴⁶⁰ Konklusjonen er at det må foretas en konkret vurdering, blant annet av sammenhengen mellom de ulike bestemmelser eller disposisjoner.

Utgangspunktet etter alminnelige avtalerettslige tolkingsregler er at det først må foretas en tolking av avtalen, for derved – som et alternativ til ugyldighet – om mulig å ”skjære bort” det lovstridige innhold og la resten av avtalen bestå.⁴⁶¹ Verken lovstrid

⁴⁵⁹ *Holmøy og Lødrup*, Ekteskapsloven side 266 nevner som eksempel at kreditorene må kunne forholde seg til et tall som er fastsatt i ektepakten, selv om det i forholdet mellom partene må legges til grunn at det foreligger feilskrift.

⁴⁶⁰ Se NOU 1987: 30 side 97-98, *Prp28* side 78-79, *Rt 1976 501*, *Rt 1990 206*, *Rt 2000 1487*, *Lødrup og Sverdrup*, Familieretten § 13 X side 184-186 og *Holmøy og Lødrup*, Ekteskapsloven side 270-276.

⁴⁶¹ Se *Hov*, Kontraktsrett I side 184 og side 195-196, samt *Lødrup og Sverdrup*, Familieretten § 13 X side 186.

eller ugyldighet kan konstateres før avtalen er ferdig tolket og utfylt.⁴⁶² For ektepakter er det i teorien fremholdt at selv om den enkelte bestemmelse eller den enkelte ektepakt er lovstridig, må det ses hen til om ektefellene kunne nådd det samme helhetlig mål ved å utforme ektepakten annerledes.⁴⁶³

43.5 Påbud om formuesordning fra giver eller arvelater

Avtaler om formuesordningen må inngås mellom ektefellene og i ektepakts form. Som nevnt ovenfor kan ikke en ektefelle gyldig inngå forhåndsavtale med egne eller den andres arvinger om den ekteskapsrettslige verdidelingen ved den enes død, slik de gjennom arveavtaler kan gjøre hva gjelder arvefordelingen. En slags avtale om formuesordningen med andre enn den andre ektefellen kan likevel inngås i forbindelse med arv eller gave til en ektefelle.

En giver eller arvelater kan, som vilkår for gaven eller arven, fastsette at det for disse midler skal gjelde en bestemt formuesordning, jf el § 48. Givers klausul kan gis formløst, mens klausuler på arv må gis i testaments form. I forhold til livsarvingene er særeieklausul på pliktdelsarv særskilt hjemlet i al § 31 jf al § 29 annet ledd if.⁴⁶⁴

Klausul om formuesordningen fra giver må betraktes som en avtale mellom giver og gavemottaker. Det dreier seg ikke om et påbud. Bestemmelsen i el § 48 er ikke et påbudsgrunnlag overfor den mottakende ektefelle, men en ekteskapsrettslig hjemmel for at formuesordningen kan reguleres på denne måten. Rettslig sett kan giver ikke påtvinge mottaker en bestemt formuesordning, idet mottaker kan avslå gaven. Den betingede gave er et tilbud fra gavemottaker, som må være akseptert før gaven blir en del av gavemottakers felleseiemidler.⁴⁶⁵ Konstruksjonen vilkår for gave forutsetter at klausulen aksepteres før gaven gis. Etter at gaven er mottatt forhindrer avtalerettslige regler giveren i å fastsette nye vilkår. Ekteskapsrettslige regler forhindrer mottakerektefellen fra ensidig å omgjøre formuesordningen.

⁴⁶² *Hov*, Kontraktsrett II side 45.

⁴⁶³ Se *Holmøy og Lødrup*, Ekteskapsloven side 275.

⁴⁶⁴ Påbud om særeie overfor livsarvinger er særlig hjemlet i al § 31. Unntakshjemmelen fra pliktdelsreglene, jf al § 29 annet ledd, kan neppe tolkes utvidende til også å omfatte klausul om unnlatt skjevdeling. I tillegg til ordlyden kan det pekes på at et likedelingspåbud har den motsatte realitet av et særeiepåbud. Sistnevnte har normalt som formål å hindre at pliktdelsarven senere må deles med livsarvingens ektefelle. Et påbud om likedeling innebærer et større inngrep i pliktdelsarven ved at livsarvingen tvinges til likedeling.

⁴⁶⁵ *Lødrup og Sverdrup*, Familieretten § 16 II side 215.

For arv som er klausulert med bestemmelser om formuesordning gjelder lignende synspunkter, men problemstillingene blir av ulike årsaker mer komplisert. Dette har først og fremst sammenheng med at det ikke skjer noen uttrykkelig aksept av betingelsene i testamentet. Det teoretiske utgangspunkt er likevel det samme som ved gaver. Arvingen må enten akseptere betingelsene for arven, eller avslå den. Adressat for aksepten av betingelsene er de som ville mottatt arven dersom betingelsene ikke ble akseptert og arven avslått.

Hvem dette er, beror på reglene i al § 74 sammenholdt med en tolking av testamentet. Er klausulen om formuesordning påheftet legalarv, fordeles den avslåtte arv som om avslagsgiver var død før arvelater, jf al § 74 tredje ledd første punktum. Hvorvidt formuesordningsklausulen skal følge med videre til neste ledd må bero på en konkret tolking av testamentet.

For den nærmere tolking av gaveklausuler om formuesordningen gjelder alminnelige avtalerettslige tolkingsregler. For testamentsklausuler må det tas utgangspunkt i testamentstolkingsregler, men dette må justeres gjennom avtalerettslige tolkingsregler om hva arvingektefellen med rimelighet måtte forstå av det vilkåret han har akseptert.

Under henvisning til ekteskapslovens forarbeider påpeker *Lødrup og Sverdrup* at al § 48 ikke kan tolkes antitetisk, og fremholder at ”en giver eller arvelater kan sette betingelser som ektefellene ikke kan”.⁴⁶⁶ Dette må presiseres noe. En giver eller arvelater kan ikke sette andre formuesordninger enn de som følger av el §§ 42-44 som klausul for gaven eller arven. Derimot kan både giver og arvelater oppstille andre vilkår, betingelser osv for gaven eller arven. Eiendomsretten som følger med gave eller arv kan gjøres tidsbegrenset eller visse eierbeføyelser kan unntas. *Arnholm* reiser eksempelvis spørsmålet om en særeieklausul må forstås som et testasjonsforbud.⁴⁶⁷ Generelt kan både ektefellene selv, givere, arvelatere osv fritt inngå vanlige formuesrettslige avtaler – og herunder oppstille alle mulige vilkår som ikke etter avtalerettslige regler er ulovlige.⁴⁶⁸ Et par forskjeller vil det likevel være. For det første vil ektefellenes formuesrettslige avtaler om fordelingen ved den enes død lett oppfanges både av arverettslige regler om dødsdisposisjoner, og av begrensninger i ektefellers rett til å forhåndsavtale et skifteoppgjør. De samme begrensninger gjelder ikke for en giver som eksempelvis fastsetter tidsbegrenset eiendomsrett (se nærmere pkt 42.2), eller for en arvelater som gjennom sekundærtestasjoner kun gir primærarvingen en midlertidig eiendomsrett.

⁴⁶⁶ *Lødrup og Sverdrup*, Familieretten § 16 II side 214 jf NOU 1987: 30 side 118-II.

⁴⁶⁷ *Arnholm*, Privatrett V side 224.

⁴⁶⁸ *Lødrup og Sverdrup*, Familieretten § 16 II side 214 nevner som eksempel bestemmelse fra arvelater om at arven må deles med ektefellen ved skilsmisse, men ikke ved arvingens død. Eller at en hytte arves med rådighetsbegrensninger i live, og ved arvingens død skal gå videre til Røde Kors.

43.6 Skifteavtaler mellom gjenlevende og førstavdødes arvinger

Ektepakter om formuesordningen er forhåndsavtaler om verdidelingen ved ekteskapets opphør. Slike avtaler kjennetegnes ved at de er formbundne, og ved at loven begrenser hva som gyldig kan avtales. Etter at skiftesituasjonen er inntrådt, dvs at en ektefelle eller hans arvinger kan kreve et verdidelingsskifte – el § 57 og § 76, står derimot partene i forhold til ekteskapsrettslige regler fritt til formløst å avtale den delingen de måtte ønske, se el § 65 jf § 77. De hensyn som tilsier formkrav og begrenset avtalefrihet ved forhåndsavtaler gjør seg ikke lenger gjeldende.⁴⁶⁹

Ved skifteavtaler som inngås mellom gjenlevende ektefelle og førstavdødes arvinger må det skilles mellom ekteskapsrettslige og arverettslige skifteavtaler. Som for delingsoppjøret for øvrig reguleres avtaleadgangen av to ulike regelsett. Selv om det i praksis ofte ikke skilles mellom hva som er deling mellom ektefellene og hva som er arvefordeling, må det skilles mellom de to regelsett dersom det oppstår tvil om skifteavtalens gyldighet.

Ovenfor har jeg sett på forholdet mellom dødsdisposisjonsektepaktene og arverettslige regler om hva som kan forhåndsavtales om arvens fordeling. På samme måte må det vurderes om en skifteavtale om verdideling er en arverettslig eller ekteskapsrettslig avtale. Som oftest vil spørsmålet være hvilke deler av avtalen som er – eller kan være – det ene eller annet. En ikke upraktisk situasjon er at det som i det ytre er et avslag på falt arv fra førstavdødes arvinger til fordel gjenlevende ektefelle, angripes av avslagsgivernes egne livsarvinger, jf al § 74 tredje ledd annet punktum. Et slikt angrep kan møtes med å påvise at avslaget i realiteten er en skifteavtale om verdidelingen mellom ektefellene.

En avtale om fordelingen av avdødes verdier er i utgangspunktet en arvefordelingsavtale. Men på samme måte som dødsdisposisjonsektepaktene er unntatt fra arverettslige regler, vil også en gyldig skifteavtale om delingen mellom ektefellene være unntatt.

Både reglene og hensynene bak dem er de samme som ved forholdet mellom dødsdisposisjonsektepakter og arverettsreglene, men rettskildebildet er noe annerledes. For dødsdisposisjonsektepaktene er det tilstrekkelig å peke på grensene for

ekteskapsrettslig gyldige avtaler som trekkes opp i el kap 9. For skifteavtalene går de ekteskapsrettslige regler ut på full avtalefrihet, se el § 65 jf § 77. I forhold til arverettslige regler må det likevel trekkes en grense. En skifteavtale som går ut på at gjenlevende ektefelle overtar alt av verdier etter førstavdøde (uten at minstearvsregelen kommer til anvendelse) vil normalt klart støtte an mot arverettslige regler om avslag på falt arv.

Det som begrunner at arverettsreglene ikke anvendes på dødsdisposisjonsektepakter, er reelt sett hensynet til gjenlevende ektefelle og formelt sett at ektepaktene er en del av reglene om ektefellers formuesordning. Formuesoverføringen fra førstavdøde til gjenlevende er derfor ikke arv, men en konsekvens av oppgjøret av ektefellenes formuesfellesskap.

Samme betraktninger ligger bak grunnreglene om forholdet til ektefellenes kreditorer ved felleseieskifte, se el § 52, dekl § 2-12 annet ledd og dekl § 5-2 fjerde ledd. Så lenge skifteavtalen går ut på et delingsoppgjør som ligger innenfor hva som kan utledes av ekteskapsrettslige delingsregler (el kap 12) kan kreditorene ikke angripe formuesoverføringen som en gavedisposisjon.

Den samme grunnregel må også legges til grunn ved grensedragningen mellom ekteskapsrettslige og arverettslige skifteavtaler. Ligger skifteavtalen innenfor hva som kunne vært oppnådd ved å følge delingsreglene i el kap 15 jf kap 12, kan den ikke betraktes som en avtale om fordeling av arv.

De nevnte regler om forholdet til kreditorene har ikke hensyntatt den utbredte fleksibilitet som preger reglene i el kap 12, herunder særlig skjevdelingsreglene.⁴⁷⁰ Kreditorreglene omhandler overføringer ”som ikke etter loven skal tilfalle den andre ektefellen” eller som mottakerektefellen ”ikke har krav på etter loven”.⁴⁷¹ Dette må forstås som fordelingsløsninger som ligger innenfor ekteskapslovens system. Det kan ikke kreves en prejudisiell vurdering av om domstolene ville latt gjenlevende få medhold i kravet. Det er tilstrekkelig at adgangen til å fremsette kravet er lovhjemlet.

Ved grensedragningen i forhold til arverettsreglene må det ses hen til hvordan lovgivningen på de fleste områder søker å styrke gjenlevendes stilling på bekostning

⁴⁶⁹ Se om disse *Lødrup og Sverdrup*, Familieretten § 13 III og § 15 I.

⁴⁷⁰ Reglene i el § 52 er en ren videreføring fra ektefelleloven 1927 § 37.

av førstavdødes arvinger. For felleseieskiftet kommer dette blant annet til uttrykk i el § 77 annet ledd.⁴⁷² Det vil sjelden foreligge tilfeller hvor førstavdødes arvingers avståelse av verdier til fordel for gjenlevende ektefelle anses som en utilbørlig handling overfor egne livsarvinger.

Avslutningsvis vil jeg kort peke på hvordan gjenlevende ved avtale med førstavdødes arvinger kan oppnå omtrent samme delingsresultater som ved dødsdisposisjonsektepakter, og uten at skifteavtalen kan betraktes som en arveavtale.

Hovedtrekkene i reglene om forholdet til kreditorene er at en ektefelle kan frafalle egne rettigheter, men kan ikke overføre verdier til den andre utover hva som følger av delingsreglene i el kap 12. Som følge av skjevdelingsreglene og de meget skjønnsmessige regler i el § 59 annet og tredje ledd, kan gjenlevende og førstavdødes arvinger ved gyldig ekteskapsrettslig skifteavtale oppnå at gjenlevende beholder sine felleseiemidler udelt, mens førstavdødes likedeles – dvs i realiteten at gjenlevende overtar halvparten av førstavdødes formue uten at det regnes som arv.

Skifteavtalen går i all enkelthet ut på at førstavdødes arvinger aksepterer krav fra gjenlevende om utvidet skjevdelingsrett etter el § 59 tredje ledd, mens de selv avstår fra å kreve skjevdeling – eventuelt aksepterer gjenlevendes krav om likedeling av skjevdelingsmidler i henhold til el § 59 annet ledd.

44 Livsforsikringsavtaler

44.1 Innledning

44.1.1 Redegjørelse for de ulike problemstillinger

En livsforsikring utløses av den forsikredes død. Det ligger derfor i livsforsikringens natur at dens formål er å kompensere for de økonomiske konsekvenser av den forsikredes død. Som regel har forsikringen et forsørgelsesformål, enten den er knyttet til forsikringstakers eller en annens død. Forsikringstaker tegner forsikringen på eget liv for å sikre forsørgelse av sine etterlatte, eller han tegner den på samboerens eller

⁴⁷¹ Se henholdsvis el § 52 og dekl § 5-2 fjerde ledd.

⁴⁷² Se ellers al § 6 om ektefellens minstearverett og fal § 15-1 om gjenlevende ektefelles rett til livsforsikring, samt sl § 63 om gjenlevendes rett til bolig.

ektefellens liv for å sikre sin egen og/eller barnas forsørgelse etter livsledsagerens død.⁴⁷³

Den rene livsforsikring knytter seg til dødsfallsrisikoen, uavhengig av dens årsak. Ofte er livsforsikring også knyttet til uførhets-, sykdoms- eller ulykkesforsikringer. Det som i arverettslig sammenheng har størst interesse, er imidlertid at livsforsikring som oftest også inneholder en sparedel, som reduserer – eller helt kan fjerne – risikoelementet i den ordning som fortsatt betegnes som en livsforsikring.⁴⁷⁴ I stedet for – eller eventuelt i tillegg til – forsørgelsesformålet vil derved forsikringsordningen ha fordeling av forsikringstakers etterlatte formues som formål. Enkelte livsforsikringsordninger faller direkte inn under den arverettslige definisjon av dødsdisposisjon eller testamentarisk disposisjon, eksempelvis hvor en livsforsikring betales med et engangsbeløp og hvor forsikringstaker oppnevner noen som begunstiget.⁴⁷⁵

Forsikringsavtalens preg av dødsdisposisjon vil kunne variere. Under forsikringsavtaleloven av 1930 så man behovet for en samordning av de arve- og ekteskapsrettslige regler og de forsikringsrettslige.

Om dette uttalte Ekteskapslovutvalget allerede i 1965 følgende:

”Disse sparings- og sikringsformer har idag en så stor utbredelse at behovet for en hensiktsmessig regulering også ut fra familierettslige synspunkter skulle være åpenbart.”⁴⁷⁶

Livsforsikringers sparings- og sikringsfunksjon er antakelig større i dag, og dermed øker også behovet for samordning – eller kanskje først og fremst avklaring – i forhold til arve- og ekteskapsrettslige regler.

Arnholm uttrykte problemet – også med hensyn til avklaring – slik:

”Blant de aktiva som skal fordeles i et dødsbo, finner man ofte et livsforsikringskrav som blir utløst ved dødsfallet; i vår tid er nok livsforsikringene en meget stor brøkdel av de midler som skal fordeles i arveboer. Hovedreglene om hvordan dette oppgjør skal skje, finner man for tiden i

⁴⁷³ ”Hovedformålet med kapitalforsikring med dødsfallsrisiko vil være å beskytte de som er økonomisk avhengig av forsikringstageren mot umiddelbare økonomiske problemer som følge av dødsfallet.” Ot prp nr 49, 1988-89 s. 133-134.

⁴⁷⁴ “Forsikringsavtalelovens kapitler III og IV, som handler om livsforsikring og ulykkesforsikring, inneholder en rekke regler av rent arverettslig karakter.” *Selmer*, JV 1969 side 86.

⁴⁷⁵ Et illustrerende eksempel finnes i *FSN 4648* hvor den dødssyke forsikringstaker innbetalte kr 550.000 som engangspremie, hvilket også tilsvarte forsikringssummen – og døde ni dager senere. Under henvisning til *Rt 2003 92* fant nemnda at forsikringssummen måtte fordeles etter forsikringsrettslige regler.

⁴⁷⁶ Innstilling V av 1965 side 5-II.

forsikringsavtaleloven (FAL) med § 104 som tyngdepunktet. Men her er man på et område hvor forsikringsrettslige og arverettslige synsmåter støter sammen. Selv er jeg ikke forsikringsrettsmann, og jeg har lenge vært tilbøyelig til å anse disse regler som noe jeg bare hadde å ta til etterretning.”⁴⁷⁷

Under forberedelsen av forsikringsavtaleloven av 1989 sto forholdet mellom arve- og ekteskapsrettslige regler og de forsikringsrettslige regler om fordeling av en livsforsikring utbetalt ved forsikringstakers død sentralt. Forsikringsavtalelovutvalget uttalte blant annet følgende:

”FAL inneholder en rekke regler av familie- og arverettslig karakter. Særlig kan nevnes lovens § 104 annet ledd som gir ektefeller og livsarvinger mulighet for å angripe en ordinær, gjenkallelig begunstigelse. Det hovedsynspunkt som ligger til grunn for bestemmelsen, er at pliktandel, boslodd og særkrav etter arve- og skiftelovgivningen skal gjennomføres uten hensyn til begunstigelsen. Omvendt inneholder familie- og arverettslovgivningen bestemmelser av forsikringsrettslig karakter eller bestemmelser som på annen måte vil virke inn på forsikringsmessige avgjørelser. Bestemmelsen i ekteskapsloven § 58 (el 1991 § 86) om fraskilt ektefelles rett til ektefellepensjon har en klar forsikringsrettslig adresse. Bestemmelsene i ekteskapsloven vil videre være avgjørende for hvem som skal anses for forsikringstagerens ektefelle og arvelovgivningen vil være avgjørende for hvem som skal anses for hans arvinger.

Utvalget har drøftet familie- og arverettslige problemstillinger som utvalgets arbeid har reist, med representanter for Utvalget til revisjon av ekteskapslovgivningen (Ekteskapslovutvalget). Drøftelsene avdekket ikke noen prinsipiell uenighet mellom utvalgene om hvordan spørsmålene burde løses.

For lovgiveren vil det for øvrig ofte være et skjønsspørsmål om en bestemt regel skal stå i forsikringsavtalelovgivningen eller i lovgivningen om familie- og arveretten. Utvalget har i sitt lovforslag stort sett lagt til grunn den rollefordeling den nåværende lovgivningen bygger på. Det har således ikke foreslått endringer eller tatt opp til vurdering bestemmelser av forsikringsrettslig betydning i familie- og arverettslovgivningen.”⁴⁷⁸

Reglene i fal 1930 bygget i stor utstrekning på arve- og ekteskapsrettslige betraktninger: Var det ikke oppnevnt noen begunstiget, ble livsforsikringen regnet som en del av avdødes etterlatte formue. Ved gjenkallelige begunstigelser var regelen at forsikringstakers ektefelle og livsarvinger kunne kreve sin andel av livsforsikringen som om den var tillagt den begunstigede ved testament. For ugjenkallelige begunstigelser var det derimot ingen revisjonsadgang – antakelig ut fra den betraktning at den ugjenkallelige begunstigelsen ble betraktet som en gjennomført livsdisposisjon.

⁴⁷⁷ Arnholm, Livsforsikringskrav side 143.

⁴⁷⁸ NOU 1983: 56 side 36-37.

Forsikringsavtalelovutvalget gikk ikke inn i en prinsipiell og systemteoretisk drøftelse omkring hvilke konsekvenser som måtte følge av at to i navnet ulike disposisjoner (testasjon og begunstigelse) kunne ha samme realitet, nemlig den avdødes bestemmelse om hvordan hans oppsparte midler skulle fordeles ved hans død. Derimot anla man et noe bredere perspektiv: Etter å ha redegjort for mulige modeller for fordelingsregler, en arverettslig modell, en ufravikelig forsikringsmodell eller en disposisjonsmodell, uttalte Forsikringsavtalelovutvalget:

”Når det skal treffes et valg mellom disse (og andre) modeller for forsikringssummens fordeling, er det nærliggende å ta utgangspunkt i at de arve-, familie- og skifterettslige regler som ellers gjelder, gir uttrykk for lovgiverens generelle syn på hvorledes fordelingen av formuesgoder bør skje etter en persons død. Disse regler bør derfor få anvendelse også på forsikringsytelser som forfaller ved dødsfallet, medmindre det er særlige forhold ved forsikringsytelser som tilsier en annen løsning.”⁴⁷⁹

Forsikringsavtalelovutvalget – dets flertall – fant at det forelå tilstrekkelige grunner til å fravike de arve- og ekteskapsrettslige regler og prinsipper, se nærmere nedenfor.

Noe tilsvarende vurderinger ble foretatt ved de endringer som i 2007 ble gjort i den danske forsikringsavtalen:

”Reglerne om arv og om indsættelse af begunstigede i forsikringsordninger følger to forskellige spor. For arv gælder reglerne i arveloven, og for begunstigelsesindsættelser i forsikringsordninger gælder reglerne i forsikringsaftaleloven og pensionsopsparingsloven. I vidt omfang tjener reglerne samme formål. Det har imidlertid ikke givet sig udtryk i en ensartet regulering. Det gælder navnlig for så vidt angår spørgsmålet om den begunstigedes adgang til at udtage forsikringssummen eller opsparingen uden om boets (øvrige) arvinger og boets kreditorer. Det gælder også de formkrav, der stilles efter henholdsvis arvelovens regler om oprettelse af testamente og forsikringsaftalelovens og pensionsopsparingslovens regler om begunstigelsesindsættelser. Den tætte sammenhæng mellem arveloven, forsikringsaftaleloven og pensionsopsparingsloven kommer særligt til udtryk i relation til spørgsmålet om beskyttelsen af livsarvingernes ret til tvangsarv, hvor de gældende regler indebærer, at arvelovens regler om tvangsarv ofte må inddrages, før den begunstigedes retsstilling kan fastslås.”⁴⁸⁰

Reglene i fal kap 15 om disposisjoner over forsikringen og retten til selskapets ytelser etter forsikringstakers død, bygger ikke (lenger) på arve- eller ekteskapsrettslige regler, men inneholder egne forsikringsrettslige fordelingsregler. Dette gjelder også hvor forsikringstaker ikke har oppnevnt noen begunstiget, hvor regelen tidligere var at forsikringssummen gikk inn i dødsboet som annen arveformue.

⁴⁷⁹ NOU 1983: 56 side 109-II.

⁴⁸⁰ *Betænkning 2006* side 574.

De særlige forsikringsrettslige fordelingsregler omfatter ”forsikringssum som forfaller ved forsikringstakerens død”, se fal § 15-1. Forsikringstakers rett til å styre forsikringsutbetalingen gjennom begunstigelser gjelder på samme måte ”forsikringssummen, når den forfaller”, se fal § 15-2. Mange livsforsikringsavtaler ligger som nevnt i kjernen av den arverettslige definisjon av dødsdisposisjon eller testamentarisk disposisjon. Reglene åpner i dag for at arvelater eksempelvis kan plassere oppsparte midler i en forsikringsordning hvor han relativt fritt kan disponere over midlene i live, og samtidig utpeke hvem midlene skal utbetales til ved hans død – og hvor motivet nettopp er å fordele den etterlatte formuen.

Basert på en analyse av de rettsprinsipper livsforsikringsreglene bygger på, består de mer konkrete utfordringer i å avgrense når en utbetaling fra avdødes forsikringsselskap går klar av de arve- og ekteskapsrettslige regler. Dette gjelder både spørsmålet om hvilke utbetalinger som faller inn under ”forsikringssum som forfaller ved forsikringstakerens død”, og spørsmålet om hvilke øvrige av forsikringstakers disposisjoner som må likestilles med en begunstivelse. Når må eksempelvis en overdragelse av forsikringen med virkning fra arvelaters død regnes som en begunstivelse, og når må den betraktes som en arverettslig dødsdisposisjon?

Et særlig spørsmål er om det må skilles mellom den rene dødsrisikoforsikringen og den del av forsikringssummen som utgjør sparedelen. Den rene dødsrisikoforsikringen har aldri vært en del av arvelaters formue, mens sparedelen kan sammenlignes med vanlige oppsparte midler.⁴⁸¹

Denne avhandlingen handler blant annet om arvelaters adgang til å fordele sin etterlatte formue uhindret av arverettslige regler – dvs i realiteten å kunne styre sin etterlatte formue utenom arverettsreglene. Gjennom forsikringsordninger kan arvelater i stor utstrekning oppnå dette.

Ved at forsikringsavtaleloven inneholder egne forsikringsrettslige fordelingsregler kan den etterlatte formuen dessuten kanaliseres utenom arverettsreglene selv uten begunstivelse. Det siste gjelder først og fremst hvor arvelater ønsker å tilgodese ektefelle fremfor livsarvinger.

⁴⁸¹ Se NOU 1983: 56 side 110-I: ”Det karakteristiske for risikobeløpet er at det ikke kan sies å eksistere som formuesgode på avdødes hånd. Til forskjell frå de øvrige formuesgoder som skal fordeles etter dødsfallet, oppstår risikosummen som aktivum først ved dødsfallet. Avdøde hadde selv ingen mulighet for å nyttiggjøre seg dette aktivum (uten som en begrenset sikkerhet for kreditt eller på lignende indirekte måter).”

En annen effekt av de særlige forsikringsregler som kan virke motiverende for arvelater, er at forsikringssummen er unntatt fra hans alminnelige kreditorers beslagsrett. Dette gjelder uavhengig av begunstigelse, se fal kap 16.

Det gjennomgående spørsmål er hvor langt rekker de særlige forsikringsrettslige regler som gjør at arverettslige regler ikke får anvendelse. Hvilken betydning har det eksempelvis at lovgivers forutsetninger for de særlige forsikringsrettslige regler ikke er oppfylt?

Sentralt i departementets begrunnelse for de forsikringsrettslige fordelingsregler var at sparedelen utgjorde et forholdsvis lite beløp sett i sammenheng med de samlede dødsfallsutbetalinger. Hva hvis dette ikke var – eller ikke lenger er – riktig? Videre ble det vist til de retts tekniske og beregningsmessige vansker ved å skille mellom risikodel og sparedel.⁴⁸² Hvilke konsekvenser kan det trekkes av at denne forutsetning ikke (lenger) er riktig?

Videre må det drøftes hvilken betydning det har at forsikringsproduktene over tid har endret karakter. Hva blir konsekvensen av at forsikringsordningen mister sin funksjon som dødsfallserstatning og krisehjelp for de etterlatte og i stedet får preg av en alminnelig sparekonto?⁴⁸³ Hva hvis en forsikringsavtale tegnes fordi forsikringstaker finner spareordningen og avkastningen gunstigere enn i en ordinær bank?

Livsforsikringsavtaler kjennetegnes ved at de etablerer et flerpartsforhold, hvor rettsforholdet mellom partene griper inn i hverandre. Rettsforholdene kjennetegnes videre ved at de dels bygger på avtale og dels på lov – både deklarasjons og preseptorisk. Slik sett oppstår mange av de samme spørsmål som ved gjensidige testamenter, arvepakter osv. Det er imidlertid ikke plass i denne avhandlingen til å gå nærmere inn på disse sammenligninger.

Oversikten ovenfor viser imidlertid litt om kompleksiteten i både rettsforhold og avtaleforhold knyttet til livsforsikringer. Livsforsikringer har som nevnt en rekke likhetstrekk med arv. Det er forsikringstakers død som utløser de legalberettigedes rettigheter, på samme måte som dødsfallet utløser legalarvingers rett til arv. Begunstigelsen innebærer, som testamentet, at verdien tilfaller andre enn de som er utpekt i loven, og loven inneholder formelle og materielle vilkår for utvelgelsen. Verken testamentet eller begunstigelsen har noen adressat i vanlig forstand. Testator kan ved arvepakt overfor testamentsarvingen gjøre testamentet ugjenkallelig, slik forsikringstaker overfor den begunstigede kan erklære begunstigelsen ugjenkallelig.

44.1.2 Sammenligning av arveregler og forsikringsregler

De arverettslige problemstillinger knyttet til livsforsikringsavtaler er i hovedtrekk følgende: I den utstrekning en utbetalt forsikringssum inneholder oppsparte midler som forsikringstaker (arvelater) fritt kunne disponere over i sin levetid, er utbetalingen

⁴⁸² Se Ot prp nr 49 side 133-II.

⁴⁸³ NOU 1983: 56 side 112.

prinsipielt å likestille med fordeling av arv. I forsikringsavtaleloven har lovgiver valgt å gi egne forsikringsrettslige fordelingsregler, løsrevet fra de ekteskapsrettslige og arverettslige regler.

I forhold til ekteskapsrettslige regler kan det videre pekes på at gjenkjøpsverdien av en livsforsikring som ektefellene kan realisere, inngår i likedelingsgrunnlaget ved skilsmissekifte, se el § 61 b).⁴⁸⁴ Det samme gjelder i prinsippet ved sammensatt skifte for forsikringer som ikke er knyttet til førstavdødes død, se el § 77 annet ledd. En forsikringssum som utbetales gjenlevende ved førstavdødes død, regnes ved et sammensatt skifte derimot verken som førstavdødes eller gjenlevendes felleseiemidler, se fal § 15-1 annet ledd tredje punktum. Blir gjenlevende sittende i uskifte, går derimot livsforsikringen inn i uskifteboet og regnes som felleseiemidler, jf også al § 17.

Både arverettslig og forsikringsrettslig oppstår spørsmålet om det bør skilles mellom risikodel og sparedel, idet det bare er fordeling av sistnevnte som kan likestilles med arv. I forsikringsavtaleloven har man valgt like regler for utbetalingssummens to elementer.

Det neste prinsipielle skillet går mellom utbetalinger som skjer i henhold til lovens egne fordelingsregler, og der hvor utbetalingen skjer i henhold til forsikringstakers egne bestemmelser og valg. Langt på vei kan denne forskjell prinsipielt sammenlignes med forholdet mellom legalarverett og testamentsarverett. Begge sett av legalfordelingsregler bygger på presumsjoner av hva arvelatere/forsikringstakere som oftest vil ønske, og ikke på lovgivers syn på hvordan forsikringen eller arven bør fordeles.

Etter begge regelsett er det teoretiske utgangspunkt at arvelater fritt kan bestemme over arvens eller forsikringens fordeling i henholdsvis testament og begunstigelse. For arvens vedkommende gjør imidlertid reglene om beskyttet minste arv og pliktdelsarv betydelig inngrep i testasjonsfriheten. For livsforsikringer gjelder det kun en snever og behovsprøvd omgjøringsadgang for ektefelle og livsarvinger forsikringstaker forsørget.

⁴⁸⁴ Unntak er mest praktisk hvor en annen enn ektefellen er ugjenkallelig begunstiget.

For både testasjoner og begunstigelser gjelder det formkrav, som er avgjørende for gyldigheten. Formkravene er imidlertid mindre krevende for begunstigelserne.

Både en testasjon og en begunstivelse kan i utgangspunktet fritt tilbakekalles eller omgjøres, men arvelater/forsikringstaker kan etter begge regelsett overfor den berettigede gjøre henholdsvis testasjonen eller begunstigelsen ugjenkallelig.⁴⁸⁵ For testasjoner må ugjenkalleligheten gjøres i testaments former, mens en begunstivelse formløst kan gjøres ugjenkallelig. Den ugjenkallelige begunstivelse kan imidlertid oppnå rettsvern gjennom registrering, se nedenfor. For begge disposisjoner er avtalerettslig binding en forutsetning.

For begge ordninger gjelder at ugjenkalleligheten ikke endrer selve kravet på henholdsvis arv eller forsikringssum, men innebærer et vern mot arvelaters/forsikringstakers senere disposisjoner. Det er imidlertid vesentlige nyanser i rettsvirkningene. En gyldig arvepakt innebærer at senere testasjoner i strid med arvepakten blir virkningsløse. Det kan imidlertid tenkes at arvepakten kan omgjøres etter avtalerettslige regler, eller at testasjonen bortfaller som følge av bristende forutsetninger, al § 57 annet ledd annet punktum. I motsetning til arvepakten forhindrer forsikringstakers avtalerettslige forpliktelse overfor den ugjenkallelige begunstigede ham ikke fra å disponere i strid med den begunstigedes rett eller interesser. I fal § 15-4 annet ledd sies riktignok det selvfølgelig at forsikringstakeren ikke har rett til å disponere over forsikringen til skade for den ugjenkallelige begunstigede. Dersom forsikringstaker likevel handler i strid med dette, eksempelvis sier opp eller overdrar forsikringen – eller oppnevner en annen ugjenkallelig begunstiget, må tvisten løses etter alminnelige regler om tredjemannskonflikter. Avgjørende for livsforsikringer er hvem som har registrert sin rett i livsforsikringsregisteret, og dermed har fått rettsvern, se fal § 17-1 annet ledd jf fal § 17-3.⁴⁸⁶

⁴⁸⁵ Arvelater kan også overfor legalarvinger forplikte seg til ikke å gripe inn i deres legalarverett ved testament. Noen tilsvarende ordning finnes ikke i forhold til de legalberettigede etter forsikringsavtaleloven. Avtalerettslig er det intet i veien for at forsikringstaker forplikter seg overfor de legalberettigede til å avstå fra begunstigelser, men en sikrere ordning er å gjøre de legalberettigede til ugjenkallelig begunstigede.

⁴⁸⁶ Se NOU 1983: 56 side 126-II.

Selskapet har heller ingen plikt til å forhindre at forsikringstaker foretar dobbeltbegunstigelser eller disponerer over forsikringen til skade for den ugjenkallelig begunstigede – utover hva som eventuelt måtte følge av selskapets generelle veiledningsplikt.

44.2 Oversikt over forsikringsavtalelovens regler

44.2.1 Forsikringsavtalelovens legalfordelingsregler

Dersom avdøde ikke har oppnevnt noen begunstiget, fordeles livsforsikringen i henhold til egne legalfordelingsregler, se fal § 15-1. Legalfordelingsreglene innebærer en betydelig endring i forhold til fal 1930, men er i tråd med tidligere praksis med standardbegunstigelser.⁴⁸⁷ Formålet med å flytte begunstigelsene fra selskapenes standardkontrakter til en lovfestet ordning, var blant annet å fjerne usikkerhet med hensyn til hvorvidt noen var begunstiget og i tilfelle hvem, og av hensyn til livsforsikringens forsørgelsesformål å gjøre den beslagsfri uavhengig av begunstigelse.⁴⁸⁸ Den viktigste prinsipielle forskjell i forhold til tidligere er at en livsforsikring uten begunstigelse ikke går inn i forsikringstakers dødsbo på linje med forsikringstakers øvrige formue. Av dette følger både at den ikke fordeles på samme måte som arveformuen, og at den er beslagsfri i forhold til avdødes alminnelige kreditorer, se fal § 15-1 og § 16-1 annet ledd.

Lovens prinsipale løsning for forsikringssum som forfaller ved forsikringstakers død, tilfaller ektefellen i den utstrekning ingen begunstiget er oppnevnt, se fal § 15-1 annet ledd første punktum. Gjenlevende samboer har ingen plass i de forsikringsrettslige fordelingsregler.

I forbindelse med forslag til nye regler om gjenlevende samboers rett til arv og uskifte ble det drøftet om legalfordelingsregelen i fal § 15-1 annet ledd også skulle omfatte gjenlevende samboer. Departementet fant i proposisjonen ikke grunn til å fremme forslag om dette. Dette ble dels begrunnet i generelle hensyn som talte mot fullstendig likestilling av ektefeller og samboer, og dels i at samboere kan oppnevne hverandre som begunstiget.⁴⁸⁹

Etter nylige endringer i dansk rett er derimot ”samlever” innbefattet i standardbegunstigelser til nærmeste pårørende, se lov om forsikringsaftaler, jf. lovbekendtgørelse

⁴⁸⁷ Se NOU 1983: 56 side 104-I og 112-II og Ot prp nr 49 side 127 og 132-I. NOU 1983: 56 inneholder som Vedlegg 1 side 198-227 en oversikt om livsforsikring i praksis etter fal 1930. Denne viser at det var oppnevnt begunstiget i ”sannsynligvis minst 70 %” av tilfellene ved individuelle livsforsikringer og 100 % ved gruppelivsforsikringer. NOU 1983: 56 side 221.

⁴⁸⁸ Se NOU 1983: 56 side 136-II.

⁴⁸⁹ Ot prp nr 73 (2007-2008) side 51.

nr. 999 af 5. oktober 2006 § 105a, tilføyd ved lov om ændring af forsikringsaftaleloven og forskellige andre love den 8.6.2007.

I tillegg til hva som forutsetningsvis fremgår av fal kap 15 og dens forarbeider om at utbetalt forsikring til ektefellen ikke regnes som arv etter avdøde, er det i fal § 1-5 annet ledd tredje punktum uttrykkelig sagt at forsikringen heller ikke skal tas i betraktning ved et verdidelingsoppgjør med førstavdødes arvinger. Fra dette er det gjort et ikke upraktisk unntak for det tilfellet at gjenlevende ektefelle blir sittende i uskifte.

Strengt tatt er dette ikke nødvendig å si, idet forsikringen likevel ville gått inn i uskifteboet etter de generelle regler i al § 17. Bestemmelsen kan imidlertid være en nyttig påminnelse.

Dersom avdøde ikke etterlater seg ektefelle, og ingen er begunstiget, tilfaller forsikringen ”arvingene etter lov eller testament”, se fal § 15-1 tredje ledd.

Lovteksten gir intet klart svar på hvorvidt man med dette mener at forsikringen skal fordeles mellom arvingene i samme forholdstall som arvemassen, eller om den skal fordeles som om livsforsikringen ble ansett som en del av arven etter avdøde. Av forarbeidene synes meningen å være det siste.⁴⁹⁰

For det tilfellet at utbetalingen av et beløp er knyttet til det *vilkår at bestemte personer er i live*, bestemmer fal § 15-1 fjerde ledd at beløpet tilfaller disse bestemte personer, med mindre forsikringstaker gjennom begunstigelser har bestemt noe annet. Regelen får i praksis først og fremst anvendelse på såkalte barnetillegg.

For såkalte tolivsforsikringer, dvs at flere personer har ”tegnet forsikring i fellesskap, og forsikringssummen kommer til utbetaling når den første av dem dør”, bestemmer fal § 15-1 femte ledd at forsikringssummen tilfaller den eller de gjenlevende av forsikringstakerne. Har to samboere tegnet en tolivsforsikring, tilfaller forsikringssummen gjenlevende samboer, selv om samboerne ikke har foretatt en (gjensidig) begunstigelse.

Dersom forsikringen forfaller ved andre begivenheter enn forsikringstakerens død, er lovens utgangspunkt at forsikringssummen tilfaller forsikringstakeren selv, se fal § 15-1 sjette ledd. Noe annet kan imidlertid være bestemt ved begunstigelser, men da må det som utgangspunkt fremgå at begunstigelsen også er ment å omfatte andre situasjoner enn forsikringstakers død, jf presumsjonsregelen i fal § 15-4 a).

44.2.2 Oppnevning av begunstiget

Det fremgår av fal § 15-1 første ledd at forsikringstaker som utgangspunkt selv fastsetter hvem livsforsikringen skal tilfalle, og at lovens fordelingsregler kommer til anvendelse i den utstrekning forsikringstaker ikke har foretatt begunstigelser.

Kompetanse til å utpeke en begunstiget følger av fal § 15-2 jf § 15-1 første ledd, og i § 15-3 er det oppstilt regler om hvordan oppnevningen må være foretatt.

Oppnevningen av en begunstiget kan betraktes som en tredjemannsavtale. Forsikringstaker betaler premien, og selskapet forplikter seg til å utbetale forsikringssummen til den begunstigede når forsikringstilfellet inntreffer. Fordi retten til å utpeke en begunstiget er en lovfestet rett, som selskapet ikke gjennom avtale kan frata forsikringstaker – se fal § 10-3, kan det være vel så naturlig å betrakte utvelgelsen av en begunstiget som et påbud fra forsikringstaker til selskapet, og slik at det er forsikringsavtalelovens regler som er påbudsgrunnlaget. Uansett betraktningstype er det sentrale i lovens konstruksjon at den begunstigede selv ikke er part i avtalen. Normalt gis han likevel i kraft av tredjemannsavtalen eller påbudet en selvstendig rett til å kreve forsikringen utbetalt når forsikringstilfellet inntreffer.

Oppnevningen kan gjøres ugjenkallelig, men dette må i tilfelle skje ved en avtale mellom forsikringstaker og den begunstigede, som selskapet i prinsippet ikke er en del av.

Selv om forsikringsavtalelovens forarbeider bygger på en forutsetning om at livsforsikringer har forsørgelse og ivaretagelse av hensynet til de etterlatte som formål, gjelder det ingen begrensninger for hvem som kan oppnevnes som begunstiget.

Det fremgår av fal § 15-2 første ledd annet punktum at forsikringstakeren *bør* varsle eventuell ektefelle om oppnevningen. Det oppstilles imidlertid ingen plikt til dette, og ektefellens manglende kunnskap har ingen direkte betydning for begunstigelsens gyldighet.

Slik var regelen etter fal 1930 § 104 annet ledd, og slik er fortsatt regelen etter al § 7 for testamenter som griper inn i ektefellens legalarverettigheter. Manglende varsel kan imidlertid få betydning for avgjørelsen av krav på omgjøring, se fal § 15-6 første ledd annet punktum og pkt 44.2.

For begunstigelser oppstilles det i fal § 15-3 tvingende formkrav – eller mer korrekt tvingende fremgangsmåter, idet oppnevningen også kan skje formløst.

Fremgangsmåten er avgjørende for begunstigelsens gyldighet, se fal § 15-3 tredje ledd.

Oppnevning av begunstiget kan gjøres på tre ulike måter: Skriftlig melding til selskapet, formløst i forbindelse med tegning av forsikring eller ved særskilt bestemmelse i testament.

⁴⁹⁰ NOU 1983: 56 side 120-I.

Forsikringsavtalelovutvalget begrunnet formkravene hovedsakelig i solennitet og behovet for en markering av foretatt disposisjon fordi begunstigelsen ikke skulle rettes overfor den begunstigede.⁴⁹¹

Det følger av fal § 15-3 at et tilbakekall må gjøres i samme former som en oppnevning for å være gyldig.

Verken for de formløse eller skriftlige meldinger er det oppstilt noen nærmere krav til innholdet. I tråd med avtalerettslige regler for påbud, vil minstekravet være at meldingen er formulert på en slik måte at det med rimelighet kan forventes at selskapet oppfatter innholdet som en begunstigelse.

I fal § 15-4 er det oppstilt enkelte utfyllende tolkingspresumsjoner som gjelder i den utstrekning noe annet ikke er bestemt eller følger av forholdet. Gjennom utstrakt henvisning til arverettslige regler understrekes disse begunstigelsens subjektive karakter og slektskap med testasjoner.

44.2.3 Gjenkallelige og ugjenkallelige begunstigelser

Etter gjeldende regler er både beslagsfrihet og unntak fra arverettslige regler uavhengig av om det foreligger en begunstigelse, og også om begunstigelsen er gjort ugjenkallelig. Etter de tidligere regler var dette annerledes. Reglene i fal § 104 inneholdt ulike regler for de tre sett av situasjoner. Var ingen begunstiget oppnevnt gikk forsikringssummen inn i dødsboet på linje med hans øvrige midler. Dersom det var oppnevnt en begunstiget, oppsto beslagsfriheten, men i forhold til beregning av gjenlevende ektefelles boslodd og livsarvingenes pliktdelsrett, ble forsikringssummen ansett som tilhørende dødsboet og tillagt den begunstigede ved testament. Dersom begunstigelsen var gjort ugjenkallelig, kom heller ikke ekteskapsrettslige eller arverettslige regler til anvendelse. Synspunktet var da at forsikringstaker med endelig virkning hadde fraskrevet seg rådigheten over livsforsikringen, slik at den kunne likestilles med en gjennomført livsdisposisjon.

44.2.4 Beslagsfrihet – forholdet til forsikringstakers kreditorer

Lovens utgangspunkt er at avdødes alminnelige kreditorer ikke kan ta utlegg i en livsforsikringssum som blir utbetalt ved død, se fal § 16-1 annet ledd.⁴⁹²

Beslagsfriheten er blant annet begrunnet i ”livsforsikringens forsørgelsesformål og

⁴⁹¹ NOU 1983: 56 side 114-II.

⁴⁹² Se *Brynildsen, Lid og Nygård*, Forsikringsavtaleloven side 536 som anfører at dette bare omfatter dødsfallsforsikringssum og ikke andre tidligere forfalte ytelser som først utbetales ved død.

dens funksjon som overgangshjelp for de etterlatte etter dødsfallet”.⁴⁹³ Dette gjelder enten det foreligger begunstigelser eller forsikringen utbetales etter lovens fordelingsregler. Beslagsfriheten får både betydning hvor avdøde ikke etterlater seg tilstrekkelige midler til å dekke sine gjeldsforpliktelser, og for fordelingen av den samlede gjeldsbyrde.

Arnholm forklarte beslagsfrihet blant annet med at forsikringen som regel stammet fra en rekke mindre innbetalinger:

”Det er heller ikke meget innhold i den betraktning at forsikringstageren [ved begunstivelse] har unndradd et beløp fra kreditorene. Den verdi forsikringen representerer ved dødsfallet, er som regel opparbeidet ved beskjedne årlige innbetalinger som ikke i målbar grad påvirker kreditorenes dekningsadgang.”⁴⁹⁴

Ved låneopptak for å bekoste en livsforsikring har ikke denne betraktning samme gyldighet.

Forsikringstaker kan imidlertid selv ha pantsatt forsikringen, se fal § 15-8 første ledd. Pantet omfatter både retten til å få utbetalt forsikringssummen når den forfaller, og retten til å kreve forsikringens gjenkjøpsverdi utbetalt.⁴⁹⁵ Forsikringstaker kan dessuten i forbindelse med oppnevning av begunstiget helt eller delvis ha opphevet beslagsfriheten, se fal § 16-1 annet ledd første punktum if.

Har forsikringstaker selv pantsatt forsikringen og ingen er begunstiget, vil det bare være eventuelt overskudd som fordeles etter reglene i fal § 15-1. Gjennom pantsettelsen har forsikringstaker allerede disponert over den verdien livsforsikringen utgjør – også med virkning for hans etterkommere. For arvinger som har krav på forsikringen i henhold til fal § 15-1 tredje ledd blir de reelle virkningene at både livsforsikringssummen og pantekravet inngår ved fastsettelsen av den netto som skal fordeles mellom dem. For gjenlevende ektefelle som er berettiget til forsikringen i henhold til fal § 15-1 annet ledd, blir virkningene at det hun kan kreve i tillegg til sin arvelodd, er eventuell netto etter at pantekreditor har tatt sitt. Dette følger dels av fal § 15-8 første ledd om panthavers rett og dels av fjerde ledd om at dødsboet som dekker panthavers krav kan kreve vederlag av forsikringssummen. Synspunktet igjen er at det er forsikringstaker selv som har ”brukt opp” verdiene av livsforsikringen – normalt som grunnlag for annet låneopptak. Hans pantsettelse kan derved likestilles med at han tar ut gjenkjøpsverdien. Men gjennom låneopptak mot pant i hele livsforsikringssummen, kan forsikringstaker i en viss utstrekning også forskuttere utbetalingen av forsikringens risikodel.

Dersom forsikringstaker ønsker at hans etterlatte skal nyte godt av en beslagsfri livsforsikring, må han la være å pantsette den. Enten noen er begunstiget eller ikke, vil

⁴⁹³ NOU 1983: 56 side 136-II. Begrunnelsen for å gjøre beslagsfriheten generell og uavhengig av oppnevning av begunstiget var dessuten at tidligere praksis med standardbegunstigelser kunne medføre at det både var tilfeldig om noen var begunstiget og i tilfelle hvem.

⁴⁹⁴ *Arnholm*, TfR 1958 side 150.

⁴⁹⁵ For det siste tilfellet gjelder det imidlertid særlige regler i fal § 15-8 tredje ledd om pantsetters adgang til å forhindre utbetalingen ved enten å dekke pantekravet eller selv å betale gjenkjøpsverdien til pantnaver.

livsforsikringen ubeskåret tilfalle den berettigede mottaker, selv om forsikringstaker ellers er insolvent.⁴⁹⁶ Slik sett er det mulig for forsikringstaker/arvelater gjennom begunstigelser og annet låneopptak til finansiering av en livsforsikring å styre midler til etterlatte forbi både sine kreditorer og sine arvinger. Gjennom reglene i fal § 16-2 kan imidlertid forsikringstakers konkursbo, gjeldsforhandlingsbo eller insolvente dødsbo kreve omstøtelse av åpenbar urimelig bruk av midler til premiebetaling.

En særregel om trekantforholdet mellom forsikringstakers dødsbo, kreditor med pant i forsikringssummen og den berettigede finnes i fal § 15-8 fjerde ledd. Etter sin ordlyd dreier bestemmelsen seg om rett til vederlag, men er i realiteten regressregler ved realkausjon (tredjemannspant).

Regelen bygger ikke på det tidligere utgangspunkt om forsikringssummen som en del av forsikringstakers dødsbo. Regelen er en konsekvens av at dødsfallet innebærer en oppsplitting av panteheftelsen, slik at forsikringstakers ordinære pantsettelse går over til å bli et realkausjonsforhold. Forsikringstakers personlige gjeldsforpliktelser veltes over på dødsboet, mens panteobjektet – forsikringssummen – overføres til de berettigede. Spesialreglene i fal § 15-8 må i tilfeller av motstrid som utgangspunkt gå foran generelle, herunder også nyere, regler om realkausjonsforhold som oppstår som følge av at panteobjektet skifter eier.⁴⁹⁷

Ved begunstigelser kan forsikringstaker selv ha fastsatt at den begunstigede kun skal ha utbetalt nettoen etter fratrekk av pantegjelden – og i mangel av uttrykkelige fastsettelser oppstiller fal § 15-4 f) en presumsjon for at forsikringstaker ved å disponere over forsikringssummen til andre formål har ment å gjøre dette på den begunstigedes bekostning. Forsikringstaker kan imidlertid også ha fastsatt eller forutsatt noe annet, hvilket faller inn under unntaket ”hvis ikke noe annet følger av forholdet”.

Tilsvarende gjelder hvor ingen begunstiget er oppnevnt. Lovens fordelingsregler bygger blant annet på en presumsjon om forsikringstakers ønsker, og er utviklet på grunnlag av tidligere praksis med standardbegunstigelser. Hvorvidt de legalberettigede skal få utbetalt hele forsikringssummen eller bare dens netto etter fradrag av pantekravet, skal etter loven bero på en vurdering av forsikringstakers forutsetninger. Reglene er i henhold til forarbeidene gitt for å forhindre at pantekreditors ”mer eller mindre tilfeldige valg av dekningsmåte, med endelig

⁴⁹⁶ Forutsatt at hans kreditorer ikke før dødsfallet har tatt utlegg i livsforsikringen etter reglene i fal § 16-1 første ledd.

⁴⁹⁷ Dette forhindrer imidlertid ikke at rettsforholdet utfylles av de generelle regler i finansavtaleloven, panteloven og dekningsloven.

virkning skal plassere gjeldsbyrden på henholdsvis dødsboet eller den som har krav på forsikringssummen”.⁴⁹⁸

Likeledes må det følge av formålet med både fal kap 15 og § 15-8 fjerde ledd – oppfyllelsen av forsikringstakers ønsker og forutsetninger – at forsikringstaker får et tilsvarende vederlagskrav (regresskrav) mot dødsboet dersom pantekreditor enten har realisert pantet, eller den berettigede har innfridd pantekravet for å unngå realisering.⁴⁹⁹ Denne løsning synes også akseptert i forarbeidene.⁵⁰⁰

44.2.5 Arveavgift

Det skal svares arveavgift på forsikringsselskapets utbetalinger til ” dødsboet, avdødes arvinger eller noen som er oppnevnt som begunstiget etter forsikringsavtalen”, se aal § 2 åttende ledd. Utbetalinger til gjenlevende ektefelle eller samboer omfattes imidlertid av det generelle unntaket i aal § 4 fjerde ledd. For samboere som ikke oppfyller definisjonsvilkårene i aal § 47A, eksempelvis kravet om to års samliv, vil avgiftsplikten bero på om gjenlevende er begunstiget i avdødes forsikring, eller om det er gjenlevende som selv har tegnet forsikring på den annens liv – dvs forsikret seg mot den begivenhet at samboeren dør. Utbetalinger i henhold til den siste form for forsikring faller utenfor aal § 2 åttende ledd.

Egen tegnet forsikring på andres liv kan også gjøres av andre, eksempelvis ved at barn forsikrer seg mot foreldrenes død. Et kanskje mer praktisk eksempel er den såkalte kompanjongforsikring, og som i drøftelsene omkring livsforsikringenes forhold til arverettslige regler ble fremholdt som et eksempel på alternative måter å sikre hverandre mot de økonomiske konsekvenser av at noen man har et interessefelleskap med dør.

44.3 Nærmere om begrunnelsen for de særlige forsikringsrettslige fordelingsreglene

Spørsmålet om forholdet til arverettsreglene omfatter to hovedspørsmål: For det første: I hvilken utstrekning kan arvelater fritt bestemme over fordelingen av

⁴⁹⁸ NOU 1983: 56 side 130-II. Gjennom mulighetene for at dødsboet ikke har krav på vederlag, har man også laget en regel som går ut på at forsikringstakers mer eller mindre tilfeldige valg av panteobjekt ikke skal få betydning for de berettigedes krav på forsikringssummen.

⁴⁹⁹ Dette er et eksempel på hvordan rettsforholdet mellom den berettigede og dødsboet kan suppleres av generelle regler. Se eksempelvis finansavtl § 69 om kausjonistens rett til å innfri for å unngå kreditorpågang. Så langt de passer må også generelle regressregler i forholdet mellom hoveddebitor og realkausjonist komme til anvendelse.

⁵⁰⁰ ”Selv om det hverken er sagt uttrykkelig i § [15]-4 (f) eller i § [15]-8 siste ledd, følger det av bestemmelsene at den som har krav på forsikringssummen etter § [15]-1 ikke kan kreve vederlag av dødsboet dersom pantekreditor velger å utnytte pantet i forsikringen (igjen med reservasjon for at annet fremgår av forholdet).”

forsikringsutbetalingen? Og for det annet: Hvordan skal forsikringssummen fordeles når arvelater ikke har gjort noen bestemmelser? Et tredje spørsmål omhandler forholdet til arvelaters kreditorer, se pkt 44.2.3.

Forsikringsavtalelovutvalgets foretok først en generell drøftelse av retten til forsikringsytelser ved dødsfallet. Flertallet fant å lage egne forsikringsrettslige fordelingsregler, uten å ta utgangspunkt i arverettslige regler, se pkt 44.1.1.

For det *første* ble det pekt på at forsikringsytelser ”har en helt *spesiell karakter* i forhold til andre formuesgoder”. Utvalget pekte imidlertid på at sammenligningen med andre formuesgoder slår forskjellig ut for henholdsvis risikodelen og sparedelen.⁵⁰¹

For det *annet* ble det anlagt et forsørgerperspektiv.⁵⁰² Det ble påpekt at et ”forhold som gjør forsikringsytelser til et særpreget formuesgode, og som også gjør seg gjeldende for sparedelen av en forsikringssum, er *bakgrunnen for at dødsfall overhodet utløser forsikringsutbetalinger.*”

”De alminnelige formuesgoder som skal fordeles etter et dødsfall, vil ikke være anskaffet med tanke på det fremtidige dødsfall. Med forsikringer som utbetales ved død er dette annerledes. De vil være tegnet for å tilgodese behov som oppstår eller kan oppstå ved dødsfallet. . . .

Den viktigste funksjon som dødsfallerstatninger har i dag, er sannsynligvis å avhjelpe akutte økonomiske behov for den eller de etterlatte i en overgangsperiode etter dødsfallet. Når familieforsørgeren (eller den ene av to forsørgere) dør, vil det som regel for de etterlatte oppstå et umiddelbart behov for midler til dekning av – ofte meget betydelige – faste utgifter som f.eks. boutgifter og renter og avdrag på lån. Det må antas at livs- og ulykkesforsikringer i normalttilfellet tegnes for å dekke nettopp slike behov. For at forsikringen best mulig skal kunne oppfylle sin funksjon som slik krisehjelp, er det for det første viktig at den tilfaller den person som har størst behov for hjelpen. Men dernest er det også viktig at det kan skje en hurtig utbetaling av forsikringssummen fra selskapene etter dødsfallet.”⁵⁰³

Det ble i denne sammenheng også pekt på behovet for raske oppgjør:

”En forutsetning for at dette skal kunne skje, er igjen at det er lett å bringe på det rene hvem som har krav på beløpet. De alminnelige arve-, familie- og skifterettslige regler ivaretar neppe dette hensyn særlig godt. Muligheten for å innføre enkle og oversiktlige regler kan altså i seg selv være et argument for å ha spesielle fordelingsregler for forsikringsytelser.”⁵⁰⁴

⁵⁰¹ NOU 1983: 56 side 109-110.

⁵⁰² Til sammenligning unntas gaver som består i pensjon, livsforsikring, livrente, føderåd eller lignende ytelser som sikrer den andre ektefellen fra ektepaksformkravet ved gaver mellom ektefeller, se el § 50 første ledd annet punktum.

⁵⁰³ NOU 1983: 56 side 110-I.

⁵⁰⁴ NOU 1983: 56 side 110. Det ble her også pekt på at raske og enkle oppgjør er kostnadsbesparende.

Som et *tredje* moment pekte utvalgets flertall på at arvereglene etter gjeldende praksis likevel ble omgått gjennom begunstigelser. Som oftest skjedde begunstigelserne etter oppfordring fra selskapets side, og med utstrakt bruk av standardbegunstigelser. Dette forhold talte både for i større utstrekning å overlate valget til arvelaters (forsikringstaker) selv, og til å lage lovfordelingsregler som var i overensstemmelse med praksis omkring bruk av standardbegunstigelser.⁵⁰⁵

En fjerde omstendighet flertallet trakk frem var det forhold ”at det i dag finnes – og i fremtiden kan tenkes introdusert flere – forsikringsformer hvor det i alle tilfelle er utelukket å anvende disse regler.”⁵⁰⁶

Forsikringsavtalelovutvalgets mindretall – Hans Jakob Bull – fant ikke tilstrekkelig grunner for å fravike de arverettslige utgangspunkter.⁵⁰⁷

Justisdepartementet sluttet seg til Forsikringsavtalelovutvalgets flertall, og avga følgende prinsipputtalelse:

”Departementet har i likhet med utvalget funnet det klart at forsikringstakeren gjennom oppnevning av begunstiget bør kunne peke ut hvem som forsikringssummen skal tilfalle når den forfaller ved forsikredes død. Muligheten for å tilgodese bestemte personer med et kapitalbeløp ved forsikredes død er en sentral side ved dødsfallforsikringer som det ikke bør rokkes ved.”⁵⁰⁸

Også departementet pekte på forsørgerperspektivet:

”Hovedformålet med kapitalforsikring med dødsfallsrisiko vil være å beskytte de som er økonomisk avhengig av forsikringstakeren mot umiddelbare økonomiske problemer som følge av dødsfallet. Et typisk formål er å gi de etterlatte mulighet for å nedbetale lån slik at de fortsatt har økonomisk mulighet til å bli sittende med bolig, hytte, bil m.v.”⁵⁰⁹

Sentralt i departementets drøftelser er vurderingene av forskjellene mellom livsforsikringens risikodel og sparedel:

”Ser man foreløpig bort fra eventuell sparedel i livsforsikring, vil heller ikke forsikringssummen utgjøre noen formue på avdødes hånd. Vel så nærliggende er det å sammenlikne forsikringen med skadeforsikring, dvs en betalingsplikt for selskapet som oppstår som følge av dødsfallet, og som har til formål å dekke økonomisk behov som oppstår som følge av dette.

⁵⁰⁵ NOU 1983: 56 side 110-II.

⁵⁰⁶ NOU 1983: 56 side 110-111. Det ble særlig pekt på kompanjongforsikringen. ”Det er nevnt i oversikten over gjeldende rett foran at tanken med en slik forsikring er at forsikringssummen skal tilfalle andre enn avdødes nærmeste etterlatte. De alminnelige arve-, familie- og skifterettslige regler passer derfor overhodet ikke på denne forsikringsform.”

⁵⁰⁷ Se hans utførlige mindretallsutredning i NOU 1983: 56 side 115-118.

⁵⁰⁸ Ot prp nr 49 (1988-89) side 132-I.

⁵⁰⁹ Ot prp nr 49 (1988-89) side 133-I.

Parallellen med arvede midler er størst når det gjelder sparedelen i en sammensatt livsforsikring. Denne delen vil representere en verdi på forsikringstakerens hånd som kan sammenliknes med annen formue. Hvor stor del sparekapitalen utgjør av den samlede forsikringsutbetalingen, vil avhenge av hvor nær dødsfallet ligger opp til utbetalingstidspunktet ved oppnådd alder.”⁵¹⁰

Som følge av disse forskjeller vurderte departementet om det burde lages et tosporet regelsystem, men fant at dette ville komplisere regelverket og kunne by på beregningsmessige problemer i forbindelse med utbetalingene. Dessuten pekte departementet på at sparedelen utgjorde et forholdsvis lite beløp sett i sammenheng med de samlede dødsfallsutbetalinger.

Det ble pekt på statistikker fra Norges Forsikringsforbund for utbetalinger i 1987, som viste at 2/3 av utbetalingene gjaldt kollektive forsikringer som var rene risikoforsikringer. Den resterende tredjedel stammet fra individuelle forsikringer, hvor man ikke hadde tall på fordelingen mellom sparebeløpet og risikobeløpet. Departementet la imidlertid til grunn at det ”utvilsomt kunne legges til grunn at det iallfall ikke utgjør mer enn halvdelen”.⁵¹¹

Forbruker- og administrasjonskomiteen sluttet seg til departementets forslag:

”Komiteen har merket seg at det foreslås helt nye regler om hvem som har retten til forsikringer når det ikke er oppnevnt en bestemt begunstiget. Forslaget innebærer et brudd med gjeldende lov hvor det er fastsatt at forsikringspremien (⁵¹²) tilfaller avdødes dødsbo når det ikke er oppnevnt begunstiget. Prinsipielt skal nå forsikringen tilfalle avdødes ektefelle, subsidiært arvingene. Komiteen er enig i omleggingen som bygger på en ordning som i hovedsak er i samsvar med selskapenes standardregler. Komiteen legger også vekt på at hvis forsikringstakeren har særlige ønsker om hvem som skal ha forsikringen, kan han gjøre dette ved å oppnevne en begunstiget.”⁵¹³

Både i *Lagtinget* og i *Odelstinget* fikk de nye forsikringsrettslige fordelingsregler enstemmig tilslutning uten merknader eller drøftelser.⁵¹⁴

44.4 Hvilke utbetalinger faller inn under ”forsikringssummen”?

De særlige forsikringsrettslige fordelingsregler i fal § 15-1 og § 15-2 er i lovteksten omtalt som ”forsikringssummen” og ”[f]orsikringssum som utbetales ved død”.

⁵¹⁰ Ot prp nr 49 (1988-89) side 133-II.

⁵¹¹ Ot prp nr 49 (1988-89) side 133-II.

⁵¹² Dette er forhåpentligvis en ren skrivefeil.

⁵¹³ Innst O nr 98 (1988-89) side 32-I.

⁵¹⁴ Se Forh O (1988-89) side 821 og Forh L (1988-89) side 95. (Den mest omstendelige drøftelse i Odelstingen gjaldt spørsmålet om stortingskomiteen hadde behandlet lovforslaget overfladisk. Skrivefeilen ovenfor er forhåpentligvis ikke et argument i den debatten.)

Overskriften til fal § 15-1 er riktignok ”retten til selskapets ytelser når forsikringstakeren ikke har disponert over forsikringen”, men det er likevel klart at reglene bare gjelder selve dødsfallsforsikringen og ikke andre tidligere forfalte ytelser som først utbetales ved død.⁵¹⁵

Det er videre på det rene at lovgiver tok det bevisste valg at også sparedelen i de livsforsikringsordninger som den gang eksisterte, skulle anses som en del av forsikringssummen og følge fordelingsreglene i fal § 15-1 og § 15-2, jf ovenfor.⁵¹⁶

Spørsmålet er hvor langt en forsikringsordning kan endre karakter, og da særlig i retning av en spareordning, før utbetalingene faller utenfor de særlige fordelingsregler som bare gjelder fordeling av ”forsikringssummen”.

Det forhold at det inngås en form for betinget tredjemannsavtale har i denne sammenheng ingen betydning. Om betydningen av tredjemannsavtalekonstruksjonen uttalte *Arnholm*:

”Det er klart at det siste i og for seg ikke er avgjørende. Hvis A setter inn penger i en bank på det vilkår at de ved A's død skal tilfalle B såfremt A ikke i mellomtiden har bestemt noe annet, er det helt utvilsomt at mangelen av testamentsformer ville føre til at disposisjonen ble underkjent selv om den ikke grep inn i noens boslodd eller pliktdelel.”⁵¹⁷

Forsikring betyr overtakelse av risiko. Når det ikke lenger foreligger noen risiko, men kun forvaltning av midler som utbetales ved ”innskyters” død, skal da fortsatt de forsikringsrettslige fordelingsregler gjelde?

Den enkle begrunnelse for at det som etter sitt innhold er en testamentarisk disposisjon ikke rammes av arverettslige regler, er at lovgiver bevisst tok dette valget – på samme måte som ved dødsdisposisjonsektepakter, se kapittel 43. Spørsmålet er derfor om unntaket fra arverettslige regler ikke omfatter disposisjoner som ikke er i tråd med lovgivers begrunnelser og forutsetninger. En avtale om oppgjøret ved en ektefelles død som faller utenfor el kap 9 vil tilsvarende bli bedømt som et testament. Et konkret problem er at livsforsikringsavtaler og forsikringssummen ikke er så klart avgrenset som el kap 9.

I en generell drøftelse må det derfor tas utgangspunkt i de begrunnelser som er gjengitt ovenfor. Jeg peker her særlig på synspunktet om forsikringen som krisehjelp og som erstatning for det tap som oppstår som følge av dødsfallet, og at det ble lagt til grunn at sparedelen utgjorde en liten del av forsikringssummen.

⁵¹⁵ Se *Brynildsen, Lid og Nygård*, Forsikringsavtaleloven side 536.

⁵¹⁶ Se også NOU 1983: 56 side 109 og Ot prp nr 49 (1988-89) side 133, samt *Rt 2003 92* avsnitt (35).

⁵¹⁷ *Arnholm*, TfR 1958 side 175.

Spørsmålet ble behandlet av Høyesterett i *Rt 2003 92*. Tvisten gjaldt i korte trekk hvorvidt oppsparte midler på en konto i Gjensidige NOR Spareforsikring – ordningen VerdiKonto Pluss – var å betrakte som en forsikringssum som etter reglene i fal § 15-1 annet ledd tilfalt gjenlevende ektefelle, eller om beløpet måtte anses på linje med vanlige oppsparte midler som gikk inn i avdødes dødsbo og ble fordelt etter arverettslige regler.

Høyesteretts flertall (4) kom – i det vesentlige under henvisning til forarbeidene – til at også de oppsparte midler var å anse som en del av forsikringssummen. Mindretallet bygget også på forarbeidene, men kom til det motsatte resultatet. Mindretallet viste blant annet til at VerdiKonto skilte seg klart fra de forsikringsformer forarbeidene omtalte.

Førstvoterende (flertallet) formulerte problemstillingen omtrent som beskrevet ovenfor:

”(35) Det er ikke tvilsomt at sparedelen i de sammensatte forsikringene som eksisterte på den tid da forsikringsavtaleloven ble vedtatt, falt inn under lovens fordelingsregler i §15-1 og §15-2. Den foreliggende sak gjelder den rettslige plassering av utbetaling under sparedelen i Gjensidiges forsikringsprodukt VerdiKonto, som ligger i grenseområdet mellom disse to regelsett.”

Flertallet foretok en sammenligning mellom den aktuelle ordning, VerdiKonto, og de sammensatte kapitalforsikringer som gjaldt da forsikringsavtaleloven ble vedtatt (forberedt). Sentralt sto forsikringstakers adgang til å disponere over sparekontoen mens forsikringsavtalen løp – og ikke bare som en mulighet til å ta ut gjenkjøpsverdien ved å si opp avtalen. Avgjørende for flertallet var de begrensninger forsikringsavtalen innebar, og som ikke gjaldt for banksparing. Det ble videre pekt på at ordningen var godkjent av Kredittilsynet som forsikringsprodukt.

For flertallet var det videre av betydning at ordningen Verdikonto hadde eksistert i over 10 år. Endelig ble bransjepraksis og bransjens oppfatninger vektlagt.⁵¹⁸ I fortsettelsen av dette ble det vist til at utbetaling i tråd med forsikringsvilkårene også var en forutsetning for de fleste forsikringstakere.

⁵¹⁸ Herunder – i avsnitt (47) – ble det vist til at ordningen var omfattende og at det dreide seg om store årlige innbetalinger. Dette argumentet er kanskje ikke helt i tråd med forarbeidenes forutsetning om at sparedelen utgjorde en forholdsvis liten del av forsikringen.

Førstvoterende avsluttet med å vise til at dersom de standpunkter hun hadde inntatt ville innebære en uønsket rettstilstand, ville det i tilfelle være en lovgiveroppgave å foreta de nødvendige endringer (avsnitt 51).

Mindretallet viste som nevnt også til forarbeidene, og pekte for det første på forskjellen mellom VerdiKonto og de dagjeldende kombinerte kapitalforsikringer. Det ble videre pekt på at Forsikringsavtalelovutvalget ikke mente å åpne for fremtidige nye forsikringsordninger som skulle falle inn under de særlige fordelingsregler, men at henvisningene til nye ordninger gjaldt forsikringsordninger som på helt andre måter sikret konsekvenser ved død (avsnitt 58). Se pkt 44.3 om dette argument i forarbeidene.

Mindretallet viste videre til den språklige forståelse av ordet forsikringssum, til hvordan forsikringssum var definert i vilkårene for VerdiKonto⁵¹⁹ og til at selskapet i sin årsmelding til forsikringstaker skrev at sparesaldoen ville komme til utbetaling i tillegg til forsikringssummen.

Mindretallet foretok videre en vurdering av forholdet mellom den rene forsikringsordning og sparesaldoen, og kom til at spareordningen fremsto som ”et åpent sparetilbud” som var lite sammenlignbart med den forsikringsrettslige rett til å ta ut gjenkjøpsverdien. Videre pekte mindretallet på at Kredittilsynet ikke hadde vurdert forholdet til arvelovgivning, og at de vilkår tilsynet hadde satt vedrørende forbindelse mellom forsikringsordning og sparesaldo ikke var av forsikringsmessige eller forsikringstekniske grunner, men for at sparetilbudene skulle anses som en ”virksomhet som naturlig henger sammen med forsikringsvirksomhet”, jf forsikringsvirksomhetsloven 1988 § 7-1 første ledd.

Endelig viste mindretallet til forholdet til forsikringstakers *kreditorer*. En debitor kunne gjennom spareordningen flytte midler vekk fra kreditorenes beslagsrett, og fritt ta dem ut igjen dersom situasjonen bedret seg.

”Når gjeldsfølgning ikke lenger truer, kan forsikringstakeren ta pengene ut og bruke dem etter forgodtbefinnende. Kreditor vil få beskjeden ’Intet til utlegg’ den ene dagen, hvorefter debitor med familie kan reise jorden rundt den neste.” (Avsnitt 73.)

⁵¹⁹ ”Forsikringssum er det spesifiserte beløp som utbetales når forsikringstilfellet inntreffer, dvs. ved død eller ved varig ervervsuførhet.”

Jeg finner ikke grunn til å innta noe personlig standpunkt til ”riktigheten” av resultatet i denne konkrete saken, men peker på at også flertallets begrunnelse viser at resultatet i en annen sak kan bli det motsatte – avhengig av hvor langt man fjerner seg fra lovgivers begrunnelser og forutsetninger.

Dersom man skulle ha kommet til et annet resultat, kunne dette ikke være at hele avtalen med forsikringsselskapet falt utenfor fal kap 15. Synspunktet måtte i tilfelle vært at det ikke forelå én, men to avtaler – en forsikringsavtale og en bankavtale, hvorav utbetalingen etter den siste måtte gå inn i arvelaters alminnelige etterlatte formue.

Mitt generelle synspunkt er at ektefeller, samboere og andre fritt bør kunne bestemme over hvordan deres etterlatte midler skal fordeles – uhindret av pliktdelelsregler mv. Den eneste begrensning bør springe ut av hensynet til forsørgelse av gjenlevende ektefelle og mindreårige barn, på linje med revisjonsreglene i fal § 15-6 og den arverettslige forlodsrett i al § 36. Jeg har heller intet i mot at forsikringsselskapene tar opp kampen med bankene om å få disponere folks sparepenger, men også dette må reguleres av de generelle regler om henholdsvis bankvirksomhet og forsikringsvirksomhet. Det finnes mange grunner til å styrke rettighetene for private låntakere overfor finansieringsinstitusjoner, men det finnes ingen grunn til å la debitor etter eget forgodtbefinnende og uten konsekvenser gjemme vekk midler slik at kreditorene blir sittende med et tap.⁵²⁰

Jeg er skeptisk til den rettstilstand som beskrives i *Rt 2003 92* fordi den er uryddig. Dessuten vil den gi fordeler til de som får god juridisk veiledning, mens flertallet av etterlatte ektefeller og samboere vil rammes både av livsarvingenes pliktdelelskrav og krav fra avdødes kreditorer.

Mindretallet i nevnte dom ga uttrykk for noe lignende synspunkter i avsnitt (70):

”Mitt syn er ikke begrunnet i at jeg tror på noen stor fare for at folk så ofte søker å komme utenom arvelovens regler. Men jeg ser det slik at faren for omgælinger er større i vår tid enn tidligere. Mange familier oppløses, foreldre stifter nye forhold med nye barnekull. Kontakten til den første familien kan svekkes, og det kan være nærliggende å sikre den nye familien. Det er godt mulig at

⁵²⁰ Beslagsfriheten får imidlertid bare konsekvenser for arvingene dersom boet uten beslagsfriheten for livsforsikringen ville vært insuffisient.

en kunne diskutere om en person i større grad skulle kunne rå over formuens fordeling etter sin død. Men jeg er i mot at en omgåelse skal kunne skje bare med bakgrunn i et produkt lansert av et forsikringsselskap, der nettopp ordningen med begunstigelse er fremtredende. Selve sparingen kan jo forsikringstakeren ellers like gjerne foreta i en bank.”

Avslutningsvis skal jeg redegjøre for et eksempel fra Forsikringsnemnda som kanskje burde ha falt utenfor de særlige forsikringsrettslige fordelingsregler:

I *FSN 4648* avga Forsikringsnemnda uttalelse om holdbarheten i selskapets utbetaling av en såkalt etterlattegaranti knyttet til en livrenteforsikring. Forsikringsavtalen gikk i korte trekk ut på at forsikringstaker innbetalte en kontantsum på kr 550.000, som skulle sikre ham et årlig beløp fra mai 2004 løpende til mai 2013 eller til eventuell tidligere død. Om de etterlattes rett til innstående beløp ved forsikringstakers død, var følgende bestemt i vilkårene:

”Hvis forsikrede dør i avtaleperioden utbetales livrenteinnskuddet som en skattefri engangsutbetaling til etterlatte. Dersom det allerede er foretatt utbetalinger fra livrenten, vil dette bli trukket fra ved utbetaling til etterlatte.”

Forsikringsavtale ble undertegnet 3.5.2001, forsikringsbevis ble utstedt 4.5.2001 og sendt forsikringstaker 9.5.2001. Han døde tre dager senere, den 12.5.2001. Da avtalen ble inngått gjorde forsikringstaker det klart for selskapet at han var kreftsyk, og kun hadde kort tid igjen å leve. I de etterfølgende diskusjoner argumenterte selskapet med at forsikringen hadde som formål å sikre forsikringstaker. Forsikringskadenemnda så imidlertid annerledes på dette, idet den uttalte at ”forsikringen vanskelig kan ha hatt noe annet formål enn et ønske fra avdøde om å kanalisere etterlatte midler på annen måte enn det som følger av arverettens regler”. Nemnda kom, under henvisning til *Rt 2003 92*, likevel til at selskapets utbetaling var riktig.

”*Forsikringskadenemnda* bemerker: Selskapet har utbetalt beløpet til de begunstigede i henhold til FAL §15-2. Det ligger i dette at selskapet anser tilbakebetalingsbeløpet som forsikringssum i FALs forstand. Høyesterett har i dom 23.1.03 lagt til grunn at sparebeløp på konto i forsikringsselskap knyttet til en livsforsikring (risikoforsikring) følger reglene om forsikringsytelser i FAL §15-1, til tross for at sparebeløpet har stor likhet med sparebeløp i f.eks. bank, og at utbetaling i henhold til reglene i FAL kapittel 15 innebærer en annen løsning enn den som følger av alminnelige arverettslige regler om bl.a pliktdelsarv for livsarvinger. Et mindretall i Høyesterett (en dommer) mente at sparebeløpet ikke kunne regnes som forsikringssum i FALs forstand, og at sparebeløpet måtte behandles som andre midler en avdød etterlater seg. Førstvoterende, som tilhørte flertallet, uttalte at det måtte være opp til lovgiver å foreta eventuelle endringer i reglene, dersom man skulle mene at anvendelse av FALs regler fører til en uønsket rettstilstand. Nærværende sak skiller seg på flere måter fra den saken som ble behandlet av Høyesterett. Saksforholdet i nærværende sak viser at tegningen av forsikringen vanskelig kan ha hatt noe annet formål enn et ønske fra avdøde om å kanalisere etterlatte midler på annen måte enn det som følger av arverettens regler. Nemnda mener likevel, i lys av Høyesteretts dom og uttalelsen om at det må være opp til lovgiver å bestemme at noen ytelser fra forsikringsselskaper eventuelt skal falle utenfor reglene i FAL kapittel 15, at det ikke kan konkluderes med at selskapets utbetaling er uriktig.”

Et spørsmål som forsikringstakers livsarving tok opp, men som ikke ble drøftet – heller ikke i *Rt 2003 92* – var hvorvidt selve tegningen kunne vurderes som dødsdisposisjon.

45 Avtaler om fremtidige skifteoppgjør, forhåndsskifteavtaler

45.1 Innledning og oversikt

På skifteoppgjøret etter arvelaters død står arvingene fritt til å avtale fordelingen av de enkelte eiendeler, eventuelt bli enige om at de skal selges, se sl § 61 første ledd og annet ledd første punktum. Dette gjelder som utgangspunkt også under offentlig skifte, se sl § 19. Denne avtalefrihet gjelder bare selve fordelingen av eiendeler, og forutsetter at det skjer en verdimeslig utligning i forhold til den enkeltes arvelodd, se sl § 65. Blir det for store forskyvninger i den verdimeslige fordelingen, kan forholdet bli betraktet som avslag på falt arv.

I mange tilfeller kan arvingene ha behov for å avklare den gjenstandsmessige fordelingen også før arvefallet. Dersom arvelater involveres, eller endog tar initiativet, vil det meste kunne løses gjennom testamentariske bestemmelser som eventuelle livsarvinger gir sitt samtykke til. (Om forholdet mellom forhåndssamtykke til pliktdelskrenkende testament og reglene om avkall på eller avhendelse av ventet arv, se kapittel 53.) Utover rådighetsforbudet i al § 44 – og for arvelaters vedkommende testamentsreglene – er det lite i arveloven eller skifteloven som regulerer adgangen til å inngå forhåndssavtaler om skifteoppgjøret.

For inngåelse av en *skifteavtale* forutsettes det at avtalepartene er *fremtidige arvinger*. (Om forholdet hvor arvinggruppen endres under veis, se pkt 45.8.) Forhåndssavtaler med tredjemann kan ikke utformes som skifteavtaler, men må i tilfelle konstrueres som en avtale om fremtidige rettigheter og forplikter betinget av at arvingen mottar bestemte eiendeler eller verdier på det fremtidige skifteoppgjøret, se kapittel 46.

45.2 Rammes forhåndsskifteavtaler av al § 44 eller § 45?

I norsk juridisk teori er det alminnelig enighet om at forhåndsskifteavtaler kan inngås uhindret av avhendelsesforbudet i al § 44.⁵²¹ Begrunnelsen som anføres er gjennomgående at slike avtaler kan fylle et praktisk behov. De fleste forfattere

⁵²¹ Se *Arnholm*, Arveretten side 26-27, *Arnholm*, Privatrett V side 56-57, *Hambro*, Arveloven side 264-265, *Lødrup*, Arverett § 26 I 2, side 275, *Platou*, Arveret 1910 side 404 og *Unneberg*, Arveretten side 228.

fremholder videre at avtalen må være begrenset til fordelingen av gjenstander (naturalutlegg), uten at det gripes inn i den verdimessige fordeling – i motsatt fall kan det oppstå problemer både i forhold til al § 44 og § 45.

Spørsmålet om forhåndsskifteavtaler er ikke omtalt i arvelovens forarbeider, og jeg har heller ikke funnet rettspraksis hvor spørsmålet direkte har kommet på spissen.

Uttalelser i *Rt 1982 149* synes å forutsette adgang til forhåndsskifteavtaler, men spørsmålet var ikke nærmere drøftet: ”Det hadde tidligere innen familien vært snakket en del om hvorledes det skulle forholdes med boligeiendommen når faren gikk bort, men uten at jeg kan se at det var kommet frem til noen form for avtale.”

Spørsmålet ble delvis berørt i *LB 2001 2384*, men tilfellet er ikke ”rent”, idet avtalen ble oppfattet å dreie seg om ”likedeling av arven”. Gjenlevende ektefelle og to sønner hadde foretatt et skifteoppgjør i henhold til testament som i det vesentlige viste til lovens arvegangsregler, men som blant annet også omfattet en malerisamling. Denne ble imidlertid ikke ansett å være skiftet. Antakelig fordi den fysisk ble holdt samlet. Ved gave og testament overførte gjenlevende senere sin del til den ene av sønnene. Den andre sønnen hevdet at også denne delen var farsarv og at han var berettiget til halvparten i kraft av en avtale mellom ham og broren om likedeling.

Lagmannsretten fant for det første at moren hadde arvet full og endelig eiendomsrett over sin del, og at det dessuten forelå en avtale mellom henne og sønnene som var selvstendig grunnlag for hennes rett. Lagmannsretten fant ikke bevist at det forelå noen avtale mellom brødrene om likedeling, og tilføyde at en slik avtale ville delvis være i strid med al § 44. I denne forbindelse uttalte lagmannsretten følgende:

”En avtale mellom [brødrene] om fordeling av morsarven, som forutsetningsvis skulle binde dem begge, vil være en avtale om delvis avhending av arv etter [moren]. Arveloven §44 setter et generelt forbud mot slike avtaler.

Lagmannsretten antar imidlertid at forbudet i §44 bare har gjennomslagskraft så langt de formuesobjektene en slik avtale gjelder, faktisk går over som arv til den ene avtalepart. Dersom denne avtalepart erverver formuesobjektene på annen måte, vil ikke en allerede avtalt avhending eller annen disposisjon over dem være ugyldig. [Den yngste sønnen] ervervet Langveis-bildene som en gave fra moren 12 år før hun døde, og han overtok samtidig den fysiske rådigheten over dem ved at han flyttet inn på Langveis, mens moren flyttet ut. Dette var en livsdisposisjon fra [morens] side. Lagmannsretten antar at en eventuell avtalemessig forpliktelse mellom brødrene til å dele [morens] bilder likt, da ikke kommer i konflikt med arveloven §44 hva angår disse bildene.”

Se også *Rt 1982 630* og *RG 1963 498 Hålogaland* om adgangen til å inngå avtale med tredjemann om eiendeler arvingen forventer å arve, nærmere omtalt under kapittel 46.

I *dansk rett* har tidligere hovedoppfatningen vært at forhåndsskifteavtaler ikke er tillatt.⁵²² Etter den nye danske arvelov 2007 § 41 stk 1 annet punktum er imidlertid slike avtaler gyldige såfremt arvelater samtykker.⁵²³

⁵²² Se *Danielsen*, Arveloven 2005 side 298-299, som riktignok erkjenner at slike avtaler kan ha et fornuftig formål, men som viser til entydige uttalelser i danske forarbeider og rettslitteratur. Se også Betænkning om arvelovgivningen (nr 291/1961) side 88.

Etter både *svensk og finsk rett* er forhåndsskifteavtaler ikke tillatt.⁵²⁴

Det som ikke er tillatt etter al § 44 er enhver form for overdragelse av posisjonen som arving. Avhendelsesforbudet er reelt begrunnet i at arveretten er en personlig, ikke overdragbar rett. Arveloven hviler dessuten på den grunnregel at bare loven og arvelater gjennom testament kan utpeke arvinger, se kapittel 23. En forhåndsavtale om fordeling av eiendeler – eller annen gjennomføring av skifteoppgjøret – innebærer ikke at arvingen overdrar sin arv eller sin posisjon som arving til andre. Alle avtalepartene beholder sine posisjoner som arvinger, men enkelte av deres skifterettigheter er beskåret.

En avtale som eksempelvis går ut på at én av tre forventede arvinger skal overta arvelaters faste eiendom innebærer riktignok at de to andre *fraskriver* seg enkelte av de rettigheter som posisjonen som arving gir dem, men de *overdrar* ikke arve- eller skifterettigheter til den tredje.

Den rett arvingen ved skifteoppgjøret gjør gjeldende har han i kraft av sin egen posisjon som arving, sammenholdt med sl § 61 annet ledd første punktum: ”En loddeier kan få utlagt bestemte eiendeler i boet når ingen av de øvrige loddeiere motsetter seg det.” En forpliktelse til ikke å motsette seg at andre arvinger får overta eiendeler på dødsboskiftet har følgelig mer preg av frafall av rettigheter enn av overdragelse.⁵²⁵

Neste spørsmål er om forhåndsskifteavtaler rammes av reglene om avkall på ventet arv i al § 45. Konsekvensen av et positivt svar blir for det første at arvingene ikke på egen hånd kan inngå bindende avtaler, idet et avkallsløfte må være avgitt overfor

⁵²³ I *Betænkning 2006* side 183-184 sies følgende om dette: ”Som anført i afsnit 1.1. har det i den juridiske litteratur været drøftet, om forbuddet i arvelovens § 30 også omfatter aftaler mellem arvingerne vedrørende arvens kvalitative fordeling. Med udgangspunkt i de hidtidige overvejelser herom samt dommen i UfR 2000, s. 814 H har udvalget overvejet, om kvalitative aftaler mellem arvingerne i nogle tilfælde bør være gyldige. Dette kunne f.eks. være tilfældet, hvor arveladeren flytter til en mindre bolig, og hvor overskydende indbo fra den tidligere bolig ikke ønskes solgt, men fordelt mellem arvingerne. I så fald kan det overvejes, om en fordelingsaftale mellem arvingerne bør være gyldig, når arveladeren har opgivet sin rådighed over genstandene. Grænsedragningen vil imidlertid blive vanskelig. En sådan regel ville måske også i visse tilfælde kunne anspore arvingerne til at få anbragt arveladeren på plejehjem ’før tid’, for at de kunne foretage en fordeling. Da det endvidere følger af højesteretsdommen, at arveladeren - ud over at oprette en indbofordelingsfortegnelse, jf. forslaget om løvsrefordelingslister i lovudkastet § 71 - kan give en arving fuldmagt til at foretage fordelingen, finder udvalget ikke tilstrækkelig anledning til at foreslå en regel om, at kvalitative fordelingsaftaler mellem arvingerne skal anses for gyldige. For at afklare den tvivl, som arvelovens § 30 har givet anledning til, foreslås det, at det anføres i lovteksten, at en arving ikke uden arveladers samtykke kan indgå aftale med medarvinger om overtagelse af aktiver i boet.”

⁵²⁴ Svensk Ärvdabalk 17:1: ”Har någon i fråga om arv efter den som ännu lever träffat avtal med annan än denne, är det ogillt.” Finsk Ärvdabalk 17:1: ”Avtal om kvarlåtenskap efter den, som lever, är ogillt.”

⁵²⁵ Sammenlign odl § 25 hvorefter en odelsberettiget kan fraskrive seg sin odelsrett, men ikke overføre den til andre.

arvelater.⁵²⁶ Videre kan det oppstå problemer i forhold til reglene i al § 45 om når et avkall er bindende for avkallsgivers egne livsarvinger.

På samme måte som i forhold til reglene om avhendelse av ventet arv, er det i forhold til al § 45 avgjørende at en forhåndsskifteavtale ikke disponerer over partenes arverett eller deres posisjoner som arvinger. Jeg viser for øvrig til de fremstillingene av reglene om avhendelse av eller avkall på ventet arv i henholdsvis kapitlene 62 og 63

Konklusjonen blir etter dette at norsk rett gir adgang til å inngå forhåndsavtaler om fordelingen av eiendeler på et dødsboskifte, forutsatt at det ikke gripes inn i den verdimessige fordeling. Hva som avtales med hensyn til det økonomiske oppgjøret knyttet til overtakelsen får derfor betydning for selve avtalens gyldighet. Dette reiser en rekke ulike spørsmål som er nærmere drøftet i pkt 45.3.

Fordi det dreier seg om en forhåndsavtale, vil forholdene kunne ha endret seg i tiden mellom avtaleinngåelse og arvefall. Generelt vil alminnelige avtalerettslige regler om avtalerevisjon kunne anvendes. De særlige spørsmål som oppstår ved endringer i arvinggruppens sammensetning behandles i pkt 45.8.

En forhåndsskifteavtale dreier seg som oftest om å gi en av arvingene rett til å overta en gjenstand på det fremtidige skifteoppgjøret, men normalt ingen plikt. Skulle slik plikt være forutsatt i avtalen, er dette en plikt den forpliktete arving normalt uten særlige bekymringer kan misligholde. En plikt til å kjøpe eller overta en gjenstand kan normalt ikke kreves tvangsgjennomført. Avtalens gyldighet forutsetter normalt at overtakelsen ikke skal gripe inn i det verdimessige oppgjøret, herunder at overtakelse normalt skal skje til markedspris. Eventuell erstatning for den positive kontraktsinteresse kan derfor ikke bli særlig stor.

45.3 Nærmere om hva som gyldig kan avtales

Forhåndsskifteavtaler kan bare omfatte fordelingen av gjenstander. Under kapittel 26 har jeg redegjort for skillet mellom arverettigheter og skifterettigheter. Arvelovens begrensninger i retten til å disponere over ventet arv gjelder som hovedregel bare

⁵²⁶ Her kunne man imidlertid tenkt seg en ordning i tråd med de nye danske regler hvoretter en forhåndsskifteavtale forutsetter arvelaters samtykke.

arverettigheter, dvs posisjonen som arving og retten til en verdimessig andel av dødsboet.

Det må understrekes at en loddeier kun for egen del kan fraskrive seg skifterettigheter. Han kan ikke overføre sine rettigheter til andre. Dette er langt på vei samme prinsipp som for arverettigheter. Prinsippet gjenfinnes til sammenligning også i odl § 25, hvor det uttrykkelig står at en ”odelsrettshavar kan ikkje overføre retten sin til ein annan. Men han kan binde seg, anten andsynes einskilde eller i det heile, til ikkje å gjere den gjeldande”.

Retten til å overta eiendeler i henhold til en forhåndsskifteavtale er i realiteten en kjøperett, idet den forutsetter en avregning mot de verdier arvingen har krav på som arvelodd, se sl § 65 første ledd. Skiftelovens ordning går ellers ut på at eiendeler som overtas ved skiftetakst skal verdsettes til markedsverdien på skiftetidspunktet, se sl § 66 jf § 125.

En avtale om at en arving skal overta eiendelen til en høyere pris, innebærer at han frasier seg en del av sin rett til verdier i boet, som derved fordeles på medarvingene. En slik avtale vil i prinsippet måtte anses som avhendelse av eller avkall på arv. Overtakeren overdrar en del av sin arv til medarvingene. Er det avtalt en lavere pris, vil det tilsvarende være medarvingene som avstår verdier til fordel for overtakeren.

En avtale om arvingers rett til å overta eiendeler på et fremtidig dødsboskifte må derfor i utgangspunktet gå ut på at verdsettelse skjer i tråd med lovens regler. For det første er dette en gyldighetsbetingelse. For det annet må denne forutsetningen inntolkes i en avtale som ikke selv direkte sier noe om det verdimessige oppgjøret.⁵²⁷

Dersom forhåndsskifteavtalen inneholder bestemmelser om det økonomiske oppgjøret som medfører mer enn en ubetydelig verdimessig forskyvning mellom arvingene – eller må tolkes slik at dette var forutsetningen⁵²⁸ – må utgangspunktet

⁵²⁷ Se til sammenligning *Rt 1982 149* (side 154) om et tilsvarende spørsmål ved samtykke til uskifte: ”I utgangspunktet må innholdet av en slik uskifteordning bero på en tolking av arvingenes samtykke eller den inngåtte avtale. Når det, som i det foreliggende tilfelle, ikke fremgår annet enn at uskiftet skal fortsette, vil en rimelig tolking av avtale eller erklæring være at arvelovens regler om uskifte fortsatt skal følges så langt de passer.”

⁵²⁸ Det fremkommer eksempelvis at partene med uttrykket ”overta til skiftetakst” har forutsatt at skiftetakster settes til en betydelig lavere verdi enn markedsverdien.

være at denne del av avtalen faller bort, mens bestemmelsene om rett til eiendeler blir stående. I tråd med alminnelig avtalerett må utgangspunktet være at man skjærer bort den ugyldige delen av avtalen.⁵²⁹

Se som et godt og illustrerende eksempel *Rt 1960 26* hvor Høyesterett unngikk spørsmålet om arvefordelingsavtalen gyldighet ved å inntolke et annet innhold enn hva avtalen etter sitt innhold gikk ut på. Dommen er nærmere behandlet i pkt 61.1.

Dersom lagmannsretten i *LB 2001 2384*, referert ovenfor, hadde funnet at avtale om likedeling av malerisamlingen var inngått mellom brødrene, måtte man etter min mening ha foretatt en nærmere tolking av dens innhold, før man slik lagmannsretten – nærmest obiter dictum gjorde – konstaterte at den var ugyldig. Den påståtte avtalen gikk ut på at morens del av malerisamlingen skulle likedeles mellom brødrene. Dersom moren ikke hadde opprettet testament ville likedeling av verdiene fulgt av loven, og realiteten i avtalen ville vært den gjenstandsmessige fordeling – med andre ord en forhåndsskifteavtale. Dersom moren ved testament hadde forrykket den verdimeslige deling mellom brødrene, ville avtalen som forhåndsskifteavtale fortsatt være lovlig, så fremt den andre sønnen aksepterte at verdiene etter moren ble delt i tråd med hennes testament. Om betydningen av gjenlevendes disposisjoner over eiendelene ved livsdisposisjoner og testament, se pkt 45.10.

Unntak kan tenkes hvor den avtalte overtakessummen var en så vidt vesentlig del av avtalen at forutsetningene for den faller bort dersom en annen sum må legges til grunn – eventuelt at avtalen med det reviderte innhold må anses urimelig.⁵³⁰

Den mest praktiske situasjon er antakelig at den av arvingene som gjennom avtalen har rett til en bestemt eiendel, har fått medarvingene med på avtalen ved å tilby en høyere pris enn markedsverdien. Er det på det rene at de ellers ikke ville ha inngått noen slik avtale, vil det virke urimelig å la vedkommende få eiendelen til skiftetakst.

Er det avtalt overtakelse til en lavere pris, må den berettigede normalt kunne reparere den arverettslige ugyldighet ved å tilby markedsverdi.

I praksis vil det lett kunne oppstå spørsmål om hvor store avvik som må til før forhåndsavtalen regnes som avhendelse av ventet arv. Som en generell retningslinje må den overordnede vurdering være om arvingene med avtalen har ment å avtale arvens fordeling, eller om avvik i verdimeslig fordeling skyldes andre forhold.

For det første må det avgrenses mot de tilfeller hvor det er andre forhold enn selve gjenstandsfordelingen som fører til avviket fra de arverettslige verdidelingsregler. Det kan lett tenkes at avtalen også omfatter forhold som ikke er av

⁵²⁹ Se *Hov*, Kontraktsrett I side 187.

⁵³⁰ Resultatet blir uansett det samme. Må avtalen anses urimelig dersom lovens verdifastsettelse følges, må resultatet bli at hele avtalen faller bort. Adgangen etter avtl § 36 til å justere avtalen vil i dette tilfellet være stengt, idet denne løsning vil være i strid med arve- og/eller skifterettslige regler.

arverettslig art, eksempelvis om motregningsrett for eller imot en arving vedrørende krav mot eller på arvelater.

Fordi verdifastsettelse mv under et skifteoppgjør inneholder flere variabler, bør utgangspunktet være at en del variasjoner aksepteres.

For de vesentligste aktiva – fast eiendom – vil den fastsatte verdi ofte avhenge av hvilket tidspunkt verdsettelsen knyttes til. Under et privat skifteoppgjør må det eksempelvis aksepteres at arvingene blir enige om å legge en tidligere avholdt takst til grunn, selv om det er sannsynlig at en ny takst vil bli satt høyere.⁵³¹

Likeledes inneholder reglene om skiftetakst adgang til å bli enige om verdien, se sl § 125 første ledd som bestemmer at ”verdsettelsen [skjer] ved skiftetakst hvis ikke noe annet er avtalt”, og videre at taksten ”skal svare til eiendelenes omsetningsverdi når ikke annet er særskilt bestemt”. Jeg går ikke inn på en nærmere tolking av denne regel, men konkluderer i forhold til forhåndsskifteavtaler med at forhåndsavtaler om verdifastsettelsen som har gode grunner for seg, først gjør avtalen ugyldig dersom de enten har som sitt reelle formål å fordele arv, eller at forskyvningene er så store at de i realiteten må anses å omhandle fordeling av arv.

Tilsvarende vurderinger må til sammenligning gjøres i forhold til reglene om avslag på falt arv ved inngåelse av ordinære skifteavtaler. Under offentlig skifte kan det videre pekes på ordningen med intern auksjon mellom arvingene, jf sl § 61 femte ledd annet punktum, hvoretter den pris som betales ved overtakelse kan variere sterkt fra markedsverdien. I slike tilfeller kan det imidlertid formelt argumenteres med at verdsettelsen da har skjedd i tråd med lovens ordning.

Videre må det etter min mening avgrenses mellom de tilfeller hvor selve avtalen går ut på et økonomisk oppgjør som fraviker arvefordelingsreglene, og der hvor den berettigede arving har betalt medarvingene et vederlag for å gi ham denne retten.

Retten til å overta en eiendel på skiftet innebærer som oftest en faktisk fordel, selv om det forutsettes at overtakelse skjer til markedsverdi. Én ting er eventuell følelsesmessig tilknytning, eksempelvis ved å overta barndomshjem eller barndommens ferieparadis. Fordelen av å overta en fast eiendom man kjenner, nærmer seg en økonomisk verdi. Det bør derfor aksepteres at den som har en sterk interesse i å

⁵³¹ I rettspraksis er det til sammenligning lagt til grunn at praktiske hensyn kan tilsi at lovens verdsettelsestidspunkt fravikes, se eksempelvis *Rt 1982 906* og *Rt 1974 439*.

overta betaler en viss overpris for å sikre seg eiendelen.⁵³² Mener den berettigede arving at eiendommen er verdt denne pris for ham, skal det en del til før man kan si at det foreligger avhendelse av ventet arv – eller avslag på falt arv dersom skifteavtalen inngås etter arvefallet.⁵³³ Teknisk sett kan det jo også hevdes at markedsverdien er det maksimale en kjøper – herunder en arving – er villig til å betale for gjenstanden.

På samme måte som ved vurderingen av om det foreligger en livs- eller dødsdisposisjon, eller en omstøtelig gavedisposisjon fra uskifteboet, må arvingens motiv for avtalen tas med i vurderingen. Med motivet siktes ikke til gavehensikt eller lignende, men til et ønske om å bruke sin forventede arv som en motytelse for naturalutleggsretten. Forbudet mot å avhende ventet arv gjelder like fullt selv om avhendelsen skjer mot vederlag eller som ledd i en gjensidig forpliktende avtale. Hvis realiteten er at arvingen betaler for sin rett til eiendelen ved å gi fra seg en del av arven han venter, foreligger det følgelig avhendelse av ventet arv.

Det må derfor antakelig aksepteres at arvingen betaler et vederlag ved avtaleinngåelsen. I et slikt tilfelle bruker han ikke den ventede arven for å få naturalutleggsretten, men han betaler med egne midler for å få en rettighet som i seg selv lovlig kan stiftes ved forhåndsskifteavtale. Ved selve skifteoppgjøret skjer i et slikt tilfelle den verdimeslige arvefordelingen i tråd med lovens regler.

Et lignende, men mer komplisert spørsmål, er om det kan tas hensyn til andre elementer i avtalen ved vurderingen av om den berettigede overtar eiendelen til markedsverdi. Et praktisk eksempel kan være at den ene sønnen overtar foreldrenes fritidseiendom til underpris, men slik at de to sønner avtaler at den annen etter foreldrenes død skal få overta huset deres til tilsvarende betingelser. Selv om dette strengt tatt innebærer at den første bruker det fremtidige arveoppgjøret som en salderingspost, er det alt i alt balanse i forholdet. Avgjørende bør dessuten være at det samme kan oppnås på andre, lovlige måter. Dette kan gjøres enten ved at den annen skal overta huset til markedsverdi, men slik at den første gir avkall på en tilsvarende andel av sin arv⁵³⁴ eller at foreldrene påbyr avkorting for gavedelen.⁵³⁵ I begge tilfeller vil den annen sønn på skifteoppgjøret få en kompensasjon for at den første fikk overta fritidseiendommen rimelig. Fellesnevneren i de to nevnte fremgangsmåter er at prisreduksjonen på fritidseiendommen anses som forskudd på arv.

Avtale om at en arving skal få overta en bestemt eiendel ved et fremtidig skifteoppgjør, innebærer i realiteten at de øvrige arvinger både fraskriver seg retten til selv å kreve eiendelen utlagt og til å protestere mot den annens naturalutleggskrav, jf sl § 61 annet ledd første punktum – samt at de også fraskriver seg retten til å kreve

⁵³² Sammenlign uttalelser hos *Arnholm*, Arveretten side 95 om at gjenstandslegateren bør kunne betale en slags "straffeporto" for at livsarvingene skal godkjenne et pliktdelskrenkende legat.

⁵³³ Tilsvarende vurderinger foretas ofte ved spørsmål om høy betaling for pleietjenester mv er å anse som en gavedisposisjon. Se eksempelvis *LH 1997 588* hvor lagmannsretten om det som formelt var en ren gavedisposisjon, men indirekte sikret hans alderdom, blant annet uttalte: "Det var dette som gjorde tilværelsen meningsfull for han, og for han var det verdt å bruke eiendommen som middel til å oppnå dette."

⁵³⁴ Avkallet, som må være avgitt overfor arvelater, vil være bindende også for hans livsarvinger, idet prisreduksjonen må anses som rimelig vederlag, jf al § 45 første ledd annet punktum.

⁵³⁵ Dette forutsetter at prisreduksjonen i seg selv utgjør et vesentlig beløp, jf al § 38 første ledd.

eiendelen solgt, jf sl § 61 første ledd første punktum. Så lenge realiteten er at den berettigede arving skal få overta eiendommen på skifteoppgjøret, må denne konstruksjonen inntolkes i avtalen selv om den bruker andre formuleringer – eksempelvis ha rett til å overta osv. Som utgangspunkt må dette også gjelde en avtale som gir en arving rett til å kjøpe eiendelen fra dødsboet. Avregningsreglene i sl § 65 første ledd innebærer som nevnt at naturalutleggsretten i realiteten er en form for kjøperett.

En forskjell mellom kjøp og naturalutlegg er adgangen til å gjøre opp gjennom skifteutlegg, se sl § 65 annet ledd. Denne forskjell kan imidlertid ikke være avgjørende for forhåndsavtalens gyldighet. I tilfelle får man heller tolke denne rettighet ut av avtalen.

45.4 Forhåndsavtaler om forkjøpsrett

Et annet spørsmål er om arvingene ved forhåndsskifteavtale kan fastsette at en av dem skal ha forkjøpsrett dersom bestemte eiendeler blir solgt under skifteoppgjøret. Under skifteoppgjøret kan de gjøre forkjøpsretten til en del av salgsbetingelsene, normalt også under offentlig skifte, jf sl § 19. Før arvefallet har imidlertid arvingene ingen formell kompetanse til å stifte rettigheter i arvelaters eiendeler.

Ved forhåndsavtale kan arvingene frafalle sine skifterettigheter, men de kan selvfølgelig ikke ved avtale etablere skifterettigheter som ikke fremgår av loven, eller på andre måter stifte rett i eiendeler de ennå ikke har arvet. Noen generell forkjøpsrett ved salg under dødsboskifte har arvingene etter loven ikke.

Ved felleseieskifte har derimot hver av ektefellene forkjøpsrett ved salg, se el § 71 femte ledd. Det følger motsetningsvis av henvisningen til ekteskapsloven i sl § 61 femte ledd første punktum at arvinger ikke har en tilsvarende generell forkjøpsrett ved salg.⁵³⁶ Ved sammensatt skifte har imidlertid arvelaters gjenlevende ektefelle forkjøpsrett ved salg av felleseiemidler, se sl § 63 femte ledd.

Dersom forkjøpsretten bare skal gjelde ved salg under dødsboskiftet, kan heller ikke arvelater gi dem fullmakt til å stifte forkjøpsrett eller selv være part i avtalen. En forkjøpsrett som utløses av dødsfallet og som bare kan gjøres gjeldende ved skifteoppgjøret, er en dødsdisposisjon som i tilfelle må gjøres i testament.

For utarvinger er det selvfølgelig intet i veien for at arvelater, eventuelt etter oppfordring fra arvingene, gir den utpekte arving forkjøpsrett i testament. Dreier det

⁵³⁶ Begrunnelsen er at ektefeller normalt vil ha en viss tilknytning til eiendelene en eller begge av dem eide under ekteskapet, mens arvingene normalt ikke har samme tilknytning til arvelaters eiendeler.

seg om livsarvinger forutsettes enighet dersom verdien av selve eiendelen ligger utenfor det arvelater kan disponere over ved testament, se al § 29 annet ledd jf § 30.⁵³⁷

Spørsmålet er likevel om arvingene kan forhåndsforplikte seg til at de aktuelle eiendeler ikke skal selges på skifteoppgjøret uten at det inntas bestemmelse om forkjøpsrett. En slik avtale må kunne ses som en delvis fraskrivelse av den enkelte arvings rett til å kreve eiendelene solgt, jf sl § 61 første ledd første punktum.

45.5 Andre forhåndsavtaler om skiftets gjennomføring

Arvingene må også kunne inngå forhåndsavtaler om den nærmere gjennomføring av skifteoppgjøret, herunder om det skal skiftes privat eller offentlig, om skifteoppgjøret skal overlates til en advokat som privat bostyrer osv. Slike avtalers innhold begrenses selvfølgelig av tvingende lovregler.

Arvingene kan eksempelvis ikke avtale at offentlig skifte i tilfelle skal foretas ved tingretten der arvingene bor, i stedet for der hvor arvelater bodde, se sl § 8 sjette ledd jf også tvl § 4-5 (6). Et privat skifte kan derimot foretas hvor arvingene måtte ønske, og de vil også ha en viss frihet til å avtale ved hvilken domstol tvister om skifteoppgjøret skal behandles så lenge offentlig skifte ikke er åpnet, se tvl § 4-6.

Arvingene må før arvefallet kunne inngå avtale hvoretter de fraskriver seg retten til å begjære offentlig skifte,⁵³⁸ uten at de derved fraskriver seg retten til å kreve det private skifteoppgjøret gjennomført. Det må skilles mellom den materielle rett til å kreve avdødes formue skiftet, jf sl § 60, og den formelle rett til å få skiftet gjennomført i form av et offentlig dødsboskifte, jf sl § 84. Retten til å kreve offentlig skifte er en formell skifterettighet, som i likhet med de materielle skifterettigheter (som naturalutleggsrett) gyldig kan fraskrives i forhåndsavtale uten at de arverettslige regler i al § 44 og/eller § 45 kommer til anvendelse.

En inngått privat skifteavtale om hvordan skifteoppgjøret skal gjennomføres stenger for begjæring om offentlig skifte, selv om fordelingen ikke er gjennomført. En endelig avtale om fordelingen regnes i forhold til sl § 84 første ledd som avsluttet privat skifte. En forhåndsavtale om at det ikke skal skiftes offentlig, innebærer imidlertid ikke i seg selv at fordelingen allerede er avtalt.

⁵³⁷ I praksis må dette antakelig kunne ordnes ved at arvelater i testaments former gir forhåndsavtalen en påtegning om at han tiltrer den som sin viljesbeslutning.

⁵³⁸ I Rt 2004 41 behandlet Høyesterett spørsmålet om en ektefelle gjennom passivitet hadde tapt retten til å kreve offentlig felleseieskifte. Avgjørende for Høyesteretts benektende svar var at mannen ikke hadde gitt sin tidligere ektefelle en berettiget forventning om at skifteoppgjøret var gjennomført.

Likeledes er heller ikke en forhåndsskifteavtale som omfatter samtlige eiendeler i dødsboet til hinder for begjæring om offentlig skifte. En forhåndsskifteavtale regulerer forutsetningsvis bare den gjenstandsmessige fordeling, mens den skifteavtale som stenger for begjæring om offentlig skifte etter al § 84 første ledd også må omfatte den verdimessige delingen.

En forhåndsavtale om at boet skal skiftes privat må normalt forstås slik at den forutsetter at det private skiftet går rimelig knirkefritt for seg. Dersom en av arvingene saboterer gjennomføringen av skifteoppgjøret, eller det oppstår skiftetvister som mest hensiktsmessig behandles som ledd i et offentlig skifte, skal det neppe mye til før avtalen settes til side som urimelig eller som følge av bristende forutsetninger.⁵³⁹

Teoretisk må arvingene på forhånd også kunne avtale at det skal skiftes offentlig, men en slik avtale har liten realitet, idet enhver arving nærmest ubetinget kan kreve offentlig skifte – såfremt privat skifte ikke allerede er gjennomført, eller det har gått mer enn tre år etter siden dødsfallet, se sl § 84 første ledd og § 85. En avtale om offentlig skifte binder selvfølgelig ikke tingretten.

45.6 Særlig om gjenlevende ektefelles skifterettigheter

For gjenlevende ektefelles alminnelige skifterettigheter etter al § 61 gjelder de samme regler som for de øvrige livsarvinger. Som for de alminnelige skifterettigheter er det likeledes på det rene at ektefellen ikke ved forhåndsavtale kan overføre sine rettigheter etter sl § 63 til andre. Spørsmålet om ektefellen på forhånd fullstendig kan fraskrive seg disse er imidlertid mer komplisert. Kompleksiteten skyldes at flere regelsett kommer til anvendelse, og at sl § 63 omhandler ulike rettigheter og ulike situasjoner.

Formålet med en forhåndsskifteavtale er at de fremtidige loddeiere ønsker en forhåndsavklaring av gjenstandsoppjøret. Sammenholdt med at skifterettigheter ikke kan overdras til andre, er den formelle realitet i avtalen at den loddeier som skal overta eiendelen sikres dette ved at de andre ikke påberoper seg sine rettigheter, enten til selv å overta, til å motsette seg at andre overtar eller til å kreve salg.

Fraskrivelse av skifterettighetene i sl § 63 kan omfatte to ulike situasjoner. For det første de regulære forhåndsskifteavtaler, hvor ektefellen ikke gjør annet enn å

fraskrive seg sine egne skifterettigheter. For det andre omfattes samtykke til førstavdødes testamentariske disposisjoner over eiendeler som omfattes av sl § 63. Jeg har ikke funnet andre tenkelige situasjoner hvor en ektefelles forhåndsfraskrivelse av skifterettigheter kan være aktuelt.

I arverettslig teori har *Lødrup* gjort gjeldende at gjenlevende kan fraskrive seg skifterettigheter – dvs retten til å overta avdødes eiendeler – ved enten å unnlate å gjøre retten gjeldende på skifte eller ved å samtykke overfor arvelateren i hans testamentariske disposisjoner:

”Skal arvelaterens vilje slå gjennom overfor lengstlevendes rettigheter etter sl. § 63, må ektefellen enten unnlate å gjøre sine rettigheter gjeldende på skiftet, eller overfor arvelateren ha samtykket i disposisjonen. Et slikt samtykke kan dog ikke være generelt. Skal det godtas, må det referere seg til de enkelte eiendeler. Skulle det vise seg at forholdene har endret seg, vil man nok være forholdsvis rask til å komme lengstlevende til hjelp ved ugyldighetsregler, smln. avtl. § 36, jf RG 1963 s. 658 (Agder).”⁵⁴⁰

For den eldre rettstilstand anførte *Arnholm* noe tilsvarende:

”I hvilken grad kan man tillate et forhåndssamtykke som innskrenker gjenlevendes rett etter S § 63? Et generelt forhåndssamtykke kan ikke være bindende; det ville bryte med hele systemet i loven. Derimot må man kunne gi bindende forhåndssamtykke når det gjelder bestemte ting – kanskje med den reservasjon at det ikke måtte omfatte så meget at det bare ble en liten rest tilbake til ektefellen. Det kan åpenbart ikke være noe støtende i at hustruen lover sin mann at hun ved hans død ikke vil bruke sin rett til å kreve familieklendodier som han ønsker at barna skal få overta; det kan jo også være tilfelle hvor det ville smake betenkelig av maktmisbruk om hun i en slik situasjon ville gjøre bruk av sin rett etter S § 63.

Det forhåndssamtykke det her er tale om, ville kanskje helst få den form at den ene ektefelle gir en påtegning på den annens testament.”⁵⁴¹

I tillegg til de generelle arve- og skifterettslige spørsmål som knytter seg til forhåndsfraskrivelse av skifterettigheter, oppstår det særlige spørsmål om sl § 63 er en del av ektefellenes formuesordning, eller i alle fall er omfattet av generelle ekteskapsrettslige regler om ektefellers adgang til å forhåndsavtale den

⁵³⁹ Dersom en av arvingene begjærer offentlig skifte, må tingretten prejudisielt ta stilling til om han er bundet av avtalen. Idet også gjennomføringen av den offentlige skiftebehandlingen forutsetter at avtalen ikke er bindende, bør judisiell avgjørelse om dette treffes så snart som mulig. Etter avtale med partene kan det ikke være noe i veien for at tingretten tar judisiell stilling til spørsmålet om skifteavtalens gyldighet samtidig med avgjørelsen av om offentlig skifte skal åpnes.

⁵⁴⁰ *Lødrup*, Arverett § 31 IV 2, side 354

⁵⁴¹ *Arnholm*, Privatrett V side 338-339. På dette tidspunkt lød sl § 63 slik: ”Gjenlevende ektefelle har, for såvidt det kan skje uten hinder av nogens odelsrett, på skifte med avdødes arvinger rett til å få utlagt på sin lodd efter takst så mange av fellesboets eiendeler som han ønsker mot at arvingene blir fyldestgjort med penger, eller for såvidt de er umyndige får sådan sikkerhet som nevnt i § 65 eller annen betryggende sikkerhet.”

gjenstandsmessige fordelingen ved et fremtidig skifteoppgjør. I forhold til reglene ved skilsmisseoppgjør tilsvarer sl § 63 første ledd el § 66, mens annet ledd tilsvarer el § 67 og § 74. Gjenlevendes forkjøpsrett i sl § 63 femte ledd gjenfinnes noe tilsvarende i el § 71 femte ledd.

Bestemmelsen i sl § 63 tredje ledd om at uttaksretten også gjelder odelseiendom, reiser en rekke odelsrettslige spørsmål som det vil føre for langt å komme inn på. Blant annet av denne grunn bør den særlige beskyttelsesregel i sl § 63 tredje ledd ses som en odelsrettighet, slik at forhåndsfraskrivelse reguleres av odl § 25 og ikke berøres av arverettslige, skifterettslige eller ekteskapsrettslige regler.

For boligeiendom som omfattes av sl § 63 annet ledd kan det i dag vanskelig tenkes eiendommer som samtidig oppfyller odelslovens krav til odlingsjord, se odl §§ 1-2 jf § 23, og skiftelovens krav om at ”eiendommens hovedsakelige formål har vært å tjene som ektefellenes felles bolig”. Derimot kan det tenkes at gjenlevende under ekteskapet har stått som eier til en eiendom som bare førstavede hadde odelsrett til, enten av kreditorfrykt eller som følge av gamle kjønnsrollemønster hvor odelseiendommen overføres til svigersønnen. Førstavedes odelsrett preskriberes ikke under ekteskapet, se odl § 47. Det samme gjelder førstavedes odelsberettigedes arvinger dersom gjenlevende får eiendommen utlagt på skifte, overtar den uskiftet eller etter de særlige regler i odl § 34-36, se odl § 48.⁵⁴²

Tilknytningen til ekteskapsrettslige regler om formuesordningen vises blant annet ved at det etter sl § 63 annet ledd gjelder ulike regler avhengig av formuesordning. Retten til å beholde egne eiendeler i sl § 63 første ledd må forstås slik at den, i likhet med el § 66, bare gjelder felleseiendeler.

For sl § 63 første ledd kompliseres spørsmålet ytterligere ved at det dreier seg om eiendeler som gjenlevende selv eier. Den gammelmodige formulering ”har brakt inn i boet” må i tråd med el § 66 forstås som eiendeler eller rettigheter gjenlevende eier. En fraskrivelse av ”skifterettigheten” i sl § 63 innebærer derfor en oppgivelse av eiendomsretten. Så lenge det er den annens ektefelle som utløser medkontrahentens rett, dreier det seg ikke om gjenlevendes dødsdisposisjon, men denne problemstilling kan oppstå dersom førstavede står sentralt i avtalen, jf nedenfor.

Jeg behandler først spørsmålet om forholdet til de ekteskapsrettslige regler om forhåndsskifteavtaler mellom ektefeller om retten til eiendeler.

⁵⁴² Bestemmelsen er foreslått endret, se *NOU 2003: 26* Om odels- og åsetesretten side 130-131 og Ot prp nr 44 (2008-2009) side 139..

Innledningsvis vil jeg understreke at jeg ikke ser grunn til å skille mellom en ektefelles skifterettigheter ved henholdsvis død eller skilsmisse. Det forhold at de førstnevnte fortsatt er plassert i skifteloven, mens de andre fremgår av el kap 13, skyldes lovtekniske overveininger og ikke vurderinger av reglenes art som tilhørende formuesordningen.⁵⁴³ I forhold til de ekteskapsrettslige regler har det således ingen betydning om avtalen gjelder rett til overtakelse ved død eller ved skilsmisse, men for avtaler om overtakelse ved død vil også arverettslige regler virke inn.

I *Rt 2006 168* kom Høyesterett til at en forhåndsavtale mellom ektefeller om rett til å overta faste eiendommer var ugyldig etter sitt innhold fordi det var en avtale om formuesordningen som ikke var hjemlet i ekteskapsloven.⁵⁴⁴ Avtalen omfattet både død og skilsmisse, men saken kom opp i forbindelse med skilsmisseoppgjør. Eksemplet er ikke rent, idet avtalen også inneholdt bestemmelser om pris, og berørte derved også den verdimessige deling mellom ektefellene. Dette forhold synes imidlertid ikke avgjørende for Høyesterett, som definerte sentrale sider av ektefellers formuesordning som ”regler om utlodning og økonomisk oppgjør” (avsnitt 37). Etter min mening må det trekkes et skille mellom verdideling og gjenstandsoppgjør, se nedenfor og pkt 43.1.2.

I juridisk teori har ulike standpunkter vært hevdet.

Lødrup og Sverdrup fremholder at avtaler om naturalutlegg ikke er avtaler om formuesordningen, men viser likevel til at det er antatt at slike forhåndsavtaler er ugyldige fordi ”[r]eglene om naturalutlegg er ... preseptoriske helt frem til delingen skal finne sted”.⁵⁴⁵

På den annen side hevder *Holmøy og Lødrup* at det ved gjensidig bebyrdende avtaler må kunne knyttes som vilkår at partene ikke senere blir separert eller skilt, herunder også en avtale om gjenkjøpsrett hvis ektefellene går fra hverandre. Begrunnelsen er følgende: ”Dette er ikke en avtale om formuesordningen, og faller dermed utenfor rammen av reglene i kapittel 9. Det er heller ikke naturlig å la en slik bestemmelse rammes av eventuelle ugyldighetsregler om forhåndsavtaler om hvem som skal ha bestemte ting ved ekteskapets opphør ... Slike klausuler ligger på et annet plan, og de hensyn som måtte tale for en restriktiv linje for slike forhåndsavtaler, gjør seg ikke i samme grad gjeldende her.”⁵⁴⁶

Personlig mener jeg at materielle skifteregler om den rent gjenstandsmessige fordeling ikke er en del av reglene om ektefellers formuesordning, i alle fall ikke den del av

⁵⁴³ Tilsvarende lovtekniske vurderinger er gjort av Skiftelovutvalget i *NOU 2007: 16* Ny skiftelovgivning i forbindelse med utvalget forslag om å flytte gjenlevendes materielle skifterettigheter til arveloven.

⁵⁴⁴ Forholdet til formkravene ble ikke drøftet av Høyesterett.

⁵⁴⁵ *Lødrup og Sverdrup*, Familieretten § 13 IX side 184.

formuesordningen som er uttømmende regulert i el kap 9 og som må opprettes i ektepakts former. Utenfor alle regler om formuesordning faller uansett avtaler som klart har preg av formuerettslige avtaler, jf det siterte fra *Holmøy og Lødrup*.

Jeg er i enig med standpunktet til *Lødrup og Sverdrup* om at naturalutleggsreglene faller utenfor formuesordningen og er preseptoriske, men oppfatter preseptivitetsvirkningene noe annerledes.

I motsetning til Høyesterett i *Rt 2006 168* mener jeg ekteskapslovens forarbeider gir grunnlag for det syn *Lødrup og Sverdrup* gir uttrykk for.

Ekteskapslovutvalget uttalte følgende:

”En avtale om at en ektefelle skal ha rett til å beholde en bestemt eiendel ved ekteskapets opphør uten at eiendelen er ektefellens særeie, kan ikke anses som en avtale om formuesordningen. En slik avtale om naturalutlegg har ikke hjemmel i loven og vil derfor være ugyldig. Avtale om naturalutlegg kan bare inngås i forbindelse med et konkret delingsoppgjør. En slik avtale kan likevel ha betydning ved den skjønnsmessige vurdering etter kapittel 13.

Avtaler om gaver mellom ektefeller faller også i utgangspunktet utenfor området for kapittel 9. Dersom gaven f.eks er betinget av at det skal skje, eventuelt at det ikke skjer, noe oppgjør mellom ektefellene som følge av separasjon, eller skilsmisse, vil gyldigheten av gavedisposisjonen imidlertid være avhengig av at den ikke er i strid med reglene om formuesordningen. Det vil f.eks. som nevnt i forrige avsnitt ikke være adgang til å gi midler til den annen ektefelle og bestemme at det skal være mottagerens særeie, men på den betingelse at midlene skal deles i tilfelle skilsmisse (særeie under ekteskapet, felleseie ved skilsmisse). På den annen side bør forbehold som en giver i alminnelighet kan ta, også være gyldig hvor gaven ytes til ektefellen.”⁵⁴⁷

Tilsynelatende ga *departementet* sin tilslutning til dette:

”Andre familierettslige avtaler av økonomisk art følger i gjeldende rett det samme systemet som avtaler om formuesordningen: Avtalene må for å være gyldige ha særskilt hjemmel i loven. Utvalget foreslår ikke noen endringer på dette punktet, og departementet slutter seg til denne løsningen.

Utvalget har ikke foretatt noen samlet drøftelse av i hvilken grad det bør være hjemmel til å inngå avtaler om annet enn formuesordningen. Slike spørsmål er behandlet i tilknytning til de enkelte typer disposisjoner, se f.eks de spesielle motiver til utvalgets § 7-6 om avtaler om å fravike lovens regler om rådighetsbegrensninger (§ 37 i utkastet) og § 16-5 om fastsettelse av bidrag (§ 84 i utkastet). Departementet har fulgt den samme systematikken.”⁵⁴⁸

⁵⁴⁶ *Holmøy og Lødrup*, Ekteskapsloven 2001 side 245.

⁵⁴⁷ NOU 1987 :30 side 98-I.

⁵⁴⁸ Prp28 side 80-II.

Det må erkjennes at begrepet ektefellers formuesordning opprinnelig omfattet både den verdimessige og gjenstandsmessige delingen, selv om de ektepakter om formuesordning loven åpnet for bare har omfattet den verdimessige delingen. Etter hvert som tiden har gått, og ektefellene både under ekteskapet og ved skifteoppgjøret anses som eiere av sine respektive eiendeler (el § 31 og § 66), og ikke som henholdsvis rådighetshavere og naturalutleggsrettsberettigede, bør begrepet formuesordning begrenses til reglene om verdideling. Derved oppnås det konsekvens og harmoni både mellom og innen de ulike regelsett. Ved dødsboskifte skilles det mellom arverettigheter og skifterettigheter, som følger ulike regelsett, se blant annet kapittel 26. Ved skifte mellom ektefeller burde det på samme måte skilles mellom avtaler om den verdimessige deling – dvs formuesordningen, og avtaler om materielle (gjenstandsmessige) skifterettigheter. Begrepet formuesordning er etter min mening begrenset til reglene i el kap 12 jf kap 9. Forhåndsavtaler om gjenstandsoppgjøret faller utenfor reglene om hva som i ektepakt kan bestemmes om formuesordningen. I likhet med de øvrige regler om ektefellers formuesforhold, er imidlertid adgangen til å avtale bort lovens regler begrenset.

Dette er til sammenligning systemet etter husfskl § 4, som bestemmer at det skal ses hen til samboernes avtaler ved vurdering av om en av dem kan kreve overtatt felles bolig ved samlivsbrudd eller død. Indirekte sier bestemmelsen at samboerne ikke kan avtale bort de lovgitte rettigheter til bolig. Samtidig konstateres det at en forhåndsavtale om rett til bolig ikke er ugyldig – slik Høyesterett i *Rt 2000 168* la til grunn for ektefellers vedkommende.

Noe tilsvarende gjelder også forholdet mellom gjenlevendes rettigheter etter sl § 63 og førstavdødes testasjoner. Det fremgår av forarbeidene at de lovgitte rettigheter går foran bestemmelser i testament.⁵⁴⁹ Testamentet er imidlertid et tungtveiende argument i den interesseavveining som skal foretas etter sl § 63 annet ledd.⁵⁵⁰

Min konklusjon er etter dette at forhåndsskifteavtaler mellom ektefeller og/eller med medarvinger må kunne opprettes formløst, men partene kan ikke fullt ut sette en

⁵⁴⁹ Se *Prp36* side 123-II og side 209-I.

⁵⁵⁰ Sammenlign *RG 1989 515* Eidsivating om betydningen av et pliktdelskrenkende testament i forhold til sl § 61 annet ledd annet punktum.

ektefelles lovgitte rettigheter i el kap 13-14 og sl § 63 til side. Avtalen inngår derimot i vurderingen av om det foreligger tilstrekkelige grunner til overtakelse av bolig.

Jeg går så over til å vurdere de arverettslige sider av spørsmålet.

Ved forhåndsfraskrivelse av gjenlevendes rettigheter i henhold til sl § 63 første ledd blir spørsmålet om avtalen i realiteten er en salgssavtale. Særlig praktiske er antakelig ikke avtaler om at førstavdødes arvinger ved hans død skal gis rett til å overta eiendeler som tilhører hans gjenlevende ektefelle. Mest tenkelig er situasjoner hvor ordningen inngår som ledd i et større avtalekompleks, eller at eiendeler som opprinnelig tilhørte førstavdøde, av kreditorfrykt er overført til gjenlevende med forbehold om de ved førstavdødes død skal kunne overtas (kjøpes) av hans arvinger.

En alternativ ordning ville vært at førstavdøde under ekteskapet overførte en tidsbegrenset eiendomsrett. Denne ordning ville imidlertid skape usikkerhet i forhold til reglene om livs- og dødsdisposisjoner, idet den også innebærer en verdimessig overføring fra gjenlevende til førstavdødes arvinger, se pkt 42.2. Det kan også tenkes at kreditorene påstår at gjenlevende ikke er (eller var) reell eier.

Så lenge forhåndsavtalen ikke griper inn i den verdimessige arvefordelingen, kan jeg ikke se annet enn at den må være akseptabel. Partene kan oppnå det samme ved en avtale om kjøperett som utløses av førstavdødes død. Om man først gjennomfører skifteoppgjøret slik at gjenlevende beholder eiendelen, og senere selger den til medarvingen, eller om medarvingens kjøp inngår i boregnskapet kan ikke ha betydning – så lenge samtlige loddeiere har sluttet seg til forhåndsskifteavtalen.

Forhåndsfraskrivelse av rettigheter etter sl § 63 annet ledd dreier seg i det vesentlige om fraskrivelse av retten til å overta bolig som helt eller delvis tilhørte førstavdøde. Tilhørte boligen fullt ut førstavdøde, må fraskrivelsen anses på linje med de alminnelige skifterettigheter etter sl § 61. Var boligen i sameie, gjelder også de betraktninger som er gjort ovenfor vedrørende sl § 63 første ledd om gjenlevendes oppgivelse av egen eiendomsrett.

Jeg går så over til å vurdere forholdene dersom forhåndsfraskrivelse gjøres i form av samtykke til førstavdødes testamentariske disposisjoner.

I forhold til de ekteskapsrettslige regler er vurderingene de samme. Gjenlevendes samtykke til at førstavdøde testamenterer bort huset som han eier, må likestilles med en forhåndsskifteavtale mellom de to.

Det kan i denne sammenheng ikke gjøres samme skillet mellom arverettslig og ekteskapsrettslige disposisjoner som i forhold til uskifterettigheter. Utgangspunktet var der at de rettigheter en ektefelle kunne frata den annen ved testament, kunne også fraskrives etter reglene om avkall på ventet arv. Retten til å overta bolig på sammensatt skifte, er nettopp en rettighet den annen ikke kan frata gjenlevende ved testament.

For eiendeler som omfattes av sl § 63 første ledd eller sameieboliger etter annet ledd, oppstår den arverettslige problemstilling at førstavdøde i testament disponerer over gjenstander han ikke eier. Samtykket innebærer derfor ikke bare et frafall av en skifterettighet, men å gi den annen ektefelle en av flere eierbeføyelser – nemlig testasjonsrådighet. Fordi retten ikke utløses av gjenlevendes død, og derved ikke dreier seg om fordelingen av hennes etterlatte formue, kommer reglene om delegering av testasjonskompetanse ikke til anvendelse.

Dersom det dreier seg om gjenstander som tidligere har tilhørt førstavdøde – og det er kanskje det mest praktiske, jf hva som er sagt ovenfor om forhåndsskifteavtaler – er det mulig å bruke konstruksjoner som går ut på at gjenlevende kun får overført en midlertidig eiendomsrett som bortfaller ved førstavdødes død. Ved at det er førstavdødes død som utløser rettigheten, dreier det seg i utgangspunktet ikke om en dødsdisposisjon fra gjenlevendes side. Se likevel pkt 42.2 om slike avtaler. Sammenlign også kapittel 56 om lignende spørsmål vedrørende sekundærttestasjoner i gjensidig testament.

Tingsrettslig kan det ikke være noe i veien for at en eierektefelle overfører en begrenset rettighet til den annen, nemlig testasjonsrådigheten.⁵⁵¹ Arverettslig er det likevel noe som skurrer.

Vedrørende beskyttelsen av gjenlevendes rettigheter etter sl § 63 mot testamentariske disposisjoner uttaler *Lødrup* følgende:

”Dette er selvsagt for gjenlevendes eiendeler – de kan ikke avdøde disponere.”⁵⁵²

Ut fra sammenhengen kan imidlertid ikke dette oppfattes som annet enn at førstavdøde ikke uten videre kan disponere over gjenlevendes eiendeler. Hvorvidt gjenlevende kan gi førstavdøde slik rett, drøftes ikke.

⁵⁵¹ Fordi en slik overføring samtidig innebærer fraskrivelse av egen testasjonskompetanse, er det mulig disposisjonen må foretas som arvepakt.

⁵⁵² *Lødrup*, Arverett § 31 IV 2, side 354.

Jeg finner spørsmålet litt tvilsomt, men lar grunnregelen om forbud mot delegasjon av testasjonskompetanse være avgjørende. Ektefeller kan overføre ulike eierføyelser og begrensede rettigheter til hverandre, herunder tidsbegrenset eiendomsrett. Overføring av testasjonsrådighet strider imidlertid med arverettslige grunnregler.

45.7 Særlig om odels- eller åseteseiendommer

Ovenfor er det påpekt at overtakelsen må skje i tråd med skifterettslige regler, hvilket i hovedsak innebærer at overtakelsen må skje til markedsverdi. For odels- eller åseteseiendommer må dette utgangspunktet justeres slik at overtakelsen skjer til skiftetakst som tilsvarer odels- eller åsetestakst, se odl § 49 annet ledd.

Det kan imidlertid tenkes tilfeller hvor overtakelse av eiendommen til full markedsverdi er en minnelig løsning på tvist eller uenighet om odelsrett, eksempelvis prioritet eller om eiendommen (fortsatt) er odlingsjord. Har arvingene løst denne tvisten ved å bli enige om at odelspretendenten skal få overta eiendommen til markedsverdi, bør ikke en streng anvendelse av arverettslige regler forhindre gjennomføringen av løsningen.

Likeledes må det aksepteres at arvingene blir enige om å betrakte eiendommen som odelseiendom selv om spørsmålet er tvilsomt.

Hvis de odelsrettslige spørsmål er uklare, og arvingene ønsker å avklare forholdene i en forhåndsavtale – eventuelt avtale at andre enn den best berettigede overtar, må dette skje etter særregler i odelsloven.

Eksempelvis kan odelsrettigheter, på samme måte som skifterettigheter, frafalles i forhåndsavtaler, men ikke overføres til andre, se odl § 25.

45.8 Endringer i arvinggruppens sammensetning mv som følge av død, fødsler og ekteskap – oversikt

Skal en forhåndsskifteavtale gjennomføres etter sitt innhold, er som utgangspunkt en forutsetning at samtlige loddeiere i boet er med på avtalen. Fordi det dreier seg om forhåndsavtale, kan det tenkes endringer i arvinggruppens sammensetning i tiden mellom opprettelsen av avtalen og arvefallet. Dette kan enten skje ved at en av avtalepartene dør før arvelater, eller ved at arvelater i mellomtiden har fått (flere) livsarvinger.

Dersom en av avtalepartene dør *etter* arvelater, men før skifteoppgjøret er påbegynt eller gjennomført, vil hans dødsbo i utgangspunktet være forpliktet på linje med den avdøde arvingen.

Forhåndsskifteavtaler er antakelig mest praktisk for livsarvinger, og selv om slike avtaler som regel inngås mens arvelater er i godt voksen alder, kan nye livsarvinger ikke utelukkes. Situasjonen vil da i grove trekk bli den samme som hvor en arvinges død medfører at hans livsarvinger trer inn i gruppen av ventende legalarvinger. I det følgende er det bare den sistnevnte situasjon som vil bli behandlet.

Dersom forhåndsskifteavtalen er inngått av den barnløse arvelaters arvinger, vil det forhold at arvelater får barn fullstendig utelukke fjernere slektsarvinger som legalarvinger.

Dersom arvelater var ugift da forhåndsskifteavtalen ble inngått, men senere gifter seg, inntreter det en rekke nye forhold – og som dessuten varierer med hvem av ektefellene som dør først. Er det den nye ektefellen som dør først, er man i grove trekk tilbake til situasjonen da avtalen ble inngått.

Dersom arvingenes arvelater dør først, vil for det første den nye ektefellen være medarving, og for det annet ha mer vidtrekkende skifterettigheter enn de øvrige arvinger, se sl § 63. Er avtale inngått mellom andre enn arvelaters særlivsarving, vil gjenlevendes uskifterett ytterligere kunne forrykke forholdene. De mange spørsmål som oppstår i denne forbindelse lar jeg ligge, men begrenser fremstillingen til situasjonen hvor en av avtalepartene dør før arvelater.

45.9 Nærmere om situasjonen hvor en avtalepart dør før arvelater

Hvis en arving dør før arvelater, må det først foretas en konkret tolking av om avtalen helt eller delvis faller bort, om noen av de andre avtalepartene trer inn i avdødes rettigheter, om tilbakeføring av vederlag osv. Videre vil det i en viss utstrekning bero på skifteregler og valg av skifteform i hvilken utstrekning den avdødes rettigheter og plikter går over både til dødsboet som sådant og/eller til den enkelte arving. Av stor betydning kan det også være – både i forhold til arvereglene og ved en tolking av

avtalen – om den avdøde avtaleparten etterlater seg egne livsarvinger, og i motsatt fall hvem som er hans arvinger.⁵⁵³

Forhåndsskifteavtaler er antakelig mest praktisk mellom søsken. Når en av dem dør barnløs, vil det være foreldrene som – forutsetningsvis – er nærmeste arvinger, og derved vil rettigheter og forpliktelser etter avtalen først kunne bli betraktet som gjenstandsløst, idet de knytter seg til skifteoppgjøret etter de nye avtaleparter. Etter foreldrenes død må den avdødes rettigheter og plikter antakelig anses bortfalt etter reglene om konfusjon.⁵⁵⁴

Når den avdøde avtaleparten etterlater seg livsarvinger, vil disse ikke bare være arvinger etter avtaleparten, men de vil også tre inn i posisjonen som arvinger i det dødsbo forhåndsskifteavtalen omfatter. Det vil imidlertid bero på de forhold det er redegjort for ovenfor, om de også trer inn som nye avtaleparter i forhåndsskifteavtalen.

Dersom de nye medarvinger ikke trer inn i avtalen, verken som ledd i skifteoppgjøret etter den avdøde avtaleparten eller gjennom en selvstendig avtale med avtalens øvrige parter, kan det oppstå skifterettslige hindringer med å få avtalen gjennomført.

Går avtalen ut på at en av de andre arvingene skal overta en bestemt eiendel, vil det hindre naturalutlegg etter sl § 61 annet ledd *første punktum* dersom en av de nye medarvinger motsetter seg dette. Det kan imidlertid tenkes at den berettigede får medhold i et naturalutleggskrav etter *annet punktum*. Enigheten mellom de opprinnelige arvinger – eksempelvis en søskenflokk – vil i seg selv være en god grunn for å kreve naturalutlegg. Deretter vil det bero på en konkret vurdering om de nye medarvinger har rimelig grunn til å motsette seg naturalutlegget. Jo bedre grunn den som krever naturalutlegg har, desto mer skal det til før innsigelsen anses rimelig.⁵⁵⁵

Et særlig spørsmål er om foreldre som verge for mindreårige barn kan inngå forhåndsskifteavtaler også på barnas vegne. Verken reglene i al § 45 første ledd om når et avkall på ventet arv binder avkallsgivers livsarvinger, eller i annet ledd om at myndig arving bare kan gi avkall med samtykke fra overformyndieriet, er direkte anvendelig på spørsmålet. Spørsmålet er heller ikke

⁵⁵³ Dersom forhåndsskifteavtalen er inngått mellom uskiftearvinger som har samtykket til uskifte, kan vurderingene bli noe annerledes, idet arvefallet i de fleste sammenhenger allerede anses inntrådt, se al § 22 første ledd annet jf tredje punktum. Jeg går ikke nærmere inn på disse spørsmål her. Det generelle utgangspunkt er imidlertid også her at de fleste spørsmål må løses ut fra en konkret tolking av avtalen.

⁵⁵⁴ Forhåndsskifteavtalen blir ikke aktuell før det skiftes etter foreldrene, og da vil avtalepartene selv arve de rettigheter den avdøde tidligere avtaleparten hadde. Gjensidige rettigheter og forpliktelser vil derfor normalt bli værende på de samme hender.

⁵⁵⁵ Se *Rt 1978 1513* på side 1517: ”Men slik jeg ser det består det en sammenheng mellom krav og motkrav. Jo mer velbegrunnet kravet om naturalutlegg er, desto mer skal det til for å hindre at kravet fører frem. Og på den annen side jo svakere de gode grunner for naturalutlegg er, desto mindre trengs for at det må sies å være rimelig å motsette seg det.”

direkte regulert i vergemålsloven. Den fremtidige generelle naturalutleggsrett og salgsrett som ligger i sl § 61 er av en så løs karakter at den ikke kan omfattes av reglene i vgml § 49, som fastsetter at vergen ikke uten samtykke fra overformynderiet kan avhende rettighet som ligger til fast eiendom.

Det vergemålsrettslige utgangspunktet er at vergen med virkning for den umyndige kan inngå avtaler av rettslige eller økonomisk karakter – med mindre noe annet er bestemt, se vgml § 2 jf § 38. Fordi spørsmålet ikke direkte er regulert, må det foretas en sammenligning av øvrige bestemmelser i vergemålsloven – og i barneloven – som begrenser vergens myndighetsområde. Etter min mening må det i hvert tilfellet foretas en konkret avveining, hvor det blant annet ses hen til hvilke reelle hensyn som taler for en slik forhåndsavtale – herunder særlig om avtalen direkte eller indirekte er til fordel for den mindreårige. Antakelig må det også ses på avtalens økonomiske omfang, sammenlign vgml § 62 og § 63.

Se til sammenligning også drøftelsene i pkt 63.2 om vergens adgang til gi avkall på ventet arv med virkning for den mindreårige.

45.10 Betydningen av arvelaters disposisjoner over eiendelene

En forhåndsskifteavtale som går ut på at én bestemt arving skal få overta en bestemt eiendel på skifteoppgjøret, forutsetter selvfølgelig at eiendelen rent faktisk befinner seg i dødsboet. Har arvelater før sin død avhendet den, eller testamentert den til noen andre, har arvingenes forhåndsskifteavtale ingen realitet lenger – den er gjenstandsløs.

Har arvelater testamentert eiendelen til den berettigede etter skifteavtalen, oppstår ingen problemer i forhold til selve naturalutleggsretten. Det oppstår heller ingen problemer i forhold til arvens fordeling dersom det fremgår av testamentet at eiendelen er forutsatt overtatt innenfor legatærens legatarvelodd. Hvis det derimot fremgår av testamentet at legatæren skal ha eiendelen og dens verdi i tillegg til sin legatarvelodd, oppstår spørsmålet om skifteavtalens betydning.

Et annet sett av spørsmål oppstår dersom testamentet bestemmer at en annen av avtalepartene enn den i avtalen tilgodesette skal overta eiendelen.

Den tredje problemstilling er hvor gjenlevende ved livsdisposisjon har gitt eiendelen til en av avtalepartene, den berettigede eller andre.

Spørsmålene som oppstår har både avtalerettslige og arverettslige sider.

Fordi arvefallet har betydning for de fleste arverettslige ugyldighetsregler, vil fremstillingen både ta for seg situasjonen etter arvefallet, og hvor det forutsettes at arvingene ikke var kjent med testamentet. Den annen del av fremstillingen omfatter hva arvingene gyldig kan forhåndsavtale når de før arvefallet er gjort kjent med testamentet.

De avtalerettslige spørsmål som dukker opp etter arvefallet beror i hovedsak på en tolking av avtalen. Utover de generelle regler om testamentets betydning som uriktig eller bristende forutsetning, vil de avtalerettslige utfordringer ligge i avtaletolking. Dette gjelder både i hvilken utstrekning avtalen kan omfortolkes slik at den går klar av arverettslige ugyldighetsregler, og dels i en tolking av hva den gyldige (del av) avtalen pålegger avtaleparten av plikter i forhold til medkontrahentene. Hvordan forholdene blir dersom en avtalepart, eksempelvis den tilgodesette legatar, ikke oppfyller sine plikter, lar jeg ligge her. Jeg viser her til den generelle fremstillingen under kapittel 34, herunder de særlige problemstillinger knyttet til samspillet mellom avtalerettslige og arverettslige regler, og som følger av at de avtalerettslige forpliktelser ofte består i personlige handlinger som ikke kan tvangsgjennomføres.

Når arvelaters testasjon over eiendeler som omfattes av forhåndsskifteavtalen, uventet dukker opp på skifteoppgjøret, og arvingene fortsatt er innstilt på å oppfylle avtalen, løses dette ved at testamentet får den fastsatte virkning for den verdimessige delingen, men at gjenstandsfordelingen likevel skjer i henhold til forhåndsskifteavtalen. Arverettigheter i henhold til testament oppfanges av al § 74, og setter derfor grenser for avtalepartens/testamentsarvingens adgang til å frafalle arverettigheten slik at avtalen kan gjennomføres. Dette omfatter imidlertid ikke selve retten til gjenstanden, som er en testamentsbasert naturalutleggsrett, sammenlign sl § 61 fjerde ledd. Avtaleparten/legataren må følgelig kunne unnlate å gjøre gjeldende sin rett til selve gjenstanden. På samme måte som for spørsmålet om gyldigheten av forhåndsskifteavtaler, må det her skilles mellom fordeling av verdier (som arverettighet) og selve retten til å overta en gjenstand (som skifterettighet).

Det kan tenkes at partenes forutsetning for forhåndsskifteavtalen var at verdiene skulle fordeles etter lovens arvegangsregler. Som nevnt ovenfor må det foretas en konkret tolking av hvilken avtalerettslig betydning et testament som forrykker denne forutsetningen får. Ved at en forhåndsskifteavtale etter sin natur ikke kan gripe inn i verdidelingen, kan det spørres om en forutsetning om verdidelig er en relevant forutsetning. Avtalen regulerer utelukkende den gjenstandsmessige fordeling, og bygger generelt på forutsetningen om at verdiene fortsatt skal deles etter arverettslige

regler. Disse regler omfatter ikke bare lovens arvetavle, men også legalarveavtaler og testamentariske disposisjoner.

Dersom testamentet er kjent på forhånd, vil naturligvis det enkleste være å ta forholdet opp med arvelater. Hvis arvingene av ulike grunner ikke ønsker dette, blir den arverettslige problemstilling omtrent som ovenfor. En legatar kan ikke gjennom en forhåndsavtale med arvingene fritt fraskrive seg alle sine rettigheter etter testamentet, men må for arverettighetene følge reglene om avkall på ventet arv. Det kan tenkes at han gyldig kan gi avkall, eventuelt også med virkning for egne livsarvinger, men et slikt avkall må i tilfelle gis overfor arvelater. Så lenge arvingene, herunder den av dem som også er legatar, er enige om ikke å forskyve den verdimeslige deling som følger av testamentet, må de kunne inngå en forhåndsskifteavtale som forstås slik at ”legatararvingen” med bindende virkning har fraskrevet seg sin rett til å kreve gjenstanden overtatt i henhold til testamentet.

Dette resultat bygger på det synspunkt at gjenstandlegatet kan likestilles med en lovgitt naturalutleggsrett, dvs en testamentsbasert skifterettighet, jf ovenfor. Testamentet kan gå ut på en ren naturalutleggsrett, dvs uten å gripe inn i verdidelingen. Den er da, som lovbasert naturalutleggsrett, i realiteten en kjøperett. Bestemmer testamentet at legatararvingen også skal ha verdien av gjenstanden i tillegg til sin legalarvelodd, består testasjonen av to elementer, en naturalutleggsrett som en skifterettighet og en bestemmelse om verdimeslig fordeling mellom legalarvingene som en arverettighet. Så lenge forhåndsskifteavtalen ikke griper inn i testamentets bestemmelser om arverettigheter oppfanges den ikke av al § 44 eller § 45. Det samme gjelder i forhold til al § 74 vedrørende skifteavtaler, herunder endringer av forhåndsskifteavtalen, foretatt etter arvefallet.

Resonnementene ovenfor innebærer at også en utenforstående legatar eller testamentsarving kan involveres i en gyldig forhåndsskifteavtale.

Har arvelater ved livsdisposisjon gitt bort den eiendel forhåndsskifteavtalen omfatter, er avtalen i utgangspunktet gjenstandsløs. Dersom gjenstanden er gitt til en av partene i forhåndsskifteavtalen, beror det på en tolking av avtalen hvilken betydning dette skal få. Er det den berettigede etter skifteavtalen som allerede har mottatt gjenstanden, oppstår ingen problemer. Det kan av en gyldig

forhåndsskifteavtale ikke utledes noen plikt til utligning av den mottatte gjenstandsverdi.⁵⁵⁶

Er det en annen av avtalepartene som har mottatt gjenstanden, oppstår for det første spørsmålet om avtalen pålegger ham en plikt til å gi gjenstanden fra seg (eller om avtalen må anses begrenset til bare å gjelde de gjenstander som inngår i skifteoppgjøret). Dersom dette finnes å være tilfellet, har forhåndsskifteavtalen endret karakter fra å regulere gjennomføring av et fremtidig skifteoppgjør, til å være en avtale om kjøperett for den berettigede til eiendeler medkontrahenten måtte bli eier av, se kapittel 46. Som opprinnelig forhåndsskifteavtale må avtalen normalt forstås slik at den berettigede må betale for gjenstanden. Forhåndsskifteavtalen gir forutsetningsvis utelukkende en kjøperett. Skal den helhetlige verdimeslige deling av dødsboet ikke forrykkes som følge av at gavemottaker må gi gjenstanden fra seg, må derfor gavemottaker fra den berettigede etter avtalen tilføres de verdier han gir fra seg.

Betydningen av både livsdisposisjoner og testasjoner kunne kommet på spissen i *LB 2001 2384*, referert ovenfor, dersom lagmannsretten hadde funnet at forhåndsskifteavtale var inngått. Moren hadde dels ved livsgaver og dels i testament disponert over den del av malerisamlingen som den eldste sønnen påsto var omfattet av en forhåndsskifteavtale.

Arvelaters disposisjoner over gjenstander omfattet av forhåndsskifteavtalen reiser dessuten et spørsmål om avtalens gyldighet. Jeg har så langt sett på de mer tekniske avtalerettslige og arverettslige regler, og har herunder konstatert at forhåndsavtaler som utelukkende omfatter skifterettigheter (naturalutleggsrett, kjøperett) ikke oppfanges av de arverettslige ugyldighetsregler i al § 44, § 45 eller § 74.

Ugyldighetsregelen i al § 44 er blant annet begrunnet i pietetshensyn i forhold til arvelater. Disse hensyn gjør seg i en viss grad også gjeldende ved forhåndsskifteavtaler, og særlig tungtveiende blir dette hensynet dersom arvelater i testament har gjort andre bestemmelser om hvem av arvingene som skal overta gjenstanden. Under pkt 36.5 har jeg blant annet drøftet om avtaler om avhendelse av ventet arv må anses som proberte rettsforhold. I forhold til spørsmålet om avtalens gyldighet trenger dette spørsmålet ikke besvares, idet det også for den avtalerettslige ugyldighet er tilstrekkelig å vise til at avtale om avhendelse av ventet arv er ”imod

⁵⁵⁶ Dette kan i tilfelle bare fastsettes av giver/arvelater etter reglene i al §§ 38-43.

Loven”, jf NL 5-1-2. For forhåndsskifteavtaler som går klar av al § 44, men som har et innhold som klart strider mot arvelaters ønsker om gjenstandsfordelingen, uavhengig av om disse er formalisert i et testament, må det imidlertid spørres om avtalen kan være ugyldig som stridende mot ”Ærbarhed”. Noe generelt svar på dette kan ikke gis. Dette må bero på en konkret vurdering, blant annet bygget på styrken i arvelaters ønsker og hvor langt avtalen strider mot de hensyn som ligger bak al § 44, samt generelle reelle hensyn som hvor fornuftig henholdsvis arvelaters ønsker og forhåndsskifteavtalen er. Det må videre tas i betraktning at spørsmålet utelukkende har betydning for gavemottaker eller legatar som ønsker å beholde gjenstanden selv. Ugyldighetsgrunnen er relativ, og intet forhindrer arvingene i å inngå en ny skifteavtale eller å overføre eiendelen ved ordinært salg etter avsluttet skifteoppgjør. Se til sammenligning avslutningsvis i pkt 46.1 hvor tilsvarende spørsmål drøftes i forhold til vurderinger omkring avtaler om eiendeler eller verdier arvingen forventer å motta på skiftet.

46 Avtaler om eiendeler eller verdier arvingen forventer å motta på skiftet

46.1 Innledning

Kjernen i forbudet mot avhendelse av ventet arv er at arvingen ikke kan disponere over sin posisjon som arving. Under kapittel 45 har jeg blant annet sett på adgangen til å inngå forhåndsskifteavtaler, hvor et sentralt gyldighetsvilkår er at det bare er den gjenstandsmessige fordeling som reguleres, og uten at partene disponerer over sine posisjoner som arvinger eller griper inn i fordelingen av arv.

Ut fra den samme argumentasjon kan det vanskelig finnes grunnlag for å forby avtaler som går ut på å gi medkontrahenten rettigheter, *såfremt* arvingen mottar bestemte verdier eller eiendeler på det fremtidige skifteoppjøret. Foruten at arvingen ikke disponerer over sin posisjon som arving, herunder heller ikke over sine skifterettigheter i boet, har det avgjørende betydning at det ikke er dødsboet som blir debitor etter avtalen – slik resultatet blir ved avhendelse av arverett. Se pkt 62.6 om lovlig avhendelse av falt arv. I tråd med dette bør det likeledes fremheves at avtalen

ikke omfatter verdier eller eiendeler som inngår i boet, men som ved avtalens oppfyllelse forutsetningsvis tilhører arvingen.

Tilknytningen til arvefallet og skifteoppgjøret består for det første i at disse begivenheter er gjort til forfallstidspunkt. Utfallet av skifteoppgjøret er riktignok bestemmende for arvingens forpliktelser etter avtalen, men bare som en betingelse – på samme måte som avtaleforpliktelser kan knyttes til en aksjes kurs, eller at en forsikringsutbetaling forutsetter at den forsikrede dør før et fastsatt tidspunkt.

Som følge av denne tilknytningen til arvefallet og skifteoppgjøret, må det likevel tas et forbehold for de tilfeller hvor man etter et gjennomskjæringssynspunkt kommer til at avtalen i realiteten dreier seg om avhendelse av ventet arv. I en slik vurdering er det blant annet naturlig å se hen til de hensyn som begrunner rådighetsforbudet i al § 44, dvs hensynet til arvelater, medarvingene og arvingen selv, se nærmere pkt 62.1.

46.2 Disposisjoner over bestemte eiendeler

Rent metodisk vil jeg understreke at rettsspørsmålet om en arving gyldig kan inngå betingede forhåndsavtaler om eiendeler han forventer å arve, består i hvorvidt det finnes tilstrekkelige grunner til å tolke al § 44, eventuelt § 45, utvidende. Det finnes verken noen avtalerettslig eller arverettslig lovbestemmelse som direkte forbyr slike avtaler.

Avhendelsesforbudet i al § 44 er det sentrale, men al § 45 kan tenkes (også) å komme til anvendelse dersom avtalen inngås med en medarving. Drøftelsene vil imidlertid sentrere seg om al § 44.

Som redegjort for under kapittel 45 om forhåndsskifteavtaler og under Del 6 om legalarveavtaler er det bare avtaler om *arvens* fordeling som direkte faller inn under al § 44 og § 45. Så lenge en avtale om betinget kjøperett ikke omfatter arvingens arverett eller på andre måter griper inn i arvens fordeling, reguleres i utgangspunktet ikke avtalens gyldighet av de nevnte bestemmelser. Spørsmålet er derfor om det foreligger tilstrekkelig tungtveiende og relevante rettskildefaktorer som tilsier en utvidende tolking. De reelle hensyn som gjør seg gjeldende, kan oppdeles i avtalerettslige og arverettslige grunner, eksempelvis henholdsvis pietetshensyn og hasardmomentet.

Fanges avtalen opp av arverettslige ugyldighetsregler, er den som utgangspunkt også avtalerettslig ugyldig, se pkt 35.1. Dersom avtalen går klar av arverettslige regler, må det – på samme måte som for forhåndsskifteavtaler – vurderes om avtalen må settes til side som stridende mot ærbarhet, normalt fordi de hensyn som begrunner den arverettslige ugyldighetsregel også sterkt gjør seg gjeldende for den konkrete avtalen. For disse spørsmål vises det til de siste avsnitt i pkt 45.10.

Som påpekt ovenfor løses ikke spørsmålet ved en tolking av ordlyden i al § 44 eller § 45, og er heller ikke spesifikt drøftet i forarbeidene.

I juridisk teori er det enighet om at slike avtaler må være gyldige, men det fremkommer også noe tvil.

Arnholm anførte at al § 44 heller ikke kan være ”til hinder for at noen slutter en salgsavtale om en bestemt ting han venter å arve, når den bare går ut på at salget skal gjennomføres etterat arven er falt”. Det samme sies i *Privatrett V*, med unntak av det siste forbeholdet.⁵⁵⁷ Dette forbeholdet må imidlertid presiseres til salget først skal gjennomføres etter – og betinget av – at arvingen har mottatt eiendelen. Før dette kan jo salgsavtalen ikke gjennomføres. Arvingen kan heller ikke inngå forhåndsavtale om salg av falt arv.

Hambro viser til at slike avtaler er risikofylte, og lite praktiske fordi arvingen normalt ikke med sikkerhet vet hva han vil arve. *Hambro* uttaler dessuten at dersom arvingen mottar vederlag allerede med arvelater lever, må dette anses som avhendelse av ventet arv i strid med § 44.⁵⁵⁸ Det siste kan ikke være riktig.

Lødrup innleder med å betegne spørsmålet som noe tvilsomt, men konkluderer med at slike avtaler må anses gyldige, idet de ikke rammes av de hensyn som ligger bak regelen i al § 44.⁵⁵⁹

Unneberg uttrykker det slik: ”Skal en slik avtale aksepteres, må den anses som en betinget avtale, som bare gir tredjemann rettigheter dersom arvingen arver gjenstanden. Noen rett overfor arvelater eller (dødsboet) kan avtalen ikke gi tredjemann.”⁵⁶⁰ Bedre kunne jeg ikke sagt det selv!

I rettspraksis er spørsmålet direkte behandlet i en lagmannsrettsdom fra 1963, og er berørt i en lagmannsrettsdom fra 2002. Spørsmålet ble tatt stilling til av Høyesterett i 1982 hva gjaldt stiftelse av begrensede rettigheter, men uten noen inngående drøftelse.

I *Rt 1982 630* ble det forgjeves hevdet at en erklæring om avståelse av veigrunn fra en sønn som drev den gården moren satt i uskifte med, måtte regnes som avhendelse av ventet arv.

⁵⁵⁷ *Arnholm*, *Arveretten* side 27 og *Arnholm*, *Privatrett V* side 57.

⁵⁵⁸ *Hambro*, *Arveloven* side 263. Det siste utsagnet fremstår som en gjengivelse fra *Lødrups lærebok*, men er ikke det.

⁵⁵⁹ *Lødrup*, *Arverett* § 26 I 3, side 276.

⁵⁶⁰ *Unneberg*, *Arveretten* side 229.

Sønnen skrev under på erklæringen om vederlagsfri avgivelse av grunn til kommunal vei, etter at moren i uskifte selv nektet å gi sin underskrift. Etter at moren døde og sønnen overtok eiendommen i sameie med sine to søsken, oppsto både spørsmålet om sønnen selv var bundet av erklæringen, og om han hadde opptrådt som fullmektig for moren, slik at hans søsken også var bundet. Det siste spørsmålet ble av Høyesterett besvart negativt.⁵⁶¹ For sønnens egen del gjaldt spørsmålet dels om han hadde ment å forplikte seg, og dels om en slik avståelse på egne vegne ville være i strid med al § 44.⁵⁶²

Høyesterett kom til at erklæringen ikke kunne regnes som avhendelse av ventet arv, men begrunnet ikke standpunktet.⁵⁶³

Skjønnsretten mente derimot at det kunne "truleg ha noko føre seg at [sønnen] ikkje kunne vera bunden av si underskrift når og dersom han vart eigar av egedomen for ein mindre eller større del eller heilt ut, med di dette ville koma i strid med føresegna i den gamle arvelova om at det ikkje er høve til å avhende eller pantsetja arv ein har i vente." Skjønnsretten la imidlertid til grunn at sønnen utelukkende opptrådte som fullmektig for sin mor. Lagmannsretten tok ikke opp spørsmålet.

Høyesterett begrunnet som nevnt ikke sitt standpunkt, men dommen må etter sitt resultat tas til inntekt for det standpunkt at en arving må kunne pådra seg forpliktelser som skal gjelde dersom – og i den utstrekning – han på et senere skifteoppgjør erverver en eiendel.

RG 1963 498 Hålogaland omhandler et tilfelle hvor eierens datter inngikk avtale med en tredjeperson om å overdra en eiendom tilhørende hennes mor i uskifte "hvis og så snart" datteren ble eier av den. Etter morens død nektet datteren å overskjøte eiendommen, idet hun selv hevdet at avtalen var ugyldig blant annet fordi den innebar avhendelse av ventet arv. I dette fikk hun ikke medhold, verken i herredsretten eller lagmannsretten. Fordi dommen synes å være den eneste hvor dette spørsmålet er mer inngående drøftet, er det naturlig å se noe nærmere på den.

Innledningsvis nevnes at datteren også var betraktet som en slags sameier i eiendommen, fordi moren satt i uskifte slik at farsarven etter dagjeldende regler allerede var falt. Herredsretten fant det ikke nødvendig å ta stilling til betydningen av dette forholdet, og for lagmannsretten synes forholdet ikke å ha vært brakt på bane. Antakelig kan dette skyldes at sameieposisjonen i disse tilfeller var mer en konstruksjon enn en realitet, se kapittel 72.

⁵⁶¹ Skjønnsretten og lagmannsretten kom imidlertid til at sønnen måtte betale erstatning til kommunen fordi han hadde opptrådt som fullmektig uten å ha gyldig fullmakt, jf avtl § 25. Høyesterett fant at sønnen ikke hadde gitt seg ut for å ha noen fullmakt.

⁵⁶² Dvs dagjeldende al 1854 § 73, idet erklæringen ble avgitt i 1959 og moren døde i 1968.

⁵⁶³ Alt som sies er følgende (på side 632): "Den disposisjon som det her er spørsmål om, kan heller ikke rammes av forbudet i den tidligere arvelovs § 73 mot å avhende ikke falt arv." Heller ikke i gjengivelsen av partenes anførsler fremkommer det noe om hvorfor man mente erklæringen ble, henholdsvis ikke ble, rammet av al 1854 § 73.

Saksforholdet var i korte trekk følgende: Etter at avhenderens far døde i 1922, ble moren sittende i uskifte. Uskifteboet besto blant annet av en landbrukseiendom. Fra denne eiendommen var det skilt ut en festetomt med et påstående bolighus som avhenderens mann sto som hjemmelshaver til. Avtalen om fremtidig overdragelse av morens eiendom, skjedde samtidig med at avhenderens mann overdro bolighuset og festeretten til erververen. Denne festetomten lå midt inne i morens eiendom. I avtalen om salg av hovedeiendommen var det inntatt et punkt om at dersom erververen ikke maktet å overta hovedeiendommen, skulle avhenderen ha rett til å kjøpe bolighuset på festetomten tilbake.

Erververen hevdet at han ikke ville ha kjøpt bolighuset med festetomt hvis han ikke samtidig hadde fått ”opsjonen” på hovedeiendommen. Verken herredsretten eller lagmannsretten tok uttrykkelig stilling til denne anførselen, men kom til at de to avtaler måtte ses i sammenheng, og slik at de samlet tok sikte på å samle begge eiendommer på én hånd – enten erververens eller avhenderens:

”Man finner at de to rettshandler av 16. august 1957 må betraktes samlet. Avtalene må forstås slik at det ble tilsiktet en ordning hvoretter eiendommen og huset med tiden skulle samles på en hånd, hva enten det ble hos [erververen] eller hos [avhenderen]. Hun hadde således etter skjøtet på huset med festerett til tomt nr. 3 forkjøpsrett i tilfelle [erververen] skulle selge det. Hvis [erververen] ikke skulle bli i stand til å kjøpe eiendommen g.nr. 85, b.nr. 2, skulle hun ha rett til å kjøpe huset med festeretten til tomt av ham.

[Avhenderen og hennes mann] var klar over at [erververen] hadde interesse av å få jordveien på g.nr. 85, b.nr. 2 til den våningsbygning han kjøpte. Av avtalens punkt 1 fremgår at også de var interessert i at han i fremtiden skulle kjøpe eiendommen, slik at ikke [avhenderen] ble sittende med bare jordveien og kårstuen. Det står nemlig i avtalens punkt 1 at [erververen] skal kjøpe eiendommen hvis og så snart [avhenderen] blir eier av den. Avtalens punkt 1 jevnført med punkt 5 om rett for [avhenderen] til å kjøpe våningshuset for tilfelle [erververen] ikke skulle bli i stand til å kjøpe eiendommen, viser at avtalen ikke bare gjelder [avhenderens] eventuelle fremtidige forpliktelse til å selge jordveien, men også forplikter [erververen] til salg av våningshuset hvis han ikke kan oppfylle en eventuell fremtidig forpliktelse til kjøp av jordveien. (Lagmannsrettens dom side 501-502.)

Om forholdet til de arverettslige spørsmål uttalte lagmannsretten:

”Det er etter lagmannsrettens mening ikke naturlig å tolke avtalen slik at [avhenderen] avhendet sin ventende arv. Formålet med avtalen var ikke dette, men i forbindelse med salget av våningshuset på festetomt å forhindre at dette ble skilt fra resten av eiendommen, altså en fornuftig og praktisk fremtidig regulering mellom partene av de særlige forhold på eiendommen. Avtalen var betinget av at [avhenderen] ble eier, og skulle ikke oppfylles før dette skjedde. Kjøpesummen skulle først fastsettes ved takst når det ble aktuelt å overføre eiendommen til Aasen. Avtalen av 16. august 1957 inneholder således ikke noe slikt hasardmoment som arvelovens §73 bl.a. tar sikte på å beskytte arvingene mot. Man kan ikke finne at en avtale av denne art strider mot arvelovens §73.”

Lagmannsretten bygget på at formålet med avtalen ikke var å avhende ventet arv, ”men i forbindelse med salget av våningshuset på festetomt å forhindre at dette ble skilt fra resten av eiendommen, altså fornuftig og praktisk fremtidig regulering mellom partene av de særlige forhold på eiendommen”. Lagmannsretten viste her både til formålet og realiteten i avtalen.

I denne saken var avtalen betinget av at arvingen ble eier av eiendommen, og kjøpesummen skulle – i mangel av enighet – fastsettes ved takst når det ble aktuelt å overføre

eiendommen. Lagmannsretten påpekte at disse forhold innebar at avtalen ikke inneholdt ”noe slikt hasardmoment som arvelovens §73 bl.a. tar sikte på å beskytte arvingene mot”.

I *LB 2001 2384*, se referat under pkt 45.2, kom lagmannsretten med uttalelser om at en påstått inngått avtale ville vært ugyldig dersom den gikk ut på at en arving hadde plikt til å overdra eiendeler *han hadde arvet*:

”En avtale mellom [brødrene] om fordeling av morsarven, som forutsetningsvis skulle binde dem begge, vil være en avtale om delvis avhending av arv etter [moren]. Arveloven §44 setter et generelt forbud mot slike avtaler.

Lagmannsretten antar imidlertid at forbudet i §44 bare har gjennomslagskraft så langt de formuesobjektene en slik avtale gjelder, faktisk går over som arv til den ene avtalepart. Dersom denne avtalepart erverver formuesobjektene på annen måte, vil ikke en allerede avtalt avhending eller annen disposisjon over dem være ugyldig.”

Det kan imidlertid ikke legges for mye i disse uttalelser. For det første var uttalelsene ikke nødvendige, idet retten ikke fant det sannsynliggjort at slik avtale var inngått. For det annet oppfattet lagmannsretten avtalen som en forhåndsavtale om arvens fordeling, uten å skille mellom arverettigheter og skifterettigheter. Likeledes vurderte lagmannsretten avtalen bare som en forhåndsskifteavtale, og ikke som en avtale begrenset til å gjelde kjøperett til gjenstander arvingen allerede hadde ervervet.

Som påpekt i pkt 45.3, samt pkt 45.10, måtte man i et slikt tilfelle ha foretatt en konkret vurdering om av avtalen kunne omfortolkes slik at den ble beskåret til å inneholde lovlige elementer.

For meg fremstår spørsmålet om adgangen til betingede salgsavtaler som lite tvilsomt. Så lenge avtalen ikke gir medkontrahenten noen som helst rettigheter i dødsboet, verken skifterettslige, arverettslige eller som kreditor, finnes det ingen arve- eller skifterettslige grunner som tilsier ugyldighet. Jeg peker her på at arvingen etter å ha overtatt eiendelen på skifteoppjøret, står fritt til å disponere over den som han vil. En avtale med tredjemann som går ut på at dennes rettigheter bare kan gjøres gjeldende dersom arvingen rent faktisk overtar eiendelen – og først da – må i prinsippet likestilles. Ut fra konsekvensbetraktninger kan det videre vises til at forhåndsskifteavtaler mellom arvingene er tillatt, og dessuten til at arvingen etter arvefallet kan selge sin arvelodd (se pkt 62.6), hvilket er langt mer inngripende i forhold til dødsboet og medarvingene.

Det finnes heller ikke tilstrekkelig avtalerettslige grunner til å forby slike avtaler. Vedrørende eventuell usikkerhet i avtalen viser jeg til hva som er sagt under kapittel 62 vedrørende avtaler om avhendelse av ventet arv.

Avtaler som generelt går ut på en avhendelsesplikt dersom arvingen blir eier av gjenstanden, uavhengig av ervervs måte, markerer enda klarere at realiteten i avtalen ikke dreier seg om fordeling av arv.

Det kan etter min mening ikke ha selvstendig betydning for avtalens gyldighet om arvingen har mottatt vederlaget i arvelaters levetid.⁵⁶⁴ Avhendelsesforbudet i al § 44 gjelder uavhengig av om arven selges eller gis bort. Det er *overdragelse* av ventet arv som ikke tillates.

46.3 Fordringer hvor betalingsplikt er knyttet til arvefallet og skifteoppgjøret

Ovenfor har jeg behandlet avtaler som går ut på en betinget kjøperett til gjenstander som arvingen måtte arve eller erverve på annen måte. På samme vilkår, og med de samme begrunnelser, må slike avtaler også kunne inngås om pengesummer. Det kan eksempelvis lett tenkes private lån som går ut på tilbakebetalingsplikt når låntaker arver. Så lenge avtalen ikke gir långiver noen rettigheter mot dødsboet, herunder sikkerhet for lånet,⁵⁶⁵ dreier det seg ikke om disposisjoner over ventet arv.⁵⁶⁶ På samme måte som forhåndsskifteavtaler og betingede salgsavtaler kan det tenkes avtaler utformet på en slik måte at de etter en gjennomskjæringsbetragtning anses som stridende mot al § 44, eller ut fra de samme reelle hensyn anses ugyldig som stridende mot ærbarhet.

Jeg har ovenfor anført at betingede salgsavtalers gyldighet ikke er avhengige av tidspunktet for medkontrahentens ytelsesplikt. Der hvor arvingen skal yte et pengebeløp etter arvefallet, vil han normalt allerede ha mottatt medkontrahentens ytelse, enten dette også er et pengebeløp (lån) eller en gjenstand.

⁵⁶⁴ Tilsynelatende motsatt *Hambro*, Arveloven side 263.

⁵⁶⁵ En arving kan pantsette falt arv, men kan ikke forhåndsforplikte seg til dette, idet en slik avtale i realiteten ofte vil innebære pantsettelse av ventet arv.

⁵⁶⁶ I samme retning *Nørgaard*, Arveret side 120: "En aftale med en kreditor, hvorved denne accepterer kun at kunne søge sig fyldestgjort i den arv, der er i vente, uden at der ved aftalen tillægges kreditor fortrinsret i arvekravet, indeholder ikke en sådan disposition og er derfor gyldig, jf. U 1938.370 Ø."

Det kan lett tenkes at arvingen er gitt en opsjon på kjøp av en gjenstand dersom han arver tilstrekkelige midler til å dekke kjøpesummen. Forskjellen er ikke stor til en avtale hvor arvingene allerede har mottatt gjenstanden men gitt henstand med betaling til han arver tilstrekkelige midler.

Det gjør i seg selv heller ingen forskjell at avtalen er inngått mellom arvinger. Det er kanskje mellom nærstående slike avtaler er mest praktiske. Det forhold at avtalen består mellom arvinger etter samme arvelater kan lettere gi den preg av avtale om arvefordeling, men så lenge avtalen ikke får betydning for gjennomføringen av skifteoppgjøret kan ikke forholdet tillegges selvstendig betydning.⁵⁶⁷

I den utstrekning intet klart er bestemt i avtalen må det bero på en konkret tolking om det er arvefallet, skiftets avslutning eller det tidspunkt arvingen rent faktisk mottar arvemidlene som utgjør forfallstidspunktet. Hvis poenget med avtalen er at forfall først inntreffer når arvingen er i stand til å betale, vil det siste tidspunktet være mest naturlig.

Etter arvefallet er det arverettslig eller skifterettslig intet i veien for at stiftes avtalepant for kravet i arvingens arvelodd, eller at arvingen overdrar sin arvelodd til medkontrahenten, se pkt 62.6.

Dersom en fordring ikke utgjør et bestemt beløp, men er koplet til arvingens netto arvekrav, blir likheten til avhendelse av ventet arv større. I seg selv kan heller ikke dette være avgjørende for avtalens gyldighet. En slik fastsettelse innebærer at partene bevisst har tatt en risiko – som kan slå ut begge veier. Medfører dette at avtalen blir urimelig eller får andre uventede konsekvenser, må betydningen av dette avgjøres etter alminnelige avtalerettslige regler.

47 Oppdeling av åsetesgods

Åsetesrett er en rett for best prioriterte (normalt eldste) livsarving, til på dødsboskiftet å overta avdødes landbrukseiendom som oppfyller kravene til å være odelseiendom (odlingsjord), se odl § 51. Åsetesretten er ofte betegnet som en særskilt form for arverett.⁵⁶⁸ Preget av arverett skyldes at åsetesretten gir den berettigede rett til å overta

⁵⁶⁷ En arving må finne seg i at arvelaters eller dødsboets krav på ham motregnes i hans arvelodd, se sl § 61 tredje ledd, men ikke krav fra en medarving. Det er imidlertid ikke noe til hinder for at arvingen overdrar fordringen til boet, som deretter motregner i arvelodden. Men i så fall er dette en ordning dødsboet selv ønsker.

⁵⁶⁸ Se eksempelvis *Rygg og Skarpnes*, Odelsloven side 234.

eiendommen til en særlig rimelig åsetestakst – under markedsverdi, se odl § 56.⁵⁶⁹ Åsetesretten er også en form for skifterettighet ved at den gir rett til overtakelse av eiendommen på dødsboskiftet, se sl § 62.

Etter odl § 54 kan eieren av åseteseiendommen bestemme at den skal deles opp mellom flere av åsetesarvingene dersom ”eigedomen hans har slik storleik og avkastningsevne at ein huslyd ikkje treng det heile”. Slik bestemmelse kan også gjøres med virkning fra hans død, slik at den blir en testamentarisk disposisjon. I realiteten innebærer oppdelingsbestemmelsen at den eldste livsarvingen ikke alene oppnår åsetesfordelene, men at disse fordeles mellom flere av dem.⁵⁷⁰

Odelsloven § 54 krever at slik bestemmelse gjøres skriftlig, men det er ikke krav om testaments former. Heller ikke rammes en slik bestemmelse av livsarvingenes pliktdelsrettigheter.

Som for andre landbrukseiendommer krever oppdelingen godkjenning fra landbruksmyndighetene, men det er intet vilkår at godkjenningen foreligger før arvelaters død.

⁵⁶⁹ Sammenlign det som er gjennomgått ovenfor om at skifteavtaler som innebærer overtakelse til lave verdier lett kan innebærer avslag på falt arv.

⁵⁷⁰ En åsetesarving kan, på linje med en odelsarving, ikke bruke sin åsetesrett eller odelsrett til å overta flere eiendommer, se odl § 14. Oppdelingen innebærer derfor at åsetesretten kommer flere til gode. Se til illustrasjon Rt 1987 173 hvor oppdelingen ikke oppfylte vilkårene i odl § 54, slik at odl § 14 ikke var til hinder for overtakelse av hele den opprinnelige eiendommen.

5 Testamentsavtaler

51 Innledning og oversikt, systematikk

Med testamentsavtaler menes i vid forstand en avtale som på en eller annen måte knytter seg til en testamentarisk disposisjon. Disse kan i hovedsak oppdeles i tre grupper, men de ulike type avtaler kan skli litt over i hverandre.

For det **første** har vi avtaler som er inngått som vanlige avtaler, men som etter arverettslige regler er dødsdisposisjon, og derfor i realiteten er en testasjon som faller inn under testamentsreglene om blant annet formkrav og pliktdelsregler. Grensen mellom livs- og dødsdisposisjoner er behandlet i kapittel 24. Under kapittel 34 er det dessuten redegjort for avtaler som kan være gyldige både som livsdisposisjonsavtaler og som testamenter, og for hvorvidt det som er ment som en livsdisposisjonsavtale kan oppfylles som en testasjon – og omvendt.

For det **annet** har vi avtaler av testasjonskompetanse, som kan omfatte mange ulike typer avtaler. De viktigste er på den ene side livsarvingenes samtykke til pliktdelskrenkende testamenter som *utvider* arvelaters (faktiske) testasjonskompetanse (kapittel 53), og på den annen side arvepaktene hvor arvelater *begrenser* sin (rettslige) testasjonskompetanse (kapittel 54). Om forholdet mellom faktisk og rettslig testasjonskompetanse, se pkt 54.1.4.4.

Gruppen testasjonskompetanseavtaler omfatter også den rene delegasjon av testasjonskompetanse (kapittel 52), og – praktisk viktigere – hva som kan bestemmes om innskrenkning og utvidelse av testasjonskompetanse ved uskifte (kapittel 75) og gjensidig testament (kapittel 56).

En arvepakt er i al § 56 beskrevet som at arvelater forplikter seg til å *avstå* fra testasjoner. Motsetningen – som en **tredje** gruppe – er avtaler hvoretter arvelater forplikter seg til å *opprette* testament (kapittel 55). Disse to typer avtaler kunne vært beskrevet som henholdsvis negative og positive testasjonsavtaler. Når jeg likevel finner det mer treffende å rubrisere avtaler om å opprette testament i en annen gruppe enn avtaler som henholdsvis utvider eller begrenser arvelaters testasjonskompetanse, er det fordi førstnevnte handler om en avtalerettslig plikt til aktivt å gjøre noe mens den annen gruppe dreier seg om gyldigheten og rettsvirkningene av testasjoner.

Den vekt som er lagt på fremstillingen av de ulike grupper testamentsavtaler varierer, ikke bare ut fra hvilke problemstillinger som er mest praktiske, men også ut fra hvilke problemstillinger forfatteren mener fortjener oppmerksomhet.

52 Delegasjon av testasjonskompetanse

52.1 Presisering av problemstillingen

En grunnregel i arveretten, som følger av selve eiendomsretten, er at ingen kan testamentere over andres formue. Denne grunnregel kommer blant annet til uttrykk i al § 18 annet ledd hvoretter gjenlevende ektefelle i uskifte ved testament bare kan disponere over arven etter seg selv.

Denne arverettslige grunnregel er i tråd med den formuerettslige grunnregel om at ingen kan foreta andre rettshandler over andres eiendom – uten fullmakt. De arverettslige spørsmål dreier seg om hvorvidt det også kan gis fullmakt til å foreta testasjoner. Kan arvelater som eier overføre testasjonsretten som en begrenset eierbeføyelse? Når gjenlevende ektefelle skal overta førstavdødes formue i henhold til gjensidig testament som fastsetter sekundærarverett for førstavdødes arvinger. Dersom gjenlevende likevel gis rett å testamentere over arven etter førstavdøde, dreier dette seg om delegasjon av testasjonskompetanse, eller må det anvendes andre rettslige konstruksjoner?

Jeg skal først se på den generelle og prinsipielle problemstilling. Denne rendyrkede problemstilling dreier seg som oftest om grensen mellom testamentsfullbyrderoppdrag og ren delegering av testasjonskompetanse. Mer praktisk er antakelig spørsmålets betydning ved testasjoner fra gjenlevende ektefelle eller samboer som sitter i uskifte, eller som har overtatt førstavdødes formue i henhold til gjensidig testament. Konkretisert dreier disse spørsmål seg om ektefeller eller samboere kan gi hverandre rett til å testamentere over arven etter den andre, eventuelt om slik rett kan gis gjennom avtaler med den andres arvinger. Nedenfor antydes løsninger, mens spørsmål behandles mer konkret i pkt 56.4 og kapittel 75 for henholdsvis gjensidig testament og uskifte.

52.2 Den personlige testasjonskompetanse

Et av vilkårene for en gyldig testasjon er at den gir uttrykk for arvelaters reelle testasjonsvilje. Derfor er det i al § 62 og § 63 oppstilt egne regler om ugyldighet dersom arvelater ved opprettelsen var sinnssyk, var utsatt for utilbørlig press osv.

Et gyldig testament fordrer i utgangspunktet også rettslig handleevne, men testasjonsevne har aldri vært direkte knyttet til rettslig handleevne. Derfor gis det i al § 48 en egen bestemmelse om aldersgrense for testasjonsevne. Den er nå sammenfallende med myndighetsalderen. Mens myndighetsalderen tidligere var 20 år var aldersgrensen for testasjonsevne 18 år.

Knoph peker på denne forskjell som en del av begrunnelsen for hvorfor adgangen til representasjon er annerledes enn ved livsdisposisjoner. *Knoph* sier blant annet følgende om reglens formål: ”Mens nemlig myndighetsreglene sikter på å verne den umyndige selv, tenker forskriftene om testasjonshabilitet også på å beskytte legalarvingene og samfundet mot uvetlige disposisjoner fra en arvelaters side.”⁵⁷¹

Formkravene forutsetter at arvelaters personlige vilje om hvordan arven skal fordeles må ha kommet klart til uttrykk i testamentet. Det er ikke tilstrekkelig at andre i ettertid kan bekrefte at arvelater ville ha ønsket en bestemt fordeling. Særlige spørsmål oppstår hvor arvelaters vilje, om at et formuesgode skal tilfalle en bestemt person til et fastsatt tidspunkt, er kommet til uttrykk i et formriktig dokument, men uten at arvelater hadde noen tanker om at dette dreide seg om en testasjon. Se nærmere pkt 34.6 om avtaler som var ment som en livsdisposisjon, men som er en dødsdisposisjon, og som oppfyller testamentsformkravene.

I tillegg til de ovennevnte krav til testasjonsvilje, som fortrinnsvis oppstilles av hensyn til arvelater selv, stiller vår arverett krav til at testasjoner skal gjøres personlig. Så lenge det dreier seg om livsdisposisjoner kan arvelater ved fullmakt la seg representere av andre i de aller fleste sammenhenger. For personer som mangler rettslig handleevne oppstiller lovverket regler om tvungen representasjon. Ved testasjoner gjelder imidlertid ikke disse reglene.

Til sammenligning kan neppe ektepakter om formuesordningen inngås ved fullmektig, men el § 54 første ledd siste punktum forutsetter at de kan inngås av umyndig ektefelle. Det samme gjelder eksempelvis avtaler om avkall eller avslag på arv, se al § 45 annet ledd og § 74 annet ledd.

Det er vanskelig å se denne regel som noe annet enn en begrensning i testasjonsrådigheten, som derved styrker legalarvingenes posisjon. Formkravene begrunnes hovedsakelig i hensynet til arvelater selv, men delvis ut fra et slags

formynderperspektiv; arvelater skal vernes mot sine egne impulsive handlinger (solennitetshensynet). Det nærmeste man kommer ivaretagelse av hensynet til arvelater ved et forbud mot delegasjon av testasjonskompetanse er at dette kan lede til resultater arvelater egentlig ikke ville ha ønsket. På den annen side kunne dette hensyn vært ivare tatt etter lignende regler som for uselvstendige fullmakter. Et ”fullmakttestament” kunne bare vært gyldig dersom det lå innenfor arvelaters mening – uhindret av testamentsarvingens onde eller gode tro.

Med utgangspunkt i testasjonsrådighet som en eierbeføyelse, som også hviler på avtalefrihetens prinsipp, synes delegasjonsforbudet først og fremst å springe ut av gamle synspunkter om slektsarveretten som noe arvelater helst ikke skal gripe inn i.⁵⁷² Og skal han gjøre det, må han i alle fall ta seg bryderiet med selv å opprette testamentet.⁵⁷³

Annerledes blir imidlertid dette dersom man betrakter arveloven selv som rettsgrunnlag for testasjonsfrihet.⁵⁷⁴ Arveloven av 1854 inneholdt hjemler for testasjonsrådighet, se § 33 og § 38, jf § 1. I dag må arveloven forstås slik at loven i utgangspunktet fratar arvelateren rådigheten over sin etterlatte formue, slik at disposisjoner over arven bare kan gjøres ved testament eller i særskilt hjemlet arveavtale, se kapittel 23.

I dette perspektivet kan det sammenlignes med forvaltningsrettslig vedtakskompetanse. Vedtakskompetanse gitt i loven kan som utgangspunkt delegeres videre, men det kan også i loven være bestemt at kompetansen ikke kan delegeres videre – eventuelt oppstilles begrensninger eller vilkår. Forbudet mot delegering av testasjonskompetanse kan således sies å bygge på at lovgiver har forutsatt at den testasjonskompetanse loven gir arvelater ikke kan delegeres videre. Ut fra denne synsvinkel formulerer *Arnholm* problemstillingen slik:

⁵⁷¹ *Knoph*, Norsk arverett 1959 side 102-103.

⁵⁷² Synspunkter om testasjoner som en litt utidig inngripen i slektens rettigheter kommer til syne blant annet i uttalelsene i *Arnholm*, Arveretten side 52 om at arvelatere bør føle en viss respekt for lovens løsning.

⁵⁷³ Se til sammenligning *Arnholm*, Arveretten side 176 om drikkfeldige arvelatere: ”... kan han ikke holde seg edru i den tid som går med til å opprette et testament, er det ikke grunn til å respektere hans ønsker.”

⁵⁷⁴ Se *Arnholm*, Arveretten side 45 og *Arnholm*, Privatrett V side 39 som vedrørende legalarverett og testamentsarverett sier ”at loven i det ene tilfelle bestemmer arvefølgen direkte, og i det annet pr. delegasjon”.

”I den utstrekning loven anerkjenner en testasjonsrett, betyr det at den overlater det til arvelateren å peke ut arvingen. Skal det være utelukket at arvelateren *delegerer* denne myndighet til en annen, hvis han mener dette er ønskelig i det konkrete tilfellet?”⁵⁷⁵

Lødrup er skeptisk til synspunktet om at lovgiver som et vilkår for sin delegasjon av arvefordelingskompetanse til arvelater setter som ufravikelig vilkår at arvelater fullt ut foretar testasjonene selv. *Lødrup* mener det i stedet ”på et mer fritt grunnlag [må] vurderes hvor langt testator *bør* kunne gå i retning av å la en annen få innflytelse på arvets fordeling”.⁵⁷⁶

Knoph forklarer forskjellene mellom livsdisposisjoner og testasjoner slik: ”Testamentet hører til de rettshandler som må inngås *personlig*. Verken vergen eller en fullmektig kan opprette testament i den representertes navn. Denne avvikelse fra hva det ellers er alminnelig i rettshandelsforhold, forklares på den ene side ved selve testamentsarverettens grunn: når loven i respekt for avdødes siste vilje tillegger den rettsvirkning, må man gjennom testamentets personlige opprettelse skaffe sig garanti for at det virkelig er arvelaters egen vilje som er uttrykt. På den annen side kan det ikke sies å være noget egentlig behov for å kunne opprette testament ved fullmektig. En slik rettshandel foretar man jo ikke hver dag, og får man ikke testament i stand, er ulykken ikke verre enn at den legale arveretten trer inn.”

Jeg er enig i *Lødrups* utgangspunkt. En fullstendig avvisning av adgangen til å delegere testasjonskompetanse kan ikke uten en mer konkret vurdering bare begrunnes i at testamentet er en personlig disposisjon og at det ikke er noen stor ulempe for arvelater å formulere sine testasjoner selv. Det kan nemlig tenkes situasjoner hvor det foreligger et legitimt behov for å overlate den nærmere bestemmelse til andre, og hvor det samtidig er vanskelig for arvelater å få til en endelig utforming av testamentet i tråd med sine ønsker.

Når grensen for den tillatte delegasjon skal trekkes må det foretas en vurdering av de ulike hensyn og momenter som det er referert til ovenfor. På den ene side er det klart at arvelater ikke helt uten retningslinjer kan overlate fordelingen til andre. Slektsarveretten fortjener i alle fall den respekt at den må bli stående hvor arvelater ikke har noen tanker om hvem som *bør* arve ham.⁵⁷⁷ På den annen side må det ses hen

⁵⁷⁵ *Arnholm*, Arveretten side 166. Se for øvrig den generelle fremstilling på sidene 164-169.

⁵⁷⁶ *Lødrup*, Arverett § 14 V, side 153.

⁵⁷⁷ Annerledes blir dette dersom arvelater bare har ett klart testasjonsønske, og det er at slekten intet skal arve. Det er kanskje ikke noe urimelig krav at arvelater tar seg bryderiet med å finne en annen arving. Det er mange gode veldedige organisasjoner å velge mellom! På den annen side må det være klart at dersom alle andre vilkår er oppfylt, blir resultatet av en testasjon som bare utelukker hele slekten fra arv at staten arven i henhold til al § 46. I slike tilfeller kan det være grunn til å vurdere testasjonsevnen, og eventuelt grensen mot al § 64.

til hvilke behov arvelater har for å overlate avgjørelsen til andre.⁵⁷⁸ Mangler arvelater kunnskaper som er nødvendige, kan han søke hjelp og råd ved opprettelsen av testamentet – hvilket ofte forekommer. Frykter man endringer etter arvelaters død kan han i testamentet redegjøre for betingelser og forutsetninger mv, slik at testamentets innhold kan endres eller presiseres ad tolkingsvei.

Foreliggende rettspraksis preges av konkrete vurderinger, hvor det synes vektlagt i hvilken utstrekning delegasjonen har til formål å tilstrebe en oppfyllelse av arvelaters ønsker og at testamentet og delegasjonen har et fornuftig formål.⁵⁷⁹ Se eksempelvis *Rt 1918 449*, *Rt 1912 116*, *RG 1964 414* Eidsivating og *RG 1955 696* Bergen.⁵⁸⁰

Fra *Rt 1912 162* hitsettes Høyesteretts konklusjon:

”Høyesteret kommer med hensyn til det under nærværende sag omtvistede spøragsmaal til samme resultat som de tidligere instanser, hvis begrundelse man ogsaa i alt væsentlig finder at kunne tiltræde. Man finder ikke, at noget af de paaberaabte lovbud kan være til hinder for, at en arvelader i sit testament, saaledes som in casu skeet, overlader til andre at bestemme, hvad der, naar de af testator indsatte arvinger er fyldestgjort, skal gjøres med den mulig tiloversblevne formue. Navnlig antages arvelovens § 45⁵⁸¹ ikke at kunne forstaaes derhen, at den forbyder testator at træffe saadan disposition. Det kan ingenlunde med føie paastaaes, at en saadan fortolkning vil medføre urimelige resultater og saaledes komme i strid med lovens hensigt.”

De samme utgangspunkter og den samme usikkerhet som finnes i norsk rett kjennetegner også dansk rett.⁵⁸²

Spørsmålene om delegering av testasjonsmyndighet er ganske mangeartede, og kan dukke opp i ulike sammenhenger. Ovenfor har jeg bare drøftet den tradisjonelle problemstilling, nemlig i hvilken utstrekning en arvelater i et ordinært testament kan

⁵⁷⁸ *Lødrup*, Arverett § 14 V, side 154 peker på at arvelaters erkjennelse av at andre har bedre forutsetninger for en ham selv for å treffe valget, ofte er et sunnhetsstegn som bør respekteres.

⁵⁷⁹ I dansk rett er det påpekt at adgangen er videre ved veldedige enn ved private formål, se *Danielsen*, Arveloven 2005 side 376-377

⁵⁸⁰ De fleste av dommene er kommentert i *Arnholm*, Arveretten side 164-165 og *Lødrup*, Arverett § 14 V, side 154-155, samt *Knoph*, Norsk arverett 1959 side 101. Sistnevnte sier blant annet om *Rt 1912 116* at det i den ligger ”gjemt diverse fingerpek om løsningen av det spørsmål vi behandler”. Se videre den omfattende fremstillingen hos *Frantzen*, Delegasjon.

⁵⁸¹ Arveloven 1854 § 45 lød slik: ”Er der Overskud i Boet, efterat alle de ved Testamentet bortgivne Gjenstande, Summer eller Dele af samme ere udlagte, tilfalder det Tiloversblevne Testators Arvinger efter Loven, medmindre det af Testamentet tydeligen fremgaer, at Testator har villet have sin hele Formue deelt mellom de testamentariske Arvinger, i hvilket Tilfælde ogsaa Overskuddet fordeles mellom disse i det Forhold, hvori der er tillagt dem Arv, dog saaledes, at de, som ere indsatte for visse Gjenstande eller Summer eller en vis Indtægt, ikke tage Mere end det dem udtrykkeligen Tillagte, saalænge der gives Andre, der ere indsatte for Brøkdele af Boet.”

overlate til andre å treffe nærmere avgjørelser om arvens fordeling. Spørsmålene om delegasjon av testasjonsmyndighet oppstår også i forbindelse med uskifte og gjensidige testamenter, nemlig i hvilken utstrekning gjenlevende i testament kan disponere over det som er arven etter førstavdøde – eller som ved et senere skifteoppgjør ville vært arven etter førstavdøde dersom gjenlevende ikke hadde testamentert over midlene. Likeledes kan spørsmålet om delegasjon oppstå hvor testator overlater til testamentsarvingen å bestemme hvem som skal arve dersom testamentsarvingen dør før testator.

52.3 Testasjoner over uskifteboet

Det fremgår av al § 26 første ledd første punktum at felleseiemidler skal likedeles med mindre noe ”anna er fastsett”. Forarbeidene sier intet om hva forbeholdet sikter til, herunder om det med ”fastsett” siktes til noe annet enn ”avtalt” i annet ledd.⁵⁸³

Forbeholdet er i teorien oppfattet slik at ektefellene i testament både kan ha bestemt en annen fordeling, og at gjenlevendes testasjoner derved ligger ”utenfor delegasjonstilfellene”.⁵⁸⁴

Lødrup begrunner ektefellenes adgang til gi gjenlevende testasjonsrådighet over arven etter førstavdøde med at ektefellene kunne oppnådd det samme ved det gjensidige testamentet, og at det ikke er ”noen grunn til å frata gjenlevende denne friheten hvor de velger uskiftealternativet”.⁵⁸⁵

Både *Hambro* og *Asland* forutsetter at ektefellene med hjemmel i forbeholdet ”når ikkje anna er fastsett” i testament kan fastsette en annen deling, men tar ikke direkte opp forholdet til reglene om delegasjon av testasjonskompetanse.⁵⁸⁶

For den nærmere tolking av bestemmelsen i al § 26 første ledd første punktum if må det først presiseres at skifte av uskiftebo – som et sammensatt skifte – består av to ulike elementer, delingen mellom ektefellene og arvefordelingen.

Likedelingsregelen i al § 26 første ledd første punktum regulerer bare delingen mellom ektefellene, og springer ut av ektefellenes formuesordning, se kapittel 43 og nærmere i kapittel 73. Tilføyelsen ”når ikkje anna er fastsett” må derfor forstås som at

⁵⁸² Se *Danielsen*, Arveloven 2005 side 375-378 med henvisninger til rettspraksis og annen teori, og som konkluderer med at rettsstilstanden er usikker. For en oversikt over den nordiske rettsstilstand, se *Lødrup*, Nordisk arverett side 304-305 med videre henvisninger.

⁵⁸³ Se Prp36 side 155, jf også *Hambro*, Arveplanlegging side 281.

⁵⁸⁴ *Lødrup*, Arverett § 14 V, side 155.

⁵⁸⁵ *Lødrup*, Arverett § 14 V, side 155 jf også § 33 III 6 side 382-383.

den peker på fastsettelse om hvordan delingen mellom ektefellene skal foretas, hvor sentrale fastsettelse er de øvrige bestemmelser i al § 26, samt reglene i al § 17 og § 27.

Loven forholder seg riktignok ikke helt konsekvent i forhold til skillet mellom de to delingsoppgjør, idet allerede al § 26 første ledd annet punktum inneholder en (unødig) bestemmelse om arvefordelingen etter førstavdøde. I denne sammenheng er det imidlertid tilstrekkelig å peke på at delingen mellom ektefellene springer ut av formuesordningen og at avtaler om denne ikke kan gjøres ved testament.

Fordelingen av arven etter førstavdøde kan derimot ektefellene gripe inn i ved testament, og derved påvirke at det samlede delingsoppgjør blir et annet enn utgangspunktet etter al § 26 første ledd – og derved også indirekte påvirke gjenlevendes testasjonsrådighet uten at det dreier seg om delegasjon av testasjonskompetanse.

Skal det gjøres endringer i gjenlevendes testasjonskompetanse må det i utgangspunktet gjøres endringer i hvordan uskifteboet skal deles mellom ektefellene.

Jeg er enig med *Lødrup* (jf ovenfor) i at ektefellene bør kunne gjøre bestemmelser slik at gjenlevendes testasjonsrådighet utvides – eller innskrenkes, men er ikke enig i at dette hjemles i al § 26 første ledd første punktum. Det forhold at ektefellene kunne ha gjort slike bestemmelser i gjensidig testament er ikke et tilstrekkelig argument for en utvidende tolking i strid med lovens og uskiftets system med to ulike delingsoppgjør.⁵⁸⁷ Derimot peker *Lødrup* på et viktig supplement til lovens hjemler. Ektefellene må kunne velge legaluskifte samtidig som de ved testament – eller annen gyldig avtale – har gjort fastsettelse som medfører utvidet testasjonskompetanse for gjenlevende. Lovens uskifteregler hjemler ikke testamentariske bestemmelser om utvidet testasjonsrådighet for gjenlevende, men uskiftereglene kan supplere med ektefellenes fastsettelse i tråd med de regler som gjelder for forhåndsavtaler om delingen mellom ektefellene eller fordelingen av arven etter førstavdøde. Se nærmere kapitlene 72 og 75.

⁵⁸⁶ *Hambro*, Arveplanlegging side 280-281 og *Asland*, Uskifte side 411 jf også side 300.

⁵⁸⁷ Generelt kan det ikke anføres som argument at en rett kunne vært utledet av testament. Den antitetiske slutning ligger ofte nærmere. Når slikt testament ikke er opprettet, foreligger heller ikke den aktuelle rettighet.

I forhold til temaet delegasjon av testasjonskompetanse må det understrekes at verken uskifte eller gjensidig testament i seg selv gir gjenlevende rett til å testamentere over arven etter førstavdøde med mindre hun selv er blitt eier av den. Et gjensidig testament som gir gjenlevende full testasjonsrådighet selv om førstavdødes arvinger har sekundærarverett må derfor være konstruert slik at en viss eiendomsrett må være overført. Se kort nedenfor, samt nærmere for gjensidige testamenter i pkt 56.4 og for uskifte kapitlene 74 og 75.

Det som ovenfor er sagt om delegasjon av testasjonskompetanse ved uskifte gjelder tilsvarende hvor særreidmidler er overtatt uskiftet, eller ved uskifte mellom samboere. Gjenlevendes testasjonsrådighet kan i prinsippet bare utvides ved at ektefellene eller samboerne oppretter gyldige forhåndsavtaler som er bestemmende for delingen av uskifteboet (både arvefordelingen og delingen mellom ektefellene). Slike avtaler er imidlertid mulig å kombinere med bestemmelser som sikrer sekundærarverett for førstavdødes arvinger.

52.4 Testasjoner over midler overtatt i henhold til gjensidig testament

Det er ikke tvilsomt at det kan opprettes gjensidige testamenter som gir gjenlevende adgang til å testere over hele formuen uhindret av eventuell sekundærarverett for førstavdødes arvinger. Herunder kan gjenlevende også endre sekundærtestasjoner, eksempelvis ved slik bestemmelse:

”Ved lengstlevendes død skal den samlede formuen tilfalle Røde Kors, med mindre gjenlevende har bestemt annerledes i testament.”

Testasjonsrådighetsreglene i al § 58 er fravikelige, dvs de er bare tolkingspresumsjoner på linje med al § 67.⁵⁸⁸ Tolkingspresumsjonen i al § 67 nr 3 forutsetter at førstavdødes arvingers sekundærarverett kan kombineres med testasjonsrådighet for gjenlevende.

Den subsidiære sekundærarverett for førstavdødes arvinger er ingen legalarverett. Det forutsettes derfor at sekundærarveretten bygger på det gjensidige testamentet – om enn ifølge al § 67 gjennom tolking.

⁵⁸⁸ Se blant annet *Prp36* side 179-II.

Som nevnt ovenfor gir imidlertid ikke konstruksjonen gjensidig eller felles testament i seg selv hjemmel for å disponere over arven etter førstavdøde, herunder å endre hans egne testasjoner. Det gjensidige testamentet må derfor konstrueres slik at det gir gjenlevende en eiendomsrett som er nødvendig for å foreta testasjoner, samtidig som den subsidiære sekundærarveretten for førstavdødes arvinger er sikret. Se nærmere om de ulike rettslige konstruksjoner i pkt 56.4. I kapittel 56 drøftes også det motsatte spørsmålet, nemlig om gjenlevendes *fraskrivelse* av testasjonskompetanse som del av et gjensidig testament.

52.5 Testamenter som gir en arving rett til å utpeke hvem som skal arve dersom arvingen dør før testator

Dersom en testamentsarving dør før testator, har han ikke rett til arv, jf al § 71. Når testamentsarvingen ikke selv kan motta arven, oppstår spørsmålet om noen andre skal tre inn i den avdøde testamentsarvingens sted. Dette beror utelukkende på en tolking av testamentet. I al § 66 nr 2 finnes dessuten en tolkingspresumsjon for slike tilfeller. Spørsmålet i denne sammenheng er om testator kan overlate til testamentsarvingen selv å avgjøre hvem som skal arve i hans sted.

Som et utgangspunkt for drøftelsen kan det pekes på at testamentsarvingen helt klart ikke på eget initiativ kan utpeke sin etterfølger som testamentsarving dersom han selv skulle dø før arvelater. En slik bestemmelse kan riktignok ikke ses som overdragelse eller annen disponering over arv testamentsarvingen har i vente. Forutsetningen for bestemmelsen er jo nettopp at den utpekte ”primærttestamentsarvingen” ikke kommer til å arve. De hensyn som ligger bak al § 44 taler imidlertid mot at testamentsarvingen på egen hånd foretar slike bestemmelser. Et av argumentene mot avhendelse av ventet arv har vært at arvingen disponerer over noe han slett ikke eier. Dette argumentet passer i alle fall hvor testamentsarvingen på eget initiativ utpeker sin etterfølger, hvilket i realiteten er å utpeke hvem som skal arve testator.

Spørsmålet må løses på bakgrunn av de samme momenter som er redegjort for under pkt 52.2. En bestemmelse om at testamentsarvingen selv utvelger sin etterfølger har mange likhetstrekk med en testasjon til fordel for ”Peder Ås eller hans

etterkommere”. Ordet etterkommere kan byttes ut med nærstående. Testamentet bør imidlertid inneholde en bestemmelse for hva som skjer dersom testamentsarvingen ikke har foretatt noen slik utvelgelse.

Forholdet kan ses som en overføring av eierbeføyelser i arvelaters live, men er i realiteten delegasjon av testasjonskompetanse. Arverettsgrunnlaget for de som skal arve i primærarvingens sted må derfor fremgå av testamentet.

52.6 Den delegerte/testamentsfullbyrderen går utenfor sin rett

En bestemmelse om delegasjon av testasjonskompetanse, eller om testamentsfullbyrders oppgaver og fullmakt, kan som andre testamentariske bestemmelser måtte undergis en tolking før det nærmere innhold avklares. Slik tolking følger alminnelige testamentstolkingsregler. Et annet spørsmål er hvilke regler som skal følges dersom testamentsfullbyrder går utenfor sin fullmakt.⁵⁸⁹ Dersom en arving som følge av testamentsfullbyrders feil blir urettelig forbigått, blir spørsmål om etteroppgjørsreglene i sl §§ 42-43 med videre henvisninger til reglene i forsvinningsloven skal anvendes. Alternativt kan forholdet betraktes som at skifteoppjøret er avsluttet ved at den aktuelle del av arveformen er overført til testamentsfullbyrder, som gjennom fullmakt fra arvelater foretar utdelinger på hans vegne. Spørsmålet blir da om avtalerettslige fullmaktsregler og alminnelige godtroekstingsregler får anvendelse.

Som nevnt ovenfor kan testamentet konstrueres som en eiendomsovergang til ”testamentsfullbyrder”, som inneholder pålegg og betingelser, og hvor det er mest nærliggende å bygge på alminnelige formuesrettslige regler. Der hvor fordelingen skjer i henhold til et tradisjonelt testamentsfullbyrderoppdrag, må utgangspunktet være at skifterettslige etteroppgjørsregler anvendes.

Dersom man beveger seg inn på avtalerettslige fullmaktsregler oppstår det videre spørsmål om hvordan disse skal anvendes. Får mottaker se testamentet (som er fullmakten), foreligger det i utgangspunktet en selvstendig fullmakt (frasagnsfullmakt) som gjør at mottakers gode eller onde tro får betydning hvor testamentsfullbyrder har gått utenfor sin rett, men er innenfor sin

⁵⁸⁹ Det vil også oppstå spørsmål om hvem som i tilfelle har tilstrekkelig rettslig interesse i å angripe testamentsfullbyrders utdeling av midler. Dette må avgjøres etter de alminnelige regler i tvl § 1-3 jf ved offentlig skifte sl § 22 første ledd. Foruten å pretendere et rettskrav, må den som vil angripe utdelingen påvise et reelt behov for å få kravet avgjort i forhold til mottaker av arven.

legitimasjon. På den annen side kan det anføres at formkravene hindrer arvelater fra å gi bindende instruksjoner som ikke har kommet til uttrykk i eller som følger av en tolking av testamentet.⁵⁹⁰

52.7 Forholdet til testamentsfullbyrderoppdrag og offentlig skifte

Jeg har i denne avhandlingen generelt sett det som et mål å samordne flere regelsett. Spørsmålet som her reises er om arvelaters delegasjon av testasjonskompetanse kan samordnes med reglene om testamentsfullbyrdere. Testamentsfullbyrderoppdraget går i henhold til sl § 87a ut på å ”utføre bobehandlingen”. Testamentsfullbyrderen fungerer som fullmektig ved privat skifte og bobestyrer ved offentlig skifte.⁵⁹¹

Frantzen avgrensner mot testamentsfullbyrderordningen:

”En testamentsfullbyrders oppgave vil, som navnet indikerer, i utgangspunktet kun være å fordele arven i samsvar med testamentet. Delegasjonsspørsmålet er hvor langt man gjennom et testament kan tildele fullbyrderen eller andre noen selvstendig myndighet til å avgjøre fordelingsspørsmålene.”⁵⁹²

Jeg ser ingen nødvendig avgrensning mellom disse to ordninger. For delegasjon finnes usikre regler om forholdet til det materielle kravet om personlig testasjon, men ingen formelle regler om den delegertes posisjon dersom delegasjonen godtas. Jeg vil anta at i de fleste tilfeller hvor arvelater i testament overlater til andre å treffe nærmere avgjørelser, ligger det normalt også en forutsetning om å gjennomføre de avgjørelser som tas – eksempelvis i å fordele midlene til de valgte organisasjoner. I mange tilfeller er det nettopp testamentsfullbyrder som er gitt avgjørelsesmyndighet, se eksempelvis *Rt 1912 162*. Spørsmålet om delegasjon av testasjonskompetanse kan derved formuleres som et spørsmål om hvilken avgjørelsesmyndighet testator kan gi testamentsfullbyrder.

Ved å kople seg til reglene om testamentsfullbyrdere har man i alle fall et utgangspunkt for den delegertes skifterettslige posisjon. Det kan selvfølgelig tenkes at testamentet bestemmer noe annet, eller det viser seg at uhjelpseksperter ikke egner seg

⁵⁹⁰ For en tilsvarende problemstilling, se *Lødrup*, Arverett § 14 V, side 155.

⁵⁹¹ Bestemmelser om testamentsfullbyrder er i følge sl § 87 første ledd tredje punktum ikke bindende for avdødes livsarvinger eller ektefelle. I forhold til livsarvinger følger dette allerede av pliktdelelsreglene, men regelen er litt vanskeligere å forsvare i forhold til gjenlevende ektefelle. Begrunnelsen for bestemmelsen er at det kan virke ydmykende for gjenlevende. På den annen side kan gjenlevende i testament hun har fått kunnskap om fratas all legalarverett utover minste arven. Da må vel også førstavede kunne gjøre hennes legalarverett betinget av at hun godtar bestemmelsen om testamentsfullbyrder?

⁵⁹² *Frantzen*, Delegasjon side 851.

som bobestyrer. Disse situasjoner oppfanges imidlertid av sl § 87a annet ledd, hvorefter tingretten – både ved offentlig og privat skifte – i særlige tilfeller kan bestemme at skifte skal foregå uten bistand eller uten fortsatt bistand fra testamentsfullbyrderen. Inkludert i dette er også at deler av oppdraget utføres av andre, slik at den kyndige delegerte treffer avgjørelsene, mens enn annen bestyrer dødsbobehandlingen.⁵⁹³

Ved offentlig skifte har tingretten og bobestyrer mulighet for å anta medhjelper til utføring av konkrete oppgaver. Tilsvarende gjelder for testamentsfullbyrder ved privat skifte.⁵⁹⁴ Derved kan det oppnås en hensiktsmessig arbeidsfordeling, eksempelvis slik at den delegerte gir råd, mens en annen utfører bobehandlingen.

52.8 Formkrav ved delegering av testasjonsmyndighet

Arvelater kan ikke ved alminnelig fullmakt overlate til andre å opprette testament i sin egen levetid. Et slikt testament ville være ugyldig fordi den personlige testasjonsvilje mangler. I den utstrekning det åpnes for å overlate til andre å gi nærmere bestemmelser om arvens fordeling etter arvelaters død, er dette i seg selv en testamentarisk bestemmelse og som derfor må gjøres i testaments former.

Det kan her sammenlignes med det som er sagt i pkt 54.3 om at også arvepakter er testamentariske disposisjoner, slik at det er naturlig med formkrav både til arvelaters erklæring om at et testament skal være ugjenkallelig og generelt ved fraskrivelse av testasjonskompetanse. Derimot kreves ikke formkrav for den rent avtalerettslige disposisjon som ligger i å etablere avtalerettslig binding.

53 Utvidelse av arvelaters testasjonskompetanse, forhåndsgodkjenning av pliktdelskrenkende testament

53.1 Oversikt over problemstillingene

Det er ingen tvil om at et pliktdelskrenkende testament blir gyldig ved at livsarvingene godkjenner det. Det samme gjelder andre feil eller ugyldighetsgrunner, såfremt visse

⁵⁹³ I dansk rett tar *Danielsen*, Arveloven 2005 side 277 opp spørsmålet om bobestyrers rett til å fortolke testamenter, men drøfter dette mest ut fra en skifterettslig synsvinkel, nemlig den formelle adgang til å treffe bindende avgjørelser. For dansk retts vedkommende er disse spørsmål regulert i dødsboskifteloven av 22.5.1996 nr 383 § 53, som langt på vei tilsvare sl § 91b.

minstekrav til arvelaters testasjonsvilje og hvordan denne har kommet til uttrykk er oppfylt.⁵⁹⁵ Dette var gjeldende rett også under al 1854, og er forutsatt i forarbeidene til gjeldende lov.⁵⁹⁶

Det er videre alminnelig enighet at et reparerende samtykke også kan gis på forhånd – der hvor det måtte være behov for det. Så lenge arvelater er testasjonsfør kan han jo eksempelvis reparere formfeil som blir oppdaget i hans levetid. Under pkt 25.4 er det drøftet hvorvidt samtykke kan være særskilt hjemmel for å disponere over pliktdelsarv i henhold til al § 29 annet ledd if. Under pkt 53.2 skal jeg likevel redegjøre noe nærmere for hva et slikt samtykke innebærer, for derved nærmere å belyse forholdet til avkallsreglene.

Som generelt påpekt i pkt 14.4 vil spørsmål som dette ikke bare dreie seg om lovtolking. Avgjørende for hvilke rettsregler som kommer til anvendelse er hva partene har avtalt, fastsatt eller forutsatt. Først når avtalens innhold er klarlagt oppstår spørsmålet om subsumsjon og lovtolking – for derved å avgjøre om avtalens innhold ligger innenfor lovens rammer.

Se til sammenligning også pkt 35.1 hvoretter det samme gjelder ved vurderingen av om det foreligger mislighold av en avtale. Verken lovstrid eller mislighold kan konstateres før avtalen er ferdig tolket og utfylt.⁵⁹⁷

I det følgende er det bare forhåndssamtykke til pliktdelskrenkende testament som skal behandles, og da særlig forholdet til reglene om avkall på ventet arv i al § 45, jf kapittel 63. Det har lenge vært bred enighet om at et samtykke avgitt etter arvelaters

⁵⁹⁴ Hjemmel for dette ligger i tingrettens, bobestyrers og testamentsfullbyrers plikt til forsvarlig skiftebehandling. Reglene i sl § 16, som etter sin ordlyd bare gjelder dersom bobestyrer ikke er oppnevnt, kan for det første ikke oppfattes bokstavelig, og uansett ikke som en begrensning i adgangen til å foreta forsvarlig skiftebehandling. Se Norsk lovkommentar nettversjon 2009 note 97 til skifteloven.

⁵⁹⁵ Se *Lødrup*, Arverett § 20 III, side 221-222 og *Unneberg*, Arveretten side 259-264.

⁵⁹⁶ *Knoph*, Norsk arverett 1959 side 205 uttrykte det slik: "Om en enkelt mangel, nemlig krenkelse av pliktdelsreglene, inneholder arvel. et par uttrykkelige regler. Den sier således i § 49 at hvis nogen ved testament har gitt bort mer enn loven tillater, 'skal dette dog ikke være til hinder for at det iøvrig fullbyrdes'. Helt uvirksomt blir altså testamentet ikke, hvilket jo også vilde ha vært høist unaturlig. ... Hvis derimot en arvinges aktuelle tvangsarverett vilde krenkes ved testamentet, er dette for så vidt 'ugyldig'. Men denne ugyldighet er uten tvil betinget av at pliktdelsarvingen ønsker å gjøre sin rett gjeldende. Foretrekker han – av pietet overfor arvelateren eller av andre grunner – å la testamentet stå uanfektet, er dette i enhver henseende i orden." Det samme sies av *Platou*, Arveret 1910 side 239 helt enkelt slik: "Har Arvingen paa en eller anden Maade anerkjendt Testamentet, optræder Testamentsarvingen i enhver Henseende, som om Testamentet *ab initio* havde været uangribeligt." I *Utk62* side 223 sies det at "arvingen kan imidlertid godta (uttrykkelig eller stilltiende) et mangelfullt testament".

⁵⁹⁷ *Hov*, Kontraktsrett II side 45.

død ikke regnes som avslag på falt arv.⁵⁹⁸ Derimot er rettstilstanden mer uklar når det gjelder forholdet mellom forhåndssamtykke og avkallsreglene. For å avklare dette forholdet må det foretas en nærmere analyse av hva et forhåndssamtykke til pliktdelskrenkende testament innebærer, sammenholdt med hva et avkall innebærer.

53.2 Hva innebærer et forhåndssamtykke? Forholdet mellom legalarverett og pliktdelsrett

Under kapittel 25 har jeg foretatt en gjennomgang av pliktdelsreglenes betydning for adgangen til å inngå arvefordelingsavtaler, og herunder foretatt en analyse av pliktdelsreglenes karakter. Videre er forholdet mellom lovens arvegangsregler (som fordelingsregler) og pliktdelsreglene (som beskyttelsesregler) behandlet. Det ble konkludert med at pliktdelsretten i dag kun er en rett for livsarvingene til å angripe testamenter som griper inn i den lovbeskyttede legalarverett (pliktdelsarven), men som ikke sikrer livsarvingen en minste arv eller en minste andel av arvelaters etterlatte formue. Som påpekt i pkt 25.4 innebærer derfor et samtykke til pliktdelskrenkende testament normalt ikke annet enn at livsarvingen fraskriver seg denne retten til å gjøre innsigelser mot testamentet gjeldende. Arvingens løfte må tolkes konkret, men i seg selv inneholder ikke et samtykke til pliktdelskrenkende testament samtidig et frafall av legalarveretten.

Lødrup synes å dele denne oppfatningen hva gjelder realiteten i et forhåndssamtykke, idet han påpeker at det kun innebærer ”en ’frigivelse’ av pliktdelsvernet”.⁵⁹⁹ Utsagnet er imidlertid koblet til spørsmålet om forhåndssamtykke innebærer *avhendelse* av ventet arv, jf nærmere nedenfor.

Det faktiske resultat av samtykket er at livsarvingens legalarv reduseres eller helt faller bort. Derved er det nærliggende å betrakte samtykket som et avkall på ventet arv. Det kan imidlertid ikke bare fokuseres på det faktiske resultatet, men på hvilke av sine ulike legalarverettigheter livsarvingen har gitt avkall på. Betydningen av dette er eksempelvis klar hvor det testamentet ikke disponerer over hele arven – eventuelt også bare deler av pliktdelsarven. Likeledes har klargjøringen betydning hvor det pliktdelskrenkende testamentet viser seg å være ugyldig, blir tilbakekalt osv.

⁵⁹⁸ Se *Hambro*, Arveloven side 200-210, 438 og 572, *Lødrup*, Arverett § 8 IV, side 101 og *Unneberg*, Arveretten side 73 og 261-263, samt underforstått *Arnholm*, Arveretten side 93 og *Arnholm*, Privatrett V side 257.

⁵⁹⁹ *Lødrup*, Arverett § 8 IV, side 102.

Er det bare pliktdelsbeskyttelsen livsarvingen har gitt avkall på, trer han normalt inn i sin rett til arv dersom testamentet ikke lenger er virksomt. Har han derimot betingelsesløst gitt avkall på sin rett til legalarv, er testamentets skjebne uten betydning.

Ofte er samtykke til pliktdelskrenkende testament gitt konkret, i den forstand at det samtykkes til at arven tilfaller én bestemt testamentsarving. Selv om samtykket oppfattes som avkall på ventet arv kan det således tenkes at avkallet bortfaller etter avtalerettslige regler om bristende forutsetninger mv dersom testamentet er ugyldig. Dette er imidlertid en unødig komplisert vei å gå, i stedet for direkte å foreta en tolking av hva livsarvingen egentlig har gitt avkall på.

Retten til å protestere mot et pliktdelskrenkende testament er en beføyelse som følger av legalarveretten. På samme måter som en eier kan fraskrive seg enkeltstående eierbeføyelser, kan en legalarving fraskrive seg enkeltbeføyelser uten derved å oppgi selve legalarveretten. Tilsvarende oppdeling av en legalarverettighet i enkelte beføyelser gjelder også for gjenlevendes ektefelles rett til legalarv og uskifte. Gjenlevende kan fraskrive seg sin rett til testamentsbeskyttelse uten å fraskrive seg legalarveretten. Eller fraskrive seg retten til minste arv, men ikke brøkedelsarv. Gjenlevende kan fraskrive seg retten til uskifte, men forbeholde seg retten til vanlig ektefelle arv. Gjenlevende kan også fraskrive seg enkeltbeføyelser under uskiftet, eksempelvis til å protestere på betydelige gaver eller sær oppgjør til en enkelt uskiftearving, se pkt 75.8.

Betraktningen om enkeltbeføyelser som springer ut av uskiftearvingers rettsposisjon synliggjøres i LA 2009 5839 hvor lagmannsretten fant at en av uskiftearvingene hadde gitt avkall på arv, og derfor ikke kunne angripe en utdeling fra uskifteboet etter al § 19 og § 21.

Synspunktet om at et samtykke til pliktdelskrenkelse, som i realiteten fører til at livsarvingen intet arver, likevel ikke berører legalarveretten, kan sammenlignes med forholdet mellom livsarvinger og gjenlevende ektefelles minste arv, al § 6 jf § 1 tredje ledd. I de helt små dødsboer vil livsarvingene intet arve – eventuelt en bestemt sum, men må antas å beholde sin posisjon som loddeier, se kapittel 26.

Et skille mellom grunnrettigheten og elementer av den, og spørsmål om hva som er fraskrevet, finnes til sammenligning i odelsretten. Ved odelsfraskrivelse oppstår tidvis spørsmål om fraskrivelsen bare omfatter selve løsningsretten, og i tilfelle bare overfor enkelte personer eller generelt, eller om den også omfatter odelsretten i sin helhet, se odl § 25. Er det bare løsningsretten som er fraskrevet, kan odelsretten – selv om den i utgangspunktet er preskribert – likevel vekkes til live ved senere begivenheter, se odl §§ 41-43. Se også pkt 62.2 hvor odelsrettsreglene brukes til å illustrere forskjellen på avhendelse av og avkall på ventet arv.

53.3 Forholdet til reglene om avkall på ventet arv

Det er som nevnt alminnelig enighet om at en livsarvings unnlattelse av å angripe et pliktdelskrenkende testament *etter* arvelaters død, ikke regnes som avslag på falt arv. Derimot er det i **teorien** ulike synspunkter på hvorvidt et forhåndssamtykke til arvelaters pliktdelskrenkende testament må regnes som et avkall på arv.

Lødrup avklarer først at forhåndssamtykke ikke er avhendelse av ventet arv, idet avhendelse innebærer ”overføring til en tredjeperson, og ikke en ’frigivelse’ av pliktdelsvernet”. Om forholdet til avkallsreglene sies så følgende:

”Derimot er det mer nærliggende å si at vi står overfor et avkall på arv, og som nærmere reguleres av al. § 45. Og et slikt avkall er – som hovedregel – gyldig”.⁶⁰⁰

Lødrup gir her en meget treffende beskrivelse av forhåndssamtykkets realitet, nemlig som frigivelse av pliktdelsvernet, eller med andre ord en fraskrivelse av retten til angripe pliktdelskrenkende testamenter. Jeg legger derfor mindre vekt på de påfølgende uttalelser, blant annet om at forhåndssamtykket reguleres av al § 45. Uttalelsen er ikke ledd i en drøftelse av om det gjelder egne regler for slike samtykker, men om et forhåndssamtykke i det hele tatt er gyldig. *Lødrups* standpunkt er at forhåndssamtykker er gyldige fordi de hjemles i avkallsreglene.

Omtrent på samme måte oppfatter jeg *Arnholms* standpunkter. Etter å ha konstatert at også forhåndssamtykker er gyldige og at de som regel fører til at livsarvingen unnlater å angripe testamentet etter dødsfallet, konstaterer *Arnholm* at ”dermed er alt i orden”. Deretter uttales følgende:

”Ellers må vel saken bedømmes etter reglene i A § 45 om avkall på arv man har i vente”.⁶⁰¹

Jeg tillegger derfor ikke de siterte uttalelser særlig rettskildemessig vekt i forhold til det spørsmål som drøftes her.

Hambro uttaler i tilknytning til al § 60 at forhåndssamtykke som hovedregel ikke kan betraktes som avkall på eller avhendelse av ventet arv, og vedrørende al § 74 at det samme gjelder i forhold til avslag på falt arv. Derimot er han mer tvilende i sin gjennomgang av al § 29 annet ledd:

”Man får imidlertid spørsmålet om et slikt samtykke må bedømmes etter reglene i § 45 om avkall på arv hvis det medfører at arvingen får mindre enn han har krav på. Spørsmålet har liten praktisk

⁶⁰⁰ *Lødrup*, Arverett § 8 IV, side 102.

⁶⁰¹ *Arnholm*, Arveretten side 93, samt tilsvarende i *Arnholm*, Privatrett V side 257 vedrørende al 1854 § 73.

betydning idet arvingen er bundet av samtykket, og livsarvingene til arvingen er normalt bundet av avkallet etter § 45. Eks.: A skriver testament. Hans sønn B godkjenner testamentet som krenker pliktdelen. B har en sønn C. Hvis B overlever A, er selvsagt B bundet av sin disposisjon og C har ingen rett i boet. Om B dør før A, blir det mer problematisk idet hans livsarving etter § 45 ikke er bundet av et avkall gitt uten rimelig vederlag. Unneberg s. 73 mener at en livsarving må kunne gi godkjenning, enten det skjer før eller etter dødsfallet. Arvingen godkjenner bare en disposisjon foretatt på arvelaters initiativ som representerer arvelaters egen vilje. Løsningen er etter min mening tvilsom. Ved godkjenning på skifte vet arvinger både boets størrelse og sin egen økonomiske situasjon. Dessuten er godkjenning praktisk for å kunne oppnå forlik. Ved godkjenning før testators død gir arvingen 'avkall' på en fremtidig fordel av usikker omfang. Jeg har videre vanskelig for å se at det kan være noe stort behov for slikt forhåndssamtykke. Hvis arvinger overfor arvelater gir et in blanco forhåndssamtykke til et testament arvelater har tenkt å opprette, må det betraktes som et rent avkall på arv. Tvilen gjelder tilfeller hvor samtykket refererer seg til bestemte testamentariske disposisjoner.”⁶⁰²

Til det siterte har jeg én innvending og én presisering. Det er et stort behov for bindende forhåndssamtykker til pliktdelskrenkende testament fordi arvelater, og ikke minst testamentsarvingen – som normalt er ektefellen eller samboeren – trenger størst mulig visshet om at testamentet kan oppfylles. Kan det konstateres at livsarvingene ikke godtar testamentet, må det søkes alternative ordninger for å sikre den gjenlevende.

Jeg er langt på vei enig med Hambro at et in blanco forhåndssamtykke til testamenter arvelater har tenkt å opprette ofte vil måtte betraktes som et rent avkall på arv. Forholdet illustrerer det poeng jeg har forsøkt å understreke ovenfor, nemlig at den konkrete avtale må tolkes. Når samtykket gis til en konkret testasjon er det mest nærliggende å tolke erklæringen som at arvingen bre fraskriver seg retten til å angripe dette testamentet. Gir han en in blanco fullmakt til arvelater til fritt å disponere ved testament, må det likevel vurderes om han forbeholder seg en subsidiær legalarverett eller om han fullstendig har fraskrevet seg sine legalarverettigheter.

Forholdet er sammenfallende med en ikke upraktisk tolkingssituasjon ved gjensidige testamenter. Presumsjonsregelen i al § 67 nr 3 går blant annet ut på at dersom testamentet intet sier om sekundærarverett for førstavdødes arvinger, har gjenlevende full testasjonsfrihet over hele "boet", men likevel slik at førstavdødes arvinger arver inntil halvparten i den utstrekning gjenlevende ikke har disponert ved testament. Det følger av paragrafens innledningsord at dette bare gjelder dersom det ikke er grunn til tro at ektefellene mente noe annet da de opprettet testamentet. Dersom gjenlevende ikke oppretter noen testamenter, må det derfor foretas en konkret tolking av om ektefellene med testamentet mente at arven etter førstavdøde med full og endelig virkning skulle

⁶⁰² *Hambro*, Arveloven, henholdsvis sidene 438, 572 og 201.

tilfalle lengstlevende, slik at denne ved lengstlevendes død tilfalt hans eller hennes slektsarvinger. Avgir livsarvingen en in blanco fullmakt som kun sier at arvelater står fritt å disponere ved testament må det på samme måte foretas en konkret tolking av hva som var meningen med erklæringen. Nærmere om denne tolkingen under pkt 53.4.

Selv har jeg tidligere gitt uttrykk for omtrent de samme standpunkter som ovenfor, om enn med litt andre begrunnelser og dessuten mindre presist:

”Spørsmålet blir om reglene for avkall og avslag også må gjelde for godkjenning av pliktdelsoverskridelse. Som utgangspunkt må en livsarving kunne gi godkjenning, enten dette skjer før eller etter dødsfallet. Den vesentlige forskjell fra avkall og avslag er at disposisjonen som godkjennes er foretatt på arvelaters, og ikke livsarvingens initiativ. Samtykket innebærer bare en aksept av arvelaters egen vilje!”⁶⁰³

”En godkjenning av arvelaters ugyldige dødsdisposisjon innebærer at arvelaters ønske eller vilje blir akseptert. Dette i motsetning til avkall og avslag som normalt foretas på arvingens initiativ og etter hans ønske. Reglene om avkall (al.§ 45) og avslag (al.§ 74) på arv til fordel for andre, er gitt som en begrensning i arvingens rett til å disponere over arven. Disse begrensninger kan derfor ikke få anvendelse hvor det dreier seg om å respektere arvelaters ønsker. Arvelaters ønske (eller antatte ønske) er grunnlaget for all arverett. Dette vises bl a ved tolking av testament (al.§ 65). En godkjenning må derfor kunne gis uavhengig av hvem den ugyldige dødsdisposisjonen tilgodeser og uavhengig av den godkjennende arvingens egne livsarvinger. ...

Et forhåndssamtykke som godkjenner en annens arverett vil i mange tilfelle ligge nær avhendelse av arverett. Det avgjørende er også her at samtykket bare innebærer at arvelaters egne (ugyldige) disposisjoner respekteres.”⁶⁰⁴

Asland synes å forutsette at forhåndssamtykke til pliktdelskrenkende testament er bindende.⁶⁰⁵

I **eldre teori** er spørsmålet om forholdet mellom forhåndssamtykke og avkall på ventet arv ikke uttrykkelig drøftet. Derimot var *Knoph* ganske klar på at en etterfølgende oppgivelse av pliktdelsrettigheter – særlig ved forlik – ikke kunne regnes som avslag på falt arv:

”Et forlik mellom testaments- og slektsarving i tilfelle av at testamentets rettslige bedømmelse er tvilsom, kan imidlertid aldri bli å betrakte som avkall på arv, enten nu slektsarvingen får vederlag for å anerkjenne testamentet eller ikke. Ethvert spørsmål om ikke slektsarvingens livsarvinger i kraft av arvel. § 75 kan reise angrep på testamentet faller derfor bort.”⁶⁰⁶

Når *Platou*, som referert under pkt 53.1, uttaler at når arvingene godkjenner testamentet ”optræder Testamentsarvingen i enhver Henseende, som om Testamentet

⁶⁰³ *Unneberg*, Arveretten side 73.

⁶⁰⁴ *Unneberg*, Arveretten side 261-263.

⁶⁰⁵ *Asland*, Uskifte side 122.

ab initio havde været uangribeligt”, sikter han antakelig til etterfølgende samtykker.

Men når det samtidig fremheves samtidig at testamentet har vært gyldig fra

begynnelsen av, kan dette tas til inntekt for det standpunkt at samtykkets virkninger er de samme enten det gis før eller etter arvefallet.

I dansk rett synes den alminnelige oppfatning å være at arvelaters testasjonskompetanse overfor livsarvinger bare kan utvides ved et uforbeholdent arveavkall. Dette kan ha sammenheng med at den danske arvelov § 26 stk 1 etter sin ordlyd krever lovhjemmel for at arvelater kan testamentere over tvangsarv, se pkt 25.4. Se diskusjonen om arveavkallet utvider testasjonskompetansen hos *Danielsen*, Arveloven side 309-311. På side 282 peker Danielsen også på at livsarvingen blant annet ved passivitet kan velge å respektere et tvangsarvskrenkende testament. Se videre *Feldthusen og Nielsen*, Arveretten side 132 som under henvisning til UfR 1993.799 Ø påpeker at et uforbeholdent arveavkall utvider arvelaters testasjonskompetanse.

Det fremgår av **forarbeidene** både til gjeldende lov og til 1854-loven at man forutsatte at avkall kunne brukes for å oppnå det samme som arvelater kunne fastsette i testament.⁶⁰⁷ Dette kan oppfattes som at samtykke til pliktdelskrenkende testament har samme virkninger som avkall – og omvendt, men det er intet som tyder på at spørsmålet uttrykkelig var vurdert.

Det finnes ikke **rettspraksis** som direkte avklarer spørsmålet, men enkelte eldre rettsavgjørelser går i retning av at samtykke til pliktdelskrenkende testament ble regnet som avkall eller avslag på arv.

I *Rt 1928 762* hadde arvelater etter at hans ene sønn hadde gått konkurs opprettet et testament hvoretter sønnens arvelodd skulle gå direkte til hans barn. Sønnens forhåndssamtykke til testament ble i forhold til hans konkursbo ansett som avkall på ventet arv, som etter datidens regler ikke var bindende for konkursboet.

Rt 1931 594 omhandler en sønn, som under konkurs ga avkall til fordel for sine barn overfor gjenlevende ektefelle i uskifte på arv etter både førstavdøde og gjenlevende. Etter dagjeldende regler ble arven etter førstavdøde ansett falt, slik at frafallet for denne del ble ansett som avslag på falt arv, som – fortsatt etter dagjeldende regler – kunne gjøres med virkning også overfor konkursboet.⁶⁰⁸

I *Rt 1967 662* ble det lagt til grunn at gjenlevendes testamentariske disposisjoner over hele uskifteboet var gyldige fordi sønnen hadde godkjent dem.

Rt 1967 726 omhandler spørsmålet om et testament som var gjort ugjenkallelig ved arvepakt og dessuten knyttet til en avtale måtte anses bortfalt ved at partene hevet avtalen den var

⁶⁰⁶ *Knoph*, Norsk arverett 1959 side 214.

⁶⁰⁷ Se eksempelvis *Utk62* side 211-I: ”Men også her kan et avkall ha praktisk betydning, nemlig ved at man derved oppnår den fordeling som arvelateren ønsker uten at han behøver å opprette testament”. Se videre se *Arvelovkommisjonen 1846* side 117 hvor det blant annet ble pekt på at arvingen ved sitt avkall kunne spare arvelater fra å opprette testament.

⁶⁰⁸ Etter dekl § 2-12 annet ledd, før endringen i 1999 – jf lov av 3. september 1999 nr 72 om endringer i konkurs- og pantelovgivningen mv, del VII, i kraft fra 1.1.2000 – var regelen den motsatte.

knyttet til. For alle instanser var imidlertid problemstillingen om testamentsarvingen gjennom hevingen hadde samtykket i at testamentet fra arvelaternes side ble tilbakekalt, og ikke om han ved hevingen hadde gitt avkall på testamentsarven.

Jeg har så langt sett på hvilke *standpunkter* man finner i de ulike rettskildefaktorer.

Under pkt 53.2 har jeg pekt på at realiteten i et forhåndssamtykke som oftest bare er et frafall av retten til å angripe pliktdelskrenkelsen, men uten at arvingen fraskriver seg sine øvrige legalarverettigheter. I en sammenligning med avkallsreglene kan det dessuten pekes på at samtykke til pliktdelskrenkende testament er *en helt annen type arverettslig disposisjon* enn avkall på ventet arv.

I Del 2 har jeg pekt på den prinsipielt viktige forskjell mellom arvelaters egne bestemmelser om fordelingen av sin etterlatte formue og arvingens disposisjoner over ventet arv. De to ulike type disposisjoner knytter seg dessuten til to ulike arverettsgrunnlag. Avkall på ventet arv er en del av legalarverettsreglene, mens samtykke til pliktdelskrenkende testament er en del av testamentsarverettsreglene.

Det er forutsatt i forarbeidene at ulike type arverettslige disposisjoner kombineres, eksempelvis ved at en avkallserklæring gis mot et arveforskudd. Likeledes kan det tidvis være uklart hva slags disposisjon som egentlig er foretatt. En erklæring formulert som et avkall er kanskje bare ment som et samtykke til pliktdelskrenkende testament, og hvor avkallsgiver ikke har ment å fraskrive seg legalarveretten sin. Når spørsmålet er hvilke virkninger en avtale eller erklæring har, både for arvelater, arvingen og arvingens egne livsarvinger, må det foretas en konkret tolking av hva som var partenes mening, uten å bli fastlåst i hvilke betegnelser som er brukt – sammenlign *Rt 1960 26*.

53.4 Tolking av avtalen eller arvingens erklæring

Tolkingen av avtalen eller arvingens erklæring bygger i utgangspunktet på avtalerettslige regler, dog slik at det må ses hen til at avtalen omhandler arverettigheter og at loven setter grenser for hva som gyldig kan avtales.

Selv om intet uttrykkelig er sagt, kan ofte ordvalget si noe om meningen. Et samtykke til ”å krenke mine pliktdelsrettigheter” eller ”disponere over min arv” kan tyde på at det bare er ”pliktdelsvernet” som oppgis, mens formuleringer som ”oppgir mine arverettigheter” kan tyde på det motsatte.

Likeledes må det ses hen til om erklæringen gir uttrykk for en endelig fraskrivelse eller bare åpner for muligheter – eksempelvis forskjellen på ”oppgir” og ”kan disponere over”. Det siste tyder på at arvingen vil beholde sine legalarverettigheter i den utstrekning arvelater ikke disponerer ved testament.

53.5 Rettsstillingen for samtykkegivers livsarvinger

Dersom en livsarving har samtykket til et pliktdelskrenkende testament oppstår spørsmålet om hans egne livsarvinger kan påberope seg sin egen posisjon som livsarving, slik at han på selvstendig grunnlag kan påberope seg at testamentet krenker hans pliktdelsrettigheter. Jeg har under kapittel 63 pekt på at lovens ordinære arvegangsregler medfører at når en arving (avkallsgiver) trer ut av arverekkefølgen, går arverettighetene videre til den som etter arvetavlen er neste arving i linjen. Pliktdelsrettighetene er en del av legalarverettighetene, men er av en annen karakter enn selve retten til å motta arv. Som gjennomgått både under kapittel 25 og pkt 53.1 dreier pliktdelsreglene seg ikke om en særskilt eller forsterket legalarverett, men om livsarvingens rett til overfor en testamentsarving å bestride testamentets gyldighet. En slik rettighet har en rekke fellestrekk med de sivilprosessuelle regler om rettslig interesse. Ikke alle som har en eller annen interesse i et rettsforhold kan bringe saken inn for retten. Tilsvarende regler gjelder i forvaltningsretten både med hensyn til hvem som skal regnes som part, og hvem som har rettslig klageinteresse, se fvl § 2 og § 28.

Når jeg trekker parallellene til sivilprosessen, er det dels fordi en konflikt mellom testamentsarvingen og den samtykkendes livsarvinger må løses av domstolene dersom man ikke kommer til enighet. For det annet gir reglene om rettslig interesse også veiledning om hvilke materielle rettigheter en saksøker må ha, slik at reglene også gir veiledning for den arverettslige analyse av en arverettighets innhold.

Utgangspunkt må tas i lovens arvetavle og de øvrige arvegangsregler. Det er linjeprinsippet og den såkalte representasjonsretten som gjør at en aktuell arvings egne livsarvinger har latente rettigheter, se pkt 61.4.

Både retten til å kreve legalarv og retten til å gjøre innsigelser gjeldende mot et pliktdelskrenkende testament er forbeholdt aktuelle arvinger, dvs slik at ingen arvinger ingen som står nærmere i arverekkefølgen blokkerer ens egen rett. Så lenge far er i live

har barnebarnet ingen aktuell legalarverettighet etter bestefar. Barnebarnets arverett oppstår først dersom – og i den utstrekning – far av ulike grunner trer ut av arvingposisjonen, eksempelvis ved å dø, gi avkall på ventet arv osv. For å avgjøre hvilke virkninger et avkall eller et samtykke har for arvingens egne livsarvinger må det følgelig foretas en konkret vurdering av hvilke elementer i legalarveretten arvingen har fraskrevet seg. Denne vurdering kan ikke foretas generelt – arving eller ikke arving – men må vurderes konkret for den enkelte arverettighet.

Til sammenligning kan uskiftearvinger påberope seg at en disposisjon krenker deres lovgitte rettigheter i henhold til al kap III, eksempelvis fordi den innebærer en gave som står i misforhold til boets størrelse. I gjenlevendes levetid kan de imidlertid ikke angripe gjenlevendes avtale med tredjemann på det grunnlag at den er urimelig overfor gjenlevende selv. Etter gjenlevendes død trer de derimot inn i gjenlevendes kontraktsposisjoner, og kan gjøre gjeldende at avtalen er ugyldig overfor gjenlevende, men ikke at den er urimelig overfor dem selv.

Hvilke rettigheter en livsarving, som ikke er nærmeste legalarving, har i forhold til arvelaters og foranstående livsarvingers disposisjoner beror således dels på arverettslige og generelle prosessuelle regler, men også på en konkret tolking av hva partene mente med avtalen.

For det første må det skilles mellom aktuell arverett og det å være innenfor gruppen av legalarvinger.⁶⁰⁹ Disse betraktninger må suppleres av generelle prosessrettslige betraktninger om rettslig interesse. Til sammenligning kan det ses på situasjonen etter arvelaters død hvor det foreligger et pliktdelskrenkende testament. Dersom de nærmeste livsarvinger unnlater å angripe testamentet, vil det etter utløpet av preskripsjonsfristen i al § 70 annet ledd få fulle rettsvirkninger. Skal arvelaters barnebarn på selvstendig grunnlag kunne påberope seg pliktdelskrenkelsen før preskripsjonsfristen løper ut, må de først komme i posisjon som aktuelle arvinger, eksempelvis dersom nærmeste livsarving gir avslag på falt arv eller dør. Så lenge nærmeste livsarving, som unnlater å angripe testamentet, ønsker å beholde sin alminnelige legalarverett, har fjernere livsarvinger ingen legalarverett som pliktdelsreglene beskytter. Pliktdelsreglene verner bare aktuell legalarverett.

I dansk rett har man en uttrykkelig bestemmelse om at innsigelser mot et testaments gyldighet kan reises av enhver som vil arve dersom testamentet erklæres

ugyldig.⁶¹⁰ Tilsvarende regel gjelder også i norsk rett, selv om grunnlaget bygger på en kombinasjon av arverettslige og prosessuelle regler. For å kunne reise tvist om testamentets gyldighet må den fjernere livsarving påvise en aktuell rettslig interesse. Så lenge den nærmeste livsarving ikke har oppgitt sin posisjon som legalarving, har den fjernere livsarving for det første intet rettskrav. Så lenge en tilsidesettelse av det pliktdelskrenkende testamentet ikke vil medføre utbetaling av arv til den fjernere legalarving, har han heller ingen aktuell rettslig interesse i å få spørsmålet prøvet, se tvl § 1-3 (1) og (2).

Så lenge den nærmeste livsarving (sønnen) beholder sin posisjon som aktuell legalarving kan følgelig ikke fjernere livsarvinger (barnebarn) på selvstendig grunnlag gjøre innsigelser mot et pliktdelskrenkende testament. Sønnen som har gitt forhåndssamtykke kan gi et nytt uttrykkelig samtykke, eller unnlate å angripe testamentet. Hvis derimot barnebarnet trer inn i posisjonen som nærmeste legalarving, enten ved at sønnen dør eller frafaller sin arveposisjon, vil barnebarnet få en selvstendig rett til angripe testamentet.

Dersom barnebarnet trer inn som nærmeste livsarving ved sønnens død, blir testamentets skjebne lagt i barnebarnets hender. Arvelaters sønn kan ikke uten særskilt fullmakt forplikte sine egne livsarvinger slik at også disse er avskåret fra å angripe testamentet. På samme måte kan han heller ikke på egen hånd disponere over deres legalarverettigheter ved avkall, se pkt 63.2.

For avkall på ventet arv bestemmer al § 45 annet ledd at avkall fra en umyndig bare kan gis med samtykke fra overformynderiet. Tilsvarende må gjelde forhåndssamtykke til pliktdelskrenkende testament. Dette følger av en analogi både fra al § 45 og vgml § 58 (om frafall av odelsrett eller annen løsningsrett til fast eiendom).

Knoph legger til grunn at en verge på den mindreårige livsarvings vegne kan inngå forlik om et testaments gyldighet ”skjønt han ikke har rett til å forære bort myndlingens rettigheter”. Utsagnet tar utgangspunkt i at slikt forlik ikke er avslag på falt arv. Det siste må oppfattes som forbehold mot forlik som i realiteten innebærer en gave. Herunder oppfanges omgåelser på kravet i al § 74

⁶⁰⁹ Se al § 66 nr 2 om betydningen av den siste posisjonen, beskrevet som ”kan ha rett til arv etter testator etter loven”.

⁶¹⁰ Den danske arvelov 2007 § 79: ”Indsigelse mod et testaments gyldighed kan rejses af enhver, som vil arve, hvis testamentet erklæres ugyldigt.”

annet ledd om at overformynderiet må samtykke til avslag fra mindreårig arving ved å gå veien om en tvist som forlikes.⁶¹¹

Det kan således tenkes situasjoner hvor barnebarnet har blitt bundet til å respektere et testament, men kravet om overformynderiets samtykke forutsetter at det foreligger en ordning som var til det beste for barnebarnet. Testamentet kan eksempelvis være til fordel for en tredjemann som har betalt barnebarnets mor eller far et vederlag for samtykket, slik at man eventuelt også oppfanges av avkallsreglene. I så fall kan barnebarnets manglende rett til å angripe testamentet hvile på to rettsgrunnlag. Barnebarnet har med overformynderiets samtykke forpliktet seg til ikke å angripe testamentet. Etter avkallsreglene kan dessuten vedkommendes legalarverettigheter være bortfalt fordi dets mor eller far mot rimelig vederlag (arveforskudd) har gitt avkall for seg og sin linje.

Ut over disse situasjoner kan jeg ikke se at det er grunnlag for at en livsarving kan forplikte egne livsarvinger til å unnlate å angripe et pliktdelskrenkende testament. For arvelater og testamentsarvingen hadde det selvfølgelig vært ønskelig med sikkerhet også for det tilfellet at den samtykkende sønnen dør og barnebarna trer inn i posisjon som nærmeste legalarvinger. Alternativene er derfor enten å leve med usikkerheten eller involvere barnebarnet i avtalen.

En annen problemstilling er om den opprinnelige samtykkegiver er forpliktet til ikke frivillig å oppgi sin posisjon som nærmeste legalarving. Dersom sønnen som har forhåndssamtykket i et pliktdelskrenkende testament senere trer ut av arvingrekken ved avkall eller avslag, trer barnebarna inn som aktuelle arvinger som derved har sin selvstendige rett til å angripe testamentet. En livsarvings fraskrivelse av retten til å påberope seg pliktdelsrettigheter forhindrer ham ikke fra å foreta andre arverettslige disposisjoner. Det kan tenkes at sønnen også har forpliktet seg til ikke å gi avkall eller avslag, men da blir det antakelig et spørsmål om løftebrudd som kan gi testamentsarvingen misligholdsbeføyelser eller rett til erstatning, se kapitlene 35 og 36. Tilsvarende kan arvelater som har opprettet arvepakt ikke foreta testamentariske disposisjoner i strid med pliktdelsarven, men kan gjøre testamentet verdiløst gjennom livsdisposisjoner eller andre arverettslige disposisjoner.

⁶¹¹ *Knoph*, Norsk arverett 1959 side 214 note 2.

53.6 Adressat og partsforhold

Avkall på ventet arv kan bare gis overfor arvelater. Avkall gitt overfor medarvinger regnes som avhendelse av ventet arv, se nærmere pkt 62.2. Forhåndssamtykke til pliktdelskrenkende testament må imidlertid også kunne gis overfor testamentsarvingen. Samtykket er opplagt til fordel for testamentsarvingen, og gjør således denne til en naturlig adressat. Arvelater har imidlertid også interesse i samtykket, ikke bare ved at hans ønsker respekteres, det kan også tenkes at samtykket er en betingelse for testamentsarvingens ytelse overfor arvelater.

Som regel vil et løfte avgitt overfor arvelater regnes som et tredjemannsløfte i forhold til testamentsarvingen, og omvendt. Det er imidlertid intet i veien for at livsarvingen bare er forpliktet overfor arvelater, slik at arvelater kan frigjøre livsarvingen fra hans løfte. Selv om det kan oppstå spørsmål om ansvar for kontraktsbrudd, se kapitlene 35 og 36, kan det tenkes situasjoner hvor arvelater kan komme seg fri fra en arvepakt ved at hans livsarvinger kaller tilbake sine nødvendige samtykker til pliktdelskrenkelse – såfremt disse bare bindende er avgitt overfor arvelater selv.

53.7 Virkningene av forhåndssamtykket for livsarvingen selv

Dersom livsarvingen ombestemmer seg og likevel påberoper seg sine pliktdelsrettigheter, oppstår spørsmålet om han derved bare kan komme i ansvar for løftebrudd, eller om han ikke lenger kan gjøre innsigelsen om pliktdelskrenkelsen gjeldende. Som påpekt ovenfor må pliktdelsretten anses som en slags løsningsrett, som beskytter legalarveretten mot testamentariske disposisjoner. Et forhåndssamtykke til det pliktdelskrenkende testamentet innebærer at livsarvingen har fraskrevet seg denne løsningsretten. I rettsforholdet mellom den samtykkende livsarvingen og testamentsarvingen (eventuelt også arvelater) er livsarvingen avskåret fra ensidig å kalle samtykket tilbake – med mindre det foreligger avtalerettslig grunnlag for omgjøring.

53.8 Virkningene for medarvingene

En livsarvinges aktuelle medarvinger kan ikke motsette seg at livsarvingen frafaller sin legalarverett og sin pliktdelsrett slik at hans linje trer inn som aktuelle arvinger under

skifteoppgjøret. Heller ikke kan de motsette seg at arvelater som følge av samtykket innsetter en utenforstående til arving (loddeier) i stedet for samtykkegiver. Stillingen er her ikke annen enn om arvelater hadde brukt friarven til det samme.

Derimot setter pliktdelsreglenes kvalitative side begrensninger for hva arvelater som følge av den ene livsarvings samtykke kan gjøre av bestemmelser over bestemte gjenstander. Verdimesig er det som nevnt på det rene at arvelater kan disponere over friarven tillagt samtykkegivers arveandel. Derimot er det antatt at han ikke kan disponere over en gjenstand som i verdi overstiger friarven, selv om den verdimesig ligger innenfor hva arvelater som følge av samtykket kan disponere over – og selv om arvelater etter al § 30 kunne testamentert den til den samtykkende livsarving.

Jeg går her ikke nærmere inn på diskusjonen om denne regels berettigelse – eller holdbarhet, men viser til hva jeg har uttalt omkring pliktdelsreglenes kvalitative side under kapittel 25. Rent systematisk peker jeg imidlertid på at livsarvingenes rett til å motsette seg pliktdelskrenkende gjenstandslegater ikke dreier seg om en skifterettighet. Dessuten innebærer den et brudd på det system arve- og skiftelovgivningens ellers bygger på, nemlig at arveloven utpeker arvinger og fordeler verdier, mens skifteloven regulerer rettigheter til den enkelte gjenstand.

Det forhold at de kvalitative pliktdelsrettigheter ikke gir livsarvingene noe skifterettslig fortrinn til selv å overta eiendeler omfattet av et pliktdelskrenkende legat, underbygger hva jeg ovenfor har anført om pliktdelsretten som en form for løsningsrett som på dødsboets vegne kan anvendes overfor testamentsarvinger/legatarer.

53.9 Fraskrivelse av gjenlevende ektefelles beskyttede legalarv

På samme måte som livsarvinger kan fraskrive seg pliktdelsretten som beskyttelse mot arvelaters testamentariske disposisjoner, kan også gjenlevende ektefelle forhåndssamtykke i testamenter som griper inn i hennes legalarverettigheter, herunder også uskifterett og minstearv.

Som for livsarvingene må det skilles mellom direkte fraskrivelse av legalarverett, som er et avkall, og en fraskrivelse av beskyttelsen mot arvelaters testamentariske disposisjoner.

Det må videre skilles mellom avkall på legalarverettigheter og rettigheter som springer ut av ektefellers formuesordning, se oversikten i pkt 0 om avkall på arverettigheter. Se videre pkt 43.3 om hvorvidt dødsdisposisjonsektepakt kan gjøres ved testament. Den generelle retningslinje er at

frafall av rettigheter den annen ektefelle kan gripe inn i ved testament er avkall på arv, mens rettigheter som bare kan påvirkes gjennom ektepakt (eller bestemmelse fra giver eller arvelater) ikke omfattes av de arverettslige avkallsregler, men følger ekteskapslovens regler om avtaler om formuesordningen.

Pliktbudsrettigheter er noe som tilkommer flere, herunder en livsarvings egne livsarvinger. Ovenfor har jeg derfor sett på problemstillinger som oppstår når den samtykkende livsarving dør eller av andre grunner trer ut av posisjonen som nærmeste arving. Gjenlevende ektefelles beskyttelse mot arvelaters testamentariske disposisjoner er imidlertid eksklusiv, i den forstand at den ikke kan gå over til hennes livsarvinger eller andre arvinger, se pkt 63.5.

54 Fraskrivelse av testasjonskompetanse, arvepakter

54.1 Innledning

54.1.1 Oversikt

Det fremgår av al § 56 at arvelater ved arvepakt kan fraskrive seg sin testasjonsrådighet, ved konkret å binde seg til ikke å opprette, endre eller tilbakekalle testament. Noe tilsvarende regler fantes i al 1854 § 61, som bestemte at et testament kunne tilbakekalles med mindre testator på kontraktmessig måte uttrykkelig hadde bundet seg. Det foreligger uansett langvarig og sikker praksis for at det i norsk rett har vært adgang til å binde sin testasjonskompetanse gjennom avtale. Selv om slike avtaler falt utenfor ordlyden i al 1854 § 61 var det enighet om at en arvelater også kunne fraskrive seg retten til å opprette testament.⁶¹²

Testasjonskompetanse er en eierbeføyelse. Denne beføyelse kan begrenses gjennom lovgivning eller egne viljeserklæringer. Retten til å binde sin testasjonskompetanse kan også være begrenset gjennom lovgivning, slik den eksempelvis er i svensk og finsk rett, jf nedenfor. I norsk rett gjelder det ingen lovfastsatte begrensninger i retten til å binde sin testasjonskompetanse, men med arveloven av 1972 ble det innført formkrav for slike disposisjoner.

⁶¹² Se *Utk62* side 219-I og *Prp36* side 177-178.

Reglene i al § 56 omfatter to ulike disposisjoner, opprettelse av testament og tilbakekall av testament. Felles for de to disposisjoner er at senere testamentariske disposisjoner i strid med arvepakten blir uten rettsvirkninger. Dette skiller arvepakten fra andre fraskrivelser av eierbeføyelser hvor senere disposisjoner i strid med fraskrivelsen likevel kan skape rett for tredjemann.⁶¹³ Denne forskjell skyldes i det vesentlige at rettsverv i henhold testament ikke gir grunnlag for ekstinksjon, jf nærmere nedenfor. En gyldig arvepakt kan således strengt tatt aldri misligholdes gjennom arvelaters senere testamentariske disposisjoner. Arvepakten i seg selv sikrer ikke den berettigede arv eller en del av arvelaters etterlatte formue. Dersom den barnløse arvelater som har sikret enetestamentsarvingen ved arvepakt senere får livsarvinger, reduserer ikke arvepakten de senere ankomne livsarvingers pliktdelsrettigheter.⁶¹⁴ Arvepakten sikrer bare den berettigede mot arvelaters senere testamentariske disposisjoner. Se nærmere pkt 54.7 om arvepaktens rettsvirkninger.

Begrepet arvepakt brukes i al § 56 både i en videre og snevrere betydning enn den tradisjonelle. Arvepakt var opprinnelig betegnelsen på en ”arvekontrakt”, men utviklet seg etter hvert til å bli betegnelsen på et ugjenkallelig testament. I lovteksten brukes arvepakt kun som betegnelse på selve løftet om fraskrivelse av testasjonskompetanse. Dette skyldes antakelig at arvepakt i lovteksten også omfatter fraskrivelsen av retten til å opprette testament, dvs såkalt negativ arvepakt. Utviklingen fra arvekontrakten til et ugjenkallelig testament har skapt en diskusjon om arvepaktens karakter. Diskusjonen må videreføres fordi arvepakten i dag heller ikke er identisk med et ugjenkallelig testament, men er for det gjensidige testamentets vedkommende kun betegnelse på selve ugjenkallelighetserklæringen, jf nærmere nedenfor.

Den grunnleggende forskjell mellom en kontrakt og en testasjon har alltid vært at testasjonen aldri etablerte noen rett for testamentsarvingen i arvelaters levetid.

⁶¹³ En den ugjenkallelig begunstigelse til en livsforsikring er eksempelvis ikke til hinder for at forsikringstaker ved disposisjoner i strid med den begunstiges rett overfører rettigheter til andre, eksempelvis en ny ugjenkallelig begunstiget som har fått sin rett registrert i livsforsikringsregisteret.

⁶¹⁴ Det siste har vært noe omdiskutert, og jeg kommer senere tilbake til eventuelle kontraktsrettslige konsekvenser.

Spørsmålet som har vært reist er derfor om det ugjenkallelige testamentet består av to disposisjoner, én sammensatt disposisjon eller er en særegen arverettslig disposisjon.

Reglene om arvepakter har alltid vært en del av norsk arverett. I følge *Knoph*⁶¹⁵ er arvepaktene historisk sett eldre enn testamentene. De første tillatte disposisjoner over den formue man etterlot seg hadde visstnok arvepaktens form. Poenget er først og fremst at testamentet, som en ensidig og gjenkallelig disposisjon over etterlatenskapene, ble innført senere enn de gjensidig forpliktende avtaler, se kapittel 21.

Regler om ugjenkallelige testamenter og andre forpliktende avtaler om arvens fordeling finnes i mange andre lands rettssystemer, men langt fra alle. Vi skal ikke lenger enn til Sverige og Finland for å finne forbud mot å gjøre testamenter ugjenkallelige.⁶¹⁶

Den gitte begrunnelsen er enkel: Testamentet er testators ”yttersta vilja”, og skaper ingen forpliktelser i hans levetid.⁶¹⁷

De danske reglene er imidlertid i samsvar med de norske, selv om selve begrepet arvepakt brukes i en videre betydning enn i norsk rett. I dansk rett omtales fraskrivelse av testasjonskompetanse som *konservativ arvepakt*, se nærmere nedenfor.

Innen common law kjennetegnes et testament ved at det først gir testamentsarvingen rettigheter etter arvelaters død. En arvepakt i vår forstand er derfor ikke mulig. En avtale hvoretter en ”arving” gis rett til en del av den formue arvelater etterlater seg betraktes som en ordinær kontrakt så fremt den pålegger medkontrahenten plikt til motytelse (”consideration”). Et ensidig gaveløfte må i tilfelle gjøres som testament, og er ikke bindende for arvelater i hans levetid.

Før jeg går inn på mer konkrete spørsmål knyttet til arvepakter, finner jeg det hensiktsmessig med enkelte avklaringer omkring begrepet arvepakt og om arvepaktens karakter. Formålet er ikke bare en begrepsmessig avklaring, men like mye å danne grunnlag for en avklaring av konkrete rettsregler knyttet både til formkravene og til det avtalerettslige forhold mellom arvelater og medkontrahenten. Uavhengig av hvordan man definerer eller betegner arvepaktene må de fleste rettsspørsmål knyttet til arvepakter løses ut fra både avtalerettslige og arverettslige regler. Det er avveiningen

⁶¹⁵ *Knoph*, Norsk arverett 1959 side 223.

⁶¹⁶ Se den finske ÄB 10: 5 annet ledd og den svenske ÄB 10 kap 5 § annet ledd, som begge lyder slik: ”Utfästelse att ej återkalla testamente är icke bindande.” Denne regel må ses i sammenheng med begge lands generelle forbud mot avtaler om arv. Se den finske ÄB 17: 1 og den svenske ÄB 17 kap. 3 §. Se nærmere *Lødrup*, Nordisk arverett side 300-303.

⁶¹⁷ Se *Gösta Walin*, Kommentar til Ärvdabalken, Del I, 4. opplag 1993 side 199 og 249.

og balanseringen mellom disse to regelsett som ofte utgjør den største utfordringen i denne materien.

Ved fremstillingen av øvrige arvefordelingsavtaler er det de arverettslige regler forsøkt fremstilt i et avtalerettslig perspektiv – som oftest som materielle begrensninger for hva som kan avtales. Arvepakter er de eneste arveavtaler hvor det oppstilles særlige formkrav. Loven gir imidlertid ingen klare svar på hvilke testamentsformkravsregler eller testamentsregler som kommer til anvendelse, og heller ikke på hvilke deler av arvepakten testamentsformkravene gjelder. Jeg har derfor i fremstillingen av arvepakter funnet det nødvendig å gå nærmere inn på de nærmere regler om når arvepakten som avtale er gyldig. Det må likevel erkjennes at fremstillingen er blitt mer omfattende og detaljert enn hva som strengt tatt er påkrevd for å sette arvepakten inn i en større sammenheng av arvefordelingsavtaler.

54.1.2 Andre rettsgrunnlag for ugjenkallelighet?

Ved spørsmålet om det kan finnes andre rettsgrunnlag enn arvepakt som gjør et testament ugjenkallelig må det først avgrenses mot de ikke-arverettslige disposisjoner som er gjennomgått i Del 4. Dette gjelder først og fremst livsdisposisjonene, men også enkelte andre disposisjoner som isolert sett faller inn under den arverettslige definisjon av dødsdisposisjon.

På spørsmålet om en *testasjon* kan gjøres ugjenkallelig på andre måter enn ved arvepakt, er imidlertid svaret som utgangspunkt nei. Den eller de disposisjoner fra arvelater som gjør hans testament ugjenkallelig *er* en arvepakt.

Hambro anfører at retten ”til tilbakekall kan være begrenset selv om man ikke har opprettet arvepakt. Testamentet kan være ledd i en gjensidig bebyrdende avtale hvor man ved fortolkning kommer til at arvelater kontraktsmessig har forpliktet seg til ikke å foreta noen endring.”⁶¹⁸ *Hambro* peker på at slike bestemmelser normalt er livsdisposisjoner, og fjerner seg derved fra selve spørsmålet – nemlig om en *testasjon* kan være ugjenkallelig på annet grunnlag enn en arvepakt. Det kan selvfølgelig lett forekomme at et testament er en del av en gjensidig forpliktende avtale, og hvor det må bero på en vanlig arverettslig vurdering om disposisjonen under ett er en livs- eller dødsdisposisjon. For de tilfeller hvor avtalen oppfyller gyldighetskravene for enten livs- eller dødsdisposisjon, eller for begge, se nærmere kapittel 34.

Under forutsetningen at avtalen er en dødsdisposisjon, er den kontraktsrettslige forpliktelsen til ikke å tilbakekalle testamentet bare gyldig dersom den er gjort i

testaments former. Situasjonen er ikke annerledes enn i de ordinære tilfeller hvor arvelater har avgitt et avtalerettslig bindende ugjenkallelighetsløfte, men hvor det ikke foreligger en formriktig ugjenkallelighetserklæring, se pkt 54.3.

Det må her som ellers skilles mellom de arverettslige virkning av gyldig arvepakt, nemlig at tilbakekallet blir virkningsløst – se pkt 54.7.1, og den avtalerettslige virkning at tilbakekallet innebærer mislighold av kontrakten – se kapittel 35. Det avgjørende sammenlignet med eldre rett er at problemstillingen har blitt en helt annen etter at formkrav for arvepakter ble innført med al 1972. Før dette kunne selvfølgelig ugjenkalleligheten følge av noe annet enn den uttrykkelige ugjenkallelighetserklæring.

Problemstillingen er også sammenfallende med situasjonen når en arvepakt inngår i en livsdisposisjonsavtale, se pkt 54.8. Sammenlign også kapittel 55 om avtaleforpliktelser til å opprette testament.

Konklusjonen blir etter dette at den arverettslige virkning av gyldig arvepakt kun oppnås gjennom en erklæring som etter innhold og form oppfyller kravene i al § 56.

Et mer nærliggende spørsmål er om ugjenkallelighet kan følge av særlige regler for felles og gjensidige testamenter, eventuelt for samtykkebasert uskifte. Det følger av mitt standpunkt ovenfor at den arverettslige ugjenkallelighet kun oppnås dersom vilkårene etter al § 56 er oppfylt. Derimot vil ofte den avtalerettslige binding skje på litt andre måter enn ved ordinære arvepakter, blant annet som et tredjemannsløfte til fordel for sekundærarvinger – se nærmere under kapittel 56.

På samme måte må en avtale mellom gjenlevende ektefelle og uskiftearvingene om begrenset testasjonsrådighet være opprettet som arvepakt for at de arverettslige virkninger skal oppnås. Foreligger det bare en formløs avtale, kan forutsetningen for et samtykke til uskifte anses bortfalt, men testamentet er fortsatt gyldig – så fremt de øvrige testamentsregler er oppfylt, herunder al § 18 annet ledd.

54.1.3 Begrepet arvepakt i snever forstand

I lovteksten er begrepet arvepakt brukt i snever forstand, utelukkende som betegnelse på erklæringen hvoretter testasjonskompetansen fraskrives, dvs løftet om ikke å opprette, endre eller tilbakekalle testament. Tradisjonelt er imidlertid begrepet arvepakt brukt i en videre betydning, nemlig om det ugjenkallelige testament som en

⁶¹⁸ *Hambro*, Arveloven side 384.

enhet. Det selvstendige løftet om ikke å opprette testament har også blitt betegnet som arvepakt, ofte presisert som negativ arvepakt.⁶¹⁹ Det kom derfor reaksjoner på den nye begrepsbruk i loven.

Augdahl uttalte blant annet følgende: ”Denne lite heldige terminologi – som neppe vil fortrenge den vanlige – skyldes vel at ordet også skal dekke et tilsagn om ikke å *oprette* testament.”⁶²⁰

Lødrup erklærer i sine lærebøker at han oppfyller *Augdahls* spådom ved blant annet å definere arvepakten som et testament testator har forpliktet seg til ikke å tilbakekalle. *Andenæs*⁶²¹ slutter seg til *Augdahls* kritikk og er dessuten kritisk til å bruke ordet arvepakt på det som etter vanlig språkbruk er en avtale, en kontrakt eller et løfte. Det siste imøtegås av *Lødrup* (samme sted) som hevder det er nyttig med en egen betegnelse på et løfte som begrenser testasjonskompetansen. *Lødrup* fremholder dessuten, som *Augdahl*, at lovens terminologi har vært nødvendig fordi lovteksten også skal omfatte løftet om ikke å opprette testament. Slik også *Hambro*.⁶²²

*Arnholm*⁶²³ tok ikke opp spørsmål om begrepsbruk, men beskriver arvepakten som et testament som gjennom særskilt erklæring er gjort ugjenkallelig. Han viser – som i forarbeidene – til at arvepakten kan inngås under ett eller i to trinn.

I arveloven av 1854 ble ikke begrepet arvepakt brukt i lovteksten. Det som i teorien ble omtalt som en arvepakt var i al 1854 § 61 beskrevet som at testator ”paa kontraktmæssig Maade udtrykkelig har erklæret derved at ville være bunden”. Rent språklig kan dette både omfatte en særlig form for testasjon – ugjenkallelig testament, og som en tilleggsdisposisjon som gjør et vanlig testament ugjenkallelig.

I den danske arvelov 2007 § 68, som materielt sett er sammenfallende med norsk rett, brukes ikke begrepet arvepakt. I dansk rett brukes imidlertid selve ordet arvepakt generelt i flere betydninger enn hos oss, nærmest i samme betydning som det jeg i denne avhandlingen har betegnet som arvefordelingsavtaler. Avtale om avhendelse av ventet arv kalles eksempelvis ”dispositiv arvepagt”, mens avkall på ventet arv omtales som ”renunciativ arvepagt”.⁶²⁴ Begrepet arvepakt, slik det er brukt i al § 56, betegnes i dansk rett som ”konservativ arvepagt”, og reguleres av dal § 68, som avløste dal 1963 § 67. Den nye bestemmelse innebærer ingen realitetsendringer, og kun mindre språklige endringer.⁶²⁵ Reglene er i det vesentlige sammenfallende med norsk rett, og utformingen av den norske bestemmelse i al § 56 var antakelig inspirert av dal 1963 § 67.⁶²⁶

Den danske arvelov 2007 § 68 lyder slik:

”§ 68. En arvelader kan forpligte sig til ikke at oprette eller tilbagekalde et testamente.

Stk. 2. Erklæringen skal afgives i overensstemmelse med reglerne om oprettelse af testamente. Er arveladeren umyndig, kræves værgens og statsforvaltningens samtykke.”

⁶¹⁹ *Arnholm*, *Privatrett V* side 278.

⁶²⁰ *Augdahl*, *Arveloven* side 116.

⁶²¹ *Andenæs*, *Arvepakt* side 22.

⁶²² *Hambro*, *Arveloven* side 385.

⁶²³ *Arnholm*, *Arveretten* side 260. Fremstillingen er den samme som i *Arnholm*, *Privatrett V* side 278, hvor det dessuten sies uttrykkelig at et løfte om ikke å opprette testament ”blir en regulær arvepakt i forholdet mellom arvelateren og legalarvingen”.

⁶²⁴ Se *Danielsen*, *Arveloven 2005* side 297-298 og 301.

⁶²⁵ Se *Betænkning 2006* side 229 og *Lovforslag 2006* side 111-I.

⁶²⁶ Intet sies direkte om dette i forarbeidene, men den norske bestemmelse er språklig og systematisk bygd opp ganske identisk med den danske – selv om altså begrepet arvepakt ikke er brukt i den danske lovtekst.

Det er ikke holdepunkter i arvelovens forarbeider for at en materiell endring i begrepets innhold var tilsiktet. I forarbeidene brukes dessuten begrepet arvepakt også i tråd med den klassiske forståelse av begrepet, nemlig som et ugjenkallelig testament.⁶²⁷

Selv om intet uttrykkelig er sagt i forarbeidene, er det ganske klart at begrepsbruken i lovteksten skyldes at arvepakten også kan gå ut på at det ikke skal opprettes testament.⁶²⁸ Det er denne ”dobbelthet” forarbeidene ganske konsekvent viser til, se referatene i note 627.

Det er videre behov for en særskilt betegnelse på avtale om fraskrivelse av testasjonskompetanse. Realiteten i en ugjenkallelighetserklæring og i et løfte om ikke å opprette testament er den samme, nemlig fraskrivelse av testasjonskompetanse. Begge erklæringer er dessuten arvefordelingsavtaler. Begrepet arvepakt er derfor både språklig og reelt dekkende for begge disse typer arvefordelingsavtaler.

Generelt bør det tilstrebes samsvar mellom lovens bruk av et begrep og forståelsen av begrepet i det praktiske rettsliv, herunder rettspraksis og juridisk teori. Den etablerte forståelsen av arvepakt som ugjenkallelig testament er imidlertid ikke treffende, blant annet fordi det allerede innebærer en tvetydighet ved at begrepet også omfatter løftet om ikke å opprette testament.

Både lovtekst og forarbeider forutsetter klart at arvepakt omfatter både fraskrivelsen av retten til å tilbakekalle et testament og løftet om ikke å opprette testament. Allerede av den grunn kan ikke begrepet forbeholdes bare den førstnevnte erklæring.

Etter min mening er imidlertid systematiske betraktninger avgjørende for å gjennomføre en presisering i den alminnelige begrepsbruk. Arvepakten er riktignok en arverettslig disposisjon, men den inneholder i seg selv ingen testasjon. Det

⁶²⁷ Arvelovkomiteén definerte eksempelvis arvepakt slik: ”En arvepakt består alltid av en forpliktende erklæring. Dessuten omfatter arvepakten en testamentarisk disposisjon, medmindre den går ut på forpliktelse til ikke å opprette testament. *Utk62* side 219-II. Når Arvelovkomiteén på side 220-II videre drøfter tilbakekall av arvepakt, er det ganske klart tilbakekall av det ugjenkallelige testamentet det siktes til. Det samme syn kommer til uttrykk i proposisjonen: ”En arvepakt består både av en testamentarisk disposisjon (dersom da arvepakten ikke går ut på at testament ikke skal opprettes), og dessuten av en forpliktende erklæring om ikke å tilbakekalle eller endre testamentet.” *Prp36* side 177-II.

⁶²⁸ Lovteksten inneholder imidlertid en liten språklig og logisk brist når regelen går ut på at *testator* kan binde seg til ikke å opprette testament.

ugjenkallelige testamentet består således av en testasjon og en arvepakt. Det er derfor feil å bruke begrepet arvepakt som en betegnelse på begge disposisjoner.

Systematisk er det riktigst å forbehold begrepet arvepakt på selve erklæring om fraskrivelse av testasjonskompetanse – uavhengig av i hvilken sammenheng erklæring avgis. Resultatet er uansett det samme. Arvepakten skaper et vern mot at arvelaters senere testamentariske disposisjoner, uavhengig av det er testamentsarverett eller legalarverett som derved vernes.

Ved at begrepet arvepakt ikke gjøres synonymt med ugjenkallelig testament markeres dessuten en viss avstandtaken fra synspunktet om kontraktsmessig krav på arv.

Som nevnt er testasjonskompetansefraskrivelsen en selvstendig disposisjon i forhold til den testasjon erklæringen eventuelt skal sikre. Selv om det isolert sett er en ulempe at begrepet tradisjonelt har vært brukt i en noe annen betydning, er ikke nyansene større enn at forståelsen over tid kan presiseres. Avgjørende er også at lovgiver har brukt begrepet arvepakt i betydningen fraskrivelse av testasjonskompetanse.

Det er dessuten vanskelig å finne alternative og lett forståelige begreper som ikke fremkaller pustevisker. Til avskrekkelse nevnes begreper som testasjonskompetansefraskrivelseserklæring eller testasjonskompetansefraskrivelsesløfte.⁶²⁹

Selv om jeg velger å definere begrepet arvepakt som noe annet enn et ugjenkallelig testament, kan det ikke utelukkes at begrepet fortsatt brukes i denne betydning. Som oftest vil det fremgå av sammenhengen hva som menes.⁶³⁰

Som jeg kommer tilbake til under pkt 54.3 må også testasjonskompetansefraskrivelsen deles opp i to elementer eller disposisjoner: På den ene side arvelaters ensidige, formbundne og testamentariske erklæring om testasjonskompetanse og på den annen side de forhold eller handlinger som gjør erklæringen avtalerettslig bindende.⁶³¹

⁶²⁹ I det følgende vil jeg likevel bruke begrepene testasjonskompetanseerklæring og testasjonskompetanseløfte for å fremheve forskjellen på arvelaters testamentariske erklæring og den avtalerettslige binding. Fenomenet arvepakt vil dessuten bli beskrevet som testasjonskompetansefraskrivelse.

⁶³⁰ Til sammenligning brukes begrepene skjøte og overskjøte, som strengt tatt dreier seg om formell hjemmeloverføring, også i betydningen materiell overdragelse av eiendomsrett.

⁶³¹ Lignende oppdelinger må videre gjøres ved andre arvefordelingsavtaler som eksempelvis avkall, avkorting osv. Arverettslige regler setter grenser for hva som kan avtales og for de arverettslige virkninger av avtalen, mens spørsmålet om hva som er bindende avtalt mellom partene avgjøres av avtalerettslige regler.

54.1.4 Avklaring av enkelte andre begreper

54.1.4.1 *Begrepe ne testasjonskompetanseerklæring, testasjonskompetanseløfte, testasjonskompetansefraskrivelse, ugjenkallelighetserklæring og ugjenkallelighetsløfte*

Som antyd et ovenfor inneholder arvepakten både en ensidig formbundet testamentarisk erklæring om testasjonskompetanse og et avtalerettslig bindende løfte, se nærmere pkt 54.3. Der hvor det er behov for å sondre bruker jeg henholdsvis begrepe ne testasjonskompetanseerklæring og testasjonskompetanseløfte. Samlet utgjør disse to elementene en *arvepakt*. Som et alternativt og synonymt begrep for arvepakt bruker jeg tidvis begrepet testasjonskompetansefraskrivelse, hvor fraskrivelse sikter til at det er foretatt en både arverettslig og avtalerettslig bindende fraskrivelse av testasjonskompetanse.

For å skille mellom den *erklæring* som gjør et testament ugjenkallelig og den som sikrer legalarveretten bruker jeg henholdsvis begrepe ne ugjenkallelighetserklæring og erklæring om ikke å opprette testament. Tilsvarende brukes uttrykkene ugjenkallelighetsløfte og løfte om ikke å opprette testament i de tilfeller hvor det er behov for å identifisere det avtalerettslig bindende løftet.

54.1.4.2 *Løftemottaker og den berettigede*

En erklæring om fraskrivelse av testasjonskompetanse er enten til fordel for en eller flere testamentsarvinger (inkludert legatarer) eller en eller flere av legalarvingene. Disse vil normalt også være adressat for løftet som skaper avtalerettslig binding. Løftet kan imidlertid også avgis overfor andre som et tredjemannsløfte til fordel for arvingen, herunder også til medtestator ved gjensidige testamenter, se kapittel 56. I det følgende vil jeg bruke begrepe ne adressat eller løftemottaker hvor det er behov for å presisere at dette er en annen enn den berettigede arvingen som arvepakten er til fordel for. Mottaker av det bindende løftet betegnes tidvis også som medkontrahenten, særlig når testasjonskompetansefraskrivelsen er ledd i en gjensidig forpliktende avtale.

54.1.4.3 *Løfter, plikter og rettsforhold*

Begrepet arvepakt er i al § 56 brukt som betegnelsen på et bindende løfte om ikke å foreta testamentariske disposisjoner. Både uttrykket ”løfte” og lovtekstens formulering ”binde seg til ikkje å” skaper inntrykk av at det er skapt en forpliktelse til i fremtiden å

avstå fra noe. Et løfte om å avstå fra noe forutsetter normalt at man kan gjøre det man lover å avstå fra. En urådighetserklæring i forhold til livsdisposisjoner er et avståelsesløfte fordi løftegiver som oftest likevel kan disponere over eiendelene, og videre slik at ekstinksjonsreglene kan føre til at den uberettigede handling får rettsvirkninger – rettsstriden til tross. Et testament opprettet i strid med en arvepakt blir derimot uten rettsvirkninger, se nærmere pkt 54.7. Den rettslige realitet er derfor at arvelater med arvepakten har fraskrevet seg testasjonskompetansen – og har derved allerede oppfylt sitt løfte. Det ville derfor vært mer naturlig å tale om et etablert rettsforhold enn om et foreliggende løfte.

Gjennomføringen av logisk og presis begrepsbruk krever imidlertid ofte et tungt språk. Bruken av begreper som løfte om eller forpliktelse til ikke senere å opprette eller tilbakekalle testament er dessuten ganske innarbeidet. Jeg kommer derfor også her til å bruke slike formuleringer, selv om de logisk og rettslig sett ikke er helt presise.

54.1.4.4 Begrepe testasjonsrådighet og testasjonskompetanse

Begrepet *testasjonskompetanse* brukes ofte om den personlige testasjonsevne – eller testasjons*habilitet*, slik som eksempelvis reglene i al § 48 og § 62.⁶³² Den frivillige testasjons*vilje* omhandles i al § 63. Jeg har ovenfor betegnet dette som den *rettslige* testasjonskompetanse.

Begrepet *testasjonsrådighet* brukes derimot som oftest i forbindelse med materielle begrensninger i rådigheten, eksempelvis pliktdelsreglene og minstearvsreglene. Dette kan også kalles den *faktiske* testasjonskompetanse.

I en arvepakt kan arvelater fraskrive seg sin generelle personlige testasjonskompetanse, dvs en fraskrivelse av rettslig handleevne. På den annen side kan arvepakten formuleres som en materiell begrensning i testasjonsrådigheten over bestemte verdier eller gjenstander. Etter min mening er sistnevnte betraktningssmåte mest naturlig. Dels er disposisjoner som medfører selvumyndiggjøring lite

⁶³² Uttrykket *habilitet* brukes her i tråd med det engelske uttrykk ”*ability*”, dvs evne. I regler om ”*ugildhet*”, som eksempelvis fvl kap II og dl kap 6, samt § al § 61, brukes uttrykket *inhabilitet* mer i betydningen uegnet grunnet manglende tillit. *Inhabilitet* leder imidlertid også i disse tilfeller til en manglende formell evne til å treffe avgjørelser eller foreta disposisjoner.

ønskelige.⁶³³ For det annet vil synspunktet fraskrivelse av personlig testasjonskompetanse vedrørende enkelte formuesgjenstander fremstå som kunstig – på linje med disposisjoner som gjør en person umyndiggjort i forhold til disposisjoner over enkelte gjenstander, men ikke andre. Slik sett er det mer nærliggende å se på arvepakten som en konkretisert fraskrivelse av materiell råderett – også hvor den omfatter hele arvelaters formue.

Det fremstår videre som litt underlig at arvelater må ha ”regulær testasjonshabilitet” for å kunne fraskrive seg sin testasjonshabilitet!⁶³⁴ Tilsvarende kunne man sagt at bare den myndige kan fraskrive seg sin rettslige handleevne. Antakelig er det personrettslig ikke adgang til en generell selvumyndiggjøring gjennom fraskrivelse av rettslige handleevne. Det som i tilfelle må gjøres er konkrete formuerettslige eller tingsrettslige urådighetserklæringer. På samme måte vil eksempelvis en arbeidstaker i en viss utstrekning fraskrive seg sin privatautonomi ved å inngå i et arbeidsforhold hvor han må respektere arbeidsgivers styringsrett.

Et argument for å betrakte arvepakten som fraskrivelse av rettslig handleevne er på den annen side at disposisjoner i strid med arvepakten ikke bare blir rettsstridige, men uten rettsvirkninger. På den annen side medfører manglende rettslig handleevne normalt generell ugyldighet – uavhengig av adressat. Arvepakten får bare rettsvirkninger overfor dem arvepakten er gitt til fordel for og som har mottatt arvelaters løfte.

Noe lignende betraktninger finnes hos *Arnholm* vedrørende den negative arvepakten:

”Fra et prinsipielt synspunkt kan dette se litt underlig ut – ligger det ikke en slags selvumyndiggjøring i det når man gir avkall på en kompetanse . . . som lovgivningen gir en? Men realiteten er jo bare den meget beskjedne at man overfor den enkelte løftemottager binder seg til ikke å disponere til skade for ham, og det betyr igjen at man sikrer ham å få den kvote han skulle ha som legalarv. Og dermed kommer man fra det negative over i det positive; Dette blir en regulær arvepakt i forholdet mellom arvelateren og legalarvingen.”⁶³⁵

Arvepakter er som oftest beskrevet som fraskrivelse av testasjonskompetanse.⁶³⁶ Jeg vil i det følgende også bruke begrepet testasjonskompetanse, men uten at det i dette ligger noen avgrensning mot testasjonsrådighet, testasjonsfrihet eller lignende begreper – og heller ikke slik at jeg med testasjonskompetansefraskrivelse mener fraskrivelse av generell rettslig handleevne.

⁶³³ Sammenlign forbudet i el § 50 annet ledd mot en generelle fremtidige gaveoverføringer.

⁶³⁴ *Arnholm*, Arveretten side 264.

⁶³⁵ *Arnholm*, Arveretten side 263-264 og *Arnholm*, Privatrett V side 278.

⁶³⁶ Se eksempelvis *Lødrup*, Arverett § 17, side 194-203. *Hambro*, Arveloven side 385 bruker uttrykket ”avkallet på senere testasjonsfrihet”.

54.1.4.5 Opprettelse, endring og tilbakekall

Ordlyden i al § 56 første ledd omfatter tre ulike disposisjoner; opprettelse, endring og tilbakekall. Bestemmelsene i al § 55 og § 57 omhandler også både endringer og tilbakekall. Noen forklaring på hvordan skillet mellom endring og tilbakekall skal trekkes gir verken lovtekstene eller deres forarbeider.

I forløperen til al § 56, al 1854 § 61, var også både ”forandre eller tilbagekalde sin sidste Villie” omtalt, men det sentrale i bestemmelsen var at testator ”paa kontraktmæssig Maade udtrykkelig har erklæret derved at ville være bunden”. Bestemmelsen omfattet etter sin ordlyd ikke varianten om ikke å opprette testament. I bestemmelsen om formkrav ved endringer eller tilbakekall, al § 1854 § 54, skilles det derimot mellom på den ene side ”Forandring i eller Tillæg til sit Testament” (første punktum) og på den annen side ”Tilbagekaldelse af Testament” (annet punktum).

Det er særlig i forhold til formkravene at sontringen mellom endring og tilbakekall har betydning, idet et rent faktisk tilbakekall kan gjøres uten å oppfylle testamentsformkravene, se al § 57 annet ledd første punktum.⁶³⁷

Et tillegg til testamentet innebærer på samme måte som tilbakekallet en endring av testasjonen. Skal det oppstilles et systematisk skille må dette trekkes mellom de rene tilbakekall og øvrige endringer. Med rent tilbakekall menes at en testasjon kalles tilbake uten å erstattes med en ny. Erstattes en testasjon med en annen, innebærer endringen både et tilbakekall og en ny testasjon. Er det arverettens omfang som endres, eksempelvis ved at et beløp endres, innebærer reduksjon delvis tilbakekall og økningen en tilleggstestasjon. Formuleringen endring av testament beskriver derfor ingen særegen testamentarisk disposisjon.

Den danske bestemmelse om konservative arvepakter omhandler til sammenligning forpliktelse til ”ikke at oprette eller tilbagekalde et testamente”.⁶³⁸

I forhold til arvepakter har det normalt ingen verdi å skille mellom opprettelse, endringer eller tilbakekall. Det vil uansett bero på den konkrete arvepakt hva arvelaters forpliktelse består av. Er det et gjenstandslegat som er gjort ugjenkallelig, går arvelaters forpliktelse normalt ut på ikke å tilbakekalle legatet. Hvordan arvelater ellers disponerer ved testament er normalt uten interesse for legataren. Har arvelater

⁶³⁷ Den danske arvelov av 1964 § 46 var i det vesentlige formulert sammenfallende med al § 57 første ledd og annet ledd første punktum. I den nye arveloven av 2007 § 67 er alternativet utvetydig faktisk tilbakekall fjernet, slik at alle testamentariske disposisjoner, opprettelse, endringer og tilbakekall må skje på formbundet måte.

⁶³⁸ Se dal 2007 § 68. Tilsvarende formulering var brukt i dal 1963 § 67.

forpliktet seg overfor gruppen av legalarvinger til ikke å opprette testament, eller er testamentet til fordel for enestamentsarvingen gjort ugjenkallelig, er det sin generelle testasjonskompetanse arvelater har fraskrevet seg. Arvelater er derved avskåret fra en hver senere testamentarisk disposisjon, uansett om man kaller det opprettelse, endring eller tilbakekall.

Realiteten i formuleringen om at arvelater med arvepakt kan binde seg til ikke å opprette, endre eller tilbakekalle testament, er at arvelater fraskriver seg kompetansen til å foreta seg de testamentariske disposisjoner arvepakten omfatter.

54.2 Arvepaktens karakter

54.2.1 To disposisjoner, en sammensatt disposisjon eller én særegen arverettslig disposisjon? Testament eller kontrakt?

Begrepet arvepakt er i al § 56 brukt om selve fraskrivelsen av testasjonskompetanse. I nyere arverettslig litteratur er arvepakten som ugjenkallelig testament stort sett beskrevet som bestående av to elementer – et testament og et bindingsløfte, mens erklæringen om ikke å opprette testament betraktes som én disposisjon.

*Lødrup*⁶³⁹ beskriver arvepakten slik: ”En arvepakt er en testamentarisk disposisjon som arvelateren har forpliktet seg til ikke å endre eller tilbakekalle, eller et løfte om ikke å opprette testament”. Se tilsvarende hos *Hambro*:⁶⁴⁰ ”Arvepakt er i følge den alminnelige språkbruk et testament som testator har bundet seg til ikke å endre eller tilbakekalle.” *Andenæs*⁶⁴¹ uttrykker det blant annet slik: ”En arvepakt er etter tradisjonelle språkbruk et testament som testator er kontraktsmessig bundet til ikke å tilbakekalle (herunder endre).” Selv har jeg tidligere formulert det slik: ”En arvepakt er en avtale hvor testator kan binde seg til ikke å opprette, endre eller tilbakekalle et testament”, hvilket ikke er særlig annet enn en gjengivelse av lovteksten.⁶⁴²

Fremstillingene er videre entydige på at disse to elementer enten kan opprettes under ett, eller som en totrinnsoperasjon.⁶⁴³ Det samme er uttrykkelig sagt i forarbeidene.⁶⁴⁴

⁶³⁹ *Lødrup*, Arverett § 17 I, side 194.

⁶⁴⁰ *Hambro*, Arveloven side 385.

⁶⁴¹ *Andenæs*, Arvepakt side 30.

⁶⁴² *Unneberg*, Arveretten side 166.

⁶⁴³ Se også *Arnholm*, Arveretten side 260 og *Arnholm*, Privatrett V side 278: ”Når en testasjon blir gjort ugjenkallelig, kan det skje som et to trinnsoperasjon: Det er først opprettet et regulært testament, og derefter binder testator seg til ikke å tilbakekalle det. Men man kan også gjøre det hele under ett: man forplikter seg til ikke å tilbakekalle (eller endre) det testament man samtidig oppretter, og gjør det slik at både testasjonen og løftet om ikke å tilbakekalle den, kommer til uttrykk i samme dokument. I begge disse tilfelle foreligger det en **arvepakt**.”

I eldre teori var det imidlertid også fremholdt at arvepakten ikke bare var et testament som var gjort ugjenkallelig, men at arvepakten var en selvstendig og særegen arverettslig disposisjon. *Platou* fremholdt dette sterkt, og understreket at arvepakten er et selvstendig og fra testamentet forskjellig arvegrunnlag.

”Som oven i S. 11 No. 3 sagt, er Arvepagten at anse for en fra Testamentet forskjellig Delationsform. ... thi Arvepagt er ikke en S sammensætning af to Retshandler, Testament + obligatorisk Tilsagn om ikke at ville kalde Testamentet tilbage, den er en særegen sælvstendig Retshandel 'uigjenkaldeligt Testament'”.⁶⁴⁵

Begrunnelsen for dette standpunkt var imidlertid bare en henvisning til arvepaktinstituttets historiske utvikling:

”Imidlertid er at bemærke, at efter en Theori, som har vundet flere Tilhængere, må Arvepagt ikke ansees som en fra Testamentet forskjellig Retshandel, men som to Retshandler, et Testament i Forbindelse med en Overenskomst, hvorved Arveladeren opgiver sin Ret til at tilbagekalde testamentet. ... Denne Opfatning strider imidlertid mod Institutets historiske Udvikling og kan ikke innrømmes at være rigtig.”⁶⁴⁶

Hallager synes etter min mening å oppfatte arvepakten som en kontraktsmessig forpliktelse til ikke å tilbakekalle et testament. Arvelater forplikter seg til å ”etterlate” noe, og testamentet er fortsatt et testament selv om det er kontraktsmessig bindende og ugjenkallelig:

”Det er allerede ovenfor bemærket, at der efter Arveloven Intet er til Hinder for, at en Mand, forsaavidt han ellers har den fornødne Myndighet, kontraktsmæssig forbinder sig til at efterlade sine Midler for det Hele eller en Del til hvem han vil (jfr. § 61), ligesom det allerede er berørt, at Benævnelsen Testament efter Arvelovens Udtryksmaade ikke egentlig bliver uanvendelig paa den sidste Villie av den Grund, at den er kontraktsmæssig bindende og ugjenkaldelig”.⁶⁴⁷

Knoph omtaler arvepakten som et kontraktsbasert rettsgrunnlag for arverett, blant annet gjennom formuleringer som ”kontraktsmessige krav på å bli arving”. Litt uklart blir det imidlertid når *Knoph* samtidig beskriver arvelaters forpliktelse som ”å innsette medkontrahenten som arving”, hvilket peker i retning av en plikt til å *opprette* testament.⁶⁴⁸ Om det siste, se nærmere kapittel 55.

⁶⁴⁴ ”I noen tilfelle har en transaksjon karakteren av arvepakt allerede fra først av, men i andre tilfelle skjer transaksjonen i to trinn - først opprettes et regulært testament, og senere blir dette testament ved en avtale mellom testator og testamentsarvingen (eller en tredjemann) gjort til arvepakt.” *Utk62* side 219-II.

⁶⁴⁵ *Platou*, *Arveret* 1910 side 225-226.

⁶⁴⁶ *Platou*, *Arveret* 1910 side 72-73.

⁶⁴⁷ *Hallager*, *Den Norske Arveret* 1885 side 137.

⁶⁴⁸ *Knoph*, *Norsk arverett* 1959 side 229.

Knoph tar videre opp spørsmålet om arvepakten er et selvstendig arvegrunnlag, en arvekontrakt sideordnet testamentet, eller om arvepakten består både av et testament og et kontraktsmessig avkall på retten til å kalle testamentet tilbake. Han peker på at hvis arvepakten er blitt til på den måten al 1854 § 61 syntes å forutsette, nemlig at det først opprettes et testament og deretter avgis et løfte som gjør testamentet ugjenkallelig, er det ytre sett mest nærliggende å betrakte arvepakten som inneholdende to disposisjoner. Hvis arvepakten derimot opprettes under ett, som en vanlig kontrakt, blir det etter hans mening mer kunstig og umotivert å dele arvepakten opp i et testament og en kontrakt. Knoph selv foretrekker derfor ”å se arvepakten som en sluttet arverettslig disposisjon, sideordnet og ikke innesluttende, et testament”, og begrunner dette slik:

”Ikke alene stemmer dette best med den historiske utvikling og den tradisjonelle opfatning hos oss og annetsteds. På denne måte understreker man også kraftigst at det er en dyptgående forskjell mellom testamentet og arvepakten, fordi den siste er en kontrakt hvor det over hele linjen må tas hensyn til medkontrahentens interesse.”

Knoph understreker at spørsmålet ikke kan tillegges synderlig betydning, og at det slettes ikke kan trekkes konsekvenser av hvilken konstruksjon som velges. Han erkjenner at han stedvis vil fremholde meninger som lettere lar seg forene med synspunktet om to disposisjoner, men finner det likevel riktigst å ta utgangspunkt i arvepakten som en egen sluttet kontrakt – for derved ikke å glemme at det dreier seg om en forpliktende kontrakt, ikke et ensidig testament.⁶⁴⁹

Spørsmålet om arvepaktens konstruksjon er forbigått i stillhet både i forarbeidene og i generelle arverettslige fremstillinger etter den nye lovens vedtakelse.⁶⁵⁰ Som det fremgår av referatene ovenfor synes imidlertid synspunktet testament kombinert med et ugjenkallelighetsløfte å være dominerende, dvs arvepakten som en sammensatt disposisjon.

I spesiallitteraturen tas spørsmålet om arvepaktens karakter opp av *Andenæs* i TfR 1985. Andenæs viser til Knophs drøftelse, og er enig i det negative synet på karakteristikken av arvepakten som et kombinert rettsforhold, men har på den annen

⁶⁴⁹ Se *Knoph*, Norsk arverett 1959 side 226- 227, herunder note 3.

⁶⁵⁰ Heller ikke *Arnholm*, Privatrett V drøfter spørsmålet, men beskriver – som i *Arnholm*, Arveretten – arvepakten som et kontraktsrettslig krav på arv, se nedenfor.

side vanskelig for å dele Knophs positive syn på karakteristikken av arvepakten som en sluttet kontrakt. Andenæs hevder at ”en karakteristik av arvepakten ikke [bør] ta generelt standpunkt til om det er tale om en eller to disposisjoner”. Andenæs mener en bedre vei til oversikt er å ta utgangspunkt i arvepaktens innhold: ”Det karakteristiske ved arvepakten er at den har et dobbeltsidig innhold, ikke at den består av to disposisjoner”.⁶⁵¹

Andenæs peker i stedet på at det dobbeltsidige innhold leder til en gruppering av spørsmålene langs to hovedlinjer. For det første arvelaterens adgang til å treffe senere disposisjoner, og for det annet arvepaktens testamentsvirkning til fordel for medkontrahenten. Andenæs fremholder, også under henvisning til Knoph, at valget av karakteristik først og fremst har pedagogisk og fremstillingsteknisk interesse.⁶⁵² For sin egen fremstilling legger han imidlertid den tradisjonelle definisjonen til grunn, nemlig ”et testament som testator er kontraktmessig bundet til ikke å tilbakekalle (herunder endre)”.⁶⁵³

*Frantzen*⁶⁵⁴ fremholder i TfR 1996 at konstruksjonsspørsmålet ikke er endelig løst, og finner det dessuten nokså klart at eksempelvis spørsmålet om innfortolkning av ugjenkallelighet ikke kan løses direkte på bakgrunn av konstruksjonen.

Jeg er selvfølgelig enig i at valget av karakteristik har pedagogisk og fremstillingsteknisk interesse – men ikke bare det. Jeg slutter meg ikke ubetinget til synspunktene om at det ikke kan trekkes konsekvenser av arvepaktens konstruksjon. Det er selvfølgelig ikke konstruksjonen i seg selv, nærmest i et arkitektonisk perspektiv, som er avgjørende. Hvilke elementer som inngår i arvepakten, hva forpliktelsene og rettighetene nærmere går ut på, har imidlertid avgjørende betydning for avklaringen av hvilke rettsregler som gjelder – og hvordan de må anvendes.

Konstruksjonen blir derved et rettsspørsmål, og ikke bare en beskrivelse.

Eksempelvis har det for tolkingen av utsagn betydning om avtalerettslige eller arverettslige regler skal anvendes. Derfor må det avklares hvilke elementer i arvepakten de ulike regelsett skal anvendes på. Dette gjelder eksempelvis om formkravet omfatter både arvelaters erklæring om

⁶⁵¹ *Andenæs*, Arvepakt side 31-32.

⁶⁵² *Andenæs*, Arvepakt side 31.

⁶⁵³ *Andenæs*, Arvepakt side 30. På side 20 defineres arvepakten foreløpig som ”et formelt testament som uttrykkelig er gjort ugjenkallelig”.

⁶⁵⁴ *Frantzen*, Ugjenkallelighet side 100-101.

ugjenkallelighet og den avtalerettslige bindingshandling. Videre må det ved tolkingen sondres mellom de ulike elementer i arvepakten.

Det har i seg selv ingen interesse å drøfte hvorvidt det foreligger flere disposisjoner, en disposisjon med flere elementer osv. På samme måte som det for avtaler om uskifte må avklares om avtalen knytter seg til delingen mellom ektefellene eller fordelingen av arv, må de ulike elementer i det ugjenkallelige testamentet avklares – slik også de ulike elementer i arvepakten må avklares. Dette har eksempelvis betydning både for spørsmål om gyldighet og tolking.

Som påpekt ovenfor finner jeg det både mest systematisk korrekt og hensiktsmessig å betrakte arvepakten kun som en testasjonskompetansefraskrivelse. Det ugjenkallelige testamentet må derfor betraktes som to selvstendige disposisjoner, arvepakten og testasjonen.

Løftet om ikke å opprette testament er som nevnt også en arvepakt. Testasjonskompetansefraskrivelsen går i begge tilfeller ut på det samme, nemlig å sikre at en arverettighet ikke skal kunne gripes inn i ved senere testamentariske disposisjoner. Forskjellen ligger bare i hvilket arverettsgrunnlag som skal sikres, legalarv eller testamentsarverett. Når det i sistnevnte tilfelle bare kreves én disposisjon er det utelukkende fordi legalarveretten allerede følger av loven, mens testamentsarverett må etableres ved særskilt testasjon. Det er imidlertid uten betydning for de rettslige konstruksjoner om testamentsarveretten allerede er etablert, etableres samtidig – eventuelt i samme dokument – eller om den først etableres senere. Om det siste, se pkt 54.3.12.

Realiteten i testasjonskompetansefraskrivelsen kan beskrives både ut fra hva disposisjonen går ut på, og ut fra dens virkninger. Disposisjonen går direkte ut på at arvelater fraskriver seg testasjonskompetanse med den virkning at testasjoner i strid med arvepakten blir uten rettsvirkninger, se pkt 54.7. Det er derfor mer treffende å betegne arvepakten som en fraskrivelse av muligheten til å foreta testamentariske disposisjoner enn som en forpliktelse til å avstå fra dem, se pkt 54.1.4.3. Virkning av arvepakten blir derved enten at testamentsarverett blir gjort ugjenkallelig eller at legalarverett oppnår en form for pliktdelsbeskyttelse.

Det må understrekes at den beskyttede arverett ikke i seg selv endrer karakter. Verken testamentsarvingen eller legalarvingen som er beskyttet av arvepakt får noen annen arverettslig eller skifterettslig stilling ved skifteoppjøret enn om arvepakt ikke hadde vært opprettet. Det er utelukkende beskyttelse mot arvelaters senere testamentariske disposisjoner som oppnås. Den intuitive forståelse av arvepakten – rettsforestillingen – er antakelig fortsatt noe preget av synspunktet på arvepakten som et særskilt kontraktsmessig arverettsgrunnlag.

Når det gjelder betydningen av arvepaktens karakter for spørsmålet om hvilke rettsregler som kommer til anvendelse må det igjen understrekes at det ikke er selve beskrivelsen som en eller flere disposisjoner som er avgjørende, men de enkelte disposisjoner eller elementers karakter. Arvelaters formbundne erklæring om testasjonskompetanse følger i utgangspunktet arverettslige regler, mens spørsmålet om det foreligger avtalerettslig binding må avgjøres etter avtalerettslige regler.

54.2.2 Livs- eller dødsdisposisjon?

I følge *Andenæs* er arvepakten en livsdisposisjon fordi den ”etter sitt innhold skal oppfylles av arvelateren i levende live ved at han ikke foretar testamentariske disposisjoner i strid med avtalen”.⁶⁵⁵ Som jeg kommer nærmere tilbake til under pkt 54.7 pålegger arvepakten strengt tatt arvelater ingen plikter til å gjøre eller unnlate noe i sin levetid. Etter min mening er det mer nærliggende å se det slik at arvepakten endrer karakteren av den berettigedes testamentsarverett eller legalarverett. Dermed får arvepakten betydning for *hvordan arveformuen fordeles* etter arvelaters død, og er derfor klart en arverettslig disposisjon.

En livsdisposisjon får normalt bare betydning for *størrelsen av arveformuen*, enten ved at midler allerede er gått ut av arvelaters formue eller ved at en berettiget kreditor tar sitt av den etterlatte formuen slik at det bli mindre til fordeling som arv. Slik sett *kan* arvepakten betraktes som en dødsdisposisjon.

Betegnelsen har imidlertid ingen selvstendig betydning. Hvordan den enkelte vil betegne arvepakten beror selvfølgelig på hva som menes med arvepakt. Det ugjenkallelige testamentet betraktet som enhet er selvfølgelig en dødsdisposisjon.

⁶⁵⁵ Slik også *Andenæs*, Arvepakt side 33.

Erklæringen om testasjonskompetansefraskrivelse er i seg selv like klart en livsdisposisjon – men som nevnt likevel en arverettslig disposisjon.

Selve kategoriseringen har i seg selv heller ingen betydning for valg av rettsregler, men kan likevel ha en viss pedagogisk interesse.

Hvorvidt preget av henholdsvis livsdisposisjon eller dødsdisposisjon får betydning for valg av rettsregler må avgjøres for de enkelte disposisjoner og elementer. Fordi de fleste spørsmål er særregulert får imidlertid grensedragningen liten betydning – slik det på samme måte gjelder for dødsdisposisjonsektepakter og livsforsikringsavtaler.

Selve erklæringen om testasjonskompetanse må gjøres i testaments former – enten man betrakter den som livs- eller dødsdisposisjon. Dens preg av arverettslig disposisjon gjør etter min mening anvendelsen av testamentsformkravene naturlig. På samme måte er det mest naturlig å anvende testamentstolkingsregler og prinsipper, se pkt 54.6.

Elementet av avtalerettslig binding knyttet til testasjonskompetansefraskrivelsen handler imidlertid ikke om fordeling av arv, men er en del av alminnelige avtalerettslige regler om når arvelater blir bundet slik at han ikke fritt kan omgjøre sitt løfte, se nærmere pkt 54.3.2.

54.2.3 Forholdet til døds-gaver og gjensidig forpliktende dødsdisposisjoner

Det ugjenkallelige testamentet er i likhet med døds-gaven betegnet som en ”ugjenkallelig arvedisposisjon”.⁶⁵⁶ Forskjellen ble ansett å ligge i at arvepakten gikk ut på gjensidige forpliktelser, mens døds-gaven var ensidig.⁶⁵⁷

Ved at man etter eldre lære ikke sondret mellom rett til arv og en kreditors rett til oppfyllelse i arvelaters etterlatte formue, utgjorde gjenkallelighet og ugjenkallelighet en naturlig inndeling av rettigheter.⁶⁵⁸ Poenget var således ikke at etterlatt formue nødvendigvis måtte fordeles ved ensidige og uforpliktende

⁶⁵⁶ Se blant annet *Knoph*, Norsk arverett 1959 side 225.

⁶⁵⁷ *Arnholm*, Privatrett V side 278 og *Arnholm*, Arveretten side 260.

⁶⁵⁸ Arvepakten gir ”en rett for en medkontrahent til å kreve noe av den arvemasse som foreligger”. Se *Arnholm*, Privatrett V side 279 og *Arnholm*, Arveretten side 260. *Knoph*, Norsk arverett 1959 side 229 omtaler likeledes medkontrahentens ”kontraktsmessige krav på å bli arving”.

erklæringer, men at begrepet testament var forbeholdt disposisjoner som ikke ga den tilgodesette noen rettigheter i arvelaters levetid.⁶⁵⁹

Dette er eksempelvis en sentral læresetning i common law, hvor realitetene i avtalen er avgjørende. Er dødsgaveløftet uforpliktende, er det et testament hvor gyldigheten beror på om formkravene er oppfylt. Er avtalen gjensidig forpliktende, er det en kontrakt. Svensk og finsk rett går enda lenger ved å statuere ugyldighet for avtaler om arv, herunder også ugjenkallelige testamenter.

Det må i dag trekkes et skille mellom arverettigheter og kreditorrettigheter, se pkt 22.2 og kapittel 26. Likeledes må det fremholdes at et arvekrav aldri alene kan bygge på en kontraktsforpliktelse, men må i tilfelle ha en bestemmelse i loven eller i arvelaters testament som fundament, se pkt 23.2. Den aktuelle lovbestemmelse, al § 56, hjemler ikke kontraktsbasert arverett, men presiserer bare at en arvelater kan fraskrive seg den eierbeføyelse som går ut på å gripe inn i en allerede etablert arverett, enten dette er legalarverett eller testamentsarverett.

Som gjennomgått under pkt 24.5 utgjør heller ikke dødsgaven (lenger) noe gyldig grunnlag verken for arvekrav eller kreditorkrav.⁶⁶⁰

Skal et gyldig gaveløfte oppfylles etter arvelaters død, får gavemottaker status av kreditor, ikke av arving. Skal gavemottaker ha status som arving – slik at han eksempelvis går klar av et preklusivt proklama – må det foreligge et formriktig testament, se kapittel 34. Skal selve gaveløftet kunne oppfylles må det følgelig enten være en livsdisposisjon eller opprettet i testaments former, jf al § 53. Det endrer ikke gaveløftets gyldighet at løftegiver uttrykkelig har erklært at løftet er ugjenkallelig. Skal ugjenkallelighetsløftet få rettsvirkninger, må det oppfylle kravene i al § 56.

54.2.4 Hva hjemles og reguleres i al § 56?

Rettstilstanden i norsk arverett kan enkelt beskrives som at arvelater i testament kan gi bestemmelser om hvordan arven etter ham skal fordeles, og at han i arvepakt kan fraskrive seg denne adgangen. Som gjennomgått i pkt 23.1 inneholder ikke arveloven

⁶⁵⁹ Se blant annet *Hallager*, Den Norske Arveret 1885 side 137: ”Det er allerede ovenfor bemærket, at der efter Arveloven Intet er til Hinder for, at en Mand, forsaavidt han ellers har den fornødne Myndighet, kontraktsmæssig forbinder sig til at efterlade sine Midler for det Hele eller en Del til hvem han vil (jfr. § 61), ligesom det allerede er berørt, at Benævnelsen Testament efter Arvelovens Udtryksmaade ikke egentlig bliver uanvendelig paa den sidste Villie av den Grund, at den er kontraktsmæssig bindende og ugjenkaldelig”.

⁶⁶⁰ *Lødrup*, Arverett § 6 III, side 75 betegner dødsgaven som en arvepakt, men sikter antakelig bare til det materielle innhold, nemlig et ugjenkallelig løfte om rett til midler i arvelaters etterlatte formue.

noen egen bestemmelse om rett til testamentariske disposisjoner. Denne retten er en eierbeføyelse som følger av den alminnelige eiendomsrett og av avtalefriheten – og som arveloven forutsetter. Arvelaters adgang til å fraskrive seg retten til å opprette testament bygger på den samme private autonomi – på samme måte som privatrettslige urådighetserklæringer.

Sett på bakgrunn av at arveretten ikke er ansett som formuerettslige regler og i stor utstrekning oppfattes som lovregulert, er det likevel på sin plass med en bestemmelse som slår fast at arvelater gyldig kan fraskrive seg sin testasjonsrådighet. Som nevnt innledningsvis er slike avtaler ikke gyldige etter svensk og finsk rett. Regelen kan derfor heller ikke betraktes som allmenngyldig eller opplagt.

Når det derimot gjelder adgangen til å gjøre et testament ugjenkallelig, er dette et unntak både fra det arverettslige grunnprinsipp om at testamenter etter sin natur er gjenkallelige og den manifesterte rettsregel i al § 55. Det unntak som varsles i al § 55 sikter nettopp til al § 56.

Adgangen til å gjøre testamenter ugjenkallelige er således et unntak fra al § 55, mens bestemmelsen om å fraskrive seg retten til å opprette testament er et unntak fra den generelle testasjonsrådighet som arveloven bygger på.

I et rettsteoretisk perspektiv kan det videre spørres om arvepaksreglene også innebærer et unntak fra prinsippet om at et testament ikke gir testamentsarvingen noen rettigheter i arvelaters levetid. Strengt tatt gjør arvepakten ikke det, idet eventuelle rettigheter testamentsarvingen gjør gjeldende i arvelaters levetid vil være knyttet til selve testasjonskompetansefraskrivelsen, ikke det testament som beskyttet gjennom erklæringen.

Bestemmelsen i al § 56 inneholder etter min mening bare arverettslige regler, idet de utelukkende regulerer gyldigheten av den arverettslige erklæring om testasjonskompetanse. På samme måte som for legalarveavtalene sier arveloven intet om når erklæringen er avtalerettslig bindende, se pkt 54.3.10. I arvelovens forarbeider beskrives reglene som *adgangen* til å binde sin testasjonsrett gjennom avtale, ikke om når slik avtale er inngått.⁶⁶¹

Utover at det oppstilles testamentsformkrav sier verken al § 56 eller dens forarbeider noe om anvendelsen av øvrige testamentsregler, eksempelvis om

habilitetskrav til både arvelater og vitnene. En del av disse spørsmål behandles nærmere nedenfor.

Avslutningsvis finner jeg grunn til nok en gang å understreke at al § 56 ikke hjemler et rent kontraktsrettslig krav på arv. Den som er berettiget etter en arvepakt må bygge sitt arvekrav enten på en selvstendig testasjon eller på lovens arvegangsregler. De ekstra rettigheter arvepakten gir ham går ut på å kunne kreve senere testamentariske disposisjoner i strid med arvepakten satt til side som ugyldige.

54.2.5 Samspillet mellom arverett og avtalerett

Arvepakten er beskrevet som ”møtested mellom arverett og kontraktsrett”,⁶⁶² og at den ”representerer overgangen mellom kontraktsretten og arveretten”.⁶⁶³ Om samspillet mellom rettsregelsettene er det videre uttalt at ”der kontraktsretten slutter begynner arveretten”.⁶⁶⁴

Brytningen mellom avtalerett og arverett er etter min mening ikke særlig dramatisk. De kontraktsmessige aspekters betydning for anvendelsen av arverettslige regler er som nevnt ikke enestående for arvepakter, men forekommer langt oftere ved avtaler om avkorting i arv, avkall eller avslag på arv, samtykke til pliktdelskrenkende testamenter osv.

På samme måte er det heller ikke særegent at avtalerettslige regler og prinsipper må tilpasses de særlige forhold som gjør seg gjeldende for den aktuelle type avtaler. Hele den avtalerettslige spesiallovgivning består jo av en tillempling av generelle avtalerettslig regler på det konkrete livsforhold.

Tilsvarende kan det pekes på de særlige forhold som gjør seg gjeldende ved kjøp og salg av personlige omsorgstjenester, avtaler om forsørgelse, avtaler om organdonasjon, barnefordelingsavtaler osv.

Jeg har videre vansker med å se hvilke konflikter som kan oppstå ved kombinasjonen av arverettslige og avtalerettslige disposisjoner – eventuelt som elementer i en og samme disposisjon. Problemene vil bli langt større hvis man skulle betrakte arvepakten som en helt særegen disposisjon, idet man da måtte finne helt nye rettsregler. Ved å

⁶⁶¹ *Utk62* side 219-I og *Prp36* side 177-II.

⁶⁶² Se eksempelvis *Andenæs*, Arvepakt side 20.

⁶⁶³ *Giertsen*, Generasjonsskifte side 35.

⁶⁶⁴ *Frantzen*, Ugjenkallelighet side 87.

anvende arverettslige regler på den testamentariske bestemmelse om fraskrivelse av testasjonskompetanse og avtalerettslige regler på spørsmålet om avtalerettslig binding, er i alle fall utgangspunktene klare.

I forarbeidene synes også et samspill mellom de to regelsett å være forutsatt:

”Første ledd har ingen bestemmelse om **tilbakekalling av arvepakt**. Dette skyldes at når det foreligger en avtale om arvepakt, har arvelateren ikke den **fri** rett til å tilbakekalle som ved testamentariske disposisjoner i sin alminnelighet. Men allikevel er arvelateren ikke alltid avskåret fra å tilbakekalle disposisjonen. En arvepakt kan være ledd i et gjensidig tyngende forhold, og da kan vesentlig mislighold fra den annen part gi testator rett til å tilbakekalle arvepakten. Også en vesentlig brist i forutsetninger kan gi testator en slik rett - særlig når den annen part ikke har gitt noe vederlag. Når testator således har rett til å tilbakekalle arvepakten, vil den testamentariske disposisjon i en del tilfelle falle bort **uten videre** (jfr. utk. § 57 annet ledd i.f.). For øvrig vil testator ha adgang til, og også plikt til, å foreta tilbakekallingen på den måte som angitt for testamenter i sin alminnelighet. Når nemlig det bånd som en arvepakt begrepsmessig legger på arvelateren, ikke lenger er til stede, vil det bare være en alminnelig testamentarisk disposisjon tilbake.”⁶⁶⁵

54.2.6 Arvepakten som del av en livsdisposisjon

Hvorvidt arvepakten i seg selv er en livs- eller dødsdisposisjon er drøftet i pkt 54.2.2. Som for ordinære testamenter kan også et ugjenkallelig testament inngå som del i en gjensidig forpliktende avtale. Dersom avtalen sett under ett har slik realitet for arvelater i hans levetid at den er en livsdisposisjon, dreier det seg i utgangspunktet ikke lenger om arverett eller arvepakt, men om en kreditors krav mot dødsboet. Har arvelater opprettet testamenter i strid med ”arvepakten” må disse fortsatt vike for medkontrahentens krav, men i tilfelle ikke i kraft av arvepakten, men som følge av alminnelige skifterettslige regler – se blant annet pkt 22.2 og prinsippene i sl § 68 og § 110.

Selv om arvelaters ytelse er betegnet som å gi medkontrahenten arverett – og det er opprettet et testament, vil de arverettslige regler om blant annet formkrav og pliktdelsrett ikke komme til anvendelse. Det er realitetene i avtalen som er avgjørende, ikke den ytre form.⁶⁶⁶

På den annen side kan det tenkes at medkontrahenten ønsker posisjonen som arving, og ikke som kreditor – for eksempel for å gå klar av et preklusivt proklama. Det forhold at arvepaktsavtalen også oppfyller vilkårene for å være en livsdisposisjon,

⁶⁶⁵ Utk62 side 220-I.

⁶⁶⁶ Se *Lødrup*, Arverett § 17 V, side 202, samt § 22 III, side 232 og *Rt 1963 540*.

kan som utgangspunkt ikke frata medkontrahenten hans rettigheter som arving – så fremt dette også var arvelaters mening som har kommet til uttrykk i et formiktig dokument. Se nærmere om disse spørsmål under kapittel 34.

Tilsvarende kan også tenkes ved negative arvepaktsavtaler, dvs et løfte om ikke å gripe inn i legalarverett som ledd i et større avtalekompleks som samlet utgjør en livsdisposisjon. Slike avtaler vil antakelig forekomme langt sjeldnere. Et tenkbart eksempel er slektsarvingen som yter stell og pleie mot ved arvepakt å bli lovet ikke å bli fratatt sin legalarverett. Hvis arvelater i strid med arvepakten likevel oppretter testament, må legalarvingen som utgangspunkt kunne velge om vedkommende vil bestride testamentet med grunnlag i arvepakten eller kreve et beløp tilsvarende det legalarven ville utgjort som arbeidsvederlag eller kontraktsvederlag.

Om arvepakten som del av et større avtalekompleks, se ellers pkt 54.8.

54.2.7 Nærmere om den negative arvepakten

En arvepakt om at testament ikke skal opprettes inneholder den rene fraskrivelse av testasjonskompetanse. Som tidligere nevnt var det også før arveloven 1972 ansett som sikker rett at en arvepakt også kunne gå ut på at testamentet ikke skulle opprettes.⁶⁶⁷

Det som skiller den negative arvepakt fra arvepakten som del av et ugjenkallelig testament er i utgangspunktet bare at det er lovens arvegangsregler, og ikke et testament, som er arverettsgrunnlaget som beskyttes gjennom arvepakten.

En viktig faktisk forskjell er imidlertid at de berettigede legalarvinger ikke kan risikere at deres arverett likevel faller bort eller reduseres fordi testamentet er formuriktig, at arvelater senere får livsarvinger, gifter seg osv. Legalarvingene må på den annen side respektere lovens øvrige arvefordelingsregler. Har arvelater inngått arvepakt med sine fellesbarn om at han ikke skal gripe inn i deres legalarverett, må de likevel finne seg i at den gjenlevende av foreldrene utøver sine legalarverettigheter, herunder til uskifte og minste arv. Dette må som utgangspunkt også gjelde selv om både arvelaters og livsarvingenes forutsetning med arvepakten var at de skulle motta arven allerede ved arvelaters død, dersom han døde først.

⁶⁶⁷ Se *Utk62* side 219-I og *Prp36* side 177-II, samt *Arnholm*, *Privatrett V* side 278..

Det kan imidlertid tenkes at arvepaktsdokumentet også må forstås som et testament som fratar ektefellen arverettigheter. Et minstekrav er i så fall at denne testamentariske vilje har kommet til uttrykk i det formbundne dokumentet, og ikke bare er arvelaters motivasjon eller forutsetning for å opprette arvepakten hvor han lover sine barn ikke å gripe inn i deres legalarverett. Likeledes er ektefellens arverettigheter beskyttet gjennom al § 7 og § 11.

Den negative arvepakten gir livsarvingene en særskilt form for pliktdelsbeskyttelse. I likhet med pliktdelsreglene sikrer ikke den negative arvepakten legalarvingene en viss minsteandel av arveformuen, men beskytter kun mot arvelaters testamentariske disposisjoner, se kapittel 25. Pliktdelsreglene i al § 29 beskytter ikke livsarvingene mot ektefellens legalarverettigheter, jf al § 1 tredje ledd.

Var arvelater ugift da arvepakten ble opprettet, men senere gifter seg, må de beskyttede legalarvinger på samme måte finne seg i å stå tilbake for den nye ektefellens rett til arv og uskifte. Tilsvarende gjelder hvis den barnløse arvelater senere får livsarvinger, og for de eksisterende livsarvinger dersom arvelater senere får flere barn.

Den negative arvepakt innebærer som nevnt en avtalestiftet beskyttelse av legalarveretten, men som på linje med pliktdelsreglene bare beskytter mot arvelaters testamentariske disposisjoner. På samme måte som ved spørsmål om arvepakten begrenser arvelaters rett til livsdisposisjoner, må det foretas en konkret tolkning av hvorvidt det er avtalt eller stiftet andre rettigheter *i tillegg til* arvepakten. Rett til arv – utover eventuell legalarverett – kan imidlertid bare bygge på testament. Skal medkontrahenten for øvrig ha krav på oppfyllelse i arvelaters etterlatte formue må det bygge på en livsdisposisjonskontrakt.

Arvelater kan fraskrive seg sin egen testasjonskompetanse, men kan ikke ved avtale eller testament gripe inn i ektefelles eller livsarvingers arverettigheter som ved lov er beskyttet mot testamentariske disposisjoner – eller på deres vegne frafalle disse rettigheter. Dette gjelder også i forhold til fremtidige livsarvinger og ektefeller.

Ved den negative arvepakt vil gruppen av berettigede normalt være mer diffus enn ved et ugjenkallelig testament. Derved vil behovet for avklaring om hvem arvepakten er avgitt til fordel for, og hvem arvelater har forpliktet seg overfor, lett bli større enn ved ugjenkallelige testamenter.

Ved ugjenkallelig testament er ugjenkallelighetsløftet som regel avgitt overfor testamentsarvingen(e) eller som et klart tredjemannsløfte. Ved negativ arvepakt må det for det første avklares om fraskrivelsen av testasjonskompetanse er ment å gjelde overfor samtlige legalarvinger, og for det andre om løftet er avgitt overfor samtlige. Tredjemannsløfter kan oftere forekomme ved negative arvepakter, eksempelvis ved at arvelater forplikter seg overfor en eller enkelte av legalarvingene til fullstendig å avstå fra testamentariske disposisjoner.

Det kan lett tenkes at gruppen av legalarvinger endres i tiden mellom opprettelsen og arvelaters død; noen arvinger dør ut og nye fødes. Det avgjørende for hvorvidt arvepakten også er bindende i forhold til ”nye” legalarvinger må bero på en tolking av arvelaters erklæring og løfte. En avdød arvinges livsarvinger som trer inn i posisjonen som legalarving vil ikke i kraft av lovens arvegangsregler også tre inn i den beskyttede posisjon som arvepakten ga den avdøde arvingen. Det er bare arvepakten selv som i tilfelle kan gi dem denne beskyttelse, og da må som nevnt arvelaters erklæring og løfte undergis en konkret tolking. Et tredjemannsløfte til fordel for samtlige daværende legalarvinger, må normalt forstås slik at det også omfatter senere fødte arvinger. Er løftet gitt uttrykkelig til den avdøde legalarvingen, må det avgjøres om løftet også innebar et betinget tredjemannsløfte til fordel for arvingens egne livsarvinger.

Fordi en bindende testasjonskompetanseerklæring består både av en arverettslig og en avtalerettslig disposisjon, må både erklæringen i det formbundne dokumentet og som ledd i den avtalerettslige binding tolkes separat, se pkt 54.6.

For den arverettslig disposisjon, den formbundne erklæringen, kan ikke tolkingspresumsjonen i al § 66 nr 2 anvendes direkte, idet erklæringen dreier seg om fraskrivelse av testasjonskompetanse og ikke om tolking av testament. De hensyn som begrunner tolkingsregelen vil på den annen side normalt også gjøre seg gjeldende når arvelater ved arvepakt har sikret legalarvingene.

54.3 Arvepakten består både av en testamentarisk bestemmelse om fraskrivelse av testasjonskompetanse og en disposisjon som etablerer avtalerettslig binding

54.3.1 Innledning

Arvepakten skal opprettes i samsvar med ”reglane i §§ 48-52”. Forarbeidene gir ingen forklaring på hvorfor formkravsreglene er begrenset til de nevnte paragrafer, og eksempelvis ikke hele al kap VIII. Er det eksempelvis noen spesiell grunn til at en arvepakt kan opprettes etter reglene om nødtestament, men ikke etter reglene om utenlandske testamenter? Gjelder habilitetsreglene i al § 61 også for arvepaktsvitner?

Til sammenligning bestemte dal 1963 § 67 at ugjenkallelighetserklæringen måtte avgis ”under iagttagelse af reglerne i kapitel 8 om oprettelse af testamente”. Dette ble i dal § 68 endret til ”i overensstemmelse med reglerne om oprettelse af testamente”, men uten annen forklaring enn at det var foretatt en ”enkelte sproglige moderniseringer”.⁶⁶⁸ Det fremgår klart av de danske lovforarbeider at noen materiell endring i reglene for opprettelse av konservative arvepakter ikke var tilsiktet.⁶⁶⁹

Med testamentarisk bestemmelse menes her en erklæring fra arvelater som er avgitt i testaments former og som relaterer seg til arveoppgjøret etter ham. Arvepakten går ikke etter sitt eget innhold direkte ut på fordeling av arv, men har likevel betydning for arvens fordeling – ved at testasjoner i strid med arvepakten blir virkningsløse.

Testamentarisk bestemmelse er derfor et videre begrep enn testasjon, som utelukkende er bestemmelser om fordeling av arven etter testator.

Med disposisjon som etablerer avtalerettslig binding menes utsagn, handling osv som etter avtalerettslige regler etablerer en forpliktelse for arvelater og en rettighet for adressaten. Med det siste understrekes at det ikke er tilstrekkelig med et dispositivt utsagn som er egnet til å forplikte. Arvelaters løfte må ha kommet til adressatens kunnskap på en slik måte at det er forpliktende.

Disse to selvstendige elementer i testasjonskompetansefraskrivelsen er begge nødvendige, men ikke i seg selv tilstrekkelige til at det foreligger en gyldig arvepakt. Den forbundne erklæringen skaper ingen arvepakt før det foreligger avtalerettslig

⁶⁶⁸ Se *Lovforslag 2006* side 111-I.

⁶⁶⁹ Se *Betänkning 2006* side 229 og *Lovforslag 2006* side 111-I. Fjerningen av henvisningen til et bestemt kapittel kan ha sammenheng med at den nye loven ikke lenger inneholdt et eget kapittel utelukkende om opprettelse av testament, men et kapittel om opprettelse og tilbakekall.

binding. Tilsvarende blir det avtalerettslige løftet innholdsløst dersom det ikke også foreligger en formbunden erklæring.

Ugjenkallelighetsløftet var i al 1854 § 61 beskrevet som at arvelater ”paa kontraktmæssig Maade udtrykkelig har erklæret derved at ville være bunden”. I arvelovens forarbeider beskrives dagjeldende rettstilstand som at det ikke var noe krav om at ugjenkallelighetserklæringen måtte fremgå av testamentet.⁶⁷⁰ Oppfatningene omkring dette spørsmålet har nok variert noe, avhengig av hvordan arvepakten som disposisjon ble oppfattet. Selve formuleringen ”udtrykkelig har erklæret” ble imidlertid ikke oppfattet som et formkrav, men bare som at den avtalerettslige binding måtte være på det rene.⁶⁷¹ For de som oppfattet arvepakten som én særegen arverettslig disposisjon fremsto det imidlertid som en naturlig konsekvens at formkravene også omfattet den erklæring som forandret disposisjonen fra et uforpliktende testament til en bindende arvekontrakt. Etter dette syn måtte følgelig ugjenkalleligheten fremgå av det formbundne dokumentet. Både *Platou* og *Knoph*, som begge fremhevet arvepakten som en enhetlig og selvstendig arverettslig disposisjon, aksepterte imidlertid den praksis som gikk ut på at ”ethvert bevislig kontraktsmæssigt Tilsagn” om ugjenkallelighet var tilstrekkelig.

Platou argumenterte slik: ”Som oven i S. 11 No. 3 sagt, er Arvepagten at anse for en fra Testamentet forskjellig Delationsform. Af Arvel. § 61 følger imidlertid uomtvistelig, at Arvepagt maa oprettes i de selvsamme Former, som for Testamenter er bestemt. Det vilde være yderst urimelig, om en gjenkaldelig sidste Villie, Testament, skulde afgives [225] i faste, bestemte Former, men en uigjenkaldelig kunne afgives formløst. Og strængt taget maa dette forstaaes saaledes, at ikke alene den testamentariske Disposition, men ogsaa Erklæringen om, at man vil være kontraktsmæssig bunden, maa afgives i Testamentsform. Man kan f. Ex. ikke gjennom Stedfortræder erklære tidligere oprettet Testament forbindende som Arvepagt ..., thi Arvepagt er ikke en Sammensætning af to Retshandler, Testament + obligatorisk tilsagn om ikke at ville kalde Testamentet tilbage, den er en særegen selvstendig Retshandel 'uigjenkaldeligt Testament'; da vor Arvelov § 61 imidlertid ikke har sagt dette med rene Ord, vil man i vor ligesom i tysk Praxis vistnok antage ethvert bevislig kontraktsmæssigt Tilsagn om, at et oprettet Testament skal være uigjenkaldeligt, for bindende.”⁶⁷²

Knoph uttrykte det slik: ”At arvepakten må tilfredsstillende de samme krav til **form** som testamentet, og at den også må holde sig innenfor den **frie tredjedels område**, er ganske utvilsomt etter den avfatning § 61 i arveloven har fått. Hvad formkravet angår er vel forresten den

⁶⁷⁰ Se *Utk62* side 219-220 og *Prp36* side 177-II.

⁶⁷¹ Se *Knoph*, Norsk arverett 1959 side 227-228 og *Arnholm*, Privatrekt V side 281.

⁶⁷² *Platou*, Arveret 1910 side 224-225.

citerte paragraf tilfredsstillet, dersom selve paktens innhold er klædt i testaments form, mens avtalen om uforanderlighet, som andre kontrakter, kan inngås formløst”.⁶⁷³

Denne praksis dannet grunnlaget for oppfatningen av arvepakten som en todelt disposisjon, en formbundet testasjon og en ugjenkallelighetserklæring uten formkrav. Det samme gjelder det forhold at testasjonen og ugjenkallelighetserklæringen ikke trenger å foretas samtidig.

I omtrent de siste par hundre år har det vært enighet om at selv om et testament ble gjort ugjenkallelig, slik at det ble en slags arvekontrakt, måtte uansett selve testasjonen gjøres i testaments former.⁶⁷⁴

I gjeldende lov bestemmer al 56 annet ledd at testamentsformkravsreglene i §§ 48-52 gjelder for ”korleis arvepakt skal gjerast”. Noen nærmere begrunnelse for de nye formkrav enn at arvepakt er en viktig disposisjon gir forarbeidene ikke, og det gis heller ingen veiledning for hvordan de nye regler nærmere skal forstås. Et naturlig utgangspunkt er etter min mening å betrakte testasjonskompetanseerklæringen som en testamentarisk bestemmelse: Ugjenkallelighetserklæringen endrer testamentets karakter. Skal det foreligge en gyldig testasjon må det foreligge en testasjonsvilje som har kommet til uttrykk på formriktig måte. For arvepakten gjelder i tillegg at det må foreligge avtalerettslig binding.

Jeg finner det fremstillingsmessig og systematisk mest hensiktsmessig å dele gyldighetsbetingelsene for en arvepakt – dvs en bindende fraskrivelse av testasjonskompetanse – inn i tre selvstendige vilkår: Det må (1) foreligge en vilje til fraskrivelse av testasjonskompetanse, som (2) må ha kommet til uttrykk i et formbundet dokument og som (3) må være avgitt som et avtalerettslig bindende løfte overfor en adressat.

Kombinasjonen av formkrav og avtalerettslig binding reiser spørsmål både om hva som må fremgå av det formriktige dokumentet og om krav til sammenfall mellom den formbundne erklæring og det forhold som gjør disposisjonen avtalerettslig bindende. Mer konkret er spørsmålene om selve bindingsprosessen må fremgå av det

⁶⁷³ *Knoph*, Norsk arverett 1959 side 228.

⁶⁷⁴ I Rt 1878 63 pekte retten på at formkravene gjaldt både for gjenkallelige og kontraktsmessige testamenter.

formbundne dokumentet, og hvordan man løser manglende sammenfall mellom den formbundne erklæringen og det avtalerettslig bindende løftet.

Tilsvarende problemstillinger gjelder for den negative arvepakten, dvs løftet om ikke å opprette testament.

Jeg skal først se litt på de formelle spørsmål om formkravets innhold, herunder om krav til vitnehabilitet. Deretter skal jeg behandle de tre vilkårene hver for seg, men herunder også påpeke sammenhengene mellom dem.

54.3.2 Formkrav til selve bindingsprosessen?

Spørsmålet som her skal behandles er om formkravene i al § 56 annet ledd bare omfatter arvelaters (ensidige) erklæring om testasjonskompetansefraskrivelse, eller om formkravet også omfatter vilkåret om avtalerettslig binding. Må det med andre ord fremgå av et formbundet dokument at avtale er inngått, eventuelt at bindende løfte er avgitt og mottatt? Eller er det tilstrekkelig at det formriktige dokumentet viser at arvelater har fraskrevet seg sin testasjonskompetanse, slik at gyldig arvepakt foreligger dersom den berettigede på annen måte kan sannsynliggjøre at det foreligger avtalerettslig binding?

Formkrav må som andre rettsregler undergis en konkret tolking. Lovens ordlyd gir ingen sikre holdepunkter.⁶⁷⁵ Heller ikke forarbeidene gir noen anvisninger i den ene eller annen retning.

Ofte vil formkravets formål være avgjørende for hvordan rettsregelen skal forstås. Er det notoritet om innholdet som skal sikres? Skal formkravene sikre at den disponerende tenker seg godt om? Er det behov for å markere overgangen fra forberedelse og uforpliktende utkast til endelig disposisjon?

For gjensidig forpliktende avtaler vil normalt gjensidig undertegning markere at endelig og bindende disposisjon foreligger. Noen grunn til å undertegne før de har ment å forplikte seg har partene normalt ikke.⁶⁷⁶

⁶⁷⁵ Slik også *Andenæs*, Arvepakt side 34.

⁶⁷⁶ Annerledes kan imidlertid dette være ved omstendelige formkrav hvor det kan tenkes at partene ønsker å gjøre unna formalitetene, slik at alt er i orden når de endelig bestemmer seg. En ikke upraktisk ordning er blanco-skjøter hvor hjemmelshaver har undertegnet og fått vitnebekreftet sin underskrift, men uten at det er etablert noe rettsforhold.

Formkrav er minstevilkår for gyldighet, men oppfyllelsen av formkravene medfører ingen automatisk og ubetinget binding. Som for underskrifter vil imidlertid oppfyllelsen av formkravene ofte være ment som den handling som medfører binding eller endelig disposisjon. Oppfyllelse av formkravene gir derfor omgivelsene en berettiget forventning om at endelig disposisjon er foretatt.

Testamentsformkravene skal sikre notoritet og solennitet, men beskriver samtidig den handling som markerer overgangen fra forberedelser til endelig testasjon. Det er likevel – i alle fall for ensidig forpliktende erklæringer – den disponerendes vilje som danner fundamentet for det rettsgrunnlaget erklæringen skal utgjøre. Har eksempelvis testator undertegnet et testament og fått påført de nødvendige vitnepåtegninger mv, men samtidig erklærer at han vil tenke seg litt mer om før testamentet blir virksomt, foreligger intet gyldig testament.⁶⁷⁷

Lovteksten bestemmer at testamentsformkravene i al §§ 48-52 skal gjelde for hvordan arvepakter ”skal gjerast”. Det tas i ordlyden ingen forbehold om reglene gjelder tilsvarende, så langt de passer eller lignende. Det som etter al § 56 annet ledd må gjøres i testaments former er ”arvepakt”. En arvepakt går etter første ledd ut på å forplikte seg til ikke å opprette, endre eller tilbakekalle testament. Formuleringen ”binde seg til” peker mot at det er den prosess hvoretter arvelater blir bundet som må være gjort i testaments former. I samme retning taler uttalelser i forarbeidene om at det er ”avtalen” som må være inngått i testaments former.⁶⁷⁸ Det kan imidlertid ikke av forarbeidene utledes om man med ”avtalen” siktet til avtalens innhold eller til selve bindingsprosessen. Spørsmålet må derfor avgjøres ut fra formålet med innføringen av formkravet.

Frantzen synes også å mene at bindingsprosessen må fremgå av det formriktige dokumentet: ”Den kontraktsmessige binding må dermed, i motsetning til tidligere, ha fått et testamentsmessig uttrykk.”⁶⁷⁹

⁶⁷⁷ Det vil derfor heller ikke foreligge noe gyldig testament dersom arvelater senere muntlig erklærer, eksempelvis overfor testamentsarvingen, at testamentet nå skal være gyldig. Hans testamentariske viljeserklæring er i så fall ikke kommet til uttrykk i testaments former – mens i det første tilfellet manglet hans bindende viljeserklæring i det formriktige dokumentet. Det kan imidlertid tenkes at testamentet kan anses gyldig dersom testator gir uttrykk for sin endelige testasjonsvilje samtidig overfor begge testamentsvitner, jf *RG 1979 238*.

⁶⁷⁸ ”En avtale om at et opprinnelig gjenkallelig testament ikke skal kunne omgjøres, er imidlertid et så viktig skritt at det bør kreves testaments form for avtalen”. Se *Utk62* side 219-220, jf også *Prp36* side 177-II.

⁶⁷⁹ *Frantzen*, *Ugjenkallelighet* side 88.

For *ektepakter* fremgår til sammenligning bindingsprosessen av at begge ektefeller har undertegnet dokumentet. Det fremgår imidlertid av el § 54 første ledd fjerde punktum at dersom ektepakten bare er til fordel for den ene ektefellen, trenger ikke denne ektefellen medvirke ved inngåelsen av ektepakten. Formkravene går i slike tilfeller utelukkende ut på å sikre notoritet omkring ektepaktens innhold. Men som for arvepakten oppstår det ingen rettslig bindende disposisjon før den annen ektefelle er meddelt ektepaktens innhold som et bindende løfte – av ektefellen selv eller noen med fullmakt fra ham.

Det ovennevnte gjelder både ensidig begunstigende ektepakter om formuesordningen, eksempelvis den ene ektefelles frafallelse av retten til skjevdeling, og gavedisposisjoner som krever ektepakts form.

Som påpekt vedrørende arvepakter i pkt 54.3.12 kan på samme måte de to elementers rekkefølge ikke ha noen for ektepaktens gyldighet. Om hustruen vil frafalle retten til skjevdeling vedrørende en arvet eiendom, og/eller vederlagsfritt ønsker å overføre eiendommen til mannen, er det uten betydning, også mellom partene, om hun først gir ham et muntlig som løfte som følges opp av en ektepakt eller omvendt.

Noe tilvarende gjelder for testamenter. Oppfyllelsen av formkravene er minstevilkår, samtidig som det ofte indikerer at endelig testasjon foreligger. Selv om et testament først skal oppfylles ved testators død, får det rettsvirkninger allerede ved opprettelsen. Det kan eksempelvis bare tilbakekalles som foreskrevet i al § 57. En endelig testasjon foreligger når testator har foretatt en handling som gir omverdenen tilstrekkelig sikkerhet for at han med dokumentet mente å foreta en testasjon. Oppfyllelsen av formkravene oppfattes normalt som den handling hvoretter testator gir omgivelsene beskjed om at en testasjon nå er foretatt.

Det kan også sammenlignes med oppnevning av begunstiget til en livsforsikring. Forsikringstaker kan fritt endre begunstigelsen, selv om den er gjort forbundet og selv om den begunstigede har fått kjennskap om den. Ugjenkallelig blir begunstigelsen først når det er avgitt et uttrykkelig løfte om dette overfor den begunstigede, se fal § 15-2 annet ledd jf § 15-3. Forskjellen fra arvepakt er at det ikke stilles formkrav til den disposisjon som gjør begunstigelsen ugjenkallelig.

Oppfyllelsen av formkravene kan bevismessig bidra til å sannsynliggjøre at den disponerende ektefellen mente å forplikte seg, men avgjørende er det ikke. Vitnenes kunnskap om innholdet er ikke tilstrekkelig, og heller ikke at vitnene har brakt sin kunnskap videre til den annen ektefelle – med mindre de hadde fullmakt til å avgi et løfte på den disponerendes vegne.

Når det i al § 56 heter at testamentsformkravene skal gjelde for arvepakter må dette forstås som at formkravene er minstevilkår, men som ikke ubetinget medfører at

disposisjonen har fått sine fulle rettsvirkninger. Arvepakten er et løfte avgitt overfor en adressat, mens testamentet ikke har noen adressat i avtalerettslig forstand.⁶⁸⁰ Mens kravet til arvelaters endelige vilje ved testamenter oppfylles ved at den meddeles omverdenen, oppfylles kravet ved arvepakter først når det er sannsynliggjort at arvelater har forpliktet seg overfor adressaten.

Det er således på den ene side ikke tilstrekkelig at det foreligger en testasjonskompetanseerklæring i testaments former. Det er på den annen side heller ingen holdepunkter i forarbeidene for at lovgiver med al § 56 annet ledd mente at bindende arvepakt forelå ved at formkravene var oppfylt og ved at arvelater generelt hadde gitt omverdenen grunn til å tro at endelig arvepakt var opprettet.

Den enkle begrunnelse som gis i forarbeidene er at binding av testasjonskompetanse er et så viktig skritt at det bør gjøres i testaments former, se pkt 54.3.7.⁶⁸¹ I mangel av andre holdepunkter må dette forstås slik at det er de samme hensyn som begrunner formkrav for arvepakter som for testamenter, nemlig notoritet og solennitet. For både testamenter og arvepakter gjelder således at formkravene først og fremst er gitt av hensyn til arvelater, men også av hensyn til omgivelsene; hans dødsbo, skiftemyndigheter og domstoler. Selv om et klart formulert testament er en fordel for testamentsarvingen, er formkravene ikke direkte begrunnet i hensynet til ham. Tilsvarende gjelder ved arvepakter. Det er ikke hensynet til den berettigede arving eller adressat som begrunner formkravene.

Konklusjonen blir derfor at formkravene kun omfatter selve testasjonskompetanseerklæringen og ikke den handling som gjør erklæringen avtalerettslig bindende.⁶⁸² På den annen side foreligger ingen gyldig eller bindende testasjonskompetansefraskrivelse før det er sannsynliggjort avtalerettslig binding.

Med dette er rettstilstanden på mange måter slik både *Platou* og *Knoph* tidligere argumenterte for, nemlig at ugjenkallelighet (testasjonskompetansefraskrivelse) må fremgå av det forbundne dokumentet, men at selve bindingsprosessen kunne skje formløst.

⁶⁸⁰ "[T]estamentet [er] et nakent viljesutsagn uten adressat og alltid fritt gjenkallelig." *Knoph*, Norsk arverett 1959 side 215.

⁶⁸¹ *Utk62* side 219-220 og *Prp36* side 177-II.

⁶⁸² Se til sammenligning *Andenæs*, Arvepakt side 36 som riktignok anfører at et "vilkår for ugjenkallelighet er jo at dette dokumentet gir 'dekning' for avtalen om ugjenkallelighet", men som – under henvisning til formålet med formkravene – likevel finner at loven ikke kan forstås slik at "den endelige avtale må sluttes i nærvær av begge parter, med testamentsvitner til stede osv" (side 33-34).

54.3.3 Forholdet mellom den formbundne erklæring og den avtalerettslige binding

Det kan forekomme at arvelaters formbundne erklæring har et annet innhold enn hans avtalerettslig forpliktende løfte. Særlig gjelder dette når de foretas som to atskilte disposisjoner.⁶⁸³ Ved at det er to betingelser som må være oppfylt, må følgelig betingelsene vurderes hver for seg – og begge må være oppfylt for at bindende arvepakt skal foreligge.

Arvelater kan eksempelvis i testamentet uten forbehold ha skrevet at det er ugjenkallelig, mens han gjør sitt løfte overfor testamentsarvingen betinget. Oppfylles ikke betingelsen, foreligger det ingen avtalerettslig binding og heller ingen gyldig arvepakt.

Omfatter løftet flere ytelser enn de som fremgår av det testament som er gjort ugjenkallelig gjelder det samme.

Teoretisk kan det tenkes spørsmål om løftet kan utgjøre et selvstendig rettsgrunnlag, men det forutsetter at løftet går ut på en livsdisposisjon.

54.3.4 Innholdet i den formbundne testasjonskompetanseerklæringen

Loven skiller ikke mellom den testasjonskompetanseerklæring som går ut på at en testasjon ikke skal kalles tilbake, og den som går ut på at testament ikke skal opprettes.

Selv hvor arvepakten ble betraktet som et selvstendig rettsgrunnlag for arverett så man fellestrekkene mellom de to former for arvepakt: ”Men realiteten er jo bare den meget beskjedne at man overfor den enkelte løftemottager binder seg til ikke å disponere til skade for ham, og det betyr igjen at man sikrer ham å få den kvote han skulle ha som legalarv. . . . Dette blir en regulær arvepakt i forholdet mellom arvelateren og legalarvingen.”⁶⁸⁴

Forskjellen mellom de to former for testasjonskompetanseerklæringer ligger som nevnt utelukkende i det arverettsgrunnlaget som søkes sikret, henholdsvis testamentsarverett og legalarverett. Reglene om formkrav som gyldighetsvilkår er derfor de samme uansett i hvilken sammenheng testasjonskompetanseerklæringen avgis.

⁶⁸³ Teoretisk kan det også tenkes at to likt utformede utsagn som følge av ulike tolkingsregler anses å ha ulikt innhold. I praksis vil antakelig heller det motsatte forekomme. Utsagnene er ulikt formulert, men antas likevel å gi uttrykk for den samme mening.

⁶⁸⁴ *Arnholm, Privatrett V* side 278.

Vilkårene for å konstatere en testasjon er i korte trekk at det må kunne påvises en testasjonsvilje og at denne har kommet til uttrykk i et formriktig dokument.⁶⁸⁵

Tilsvarende gjelder for testasjonskompetanseerklæringen. Selv om det tas utgangspunkt i ordlyden må det understrekes at det ikke er ordvalget, men hva som kan utledes om arvelaters sannsynliggjorte vilje, som er avgjørende.

Eksempelvis viser formuleringen ”Jeg forplikter meg til å opprette testament hvorefter Peder Ås arver alt jeg etterlater meg” at arvelater ønsker Peder Ås som enearving, men den viser også at han hadde tenkt å foreta selve testasjonen på et senere tidspunkt.

Annerledes med følgende ordlyd: ”Peder Ås overfører med dette Nordigarden til Lars Holm. Til gjengjeld skal Peder Ås ved ugjenkallelig testament være enearving etter Lars.” Hvis andre omstendigheter kan være med å sannsynliggjøre at Peder med dette mente å ha testamentert, er ikke ordlyden til hinder for å legge dette dokumentet til grunn som testament.

54.3.5 Krav til påvisning av arvelaters fraskrivelsesvilje

Som påpekt ovenfor er det etter min mening naturlig å vurdere både gyldigheten og innholdet av arvelaters testasjonskompetanseerklæring etter samme regler som gjelder for testamenter, enten arvepakten går ut på at et testament ikke skal opprettes eller ikke skal kalles tilbake. Verken al § 56 eller andre regler i arveloven sier dette uttrykkelig. Erklæringen har imidlertid et arverettslig innhold, og må gjøres i testaments former. Det oppnås således et mer helhetlig regelsett ved konsekvent å anvende testamentsregler på testasjonskompetanseerklæringen. Sammenhengen mellom reglene om den personlige testasjonskompetanse i al § 48 – som al § 56 henviser til – og reglene om viljesmangler taler i samme retning.⁶⁸⁶

I forhold til reglene om ugyldighet som følge av manglende rettslig handleevne er forskjellene mellom avtalerettslige og arverettslige regler neppe store. Arvelaters vilje som selvstendig gyldighetsvilkår har likevel en tydeligere og større plass i testasjoner enn i livsdisposisjoner, herunder også gaveløfter. For gaveløfter er det teoretisk mulig at løftegiver anses bundet selv om han ikke mente å avgi noe løfte. Ved testamenter er dette utelukket.

Om viljens betydning for arvepakter, se også pkt 54.6 om tolking og utfylling.

⁶⁸⁵ Eventuelt som muntlig nødttestament, jf al § 51 første ledd.

⁶⁸⁶ Forarbeidene gir riktignok små holdepunkter for at valg eller avgrensning av henvisninger i al § 56 var grundig gjennomtenkt.

54.3.6 Den personlige kompetanse

De arverettslige aspekter ved arvepakter er utelukkende regulert i al § 56.

Bestemmelsen gir bestemmelser om fraskrivelse av testasjonskompetanse og om formkrav for slike fraskrivelser. De avtalerettslige spørsmål reguleres ikke i arveloven.

Arveloven inneholder ingen bestemmelser som direkte regulerer arvepaktsrelaterte spørsmål som virkningene av formfeil, krav til vitnehabilitet, personlige kompetansekrav, tolkingsregler osv. Før de enkelte spørsmål behandles skal jeg generelt vurdere om henvisningene i al § 56 annet ledd kan brukes som grunnlag for antitetiske eller analogiske slutninger. Med antitetisk slutning menes her at de regler al § 56 annet ledd ikke henviser til, ikke er anvendelige. Dette gjelder særlig ugyldighetsreglene i al kap X (hvor § 60 og § 61 relaterer seg til formkravene og §§ 62-63 til arvelaters vilje) og tolkingsreglene i al § 65.

Andenæs bruker i stor utstrekning manglende henvisninger fra al § 56 som argument for at regler eller prinsipper i de nevnte bestemmelser i arveloven ikke får tilsvarende anvendelse på arvepakter. Dette gjelder eksempelvis al § 65 og spørsmålet om subjektiv eller objektiv tolking av arvepakter, reglene om dødsgaver i al § 53 og kravene til testasjonsvilje i al §§ 62-63.⁶⁸⁷

Etter min mening er det ikke grunnlag for slik antitetiske slutninger. For det første må det legges til grunn at disse spørsmål ikke har vært vurdert av lovgiver. Forarbeidene gir ingen forklaring på hvorfor det er henvist til akkurat §§ 48-52. For det annet kan det heller ikke forventes regler om tolking, viljesmangler mv i en bestemmelse som utelukkende tar sikte på å regulere formkrav. For tolkingsregler, se også pkt 54.6 og for gjensidige testamenter pkt 56.7.

Et annet forhold er at lovgiver enten direkte i loven eller gjennom uttalelser i forarbeidene burde sagt noe om hvordan disse spørsmål burde løses.

Likheten med testamentariske disposisjoner, samt henvisningen til al § 48, må forstås slik at de samme personelle krav gjelder for arvepakter som for testamenter.⁶⁸⁸ Herav følger at arvepakten må opprettes personlig og ikke gjennom fullmektig.⁶⁸⁹ Selv i de tilfeller hvor arvepakten er en del av et større avtalekompleks, kan ikke arvelater

⁶⁸⁷ *Andenæs*, Arvepakt, henholdsvis side 36 og 35, og i samme retning side 45.

⁶⁸⁸ Slik også *Arnholm*, Arveretten side 264: "Først og fremst må arvelateren ha regulær testasjonshabilitet."

overlate til andre å opprette arvepakt. For arvepakten som helhet gjelder utgangspunktet om forbud mot å delegere testasjonskompetanse tilsvarende, se kapittel 52. Skillet mellom arvepaktens avtalerettslige og arverettslige del medfører imidlertid at arvelater personlig kan opprette den formbundne erklæring og deretter overlate til en fullmektig å etablere den avtalerettslige binding.

54.3.7 Formkravene

Etter al 1854 § 61 kunne arvelater fritt endre eller tilbakekalle sitt testament, med mindre han ”paa kontraktmæssig Maade udtrykkelig har erklæret derved at ville være bunden”. Som nevnt ble dette ikke oppfattet som formkrav til ugjenkallelighetserklæringen, bare som et krav om klar tale.⁶⁹⁰

Oppfatningen om at ugjenkallelighetserklæringen kunne skje formløst forutsetter på mange måter at et ugjenkallelig testament består av to disposisjoner, hvorav den ene krever former – den andre ikke. Litt problematisk ble derfor dette for de som sterkt fremholdt arvepakten som en enhetlig og særegen arverettslig disposisjon.⁶⁹¹

Etter gjeldende regler fremgår det klart av al § 56 annet ledd at arvepakter skal gjøres i testaments former. Av al § 56 første ledd, sammenholdt med forarbeidene, fremgår det likeledes klart at lovgiver med arvepakt mener arvelaters bindende fraskrivelse av testasjonskompetanse.

Frantzen tar som utgangspunkt at formkravene etter al § 56 annet ledd er ”de samme formkrav ... som for testamenter”.⁶⁹²

Innføringen av formkravene innebærer således en tilsiktet endring av tidligere rettstilstand. Begrunnelsen som ble gitt for endringen var helt enkelt at ugjenkalleligheten var ”et så viktig skritt at det bør kreves testaments former for avtalen”:

”Forslaget om at reglene om testamentsformer også skal gjelde ved opprettelse av **arvepakt**, innebærer noe nytt. En arvepakt består både av en testamentarisk disposisjon (dersom da arvepakten ikke går ut på at testament ikke skal opprettes), og dessuten av en forpliktende erklæring om ikke å tilbakekalle eller endre testamentet. I noen tilfelle har en disposisjon karakteren av arvepakt allerede fra først av, men i andre tilfelle skjer disposisjonen i to trinn – først opprettes et regulært testament, og senere blir dette testament ved en avtale mellom testator og

⁶⁸⁹ Slik også *Platou*, *Arveret* 1910 side 225.

⁶⁹⁰ Se eksempelvis *Arnholm*, *Privatrett V* side 282 og *Rt 1933 328*.

⁶⁹¹ *Knoph*, *Norsk arverett* 1959 side 226- 227 skiller derfor mellom arvepakter som opprettes i én disposisjon og de hvor ugjenkalleligheten etableres i en senere disposisjon.

⁶⁹² *Frantzen*, *Ugjenkallelighet* side 88.

testamentsarvingen (eller en tredjemann) gjort til arvepakt. Etter gjeldende rett antas det at avtalen kan gjøres formløst bare den er 'uttrykkelig', jfr. arvelovens § 61 i.f.⁶⁹³

"Nå antar man at avtalen kan gjøres formløst bare den er 'uttrykkelig', jfr. arvelovens § 61 i.f. En avtale om at et opprinnelig gjenkallelig testament ikke skal kunne omgjøres er imidlertid et så viktig skritt at det bør kreves testaments former for avtalen." Om begrunnelsen for den nye regelen sies ikke annet i forarbeidene en at "en avtale om at et opprinnelig gjenkallelig testament ikke skal kunne omgjøres, er et så viktig skritt at det bør kreves testaments form for avtalen".⁶⁹⁴

Forarbeidene sier intet nærmere om hva som må fremgå av dokumentet opprettet i testaments former. Begrunnelsen som gis må imidlertid forstås som at formålet med formkravene er de samme som ved opprettelsen av testamentet, dvs solennitet og notoritet. Notoritetshensynet tilsier at den testamentsarving eller legalarving som hevder at et opprettet testament er ugyldig som stridende mot en arvepakt må sannsynliggjøre dette – på samme måte som en pretendert testamentsarving må sannsynliggjøre at det foreligger gyldig testament. Begge påstander fremsettes normalt etter at arvelater er død og ikke lenger kan forklare seg om hva han har lovet.

Når det i forarbeidene pekes på at arvepakt er et viktig skritt sikter dette også til solennitetshensynet: Arvelater bør tenke seg like godt om før han fraskriver seg sin testasjonskompetanse som før han oppretter et testament.

Grunnelementet i formkravet for ugjenkallelighetserklæringen er det samme som for testamenter: Testators viljeserklæring tillegges bare rettsvirkninger i den utstrekning den har kommet til uttrykk i et dokument som oppfyller testamentsformkravene.

For ugjenkallelige testamenter er det som nevnt intet krav om at ugjenkallelighetserklæringen skal være inntatt i samme dokument som testasjonen. På samme måte som arvelater kan supplere et tidligere testament ved et nytt, kan han gjøre sitt testament ugjenkallelig ved en senere ugjenkallelighetserklæring. Som ved en tilleggstestasjon må selve ugjenkallelighetserklæringen gjøres selvstendig i testaments former. Det er ikke tilstrekkelig å skrive dem inn i det samme dokumentet. På samme måte som ved testasjoner kan imidlertid formløse tilføyelser få sin selvstendige betydning som ytre tolkingsmomenter, ved at de kan forklare hva arvelater har ment med formuleringer i testamentet eller i testasjonskompetansefraskrivelsen.

⁶⁹³ *Prp36* side 177-II.

⁶⁹⁴ *Utk62* side 219-220.

Selve ugyldighetsvirkningen av manglende former følger av al § 60, som fastslår ugyldighet dersom ”tvingande reglar i kapitla VIII og IX om korleis testament skal gjerast, kallast tilbake eller endrast ikkje følgde”. Selv om ”testament” språklig sett ikke omfatter begrepet arvepakt slik det er brukt i al § 56, er det ingen tvil om formkravene fra lovgivers side var ment å falle inn under ugyldighetsregelen i al § 60.

For arvepakter opprettet før 1.1.1973 må det antas at formkravene for ugjenkallelighetsløftet ikke gjelder. På samme måte som ugyldighetsregelen i al § 60 etter sin ordlyd ikke direkte omhandler de avtalerettslige sider, må det antas at overgangsregelen i al § 85 også omfatter ugjenkallelighetsløftet. Regelen går ut på at gyldigheten av en testamentarisk disposisjon skal avgjøres etter loven på den tid *testamentet* var opprettet, tilbakekalt eller endret. Formålet bak regelen tilsier klart at den også får anvendelse for ugjenkallelighetsløftet. Var arvepakten gyldig da den ble opprettet, ville det være svært urimelig at den som følge av senere lovendringer skulle bli ugyldig – med mindre lovgiver uttrykkelig bestemte dette. Slik regelen er formulert innebærer den dessuten at en arvepakt som er opprettet før 1973 må følge de nye regler dersom den skal endres etter dette tidspunkt.

Det er i al § 56 annet ledd ikke henvisning til al § 54, hvilket skulle bety at en eventuell utenlandsk arvepakt som ville vært gyldig som testament etter reglene i al § 54, ikke er gyldig i Norge med mindre den oppfyller formkravene enten for alminnelige testamenter eller nødtestamenter. Manglende henvisninger fra al § 56 kan imidlertid ikke i seg selv tillegges avgjørende betydning. Jeg har vanskelig for å se hvorfor et ugjenkallelig testament som er gyldig etter reglene i al § 54 ikke skulle få arvepaktsvirkninger i Norge.

Av henvisningen i al § 56 annet ledd til al §§ 48-52 følger det at arvepakt også kan inngås i ”nødtestaments former”. Opprettelse av arvepakt i en nødssituasjon er ikke særlig praktisk, og jeg vil derfor for enkelhets skyld omtale formkravene som krav om et formbundet dokument. Det kan tenkes at arvelater i en nødssituasjon ønsker å tilbakekalle en testasjon sikret ved arvepakt. Avtalerettslig binding gjør imidlertid at han ikke ensidig kan tilbakekalle arvepakten, med mindre det foreligger relevante bristende forutsetninger – og da vil hans dødsbo også kunne påberope seg disse i kombinasjon med al § 57 annet ledd annet punktum, se nærmere pkt 54.7.5.

54.3.8 Vitnehabilitet

Formkravsregelen i al § 56 annet ledd går ut på at al §§ 48-52 gjelder tilsvarende for testasjonskompetanseerklæringen. Det er ikke henvisning direkte til reglene i al § 61 om habilitetskrav for vitner. Spørsmålet blir derfor om det også for testasjonskompetansefraskrivelsen stilles habilitetskrav til vitnene.

Til sammenligning gjelder det ingen habilitetskrav for vitner til en ektepakt, mens det finnes fravikelige habilitetskrav for skjøtevitner.⁶⁹⁵

⁶⁹⁵ Se for ektepakter el § 54. Tinglysingsforskriften § 3 tredje oppstiller habilitetskrav, men registerfører kan likevel godta skjøtet til tinglysning dersom det finnes ubetenkelig, jf fjerde ledd.

På bakgrunn av hva som ovenfor er sagt om testasjonskompetansefraskrivelsen som en testamentarisk bestemmelse er det, til tross for manglende direkte henvisning, ikke tvilsomt at habilitetsreglene i al § 61 gjelder tilsvarende ved arvepakter, herunder ved selvstendige ugjenkallelighetserklæringer og for negative arvepakter. På bakgrunn av forarbeidene må paragrafhenvisingene i al § 56 annet ledd leses som ”formkravene som gjelder ved opprettelse av testamenter”.⁶⁹⁶ Ved de negative arvepakter gjelder habilitetskravet i forhold til den eller de legalarving(er) arvepakten er ”til føremon for”. Ved selvstendige ugjenkallelighetserklæringer gjelder det samme i forhold til den eller de testamentsarving(er) arvepakten er til fordel for.⁶⁹⁷

Til sammenligning er det etter dansk rett klart at reglene om habilitetskrav for testamentsvitner gjelder tilsvarende ved opprettelse av konservativ arvepakt.⁶⁹⁸

Et særlig spørsmål er om habilitetskravet også omfatter vitner som står i et habiliserende forhold til løftemottaker når denne er en annen enn testamentsarvingen. Formkravene gjelder bare for testasjonskompetanseerklæringen, ikke for selve bindingsprosessen, se blant annet pkt 54.3.2. Inneholder testamentet selv en bestemmelse om ugjenkallelighet, er det intet i veien for at den avtalerettslige binding etableres ved at løftet avgis overfor en av testamentsarvingens nærstående. Spørsmålet blir derfor bare aktuelt hvor den formbundne testasjonskompetansefraskrivelse uttrykkelig er gjort til fordel for en av testamentsarvingens nærstående i et selvstendig dokument.

Eksempelvis slik: ”Mitt testament til fordel for A kan bare kalles tilbake dersom As fosterfar B samtykker til det.”

Et annet forhold er at i praksis står den som mottar tredjemannsløftet ofte i et slikt forhold til den tilgodesette etter arvepakten at de allerede av den grunn rammes av al § 61, eksempelvis som testamentsarvingens mor eller far, eldre søsken osv.

Andre relasjoner som kan tenkes å dukke opp i praksis, og som faller utenfor de habiliserende forhold opplistet i al § 61 første ledd kan være oppnevnte verger, fosterforeldre, gudforeldre osv. Antakelig bør deres tilknytning i tilfelle vurderes etter de relative regler i al § 61 annet ledd.

⁶⁹⁶ Det uttales at ”reglene om testamentsformer også skal gjelde ved opprettelse av arvepakt”, se *Prp36* side 177-II. Det kan dessuten anføres at al § 61 etter sitt innhold burde vært utformet som en formregel og vært plassert i kap VIII.

⁶⁹⁷ Som for testamenter er det bare de disposisjoner som rammes av inhabiliteten som blir ugyldige.

⁶⁹⁸ I dal 1963 § 67 var det henvist til ”reglerne i kapitel 8 om opprettelse af testamente” hvor man blant annet fant § 43 stk 2 som inneholdt habilitetsregler. Tilsvarende gjelder også etter dal 2007 § 68 som viser til ”reglerne om opprettelse af testamente”, herunder § 64 stk 3 om habilitetskrav ved vitnetestamenter.

Formuleringen ”i teneste hos” må i tilfelle tolkes utvidende til også å omfatte oppdrag som setteverge osv. Unntaket i annet ledd tredje punktum må imidlertid lett komme til anvendelse.

Den arverettslige og testamentariske disposisjon består i å fraskrive seg testasjonskompetanse. Arvepakten er således etter sitt innhold direkte til fordel for den legalarving eller testamentsarving som derved får et sikrere arvekrav. Et forpliktende løfte er generelt til fordel for løftemottaker, og et tredjemannsløfte er som oftest også i løftemottakers interesse, typisk som testamentsarvingens far eller mor.

Spørsmålet må løses ut fra en tolking av al § 61, tilpasset det rettsforhold bestemmelsen anvendes på ved opprettelse av testasjonskompetanseerklæringer. Ved opprettelse av testamenter må begrepet ”til føremon for” forstås som den som direkte er tilgodesett, og hvis arverett sikres gjennom arvepakten. Et testament til fordel for et fosterbarn er normalt indirekte til fordel også for fosterforeldrene, men de rammes ikke av al § 61 første ledd. Tilsvarende må gjelde ved testasjonskompetanseerklæringer. Habiliteten må vurderes ut fra tilknytningen til den direkte tilgodesette, dvs den testamentsarving eller slektsarving som får sikret sin arverett.

I eksemplet ovenfor kan følgelig fosterfarens ektefelle være vitne, idet det er hennes forhold til testamentsarvingen og ikke adressaten for ugjenkallelighetserklæringen som er avgjørende.

Uavhengig av inhabilitetsreglene bør man uansett unngå at nærstående eller andre som har interesse i disposisjonen opptrer som vitner.⁶⁹⁹

54.3.9 Formkravenes betydning for tolking og utfylling

De generelle retningslinjer for tolking av arvepakter behandles i pkt 54.6. I det følgende skal jeg drøfte hvilke grenser formkravene setter for adgangen til å tolke og eventuelt supplere en testasjonskompetanseerklæring. Problemstillingene er mest aktuell i forhold til spørsmålet om ugjenkalleligheten kan inntolkes i testamentet. En senere erklæring om ugjenkallelighet eller om at testament ikke skal opprettes har i seg selv som funksjon å fraskrive testasjonskompetanse, og har derfor normalt intet annet innhold. Testamenter flest er derimot ment å være gjenkallelige. Når intet klart er sagt

⁶⁹⁹ Sammenlign *Rt 1999 440*, særlig mindretallets votum, om en hjelpeverges bidrag til å opprette testament til fordel for seg selv.

har det derfor en erfaringsmessig formodning mot seg at arvelater har ment å opprette ugjenkallelig testament.

Rent systematisk kan det derfor skilles mellom de situasjoner hvor det er sannsynliggjort at testamentet var ment å være ugjenkallelig allerede fra opprettelsen, og de situasjoner hvor ugjenkalleligheten er noe som senere bestemmes. Så lenge det er på det rene at arvelaters vilje ikke omfattet ugjenkalleligheten da testamentet ble opprettet, blir det aldri snakk om å inntolke en ugjenkallelighetserklæring i testamentet, uansett ordlyd. De situasjoner hvor det kan oppstå spørsmål om tolking eller supplerings er følgelig begrenset til de tilfeller hvor det er tilstrekkelig sannsynliggjort at arvelater ved opprettelsen mente at testamentet skulle være ugjenkallelig, men hvor spørsmålet blir om hans mening i tilstrekkelig grad har kommet til uttrykk i testamentets ordlyd.

Situasjonen er den samme som hvor det er på det rene at testator mente å tilgodese begge sine nevøer, men hvor bare den ene er nevnt i testamentet.

Skal det foreligge en gyldig testasjonskompetanseerklæring må det følgelig både kreves sannsynliggjort at arvelater med dokumentet mente å fraskrive seg sin testasjonskompetanse, og at denne mening med tilstrekkelig klarhet har kommet til uttrykk i det formbundne dokumentet – slik at formkravene er oppfylt.

Spørsmålet om en ugjenkallelighetserklæring kan inntolkes i et testament er følgelig ikke (bare) et spørsmål om tolking, men et spørsmål om formkravene er oppfylt. Gjennom kravet om sannsynliggjort vilje til ugjenkallelighet (se pkt 54.3.4) er arvelaters mening allerede klarlagt. Grensen er riktignok ikke bestandig like skarp, med det prinsipielle utgangspunktet må understrekes.

I eksemplet ovenfor – med den uteglemte nevø – er det mest nærliggende å karakterisere problemet som tolking. Var ”min nevø” bare en skrivefeil for ”mine nevøer”? Men hvis ingen av nevøene var nevnt – og det kan sannsynliggjøres at arvelater med testamentet mente å tilgodese dem, blir spørsmålet om hans mening i tilstrekkelig grad har kommet til uttrykk i andre formuleringer i det formbundne dokumentet.

Ofte vil det være et samspill mellom formkrav og krav til vilje – og til tolking. Klare formuleringer i testamentet sannsynliggjør arvelaters vilje – og oppfyller formkravene. Mangler de klare formuleringer, må hans vilje sannsynliggjøres på annet måte. Sannsynliggjøres viljen knytter problemet seg til formkravene.

For avtaler uten formkrav gjelder det ingen begrensninger for hva som kan hensyntas som tolkingsmomenter. Det avgjørende er ikke hva som kan inntolkes i et dokument, men hva rettsforholdet mellom avtalepartene går ut på. En senere muntlig endringsavtale, i strid med den opprinnelige skriftlige avtale, endrer således rettsforholdet mellom partene. For formbundne avtaler innebærer formkravene at det rettsgrunnlag eller rettsforhold som påstås å foreligge må kunne utledes av det formbundne dokument. En senere formløs endringsavtale får ingen direkte rettsvirkninger for rettsforholdet mellom partene.

Om arvelater oppretter et ordinært testament, og senere bestemmer seg for at det skal være ugjenkallelig, og avgir et avtalerettslig bindende muntlig bindende løfte om dette, er det åpenbart at det ikke foreligger noen bindende arvepakt. Ugjenkalleligheten har ikke kommet til uttrykk i et formriktig dokument. Så lenge det ikke er sannsynliggjort at arvelater med testamentet og ved dets opprettelse ikke mente å gjøre det ugjenkallelig, har det heller ingen betydning at testamentet inneholder formuleringer som etter sitt språklige innhold kan dekke ugjenkallelighet, som eksempelvis ”mitt endelige testament”.

Dersom den handling som gjør testasjonskompetanseerklæringen avtalerettslig bindende foretas samtidig, sannsynliggjøres også arvelaters mening med testamentet. Foretas bindingsdisposisjon på et senere tidspunkt, må det fortsatt avklares om den uttrykte vilje også forelå da testamentet ble opprettet. Er det på det rene at avtalerettslig binding ikke er etablert ved arvefallet, er det på den annen side uten interesse hvilke formuleringer som er brukt i testamentet/ugjenkallelighetserklæringen.

54.3.10 Den avtalerettslige binding

Av ordlyden i al § 56 fremgår det at arvepakt er opprettet når arvelater har *bundet seg* til ikke å opprette, endre eller tilbakekalle testament. Formuleringen ”binde seg” må i mangel av andre holdepunkter forstås som alminnelig avtalerettslig binding. Dette synes å ha vært forutsetningen også i bestemmelsens forarbeider.⁷⁰⁰

Formuleringen ”udtrykkelig har erklært” i al 1854 § 61 kunne oppfattes som et strengt krav til avtaleinngåelsen, eventuelt som en streng bevisbyrde. Både i teori og rettspraksis har imidlertid formuleringen ikke blitt oppfattet som noe mer enn et krav

⁷⁰⁰ Se blant annet *Utk62* side 219-II hvor det brukes uttrykk som ”forpliktende erklæring” og ”avtale”, og *Prp36* side 177-II hvor vi også finner uttrykket ”binde seg kontraktmessig”.

om klar tale – eller klare holdepunkter. Noe som fortrinnsvis ble begrunnet i at ugjenkallelig testament var en uvanlig disposisjon, se nærmere pkt 54.5.⁷⁰¹

Hvilke krav som skal stilles til påvisning av den avtalerettslige binding må løses på bakgrunn av alminnelige avtalerettslige regler og prinsipper. Det vil her ha betydning at arvepakter fortsatt er ganske uvanlige, hvilket i seg selv stiller krav til sannsynliggjøringen av et bindende løfte er avgitt. Dette gjelder både eventuell sannsynliggjør av hva arvelater har uttalt, og også ved den rettslige vurdering av hvordan løftemottaker med rimelighet kunne oppfattet utsagnet. Se nærmere pkt 54.6.

I tillegg til disse tradisjonelt nevnte og generelle forhold, er det vel så avgjørende om ugjenkallelighet fremstår som sannsynlig eller nødvendig i den konkrete situasjon. Videre må det vektlegges at fraskrivelse av testasjonskompetanse er et alvorlig skritt. Hva som fremgår av det forbundne dokumentet er selvfølgelig også av betydning ved vurderingen av om arvelater er avtalerettslig forpliktet.

Forutsatt at de øvrige vilkår er oppfylt blir arvepakten normalt bindende for arvelater fra det tidspunkt hans løfte overfor adressaten er kommet til dennes kunnskap. Selv om adressaten ikke kan kreve arv før etter arvelaters død, får arvepakten likevel den rettsvirkning i arvelaters levetid at opprettelse av testamenter i strid med arvepakten krever adressatens samtykke for å bli gyldige.

Dersom arvepakten er ledd i en gjensidig forpliktende avtale vil den avtalerettslige binding inntre samtidig med at avtalen inngås. Ved ensidig begunstigende løfter må det som nevnt være det tidspunkt arvelaters løfte har kommet til adressaten kunnskap. Noen eksplisitt aksept kreves ikke, men mindre arvelater oppstiller en slik frist.⁷⁰² Reglene i avtl § 3 om aksept innen rimelig tid, eventuelt straks ved muntlig tilbud, passer ikke på arvepakter. Rene gaveløfter pleier sjelden å aksepteres på annen måte enn ved at adressat eller mottaker ikke uttrykkelig avviser tilbudet – eventuelt ved at de sier takk!

⁷⁰¹ Se eksempelvis *Knoph*, Norsk arverett 1959 side 227-228 og *Arnholm*, Privatrett V side 281.

⁷⁰² I samme retning *Hambro*, Arveloven side 394.

54.3.11 Hvem må testasjonskompetanseløftet være rettet mot?

Tredjemannsavtaler

Den formbundne testasjonskompetanseerklæringen trenger ikke å ha noen adressat, idet den først og fremst beskriver en egenskap ved selve testamentet. Som gjennomgått i pkt 54.3.2 er det intet krav om at den avtalerettslige binding må fremgå av det formriktige dokumentet.

Et ugjenkallelighetsløfte er *til fordel for* testamentsarvingen, slik den negative arvepakt er til fordel for legalarvingene. Det er imidlertid intet i veien for at den avtalerettslige binding kan etableres i forhold til andre enn de tilgodesette arvinger, dvs som et tredjemannsløfte.

Spørsmålet ble ikke eksplisitt drøftet i forarbeidene, men adgangen til tredjemannsløfter synes klart forutsatt.⁷⁰³ Det samme gjelder forarbeidene til arveloven av 1854.⁷⁰⁴ I arverettslig litteratur er det ikke reist tvil om at testator kan binde seg i forhold til andre enn de arvinger arvepakten er til fordel for.⁷⁰⁵ Det samme gjelder rettspraksis.⁷⁰⁶

Eksempler som gjerne brukes er at arvelater forplikter seg overfor testamentsarvingens verge, eller at fraskrivelsen av testasjonskompetansen skjer overfor en av legalarvingene, men gjelder for hele legalarven. Et annet kanskje mer praktisk eksempel er gjensidige testatorers løfter overfor hverandre til ikke å gripe inn i sekundærarvingenes rettigheter, se nærmere kapittel 56.

Selv om det ikke er noen gyldighetsbetingelse at arvepaktløftet skal være avgitt overfor den tilgodesette arving, vil den avtalerettslige binding som et gyldighetsvilkår medføre at bare mottaker av løftet kan påberope seg arvepakten. Foreligger det et uttrykkelig ugjenkallelig testament som tilgodeser flere testamentsarvinger, inntreer ugjenkalleligheten bare i forhold til den eller de arvelater direkte har forpliktet seg overfor, eller som er gjort til berettiget i henhold til tredjemannsavtale. Tilsvarende gjelder for negative arvepakter.

Når ett og samme testament inneholder flere testasjoner vil det bero både på en tolking av arvepaktløftet hvilke testasjoner som formriktig er gjort ugjenkallelige, og

⁷⁰³ ”I noen tilfelle har en disposisjon karakteren av arvepakt allerede fra først av, men i andre tilfelle skjer disposisjonen i to trinn – først opprettes et regulært testament, og senere blir dette testament ved en avtale mellom testator og testamentsarvingen (eller en tredjemann) gjort til arvepakt.” Prp 36 side 177 II.

⁷⁰⁴ Se *Knoph*, Norsk arverett 1959 side 225.

⁷⁰⁵ Se eksempelvis *Arnholm*, Privatrekt V side 279-281 og – mer indirekte – *Lødrup*, Arverett § 17 I, side 195.

av den avtalerettslige binding hvilke av testamentsarvingene som kan påberope seg arvepakten.

Hvorvidt den tilgodesette arving er gitt selvstendige avtalerettslige rettigheter må løses på bakgrunn av alminnelige avtalerettslige regler om tredjemannsavtaler.

Dersom testator bare er bundet overfor tredjemann, vil det normalt også bare være tredjemann som kan fri testator fra løftet om ugjenkallelighet. Den tilgodesette arving kan imidlertid normalt oppnå det samme ved å gi avkall på arven overfor arvelater.

54.3.12 Rekkefølgen av erklæring og løfte, eller av testasjon og arvepakt

Fremgangsmåten ved opprettelse av et ugjenkallelig testament beskrives gjerne som at man enten supplerer et opprettet testament med et ugjenkallelighetsløfte, eller at begge disposisjoner foretas i ett. Det kan likevel ikke være noe i veien for at den avtalerettslige binding etableres først. Som påpekt i pkt 54.3.2 oppstilles det ikke formkrav til den avtalerettslige binding. Men i tillegg til den avtalerettslige binding kreves det en ugjenkallelighetserklæring som fremgår av et forbundet dokument.⁷⁰⁷

Et praktisk eksempel kan være at arvelater og medkontrahenten inngår en gjensidig forpliktende avtale hvor arvelaters forpliktelse går ut på at han skal opprette et ugjenkallelig testament til fordel for medkontrahenten. Deretter oppretter arvelater testament, hvor det uttrykkelig fremgår at testamentet er ugjenkallelig.

Det kan verken utledes av ordlyden i al § 56 eller dens forarbeider at ugjenkallelighetsløftet må avgis samtidig eller etter at testasjonen er opprettet. Heller ikke kan rekkefølgen av testasjonskompetanseerklæring og bindingsløfte ha noen betydning.

Arnholm synes også å forutsette at et løfte kan gis før testasjonen (og antakelig også den forbundne erklæringen) foretas.⁷⁰⁸

Andenæs berører spørsmålet, men tar etter min mening intet klart standpunkt.⁷⁰⁹

⁷⁰⁶ Se eksempelvis *Rt 1933 328* hvor testator i brev til legatarens far forpliktet seg til ikke å endre en bestemmelse i testamentet.

⁷⁰⁷ I samme retning *Lødrup*, *Arverett* § 17 III, side 200: "Hvor løftet kommer før formkravene er tilfredsstillt, er naturligvis ikke arvelateren bundet. Det blir han først når formen er i orden."

⁷⁰⁸ *Arnholm*, *Arveretten* side 159-160 og *Arnholm*, *Privatrett V* side 154-155 tar utgangspunkt i de uforpliktende velvillige talemåter om hvem som skal arve, og fortsetter deretter slik: "Men undertiden er det alvor. Lettest vil dette hende hvor testamentet skal gå inn som et ledd i et oppgjør mellom A og B. ... Oftest blir en slik disposisjon utbygget til en arvepakt – ellers blir B's stilling for usikker."

Min konklusjon er at disposisjonenes rekkefølge er likegyldig. Det avgjørende, når spørsmålet blir aktuelt, er om det da foreligger avtalerettslig binding og en formriktig testasjonskompetanseerklæring – og eventuelt også en gyldig testasjon.

Et helt annet spørsmål er hva som blir konsekvensene dersom arvelater har forpliktet seg til å opprette et ugjenkallelig testament eller til å gjøre et eksisterende testament ugjenkallelig, men unnlater å gjøre det – eventuelt gjør det på formuriktig måte. Disse spørsmål behandles under pkt 54.8 og kapittel 55.

Eksemplet reiser imidlertid også spørsmålet om en testasjonen kan inntolkes i en formriktig ugjenkallelighetserklæring, se pkt 54.4.

54.4 Arvelaters forpliktelse til å opprette testament, inntolking av testasjon i arvepakten?

Arvepakter kan etter al § 56 omfatte plikt ”til ikkje å gjere, endre eller tilbakekalle testament”, med andre ord en plikt til å avstå fra senere testamentariske disposisjoner i strid med arvepakten. Derimot omhandler arvepakten ikke forpliktelser til å opprette testament med et bestemt innhold.⁷¹⁰

Det er selvfølgelig ikke lovstridig at arvelater påtar seg en avtalerettslig forpliktelse til senere å opprette testament, og deretter oppfyller den, se kapittel 55. En arvepakt kan eksempelvis også opprettes ved at arvelater først avgir et løfte om å opprette ugjenkallelig testament og deretter foretar selve testasjonen, se pkt 54.3.12. Men et løfte om å opprette testament vil aldri gi løftemottaker noen arverettigheter dersom arvelater ikke oppretter testamentet, eller dersom testamentet er ugyldig. Tilsvarende gir ikke selve arvepakten medkontrahtenten noen arverett dersom testasjonen er ugyldig – med mindre den forbundne erklæring i seg selv kan oppfattes som en testasjon.

Det siste blir på mange måter en speilvending av spørsmålet om ugjenkallelighet kan inntolkes i et testament, og konklusjonen er i prinsippet den samme som gjennomgått i pkt 54.6. Skal en testasjon inntolkes i en avtale som

⁷⁰⁹ Innledningsvis i artikkelen hevder *Andenæs*, Arvepakt side 21 at *formløse løfter* om å opprette testament ikke bør anerkjennes som bindende for arvelater, fordi det vil undergrave arvelovens formkrav. Derved besvares imidlertid ikke spørsmålet om betydningen av testamentets og ugjenkallelighetsløftets rekkefølge (og heller ikke spørsmålet om betydningen av et slikt løfte i testaments former). Avslutningsvis, på side 73-74, reises igjen spørsmålet om arvelater kan forplikte seg til å opprette testament, men heller ikke her besvares spørsmålet om rekkefølgens betydning, idet det vises til at slike avtaler etter forholdene kan være livsdisposisjoner.

⁷¹⁰ Det er derfor ikke helt presist når *Knoph*, Norsk arverett 1959 side 229 omtaler arvepakten som arvelaters plikt til ”å innsette medkontrahtenten som arving”.

forplikter arvelater til å opprette testament må det påvises en testasjonsvilje som har kommet til uttrykk som en dispositiv og formriktig erklæring. Det avgjørende vil være om arvelater gir uttrykk for en vilje eller plikt til i fremtiden å opprette testament, eller om formuleringer i avtalen ut fra vanlig testamentstolking gir uttrykk for at testasjonen allerede er foretatt.

Beskrives arvelaters forpliktelse som å opprette (ugjenkallelig) testament, kan det normalt ikke inntolkes en testasjon. Annerledes hvis det i den formbundne avtalen eksempelvis sies at ”til gjengjeld er Peder Ås Lars Holms testamentsarving”.

Forpliktelsen til å opprette testament gir som nevnt i seg selv medkontrahenten ingen arverettigheter, men kan etter forholdene gi medkontrahenten kontraktsrettslige eller erstatningsrettslige krav overfor dødsboet, se henholdsvis kapittel 55, pkt 34.8 og kapittel 36.

54.5 Streng bevisbyrde? Om bevistema, beviskrav og bevisbyrde

Denne avhandlingen omhandler først og fremst de materielle rettsspørsmål, herunder formkrav som gyldighetsvilkår. Prosessuelle spørsmål vil som utgangspunkt ikke bli berørt. Når jeg likevel tar opp spørsmålet om det gjelder en særlig streng bevisbyrde ved påberopelse av arvepakter, er det fordi dette gjennomgående fremholdes i arverettslig litteratur. Slike utsagn er imidlertid litt upresise, idet det både er uklart om det med streng bevisbyrde egentlig menes et strengt beviskrav og om det (også) siktes til tolkingsregler. Antakelig siktes det til en generell og lite presisert oppfatning om at det må kreves en del før det anses å foreligge en arvepakt, det må kreves klar tale osv. Den anførte begrunnelse er ofte at arvepakt forekommer sjelden, og det vises til at formuleringer som eksempelvis ”min siste og endelig vilje” ikke er tilstrekkelig. Enkelte forfattere viser bare til at testamentsarvingen har bevisbyrden for at det foreligger arvepakt. Mange forfattere viser til rettspraksis, herunder *Rt 1979 922*.

Lødrup fremholder at den ”som påstår at arvelateren er bundet, vil ha bevisbyrden for det”, og har ”Streng bevisbyrde” som margstikkord.⁷¹¹

Under henvisning til *Knoph* og *Arnholm* uttaler *Hambro* at arvepakt ”er for øvrig såpass uvanlig at også dette taler for at den begunstigede bør ha en streng bevisbyrde.”⁷¹²

⁷¹¹ *Lødrup*, Arverett § 17 III, side 200 hvor det blant annet henvises til *Rt 1979 922*.

⁷¹² *Hambro*, Arveloven side 387. Henvisningen er til *Knoph*, Norsk arverett 1959 side 227-228, *Arnholm*, Privatrett V side 281 og *Arnholm*, Arveretten side 263.

Arnholm skriver i *Privatrett V* ikke annet enn at det må kreves ”noenlunde tydelig tale” og at det her som ellers må skilles mellom ”en meddelelse og en disposisjon” – og henviser til Rt 1913 340. Fremstillingen i *Arveretten* er i det vesentligste sammenfallende.⁷¹³ Dog fremholder *Arnholm* i *Arveretten* et sentralt poeng, nemlig forskjellene hvor arvepakten er henholdsvis ensidig begunstigende eller ledd i en gjensidig forpliktende avtale. Verken teksten eller sammenhengen gir holdepunkter for at det er den prosessuelle bevisbyrde *Arnholm* omtaler, men tolkingen av arvelaters muntlige og skriftlige utsagn – samt den rettslige distinksjon mellom opplysninger og løfter.

For den ensidig begunstigende arvepakt tar *Knoph* utgangspunkt i det selvsagte, nemlig at ”den som påstår at det er opprettet en arvepakt til fordel for ham, må bevise dette”. Mer uklart blir det imidlertid når han deretter tilføyer at ”uttalelser i et testament om ’siste ugjenkallelige vilje’, ’endelige beslutning’ el. l. [er ikke] tilstrekkelig bevis for at testator har bundet sig overfor arvingen”.⁷¹⁴ Utrykket bevis må antakelig her forstås som holdepunkt for hva arvelater har ment, dvs som en tolkingsregel. Det fremstår som uklart om det siktes til bevis for arvelaters vilje som en faktisk omstendighet, eller til rettsspørsmålet om når det foreligger avtalerettslig binding.

For det første må det skilles mellom bevisregler som knytter seg til ”det faktiske avgjørelsesgrunnlaget i saken” (tv1 § 21-1) og rettsspørsmålet om konsekvensene av at ulike faktiske omstendigheter legges til grunn.⁷¹⁵ Sentrale rettsspørsmål knyttet til arvepakter er hvilke tolkingsregler som skal anvendes (pkt 54.6) og forholdet mellom formkravene og tolkingsreglene (pkt 54.3.9). Jeg oppfatter de refererte uttalelser om streng bevisbyrde som en henvisning også til tolkingsregler, herunder om krav til klarhet.

Spørsmålet om hvor uttrykkelig et løfte om testasjonskompetansefraskrivelse må fremkomme har endret karakter siden formkrav ble innført med arveloven 1972. Oppfatningen av en streng bevisbyrde henger antakelig sammen med formuleringen ”udtrykkelig har erklæret derved at ville være bunden” i al 1854 § 61. Heller ikke dette kunne forstås som noen bevisregel med krav om kvalifisert sannsynlighetsovervekt, men i høyden som en tolkingsregel.⁷¹⁶

Tvisteloven inneholder ingen generelle regler om beviskrav, bevistema og bevisbyrde i de ulike typer saker, men spørsmålene er redegjort for i lovens

⁷¹³ Se *Arnholm*, *Privatrett V* side 281 og *Arnholm*, *Arveretten* side 263.

⁷¹⁴ *Knoph*, *Norsk arverett* 1959 side 227.

⁷¹⁵ Retten skal av eget tiltak anvende gjeldende rettsregler, men kan tillate bevisførsel også om rettsspørsmål dersom dette er nødvendig for å få et betryggende avgjørelsesgrunnlag, se tv1 § 11-3 jf § 1-1.

⁷¹⁶ *Arnholm*, *Privatrett V* side 281 kommenterer bestemmelsen slik: ”Som så ofte i arveloven er formuleringen noe bastant”. *Hambro*, *Arveloven* side 386 uttrykker det slik: ”Denne uttrykksmåte poengterer et viktig forhold: man vil fortsatt kreve uttrykkelig tale for at et testament skal bli betraktet som en arvepakt”.

forarbeider.⁷¹⁷ For **beviskrav** er utgangspunktet at retten må legges til grunn det faktum som etter bevisføringen fremtrer som det mest sannsynlige, dvs det såkalte overvektprinsippet.⁷¹⁸ Hovedregelen fravikes hvor det følger av særlige lovbestemmelser at det kreves en annen sannsynlighetsovervekt, eller hvor slike rettsregler har utviklet seg i rettspraksis og teori – eksempelvis i sivile saker om forsikringsbedrageri, erstatning for tap av forsørger osv.⁷¹⁹ Kravet til sannsynliggjøring kan være skjerpet eller lempeligere (snudd bevisbyrde).

Streng **bevisbyrde** brukes ofte i betydningen krav til kvalifisert sannsynlighetsovervekt. Bevisbyrde betyr imidlertid egentlig bare tvilsrisiko, dvs hvem av partene bevistvil går ut over, i og for seg uavhengig av beviskravets styrke.⁷²⁰ Bevisbyrderegler avgjør hvem det skal gå ut over at beviskravet ikke er oppfylt. Jo strengere beviskravet er, desto lettere vil avgjørelsen gå i disfavør av den part som har bevisbyrden. Slik sett er det en logisk sammenheng mellom et strengt beviskrav og en streng bevisbyrde.

Det finnes ingen uttrykkelige regler om hvem som har bevisbyrden i sivile tvister, men den ulovfestede rettsgrunnsetning kan formuleres som at den som påstår å ha en rett overfor andre, eller som vil endre en etablert tilstand, har bevisbyrden for å sannsynliggjøre de faktiske forutsetninger for sitt krav.

Arvelovens arvepaktbestemmelser inneholder ingen særregler om beviskrav eller bevisbyrde. Som påpekt ovenfor gir heller rettspraksis eller teori grunnlag for noen rettsregel om strenge beviskrav.

Når det gjelder bevisbyrde følger det av generelle prosessuelle prinsipper at den som påstår at et testament er ugjenkallelig, eller at det foreligger et løfte om ikke å opprette testament, har bevisbyrden for å sannsynliggjøre det faktiske grunnlag for påstanden. Dette springer ut av den enkle regel om at en påstått rettighet må

⁷¹⁷ Se *NOU 2001: 32* Rett på sak, Bind A side 458-460.

⁷¹⁸ Se *Schei m fl*, Tvisteloven side 987. Hvor det er flere muligheter, foreligger det i følge *Skoghøy*, Tvistemål side 674 mer enn 50 % sannsynlighet for ett av alternativene, dersom sannsynligheten for dette er høyere enn summen av sannsynligheten for de øvrige alternativer.

⁷¹⁹ I erstatningsretten har det generelt utviklet seg særlige retningslinjer i rettspraksis. Se eksempelvis Rt 1998 1565, Rt 1992 64, Rt 1980 1299, Rt 1979 1224, Rt 1974 1160 og Rt 1972 1350.

⁷²⁰ "Det er tilfeller hvor det kreves en større grad av sannsynlighet. Den parten som bevistvil i et slikt tilfelle vil gå ut over, hvis vedkommende faktum ikke sannsynliggjøres slik at det kan legges til grunn, sier man har bevisbyrden eller tvilsrisikoen." *Schei m fl*, Tvisteloven side 987.

sannsynliggjøres. Arveloven bygger på et grunnprinsipp om testasjonsfrihet.⁷²¹ Prinsippet har kommet til uttrykk i al § 48 – selv om bestemmelsen direkte regulerer den personlige testasjonskompetanse. Likeledes er det et grunntrekk ved testasjonen at den ikke gir testamentsarvingen noen rettigheter i arvelaters levetid, slik at testamenter som utgangspunkt er fritt gjenkallelige, se al § 55. Arvelater kan imidlertid ved arvepakt forplikte seg til noe annet, se al § 56 jf § 55 if. Det følger allerede av dette at den som påstår at det foreligger arvepakt har bevisbyrden for å sannsynliggjøre at arvelater har foretatt de faktiske handlinger som kreves for at hovedreglene og utgangspunktene skal anses fraveket.

I teorien henvist til ovenfor fremholdes det blant annet at bevisbyrden må være streng fordi arvepakt er en uvanlig disposisjon. Formodningen mot at et testament er gjort ugjenkallelig har ingen direkte betydning for spørsmålene *om* det foreligger en skriftlig ugjenkallelighetserklæring, *om* arvelater rent faktisk har avgitt et bindende løfte, *hva* han i tilfelle sa osv.

Det faktiske forhold at testamenter sjelden gjøres ugjenkallelige kan imidlertid få en viss betydning ved bevisvurderingen. I den frie bevisvurdering retten foretar kan det legges vekt på ”vitterlige kjensgjerninger og den viten og det erfaringsgrunnlag retten har generelt og på vedkommende fagområde”, se tvl § 21-2 (3) jf (1).⁷²² Ved siden av å være en tolkingsregel, vil det faktiske forhold at testamenter som oftest er gjenkallelige også oppstille en faktisk presumsjon for at det ikke foreligger arvepakt.

Noe tilsvarende gjelder ordvalget i testamentet eller erklæringen. Det er en vitterlig kjensgjerning av testamenter ofte inneholder svulstige og innholdsløse formuleringer som ”min endelige vilje”, ”siste bestemmelse” osv. I andre sammenhenger vil formuleringer som ”endelig bestemmelse” indikere at det foreligger en form for ugjenkallelighet. Den faktiske erfaring om språkbruk i testamenter får betydning som tolkingsregel og som vitterlig kjensgjerning av betydning for bevisbedømmelsen.

⁷²¹ Se eksempelvis *Lødrup*, Arverett § 6 I, side 71-73.

⁷²² Det påligger ikke den som påstår at en trafikkulykke på Sørlandet i juli skyldes is i veibanen noe strengere beviskrav, men retten vil naturligvis i utgangspunktet være litt skeptisk fordi slike føreforhold antakeligvis ikke har forekommet tidligere. I Tromsø derimot ...!

Huser mener at begrepet avtaletolking også bør omfatte vurderingen av hva som rent faktisk skjedde under avtaleprosessen, idet det til syvende og sist beror på en juridisk vurdering hvilke fakta som er relevante. Det motsatte standpunkt inntas av *Hov* og av *Arnholm*.⁷²³

Grensedragningen mellom rettslige og faktiske spørsmål kan være vanskelig, eksempelvis forekomsten og innholdet av en sedvane. Spørsmålet er mest av teoretisk art, idet den overordnede retningslinje for domstolene er hvordan man sikrer et best mulig avgjørelsesgrunnlag, jf tvl § 1-1.

Spørsmålene om både beviskrav og bevisbyrde varierer imidlertid med hva som er **bevistemaet**. Sannsynliggjøring av hva som var arvelaters vilje og mening er bare et bevistema ved subjektiv fortolkning. Ved objektiv fortolkning er bevistemaet hvilken felles oppfatning partene hadde omkring avtalens innhold.

Bevisbedømmelsen i tvister om det foreligger arvepakt må ta utgangspunkt i de ulike vilkår for arvepakt, nemlig både en formbunden erklæring og en avtalerettslig binding. Arvelaters formbundne erklæring om testasjonskompetansefraskrivelse må tolkes subjektiv – også hvor arvepakten er ledd i en gjensidig forpliktende avtale, se pkt 54.6. Bevistemaet for dette vilkåret er derfor arvelaters vilje. Hva som er skrevet er sjelden gjenstand for noen komplisert faktisk bevisvurdering – bortsett fra ved uklar skrift, ødelagt eller bortkomment dokument osv, sammenlign al § 69. Vanskeligere er rettsspørsmålet om arvelaters vilje i tilstrekkelig grad har kommet til uttrykk i det formbundne dokumentet, se pkt 54.3.9.

For spørsmålet om det foreligger avtalerettslig binding vil bevistemaet oftere være hva som ble sagt eller skrevet osv. Arvelaters vilje som bevistema er sentralt ved ensidig begunstigende arvepakter, mens partenes felles oppfatning står mer sentralt ved gjensidig forpliktende avtaler.

Selv om både testasjonen og testasjonskompetanseerklæringen skal tolkes subjektivt, vil et gjensidig forpliktende avtaleforhold likevel få betydning som tolkingsmoment, idet det må presumeres at arvelater med testamentet og/eller testasjonskompetanseerklæringen ønsket å oppfylle sine forpliktelser.

54.6 Nærmere om tolking og utfylling av arvepakt

Det tradisjonelle og sentrale spørsmål ved **tolking** av arvepakter er hvilke tolkingsprinsipper, tolkingsregler og tolkingsmomenter som skal anvendes ved tolking

⁷²³ Se *Hov*, Kontraktsrett I side 144, med henvisning til *Arnholm*, Privatrett II side 36 og gjengivelse av *Huser*, Avtaletolking side 81.

av arvepakter. Et konkret spørsmål som ofte blir reist er i hvilken utstrekning en ugjenkallelighetserklæring kan inntolkes i et testament.⁷²⁴

Med tolkingsprinsipper eller grunnprinsipper for tolking av avtaler og viljeserklæringer menes grunnleggende retningslinjer som kan være styrende, men som i seg selv ikke er bindende som en rettsregel den ene part kan utlede noen rett fra, sammenlign pkt 14.5 om arverettslige grunnregler. Tolkingsregler er derimot bindende rettsregler. Tolkingsregler kan imidlertid, som andre rettsregler, både være fravikelige og ufravikelige. Noen regler griper ufravikelig inn i avtalen og bestemmer at den skal ha eller ikke kan ha et bestemt innhold – uavhengig av hva som ble avtalt. Andre regler oppstiller bare presumsjoner for hva partene har ment. En mellomting foreligger hvor loven fastsetter at noe skal gjelde med mindre partene uttrykkelig har avtalt noe annet. Se pkt 14.4 om samspillet mellom lov, avtale og testament. Tolkingsmomenter omfatter alle forhold som kan ha betydning for arvelaters eller partenes mening med disposisjonen. Det kan således ikke oppstilles noen uttømmende liste over hvilke tolkingsmomenter som er relevante. Endelig må det understrekes at tolkingsprosessen består av en rekke ulike momenter, hvor det ofte kan være vanskelig å trekke noen skiller mellom betydningen av tolkingsprinsipper, regler og momenter, og hvor sluttproduktet ofte beror på hva som er en rimelig og hensiktsmessig løsning.⁷²⁵

Hovedalternativene for tolkingen er *avtalerettslige* eller *arverettslige* regler og prinsipper. Mer avgjørende enn merkelappen avtalerettslig eller arverettslig, er spørsmålet om objektiv eller subjektiv tolking. Har eksempelvis arvelater gitt testamentsarvingen et ensidig løfte om at testamentet er ugjenkallelig, må det nærmere innhold i dette løftet som utgangspunkt tolkes subjektivt, også etter avtalerettslige regler.

Både ved tolking av avtaler og testamenter kan det ved siden av de rene tolkingsspørsmålene også oppstå spørsmål om **utfylling**. Noen helt klar grense kan ikke trekkes. Et enkelt utgangspunkt er at ved tolking spørres det om hva testator mente eller hvordan avtalen må forstås, mens det ved utfylling spørres om hva partene ville ha ment eller ville ha avtalt.⁷²⁶ Ved utfylling av avtaler vil bakgrunnsretten stå sentralt, mens det ved testamentstolking må konstrueres en hypotetisk testasjonsvilje.

Utfylling av testament er først og fremst aktuelt hvor testator har gitt uttrykk for en klar testasjonsvilje, men hvor testasjonen av en eller annen grunn ikke kan oppfylles – eksempelvis fordi testamentsarvingen er død eller en organisasjon nedlagt. Utfyllingen består da i å avklare

⁷²⁴ Se særlig *Frantzen*, Ugjenkallelighet side 83-122 og *Andenæs*, Arvepakter side 36-40, samt oversikten i *Hambro*, Arveloven side 395-396.

⁷²⁵ Se *Giertsen*, Avtaler side 121-122 som bruker *Rt 1892 652* som illustrerende eksempel. Se tilsvarende *Hov*, Kontraktsrett I side 177 vedrørende utfylling av avtalen.

⁷²⁶ *Hov*, Kontraktsrett I side 176 uttrykker det slik: "Med utfylling mener en vanligvis løsning av spørsmål som ikke er regulert i avtalen, men som likevel nødvendigvis må løses på en eller annen måte, når det først er på det rene at avtale er inngått."

hvordan man best mulig kan oppfylle arvelaters testasjon. Hvorvidt denne prosess kalles tolking eller utfylling er på mange måter en smakssak.

For testamenter setter **formkravene** særlige begrensninger både for tolking og utfylling, gjennom kravet om at arvelaters vilje må ha kommet til uttrykk i testamentet. Det hjelper lite at det er utvilsomt hva testator mente da testamentet ble opprettet, eller ville ha ment, så lenge denne viljen ikke har kommet til uttrykk i den formbundne erklæringen, eksempelvis fordi testator glemte en av flere testasjoner han hadde tenkt å foreta. For en formløs, gjensidig forpliktende avtale får det imidlertid liten betydning om partene i den skrevne avtale har glemt å ta med et punkt, så lenge det er på det rene at begge parter mente at dette skulle med i avtalen mellom dem. Som følge av formkravene i al § 56 annet ledd gjelder de samme begrensninger som utgangspunkt også for arvepakter – dog slik at det må skilles mellom den formbundne testasjonskompetanseerklæring og den formløse etablering av avtalerettslig binding, jf nærmere under pkt 54.3.9.

Spørsmålet om hvilke tolkingsregler eller tolkingsprinsipper som kommer til anvendelse på arvepakter kan ikke besvares entydig. På samme måte som det må skilles mellom arvepaktens ulike elementer eller disposisjoner når det gjelder gyldighet, bevisregler osv, må også den enkelte disposisjon eller viljeserklæring (testasjonskompetanseerklæring, avtalerettslig binding og eventuell testasjon) undergis en særskilt tolking – selv om de i prinsippet kan være avgitt samtidig og være sammenfallende.⁷²⁷ De enkelte elementer må ved tolkingen selvfølgelig *også* ses i sammenheng med de øvrige, slik arvepaktens øvrige kontekst også kan spille inn.

Dersom det eksempelvis må legges til grunn at arvelater med sitt testament mente å oppfylle en avtaleforpliktelse, vil avtalen kunne belyse hans subjektive mening bak både testasjon og ugenkallelighetserklæring. Derfor får det ofte stor betydning for den arverettslige (subjektive) tolking av testasjon og ugenkallelighetserklæring om arvepakten er ensidig begunstigende eller ledd i en gjensidig forpliktende avtale.

Utgangspunktene for tolking av arvepakter er derfor etter min mening at tolkingen av om det foreligger en formriktig testasjonskompetanseerklæring følger arverettslige regler, mens tolkingen av om det er etablert avtalerettslig binding følger avtalerettslige regler. Arvelaters formbundne og ensidige testasjonskompetanseerklæring er en

⁷²⁷ I prinsippet slik også *Andenæs*, Arvepakt side 36.

arverettslig disposisjon, som først og fremst har arverettslige virkninger. Testamentet blir ugjenkallelig eller legalarveretten blir beskyttet. Erklæringen kan således sammenlignes med en testasjon, som ”et nakent viljesutsagn uten adressat”.⁷²⁸ Et ensidig, men avtalerettslig bindende løfte til adressaten vil dessuten også etter avtalerettslige regler være undergitt en subjektiv tolking.⁷²⁹

De fleste fremstillingene i juridisk litteratur om tolking av arvepakter bygger imidlertid på en forutsetning om arvepakten som en enhetlig disposisjon – og som regel i betydningen ugjenkallelig testament.⁷³⁰

Lødrup henviser til *Knoph* og konstaterer at ”man ved tolkingen av en arvepakt må forlate det subjektive utgangspunkt”, slik at arvepakten i utgangspunktet må ”tolkes som tilsvarende formuerettslige disposisjoner, når arvepakten er en del av et gjensidig bebyrdende forhold”. For ensidig berikende arvepakter (som dødsgaven) peker imidlertid *Lødrup* på at bildet blir mer nyansert. Hvor langt man kan gå i subjektiv tolking ”vil avhenge av hvor langt hensynet til arvingen og hans forventninger strekker seg i det enkelte tilfellet”.⁷³¹ (Om dødsgaven, se nærmere pkt 24.5.)

Hambro tar utgangspunkt i al § 65 og drøfter i hvilken utstrekning bestemmelsen får anvendelse på arvepakter, og skiller som *Lødrup* mellom ensidige og gjensidig forpliktende arvepakter. Arvepakter opprettet mot vederlag eller som del av et større avtalekompleks ”vil medføre mer objektive normale fortolkningsregler”. ”Hvis arvepakten er en gave, vil man nok fortsatt i utgangspunktet anvende § 65.”⁷³²

Andenæs anfører at også testasjonskompetanseerklæringen i testaments former må tolkes objektivt. Han peker på at en subjektiv tolking kan begrunnes i testamentsformkravene og i at dette er mest i samsvar med hensynet til å beskytte arvelater mot overilte avtaler. *Andenæs* finner imidlertid at denne argumentasjon ikke fører frem, og viser til at al § 56 ikke henviser til § 65.⁷³³ Den manglende henvisning er etter min mening ikke i seg selv noe argument. Mer reelt er hva *Andenæs* anfører samme sted om at en ”uttrykkelig klausul om ugjenkallelighet ... er etter sitt eget innhold rettet til medkontrahenten”. Mitt syn er imidlertid at denne erklæring er ensidig og en del av arvelaters testamentariske viljeserklæring, se nedenfor samt pkt 54.3.1. Det som etter al § 56 annet ledd må fremgå av et formriktig dokument er ikke avtalebindingen, men en erklæring fra arvelater om at testamentet skal være ugjenkallelig, eventuelt at han fraskriver seg eierbeføyelsen til å opprette testament – se blant annet pkt 54.3.2.

⁷²⁸ *Knoph*, Norsk arverett 1959 side 215.

⁷²⁹ Se også *Giertsen*, Generasjonsskifte side 35: ”For arvepakter som i hovedsak beriker mottakeren, får subjektiv tolking større plass.”

⁷³⁰ Dette gjelder også min egen fremstilling i *Unneberg*, Arveretten side 168: ”Testament er en ’ensom disposisjon’ og skal tolkes subjektivt (al. § 65 og pkt 3.7). Arvepakten kan derimot være ledd i en gjensidig bebyrdende avtale. Det er da også en annen part å ta hensyn til ved tolkingen av arvepakten. Paktdelen i arvepakten må i slike tilfelle tolkes etter vanlige avtalerettslige regler. Arvepakten kan også ensidig begunstige adressaten. Da må den tolkes som et gaveløfte. Testator er også bundet av sitt gaveløfte, men tolkingen av arvepakten vil lettere gå i testators favør. Fordi arvepakten må opprettes i testaments former, vil det sjelden være tvil om hvorvidt det foreligger et dispositivt utsagn.”

⁷³¹ *Lødrup*, Arverett § 17 IV, side 201

⁷³² *Hambro*, Arveloven side 395.

⁷³³ *Andenæs*, Arvepakt side 36.

Mens testamentet får rettsvirkninger ved at enten arvingene, dødsboet eller en rettsanvender *etter* arvefallet finner det tilstrekkelig sannsynliggjort at arvelater med testamentet mente å avgi et dispositivt utsagn, får arvepakten (testasjonskompetansefraskrivelsen) rettsvirkninger fra det øyeblikk arvelater etter avtalerettslige regler har forpliktet seg (og vilkårene ellers er oppfylt). Dette siste utgjør en vesentlig forskjell mellom testasjon og testasjonskompetanseerklæring, men forskjellen influerer likevel ikke på de prinsipper som styrer tolkingen av arvelaters utsagn.

Den formbundne erklæring om testasjonskompetanse må som nevnt foretas etter samme regler og retningslinjer som ved testamentstolking. Det sentrale er arvelaters vilje og mening, se al § 65 og innledningsordene til al § 66 og § 67. Det avgjørende er således hva arvelater mente med testasjonskompetanseerklæringen *da den ble opprettet*.

Det fremgår ikke uttrykkelig av ordlyden i al § 65 at det er meningen *ved opprettelsestidspunktet* som er avgjørende, men dette sies innledningsvis i al § 67, og gjelder tilsvarende for al § 65 og § 66. Arvelaters etterfølgende opptreden og utsagn kan gi holdepunkter for hva arvelater mente da testamentet eller testasjonskompetanseerklæringen ble opprettet, men hva han senere måtte få av nye meninger og ønsker er i utgangspunktet uten betydning. Dette følger ikke bare av tolkingsreglene, men også av formkravene – se nærmere pkt 54.3.9. Dessuten forutsetter kravet til påvist *vilje* til testasjonskompetansefraskrivelse (tilsvarende testasjonsvilje) hos arvelater en subjektiv tolking, se pkt 54.3.1 og 54.3.4.

Etterfølgende utsagn som går lenger enn arvelaters mening da testamentet ble opprettet kan som følge av formkravene ikke tas i betraktning. Tilsvarende gjelder for den formbundne testasjonskompetanseerklæring.

Uttrykket arvelaters mening brukes i denne sammenheng i samme betydning som testasjonsvilje. Sannsynliggjøring av arvelater vilje – enten det er testasjonsvilje eller testasjonskompetansefraskrivelsesvilje – er ikke bare en retningslinje for tolkingen, men også et selvstendig gyldighetsvilkår. Se for testamenter al § 63 og for testasjonskompetansefraskrivelser pkt 54.3.4.

Begrepet arvelaters mening er noe annet enn det som ofte betegnes som utsagnets eller avtalens mening, hvilket er en betegnelse på utsagnets objektive innhold.⁷³⁴ Uttrykk som

⁷³⁴ Se nærmere *Hov*, Kontraktsrett I side 143 med henvisning til *Huser*, Avtaletolking side 48 og *Sundby*, Om normer side 28-29.

testamentets eller testasjonskompetanseerklæringens mening er imidlertid ensbetydende med arvelaters mening.

Skal testasjonskompetanseerklæringen tillegges rettsvirkninger slik at det foreligger en gyldig arvepakt, er det et ytterligere vilkår at erklæringen (eller dens innhold) er meddelt den berettigede arving eller løftemottaker på en avtalerettslig bindende måte, se nærmere pkt 54.3.10 og om forholdet mellom disse to vilkår pkt 54.3.3.

For denne rent avtalerettslige delen av arvepakten må det dispositive utsagnet tolkes i tråd med alminnelige avtalerettslige tolkingsprinsipper og tolkingsregler.⁷³⁵ Dette gjelder både spørsmålet *om* det foreligger avtalerettslig binding, og hva det forpliktende utsagn i så fall går ut på.⁷³⁶

Ved tolking av avtalerettsdelen må det skilles mellom ensidig forpliktende løfter og de tilfeller hvor arvepakten er en del av et større gjensidig forpliktende avtalekompleks. Ved ensidig forpliktende arvepakter må som utgangspunkt også arvelaters avtalerettslig forpliktende utsagn tolkes subjektivt, mens det objektive tolkingsprinsipp danner utgangspunktet ved gjensidig forpliktende avtaler. Ved den objektive tolking kommer generelle tolkingsregler til anvendelse.⁷³⁷

Med objektiv tolking siktes det ikke til hvordan avtalen etter en objektiv språklig fortolking må forstås eller hvordan folk flest vil forstå den. Det er hvordan begge parter hadde rimelig grunn til å forstå avtalen eller utsagnet som er avgjørende, også hvor denne felles forståelse avviker fra avtalens objektive ordlyd. Avtalens bindende innhold kommer vi frem til ved først å avgjøre hva den enkelte part ut fra de ulike tolkingsregler og prinsipper hadde rimelig grunn til å oppfatte som rettsstiftende utsagn eller synbare forutsetninger. Deretter må vi finne ”det felles minste multiplum”, de deler av utsagnene begge parter med rimelig grunn oppfatter som bindende.⁷³⁸

Hvor arvepakten er en del av en gjensidig forpliktende avtale kan det således forekomme at det i arvelaters testasjonskompetanseløfte inntolkes mer enn hva han selv mente å forplikte seg til med utsagnet.

Arvepakten blir likevel ikke bindende utover hva som også fremgår av den forbundne erklæringen, hvis gyldige innhold begrenses av arvelaters vilje. Har arvelater påtatt seg avtalerettslige forpliktelser som går lenger enn arvepaktens gyldighet, utvides ikke medkontrahentens arverett, men det kan tenkes å foreligge avtalerettslig mislighold, se nærmere pkt 54.8.

⁷³⁵ Om slike regler, se blant annet *Hov*, Kontraktsrett I side 143-178 og *Giertsen*, Avtalerett side 94-122.

⁷³⁶ Slik også *Hov*, Kontraktsrett I side 144.

⁷³⁷ De objektive og subjektive tolkingsprinsipper er generelt ansett som grunnprinsipper, som ikke er bindende rettsregler en part direkte kan utlede rettigheter fra. For gaver og testamenter anfører *Hov*, Kontraktsrett I side 147 at det også dreier seg om subjektive tolkingsregler. For testamenter følger dette direkte av al § 65.

⁷³⁸ *Hov*, Kontraktsrett I side 147 betegner dette som et ”intersubjektivt tolkingsprinsipp”.

Ved ensidig begunstigende arvepakter får det normalt ikke avgjørende betydning om tolkingen bygger på avtalerettslige eller arverettslige regler. I begge tilfeller står arvelaters vilje og subjektive mening sentralt. Nyanser kan likevel tenkes, og det er viktig å få fastslått det prinsipielle utgangspunktet.

For testamenter følger den subjektive tolking av at testasjonen er en personlig disposisjon hvor arvelaters vilje er det eneste element i rettsgrunnlaget.⁷³⁹ For gaveløfter springer regelen ut av den gamle viljesteorien, hvoretter det – som for testamenter – var løftegivers ”vilje som dannet grunnlaget for at et dispositivt utsagn i det hele tatt bandt sin avgiver”.⁷⁴⁰

Den subjektive tolking av testamenter er antakelig ”mer subjektiv” enn den subjektive tolking av gaveløfter. Dette er dessuten en faktisk virkning av testamentsformkravene, jf ovenfor. Ved gaveløfter kan det etter forholdene tas et visst hensyn til løftemottakers berettigede forventninger. Mottakers forventninger er særlig berettigede når det er løftegiver som har foranlediget forventningene. Dette kan på den ene side ses som en tolking bygget på løftegivers opptreden både før og etter avgivelsen av løftet. Etterfølgende opptreden, særlig utsagn om hva løftemottaker kan se frem til, kan dessuten også anses som selvstendige tilleggslofter. Ved tolking av testamenter er det en ganske konsekvent regel at arvingens mer eller mindre berettigede forventninger ikke er relevante ved tolkingen av testamentet, dog likevel slik at arvelaters opptreden og øvrige utsagn i seg selv kan bidra til å klargjøre hans egen opprinnelige mening med testamentet.

Som gjennomgått under pkt 54.5 kan det faktiske forhold at testamenter sjelden gjøres ugjenkallelige få betydning både for beviskrav og bevisbyrde. Hva som er vanlig i lignende retts- eller avtaleforhold er imidlertid også relevant som tolkingsregel og tolkingsmoment. En avtale kan generelt utfylles av bakgrunnsretten. Dette gjelder også ulovfestet rett, sedvaner og kutymmer.⁷⁴¹

Som avtalerettslig tolkings- eller utfyllingsregel regnes også de såkalte *kontraktstypeløsninger* (”*naturalia negotii*”), dvs løsninger som antas å ligge implisitt i avtalen.⁷⁴² Fordi ensidighet og gjenkallelighet er så sentrale egenskaper ved testasjonen – så sentrale at ugjenkallelighet i svensk og finsk ikke er tillatt, er det naturlig å kreve klare holdepunkter for at testamentets standardegenskaper skal anses fraveket.

⁷³⁹ Dette gjelder også bestemmelsene i al § 58 og §§ 65-67 som alle er tolkingspresumsjoner, dvs de bygger på en antakelse av hva som var testators mening.

⁷⁴⁰ *Hov*, Kontraktsrett I side 146.

⁷⁴¹ Forskjellen mellom sedvane og kutyme er at førstnevnte forutsetter en oppfatning av at det dreier seg om en rettsregel (en rettighet), mens kutymmer er en kjent ordning som praktiseres uten at noen strengt tatt oppfatter det som en rettighet – eksempelvis ”bytteretten” i vanlige forretninger. Dersom en kutyme har vært praktisert fast og langvarig vil det etter hvert skje en sedvanerettsdannelse.

⁷⁴² Se *Hov*, Kontraktsrett I side 177.

Kravet til klarhet forsterkes ved det i testamenter ofte – av gammel (u)vane – brukes standardformuleringer som ”siste vilje”, ”endelige vilje” osv uten noe bestemt tilsiktet meningsinnhold.

Blant annet av disse grunner vil det oftere oppstå tolkingsproblemer ved ugjenkallelig testament hvor testasjonen og ugjenkallelighetserklæringen foretas samtidig. Er det opprettet et særskilt formriktig dokument som ikke har annet innhold enn at et allerede opprettet testament gjøres ugjenkallelig, eller at arvelater fraskriver seg sin testasjonskompetanse, oppstår det sjelden bevisvil om hvorvidt en erklæring faktisk er avgitt, og heller ikke om hva som rent faktisk er skrevet. Konteksten innebærer videre at de ord og uttrykk som i et testament ikke nødvendigvis tillegges særlig vekt, som eksempelvis ”siste og endelig vilje”, nå får sin selvstendige betydning. Oppretter arvelater et nytt dokument i testaments former hvor det eneste som sies er at et tidligere opprettet testament skal være endelig, er det liten tvil om hva meningen er.

Ovenfor har jeg gjennomgått en rekke detaljer knyttet til tolking av arvepakten og dens ulike elementer. Hovedreglene og utgangspunktene er imidlertid enkle.

Det konkrete spørsmålet om arvepakt (ugjenkallelighetserklæring) kan inntolkes i et testament har jeg besvart gjennom redegjørelsene ovenfor. Skal en ugjenkallelighetserklæring anses som en selvstendig del av testamentet må det sannsynliggjøres en vilje (mening) hos arvelater om å binde sin testasjonskompetanse da testamentet ble opprettet, og denne vilje må ha kommet til uttrykk i et formriktig dokument på en slik måte at det oppfyller vanlige testamentsrettslige krav. For at bindende arvepakt skal foreligge må dessuten et samsvarende løfte være avgitt på avtalerettslig bindende måte overfor den berettigede arving eller en annen løftemottaker.

54.7 Arvepaktens rettsvirkninger

54.7.1 Virkningen av etterfølgende testamentariske disposisjoner i strid med arvepakten

Det er ikke uttrykkelig sagt i arveloven at etterfølgende testamentariske disposisjoner i strid med arvepakten blir uten rettsvirkninger, og heller ikke direkte sagt i dens

forarbeider – utover at arvepakt beskrives som å ”binde sin testasjonsrett gjennom avtale”.⁷⁴³ Regelen har imidlertid verken i teori eller rettspraksis vært ansett som tvilsom, og har derfor heller ikke vært gjenstand for særlige drøftelser.⁷⁴⁴

I dag er det ikke tvilsomt at senere testamentariske disposisjoner i strid med arvepakten blir uten rettsvirkninger. Dette resultat følger imidlertid ikke med nødvendighet av avtalerettslige regler, og i alle fall ikke av alminnelige formuerettslige regler.

En arvepakt er en ugjenkallelighetserklæring med hensyn til testamentariske disposisjoner. En ugjenkallelighetserklæring vedrørende ordinære livsdisposisjoner medfører at løftegiver mangler rett til å disponere, men ikke legitimasjon. Det er endog anført at disposisjoner i strid med ugjenkallelighetserklæringen i seg selv kan være gyldige.⁷⁴⁵ Det som gir en uberettiget livsdisposisjon rettsvirkninger i slike tilfeller er etter min mening ikke alminnelige avtalerettslige regler (hjemmelshaver A inngår avtale med C etter først å ha overdratt gjenstanden til B), men lovreglene om godtroerverv og ekstinksjon. Disse reglene kommer ikke til anvendelse ved kolliderende testamentariske disposisjoner.⁷⁴⁶

En erklæring om urådighet i live innebærer en rettighet for medkontrahenten – for fast eiendom som en negativ servitutt, som i utgangspunktet går foran senere kolliderende rettsstiftelser (”først i tid, best i rett”). En godtroende erverver vil imidlertid kunne ekstingvere medkontrahentens rett. Selv om den uberettigede livsdisposisjon er forutsetningen for godtroervervet er det den aktuelle ekstinksjonshjemmel som er rettsgrunnlaget for godtroervervens rett til gjenstanden.

Disse kontrakts- og tingsrettslige prinsipper kan ikke fullt ut anvendes i forhold til testamentariske disposisjoner. Verken et testament eller en arvepakt gir arvingen noen rettigheter i formuesgoder. Selv en bestemt gjenstand omhandlet i det ugjenkallelige testamentet forblir ventet arv som testamentsarvingen ikke kan disponere over, jf al § 44. Likeledes gjelder det i testamentsretten ingen regel om først i tid, best i rett – snarere tvert i mot, se al § 66 nr 5.

⁷⁴³ *Utk62* side 219-I og *Prp36* side 177-II.

⁷⁴⁴ ”I motsetning til testamentet er arvepakten som oftere benevnt *ugjenkallelig* fra arvelaterens side. Et testament som står i strid med den har derfor ingen gyldighet.” *Knoph*, Norsk arverett 1959 side 229. Se dog *Andenæs*, Arvepakt side 21. Dommen i *Rt 1967 726* gjaldt i realiteten spørsmålet om gyldigheten av to i ettertid opprettede testamenter, men omhandler utelukkende spørsmålet om den tidligere opprettede arvepakt var falt bort. Dommen forutsatte således at dersom arvepakten besto, var de senere testamenter ugyldige.

⁷⁴⁵ Se *Hov*, Kontraktsrett I side 185.

⁷⁴⁶ Se *Unneberg*, Arveretten side 95-96 og nærmere *Lilleholt*, Godtroerverv side 137 med videre henvisninger. Se videre *Hagstrøm*, Obligasjonsrett side 885 om manglende negotiabilitetsvirkninger ved overgang ved arv. Hagstrøm peker på at mye taler for å likestille testamentsarv (legat) med gave, men viser til at ”[o]ppfatningen har imidlertid vært at alt erverv ved arv ikke vernes”.

Regelen om at arvelater som følge av arvepakten mangler kompetanse til å opprette senere testamentariske disposisjoner i strid med arvepakten må likevel kunne utledes av de samme prinsipper, men med den tilleggs virkning at ekstinksjonsreglene ikke får anvendelse.

Slik sett er det egentlig ikke mulig for arvelater å misligholde arvepakten ved senere testamentariske disposisjoner.⁷⁴⁷ Derimot kan arvelater medvirke til at testamentsarvingen mister sin arverett ved å sørge for at testamentet er formuriktig eller ved senere å nekte å medvirke til å rette oppdagede formfeil, se pkt 36.3.

54.7.2 Eldre testasjoner i strid med arvepakten

En arvepakt går ut på fraskrivelse av fremtidig testasjonskompetanse, og får direkte virkning bare for senere testasjoner. Skal eldre testasjoner falle bort må det enten skje ved tilbakekall eller bortfall i henhold til al § 57, eller ved at det opprettes en ny testasjon i strid med den eldre slik at presumsjonsregelen i al § 66 nr 5 kommer til anvendelse.

Selv om de ulike regelsett i mange tilfeller skliir over i hverandre, bør man likevel være bevisst på hvilket eller hvilke regelsett som anvendes. Selv om det ikke har direkte betydning for resultatet bør domstoler og andre rettsanvendere klargjøre om man tolker det nye testamentet som et tilbakekall av det eldre, eller om man anvender presumsjonsregler. Likeledes bør det skilles mellom testasjoner og selve testasjonskompetanseerklæringen som grunnlag for tolkingen.

Testamentstolkingsreglene, herunder al § 66, må etter en konkret tolking også kunne anvendes ved negative arvepakter, selv om disse i utgangspunktet ikke inneholder noen testasjon. Minstekravet er – som ellers – at det av den formbundne erklæring kan utledes at arvelater med erklæringen mente å kalle et tidligere testament tilbake. Går testasjonskompetanseerklæringen bare ut på at arvelater heretter skal avstå fra testamentariske disposisjoner, gir ikke dette i seg selv noe holdepunkt for at tidligere testamenter er kalt tilbake. Hvis det derimot uttrykkelig sies at arven fullt ut skal fordeles i henhold til lovens arvegangsregler, er det mest nærliggende å forstå dette som et tilbakekall av tidligere testasjoner.

Fordi testasjonskompetanseerklæringen ved negative arvepakter som utgangspunkt ikke er noen testasjon må det antakelig stilles noe strengere krav for å utfylle eller supplere enn ved tolking av ordinære testamenter. Er det på det rene at

⁷⁴⁷ Hvis arvelater eksempelvis brenner opp det ugjenkallelige testamentet, vil reglene i al § 69 om forsvunnet testament komme tilsvarende til anvendelse – dvs slik at i det negative vilkåret ”med mindre ein må gå ut frå at testamentet er kalla tilbake” må leses gyldig kalt tilbake.

arvelater hadde glemt sitt tidligere testament er det vanskeligere å inntolke et tilbakekall i en ren testasjonskompetanseerklæring enn i et testament hvor arvelater uttrykkelig disponerer over arven i strid med det tidligere testamentet. Tilsvarende måtte løsningen ha blitt også ved andre erklæringer fra arvelater om arvens fordeling, eksempelvis et frafall av et avkortingspåbud som umuliggjør oppfyllelsen av et testament. De særlige formkrav for testasjonskompetanseerklæringer gjør ikke erklæringen i seg selv til et testament.

Er testasjonskompetanseerklæringen ledd i en gjensidig forpliktende avtale kan et tidligere testament i strid med arvepakten og som ikke gyldig er tilbakekalt, eller som må anses bortfalt, innebære mislighold fra arvelaters side.

54.7.3 Motstridende arvepakter

Motstrid mellom to ugjenkallelige testamenter vil normalt ikke forekomme. Når det første ugjenkallelige testament er opprettet vil senere testasjoner i strid med arvepakten være virkningsløse. Heller ikke vil de avtalerettslige forpliktelser som alene springer ut av arvepakten kunne gi grunnlag for misligholdsbeføyelser, men det kan tenkes at arvelater har misligholdt en gjensidig forpliktende arvepaktavtale, se pkt 54.8.

Det kan imidlertid tenkes å oppstå en konflikt hvor arvelater først inngår en arvepaktavtale med A som forutsetter senere opprettelse av ugjenkallelige testament, men hvor han før denne testamentsopprettelsen skjer har opprettet et annet ugjenkallelige testament til fordel for B – eventuelt har inngått en negativ arvepakt med sine legalarvinger C.

Under pkt 54.7.2 ble det pekt på at konflikten mellom en arvepakt og et tidligere opprettet testament i utgangspunktet må løses gjennom de alminnelige testamentstolkingsregler, herunder slik at det ugjenkallelige testamentet (og eventuelt også den negative arvepakten) kunne tolkes som et tilbakekall av den tidligere testasjon. Denne løsningen er utelukket hvor en arvepakt stenger for arvelaters adgang til å tilbakekalle den tidligere testasjon.

Antakelig må avtalerettslige regler trekkes inn for å løse konflikten, nemlig ved at det må avgjøres om og hvor langt arvepakten er avtalerettslig bindende, og derigjennom også avklare hvor langt den får arverettslige virkninger. I hvilken utstrekning medkontrahentene var i aktsom god tro vil her være et sentralt forhold.

Etter at arvepaktsvirkningene er avklart, og eventuelt dempet, må arvefordelingen mellom testamentsarvingene skje på bakgrunn av vanlige testamentsregler, herunder tolkingspresumsjonene i al § 66.

I denne fremstilling har jeg hatt for øyet situasjonen hvor konflikten først avdekkes etter arvelaters død. Hvordan spørsmålene da måtte løses, vil også danne et utgangspunkt hvor konflikten oppstår i arvelaters levetid. Det vil føre for langt å gå inn på mulige løsningsmodeller for slike konflikter mens arvelater lever. Dette må de berørte på en eller annen måte finne ut av.

54.7.4 Arvepaktens betydning for arvelaters rådighet i live

Arvepakten går etter sitt innhold ut på fraskrivelse av testasjonskompetanse, og etablerer ikke i seg selv noen plikter for arvelater med hensyn til livsdisposisjoner.⁷⁴⁸

Slike forpliktelser må i tilfelle springe ut av andre sider av rettsforholdet mellom arvelater og den berettigede. Det vil bero på alminnelige avtalerettslige regler om, og i tilfelle hva, arvelater i tillegg har påtatt seg andre forpliktelser.

Når formålet er å sikre at den berettigede får en bestemt gjenstand etter arvelaters død, vil den normale tilleggsforpliktelse være urådighet også ved livsdisposisjoner. Der hvor intet uttrykkelig er avtalt vil ofte arvepakten og omstendighetene omkring dens opprettelse utgjøre grunnlaget for å anse ugjenkallelighetserklæring som avgitt. Selv om grunnlaget finnes i arvepakten, dreier det seg uansett om et selvstendig rettsforhold.

Skal det skaffes rettsvern i forhold til tredjemann må dessuten urådighetserklæringen tinglyses.

Dersom arvelater i tillegg til arvepakten uttrykkelig har forpliktet seg til ikke å disponere over en bestemt eiendel i live, oppstår spørsmålet om dette løftet er så sterkt knyttet til arvepakten at også urådighetserklæringen må betraktes som en dødsdisposisjon. Særlig gjelder dette hvor arvepakt og urådighetserklæring er avgitt vederlagsfritt. Da er det vanskelig å se avtalen som noe annet enn å sikre arv for løftemottaker (testamentsarvingen). På den annen side får urådighetserklæringen negative virkninger for arvelater – på samme måte som om han hadde gitt bort

⁷⁴⁸ ”Ut over [ugjenkalleligheten] legger imidlertid de rene arvepakter intetsomhelst bånd på arvelateren; inter vivos disponerer han like fritt som før.” *Knoph*, Norsk arverett 1959 side 229. Se også *Lødrup*, Arverett § 17 IV, side 200-202 og *Unneberg*, Arveretten side 171.

eiendelen. Urådighetserklæringen utgjør en heftelse i arvelaters levetid, som faller bort ved hans død. Testamentets rettsvirkninger inntreer først ved arvelaters død.

Urådighetserklæringen må derfor betraktes som en livsdisposisjon.

En arvepakt innebærer en ”testamentarisk urådighetserklæring”, men det gjelder som nevnt ingen regler om godtroekstinksjon ved testamentariske disposisjoner. Slike regler kan imidlertid få betydning dersom arvelater i strid med sine avtalerettslige forpliktelser overfor medkontrahenten/testamentsarvingen har disponert over formue eller gjenstander slik at det ugjenkallelige testamentet blir verdiløst.

Hvis et ugjenkallelig testament omhandler en bestemt eiendel som arvelater har avhendet i sin levetid vil det normalt måtte foretas to ulike vurderinger. Først må det foretas en arverettslig vurdering av hvorvidt testamentsarvingen kan kreve oppfyllelse på annen måte – eiendelens verdi eller eventuelle substitutt, se til sammenligning al § 66 nr 4. Dersom det etter disse arverettslige vurderinger kan konstateres at testamentsarvingen har lidd et tap som følge av at arvelater har avhendet gjenstanden, må det vurderes om han på kontraktsrettslig eller erstatningsrettslig grunnlag kan gjøre krav gjeldende overfor dødsboet, se kapitlene 35 og 36.

Om de noenlunde sammenfallende spørsmål om det av sekundærtestasjoner i et gjensidig testament kan utledes begrensninger i gjenlevendes rådighet i live – herunder om det foreligger en ulovfestet regel om gjenlevendes lojalitetsplikt, se pkt 56.6.

54.7.5 Bristende forutsetninger, bortfall eller adgang til å trekke arvepakten tilbake?

Et **testament** kan i følge al § 57 *tilbakekalles* ved nytt testament (første ledd), eller det kan *falle bort* ved ødeleggelse eller overstryking (annet ledd første punktum) eller som følge av bristende forutsetninger (annet ledd annet punktum). Lovteksten i al § 57 annet ledd første punktum bruker den passive formulering *falle bort*. Det kan likevel ikke være særlig tvil om at en arvepakt også omfatter arvelaters faktiske tilbakekall gjennom overstryking eller ødeleggelse. Loven beskriver bare to ulike fremgangsmåter for tilbakekall, den formelle og den faktiske.

Tilleggskravene i annet ledd første punktum (”så det er truleg at disposisjonen ikkje skal gjelde”) dreier seg utelukkende om sannsynliggjøring av tilbakekallsviljen, fordi man ikke har et formelt testament hvor tilbakekallsviljen har kommet til uttrykk. Bestemmelsen korresponderer med al § 69 om bortkommet testament.

Bortfallsregelen i al § 57 annet ledd annet punktum gjelder imidlertid (også) uavhengig av arvelaters uttrykte vilje.⁷⁴⁹ Dog slik at testasjonen ikke faller bort dersom det er minst like sannsynlig at arvelater ønsket den opprettholdt til tross for de bristende forutsetninger.⁷⁵⁰

En tvist om en *testasjon* er bortfalt etter al § 57 annet ledd annet punktum oppstår etter arvelaters død. I live kan arvelater selv tilbakekalle testamentet – blant annet ved i sinne å rive det i stykker!

Tvist om selve **arvepakten** (testasjonskompetansefraskrivelsen) er bortfalt som følge av bristende forutsetninger reiser for det første spørsmål om i hvilken utstrekning arverettslige eller avtalerettslige regler skal anvendes. For det annet må det trekkes et prinsipielt skille avhengig av om tvisten oppstår før eller etter arvelaters død.

Det systematiske utgangspunktet er klart nok. I live kan arvelater, men ikke hans arvinger, ta opp de avtalerettslige spørsmål. Som rettsetterfølgere kan arvelaters dødsbo ta opp avtalerettslige spørsmål etter arvelaters død. Dødsboet har likevel ingen selvstendig rettigheter i forhold til avtalen, men trer inn i arvelaters rettigheter og forpliktelser. Blir det sannsynliggjort at arvelater aksepterte arvepakten til tross for de bristende forutsetninger, eventuelt at han anses bundet som følge av passivitet, er dødsboet også bundet av dette.

Som for testasjoner må dødsboet generelt finne en god forklaring på hvorfor arvelater selv ikke tok skritt for å få satt arvepakten til side dersom han kjente til de bristende forutsetninger.

Som fremhevet en rekke steder består et ugjenkallelig testament av to selvstendige disposisjoner. Dødsboet er derfor lite hjulpet bare ved å få satt selve arvepakten til side som uforpliktende. Dødsboet må i tillegg sannsynliggjøre at testasjonen er falt bort etter al § 57 annet ledd annet punktum. Som regel vil de avtalerettslige og arverettslige vurderinger være sammenfallende, men unntaksfritt gjelder ikke dette. Det er fortsatt to uavhengige vurderinger som må foretas.

⁷⁴⁹ Regelen omfatter også de situasjoner hvor arvelater ved formuriktig testament har forsøkt å tilbakekalle testamentet, eller hvor han hadde planlagt et tilbakekall men ikke fikk somlet seg til det.

⁷⁵⁰ Dersom arvelater var kjent med de bristende forutsetninger må det ved avgjørelsen av om det er ”tvillaust at [testasjonen] ikke skal gjelde” alltid forklares hvorfor arvelater ikke tilbakekalte testamentet. Sammenlign *Lødrup*, Arverett § 19 II, side 215

Likeledes må det avgrenses mot de situasjoner hvor arvepakten i avtale uttrykkelig er gjort betinget, herunder av en motytelse. Da blir det ikke snakk om bristende forutsetninger, men om kontraktsbrudd, kontraktsfestet bortfall eller at gyldig bindingsløfte aldri har eksistert.⁷⁵¹ Se nærmere pkt 54.8 om arvepakten som del av et større avtalekompleks.

Arvelaters formbundne og ensidige erklæring om testasjonskompetansefraskrivelse er en arverettslig disposisjon, som rent prinsipielt også i denne sammenheng må følge arverettslige regler. Dette innebærer at det i arvelaters levetid bare er arvelater som kan endre den ved ny formbunden erklæring, mens hans dødsbo kan påstå bortfall etter al § 57 annet ledd annet punktum.

Det avtalerettslig bindende løfte om testasjonskompetansefraskrivelse, avgitt overfor eller til fordel for den berettigede, kan bare endres etter avtalerettslige regler – enten det skjer før eller etter arvelaters død, jf ovenfor.

54.7.6 Arvepaktens betydning for inngåelsen av andre avtaler om arv

Som en fortsettelse – eller presisering – av spørsmålet om arvepakten begrenser arvelaters rådighet i live, kan det spørres om arvepakten begrenser arvelaters adgang til å inngå (andre) avtaler om arv som får betydning for testamentsarvingens/medkontrahentens rettigheter ved arveoppgjøret. Når dette skilles ut som eget spørsmål, er det fordi avtaler om arvens fordeling regnes som livsdisposisjoner, men har ofte samme virkning som et testament. For å reddykke spørsmålet må det skilles mellom avtaler/disposisjoner som har ”testamentarisk virkning” og de som må likestilles med vanlige livsdisposisjoner.

Arvelaters avtaler om avkorting har i utgangspunktet bare virkning for den interne fordeling mellom livsarvingene, og ikke for arvelaters testasjonsrådighet, se al § 43, og dermed heller ikke for oppfyllelse av ugjenkallelig testament. Noe annet kan imidlertid være avtalt, se nærmere pkt 64.5. Dersom arvelater har inngått en avkortingsavtale som får den virkning at det ikke blir nok verdier i boet til å oppfylle det ugjenkallelige testamentet, må antakelig dette vurderes på linje med vanlige livsdisposisjoner. Et synspunkt kan være at det er selve gavedisposisjon som har forringet dødsboet. Mer treffende er det kanskje å betrakte den etterfølgende

⁷⁵¹ Ved resolute betingelser som ikke er oppfylt har gyldig arvepakt aldri eksistert, mens den ved suspensive betingelser har falt bort.

(omgjøring av) avkortingsavtalen som en ny gavedisposisjon, på linje med ettergivelse av gjeld.

Mer likestilt med testamentariske disposisjoner er arvelaters frigivelse av en livsarvings samtykke til pliktdelskrenkende testament.⁷⁵² Er et ugjenkallelig testament opprettet med samtykke fra arvelaters livsarvinger – eksempelvis til fordel for arvelaters samboer, oppstår spørsmålet om arvelaters aksept av livsarvingenes tilbakekall av samtykkene må likestilles med hans egen testamentariske disposisjon.

Kjernen i spørsmålet er om denne disposisjonen fra arvelaters side fullt ut må likestilles med en testamentarisk disposisjon, slik at arvepakten i seg selv gjør aksepten av livsarvingenes tilbakekall virkningsløse. I motsatt fall vil det måtte bero på en tolking av avtaleverket omkring arvepakten om frigivelsen innebærer et mislighold av arvelaters avtalerettslige forpliktelser.

Et samtykke til pliktdelskrenkende testament har samme virkning som en arvepakt, men med omvendt fortegn. Samtykket utvider testasjonsrådigheten, mens arvepakten innskrenker den. Dette taler for en likestilling. På den annen side innebærer tilbakekall av samtykke at andre enn arvelater må aksjonere. Både ved at livsarvingene må trekke sitt samtykke tilbake og ved arvefallet kreve sin pliktdelsarv, jf al § 70.

Arvelater kan ikke ensidig fastsette at de gitte samtykker ikke lenger er virksomme. En slik bestemmelse innebærer i realiteten en testamentarisk bestemmelse om at livsarvingene skal arve i stedet for testamentsarvingen. Løsningen må derfor etter min mening bli at arvelaters aksept av livsarvingenes tilbakekalte samtykker må betraktes som en livsdisposisjon, og som eventuelt må betraktes som et avtalebrudd. Arvelater kan imidlertid ikke bestemme at livsarvingenes samtykke til et pliktdelskrenkende testament ikke lenger skal være virksomt.

Et annet spørsmål er imidlertid om livsarvingenes samtykke til et pliktdelskrenkende testament også er forpliktende overfor testamentsarvingen, og derfor ikke kan trekkes tilbake uten dennes aksept. Dette beror fullt og helt på en tolking av avtaleverket, herunder slik at det også må vurderes om livsarvingenes samtykkeerklæring rettet mot arvelater må forstås som et tredjemannsløfte overfor

⁷⁵² Tilsvarende gjelder ved avkall på ventet arv, men det spørsmål som her drøftes oppstår bare hvor avkallet har den virkning at arvelaters testasjonsrådighet utvides, se al § 45.

livsarvingen. Se til sammenligning pkt 53.6 om partsforhold og rett adressat ved samtykker til pliktdelskrenkende testament.

54.7.7 Forholdet til arvelaters ektefelle

Dersom arvelater er gift må testamenter som griper inn i ektefellens legalarverettigheter være kommet til ektefellens kunnskap før arvelaters død for å være gyldige, se al § 7. Selv om testamentet er gjort ugjenkallelig, kan det likevel ikke kreves oppfylt overfor gjenlevende ektefelle som ikke hadde fått kunnskap om testasjonen. Dette må gjelde både i forhold til opprinnelig og eventuelt senere tilkomne ektefeller.⁷⁵³

Arvepakten gjør i denne sammenheng ingen forskjell, men unnlatelsen av å gi ektefellen kunnskap kan etter forholdene gi medkontrahenten andre krav mot dødsboet, se pkt 54.8 med videre henvisninger.

Jeg har flere steder betegnet testasjonskompetanseerklæringen som en testamentarisk disposisjon, hvilket i seg selv taler for å oppstille de samme gyldighetsvilkår i forhold til arvelaters ektefelle. Arvepakten i seg selv griper imidlertid ikke inn i ektefellens legalarverettigheter. Det forhold at arvepakten vanskeliggjør arvelaters muligheter, til ved testament å styrke ektefellens arverettigheter, er imidlertid ikke tilstrekkelig til at al § 7 kan gis tilsvarende anvendelse.⁷⁵⁴

Når det gjelder disposisjonen som etablerer avtalerettslig binding følger det allerede av dette løftets avtalerettslige karakter at al § 7 ikke kan gis tilsvarende anvendelse.

Rent teknisk kan det også vises til at al § 56 annet ledd ikke henviser til al § 7. Som tidligere nevnt kan imidlertid ikke dette i seg selv tillegges særlig vekt.

Det kan videre tenkes at lovregler til sikring av ektefellens arverettigheter kommer i veien for oppfyllelsen av ugjenkallelig testament, eksempelvis gjenlevendes minstearvsrettigheter eller rimelighetsregelen i al § 11 første ledd. Det er imidlertid oppfyllelsen av testasjonen, ikke arvepakten, som i tilfelle stenges. Heller ikke kan disse virkninger betraktes som arvelaters mislighold av arvepakten. Det er egne testamentariske disposisjoner han forpliktes til å avstå fra.

⁷⁵³ Se til sammenligning *RG 1962 622 Eidsivating*. Arvelater hadde levd atskilt fra sin ektefelle i fire år, men hun hadde sin legalarverett i behold da de ikke var formelt separert, jf al 1854 § 28 tredje ledd som tilsvarer al § 8. Da hustruen var ukjent med en senere opprettet arvepakt ble heller ikke denne bindende for henne, jf al 1854 § 28 fjerde ledd som tilsvarer al § 7.

⁷⁵⁴ Slik også *Unneberg*, Arveretten side 171.

Et annet forhold er at arvepakter – både positive og negative – kan være et egnet virkemiddel for ektefeller som ønsker å planlegge å avtale fremtidige arveoppgjør. Eksempelvis ved å gjøre et opprettet testament ugjenkallelig, eller ved å fraskrive seg retten til å gripe inn i den annen lovgitte uskifterettigheter.

54.8 Arvepakten som en del av en gjensidig forpliktende avtale, arvepaktavtaler

54.8.1 Problemstillingene

Arvepakten utgjør som nevnt intet særskilt arverettsgrunnlag, og gir i seg selv ikke den tilgodesette noen sterkere eller annerledes arverett under skifteoppgjøret. Realiteten i arvepakten er at testamentsarveretten eller legalarveretten blir beskyttet mot arvelaters testamentariske disposisjoner, omtrent som pliktdelsarv og minste arv.

Arvepakten etter al § 56 forutsetter ingen gjensidig forpliktende avtale, og regulerer heller ikke kontraktsforholdet mellom arvelater og medkontrahenten utover selve arvepaktens gyldighet. På den annen side forutsetter Arvelovkomitéen at en arvepakt kan inngå i en gjensidig forpliktende avtale.⁷⁵⁵ Det er særlig når arvepakten inngår i et større avtalekompleks, hvor arvelater også har påtatt seg andre forpliktelser enn fraskrivelsen av testasjonskompetanse og også selv er gitt rettigheter, at det er viktig å fastholde arvepakten som en arverettslig ordning og understreke at medkontrahentens arverett ikke alene kan bygge på arvelaters kontraktsrettslige forpliktelser.

De spørsmål som da oppstår er følgelig av kontraktsrettslig art og må løses med utgangspunkt i kontrakten selv, supplert med alminnelige avtalerettslige, og eventuelt erstatningsrettslige, regler.

Det må presiseres at de avtalerettslige drøftelser, særlig omkring mislighold, forutsetter at det foreligger en gyldig avtale. Arvepaktavtalen må i seg selv være en gyldig livsdisposisjon, se pkt 35.1. Et løfte om å opprette testament uten at arvelater i sin levetid har mottatt tilstrekkelige gjenytelser til å gjøre avtalen til en livsdisposisjon, er i realiteten en testamentarisk disposisjon. Sammenlign al § 35 og § 53, og se nærmere kapittel 55 samt pkt 24.5 om døds gaveløfter.

⁷⁵⁵ Utk62 side 220-I.

Dersom medkontrahenten har ytt noe i arvelaters levetid, men ikke nok til å gjøre avtalen til en livsdisposisjon, må han som utgangspunkt kunne kreve tilbakeføring eller erstatning, se pkt 35.3 jf kapittel 36.

Selv om arvepakten inngår i en gjensidig forpliktende livsdisposisjonsavtale gjelder ikke andre regler eller prinsipper for tolkingen av testasjonen eller testasjonskompetanseerklæringen, dog slik at avtaleforholdet ofte er en omstendighet egnet til å belyse testators subjektive mening, se pkt 54.6.

Ved gjensidig forpliktende avtaler må testament og/eller testasjonskompetanseerklæring anses som en isolert og selvstendig del av avtalen, hvor spørsmål om gyldighet, innhold, virkninger mv må løses med utgangspunkt i arverettslige regler – dog slik at spørsmålet om avtalerettslig binding følger avtalerettslige regler.

54.8.2 Arvelaters mislighold av arvepaktavtalen

Det er flere steder understreket at arvelater strengt tatt ikke kan misligholde en gyldig arvepakt, idet testasjoner i strid med arvepakten blir virkningsløse. Derimot kan arvelater misligholde en gjensidig forpliktende arvepaktavtale. Hvorvidt det foreligger mislighold beror som alltid på en nærmere tolking av hva som er arvelaters forpliktelse etter avtalen, og forutsetter som nevnt en gyldig avtale. Hvis den avtalte forpliktelse utelukkende er å avstå fra testamentariske disposisjoner, er dette som nevnt en plikt det ikke er mulig å misligholde, såfremt arvepakten er gyldig. Selv om arvepakten er ugyldig, foreligger det på samme måte intet mislighold dersom arvelater likevel avstår fra testamentariske disposisjoner. Mislighold vil derimot foreligge dersom arvepakten er ugyldig og arvelater benytter anledningen til å foreta testamentariske disposisjoner i strid med sine avtaleforpliktelser.

Arverett forutsetter gyldig testasjon. Rent objektivt har derfor arvelater misligholdt arvepaktavtalen såfremt testamentet ikke kan oppfylles, eller legalarvingene ikke mottar den foreskrevne arv etter loven.

Under forutsetning av at arvepaktavtalen er en gyldig livsdisposisjon kan medkontrahenten eventuelt gjøre gjeldende mot dødsboet de kreditorkrav kontrakten etter en presiserende eller ufyllende tolking gir ham, se kapittel 34 og særlig pkt 34.5.

Misligholdet kan være helt eller delvist. Mangler det et gyldig testament, er normalt misligholdet vesentlig slik at arvelater kan heve, og derved holde tilbake egen ytelse eller kreve denne tilbakeført, eventuelt kreve erstatning dersom tilbakeføring ikke er mulig, se pkt 35.3 og kapittel 36. Det kan også tenkes mislighold som ikke er vesentlig, eksempelvis hvor medkontrahentens arverett bare blir noe redusert som følge av ektefelles eller livsarvingers pliktdelsrettigheter. I så fall er det prisavslag og/eller erstatning som er reaksjonen.

Når en medkontrahent krever erstatning fra dødsboet fordi et testament er formuriktig, eller av andre grunner er helt eller delvist ugyldig, oppstår det generelle spørsmålet om et erstatningskrav innebærer en utillatelig omgåelse av arvelovens ugyldighetsregler. Dette spørsmålet er behandlet i pkt 36.4.

54.8.3 Bristende forutsetninger og medkontrahentens mislighold

I en gjensidig forpliktende arvepaktavtale kan det selvfølgelig også forekomme at medkontrahenten misligholder. Problemene som oppstår varierer med hvorvidt misligholdet inntreffer og angripes i arvelaters levetid, eller om det er dødsboet som angriper kontrakten.

Det er normalt en forutsetning for gyldig arvepaktavtale at medkontrahenten skal oppfylle i arvelaters levetid, og arvelater kan derfor selv påpeke misligholdet. Skal arvelater gyldig kunne omgjøre (tilbakekalle) arvepakten må det foreligge grunnlag for å heve kontrakten med medkontrahenten. Spørsmålet må avgjøres etter alminnelige avtalerettslige regler, herunder spørsmålet om medkontrahenten kan reparere misligholdet ved oppfyllelse etter forfall, om det foreligger antesipert mislighold osv. Det sentrale er imidlertid at heving av arvepaktavtalen bare får den virkning at arvelaters testasjonskompetanse gjenoppstår, slik at han kan tilbakekalle testamentet eller ved testament gripe inn i legalarvingenes arverett.

Er det en negativ arvepakt som på denne måte faller bort, får bortfallet ingen direkte betydning for legalarvingenes arverett. Det skal mer til enn kontraktsbrudd for å bli fradømt legalarveavtalen, se al § 73.

Bortfall av arvepakten får ikke automatisk betydning for det forhenværende ugjenkallelige testamentets gyldighet. Med mindre misligholdet anses som en

bristende forutsetning i henhold til al § 57 annet ledd annet punktum, må arvelater aktivt foreta testasjoner for å få omgjort virkningen av testamentet.

Har arvelater angrepet arvepaktavtalen og kjempet for å få gjenopprettet sin testasjonskompetanse, men likevel unnlatt å tilbakekalle testamentet, er det som utgangspunkt vanskelig å vise at det ”tvillaust” at testasjonen ikke lenger skal gjelde. Annerledes blir selvfølgelig dette hvor arvelater uriktig trodde at heving av arvepaktavtalen automatisk innebar at også testasjonen falt bort.

På samme som arvelater kan heve arvepaktavtalen som følge av vesentlig mislighold, kan han også angripe arvepaktavtalen, eventuelt bare arvepakten, på grunnlag av alminnelige avtalerettslige regler, herunder avtl § 36 og ulovfestede tilleggsregler om bristende forutsetninger. Dette er forutsatt både i arvelovens og avtalelovens forarbeider,⁷⁵⁶ har alminnelig tilslutning i arverettslig teori⁷⁵⁷ og følger av rettspraksis.

I *Rt 1967 726* hevdet slektsarvingene forgivevis at et ugjenkallelig testament måtte anses bortfalt grunnet bristende forutsetninger, etter avtl § 33 eller som følge av medkontrahentens (testamentsarvingens) mislighold. Påstanden førte ikke frem, idet det ble sannsynliggjort at den kontrakten som det ugjenkallelige testamentet var knyttet til ble sagt opp uten at det forelå mislighold og uten at arvelaterne ønsket å tilbakekalle testamentet.

I *Rt 1931 958* fant Høyesterett at et ugjenkallelig testament (arvekontrakt om stell og pleie) kunne tilbakekalles fordi uoverensstemmelser mellom partene medførte at det måtte ”være best for begge at det i testamentet etablerte samliv opheves”. Selv om dette ikke kunne bebreides testamentsarvingen som mislighold eller lignende, innebar det at en ”vesentlig forutsetning for arvinginnsettelsen [var] bortfalt”.

I de tilfeller hvor dødsboet angriper arvepaktavtalen etter arvelaters død, blir situasjonen noe annerledes, idet det ikke lenger er mulig å foreta testamentariske disposisjoner. Kontraktens gyldighet er derfor av mindre betydning. For dødsboet vil normalt det sentrale være å få satt testasjonen til side etter bortfallsreglene i al § 57 annet ledd annet punktum.

⁷⁵⁶ Se *Utk62* side 220-I: ”Når nemlig det bånd som en arvepakt begrepsmessig legger på arvelateren, ikke lenger er til stede, vil det bare være en alminnelig testamentarisk disposisjon tilbake.” Se videre *NOU 1979: 32* side 44-I: ”En **arvepakt** er et testament som testator har bundet seg til ikke å tilbakekalle eller endre, eller en disposisjon der testator gir avkall på sin testasjonsfrihet ... Det dreier seg her om en kontraktsmessig forpliktelse av økonomisk innhold, som arvelateren påtar seg. Arvelateren må her kunne påberope seg generalklausulen som grunnlag for å fragå forpliktelsen, slik han for øvrig også vil kunne påberope seg de eksisterende avtalerettslige ugyldighetsregler. På samme måte vil den annen part, dersom forholdet også forplikter ham, kunne påberope seg generalklausulen for å få sin forpliktelse lempet.”. Se også *Ot prp nr 5 (1982-83)* side 19-I.

⁷⁵⁷ Se blant annet *Lødrup*, *Arverett* § 17 IV, side 201 og *Andenæs*, *Arvepakter* side 46. Se også *Giertsen*, *Generasjonsskifte* side 216-218. Om anvendelsen av avtl § 36 utenfor formuerettens område, se også *Krüger*, *Kontraktsrett* side 413 og 428.

Dersom arvepaktavtalen er misligholdt ved at medkontrahenten ikke har oppfylt sin plikt til å yte overfor arvelater i hans levetid, er normalt også selve arvepaktavtalen ugyldig som dødsdisposisjon.

For dødsboet har det ingen verdi å få konstatert at arvelater ikke var forpliktet til å opprette testament, så lenge han rent faktisk har gjort det. Deres utfordring er derfor som nevnt å få satt testamentet til side.

I én sammenheng har likevel bortfallet av arvepakten betydning, og det er dersom arvelater har foretatt testasjoner som isolert sett var i strid med arvepakten. Disse vil være virksomme dersom arvepakten ikke er bindende.

55 Avtale om å opprette testament

Arvepaktene omfatter en plikt til å avstå fra testasjoner, men er som gjennomgått under kapittel 54 i realiteten en fraskrivelse av testasjonskompetanse. Reglene i al § 56 omfatter ikke løfter om å opprette testament. Å opprette testament innebærer å stifte ny rett, mens arvepakter handler om å sikre en allerede bestående arverett.

Arveloven inneholder ingen forbud mot å forplikte seg til å opprette testament, men inneholder på den annen side ingen regler som knytter rettsvirkninger til et slikt løfte – slik arvepakten medfører at senere testasjoner i strid med arvepakten blir virkningsløse.

En avtale om å opprette testament har ikke i seg selv noe lovstridig innhold, slik eksempelvis en avtale om avhendelse av ventet arv har. Det er på den annen side ganske klart at en slik avtale ikke kan tvangsgjennomføres. De arverettslige regler fordrer som gyldighetsbetingelse en fri og selvstendig testasjonsvilje hos arvelater. Likeledes er opprettelse av testament et så personlig forhold at allerede dette stenger for tvangsgjennomføring – på linje med en avtale om å få malt sitt portrett.⁷⁵⁸

Jeg går ikke her inn på en teoretisk diskusjon om et løfte om å opprette testament i seg selv er en livs- eller dødsdisposisjon. Problemstillingen har enkelte fellestrekk med drøftelsen av om arvepakten i seg selv er en livs- eller dødsdisposisjon, se pkt 54.2.2. Avtalen omhandler direkte en plikt for arvelater til å foreta seg noe i sin livstid, men retter seg på den annen side til hvordan hans etterlatte

formue skal fordeles. Avtalens realitet må som helhet vurderes konkret i det enkelte tilfellet. Et ensidig løfte om å gi medkontrahenten arv er en testamentarisk disposisjon. Er derimot ”arven” reell betaling for ytelser arvelater har mottatt i sin levetid, foreligger det en livsdisposisjonsavtale.

Det avgjørende for medkontrahentens stilling ved arvefallet er om han har et gyldig rettsgrunnlag mot dødsboet, dvs enten et gyldig testament, en gyldig arvefordelingsavtale eller en gyldig livsdisposisjonsavtale, se kapitlene 34, 35 og 36.

Se videre pkt 54.8 om problemstillingene hvor en arvepakt er del av et større avtalekompleks.

56 Gjensidige testamenter med felles sekundærttestasjoner

56.1 Innledning

Kjernen i et gjensidig testament er at testatorene gjensidig testamenter til fordel for hverandre. Dersom formålet med testamentet bare er å gjøre hverandre til arvinger med full og endelig eiendomsrett, oppstår ingen problemer i denne sammenheng. De særlige regler som knytter seg til selve gjensidigheten, dvs om tilbakekall, betydningen av at den ene testasjon er ugyldig osv, vil ikke bli særlig behandlet.

For endring og tilbakekall gjelder en særregel i al § 57 tredje ledd hvoretter medtestators kunnskap er nødvendig.⁷⁵⁹ Skal testatorene ut over dette være avskåret fra å kalle sin testasjon tilbake må det foreligge en arvepakt. Om avtalemekanismer i denne sammenheng, se kapittel 54. I *NOU 2007: 16* Ny skiftelovgivning er det foreslått enkelte nye presumsjonsregler for gjensidige testamenter.

Det forekommer imidlertid ganske ofte at gjensidige testamenter inneholder bestemmelser om fordelingen når begge er døde. Slike sekundærttestasjoner reiser ofte spørsmål om gjenlevendes rådighet både i live og ved testament. Bestemmelsene får normalt også betydning dersom gjenlevende skifter i egen levetid. I det følgende er det spørsmål knyttet til felles sekundærttestasjoner som skal drøftes. Dette gjelder særlig

⁷⁵⁸ Tvangsgjennomføring i form av løpende mulker ved unnlattelse er derfor heller ikke aktuelt, jf tvangsl § 13-14.

⁷⁵⁹ Dette er en gammel regel i norsk rett som tidligere sto i al 1854 § 59, og som dannet grunnlaget for innføringen av et tilsvarende kunnskapskrav i 1937 for ved testament gyldig å gripe inn i gjenlevende ektefelles legalarverett, se al § 7. Regelen er begrunnet i alminnelig anstendighet, se Prp14 side 10-II, og dessuten i at ektefellen eller medtestator skal kunne innrette seg. Sammenlign el § 39.

hvorvidt det for gjensidige testamenter gjelder særlige regler for delegasjon eller fraskrivelse av testasjonskompetanse. Foruten en samordning med uskiftereglene, se kapittel 74, skal det drøftes hvilke rettslige konstruksjoner gjenlevendes testasjonsrådighet over arven etter førstavdøde må bygge på, og på den annen side hvordan en arvepakt som fratar gjenlevende testasjonsrådigheten over egen formue kan inntolkes.

De spørsmål som reises er konkret om gjenlevende kan testamentere over arven etter førstavdøde, herunder endre eller tilbakekalle hans testasjoner. Gjenlevendes manglende testasjonskompetanse anses ofte som en akseptert betingelse for hennes utvidede arverett. Men utgjør aksept av disse betingelser et særskilt rettsgrunnlag for fraskrivelse av testasjonskompetanse, eller må en arvepakt kunne inntolkes?

Testasjonsrådighet er en eierbeføyelse, selv om konstruksjonen er at arvelater bare disponerer over sin etterlatte formue så langt arveloven åpner for det, se kapittel 23. Arveloven begrenser hvor stor del av den etterlatte formue arvelater med livsarvinger og ektefelle kan disponere over, se al § 29 og § 7. Noen begrensninger i type testamentarisk bestemmelse, utover hva som følger av al § 64, strid med lov og ærbarhet osv, oppstiller arveloven ikke. Sekundærttestasjoner er klart forutsatt i al § 58 og § 67, og dessuten i aal § 8 første ledd om beregning av arveavgift ved sekundærarverett.

Begreper som ektefellers formuesordning, deling mellom ektefeller, deling mellom arvinger osv vil bli brukt på samme måte som redegjort for i pkt 43.1.2. Med mindre noe annet er sagt brukes for enkelhets skyld brukes uttrykket gjensidig testament i betydningen gjensidig testament med felles sekundærttestasjoner.

Som påpekt i pkt 43.1.2 bruker jeg uttrykket gjensidig testament fordi dette er mest brukt, og fordi sekundærttestasjoner som oftest forekommer i gjensidige testamenter. Det understrekes likevel at det er forekomsten av felles sekundærttestasjoner som reiser problemstillingene, og ikke gjensidigheten i seg selv. Begrepet felles testament er lite brukt i norsk rett, og det foreligger heller ingen klar definisjon.

Av arvelovens forarbeider fremgår det at Justiskomiteen med felles testament mente testasjoner opprettet i samme dokument.⁷⁶⁰ Med felles testament menes i denne avhandlingen noe mer, nemlig at to eller flere testatorer sammen har foretatt en testasjon til fordel for samme arving, og at det foreligger en viss innbyrdes sammenheng mellom testasjonene.⁷⁶¹

Lovens formulering – at loven ikke er til hinder for gjensidige testamenter – skyldes forbudet i al 1854 § 59 mot at andre enn ektefeller opprettet gjensidig testament i samme dokument.⁷⁶² Også før al 1972 kunne andre enn ektefeller, i felles forståelse, gjensidig testamentere til fordel for hverandre. Det er vanskelig å forstå begrunnelsen for at bare ektefeller kunne testamentere gjensidig i samme dokument. *Arnholm* antar noe av forklaringen generelt kan ligge i grunnsetningen om at et testament fritt skal kunne tilbakekalles.⁷⁶³

Definisjonsmessig er gjensidige testamenter en undergruppe av felles testamenter.⁷⁶⁴

Jeg kommer til å ta utgangspunkt i gjensidig testament mellom ektefeller, men med nødvendige presiseringer vedrørende samboere. Jeg skal kort nevne særlige forhold som knytter seg til andre gjensidige testatorer enn ektefeller og samboere, men kommer ikke til å behandle de særlige spørsmål som oppstår når det er flere enn to testatorer.

Fordi opprettelsen av gjensidige testamenter med felles sekundærttestasjoner også kan opprettes av andre enn ektefeller og samboere, vil det være et mål å finne frem til systematikk og regler som så langt som mulig gjelder uavhengig av testatorenes sivilstatus.

Særlige spørsmål er knyttet til gjensidige testamenter mellom ektefeller fordi den enes død i seg selv normalt medfører en formuesforskyvning mellom dem. Ikke som arveoppgjør, men etter ekteskapsrettslige regler. Gjensidig testament har mange fellestrekk med uskifte.⁷⁶⁵ Som for uskifte kan det oppstå spørsmål om felleseieskiftet kan eller må foretas ved førstavedes død eller først ved et senere skifte. Spørsmålet har blant annet praktisk betydning i de tilfeller hvor det må skilles mellom førstavedes og lengstlevendes formuer.

⁷⁶⁰ ”... gjensidig testament også kan opprettes i samme dokument, altså som et felles testament”. Innst XIX side 40-I.

⁷⁶¹ Slik må også *Lødrup*, Arverett § 6 IV, side 76-77 forstås.

⁷⁶² Se Innst XIX side 40-I.

⁷⁶³ *Arnholm*, Privatrett V side 222.

⁷⁶⁴ Se til sammenligning den danske arvelov kapittel 13 om omhandler felles testamenter, og som inneholder regler av samme type som i den norske arvelovs bestemmelser om gjensidig testament (al § 57, § 58 og § 67).

⁷⁶⁵ I praksis forekommer det tvister om hvorvidt rettsgrunnlaget for gjenlevendes overtakelse av førstavedes formue var legaluskifte eller et gjensidig testament.

Fordi gjensidige testamenter har mange likhetstrekk med uskifte, og fordi de to rettsinstitutter delvis overlapper hverandre, er det også behov for samordning av regler, systematikk og begreper. På den annen side er det behov for egnede kriterier til å skille.

Ved samordning av begreper mv må imidlertid ikke de grunnleggende systematiske forskjeller overses. Legaluskifte er en lovbasert ordning hvor de fleste spørsmål er regulert av rettsregler – riktignok i stor grad fravikelige. For gjensidige testamenter finnes få fastsatte lovregler. Det er derfor fånyttet å lette etter konkrete rettsregler for eksempelvis å avklare rettsforholdet mellom gjenlevende testator og førstavdødes arvinger.

I det følgende vil jeg eksempelvis forsøke å vise at det ikke finnes særlige regler om gjenlevendes rådighet, i live eller ved testament. Det dreier seg om anvendelse av generelle arverettslige regler om delegasjon av testasjonskompetanse, fraskrivelse av testasjonskompetanse, tolking av testament osv. Videre finnes det ingen særlig formuesmasse – ”gjensidig testament-boet” – som tilsvarer uskifteboet. Uskifteboets rettslige karakter kan diskuteres, se kapittel 72, men det har i hvert fall en enhetlig konstruksjon.

Den prinsipielt viktigste forskjell er at loven er rettsgrunnlaget for uskifte. Derved er det som utgangspunkt også loven som oppstiller de nærmere regler for rådighet, senere deling av uskifteboet osv. Ved gjensidig testament utgjør testamentet rettsgrunnlaget, slik at spørsmål om rådighet og senere deling som utgangspunkt følger av testamentet selv. Forholdet mellom lov og testatorenes egne bestemmelser blir derfor motsatt i de to ulike situasjoner. Ved uskifte bestemmes rettsforholdet mellom gjenlevende og førstavdødes arvinger av loven, og kan bare påvirkes ved avtale, testament mv i den utstrekning loven tillater det. Ved gjensidig testament får loven bare anvendelse i den utstrekning rettsforholdene ikke er avklart gjennom testamentet.

Historisk sett er gjensidig testament de barnløse ektefellers svar på uskifteordningen.⁷⁶⁶ Inntil arvelovsendringene i 1937 kunne gjenlevende ektefelle ikke sitte i uskifte overfor utarvinger, se note 371. Inntil arveloven av 1972 var det dessuten bare ektefeller som gyldig kunne opprette gjensidig testament i samme dokument, se al 1854 § 59.

I likhet med uskifteboet blir ”gjensidig testament-boet” tradisjonelt oppfattet som én formuesmasse, slik oppfatningen til dels også er eller har vært av ektefellers felleseie. For ektefellers formuesfellesskap under ekteskapet er dette åpenbart en

⁷⁶⁶ Se Prp14 side 11.

uriktig forestilling. Uskifteboet må imidlertid oppfattes som én formuesmasse.

Reglene i al kap III retter seg mot uskifteboet som en enhet.

Den generelle rettsforestilling går også ut på at gjenlevendes formue etter overtakelse i henhold til gjensidig testament består av en enhetlig formuesmasse. Denne forestilling preger rettsreglene (al § 58 og al § 67), rettsteorien og ikke minst testasjonspraksis. Det forekommer sjelden gjensidige testamenter hvor det skilles mellom de to testatorers formuer – utover bestemmelser om konkrete eiendeler.

For uskifte med felleseiemidler har synet på uskifteboet som en enhetlig formuesmasse sin historiske forklaring som fortsettelse av det ekteskapelige formuesfellesskap. Rettsforestillingen om en enhetlig formue innebærer en svakhet både ved lovens utforming og en del av rettsteorien. Både regler og teoretiske fremstilling overser det enkle forhold at både ved uskifte og gjensidig testament må det skje en tingsrettslig og formuesrettslig rettsovergang fra førstavdøde til gjenlevende. Innholdet i denne rettsovergang er bestemmende både for gjenlevendes rådighet i live og ved testament, og for den arverettslige posisjon for førstavdødes arvingers.

Forholdet mellom det ekteskapsrettslige delingsoppgjøret og det gjensidige testamentet behandles nærmere i pkt 56.2.

For forståelsen både av uskiftereglene og gjensidige testamenter er det behov for en nærmere avklaring av den rettighetsovergang som skjer ved henholdsvis etablering av uskifte og overtakelse i henhold til gjensidig testament. Om rettighetsovergangen ved uskifte, se nærmere kapittel 72 – og om forholdet til ekteskapsrettslige regler kapittel 73.

Flere konstruksjoner er mulige for å etablere arverett for sekundærarvingene i det gjensidige testamentet. Ved valget mellom ulike konstruksjoner, se pkt 56.3, må det ses hen til generelle arverettslige grunnregler og grunnprinsipper.

Grunnregelen er at ingen kan disponere testamentarisk over andres formuer, herunder heller ikke endre eller tilbakekalle en annens testasjon.

Testasjonskompetanse kan heller ikke delegeres, se kapittel 52 og vedrørende gjensidige testamenter pkt 52.4. Sammenlign for uskifte reglene i al § 18 annet ledd.

Testasjonsrådighet over egen formue kan på den annen side bare gyldig fraskrives etter reglene om arvepakter.

En åpenbar regel det likevel kan være grunn til å minne om, er at svigerfamilie, stebarn osv ikke har legalarverett. Skal førstavdødes arvinger ta arv ved lengstlevendes død må enten legalarveretten være i behold – som ved uskifte, eller så må arveretten bygge enten på førstavdødes *eller* lengstlevendes testasjon over deres *egen* formue.

56.2 Ekteskapslovens anvendelse ved gjensidig testament

56.2.1 Oversikt over problemstillinger og utgangspunkter

Som påpekt i pkt 43.1.2 består det sammensatte skiftet som foretas *ved* en ektefelles død av de samme elementer som ved skifte av uskiftebo eller skifte i henhold til ektefellers gjensidig testament med sekundærttestasjoner. Reglene i el § 76 regulerer *når* gjenlevende ektefelle eller førstavdødes arvinger kan kreve *at* delingen mellom ektefellene skjer etter reglene i el kap 15. Ved skifte av uskiftebo reguleres tidspunktene for *når* det kan kreves deling i hovedsak av al § 21, § 23 og § 24, mens delingsreglene hovedsaklig gis i al § 26. Det finnes ingen særregler, verken i arveloven eller ekteskapsloven, for når og hvordan et felleseieskifte skal foretas når gjenlevende overtar førstavdødes formue i henhold til gjensidig testament.⁷⁶⁷ Konkret er spørsmålet for det første om verdidelingen mellom ektefellene skal foretas etter andre delingsregler, slik al § 26 gir særregler ved uskifte. For det annet er spørsmålet om det gjensidige testamentet kan bestemme at felleseieskiftet skal utsettes og foretas samtidig med arvefordelingen – slik den tradisjonelle forståelse av ordningen ved uskifte er, se kapittel 72. I el § 76 reguleres som nevnt både når det kan kreves skifte og etter hvilke regler.

Det klare utgangspunkt er at verdidelingen mellom ektefeller etter den enes død beror på deres formuesordning. Likeledes er det klare utgangspunkt at ved testament, herunder gjensidig testament – regulerer ektefellene bare fordeling av arv. Formuesordningen reguleres ikke ved materielle testasjoner, men ved ektepakt i henhold til el kap 9 og el § 54.

⁷⁶⁷ Dog slik at enkelte av reglene i al § 26 presumeres å få tilsvarende anvendelse ved gjensidig testament, se al § 67.

En avtale om formuesordningen som fysisk er inntatt i et testament vil imidlertid som oftest være gyldig som ektepakt, se pkt 43.3. Når det spørres om hva ektefellene kan bestemme om felleseieskiftet i det gjensidige testamentet siktes det således utelukkende til materielle testasjoner, hvis innhold og gyldighet styres av arverettslige regler.

Disse utgangspunkt må sammenholdes med ordlyden i el § 76 hvor det uttrykkelig sies at delingen ved en ektefelles død skal skje etter reglene i el kap 15 med mindre noe annet følger av blant annet testament. Dersom intet følger av testamentet er således utgangspunktet at delingen mellom ektefellene kan kreves foretatt straks og etter reglene i el kap 15. Spørsmålet er derved hva annet som gyldig *kan* bestemmes i testamentet.

56.2.2 Formuesordningens betydning for gjensidige testamenter

Gjensidige testamenter, med eller uten sekundærttestasjoner, har aldri vært knyttet til ektefellers formuesordning slik uskifteordningen var og fortsatt delvis er. Riktignok var de gjensidige testamenter i stor utstrekning de barnløse ektefellers alternativ til uskifte, men dette knytter dem ikke til formuesordningen – snarere tvert i mot. Det var mangelen på tilfredsstillende legalarverettigheter og formuesordninger som gjorde at de barnløse ektefeller måtte gå veien om gjensidige testamenter. Frem til arvelovsendringen i 1937 hadde gjenlevende ektefelle bare rett til uskifte med felleseiemidler overfor livsarvinger, og hadde på den annen side ikke legalarverett i konkurranse med livsarvinger. Etterlot førstavdøde seg livsarvinger og kun særeiemidler, mottok gjenlevende intet etter førstavdøde – se oversikten under pkt 43.2. På samme måte har gjensidige testamenter vært samboernes alternativ til både legalarverett og uskifterett.⁷⁶⁸

Ektefellers adgang til å opprette gjensidig testament har som legalarveretten, og i motsetning til uskifteretten, heller aldri vært knyttet til felleseiemidler.

Etter al 1854 § 59 var det bare ektefeller som kunne opprette gjensidig testament i samme dokument, men loven var ikke til hinder for at andre enn ektefeller opprettet materielt gjensidige testasjoner så lenge de ikke ble gjort i samme dokument. Endringen med arveloven 1972 gikk således først og fremst ut på å spare papir.

⁷⁶⁸ Dette behovet er redusert etter innføringen av legalarverett og legaluskifterett for samboere ved al kap III A.

Ved uskifte har formuesordningen både betydning for hvilke av førstavdødes midler som kan overtas uskiftet og for delingen av uskifteboet. Som påvist ovenfor har formuesordningen ikke i seg selv noen betydning for adgangen til å opprette gjensidig testament. Formuesordningen har heller ingen direkte betydning for delingen, slik al § 26 annet ledd gir særregler for særeiemidler i uskifte. Selv ikke presumsjonen i al § 67 nr 2 og 3 om likedeling mellom de to arvinggrupper er begrenset til å gjelde felleseiemidler. Under forberedelsen av arveloven 1972 fremsto det nok som mer nærliggende å innfortolke en forutsetning om likedeling når felleseiemidler var overtatt enn når det var særeiemidler – og i praksis forekom antakelig sjelden kombinasjonen av gjensidig testament og særeie.⁷⁶⁹ Den samme forestilling om likedeling av felleseiemidler som naturlig utgangspunkt forekommer nok fortsatt, men kanskje etter hvert mer fundert på hovedregelen ved skifte av uskiftebo og mindre ut fra tanken om hva som ville blitt utfallet ved et sammensatt skifte etter el kap 15.

Dersom intet annet kan utledes av testamentet er således utgangspunktet at ved førstavdødes død skal det foretas et felleseieskifte etter reglene i el kap 15. Et slikt delingsoppgjør får imidlertid liten umiddelbar realitet når gjenlevende uansett skal beholde det hele i henhold til gjensidig testament. Hvilken realitet delingen mellom ektefellene skal få avhenger av testamentets sekundærttestasjoner. Bestemmer testamentet at halvparten av den formue gjenlevende etterlater seg skal tilfalle førstavdødes arvinger, er det fortsatt likegyldig hvilke delingstall som ble fastsatt ved førstavdødes død, forutsatt at testamentet er konstruert på gyldig måte, se pkt 56.3. Delingstallet får derimot betydning dersom sekundærttestasjonene knytter seg til verdiforholdet mellom ektefellenes formuer ved førstavdødes død, slik regelen til sammenligning er ved uskifte med særeiemidler og uskifte mellom samboere, se al § 26 annet ledd og § 28e.

Går testamentet eksempelvis ut på at lengstlevende skal arve hele førstavdødes ”formue”, men slik at denne formuen ved lengstlevendes død skal tilfalle førstavdødes arvinger, må det foretas en tolking av hva som er ment med formue – ”rådighetsdel” eller ”boslodd”? Det er i slike tilfeller det må avklares i hvilken utstrekning el § 76

⁷⁶⁹ Formålet med å opprette særeie var normalt å unngå en sammenblanding av de to ektefellers formuer.

åpner for at ektefellene ved testament kan fastsette andre delingsordninger enn de som følger av loven.

56.2.3 Adgangen til ved gjensidig testament å endre formuesordning eller suspendere retten til å kreve skifte

Overskriften reiser to selvstendige spørsmål. Kan det ved gjensidig testament gjøres unntak fra reglene i el § 76 om førstavedes arvingers rett til å kreve felleseiemidlene skiftet? Kan det ved gjensidig testament gjøres unntak fra reglene i el kap 15 om hvordan verdidelingen skal skje?

Adgangen til å opprette gjensidige testamenter har som nevnt aldri vært betinget av en bestemt formuesordning, eller på andre måter vært avhengig av formuesordningen. Heller ikke finnes det arverettslige lovregler om fastsettelse av delingen mellom ektefellene ved gjensidig testament, slik al § 26 regulerer delingen av uskifteboet.⁷⁷⁰

Delingen mellom ektefellene ved den enes død er en del av formuesordningen mellom dem. Som det fremgår av pkt 43.1.2 og pkt 43.3 kan endringer i formuesordningen bare gjøres ved ektepakt innenfor de rammer som trekkes opp i el kap 9. Det første spørsmålet er derfor om el § 76 inneholder en særlig hjemmel for å fravike denne hovedregelen slik at ektefellene i det gjensidige testamentet kan gi særlige bestemmelser om formuesordningen – eksempelvis etter mønster av el § 43, særlig tredje ledd.

I det følgende drøftes bare avtaler om formuesordningen. Normalt er formålet med det gjensidige testamentet å stille gjenlevende bedre enn hva som følger av lovens regler. Det som her skal drøftes er om dette kan oppnås gjennom særlige bestemmelser om *formuesordningen* – utover hva som følger av el §§ 42-44 – og som ikke oppfanges av pliktdelsreglenes begrensning i testasjonsfriheten.

Klargjøringen av skillet mellom deling mellom ektefellene og arvefordeling har betydning for de tilfeller hvor et felleseieskifte etter el kap 15 ville ha ført til et annet delingsforhold mellom ektefellene enn hva som i testamentet er fastsatt for delingen etter lengstlevendes død. Forskyvningen i delingstallet mellom ektefellene (de to

⁷⁷⁰ Bestemmelsene i el § 67 nr og nr 3 er bare tolkingspresumsjoner, slik at rettsgrunnlaget for likedeling i tilfelle er testamentet selv.

arvinggrupper) må forklares. Dersom et sammensatt skifte ville latt gjenlevende sitte igjen med en firedel av felleseiemiene og førstavdødes boslodd ville vært tre firedeler – eller omvendt, og fellesformuen ved lengstlevendes død skal likedeles, må formuesforskyvningen fra den ene til den andre forklares!

Enten må det legges til grunn at den som kom best ut av felleseieskiftet har testamentert en andel til den andre eller dennes arvinger, eventuelt supplert gjennom gjenlevendes legalarverett. Eller så må det foregå et felleseieskifte etter andre regler og til et annet tidspunkt enn hva som følger av el kap 15. Det er i dette lys det reises spørsmål om særlige delingsregler for felleseieskifte kan bestemmes i gjensidig testament med felles sekundærttestasjoner. Til sammenligning er dette den tradisjonelle oppfatning av uskiftekonstruksjonen. Felleseieskiftet utstår og delingen følger egne regler i al kap III.

Alternativt kan det konstrueres et felleseieskifte som foretas ved førstavdødes død, men etter regler som fraviker el kap 15. Sekundærfordelingen ved lengstlevendes død går etter dette bare ut på at hver arvinggruppe arver formuen etter hver sin ektefelle, slik systemet er ved uskifte, se kapittel 74.

I følge el § 76 første punktum ”deles ektefellenes formue mellom lengstlevende ektefelle og avdødes arvinger etter reglene i dette kapitlet, dersom ikke ... noe annet følger av ... testament”. Etter ordlyden skulle det tilsynelatende ved testament kunne fastsettes andre delingsregler og et annet skiftetidspunkt. Det fremgår imidlertid med tilstrekkelig klarhet av bestemmelsens forarbeider at meningen med forbeholdet bare var en innskrenkning i den rett el § 76 annet punktum gir førstavdødes arvinger til å kreve skifte – men selv dette er ikke uproblematisk, jf nedenfor.

Ordlyden i el § 76 fikk en uheldig utforming ved departementets redigering av Ekteskapslovutvalgets lovutkast, se nærmere kapittel 73. Resultatet ble at ordlyden i el § 76 blander rett til å kreve skifte sammen med bestemmelser om hvilke materielle regler som skal styre delingen.⁷⁷¹ Formålet med el § 76 var å gi (nye) regler for når førstavdødes arvinger kunne kreve felleseiet skiftet, slik sl § 60 på samme måte

⁷⁷¹ Det innholdsmessige skillet mellom el § 56 (delingsreglenes innhold) og § 57 (når deling skal skje) skulle gjenfinnes i henholdsvis el § 77 og § 76, men skillet er ikke lenger skarpt.

regulerer retten til å kreve arveformuen skiftet.⁷⁷² I departementets lovforslag ble imidlertid elementer av ”lovvalgsregler” utilsiktet blandet inn.⁷⁷³ Det finnes ingen holdepunkter for at meningen med el § 76 første punktum var å gi en særhjemmel for ektefeller til ved gjensidig testament å gjøre avtaler om formuesordningen fraviker delingsreglene i el kap 15 – inkludert ektepakter etter el kap 9. Skulle lovforarbeidene oppfattes i denne retning, må det uansett foreligge ganske sterke holdepunkter for at lovgivers mening var å fravike grunnregelen om det bare kan avtales formuesordninger som er hjemlet i el kap 9.

Det ovenfor siterte fra el § 76 må derfor forstås slik at forbeholdet med hensyn til testamentariske bestemmelser bare refererer seg til el § 76 annet punktum:

Førstavdødes arvingers rett til å skifte kan være begrenset ved testament. Noen hjemmel for å gjøre bestemmelser om formuesordningen eller å fravike reglene i el kap 15 jf kap 9 ved gjensidig testament inneholder el § 76 således ikke.

Inneholder et gjensidig testament en avtale om formuesordningen vil denne normalt være gyldig som ektepakt, se pkt 43.3. Andre ordninger enn hva som følger av el §§ 42-44 kan avtalen likevel ikke inneholde.

Det neste spørsmål blir derved om ektefellene ved gjensidig testament kan bestemme at delingen mellom ektefellene (felleseieskiftet) skal utskytes eller helt unnlates.

Tilsynelatende er det dette som bestemmes i el § 76 annet jf første ledd.

Det følger av forarbeidene at det kun var meningen å fastslå at en ektefelle ved testament kunne utskyte *skiftet av arvemidlene* – en regel som allerede følger av sl § 60. Etter å ha vist til at uskifteordningen utskyter arvingenes rett til å kreve deling, uttaler Ekteskapslovutvalget følgende:

”For det annet kan arvingenes rett til å kreve deling være underkastet begrensninger i avdødes testament. Med de rammer livsarvingenes plikt del stiller opp står det enhver arving fritt til ved testament å tilgodese den annen. I praksis spiller gjensidige testamenter mellom barnløse ektefeller en betydelig rolle.”⁷⁷⁴

Tilsynelatende må uttalelsen forstås som at førstavdødes arvinger ikke kan kreve arveskifte dersom det ved gyldig testament er bestemt at arven skal tilfalle gjenlevende ektefelle, eksempelvis ved gjensidig testament. Tilsvarende må gjelde hvor det ved

⁷⁷² Se NOU 1987: 30 side 149-I.

⁷⁷³ Det var ikke meningen å foreta realitetsendringer, kun redigering, se Prp28 side 134-I.

⁷⁷⁴ NOU 1987: 30 side 149-I.

testament gyldig er bestemt at arvefallet utsettes for førstavdødes arvinger.

Henvisningen til gjensidige testamenter må antas å peke på denne situasjonen.

Det er etter dette ingen holdepunkter i bestemmelsens forarbeider for at el § 76 var ment å gi ektefellene adgang til ved testament å bestemme utsettelse av felleseieskiftet mellom ektefellene.

På den annen side gir ordlyden uttrykk for en slik regel. Det samme gjør systembetraktninger. Ekteskapsloven § 76 regulerer den ekteskapsrettslige delingen, ikke arvefordelingen. Retten til å kreve arvemidlene skiftet reguleres som nevnt av sl § 60. En innskrenkende tolking fører derfor til at tolkingsresultatet blir en helt overflødig og malplassert regel.

Ved tolkingen må det imidlertid tas hensyn til at de to ulike delingsoppgjør ved sammensatt skifte ofte blandes sammen. Et tydelig eksempel er al § 26 første ledd, hvis sammenblanding av deling mellom ektefellene (første punktum) og fordelingen av arven etter førstavdøde (annet punktum) har ført til flere misforståelser.⁷⁷⁵ Antakelig er ordlydens forbehold for at annet kan følge av testament hentet fra sl § 60, som el § 76 var ment å supplere.⁷⁷⁶ Disse forhold, sammenholdt med uttalelsene i forarbeidene, gjør at tolkingsresultatet ikke er tvilsomt. Ektefeller kan ikke ved testament gripe inn i førstavdødes arvingers rett etter el § 76 til å kreve felleseieskifte etter el kap 15.

Konklusjonen er etter dette at det ved gjensidig testament ikke kan bestemmes at deling mellom ektefellene skal utsettes, og at det gjensidige testamentet heller ikke kan gripe inn i førstavdødes arvingers rett til straks etter dødsfallet å kreve deling mellom ektefellene etter reglene i el kap 15.

I prinsippet gjelder dette også selv om det praktiske resultatet uansett er at gjenlevende beholder hele førstavdødes formue i henhold til et gjensidig testament. Til sammenligning finnes det heller ingen uttrykkelig hjemmel for å nekte førstavdødes arvinger å kreve dødsboskifte selv om gjenlevende ektefelle er enearving etter minstearvsreglene. Skiftehjemmelen i sl § 60 inneholder ingen begrensning i retten til å kreve dødsboskifte i dette tilfelle, slik den motsetningsvis gjør ved uskifte, se tredje

⁷⁷⁵ Annet punktum er dessuten overflødig idet regelen allerede er gitt i al § 6 fjerde ledd.

ledd. Forskjellen mellom minstearvstilfellene og gjensidig testament er at i forhold til minstearvsretten kan utfallet av felleseieskiftet være bestemmende for hva førstavdøde etterlater seg, og derved også for om gjenlevende er enearving. Foreligger det et testament som gyldig bestemmer at gjenlevende uansett skal arve alt, har ikke førstavdødes arvinger lenger denne interesse i felleseieskiftet.

Jeg skal nedenfor i pkt 56.2.5 foreta en nærmere drøftelse av hvordan rettslig interesse kan inntolkes i el § 76 som et materielt vilkår for å kunne kreve skifte. Først finner jeg det imidlertid hensiktsmessig å klargjøre hva et felleseieskifte i disse tilfeller måtte gå ut på dersom det som følge av det gjensidige testamentet uansett er på det rene at den rent faktiske deling av verdiene uansett må utstå, typisk hvor førstavdødes arvinger i testamentet er gitt sekundærarverett.

56.2.4 Nærmere om felleseieskiftet når hele førstavdødes formue overtas av gjenlevende i henhold til gjensidig testament

Dersom det gjensidige testamentet ikke omfatter hele førstavdødes formue må det foretas et fullstendig felleseieskifte for å beregne den arvelodd som skal utbetales. På samme måte foretas det et tenkt *arveskifte* for å vurdere hvilken betydning gjenlevendes minstearvsrett, testamentet osv har for beregningen av arvelodd til førstavdødes arvinger. Tilsvarende gjøres også ved delvis uskifte. I prinsippet er det den samme form for et tenkt fullstendig skifteoppgjør som må foretas i de tilfeller hvor gjenlevende i henhold til testamentet skal overta hele førstavdødes formue etter hans død.

Som påpekt i pkt 43.1.2 kan det tenkes en innholdsmessig sontring mellom begrepene skifte og deling, hvor skifte peker på en beregning og deling på den faktiske fordeling. I lovtekster synes imidlertid forskjellen bare å ligge i ny og gammel terminologi.⁷⁷⁷ Det kan imidlertid ikke utelukkes at rettsforestillingen omkring regelens innhold påvirkes av ordvalget. Et skifteoppgjør forstås normalt som både et beregningsoppgjør og den faktiske fordeling. Når ankefristen for utlodningen i et offentlig dødsboskifte er løpt ut, vil tingretten (bobestyrer) besørge at verdier og eiendeler fordeles i tråd med utlodningen, sl § 40 jf § 35. Formelle rettskraftsvirkninger får utlodningskjennelsen likevel ikke.⁷⁷⁸ Når tingretten forestår den faktiske fordeling, er det fordi den (som skifteforvalter) utøver eierbeføyelser over bomidlene. Ved offentlig felleseieskifte blir

⁷⁷⁶ ”En loddeier kan når som helst kreve et dødsbo skiftet, hvis ikke annet er vedtatt eller er bestemt ved gyldig testament.”

⁷⁷⁷ I el § 76 brukes uttrykket ”Deling kan kreves” i samme betydning som sl § 60 bruker uttrykket ”rett til å kreve skifte”.

⁷⁷⁸ Se Rt 2001 96 og Skoghøy, Tvistemål side 787.

dette annerledes fordi tingretten som utgangspunkt ikke har noen eierrådighet over ektefellenes midler, se sl § 54 annet ledd. Realiteten i et felleseieskifte, herunder et offentlig felleseieskifte, er således først og fremst beregninger og avgjørelse av tvister, og ikke den faktiske delingen.

Et offentlig felleseieskifte er begrenset til beregning av verdier og eventuelt løsning av konflikter, men uten at det foretas noen faktisk fordeling mellom ektefellene, jf ovenfor.⁷⁷⁹ Det er således ingen prinsipielle forskjeller mellom et regulært felleseieskifte og det felleseieskiftet som eventuelt foretas etter en ektefelles død hvor gjenlevende skal overta hele arven etter førstavdøde etter gjensidig testament.

Felleseieskifte før overtakelse i henhold til gjensidig testament har bare en funksjon dersom det foreligger sekundærttestasjoner hvis gyldighet eller omfang beror på forholdet mellom testatorenes formuer ved førstavdødes død, hvilket igjen beror på formuesordningen og felleseieskiftet, se pkt 56.2.5.

Et felleseieskifte som foretas straks etter førstavdødes død er begrenset til fastsettelse av den enkelte ektefelles lodd i de samlede felleseieverdier. Derved fremgår også et forholdstall som *kan* være av betydning for et senere skifte i henhold til det gjensidige testamentet. Det vil ligge utenfor tingrettens rett og plikt ved et offentlig felleseieskifte å skulle si noe om forholdstallets konkrete betydning ved et senere skifte i henhold til det gjensidige testamentet, som da blir et rent arveskifte.

På samme måte ligger en slik fastsettelse utenfor hva som naturlig omfattes av en skifteavtale. Konkrete avtaler om skifteoppgjørets betydning for det fremtidige skiftet er en forhåndsavtale om arvefordelingen som faller utenfor reglene for skifteavtaler i el § 65 jf § 77, men som derimot reguleres av arverettslige regler. Grensedragningen mellom disse to former for avtaler beror på hvordan testamentet er formulert. Dersom testamentet uttrykkelig sier at formuen ved lengstlevendes død skal deles i samme forholdstall som det var mellom deres formuer etter foretatt felleseieskifte ved førstavdødes død, er en forhåndsavtale om den fremtidige delingstallet ikke annet enn en skifteavtale om delingen etter el kap 15.

Skifteavtalen har i et slikt tilfelle samme realitet som avtalefastsatt delingstall ved uskifte med særeiemidler, jf al § 14 annet ledd første punktum. Et nærliggende spørsmål er derfor om al § 14 kan tolkes utvidende slik at den også gir gjenlevende

medtestator i et gjensidig testament rett til å be tingretten fastsette det fremtidige delingstallet.

Generelt er det en fordel med samordnet systematikk, fremgangsmåter osv ved henholdsvis uskifte og gjensidig testament.

Etter gjeldende regler får sekundærttestasjoner i gjensidig testament ingen konsekvenser for tingrettens skifterettslige arbeid med å utstede skifteattest. Gjenlevende selv pålegges heller ikke å gi noen oversikt over arvinger etter førstavdøde, verdier, gjeld mv – utover hva som generelt følger av reglene om dødsfallsmeldinger, se sl § 12 a. Ved begjæring om uskifte må derimot gjenlevende utarbeide en særskilt ”summarisk oppgave over eignelottar og gjeld”, se al § 14 første ledd. Dersom formuesforholdene har betydning for den senere delingen av uskifteboet kan delingstallet som nevnt forhåndsfastsettes gjennom avtale med førstavdødes arvinger, al § 14 annet ledd første punktum. Oppnås ikke enighet kan det begjæres forhåndsfastsettelse gjennom registrering og verdsettelse ved tingretten, al § 14 annet ledd annet punktum. Slik forhåndsfastsettelse gjøres uten at det åpnes noen form for offentlig skiftebehandling, heller ikke som summarisk skifte etter sl § 98.

Det er ikke vanskelig å se behovet for en tilsvarende ordning ved gjensidig testament. Særlig kan det pekes på den tvisteforebyggende effekt ved en formalisert forhåndsfastsettelse av delingstallet. Det må imidlertid understrekes at en tilsvarende anvendelse av al § 14 annet ledd ved gjensidige testamenter forutsetter at testamentet ganske entydig bestemmer at den senere deling skal skje etter samme forholdstall som det var mellom testatorenes formuer ved førstavdødes død, etter at felleseieskifte var foretatt. Selv om al § 14 annet ledd fremstår som en regel om forhåndsfastsettelse av delingstall er det ”verdiltihøvet av særeigemidlane” som er temaet for henholdsvis avtale eller tingrettens fastsettelse. Tingretten skal således ikke treffe noen judisiell avgjørelse om hvordan uskifteboet ved et fremtidig skifte skal deles. Tingretten skal utelukkende avholde registrering og verdsetting etter skiftelovens alminnelige regler, se sl § 13.

Når verdiforholdet mellom førstavdødes og gjenlevendes formuer er fastsatt, beror delingen av uskifteboet på reglene i al § 26, eventuelt justert ved ektepakt i henhold til el § 43 tredje ledd eller avtaler med samtykkende uskiftearvinger. For gjensidige testamenter vil på samme måte den senere delingen primært bero på

⁷⁷⁹ Dersom en ektefelle ikke frivillig medvirker til å gjennomføre den fordeling tingretten har fastsatt i utlodningen, er den annen henvist til å søke domstolenes hjelp etter ordinære prosessregler, se *Rt 2001 96*.

bestemmelser i testamentet, eventuelt justert for senere arveavtaler mellom gjenlevende og førstavdødes arvinger.

56.2.5 Rettslig interesse som materielt vilkår for å kreve felleseieskifte

Under pkt 56.2.3 konstaterte jeg at det ikke finnes hjemmel for i gjensidig testament å fastsette en annen verdideling mellom ektefellene enn hva som følger av el kap 15, og at det heller ikke kan gripes inn arvingenes rett til å kreve skifte etter el § 76.

Førstavdødes arvinger kan derfor i prinsippet kreve felleseieskifte selv om det er på det rene at det ikke vil skje noen reell deling, fordi gjenlevende overtar hele førstavdødes formue i henhold til det gjensidige testamentet.

Samtidig er det vanskelig å akseptere et krav om skifte dersom dette ikke har noen som helst betydning for arvingenes arverettigheter. Et testament som bestemmer at alle førstavdødes eiendeler etter dødsfallet skal overtas av gjenlevende stenger dessuten for førstavdødes arvingers naturalutleggskrav, dvs retten til kreve overtatt eiendeler, se sl § 61 fjerde ledd.⁷⁸⁰ Noe annet kan selvfølgelig følge av en konkret tolking av testamentet.

Rettslig interesse i å kreve felleseieskifte foreligger bare dersom fastsettelsen av de to ektefellers boslodd får betydning for hvordan arvefordelingen mellom førstavdødes og lengstlevende(s arvinger) skal gjøres på et senere skifte. Det kan igjen trekkes paralleller til al § 14 annet ledd. Gjenlevende kan bare kreve registrering og verdsetting dersom verdiforholdene ”får noko å seie for kva partar kvar skal ha på eit seinare skifte”.

Mangelen på lovbestemmelser om unntak fra retten til å kreve skifte i disse tilfeller skyldes antakelig at lovgiver har oversett spørsmålet. Det er imidlertid intet behov for en formalisert lovhjemmel for å nekte et privatrettslig krav om skifte. En innskrenkende tolking av bestemmelsene om arvingenes rett til å kreve skifte er tilstrekkelig. Den ovennevnte begrensning må derfor inntolkes som et materielt vilkår for å kreve skifte etter el § 76.

⁷⁸⁰ Jeg går ikke inn på de delikate spørsmål som oppstår hvor det mellom ektefeller foreligger et fortsatt gyldig gjensidig testament selv om førstavdøde ved sin død hadde samboer som kunne gjøre gjeldende rettigheter etter husfskl § 2 – eller enda verre etter al kap III A.

I praksis vil uansett prosessuelle regler stoppe et krav om felleseieskifte dersom rekvirenten ikke har tilstrekkelig rettslig interesse. Nekter gjenlevende å delta i et privat skifte, er førstavdødes arvinger henvist til enten å begjære offentlig skifte eller anlegge sivilt fastsettelsessøksmål. For å reise sivilt søksmål må førstavdødes arvinger påvise et reelt behov for å få kravet avgjort i forhold til gjenlevende, se tvl § 1-3 (2). For å kunne kreve offentlig felleseieskifte er det et vilkår at rekvirenten har et materielt krav på skifte. For offentlig dødsboskifte følger dette direkte av sl § 84 første ledd. Tilsvarende må inntolkes i el § 53.⁷⁸¹ De generelle prosessuelle krav til rettslig interesse gjelder også ved offentlig skiftebehandling, jf henvisningen i sl § 22 første ledd.

56.3 Ulike konstruksjoner for gjenlevendes rettsstilling

Utgangspunktet for denne drøftelsen er erkjennelsen av at det verken for ektefeller, samboere eller andre testatorer, verken før eller etter førstavdødes død, finnes noen fellesformue som testatorene har lik rådighet over. Dette forhold blir nok ofte oversett. Samtidig må det ses hen til at det gjensidige testamentet består av to testasjoner, hvilket også er lett å overse. Selv bak felles sekundærtestasjoner står det to testatorer og de består i to selvstendige testasjoner, selv om de på mange måter henger sammen. Dette følger allerede av kravet til fri og personlig testasjonsvilje. Selv ikke en ektefelle kan gyldig overlate til den annen å foreta ens egne testamentariske disposisjoner.

Ofte inneholder et gjensidig testament (dokumentet) også selvstendige testasjoner, som lever sitt eget liv uavhengig av felles testasjoner og den andres testasjoner. Dette skillet får særlig betydning hvor gjenlevende velger ikke å benytte seg av det gjensidige testamentet. Det må da vurderes om førstavdødes testasjoner – primære eller sekundære – likevel må oppfylles, se pkt 56.9.

Med utgangspunkt i de to selvstendige formuer må det avklares hvilke bestemmelser det gjensidige testamentet gjør for henholdsvis førstavdødes og gjenlevendes formue. Hvis det ses bort fra begrensningene som måtte følge av al § 7 og § 29 står det hver av testatorene fritt ved testament å opprette ulike varianter av rettighetsforhold – fra ren bruksrett til full og endelig eiendomsrett. Som utgangspunkt er det bare generelle tingsrettslige regler som setter grenser for hva som kan konstrueres ved testament.

⁷⁸¹ Dette var forutsatt i *Rt 2004 42* hvor Høyesterett utelukkende drøfter det materielle rettsforholdet mellom partene i en tvist om begjæring av offentlig skifte.

Hvilken rådighet gjenlevende har over de arvede midler, hvilken sekundærarverett førstavdødes arvinger har osv, beror først og fremst på hvilke tingsrettslige konstruksjoner testamentet bygger på. Førstavdøde kan eksempelvis ha gitt gjenlevende en ren boret, slik at endelig eiendomsrett allerede er tilfalt hans slektsarvinger. Derved bortfaller alle spørsmål om gjenlevendes rådighet eller om sekundærarverett. Det samme gjelder hvor testamentet gir gjenlevende full og endelig eiendomsrett. Videre er det mulig å begrense gjenlevende eiendomsrett, både i tid og innhold. Spørsmålene om rådighet og sekundærarverett løser også seg selv dersom testamentet overfører eiendomsretten til gjenlevende, men gjør den tidsbegrenset og unntar eierbeføyelser som rett til salg, pantsettelse osv. Ved utløpet av tidsbegrensningen, som regel ved lengstlevendes død, går eiendomsretten over til førstavdødes arvinger direkte i kraft av førstavdødes testasjon.

Så langt har jeg sett på hva førstavdøde i sin testasjon kan ha fastsatt vedrørende arven etter seg selv. Over gjenlevendes formue kan førstavdøde ikke gjøre testamentariske bestemmelser. Slike bestemmelser må gjenlevende gjøre selv. Hvordan gjenlevendes formue skal fordeles etter hennes død følger av hennes egne testamentariske bestemmelser, eventuelt også av lovens arvegangsregler. Begrensning av rådigheten i live over egen formue må bygge på alminnelige formuesrettslige eller tingsrettslige løfter. Tilsvarende gjelder overfor egne arvinger – eventuelt kombinert med arvepakt, se pkt 54.7.4. I begge tilfeller kan imidlertid fraskrivelsen av eierbeføyelser i live forplikte gjenlevende (arvelater) som et tredjemannsløfte avgitt overfor førstavdøde til fordel for arvingene.

Skal gjenlevende være avskåret fra å testamentere over sin egen formue må det skje etter reglene om arvepakter. Dette forutsetter både at en testasjonskompetansefraskrivelse kan inntolkes i det gjensidige testamentet og at det er avgitt et avtalerettslig bindende løfte overfor arvingene. Også i denne situasjonen kan det avtalerettslig bindende løftet være avgitt som et tredjemannsløfte. Se nærmere kapittel 54 om arvepakter.

Den formue gjenlevende testator besitter etter førstavdødes død betraktes gjerne som en enhetlig formuesmasse, hvilket kan bli misvisende. Det er for så vidt intet i veien for at testatorene i sitt felles gjensidige testament behandler den samlede

formuen gjenlevende beholder etter førstavdødes død som en enhet. Som regel vil sluttresultatet også fremstå som fordeling av én formue. Ved vurdering av hva som gyldig er avtalt eller bestemt i testament er imidlertid denne sontringen er nødvendig, ikke minst for å klargjøre problemstillingene ved tvister.

Når eksempelvis førstavdødes og lengstlevendes arvinger tvistes om hvilken testasjonsrådighet gjenlevende hadde, er ikke problemstillingen om gjenlevende ved å tiltre testamentet har akseptert en betingelse fra førstavdødes side om bortfall av testasjonskompetanse, men om det i testamentet kan inntolkes en gyldig arvepakt. Se pkt 56.8 om betydningen av gjenlevendes tiltredelse av testamentet.

Nedenfor skal jeg derfor se nærmere på sekundærttestasjoner som krysser grensene mellom testatorenes respektive, opprinnelige formuer.

56.4 Ulike konstruksjoner for sekundærttestasjoner som krysser grensene mellom testatorenes opprinnelige formuer

Utgangspunktet for drøftelsen er fortsatt at det ved førstavdødes død foreligger to selvstendig formuer, hvis videre skjebne og sammenblanding utelukkende beror på hva som er bestemt i testamentet.

Et ganske uproblematisk gjensidig testament med sekundærttestasjoner går ut på at gjenlevende skal arve alt etter førstavdøde, men slik at den mottatte arv ved lengstlevendes død skal tilfalle den førstavdøde testators slektsarvinger eller andre særskilt utpekte arvinger.⁷⁸² Med mindre testamentet må tolkes annerledes, er konstruksjonen presumptivt at førstavdøde gir gjenlevende full, men tidsbegrenset eiendomsrett.

Med mindre noe annet følger av testamentet, eller dersom arven etter førstavdøde klart kan identifiseres (for eksempel som en fast eiendom), er det mest praktisk å oppfylle testamentet ved å fastsette et verdidelingstall på grunnlag av forholdet mellom førstavdødes og gjenlevendes formuer ved førstavdødes død – slik det til sammenligning gjøres ved uskifte mellom samboere eller ektefeller med særeie, se al § 28e og § 26 annet ledd jf al § 14 annet ledd.

⁷⁸² Hvem av førstavdødes slektsarvinger som skal ta arv beror på en tolking av testamentet. Generelt må det kunne oppstilles en presumsjon for at det er de slektsarvinger som er i live ved skiftetidspunktet som tar arv, slik hovedregelen er ved skifte av uskiftebo, se al § 22 første ledd.

For ektefeller med felleseiendeler vil som regel formuen i live være en annen enn den formuen som etterlates som arv. Ved gjensidig testament mellom ektefeller må derfor et slikt testament undergis en særlig tolkning for å avklare hvilken formue ektefellene sikter til – etter gammel terminologi førstavdødes ”rådighetsdel” eller hans ”boslodd”. Denne tolkingsprosess er ikke annerledes enn ved andre gjensidige testamenter, bortsett fra vurderingen av om ord og uttrykk kan knytte seg til ekteskapsrettslige regler. Eksempelvis må ”alt jeg råder over” normalt forstås annerledes enn ”alt jeg etterlater meg”, ”min lodd i felleseiet” osv.

Dersom testamentet sikter til førstavdødes boslodd i felleseiendelene må det foretas et felleseieskifte etter reglene i el kap 15 – hvor det fastsettes et verdidelingstall som beskrevet ovenfor, se pkt 56.2.4. Er det derimot den formuen han eide på sin dødsdag – hans ”rådighetsdel” – testamentet sikter til, oppstår et problem ved at førstavdøde i testament disponerer over en annen formue enn den han etterlater seg.

Noe uoverstigelig hinder er dette ikke, idet poenget med gjensidige testamenter normalt er at også sekundærttestasjonene er felles. I forhold til spørsmålene om gjenlevendes rådighet, i live og ved testament – samt eventuelt også i forhold til pliktdelsreglene, er det imidlertid nødvendig med en klargjøring av hvilke rettslige konstruksjoner testamentet og sekundærttestasjonene bygger på. I korte trekk må det avklares hvem som testamenterer over hva.

Den samme avklaring er nødvendig selv om sekundærttestasjonene tilsynelatende er klare. Eksempelvis hvor testamentet bestemmer at ”ved lengstlevendes død skal formuen deles likt mellom våre to slekter”. Dersom testatorene ikke eide like mye da testamentet ble tiltrådt, innebærer testamentet mer enn at den enkelte foretar sekundærttestasjoner over sin egen formue.

Til tross for at grensene mellom de to testatorers formuer krysses gjennom det gjensidige testamentet, er konstruksjonene likevel relativt enkle. Det er tilleggsspørsmålene om konsekvenser for gjenlevendes rådighet som kan volde problemer.

Jeg tar i det følgende utgangspunkt i at testamentet fastsetter likedeling ved lengstlevendes død.⁷⁸³ Problemstillingen er imidlertid den samme selv om formuen ved lengstlevendes død skal deles etter et annet forholdstall.

Dersom førstavdøde testator etterlater seg minst, innebærer hans egen testasjon at han ugyldig disponerer over gjenlevendes formue. Slik utvidet testasjonskompetanse kan ikke medtestator delegere til ham, se pkt 52.4. For at sekundærttestasjonen skal være gyldig må derfor gjenlevende testator ”supplere” gjennom sin egen testasjon. Denne tilleggstestasjon trenger ikke være uttrykkelig, men må fremgå av en tolking av testamentet.⁷⁸⁴

Er det førstavdøde testator som etterlater seg mest, er forholdet enklere. Han har da sekundærttestamentert over bare deler av sin etterlatte formue.⁷⁸⁵ Den resterende andel er med full og endelig eiendomsrett tilfalt lengstlevende.

Oppstår det i sistnevnte tilfellet problemer i forhold til pliktdelsreglene, kan formuesoverføringen til gjenlevende ektefelle eller samboer også suppleres av legalarverettigheter.

56.5 Samspillet mellom avtaler om formuesordningen, skifteavtaler og arveavtaler

Under pkt 43.3 har jeg blant annet sett på samspillet mellom testasjoner og ektepakter om formuesordningen når et sammensatt skifte gjennomføres etter en ektefelles død. Tilsvarende gjelder i forhold til gjensidige testamenter. Ovenfor er det tatt som utgangspunkt at det i alle fall beregningsmessig må gjennomføres et felleseieskifte i henhold til el kap 15 før testamentet tiltres. Utfallet av denne delingen kan ektefellene påvirke gjennom avtaler om formuesordningen. Går eksempelvis det gjensidige testamentet ut på likedeling ved lengstlevendes død, oppstår ingen testamentsrettslige spørsmål dersom ektefellene i ektepakt har bestemt likedeling. Hva som kan oppnås etter reglene om avtaler om formuesordningen begrenses av reglene i el §§ 42-44.

⁷⁸³ Dette er antakelig den mest forekommende sekundærbestemmelse, og er for barnløse ektefeller presumert i al § 67 nr 2.

⁷⁸⁴ Gjenlevendes testasjon kan eksempelvis anses å gå ut på følgende: ”Det som mangler på å oppfylle førstavdøde testators bestemmelse om arv til sine slektsarvinger skal oppfylles fra min etterlatte formue.”

⁷⁸⁵ Testasjonen kan forstås slik: ”Ved min død skal gjenlevende testator arve alt etter meg. Ved gjenlevendes død skal halvparten av våre samlede formuer tilfalle mine slektsarvinger.”

Dersom det ikke foreligger noen egen ektepakt oppstår spørsmålet om denne kan inntolkes i det gjensidige testamentet. Som gjennomgått i pkt 43.3 vil formkravene normalt være oppfylt. For å få rettsvirkninger mellom ektefellene selv og overfor deres arvinger er det intet krav om bruk av standardskjema, se el § 54 tredje ledd. Det vil derfor bero på ordinære ekteskapsrettslige regler hva som skal til for at en ektepakt skal anses inntolket i det gjensidige testamentet, se pkt 43.3 og pkt 43.4.

Etter førstavdødes død er det heller intet i veien for at gjenlevende og førstavdødes arvinger inngår en skifteavtale om likedeling. På samme måte som ektefellene ikke kan forhåndsavtale annet enn hva som følger av el kap 9, må en skifteavtale om felleseieskiftet ligge innenfor hva som kan utledes av de ekteskapsrettslige delingsregler i el kap 15 jf kap 12, se nærmere pkt 43.6. Går gjenlevende og førstavdødes arvinger utenfor disse rammer foreligger ikke lenger en ekteskapsrettslig avtale, men en skifteavtale om arveoppjøret.

En skifteavtale om arveoppjøret fanges opp av arverettslige regler om forholdet til avslag på falt arv, se igjen pkt 43.3.

Gjenlevende og førstavdødes arvinger kan også supplere det gjensidige testamentet ved ordinære forhåndsarveavtaler. Eksempelvis kan det tenkes et pliktdelskrenkende testament som også gir gjenlevende rett til å endre sekundærttestasjoner ved nytt testament. En avtale kan gå ut på at førstavdødes livsarvinger godtar pliktdelskrenkelsen mot at gjenlevende avgir en arvepakt.

Et gjensidig testament kan i realiteten også inneholde legalarveavtaler mellom ektefellene eller samboerne, eksempelvis om at de gir avkall på sine legalarverettigheter.

Når det skal vurderes hvordan arven etter lengstlevendes død skal fordeles, om gjenlevendes livsdisposisjoner eller senere testasjoner er gyldige osv, må en rekke regelsett tas i betraktning. Det som særlig er viktig er at en disposisjon som etter testamentsreglene fremtrer som ugyldig, likevel kan være gyldig som en avtale om formuesordningen, som skifteavtale eller som arveavtale. Derfor må flere veier prøves.

56.6 Gjenlevendes rådighet

Reglene for gjenlevendes rådighet over uskifteboet skiller mellom rådighet i live og rådighet ved testament, se al § 18 henholdsvis første og annet ledd. Noe tilsvarende formelt skille gjøres ikke ved gjensidig testament, hvilket helt enkelt følger av at gjenlevendes rådighet uansett styres av testamentet. Som en konsekvens av hvilke typer gjensidige testamenter som oftest forekommer i praksis vil det likevel oppstå et tilsvarende prinsipielt skille. Både ved uskifte og gjensidige testamenter med generelle sekundærttestasjoner til fordel for førstavdødes arvinger er utgangspunktet at gjenlevende råder fritt i live, men at førstavdødes arvinger arver en halvpart av det som måtte være igjen ved lengstlevendes død.⁷⁸⁶

I uskifteregele for gjenlevendes testasjonsrådighet skilles det videre mellom kvantitativ og kvalitativ rådighet, se al § 18 annet ledd henholdsvis første og annet punktum. Den kvantitative begrensninger har sammenheng med delingsreglene i al § 26. Gjenlevende kan i testament bare råde over arven etter seg selv. Regelen springer ut av grunnregelen om at ingen kan testamentere over arven etter andre. Den samme grunnregel gjelder ved gjensidig testament. Forskjellene ligger i at den samlede formuesmasse ("gjensidig testament-boet") som følge av ulike testamentariske bestemmelser kan være organisert på mange ulike måter, mens uskifteboet har en lovfastsatt struktur (om enn noe uklar).

Den kvalitative begrensning for gjenlevendes testasjonsrådighet over uskifteboet bygger også på regelen om at gjenlevende ikke kan testamentere over førstavdødes eiendeler. Denne regel kan både ses som uttrykk for en forestilling om at disse eiendeler fortsatt tilhører førstavdøde – dvs hans arvinger, eller de kan helt enkelt ses som særskilt fastsatte begrensninger i gjenlevendes rådighet.⁷⁸⁷ Etter min mening er det sistnevnte synspunkt mest treffende ved uskifte, og det eneste mulige utgangspunkt for spørsmål om gjenlevende testators testasjonsrådighet.⁷⁸⁸

⁷⁸⁶ Dette er eksempelvis det presumerte utgangspunkt for barnløse ektefellers gjensidig testament, se al § 67 nr 1 sammenholdt med nr 2 og nr 3.

⁷⁸⁷ Arvelovens forarbeider gir ingen klare holdepunkter, se Prp36 side 149-II. Rettsstillingen var uklar etter uskifteloven 1927.

⁷⁸⁸ Antakelig i samme retning vedrørende uskifte, *Asland*, Uskifte side 297. Fordi *Asland*, Uskifte side 78 anser gjenlevende som eier av hele uskifteboet, må begrensningene i al § 18 annet ledd anses som særskilt unntatte eierbeføyelser.

Spørsmålet om gjenlevende testator har testasjonsrådighet over en bestemt eiendel kan følgelig ikke avgjøres ut fra kriterier om hvem som nå eier eller som før dødsfallet eide eiendelen, men ut fra hva som følger av testamentet. Eiendelen kan være omfattet av førstavdødes arvingers sekundærarverett, men likevel slik at gjenlevende har testasjonsrådighet over den. På den annen side kan eiendelen hele tiden ha tilhørt gjenlevende, men være omfattet av en arvepakt hvoretter gjenlevende har fraskrevet seg testasjonskompetansen.

Tilsvarende gjelder gjenlevende testators kvantitative testasjonsrådighet. Det avgjørende er nødvendigvis ikke forholdet mellom testatorenes formuer ved førstavdødes død, eller hva som er bestemt om førstavdødes arvingers sekundærarverett, men hva som konkret kan utledes av testamentet om gjenlevendes testasjonsrådighet.

De samme utgangspunkter gjelder også for gjenlevende testators rådighet i live. For barnløse ektefeller oppstiller al § 67 nr 1 et utgangspunkt om ubegrenset rådighet i live. Etter min mening er presumsjonsreglene i al § 67 av begrenset verdi – og i tilfelle av negativ verdi. Det eneste som sies i al § 67 nr 1 er at dersom det ikke kan utledes av testamentet at gjenlevendes rådighet skal være begrenset, så er den ikke det!⁷⁸⁹ På den annen side bygger den presumerte sekundærarverett i al § 67 nr 3 på det motsatte utgangspunkt: Selv om intet er sagt i testamentet, skal førstavdødes arvinger har sekundærarverett med mindre det er konkrete holdepunkter for at ektefellene mente noe annet, se pkt 56.7.2.

Hvilken rådighet gjenlevende har må alltid bero på en konkret tolking av testamentet i tråd med generelle testamentstolkingsregler, se al § 65. Dette gjelder både rådighet i live og ved testament. Disse to former for disposisjoner henger dessuten ofte sammen. Tolkingspresumsjoner bør være begrenset til å gjelde i situasjoner hvor rettsanvender *må* treffe et valg – slik eksempelvis tvilsrisikoregler fungerer. Derimot fører presumsjonsregler galt av sted hvor spørsmålet er om en rettighet eksisterer, og hvor det enkle utgangspunkt er at den påståtte rettighetshaver må sannsynliggjøre et rettsgrunnlag.

⁷⁸⁹ Det vil si, også denne åpenbare regel fravikes ved forestillingen om en ulovfestet lojalitetsplikt, se nedenfor.

Avhengig av hvordan det gjensidige testamentet konstruerer eier- og rådighetsforhold etter førstavdødes død vil rådighet i live ofte indirekte bero på sekundærttestasjoner, og for så vidt også bestemmelser om gjenlevendes testasjonsrådighet. Skal en fast eiendom tilfalle en bestemt arving ved lengstlevendes død, og testamentet gir gjenlevende fri testasjonsrådighet med unntak for denne eiendommen, er en nærliggende tolking at gjenlevende heller ikke kan avhende den i live.

Dersom eiendommen tilhørte førstavdøde er rådighetsbegrensningen i live en del av førstavdødes testasjon. Hvis eiendommen derimot tilhører gjenlevende, er rådighetsbegrensninger en alminnelig tingsrettslig urådighetserklæring, som er inntatt i samme dokument som testamentet, og normalt avgitt som et tredjemannsløfte.

Selv om førstavdødes arvingers sekundærarverett er fastsatt som en brøk, kan det tenkes at testamentet indirekte oppstiller begrensninger for gjenlevendes rådighet i live, ved at det er forutsatt at en formue som noenlunde tilsvarer førstavdødes etterlatte formue skal gå videre til hans arvinger. Har gjenlevende forringet verdier på en slik måte at testamentets forutsetninger ikke oppfylles, må valg av konsekvenser igjen bero på en tolking av testamentet.⁷⁹⁰ I slike ”misbrukstilfeller” kan det tenkes på to ulike varianter, men med ganske like resultater. Førstavdødes sekundærarvinger kan gis et vederlagskrav overfor lengstlevende(s arvinger), eller testamentet kan tolkes slik at det gir førstavdødes arvinger rett til verdier av en viss størrelse, og ikke bare en brøk av de beholdne nettoverdier.

I både teori og rettspraksis er det lagt til grunn at det eksisterer en ulovfestet lojalitetsplikt som begrenser gjenlevendes rådighet i live.⁷⁹¹ Som vist ovenfor er det testamentet – eller en tolking av dette – som i tilfelle må sette begrensninger for gjenlevendes rådighet. Formuleringen begrensninger i råderetten bygger i seg selv på en forestilling om full rådighet som utgangspunkt. Som vist i pkt 56.3 kan gjenlevendes rettsstilling være konstruert på ulike måter. Dersom gjenlevende i testamentet kun er gitt en bruksrett over førstavdødes formue følger det allerede av den

⁷⁹⁰ Er vilkårene oppfylt kan det heller ikke utelukkes et erstatningskrav mot dødsboet fra førstavdødes testamentsarvinger.

⁷⁹¹ Se *Rt 1916 72*, *Rt 1922 101*, *Rt 1953 1274*, *Rt 1972 892* og *Rt 2008 337*, samt *Rt 2004 777*. Se videre *Arnholm*, Arveretten side 231, *Hambro*, Arveloven side 521, *Knoph*, Norsk arverett 1959 side 250, *Lødrup*, Arverett § 16 V, side 184 og *Unneberg*, Arveretten side 154.

grunn at hun eksempelvis ikke kan avhende en eiendom. Gjenlevendes rett kan også være konstruert som eiendomsrett med begrensede eierbeføyelser, eller det kan følge av testamentet at gjenlevende formelt innehar alle eierbeføyelser, men likevel er undergitt begrensninger fordi førstavdødes arvinger skal sikres bestemte eiendeler eller verdier.

Når grunnlaget for lojalitetsplikt verken bygger på loven eller av testamentet, er det i tilfelle rettspraksis som er det mest nærliggende grunnlag for regeldannelsen. Etter min mening foreligger det ingen slik selvstendig rettsregel, bygget på rettspraksis og løsrevet fra testamentet selv. Den rettspraksis som foreligger dreier seg i stedet om ulike former for testamentstolking, nemlig hva som kan utledes av ordlyden og hva som følger av ”testamentets ånd og mening”.⁷⁹²

De foreliggende høyesterettsdommer bygger sine resultater på en konkret tolking av testamentet, til tross for at særlig de nyeste dommer tilsynelatende bygger på en ulovfestet regel. I *Rt 2008 337 (27)* definerte eksempelvis førstvoterende problemstillingen i saken slik som to ulike rettsspørsmål:

”Saken for Høyesterett reiser spørsmål om tolking av et gjensidig testament og subsidiært om lengstlevendes disposisjon er illojal overfor testamentet.”

Konklusjonen på den første problemstillingen var ”at gaven ikke er i strid med testamentets ordlyd” (avsnitt 33). Deretter gikk førstvoterende over til å ”drøfte anførselen om at overføringen av eiendommen er ugyldig fordi gaven er illojal mot testamentet” (avsnitt 34). Jeg har vanskelig for å se hva som egentlig er forskjellen på de to problemstillinger, utover at den siste oppfattes som anvendelse av en selvstendig ulovfestet regel – og ikke som alminnelig testamentstolking. I realiteten ligger skillet i om tolkingen bygger på ordlyden eller testamentets ”ånd og mening”. Etter min mening eksisterer intet slikt skille. Det måtte i tilfelle være skillet mellom tolking og utfylling av testamentet. Testamenter kan imidlertid ikke som avtaler utfylles av

⁷⁹² ”Transaksjonen fremtrer som et ledd i en sammenheng av disposisjoner i strid med testamentets ånd og mening”, *Rt 1953 1274* på side 1279.

bakgrunnsretten, herunder ulovfestede regler.⁷⁹³ Se til sammenlign pkt 56.7 og pkt 54.6 om tolking og utfylling av henholdsvis gjensidige testamenter og arvepakter.

De øvrige dommer viser også at det egentlig dreier seg om testamentstolking:

Dommen i *Rt 1916 72* dreide seg om en livsdisposisjon var i strid med testamentet. I *Rt 1922 101* (side 103) ble tvisten beskrevet som at slektsarvingen angrep livsdisposisjoner som "retsstridig i forhold til han, idet testamentets bestemmelser om arvegangen ved samme er blitt tilintetgjort eller omgaaet". I *Rt 1953 1274* (på side 1279) ble grunnlaget for ugyldig oppsummert som at "det var også nettopp dette som testamentet ikke tillot henne å gjøre". Likeledes ble lojalitetsregelen i *Rt 1972 892* (side 895) beskrevet slik: "Man må underkjenne livsdisposisjoner som klart betegner en illojalitet overfor testamentet."

Et særlig spørsmål er hva som kan være *avtalt* om gjenlevendes rådighet på andre måter enn ved testamentariske bestemmelser. Utgangspunktet for en slik drøftelse er at førstavdødes bestemmelser om rådighet er dødsdisposisjoner som må gjøres i testaments form. Gjenlevendes aksept av rådighetsbegrensninger ut over hva som følger av testamentet er imidlertid ikke dødsdisposisjoner, og kan – som forhåndsfraskrivelse av arverettigheter generelt – gjøres formfritt. Dette skillet får den betydning at en formløs bestemmelse om rådighetsbegrensninger – som derved er ugyldig som førstavdødes testamentariske bestemmelse – likevel er gyldig som gjenlevendes delvise avkall på ventet arv, jf pkt 56.5.

Etter førstavdødes død står gjenlevende fritt til å avtale med førstavdødes arvinger – som skifteavtale – rådighetsbegrensninger utover hva som følger av testamentet.⁷⁹⁴ Som forhåndsavtale oppstår spørsmålet om avtalen i realiteten er avkall på ventet arv som i tilfelle må avgis overfor arvelater selv. Dette må være utgangspunktet for avtaler hvor (den forventede) gjenlevende gir avkall på egne arverettigheter. I praksis vil imidlertid en slik forhåndsavtale som oftest inkludere arvelater (den forventet førstavdøde), slik at de nødvendige bestemmelser kan inntas i testamentet, eventuelt at et avkallsløfte avgis overfor arvelater. Om de tilfeller hvor den forventede arvelater verken er testasjonsfør eller i stand til å motta et avkallsløfte, se pkt 63.1.5.

⁷⁹³ Bakgrunnsretten kan få indirekte betydning ved at det anses sannsynlig at arvelaters mening var i tråd med bakgrunnsretten. På samme måte som et kontraktsforhold kan få indirekte betydning fordi det antas at arvelater med testamentet mente å oppfylle sine kontraktsforpliktelser.

⁷⁹⁴ Teoretisk må det trekkes en grense mot hva som i realiteten er avslag på falt arv. Begrensningene i al § 74 tredje ledd annet punktum får imidlertid ikke direkte anvendelse så lenge gjenlevendes egne arvinger ikke har legalarverett etter førstavdøde som neste ledd i linjen etter gjenlevende.

For avtaler mellom testatorene og deres arvinger, herunder arvingenes forhold til sine egne livsarvinger, oppstår mange ulike spørsmål som grovt sett er sammenfallende med de som oppstår ved avtaler om uskifte. Se om disse kapittel 75.

Begrensninger i gjenlevendes rådighet, både i live og ved testament, anses ofte bygget på gjenlevendes aksept av betingelser fastsatt i testamentet – ofte betegnet som gjenlevendes tiltredelse av testamentet, at gjenlevende har benyttet seg av testamentet osv. Ved gjensidige testamenter med felles sekundærttestasjoner er dette ingen treffende beskrivelse, idet alle bestemmelser i testamentet forutsetningsvis bygger på testatorenes enighet. Synsmåten aksept passer bedre på ensidige betingede testasjoner.⁷⁹⁵ Tvister om hvilke betingelser som er fastsatt, konsekvenser av at de ikke oppfylles osv må i utgangspunktet løses på bakgrunn av generelle arverettslige testamentsregler.⁷⁹⁶ Se også pkt 56.9 om betydningen av førstavedødes selvstendige testasjoner, uavhengig av om gjenlevende benytter seg av sine rettigheter etter testamentet.

Problemstillingene om når gjenlevende har tiltrådt eller benyttet seg av det gjensidige testamentet er nærmere behandlet i pkt 56.8. Foruten hvilke handlinger eller erklæringer som binder gjenlevende, omhandler dette blant annet spørsmålet om gjenlevende kan fraskrive seg testasjonsrådighet uten at dette gjøres som arvepakt. For en detaljert fremstilling omkring rådighetsbegrensninger fastsatt ved testamenter med sekundærttestasjoner, se *Asland*, Rådighetsbegrensninger side 31-35, med en rekke videre henvisninger.

56.7 Tolking og utfylling av gjensidige testamenter

56.7.1 Generelt om tolking av gjensidige testamenter

Den alminnelige testamentstolkingsregel går ut på at det er testators subjektive vilje som er avgjørende, jf al § 65. Ved gjensidige testamenter må det skilles mellom hva som er den enkeltes testasjon, og hva som er felles testasjoner. Som regel er primærttestasjonene selvstendige, mens sekundærttestasjonene som oftest er fellestestasjoner. For fellestestasjoner må utgangspunktet i al § 65 presiseres til at

⁷⁹⁵ Eksempelvis slik: ”Ved min død skal min kone arve alt, så fremt ...”.

⁷⁹⁶ Se nærmere *Lødrup*, Arverett § 15 VI, side 170-175.

testamentet skal tolkes i samsvar med testatorenes felles mening. Men hva skjer dersom viljer og meninger ikke er sammenfallende? Må det søkes et felles minste multiplum?

Dersom testatorenes mening med en og samme formulering i en felles testasjon er forskjellig, må det foretas en tolking som tar utgangspunkt i den enkeltes subjektive mening, men likevel slik at man – etter modell av alminnelig avtaletolking – ser hen til hvordan testatorene hadde rimelig grunn til å oppfatte hverandres mening. En felles testasjon innebærer en avtale mellom testatorene om hva testamentet skal inneholde. Utgangspunktet er at testasjonen ikke rekker lenger enn den felles mening, men dette må korrigeres for hva som må anses å være den enes tiltredelse av den annens mening.

Til sammenligning drøftet det danske arvelovsutvalg et lignende spørsmål i forbindelse med lengstlevendes testasjonsrådighet. Det ble blant annet uttalt at førstavdøde ikke kunne gi bestemmelser om fordelingen av arven etter lengstlevende ”med mindre længstlevende må antages at have tiltrådt, at den førstafdøde ægtefælle har disponeret over tvangsarven efter den længstlevende ægtefælle”.⁷⁹⁷ Med tiltråd må forstås gjort testasjonen til sin egen, idet det ikke er tilstrekkelig at lengstlevende helt passivt godtar testasjonen. Førstavdødes testasjoner over lengstlevendes formue er i seg selv en nullitet. Annerledes blir det hvor det er snakk om tolking av en felles testasjon, hvor den ene testator klart er med på testasjonen, men uten å ha hatt mer detaljerte tanker om testasjonens rekkevidde eller nærmere innhold.

Hvis det derimot dreier seg om den enkeltes testasjon, er det som nevnt vedkommendes subjektive mening som er utgangspunktet. I rollen som arving er medtestators mening ikke avgjørende. Derimot kan medtestators oppfatninger, i den utstrekning de er kommunisert til den annen, være med å sannsynliggjøre hva testator selv mente.

For gjenlevendes testasjonsrådighet er det eksempelvis etter al § 58 annet ledd avgjørende om sekundærbestemmelsen er inntatt etter særskilt ønske fra gjenlevende selv. Det samme fremholdes av Skiftelovutvalget.⁷⁹⁸

Ofte henger imidlertid alle disposisjoner i et gjensidig testament sammen, slik at det ikke utelukkende kan foretas en isolert subjektiv tolking av en enkeltstående testasjon. Selv om det ofte må foretas en helhetlig vurdering av hele testamentet er det grunn til å understreke at testamentsarvingens berettigede forventninger ikke er avgjørende.

⁷⁹⁷ *Betænkning 2006* side 274.

⁷⁹⁸ *NOU 2007: 16* Ny skiftelovgivning side 187-I.

Den enkeltes primærttestasjon inngår som oftest i et avtaleforhold med medtestator. Som blant annet påpekt i kapittel 55 gir arvelaters misligholdte plikt til å foreta en testasjon ingen arverett til medkontrahenten, men kan selvfølgelig utløse misligholdsbeføyelser – eller ved gjensidige testamenter en bristende forutsetning for den annens testasjon. Avtaleforpliktelsen kan imidlertid også få betydning som selvstendig tolkingsmoment. Det må presumeres at medtestator ønsket å oppfylle sine forpliktelser.

56.7.2 Om tolkingspresumsjoner, særlig om sekundærerverett

Arveloven §§ 66-67 inneholder tolkingspresumsjoner som fastsetter hva som skal legges til grunn dersom det ikke er grunn til å tro at testator mente noe annet. Reglene i al § 66 gjelder for situasjoner hvor rettsanvender uansett må treffe et valg: Hva skal gjøres hvis det ikke er tilstrekkelige midler til oppfyllelse av både sumlegatet og gjenstandslegatet? Hvordan skal arven fordeles når testamentsarvingen er død? Eller dersom det foreligger flere testamenter i strid med hverandre?

Presumsjonsreglene for gjensidige testamenter i al § 67 nr 2 og 3 går derimot ut på å presumere at en rett foreligger til tross for at den ikke er kommet til uttrykk i testamentet. Utgangspunktet burde være det motsatte: Hvis det ikke kan utledes av testamentet at førstavdødes arvinger skal ha sekundærerverett, så har de det ikke. Det er dette prinsippet som kommer til uttrykk i al § 67 nr 1 – og som i og for seg er ganske åpenbart: Hvis rådighetsbegrensninger ikke følger av testamentet, så gjelder det ingen!⁷⁹⁹

Presumsjonsreglene i al § 67 nr 2 og 3 bryter etter min mening med grunnregelen for testamentstolking i al § 65. Tolkingspresumsjoner bør som nevnt være begrenset til å gjelde i situasjoner hvor rettsanvender *må* treffe et valg. Derimot fører presumsjonsregler i testamentsarveretten galt av sted dersom de etablerer rettigheter med mindre noe annet følger av testamentet. På de fleste privatrettslige områder gjelder at den påståtte rettighetshaver må sannsynliggjøre et rettsgrunnlag for sitt krav.⁸⁰⁰

Jeg skal ikke her gå nærmere inn på en generell debatt om berettigelsen og forståelsen av presumsjonsreglene i al § 67 vedrørende spørsmålene om førstavdødes

⁷⁹⁹ Med et forbehold at gjenlevende selv kan ha påtatt seg en slik forpliktelse.

⁸⁰⁰ Annerledes er dette på rettsområder hvor lovgiver har en selvstendig interesse i å styre, men uten å gå så langt som å fastsette ufravikelige lovregler, se eksempelvis fal § 15-7 første punktum.

arvingers sekundærarverett.⁸⁰¹ Etter min mening må spørsmålet bero på en helt alminnelig testamentstolking, jf al § 65. Selv med noen variasjoner er det også et slikt syn som preger det meste av rettspraksis før vedtakelsen av al § 67.

For flertallet i plenumsdommen *Rt 1968 540* (side 542) var ikke en generell formodning om hva ektefellene ville ha ment tilstrekkelig til å begrunne sekundærarverett – når dette ikke fulgte av testamentets ordlyd. Det ”måtte kreves positive holdepunkter utenfor dokumentet for at man skulle kunne legge til grunn at likedeling var ønsket eller forutsatt av ektefellene ved testamentsopprettelsen”.

Likeledes ble det i *Rt 1978 1396* (på side 1401) uttalt at det ”avgjørende blir om det foreligger omstendigheter som viser at ektefellene har ønsket eller forutsatt at en slik deling skal foretas.”

Ut fra det generelle prinsipp om at testators vilje skal legges til grunn, ble det på den annen side ikke satt særlige krav til sannsynliggjøring av testasjonsviljen. Eksempelvis nevnes *Rt 1965 17* (side 19-20) hvor Høyesterett ikke fant grunnlag for sekundærarverett i testamentets ordlyd, men fant det avgjørende ”om det for øvrig i saken foreligger opplysninger som viser at det ved testamentets opprettelse likevel var ektefellenes mening og vilje at boet ved lengstlevendes død skulle deles mellom begge slektninger.” Etter en gjennomgang av bevisførselen omkring ulike faktiske forhold, konkluderte førstvoterende slik:

”Når jeg så etter dette skal ta standpunkt til spørsmålet om det bevismateriale som foreligger i saken, er tilstrekkelig til å sette til side selve ordlyden i testamentet, har jeg vært i sterk tvil. Etter en helhetsvurdering er jeg imidlertid blitt stående ved at det i dette tilfelle er ført et tilstrekkelig bevis for at ektefellene - til tross for uttrykksmåten i testamentet - har ment og villet at begge slektsgrupper skulle ha rett til arv etter dem dersom lengstlevende ikke opprettet noe testament.”

Det som ovenfor er sagt om rettigheter basert på en presumsjonsregel, uten at det foreligger grunnlag for den i testamentet, gjelder tilsvarende for forestillingen om en ulovfestet regel om lojalitetsplikt uavhengig av hva som følger av en (utvidet) tolking av testamentet, se pkt 56.6.

56.8 Gjenlevendes tiltredelse av testamentet

Arveloven § 58 inneholder presumsjonsregler for når og hvor langt gjenlevendes testasjonsrådighet er begrenset. Betingelsen for at bestemmelsen skal komme til anvendelse er at gjenlevende har ”tatt over arven etter eit gjensidig testament”, se al § 58 første ledd første punktum. Tvister om gjenlevende er bundet av bestemmelser om begrenset testasjonsrådighet eller om førstavdødes arvingers sekundærarverett formuleres ofte som et spørsmål om gjenlevende har benyttet seg av testamentet eller

⁸⁰¹ Jeg viser særlig til redegjørelsene for tidligere rettspraksis og teori i *Hambro*, Arveloven side 517-539.

har tiltrådt testamentet. Formuleringen ”benyttet seg av testamentet” stammer fra al 1854 § 60, se nedenfor.

I det følgende skal jeg se litt nærmere på denne tiltredelsen som en avtalerettslig aksept av betingelser, eventuelt om tiltredelsen av testamentet innebærer oppfyllelse av førstavdødes betingelser for sine testasjoner. De rent skifterettslige og/eller arverettslige konsekvenser behandles ikke.

Innledningsvis må det avgrenses mot førstavdødes ensidige testasjoner som skal gjelde uavhengig av gjenlevendes tiltredelse av det gjensidige testamentet, se pkt 56.9. Disse kan gjenlevende selvfølgelig ikke sette til side. Problemstillingen gjelder derfor bare bestemmelser om gjenlevendes rådighet eller om sekundærbestemmelser som etter sitt innhold forutsetter at gjenlevende tiltrer dem ved overtakelse av arv i henhold til testamentet.

Det er alminnelig antatt at når gjenlevende benytter seg av et gjensidig testament, dvs tar over arven etter førstavdøde i kraft av testamentet, har hun ved sin tiltredelse også akseptert testamentets eventuelle bestemmelser om redusert testasjonsrådighet og om fordelingen ved lengstlevendes død.⁸⁰²

Særlige problemstillinger er knyttet til gjensidige testamenter som omtaler gjenlevendes rett etter testamentet som rett til uskifte, og hvor det kanskje også utstedes uskifteattest. Fordi uskiftereglene kan fravike det som er fastsatt i testamentet – og uansett fraviker lovens tolkingspresumsjoner – kan det ha avgjørende betydning både for gjenlevendes råderett og den senere deling om man knytter seg til det ene eller annet rettsgrunnlag. Tilsvarende gjelder hvor det gjensidige testamentet ikke sier annet enn at gjenlevende er enearving, og gjenlevende også oppfylder vilkårene for å sitte i uskifte.

Etter min mening er det ikke avgjørende om det gjensidige testamentet i sine primærbestemmelser gir gjenlevende større rettigheter enn uskiftereglene. Det kan ikke utledes noe av at testamentet eventuelt ikke oppfyller ”definisjonen” i al § 49 tredje ledd om å være til fordel for gjenlevende. Det avgjørende er at gjenlevende i disse situasjoner har et valg mellom to rettsgrunnlag – et valg hvis betydning ofte ikke viser seg før etter lengstlevendes død. Det må i disse tilfeller foretas en helhetlig

tolking av testament, av utstedt skifteattest, gjenlevendes uttalelser og handlinger osv for å avgjøre hva gjenlevende må anses å ha valgt. Skifteattesten er i seg selv et holdepunkt, men skiftedokumentets valg av skjema kan aldri i seg selv være avgjørende for det materielle rettsforholdet mellom gjenlevende(s arvinger) og førstavedes arvinger.

Begrepet ”benyttet seg av testamentet” stammer som nevnt fra al 1854 § 60,⁸⁰³ mens al § 58, som er en ren videreføring, bruker formuleringen ”tatt over arven etter eit gjensidig testament”. Ordlyden taler for at gjenlevendes testasjonskompetanse bindes allerede ved den faktiske overtakelse av arven i henhold til testamentet, uten at det avgis noen uttrykkelig aksept av testamentets vilkår og selv om gjenlevende ikke har ment å akseptere dem.⁸⁰⁴

Forarbeidene til al § 58 sier intet om når gjenlevende anses å ha tatt over arven, men presiseringen i ordlyden, fra ”benyttet seg av testamentet” til ”tatt over arven etter” er i tråd med rettspraksis fra tiden før arveloven ble forberedt.

I *Rt 1955 299* kom Høyesterett enstemmig til at den faktiske overtakelse ”i gjerning” var tilstrekkelig for at gjenlevende skulle anses å ha benyttet seg av testamentet, selv om det var utstedt skifteattest for gjennomføring av privat skifte.

Gjenlevende hadde her muntlig uttalt til sekundærarvingens verge at testamentet skulle legges til grunn. Det gjensidige testamentet hadde en bestemmelse om at gjenlevendes stesønn skulle arve alt ved lengstlevendes død. Boet ble overtatt til privat skifte, men dette ble aldri gjennomført. Senere rev gjenlevende testamentet i stykker i påsyn av stesønnen. Om gjenlevendes ulike handlinger uttalte Høyesterett følgende (side 301-302):

”Men uansett hvordan man vil se på det som passerte etter dødsfallet, mener jeg som nevnt at han iallfall senere i gjerning har ’benyttet seg av’ det gjensidige testament, og derfor etter arveloven [1854] § 60 ikke kunne tilbakekalle dets bestemmelse om at stesønnen skulle arve det hele når begge ektefellene var døde.”

I *LA-1997-107* kom lagmannsretten til at gjenlevende reelt og formelt hadde overtatt boet etter førstavede i uskifte, slik at al § 58 ikke kom til anvendelse. Gjenlevende hadde dessuten

⁸⁰² Se eksempelvis *Lødrup*, Arverett § 16 V, side 183.

⁸⁰³ Første punktum lød slik: ”Den af Ægtefællerne, som benytter sig af gjensidigt Testament, kan ikke deri ved sidste Villieserklæring foretage nogen Forandring til Skade for den Førstavedes Slægtninger eller andre i Testamentet bestemt betegnede Personer, hvem nogen Lod maatte være tilsagt.”

⁸⁰⁴ Tilsvarende gjelder gjenlevende ektefelles gjeldsansvar overfor førstavedes kreditorer som en legalfølge av å ha overtatt fellesboet uskiftet, se al § 20.

bare disponert over arven etter seg, ikke over arven etter førstavdøde. Hun hadde derfor ikke endret førstavdødes testamentariske bestemmelser om hvordan arven etter ham skulle fordeles.⁸⁰⁵

I juridisk litteratur hevder *Lødrup* at utgangspunktet er klart:

”Hvor lengstlevende overtar ansvaret for avdødes gjeld etter sl. § 78 og har fått skifteattest, jf. sl. § 82 annet ledd, er arven ’tatt over’. Skiftes det offentlig, har ikke gjenlevende ’tatt over arven’ før utlodningen har funnet sted.”⁸⁰⁶

Hvordan gjenlevende i tilfelle blir bundet av bestemmelser i det gjensidige testamentet reiser gjennomgående spørsmål om det i tråd med avtalerettslige synspunkter må kreves avgitt en aksept, som er avgitt ovenfor og kommet til de berettigedes kunnskap, eller om testamentets bestemmelser blir bindende for gjenlevende som følge av en ytre omstendighet som utstedelse av skifteattest eller utlodning ved offentlig skifte.

Hvis gjenlevendes manglende testasjonskompetanse inntreffer med samme virkning som ved arvepakt – dvs at senere testasjoner blir virkningsløse, og ikke bare innebærer et pliktbrudd – må det som utgangspunkt også kreves at prosessen med tiltredelse av testamentet oppfyller de alminnelige kravene for gyldig arvepakt. Dette innebærer at en ugjenkallelighetserklæring fremgår av testamentet med samme krav til klarhet som følger av de ordinære regler om testamentstolking og formkrav, se pkt 54.3, og at det foreligger avtalerettslig binding overfor de berettigede – eller en representant for disse.

Problemstillingen har mange paralleller i spørsmålet om når gjenlevende ektefelle i uskifte blir ansvarlig for avdødes gjeld. Etter al § 20 er gjeldsansvaret noe som tilsynelatende følger som en legalfølge av at uskifteboet etableres, uten at det kreves noen uttrykkelig gjeldsovertakelseserklæring.

I dag inneholder riktignok skjemaet for begjæring om uskifte et eget felt hvorefter gjenlevende avgir en gjeldsovertakelseserklæring, men skiftelovens ordning er fortsatt slik at vanlig gjeldsovertakelseserklæring ikke er påkrevd dersom gjenlevende overtar boet uskiftet. Gjeldsovertakelseserklæring kreves dersom boet skal *skiftes* privat, se sl § 78 første ledd.

Bestemmelsen i al § 20 er en ren videreføring av uskifteloven 1927 § 9.⁸⁰⁷ Av sl § 87 jf § 83, slik de lød før lovendringen i 1990, fremgikk det at offentlig skifte kunne unngås ved at samtlige loddeiere påtok seg gjeldsansvaret *eller* at gjenlevende erklærte å ville sitte i uskifte. Det fremgår ikke av lovendringsforarbeidene at noen realitetsendring med hensyn til gjeldsovertakelse

⁸⁰⁵ Se også *LB-1994-00320* om de vidtrekkende konsekvenser av at gjenlevende benyttet seg av et gjensidig testament uten å ha noen klare formeningar om konsekvensene eller at hun skulle ha akseptert testamentet.

⁸⁰⁶ *Lødrup*, Arverett § 16 VI, side 187.

⁸⁰⁷ ”Denne regel er helt i samsvar med uskiftelovens § 9.” Ot prp 36 (1968-69) side 150-II.

var tilsiktet.⁸⁰⁸ Det følger fortsatt av sl § 78 at det bare er privat skifte som fordrer en selvstendig gjeldsovertakelseserklæring, mens al § 20 beskriver gjeldsansvaret som en virkning av uskiftebegjæringen – eventuelt utstedelsen av uskifteattest. Et privat skifte forutsetter at gjenlevende ikke overtar boet uskiftet, jf også sl § 60.

Dommen i *Rt 1967 959* om gjenlevende ektefelles muligheter for å kalle tilbake sin begjæring om uskifte forutsetter videre at gjeldsansvaret er en konsekvens av uskiftet. Det samme gjør *Giertsen*, som blant annet kritiserer denne dommen.⁸⁰⁹

Jeg går ikke nærmere inn på synspunktene om gjeldsansvar som legalfølge av uskiftebegjæring eller uskifteattest,⁸¹⁰ men viser til at gjensidige testamenter ikke er en legalordning, slik at det er testatorene og deres bestemmelser og forutsetninger som er bestemmende.

Dersom det legges til grunn at gjenlevendes fraskrivelse av testasjonskompetanse må følge reglene om arvepakter, må også de generelle vilkår for når det foreligger en gyldig arvepakt komme til anvendelse. Dette innebærer for det første at det med rimelig tydelighet må fremgå av testamentet at gjenlevende fraskriver seg testasjonskompetanse. En avtale (tredjemannsavtale) mellom ektefellene om dette er ikke tilstrekkelig, med mindre den er gjort i testaments former.

Det må bero på en konkret tolking av det gjensidige testamentet om testasjonskompetansefraskrivelsen er ment å gjelde uavhengig av om gjenlevende tiltrer testamentet. Normalt må det inntolkes i testamentet at arvepakten er gjort betinget av at gjenlevende tiltrer testamentet. Skal det foreligge en gyldig arvepakt, må det uansett også være etablert avtalerettslig binding. Hvorvidt bindingsløftet allerede er avgitt, er normalt også et tolkingsmoment i forhold til spørsmålet om ugjenkallelighetserklæringen allerede er avgitt. Det må derfor vurderes om testatorene allerede ved opprettelsen av det gjensidige testamentet opprettet en bindende tredjemannsarvepakt.

Likeledes må det kreves at det foreligger avtalerettslig binding mellom gjenlevende og sekundærarvingene i det gjensidige testamentet, eventuelt også gjenlevendes legalarvinger. Som for arvepakter ellers er det intet krav om at løftet skal avgis direkte overfor de arvinger hvis arverett skal beskyttes. Bindingsløftet kan avgis som et

⁸⁰⁸ Se Ot prp nr 46 (1989-1990).

⁸⁰⁹ *Johan Giertsen*, Ugyldighet og forutsetningssvikt ved skifterettslig gjeldsovertagelse, *Jussens Venner* 1999 side 218 flg. På side 218 beskriver Giertsen forholdene slik: "Et privat skifte etter norsk rett forutsetter som hovedregel at 'en eller flere av de myndige loddeiere overfor skifteretten avgi[r] erklæring om å påta seg ansvaret for de forpliktelser som påhvile avdøde' (sl. §78 første ledd første pkt.). Likeledes kreves en 'erklæring' fra gjenlevende ektefelle hvis 'boet ønskes beholdt i uskifte' (sl. §81 annet pkt.). En virkning av en slik 'erklæring' er at gjenlevende blir 'personleg ansvarleg for skyldnader som kvilte på avdøde ektemake' (al. §20 første pkt.)."

⁸¹⁰ *Asland*, Uskifte side 418 formulerer det som at "gjenlevende ved å gå inn i uskifte blir ansvarlig for alle avdødes forpliktelser".

tredjemannsløfte overfor medtestator – som ofte står i et nært forhold til de berettigede arvinger. Det må også aksepteres at bindingsløftet avgis overfor tingretten som skiftemyndighet – på vegne av de berettigede.

Tilsvarende gjelder tingrettens mottakelse av gjeldsovertakelseserklæring på vegne av kreditorene. De selvskiftende arvingers gjeldsansvar kan betraktes som en legalfølge av avgitt erklæring om overtakelse av arv og gjeld, men slik skiftelovens regler er utformet er det etter min mening mer nærliggende å betrakte forholdet som en lovfestet representasjon. Arvingenes gjeldsovertakelseserklæring binder arvingene overfor kreditorene ved at den er kommet til tingrettens kunnskap.

Ved privat skifte er det således gjenlevendes påberopelse av testamentet som utgjør arvepaktløftet, og med utstedelse av skifteattest som en bekreftelse på mottatt løfte.

Ved offentlig skifte er det ikke utlodningen, slutningen eller den faktiske overtakelse av rådigheten over bomidlene som er avgjørende. På et eller annet tidspunkt under bobehandlingen må gjenlevende overfor tingretten eller bobestyrer gi uttrykk for om hun ønsker å overta arven på de betingelser testamentet fastsetter. Dermed er også arvepaktløftet avgitt.

Det som ovenfor er sagt om arvepakt som en del av det gjensidige testamentet gjelder gjenlevendes testamentariske bestemmelser over arven etter seg selv. Dersom det gjensidige testamentet bare gir gjenlevende en bruksrett, en tidsbegrenset eiendomsrett eller en (varig eller tidsbegrenset) eiendomsrett uten testasjonsrådighet, bygger gjenlevendes manglende rett til å testamentere ikke på arvepakt, men på at sekundærbestemmelsene er førstavdødes testasjoner som gjenlevende uansett ikke kan endre. Jeg viser til hva som er sagt om de ulike eiendomskonstruksjoner i pkt 56.3 og pkt 56.4.

56.9 Førstavdødes selvstendige testasjoner i et gjensidig testament

Ovenfor er behandlet de ulike tilfeller hvor gjenlevende mangler testasjonsrådighet over den overtatte formue, og hvor den manglende testasjonskompetanse enten skyldes gjenlevendes egen arvepakt eller at midlene er overtatt uten testasjonskompetanse for gjenlevende. Som regel er manglende eller redusert testasjonskompetanse en betingelse for overtakelse av arven etter førstavdøde, slik at gjenlevende selv kan velge om sekundærbestemmelser og lignende skal bli virksomme.

Rettsforholdet blir derimot et annet dersom det gjelder førstavdødes selvstendige testasjoner, som skal gjelde uavhengig av om gjenlevende tiltrer det gjensidige testamentet. Som oftest beror det på en konkret tolking om en sekundærbestemmelse er en selvstendig testasjon eller en del av det gjensidige testamentet – som står og faller med hvorvidt gjenlevende tiltrer testamentet. For dette spørsmålet må det som utgangspunkt foretas en individuell tolking av hva *førstavdøde* selv mente. Det er bare de *felles* testasjoner som må tolkes ut fra begge testatorenes mening, se pkt 56.7.

Dersom et gjensidig testament eksempelvis inneholder en bestemmelse om at gjenlevende skal arve alt og at en eiendom som tilhørte førstavdøde ved lengstlevendes død skal tilfalle hans nevø, må det avgjøres om bestemmelsen om eiendommen er selvstendig testasjon eller om den forutsetter at gjenlevende overtar hele boet i tråd primærtestasjonen. I mangel av andre holdepunkter er den mest nærliggende tolkning at førstavdøde ensidig har fastsatt at nevøen skal arve eiendommen, men at dersom arvelater (førstavdøde) dør først *kan* gjenlevende sitte med eiendommen til sin død hvoretter den, i kraft av førstavdødes testasjon, tilfaller nevøen. Hvis gjenlevende ikke tiltrer testamentet faller ikke førstavdødes testasjon bort av den grunn. Gjenlevende har takket nei til å overta eiendommen midlertidig, og den naturlige konsekvens er som oftest at nevøen overtar eiendommen straks.

Når gjenlevende ikke ønsker å benytte seg av det gjensidige testamentet tilbakekaller hun egne testasjoner. Hennes frafall innebærer videre bortfall av førstavdødes testasjoner som var betinget av gjenlevendes tiltredelse. Like lite som en medtestator eller ektefelle kan endre eller tilbakekalle den annens testasjoner i vedkommendes levetid, kan gjenlevende etter gjensidig testament tilbakekalle den annens testasjoner etter arvefallet. Dette kan hun bare gjøre dersom testamentet er konstruert slik at gjenlevende skal ha slik kompetanse, se pkt 56.3.

6 Legalarveavtalene

61 Innledning og oversikt over rettsregler og faktiske situasjoner

61.1 Problemstillingen – illustrert ved Rt 1960 26

Med legalarveavtaler menes avtaler mellom arvinger, eller mellom arvelater og arvingene, om arvets fordeling. Som følge av at arveloven på den ene side krever at arvelaters bestemmelser om arvets fordeling skal gjøres i testaments former, og på den annen side har som det klare utgangspunkt at arvinger ikke kan overdra eller på annen måte disponere over ventet arv, må en legalarveavtale ha uttrykkelig hjemmel i loven for å være gyldig. Ved siden av de mange avtalerettslige spørsmål legalarveavtalene reiser, er den sentrale arverettslige problemstilling avgrensningen av hva som gyldig kan avtales, dvs en tolking av lovens avtalehjemler.

Legalarveavtalene kan som de fleste andre arvefordelingsavtaler være ledd i et større avtalekompleks, og kan derfor skape særlige vansker når avtalen ikke kan oppfylles som følge av arverettslige ugyldighet. For disse problemstillingene viser jeg til den generelle fremstillingen i kapittel 26 og Del 3. Spørsmålene er også berørt under fremstillingen av arvepakter i kapittel 54.

De fleste av arvelovens regler som åpner for avtaler om arvets fordeling henger på flere og ulike måter sammen. Dels tilsier hensynet til konsekvens i rettssystemet at reglene så langt som mulig tolkes i samsvar med hverandre. Dels vil en og samme handling kunne oppfanges av flere regelsett – og til dels også av alternative regelsett avhengig av hvordan man fortolker avtalen. Illustrerende er i så måte *Rt 1960 26* hvor Høyesterett betraktet en datters erklæring om fullstendig avkall på ventet arv som farens påbud om avkorting.

For å hjelpe sin svigersønn ut av en økonomisk krise ga arvelater sin datter en større pengesum. Til gjengjeld fikk han henne til å skrive en erklæring hvoretter hun frafalt all arv etter faren. Erklæringen lød slik:

”Undertegnede meddeler herved, at paa grund av alle de utgifter jeg har paaført mine forældre vedrørende mit ekteskap med ingeniør Harald M. Lund og mottagne kontanter, fraskriver jeg mig herved al ret paa nogen andel i mulig faldende arv efter mine forældre.”

Fra den tid erklæringen ble avgitt og frem til farens død forbedret hans formuesforhold seg betraktelig, slik av ved arveoppjøret fremsto det fullstendige avkallet som ganske urimelig. Datteren angrep forgjeves erklæringen ut fra avtalerettslige regler, herunder avtl § 33 og bristende forutsetninger. Som også bemerket av Høyesterett, synes både byretten og lagmannsretten å bygge på at dersom datterens erklæring var gyldig, var den også fullt ut bindende for henne – i den forstand at hun fullt ut og med endelig virkning hadde fraskrevet seg sin arverett etter foreldrene.

Etter dagens regler kunne antakelig datteren ha vunnet frem med en påstand om endring etter avtl § 36, basert på en helhetsvurdering av avtalens innhold, partenes stilling, forholdene ved avtalens inngåelse, senere inntrådte forhold og omstendighetene for øvrig.

Høyesterett forkastet også de avtalerettslige angrep på avtalens gyldighet, men tok i stedet utgangspunkt i en helhetlig vurdering tilsynelatende basert på *arverettslige* regler. Jeg finner grunn til å gjengi følgende fra førstvoterendes votum (dommen side 27-29, enstemmig dom):

”Når det gjelder spørsmålet om Margrethe Lund kan forlange erklæringen satt ut av betraktning som utferdiget proforma, eventuelt under påberopelse av bestemmelsen i avtalelovens § 33 eller reglene om bristende forutsetninger, ser jeg saken på samme måte som byretten og lagmannsretten og henviser til disse retters begrunnelse, som for meg er tilstrekkelig. Det samme gjelder påstanden om at [moren] avdøde fru Sofie Ruud ved sin opptreden under saken på bindende måte helt eller betingelsesvis har frafalt retten til å gjøre erklæringen gjeldende.

Derimot er jeg kommet til et annet resultat med hensyn til spørsmålet om erklæringens forståelse og rekkevidde, et spørsmål som for øvrig visstnok har vært mindre i forgrunnen under behandlingen for de to tidligere instanser. Byretten og lagmannsretten synes å ha lagt til grunn at hvis erklæringen først ansees gyldig og uanfektbar, må den uten videre få virkning etter sitt umiddelbare innhold slik at Margrethe Lund 24. oktober 1924 ubetinget og for all fremtid trådte ut av rekken av arvinger.

(Side 28:) Skjønt jeg har funnet spørsmålet noe tvilsomt, er jeg på grunnlag av det som foreligger i saken kommet til at en slik fortolkning av arveavkallet ikke rammer det rette. Utgangspunktet synes å måtte være at en transaksjon av denne spesielle art ikke uten videre kan tas på ordet, men må tolkes slik at man så vidt mulig finner frem til partenes virkelige vilje. I denne henseende må man så vidt skjønnes fortrinsvis se hen til hvilket formål arvelateren, Erik Ruud sen., kan antas å ha hatt med ordningen. Det var han som tok initiativet, og han avfattet også selv erklæringen etter å ha konferert med sin juridiske rådgiver. Hvorvidt hans datter, som nokså uforberedt fikk seg forelagt erklæringen til underskrift noen timer før hun skulle reise til Australia, har hatt full oversikt over hva hun innlot seg på, er uklart. Men uansett hvilke forestillinger hun har gjort seg, er det ikke grunn til å tillegge erklæringen større virkning enn hennes far fornuftigvis kan ha tilsiktet.

Etter erklæringens innhold og det som er opplyst om forholdene da den ble avgitt, spesielt Erik Ruuds inntekts- og formuesforhold, må jeg gå ut fra at hensikten har vært å skape grunnlag for en avkortning i arv. Erik Ruud var kommet i et betydelig ansvar som følge av økonomisk støtte til Margrethe Lunds fraseparerte mann, ingeniør H. M. Lund, og han fant det åpenbart riktig og rimelig, først og fremst av hensyn til sine øvrige 10 barn, at det han hadde utlagt eller måtte komme til å tilsvare i denne anledning, så vidt mulig skulle utlignes i Margrethes arvelodd. Familiens formuesomstendigheter var ikke den gang så gode som de senere er blitt. Ifølge skatteligningen 1924/25 andro Erik Ruuds formue til kr. 359 000, men da han regnet med et meget betydelig tap på ingeniør Lund, måtte det fremstille seg slik at Margrethes eventuelle arv forutsetningsvis bare ville dekke en mindre del av tapet. Under disse forhold er det ikke så

underlig at han formulerte erklæringen som en fullstendig fraskrivelse av 'al ret paa nogen andel i mulig faldende arv'.

På den annen side er det ikke rimelig å anta at fraskrivelsen var ment bokstavelig, slik at Margrethe Lund fortsatt skulle være arveløs, selv om forholdene endret seg slik at hennes arvelodd ikke bare dekket, men betydelig oversteg ansvaret for ingeniør Lund. Tvert imot peker en rekke opplysninger i saken avgjort i motsatt retning. Forholdet mellom far og datter har således hele tiden vært det beste, så vel før som etter arveavkallet. Det foreligger intet om at Ruud har rettet bebreidelser mot datteren personlig i anledning av mannens forhold, og den utpregede rettferdighetssans han ved enhver anledning skal ha utvist, gjør det lite tenkelig at han ville forfordle noe enkelt av sine barn. Jeg peker endelig på at selve erklæringens ordlyd kan sies å inneholde en begrensning, idet grunnen til fraskrivelsen uttrykkelig er angitt å være utgiftene vedkommende ingeniør Lund. Tilføyelsen angående 'mottagne kontanter' er det etter omstendighetene ikke grunn til å feste seg ved.)

På bakgrunn av de særlige forhold som foreligger i saken, antar jeg etter dette at erklæringen må tolkes innskrenkende, slik at Margrethe Lund anerkjennes som arving i sine foreldre Erik og Sofie Ruuds dødsbo, dog således at hun må tåle avkortning med kr. 73 919,53, dvs. det beløp som er antatt å omfatte de i erklæringen av 1924 omhandlede utgifter m.v. De bevisligheter som foreligger for Høyesterett gir ikke grunnlag for å gjøre forandring i beløpets størrelse, og den ankende part har under saken ikke hatt noe å anføre mot dette. Hun tilsvare ikke renter av det anførte beløp, hvilket for øvrig heller ikke er påstått. Den ankende parts subsidiære påstand vil således bli tatt til følge.”

Når jeg i den videre fremstilling legger vekt på å finne en systematikk i reglene, er det både for å avklare hvilke rettsregler som kommer til anvendelse i de ulike situasjoner, og for å ha noen faste utgangspunkter i de situasjoner hvor en og samme disposisjon kan ses på flere måter eller kan involvere flere regelsett. I *Rt 1960 26* var situasjonen at *arvingens* avkall ble tolket som *arvelaters* avkortingspåbud. En annen situasjon foreligger når en livsarving samtykker i arvelaters pliktdelskrenkende testament. Foreligger det et avkall som etter lovens regler utvider arvelaters testasjonsfrihet? Eller reguleres spørsmålene testamentsregler? Som jeg har konkludert under kapittel 53, må det skilles mellom disposisjoner hvor en arving fraskriver seg sine legalarverettigheter og der hvor det utelukkende er pliktdelsrettigheter som fraskrives.

Situasjonen illustreres også ved at en livsarving på mange ulike måter kan gripe inn i hvordan hans pliktdelsarv fordeles. Før arvefallet kan han gi avkall på ventet arv, avtale avkortingsvirkninger for mottatt gave eller forhåndssamtykke i et pliktdelskrenkende testament. Etter arvefallet kan han aktivt gi avslag på falt arv eller uttrykkelig samtykke i pliktdelskrenkende testament, eller han kan passivt unnlate å bestride arvelaters fastsettelse om avkortning eller unnlate å angripe det pliktdelskrenkende testamentet (al § 70 annet ledd). Rettsvirkningene for ham selv,

hans medarvinger og egne livsarvinger kan ikke variere utelukkende som følge av hvilken betegnelse som brukes, men må avhenge av realiteten i disposisjonen.

Konsekvensen av at det foreligger flere ulike og dels overlappende regelsett, er imidlertid at den disponerende arving kan eller må velge regelsett avhengig av hva som er formålet med disposisjonen. Det kan tenkes flere veier til samme mål. Fordi de disponerende ikke bestandig har god nok oversikt over de ulike regelsett, kan det lett tenkes at en disposisjon som er gitt en bestemt betegnelse, i realiteten er noe annet. Det må derfor ofte, som i *Rt 1960 26*, foretas en konkret tolking av avtalens realitet og formål.

Under kapittel 43 har jeg til sammenligning pekt på at avtaler om ektefellers formuesordning, som direkte har betydning for fordelingen av etterlatt formue, må gjøres som ektepakt, men at ektefellene i mange tilfeller kan oppnå det samme via testament. Ektefellene må imidlertid velge hvilket regelsett de vil forholde seg til. På den annen side kan det tenkes at det som var ment som testament, i realiteten er en ektepakt, og da følges ektepaksreglene. Ofte blir det derfor rettsanvenderens oppgave å tolke partenes reelle avtale, og på den bakgrunn avgjøre om avtalen materielt er det ene eller det annet – avhengig av hva som bringer partene nærmest deres formål med avtalen.

Noe tilsvarende problemstillinger er tatt opp i kapittel 34 om forholdet mellom livsdisposisjonsavtale og testament. En avtale kan være enten det ene eller det annet, eller utgjøre to rettsgrunnlag samtidig. Utfordringene består i å avklare hva slags disposisjon avtalen i realiteten er, og så følge regelsettet som gjelder for denne type disposisjon – eventuelt velge et av regelsettene dersom avtalen oppfyller kravene for begge rettsgrunnlag.

En systematisering av reglene kan gjøres på mange ulike måter. Ovenfor er det pekt på at en arving kan påvirke arvefordelingen både gjennom aktive handlinger og ved passivitet. Hvorvidt disposisjonen er aktiv eller passiv har i seg selv liten interesse.

Derimot må det trekkes et viktig prinsipielt skille mellom hva som er arvelaters bestemmelser over arven han etterlater seg, og hva som er arvingens disposisjoner over sitt fremtidige arvekrav. Hvem som tar initiativet kan ha betydning, men er ikke i seg selv avgjørende. Forskjellen mellom henholdsvis arvelaters og arvingens

disposisjon er hvilket rettsgrunnlag disposisjonen knytter seg til, og dermed også hvilket regelsett som kommer til anvendelse, se kapittel 23. Arvelater må normalt treffe bestemmelser om arvens fordeling ved testament, mens arvingen som utgangspunkt ikke kan disponere over ventet arv. Legalarveavtalene åpner imidlertid både for at arvelater treffer bestemmelser formløst, og at også arvingen kan bestemme over arvens fordeling. Som grov hovedregel kan det sies at arvelaters ensidige bestemmelser sorterer under avkortingsreglene, mens arvingens bestemmelser faller inn under avkallsreglene. Er det inngått en gjensidig avtale, foreligger det en arveforskuddsavtale som henter regler fra begge de nevnte regelsett, se nærmere nedenfor.

De fleste legalarveavtaler er ikke klart formulert som det ene eller annet. Det må derfor foretas en tolking for å finne realiteten i avtalen, og dermed hvilke(t) regelsett den knytter seg til.

De fleste regler om legalarveavtaler er svært gamle, og deres utforming er bygget på andre samfunnsforhold og familiemønstre enn vi har i dag. I tillegg har oppfatningen av enkelte arverettslige grunnelementer endret seg. Blant annet under fremstilling av arvepakter har jeg pekt på at man tidligere ikke hadde noe klart skille mellom arvekrav og kreditor krav, slik at arvekrav også kunne bygge på arvelaters kontraktsrettslige forpliktelser (døds gaven og arvekontrakten). I dag er både døds gaven og arvekontrakten som selvstendige rettsgrunnlag forsvunnet. Døds gaven er en vanlig testamentarisk disposisjon. Arvekontrakten er erstattet av arvepakten, som ikke utgjør et selvstendig arverettsgrunnlag, men som fratar arvelater testasjonskompetanse.

Det er særlig i forhold til livsarvinger mange vanskelige problemstillinger oppstår. Av stor betydning er derfor hvordan livsarvingens arverettslige posisjon beskrives, og da særlig pliktdelsrettens karakter. Fra i gamle tider å være en form for medeierrett fikk pliktdelsretten etter hvert karakter av en minste arvsrett, men er i dag begrenset til utelukkende å være en beskyttelse mot testamentariske disposisjoner, se kapittel 25.

På bakgrunn av forarbeidene, se senere referanser, er det liten tvil om at avkallsreglene opprinnelig også tok sikte på å regulere situasjonen hvor avkall fra en

livsarving var ønskelig eller nødvendig for å utvide arvelaters testasjonsfrihet. Den faktiske virkning av livsarvingens samtykke til et pliktdelskrenkende testament, er riktignok at den legalarvelodd livsarvingen mottar reduseres eller faller helt bort. I de situasjoner hvor det kan ha betydning, må det likevel skilles mellom situasjonen hvor en livsarving bare fraskriver seg sin rett til å angripe pliktdelskrenkelsen, og situasjonen hvor han fraskriver seg hele sin legalarverett. Rettslig sett er ikke problemstillingen mer komplisert enn hvor det for øvrig må foretas en tolking av fraskrivelsens rekkevidde. Gjelder et avkall hele eller bare deler av legalarveretten? Har arvingen bare fraskrevet seg retten til å få utbetalt verdier, men forbeholdt seg utøvelse av skifterettigheter?

Som allerede gjennomgått under kapittel 53 mener jeg avkallsreglene bare er anvendelige når en arving ønsker å tre ut av posisjonen som legalarving, jf også nærmere under kapittel 63.

På samme måte som det må avklares om samtykke til pliktdelskrenkende testament også er et avkall på legalarverett, er det behov for en avgrensning eller samordning mellom avkallsreglene og avkortingsreglene. Dette gjelder særlig regelen i al § 45 om at avkall fra en livsarving bare binder hans egne livsarvinger dersom det er gitt mot rimelig vederlag. Hvis man fastholder gjeldende lovs utgangspunkt om at det ikke automatisk avkortes for gaver til barn, omhandler begge regelsett stort sett arveforskuddstilfellene, dvs hvor livsarvingen ønsker hele eller deler av sin arv på forskudd, og hvor man fastsetter hvilke virkninger dette skal få ved det fremtidige arveoppgjøret.

For arvelaters bestemmelser om arvens fordeling mellom livsarvinger gjelder et tosporet system, testament og avkorting, hvor de respektive regelsett er ulike. Ved testament kan arvelater gripe inn i arvefordelingen uten å ha noen spesiell grunn, men overfor livsarvinger begrenset av pliktdelsreglene. For å gi påbud om avkorting bindes arvelater av lovens inngangsvilkår og regler om rekkevidde, men innenfor dette er det intet i veien for at avkortingspåbudet gjør livsarvingen arveløs. Som nevnt ovenfor er dette parallelt med situasjonen for ektefeller som vil sikre den lengstlevende, hvor de kan velge mellom ektepakt og testament.

Ovenfor er det rent systematisk tatt utgangspunkt i de ulike rettsgrunnlag for arverett og de ulike regelsett om arvens fordeling, herunder særlig hvorvidt det dreier seg om arvelaters eller arvingens disposisjon. En annen systematisk inndeling er å ta utgangspunkt i hva slags faktisk situasjon som foreligger. I praksis vil disse normalt være at arvingen bare ønsker å tre ut av posisjonen som arving, at han ønsker at hans arvelodd skal tilfalle bestemte andre personer, at arvingen ønsker sin arv på forskudd eller at det er arvelater som ønsker å disponere over pliktdelsarv.

Nedenfor gis en kort oversikt over de ulike situasjoner hvor reglene om legalarveavtaler får anvendelse – og én situasjon hvor de ikke er anvendelige! Oversikten er ment å gi større forståelse for de ulike rettsregler og sammenhengen mellom dem.

61.2 De ulike faktiske situasjoner

61.2.1 Arvingen ønsker kun å gi avkall på egen arv

Det følger av generelle etiske og rettslige grunnprinsipper om individets frihet og autonomi at en arving må kunne velge å tre ut av posisjonen som arving. Det er etter gjeldende regler også helt uproblematisk for en arving, også før arvefallet, å tre ut av arvingrekken. Før arvefallet gjøres dette ved arvingens erklæring overfor arvelater, mens erklæringen etter arvefallet gis til medarvingene. Etter dagens regler har det heller ikke overfor ektefelle eller kreditorer betydning om frafallet skjer før eller etter arvefallet. Derfor kan det vanskelig tenkes en tvist hvoretter andre påstår at arvingen som har frafalt sin arverett, fortsatt er arving. En tvist om frafallets gyldighet eller rekkevidde vil derfor normalt enten dreie seg om at arvingen selv likevel ønsker å ta arv, eller at hans egne arvinger mener at frafallet ikke er bindende for dem.

Etter dansk rett kreves det normalt at arvelater må ha akseptert avkallet. Dersom det med dette menes at arvelater har det i sin makt å forhindre en arving fra tre ut av arvingposisjonen er dette både en merkelig og uheldig regel. Nærmere om dette nedenfor.

Foruten en eventuell tvist om avkallets gyldighet, knytter de fleste problemstillinger seg til avkallets virkninger både for arvelater, medarvinger og avkallsgivers egne livsarvinger. Det er først og fremst her gjeldende avkallsregler både er uklare og uheldige. Spørsmålene må løses ulikt for de ulike situasjoner.

Er avkallet gitt på arvingens eget initiativ, uten noen form for vederlag og utelukkende fordi han selv ikke ønsker å være arving, er det liten grunn til at han skal ta sine egne livsarvinger med i fallet – selv om avkallsgiver er utarving. Gjeldende regel i al § 45 første ledd annet punktum har derfor et uheldig utgangspunkt når det bestemmes at avkallsgiver aktivt må ta forbehold for å bevare legalarveretten for egne livsarvinger. Det er i strid med arverettslige grunnregler at en legalarving skal kunne utpeke hvem som tar legalarv etter arvelater. Heller ikke foreligger det noe rettsgrunnlag som gir ham rett til å gi avkall på vegne av livsarvinger, nærmere om dette nedenfor. Derfor er en avtale mellom arvelater og en arving (herunder også utarvinger) om at arvingen og hans descendens uten videre skal tre ut av arverekken, ikke gyldig. Det kan innvendes at al § 45 nettopp inneholder den nødvendige kompetansetildeling for at legalarvingen skal kunne bestemme over egen descendens, men som jeg kommer tilbake til nedenfor, må lovteksten i al § 45 på dette punkt tolkes innskrenkende.

Derimot kan arvelater selv sette hele linjen ut av betraktning ved testament – om så etter oppfordring fra arvingen. Som gjennomgått ovenfor kan nærmeste livsarving blokkere sine egne livsarvingers rett til å angripe et slikt testament, forutsatt at han selv beholder posisjonen som legalarving.

Hele linjens arverett kan også settes til side etter reglene om arveforskudd. Har arvingen – utarving eller livsarving – mottatt vederlag, kan dette medføre at hele linjen anses å ha fått sin arv, jf nærmere i kapittel 65.

Spørsmålet om et avkall er bindende for avkallsgivers livsarvinger, løses således ikke alene på en fortolking av al § 45, men må suppleres av regler om arveforskudd og/eller testamentsregler. For å skape mer klarhet burde derfor avkallsreglene utelukkende vært utformet med tanke på situasjonen hvor det er arvingen som ensidig ønsker å tre ut av arverekken, mens andre regler kom til anvendelse der hvor en arving har mottatt arveforskudd eller hvor arvelater har opprettet testament.

Likeledes burde det tilstrebes sammenfall mellom reglene for de rene avkall på ventet arv med reglene om avslag på falt arv. Ønsker en arving før arvefallet å tre ut av

arverekken, burde det enkle utgangspunkt vært at arven da ble fordelt som om avkallsgiver var død før arvelater.

61.2.2 Arvingen ønsker å styre egen arvelodd til andre

Det følger av al § 44 at en arving ikke kan overdra sine arverettigheter til andre.

Derimot kan han indirekte styre arven videre til egne livsarvinger, eventuelt som barnløs til sine medarvinger, ved selv å tre ut av arvingrekken. Dette er følger helt klart av al § 74 tredje ledd ved avslag på falt arv, og kan også oppnås ved avkall etter al § 45. Slik lovteksten i al § 45 er utformet må denne virkning særskilt avtales når avkall gis av utarvinger, eventuelt kunne inntolkes som forutsetning for avkallet.

Uansett burde avkallsreglene vært utformet på samme måte som avslagsreglene, slik at utgangspunktet var at når noe annet ikke var avtalt, gikk den frafalte arvelodd videre i tråd med lovens alminnelige arvegangsregler.

Fordi situasjonene på mange måter er ulike før og etter arvefallet, kunne det vært gitt nødvendige tilleggsregler. Arvelater har eksempelvis ingen testasjonskompetanse etter arvefallet. Som nevnt kan dessuten fullstendig avkall med virkning for egne livsarvinger være på sin plass når linjen har fått arveforskudd.

Arverett må ha sitt grunnlag i testament eller lovens fordelingsregler. Med hjemmel i loven kan derfor en arving styre egen arvelodd ved selv å trekke seg ut av arverekken, slik at arven går til de som lovens arvegangsregler utpeker som de neste arvinger.

Ønsker han å styre arven til andre, må dette gjøres i samarbeid med arvelater som i tilfelle må styre den frafalte arvelodd gjennom testament.

61.2.3 Arvelater ønsker å gripe inn i fordelingen mellom arvingene

Dersom arvelater ønsker å gripe inn i fordelingen mellom legalarvingene, er det generelle utgangspunkt at dette må gjøres ved testament. Loven inneholder imidlertid også særregler om at arvelater både ved ensidige formløse påbud eller gjennom avtaler med arvingene kan gripe inn i arvens fordeling – ved legalarveavtaler. Foruten generelle avtalerettslige gyldighetskrav er slike avtalers gyldighet betinget av at de har et innhold som er hjemlet i loven – tilsvarende ektepakter om ektefellers formuesordning.

For arvelaters ensidige bestemmelser utgjør, som påpekt i eksemplene ovenfor, testamentsreglene og avkortingsreglene et tosporet system. Hva arvelater kan oppnå

gjennom avtaler med arvingene reguleres dels av avkallsreglene, og dels av avkortingsreglene. Som jeg straks kommer til, må det av de sistnevnte regelsett også kunne utledes et eget regelsett om arveforskudd.

61.2.4 Arvingen ønsker sin arv på forskudd

Det fremgår av forarbeidene til både avkallsreglene og avkortingsreglene at de *også* tar sikte på situasjonen hvor det er arvingen som ber om å få sin arv på forskudd.

Lovtekstene om avkorting er imidlertid – med unntak av al § 43 – utformet for å passe på situasjonen hvor det er arvelater som gir gaver. Reglene gir arvelater valgfrihet til formløst å fastsette eller forutsette at det skal skje en utligning, dersom ikke alle livsarvinger har fått like mye. For avkallsreglene er arveforskudd (vederlag) avgjørende for avkallets virkninger for avkallsgivers livsarvinger. Når avkallsreglene ble gitt anvendelse også på utarvinger, var motivet at arvelater skulle slippe å opprette testament.

Avkortingsreglene gjelder bare i forhold til livsarvingene, mens avkallsregler også omfatter avkall fra utarvinger. Forskjellen er litt inkonsekvent begrunnet, idet skillet for avkortingsreglenes vedkommende er begrunnet i at arvelater overfor utarvinger fritt kan fastsette utligning i testament, mens utarvingene er inkludert i avkallsreglene fordi arvelater skal slippe å opprette testament.⁸¹¹ Den reelle forskjell er imidlertid at også en utarving med aktuell arverett kan ha behov for å gi avkall på sin arverett, enten det er av personlige grunner eller for å la den gå videre til neste generasjon.

Som også fremholdt i forarbeidene er det forskjeller mellom situasjonen hvor arvelater har delt ut gaver til bare enkelte av sine barn, og derfor ønsker å utligne forskjellene i arveoppgjøret, og der hvor det er arvingen som selv ønsker arven sin på forskudd. Det er videre en vesentlig forskjell fra disse situasjoner og der hvor arvelater ønsker livsarvingens avkall fordi han selv vil disponere over arven ved testament.

Det kan imidlertid tenkes at ordninger med arveforskudd, avkall og testasjoner er noe som har grodd frem gjennom felles samtaler, uten at det egentlig kan pekes på hvem som tok initiativet.⁸¹²

⁸¹¹ Se for avkorting *Utk62* side 117 og for avkall *Arvelovkommisjonen 1846* side 117, og nærmere nedenfor.

⁸¹² Se *Lødrup*, Arverett § 11 V, side 137 som peker på at hvem som tok initiativet ikke er egnet til å skille mellom hvilke disposisjoner som skal rammes av de ulike regelsett.

Som gjennomgangen under pkt 64.5 vil vise, var det under utarbeidelse av avkortingsreglene noe famling omkring forholdet til arveforskudd.⁸¹³ Gjennom en tolking av både avkallsreglene og avkortingsreglene må det derfor kunne konstrueres et eget sett av deklarasjoniske regler for arveforskudd, se nærmere kapittel 65.

Til sammenligning regnes enhver ikke uvesentlig utdeling til uskiftearvingene som forskudd på arv fra førstavede, og hvor loven påbyr avkortning uavhengig av ”givers” vilje, se al § 21.

61.2.5 Arvelater ber livsarvingene om samtykke til pliktdelskrenkende testament

Når en arvelater med livsarvinger ønsker å testere i strid med sine livsarvingers pliktdelsrett, har han den mulighet å spørre om de vil godta pliktdelskrenkelsen. Dersom livsarvingene gir sitt forhåndssamtykke, oppstår spørsmålet om hvilken betydning samtykket har for samtykkegivers egne livsarvinger, som jo også er arvelaters livsarvinger. Er samtykket å betrakte som et avkall på ventet arv, slik at spørsmålene om betydning for samtykkegivers livsarvinger må løses etter reglene i al § 45?

Disse spørsmål er nærmere behandlet i kapittel 53, hvor jeg kom frem til at et rent forhåndssamtykke til pliktdelskrenkende testament er noe annet enn et avkall på legalarverett, jf også beskrivelsen av de to ulike disposisjoner ovenfor. Foreligger det en erklæring fra livsarvingen som er kalt avkall på ventet arv, må det derfor foretas en konkret tolking for å finne ut hva partene mente å avtale vedrørende virkninger mv. Forskjellen har både betydning for livsarvingens linjes legalarverett, og for ham selv dersom testamentet tilbakekalles eller er ugyldig.

61.3 Legalarveavtalene plass i rettssystemet

Når det skal drøftes hvilke forhåndsavtaler om arvefordeling som er lovlige, må det både tas utgangspunkt i generelle rettsprinsipper og i arverettslige grunnregler.

Et rettskrav fordrer et rettsgrunnlag. Krav på arv kan alene bygges på lov eller testament, eller på avtaler med hjemmel i loven. Overdragelse av verdier, rettigheter og gjenstander mellom private, har sitt generelle rettsgrunnlag i den private

⁸¹³ Arvelovkomitéens lovutkast omhandlet virkningen av arveforskudd, departementet foreslo regler om at gaver skulle avkortes ”som forskudd”, mens disse to ordene ble fjernet i Stortingskomiteen under henvisning til at arveforskudd, gjerne kombinert med avkall, kunne være noe annet enn avkortingspliktige gaver.

eiendomsrett og i den private autonomi (avtalefriheten). Synspunkter på arverett som en ikke-formuerettslig rettighet har imidlertid ført til at det bare er loven som kan danne rettsgrunnlag for arvekrav, dvs slik at en avtale eller annen disposisjon fordrer hjemmel i arveloven – om enn ikke uttrykkelig (jf uttrykk som ”loven åpner for” eller ”loven er ikke til hinder for”). Det har derfor forekommet perioder hvor også arvelaters kontrakter har vært ansett som rettsgrunnlag for arvekrav.⁸¹⁴ Prinsippet om at en arving ikke kan avhende sine arverettigheter har på den annen side stått fast lenge.

En konsekvens av synspunktet om arveloven som det eneste arverettsgrunnlag, er at arvelaters testasjonsrådighet anses som en kompetansetildeling.⁸¹⁵ I dag er et mer treffende synspunkt at arvelaters testasjonskompetanse springer ut av hans eiendomsrett – slik at han også kan fraskrive seg den. Prinsipielt gjelder det samme for lovens arvegangsregler, som bygger på presumsjoner om hva de fleste arvelatere ønsker. Samtidig bygger loven på et grunnprinsipp om at arvelaters bestemmelser om fordelingen av etterlatt formue, som utgangspunkt må gjøres ved testament. I den utstrekning arvelater ikke har bestemt – eller etter loven ikke kan bestemme – over arvens fordeling ved testament, fordeles den etter lovens arvegangsregler som såkalt sterke presumsjonsregler, se pkt 14.3.4. Lovens system – og en sentral arverettslig grunnregel – er derfor at arvekrav enten må bygge på arvelaters testament eller på lovens arvegangsregler.

Arvetavlen i al kap I og II danner grunnstammen i lovens arvegangsregler. Fra hovedreglene i arvetavlen oppstiller loven enkelte unntak, hvorav legalarveavtalene utgjør de viktigste.⁸¹⁶ Selv om legalarveavtalene er en del av lovens arvegangsregler, må de også ses i sammenheng med testamentsreglene. Når arvelater ved ensidige erklæringer eller gjennom avtaler med arvingene kan bestemme arvens fordeling, innebærer ikke dette bare et unntak fra lovens arvetavle, men også fra hovedregelen om at arvelater bare kan fordele arv ved testament. Det siste foranlediger også et

⁸¹⁴ Dette gjelder både direkte som arverettsgrunnlag, og indirekte ved at arvelaters kontraktsforpliktelser ga rett til oppfyllelse i hans etterlatte formue på linje med arvekravene.

⁸¹⁵ Se eksempelvis *Arnholm*, Arveretten side 45 og *Arnholm*, Privatrett V side 39 som vedrørende legalarverett og testamentsarverett sier ”at loven i det ene tilfelle bestemmer arvefølgen direkte, og i det annet pr. delegasjon”.

⁸¹⁶ Utover legalarveavtalene kan det pekes på al § 73 om fradømmelse av arverett.

spørsmål om hvorfor ikke arvelaters fastsettelse om arvens fordeling må gjøres ved testament.

På samme måte som man tidligere har sett testamentsreglene som lovgivers kompetansetildeling, innebærer reglene om legalarveavtaler at loven gir henholdsvis arvingene og arvelater en særlig kompetanse til å bestemme arvefordelingen – for arvelater også på annen måte enn ved testament.

Regelen om at en arving kan frafalle egen arverett, dvs at han *personlig* trekker seg ut av arvingrekken, trenger strengt tatt ingen nærmere begrunnelse, se dog noe nærmere under kapittel 63. Det kan likevel reises spørsmål om virkningen for ektefelle, kreditorer og andre som har interesser i arvingens nettoformue. Disse spørsmål lar jeg ligge her. Sentralt i denne avhandlingen står imidlertid spørsmålet om hvilke konsekvenser en arvings avkall skal eller kan få for hans egne livsarvinger, dvs hans linje i arvetavlen. Dette omfatter både de virkninger som følger direkte av loven, og virkninger det er overlatt til arvingen selv å bestemme.

Den samme problemstilling gjelder i prinsippet i forhold til hva arvelater kan ensidig bestemme, herunder også hva arvingen og arvelater sammen kan avtale. Fordi både arvelaters ensidige fastsettelse og hans avtaler med arvingene inneholder hans viljeserklæring om fordeling av arv, er den prinsipielle problemstilling begrenset til hva som kan bestemmes uten at dette må gjøres ved testament. Problemstillingen omfatter i prinsippet samtlige testamentsregler, men de viktigste spørsmål knytter seg til formkrav og pliktdelsregler.

Som jeg kommer til under pkt 61.4 er hjemmelsspørsmålet vedrørende en arvings rett til å fordele arven etter arvelater for så vidt løst allerede ved lovbestemmelsenes eksistens. For både arvingens bestemmelser, lovgitte virkninger og arvelaters formløse fastsettelse, gjelder imidlertid at de må tolkes på bakgrunn av arverettslige grunnregler, herunder lovens system for arvefordeling.

Under pkt 61.4 skal jeg se på det generelle innholdet i rettsposisjonen for den legalarving som ikke er nærmeste arving etter loven, mens enkelte spørsmål knyttet til formkrav er drøftet i pkt 61.5. Under pkt 63.2 tar jeg nærmere opp det konkrete spørsmålet om en arvings adgang til å gi arveavkall på vegne av sin linje.

61.4 En arvingens adgang til å disponere med virkning for egen linje Både avkallsreglene og de øvrige regler om legalarveavtaler, er en del av arvelovens fordelingsregler. Reglene om legalarveavtaler utgjør unntak fra lovens regulære arvefordelingsavtale, på samme måte som reglene om fradømmelse av arverett. I hvilken utstrekning en arving kan gi avkall på ventet arv med virkning også for egen linje, beror således på en tolking av de aktuelle rettsregler, og hvor rekkevidden av unntaksreglene må tolkes opp mot hvilken rett hovedreglene gir arvingene nedover i linjen.

Lovens arvetavle er inndelt i arvegangsklasser, med prioritetsrekkefølge. Hver arvegangsklasse er igjen delt inn i linjer, hovedlinjer og underlinjer, med synkende prioritet nedover for hvert ledd. På samme måte som ingen i annen arvegangsklasse arver så lenge det finnes livsarvinger, har et ledd nedover i linjen ingen aktuell legalarverett så lenge det finnes arvinger i leddet ovenfor. Når nærmeste legalarving dør, går arveretten videre til neste ledd – og finnes ingen slike ledd fordeles den på de øvrige linjer. Denne mekanisme kalles ofte representasjonsprinsippet, som nok er en litt misvisende betegnelse.

Betegnelsen blir misvisende når det forstås som en legalarvings rett til å tre inn i det foranstående ledds arverettigheter. Jeg har selv tidligere beskrevet prinsippet slik: ”Som det fremgår av navnet representerer barnet den avdøde arving, og trer inn i dennes rettigheter og plikter.” Som påpekt av *Eeg* er dette en misvisende fremstilling av regler og prinsipper.⁸¹⁷

Representasjonsrett som arverettslig prinsipp er antakelig et gammelt etterslep.⁸¹⁸

I forarbeidene til 1854-loven drøftet man eksempelvis konsekvensen for linjen at nærmeste legalarving ble fradømt arveretten, hvor et motargument mot selvstendig rett var at linjen ikke burde ”vinde ved hans Forbrydelse”.⁸¹⁹

I senere arverettslig teori er det imidlertid understreket at den døde arvings livsarvinger arver med selvstendig arverett.⁸²⁰

Dommen i *Rt 1900 309* fremholdes gjerne som et eksempel på prinsippet om barnebarnas selvstendig arverett. Dommen reiste spørsmålet om barnebarnas arverett var avskåret fordi deres

⁸¹⁷ Se *Unneberg*, Arveretten side 53 og *Eeg*, Beløpsbegrenset pliktdelsarv side 368 (note 8).

⁸¹⁸ Se *Eeg*, Beløpsbegrenset pliktdelsarv side 368 med en rekke henvisninger til eldre teori og rettspraksis.

⁸¹⁹ *Arvelovkommisjonen 1846* side 116-II.

⁸²⁰ Se blant annet *Lødrup*, Arverett § 3 II, side 44-45 og *Arnholm*, Arveretten side 59. Sistnevnte begrunnet synspunktet slik: ”Barnebarna har sin selvstendige rett – et forhold som utelukker et barn fra å ta arv, vil ikke uten videre utelukke dets avkom. I *Arnholm*, Privatrett V side 88 tilføyes ”... men det gir allikevel en viss orientering”.

avdøde far skyldte sin mor (arvelateren) et pengebeløp som oversteg den arvelodd han ville ha mottatt om han hadde vært i live. Dommen er imidlertid ikke helt treffende idet den strengt tatt handler om gjeldsansvar og motregning, og ikke om arverett. Den avdøde fars arverett var det intet galt med, men han skyldte sin mor penger som kunne motregnes i hans arvelodd, jf i dag sl § 61 tredje ledd. Etter dagjeldende skifteregler ville barnebarna i saken også måtte ha tålt motregning, idet de hadde overtatt arv og gjeld etter faren. Høyesterett pekte imidlertid på prinsippet om barnebarnas selvstendige arverett.

Mer betegnende enn representasjonsrett er at lovens fordelingsregler oppstiller som negativt vilkår for legalarverett at det ikke finnes arvinger i et foranstående ledd. Dette gjelder som nevnt også i forholdet mellom arvegangsklassene, og disse regler er kommet tydelig til uttrykk innledningsvis i al § 2 og § 3. De samme regler er kommet til uttrykk i linjefordelingsreglene i al §§ 1-3, selv om lovteksten ikke er så tydelig formulert som negative vilkår.

Selv om utgangspunktet er at arvinger nedover i linjen har sin selvstendige arverett, inneholdende et negativt vilkår om at det ikke må finnes arveberettigede arvinger i et foranstående ledd, er ikke dette til hinder for at loven selv oppstiller unntaksregler.⁸²¹ De to bestemmelser som i den videre fremstilling skal undergis en nærmere drøftelse, er al § 45 som inneholder en uttrykkelig regel om at avkall fra utarving også binder linjen med mindre noe annet avtales, og al § 43 om at noe annet enn intern virkning av avkorting kan avtales. Det første omfatter både spørsmålet om ordlyden i al § 45 må tolkes innskrenkende, slik at reglene også for utarvinger er at avkallet bare binder linjen dersom det er gitt arveforskudd (pkt 63.2), og om bestemmelsen for avkall gitt av livsarvinger bare gjelder hvor avkallsgiver dør før arvelater (pkt 63.3). Vedrørende avkorting reises det dels spørsmål om hva arvelater ensidig kan fastsette om avkortingens størrelse (pkt 64.1.4), og hva som avtales om avkortingens virkninger for ektefelle og medarvinger (pkt 65.3).

61.5 Formkrav ved legalarveavtaler

Det oppstilles ingen formkrav for legalarveavtaler, og som utgangspunkt gjelder alminnelige avtalerettslige regler om avtaleinngåelse, krav til rettslig handleevne, adgang til avtalerevisjon osv. Legalarveavtaler som avkall, samtykker osv kan lett tenkes inntolket i erklæringer eller handlinger, eller anses som gjensidig synbare

forutsetninger for slike disposisjoner, selv om de ikke uttrykkelig er formulert som dette.⁸²² Avkorting kan dessuten skje uten uttrykkelig arveforskuddsavtale eller påbud fra giver, dersom medarvingene sannsynliggjør at avkorting er i tråd med givers forutsetning for gaven, jf al § 38 første punktum.

Rettsstillingen er omtrent som for spørsmålet om avtalerettslig binding er etablert ved opprettelse av arvepakt – dog med den viktige faktiske forskjell at gyldig arvepakt også forutsetter en formbundet erklæring om testasjonskompetanse, som derved i seg selv kan gi visse holdepunkter ved tolkingen av arvelaters utsagn og handlinger, se nærmere pkt 54.3.

På den annen side må manglende konsekvens påpekes når lovgiver oppstiller formkrav for arvepakter, utelukkende med den begrunnelse at det er en viktig disposisjon, se pkt 54.3.7.⁸²³ Tilsvarende forskjell gjaldt også etter al 1854 hvor det for arvepakter gjaldt et krav om at arvelater *uttrykkelig* hadde forpliktet seg. Antakelig er det ikke mer vanlig at arvinger gir avkall på arv, enn at arvelater gjør et testament ugjenkallelig.

I de fleste tilfeller hvor det i lovens arvegangsregler er overlatt til arvelater å fastsette arvens fordeling, eller til å inngå avtaler med arvingene om dette, er begrunnelsen delvis at pliktdelsreglene ellers ville ha satt begrensninger. Det samme gjelder også for ektefellers adgang til å sikre den lengstlevende av dem ved dødsdisposisjonsektepakter, se kapittel 43. Det nærliggende – og nesten banale – spørsmål som derved oppstår, er hvorfor lovgiver ikke oppstiller unntak fra pliktdelsreglene, i stedet for å lage enkeltregler som bryter med generelle arverettslige prinsipper. Noen annen forklaring enn pliktdelsreglenes sterke posisjon er det vanskelig å se, jf nærmere kapittel 25.⁸²⁴ Det er vanskelig å se hvilke reelle grunner som tilsier formkrav for arvepakter men ikke for legalarveavtaler. I tråd med hva jeg

⁸²¹ Se tilsvarende *Knoph*, Norsk arverett 1959 side 63-64.

⁸²² Til sammenligning kan det vises til en nokså rikholdig rettspraksis vedrørende det tilsvarende spørsmål om fraskrivelse av odelsrett. Se *Rt 1994 1020*, *Rt 1994 148*, *Rt 1991 133*, *Rt 1986 395*, *Rt 1975 636* og *Rt 1964 1310*.

⁸²³ Se *Utk62* side 219-220. Etter min mening er en mer reell begrunnelse for formkravene at testasjonskompetanseerklæringen er en testamentarisk disposisjon.

⁸²⁴ For dødsdisposisjonsektepaktene ble valget av ektepaktformen dessuten begrunnet i en hensiktsmessighetsvurdering. Det sies ikke direkte i forarbeidene, men det kan vel tenkes at lovforberederne tenkte at det var lettere å unngå pliktdelsreglene i stillhet, enn å ta et fullstendig oppgjør med dem. Men en liten unntaksregel hadde kanskje ikke vært så farlig?

har anført under kapittel 54 om at arvepaktens preg av testamentarisk disposisjon tilsier formkrav, mener jeg også de deler av legalarveavtalene som reelt sett er arvelaters bestemmelser om arvefordelingen burde vært gjort i testaments former. Foruten å være viktige avtaler (solennitetshensynet), er det avtaler som får rettsvirkning etter at en sentral aktør er borte (notoritetshensynet). Til sammenligning er disse hensyn ivaretatt for dødsdisposisjonsektepaktene, som må opprettes i ektepakts form.

Ved den reelle dødsdisposisjon som består ved opprettelsen av begunstiget til en livsforsikring, er også notoritetshensynet ivaretatt ved formkrav tilpasset forsikringsrettslige tradisjoner – samt at begunstigelsen alternativt kan gjøres i testament, se fal § 15-3. Ugjenkallelighet kan derimot gjøres formløst, men må registreres i livsforsikringsregisteret for å oppnå rettsvern.

Etter svensk rett må avkall på ventet arv enten skje som samtykke til testament eller ved skriftlig erklæring, se pkt 63.1.4.

61.6 De avtalerettslige aspekter ved legalarveavtalene

Som nevnt i pkt 61.5 oppstilles det ingen formkrav ved inngåelse av legalarveavtaler.

Det som særlig kjennetegner avtalemekanismer og partsforhold ved legalarveavtalene, er at de ofte ikke kan inngås mellom de personer avtalen får virkning for, nemlig arvingene. Avkall på ventet arv er ofte motivert i at arven skal gå videre til egne livsarvinger, men et avkallsløfte overfor dem rammes av al § 44 om avhendelse av ventet arv. Avkallsløftet må avgis overfor arvelater, og får derved preg av tredjemannsavtale – dvs en resolutivt betinget tredjemannsavtale. Så lenge arvelater er i live, gir avkallsavtalen ingen rettigheter for avkallsgivers livsarvinger. Etter arvelaters død er det som utgangspunkt bare disse som kan påberope seg avtalen.

Som påpekt enkelte steder kan avkallsavtalen betraktes som en faktisk omstendighet som utløser rettsvirkninger etter loven, og ikke som et selvstendig rettsgrunnlag. Avkallsgivers linjes krav på arv bygger direkte på lovens arvegangsregler, nemlig al §§ 1-3 sammenholdt med § 45.

Både al § 43 og § 45 inneholder et forbehold om at noe annet kan være avtalt. For avkall er det rimelig klart at lovgiver har ment at det som alternativt kan avtales, er i hvilken utstrekning avkallet skal være bindende for avkallsgivers livsarvinger, men bestemmelsen må likevel etter min mening tolkes innskrenkende, se pkt 63.2. Når det gjelder al § 43 og hva annet som kan avtales, vises det til gjennomgangen under pkt 65.3.

Det er antatt at arvelater kan fri arvingen fra hans avkallserklæring, men at så lenge dette ikke gjøres, er arvingen bundet – med mindre det foreligger ugyldighets- eller revisjonsgrunner. Et særlig spørsmål er om arvelater bindende kan forplikte seg overfor avkallsgivers livsarvinger eller medarvinger til ikke å fritta avkallsgiver fra avkallsløftet. Det er selvfølgelig intet i veien for å etablere en slik forpliktelse. Spørsmålet er om løftet får samme virkning som en arvepakt, nemlig at frigivelse av avkallsgiver i strid med løftet overfor medarvingene blir uten rettsvirkninger. Svaret må være at arvelater kan bryte sitt løfte overfor medarvingene, slik at avkallsgivers arverett gjenoppstår. Konsekvensene av løftebruddet må løses etter avtalerettslige regler. Skal avkallsgivers livsarvinger eller medarvinger sikres, må det i tilfelle opprettes testament og arvepakt.

De norske rettsregler har langt mindre preg av gjensidige avtaler enn de danske. Vi har ingen regler som direkte regulerer arveforskuddsavtale. Avkorting er i utgangspunktet et ensidig påbud, likesom avkallet fremtrer som arvingens erklæring. Dessuten kan som nevnt avtalen eller erklæringen betraktes mer som begivenheter som etter loven utløser rettsvirkninger.

De prinsipielle forskjeller fra dansk rett gjelder på godt og ondt. Det er langt mer ryddig at avkorting bare kan skje hvor det er avtalt samtidig med at gaven ble gitt. På den annen side fremstår det som underlig at arvelater kan nekte å akseptere et avkall.

61.7 Betingede legalarveavtaler, og avtaler som griper inn i legalarverettens innhold

Både legalarveavtaler og testamentsavtaler kan være ledd i andre avtaler. Det er likeledes på det rene at både arving og arvelater kan knytte alminnelige avtalerettslige vilkår til sin viljeserklæring. En arving kan eksempelvis gjøre sitt arveavkall betinget, eller arvelater kan oppstille resolute vilkår for sitt påbud om avkorting. I slike tilfeller beror det i utgangspunktet på alminnelige avtalerettslige regler, hvorvidt viljeserklæringen som grunnlag for en legalarveavtale anses bindende. Slike betingelser går normalt ut på hvilke begivenheter som må – eller ikke må – inntreffe

for at løftet eller samtykket skal være bindende, eventuelt som er bestemmende for dets rekkevidde.

Mer komplisert blir bildet når betingelsen går ut på endringer i legalarverettens innhold, eller på endringer i lovens øvrige arvegangsregler. Lovens utgangspunkter er at arvelaters bestemmelser om arvens fordeling må gjøres i testament, og at avtaler om arvens fordeling fordrer hjemmel i lov. Hva som kan avtales om arvefordeling er således betinget av at den ønskede løsning ligger innenfor hva som er hjemlet i loven. Tilsynelatende kan eksempelvis en utarving bestemme om hans avkall også skal være bindende for hans egne livsarvinger, se al § 45 første ledd annet punktum, se pkt 63.2. Utarvingen kan videre gjøre avkallet betinget av at den avkalte arven tilfaller et bestemt av hans barn eller en tredjemann, men loven hjemler ikke at arvingen selv bestemmer denne fordelingen. Ønsker arvelater at avkallet skal bli virksomt, må han gjennom opprettelse av testament sørge for at vilkåret oppfylles. Det sentrale i dette er at arvingen og arvelater ikke i avtalen kan bestemme en arvefordeling som avviker fra lovens regler. Den i avtalen tilgodesette mottaker av den frafalte arv, kan heller ikke påberope seg avtalen som *arverettsgrunnlag* – heller ikke om han var part i avtalen.

Som gjennomgått i kapittel 23 kan fordeling av arv som fraviker lovens arvetavle bare bestemmes i gyldig testament eller arveavtale som er hjemlet i arveloven.

Det neste spørsmål er i hvilken utstrekning det kan avtales endringer, ikke i arvefordelingen, men i selve legalarverettens innhold. Praktiske eksempler på variasjoner av legalarverettens innhold er imidlertid vanskelig å oppstille, idet legalarverettens innhold er ganske enkel: Som følge av arvelaters død går en andel av hans netto formue – via et dødsboskifte – over til å bli arvingens eiendom. Avtalte variasjoner måtte i tilfelle gå ut på endringer i eiendomsovergangen, enten ved en tidsmessig forskyvning eller ved begrensninger i eiendomsretten.

Disse spørsmål kan ikke besvares uten at skiftereglene trekkes inn, se kapittel 22. Det må skilles mellom hva som er avtaler om gjennomføringen av skifteoppgjøret, og hva som er tildeling av arverettigheter til andre enn arvingen.

Arvelaters bestemmelser om skifteoppgjørets formelle gjennomføring, dvs om skiftemåte, må etter særlige regler i sl § 87 (om offentlig skifte) og § 87a (om testamentsfullbyrder) gjøres i testaments form.

Det kan diskuteres om arvelaters bestemmelser om *skiftemåte* kan likestilles med bestemmelser om arvens fordeling.⁸²⁵ I sl § 87 og § 87a er det uansett bestemt at arvelaters pålegg om skiftemåter må gjøres i testament. I hvilken utstrekning de materielle testamentsregler får anvendelse kan også synes noe uavklart. I sl § 87a er det uttrykkelig sagt at påbud om skifte ved testamentsfullbyrder ikke er bindende for livsarvinger og ektefelle, mens det motsatte er antatt å gjelde påbud om offentlig skifte.⁸²⁶

En avtale med én av arvingene får uansett ikke virkning for de øvrige. Antakelig er det intet i veien for at loddeierne selv forhåndsavtaler skiftemåte – i praksis ved å frafalle retten til å kreve offentlig skifte.

Avtale om at det skal skiftes offentlig har ingen selvstendig betydning, idet den enkelte loddeier kan begjære dette, jf sl § 84 første ledd.

Fordi det dreier seg om en lovfestet rett, skal det antakelig mindre til for å sette avtalen til side grunnet bristende forutsetninger eller urimelighet.

Det er heller intet i veien for at arvingene gjør enkelte forhåndsavtaler om den gjenstandsmessige fordeling eller andre *skifterettigheter*, se nærmere kapittel 45.

Avtaler som i realiteten griper inn i arvefordelingen eller i posisjonen som legalarving, oppfanges imidlertid av arveavtalene.

Det samme gjelder avtaler som går ut på endringer i legalarverettens innhold. En avtale som begrenser arvingens rettigheter, vil normalt bety at noen andre tildeles disse rettigheter i stedet – eller i mellomtiden. Et utsatt arvefall vil normalt bety at noen andre utøver en midlertidig eiendomsrett, se om dette begrep pkt 42.2. Bortsett fra konstruksjonen ”utsatt skifteoppgjør” (men ikke uskifte), betyr en slik avtale at noen andre har arvet de rettigheter som er fratatt arvingen. Dette innebærer reelt sett en avtale om arvens fordeling, som enten må gjøres i testament eller i en lovhjemlet arveavtale.

Avtaler om utsatt skifteoppgjør har normalt en skjult agenda. Hvorfor skulle ellers arvelater og/eller arvingene ønske at skifteoppgjøret skulle ta lenger tid enn nødvendig? Arvelaters bestemmelse om at skiftet ikke skal gjennomføres før hans samboer er død, eventuelt kombinert

⁸²⁵ *Lødrup*, Arverett side 302 likestiller bestemmelser om skiftemåte med andre ”testamentariske pålegg”.

⁸²⁶ Se *Lødrup*, Arverett side 302. På den annen side ble det i *LA-1997-00678* lagt til grunn at testator ikke kan påby privat skifte.

med at hun innsettes som testamentsfullbyrder, er i realiteten en bestemmelse om bruksrett eller uskifte.

Konklusjonen er følgelig at legalarveavtaler i tråd med alminnelige avtalerettslige regler kan gjøres betinget, men likevel ikke slik at betingelsene går ut på endringer i selve legalarverettens innhold. Slike bestemmelser må i tilfelle gjøres i testament.

61.8 Fremstillingen videre, systematikk

Et generelt formål med denne avhandlingen er å søke samordning innen og mellom de ulike regelsett om legalarveavtaler og om testamentsavtaler. Jeg har i den videre fremstilling likevel valgt å fremstille de ulike regelsett hver for seg. Legalarveavtalene vil bli inndelt på tradisjonelt vis i henholdsvis avhendelse av ventet arv (kapittel 62), avkall på ventet arv (kapittel 63) og avkorting i arv (kapittel 64). Under kapittel 65 vil jeg imidlertid gjennomgå det jeg oppfatter som et eget regelsett for arveforskuddsavtaler. Den tradisjonelle inndeling av arveavtalene forutsetter imidlertid at det trekkes forbindelseslinjer og påpekes sammenhenger og nødvendige avgrensninger. Enkelte sammenhenger er dessuten påpekt i oversikten over de ulike faktiske situasjoner og de ulike regelsett.

Tidligere i avhandlingen har jeg redegjort for en del arverettslige grunnregler – som eksempelvis at arverett utelukkende kan bygge på lov eller testament, herunder avtaler hjemlet i lovens arvegangsregler eller testamentsreglene. Jeg har videre redegjort for karakteren eller innholdet av enkelte regelsett, herunder pliktdelsreglene og grensen mellom livs- og dødsdisposisjoner. For den videre fremstilling står det sentralt at samtykke til pliktdelskrenkende testament ikke er det samme som fraskrivelse av legalarverett, men en utvidelse av arvelaters testasjonskompetanse. Disse reglene er behandlet under testamentsavtaler, men forholdet til dem vil også bli omtalt under fremstillingen av avkallsreglene.

Avslutningsvis i denne innledningen vil jeg understreke at den indirekte årsaken til de mange og delvis uavklarte spørsmål som knytter seg til legalarveavtalene, er pliktdelsreglene og oppfatningen av dem. Som gjennomgått under kapittel 43 ble utvidelsen av ektefellers adgang til å sikre lengstlevende gjennom ektepakt, blant annet begrunnet med at pliktdelsreglene stengte for slike løsninger ved testament. Den samme begrunnelsen er også gitt for avkortingsreglene, og delvis også for

avkallsreglene, se nærmere nedenfor. Det er derfor nærliggende å gjenta det samme spørsmål som ble reist i tilknytning til dødsdisposisjonsektepaktene: Hvis pliktdelsreglene står i veien for å oppnå gode løsninger i forholdet mellom ektefellene og deres arvinger, eller mellom arvelater og livsarvingene, ville det ikke vært enklere å endre pliktdelsreglene?

Slike regler er til sammenligning gitt vedrørende gjenlevende samboers rett til uskifte. Legaluskifteretten er begrenset til bolig, hytte og bil, se al § 28c annet ledd, men uskifteretten kan utvides ved testament, se al § 28c tredje ledd. Det fremgår verken uttrykkelig av ordlyden eller av forarbeidene at bestemmelsen er ment som en unntakshjemmel i forhold til pliktdelsreglene.⁸²⁷ Dette følger imidlertid av at legaluskifteretten for samboere kun gjelder overfor førstavedes livsarvinger.

62 Avhendelse av ventet arv

62.1 Innledende om reglene i al § 44

”Ingen må avhende eller pantsetje arv han ventar” heter det i al § 44 første punktum. Bestemmelsen avløste regelen i al 1854 § 73 første punktum: ”Ingen maa afhænde eller pantsætte den Arv, han har ivente.” Før dette satte NL 5-2-82 forbud mot salg og pantsettelse av ventet arv, og dette forbudet ble ved arveloven av 1854 utvidet til å gjelde alle former for avhendelse.

Av forarbeidene til al § 44 første punktum fremgår det at bestemmelsen bare er en videreføring av de tidligere regler.⁸²⁸ Teori og rettspraksis knyttet til de tidligere bestemmelser er derfor fortsatt relevant.

Ved arveloven av 1972 ble det også tatt inn en presiserende bestemmelse om at rådighetsbegrensningene også gjaldt den rett en arving har i et uskiftet bo, se al § 44 annet punktum.

Begrepet arv i al § 44 omfatter både legalarv, testamentsarv og legater.⁸²⁹ Likeledes har det etter alminnelig lære ingen betydning om arven er sikret gjennom arvepakt eller pliktdelsregler.⁸³⁰

⁸²⁷ Se Ot prp nr 73 (2007-2008) side 53.

⁸²⁸ *Utk62* side 211-I.

⁸²⁹ Se *Knoph*, Norsk arverett 1959 side 327, *Hambro*, Arveloven side 261 og for dansk rett *Danielsen*, Arveloven 2005 side 298. I svensk rett sies dette uttrykkelig i loven, se Ärvdabalken 17:1 annet ledd.

I juridisk teori begrunnes forbudet mot disposisjoner over ventet arv dels i hensynet til arvelateren – det kan være støtende at hans kommende død gjøres til en formuesverdi, dels i hensynet til arvingen – han kan bli fristet til å trekke for store veksler på fremtiden⁸³¹ og dels i hensynet til medarvingene – de skal slippe å få utenforstående inn i arveoppgjøret. De store usikkerhetsmomenter som normalt knytter seg til avhendelse av ventet arv, er også trukket inn som en grunn for lovgiver til å sette forbud mot slike avtaler.⁸³²

Det kan også hevdes at ventet arv overhodet ikke er et formuesgode eller en rettighet, men bare er en forventning. *Platou* hevdet eksempelvis at avhendelse av ventet arv dreier seg om ”noget som ikke eksisterer”.⁸³³ *Knoph* hevdet på den annen side at dette ikke var noe holdbart synspunkt, men uten å begrunne det nærmere.⁸³⁴

Alle de anførte begrunnelser for avhendelsesforbudet kan man styre klar av, eksempelvis gjennom samtykke fra arvelater, usikkerhet kan begrenses gjennom arvepakt, urådighetserklæringer osv.

Ut fra formuerettslige betraktning må ventet arv prinsipielt betraktes på linje med andre usikre eller betingede fordringer. Det kan derfor ikke sies at ventet arv ikke i seg selv er et formuesgode eller ikke er et omsettelig formuesgode. Lovgiver har helt enkelt etter en helhetsvurdering kommet til at ventet arv ikke gyldig kan avhendes, pantsettes osv. Den manglende omsettelighet er derfor resultat av denne regelen, ikke en begrunnelse for den.

⁸³⁰ For generelle fremstillinger om regelen, se *Knoph*, Norsk arverett 1959 side 326-328, *Arnholm*, Privatrett V side 56-57, *Arnholm*, Arveretten side 26-27, *Hambro*, Arveloven side 261-265, *Lødrup*, Arverett § 26 I, side 275-276 og *Unneberg*, Arveretten side 227-229. For dansk rett, se *Danielsen*, Arveloven 2005 side 297-301. For en oversikt over nordiske regler, se *Lødrup*, Nordisk arverett side 372-373.

⁸³¹ Fra bibelhistorien kjenner vi historien om Esau som solgte sin førstefødselsrett til Jakob for en tallerken linsesuppe. Første Mosebok kapittel 25, vers 29 flg.

⁸³² *Knoph*, Norsk arverett 1959 side 326 uttrykte det slik: ”Og dernæst må slike kontrakter efter sakens natur bli så hasardiøse og usikre at det samfundsmessig sett stiller sig betenkelig å tolerere dem.”

⁸³³ Se til sammenligning NOU 1983: 56 side 153-I om de tilsvarende posisjon for den som er innsatt som begunstiget til en livsforsikring: ”Den begunstigedes forventninger om å få utbetalt forsikringssummen innebærer ikke noe *rettserverv* på hans eller hennes hånd.”

⁸³⁴ *Platou*, Arveret 1910 note 1 på side 16, jf side 403-404. *Knoph*, Norsk arverett 1959 note 3 side 326

62.2 Sammenhengen mellom avhendelse og avkall

Reglene om avkall på ventet arv i al § 45 fremstår etter sin ordlyd og plassering som et unntak fra avhendelsesforbudet i al § 44. Denne sammenheng fremgikk enda tydeligere i arveloven av 1854 hvor de to reglene sto i samme paragraf.

”§ 73. Ingen maa afhænde eller pantsætte den Arv, han har ivente. Dog skal det ikke være en Arving, der er myndig til at raade over sine Midler, formeent, mod eller uden Vederlag, at give Arveladeren Afkald for Arven ...”.

Sammenhengen var dessuten påpekt i juridisk teori.

Arnholm, *Privatrett V* side 57 uttrykte det slik: ”En disposisjon kan A allikevel foreta over den arv han har i vente efter B, men den er negativ: Han kan gi *avkall* på sin arveutsikt.”⁸³⁵ Også *Knoph* påpekte dette forhold: ”Som en undtagelse fra regelen om at en arving ikke kan slutte kontrakter om den arv han ennå venter på, gir arvel. § 73 annet punktum ham adgang til å gi arvelateren avkall på arven”. *Knoph* beskrev forholdet mellom de to disposisjoner slik: ”Ved avkall på arv dreier det sig altså om oppgivelse av arveretten overfor arvelateren, mens det ved avhendelse av ventendes arv er tale om å føre arveretten over til andre.”⁸³⁶ På den annen side fremhevet *Knoph* også ulikheter mellom de to regelsett, jf straks nedenfor.

Likheten og sammenhengen mellom de to regelsett består i at begge omhandler disposisjoner over selve posisjonen som arving. Sett under ett er regelen at en arving ikke kan disponere over sin posisjon som ventende arving, utover det passive å tre ut av den, jf nedenfor.

Denne presisering av anvendelsesområdet har for det første den betydning at disposisjoner som ikke berører posisjonen som arving ikke rammes av al § 44 – eksempelvis en betinget salgssavtale, se kapittel 46.

For det annet regulerer al § 45 bare avkall på posisjonen som arving. Frafall av andre rettigheter, eksempelvis en livsarvings rett til å bestride et pliktdelskrenkende testament, reguleres ikke av al § 45, men av regler om utvidelse av arvelaters testasjonskompetanse, se kapittel 53.

Disse presiseringer fremstår for meg som så sentrale og viktige at jeg ikke er enig i *Knophs* syn på manglende sammenheng mellom de to bestemmelser:

”Ja, de to slags avtaler er i virkeligheten så forskjellige, at det langt fra bidrar til å klare begrepene at loven behandler dem i en felles paragraf.”⁸³⁷

⁸³⁵ *Arnholm*, *Privatrett V* side 57.

⁸³⁶ *Knoph*, *Norsk arverett* 1959 side 328.

⁸³⁷ *Knoph*, *Norsk arverett* 1959 side 328-329.

Den prinsipielt viktige forskjell på de to regelsett er at ved avkall foretar ikke arvingen noen utvelgelse av hvem som skal arve i hans sted. Han disponerer over sin posisjon som arving, men bare passivt ved å tre ut av den. Selv om formålet med avkallet er at arven skal gå videre til hans egne livsarvinger eller til hans medarvinger, er det ikke avkallsgiver som kan foreta utvelgelsen. Avkallsgiver overfører ikke sine rettigheter til andre, men trer ut av en rettighetsposisjon som etter loven stenger for eller begrenser andre legalarvingers rett.

Denne prinsipielle forskjell er også veiledende for spørsmål om hva avkallsgiver kan avtale med arvelater om arvens videregang, jf nærmere under kapittel 63.

I dansk rett kalles til sammenligning avhendelse og avkall for henholdsvis ”dispositive og renunciative arvepagter”. Forskjellen ligger helt enkelt i det å gi avkall på (renonsere) og det å disponere over.

Til sammenligning kan det også trekkes paralleller til odelsretten, som også er en strengt personlig rettighet. Den odelsberettigede kan fraskrive seg – gi avkall på – sin odelsrett, men han kan ikke overdra den til andre.

Se odl § 25: ”Ein odelsrettshavar kan ikkje overføre retten sin til ein annan. Men han kan binde seg, anten andsynes einskilde eller i det heile, til ikkje å gjere den gjeldande.”

Avhendelsesforbudet er i odelslovens forarbeider helt enkelt beskrevet slik:

”Odelsretten er ein strengt personleg rett som vedkomande har av omsyn til seg sjølv og den ætta han høyrer til. Det ville samsvare dårleg med dei omsyna som ligg til grunn for odelsrettsskipnaden om rettshavaren skulle kunne overføre sin odelsstatus til nokon utanfor odelsætta, - gjere odelsretten til handelsvare. At han ikkje kan det har då og alltid vore rekna for utvilsamt.”⁸³⁸

Det presiseres at fraskrivelse av retten er noe helt annet enn å overføre den til andre.

Videre pekes det på skillet mellom selve odelsretten og til retten til odelsløsning i det konkrete tilfellet, som er en beføyelse som følger med odelsretten.

”Noko anna enn overføring av retten til ein annan er at odelsrettshavaren bind seg til ikkje å gjere den gjeldande. Dette siste har vorte kalla odelsfråskrivning, og har vore ikkje så lite brukt i samband med eigedomsovergang. Ein kan i prinsippet skilje mellom fråskrivning av **løysingsrett** og fråskrivning av **sjølve den materielle odelsretten**.”⁸³⁹

⁸³⁸ Se NOU 1972: 22 Om odelsretten og åsetesretten side 76-I, jf også Ot prp nr 59 (1972-1973) Om lov om odelsretten og åsetesretten side 56-I.

⁸³⁹ Se NOU 1972: 22 Om odelsretten og åsetesretten side 76-I, jf også Ot prp nr 59 (1972-1973) Om lov om odelsretten og åsetesretten side 56-I.

Det samme skillet kan i arveretten trekkes mellom selve legalarveretten og de enkelte arverettigheter som følger av den – mest nærliggende er retten til å protestere på pliktdelskrenkende testamenter.

Ytterligere sammenligninger kan trekkes med retten som begunstiget til en livsforsikring. Den begunstigede kan fraskrive seg retten til forsikringssummen, både før og like etter forsikringstilfellets inntreden, men han kan ikke overdra sin forsikringsrettslige posisjon til andre.

Endelig kan det til sammenligning vises til at en ektefelle ikke kan overdra sine ekteskapsrettslige økonomiske rettigheter til andre, men kan selvfølgelig frafalle dem overfor den andre ektefellen. Frafallet kan også gjøres som forhåndsdisposisjon, men krever da ektepaktsform, se el §§ 42-44 jf § 54, sammenholdt med el § 65.

62.3 Avhendelsesforbudet omfatter posisjonen som arving og rettigheter som springer ut av denne

Som påpekt ovenfor er det posisjonen som arving som ikke kan overføres til andre.

Som utgangspunkt må dette også omfatte rettigheter som direkte springer ut av arvingposisjonen, eksempelvis formelle og materielle skifterettigheter, livsarvingers rett til å angripe pliktdelskrenkende testament osv.⁸⁴⁰

Teoretisk kan det diskuteres om *åsetesretten* er en arverettighet, eller om det er en særegen form for odelsrett. Åsetesretten er imidlertid, som odelsretten, av en så personlig karakter at den allerede av den grunn ikke kan overdras. For odelsrett er dette uttrykkelig sagt i odl § 25, og tilsvarende må gjelde for åsetesretten.

På samme måte som for selve arvingposisjonen, må det skilles mellom overdragelse av rettigheter og en ren avståelse. En forhåndsskifteavtale om fordeling av gjenstander kan ikke bygge på en overdragelse av skifterettigheter. Gjenlevende ektefelle kan eksempelvis ikke overdra sine rettigheter etter sl § 63 til ett av sine barn, eller påberope seg sine rettigheter til fordel for ett av barna. En forhåndsskifteavtale bygger på at loddeierne frafaller sin rett til å protestere på at en medarving krever naturalutlegg, eller frafaller sin rett som loddeier til å kreve eiendeler solgt. Se nærmere kapittel 45.

⁸⁴⁰ *Nørgaard*, Arveret side 120 sier det slik: ”Forbudet i § 41 omfatter enhver disposition, hvorved arvingen helt eller delvis tillægger en anden de beføjelser vedrørende arvekravet, f.eks. udlægsretten efter AL § 6, som tilkommer arvingen selv, når arven falder, typisk ved arveladerens død.”

62.4 Pantsettelse og enhver form for overdragelse

Etter ordlyden er det avhendelse og pantsettelse arvelater ikke kan foreta. Arvelovens forarbeider sier ikke mer om regelens nærmere innhold enn at den er i samsvar med den tidligere tilsvarende regel i al 1854 § 73 første punktum, se ovenfor.⁸⁴¹

Det fremgår av forarbeidene til al 1854⁸⁴² at avhendelse også omfatter gave. I juridisk teori er det lagt til grunn at forbudet omfatter alle former for overdragelse – se generelle henvisninger ovenfor. Lån, leie, bruk eller andre begrensede rettigheter over ventet arv er imidlertid ikke særlig praktisk.

I den tilsvarende bestemmelse i den danske arvelov § 41 første punktum er det til sammenligning presisert at en arving ikke kan selge, pantsette eller på annen måte overdra forventet arv. Den norske arvelov § 44 må forstås på samme måte.

Forbudet mot *pantsettelse* følger i dag også av selve avhendelsesforbudet, se pl § 1-3 (2). Arveloven inneholder ingen generell regel om at ventet arv ikke kan være gjenstand for *utleggspant* eller *konkursbeslag*. Dette følger imidlertid av dekl § 2-2 jf § 2-1 første ledd, jf også tvangsl § 7-1 annet ledd.⁸⁴³ Resultatet må også kunne utledes som en naturlig konsekvens av al § 22 fjerde ledd som bestemmer at uskiftearvingens kreditorer ikke kan ta utlegg i den retten arvingen har i uskifteboet, og at arveretten heller ikke går inn i arvingens konkursbo.

I den danske arvelov § 41 stk 2 er det uttrykkelig sagt at en ”arvings kreditorer [ikke kan] søge fyldestgørelse i forventet arv”.

62.5 De arverettslige og avtalerettslige ugyldighetsvirkninger

Tvister hvor det påberopes at en avtale om overdragelse er ugyldig i henhold til al § 44 kan tenkes å oppstå både før og etter arvefallet. Om forholdene hvor tvisten oppstår før arvefallet, se kapittel 37.

Etter arvefallet vil hovedtvisten som regel bestå mellom dødsboet og den som påstår å ha fått overført arverett til seg. Det kan imidlertid også tenkes at den avhendende arving selv påstår at avtalen er ugyldig, og derfor har sin arverett i behold.

⁸⁴¹ *Arnholm*, Arveloven side 26 har en henvisning til *Utk62* side 117. Dette er åpenbart en skrivefeil for Arvelovkommisjonens innstilling 1847 side 117.

⁸⁴² Arvelovkommisjonens innstilling 1847 side 117.

Det kan også tenkes at den avhendende arving påberoper seg ugyldighet for å slippe andre oppfylleelsesplikter som følger av avtalen. I *RG 1963 498 Hålogaland*, gjennomgått under kapittel 46, hadde arvingen forhåndssolgt en eiendom hun ganske sikkert ville arve, men nektet å oppfylle under henvisning til at salgsavtalen var en ugyldig avhendelse av ventet arv. I dette fikk hun ikke medhold.

Det sies ikke direkte i lovteksten, men det er ingen tvil om at den **arverettslige ugyldighetsvirkning** er at kjøperen av arverett ikke har noen arverettigheter. Dette følger dels av den arverettslige grunnregel om at arverett må bygge på lovens arvegangsregler eller arvelaters testament.

I juridisk teori er det enten forutsatt at en avtale om avhendelse av ventet arv er uten rettsvirkninger, eller det er sagt uttrykkelig.⁸⁴⁴

Lovteksten er riktignok formulert som et forbud mot å gjøre noe, og er i forarbeidene også omtalt som dette.⁸⁴⁵ Verken ordlyden eller forarbeidene sier således noe uttrykkelig om hvilke virkninger overtredelse av forbudet vil få. Spørsmålet er imidlertid ikke særlig tvilsomt.

På samme måte som en ren arvepakt ikke kan misligholdes, fordi senere testasjoner er virkningsløse, kan forbudet i al § 44 heller ikke overtres. Avtale om avhendelse av ventet arv er uten arverettslige virkninger.

Ordlyden i al § 44 er utformet i tråd med den tilsvarende regelen i al 1854 § 73 første punktum. På tidspunktet for vedtakelsen av sistnevnte bestemmelse hadde imidlertid formuleringen "[i]ngen maa afhænde" den språklige betydning at "ingen *kan* avhende". Slik sett kan bestemmelsen oppfattes som en kompetanseregulering.

Ut fra begrunnelsen om at det bare er loven eller arvelater ved testament som kan utpeke arvinger, må den arverettslige ugyldighetsvirkningen være *absolutt*. Arvelater kan ikke reparere ugyldigheten ved å samtykke til overdragelsen – men må i tilfelle testamentere til fordel for medkontrahenten som skal erverve arverett. Heller ikke kan de øvrige arvinger godkjenne overdragelsen ved å unnlate å angripe den.

⁸⁴³ *Knoph*, Norsk arverett 1959 side 327 hevder at et beslagsforbud var en naturlig følge av forbudet mot avhendelse og pantsettelse, og viste til tvangsfullbyrdelsesloven av 1915 § 64, som tilsvarte tvangsl § 7-1 jf dekl § 2-2. Utlegg forutsetter at formuesgodet tilhører skyldneren på beslagstiden, og at det kan selges, utleies eller på annen måte omgjøres i penger.

⁸⁴⁴ Se *Arnholm*, Arveretten side 26: "Når loven sier at ingen må avhende, betyr dette at en avhendelse ... er ugyldig." Se videre *Knoph*, Norsk arverett 1959 side 327: "Virkningen av forbudets overtredelse er at kontrakten i enhver henseende blir ugyldig. Det hjelper ikke at arvelateren har samtykket i den." For dansk rett hevder *Danielsen*, Arveloven 2005 side 300 at avtaler om avhendelse av ventet arv er nulliteter, slik at også skifteretten og bobestyrere plikter å se bort fra dem.

Antakelig må derfor tingretten ved offentlig skifte ta opp disse spørsmål på eget initiativ. Dette gjelder ikke bare i dens funksjon som domstol, men også dens funksjon som arveavgiftsmyndighet under det offentlige skiftet, se aal § 24 første ledd. Tingretten er i denne posisjonen underlagt Skattedirektoratets⁸⁴⁶ instruksjons- og overprøvingsadgang, se aal § 35 annet ledd.

I prinsippet plikter også de arvinger som forestår det private skiftet å se bort fra avtaler om avhendelse av ventet arv.

Dersom et skifte oppgjør, privat eller offentlig, gjennomføres i henhold til en ugyldig avtale om avhendelse av ventet arv, må arveavgiftsmyndighetene legge til grunn at arven først er fordelt i tråd med lov eller testament, og at verdier deretter er overført til erververen ved gave.⁸⁴⁷

Det som ikke kan repareres ved etterfølgende godkjenning, er den opprinnelige avtalen om avhendelse av ventet arv. Etter arvefallet kan den avhendende arving rent faktisk reparere ugyldigheten ved å overdra sin falte arvelodd, se pkt 62.6.⁸⁴⁸

Brudd på avhendelsesforbudet i al § 44 får også **avtalerettslig ugyldighet** som konsekvens. Dette følger blant annet av at det foreligger en avtale som er ”imod Loven”, jf NL 5-1-2. De generelle avtalerettslige spørsmål som oppstår når en avtale grunnet arverettslige ugyldighetsregler ikke blir oppfylt, er generelt drøftet i kapittel 35. Under kapittel 36 drøftes medkontrahentens rett til erstatning, herunder pkt 36.5 om avhendelse av ventet arv rammes av reglene om proberte rettsforhold.

62.6 Avhendelse av falt arv

Forbudet i al § 44 omfatter ikke avhendelse eller pantsettelse av falt arv.⁸⁴⁹ Forbudet mot avhendelse av ventet arv, må likevel forstås slik at det ikke kan omgås ved en tvangsgjennomførbar forhåndsavtale om at arvingen etter arvefallet plikter å avhende sin arvelodd.⁸⁵⁰ Dette kan sammenlignes med forpliktelse til å opprette testament.

⁸⁴⁵ *Utk62* side 211-I: ”Denne paragraf setter for det første forbud mot å avhende eller pantsette arv som er i vente ... Videre inneholder paragrafen forbud mot å avhende eller pantsette den rett som en arving har i et uskiftet bo”.

⁸⁴⁶ Deleget fra Finansdepartementet i vedtak av 23. juni 1997.

⁸⁴⁷ Selv om forholdet i første omgang overses, har arveavgiftsmyndighetene adgang til retting eller omgjøring, se aal §§ 34-35.

⁸⁴⁸ Dersom erververen er en av arvingene i boet, og avhender er uten livsarvinger, kan det ønskede resultat også oppnås ved at avhenderen gir avslag på falt arv til fordel for medarvingen, se al § 74 tredje ledd annet punktum. Selv om resultatet blir det samme, dreier det seg om en helt ny disposisjon – ikke en reparasjon av avtalen om avhendelse av ventet arv.

⁸⁴⁹ Det kan også tas utlegg i falt arvelodd, se sl § 60 annet ledd. Panteretten gjelder ikke de enkelte eiendeler, men arvingens netto lodd i boet, jf dekl § 2-2 og tvangsl § 7-1. Rettsvern oppnås etter reglene i pantel § 5-10 ved tinglysing på arvingens blad i Løsøreregisteret.

⁸⁵⁰ Tilsvarende antar *Arnholm*, Arveretten side 28 og *Arnholm*, Privatrett V side 58 at et bindende løfte overfor medarvinger om å avslå arven når den en gang faller, må likestilles med avhendelse av ventet arv.

Medkontrahenten kan ikke kreve at arvelater oppretter testament, men unnlåtelsen kan etter forholdene innebære et mislighold, se nærmere kapittel 55.

Sammenhengen med reglene om avslag på falt arv innebærer at salg av falt arvelodd ikke kan medføre at medkontrahenten får samme posisjon som en loddeier. Erververens rettigheter under skiftebehandlingen må være begrenset til hva som er nødvendig for å ivareta hans interesser. Som utgangspunkt må han stilles som en kreditor som etter en livsdisposisjonsavtale med arvelater har krav på en andel av boets midler.

Avhendelse av falt arv omfatter det økonomiske kravet på netto arvelodd. En betinget forhåndsavtale om rett til å få overdratt bestemte eiendeler arvingen måtte få overtatt på dødsboskiftet, er noe annet enn overdragelse av arvelodd, se kapittel 46.

Arvefall inntre normalt ved arvelaters død, se al § 71. Ved lovbasert uskifte er hovedregelen at arven etter førstavdøde først faller når uskifteboet skiftes, se al § 22 første ledd første punktum. For disse tilfeller er det i al § 44 annet punktum presisert at avhendelsesforbudet også gjelder for den rett en arving har i et uskiftebo.

Dette må også gjelde hvor uskiftet bygger på samtykke fra uskiftearvingen, slik at arvefallet etter førstavdøde teoretisk er inntrådt, se al § 22 første ledd annet jf tredje punktum. Disse regler har først og fremst betydning for utvelgelsen av hvilke av førstavdødes arvinger som tar arv i uskifteboet dersom den samtykkende uskiftearvingen dør før uskifteboet skiftes.⁸⁵¹

Arvefallet kan også inntre på et senere tidspunkt som følge av testamentarisk bestemmelse. Det mest praktiske er bestemmelser om sekundærarverett i gjensidig testament. Før den begivenhet har inntrådt som etter testamentet gir sekundærarvingene rett til arv, regnes førstavdødes sekundærarvinger fortsatt som ventende arvinger. Deres stilling er i hovedsak den samme som en uskiftearvings.

⁸⁵¹ Se til sammenligning al § 22 annet til fjerde ledd hvor det fremgår at heller ikke for den samtykkende uskiftearvingen er det inntrådt noe arvefall som medfører at arvingen har ervervet noen rettighet han kan disponere over.

63 Avkall på ventet arv

63.1 Innledning og oversikt, avgrensninger

63.1.1 Er al § 45 overflødig – og kun kompliserende?

Augdahl stilte i sin tid spørsmålet om ikke gjensidige testamenter er en arverettslig uting. I festskrift til Nørgaard tar *Lødrup* opp spørsmålet om uskifteinstituttet er en arverettslig uting.⁸⁵² Jeg slutter meg til rekken ved å spørre om ikke avkallsreglene i al § 45 er en arverettslig uting. Reglene er uklare og inkonsekvente, og etter min mening foreligger det intet selvstendig behov for disse reglene. Det rene avkallet, hvoretter en arving bare trer ut av sin arvingposisjon, er det normalt mest praktisk å vente med til etter arvefallet. Avgis avkallet for at arven skal kunne styres til andre enn de som etter lovens arvegangsregler trer inn, må arvelater uansett bestemme dette i testament. Avkallet er da i realiteten et samtykke til pliktdelskrenkende testament, hvor fraskrivelse av legalarverett verken er nødvendig eller normalt noe selvstendig mål.

Med utgangspunkt i de ulike faktiske situasjoner beskrevet under kapittel 61, skal jeg kort vise hvordan de ulike rettsspørsmål løses av andre regelsett. Problemet er som nevnt at det foreligger et flersporet regelsystem. Et godt grep for lovgiver er derfor å fjerne overflødige rettsregler. Rettsanvenderen må i mellomtiden nøye seg med å tolke de overlappende rettsregler innskrenkende.

Der hvor arvelater ønsker en annen arvefordeling enn det som følger av lovens arvegangsregler, kan han gjøre dette ved testament. Dersom pliktdelsregler er til hinder for dette, kan pliktdelsarvingene samtykke til pliktdelskrenkelsen – i stedet for å gi avkall på hele sin legalarverett, se nærmere kapittel 53.

Dersom det er arvingen personlig som ikke ønsker å ta arv, kan arvingen med samme rettsvirkninger overfor ektefelle og kreditorer oppnå det samme ved å gi avslag

⁸⁵² *Peter Lødrup*, Uskiftet bo – en arverettslig uting. Et debattinnlegg. Hyldesskrift til Jørgen Nørgaard, København 2003 side 319-339.

på falt arv.⁸⁵³ Fordi forholdene kan endre seg, er det for arvingen normalt en fordel å kunne se an forholdene før han med bindende virkning frafaller arverettigheter.

I kreditorfrykttilfellene kan avkall på ventet arv ha en funksjon hvor arvingen er i ferd med å miste sin rettslige handleevne, eksempelvis pga alderdomssvekkelse. I slike tilfeller kan forholdene også ordnes gjennom arvelaters testament, eventuelt at overformynderiet samtykker i avslaget dersom arvingen er umyndiggjort, se al § 74 annet ledd.

Det er anført at avkall også kan være påkrevet i de tilfeller arvelater ikke (lenger) er testamentsfør. Er testator så redusert at han ikke er testasjonsfør, er han vel heller ikke i stand til å være adressat for en avkallserklæring.⁸⁵⁴

For de arvinger som trer inn i de frafalte arverettigheter, kan nok visshet omkring fremtidige arverettigheter være ønskelig. Men heller ikke en avtale om avkall på ventet arv mellom arvingen og arvelater, skaper noen rettigheter for avkallsgivers livsarvinger eller medarvinger. Arvelater og avkallsgiver kan omgjøre avkallsløftet. Overfor andre enn arvelater kan avkallsgiver ikke forplikte seg, jf al § 44. Skal de nye arvinger sikres visshet, må arvelater opprette testament, som eventuelt kombineres med arvepakt.

Dersom det er arvelater og arvingen i fellesskap som ønsker en annen fordeling av arven, er også dette noe de kan styre gjennom arvelaters testamentariske bestemmelser.

Situasjonen hvor en arving har mottatt arveforskudd, slik at hele forskuddsmottakers linje skal settes ut av betraktning, kan for utarvingers vedkommende fritt reguleres ved testament og for livsarvingenes del av avkortingsreglene (herunder al § 42), eventuelt også ved testament nærmeste livsarving har samtykket til.

Den største betenkelighet ved al § 45 er at de åpner for at en arving gjennom en avkallsavtale med arvelater bestemmer over sine egne livsarvingers legalarverett. Det er videre vanskelig å se hvorfor de materielle regler må være så forskjellige avhengig av om et arvefrfall gis før eller etter arvefallet – utover hva som følger av forskjellen

⁸⁵³ Etter at dekl § 2-12 annet ledd om avkall og avslag på arv ble endret i 1999 kan en arving også med virkning for konkursboet gi avslag på falt arv. For den insolvente arvingen vil det i slike tilfeller normalt være bedre å se an forholdene når arvefallet en gang inntreffer. Verken avkall eller avslag utgjør grunnlag for en ektefelles vederlagskrav etter el § 63. Et særlig spørsmål i denne forbindelse er om lovendringen kan påberopes som en bristende forutsetning for tidligere avgitte avkall.

⁸⁵⁴ Se for dansk retts vedkommende *Danielsen*, Arveloven 2005 side 316.

på ventet og falt arv – og det faktum at arvelater ikke lenger kan være adressat for arvingens erklæring.

Når situasjonen er at al § 45 etter sin ordlyd gir anvisning på uheldige arverettslige regler, og de legitime hensyn den kan ivareta sikres gjennom andre regelsett, taler som nevnt sterke argumenter for en innskrenkende tolking, slik at de uheldige konsekvenser unngås.⁸⁵⁵

Bestemmelsen i al § 45 bør derfor tolkes innskrenkende, slik at den kun regulerer de rene avkall, dvs hvor arvingen kun med virkning for seg selv ønsker helt eller delvis å tre ut av arverekken, slik at den avslåtte arven fordeles som om avkallsgiver var død før arvelater. Både sammenhengen med al § 44 og § 74, samt harmonisering med de øvrige regler om arvefordelingsavtaler tilsier en slik tolking.

63.1.2 Avgrensning og definisjoner

Avkallsreglene i al § 45 omfatter en rekke ulike rettslige og faktiske situasjoner. For den videre fremstilling vil jeg derfor presisere enkelte forutsetninger, avgrensninger og definisjoner. Jeg vil starte fremstillingen med rene avkall, dvs hvor en arving overfor arvelater erklærer for seg personlig å tre ut av arvingrekken. Med plass i arvingrekken siktes det til legalarveretten som et rettighetsinnbegrep, dvs ikke bare selve retten til arv, men også de rettigheter som måtte springe ut av arveposisjonen, herunder først og fremst skifterettigheter og for livsarvinger pliktdelsrettigheter. Den enkle konsekvens av et rent avkall er at avkallsgiver regnes som død før arvelater, dvs tilsvarende virkning som ved avslag på falt arv.

Under pkt 63.7 kommer jeg tilbake til spørsmålene hvor en arving bare gir avkall på deler av sine legalarverettigheter, eksempelvis å frasi seg retten til verdier men samtidig å beholde sine skifterettigheter.

Det er intet i veien for å gi delvis avkall, men slike avtaler vil som oftest være ledd i en mer omfattende avtale om arvefordeling. Er det gitt delvis avkall, regnes ikke avkallsgiver som delvis død, men som død hva angår den frafalte arv. Dette medfører at både nærmeste og nest nærmeste ledd i linjen tar arv samtidig.

⁸⁵⁵ Til sammenligning bør al § 26 første ledd annet punktum tolkes bort. Bestemmelsen er en ubegrunnet gjentakelse av al § 6 fjerde ledd, og er kun egnet til å forvirre fordi den er inntatt i en paragraf som ellers regulerer fordelingen mellom ektefellene, mens første ledd annet punktum gjelder fordelingen av arven etter førstavedde. Se nærmere kapittel 73.

De situasjoner hvor arvingen og arvelater er enige om at en ytelse til arvingen skal avregnes i hans arvelodd, foreligger det jeg her betegner som arveforskuddsavtale. I norsk rett er slike avtaler dels regulert i avkallsreglene og dels i avkortingsreglene, mens de i dansk rett er regulert i egne bestemmelser. Inn under arveforskuddsavtaler faller også de tilfeller hvor en livsarving mottar et vederlag – fra arvelater eller tredjemann – for å samtykke til et pliktdelskrenkende testament. Det er uten betydning om det er arvingen eller arvelater som tar initiativet. Det avgjørende i forhold til de rene samtykker, jf kapittel 53, er at livsarvingen ved arveforskuddsavtale *også* gir avkall sin legalarverett. Livsarvingens avkallserklæring mot vederlag vil ofte måtte forstås også som forhåndssamtykke til pliktdelskrenkende testament. Se nærmere kapittel 53 om fraskrivelse av pliktdelsvern som utvidelse av arvelaters testasjonskompetanse.

Avkortingsreglene vil etter dette være begrenset til de tilfeller arvingen har mottatt en ytelse fra arvelater, og hvor intet var avtalt om betydningen for arveoppgjøret da gaven ble gitt. Det er intet i veien for at arvingen og arvelater på et senere tidspunkt inngår en arveforskuddsavtale vedrørende tidligere mottatte ytelser, men al §§ 38-43 regulerer først og fremst arvelaters ensidige rett til å påby avkorting, herunder medarvingers rett til å kreve avkorting dersom de sannsynliggjør at avkorting var arvelaters forutsetning for gaven.

En arveforskuddsavtale omfatter også tilfellene hvor arvingen har fått arveforskuddet via en tredjemann. Lovens avkortingsregler omfatter kun gaver gitt av arvelater til livsarvingen selv.

Med avkall på hele eller deler av arven, siktes det i det følgende til avkall på hele eller deler av avkallsgivers arvelodd. Under pkt 63.7 behandles spørsmål omkring avkall på bare deler av de rettigheter som følger posisjonen som legalarving, eksempelvis skifterettigheter og pliktdelsrettigheter.

63.1.3 Kort oversikt over hvem som kan gi avkall overfor hvem

Avkallsreglene i al § 45 er formulert med tanke på *slektsarvinger*, både livsarvinger og utarvinger. Avkall på *ektefellearv* behandles nærmere i pkt 63.5.

En *uskiftearving* kan i følge al § 45 tredje ledd gi avkall på arv etter førstavdøde overfor gjenlevende ektefelle.⁸⁵⁶ Dette gjelder også hvor uskiftet bygger på nødvendig samtykke fra uskiftearvingene.

En *testamentsarving* kan i prinsippet også gi avkall på sin rett etter testamentet. Dette omfatter både arvinger i skiftelovens forstand, og sum- og gjenstandslegatarer. Likeledes må både medtestator (som primærarving) og eventuelle sekundærarvinger kunne gi avkall på *arv etter gjensidig testament*. Før det første arvefallet må avkallet gis overfor begge testatorer, mens avkallet etter førstavdøde testators død må gis overfor gjenlevende testator, se *Rt 1912 1055*. Sammenlign også reglene og prinsippet i al § 45 tredje ledd.

Et særlig spørsmål i forhold til testamentsarvinger er om arvelater, til tross for avkallet, likevel kan opprettholde testasjonen. Selv om det generelle utgangspunktet er at ingen kan gjøres til arvinger mot deres vilje, må testamentet likevel være gyldig – avkallet til tross. Gyldig, i den forstand at testamentsarvingen har muligheten til å ombestemme seg og likevel ta arv. Ønsker han fortsatt ikke arv, har han alltid muligheten til å avslå arven etter arvefallet.

Det sies i al § 45 annet ledd at avkall fra *umyndig arving* bare kan gis med overformynderiets samtykke. Det fremgår av forarbeidene, sammenholdt med vgml § 38, at det er vergen som i tilfelle må gi avkall på den mindreåriges vegne, men altså med overformynderiets samtykke.

Arvelovkomitéen foreslo en uttrykkelig regel om at arvinger over 15 år selv måtte samtykke i avkallet, men denne regel ble ikke opprettholdt av departementet, blant annet under henvisning til vgml § 40 om at den umyndige over 14 år skal høres i viktige spørsmål.⁸⁵⁷ Sammenholdt med reglene i vgml § 56 om at større gaver ikke kan gis dersom en umyndig over 15 år ikke samtykker, må det antas at overformynderiet bare samtykker i avkall arvingen selv motsetter seg når særlig tungtveiende grunner taler for det.

Det er antakelig intet i veien for at *legalarving uten aktuell arverett* gir et avkall for det tilfellet at han ved arvefallet er kommet i posisjonen som aktuell arving. Mest praktisk er antakelig at avkallsgivers livsarvinger gir et selvstendig avkall på den arverett de vil tre inn i som følge av mors eller fars avkall.

Til tross for at avkallet er til fordel for medarvinger, og etter arvefallet utelukkende kan påberopes av medarvinger, kan ikke avkallet gyldig gis med

⁸⁵⁶ Se *Prp36* side 170-II. Bestemmelsen var motivert av den danske arvelov § 31 stk 2, hvor det klart fremgår at bestemmelsen gjelder avkall på arv etter førstavdøde ektefelle: "Afkald kan på samme måde gives overfor arveladerens ægtefælle, når denne hensidder i uskiftet bo."

⁸⁵⁷ *Utk62* side 212-II og *Prp26* side 170-II.

medarvinger som adressat, se pkt 63.1.5. En arving kan heller ikke overfor medarvinger forplikte seg til å gi avslag når arven en gang faller.⁸⁵⁸ Begge disposisjoner regnes som avhendelse av ventet arv.

63.1.4 Oversikt over danske og svenske avkallsregler

For svensk rett gjelder et generelt forbud mot forhåndsavtaler om arvens fordeling, herunder for arvelater til å binde sin testasjonskompetanse. Derimot kan en arving, herunder en livsarving, gi avkall på ventet arv. Avkallet må enten avgis skriftlig overfor arvelater, eller gjøres i form av en godkjenning av arvelaters testament. En livsarving kan imidlertid alltid kreve sin pliktdelsarv, med mindre det er gitt rimelig vederlag for avkallet. Avkallet binder også avkallsgivers livsarvinger, med mindre noe annet fremgår av omstendighetene. For pliktdelsarv er imidlertid linjens binding betinget av det er gitt vederlag. Bestemmelsene lyder slik

”17 kap. Om arvsavtal

1 § Har någon i fråga om arv efter den som ännu lever träffat avtal med annan än denne, är det ogillt.

Samma lag vare om avtal angående rätt på grund av testamente.

2 § Avsäger sig arvinge, genom godkännande av testamente eller eljest, skriftligen hos arvlåtaren sin rätt till arv, är det gällande. Bröstarvinge äger dock utfå sin laglott, med mindre han avstått från denna mot skäligt vederlag eller ock egendom, svarande mot laglotten, tillkommer arvingens make enligt testamente eller tillfaller hans avkomlingar enligt lag eller testamente med föreskrift om fördelning på sätt om bröstarv är stadgat.

En underårig får inte avsäga sig arv. Den som har förvaltare enligt 11 kap. 7 § föräldrabalken får inte avsäga sig arv utan förvaltarens skriftliga samtycke.

Om något annat inte framgår av omständigheterna, gäller arvsavsägelse också mot arvinges avkomlingar.”

Ved den **danske** arvelov av 2007 ble det foretatt visse endringer i reglene om legalarveavtaler.⁸⁵⁹ Det skilles ikke lenger mellom avkall på ventet arv og avslag på falt arv, og heller ikke mellom livsarvinger og utarvinger. Reglene går i korte trekk ut på at arvingen, mot eller uten vederlag, kan gi avkall på så vel ventet som falt arv. Avkallet har i utgangspunktet virkninger overfor avkallsgivers livsarvinger, med

⁸⁵⁸ Slik også *Arnholm*, Arveretten side 28 og *Arnholm*, Privatrekt V side 58.

⁸⁵⁹ Se *Arvelovforslag 2006* side 100-101.

mindre det er tatt forbehold om dette.⁸⁶⁰ Rettsvirkningene av avkallet er således upåvirket av om det er gitt av livsarving eller utarving, og mot eller uten vederlag. Den danske arvelov § 42 lyder slik:

§ 42. En arving kan mod eller uden vederlag give afkald på såvel forventet som falden arv.

Stk. 2. Afkald på forventet arv skal gives over for arveladeren. Hvis arveladerens ægtefælle er i uskiftet bo, kan afkald dog gives over for denne.

Stk. 3. Et afkald på arv har også virkning for arvingens livsarvinger, medmindre disses arveret er forbeholdt.

Nedenfor kommer jeg nærmere inn på forskjellene mellom dansk og norsk rett, herunder blant annet arvelaters avtalerettslige posisjon.

63.1.5 Arvelater som adressat for avkallsloftet

Etter dansk rett må avkallet skje gjennom en avtale som arvelater aksepterer. Uten arvelaters aksept er avkallet virkningsløst. *Danielsen* synes å begrunne dette i ordlyden hvoretter avkallet skal gis ”over for arveladeren”, og at det dermed krever en avtale.⁸⁶¹ *Nørgaard* viser til at avkallet påvirker fordelingen av arvelaters etterlatenskaper, slik at arvingen derfor ikke ensidig kan treffe slik beslutning.⁸⁶²

Jeg er enig i *Nørgaards* synspunkt om at en arving ikke på egen hånd skal kunne gripe inn i arvens fordeling. For et ensidig avkall uten vederlag, som er avgitt enten for at arven skal gå videre etter lovens arvegangsregler, eller bare motivert i at arvingen ikke selv personlig ønsker å ta arv, stiller dette seg annerledes. Så lenge arvingen ikke gjør annet enn selv å trekke seg ut av arverekkefølgen, er det loven, og ikke arvingen, som bestemmer arvefordelingen.

Arvelaters slektninger må selv kunne få bestemme om de ønsker å være arvinger. Etter gjeldende norske regler har avkallet ingen virkninger i forhold til ektefelle eller kreditorer. For meg fremstår det som underlig og svakt begrunnet at en arvelater skal kunne tvinge en arving til å forbli i sin arvingposisjon helt frem til etter arvefallet – slik at arvingen i tilfelle blir henvist til å gi avslag på falt arv. For det

⁸⁶⁰ Dette utgangspunktet er så pass sterkt at det inngår i det ferdigtrykte avkallsskjemaet som normalt brukes overfor danske avgiftsmyndigheter, hvoretter arvinger ”giver herved afkald på al arv for mig og mine arvinger”. Skal det tas forbehold, må det følgelig gjøres en overstrykning i den ferdigtrykte tekst. Se *Werlauff's* side 75 og side 334.

⁸⁶¹ *Danielsen*, Arveloven side 302-303. Dette gjelder både dal 1963 § 31 og dal § 42 stk 2.

⁸⁶² *Nørgaard*, Arverett side 120. I note 8 på side 121 viser *Nørgaard* videre til at Munch i Festskrift til Borum 1964 side 313 med rette bemerker at arvelater i en viss forstand er hovedpersonen ved avkall på ventet arv.

første kan slike spørsmål berøre personlige aspekter. For det annet kan det tenkes ulike rettsvirkninger ved henholdsvis avkall og avslag.⁸⁶³

I norsk rett fremtrer avkallet mer som arvingens ensidige erklæring. Arvingen er hovedpersonen, og det er han som fraskriver seg sine arverettigheter.

Etter norsk rett må regelen være at arvelater ikke kan forhindre arvingen fra å gi avkall ved å nekte å akseptere et avkallsløfte. Et rent oppgivelsesløfte skaper ingen forpliktelser for arvelater, og hans aksept er derfor ikke nødvendig.

Dersom arvelater uttrykkelig nekter å akseptere avkallserklæringen, må etter norsk rett dette betraktes som et stående tilbud til avkallsgiver om å trekke avkallsløftet tilbake. Så lenge avkallsgiver ikke trekker erklæringen tilbake, vil den fortsatt være virksom idet erklæringen har kommet til arvelaters kunnskap.⁸⁶⁴

Særlige spørsmål oppstår når arvelater ikke er i stand til å motta avkallsløftet – enten dette skyldes fysiske eller psykiske kommunikasjonsvansker, sammenlign al § 7 annet punktum. Spørsmålet om avkall likevel kan gis, dreier seg for det første om avkallet blir virksomt og bindende. For det annet oppstår spørsmålet om det i tilfelle vil være reglene om henholdsvis avkall eller avslag som kommer til anvendelse.

Er arvelater umyndig, må overformynderiet kunne opptre på arvelaters vegne som mottaker for avkallsløftet, og eventuelt den som senere frigir avkallsgiver. På samme måte som arvelater bare er en passiv mottaker av avkallsløftet, er det intet krav om at overformynderiet må akseptere eller samtykke til avkallet. I motsetning til hva som gjelder når overformynderiet på vegne av en arving skal gi avkall, jf al § 45 annet ledd, etablerer mottakelsen av avkallet ingen forpliktelser som arvelater. Til sammenligning kan gjenlevende ektefelle i uskifte motta avkall på arv etter førstavdøde – på vegne av førstavdøde, se al § 45 tredje ledd. Både gjenlevende og overformynderiet kan også frigjøre arvingen fra hans avkallsløfte.

⁸⁶³ Dette gjelder først og fremst den barnløse arvingens adgang til å gi avslag til fordel for en bestemt medarving, mens et ensidig avkall etter min mening fører til at arven fordeles på alle medarvinger – som om avkallsgiver var død før arvelater. Frem til dekl § 2-12 ble endret i 1999 kunne arving under konkurs ikke med virkning for konkursboet avslå falt arv. Etter den danske konkurslov § 65 kan avslag på falt arv omstøtes ved konkurs, se *Werlauff's* side 75-76.

⁸⁶⁴ Til sammenligning får avslag på falt arv ikke arveavgiftsrettslig virkning før det er gitt "uten forbehold" og er "bindende overfor de øvrige arvinger", se aal § 8 tredje ledd.

Spørsmålet om arvelaters ”forsvinning” skal frata arvingene muligheten til å gi avkall på ventet arv, er mer komplisert. På den ene side er en persons tap av rettslig handleevne noe som generelt ligger innenfor hans omgivelsers egenrisiko. Har arvelater mistet sin rettslige handleevne, er som regel toget gått for de personer arvelater hadde tenkt å tilgodese i et testament han ikke rakk å opprette. Det samme gjelder den som var på forhandlingsstadiet med arvelater om kjøp av hans eiendom. Skal det gjøres unntak fra disse generelle utgangspunkter, må det foreligge hensyn som særlig gjør seg gjeldende ved avkall på ventet arv.

En viktig forskjell er som nevnt ovenfor at en arvinges avkall på ventet arv ikke stifter forpliktelser for arvelater. Det er følgelig ikke behov for en rettslig evne til å påta seg forpliktelser. Er arvelater i stand til å forstå avkallet, burde dette være tilstrekkelig, selv om han er umyndiggjort. Se til sammenligning al § 48 tredje ledd om arvelaters testasjonsevne til tross for umyndiggjøring.

Som følge av forbudet mot avhendelse av ventet arv, kan det i disse tilfeller vanskelig tenkes at avkallsgiver i stedet kan forplikte seg overfor medarvingene. Fordi avkallet også kan gis som avslag på falt arv med omtrent samme rettsvirkninger, er det liten grunn til å tøyne reglene om hvem som kan være adressat for avkallet. Annerledes blir dette hvor gjenlevende ektefelle i uskifte ønsker å gi avkall på sin arv etter førstavdøde.

Problemstillingene omkring arvelater som adressat for avkallsløftet er også praktisk ved flerpartsavtaler mellom ektefellene og deres arvinger. Den ene ektefellens arvinger kan eksempelvis ikke gi avkall på ventet arv overfor den annen ektefelle – og omvendt. Avkallet må gis overfor arvelater direkte. Selv om avkallet er til fordel for den potensielt gjenlevende ektefellen, kan ikke en ektefelle representere den annen som adressat for et avkallsløfte. Den eneste gyldige representasjon ved avkallsløfter, er den som er lovfestet for gjenlevende ektefelle i uskifte, og som også gjelder hvor det gis avkall på arv etter en umyndig arvelater eller på vegne av en umyndig arving.

På et punkt må det derimot gjøres et unntak fra kravet om at avkallsløftet må gis overfor arvelater selv, nemlig hvor gjenlevende ektefelle i uskifte ønsker å gi avkall på ventet arv etter førstavdøde, se nærmere pkt 63.5.

63.2 Kan en arving gi avkall på vegne av egen linje?

Et arverettskrav krever grunnlag i arvelovens fordelingsregler eller i arvelaters testament. Omvendt må utgangspunktet være at en i utgangspunkt gyldig etablert arverett, ikke faller bort uten at det finnes et særlig rettsgrunnlag for dette i lovens arvegangsregler, eller i arvelaters testament – eller at arvingen selv frafaller den. Legalarverett kan eksempelvis fradømmes etter al § 73, og arvelater kan som utgangspunkt frata legalarvingen hans arverett ved testament.

Ved sitt rene avkall kan arvingen påvirke arvefordelingen, slik at hans egen arvelodd helt eller delvis går videre til neste ledd i linjen – eller for den barnløse fordeles mellom hans medarvinger. Gjennom arveforskuddsavtaler og samtykke til pliktdelskrenkende testament kan en arving likeledes gripe inn i hvordan arveoppgjøret gjennomføres. Derimot strider det mot arverettslige grunnregler at en arving ensidig, eventuelt gjennom formløs avtale med arvelater, skal kunne bestemme om andres legalarverett skal bestå eller bortfalle.

På den annen side sies det uttrykkelig i al § 45 at avkall gitt av utarving er bindende med mindre noe annet avtales. Det samme gjelder etter dansk rett, også i forhold til livsarvinger. Spørsmålet er derfor om lovgiver med al § 45 bevisst har gitt arvingen denne kompetanse til å frata hele hans linje dens legalarverett. Bestemmelsen må undergis en nærmere tolking. For det første må en innskrenkende tolking vurderes, dvs slik at avkallsgivers linje bare mister sin legalarverett dersom avkallsgiver har mottatt arveforskudd, slik at linjen derved har fått sin arv. For det annet må det avklares hva som menes med er ”bindende for”.

Betyr bindende at også avkallsgivers livsarvinger regnes for å ha gitt avkall, men som arvelater kan fri dem fra? Eller har avkallsgiver satt sine livsarvinger ut av legalarverekkefølgen med endelig virkning, slik at deres arverett bare kan gjenopprettes ved arvelaters testament? Eller har avkallsgiver også det i sin makt å forhindre slik gjeninnsettelse?⁸⁶⁵ Lovtekst og forarbeider gir ikke noe svar på dette. Det må likevel antas at meningen har vært at avkallsgivers livsarvinger skal stilles som om de selv hadde gitt avkall. Dette innebærer blant annet at avkallsgiver ikke ensidig

⁸⁶⁵ Hvilket minner om det romerrettslige pater potestas hvoretter blant annet utvelgelsen av intestatarvingene lå til pater familias.

og uavhengig av arvelaters ønsker kan bestemme over sine livsarvingers legalarverettigheter. Arvelaters aksept av avkallet og hans eventuelle frigjøring fra avkallsløftet, er sentrale faktorer i denne sammenheng.

Lovtekstens utgangspunkt er bortfall av linjens legalarverett. Det kan derfor ikke kreves at arvelater særskilt må akseptere denne del av avkallet. Derimot må arvelater når som helst kunne frita avkallsgivers livsarvinger fra det avkallsløftet avkallsgiver har gitt på deres vegne. Idet jeg uansett finner at bestemmelsen må tolkes innskrenkende på dette punkt, går jeg ikke nærmere inn på disse drøftelser.

Regelen om at et rent avkall som utgangspunkt binder hele utarvingens linje, må i et historisk perspektiv ses i sammenheng med at denne linjen heller ikke har noen beskyttelse mot at arvelater fratrar dem arveretten ved testament.

Heller ikke ved vedtakelsen av al 1854 hadde utarvinger noen vernet legalarverett. Når man i 1854 likevel innførte regler om avkall fra utarvinger, var det fordi arvelater skulle slippe å opprette testament for å frata en utarvinglinje dens arverett: Det må ”erkjendes at være en for mangen Arveladers Følelse mindre stødende Maade at fjerne sine Intestatarvinger paa, at erhverve deres Renunciation, end at gjøre dem arveløse ved Testamente”.⁸⁶⁶ Spørsmålet ble ikke særskilt drøftet under forberedelsen av gjeldende lov.

Likeledes må regelens utforming ses i sammenheng med rettsforestillingene omkring 1850. Særlig gjelder dette avtalens tilbaketrunkne rolle, med loven som den primære rettskildefaktor ved fordeling av arv. Hva er eksempelvis grunnen til at hele linjens tap av arverett er lovens utgangspunkt, og ikke bare inntatt som en mulighet? Var det meningen å kreve et uttrykkelig forbehold, eller er det tilstrekkelig at slikt forbehold må inntolkes?

Forklaringen på lovens utforming ligger mest sannsynlig i det forhold at avkallet var ment å fungere i stedet for et testament som forutsetningsvis fratok hele linjen dens arverett.

Begrunnelsen er i dag verken tungtveiende eller treffende. Til sammenligning viste man under forberedelsen av 1972-loven motsetningsvis til arvelaters mulighet til

⁸⁶⁶ Arvelovkommisjonen 1846 side 117-II.

å utligne ved testament som begrunnelse for at avkortingsreglene ikke skulle gjelde overfor utarvinger.⁸⁶⁷

En reell forskjell mellom disse ulike disposisjoner er at avkall er arvingens disposisjon, mens avkortingspåbud og testasjoner er arvelaters. Nærmeste utarving kan også ha legitimt behov for å gi avkall på sin arverett, enten det er av personlige grunner eller for å la den gå videre til neste generasjon. Dette begrunner at en utarving kan gi avkall, men ikke at han kan ta hele linjen med seg i avkallet – snarere tvert imot. På den annen side trenger arvelater verken samtykke eller egne avkortingshjemler for å disponere over utarvingers arv ved testament.

Verken forut for arveloven av 1854 eller av 1972 ble det foretatt noen prinsipiell drøftelse av en medarvings rett til å bestemme over sine medarvingers eller egne livsarvingers skjebne. Ut fra forarbeidene til 1854-loven synes det å være forutsatt at avkall med virkning for avkallsgivers linje, var på sin plass når avkallet ble gitt i forbindelse med et mottatt arveforskudd, og hvor de dagjeldende regler (som i dag, jf al § 42) medførte at arveforskuddet ble avkortet i linjens arverett. Denne linjen hadde dermed allerede mottatt sin legalarv.

Reglene ”fører consequent til, at Afkaldet ikke mindre skal være bindende for Udstæderen end for hans Arvinger; thi Afkald paa Arv kan betragtes som en Erklæring om, at Vedkommende samtykker i at ansees som den, der allerede i Forveien har oppebaaret, hva der maatte tilkomme ham i Arv”.⁸⁶⁸

Som en ytterligere begrunnelse viste Arvelovkomitéen av 1846 samme sted til en forordning av 21.5.1845 § 14 som ble endret til en regel om avkallets virkning for livsarvinger, fordi den motsatte regel hadde skapt atskillige ulemper i det praktiske liv.

Det sies ikke uttrykkelig at mottatt arveforskudd er en forutsetning å at avkallet skal ha virkning for linjen, men det er denne situasjonen som has for øyet. Når den eneste begrunnelse for å la avkallsreglene også gjelde utarvinger, er at arvelater skulle slippe å opprette testament, forutsettes en situasjon hvor arvelater har et ønske om at en hel linje skal settes ut av betraktning. Bortsett fra de tilfeller hvor nærmeste utarving i denne linjen har mottatt et arveforskudd, er det vanskelig å se situasjoner hvor

⁸⁶⁷ *Utk62* side 117 og 127-128. En annen reell forskjell i forhold til avkortingsreglene, er at sistnevnte også gir rett for gavemottakers medarvinger til å kreve utligning selv om arvelater ikke uttrykkelig har fastsatt det, jf nærmere nedenfor.

⁸⁶⁸ *Arvelovkommisjonen 1846* side 117-II.

arvelatere generelt skulle ha noe ønske om at hele linjens arverett bortfaller – og uten at arvelater kan fastsette dette ved testament.

Før al 1854 var rettstilstanden vedrørende avkall på ventet arv noe uklar, idet det ikke fantes tilsvarende lovregler.⁸⁶⁹ Litt mer dyptgående og helhetlige drøftelser ville derfor vært ønskelig. Det samme gjelder vel så mye forarbeidene til arveloven av 1972.

Det prinsipielle spørsmål om avkallsreglene i det hele tatt skulle få anvendelse på utarvinger ble overhodet ikke drøftet – eller nevnt.⁸⁷⁰ Dette omfatter også spørsmålet om avkallet skulle eller kunne binde avkallsgivers linje. Forarbeidene viser bare til tidligere rett.⁸⁷¹

Derimot tok Arvelovkomitéen opp det tilfellet at avkallsgiver var død før arvelater, slik at det nå var hans livsarvinger som var aktuelle arvinger. Under særlig henvisning til at disse arvingene regelmessig ikke hadde avsluttet sin oppfostring, mente Arvelovkomitéen at det – som vern mot uoverveide avkall, eller mot avkall som gis av ondskap eller av sjikane, eller for å skade egne barn – burde etableres en ordning hvoretter avkallet bare var bindende i den utstrekning det var gitt mot vederlag.⁸⁷² Denne regel kom imidlertid ikke til uttrykk i Arvelovkomitéens lovutkast.⁸⁷³ Skal Arvelovkomitéens uttalelser tas til inntekt for noe, er det således i høyden en forutsetning om innskrenkende tolking basert på uttalelser i forarbeidene.

Departementet var imidlertid ”tilbøyelig til å være enig i” Arvelovkomitéens standpunkter, men mente slike regler måtte være begrenset til avkall fra livsarvinger.⁸⁷⁴ Departementet inntok en uttrykkelig regel om dette i sitt lovutkast, som i det vesentlige er i samsvar med gjeldende lovtekst.⁸⁷⁵ Det fremgår imidlertid verken av lovteksten eller av departementets drøftelser at regelen om at avkallsgiver måtte ha

⁸⁶⁹ Se *Arvelovkommisjonen 1846* side 117-I hvor det om den foreslåtte regel sies at ”intet Tilsvarende findes i vor nærværende Lovgivning”.

⁸⁷⁰ Se *Utk62* side 211-212 og *Prp36* side 169-170.

⁸⁷¹ Dette i en viss kontrast til spørsmålet om avkorting skulle være obligatorisk, lovens utgangspunkt eller avhengig av arvelaters påbud, se nedenfor.

⁸⁷² Se *Utk62* side 212-I og side 211-II.

⁸⁷³ Utkastet § 44 første ledd lød, i bokmåls versjon, slik: ”En arving kan gi arvelateren avkall på arv som arvingen venter. Når ikke annet er avtalt, binder avkallet også arvingens livsarvinger, så langt det er gitt mot vederlag.” *Utk62* side 273.

⁸⁷⁴ *Prp36* side 170-I.

⁸⁷⁵ Se lovutkastet *Prp36* side 216-I. Forskjellen består bare i at ”mot vederlag” er skiftet ut med ”utan rimeleg vederlag”, se nærmere nedenfor.

mottatt vederlag før linjen ble bundet, bare skulle gjelde når avkallsgiver var død før arvelater. Dette spørsmålet drøftes nærmere under pkt 63.3.

I Arvelovkomitéens forslag til regler om legalarveavtaler, var det likevel en viss helhetlig tenking ved at avkallets rekkevidde var foreslått samordnet med reglene om avkortingssummens størrelse, og til dels også med andre utligningsregler.⁸⁷⁶

Departementet tok imidlertid avstand fra Arvelovkomitéens forslag til ”avregningsregel”, men ønsket mer skjønnsmessige regler med plass for konkrete skjønn.⁸⁷⁷ Disse spørsmålene gjennomgås nærmere under pkt 63.4 om hva som er rimelig vederlag.

Det kan konstateres at det ikke i noen av lovforarbeidene er foretatt prinsipielle drøftelser av om en legalarving skal kunne gi avkall på ventet arv med virkning for sin egen linje. Under forberedelsen av 1972-loven foreslo departementet som nevnt en særregel om at avkall gitt av livsarving bare var bindende for linjen hvis det var gitt mot vederlag. Begrunnelsen var at linjen, som jo også er arvelaters livsarvinger, i andre sammenhenger har ”en beskyttet arverett etter arvelateren, jfr. reglene om pliktdel”.⁸⁷⁸ Begrunnelsen må anses å ha fått tilslutning i Stortinget.

Det er grunn til å se nærmere på departementets begrunnelse for regelen. Mens Arvelovkomitéen begrunnet sitt standpunkt om unntak med de særlige forhold som gjorde seg gjeldende dersom avslagsgiver var død før arvelater, pekte departementet på livsarvingenes sterke arverettslige stilling, og viste til pliktdelsreglene. Det er usikkert om departementet mente det var pliktdelsreglene i seg selv, oppfattet som en minstearvsrett, som begrunnet den foreslåtte regel, eller om det generelt var livsarvingenes spesielle arverettslige stilling som tilsa enda en særrettighet. Formuleringene gjengitt ovenfor tyder på det siste, men dette er uten selvstendig betydning.

⁸⁷⁶ Se *Utk62* side 212-I hvor Arvelovkomitéen anførte at utstrekningen av avkallet måtte bygge arvelaterens formue på arvefallstidspunktet, ikke da det ble gitt. ”For så vidt blir vederlaget å betrakte som en avkortingspliktig gave, og man beregner de samme beregningsregler som ved avkorting. Denne ordning er også i samsvar med ... for de tilfelle hvor en arving får oppgjør for arv, før gjenlevende gis adgang til å bruke retten til uskifte”

⁸⁷⁷ *Prp36* side 170.

⁸⁷⁸ *Prp36* side 170-I.

Departementets begrunnelser bygger utelukkende på at hele gruppen av livsarvinger bør ha et særlig vern mot å miste sin arverett. Det prinsipielle spørsmål, om øverste ledd i en linje skal ha det i sin makt å frata hele descendensen dens legalarverettigheter, vurderte departementet derimot ikke.

Livsarvinger står i en arverettslig særstilling i ulike sammenhenger, men disse er ikke udelt positive. Eksempelvis er det bare overfor livsarvinger arvelater formløst kan påby avkorting i arven, se al § 38. Likedeles står livsarvinger svakere som testamentsarvinger enn andre i forhold til gjenlevende ektefelles uskifterett, se al § 11.

Livsarvingenes posisjon som nærmeste arvinger etter loven, jf al § 1 første ledd, taler derimot generelt for et sterkere vern om deres legalarverett. Det bør kanskje kreves sterkere grunner for å la barnebarnet miste sin arverett som følge av sin mors eller fars avkall, enn hva gjelder arvelaters nevøer og nieser. Det legislative grunnlaget for arverett svekkes jo lengre utover i arvegangsklassene man kommer. Et avkall fra arvelaters søskenbarn har den virkning at avkallsgivers linje mister sitt håp om indirekte arv gjennom sin mor eller far.

Disse synspunkter begrunner imidlertid ikke at det skal være opp til linjens øverste ledd å bestemme over linjens arverett.

Avgjørende er, foruten bruddet på arverettslige grunnregler, også manglende harmoni og konsekvens i forhold til reglene om avslag på falt arv. Ved avslag regnes avslags giver som død før arvelater, slik at den avslåtte arv fordeles på de som etter lovens arvegangsregler trer inn som aktuelle arvinger, se al § 74 tredje ledd første punktum. Dette er både en naturlig regel, og i tråd med arverettslige grunnregler.

Det må i denne sammenheng også pekes på logisk inkonsekvens ved at en arving har større råderett over linjens ventede arv enn han har over falt arv. Etter at arven har falt består rådighetsbegrensningene strengt tatt ikke av annet enn at arvingen må betale høyere arveavgift, dersom han ønsker å fordele de arvede midler til andre enn de avslagsreglene utpeker.

En presiserende tolking av al § 45 i tråd med al § 74 har derfor sterke grunner for seg.

Å legge rådigheten over en hel linjes legalarverett til linjens øverste ledd er så sterkt i strid med arverettslige grunnregler at det må kreves gode argumenter, og solid rettskildemessig forankring før en slik regel kan oppstilles.

Argumentet fra Arvelovkomitéen 1846 om at arvelater skal slippe ubehaget ved å opprette testament, er åpenbart ikke holdbart. Ved en vurdering i dag kan det dessuten pekes på at synet på testamentet som slektskrenkende har endret seg de siste 150 år.

Rettskildemessig er det selvfølgelig et viktig argument at lovteksten er klar, og utvetydig oppstiller to ulike regler for henholdsvis livsarvinger og utarvinger. Bestemmelsen er for utarvingene svakt begrunnet i forarbeidene – om begrunnet i det hele tatt. De begrunnelser som er gitt vedrørende livsarvinger danner ikke grunnlag for en antitese i forhold til utarvinger.

Heller ikke foreldrerollen gir grunnlag for bestemmelser om avkommets legalarverett. Noe pater postestas har verken fedre eller mødre etter gjeldende norsk rett, og heller ikke vergemålet gir grunnlag for å frafalle arv på vegne av mindreårige uten overformynderiets samtykke.

Innen nordisk rett er det allerede betydelige forskjeller.⁸⁷⁹ Nordisk rettsenhet er således intet tungtveiende argument. Derimot er likheten med dansk rett, herunder de nylig reviderte avkallsregler, et selvstendig argument. I dette tilfeller bør imidlertid begge land endre sine lovbestemmelser.

Min konklusjon er derfor at ordlyden i al § 45 første ledd annet punktum må tolkes kraftig innskrenkende hva angår utarvingene, slik at reglene for livsarvinger og utarvinger blir sammenfallende. Dermed kommer rettsregelen i samsvar med arverettslige grunnregler, og det oppnås harmoni med avslagsreglene i al § 74.

⁸⁷⁹ Se *Lødrup*, Nordisk arverett side 374-377.

63.3 Gjelder kravet om rimelig vederlag bare når avkallsgiver er død før arvelater?

Tidligere har en ”nær enstemmig norsk juridisk teori” anført at bestemmelsen i al § 45 første ledd annet punktum vedrørende livsarvinger ikke kan forstås etter sin ordlyd.⁸⁸⁰

Med henvisning til forarbeidene anføres det at kravet til rimelig vederlag for at avkallet skal være bindende for linjen bare gjelder dersom avkallsgiver dør før arvelater. Jeg har tidligere vært i stor tvil omkring dette spørsmålet. Derfor er *Aslands* beskrivelser av mine synspunkter som ”tilsynelatende motsatt” helt berettiget. Asland gjengir følgende av mine uttalelser:

”Riktignok sier forarbeidene at det er situasjonen hvor avkallsgiver dør først man har hatt for øye. Denne – ifølge forarbeidene – tilfeldige begivenhet kunne virke urimelig overfor hans livsarvinger. Dette har vært motivet for å lage regelen. Man kan ikke av det umiddelbart trekke den slutning at det motsatte skal gjelde hvor arvelater dør først. Det vil jo tross alt være normalsituasjonen. Avkallsgivers livsarvinger vil også her normalt være under fortsatt oppfostring. Denne situasjonen faller inn under begrunnelsen for regelen. Videre vil denne regelen kunne tas som et uttrykk for at til tross for barnets avkall skal noe føres videre nedover slekten. Enten indirekte gjennom et vederlag, eller direkte ved arv til barnebarna.”⁸⁸¹

Asland finner å kunne slutte seg til disse synspunkter, og fortsetter for egen del slik:

”Jeg finner det vanskelig å tolke en klar ordlyd innskrenkende ut i fra en antitetisk slutning fra et eksempel i forarbeidene. Etter mitt syn skal det ganske mye til [for] å fravike lovens ordlyd i tilfeller hvor ordlyden, som her, er rimelig klar og entydig. Legger man ordlyden til grunn vil man dessuten få en mer forutsigbar regel enn ved å følge forarbeidene og teorien. Dersom avkallsgiveren har livsarvinger, må han få vederlag for at avkallet skal binde livsarvingene hans. Dette må arvelater ta hensyn til. Skulle man ha en regel hvor avkallet kanskje er bindende avhengig av om avkallsgiveren overlever arvelater eller ikke, ville rettsstillingen være usikker både for arvelater og de som arvelater har tilgodesett for eksempel ved testament i tiltro til at avkallet var bindende. Tar man loven på ordet, er det eneste usikkerhetsmomentet, om en barnløs avkallsgiver senere skulle få livsarvinger: Som mothensyn mot å legge ordlyden til grunn kan anføres at avkallsregelen i arveloven av 1854 ikke inneholdt unntak fra utgangspunktet om at avkallet også binder avkallsgivers livsarvinger. Heller ikke den danske avkallsregelen inneholder

⁸⁸⁰ Slik *Arnholm*, Arveretten side 28-29, *Hambro*, Arveloven side 267 og *Lødrup*, Arverett § 26 II 4, side 279-280. Klart motsatt *Asland*, *Uskifte* side 117-120 og ”tilsynelatende motsatt” *Unneberg*, Arveretten side 251-252. Formuleringene ”nær enstemmig norsk juridisk teori” og ”tilsynelatende motsatt” er hentet fra *Asland*, *Uskifte* side 117. Samme sted (note 300) viser Asland også til at *Jens Edvin A Skoghøy* (Jens Edvin Andreassen) i artikkelen *Uskiftet bo og gjengifte*, LoR 1980 side 223-236 (på side 226) heller ikke synes å reservere regelen til bare å gjelde tilfeller hvor avkallsgiver er død før arvelater. Asland viser videre til at jeg i artikkelen *Avtaler om arv – en oversikt*, inntatt i *Jubileumsskrift; Fra driftssentralen til Teorifagbygget*, Tromsø 2004 side 187-200 på side 194 uttaler at jeg er enig med flertallet av forfattere *de lege lata* men uenig *de lege ferenda*.

⁸⁸¹ *Unneberg*, Arveretten side 151, gjengitt *Asland*, *Uskifte* side 119.

noe slikt unntak. Hensynet til nordisk rettsenhet eller harmoni med eldre rett er etter mitt syn ikke særlig tunge argumenter når loddet på den andre siden er en klar ordlyd.”⁸⁸²

Jeg er i det vesentlige enig i det ovenfor refererte – herunder også egne uttalelser. Når jeg nå finner spørsmålet utvilsomt, er det dels ut fra en supplerende argumentasjon om hvordan forarbeidene må forstås, og betydningen av reelle hensyn. Det avgjørende for mitt nå sikre standpunkt er imidlertid en helhetlig forståelse av det systematiske forhold mellom testamentsarverett og legalarverett.

For det første er det standpunkt den øvrige teori har inntatt ikke særlig godt underbygget i forarbeidene – sett under etter. Som gjennomgått under pkt 63.2 var Arvelovkomitéens standpunkt begrunnet i de særlige forhold som etter komiteens mening foreligger når avkallsgiver dør før arvelater, men som altså ikke resulterte i et formulert lovforslag. Departementet var tilbøyelig til å være enig med

Arvelovkomitéen i at det kunne gjøres unntak for særlige arvinggrupper.

Departementet ga imidlertid uttrykk for at dette ikke bare var den gruppen

Arvelovkomitéen ville beskytte mot deres ondsinnede foreldre, nemlig barn som hadde trådt inn i posisjonen som nærmeste arving etter opphavets død. Departementet ville beskytte livsarvingene til arvelaters livsarvinger.

”Departementet er tilbøyelig til å være enig i at det kan være rimelig å gi visse arvingers livsarvinger beskyttelse mot arveavkall som er gitt uten vederlag, men dette bør i alle fall bare gjelde når avkallet er gitt av arvelaterens *livsarving*, slik at dennes livsarvinger også er livsarvinger. Disse har jo ellers en beskyttet arverett etter arvelateren, jfr. reglene om plikt del.”⁸⁸³

På den ene side kan formuleringen ”i alle fall bare gjelde” tas til inntekt for at departementet mente at unntak hvor avkallsgiver er død før arvelater bare skal gjelde når avkallet er gitt av en livsarving. Fremhevelsen av pliktdelsreglene og arvelaters livsarvinger som arvinggruppe tyder på den annen side mer på at det var gruppen den avkallsgivende livsarvingers linje departementet ønsket å beskytte – idet disse står i en særlig arverettslig stilling. Den gitte begrunnelse tyder på at det var linjens pliktdelsrett som var avgjørende for departementet, uavhengig om de ved arvefallet hadde aktuell arverett eller ikke. I tillegg til Aslands argumentasjon omkring betydningen av en klar ordlyd, kan det her også pekes på at utformingen av

⁸⁸² *Asland*, Uskifte side 119-120

⁸⁸³ *Prp36* side 170-I.

departementet lovforslag tyder på at det var livsarvingenes særlige arverett, og ikke de faderløses vanskelige stilling, som sto sentralt for departementet.

Det som for meg har skapt tvil om hvordan al § 45 på dette punkt bør forstås er først og fremst reelle hensyn, og i mindre utstrekning systembetraktninger eller ordtolking av forarbeidene. Det er ikke vanskelig å peke på gode grunner for at pliktdelskrenkende testament, som arvelater med sine barns samtykke har opprettet til fordel for ektefelle eller samboer, bør oppfylles fullt ut selv om et eller flere av hans samtykkende barn er døde før ham. Jeg antar det er denne situasjonen som har stått sentralt også for andre forfatteres standpunkter.

Under oversikten ovenfor om de ulike faktiske situasjoner hvor avkallsreglene kan få betydning, har jeg pekt på at et rent samtykke til pliktdelskrenkende testament er noe annet enn avkall på ventet arv. Som nærmere gjennomgått under kapittel 53 er et slikt samtykke en fraskrivelse av pliktdelsrett, og ikke av legalarverett. Samtykket utvider arvelaters testasjonskompetanse, uten samtidig å frata samtykkegiver hans legalarverettigheter – selv om redusert eller bortfalt arvelodd som oftest blir det faktiske resultatet av samtykket. Under kapittel 53 har jeg konkludert med at fordi retten til å protestere mot et pliktdelskrenkende testament er en form for løsningsrett som bare tilkommer nærmeste livsarving (som er den eneste med aktuell rettslig interesse), er et forhåndssamtykke fra nærmeste livsarving som fortsatt er i live ved arvefallet bindende for ham og for hans linje, selv om det er gitt uten vederlag.

Hvis derimot den samtykkegivende livsarving er død før arvelater, rykker hans livsarvinger opp som nærmeste livsarvinger, og får dermed en selvstendig rett til, og en aktuell rettslig interesse i, å angripe det pliktdelskrenkende testamentet.

Ser man derimot på situasjonen hvor nærmeste livsarving har avgitt en ensidig erklæring om at han intet vil arve, uten vederlag, og uten at arvelater har opprettet noe testament, er det vanskelig å se reelle hensyn som taler for at hele samtykkegivers linje skal være utestengt fra arv – enten avkallsgiver er i live ved arvefallet eller ikke. Er nærmeste livsarving i live ved arvefallet, og forutsatt at hans avkall er og var gyldig, er den naturlige løsning å la avkallet få samme virkning som avslag på falt arv, nemlig at arven går videre til avkallsgivers livsarvinger.

De i praksis antakelig mest forekommende grunner til at en arving gir avkall på ventet arv, er at han ønsker at arven skal gå videre til egne livsarvinger, at han ønsker arven sin på forskudd eller at han som livsarving er bedt om å samtykke til et pliktdelskrenkende testament. Er det avtalt at arven skal gå videre til avkallsgivers livsarvinger, er situasjonen løst. Det samme gjelder hvor livsarvingen har fått arveforskudd som utgjør et rimelig vederlag. Samtykke til pliktdelskrenkende testament kan gis uavhengig av linjen, selv om det faktisk fører til at linjens arverett blir redusert eller faller bort. Sin subsidiære legalarverett har imidlertid linjen i behold, se kapittel 53.

Den konkrete avkallserklæring må tolkes for å avklare hva arvingen og arvelater mente. Ofte vil situasjonen omkring avkallet gi gode holdepunkter for hva som var meningen, eksempelvis hvor far har snakket med sine barn om å sikre sin nye kone eller samboer.

Svaret på om kravet til rimelig vederlag bare gjelder når avkallsgiver er død før arvelater må som utgangspunkt besvares benektende, så fremt det dreier seg om et fullstendig avkall på posisjonen som legalarving. Hvis det derimot dreier seg om samtykke til pliktdelskrenkende testament, er det uansett intet krav om vederlag for at samtykket også skal binde den samtykkende livsarvings linje. Samtykket er imidlertid bare bindende for livsarvinger lenger ned i linjen så fremt det ved arvefallet finnes livsarvinger foran dem i arverekken.

63.4 Hva er rimelig vederlag eller arveforskudd?

Arveforskudd som begrunnet bortfall av legalarverett ble av Arvelovkomitéen 1846 beskrevet som at arvingen ”allerede i Forveien har oppebaaret, hva der maatte tilkomme ham i Arv”.⁸⁸⁴ Når al § 45 bruker kriteriet rimelig vederlag, er det ut fra samme betraktninger om at linjen gjennom vederlaget eller arveforskuddet allerede har mottatt sin arv.

Ved at et avkall kan gjøres for hele eller deler av arven, blir spørsmålet om det er gitt rimelig vederlag nødvendigvis ikke et enten eller.

⁸⁸⁴ Arvelovkommisjonen 1846 side 117-II.

I forarbeidene er det presisert at ”spørsmålet om hvor omfattende et arveavkall er, i prinsippet må bero på en tolking av avkallet i det enkelte tilfelle”.⁸⁸⁵ Selv om det ikke sies uttrykkelig, må departementet forstås slik at størrelsen av et eventuelt vederlag også får betydning for hvor omfattende avkallet må oppfattes.

Arvelovkomitéen hadde i sitt utkast foreslått en regel om at avkall gitt av arvelaters livsarving bare var bindende for avkallsgivers livsarvinger ”så langt det er gitt mot vederlag”, med avregning i arvelodden etter samme regler som ved avkorting.⁸⁸⁶ Departementet mente derimot at en slik avregningsregel ville kunne ”skape usikkerhet om arveoppgjøret og bli vanskelig å praktisere”.⁸⁸⁷ Departementet fremholdt videre at ”de beste grunner taler for å legge vekt på om avkallet overhodet er gitt mot vederlag, uten at det er nødvendig med en avregning som foreslått av Arvelovkomitéen”. Departementet foreslo derfor at avkall gitt av arvelaters livsarving ikke skulle være bindende for avkallsgivers egne livsarvinger dersom det var gitt ”uten vederlag”.⁸⁸⁸ Justiskomiteen endret dette til ”utan rimeleg vederlag”, og begrunnet dette slik:

”Spørsmålet om eit vederlag er rimeleg eller ikkje, vil vere eit tolkingsspørsmål i det enkelte tilfelle. Det vil vere vanskeleg å stille opp generelle retningslinjer for ei slik tolking. Utgangspunktet må vere om vederlaget var rimeleg på det tidspunkt arveavkallet vart gitt. Om tilhøva seinare har endra seg i den eine eller den andre retning, skulle dette ikkje få noko å seie for vurderinga av spørsmålet, med mindre det er tale om uriktige føresetnader eller føresetnader som ikkje slår til. Vidare må ein halde for auga at det vert eit rimeleg arveoppgjer.

I prinsippet vil spørsmålet om kor omfattande eit arveavkall er, bero på ei tolking av den erklæring som er gitt. Av betydning for denne tolkinga vil også vere storleiken av vederlaget, uavhengig av det tillegg NEMNDA har gjort framlegg om.”⁸⁸⁹

Når det skal ses hen til vederlagets størrelse ved vurderingen av avkallets omfang, må det tas forebehold for at noe annet kan være avtalt. Når en arving kan gi fullstendig avkall uten vederlag, kan han selvfølgelig også gi fullstendig avkall mot et beskjedent vederlag.

Selvstendig betydning – utover å være et tolkingsmoment – har vederlagets størrelse først og fremst som vilkår for at avkallet skal omfatte avkallsgivers linje. Er det gitt et beskjedent vederlag, kan dette eksempelvis skyldes at avkallsgiver og arvelater har avtalt eller forutsatt at avkallsgiver får et lite arveforskudd og at resten av linjens arv tilfaller avkallsgivers livsarvinger ved arvefallet. Har avkallsgiver fått et

⁸⁸⁵ *Prp36* side 170 annen spalte.

⁸⁸⁶ Se *Utk62* side 212-I.

⁸⁸⁷ Det fremstår på denne bakgrunn som noe inkonsekvent at man likevel beholdt disse reglene i avkortingstilfellene.

⁸⁸⁸ Se lovutkastet § 45, *Prp36* side 216 første spalte.

⁸⁸⁹ Se *InnstXIX* side 17.

beskjedent vederlag for å gi avkall på hele linjens arverett, medfører lovens regler at avkallet likevel ikke setter linjens legalarverett helt til side.

På bakgrunn av de ovenfor refererte forarbeider må det i et slikt tilfelle vurderes om avkallet skal ses helt bort fra, eller om det skal betraktes som et avkall for bare deler av arven – rimelig tilsvarende vederlaget.

Dersom linjen er arvelaters livsarvinger følger dette direkte av lovens ordlyd, men tilsvarende gjelder etter min mening også overfor utarvinger med mindre arvelater har disponert over arven ved testament, jf pkt 63.2. Har arvelater opprettet testament, må det også i forhold til livsarvinger vurderes om nærmeste livsarving i linjen har utvidet arvelaters testasjonskompetanse ved å forhåndssamtykke til pliktdelskrenkelsen, jf pkt 63.3 og kapittel 53.

I Arvelovkomitéens forslag til avregningsregler ble det presisert at det var arvelaters formuesforhold på dødsfallstidspunktet som skulle være avgjørende.⁸⁹⁰ Justiskomiteen rettet imidlertid dette til at det i utgangspunktet skulle være forholdene da avkallet ble gitt som var avgjørende, med mindre det forelå bristende eller uriktige forutsetninger, se sitat ovenfor. I dag vil avtalerevisjon også kunne skje etter avtl § 36, hvilket er godt i samsvar med Justiskomiteens uttalelse om viktigheten av et rimelig arveoppgjør.

Lovens forutsatte utgangspunkt for vurderingen av om vederlaget var rimelig, er formuesforholdene da avkallet ble gitt. Selv om senere utvikling i arvelaters formuesstilling kan føre til at vederlaget i ettertid isolert sett synes urimelig, må det i en helhetlig vurdering også ses hen til diskonteringsbetraktninger, disponeringsfordeler, aksepterte usikkerhetsmomenter osv. Antakelig må det også ses hen til hvem som tok initiativet. Er det arvingen som bevisst tar en sjanse fordi han ønsker seg arven nå, skal det en mer kvalifisert urimelighet til enn om det er arvelater som deler ut arveforskudd med beskjed om at arvingen med dette har fått sitt.

Det siste eksemplet synliggjør enda et behov for harmonisering og samordning av de ulike regelsett om legalarveavtaler. Etter avkortingsreglene vil en senere formuesøkning hos arvelater være til fordel for arvingen som har mottatt en avkortingspliktig gave, idet avkortingen bygger på arvelaters formuesforhold ved arvefallet og gavens (nominelle) verdi da den ble gitt. For arvingen som har gitt fullstendig avkall på arv mot et vederlag, som var rimelig da avkallet ble gitt, får

⁸⁹⁰ Se *Utk62* side 212-I.

formuesøkningen etter forarbeidene bare betydning dersom den er så betydelig at avtalerettslige revisjonsregler kommer til anvendelse.

63.5 Avkall fra arvelaters ektefelle

63.5.1 Avkall på legalarv

Reglene i al § 45 er utformet med tanke på slektsarvinger. Riktignok hadde gjenlevende ektefelle en begrenset legalarverett overfor utarvinger allerede i 1854-loven, og som i 1937 ble utvidet til også å gjelde i konkurranse med livsarvinger. Ektefellens avkall på arverettigheter er imidlertid ikke omtalt i forarbeidene verken til arveloven av 1854 eller av 1972. Det kan således hevdes at al § 45 bare regulerer avkall på slektsarv, ikke på ektefellearv. Reglene i al § 45 må imidlertid anvendes så langt de passer.

Forståelse av avkallsreglenes anvendelse ved avkall fra ektefellen er betinget av en oversikt over lovens arvefordelingsregler. Når arvelater etterlater seg ektefelle, fordeles *legalarven* mellom to grupper legalarvinger, *slektsarvingene* og *ektefellen*, se al § 1 tredje ledd, § 2 fjerde ledd og § 3 første ledd.

Ektefellearveretten er personlig, mens slektsarveretten tilkommer slekten som gruppe. Den viktigste forskjell ligger i linjesystemet. I lovens arvetavle går slektsarveretten i utgangspunktet ubegrenset nedover i linjen. Ektefellearveretten omfatter – naturlig nok – bare ektefellen personlig. Av denne grunn faller hele ektefellearven bort ved en ektefelles død. Det følger for såvidt også al § 8 og § 71. En slektsarvings død medfører ingen endringer i *slektens* arverett. Det skjer bare en intern forrykking. Som nevnt ovenfor må grunnregelen være at et avkall – som et avslag – i utgangspunktet medfører at arven fordeles som om avkallsgiver var død før arvelater, med mindre arvelater selv i testament har bestemt noe annet. Avkallet medfører derved at arveretten overføres til noen andre (men som følge av lovens arvegangsregler og ikke som en styrt avhendelse fra arvingens side).

Dør arvelaters ektefelle før ham, finnes det som nevnt ingen linje ektefellearven går videre til. Virkningen av ektefellens avkall blir i resultatet likevel at slektsarvingenes arverett utvides. Men dette er ikke en konsekvens av at de trer inn i den avkallsgivende ektefellens legalarverett (ektefellearven), men at slektsarvingene

slipper å dele legalarven med en annen ”arvinggruppe” – ektefellen. Konsekvensen av ektefellens avkall er at arvefordelingsreglene al § 1 tredje ledd, § 2 fjerde ledd og § 3 første ledd ikke lenger kommer til anvendelse.

Ektefelle som gir avkall på ventet arv, kan like lite som slektsarvingene selv styre arven videre. Begge arvinggrupper kan trekke seg ut av sin egen arvingposisjon, slik at arven etter loven fordeles som om det ikke fantes noen arving i den aktuelle arvingposisjon. Ektefellen kan imidlertid, som slektsarvingene, gjøre sitt avkall betinget av at arvelater oppretter testament av et bestemt innhold.

Ektefellens avkall kan omfatte hele eller deler av ektefellearven, herunder kan det eksempelvis gis avkall på minstearvsrett men med forbehold om å beholde brøkdelsarveretten.⁸⁹¹

Som for livsarvinger må det skilles mellom selve legalarveretten i al § 6, herunder minstearvsretten, og lovens beskyttelse av ektefellens legalarverettigheter mot den annens testamentariske disposisjoner i al § 7. Se til sammenligning kapittel 53 om livsarvingers fraskrivelse av lovbeskyttelsen i al § 29, herunder pkt 53.9 om ektefellens fraskrivelse av lovbeskyttelse. Ved en ektefelles samtykke til testamenter som griper inn i hennes legalarverettigheter, må det konkret avgjøres om det bare er retten til å angripe testamentet som fraskrives, eller om det også foreligger avkall på legalarverettigheter. Tilsvarende gjelder i forhold til al § 11, jf nedenfor.

For gjenlevende ektefelles rettigheter ved det sammensatte skiftet, må det videre skilles mellom avkall på legalarverettigheter og avkall på rettigheter som springer ut av ektefellers formuesordning, el §§ 42-44 jf § 54. Om forholdet mellom testasjoner og dødsdisposisjonsektepakter (ektepakter som inneholder dødsdisposisjoner) viser jeg til pkt 43.3. Den generelle retningslinje er at frafall av rettigheter som den annen ektefelle kunne ha grepet inn i ved testament regnes som avkall på arv. Rettigheter som bare kan påvirkes gjennom ektepakt (eller bestemmelse fra giver eller arvelater) omfattes derimot av de arverettslige avkallsregler.

Under det sammensatte skiftet kan ektefellen fritt frafalle sine rettigheter fastsatt i ekteskapslov eller ektepakt, se al § 65 jf § 77. Bindende forhåndsfracfall må

⁸⁹¹ Se eksempelvis *LB 1999 1780* hvor en ektefelles avkall på arv, avgitt før minstearvsreglene var innført, ble ansett også å omfatte minstearvsretten. Anke til Høyesterett ble nektet fremmet, se *HR 2000 00778*.

imidlertid være gjort i ektepakt i henhold til el §§ 42-44, eventuelt som en omgjøring av tidligere ektepakter, jf el § 46 første ledd.

Om forhåndsfraskrivelse av materielle skifterettigheter, dvs adgangen til å inngå forhåndsavtaler som innebærer et frafall av lovgitte rettigheter til å beholde eller overta eiendeler på skiftet, se nærmere pkt 45.6. Spørsmålene er drøftet både i forhold til ekteskapsrettslige, arverettslige og skifterettslige regler.

Ektefellens sammensatte rettighetsposisjon viser seg også gjennom uskiftereglene, se nedenfor.

Under pkt 63.1.5 ble kravet om arvelater som adressat for avkallsløftet gjennomgått. Hovedbegrunnelsen for kravet bygger i norsk rett på skillet mellom det overfor arvelater å gi avkall på sin arverett og det å overdra arveretten til sine medarvinger. Hovedforskjellen ligger i at ved avkallsløfte med arvelater som adressat, kan også arvelater frigjøre arvingen fra hans avkallsløfte.

På et punkt må det derimot gjøres et unntak fra kravet om at avkallsløftet må gis overfor arvelater selv, nemlig hvor gjenlevende ektefelle i uskifte ønsker å gi avkall på ventet arv etter førstavdøde. Etter al § 45 tredje ledd er hun selv adressat for avkall på ventet arv etter førstavdøde mens uskiftet består. Det er mulig å skape en vanskelig rettssituasjon ved å vurdere spørsmålet etter de retningslinjer som under pkt 63.1.5 er trukket opp for situasjon hvor arvelater ikke kan motta avkallet – men er i live. Alternativt må det gjøres unntak fra regelen om at avkallet ikke kan gis overfor de arvinger avkallet er til fordel for, og la gjenlevende i uskifte gi bindende avkall på sin arv etter førstavdøde overfor uskiftearvingene. I realiteten dreier det seg om et avslag på falt arv. Gjenlevende og førstavdødes arvinger kunne ha foretatt et skifte, og derved kunne gjenlevende gitt avslag på falt arv. I en forhåndssituasjon, hvor gjenlevende forhandler med førstavdødes arvinger om uskifte, kan det tenkes at eksempelvis førstavdødes særlivsarvinger, vil samtykke til uskifte så fremt gjenlevende fraskriver seg sin rett til legalarv ved livstidsskifte. I denne situasjonen må gjenlevende kunne gi avslag på deler av sine legalarverettigheter, dvs legalarven, men beholde uskifteretten – om enn betinget av samtykke. Det finnes ingen tungtveiende grunner til ikke å la gjenlevende kunne frafalle sin rett til legalarv ved livstidsskifte, også under uskiftet.

Begrunnelsen for at gjenlevende ektefelle i uskifte er adressat for avkall på ventet arv etter førstavdøde, retter seg først og fremst mot førstavdødes slektsarvinger og er begrunnet i det ovennevnte skille mellom avkall og avhending. Når gjenlevende gjøres til adressat for avkallsløfter, er dette også en praktisk konsekvens av at arvefallet ikke er ansett inntrådt selv om arvelater er død. Førstavdødes arvinger vil derved ikke ha noen adressat for sine avkallsløfter. Dersom det er gjenlevende selv som ønsker å gi avkall på sin rett til legalarv ved livstidsskifte, faller denne situasjonen utenfor det sentrale anvendelsesområdet for al § 45 tredje ledd.

Synspunktet om at arvefallet ikke er inntrådt er på mange måter bare en rettslig konstruksjon, på samme måte som hvor arvelater i testament har fastsatt utsatt arvefall – typisk ved sekundærttestasjoner. Det kan ikke stride mot grunnleggende arverettslige regler å tillate gjenlevende ektefelle i uskifte å forhåndsfrafalle sin legalarverett både før og etter at uskiftet etableres.

63.5.2 Avkall på uskifterett

Ved en fremstilling av reglene om ektefellens avkall på uskifterettigheter, må det på samme måte som vedrørende legalarveretten foretas en avklaring av uskifterettens arverettslige status. Dette er gjort i kapitlene 72 og 74. Anvendelsen av ekteskapsrettslige regler ved skifte av uskiftebo er særskilt drøftet i kapittel 73. Ved siden av avklaringen av den arverettslige status, må det, som påpekt generelt under pkt 61.2, ses hen til i hvilke situasjoner spørsmål om avkall på uskifterettigheter kommer på spissen. Jeg viser her til oversikten i kapittel 75 over ulike situasjoner for avtaler om uskifte og over hvilke rettsregler som kommer til anvendelse.

Retten til uskifte har tradisjonelt vært en konsekvens av formuesordningen felleseie, og innebar opprinnelig bare en rett til å utsette felleseieskiftet med felles livsarvinger etter ektefellens død, se kapittel 72. Etter min mening må uskifteretten i dag betraktes som en legalarverettighet, se kapittel 74. Ved ektefellens død har gjenlevende to alternative arverettigheter. For det første kan gjenlevende foreta et felleseieskifte med førstavdødes arvinger etter reglene i el kap 15, og deretter kreve sin

legalarv i henhold til al § 6 første eller annet ledd.⁸⁹² For det annet kan gjenlevende velge å overta hele førstavdødes formue i henhold til sin uskifterett i al § 6 tredje ledd. Den tradisjonelle oppfatning er at uskiftet utsetter felleseieskiftet, slik at dette først foretas ved skifte av uskifteboet. Som jeg kommer tilbake til i kapitlene 72, 73 og 74, må felleseieskiftet etter min mening anses avsluttet ved uskiftets etablering, slik at delingen mellom førstavdøde og lengstlevende ved uskiftets opphør er et arverettslig delingsoppgjør. Både ektefellers formuesordning og formuesforhold har betydning for retten til uskifte og for delingen av uskifteboet. Er det særeiemidler som overtas uskiftet, foretas ”skifteoppgjøret” ved etableringen av uskiftet, hvor det skal forhåndsfastsettes et delingstall for den senere deling av uskifteboet. Det samme gjelder ved uskifte mellom samboere. Systemet er i prinsippet det samme hvor førstavdøde etterlater seg felleseiemidler, men i dette tilfellet er delingstallet fastsatt i loven – og er ikke avhengig av ektefellenes formuesstilling før dødsfallet.

For spørsmål om en ektefelles avkall på uskifterettigheter må denne systematikk ligge i bunn. Avtaler om formuesordningen følger ekteskapsrettslige regler, selv om formuesordningen får konsekvenser for uskifteretten. De sider ved uskiftet ektefellene kan påvirke ved testament som alternativ til ektepakt om formuesordningen, se pkt 43.3, vil derimot normalt også kunne reguleres gjennom avkall på arverettigheter. Kan en ektefelle frata den annen rett til uskifte ved testament, må den berettigede også kunne gi arverettslig avkall på den samme rett.⁸⁹³

Som det fremgår av oversikten i kapittel 75, må det i forhold til avtaler om uskifte gjøres en rekke inndelinger og tas en rekke forutsetning, hvilket gjør at en samlet fremstilling nødvendigvis må begrense seg til hovedregler og prinsipper.

⁸⁹² Om krav til rettslig interesse i et felleseieskifte når gjenlevende er enearving etter minstearvsreglene i al § 6 første ledd eller overfor tredje arvegangsklasse i henhold til al § 6 annet ledd jf § 3, se til sammenligning pkt 56.2.5 om det tilsvarende spørsmål hvor gjenlevende arver alt etter førstavdøde i henhold til gjensidig testament.

⁸⁹³ I *Utk62* side 211-II sies riktignok følgende: ”Retten til uskifte kan en ektefelle ikke gi avkall på overfor den annen ektefelle. Uskifteordningen er nemlig en legal følge av formuesordningen mellom ektefellene.” Denne uttalelse må imidlertid ses på bakgrunn Arvelovkomitéen forslag om ikke å gi gjenlevende legalarverett overfor livsarvinger, bare rett til uskifte. Dette forhold påpekes også av departementet, som deretter tilføyde: ”Departementet antar i prinsippet at en avtale mellom ektefellene hvor den ene fraskriver seg retten til uskifte, i prinsippet er gyldig, selv om den ikke er inngått i ektepakts form. Slike avtaler må imidlertid antas å være så sjeldne at det ikke er grunn til å gi lovregler om dem.” Heller ikke departementet traff helt på problemstillingen, som ut fra det ovenstående går ut på at det må skilles mellom uskifteordningens arverettslige og ekteskapsrettslige regler.

Avtaler om uskifte må inndeles i avtaler om rett til uskifte, om rådigheten over uskifteboet (ved henholdsvis livsdisposisjoner og testament) og om delingen av uskifteboet. For delingsavtaler må det skilles mellom delingen mellom ektefellene eller samboerne, og den interne arvefordeling innen hver av arvinggruppene. Oppdelingen er nødvendig fordi rettsreglene varierer med de ulike situasjoner.

Det vil føre for langt – både under overskriften avkall og generelt i avhandlingen – å drøfte alle de ulike spørsmål som følger av denne systematiske oppdeling. Under fremstillingen av avkall på ventet arv skal jeg bare peke på noe av systematikken og regelstrukturen som følger av uskifteordningen, og påpeke hvilken betydning dette har for en ektefelles avkall på ulike uskifterettigheter etter arverettslige regler.

For det første må det skilles mellom avkall på enkeltrettigheter og på hele uskifteretten under ett. Sistnevnte er avkall på en alternativ arverettighet, jf al § 6 tredje ledd. For slike avkall gjelder de samme regler som for avkall på arverett etter al § 6 første eller annet ledd.

For rett til uskifte med sær eiendommer kan dette alternativt gjøres ved å omgjøre ektepakt i henhold til el § 43, jf el § 46 første ledd. Retten til uskifte med sær eiendommer kan i utgangspunktet også fratras ektefellen ved testament, men oppfanges i så fall av al § 7 og § 11. Det må i tilfelle også foretas en konkret tolking av om ektepakten etter el § 43 også må forstås som en arvepakt i henhold til al § 56. Formkravene vil den normalt oppfylle, se pkt 43.3.

Mer komplisert er avkall på de enkelte bestanddeler av uskifteretten. Det generelle utgangspunktet etter al § 45 første ledd første punktum er at gjenlevende kan gi avkall ”på ein del av den”. Direkte omfatter dette bare avkall på deler av den formue man ville arvet, og må tilsvarende direkte bare gjelde avkall på retten til uskifte hva angår deler av førstavdødes formue. De konkrete problemstillinger knytter seg til avkall som redskap ved forhåndsavtaler om gjenlevendes rådighet over uskifteboet (i live og ved testament) og avtaler om delingen av uskifteboet.

Avtaler om begrenset rådighet over uskifteboet ved livsdisposisjoner, må vurderes på linje med avkall på rettigheter som er en følge av legalarverettigheten. Mest nærliggende er en sammenligning med en legalarvings – herunder ektefellens – forhåndsfraskrivelse av begrensede eierbeføyelser som normalt følger med den arvede eiendomsrett. På samme måte må gjenlevende kunne forhåndsfraskrive seg deler av de

eierbeføyelser som følger med uskifteretten. Enten det dreier seg om ensidige løfter eller gjensidig forpliktende avtaler, er dette ikke arveavtaler, men ordinære formuesrettslige eller tingsrettslige avtaler. Til sammenligning vises det til kapitlene 45 og 46 om forhåndsskifteavtaler og andre avtaler som ikke er knyttet til arvingposisjonen, men som er betinget av et senere erverv ved arv. Hvorvidt gjenlevende blir bundet av avtalen avhenger av om betingelsen inntreffer, herunder at gjenlevende arver eller overtar uskiftet slik det er forutsatt i avtalen.

Ytterligere kan det sammenlignes med avkall på skifterettigheter som kan gjøres uten samtidig å gi avkall på selve arverettigheten, se 63.7. Tilsvarende betraktninger gjøres også ved avkall på lovbeskyttelse mot testamentariske disposisjoner. Sammenlign for ektefellearv pkt 53.9. Slike avkall omfattes ikke av eventuelle begrensninger som følger av avkallsreglene.

Noe tilsvarende gjelder for gjenlevendes avkall på testasjonsrådighet over uskifteboet. Som påpekt i 52.3 kan gjenlevendes testasjonsrådighet over uskifteboet ikke utvides ved avtale. Slike avtaler må i tilfelle knytte seg til avtaler om delingen av uskifteboet, se nedenfor. Et avkall på testasjonsrådighet oppfanges ikke av disse regler, men heller ikke av de vanlige avkallsreglene – slik det også gjelder for frafall av rådighet i live. Fraskrivelse av testasjonskompetanse kan bare gjøres ved arvepakt, se al § 56 og pkt 54.2. Verken uskiftereglene eller avkallsreglene er imidlertid til hinder for gjenlevendes fraskrivelse av testasjonskompetanse gjennom arvepakt.

63.6 Avkall på arv fra samboer

Ved at gjenlevende samboer fra 2009 på nærmere betingelser både har legaluskifterett og legalarverett, får reglene om avkall på ventet arv, herunder på retten til uskifte, også betydning for samboere. Som utgangspunkt gjelder de samme regler som ved ektefellearv, dog slik at de særlige regler om ektefellers formuesordning ikke kompliserer. Både i forhold til legalarverett og uskifte blir forholdet som mellom ektefeller med fullstendig særeie. For uskifterett er dette uttrykkelig sagt i al § 27f annet punktum.

Gjenlevende samboers legalarverett må likestilles med ektefellearv, herunder at den anses som en konkurrerende legalarverett til slektsarvingene arverett. Lovgiver har

glemt å innarbeide nødvendige bestemmelser om dette i al § 1 tredje ledd og § 2 fjerde ledd. Det er likevel ikke tvilsomt at rettsforholdet mellom slektsarvingenes arverett og gjenlevende samboers legalarverett tilsvarer forholdet til gjenlevende ektefelles arverettigheter.⁸⁹⁴

Ved en samboers avkall på ventet arv anvendes derfor de samme regler som ved avkall fra en ektefelle, se pkt 63.5. Særlig nevnes at en samboers livsarvinger ikke utgjør en selvstendig linje som blir arveberettiget ved avkall, avslag eller død. Arveretten for samboernes felles livsarvinger utvides ved den ene samboers avkall eller avslag, men det er en følge av at slektsarveretten utvides, og ikke av at de som linje trer inn i den frafalte arvelodd.

63.7 Avkall på arverett, men beholde tilknyttede rettigheter?

Både begrepet arverett og avkall på arv brukes ofte i vid og/eller upresis forstand. Under kapittel 26 er det pekt på skillet mellom arverettigheter og skifterettigheter, og i kapittel 25 er det pekt på skillet mellom pliktdelsrettigheter og legalarverettigheter. Videre er det i kapittel 45 anført at en arving kan inngå gyldige forhåndsskifteavtaler, så fremt avtalen bare går ut på fraskrivelse av egne skifterettigheter, uten å overføre retten til andre og uten at den verdimessige fordelingen av arven berøres. Under kapittel 53 har jeg på samme måte anført at en livsarving kan forhåndsfraskrive seg sine pliktdelsrettigheter, dvs retten til å angripe et pliktdelskrenkende testament, uten at reglene om avkall på arv kommer til anvendelse – så fremt han ikke også fraskriver seg legalarveretten. Forhåndsfraskrivelse av skifterettigheter og pliktdelsrettigheter er således en annen disposisjon enn avkall på ventet arv.

Likeledes er det på det rene at en odels- eller åsetesberettiget arving kan fraskrive seg odels- eller åsetesrett i arvelaters odelseiendom uten samtidig å fraskrive seg retten til arv, se odl § 25 og pkt 45.7.

Det er således intet i veien for at en arving fraskriver seg rettigheter som mer eller mindre er knyttet til posisjonen som legalarving, uten samtidig å berøre sin legalarverett.

⁸⁹⁴ Dette burde ha fremått både av al § 1 tredje ledd og § 2 fjerde ledd, eksempelvis slik: ”Dersom arvelataren også etterlet seg ektemake *eller sambuar*, gjeld reglane i kapittel II, III og IIIA.”

I det videre er det den motsatte situasjon som skal drøftes, nemlig om en arvingen kan fraskrive seg retten til å få utbetalt arv, men likevel beholde de rettigheter som springer ut av posisjonen som arving – i hovedsak pliktdelsrettigheter og skifterettigheter.

Et fullstendig avkall må som utgangspunkt forstås som et avkall på alle arve- og skifterettigheter. Et delvist avkall får normalt som konsekvens at avkallsgiver gir avkall på deler av verdiene, men fortsatt ønsker å beholde sin posisjon som loddeier. Har arvingen gitt avkall på alt som overstiger et fastsatt beløp, må det bero på en konkret tolking om han også har fraskrevet seg sine loddeierrettigheter.

Etter legatardefinisjonen i sl § 124 er legatarvingen aldri legatar fordi hans rett ikke hviler på testament, men på loven. De skifterettslige hensyn som begrunner forskjellen mellom legatar og loddeier, får dels anvendelse på en arving som etter avkall bare har krav på et fastsatt beløp. Tilsvarende gjelder hvor gjenlevende ektefelle etter al § 6 har krav på et fastsatt beløp, eller hvor livsarvingers eller ektefelles arvelodd som følge av testament er redusert til et beløp. På den annen side taler sterkere arverettslige hensyn for å la disse beholde sine posisjoner som loddeiere. Se nærmere kapittel 26.

Med forbehold om at unntak kan forekomme, må utgangspunktet etter min mening være at en arving kan fraskrive seg hele retten til å få *utbetalt* arv, men beholde skifterettigheter og pliktdelsrettigheter. Alternativet er å gi avkall på eksempelvis 99/100 av sin arv, for derved å forbli loddeier – samtidig som han gjennom avkallet kan gjøre sine egne livsarvinger til loddeiere og pliktdelsberettigede. Helt uproblematisk må dette være i forhold til skifterettigheter. I forhold til pliktdelsretten kan det innvendes at jo mindre avkallsgivers arvelodd blir, desto mindre blir hans rettslige interesse i å angripe pliktdelskrenkende testament. I praksis kan antakelig dette løses ved at livsarvingen med liten arvelodd utløses, for derved ikke lenger å ha noen aktuell rettslig interesse.⁸⁹⁵

⁸⁹⁵ En protesterende livsarving som tilbys sin krenkede pliktdelsarv utbetalt, kan likevel påberope seg pliktdelsreglenes kvalitative side. Gjenstandslegatet er ugyldig med mindre alle livsarvinger samtykker til det. Etter den vurdering som etter tvl § 1-3 (2) skal gjøres av livsarvingens reelle behov for å få kravet avgjort i forhold gjenstandslegatøren, kan det likevel tenkes at domstolene vil avvise søksmålet under henvisning til at saksøker ved å få kjent gjenstandslegatet ugyldig likevel ikke kommer i en annen rettslig posisjon. Forutsatt at han åpenbart ikke har muligheter til selv å få gjenstanden overtatt på skiftet, og at realisering gjennom skifteoppgjøret ikke bringer ham større verdier enn hva han tilbys utbetalt. Holdbarheten i pretensjonen vil være avgjørende, se *Rt 1996 1774*.

64 Avkorting i arv

64.1 Innledning og oversikt

64.1.1 Kort oversikt over avkortingsreglene

Avkortingsreglene i al §§ 38-43 gir en arvelater adgang til å påby en utligning mellom hans livsarvinger for vesentlige gaver en eller flere av dem har mottatt i arvelaters levetid, uten at de andre har fått tilsvarende. Formålet med avkorting er utjevning mellom livsarvingene, utover hva arvelater kan fastsette i testament.

Utjevningsformålet medfører at reglene ikke er anvendelige ved gaver gitt til enearving, og heller ikke der hvor samtlige livsarvinger har mottatt tilsvarende gaver.

Utjevningsformålet har også betydning for utformingen av lovens regler om virkningene av avkorting, nemlig at det som utgangspunkt bare skal skje en intern utjevning mellom livsarvingene som ikke har betydning for fastsettelsen av gjenlevende ektefelles arvelodd eller for arvelaters testasjonsfrihet. Noe annet kan imidlertid som nevnt være avtalt, se al § 43.

Skiftelovutvalget har foreslått al § 43 endret, slik at avkortingssummen skal hensyntas ved de nevnte beregninger, se nærmere nedenfor.⁸⁹⁶

Arvelaters adgang til å påby avkorting gjelder direkte bare overfor livsarvinger.⁸⁹⁷ Den viktigste begrunnelsen for denne begrensning er at arvelater fritt kan foreta de utligninger han ønsker ved testament.⁸⁹⁸ Det er dessuten mindre grunn til å foreta avkorting mellom utarvinger uten at arvelater uttrykkelig har fastsatt det.

Arvelovkomitéen pekte på tre forhold. For det første at de fleste arvelatere etterlater seg livsarvinger og at de dessuten sjeldnere gir betydelige gaver til andre slektninger. For det annet er følelsen av at det bør være likhet svakere når det gjelder andre arvinger. For det tredje må man kunne regne med at arvelater overfor utarvinger oftere vil justere forholdene ved testament, men at han overfor livsarvinger er hindret av pliktdelsreglene.⁸⁹⁹ *Departementet* sluttet seg uten særlige merknader til dette.⁹⁰⁰

⁸⁹⁶ *NOU 2007: 16* Ny skiftelovgivning side 27, jf side 178-181.

⁸⁹⁷ Det er intet i veien for at det *avtales* arveforskuddslignende ordninger med utarvinger, og da kan lovens avkortingsregler tjene til veiledning.

⁸⁹⁸ *Utk62* side 127: "Herav følger igjen at det også er svært liten grunn til å ta med avkortningsregler som gir arvelateren adgang til – *uten å bruke testamentsformen* – å tillegge det betydning at noen av slektsarvingene har fått gaver o.l."

⁸⁹⁹ Se *Utk62* side 117-II og side 126-127.

⁹⁰⁰ *Prp36* side 107-I.

Det finnes ingen regler i norsk arverett om avkorting for gaver gitt til stebarn, slik det eksempelvis finnes i dansk rett. Noen legalarverettigheter finnes ikke mellom stebarn og steforeldre, men gaver til et stebarn kan tenkes å få betydning for et skifteoppgjør mellom steforelder og stebarnets egen forelder. Det kan etter norsk rett ikke være noe i veien for at avtaler om betydningen av vesentlige gaver gitt til ektefellens særlivsarving, se pkt 65.3.⁹⁰¹

Avkortingsreglene gjelder heller ikke i forhold til arvelaters ektefelle.

Dette har først og fremst sammenheng med at det ikke foreligger noe behov for utjamning – all den stund det ikke er tillatt med flere ektefeller. Angrer arvelater på gaver han har gitt sin ektefelle – til skade for hans arvinger, får han heller søke å redusere hennes arverett ved testament.

64.1.2 Noen perspektiver og utgangspunkter

Dagens avkortingsregler er som det meste av vår arverett utformet ”gjennom brytninger mellom romerske og germanske rettstanker”, se kapittel 21.⁹⁰²

Avkortingsreglene bygger på to ulike grunntanker, hvis relative vekt har variert opp gjennom utviklingen av reglene, og som med ulik vekt kommer til uttrykk i de nordiske avkortingsregler.

I den germanske rettstradisjon bygget avkortingsreglene ”ikke på arvelaterens formodede vilje, men på tanken om slektens sterke og like arverett”.⁹⁰³ Dette innebar at avkorting skulle skje uten hensyn til arvelaters ønsker eller bestemmelser, og innebærer derved at avkorting er en rett for medarvingene – ikke for arvelater. Slik var regelen eksempelvis etter Kong Christian Den Femtis Norske Lov (NL).⁹⁰⁴

Vår arverett springer ut de germanske rettstradisjoner, som også fortsatt står sterkt. *Knoph* var imidlertid misfornøyd med hvordan dette hadde gitt seg utslag i avkortingsreglene i al 1854, hvor reglene ”er uttrykt så slapt og uenergisk, at de ... ikke alene fjerner sig avgjort fra våre gamle lovers kraftige hevdelse av avkortingsprinsippet, men også er kommet i en særstilling i europeisk nutidsrett”.⁹⁰⁵

De romerrettslige regler om *collatio bonorum* – slik de etter hvert ble utformet og begrunnet – var basert på arvelaters formodede vilje.⁹⁰⁶ Det ble antatt at arvelater

⁹⁰¹ *Lødrup*, Nordisk arverett side 115-116.

⁹⁰² *Knoph*, Norsk arverett 1959 side 3.

⁹⁰³ *Knoph*, Norsk arverett 1959 side 81.

⁹⁰⁴ Tilsvarende var avkorting mellom barna obligatorisk etter Jyske Lov 1-14, se *Feldthusen og Nielsen*, Arveretten side 135 note 239.

⁹⁰⁵ *Knoph*, Norsk arverett 1959 side 82.

⁹⁰⁶ Se redegjørelse for utviklingen *Knoph*, Norsk arverett 1959 side 81.

ønsket at barna skulle arve likt, slik at de i mangel av annen bestemmelse fra arvelater, måtte tilbakeføre mottatte livsgaver.

Tilsynelatende kommer de germanske avkortingsprinsipper til uttrykk i al § 21 tredje ledd om at tidligere utdelte gaver og forskudd fra gjenlevende til en av uskiftearvingene, skal avkortes uavhengig av gjenlevendes bestemmelser eller ønsker. Disse regler bygger imidlertid også på et annet prinsipp, nemlig at gjenlevende ikke kan fordele arven etter førstavdøde, se eksempelvis al § 18 annet ledd. Utdelinger fra uskiftebo til uskiftearvingene regnes som arveoppgjør etter førstavdøde.

Skiftelovutvalget pekte på tre sentrale hensyn ved utformingen av regler om avkortning:

”På den ene siden har man prinsippet om likhet mellom arvingene, og på den annen side prinsippet om at arvelateren må ha frihet til å bestemme om avkortning skal finne sted eller ikke. Videre må behovet for klarhet og forutberegnelighet være sentrale hensyn ved valget mellom de alternative løsninger.”⁹⁰⁷

Utvalget fant etter en helhetsvurdering ikke å foreslå endringer i reglene om vilkårene for avkorting i al § 38, og begrunnet det slik:

”Dette skyldes dels at nordisk rett spriker, og at det derfor ikke kan oppnås nordisk rettsenhet. Videre kan det pekes på at arvelovens regel har vært gjeldende rett siden arveloven av 1854, og at den ikke synes å ha voldt særlige problemer i løpet av disse drøyt 150 år. I tillegg ble rettsstilstanden foreslått endret av Arvelovkomiteen i arbeidet med arveloven av 1972, uten at endringsforslaget ble fulgt opp i det videre lovarbeidet. Når det også er delte oppfatninger om en eventuell tilnærming til de øvrige nordiske land bør skje i retning av dansk rett eller i retning av svensk og finsk rett, virker det mest hensiktsmessig å la bestemmelsen stå uendret.”⁹⁰⁸

Avkortingsreglene åpner for at medarvingene kan kreve avkorting selv om arvelater ikke uttrykkelig har fastsatt det, nemlig hvor det kan sannsynliggjøres at avkorting vil være i tråd med arvelaters forutsetninger for gaven, se al § 38 første ledd første punktum. Videre tar reglene om fastsettelse av avkortingssummen også et visst hensyn til medarvingene, se al § 40 og *Rt 1996 710* referert nedenfor. Avkortingsreglene inneholder således også selvstendige rettighetslementer for gavemottakers medarvinger, men det er fortsatt arvelaters påbud og hans formodede vilje som står sentralt i rettsgrunnlaget for avkorting.

Om forholdet til pliktdelsreglene og om arvelaters rett til å bestemme over fordelingen av sin etterlatte formue skriver *Lødrup* følgende:

⁹⁰⁷ *NOU 2007: 16* Ny skiftelovgivning side 180-I.

⁹⁰⁸ *NOU 2007: 16* Ny skiftelovgivning side 180-II.

”Reglene om avkortning i arv har nær sammenheng med reglene om livsarvingenes plikt del. For den som mener at livsarvinger bør sikres en viss del av arvelaterens formue, og at livsarvinger i størst mulig grad skal stilles likt uansett hva arvelateren måtte ønske, er det naturlig å trekke den konsekvens at formue som en arvelater i levende live har gitt til en livsarving, skal anses som arveforskudd. Ved avkortningen i arvelodden ved det endelige arveoppgjør, blir da livsarvingene likestilte. Men for den som mener at reglene om plikt del i den form de kjennes i nordisk rett er modne for dyptgripende revisjon, og i det vesentlige avskaffelse av dem, blir naturlig nok holdningen at hva en arvelater treffer av livsdisposisjoner, bør være det endelige arveoppgjør uvedkommende (med mindre arvelateren har bestemt noe annet).”

Om Rt 1996 710 skriver *Lødrup* at flertallets vektlegging av arvelaters ønsker ”er i tråd med mitt grunnsyn om at arvelaters syn bør respekteres når det gjelder fordelingen av hans formue – og her kunne altså det skje innenfor de lovgitte rammer”.⁹⁰⁹

Jeg har under kapittel 61 pekt på at avkortingsreglene både innebærer et unntak fra prinsippet om at arvelater må fordele sin etterlatte formue ved testament, og et unntak fra lovens arvetavle. Selv om det må trekkes linjer til pliktdelsregler og testasjonsfrihet, er avkortingsreglene en del av lovens arvegangsregler.

Avkortingsreglene er da også plassert i lovens første del om arv etter loven, slik de også var i arveloven av 1854.⁹¹⁰

Avkortning kan på den ene side kan betraktes som en tilbakeføringsplikt for livsarvingen, på samme måte som om livsarvingen hadde lånt penger av arvelater.⁹¹¹ På den annen side kan avkortingsreglene ses som en særlig hjemmel for arvelater til å gi bestemmelser om fordelingen av arven mellom livsarvingene, herunder innenfor lovens rammer å avtale de nærmere virkninger av gaven.

For å sette avkortingsreglene i et større perspektiv kan det pekes på at arvelater etter alminnelig privatrettslige regler alltid kan oppstille vilkår for en gave, som gavemottaker må akseptere om han ønsker gaven. Dersom disse vilkår omfatter fordelingen av arven etter arvelater, kommer imidlertid arverettslige regler til anvendelse. Avkortingsreglene utgjør derfor en særlig arverettslig hjemmel for å knytte endringer i arvefordelingen til livsgaver. I tillegg innebærer avkortingsreglene

⁹⁰⁹ *Lødrup*, Avkortning i arv – arveforskudd, inntatt i *Generationsskifte i ret og praksis*, Festskrift til Finn Taksøe-Jensen, København 1999 side 146 og side 154.

⁹¹⁰ I *Arvelovkommisjonen 1846* side 42 sies følgende. ”I dette kapitel er optaget den saakaldte Intestatarveret eller Ræglerne for Slægtningers og Ægtefællers Arveret som saadanne, og hvad hermed staar i Forbindelse, saasom Materien om *collatio bonorum*, Statens Arveret m.m.”

⁹¹¹ Bortsett fra avgrensingsregelen i al § 41 er det liten forskjell mellom avkortning i arvelodden som følge av tidligere mottatt gave, og reduksjon av arvelodden som følge av at livsarvingens gjeld til arvelater motregnes, se sl § 61 tredje ledd. Det fremgår av al § 41 at det også kan avtales at livsarvingen må tilbakeføre den del av avkortningssummen som overstiger arvelodden. Da blir forskjellen fra et alminnelig lån liten.

enkelte unntak fra de alminnelige avtalerettslige regler, herunder særlig at ”vilkåret” om avkorting ikke trenger å være avtalt senest samtidig med at gaven ble gitt, se nærmere pkt 64.2.3.

Avkortingsreglene regulerer hva arvelater ensidig kan påby overfor gavemottaker, men er på den annen side ikke i seg selv til hinder for at arvelater og gavemottaker avtaler andre rettsvirkninger enn de som følger av loven. Ved at de derved faller utenfor avkortingsreglene som hjemmelsgrunnlag, vil en slik avtale fanges opp av andre regler om legalarveavtaler.

64.1.3 Forholdet mellom avkortingspliktig gave, arveforskudd og avkall
Som påpekt under kapittel 61 er det etter min mening grunn til reelt og systematisk å skille mellom *avkall* (som er arvingens ensidige erklæring) og *avkorting* (som er arvelaters ensidige påbud), mens de tilfeller hvor det foreligger en avtale mellom arvingen og arvelater om at en ytelse fra arvelater senere skal avregnes i arvingens arvelodd, betegnes som *arveforskuddsavtaler*. Som jeg kommer tilbake til under kapittel 65 er det ingen vanntette skott mellom regelsettene, og avtaler kan inneholde elementer fra alle regelsettene. Som hovedinndeling gir imidlertid dette et godt utgangspunkt.

Forholdet mellom avkorting og arveforskudd synes alltid å ha vært problematisk. Formuleringene av lovbestemmelsene tyder også på dette, eksempelvis når det i al § 38 sies at gaver skal avkortes *som* forskudd. Språklig sett indikerer dette at forskudd er noe annet, men at man ved vesentlige gaver kopler seg til forskuddsreglene. Gjennom høringsuttalelser ble departementet gjort oppmerksom på dette. Under erkjennelse av at arveforskudd kunne være noe annet enn avkorting, ble formuleringen ”Forskudd på arv” i Arvelovkomitéens lovforslag erstattet med ”Avkorting etter reglene i §§ 38-42” i departementets forslag.⁹¹² Se nærmere nedenfor under pkt 64.5. Sentralt i denne sammenheng er departementets uttalelse om at det var ”grunn til å sondre mellom avkortning etter disse bestemmelser og forskudd på arv i samband med arveavkall”.⁹¹³

Ikke overraskende finner jeg min egen korte definisjon ovenfor treffende.

⁹¹² *Prp36* side 168-169.

Det departementet kalte forskudd på arv i samband med arveavkall er det samme som jeg kaller arveforskuddsavtale. Det ligger innbakt i avtalen at forskuddet skal avregnes i mottakers arvelodd – men uten at det i dette ligger noe selvstendig arveavkall. På samme måte som hvor en livsarving samtykker i pliktdelskrenkende testament, er den reduserte arvelodd et resultat av arveforskuddsavtalen – eventuelt en forutsatt del av den. Jeg begrenser derfor betegnelsen avkall til de disposisjoner arvingen selv foretar, og som utelukkende har til formål å trekke ham helt eller delvis ut av arverekkefølgen.

Som den korte historiske gjennomgang viser, har avkortingsreglene utviklet seg i en brytning mellom arvelaters bestemmelsesrett og medarvingenes krav på utligning. Dagens regler bygger i det vesentligste på romerrettslige avkortingsprinsipper, hvoretter arvelaters ønsker eller bestemmelser er avgjørende. Samtidig finnes det begrensede avtaleelementer i dagens ordning, se pkt 64.2.3. Lovens avkortingsregler gjelder for situasjonen hvor intet er avtalt mellom arvelater og arvingen, og hvor det er arvelater som ensidig påbyr avkorting – eventuelt lenge etter at gaven er gitt. Spørsmålet om avkorting kan endog først komme opp etter arvelaters død, ved at medarvingene krever avkorting under henvisning til at det var arvelaters forutsetning.

I tråd med dette avgrenser *Arnholm* avkortingsreglenes anvendelsesområde mot på den ene side dødsdisposisjoner og proformadisposisjoner, og på den annen side ”de tilfelle hvor en ydelse direkte blir betegnet som forskudd på arv” hvilket nettopp betyr ”at den skal avregnes i den arvelodd mottageren i sin tid skal få”. Han oppsummerer slik: ”Det som blir tilbake, er da de ytelser som var reelle i arvelaterens livstid og heller ikke er ydet og mottatt som rene arveforskudd.”⁹¹⁴ Jeg oppfatter dette slik at det ikke er betegnelsen arveforskudd i seg selv som er avgjørende, men at *Arnholm* forutsetter at det foreligger en arveforskuddsavtale mellom arving og arvelater, og at avkortingsreglene blir aktuelle hvor intet er avtalt.

⁹¹³ *Prp36* side 169-I.

⁹¹⁴ Se *Arnholm*, *Arveretten* side 75, hvor det deretter fortsettes slik: ”hvis en mor eller far har begunstiget ett eller flere barn ved slike disposisjoner, bør da de barn som ikke har fått slikt, ha tilsvarende fordeler ved arveoppgjøret?” Den tilsvarende fremstilling i *Arnholm*, *Privatrett V* side 96 fortsetter slik: ”De kan allikevel forrykke situasjonen på en slik måte at det er naturlig å ta hensyn til dem ved arveoppjøret.”

Lødrup vil bruke forskudd om ytelser som skal avkortes og forbeholde uttrykket gaver for ytelser som det ikke skal avkortes for. Han peker på at betegnelsen forskudd på arv tyder på at arvelater har ment at det skal skje en avkorting. *Lødrup* understreker imidlertid at hvilket begrep som brukes aldri kan være avgjørende.⁹¹⁵

Min begrepsbruk er noe annen enn den *Lødrup* anbefaler. Jeg oppfatter *Lødrup* dit hen at han mener resultatet er avgjørende: Arveforskudd er det som får konsekvenser ved arveoppgjøret, mens gaver ikke har det. Dette er en logisk inndeling. Når jeg likevel velger en annen terminologi, er det fordi det i denne avhandlingen er viktigere å fremheve de ulike regelsett.

Avkortingsreglene kommer bare til anvendelse hvor arvelater og arvingen ikke har inngått en avtale om gavens betydning. De kan selvfølgelig avtale at det skal skje en avkorting etter reglene i al § 40, men det rettslige grunnlag for avkortingen blir da selve arveforskuddsavtalen og ikke lovens avkortingsregler. De kunne like gjerne avtalt et annet beløp.

Jeg finner som *Lødrup* også grunn til å understreke at partenes bruk av ord og uttrykk ikke er avgjørende, selv om de kan være sentrale som tolkingsmomenter.

64.1.4 Deklaratoriske eller preseptoriske regler?

Lovens avkortingsregler er deklarasoriske i den forstand at arvelater kan gi gaver uten at det får betydning for arveoppgjøret, og ved at arvelater og arving i en arveforskuddsavtale kan avtale andre virkninger.

Preseptoriske er reglene i den forstand at arvelater ikke ensidig kan påby avkorting dersom ikke vilkårene i al § 38 er oppfylt, eller i større utstrekning enn hva som følger av al § 40 og § 41, og heller ikke med andre virkninger enn fastsatt i al § 43.

Selv om det ikke er helt presist, jf nedenfor, kan lovens avkortingsregler i et avtalerettslig perspektiv betraktes som et påbudsgrunnlag. Arvelater kan ikke påby avkorting i større utstrekning enn hva loven tillater.

⁹¹⁵ *Lødrup*, Arverett § 11 V, side 137-138. Se også *Lødrup*, Avkorting i arv – arveforskudd, inntatt i Generationsskifte i raet og praksis, Festskrift til Finn Taksøe-Jensen, København 1999 side 146, med blant annet henvisning til tilsvarende begrepsbruk i danske arverettslitteratur.

Sett i et arverettslig perspektiv inneholder avkortingsreglene en kompetansetildeling, som gir arvelater rett til å bestemme arvets fordeling utover hva som følger av testamentsreglene.

64.1.5 Fremstillingen videre

Jeg kommer i liten utstrekning til å drøfte de vilkår loven oppstiller for *at* arvelater kan påby avkorting, herunder når et avkortingspåbud kan inntolkes fordi avkorting er i tråd med arvelaters forutsetninger for gaven. Jeg vil i stedet konsentrere fremstillingen om de avtalerettslige elementer, både med hensyn til når avtale mellom arvelater og arving forhindrer påbud om avkorting, og hva annet som kan avtales om avkortings virkninger.

Jeg kommer på den annen side til å gå ganske detaljert inn i reglene om fastsettelsen av avkortingssummen, herunder også betydningen av arvelaters formål og forutsetninger – og betydningen av avtaler.

64.2 Vilkårene for avkorting

64.2.1 De lovfastsatte vilkår

Både likhetstanken som rettfferdsideal og tanken om arvelaters formodede ønske, gjør at det bare er forskjellene mellom de ulike livsarvingers mottatte livsgaver som er gjenstand for avkorting. Lovens avkortingsregler er derfor i seg selv intet instrument til å utvide arvelaters testasjonsfrihet, eller ektefellens arverett i de tilfeller arvelater har gitt alle sine barn vesentlige – men like – gaver. Ønsker arvelater eksempelvis å gi bort pliktdelsarven, for å beholde full testasjonsfrihet over det resterende, må han avtale dette i en arveforskuddsavtale, jf nærmere under fremstillingen av al § 43.

Når loven oppstiller krav om vesentlige gaver, er dette dels begrunnet i praktiske hensyn og dels for å unngå at livsarvingene holder tett kontroll med hvilke gaver de andre får. Grensen kan som utgangspunkt trekkes på samme måte som etter el § 50 hvoretter ektepakts form ikke er nødvendig for ”gaver som må anses som vanlige”. Dette kom også til uttrykk i al 1854 § 10 og § 11, hvoretter avkorting skulle skje for ”særegne” og ”særskilte og betydelige Bekostninger, Gaver eller Forstrækninger”.

Utgifter til ”underhold, sjukehjelp og utdanning” kan det ikke kreves avkorting for så lenge utgiftene ikke overstiger hva som må anses som oppfyllelse av foreldrenes forsørgerplikt etter reglene i barneloven.⁹¹⁶

Et påbud om avkorting gjelder hva som skal skje ved arveoppgjøret etter giver, og kan derfor som utgangspunkt bare påbys overfor nærmeste livsarvinger. Det er imidlertid forholdene på påbuds- eller arvefallstidspunktet som er avgjørende.

Har barnebarnet mottatt en betydelig gave, og dets mor eller far dør før arvelater, er det intet i veien for at bestefar trøster den foreldreløse gavemottaker med et avkortingspåbud. For gave gitt til barnebarnet, må det også kunne gis et avkortingspåbud betinget av at gavemottaker ved arvefallet er nærmeste livsarving.

Når avkorting foretas overfor et barnebarn får det virkninger på to plan: Både internt mellom barnebarna i denne linjen, og linjene i mellom.

I utgangspunktet kan avkorting dessuten bare påbys overfor gavemottaker personlig. Gaver gitt til barnebarn, kan eksempelvis ikke påbys avkortet i arvelodden til gavemottakers mor eller far – med mindre gaven anses gitt til vedkommende, for eksempel for å oppfylle vedkommendes plikter overfor barnebarnet. Det er slik sett ingen identifikasjon oppover i linjen.

Derimot skjer det en form for identifikasjon nedover i linjen. Dersom gavemottaker som hadde måttet tålt avkorting dør, kan avkorting påbys overfor hele linjen som trer inn som nærmeste livsarvinger, se al § 42. Dette kan ses som et utslag av det såkalte representasjonsprinsippet, ved at linjen trer inn i den arvelodd som etter loven skulle tilfalt den døde arvingen (se pkt 61.4), men bygger også på synspunktet om at linjen allerede har fått en del av arvelodden sin gjennom gaven. Slik må det normalt forutsettes å være avtalt ved arveforskuddsavtaler. Prinsippet kommer også til uttrykk i bestemmelsen i al § 45 om at avkall fra en livsarving bare binder linjen når det er gitt mot rimelig vederlag, se pkt 63.2 og pkt 63.3.

Det sies ikke uttrykkelig i lovteksten, men ut fra forarbeidene må det som negativt vilkår for avkorting inntolkes at arvelater ikke overfor gavemottaker har forpliktet seg til at avkorting ikke skal skje, herunder opptrådt på en slik måte at

⁹¹⁶ Til sammenligning kan et barn som ikke har fått fullendt sin oppfostring etter reglene i al § 36, kreve et forlodsbeløp til sikring av livsopphold og utdanning, også utover hva som ville ha ligget innenfor arvelaters forsørgerplikter, men delvis avhengig av hva de øvrige barna har mottatt.

gavemottaker hadde rimelig grunn til å gå ut fra at avkortning ikke skulle skje, se nærmere pkt 64.2.6.

64.2.2 Gavebegrepet

Arveloven 1854 § 11 inneholdt en lang opptegnelse over hvilke ytelser som skulle avkortes som forskudd på arv. Gjeldende lov inneholder ingen slik oppregning, bortsett fra at det uttrykkelig sies at ”forsikring og utlegg e.l. til føremon for ein livsarving” også regnes som gave – dog slik at det avgrenses mot oppfyllelse av forsørgerplikten. Loven oppstiller som nevnt også et krav om at gaven må være vesentlig.

Det vil føre for langt å gå nærmere inn på hvilke type ytelser som må regnes som gaver. Et utgangspunkt har man imidlertid ved å sammenligne med al § 21, hvor det er bred enighet om at enhver ikke uvesentlig ytelse av økonomisk verdi regnes som sær oppgjør – dog slik at det i forhold til al § 38 må formuleres som enhver ytelse av vesentlig økonomisk verdi.

Det er tvilsomt i hvilken utstrekning tradisjonelle definisjoner av gave bør trekkes inn. Er eksempelvis avkortning utelukket for en vesentlig formuesoverføring fra arvelater til arvingen dersom arvelater manglet gavehensikt? Etter min mening bør løsningen heller søkes i de avtalerettslige aspekter. Dersom formuesoverføringen er skjedd på en slik måte at arvingen hadde grunn til å regne med at avkortning var utelukket, må det være dette som stenger for avkortning – ikke en formuerettslig definisjon av gave.

Dersom arvelater gir arvingen en vesentlig påskjønnelse for arbeid eller annen innsats arvingen har gjort for arvelater, foreligger det teknisk sett en gave idet ytelsen ikke var en avtalt motytelse. I en slik situasjon – avhengig av de konkrete forhold – kan man enten se det som at arvelater implisitt har forpliktet seg til ikke å påby avkortning, eller at det dreier seg om et arbeidsvederlag. Se nærmere pkt 64.2.6.

64.2.3 Avkortingspåbudets avtalerettslige karakter

Ovenfor under pkt 61.3 og pkt 64.1.2 har jeg pekt på avkortingsreglene som en kompetansetildeling hvoretter arvelater gis myndighet til å bestemme overfor arvens fordeling uten å gjøre det i testament. I et avtalerettslig perspektiv kan dette

sammenlignes med et påbudsgrunnlag. Et mye brukt begrep er nettopp avkortings*påbud*. Det er imidlertid en del viktige forskjeller i forhold til de alminnelige avtalerettslige påbudsregler.

Den viktigste er at avkortingspåbudet ikke trenger å være kommet frem til arvingen – han trenger ikke engang være klar over at det eksisterer et påbud før medarvingene triumferende legger det frem. På den annen side kan dette ses slik at medarvingene er gitt en selvstendig rett til bringe påbudet frem.

Jeg har ikke funnet uttrykkelige drøftelser av hvorvidt avkortingspåbudet må være kommet frem til gavemottaker, verken i forarbeider eller i juridisk teori. De fleste rettskildefaktorer tyder imidlertid på at et slikt vilkår ikke kan oppstilles, idet det synes forutsatt at arvelater kan påby avkorting uten at arvingen vet om det.⁹¹⁷

Avkortingspåbudets nærhet til testamentarisk bestemmelse taler også i denne retning. I gjeldende lov er bevistemaet hvorvidt ”avkorting vil vere i samsvar med føresetnadene til arvelataren”. Selv om beviskravene var annerledes, var bevistemaet etter al 1854 § 14 tilsvarende ”at Afkortning har været Giverens Villie”. Om arvelaters forutsetning for gaven som grunnlag for avkorting, se pkt 64.2.4. På den annen side kan arvelaters taushet lett gi grunnlag for gavemottakers berettigede oppfatning av at avkorting ikke skal skje, hvilket stenger for gyldig avkortingspåbud, se pkt 64.2.6.

Den vanlige avtalerettslige regel går ut på at påbudet må være kommet frem slik at adressaten får rimelig tid til å oppfylle sin forpliktelse.⁹¹⁸ Gavemottaker skal ikke oppfylle sin forpliktelse før på dødsboskiftet, og da i den form at han må tåle å få sin arvelodd redusert.

Når jeg trekker frem de avtalerettslige perspektiver er det også som bakgrunn for spørsmålet om gavemottaker kan kreve påbudet omgjort etter avtalerettslige regler om urimelighet, bristende forutsetninger osv, se nærmere pkt 64.2.7.

Et samspill mellom lovvilkår og avtaleelementer foreligger ved at et negativt vilkår for avkorting er at arvelater ikke har gitt gavemottaker grunn til å tro at avkorting ikke skal skje. Selv om arvelater ombestemmer seg, eller hele tiden angret på sitt løfte, slik at avkorting helt klart ville vært i tråd med hans personlige

⁹¹⁷ Se eksempelvis *Knoph*, Norsk arverett 1959 side 87: ”Slik bestemmelse kan arvelater ta når som helst senere, så arvingen må alltid være forberedt på at ... gaver ... til syvende og sist blir kortet av i hans arv.”

forutsetninger for gaven, kan ikke medarvingene kreve avkorting. Dette kan på den ene side ses som at medarvingene er bundet av arvelaters avtalerettslige forpliktelser, og på den annen side at lovens vilkår ikke er oppfylt.

64.2.4 Avkorting var arvelaters forutsetning for gaven

Avkorting kan skje dersom arvelater uttrykkelig har påbudt det, eller dersom ”det blir godtgjort at avkorting vil vere i samsvar med føresetnadene til arvelataren”.

Bestemmelsen har fått en mer vidtrekkende ordlyd enn hva som følger av forarbeidene. Tilsynelatende gis medarvingene en selvstendig rett til å kreve avkorting, så fremt de sannsynliggjør at avkorting er i samsvar med arvelaters forutsetninger for gaven – uavhengig av hva arvelater selv har fastsatt. Slik kan regelen ikke forstås.

Det nærmere innhold av det alternative avkortingsgrunnlag – arvelaters forutsetninger – klargjøres både ved en analyse av forarbeidene, herunder utviklingen fra tidligere rett via ulike endringsforslag under lovforberedelsen, og ved en helhetlig vurdering av de ulike vilkår for avkorting.

Det prinsipielle utgangspunktet er etter min mening at avkorting må kunne inntolkes i det samlede rettsforholdet mellom arvelater og gavemottaker. Rettsforholdet tar utgangspunkt i avtaleforholdet, men suppleres – og justeres – gjennom lovens regler. Det avtalte rettsforhold justeres ved at arvelater ensidig kan påby avkorting, og at avkortingspåbudet ikke trenger å være kommet til gavemottakers kunnskap før arvefallet – likevel slik at retten til avkorting bortfaller dersom gavemottaker hadde rimelig grunn til å tro at avkorting ikke skulle skje.

Loven oppstiller heller intet krav om samtidighet mellom gaven og avkortingspåbudet – slik det til sammenligning gjøres ved en givers særeieklausul, jf el § 48. Så lenge arvelaters adgang til å påby avkorting ikke er bortfalt, kan derfor arvelater senere påby avkorting selv om det ikke ble tatt forbehold om dette da gaven ble gitt. Likeledes kan det etter gaveoverføringen inntre forhold som endrer arvelaters forutsetninger med hensyn til avkorting.

Etter al 1854 § 14 var regelen at avkorting bare kunne foretas dersom det forelå en skriftlig opptegnelse eller erklæring fra arvelater eller en erkjennelse fra

⁹¹⁸ Se *Hov*, Kontraktsrett I side 103.

gavemottaker. *Arvelovkomitéens forslag* tok det motsatte utgangspunkt, nemlig at avkorting skulle skje, med mindre ”arvelateren har fastsatt noe annet, eller når arvingen med rimelig grunn har gått ut fra at avkorting ikke skal skje”.⁹¹⁹

Departementet snudde derimot utgangspunktet tilbake til rettstilstanden etter al 1854, men med den endring at det for arvelaters avkortingspåbud, ikke lenger skulle oppstilles noen slags formkrav (skriftlig opptegnelse osv). Departementet foreslo ”den endring at også andre former for bevis enn arvelaters skriftlige bestemmelse eller arvingens egen erklæring kan godtas”.⁹²⁰ Den foreslåtte regel er omtalt som at ”arvelateren har bestemt at avkorting skal skje, eller at det på annen måte godtgjøres at avkorting vil være i samsvar med arvelaterens forutsetninger”.

Selv om regelen i al 1854 fungerte som et slags formkrav, er det grunn til å presisere bestemmelsens preg av bevisregel. Bestemmelsen i al § 14 lød slik:

”Afkortning i et Barns Lod finder ikke Sted, uden forsaavidt det af en i saa Henseende forfattet Optegnelse eller andet Document; eller af Barnets Tilstaaelse fremgaaer, at Afkortning har været Giverens Villie.”

Den skriftlige opptegnelse eller gavemottakers erkjennelse tjente bare som bevismidler for at avkortingspåbud var avgitt, men de var imidlertid også de eneste tillatte bevismidler.

Justiskomiteen oppfattet de to forslag slik:

”Proposisjonen ... går tilbake til utgangspunktet i gjeldende lov: Avkorting skal ikke skje, med mindre arvelateren har bestemt det, eller det på annen måte vert godtgjort at avkorting vil vere i samsvar med arvelatarens føretnader. I høve til gjeldende lov godtar altså proposisjonen andre prov for avkorting enn arvelatarens skriftlege påbod eller arvingens erkjening. Dette vil gi høve til avkorting i større mon enn nå.”⁹²¹

Spørsmålet ble ikke ytterligere drøftet under stortingsbehandlingen.

Avkorting i tråd med arvelaters forutsetninger innebar således ikke et nytt og selvstendig alternativ for avkorting, men en endring av tidligere ”bevisavskjæringsregler”. Etter den nye loven var all bevisføring omkring arvelaters avkortingsvilje tillatt. Dette innebærer eksempelvis at også muntlige avkortingspåbud gis rettsvirkninger, så fremt påbudet kan sannsynliggjøres. Det samme gjelder arvelaters synbare forutsetning for gaven. Loven går imidlertid et hakk videre. Som

⁹¹⁹ Lovutkastet § 37 tredje ledd første punktum, se Utkast62 side 272-I. ”Utgangspunktet for komitéens forslag til avkortingsordning er at avkorting skal skje uten videre, med mindre giveren har gitt uttrykk for noe annet, eller arvingen med rimelig grunn har gått ut fra at gaven ikke skal gi grunn til avkorting ... Dette er det motsatte av hva som gjelder etter arvelovens § 14”. Utkast62 side 206-II, jf også side 124-126.

⁹²⁰ Prp36 side 166-I.

⁹²¹ Innst O XIX (1970-71) side 4-I.

utgangspunkt kan det ikke oppstilles et krav om at arvelaters avkortingsforutsetning var synbar for gavemottaker, slik at det kan inntolkes som en del av avtalen. Selv om avkortingspåbudet aldri kom til gavemottakers kunnskap, og han heller ikke burde ha sett forutsetningen, kan medarvingene kreve avkorting. Der hvor arvelaters forutsetning ikke er synbar for gavemottaker, vil han på den annen side lett ha rimelig grunn til å tro at avkorting ikke skal skje.

Loven gir som nevnt arvelater rett til å påby avkorting også etter at gaven er gitt. Når andre bevismidler enn skriftlige erklæringer tillates, betyr det at arvelater også etter at gaven ble gitt kan gi uttrykk for sine forutsetninger. Likeledes må det kunne tas hensyn til forhold inntrådt etter gaveoverføringen, så fremt arvelater i forhold til gavemottaker fortsatt har rett til å påby avkorting. De endrede forholds karakter har i så fall ingen betydning. Det er tilstrekkelig at forholdene får arvelater til å forandre mening. Det er først når arvelater er avskåret fra å påby avkorting at karakteren av de endrede forhold eller forutsetninger er avgjørende. Spørsmålet blir da om arvelater kan frigjøres fra sitt løfte om ikke å påby avkorting, se pkt 64.2.6.

I forarbeidene er det også vist til en del eksempler på at avkorting etter forholdene kan anses å være i tråd med arvelaters forutsetninger:

”Har arvelateren rent generelt gitt uttrykk for at han vil stille sine barn likt, bør dette etter omstendighetene være tilstrekkelig. Har han handlet etter denne linje, f. eks. ved å gi barna verdier når de oppnådde en bestemt alder eller når de giftet seg, uten at han har rukket å gjennomføre dette for alle barna, bør også dette etter omstendighetene være tilstrekkelig, selv om han ikke har uttalt seg om sine intensjoner.”⁹²²

Foruten de nevnte situasjoner kan arvelaters fastsettelse i testament gi holdepunkter for arvelaters ønsker. Selvstendig betydning får dette hvor testamentet er ugyldig testasjon.⁹²³

Se eksempelvis *Rt 1996 710* hvor arvelater i testament hadde fastsatt at den ene av to sønner skulle få overta to eiendommer, og at dette skulle svare til to eiendommer arvelater mente den andre sønnen tidligere hadde mottatt. Om dette uttalte lagmannsretten:

”Testasjonen kan ikke gjennomføres på grunn av pliktdeleglene. Verdimessig likestilling av sønnene kunne imidlertid eventuelt skjedd ved avkorting i Jan Johansens arv. Lagmannsretten legger til grunn at dersom Oddvar Johansen hadde visst at den ordningen han valgte i testamentet var ugyldig, ville han søkt å gjennomføre verdimessig likestilling mellom

⁹²² *Prp36* side 166-II.

⁹²³ Se *Arnholm*, *Privatrett V* side 98.

sønnene gjennom avkortingsbestemmelser. Begrunnelsen for testasjonen, at Jan tidligere hadde fått tomt og leilighet, og betegnelsen av tomtegaven til Jan som forskudd på arv, peker i denne retningen.” (LE 1992 2484.)

Se også *RG 2002 1627* Borgarting hvor bestemmelser i testament ble brukt som holdepunkter for at vilkårene for avkorting var oppfylt.

I hvilken utstrekning endrede forhold har betydning for arvelaters løfte om ikke å påby avkorting, se pkt 64.2.6. I hvilken utstrekning gavemottaker kan påberope seg endrede forhold som bortfallsgrunn for et gitt avkortingspåbud, se pkt 64.2.7.

Det er medarvingene som har bevisbyrden for å sannsynliggjøre av avkortingspåbud er gitt. Dette følger av alminnelige bevisregler sammenholdt med lovens utgangspunkt om at avkorting bare skjer dersom det er påbudt, og er dessuten uttrykkelig sagt i forarbeidene.⁹²⁴

64.2.5 Gavemottakers erkjennelse som grunnlag for avkorting

Etter reglene i al 1854 § 14 var gavemottakers erkjennelse et alternativ til arvelaters skriftlige påbud. Som det har fremgått ovenfor, var bestemmelsen i realiteten (også) en bevisregel. Gavemottakers erkjennelse var således ikke et selvstendig rettsgrunnlag, på linje med avkall eller avslag på arv. Erklæringen hadde bare den funksjon at det ”af Barnets Tilstaaelse fremgaaer, at Afkortning har været Giverens Villie”.

Denne rettstilstand må anses videreført i gjeldende arvelov. Avkorting etter reglene i al §§ 38-43 kan ikke skje utelukkende basert på gavemottakers erkjennelse. Kan det – erkjennelsen til tross – ikke sannsynliggjøres at arvelater har påbudt avkorting, må arvingens erkjennelse eventuelt betraktes som et avkall på ventet arv eller avslag på falt arv, og gis rettsvirkninger etter disse regelsett. Gavemottaker kan erkjenne at arvelater har påbudt avkorting, men ikke på selvstendig grunnlag overfor medarvingene erkjenne – eksempelvis ut fra rimelighetsbetraktninger – at det bør avkortes.

64.2.6 Bortfall av retten til å påby avkorting

Det fremgår ikke uttrykkelig av lovteksten, men det fremgår klart av forarbeidene – og Arvelovkomitéens lovutkast – at et negativt vilkår for avkorting er at arvelater ikke

⁹²⁴ ”Hvor det ikke foreligger uttrykkelig bestemmelse fra arvelateren, pålegger utkastet de andre arvinger bevisbyrden for at avkortning har vært arvelaterens vilje.” *Prp36* side 166.

overfor gavemottaker har fraskrevet seg retten til å påby, eller ”arvingen med rimelig grunn har gått ut fra at avkorting ikke skal skje”.⁹²⁵

Selv om departementet endret lovens utgangspunkt i forhold til Arvelovkomitéens forslag, ble denne regel beholdt – selv om den ikke er inntatt i lovteksten.⁹²⁶

Skiftelovutvalget peker i sine drøftelser blant annet på avveiningen mellom på den ene side prinsippet om at arvelateren må ha frihet til å bestemme om avkorting skal finne sted og på den annen side behovet for klarhet og forutberegnelighet.⁹²⁷ I dette ligger at arvelater innenfor lovens rammer har full frihet til å påby avkorting, men hensynet til gavemottakers behov for innrettelse medfører at arvelater tar seg bryderiet med å klargjøre sine forutsetninger. Er det gitt en gave uten at arvelater har sagt noe om avkorting, og det heller ikke foreligger omstendigheter i situasjonen som synliggjør avkorting som forutsetning, skal det etter min mening lite til før det må konstateres at gavemottaker har hatt rimelig grunn til å gå ut fra at avkorting ikke skulle skje.

Det følger av dette negative vilkårets status som lovfastsatt betingelse for avkorting at arvelater ikke kan bryte sitt løfte overfor gavemottaker. Virkningen av løftet tilsvarer en arvepakt. Arvelater har overfor gavemottaker fraskrevet seg kompetansen til å påby avkorting. Senere disposisjoner i strid med løftet blir derfor uten rettsvirkninger, slik at avtalen strengt tatt ikke kan misligholdes.

Det kan også her pekes på sammenviklingen av avtalerettslige og arverettslige regler og synsmåter. Ved at arvelaters unnlatte fraskrivelse av retten til å påby avkorting er et negativt vilkår, er det strengt tatt ikke de avtalerettslige løftevirkninger som forhindrer avkorting, men at lovens vilkår ikke er oppfylt.

Lovens negative vilkår er at arvelater ikke er avtalerettslig forpliktet. Dermed må lov og forarbeider suppleres med avtalerettslige regler om ugyldighet, uriktige eller bristende forutsetning osv. I lovens negative vilkår må det derfor også inntolkes en

⁹²⁵ Lovutkastet § 37 tredje ledd første punktum, se Utkast62 side 272-I.

⁹²⁶ ”Har arvelateren gitt uttrykk for at avkorting ikke skal skje, eller har arvingene hatt rimelig grunn til å gå ut fra at avkorting ikke skulle skje, kan imidlertid arvelateren ikke senere ensidig treffe bestemmelse om avkorting.” *Prp36* side 166-II.

⁹²⁷ *NOU 2007: 16* Ny skiftelovgivning side 180-I.

forutsetning om at arvelaters uttrykkelig eller stilltiende løfte overfor gavemottaker er avtalerettslig bindende. Bygger løftet eksempelvis på svik, er arvelater ikke lenger bundet.

For igjen å trekke parallellen til arvepakter må det skilles mellom gyldigheten av løftet om ikke å påby avkorting (ugjenkallelighetserklæringen) og av hvorvidt avkortingspåbud er gitt (testasjonen), se pkt 54.7.5. Selv om medarvingene kan påvise at arvelaters løfte ikke er gyldig, oppstår ikke plikten til avkorting automatisk. Det må foretas en konkret vurdering av om lovens øvrige vilkår er oppfylt, nemlig at avkortingspåbud kan sannsynliggjøres. Bortfallet av forpliktelsen leder i seg selv ikke til annet enn at lovens negative vilkår er oppfylt, slik at arvelater nå står fritt til å påby avkorting.⁹²⁸ De forhold som medfører bortfall av arvelaters forpliktelse – og arvelaters utsagn eller handlinger i denne forbindelse – vil ofte kunne tjene som momenter som sannsynliggjør et avkortingspåbud. Noen nødvendig sammenheng er det imidlertid ikke.⁹²⁹

64.2.7 Kan gavemottaker kreve avkortingspåbudet revidert eller satt til side i henhold til avtalerettslige regler?

I en arveforskuddsavtale kan begge parter kreve avtalen revidert etter alminnelige avtalerettslige regler. Likeledes kan avtalen påstås kjent ugyldig etter avtalerettslige ugyldighetsregler. Dette kan også skje etter arvefallet, hvor dødsboet (i realiteten medarvingene) opptrer på vegne av arvelater. Tilsvarende kan en avdød arvings linje gjøre gjeldende de samme anførsler arvingen selv kunne ha gjort.

Det teoretiske og prinsipielle spørsmål er om svaret må søkes i lovvilkårene, i avtalerettslige regler eller ved sammenligning med testamentsregler. Verken lovteksten eller forarbeidene gir noen direkte svar. Løsningen må ta utgangspunkt i at avkorting forutsetter at lovens vilkår er oppfylt. Skal gavemottaker motsette seg avkorting, må det således være fordi lovens vilkår *ikke* er oppfylt. På samme måte som

⁹²⁸ Se til sammenligning *NOU 2007: 16* Ny skiftelovgivning side 180-II hvor det pekes på at endrede "forhold kan tilsi at det bør være en adgang til å trekke et slikt løfte tilbake".

⁹²⁹ Til sammenligning er ikke arvelaters testament automatisk tilbakekalt eller bortfalt selv om ugjenkallelighetserklæringen er ugyldig. Testamentet har bare endret status fra ugjenkallelig til gjenkallelig. De forhold som gjør ugjenkallelighetserklæringen ugyldig, vil imidlertid på samme måte ofte innebære at testasjonen bortfaller etter reglene i al § 57 annet ledd annet punktum. Noen nødvendig sammenheng er det heller ikke her.

arvelaters avtalerettslige forpliktelse ikke gir medkontrahenten arverett med mindre forpliktelsen inngår i et lovbasert arverettsgrunnlag, kan det prinsipielt anføres at et avkortingspåbud ikke bortfaller med mindre lovens vilkår for avkorting ikke lenger foreligger.

Når lovens vilkår er at det sannsynliggjøres at arvelater har avgitt et avtalerettslig gyldig avkortingspåbud, vil derved den avtalerettslige gyldighet inngå som ett av lovens vilkår. Må arvelaters opprinnelig gyldige avkortingspåbud anses ugyldig som følge av uriktige eller endrede forutsetninger, er følgelig lovens vilkår for avkorting ikke lenger oppfylt.

På samme måte kan gavemottaker kreve avkortingspåbudet revidert etter reglene i avtl § 36 ved endrede forhold, og hvor det ellers foreligger avtalerettslig urimelighet.

En revisjon av avkortingspåbudets rekkevidde må ses i sammenheng med reglene i al § 40 om fastsettelse av avkortingssummen (utmålingsreglene). Revisjonen kan skje ved at den av arvelaters fastsatte avkortingssum omgjøres til det beløp arvelater mest sannsynlig hadde fastsatt om han hadde vært kjent med de endrede forhold. Alternativt kan de endrede forhold trekkes inn i rimelighetsvurderingene etter al § 40 første eller annet punktum, se nærmere pkt 64.4.

64.2.8 Kan arvelater forplikte seg overfor medarvingene til å påby avkorting?
Det kan lett tenkes en situasjon hvor gavemottakers medarvinger ikke er fornøyd med å ha blitt forfordelt og tar dette opp med arvelater, som deretter lover dem at det skal gjøres avkorting i gavemottakers arvelodd. Under forutsetning av at dette løftet var alvorlig ment, og ikke bare avgitt for å unngå maset fra sine øvrige barn, oppfylles dermed kravet om at avkorting er i samsvar med arvelaters forutsetninger. Medarvingene kan på dette grunnlag kreve avkorting, men mindre arvelater har gitt gavemottaker grunn til å tro at avkorting ikke skulle skje.

I forhold til reglenes systematikk må det presiseres at det i tilfelle ikke er arvelaters løfte overfor medarvingene som er rettsgrunnlaget for deres avkortingskrav, men at løftet medfører at lovens vilkår for avkorting oppfylles.

Hvis arvelaters løfte til medarvingene ikke var oppriktig ment, men kun avgitt for å unngå ubehageligheter i forhold til barna, er på den annen side lovens vilkår for

avkorting ikke oppfylt. Hvilke berettigede forventninger arvelater har gitt medarvingene er uten betydning.

Arvelaters løfte overfor medarvingene er heller ikke på annen måte avtalerettslig forpliktende. Løftet om å påby avkorting er en legalarveavtale, men som ikke er hjemlet i arveloven. Et slikt løfte er derfor ugyldig, og etablerer ingen kontraktsrettigheter for medarvingene. Hvorvidt medarvingene kan kreve erstatning etter vanlige erstatningsregler, se pkt 36.2 og pkt 36.4.

64.3 Gaver gitt fra ektefelle til felles livsarving av felleseiemidler

Dersom gave er gitt til en felles livsarving av felleseiemidler, bestemmer al § 39 at avkorting – uavhengig hvem som ga gaven – først skal skje ved arveoppgjøret etter førstavdøde, og at eventuell videre avkorting skal skje ved lengstlevendes død.

Gavemottaker reddes i slike tilfeller følgelig ikke av begrensingsregelen i al § 41.

Det må antas at tilsvarende gjelder når gjenlevende ektefelle overtar boet uskiftet, dvs slik at avkortingsbeløpet fordeles på arven etter henholdsvis førstavdøde og lengstlevende. Regelen får også tilsvarende anvendelse for gaver (særoppgjør) gjenlevende ektefelle har gitt under uskiftet, se al § 21 tredje ledd.

Regelen er en videreføring uten realitetsendringer fra al 1854 § 13 første ledd.⁹³⁰

Tilsynelatende er regelen i tråd med dansk rett, se den danske arvelov § 44, men med enkelte sentrale forskjeller jeg kommer tilbake til nedenfor.

Bestemmelsen kan ikke tas på ordet idet de forutsetninger dens forgjenger i al 1854 bygget på er vesentlig endret.

For det første bygget bestemmelsen i al 1854 § 13 på den formuesordning som den gang gjaldt, hvoretter fellesei var en form for tingsrettslig sameie, bestyrt av mannen.⁹³¹ Fra utgangspunktet om mannens bestyrelse, var det i ektefelleloven av 1888 § 14 gjort det unntak at han trengte hustruens samtykke for å gi vesentlige gaver og arveforskudd til barna (som oversteg 10 % av boet). En gave gitt av felleseiemidler til felles barn var derfor alltid en gave gitt av begge ektefeller av felles midler.

I forarbeidene til 1854-loven var regelen begrunnet slik:

⁹³⁰ Se *Prp36* side 167-I. Bestemmelsen lød slik: "... dog skal Afkorting for Forskud, der ere gjorte af Forældres fælles Midler, forsaavidt samme ikke til Fyldest for de øvrige Børn er skeet i Barnets Lod efter den først Afdøde, yderligere finde Sted i dets Arv efter den Længstlevende".

⁹³¹ Se nærmere *Sverdrup*, *Sameie* side 53 jf den forutgående beskrivelse av tidligere rett på side 49-53.

”Da Faderen, skjønt han saalænge Moderen lever, kun er Eier af det halve Boe, dog som Bestyrer har Dispositionsrett over den hele Formue, finnes som Følge heraf de Forstrækninger, han har gjort til de enkelte Børn, at burde betragtes som Forskud paa disses Arv i det samlede Boe, og derfor at være Gjenstand for Afkortning i deres Arv efter begge Forældre. Hvis saaledes Faderen har givet et Barn mer end dets Arvelod efter den av Forældrene, som dør først, beløber sig til, eller han, hvis han selv bliver den Længstlevende, ikke paa Skifte efter Moderen fremkommer med Optegnelse over de Forstrækninger, Børnene have erholdt, er det formeentlig ganske i sin Orden, at Børnene maae finde sig i, at de Forskud, som enten aldeles ikke eller dog ikke fuldtud ere godtgjorte deres Sødskende, paa Skiftet efter den Længstlevende af Forældrene, overensstemmende med Faderens Optegnelse, bringes i Anslag. At i vor Retspraxis 5-2-61 ogsaa forstaaes paa denne Maade, synes den i Retstid. For 1841 p. 361-375 meddeelte Sag at vise.”⁹³²

Forslaget er ikke nærmere omtalt i de øvrige forarbeider, utover at Justiskomiteen gjorde en endring i ordlyden ”hvorved den i Bestemmelsen liggende Tanke ... formenes at ville være korrektere udtrykt”.⁹³³

Ved ektefelleloven av 1927 falt noe av begrunnelsen for regelen bort. For det første mistet felleseiet noe av sitt preg av tingsrettslig sameie, med det innførte skillet mellom rådighetsdel og boslodd.⁹³⁴ For det annet forsvant preget av felles gave ved at hver av ektefellene som utgangspunkt bestyrte sine egne midler (rådighetsdel) fritt.⁹³⁵ En gave gitt av den ene ektefellen fra vedkommendes egen rådighetsdel, var derfor ikke lenger et produkt av en felles viljesbeslutning.⁹³⁶

Ved forberedelsen av arveloven av 1972 ble dette oversett, og det ble heller ikke foretatt noen refleksjoner over at ”fælles Midler” ble til ”midlar som blir rekna som felleseige”.⁹³⁷

Den opprinnelige regel fra al 1854 var en naturlig regel, nemlig at gaver gitt av begge ektefeller fra felles eiendom skal avkortes i arven etter begge. Det er også en slik regel man finner i dansk rett, som bygger på forutsetningen om at avkorting er avtalt mellom arvingen og begge ektefellene. Dette fremgikk tidligere av ordlyden i

⁹³² Arvelovkommisjonen 1846 side 51.

⁹³³ Stortingsforhandlinger 1851, del VIII, B4 side 354 spalte II.

⁹³⁴ Se nærmere *Sverdrup*, Sameie side 65-75.

⁹³⁵ Se ektefelleloven 1927 § 12. Enkelte begrensninger var oppstilt i §§ 13-19, men kravet om samtykke for vesentlige gaver til barn ble ikke videreført til ektefelleloven av 1927.

⁹³⁶ Uttalelsen i *Rt 1949 49* Eidsivating om at ”Giver var i dette tilfelle begge ektefeller, idet det etter sakens opplysning er på det rene mellom partene at forstrekingen er ytet av fellesboets midler mens begge ektefeller levte.” Gaven ble imidlertid ytet i 1921-1922 og falt således inn under ektefelleloven av 1888. *Lødrup*, Arverett § 33 V 6, side 383 anfører på denne bakgrunn at etter gjeldende regler kan gjenlevende neppe påby avkorting for gaver som førstavdøde har ytet av sine egne eiendeler.

⁹³⁷ Arvelovkomiteens nynorske lovutkast inneholder formuleringen ”eige som vert rekna som sameige”. Justiskomiteen, som utformet gjeldende lov i nynorsk språkdrakt, endret ordet ”eige” til ”midlar” og ”sameiege” til ”felleseige”. Endringen er ikke kommentert i *Innst O XIX (1970-71)*.

dal 1963 § 32,⁹³⁸ som på dette punkt uten realitetsendringer er videreført til dal § 44 jf § 43.⁹³⁹

Bestemmelsen i al § 39 må på denne bakgrunn tolkes innskrenkende. Som følge av gjeldende formuesordning mellom ektefeller, og i det hele tatt oppfatningen av ektefeller som selvstendige eiere, bør det på et prinsipielt grunnlag også vurderes om bestemmelsen bør oppheves.

For den videre drøftelse presiseres at spørsmålet her gjelder betydningen av al § 39 som lovfastsatt virkning av et ensidig fastsatt avkortingspåbud. Det kan selvfølgelig avtales med arvingen at avkorting skal skje som beskrevet i bestemmelsen, men da er rettsgrunnlaget arveforskuddsavtalen og ikke loven alene.

Anvendelsen av al § 39 må vurderes ut fra regelen om at bare giverektefellen kan påby avkorting, hvilket også innebærer at lengstlevende ektefelle ikke kan påby avkorting for gaver gitt av førstavdøde eller trekke førstavdødes avkortingspåbud tilbake.⁹⁴⁰ Det vil stride mot disse grunnleggende regler og prinsipper at en gave, gitt av den ene ektefelle alene, skal få betydning for arveoppjøret etter den annen. Betydningen i forholdet mellom ektefellene av at den ene har gitt en gave av likedelingsmidler får heller avgjøres etter el § 63 jf § 77.

Skal al § 39 få anvendelse må det derfor i det minste forutsettes at det dreier seg om en gave gitt av begge ektefeller, eller i alle fall at begge er enige om at det skal avkortes som beskrevet i el § 39.

Ektefellene har ikke lenger noe sameielignende formuesordning under ekteskapet. Uttrykket felles gave gir derfor ingen klar mening. Fellesskapet må derfor i stedet knyttes til avkortingspåbudet, nemlig slik at et vilkår for anvendelsen av el § 39, er at begge ektefeller både er enige om at avkorting skal skje, og om at den skal ha den virkning som beskrevet i bestemmelsen. På bakgrunn av bestemmelsens forhistorie og

⁹³⁸ ”Har ægtefællers fælles livsarving erkendt at have modtaget et arveforskud, skal dette, når det er ydet af fælleseje og der skiftes i den længstlevende ægtefælles levende live, så vidt muligt afkortes i arven efter den førstafdøde, medmindre andet er aftalt.”

⁹³⁹ *Lovforslag 2006* side 101-II. Se også *Danielsen*, *Arveloven* side 323-324 om det avtalerettslige fundament i dal 1963 § 32. Gjeldene danske arvelov § 43 lyder slik: ”Arveforskud foreligger, hvis en arving fra arveladeren har modtaget en ydelse af økonomisk værdi og det må anses for aftalt, at værdien af ydelsen senere skal fradrages i arvingens arv.”

⁹⁴⁰ Se *Hambro*, *Arveloven* side 249, *Lødrup*, *Nordisk arverett* side 115 og *Unneberg*, *Arveretten* side 238, samt *Rt 1949 49*.

de prinsipper den bygger på, er det rettskildemessig dekning for en slik presiserende tolking.

Sammenholdt med vilkårene i al § 38 innebærer denne tolking at en ektefelle ikke trenger å ha avgitt noe uttrykkelig avkortingspåbud, eller uttrykkelig å ha sluttet seg til den annens avkortingspåbud. Det er tilstrekkelig å påvise at avkorting som påbudt av den ene også er i tråd med den andres forutsetninger.

Som gjennomgått blant annet i kapittel 43 er det klare utgangspunkt at delingen mellom ektefellene ved sammensatt skifte bare kan påvirkes ved avtaler om formuesordningen hjemlet i el kap 9. En avkortingsavtale om hvilke fradrag som skal gjøres i arven til gavemottaker etter den ene eller annen ektefelle griper, ikke inn i delingen mellom ektefellene etter ekteskapsrettslige regler. Det samme gjør i prinsippet en avtale om hvorvidt gaven skal tas med ved beregningen av hvor mye den enkelte ektefelle etterlater seg eller eier ved det sammensatte skiftet. Tilsvarende gjelder eksempelvis også en avtale om at en låneforpliktelse bortfaller ved død.⁹⁴¹

Selv om den ene ektefellens vesentlige gaver til barna får betydning for fastsettelsen både av den annens andel av felleseiemiene og eventuell ektefellearv, krever slike avtaler ikke samtykke fra ektefellen. Selv om det er klare fellestrekk, er legalarveavtalen ikke en testamentarisk disposisjon som faller inn under al § 7. De hensyn som ligger bak regelen – anstendighet og innrettelse – taler imidlertid for at den annen ektefelle orienteres. Sammenlign også el § 39. Den ekteskapsrettslige betydningen av at den ene har gitt vesentlige gaver til barna må løses etter vederlagsreglene i el § 63, eventuelt også el § 74 som må få tilsvarende anvendelse for gjenlevende ektefelle på det sammensatte skiftet.

Ved gaver gitt fra uskifteboet vil også vederlagsreglene i al § 27 kunne anvendes alternativt til både al § 19 og § 21, samt til reglene om rett til å kreve skifte i al § 24.

Selv om en tolking som redegjort for ovenfor reduserer motstrid med andre arverettslige regler og prinsipper, innebærer regelen i al § 39 fortsatt en uheldig sammenblanding av de respektive arveoppgjørene etter ektefellene. Eksempelvis innebærer regelen at gavemottaker ikke nyter godt av begrensingsregelen i al § 41. I tråd med denne bestemmelse burde utvidet avkorting i arven etter en annen enn

giverektefellen forutsette avtale mellom arvelater(ne) og gavemottaker. I mangel av slik avtale er vilkårene for avkorting i arven etter den annen ektefelle strengt tatt ikke oppfylt, nemlig at arvingen har mottatt en vesentlig gave fra den arvelater som påbyr avkorting.

64.4 Lovens regler for fastsettelse av avkortingsbeløpet

64.4.1 Den nominelle verdi da gaven ble gitt, med mindre dette er åpenbart urimelig

Med ”verdien av forskottet då det vart gitt” i al § 40 første punktum forstås både det nominelle beløp ved pengegaver og en gjenstands daværende nominelle verdi.⁹⁴² Har en livsarving overtatt en fast eiendom, er det eiendommens nominelle verdi på tidspunktet for overtakelsen som danner utgangspunktet for avkortingen. Likeledes må en gavemottaker i utgangspunktet finne seg i fradrag som tilsvarer den nominelle verdi av aksjene da han mottok dem, selv om de på skiftetidspunktet er verdiløse. På den annen side må medarvingene finne seg i nominell avkorting selv om aksjenes verdi har steget.

Regelen i al § 40 ble beskrevet slik i *Rt 1996 710*:⁹⁴³

”Lovens ordning innebærer derfor at de arvinger som får forskudd på arv - i forhold til de øvrige - får fordelen av eventuell verdistigning fra forskuddstidspunktet og samtidig risikoen for en eventuell verdinedgang. De vil for øvrig også ha fordelen av å kunne bruke forskuddet i samme tidsrom. Med dette som bakgrunn må man etter mitt syn vurdere om lovens hovedregel i det konkrete tilfellet vil være åpenbart urimelig.”

Etter reglene i al 1854 var det også ytelsens nominelle verdi da den ble gitt som dannet grunnlaget for avkortingsbeløpet.

Hovedregelen var den gang at avkorting bare ble foretatt dersom giver skriftlig hadde bestemt dette, se al 1854 § 14 og pkt 64.2. Slik bestemmelse ble normalt gitt i form av en opptegnelse over hva livsarvingen hadde mottatt som gave eller arveforskudd. Hadde livsarvingen mottatt forskudd eller gave i form av en gjenstand,

⁹⁴¹ Dette er eksempelvis en del av standardlåneavtalen for Statens Lånekasse for utdanning.

⁹⁴² I Arvelovkomiteens utkast var det uttrykkelig sagt at ”pengeforskudd skal avkortes med det beløp som er ytet, mens det ellers er gavens verdi etter dens tilstand og etter prisene på den tid da gaven ble gitt, som bestemmer avkortingsbeløpet”. Utk62 side 209-II. Departementet sluttet seg i prinsippet til dette utgangspunktet, se *Prp36* side 168-I.

⁹⁴³ I dommen var det dissens om resultatet, men ikke om forståelsen av rettsregelen.

kunne han kreve givers fastsettelser nedsatt dersom det var åpenbart at de var satt for høyt (§ 15), eller dersom de på grunn av forandringer i pengeverdien måtte anses ”overdrevne” (§ 16). Derimot kunne verken giver eller medarvingene kreve avkortingsbeløpet forhøyet dersom gjenstanden hadde steget i verdi. Et pengeskudd skulle alltid avkortes krone for krone, uavhengig av generelle endringer i pengeverdiene.⁹⁴⁴

Arvelovkomiteen foreslo ordningen opprettholdt, dog uten anledning til justering ved redusert verdi av en mottatt gjenstand.

”Komitéen har som nevnt antatt at pengeskudd bør avkortes med det beløp som er ytet, og andre gaver etter den verdi som de hadde på gavetidspunktet. Endringer i pengeverdien bør være uten betydning, og det samme gjelder variasjon i verdien av en bortgitt ting, også når variasjonen ikke skyldes endringer i pengeverdien.” *Arvelovkomiteen* begrunnet forslaget med hensynet ”til de disposisjoner som arvelateren, den begunstigede livsarving eller hans medarvinger kan ønske å foreta”. Av samme grunner foreslo *Arvelovkomiteen* opphevet den tidligere gjeldende ordning med tilbakeføring av gjenstanden som alternativ til avkorting.⁹⁴⁵

Departementet sluttet seg ”som utgangspunkt til prinsippet” i *Arvelovkomiteens* forslag, men foreslo en generell adgang til å justere avkortingsbeløpet når noe annet ville være åpenbart urimelig, se nedenfor.

Under ordningen i 1854-loven var det adgang til å forhindre avkorting ved å tilbakeføre den mottatte gjenstand i uforringet tilstand.

Etter al 1854 § 13 skulle avkorting bare foretas hvor forskuddsmottaker ”ikke vil eller kan føre det Modtagne i uforringet Stand tilbake”. Den tidligere regel om adgang til å kreve nedsettelse av avkortingsbeløpet ved verdireduksjon, må således kunne ses i sammenheng med adgangen til å forhindre avkorting ved å føre gjenstanden tilbake.⁹⁴⁶

Ved at avkorting bare ble forhindre ved å føre gjenstanden tilbake *i uforringet tilstand*, skilte reglene mellom verdireduksjon som følge av endringer i pengeverdien, svingninger i markedet osv, og det forhold at gjenstanden gikk tapt eller av andre grunner i seg selv fikk redusert sin verdi.

⁹⁴⁴ Se *Knoph*, Norsk arverett 1959 side 90: ”Når den gave som skal avkortes har bestått av penger, gir dens avkortingsverdi ikke anledning til tvil. Penger er penger, og avkortes krone for krone. Det er ikke her mer enn ellers adgang til å ta pengenes reale kjøpekraft til forskjellig tid med i betraktningen.”

⁹⁴⁵ Se *Utk62* side 209-210.

⁹⁴⁶ På den annen side kan det hevdes at forskuddsmottaker gis en ekstra fordel ved å kunne velge å beholde gjenstanden mot avkorting for et lavere beløp. Den skjønnsmessige nedsettelse av avkortingsbeløpet al 1854 § 16 ga anvisning på, garanterte imidlertid ikke forskuddsmottaker at avkortingsbeløpet ble satt samsvarende med gjenstandens verdi på avkortingstidspunktet. Utgangspunktet for avkortingsbeløpet var verdien da forskuddet ble gitt, men dette kunne skjønnsmessig nedsettes – det skulle finde sted en ”billig Nedsettelse”.

Verken Arvelovkomiteen eller departementet ønsket å opprettholde en ordning med tilbakeføring in natura som alternativ til avkorting.

Arvelovkomiteen begrunnet dette med at regelen var unødvendig og uheldig. Var gjenstanden i samme stand, ville medarvingene ofte samtykke i tilbakeføring, og da var lovregelen unødvendig. Kravet om tilbakeføring i uforinget stand ville lett føre til tvister.⁹⁴⁷

Til forskjell fra Arvelovkomiteen, mente departementet at en unntaksfri regel kunne være uheldig. Regelen ble derfor at verdien på gavetidspunktet skulle legges til grunn, med mindre dette var åpenbart urimelig. Noen nærmere fastsatte kriterier for *når* det vil være åpenbart urimelig, eller *hvordan* avkortingsbeløpet i tilfelle skulle justeres, gir verken lovteksten eller forarbeidene klare svar på. Departementet begrunnet justeringsadgangen blant annet med at en for fastspikret regel kan komme i strid med intensjonene bak avkortingsordningen. Disse intensjoner synes å være reell likestilling av livsarvingene, jf følgende eksempel:

”Forbeholdet vil bl.a. dekke tilfelle hvor arvelateren, åpenbart med sikte på å stille sine livsarvinger likt, har gitt dem gaver og andre forstreknings til ulike tider.”⁹⁴⁸

Disse retningslinjer – og eksemplet – forutsetter at arvelaters formål var å likestille barna. Siktemålet reell likestilling kan ikke anvendes dersom arvelater ikke ønsket noen reell likestilling, men av andre beveggrunner hadde fastsatt en avkortingssum som var langt mindre enn verdien av gaven.

64.4.2 Betydningen av arvelaters fastsettelse eller forutsetninger – forholdet mellom al § 40 første og annet punktum

Etter al § 40 første punktum skal avkortingsbeløpet settes til verdien da forskuddet ble gitt med mindre dette er åpenbart urimelig. Arvelaters egen fastsettelse av avkortingsbeløpet skal etter annet punktum likevel legges til grunn, så fremt det ikke er fastsatt for høyt.

I *Rt 1996 710* la Høyesterett til grunn at disse to bestemmelser måtte ses i sammenheng. Dette innebar *på den ene side* at første punktum trekker grenser for hva arvelater kan fastsette etter annet punktum. Arvelater kan som utgangspunkt ikke fastsette et avkortingsbeløp som overstiger forskuddets verdi da det ble gitt. Det er

⁹⁴⁷ Se *Utk62* side 210-I.

⁹⁴⁸ Se *Prp36* side 168-I.

bare hvor avkorting med forskuddstidspunktets verdier vil være åpenbart urimelig at arvelater kan fastsette et høyere beløp. Om denne lovforståelsen var flertallet og mindretallet enige.

Førstvoterende (som talsmann for mindretallet på to) uttalte følgende:

”Jeg er enig med lagmannsrettens mindretall i at begrensningen i arveloven § 40 1. punktum også setter en grense for hva arvelateren kan bestemme om avkortningen. Ordlyden i § 40 er riktignok på dette punkt ikke helt entydig, men løsningen fremgår etter min mening temmelig klart både av bestemmelsens forhistorie og av dens forarbeider. Dette innebærer at begrensningen i 2. punktum om at arvelaterens fastsettelse av avkortningssummen ikke må være for høy, refererer til det vurderingstemaet som er angitt i 1. punktum, nemlig om det vil være åpenbart urimelig å sette avkortningssummen til arveforskuddets verdi da det ble gitt.”

Annenvoterende (flertallet) sluttet seg til dette, og uttalte:

”Jeg er enig med førstvoterende i at bedømmelsen her må bygge på vurderingstemaet i paragrafens 1. punktum, slik at det fastsatte avkortningsbeløpet må anses for å være for høyt dersom man ikke står overfor en situasjon hvor det ville være ”openbert urimeleg” å begrense avkortningen overfor [gavemottaker] til den verdi tomten han overtok, hadde på overtakelsestidspunktet. Men i motsetning til førstvoterende er jeg kommet til at det i dette tilfelle ville være åpenbart urimelig å begrense avkortningen slik.”

På den annen side må arvelaters fastsettelse også tas i betraktning ved spørsmålet om hva som er åpenbart urimelig. Hvor stor betydning arvelaters fastsettelse skulle få, var imidlertid flertallet og mindretallet litt uenige om.

Mindretallet uttalte at ”arvelaterens fastsettelse av avkortningssummen etter omstendighetene vil kunne være et moment i vurderingen av om det vil være åpenbart urimelig å legge til grunn verdien på det tidspunkt forskuddet ble gitt. Dette momentet kan imidlertid etter mitt syn vanligvis bare ha begrenset betydning i vurderingen”.

Flertallet fant det på den annen side ”klart at det forhold at arvelateren har truffet uttrykkelig bestemmelse om avkortningssummen, ikke er uten betydning ved avgjørelsen av om det vil være åpenbart urimelig å følge lovens hovedregel. Arvelateren står meget nær til å bedømme hvilken avkortningssum som etter forholdene vil gi en slik likestilling mellom arvingene som er avkortningsreglens formål. Og dersom arvelaterens fastsettelse av avkortningssummen bærer preg av å være skjedd med et slikt formål for øye, bør hans standpunkt etter min mening ha vekt”.

Flertallets synspunkt er i tråd med uttalelser i lovproposisjonen om at hovedregelen kan føre til resultater som ”ville komme i strid med arvelaterens egne intensjoner”.⁹⁴⁹

⁹⁴⁹ Se *Prp36* side 163-II.

Arvelaters intensjoner skal ikke bare vektlegges når de er kommet til uttrykk i en konkret fastsettelse av avkortingsbeløpet. I tråd med avkortingsvilkårene i al § 38 første ledd må også hans sannsynliggjorte forutsetninger vedrørende avkortingsbeløpets størrelse tas i betraktning.

Etter den gamle ordning måtte avkorting være fastsatt skriftlig, og som regel ble dette gjort i forbindelse med en fortegnelse over hva livsarvingen hadde mottatt. Dermed hadde arvelater – i alle fall indirekte – også fastsatt avkortingsbeløpet. Ved at al § 38 også tillater avkorting hvor dette godtgjøres å være i tråd med arvelaters forutsetninger, vil man ofte ha mindre holdepunkter for arvelaters mening omkring avkortingens omfang.

På den annen side innebærer endringen at arvelaters mening og forutsetninger får større plass i den rettslige vurdering både av *om* avkorting skal skje, og i tilfelle med *hvilket beløp*.

I tråd med det som er sagt ovenfor om sammenhengen mellom første og annet punktum i al § 40, kan arvelaters forutsetninger om avkortingsbeløpets størrelse likestilles med en uttrykkelig fastsettelse. Likeledes må hans forutsetninger få betydning for vurderingen av om lovens utgangspunkt fører til et åpenbart urimelig resultat.

I *Rt 1996 710* ble eksempelvis en testamentarisk bestemmelse om at medarvingen skulle arve en tomt, men som var i strid med pliktdelegene, oppfattet som en fastsettelse av avkortingsbeløpet til tomtens verdi ved arvefallet.

De spørsmål som her er reist gjelder ikke bare en teknisk sammenheng mellom to bestemmelser i samme paragraf. Spørsmål omkring avkorting oppstår når medarvingene krever avkorting foretatt med et større beløp enn forskuddsmottaker er villig til å akseptere. Reelt sett er derfor spørsmålet for det første hvilke rettigheter *loven* (i første punktum) gir medarvingene, og for det andre hvor langt *loven* (i annet punktum) tillater *arvelater* å gi medarvingene rettigheter i form av fastsettelse av et avkortingsbeløp som overstiger forskuddets verdi på forskuddstidspunktet.

64.4.3 For hvem skal fastsettelsen være åpenbart urimelig?

Hvor langt *loven* gir medarvingene rettigheter, kan også formuleres som et spørsmål om hvem som i tilfelle må være åpenbart urimelig stilt for at urimelighetsklausulen i

al § 40 første ledd kan anvendes. Avkorting med verdien på gavetidspunktet kan være urimelig høyt overfor gavemottaker, og ut fra en likhetsbetragtning være urimelig lavt sett fra medarvingenes side.

Når det i proposisjonen sies at departementet ikke finner grunn ”til å opprettholde en lovfestet sontring mellom tilfelle hvor pengeverdien er øket og hvor den er redusert”, tyder dette på at hensyn kan tas begge veier.⁹⁵⁰ Ut fra sin sammenheng, blant annet med henvisning til al 1854 § 16, må imidlertid uttalelsen forstås slik at departementet kun siktet til gjenstandsgaver og – i likhet med Arvelovkomiteen – ikke ønsket opprettholdt ordningen med at gavemottaker kunne velge den for ham gunstigste løsning.⁹⁵¹ Det ovenfor refererte må derfor antakelig først og fremst anses som et uttrykk for departementets ønske om å styrke hovedregelen om å legge gavetidspunktets verdier til grunn.

Dette understrekes også ved at det påfølgende avsnitt, om å gjøre unntak ved åpenbar urimelighet, innledes med formuleringen ”på den annen side”.

Departementet tok dessuten avstand fra en renteordning, og ga med det også uttrykk for at forskuddsmottaker ikke skal måtte betale for den fordelen det normalt er å motta arven på forskudd.⁹⁵²

Derimot kan det være spørsmål om begrunnelsen for unntakene ved urimelighet peker mot en generell og mer fleksibel ordning, hvoretter avkortingsbeløpet skal fastsettes ut fra en helhetlig vurdering, hvor både arvelaters mening og ”de intensjoner som ligger til grunn for avkortingsordningen” vektlegges. Videre sies det i forarbeidene at urimelighetsforbeholdet anses ”som et nødvendig korrektiv for å unngå urimeligheter”.⁹⁵³

Om praktiseringen av urimelighetsklausulen uttalte flertallet i *Rt 1996 710* følgende:

”Hvorvidt det må anses åpenbart urimelig å bygge på verdien da arveforskuddet ble gitt, må for øvrig nødvendigvis bero på en skjønnsmessig vurdering i den enkelte sak. Imidlertid kan det nok hentes noen generelle synspunkter fra lovforarbeidene; jeg viser til de uttalelser førstvoterende har gjengitt fra Ot.prp.nr.36 (1968-69) side 168. Det

⁹⁵⁰ Se *Prp36* side 168-I.

⁹⁵¹ Se *Knoph*, Norsk arverett 1959 side 91: ”Den arving som har fått forskudd i form av gods, står altså i en gunstigere stilling enn den som har fått penger. Går nemlig verdien i været, lar han arven avkorte etter prisen da han fikk den, men synker godset i pris, har han rett til å få avkortingstidens reduserte pris lagt til grunn.”

⁹⁵² Se *Prp36* side 168-I.

⁹⁵³ Se *Prp36* side 168-I.

fremgår her at det er tale om en unntaksregel som tenkes gitt en forholdsvis snever rekkevidde. Dette tilsier at det skal ganske sterke grunner til for å fravike verdien da arveforskuddet ble ytet. Men samtidig gir forarbeidene eksempler på situasjoner lovgiveren har hatt for øye ved utformingen av unntaksregelen, og her nevnes 'tilfelle hvor arvelateren, åpenbart med sikte på å stille sine livsarvinger likt, har gitt dem gaver og andre forstreknings til ulike tider'. Det fremheves også at i enkelte tilfelle bør endringer i pengeverdien kunne tas i betraktning ved fastsettelsen av avkortningsbeløpet."

Selv om realiteten i saken var hvorvidt medarvingen kunne kreve avkorting for en tomts verdi ved arvefallstidspunktet og ikke på gavetidspunktet, tok verken flertall eller mindretall direkte opp spørsmålet om betydningen av at medarvingen kunne bli urimelig stilt. Det går imidlertid klart frem av flertallets begrunnelse at det er hensynet til medarvingen og hensynet til oppfyllelse av arvelaters intensjoner som begrunner løsningen. Flertallet fant videre at denne løsning var i tråd med lovens ordlyd og i samsvar med dens forarbeider.

"Dersom [forskuddsmottakers] påstand fører frem, betyr det at han har mottatt den ene av de to tomtene vederlagsfritt og samtidig kan være med på å dele med [medarvingen] verdien av den andre, kr 550.000, bare med fradrag for et arveforskudd på kr 40.000. Jeg kan ikke se annet enn at et slikt resultat iallfall i utgangspunktet fremtrer som åpenbart urimelig etter alminnelige rettferdsforestillinger, og altså oppfanges av lovens ord. Etter min mening står man dessuten, som jeg allerede har antydnet, overfor en slik situasjon som unntaksbestemmelsen i arveloven § 40 1. punktum etter lovforarbeidene tar sikte på. Jeg viser videre til at arvelateren, [...], gjennom sin bestemmelse i testamentet har tilsiktet å fremme en likestilling mellom de to sønnene ved at de overtar hver sin tomt vederlagsfritt. En slik likestilling lot seg, på grunn av prisstigningen siden 1975, ikke gjennomføre uten den avkortning som følger av testamentet. At [medarvingen], i motsetning til [forskuddsmottaker], ikke selv kunne nyttiggjøre seg tomten som boligtomt, bør etter min mening ikke stille ham i noen svakere stilling ved anvendelsen av avkortningsreglene.

De forhold jeg her har fremhevet, tilsier etter min mening at det i denne sak må foreligge spesielle forhold for ikke å følge arvelaterens bestemmelse om avkortningsbeløpet. Etter min mening foreligger det ikke tilstrekkelig sterke grunner for en slik tilsidesettelse av bestemmelsen i testamentet."

Mens flertallet foretok en konkret rettferdighetsvurdering, synes mindretallet å legge mer vekt på hvorvidt dette tilfellet avvek fra vanlige avkortingssituasjoner. Sagt med andre ord synes mindretallet å *forutsette* at lovens ordning er rettferdig, og at urimelighet bare kan oppstå i situasjoner som er så spesielle at lovens regler ikke passer. Det samme faktiske forhold som flertallet vurderte "som åpenbart urimelig etter alminnelige rettferdsforestillinger", vurderte mindretallet slik:

”Etter en samlet vurdering er jeg blitt stående ved at det ikke vil være ’openbert urimeleg’ å anvende lovens hovedregel. Jeg kan egentlig ikke se at det reelt sett foreligger spesielle forhold i denne saken som tilsier at hovedregelen bør fravikes. De argumenter som trekker i denne retning, vil etter mitt syn nokså ofte foreligge når det – i samsvar med arvelaters ønske – er spørsmål om å foreta avkortning i forhold til forskudd på arv.”

Prinsippet om helhetlig vurdering, sammenholdt med givers forutsetninger for gaven, ble også lagt til grunn i *LF 2007 112860*, hvor lagmannsretten kom til at et arveoppgjør basert på de verdier som ble lagt til grunn ved arveavgiftsberegningen da gavene til de øvrige livsarvinger ble gitt i 1988 ville medføre et åpenbart urimelig resultat.⁹⁵⁴ Dommen i *Rt 1996 710* var imidlertid ikke påberopt eller henvist til.

64.4.4 Gjelder urimelighetsklausulen bare ved gjenstandsgaver?

Et annet spørsmål som forarbeidene ikke sier noe klart om, er hvorvidt urimelighetsforbeholdet bare var ment å gjelde når gaven eller forskuddet er gitt i form av en gjenstand. Skal det med andre ord fortsatt være slik at ”penger er penger, og avkortes krone for krone”?⁹⁵⁵ De tidligere justeringsregler gjaldt som nevnt ikke ved pengegaver. Både Arvelovkomiteen og departementet fremholder at det nye forslaget ”avløser” de tidligere regler, men sier intet direkte om skillet mellom pengegaver og gjenstandsgaver fortsatt skal opprettholdes.

Når spørsmålet reises, er det også for å avklare betydningen av den generelle reduksjon i pengeverdien (inflasjon), som sett over tid alltid har vært der og som mest sannsynlig alltid vil være der.

For Arvelovkomiteen var det ikke nødvendig å drøfte spørsmålet, idet komiteen overhodet ikke ønsket å ta hensyn til verdiendringer. Det fremgår imidlertid at Arvelovkomiteen oppfattet sitt forslag som å være i tråd med dagjeldende regel om at pengegaver skulle avkortes krone for krone, men at forslaget innebar en viss endring hva angikk adgangen til justering ved gjenstandsforskudd.⁹⁵⁶

⁹⁵⁴ Dommen ble anket, men Høyesteretts ankeutvalg fant enstemmig, i medhold av tvl § 30-4, at verken avgjørelsens betydning utenfor den foreliggende sak eller andre forhold tilsa at ankesaken ble fremmet for Høyesterett, se *HR 2009 713 U*.

⁹⁵⁵ *Knoph*, Norsk arverett 1959 side 90.

⁹⁵⁶ ”Komiteén skal opplyse at også etter arvelovens § 16 er utgangspunktet for fastsettelsen av avkortingsbeløpet gjenstandens verdi på gavetidspunktet. Men det er anledning til å foreta *nedssettelse* dersom pengeverdien er øket. Er pengeverdien derimot redusert, kan det ikke foretas noen forhøyelse. Hvor forskuddet er gitt i kontanter, går ordningen også nå ut på at avkortning skal skje med forskuddsbeløpet.” Utk62 side 210-I.

Det fremgår videre at Arvelovkomiteen både skilte mellom pengegaver og gjenstandsgaver og mellom endringer i pengeverdien og andre endringer.⁹⁵⁷

I proposisjonen drøftes heller ikke spørsmålet, og det er uklart hva departementet har ment om det. Det fremgår av proposisjonens fremstilling av gjeldende rett at det eksisterende skillet mellom penger og gjenstander er kjent. Skillet kom som nevnt til syne i Arvelovkomiteens lovutkast.⁹⁵⁸ Fordi forholdet ikke er omtalt i proposisjonen, kan det ikke legges særlig vekt på at regelen ble formulert annerledes i proposisjonen enn i Arvelovkomiteens utkast.⁹⁵⁹

Det fremgår av proposisjonen at svensk og finsk rett har vært forbilde for utformingen av regelen. Departementets lovforslag fremtrer langt på vei som en oversettelse av den tilsvarende svenske lovbestemmelse (Ärvdabalken 6:3).⁹⁶⁰ Heller ikke denne henvisningen gir noe entydig svar på hva departementet mente om urimelighetsklausulens anvendelsesområde. Den svenske regelen omtaler ”egendomens värde”, mens det i proposisjonsutkastet heter ”verdien av forskuddet”.

Departementet sluttet seg ”som utgangspunkt til prinsippet i Arvelovkomiteens utkast om at avkorting skal skje på grunnlag av verdien da gaven eller forstrekingen ble gitt”, og uttalte dessuten generelt at § 40 i proposisjonsutkastet ”svarer med enkelte endringer til § 39 i Arvelovkomiteens utkast”.⁹⁶¹

I proposisjonen presiseres det videre at departementet ville bort fra sontringen mellom økning og reduksjon i pengeverdien. Sontringen mellom pengegaver og gjenstander sies det imidlertid intet om, men det er mye som tyder på at det er regelen om justering av avkortingsbeløpet ved gjenstandsgaver man har i tankene. Om forslaget til urimelighetsklausul heter det eksempelvis at den ”bør innskrenkes til en regel om at avkorting skal skje etter *gjenstandens* verdi ved mottagelsen” (min kursivering).⁹⁶²

I proposisjonen sies det at i enkelte tilfeller ”bør endringer i pengeverdien kunne tas i betraktning ved fastsettelsen av avkortingsbeløpet”. Ut fra sammenhengen i

⁹⁵⁷ ”Komiteén har som nevnt antatt at pengeforskudd bør avkortes med det beløp som er ytet, og andre gaver etter den verdi som de hadde på gavetidspunktet. Endringer i pengeverdien bør være uten betydning, og det samme gjelder variasjon i verdien av en bortgitt ting, også når variasjonen ikke skyldes endringer i pengeverdien.” Utk62 side 209-210.

⁹⁵⁸ Se note 942.

⁹⁵⁹ ”Avkorting skal skje etter verdien av forskuddet da dette ble gitt ...”, se Prp36 side 215-II.

⁹⁶⁰ Bestemmelsen lød og lyder slik: ”3 § Avräkning av förskott skall ske efter egendomens värde vid mottagandet, såframt icke på grund av omständigheterna annat bör gälla.”

⁹⁶¹ Se Prp36 side 168-I.

⁹⁶² Se Prp36 side 168-I.

avsnittet og også sett i sammenheng med drøftelsene i komiteutkastet, synes også dette å være knyttet til endringer i en gjenstands verdi.⁹⁶³

Ett av de eksempler som fremholdes kan imidlertid tyde på at meningen var å gi bestemmelsen generell anvendelse, nemlig hvor arvelater ”åpenbart med sikte på å stille sine livsarvinger likt, har gitt dem gaver og andre forstreknings til ulike tider”.⁹⁶⁴ Uttalelser samme sted om at urimelighetsforbeholdet burde ”gis en forholdsvis snever rekkevidde”, sikter først og fremst til forståelsen av urimelighetsterskelen, og kan ikke tas til inntekt for en innskrenkende tolking hva angår anvendelsesområdet.

Avgjørende må etter min mening være det generelle formålet med, og begrunnelsen for, urimelighetsklausulen. Selv om det antakelig var endringer i en gjenstands verdi man hadde i tankene, er det intet sted presisert at den generelt utformede regelen ikke får anvendelse ved pengegaver. Det foreligger heller ingen saklige grunner til å foreta en slik sontring.

64.4.5 Forholdet mellom loven og arvelaters mening

Det kan spørres om ikke et hvert påbud eller forutsetning om avkorting presumptivt bygger på et ønske om reell likestilling av livsarvingene. Lovens system forutsetter imidlertid en presumsjon om at arvelater ønsker seg lovens ordning – som i mange tilfeller *ikke* leder til reell likestilling.

Det må derfor ses nærmere på hva arvelater ensidig kan bestemme. Arvelaters fastsettelse av avkortingsbeløpet skal i følge al § 40 annet punktum legges til grunn dersom det ikke er for høyt. Sammenholdt med reglene i al § 38 må en sannsynliggjøring av arvelaters forutsetninger om avkortingsbeløpets størrelse likestilles med en uttrykkelig fastsettelse. Avkorting skal bare foretas *i den utstrekning* det er i tråd med arvelaters fastsettelse eller forutsetninger. En fastsettelse av avkortingsbeløpet kan derfor aldri være *for lav* i forhold til lovens ordning. Arvelater kan jo fritt la være å påby avkorting. Med bakgrunn i at lovens avkortingsordning ikke gir medarvingene selvstendige rettigheter utover at de kan føre andre bevis for avkorting enn arvelaters uttrykkelige påbud, kan det ikke tas hensyn til at arvelaters

⁹⁶³ Se note 957.

fastsettelse av avkortingsbeløpet er urimelig lavt for dem. Arvelaters fastsettelse av et lavt avkortingsbeløp må derfor legges til grunn, med mindre fastsettelsen er for lav i forhold til hans egne forutsetninger. Regelen er således at gavemottaker ikke trenger å akseptere avkorting for et urimelig høyt beløp, mens medarvingene ikke kan protestere på et for dem urimelig lavt beløp.

Det er selvfølgelig intet i veien for at arvelater avtaler med forskuddsmottaker at det skal avkortes med indeksregulert beløp, eller at det skal svares renter, men da er vi over i reglene om arveforskuddsavtaler.

Tilsvarende gjelder dersom arvelater synes lovens avkortingsregler i for liten grad gir ham mulighet til reell likestilling av sine barn. Da får han avtale med arvingen, eventuelt sette som vilkår at det skjer er mer vidtgående avkorting, eksempelvis for en på forhånd fastsatt brøk eller for en oppjustert verdi.

64.4.6 Skiftelovutvalgets forslag

Skiftelovutvalget foreslår i *NOU 2007: 16* Ny skiftelovgivning blant annet endringer i al § 43, som går ut på at avkortingssummen skal legges til dødsboet ved beregning av friarv og gjenlevende ektefelles arvelodd. Den direkte betydning for arveoppgjøret og for sammensatt skifte drøftes nærmere under pkt 64.6. Her skal bare påpekes at dersom regelen blir at avkortingssummen skal legges til dødsboet, endres samtidig avkortingsreglenes karakter av å være et internt oppgjør mellom livsarvingene til å bli en del av hele skifteoppgjøret, herunder det sammensatte skiftet. Legges avkortingssummen til dødsboet, blir perspektivet at ektefelle og testamentsarvinger skal stilles som om gaven ikke var gitt. Ut fra dette perspektivet må det ved fastsettelsen av avkortingssummen – som ved erstatningsutmåling – ses hen til hvilke verdier som ville vært i boet dersom gaven ikke hadde vært gitt.

64.4.7 Den beregnede avkortingssum overstiger livsarvingens arvelodd

Dersom den beregnede avkortingssum overstiger gavemottakers arvelodd plikter han etter al § 41 ikke å betale det overskytende tilbake. Regelen bygger på gamle rettstradisjoner om såkalt idealkollasjon, og innebærer at den reelle utligningen i forhold til de øvrige livsarvingene blir mindre.⁹⁶⁵

⁹⁶⁴ Se *Prp36* side 168-I.

⁹⁶⁵ Om idealkollasjon som motsetning til realkollasjon, se *Knoph*, Norsk arverett 1959 side 81.

Det åpnes imidlertid for at noe annet kan avtales, hvilket for det første betyr at noe annet ikke ensidig kan påbys. En ordning hvor arvingen må tilbakebetale mer enn hva som kan avkortes i hans arvelodd er i realiteten en låneordning, hvilket krever særskilt avtale. Det kan i seg selv reises innvendinger mot en ordning som innebærer at en livsarving relativt uventet kan bli møtt av et avkortingspåbud først ved arveoppgjøret. En ordning hvoretter arvelater etter eget forgodtbefinnende kan omgjøre en gave til et lån, innebærer imidlertid for stort brudd på både avtalerettslige og arverettslige grunnregler.

Til sammenligning vil en arveforskuddsavtale aldri kunne gå ut på mer enn at arvingene aksepterer at han intet skal arve. Skal han tilbakeføre hele arveforskuddet, dreier det seg om en låneavtale med forfall ved långivers død.⁹⁶⁶

Selv om arveforskuddsavtalen for øvrig går ut på at lovens ordning for avkorting skal gjelde, må det forhold at arveforskuddet i realiteten er et lån normalt medføre at arveforskuddet også i andre relasjoner betraktes som en utestående fordring som nå inndrives. Derfor kan heller ikke al § 43 komme til anvendelse. I alle fall må dette gjelde for det beløp som overstiger arvelodden, og som arvingen må betale til dødsboet.

64.5 Lovens regler om avkortingens virkning for friarv og ektefellearv

Lovens ordning etter al § 43 går ut på en intern utjevning mellom livsarvingene. Den får derfor ingen betydning for fastsettelsen av verken friarven eller gjenlevende ektefelles arvelodd, som beregnes ut fra de verdier som befinner seg i dødsboet på skiftetidspunktet.

Dette kommer litt uklart frem i lovteksten, nemlig at ”avkorting etter reglane i §§ 38-42 [ikkje har] noko å seie for den rett attlevande ektemake har til part av buet og for retten til arvelataren til å rå over arven med testament”. Strengt tatt er det ikke avkorting som ikke får noen betydning for pliktdelsarv eller gjenlevendes andel, men det forhold at det er utdelt gave eller arveforskudd. Det er videre litt uklart hva det betyr at gaven *ikke har noe å si* for ektefelle eller pliktdelsarv. Dersom

⁹⁶⁶ Selv om forfallstidspunkt ikke er avtalt, medfører motregningsregelen i sl § 61 tredje ledd uansett et reelt forfall – i alle fall innenfor arvelodden.

gaven ikke skal ha noe å si for de nevnte beregninger, er vel dette språklig sett nærmest å forstå som at verdien av den utdelte gaven *ikke* skal ses bort fra?⁹⁶⁷

Regelen i al § 43 er i samsvar med generelle arverettslige og skifterettslige prinsipper: Det er de beholdne verdier på arvefallstidspunktet som er avgjørende. Slik er regelen også begrunnet i forarbeidene, jf nedenfor. Spørsmålet om regelens berettigelse er aktualisert ved at *Skiftelovutvalget* på den annen side ”finner det klart at arveloven § 43 bør endres”, jf nærmere nedenfor.

Slik jeg oppfatter Skiftelovutvalgets innstilling dreier spørsmålet seg om hva som skal være lovens utgangspunkt dersom noe annet ikke er avtalt.⁹⁶⁸ Når avkorting etter lovens regler ensidig kan påbys av arvelater, betyr dette samtidig at lovens utgangspunkt også følger av det ensidige avkortingspåbudet – med mindre det er grunn til å tolke det annerledes.

Under forberedelsen av al § 43 ble disse spørsmål relativt grundig drøftet av *Arvelovkomitéen*, hvis synspunkter synes tiltrådt av departementet. Arvelovkomitéen viser til gjeldende rett som anses å være at avkorting kun innebærer et internt oppgjør mellom livsarvingene, drøfter ulike hensyn for og i mot denne ordning og konkluderer med at den bør beholdes. *Departementet* begrenser seg til å vise til gjeldende rett, og sier at departementets forslag i realiteten er i samsvar med Arvelovkomitéens utkast.⁹⁶⁹

Arvelovkomitéen drøftet betydningen av avkortingspliktige gaver i forholdet til gjenlevende ektefelle sammen med det tilsvarende spørsmålet om gaver mellom ektefellene skulle få betydning for slektsarvingenes – særlig livsarvingenes – arverett. Komiteen fant ikke grunn til å foreslå regler om noen av delene.

”Etter den nåværende ordning er det ikke gitt noen særlige regler om disse forhold. Det betyr at i nevnte forbindelser er gavene uten betydning ved skifteoppgjøret etter den døde ektefelle.

Komitéen anser det lite tvilsomt at gjeldende ordning ikke bør endres. Noen reell grunn til å gi gjenlevende ektefelle eller slektsarvingene (typisk avdødes barn) noen særlige rettigheter fordi

⁹⁶⁷ Skiftelovutvalgets forslag til utforming av lovteksten er her langt å foretrekke idet den helt enkelt forklarer realiteten: ”§ 43. *Avkortingssummen skal leggjast til dødsbuet ved beregninga av den rett atlevande ektemake har til part av buet og av retten til arvelataren til å rå over arven ved testament.*” NOU 2007: 16 side 27-I.

⁹⁶⁸ Skiftelovutvalgets forslag til ny lovtekst inneholder ingen uttrykkelig bestemmelse om at noe annet kan være avtalt. Jeg oppfatter det likevel slik at utvalget ikke mener å gripe inn i partenes avtalefrihet, men utelukkende fremsetter endringsforslag vedrørende lovens deklatoriske utgangspunkt.

⁹⁶⁹ *Utk62* side 129-130 og side 210-211, jf *Prp36* side 168-169.

den ektefelle som er død hadde gitt gaver til o.l. til henholdsvis slektsarvingene eller ektefellen, kan det i alminnelighet ikke antas å være.”⁹⁷⁰

Arvelovkomitéen viste samme sted til at dersom det forelå særlige grunner, måtte man regne med at giveren selv traff de nødvendige disposisjoner, herunder ved testament. Det bør også legges merke til at Arvelovkomitéen som begrunnelse også viste til at det ville være vanskelig å finne frem til lovregler som kunne være tilstrekkelig klare i praksis.

Når det gjaldt beregning av pliktdelsarv, pekte Arvelovkomitéen innledningsvis på at gaver til ektefellen ikke kunne få betydning for givers testasjonsrådighet – det er formuesforholdene ved hans død som er avgjørende. Det samme standpunkt ble inntatt vedrørende gaver til livsarvinger, blant annet gjennom henvisning til at pliktdelsreglene nettopp går ut på at pliktdelsarven beregnes ut fra arvelaters formue ved arvefallstidspunktet.⁹⁷¹

Komiteen viste videre til de danske og svenske ordninger, hvoretter den danske den gang var i samsvar med den norske, mens svensk rett – som i dag – gikk ut på at gaven skulle legges til boet ved beregning av pliktdelsarven. I den anledning pekte komiteen særlig på at den svenske ordning kunne føre til at arvelater kunne testamentere over hele den gjenværende formue.⁹⁷²

”Komiteen er blitt stående ved at man bør opprettholde gjeldende ordning. Ut fra våre tradisjoner ville det ofte virke støtende om arvelateren fikk anledning til å disponere ved testament over en større del av boet enn vanlig, fordi han i levende live har gitt gaver og lignende til livsarvingene.⁹⁷³ Dette ville særlig være tilfelle hvor det bare er én livsarving, eller hvor samtlige livsarvinger har fått like stort forskudd, slik at det ikke blir spørsmål om avkorting dem i mellom.”⁹⁷⁴

Arvelovkomitéen viste samme sted dessuten til at gjeldende ordning neppe kunne ha uheldige følger. Det var ikke grunn til å tro at øket testasjonsrett ville tilskynde arveforskudd eller påbud om avkorting – hvilket i seg selv var ønskelig.

⁹⁷⁰ *Utk62* side 129-I.

⁹⁷¹ *Utk62* side 129-II.

⁹⁷² Sammenlign Skiftelovutvalgets eksempel *NOU 2007: 16* Ny skiftelovgivning nederst side 181-I.

⁹⁷³ Det motsatte argument ble fremsatt av Advokatforeningen under høringsrunden, se gjengivelse i *Prp36* side 169-I.

⁹⁷⁴ *Utk62* side 129-II.

Departementet sluttet seg som nevnt til Arvelovkomitéens standpunkter, men presiserte at det kunne tenkes at noe annet kunne avtales, eksempelvis hvor arveforskudd var mottatt mot avkall på arv.⁹⁷⁵

”*Departementet* er oppmerksom på at det kan være gitt arveforskudd som får betydning for arveoppgjøret, uten at de lovfestede regler om avkortning i arv er bindende ved det senere oppgjør. Dersom det i forbindelse med forskuddet eller senere er gitt helt eller delvis avkall på arv bør følgen i alminnelighet være at forskuddet også får betydning for beregningen av pliktdele arven. Arveavkall kan skje formløst både etter utkastet og gjeldende lov (prp. utk. § 45). Også etter de avkortningsregler som departementet foreslår, er det grunn til å sondre mellom avkortning etter disse bestemmelser og forskudd på arv i samband med arveavkall. For å avverge misforståelser med hensyn til rekkevidden av avkortningsreglene på dette punkt, har man foreslått en endring i forhold til innledningen i § 42 i Arvelovkomiteens utkast.”⁹⁷⁶

Denne mulighet hadde også Arvelovkomitéen pekt på.

Vedrørende tilskyndelse til både arveforskudd og påbud om avkorting uttalte Arvelovkomitéen at ”for øvrig merkes at giveren ved å utvirke avkall på arv ... fra samtlige livsarvinger i forbindelse med arveforskuddet kan få en friere adgang til å disponere ved testament over sin gjenværende formue.”⁹⁷⁷

Departementets standpunkt med hensyn til fravikelse av al § 43 ved avtale kom imidlertid ikke til uttrykk i den foreslåtte lovteksten. Dette ble bemerket under behandlingen i *Justiskomiteen*, som tok dette opp med departementet.⁹⁷⁸

Departementet besvarte senere spørsmålene slik i brev til Justiskomiteen:

”Dersom det foreligger et avtalt arveforskudd, vil forholdet til ektefelleandel og pliktdele bero på avtalen. Dette kan gjerne presiseres i § 43, f.eks. ved å innlede slik:

’Når ikke annet er avtalt, er avkortning ...’⁹⁷⁹

Justiskomiteen hadde ingen motforestillinger til denne formulering.⁹⁸⁰

Ved **uskifte** er til sammenligning lovens utgangspunkt det motsatte enn hva det er ved avkortning, både med hensyn til vilkårene for og virkningene av avkortning. Dette fremgår av al § 21 som regulerer virkningene av utdelinger fra gjenlevende ektefelle i uskifte til en av uskiftearvingene. For det første kan de øvrige uskiftearvinger ubetinget kreve tilsvarende oppgjør, og får de ikke slikt oppgjør, kan de kreve

⁹⁷⁵ Prp36 side 168-169.

⁹⁷⁶ Prp36 side 169-I.

⁹⁷⁷ Utk62 side 130-I.

⁹⁷⁸ Møter avholdt 7., 8. og 11. januar 1971, se kort referat i brev fra Justisdepartementet til Justiskomiteen av 2.2.1971, ref 29/71 E VH/TR, side 1, inntatt som vedlegg 2 til Innst O XIX (1970-71) side 36 flg.

⁹⁷⁹ Brev fra Justisdepartementet til Justiskomiteen av 2.2.1971, ref 29/71 E VH/TR, side 9, inntatt som vedlegg 2 til Innst O XIX (1970-71) side 36 flg.

⁹⁸⁰ Innst O XIX (1970-71) side 17-I.

uskifteboet skiftet, se al § 21 første og annet ledd. Enten de øvrige uskiftearvinger har krevd skifte eller venter til uskifteboet senere skiftes, kan de kreve avkorting (utligning) etter reglene i al § 21 tredje ledd, som henviser til al §§ 39-42.

Henvisningen er bevisst begrenset slik at vilkårene for avkorting i al § 38 ikke skal gjelde, og heller ikke al § 43 om virkningene.

Dette innebærer at de øvrige uskiftearvingene alltid kan kreve avkorting uavhengig av gjenlevendes bestemmelser eller ønsker, og at verdien av forskuddet (særøppgjøret) alltid skal tillegges uskifteboet ved skifte. Dette får betydning både ved delingen mellom ektefellene (al § 26), ved beregning av eventuell ektefellearv og ved beregning av friarven. Bestemmelsen får derved betydning for lengstlevendes testasjonsrådighet – ikke bare i forhold til pliktdelsreglene, men og også i forhold til al § 18 annet ledd.

Rent teknisk er det antakelig en forskjell på de etterøppgjør som skjer med grunnlag i al § 21 tredje ledd og den løsning Skiftelovutvalget legger opp til ved avkortingspliktige gaver. Ved utligning etter al § 21 tredje ledd tas det ofte utgangspunkt i al § 26 tredje ledd som gir en (uklar) anvisning på en brøkmessig forskyvning.⁹⁸¹ Den beregningsmåte Skiftelovutvalget legger opp til er langt enklere ved at man tar utgangspunkt i en sum – avkortingssummen – som legges til det øvrige dødsboets netto, og som deretter regnes som allerede utdelt (forhåndsutloddet) til den avkortingspliktige arving. Denne beregningsmåte bør også brukes ved utligning etter al § 21 tredje ledd, såfremt det kan fastsettes en avkortingssum. Justeringsreglene i al § 26 tredje ledd må fortsatt brukes dersom enkelte av førstavdødes arvinger allerede før uskifteboets etablering har fått utbetalt sin arv (al § 12), eller hvor enkeltarvinger er ”utskiftet” under uskiftet, eventuelt også når det er utdelt delvis arveforskudd etter al § 21 som er fastsatt til en brøk av arven etter førstavdøde.

Uskiftereglene er ikke fullt ut sammenlignbare eller egnet som modell ved regulære arveforskudd eller avkortingspliktige gaver. Fellestrekket er prinsippet om lik arverett for arvinger på samme trinn. En betydelig forskjell ligger imidlertid i at al § 21 bygger på at gjenlevendes utdelinger til uskiftearvingene ikke er gave eller arveforskudd fra henne selv, men delvis arveøppgjør etter førstavdøde. Uskiftearvingene er førstavdødes arvinger.⁹⁸² Hvordan arven etter førstavdøde skal fordeles, ligger utenfor den rådighet gjenlevende gis under uskiftet, se al § 18 annet ledd sammenholdt med

⁹⁸¹ Om de mange kompliserte beregningsspørsmål som oppstår ved slike brøkjusterte skifteøppgjør, se blant annet *Jens Edvin Andreassen*, Arvelovens § 26 tredje ledd, *Jussens Venner* 1976 side 151-159, *Hambro*, Arveloven side 179-184 og *Unneberg*, Arveretten side 384-395.

første ledd. Dette begrunner hvorfor det ikke er opp til gjenlevende å bestemme om det skal skje avkorting eller ikke. Gjenlevende ektefelle i uskifte kan bestemme om det skal skiftes, når og for hvor mye, men ikke fordelingen mellom førstavdødes arvinger, se al § 21 første ledd jf § 24 første ledd.

Ordlyden i al § 43 er videre uklar med tanke på hvorvidt formuleringen ”den rett atlevande ektemake har til part av buet” omfatter både boslodd i felleseiemiene (delingen mellom ektefellene) og gjenlevendes rett til ektefellearv. Så lenge lovens ordning er at avkorting ikke får betydning for noen av delene, har spørsmålet for så vidt heller ingen betydning. Derimot vil sontringen få betydning dersom Skiftelovutvalgets forslag vedtas, se om dette straks nedenfor. Det samme gjelder for spørsmålet om hva annet som etter dagens regler kan avtales. Verken lovtekst eller forarbeider sier noe nærmere om dette.

Under pkt 65.3 skal jeg drøfte hva annet som kan avtales og herunder peke på betydningen av den relativt åpenbare regel om at ektefellenes formuesordning, ikke kan endres gjennom en avtale mellom den ene ektefellen og vedkommendes livsarving.

Avslutningsvis vil jeg peke på at formuleringen av problemstillinger ofte farges av hvilket standpunkt man inntar med hensyn til spørsmålet. Arvelovkomitéen drøftet ”øket testasjonsrett for giveren”. Problemstillingen kan like gjerne formuleres som hvorvidt testasjonsrådigheten skal reduseres som følge av at arvelater er snill og gir barna arveforskudd – slik det var i Advokatforeningens høringsuttalelse referert til ovenfor.

64.6 Skiftelovutvalgets forslag om endring av al § 43

Skiftelovutvalget ble oppnevnt ved kgl res av 9.9.2005. I mandatet står blant annet følgende vedrørende avkortingsreglene (pkt 5 c):

”Arveloven kapittel VI gir regler blant annet om avkorting i arv. Reglene om avkorting varierer betydelig mellom de nordiske land. Utvalget skal vurdere om arvelovens regler på dette området bør endres for i større grad å bringes på linje med ett eller flere av våre naboland. Utvalget skal

⁹⁸² Når felles livsarvinger under uskiftet opptre som uskiftearvinger gjør de dette i egenskap av førstavdødes arvinger. Dette kan imidlertid ikke utelukke ordninger hvoretter det eksempelvis avtales at ett av barna skal motta et beløp som både er arv etter førstavdøde og arveforskudd etter gjenlevende. Reglene i al § 21 regulerer bare barnas stilling som arvinger etter førstavdøde.

herunder vurdere om arvelateren bør pålegges en plikt til på overleveringstidspunktet å avklare om gaven skal avkortes i en senere arv, og eventuelt også klargjøre til hvilken verdi dette skal gjøres.”

Utvalget avga den 23.11.2007 sin innstilling, *NOU 2007: 16 Ny skiftelovgivning*. De spørsmål som er omhandlet i mandatet, referert ovenfor, er behandlet i innstillingen kapittel 19.2 Avkorting i arv – arveforskudd.

Utvalget drøfter i hovedsak tre spørsmål: Når avkorting skal finne sted, avkortingsbeløpets størrelse og virkningen av avkorting. For de to første spørsmål fant utvalget ikke grunn til å foreslå endringer. Enkelte steder ovenfor er det kort vist til disse drøftelser. Det sentrale i forhold til denne avhandlingen er imidlertid utvalgets forslag til endring av al § 43, dvs om virkningen av avkortning. Skiftelovutvalget foreslår at lovens utgangspunkt blir det motsatte av hva gjeldende regel går ut på. Skiftelovutvalgets forslag til ordlyd i al § 43 lyder slik:

”§ 43. *Avkortningssummen skal leggjast til dødsbuet ved berekninga av den rett attlevande ektemake har til part av buet og av retten til arvelataren til å rå over arven ved testament.*”⁹⁸³

Avgjørende for forslaget er at endringen vil bringe norsk rett mer i samsvar med dansk og svensk rett – hvilket er i tråd med mandatet:

”Utvalget har også vurdert om det bør foretas endringer når det gjelder virkningene av avkortning for beregningen av arvelodd, pliktdel og ektefellens boslodd. Her står som nevnt norsk rett i en særstilling i forhold til de øvrige nordiske land. Mens det i de øvrige nordiske land bestemmes at forskuddsbeløpet i det omfang det blir gjenstand for avkortning, skal legges til boet ved beregningen av arvelodd og pliktdel, medfører norsk al. § 43 at det er boet eksklusive avkortningsbeløpet som er avgjørende. En slik løsning har vist seg å skape uheldige løsninger i praksis. Det synes å være liten grunn til å opprettholde en særnorsk regulering på dette punktet, og utvalget finner det klart at arveloven § 43 bør endres til å samsvare med de øvrige nordiske land.”⁹⁸⁴

Skiftelovutvalget peker også på mulige negative sider ved forslaget, og bruker som eksempel at en ektefelle deler ut så store arveforskudd til fellesbarna at ektefellen blir enearving, og at det derved ikke blir noe arv til særlivsarvinger. ”Utvalget er likevel av den oppfatning at den foreslåtte løsningen jevnt over vil gi rimeligere løsninger enn gjeldende rett.”⁹⁸⁵

⁹⁸³ Se *NOU 2007: 16 Ny skiftelovgivning* side 27. Kursivert tekst markerer endringer i forhold til gjeldende ordlyd.

⁹⁸⁴ *NOU 2007: 16 Ny skiftelovgivning* side 180-I.

⁹⁸⁵ *NOU 2007: 16 Ny skiftelovgivning* side 180-I.

Det fremgår ikke av lovteksten eller av drøftelsene om arvelater og arvingene skal kunne avtale noe annet, men jeg antar at bestemmelsen – i tråd med dansk rett – er ment å være deklarasjonsisk.

Det er ikke uttrykkelig drøftet om avkortingssummen skal hensyntas både ved beregning av gjenlevende ektefelles arvelodd og ved delingen mellom ektefellene. Ved sammensatt skifte reguleres denne delingen av el kap 15, og ved deling av uskifteboet av al kap III.

Utvalget har videreført gjeldende formulering ”den rett attlevande ektemake har til part av buet”, men har samtidig formulert egen tekst som går ut på at avkortingssummen skal legges til ”dødsbuet”. Dødsboet er den del av det samlede felleseiet som etter reglene i el kap 15 tilfaller førstavedde ektefelle.

Etter dansk rett er regelen at arveforskuddet skal tas i betraktning både ved beregning av arvelodder og av tvangsarv. Forskuddet skal videre hensyntas ved skifte av felleseie når skiftet foretas i gjenlevende ektefelles levetid, se dal § 47 stk 2.⁹⁸⁶ Det er antatt at tilsvarende gjelder etter svensk rett, selv om det ikke uttrykkelig er sagt i loven.⁹⁸⁷ Med harmonisering som siktemål er det grunn til å tro at Skiftelovutvalget mente at tilsvarende regel burde gjelde i norsk rett.⁹⁸⁸

Jeg går ikke nærmere inn på disse spørsmål, idet det må antas at disse spørsmål avklares i den videre lovforberedelsesprosess.

Så lenge al § 43 etter lovens system bare gjelder direkte ved ensidig avkortingspåbud i henhold til al § 38, vil den foreslåtte endring ikke få noen betydning hvor det bare er én livsarving, eller hvor alle livsarvinger har mottatt like mye. Har arvelater utdelt betydelige verdier til alle sine barn, men ønsker å testere over det resterende, må denne virkning avtales med barna – best i form av et samtykke til pliktdelskrenkende testament, se kapittel 53.

Jeg har definert anvendelsesområdet for lovens avkortingsregler som direkte gjeldende kun hvor giver ensidig – og derfor normalt i ettertid, se pkt 65.2 – påbyr avkortning. Ut fra denne forutsetning mener jeg regelen i al § 43 bør forbli uendret.

⁹⁸⁶ Slik var regelen også etter dal 1963 § 35.

⁹⁸⁷ Se *Lødrup*, Nordisk arverett side 113 med henvisninger.

⁹⁸⁸ I så fall bør vel formuleringen ”leggjast til dødsbuet” endres. Strengt tatt foreligger det ikke noe dødsbo før delingen mellom ektefellene er foretatt.

Hvis det derimot foreligger en avtale inngått senest samtidig med arveforskuddet, mener jeg det ikke er urimelig at giver tar forbehold om å beholde sin testasjonsfrihet. Det er normalt omsorgsfullt å ta forbehold om at arveforskuddet ikke skal få konsekvenser for den annen ektefelles stilling ved giverens død. Jeg peker i denne anledning til at en forutsetning for at de danske regler skal komme til anvendelse, er at det foreligger en arveforskuddsavtale før gaven eller forskuddet ytes.

Svensk rett er derimot mer brutal i forhold til arvingene. Det er vel gamle germanske rettstradisjoner om livsarvingenes like rett til foreldrenes etterlatte formue som har slått igjennom.

Jeg finner nok en gang grunn til å understreke at det som tilsynelatende fremtrer som en uenighet, egentlig består i at standpunktene bygger på ulike forutsetninger – eller mer korrekt knytter seg til ulike faktiske situasjoner. Se tilsvarende pkt 63.3 vedrørende forståelsen av al § 45 om virkningen av avkall fra livsarving.

I dal § 47, som fastsetter at arveforskuddet skal legges til, er det uttrykkelig sagt at dersom avkortingssummen overstiger arvingens arvelodd, er det bare den del av avkortingssummen som tilsvarer arvelodden som skal legges til boet. Fordi det er nordisk rettsenhet som tilstrebes, må det antas at Skiftelovutvalget har forutsatt en tilsvarende regel i norsk rett. Rent lovteknisk følger dette av at det etter lovforslaget er *avkortingssummen*, og ikke arveforskuddet, som skal legges til boet. Avkortingssummen er det beløp som blir igjen etter at det gjort reduksjon i henhold til al § 41.

I dansk rett gjøres dette, når det ses bort fra eventuell gjenlevende ektefelle, ved at det tas utgangspunkt i det gjenværende dødsbo som derved fordeles mellom de øvrige livsarvinger. Deretter tillegges dødsboet den tilsvarende arvelodd som etter norske regler er den justerte avkortingssummen. Fra dette tallmessig tenkte boet beregnes friarven.⁹⁸⁹

Under pkt 64.4.6 har jeg kort pekt på betydningen av Skiftelovutvalgets forslag for fastsettelsen av avkortingssummen, nemlig vederlagskravslignende synspunkter om hvordan ”fellesboet” ville sett ut dersom arveforskuddet ikke hadde vært ytt.

En annen sideeffekt som bør avklares, er hvilken betydning den foreslåtte regel skal ha for hvem som kan kreve avkorting. Skiftelovutvalgets forslag sammenholdt

med gjeldende regler i al § 38, betyr at en eventuell avkortingssum skal legges til også i de tilfeller hvor avkorting verken er forhåndsavtalt eller uttrykkelig påbudt. I denne situasjonen kan, etter dagens regler, de øvrige livsarvinger kreve avkorting dersom ”det blir godtgjort at avkorting vil vere i samsvar med føresetnadene til arvelataren”.

Hvis lovens ordning gjøres om slik at også gjenlevende ektefelle og testamentsarvinger har interesse i at avkorting skjer, reises spørsmålet om også disse skal kunne kreve avkorting – til tross for at ingen av livsarvingene ønsker det. Ektefelle og testamentsarvinger vil normalt oppfylle kravene i tvl § 1-3 om rettslig interesse. Skal de stoppes, må det i tilfelle være av en arverettslig regel som enten inntolkes i al § 38 eller som tilføyes samtidig med eventuelle endringer av al § 43.

Alternativt må det gis eller inntolkes en regel om at avkorting bare skal få betydning i forhold til ektefelle og/eller testamentsarving, men da er man ganske langt borte fra avkortingsinstituttet som skal sikre likhet mellom arvelaters barn.

For testamentsarvingen må det allerede etter gjeldende rett være klart at loven ikke kan gi ham rettigheter som ikke kan utledes av testamentet. Sammenlign prinsippene i al § 66 nr 4 hvoretter en testamentsarving ikke kan kreve kompensasjon for at en gjenstand er beheftet eller ikke lenger befinner seg i boet, med mindre dette kan utledes av testamentet. Det ligger i testamentsarveretten at testamentsarvingen arver det som eventuelt måtte være igjen ved arvelaters død. Selv om eksempelvis et gjenstandslegat er blitt pliktdelskrenkende som følge av arvelaters livsgave til den ene livsarvingen, og en avkortingsprosess hvor verdien tillegges boet ville gjort det gyldig, kan testamentsarvingen ikke gis en selvstendig rett til å kreve avkortingsprosessen igangsatt.

Det samme gjelder i prinsippet også i forhold til gjenlevende ektefelle, selv om det isolert sett er større grunn til å ivareta ektefellens interesser ved det sammensatte skiftet. Synspunktet er det samme: Selv om en avkortingsprosess får konsekvenser

⁹⁸⁹ Se eksempler og formler i *Dansk lovutkast 1941* side 78 flg og *Nørgaard*, Arveret side 135 note 6. Fra *Finn Taksøe-Jensen*, Arveretten 1986 side 307-308 gjengis følgende eksempel: ”En ugift arvelader med to barn har ydet et arveforskud til sit ene barn B1 på 150.000 kr. Det resterende bo udgør ved hans død 120.000 kr. Han har tillige ved testamente disponeret over mest muligt til fordel for sin samlever. Her maksimeres det beløb, der kan afkortes, af arvingens arvelod. Der er to legale arvelodder, én til hver af børnene. Det andet barn B2's arvelod vil være hele det beholdne bo = 120.000 kr. B1's arvelod vil også andrage 120.000 kr. Der skal derfor tillægges det beholdne bo 120.000 kr., således at det tekniske bo bliver 240.000 kr. B1 arver ikke yderligere, idet der afkortes 120.000 kr. i hans arvelod. B2 får sin tvangsarv = 60.000 kr. og samleveren arver 60.000 kr.”

som er til fordel for gjenlevende, dreier reglene seg om forholdet mellom livsarvingene. For det sammensatte skiftet må det som gjennomgått i pkt 64.5, også skilles mellom det ekteskapsrettslige delingsoppgjøret, og fordelingen av arven etter førstavdøde. For avkorting etter al § 21 tredje ledd blir dette annerledes fordi særoppgjørene anses som arveforskudd etter førstavdøde, og derved griper direkte inn i hvordan uskifteboet skal deles mellom førstavdødes arvinger og lengstlevende(s arvinger).

Som nevnt under pkt 64.3 bør betydningen av at den ene har gitt vesentlige gaver til barna på det sammensatte skiftet løses etter vederlagsreglene i el § 63, og ved skifte av uskiftebo etter al § 27.

Budskapet i det ovenstående er at også alle virkningene av den foreslåtte lovendring bør vurderes nøye, herunder alle nye spørsmål som oppstår. Til sammenligning reiste innføringen av gjenlevende ektefelles minste arv en rekke nye spørsmål, hvorav flere fortsatt er uavklarte.

65 Arveforskuddsavtaler

65.1 Forholdet til avkall, avkortingspliktige gaver, lån og samtykke til pliktdelskrenkende testament

Arveforskuddsavtale foreligger hvis en arving fra arvelater har mottatt en ytelse av økonomisk verdi, og det må anses avtalt at verdien av ytelsen senere skal gå til fradrag i arvingens arvelodd.⁹⁹⁰ Om kravet til avtale, se nedenfor.

Ved en arveforskuddsavtale står arving og arvelater i utgangspunktet fritt til å avtale forskuddets virkninger. I tråd med prinsippene i avkortingsreglene er det intet til hinder for at de avtaler en beskjedne reduksjon i den fremtidige arvelodd. Det er heller intet i veien for at det avtales at ”forskuddet” ikke skal få noen betydning, men da foreligger i realiteten intet arveforskudd, men en gave hvor arvelater har fraskrevet seg retten til å påby avkorting, se pkt 64.2.6.⁹⁹¹ På den annen side kan det avtales at hele det mottatte beløp skal tilbakeføres, herunder også hva som overstiger arvelodden, men da foreligger det i realiteten en låneavtale, jf pkt 64.4.7. Avtalt avkorting i arvelodden som betydelig overstiger hva som følger av avkortingsreglene, må

⁹⁹⁰ Sammenlign for dansk rett dal § 43 og *Werlauff's* side 77.

betraktes som avkall på ventet arv, se pkt 64.1.3. Avkallsreglene innebærer en begrensning for hva arvingen på vegne av sin linje kan fraskrive seg av arverettigheter for et lite arveforskudd.⁹⁹² Grensene må likevel være litt rommelige – etter samme retningslinjer som ved spørsmålet om rimelig vederlag for avkall på ventet arv, se pkt 63.4. Likeledes kan det sammenlignes med vurderingen av realiteten og balansen i pleieavtaler. Ved vurderingen av om et vederlag er rimelig nok til å sette arvingens linje ut av arverekken, må det ses hen til hvordan situasjonen fremsto for forskuddsmottaker, og for så vidt også hva forskuddet ”kostet” arvelater. Har arvelater solgt sin fritidseiendom for å hjelpe sin sønn med å unngå konkurs eller tvangssalg av bolig, må en viss ubalanse mellom forskuddet og arvelodden aksepteres.

Det kan videre tenkes at en opprinnelig arveforskuddsavtale omgjøres til gave, eksempelvis fordi arvingen har kommet i en livssituasjon hvor arvelater finner at reduksjon i fremtidig arv ikke er rimelig. Hvis arvelater senere bestemmer avkorting for det som opprinnelig var gitt som en gave, er vi over i avkortingsreglene hvor gyldigheten og virkningene av påbudet avgjøres etter al §§ 38-43.

Disse utgangspunkter må imidlertid ses i sammenheng med den alminnelige revisjonsadgang for legalarveavtaler, se som eksempel *Rt 1960 26*.

Som påpekt ovenfor kommer ikke avkortingsreglene direkte til anvendelse når arving og arvelater er enige om at det skal skje avregning i arvelodden for en ytelse arvelater har gitt. Det er da avtalen – arveforskuddsavtalen – som er rettsgrunnlaget for utligningen som skjer ved det senere arveoppgjøret. Dette gjelder eksempelvis selv om det er avtalt at avkorting skal skje etter reglene i al § 40. Disse lovregler utgjør også bakgrunnsretten hvor intet uttrykkelig er avtalt.⁹⁹³ Den viktigste betydningen av at det er arveforskuddsavtalen og ikke loven som utgjør rettsgrunnlaget, viser seg først og fremst ved spørsmål om avtalerevisjon. Det skal eksempelvis mer til for å fravike lovens løsninger ved endrede forhold, enn hvor det utelukkende er tale om å vurdere partenes meninger og forutsetninger.

⁹⁹¹ Sammenlign *Arnholm*, Arveretten side 75 og *Lødrup*, Arverett § 11 V, side 137-138.

⁹⁹² Fraskrivelse av hele førstefødselsretten mot en tallerken linsesuppe må antakelig være i strid med avkallsreglene.

⁹⁹³ Se til sammenligning *Betænkning 2006* side 178 for en beskrivelse av dansk rett: ”Arvelovens §§ 32 – 35 om arveforskud fastsætter alene, hvordan der skal forholdes, når parterne ikke har aftalt noget om det.”

Grensen mellom når en arveordning hviler på avtale, testament eller loven kan være vanskelig å trekke – eksempelvis hvor avtalerettslig bindende avtale er et vilkår etter loven. Foruten eksempler nevnt i avkortingskapitlet, kan det pekes på avtalerettslig binding som vilkår for arvepakt, samtykke eller testament som vilkår for uskifte overfor særlivsarvinger osv.

Under kapitlene 63 og 53 har jeg drøftet forholdet mellom avkall på ventet arv og forhåndssamtykke til pliktdelskrenkende testament. Tilsvarende gjelder for arveforskuddsavtaler. Det må bero på en konkret tolking av avtaleforholdet om livsarvingen bare har fraskrevet seg retten til å angripe pliktdelskrenkelsen, eller om han også har fraskrevet seg legalarveretten. For arveforskuddsavtalene vil vurderingene ofte dreie seg om arvelater med avtalen ønsket å sikre seg testasjonsrådighet, eller om det var likedeling mellom barna som var det sentrale.

65.2 Når foreligger det en avtale

Det som skiller arveforskuddsavtalene fra avkortingspliktige gaver, er at de må bygge på avtale mellom arvelater og arving. Tilsvarende gjelder for avgrensningen mot de rene avkall, se pkt 63.1.2. Det er derfor behov for en avklaring av når det foreligger en *avtale* om arveforskudd.

Ovenfor har jeg flere steder pekt både på avtalemekanismer ved legalarveavtaler som avviker fra alminnelige avtalerettslige regler, herunder at det ofte skjer et samspill mellom lovregler og avtaler eller avtalelignende elementer. Beskrivende er eksempelvis spørsmålet om arvelater overfor en gavemottakende arving har fraskrevet seg retten til senere å påby avkorting, hvor dette skjer ved at arvelater har gitt gavemottaker rimelig grunn til å gå ut fra at avkortning ikke skulle skje, se pkt 64.2.6.

Jeg har ovenfor inntatt det standpunkt at de løsninger og regler som oppstilles i al §§ 38-43 bare direkte kommer til anvendelse ved ensidig avkortingspåbud, dvs hvor intet annet er avtalt. Det er for disse tilfeller jeg reserverer begrepet avkortingspliktige gaver. Dersom noe annet er avtalt, enten om vilkårene, utmålingen eller virkningene, foreligger det ikke lenger en avkortingspliktig gave, men en arveforskuddsavtale. Det sentrale poeng i dette er at det derved er avtalen, og ikke loven, som er rettsgrunnlaget

for de justeringer som foretas ved et senere skifte. Loven har likevel fortsatt sin funksjon ved at den trekker rammer for hva som gyldig kan avtales.

Det følger av mitt syn at det ikke er store avvik som skal foretas før det foreligger en avtale som utgjør et selvstendig rettsgrunnlag, herunder også tilfellet hvor arving og arvelater uttrykkelig avtaler at det skal skje et etteroppgjør som beskrevet i al §§ 39-43.

Poenget med å etablere avtale som selvstendig grunnlag er at avtalen kan endres etter alminnelige avtalerettslige regler, mens virkningene av endrede forhold mv i motsatt fall utelukkende reguleres av lovens regler – som i utgangspunktet er mindre smidige.⁹⁹⁴

Med dette som bakgrunnsteppe, oppstår spørsmålet om hva som skal til for at det foreligger en arveforskuddsavtale som omgjør lovens regler fra eksklusivt regulerende til grenser for avtalefriheten, og til bakgrunnsrett av betydning ved tolking eller utfylling av avtalen.

Spørsmålet må som utgangspunkt besvares likt for alle de aktuelle lovbestemmelser, dog med unntak for al § 41. En avtale om at forskuddet skal tilbakebetales i sin helhet, herunder delvis ved motregning i arvelodden, er ingen arveforskuddsavtale men en låneavtale – som heller ikke er en legalarveavtale. Det foreligger ikke lenger noen arveforskuddsavtale når avtalen går lenger enn til at arvingen fraskriver seg fremtidig rett til arv, se nærmere pkt 64.4.7.

Lødrup anfører at arvelater, tross ordlyden i al § 43, ensidig må kunne bestemme at arveforskuddet skal hensyntas ved beregning av pliktdel og ektefellens boslodd: ” – ønsker ikke arvingen å motta forskuddet på det vilkåret, får han si nei takk til det”.⁹⁹⁵ Jeg er enig i dette, men ut fra mine definisjoner foreligger det i så fall en arveforskuddsavtale. Arvingen godtar arvelaters betingelser, og derved foreligger det en avtale – som i likhet med forutsetningene etter dansk rett – er inngått før forskuddet ytes. Etter at forskuddet er ytt, kan arvelater etter dansk rett ikke ensidig påby virkninger som fraviker lovens ordning.

⁹⁹⁴ På den annen side kan det heller ikke utelukkes at partene uttrykkelig har avtalt at rettsforholdet mellom dem utelukkende skal reguleres av loven – men selv denne avtalen kan jo revideres. Hva blir eksempelvis betydningen av at en eller begge har misforstått hva lovens regler går ut på?

⁹⁹⁵ *Lødrup*, Arverett § 11, side 136-137.

”Grundlaget for krav om fradrag skal søges i aftalen mellem arveladeren og arvingen. Aftalen består af arveladerens løfte om ydelsen betinget af, at værdien af det modtagne skal fradrages i arven, og af arvingens accept deraf, som rummer et arveafkald. Det antages – med støtte i forarbejderne – at arveladeren ikke ensidigt kan bestemme, at en allerede ydet gave skal fradrages. Dette må senest tilkendegives ved ydelsens overgivelse. Modtager arvingen ydelsen med en tilkendegivelse eller et for ham kendeligt vilkår om, at den skal være arveforskud, ligger der i modtagelsen en stiltiende accept af vilkåret, og dette er tilstrækkeligt. Beviset for pligten til afkortning må i givet fald føres af medarvingerne.”⁹⁹⁶

Lødrup berører i sitt eksempel en sentral problemstilling vedrørende anvendelsen av lovens avkortingsregler. Det er vanskelig å tenke seg en situasjon hvor arvelater tvinger både gave og betingelser ned over hodet på livsarvingen. Normalt vil slike ordninger ha vært gjenstand for forutgående drøftelser, hvor man – i større eller mindre grad – også har snakket om de nærmere vilkår og virkninger.⁹⁹⁷ I disse tilfeller vil det nesten alltid foreligge en form for enighet eller felles forståelse som utgjør en arveforskuddsavtale, og som er et selvstendig rettsgrunnlag for den senere avkortning, herunder dens virkninger for ektefelle og testasjonsfrihet. Det foreligger en avtale også hvor den ene part motvillig, men uttrykkelig, aksepterer den annens betingelser.

Selv hvor det ikke foreligger noen forutgående drøftelser eller uttrykt enighet, vil det hvor arvelater presenterer vilkårene for forskuddet eller gaven, foreligge en avtale fordi arvingen aksepterer betingelsene ved å motta gaven. ”Ønsker ikke arvingen å motta forskuddet på det vilkåret, får han si nei takk til det!”

Stillingen blir slik sett parallell med givers eller testators ”påbud” om særøie mv, jf el § 48. Ordningen omtales i praksis både som påbud og klausul, men det er bare den siste betegnelse som rettslig sett er korrekt.⁹⁹⁸ Det fremgår av ordlyden at bestemmelsene om formuesordning kan settes ”som vilkår for arven eller gaven”. Vil mottaker ikke godta at midlene skal være henholdsvis særøie eller likedelingsmidler, må vedkommende si nei takk til gaven eller arven. Se nærmere pkt 43.5.

65.3 Hva annet kan avtales – og mellom hvem?

Når jeg i overskriften tar med spørsmålet om **hvem** arveforskuddsavtaler kan inngås mellom, er det fordi arveforskuddsavtalene ikke bare får rettsvirkninger for de øvrige

⁹⁹⁶ *Betænkning 2006* side 178-179.

⁹⁹⁷ Eksempelvis ved at arvingen spør om forskudd, og arvelater svarer ja, men på visse betingelser – som han ensidig fastsetter og arvingen må velge.

⁹⁹⁸ I bestemmelsens ordlyd sies det uttrykkelig at ”giver eller arvelater kan bestemme en ordning som nevnt i §§ 42 til 44 som vilkår for arven eller gaven”.

livsarvinger, men også kan få betydning for arvelaters ektefelle og testamentsarvinger etter ham.

Utgangspunktet er at arveforskuddsavtalen bare kan inngås mellom arvelater og forskuddsmottaker. En forhåndsavtale med de øvrige livsarvinger om virkningene av mottatt gave, er en ugyldig avtale om avhendelse av ventet arv, jf al § 44 og kapittel 62. Se likevel pkt 64.2.8 om hvordan en slik avtale likevel kan få rettsvirkninger ved at medarvingene gjennom avtalen sannsynliggjør arvelaters avkortingsvilje.

Likeledes vil opprettholdelse av avtalen etter arvefallet kunne være avslag på falt arv, jf al § 74. Derimot kan livsarvingene forhåndsavtale den rent gjenstandsmessige fordeling, se kapittel 45.

Har forskuddsmottaker eksempelvis fått en fritidsbolig, kan det avtales at den annen av livsarvingene ved et senere skifteoppgjør får overta foreldrenes bolig. Vilkåret er at den verdimessige arvefordeling ikke forrykkes, se kapittel 45.

Har arvelater opprettet testament som er blitt pliktdelskrenkende som følge av utdelt vesentlig gave til en livsarving, kan ikke livsarvingen gi avkall på ventet arv til fordel for testamentsarvingen, men kan forplikte seg overfor testamentsarvingen – eller som tredjemannsløfte overfor arvelater – til ikke å angripe pliktdelskrenkelsen, se pkt 53.6. Etter arvefallet står også livsarvingen fritt til å godkjenne pliktdelskrenkelsen uten at dette regnes som avslag på falt arv.

I forhold til gjenlevende ektefelle er det virkninger på to plan som må avtales, både for fastsettelsen av gjenlevende ektefelles arvelodd og for delingen mellom ektefellene. Som jeg kommer til nedenfor, kan ikke den ene ektefellen avtale endringer i ektefellenes formuesordning med sine livsarvinger.

Under pkt 64.3 har jeg behandlet særregler om gave gitt av felleseiemidler til felles livsarvinger. Denne ordning – eller avtaler omkring den – griper imidlertid ikke direkte inn i formuesordningen, men regulerer fordelingen av arv etter de respektive ektefeller. Begrepet arvelater må i denne sammenheng forstås som forskuddsgiver, og ikke som den i hvis etterlatte formue avkortingen skjer. Skal en gave gitt av far (også) kunne avkortes i arven etter mor, må det gjøres avtaler i to relasjoner. Det må avtales mellom ektefellene at gave eller arveforskudd gitt av den ene kan avkortes i arven etter den annen. Fordi dette kan innebære en mer vidtrekkende avkorting, må denne ordning ved arveforskuddsavtaler også være avtalt med forskuddsmottaker. Fordi al § 39 er en

del av lovens avkortingsregler, kan ordningen i prinsippet ensidig påbys av giverektefellen. Som gjennomgått i pkt 64.3 må imidlertid al § 39 på flere punkter tolkes innskrenkende for å unngå motstrid med andre rettsregler. Blant annet må eksempelvis mannen samtykke i at gave gitt av hustruen skal avkortes i arven etter ham selv.

Dersom intet er avtalt med giverektefellen, som også dør først, kan ikke gjenlevende ensidig påby avkorting – selv om gaven er gitt av felleseiemidler. Gjenlevende er i stedet henvist til å fremsette et vederlagskrav etter § 63 annet ledd jf § 77 dersom gaven på utilbørlig måte overfor gjenlevende vesentlig har redusert likedelingsgrunnlaget.⁹⁹⁹

Det følger av dette at heller ikke gavemottaker kan inngå en avtale med gjenlevende som får de samme virkninger som en arveforskuddsavtale med førstavdøde kunne fått.

Etterfølgende avtaler med en, enkelte eller alle livsarvinger om arvens fordeling regnes som avslag på falt arv, med mindre det reelt sett dreier seg om å forlike en skiftetvist om betydningen av mottatte gaver.

Dersom gjenlevende ektefelle har overtatt boet etter førstavdøde i uskifte, kan gjenlevende ikke på selvstendig grunnlag påby avkorting, jf *Rt 1949 49*. Uskifteregulene gir gjenlevende rett til å utøve førstavdødes eierbeføyelser, jf al § 18 første ledd, og kan herunder innkreve førstavdødes utestående fordringer. Retten til å påby avkorting må imidlertid anses som en personlig rett, og i denne sammenheng likestilles med testasjoner, som ikke kan utøves av gjenlevende ektefelle i uskifte. Et avkortingspåbud for gaver gitt av førstavdøde er i realiteten å styre arveoppgjøret etter førstavdøde, og har samme realitet som særøppgjør til enkelte av førstavdødes arvinger som rammes av al § 21.¹⁰⁰⁰

Et særlig spørsmål er om reglene i al § 45 tredje ledd, om at avkall på arv etter førstavdøde kan gis overfor gjenlevende ektefelle i uskifte, åpner for en uskiftearving som allerede har mottatt gave eller arveforskudd fra førstavdøde, kan inngå

⁹⁹⁹ Hvilket kan være tilfelle dersom gaven til barna er gitt nettopp for å redusere den annen ektefelles boslodd. Er formålet å fordele arv, vil også reglene om gave gitt på dødsleiet komme til anvendelse.

¹⁰⁰⁰ Mener eksempelvis gjenlevende hustru at Per og Pål bør gis en kompensasjon for den gaven far ga til Espen, vil en utdeling av tilsvarende verdier til Per og Pål ha samme realitet som et påbud om avkorting overfor Espen.

arveforskuddsavtale med gjenlevende av samme innhold som livsarvingen kunne ha avtalt med førstavedde.

I prinsippet mener jeg det bør være adgang til dette, på samme måte som gjenlevende og en uskiftearving må kunne inngå arveforskuddsavtaler om utdelinger fra uskifteboet. Reglene i al § 21 setter imidlertid rammer for hva som kan avtales uten samtykke fra de øvrige uskiftearvinger. Så lenge de øvrige uskiftearvingers rett etter al § 21 ikke krenkes, kan det ikke være noe i veien for arveforskuddsavtaler mellom gjenlevende og en uskiftearving om arven etter førstavedde.

Spørsmålet om hva som kan avtales var så vidt berørt i *Rt 1957 676*, men denne gjelder utdelinger fra uskiftebo og er derfor ikke direkte anvendelig. Gjenlevende enkemann i uskifte hadde foretatt en utdeling av aksjer til livsarvingene, fastsatt i et dokument og etter barnas samtykke. Senere opprettet mannen testament som tillegg til dokumentet, hvor han ytterligere disponerte over uskifteboets midler. Høyesterett kom for det første til at utdelingen i henhold til dokumentet ikke kunne innebære noen pliktdelskrenkelse, idet livsarvingene hadde samtykket til utdelingen. Videre fant Høyesterett at utdelingen av aksjer måtte anses avtalt som utdeling av morsarv.

”Jeg tilføyer at jeg finner det naturlig å betrakte utdelingen av de 13 aksjer som morsarv, idet utdelingen var et ledd i delingen av felleseiet på et tidspunkt da faren ennå levet og da utdelingen ligger innenfor morens andel av felleseiet.”

Høyesteretts avgjørelse og argumentasjon er i tråd med reglene i al § 21.

Når det gjelder **hva som kan avtales** må det skilles mellom den arverettslige fordeling og delingen mellom ektefellene. Når en ektefelle dør, avhenger fastsettelsen av den enkelte arvinges arvelodd ikke bare av arverettslige regler, men også av de ekteskapsrettslige regler om deling mellom ektefellene (formuesordningen).

Hva som kan avtales om **delingen mellom ektefellene** er nærmere behandlet i kapitlene 43 og 75. Som påpekt ovenfor er det på bakgrunn av forarbeidene uklart hvordan formuleringen ”den rett attlevande ektemake har til part av buet” i al § 43 skal forstås. Så lenge man følger en lovfestet ordning oppstår ingen problemer, enten lovens løsning er i tråd med gjeldende al § 43 eller med endringen foreslått i *NOU 2007: 16*. Som nevnt i pkt 64.3 innebærer det ingen inngripen i ektefellenes formuesordning om verdien av arveforskuddet tillegges giverens ”rådighetsdel” i det beløp som inngår i delingsoppgjøret etter el kap 15, selv om den faktiske virkning blir at gjenlevende ektefelle mottar både større boslodd og arvelodd.

På tilsvarende måte som dødsdisposisjonsektepakter ikke anses som arverettslige dødsdisposisjoner, kan arverettslige regler om avkortingsoppgjøret i forhold til ekteskapsrettslige regler betraktes som ordninger som ikke griper inn i ektefellenes formuesordning. På samme måte

regulerer arverettslige regler i al kap III delingen av uskifteboet mellom ektefellene, se kapittel 74. I et hvert tilfelle vil en arverettslig lovhjemmel som griper inn i ekteskapsrettslige delingsoppjøret ikke komme i strid med el kap 9 – så lenge det ikke dreier seg om en avtale.

Om hva annet som ellers kan avtales med virkning for det sammensatte skiftet, vises det til gjennomgangen i kapittel 43, særlig pkt 43.3.4 – samt pkt 43.6 om mulighetene til å inngå nye avtaler (som skifteavtaler) etter førstavdødes død. Om hva som kan avtales med virkning for skifte av uskiftebo, se kapittel 75.

Vedrørende **den arverettslige fordeling** er enkelte utgangspunkter trukket opp allerede under pkt 65.1.

Arvelater og forskuddsmottakende livsarving kan avtale alle varianter mellom at alt eller intet av forskuddet skal gå til fradrag. En forskuddsmottaker med egne livsarvinger kan imidlertid ikke avtale bortfall av legalarverett i større utstrekning enn hva som kan passere som rimelig vederlag etter reglene i al § 45 første ledd. Det kan videre avtales at forskuddsmottaker bare frafaller sine pliktdelsrettigheter, men beholder en (subsidiær) legalarverett. En avtale om full tilbakebetalingsplikt, hvilket innebærer mer enn bortfall av arverett, er å anse som en låneavtale som faller utenfor reglene om arveforskuddsavtaler – og som dessuten faller utenfor hva arvelater ensidig kan påby.

Det kan synes urettferdig at en av livsarvingene i en arveforskuddsavtale med arvelater kan påvirke både medarvingers, testamentsarvingers og gjenlevende ektefelles arverettslige stilling. Forskuddsmottaker har imidlertid ingen selvstendig myndighet – utover hva som følger av al § 45 om ensidig avkall på arv, og som etter fremstillingen i kapittel 63 er begrenset til personlig å tre ut av arverekken.¹⁰⁰¹

Arvelaters ensidige rett til å fastsette virkninger av en gave reguleres av al § 38-43, og er etter gjeldende rett begrenset til å gjelde den interne fordelingen mellom livsarvingene.

Et særlig spørsmål er om de kan differensiere mellom virkningene i de ulike sammenhenger. Kan eksempelvis arvelater og forskuddsmottaker avtale at forskuddet

¹⁰⁰¹ Samtykke til pliktdelskrenkende testament kan skje ved livsarvingens ensidige erklæring, men virkning for hans linje får den imidlertid ikke før arvelater benytter seg av samtykket og foretar testasjon. Slik sett kan ikke livsarvingen ensidig bestemme at hans linjes legalarverett skal bortfalle.

skal hensyntas ved fastsettelsen av gjenlevende ektefelles arvelodd, men ikke ved fastsettelsen av medarvingenes legalarvelodd?

Grunnleggende arverettslige prinsipper om hvordan arv fordeles tilsier at det eneste forskuddsmottaker og arvelater kan avtale, er i hvilken utstrekning forskuddet skal hensyntas ved fastsettelsen av dødsboet størrelse. En mer vidtrekkende kompetanse krever hjemmel i arveloven, og den finnes etter min mening ikke.

Når lovens utgangspunkt etter al § 43 er at gaven ikke skal hensyntas ved ensidig påbud av avkorting, men at det kan avtales at forskuddet i sin helhet skal regnes med, må arvelater og forskuddsmottaker også kunne avtale mellomløsninger – men da begrenset til å regulere hvor stor del av forskuddet som skal hensyntas.

66 Oppsummerende om legalarveavtaler

Legalarveavtaler omfatter arvelaters eller en arvings ensidige erklæringer og avtaler dem i mellom som med hjemmel i arveloven griper direkte inn i fordelingen av legalarv. Avtalerettslig får dette den særlige betydning at avtalene, og særlig de ensidige erklæringer, i mange henseender mer betraktes som begivenheter som utløser rettsvirkninger etter loven enn som selvstendige rettsgrunnlag. Eksempelvis kommer et omfattende og til dels komplisert regelverk til anvendelse, såfremt arvelater bare gir uttrykk for at hans barn skal arve likt.

Samtidig åpnes det for stor avtalefrihet innenfor de ytterrammer loven selv trekker opp – på samme måte som ektefellers avtaler om formuesordningen.

Jeg har ovenfor inntatt en del standpunkter som ikke er helt i samsvar med øvrig juridisk teori. Som påpekt underveis dreier dette seg mer om presiseringer av forutsetninger – og ofte faktiske forutsetninger – for hvilke rettsregler som kommer til anvendelse, enn det dreier seg om reell uenighet om rettsreglenes innhold. Mitt formål med fremstillingen har ikke vært omgjøring av gjeldende rett, men oppklaring.

Likeledes har jeg for legalarveavtalene anvendt en systematikk og terminologi som avviker fra det tradisjonelle. Heller ikke her er meningen å foreta omveltninger, men bare presiseringer som etter min mening fjerner usikkerhet og skaper mer harmoni mellom de ulike regelsett.

Jeg har skilt mellom tre sett av regelsett, arvingens ensidige avkallserklæring, arvelaters ensidige avkortingspåbud og arveforskuddsavtaler mellom arving og arvelater. Noe av formålet med å skille ut de gjensidige avtaler, er å understreke at avtalerettslige regler og prinsipper i disse tilfeller får større plass enn ved de ensidige erklæringer og påbud, som i utgangspunktet bare utløser lovbestemte virkninger. På den annen side vil også virkningene av de ensidige erklæringer og påbud avhenge av hva avgiver har ment. For både ensidige erklæringer og påbud og for avtaler, trekker loven opp ytterrammer. Gjennom gjensidige avtaler kan det imidlertid fastsettes mer vidtrekkende virkninger enn hva arving eller arvelater kan oppnå ved sin ensidige erklæring.

Når jeg også har forsøkt å differensiere terminologisk mellom de ulike ordninger, er det først og fremst for å øke presisjonen. Ved mer entydige begreper er det mindre behov for supplerende presiseringer. Hvis man på forhånd vet at et avkall er arvingens ensidige erklæring uten at han har mottatt noe vederlag, trenger ikke dette å presiseres. Tilsvarende gjelder at det ved avkorting ikke foreligger noe selvstendig avtalegrunnlag, mens det ved arveforskudd alltid foreligger en avtale og som regel gjensidige ytelser.

Den samme bruk av ulike begreper med samme språklige innhold på ulike rettslige disposisjoner har vi eksempelvis ved henholdsvis avkall på ventet arv og avslag på falt arv. Tilsvarende gjelder til sammenligning i erstatningsretten når man forbeholder uttrykket medvirkning for de tilfeller hvor skadelidte utgjør en årsaksfaktor han kan bebreides for, mens man ellers vil betegne hans rolle i årsakssammenhengen som samvirkende årsaksfaktor.

Jeg har flere steder understreket at systematikken og terminologien ikke innebærer noe brudd på gjeldende oppfatning av rettsreglens innhold. Visse konsekvenser får imidlertid en presisert systematikk og terminologi. Jeg vil eksempelvis ikke si at avkortingsreglene er annerledes bygget opp i henholdsvis Norge og Danmark. Etter min mening finnes ikke den norske avkortingsordning, med ensidig påbud om ettervirkninger av en mottatt gave, i dansk rett. Derimot finnes den danske arveforskuddsordning i norsk rett, idet virkningene av en arveforskuddsavtale er de

samme som den ordning som også etter dansk rett må være forhåndsavtalt mellom arving og arvelater.

7 Avtaler om uskifte

71 Avtaler om uskifte - oversikt

Gjenlevendes rett til uskifte er en arverettighet, selv om den historisk sett springer ut av ektefellers formuesordning og fortsatt er påvirket av formuesordningen, jf nærmere nedenfor. Avtaler om uskifte hører derfor naturlig med i en fremstilling av avtaler om fordeling av arvelaters etterlatte formue. Det finnes ingen eksakte tall, men det foreligger en generell og sikker antakelse om at uskifteordningen spiller stor rolle for oppgjøret etter en ektefelles død.¹⁰⁰² For både ektefeller og samboere med felles barn oppveier uskifteretten langt på vei de begrensninger som følger av pliktdelsreglene.

For både ektefeller og samboere med særlivsarvinger, må det likeledes antas at avtaler om ulike uskifteordninger står sentralt når det skal avtales helhetlige avtaler om arvefordelingen etter både førstavdøde og lengstlevende. Uskiftemodellen er ofte sammenfallende med ektefellens eller samboernes ønske om å sikre den gjenlevende av dem for dennes levetid, men slik at arven deretter skal tilfalle egne barn.¹⁰⁰³ Dessuten gir en ferdig utprøvd regelmodell, med lange tradisjoner, en viss sikkerhet i forhold til å måtte konstruere alt selv ved gjensidig testament. Gjensidige testamenter gir på den annen side større fleksibilitet, men også uskiftereguleringene åpner for individuelle variasjoner. Det er hovedtrekkene i hva som kan forhåndsavtales om ulike uskifteordninger som skal drøftes i det følgende.

Avtaler om uskifte er et så omfattende tema at det ikke er rom for en helhetlig drøftelse i denne avhandlingen.¹⁰⁰⁴ Hovedvekten i fremstillingen her vil bli lagt på en avklaring av hvilke problemstillinger som reises. Særlig vil spørsmålet om uskiftets rettslige karakter, dets regelkonstruksjon og systematikk for øvrig bli drøftet. Ikke for å kunne henge på en bestemt merkelapp, men for å finne en grunnmur som de øvrige regler, herunder om avtalefrihet, må bygge på. Konkretisert dreier dette seg om når

¹⁰⁰² Slik også *Lødrup*, Arverett side 359.

¹⁰⁰³ "At det i de fleste tilfeller stemmer best med avdødes *ønske* at gjenlevende ektefelle skal få sitte med felleseiet uskiftet, er ikke tvilsomt, og for så vidt skulde den mest adekvate regel på dette punkt være at gjenlevende ektefelle fikk samme rett til å sitte i uskifte med utarvinger som han nu har overfor livsarvinger – med mindre den avdøde i testament har gitt uttrykk for at dette *ikke* stemmer med hans ønske." Prp14 side 11-I.

¹⁰⁰⁴ En helhetlig fremstilling er gitt i *Hambro*, Arveplanlegging. Problemstillinger knyttet til avtaler om uskifte er dessuten drøftet i ulike sammenhenger i *Asland*, Uskifte.

henholdsvis ekteskapsrettslige og arverettslige regler er bestemmende for hva som avtales om uskifte.

Et gjennomgående formål med denne avhandlingen har vært å gi en nærmere avklaring av de ulike regelsetts systematikk. I fremstillingen av ektefellers adgang til å forhåndsavtale fordeling av etterlatt formue ved den enes død har skillet mellom det ekteskapsrettslige og det arverettslige delingsoppgjøret stått sentralt, se kapittel 43. Det samme gjelder for ektefellers gjensidige testamenter med felles sekundærttestasjoner, se kapittel 56. Et tilsvarende skille må i prinsippet også gjøres ved skifteoppgjøret etter en samboers død, eller ved skifte i henhold til gjensidig testament mellom samboere. Forskjellen i forhold til ektefellene er at det for samboere ikke gjelder noen formuesordning som gir adgang til å avtale formuesoverføringer fra førstavdøde til gjenlevende uten at dette regnes som arv. Derved er enhver forhåndsavtale en arveavtale.

Formuestillingen mellom samboerne kan i forbindelse med både samlivsbrudd og død justeres uten at det dreier seg om arverettslig delingsregel, eksempelvis ved vederlagskrav og tvister om eierforholdene. Et vederlagskrav kan være begrunnet i avtalelignende forhold, men kan likevel ikke likestilles med en forhåndsavtale om formuesoverføring ved død. En formalisering av gjenlevendes eierandel i eiendeler som formelt tilhørte førstavdøde samboer, bygger som regel også på en form for avtale, men denne avtalen går i tilfelle ut på at sameieforholdet ble etablert under samlivet og ikke med tanke på formuesoverføring ved død.

Det prinsipielle skillet mellom deling mellom de samlevende og fordeling av arv, er likevel det samme enten det dreier seg om ektefellers felleseiemidler eller særeiemidler eller uskifte mellom samboere. For ektefeller gjelder riktignok enkelte særregler, men på samme måte som for legalarveavtaler gjelder at dødsdisposisjonsektepaktene blir arverettslige dødsdisposisjoner (testasjoner), dersom de ikke er lovhjemlet.

For avtaler mellom ektefeller må det dessuten vurderes om en avtale som ligger utenfor formuesordningen, likevel kan være gyldig som arverettslig disposisjon. En avtale i ektepakts form kan eksempelvis betraktes som en testasjon, og en formløs avtale om delingsoppgjøret kan i realiteten være en formløs legalarveavtale, se nærmere pkt 43.3.

Det prinsipielle skillet mellom de to former for delingsoppgjør har også betydning for skifteoppgjøret etter en avdød samboer eller en ektefelle med fullstendig

særeie. For forhåndsarveavtalene må det avklares om de gjelder gjenlevendes arverett etter førstavdøde, eller arvingenes rett til arv etter henholdsvis førstavdøde eller lengstlevende.

Som fremhevet innledningsvis i pkt 12 er det nesten ingen grenser for hva som kan avtales om fordeling av etterlatt formue dersom alle involverte er enige. Det ligger imidlertid en utfordring i å velge de rette veier og de rette instrumenter. Under kapittel 56 om gjensidige testamenter ble det eksempelvis pekt på det banale faktum at stebarn og svigerfamilie ikke har legalarverett, og at ektefeller ikke har testasjonskompetanse over hverandres formuer. En avtale som innebærer at førstavdødes arvinger skal arve etter lengstlevendes død, forutsetter derfor ofte en testasjon fra lengstlevende. Under fremstillingen av avkall på ventet arv under kapittel 63, er det på samme måte pekt på at en arving ikke uten videre kan gi bestemmelser om sin egen linjes legalarverettigheter.

Den arverettslige grunnregel om at arverett må bygge enten på lov eller testament, medfører at avtaler om sammensatte skifteoppgjør som ikke har hjemmel i arveloven som arveavtale – eller for ektefeller i el kap 9 som avtale om formuesordningen, må gjøres som en testasjon fra den som etterlater seg den aktuelle formuen som arv.

Selv ved avtaler mellom arvelaterne og felles livsarvinger må det skilles mellom arveretten etter henholdsvis førstavdøde og lengstlevende. Når eksempelvis fellesbarnas arverett utvides ved gjenlevendes avslag på falt arv, trer de ikke inn i legalarveretten som neste ledd i linjen, men som følge av at arvinggruppens arverett ikke lenger reduseres av enn annen konkurrerende legalarverett, se al § 1 tredje ledd jf § 6 første ledd. Det må med andre ord skilles mellom slektsarverett og ektefellearverett. Ektefellearveretten omfatter bare ektefellen selv, og har ingen linje arven går videre til ved primærarvingens (ektefellens) død.

Både for sammensatte skifter og ved gjensidig testament er det de generelle hjemler for arveavtaler som kommer til anvendelse. Disse gjelder også ved forhåndsavtaler om uskifte, eksempelvis at gjenlevendes uskifterettigheter kan begrenses ved at hun selv gir delvis avkall på ventet arv. For avtaler om uskifte oppstilles det imidlertid i uskiftekapitlet en rekke særlige avtalehjemler, idet vesentlige formulert som at lovens regler kan fravikes etter samtykke fra den hvis rett beskyttes. Dette omfatter både gjenlevendes rett til uskifte (al § 9 annet ledd og § 10) og gjenlevendes rådighet ved henholdsvis livsdisposisjoner (al § 19 første ledd) og arveoppgjør etter førstavdøde

(al § 21 første ledd). I dette kapitlet er det samtykke fra førstavdødes arvinger som grunnlag for selve uskifteretten som skal behandles. Det spesielle med disse samtykkeregler er at det i rettspraksis og juridisk teori, men ikke i lovforarbeidene, er lagt til grunn at det som vilkår for slike samtykker kan inngås avtaler som griper inn i lovens øvrige regler for uskiftet, herunder både gjenlevendes rådighet og det senere skifteoppgjøret.¹⁰⁰⁵

I denne fremstillingen skal det ikke redegjøres i detalj for hva som kan avtales med førstavdødes arvinger. Jeg vil i stedet søke å finne frem til en systematikk som klargjør hvilke regler som styrer de ulike former for uskifteavtaler. Se oversikten i kapittel 75.

Det finnes mange måter å systematisere en fremstilling omkring avtaler om uskifte på. For meg fremstår det som mest hensiktsmessig å avklare systematikken i regelsettene og hvordan de ulike former for avtaler plasseres i regelverket. En sentral oppdeling er skillet mellom arverettslige og ekteskapsrettslige regler. Videre må det skilles mellom hvilke sider av uskiftet som skal avtalereguleres, dvs om avtalen gjelder retten til uskifte, gjenlevendes rådighet over uskifteboet (ved testament eller i live) eller skifte av uskifteboet (delingen mellom ektefellene og delingen mellom arvingene). Sistnevnte inndeling kan sies å følge de ulike faser i uskifteboets liv; etableringen, bestyrelsen og opphøret.

Ved avtaler om retten til arv skilles det mellom testasjoner, legalarveavtaler og testamentsavtaler. Tilsvarende oppdeling må gjøres ved avtaler om uskifte. I tillegg kommer de ekteskapsrettslige avtaler hvor det grovt sett skilles mellom de lovbundne avtaler om formuesordningen (herunder klausulerte avtaler med giver eller arvelater) og vanlige avtaler med ektefellenes arvinger.

Det er først og fremst forhåndsavtaler som inngås mens begge ektefeller lever som skal drøftes. Utenfor faller dermed alle avtaler som inngås under veis i uskiftet, eksempelvis om samtykke til gaver eller særoppgjør til uskiftearvinger. Det samme gjelder i utgangspunktet avtaler inngått under skifte av uskifteboet, se dog pkt 75.9.

¹⁰⁰⁵ Se *Rt 1982 149*, *Rt 1992 374* og *Rt 2004 777*. Se videre *Asland*, Uskifte side 105-143, *Hambro*, Arveplanlegging side 175-304 og *Lødrup*, Arverett side 366-367.

Avtaler som inngås etter førstavedes død, men før uskiftet eventuelt etableres, kommer på mange måter i en særstilling. Hovedskillet går mellom skifteavtaler om felleseieskiftet og forhåndsavtaler om skifte av uskifteboet.

Hovedvekten vil bli lagt på sammenhengen mellom uskifteordningen og på den ene side ektefellers formuesordning og avtaler om denne (se kapittel 43), og på den annen side gjensidige testamenter (se pkt 56). Blant annet aktualisert av nye regler om legaluskifterett for samboere, vil det konkret bli drøftet om ikke uskifteordningen bør fjerne seg fra ektefellers formuesordning og i stedet utvikles som en ren arverettighet, med fellestrekk til gjensidige testamenter.

I dansk rett finnes regler om arvehenstand for gjenlevende ektefelle, som er en lettvariant av uskifteordningen. Reglene går i hovedtrekk ut på at arven etter førstavede på alle måter anses falt, men likevel slik at gjenlevende gis henstand med utbetalingen til hans livsarvinger – først og fremst for å kunne beholde sin bolig.¹⁰⁰⁶ Slik sett har reglene enkelte fellestrekk med de norske regler om skifteutlegg i sl § 65 annet og tredje ledd.

Innledningsvis pekes på at selv om det generelle utgangspunkt ved drøftelser av eierbeføyelser og avtalefrihet er at det er begrensningene som må påvises, er dette utgangspunktet snudd både for avtaler om ektefellers formuesordning og om fordeling av arv, se kapittel 23. Avtaler om formuesordningen må være hjemlet i el kap 9.¹⁰⁰⁷ Avtaler om arvets fordeling må enten være inngått som testament som oppfyller arvelovens krav til form og innhold, eller med hjemmel i lovens bestemmelser om legalarveavtaler.

72 Uskifteordningens rettslige karakter, og dens betydning

72.1 Oversikt

Med uskifteordningens rettslige karakter sikter jeg her til hvilke regler og regelsett uskiftet er sammensatt av, og til samspillet mellom regelsettene. Dette utgjør

¹⁰⁰⁶ Se den danske arvelov §§ 35-39, samt *Feldthusen og Nilsen*, Arveretten side 91-96, *Nørgaard*, Arveret side 77-79 og *Werlauff's* side 59-60.

¹⁰⁰⁷ Se *Prp28* side 79 og *Rt 2006 168* (33), samt *Lødrup og Sverdrup*, Familieretten § 13 IX side 182-184 med videre henvisninger.

systematikken i uskiftereglene.¹⁰⁰⁸ Uskifteordningen kjennetegnes ved at den ikke bare er en rettighet som gjøres gjeldende ved et skifteoppgjør, som deretter avsluttes – slik den ordinære legalarverett og realiteten i ektefellers formuesordning er.

Uskifteordningen er noe som varer og som består av ulike elementer. I grove trekk må det skilles mellom regler om adgangen til uskifte, om rådighet og om skifte av uskifteboet. Videre må det skilles mellom gjenlevendes rådighet i live og ved testament. Ved skiftet må det skilles mellom delingen mellom førstavdøde og lengstlevende, og arvefordelingen innen den enkelte arvinggruppe.

Jeg betrakter retten til å overta førstavdødes formue uskiftet som et arverettslig alternativ til ordinær legalarverett. Den vesentligste forskjell er at legalarveretten overfører en full og endelig eiendomsrett, mens både eiendomsrett og rådighet ved uskifte er begrenset i tid og innhold. I grove trekk kan det sies at gjenlevendes valg mellom ordinær legalarverett og uskifte, ofte er valget mellom full eiendomsrett til en del av førstavdødes formue eller begrenset eiendomsrett til hele.

Dette er i prinsippet samme valget som må treffes når gjenlevende skal avgjøre om hun vil benytte seg av et gjensidig testament med sekundærttestasjoner. Likeledes er det disse forskjeller som skiller gjensidige testamenter med og uten sekundærttestasjoner, se pkt 56.1.¹⁰⁰⁹

Det følger av denne synsmåte at jeg betrakter et felleseieskifte mellom ektefellene som avsluttet før uskiftet etableres, se nærmere nedenfor. Det samme gjelder andre delingsoppgjør mellom ektefeller eller samboere som ikke er et arveoppgjør. Denne synsmåte bryter med tradisjonelle forestillinger av uskiftet som en utsettelse av felleseieskiftet (eller av det sammensatte skiftet). Etter min mening er det imidlertid arveoppgjøret som utsettes, ikke felleseieskiftet. Disse spørsmål drøftes nedenfor under pkt 73 som et konkret spørsmål om ekteskapslovens anvendelse ved skifte av uskiftebo. Tilsvarende drøftelse er i pkt 56.2 gjort vedrørende gjensidige

¹⁰⁰⁸ *Asland*, Uskifte side 64-79 har et litt annet perspektiv når han drøfter "Uskifteinstituttets rettslige identitet", hvor han blant annet analyser uskiftet som eierform og konkluderer med at gjenlevende ektefelle er eneeier og at uskiftearvingene bare har en latent arverett. Jeg oppfatter denne drøftelsen som først og fremst relaterende til *uskifteboets* formuesrettslige og/eller tingsrettslige karakter.

¹⁰⁰⁹ Gis førstavdødes arvinger sekundærarverett bygget på presumsjonsreglene i al § 67, er realiteten at sekundærarveretten er inntolket i testamentet, slik at det systematisk sett foreligger et gjensidig testament med sekundærttestasjoner.

testamenter mellom ektefeller – et rettsområde hvor felleseieskiftet nesten sporløst har forsvunnet.

Formålet med drøftelsen er å avklare om det i norsk rett, på linje med svensk rett, er grunnlag for å betrakte uskifteordningen som en ren arverettighet. Formålet er en forenkling av rettsreglene, slik at de mange uklarheter knyttet til forholdet mellom arverettslige og ekteskapsrettslige regler kan unngås. Spørsmålet er ytterligere aktualisert ved innføringen av legaluskifterett for samboere.

Rettsreglenes reelle innhold endres selvfølgelig ikke bare ved at det settes en bestemt merkelapp på regelsettet. I den utstrekning en regels innhold er uavklart, kan imidlertid en avklaring av regelens karakter og tilhørighet med andre regler være avklarende.

Når det eksempelvis i al § 26 første ledd første punktum bestemmes at felleseiemidler ved skifte av uskifteboet skal likedeles ”mellom kvar arving-gruppe når ikkje anna er fastsett”, har det for det første betydning å holde arvedelingsoppgjøret atskilt fra delingen mellom ektefellene. Dermed har det betydning å avgjøre om delingen mellom ektefellene følger de ekteskapsrettslige regler i el kap 15, egne ekteskapsrettslige regler i al kap III eller om også delingen mellom arvinggruppene er å anse som et arveoppgjør som følger arverettslige regler for hva som kan avtales eller bestemmes ved testament.

Uskiftereglene deler skjebne med en rekke rettsregler som springer ut av og/eller som tangeres av ekteskapsrettslige regler om ektefellers formuesordning.

Formuesordningens rettslige identitet har endret seg over tid, fra å ha klare tingsrettslige preg etter ektefelleloven 1888, via oppdelingen i rådighetsdeler og verdisameie etter 1927-loven, mens reglenes realitet i dag – etter min mening – er begrenset til å utgjøre et pengemessig oppgjør ved ekteskapets slutt.¹⁰¹⁰ Uskiftet er konstruert som en fortsettelse av formuesfellesskapet felleseie, og var opprinnelig bare en utsettelse av felleseieskiftet, se nedenfor. Når forutsetningen om ektefellenes fellesformue bortfaller, må lovgiver søke andre konstruksjoner for uskifteordningen – en ordning det er bred enighet om at bør beholdes.

Denne diskusjon var oppe allerede i forbindelse med forslag til ny formuesordning under forberedelsen av ektefelleloven av 1927. Spørsmålet burde vært drøftet da det i arveloven fra 1972 ble åpnet for uskifte med særeiemidler, og ved lovendringene i 2008 for uskifte mellom

¹⁰¹⁰ Om rettsutviklingen frem til ekteskapsloven 1991, se *Sverdrup*, Sameie side 45-137, jf også *Asland*, Uskifte side 67-68. Se også *Lødrup og Sverdrup*, Familieretten § 9 II, *Holmøy og Lødrup*, Ekteskapsloven side 144-145, samt NOU 1987: 30 side 40-44.

samboere. Likeledes burde spørsmålet vært drøftet sammen med regelstrukturen i ekteskapsloven 1991. Se om disse spørsmål nedenfor.

Under kapittel 54 har jeg drøftet arvepaktens karakter, herunder hvorvidt arvepakten er et selvstendig arverettsgrunnlag sidestilt – og ikke en del av – testamentsarverett og legalarverett. Lignende synspunkter kunne med langt større tyngde gjøres gjeldende for uskiftets vedkommende. Før arveloven var uskifteordningen i 120 år regulert i en egen lov. I pkt 54.2 har jeg konkludert med at arvepakten er en del av testamentsreglene, men likevel slik at de inneholder avtalerettslige elementer. På samme måte mener jeg uskifteretten er en arverettighet, men som inneholder ekteskapsrettslige elementer og hvis innhold kan påvirkes av ekteskapsrettslige regler.

Ved internordiske skifteoppgjør får spørsmålet om uskifteordningens arverettslige eller ekteskapsrettslige karakter, betydning for hvilke konvensjoner som i tilfelle får anvendelse.¹⁰¹¹

72.2 Rettslige karakteristikk av uskiftet. Betydningen av rettsutviklingen

Uskifteordningen har over tid endret karakter fra en ren utsettelse av felleseieskiftet etter en ektefelles død til å bli en materiell arverettighet. Det kan ikke påvises lovendringer hvor denne endring direkte fremkommer, og heller ikke lovforarbeider eller dommer hvor dette uttrykkelig sies.

Ved at uskiftet opprinnelig sprang ut av formuesfellesskapet mellom ektefeller – som en fortsettelse post mortem, vil endringer i formuesordningen nødvendigvis gripe inn i uskifteordningens karakter. Dette omfatter både formelle og materielle endringer, og påvirker dessuten folks rettsforestilling av hva felleseie mellom ektefeller innebærer. Fordi rettsforestillingen av felleseie som et slags sameie mellom ektefellene har vært – og kanskje fortsatt er – ganske sterkt befestet, oppfatter antakelig de fleste livsarvinger uskiftet fortsatt som en utsettelse av delingen av foreldrenes fellesformue.

Selv om uskiftet opprinnelig var konstruert som en utsettelse av felleseieskiftet, hadde ordningen likevel en arverettslig funksjon – og kan derfor også danne grunnlag

¹⁰¹¹ Se henholdsvis Konvensjon mellom Norge, Danmark, Finland-Island og Sverige om arv og dødsboskifte, lov av 19.11.1934, og Konvensjon mellom Norge, Danmark, Finland-Island og Sverige inneholdende internasjonal-privatrettslige bestemmelser om ekteskap, adopsjon og vergemål med sluttprotokoll, lov av 6.2.1931.

for en rettsforestilling av uskiftet som en arverettighet. Uskifterettens reelle funksjon som arverettighet påvirkes både av endringer i arvelovgivning, og av andre endringer i gjenlevende ektefelles rettsstilling.

I det følgende skal jeg forsøke å vise denne utvikling ved en gjennomgang av de viktigste lovendringer som har påvirket uskifterettens reelle funksjon og vår oppfatning av den.

Det første selvstendige lovverk om uskifte ble gitt med uskifteloven av 1851, som senere ble avløst av uskifteloven av 1927. Jeg går ikke nærmere inn på årsakene, men nevner at uskifteloven av 1851 ble foreslått som et eget kapittel i arveloven av 1854, mens uskifteloven av 1927 på den annen side var foreslått som et eget kapittel i ektefelleloven av 1927.¹⁰¹² Uskifteloven av 1927 ble avløst av et eget kapittel III i arveloven av 1972.¹⁰¹³ Med arveloven fulgte rett til legaluskifte med særeiemidler, hvilket innebar et brudd med forestillingen om uskiftet som en fortsettelse av formuesfellesskapet – eller som en utsettelse av felleseieskiftet.

I dansk rett må til sammenligning særeiemidler først omdannes til felleseiemidler for at de skal kunne overtas uskiftet. Uskiftereglene står imidlertid i arveloven, og ikke i rettsvirkningsloven.¹⁰¹⁴

Ekteskapsloven av 1991 innebar ingen formelle eller materielle endringer i selve uskiftereglene, men aktualiserte spørsmål om forholdet mellom uskiftereglene i al kap III og felleseieskiftereglene i el kap 15. Ved tilføyelse av nytt kapittel III A i arveloven, i kraft fra 2009, ble legaluskifteretten utvidet til også å gjelde for samboere med livsarvinger – hvilket ytterligere fjernet uskifteordningen fra ektefellers formuesordning.

Uskiftet var som nevnt opprinnelig en rett til å utsette felleseieskiftet ved ektefellens død, og gjaldt bare overfor livsarvinger.¹⁰¹⁵ **Uskifteloven 1851** § 1 beskrev rettigheten som at mannen etter hustruens død ikke var ”pliktig at skifte med deres fælles myndige eller umyndige Børn”. Oppfatningen av – og ikke minst fokuseringen

¹⁰¹² I Ot prp nr 32 (1926) side 1-I sies bare at det antas ”at det vil være heldigst, at disse to emner forblir adskilt i to forskjellige love”.

¹⁰¹³ Om den historiske utviklingen av uskifteordningen, se *Hambro*, Arveplanlegging side 19-60 og *Asland*, Uskifte side 26-57.

¹⁰¹⁴ Lov om ægteskabets retsvirkninger, lovbestemt nr 37 af 5. januar 1995 med senere endringer.

¹⁰¹⁵ Se *Arnholm*, Arveretten side 128 og *Arnholm*, Privatrett V side 131: ”Opprinnelig var ordningen med uskifte det som navnet pekte på: Arven efter den avdøde far eller mor tilfalt barna, men slik at den gjenlevende av foreldrene slapp og skifte med dem.”

på – uskiftet som en utsettelse av felleseieskiftet, har over tid ført til en forfeilet forestilling av samspillet mellom arverettslige og ekteskapsrettslige regler knyttet til uskifteordningen.¹⁰¹⁶ Fokuseringen på utsettelsen av skifteoppgjøret fjernet oppmerksomheten fra de rettsmekanismer som gjør seg gjeldende i mellomtiden, dvs både rettsovergangen fra førstavdøde til gjenlevende, rettsforholdene under uskiftet og overgangen fra gjenlevende til førstavdødes arvinger.¹⁰¹⁷ Den ensidige fokuseringen på felleseieskiftet har også fjernet oppmerksomheten fra de arverettslige aspekter. Det siste skyldes antakelig også oppfatningen av at ektefellenes formuer – både felleseiet og uskifteboet – utgjorde en enhet som var gjenstand for ett, enhetlig skifteoppgjør.¹⁰¹⁸

Rettslig sett er det i dag ingen tvil om at både det sammensatte skiftet ved en ektefelles død og skifte av uskiftebo består av to delingsoppgjør – mellom ektefellene og mellom arvingene, men dette kommer intet sted klart til uttrykk i loven. Snarere tvert imot omhandler eksempelvis al § 26 begge delingsoppgjørene uten at det klart skilles mellom hva som er hva.¹⁰¹⁹ I el kap 15 fremgår denne oppdeling av al § 77 tredje ledd. Bestemmelsen er noe vagt formulert, men det fremgår av lovforarbeidene at el kap 15 ”gjelder oppgjøret mellom gjenlevende ektefelle og den andre ektefellens arvinger. Skiftet mellom avdødes arvinger følger de alminnelige regler om dødsboskifte i arveloven og skifteloven”.¹⁰²⁰

I **uskifteloven 1927 § 1** er uskifteretten beskrevet som en aktiv ”rett til å overta det samlede felleseie uten å skifte”.¹⁰²¹ På samme måte er uskifteretten i al § 9 beskrevet som ”rett til å ta over felleseiga uskift”.

Til sammenligning beskrives gjenlevende samboers uskifterett i al § 28c som en ”rett til å ta over følgende egedelar som den avdøde åtte, uskift med den avdøde sine andre arvingar etter lova”. Også i denne formulering fremheves gjenlevendes rett til å overta førstavdødes formue.

¹⁰¹⁶ ”Som det ligger i navnet, er uskifte en utsettelse av selve skifteoppgjøret når den ene ektefelle dør.” *Hambro*, Arveplanlegging side 45-46. Se også *Unneberg*, Uskifte side 211: ”Uskifte er først og fremst en utsettelse av skifteoppgjøret etter en ektefelles død. Dette innebærer at både delingsoppgjøret (felleseieskiftet) mellom de to ektefeller og arveoppgjøret etter førstavdøde utsettes.”

¹⁰¹⁷ Et hederlig unntak fremgår av Lødrups korte definisjon av uskifte: ”Uskifte innebærer at skiftet utsettes, og at gjenlevende nærmest får full disposisjonsrett over avdødes eiendeler.” *Lødrup*, Arverett side 359.

¹⁰¹⁸ På den annen side påpekte allerede Familierettskomiteen 1918 side 158-I de systematiske vansker som oppstår når det ikke lenger ”blir tale om noget fællesbo, men der bliver to boer”. Deres synspunkter ble imidlertid ikke fulgt opp, se nærmere nedenfor.

¹⁰¹⁹ I al § 26 første ledd regulerer første ledd første punktum delingen mellom ektefellene, mens annet punktum regulerer arvefordelingen mellom førstavdødes arvinger.

¹⁰²⁰ Prp28 side 134-I. *Holmøy og Lødrup*, Ekteskapsloven side 523 anfører at henvisningen til skifteloven og arveloven kun er av opplysende karakter. Slik også *NOU 2007: 16* Ny skiftelovgivning side 120-II.

¹⁰²¹ Det må i denne sammenheng påpekes at den tilsvarende bestemmelse i Familierettskomiteens lovutkast § 63 brukte formuleringen ”ret til at overta beggees gifteeier”. Konstruksjonen var imidlertid mer presist beskrevet som ”ret til at beholde raadigheten over sit gifteeie og overta den avdødes gifteeie”. Se Utkast til lov om egtefællers formuesforhold 1918 side 15-II og side 160-II.

Det er i de respektive lovers direkte forarbeider ikke grunnlag for å oppfatte de ulike formuleringer som utslag av et bevisst valg for å presisere uskifteordningens rettslige karakter.

I en beskrivelse av rettsutviklingen er det likevel grunn til å påpeke at uttrykket *overta* i uskl 1927 § 1 stammer fra Familierettskomiteens forslag til en bestemmelse om uskifte, inntatt i deres forslag til lov om ektefellers formuesforhold og tilpasset den nye formuesordning som komiteen foreslo. Selv om departementet ikke sluttet seg til Familierettskomiteens forslag til ny formuesordning, og skilte ut uskiftereglene i egen lov, ble forslaget til uskifteregel videreført – med den endring at ”begges gifteeier” ble erstattet med ”det samlede felleseie”.¹⁰²²

Familierettskomiteen foreslo en formuesordning som brøt ganske kraftig med den eksisterende. Hovedtrekkene var at ektefellene i stor utstrekning forble selvstendige eiere av sine respektive formuer – kalt gifteeie, men likevel slik at de var ”medberettiget” i hverandres formuer. Medberettigelsen besto i at det oppsto et slags sameie, men først når gifteeiene skulle skiftes ved ekteskapets opphør.¹⁰²³

De foreslåtte endringer i formuesordningens struktur måtte nødvendigvis få betydning for konstruksjonen av uskifte, blant annet fordi det ikke lenger ”blir tale om noget fællesbo, men der bliver to boer”:

”De bestemmelser som vor nu gjældende lov av 30te juli 1851 indeholder om efterlevende egtefælles adgang til at hensitte i uskiftet bo, er knyttet til forutsætningen om, at der under egteskapet har bestaaet et formuesfællesskap. Naar nu utkastet forlater dette system og som den normale ordning av formuesforholdet mellem egtefæller foreslaar et særraadighetssystem med opretholdelse av det oprindelige eiendomsforhold saalænge egteskapet varer, opstaar det spørsmaal om det overhodet er mulig at beholde institutet uskiftet bo. Som bemerket i motivene til foregaaende kapitel blir der jo efter utkastets ordning ikke tale om noget fællesbo, men der blir to boer med hver sitt gjældsansvar.”¹⁰²⁴

Det sentrale i disse betraktninger, og som må overføres til dagens konstruksjon av ektefellenes formuesordning, er påpekningen av når gjenlevende skal bli sittende med

¹⁰²² Se Ot prp nr 40 (1927) Om uskiftet bo side 1-4.

¹⁰²³ Familierettskomiteens lovutkast § 15 første ledd – under kapitteloverskriften ”Egtefællers eiendom” – lød slik: ”Hver av egtefællerne blir medberettiget i den eiendom, som den anden egtefælle eier ved egteskapets indgaaelse eller senere erhverver, og som ikke ved lov eller i henhold til er gjort til særeie. Saadan eiendom kaldes eierens gifteeie.” Utkast til lov om egtefællers formuesforhold 1918 side 9 jf side 75 flg. Se også Ot prp nr 59 (1926) side 4.

¹⁰²⁴ Utkast til lov om egtefællers formuesforhold 1918 side 158-I.

begges formuer, må det skje en eller annen form for rettighetsovergang. Den passive beskrivelse av unnlatt skifte er ikke lenger tilstrekkelig.

Familierettskomiteen kom i 1918 til at uskifteordningen burde beholdes, ikke minst pga dens betydning for gjenlevende ektefelle, men at det måtte gjøres systematiske endringer. Den nye uskifteordning ble beskrevet på en måte som er treffende også etter dagens regler, nemlig som at loven ”indrømmet den gjenlevende egtefælle en ret til at beholde raadigheten over sit gifteeie og overta den avdødes gifteeie, uten at skifte med deres fælles livsarvinger”.¹⁰²⁵

For ordens skyld nevnes at Familierettskomiteens forslag til lovtekst ikke inneholdt den viktige presisering av hva som skulle *beholdes* og hva som skulle *overtas*. I lovutkastet brukes formuleringen ”ret til at overta begges gifteeier”.¹⁰²⁶ Det gis ingen forklaringer på hvorfor lovforslaget ble formulert slik. Den mest nærliggende forklaring er et ønske om å forkorte lovteksten.

Familierettskomiteens forslag til ny formuesordning ble ikke fulgt opp av departementet.¹⁰²⁷ Uskiftereglene ble besluttet videreført som egen lov.¹⁰²⁸ I forarbeidene til uskifteloven 1927 ble uskifteretten beskrevet som ”den gjenlevende ektefelles adgang til å undlate å skifte fellesmidlene med barnene”.¹⁰²⁹ Lovutkastet fra Familierettskomiteen ble imidlertid videreført, dog slik at uttrykket ”begges gifteeier” ikke ble brukt.¹⁰³⁰ I proposisjonen uttalte for øvrige departementet at forslaget i det vesentlige svarte til Familierettskomiteens utkast.¹⁰³¹

For den helhetlige forståelse av datidens uskifteordning understrekes at gjenlevende ektefelle på dette tidspunkt ikke hadde legalarverett i konkurranse med livsarvinger, se note 371, slik at uskifteretten formelt innebar en utsettelse av felleseieskiftet. Ved at enkel likedeling var den klare hovedregel, var det i realiteten ikke utsettelsen av det beregningsmessige felleseieskifte som ble utsatt, men overføringen av arven fra førstavdøde til hans arvinger. Barnas rett til å kreve arv ble suspendert, slik at gjenlevende i mellomtiden nøt godt av førstavdødes etterlatte formue. Realiteten var derfor en utsettelse av arveoppgjøret. Derved hadde uskifteretten allerede opprinnelig et reelt preg av arverettighet for gjenlevende, som innebar en begrensning i førstavdødes livsarvingers rett til å kreve arv.

¹⁰²⁵ Utkast til lov om egtefællers formuesforhold 1918 side 160-II.

¹⁰²⁶ Se Utkast til lov om egtefællers formuesforhold 1918 side 15-II.

¹⁰²⁷ Se Ot prp nr 58 (1926) side 4.

¹⁰²⁸ Se Ot prp nr 32 (1926) side 1 og Ot prp nr 40 (1927) side 1.

¹⁰²⁹ Ot prp nr 40 (1927) Om uskiftet bo side 1-I.

¹⁰³⁰ Ot prp nr 40 (1927) Om uskiftet bo side 7-I.

¹⁰³¹ Ot prp nr 40 (1927) Om uskiftet bo side 1-4.

Under **arvelovrevisjonen i 1937** ble gjenlevende som nevnt gitt legalarverett i konkurranse med livsarvinger. Dette skjedde under henvisning til at likedelingen kunne slå uheldig ut for gjenlevende, og at uskifteretten – som beroende på formuesordningen og hvilke arvinger førstavdøde etterlot seg – ikke bestandig kunne erstatte en arverett. Av samme grunner ble tanken om å begrense legalarveretten til førstavdødes særeiemidler forkastet. Uskifterettens funksjon ble betraktet på linje med legalarverett, men slik at den varierte med formuesordningen.¹⁰³²

Ved arvelovendringen i 1937 ble gjenlevende ektefelles stilling styrket på flere felter. Samtidig med innføringen av gjenlevendes legalarverett i konkurranse med livsarvinger, ble gjenlevende også gitt uskifterett overfor førstavdødes utarvinger. Som gjennomgått under pkt 43.2.2 ble det også gitt indirekte adgang til uskifte med forhenværende særeiemidler, ved at særeiet etter bestemmelse i ektepakt kunne omgjøres til felleseiendommer ved død. Det forhold at gjenlevendes legalarverett og legaluskifterett ble utvidet samtidig avstedkom, imidlertid ingen betraktninger over forholdet mellom de i realiteten to ulike former for legalarverettigheter.

Før denne lovendringen var legalarverett og uskifterett to atskilte regelsett om gjenlevendes rettigheter. Hvilket regelsett som kom til anvendelse hadde gjenlevende ingen innflytelse på, idet dette varierte med hvilke arvinger førstavdøde etterlot seg. Etter lovendringene kunne gjenlevende både overfor livsarvinger og utarvinger *velge* om hun ville bli sittende i uskifte *eller* skifte og ta arv. De to i utgangspunktet ulike regelsett ble dermed alternative rettigheter, som begge hadde preg av arverettigheter. I realiteten kunne gjenlevende velge mellom begrenset råderett over hele førstavdødes formue eller full og endelig eiendomsrett til en del av den.

Likestilte og fullt ut alternative arverettigheter var uskifte og legalarveretten likevel ikke. Selv om gjenlevende ble sittende i uskifte, ble arven etter førstavdøde ansett som falt. Konkret innebar dette blant annet at førstavdødes arvinger kunne disponere over sitt arvekrav i uskifteboet som falt arv, slik at arvekravet blant annet kunne avhendes og pantsattes. På samme måte ble gjenlevendes arv etter førstavdøde

¹⁰³² ”Som grunn til ikke å gi ektefellen nogen arverett i disse tilfelle, har det vært henvist til den adgang ektefellene efter loven har til å sitte i uskiftet bo med sådanne arvinger. Hertil er dog å si at denne adgang ikke kan erstatte en arverett.” Hadde ektefellene barn og hadde opprettet særeie, ville gjenlevende gå ”*tomhendet* fra skiftet”. Ot prp nr 14 (1937) side 10.

ansett falt, slik at den gikk videre til hennes egne arvinger ved skifte av uskifteboet etter lengstlevendes død. Uskifteretten hadde således et betydelig preg av utsettelse av skifteoppgjørets gjennomføring. Arven var falt, men ennå ikke forfalt til utbetaling.

Med utvidelse av gjenlevendes legalarverettigheter, ble også den faktiske betydningen av uskifteretten mindre. Til sammenligning ble uskifterettens betydning for gjenlevende også redusert ved innføringen av minstearvsretten i 1991. I mange tilfeller ble det nå gunstigere å velge skifte fremfor uskifte.¹⁰³³

Med **arveloven 1972** skjedde *tre endringer* av vesentlig betydning for uskiftets rettslige karakter. *For det første* ble det åpnet for direkte legaluskifte med særeiemidler. Vilkåret var bestemmelse i ektepakt, og adgangen ble introdusert som en ny variant av ektefellenes formuesordning, se pkt 43.2.4. Endringen innebar det første kuttet i båndet mellom formuesfellesskap og uskifte. Ved arvelovrevisjonen i 1937 fant man ikke rettslig grunnlag for uskifte med særeiemidler. Ordningen med omgjøring av særeie til felleseie ved død, ble derfor delvis sett som en nødvendighet for å kunne sitte i uskifte med særeiemidler. I 1972 fant lovgiver tiden moden for konstruksjonen uskifte med særeiemidler. Endringene ble i det vesentlige begrunnet i ektefellenes behov for slike løsninger. Fordi konstruksjonen uskifte med særeiemidler ble introdusert som en variant av formuesordningen, ble det ikke funnet nødvendig i forarbeidene å si noe prinsipielt om den arverettslige betydning, se pkt 43.2.4.

Den *annen endring* av prinsipiell betydning var innføring av egne regler om skifte av uskifteboet i arveloven. Tidligere skulle delingen av uskifteboet skje etter de samme regler som ved sammensatt skifte.¹⁰³⁴ Arvelovens forarbeider inneholder ingen uttalelser om forholdet til de tidligere regler, og heller ikke om det fremtidige forholdet mellom reglene i al kap III og de ekteskapsrettslige regler om felleseieskifte etter en ektefelles død. Disse spørsmål behandles nærmere i kapittel 73 i tilknytning til det konkrete spørsmål om anvendelsen av ekteskapsrettslige regler ved skifte av uskiftebo. Heller ikke sier forarbeidene noe om den prinsipielle betydning av arverettslige regler for delingen av uskifteboet. Det må uansett kunne konstateres at uskifteordningen med

¹⁰³³ Det samme gjelder betydningen av nye regler om gjenlevendes rett til livsforsikringer i fal § 15-1, gjeldende fra 1990, se *Lødrup*, Arverett side 360-361.

¹⁰³⁴ Dette fremgikk opprinnelig av uskl 1927 § 15, men denne ble med skifteloven i 1930 erstattet av generelle regler i sl § 66 om skifte mellom førstavedes arvinger og gjenlevende ektefelle.

dette tar ytterligere et skritt i retning av å bli en arverettighet. Denne utvikling fremgår klart av forarbeidene, både ved at uskiftereglene ble inntatt i arveloven, og ved at uskifteretten betegnes som en arverettighet både i kapitteloverskriften til al kap II og i enkeltbestemmelser:

”I kapitteloverskriften, som er formulert etter samme mønster som overskriften til kapittel I, er uttrykket ’arv’ brukt både om ektefellens alminnelige arverett og retten til uskifte. Også retten til uskifte er av materiell arverettslige natur.”¹⁰³⁵

Det samme gjelder enkelte fellesbestemmelser om gjenlevende ektefelles arverettigheter.

I al § 1 tredje ledd og § 2 fjerde ledd begrenses slektsarvingenes legalarverett som følge av ”reglene i kapittel II og III”. Gjenlevende ektefelles legalarverettigheter er i beskyttelsesregelen i al § 7, og grunnvilkårene for ektefellearverett i al § 8, beskrevet som ”rettar etter § 6, jfr. kap. III” Grunnhjemmelen for uskifte finnes i al § 6 tredje ledd, plassert i kapitlet ”Arv på grunnlag av ekteskap”.

Om denne utviklingen kan det vises til at *Arnholm*, Arvelovkomiteens leder, i sine bøker fra tiden omkring arvelovens vedtakelse påpekte uskifteordningens utvikling fra å være en ren utsettelse av skifteoppgjøret til å bli sentrale materielle arverettsregler. *Arnholm* beskrev utviklingen som at ”et gammelt institutt kan bli opprettholdt i det vesentlige uforandret men på et helt nytt grunnlag”. *Arnholm* fant det derfor ”noe misvisende når *Knoph* s.309-322 behandler [uskiftereglene] som et tillegg til reglene om ektefellens stilling på skifte; dette er sentrale materiellrettslige regler om arvegangen”.¹⁰³⁶

Den ytre og lovtekniske endring var ikke i seg selv til hinder for at den tidligere regelstruktur ble opprettholdt. Arveloven kap III kunne inneholdt en henvisning til alminnelige skifteregler, slik uskl 1927 § 15 tidligere gjorde. Generelt må det kunne forventes at i alle fall lovforberederne, gjorde seg noen tanker omkring betydningen av at det i stedet for den tidligere ordning med henvisning til ekteskapsrettslige regler ble foreslått særlige regler i arveloven. Antakelig ligger forklaringen i at departementet videreførte mange av Arvelovkomitéens forslag til nye lovbestemmelser, selv om det tok avstand fra den helt nye konstruksjon Arvelovkomitéen foreslo for uskifte.

¹⁰³⁵ Prp36 side 132-II.

¹⁰³⁶ *Arnholm*, Privatrett V side 131 og 132. I *Arnholm*, Arveretten side 128 heter det: ”Fra en side sett faller [uskiftereglene] inn under emnet materiell skifterett, ... Men de betyr så meget for gjenlevende ektefelles arverettslige stilling, at jeg tar dem med her; ellers vill fremstillingen bli skjev.”

Arvelovkomitéen foreslo legalarveretten overfor livsarvinger erstattet med en uskifterett etter modell av den svenske ordning ”arvsrätt med fri förfoganderätt”.¹⁰³⁷ Når uskiftet fra Arvelovkomitéens side uttrykkelig var foreslått omgjort til en arverettighet, var det også naturlig med delingsregler i arveloven. Departementet ønsket å beholde dagjeldende ordning, men uten at det ble vurdert om delingsreglene skulle flyttes tilbake til de ekteskapsrettslige skifteregler.

Under pkt 43.2.2 har jeg til sammenligning pekt på andre prinsipielle spørsmål som ble oversett ved at deler av Arvelovkomitéens lovforslag ble videreført, samtidig som de prinsipielle endringer ble forsøkt tatt ut. Til ytterligere sammenligning kan det også pekes på hvordan deler av ordlyden i uskifteloven 1927 § 1 stammer fra Familierettskomiteens lovforslag, som bygget på dyptgripende prinsipielle endringer som ikke ble videreført.

Den *trede endring* av betydning for uskifteordningens struktur, var forskyvningen av tidspunktet for arvefallet etter førstavdøde – fra dødsfallet til skiftet av uskifteboet – og som omfattet arveretten både for gjenlevende og førstavdødes arvinger, se al § 6 fjerde ledd og § 22 første ledd.¹⁰³⁸ Ovenfor er nevnt at uskifteretten innebar en utsettelse av skiftets gjennomføring – arven etter førstavdøde var falt, men ikke forfalt til betaling. Ved at også arvefallet utskytes til skifte av uskifteboet styrkes preget av alternative arverettigheter. Så lenge uskiftet består, utløses intet av den ordinære legalarverett etter førstavdøde, verken for gjenlevende eller førstavdødes arvinger.

Jeg tar ikke opp de særlige spørsmålet som knytter seg til unntaksreglene for arvefallstidspunktet i al § 22 første ledd annet punktum ved samtykkebasert uskifte. Etter min mening dreier det seg ikke om et fullstendig arvefall ved førstavdødes død. Regelen har kun betydning for utvelgelsen av førstavdødes arvinger ved skifte av uskifteboet. Jeg viser også til de vidtrekkende unntak fra synspunktet om arvefall ved førstavdødes død som følger av al § 22 annet til fjerde ledd.

Ekteskapsloven av 1991 medførte ingen endringer i uskiftereglene – utover rene henvisningsendringer. Ovenfor er det pekt på at flyttingen av delingsreglene for uskifteboet fra de ekteskapsrettslige skifteregler til al kap III, reiste et noe uavklart spørsmål om de førstnevnte reglers (fortsatte) anvendelse ved skifte av uskifteboet. Et av formålene med den nye ekteskapsloven var opprydding i regelstrukturen.¹⁰³⁹ Av den grunn ble blant annet de materielle ekteskapsrettslige skifteregler flyttet fra

¹⁰³⁷ Se *Utkast62* side 160-161 og 175176, samt lovforslaget på side 263-269.

¹⁰³⁸ Avhengig av hvordan arvefallet defineres er det enkelte forskjeller i gjenlevendes og førstavdødes arvingers stilling. Hvis arvefallet defineres som det tidspunkt en arving kan kreve sin arv, er det bare arven for førstavdødes arvinger som ennå ikke har falt. Gjenlevende kan når som helst kreve uskifteboet skiftet, se al § 24 første ledd, og kan derfor selv bestemme når arvefallet skal inntre.

skifteloven til ekteskapsloven.¹⁰⁴⁰ Dette underbygger oppfatningen av reglene om deling av uskifteboet som arverettslige, mens reglene for det sammensatte skiftet som foretas, når uskifte ikke velges, er ekteskapsrettslige. Ordlyden i el § 76 styrker denne oppfatningen. De ekteskapsrettslige delingsregler i el kap 15 gjelder bare ”dersom ikke den lengstlevende nytter retten til å sitte i uskiftet bo”. Dette materielle spørsmål, herunder om tolking av el § 76, kommer jeg tilbake til i kapittel 73.

Denne presisering av skillet mellom arverettslige og ekteskapsrettslige regler, har imidlertid ikke blitt fulgt opp i juridisk teori.

Innføringen av legalarverett og **legaluskifterett for samboere** i 2008 var en god foranledning til å drøfte uskiftets rettslige karakter, særlig fordi uskifteretten så langt hadde vært knyttet til ektefeller – og opprinnelig til felleseieordningen. Under forberedelsen av loven pekte departementet på lovgivers utfordring ved å gi samboere rettigheter som ellers var knyttet til det formelle ekteskapet, herunder på at uskiftet tradisjonelt – og i dansk rett – var knyttet til formuesordningen felleseie.¹⁰⁴¹ Noen prinsipiell drøftelse av uskiftet som rettsinstitutt ble imidlertid ikke foretatt, og lovforslaget ble utformet dels gjennom egne uskiftebestemmelser for samboere, og dels ved at de ordinære uskifteregler skulle gjelde tilsvarende så langt de passet.

Uskiftereglerne for samboere er gitt i et eget kapittel, al kap III A. Det ble gitt egne regler for adgangen til uskifte, herunder både direkte adgang etter loven og adgang for samboerne til uhindret av pliktdelsreglene å gi hverandre testamentsbasert uskifterett, se al § 28c. De generelle uskifteregler i al kap III er gitt tilsvarende anvendelse, dog slik at hvor det gjelder særlige regler for særreiemidler skal disse anvendes, se al § 28f. I tråd med dette prinsippet er det i al § 28e gitt delingsregler som tilsvarer al § 26 annet ledd første punktum og første ledd annet punktum.

Under høringsrunden fremkom en del kritiske bemerkning knyttet til bruken av begrepet og rettskonstruksjonen uskifte.¹⁰⁴²

*Asland/familie- og arverettsgruppen*¹⁰⁴³ pekte generelt på at innføring av uskifterett for samboere innebar ”langt større og langt flere utfordringer enn en innføring av vanlig arverett for gjenlevende samboer”. Det ble pekt på at det ”grunnleggende problem i forbindelse med uskifte for samboere er at retten til uskifte er midt i kjernen av de rettigheter ekteskapet utløser etter norsk rett.

¹⁰³⁹ Se Prp28 side 5-I.

¹⁰⁴⁰ Tilsvarende er det i *NOU 2007: 16* Ny skiftelovgivning foreslått en ny dødsboskiftelov som inneholder de prosessuelle regler, mens de materielle regler om dødsbobehandlingen flyttes til et nytt kapittel XIV A i arveloven. På den annen side foreslås gjeldende regler i sl kap 8 om offentlig felleseieskifte flyttet til et nytt kapittel 18 i ekteskapsloven. Se *NOU 2007: 16* Ny skiftelovgivning 33-36, samt lovutkastene på side 11-32.

¹⁰⁴¹ Prp73 side 15-16.

¹⁰⁴² Se eksempelvis uttalelse fra Oslo byfogdembete, referert Ot prp nr 73 side 34-35.

¹⁰⁴³ Familie- og arverettsgruppen ved Juridisk fakultet, Universitetet i Oslo v/John Asland.

Uskifteinstituttet har dessuten vært sterkt knyttet til formuesordningen felleseie”. Endelig ble det reist spørsmål om ”uskifteterminologien er en hensiktsmessig terminologi når man fjerner seg så vidt langt fra det opprinnelige uskifte som en fortsettelse av det ekteskapelige felleseie”.¹⁰⁴⁴

Av særlig interesse er forslaget fra *Asland/familie- og arverettsgruppen* om alternative fremgangsmåter:

”Ved å innføre uskifte for samboere kutter man navlestrengen mellom felleseieinstituttet [og] uskifteinstituttet som historisk sett kan ses på som et avkom av felleseieinstituttet. Vi tror dette er et hensiktsmessig grep. Uskifteinstituttet og gjenlevendes stilling generelt, kan da etter hvert modelleres ut i fra hvilke behov gjenlevende har uten at man behøver å skjele for mye til formuesordningen mellom ektefellene. Det gir også en mulighet til harmonisering på nordisk plan fordi det blir lettere å samordne uskifteordningen med den svensk/finske ordningen med ‘arvsrätt med fri förfoganderätt’.”¹⁰⁴⁵

Som det har fremgått ovenfor mener jeg navlestrengen – i betydningen livsnødvendig forbindelse – mellom uskifteordningen og ektefellers formuesordning ble kuttet allerede med arveloven av 1972. Men det er jo ikke dermed sagt at slektskap eller annen tilhørighet også er brutt. Kutting av navlestrengen markerer overgangen fra én tett relasjon til en annen. Jeg har ovenfor pekt på enhetlig utforming av uskiftereguleringene som et mål, og tiltrer også synspunktet om økte muligheter for nordisk rettsenhet – forutsatt selvfølgelig at Danmark og Island følger etter.

Under henvisning til utviklingen bort fra uskiftet som en ekteskapsrettslig særordning for felleseiemidler, beskriver *Asland* dagens uskifteordning som ”en rett som tilkommer gjenlevende i et livsfellesskap til å overta hele eller deler av førstavedes formue, som sammen med hele eller deler av ens egen formue, skal utgjøre en egen formuesmasse underlagt særlige rådighetsinnskrenkninger, og som skal deles opp etter egne fastsatte regler ved uskiftets opphør”.¹⁰⁴⁶

Det arbeides med en revisjon av regelverket for den formelle skiftebehandling, hvor det først og fremst er lovgivningsstruktur som er temaet, se *NOU 2007: 16 Ny skiftelovgivning*. Skiftelovutvalget har ikke funnet grunn til å fremme endringer i de materielle regler ved sammensatt skifte eller ved skifte av uskifteboet før eller etter lengstlevendes død.¹⁰⁴⁷

¹⁰⁴⁴ Referert i Ot prp nr 73 side 34.

¹⁰⁴⁵ Referert i Ot prp nr 73 side 34.

¹⁰⁴⁶ *Asland*, Uskifte side 64.

¹⁰⁴⁷ Se *NOU 2007: 16 Ny skiftelovgivning* side 120-II og side 126-II.

73 Ekteskapslovens anvendelse ved skifte av uskiftebo

Reglene i el kap 15 om sammensatt skifte gjelder i følge el § 76 første punktum ved deling av ”ektefellens formue mellom lengstlevende ektefelle og avdødes arvinger ... dersom ikke den lengstlevende nyter retten til å sitte i uskiftet bo”. Sammenholdt med at inngangsvilkåret (situasjonsvilkåret) i el § 76 beskrives som ”Når den ene ektefellen er død”, taler en rent språklig tolking for at el kap 15 ikke kommer til anvendelse ved skifte av uskiftebo. Sammenholdt med at al kap III inneholder egne regler om delingen mellom ektefellene, synes spørsmålet rimelig opplagt. Det anføres imidlertid i nyere juridisk litteratur at el kap 15 er direkte anvendelig ved skifte av uskiftebo, i alle fall ved livstidsskifte. Det samme er forutsatt en rekke steder i annen arverettslig litteratur, se nærmere nedenfor. For meg fremstår det som klart at el kap 15 ikke er direkte anvendelig ved skifte av uskiftebo. Dette standpunkt finner jeg også heldigst ut fra helhetlige og systematiske betraktninger. Ved at også felleseieskiftet anses avsluttet før uskiftet etableres, oppnås det regler som er systematisk sammenfallende med de tilfeller hvor gjenlevende samboer blir sittende i legaluskifte eller en ektefelle overtar særeiemidler uskiftet, se nærmere kapittel 74. Det samme gjelder i forhold til gjensidige testamenter.

Bakgrunnen for problemstillingen er at før arveloven 1972 var skifte av uskifteboet regulert av generelle ekteskapsrettslige skifteregler. Ved den nye arveloven ble det i al kap III gitt egne delingsregler, men uten at forholdet til de ekteskapsrettslige regler uttrykkelig ble avklart, se pkt 72.2.

Det konkrete tolkingsspørsmål i forhold til el § 76 er om unntaket ved uskifte bare gjelder førstavdødes arvingers rett til å kreve skifte, dvs slik at retten til å kreve felleseieskifte utskytes så lenge uskiftet består – slik de tilsvarende reglene i sl § 60 må forstås vedrørende retten til å kreve arveskifte. Basert på denne forståelse skal det ved uskiftets opphør foretas et felleseieskifte mellom ektefellene etter reglene i el kap 15, med de unntak som særskilt er fastsatt – se eksempelvis el § 77 første ledd siste punktum.

Det annet tolkingsalternativ går ut på at el § 76 gir anvisning på at delingsreglene i el kap 15 ikke får anvendelse dersom gjenlevende ektefelle har

benyttet seg av sin rett til uskifte. Uttrykt som et slagord innebærer dette ”inn i uskifte, ut av ekteskapsloven”.

Ordlyden taler isolert sett for sistnevnte forståelse. Ordlyden er imidlertid ikke så klar at det i seg selv kan legges avgjørende vekt på den. Sammenhengen med ordlyden i andre bestemmelser reiser også tvil: Hvis meningen med el § 76 var å avgrense mot skifte av uskiftebo, hvorfor gis det da en særregel i el § 77 første ledd om at skjevdeling etter el § 59 ikke kan kreves ved skifte av uskiftebo?¹⁰⁴⁸

Et ytterligere argument mot å vektlegge en språklig fortolkning av el § 76 er at ordlyden fikk en noe uheldig utforming som følge av rent redaksjonelle endringer. Bestemmelsen var ment som en regulering av gjenlevendes og førstavdødes arvingers rett til å kreve at det ble skiftet, men regulerer tilsynelatende også etter hvilke regler delingen skal skje.

Både den språklige og rettslige tolkingstvil knytter seg til om forbeholdet ”dersom ikke” i el § 76 første punktum peker på ”når” eller ”reglene i dette kapitlet” – eventuelt begge: ”Når den ene ektefellen er død, deles ektefellenes formue mellom lengstlevende ektefelle og avdødes arvinger *etter reglene i dette kapitlet, dersom ikke ...*” (kursivert her).¹⁰⁴⁹

Etter paragrafens overskrift er det ”Når deling skal skje” som reguleres, dvs regler som tilsvarer el § 57 ved samlivsbrudd.¹⁰⁵⁰ I stedet for bare å regulere når deling kan kreves, trekker ordlyden også inn elementer som reguleres i el § 77, nemlig etter hvilke materielle regler delingen skal skje.

Denne språklige uklarhet skyldes at departementet utilsiktet blandet materielle delingsregler fra utkastet § 15-2 (tilsvarende el § 77) inn i någjeldende el § 76, til tross for at meningen – av redaksjonelle grunner – bare var å slå sammen utkastet § 15-1 med oversiktsregelen i § 6-3.¹⁰⁵¹

Heller ikke ekteskapslovens forarbeider gir noe klart svar på lovanvendelsesspørsmålet ved skifte av uskiftebo.

En tolking av forarbeidene må ta utgangspunkt i den materielle rettsstilling og den lovtekniske situasjon som den gang forelå. På bakgrunn av drøftelser og fremstillinger i juridisk teori finner jeg grunn til særskilt å drøfte om det må skilles mellom skifte av uskiftebo før eller etter lengstlevendes død.

¹⁰⁴⁸ Slik også *Asland*, Uskifte side 415-416.

¹⁰⁴⁹ Uttalelser i forarbeidene om at regelen i annet punktum om rett til å kreve deling ”må ses i sammenheng med de forbehold som er nevnt i første punktum” (Prp28 side 134-I) tyder på at forbeholdet gjelder i begge relasjoner.

¹⁰⁵⁰ Ekteskapslovutvalget brukte overskriften ”Retten til å kreve deling” som er mer i samsvar med ordlyden i el § 76 annet punktum.

¹⁰⁵¹ Se Prp28 side 134-I.

Som gjennomgått ovenfor var utgangspunktet etter uskl 1927 § 15 at de ordinære regler for skifte av felleseie skulle anvendes ved skifte av uskiftebo.¹⁰⁵² Bestemmelsen viste bare til felleseieskiftereguleringene. Dette kan dels forklares med at uskiftet etter 1851-loven var konstruert som en utsettelse av felleseieskiftet, og dels med at uskifteberettiget gjenlevende ektefelle i 1927 ikke hadde legalarverett etter førstavede – uansett når uskifteboet ble skiftet. Ved livstidsskifte var det derfor som utgangspunkt et regulært felleseieskifte som ble avholdt. Ved skifte etter lengstlevendes død ble det normalt ikke foretatt noe felleseieskifte. De felles livsarvingene delte det samlede felleseiet etter foreldrene mellom seg etter arverettslige regler.

Ved at den uttrykkelige henvisningsregelen i uskl 1927 § 15 uten merknader ble opphevet ved den nye skifteloven ble det første grunnlag for svikt i lovsystematikken lagt. Det må antas at begrunnelsen for opphevelsen var at felleseieskiftereguleringene for sammensatt skifte i sl § 66 skulle erstatte uskl 1927 § 15.¹⁰⁵³ Opphevelsen hadde ingen direkte betydning for hvilke materielle regler som den gang gjaldt, men ved at henvisningsregelen i uskifteloven – unødvendig – ble opphevet, manglet en selvstendig uskifterettslig regel om delingen. Da uskifteloven ble opphevet med arveloven, sto derfor den materielle delingsregel fortsatt igjen. Når det i arvelovens forarbeider ikke uttrykkelig ble presisert at sl § 66 ikke lenger skulle gjelde for skifte av uskiftebo, kunne det oppstå tvil om de ekteskapsrettslige delingsregler fortsatt skulle gjelde. Hadde en delingsregel i uskifteloven samtidig blitt opphevet, ville det ikke kunne oppstå tvil om at de gamle delingsregler var erstattet av de nye regler i arveloven. Det er for så vidt den samme uklarhet som er videreført i el § 76.

Før arveloven av 1972 var det som nevnt ingen tvil om at delingen av felleseiemidler ved skifte av uskifteboet som utgangspunkt, fulgte alminnelige

¹⁰⁵² ”Ved skifte mellom den gjenlevende ektefelle og den avdøde ektefelles arvinger får de regler som gjelder om skifte av ektefellers felleseie, tilsvarende anvendelse med hensyn til det uskiftede bo.”

¹⁰⁵³ Skifteloven § 66 lød opprinnelig slik: ”Bestemmelsen i § 45, jfr. § 49, får tilsvarende anvendelse i forholdet mellom gjenlevende ektefelle og den avdøde ektefelles arvinger. Dog er reglene i § 45 annet ledd, uten anvendelse på gjenlevende ektefelles rett i forhold til arvingene, og heller ikke kan disse kreve vederlag etter § 49. Det beholdne felleseie deles likt mellom gjenlevende ektefelle og avdødes arvinger, hvis ikke annet følger av særskilt lovbestemmelse.”

ekteskapsrettslige regler.¹⁰⁵⁴ Frem til gjenlevende ektefelles legalarverett og legaluskifterett ble utvidet i 1937 var det også naturlig at loven bare inneholdt regler for livstidsskifte av uskiftebo. Ved gjenlevendes død skulle hele uskifteboet uansett deles likt mellom fellesbarna. Men med arvelovsendringene i 1937, ble uskifteretten og legalarveretten alternative i den forstand at gjenlevende kunne velge, og dessuten slik at det skulle beregnes legalarv fra førstadvøde til gjenlevende uansett når uskifteboet ble skiftet. Ved at gjenlevende kunne sitte i uskifte med andre enn livsarvinger, oppsto det behov for et felleseieskifte også ved skifte etter lengstlevendes død, idet felleseiemidlene nå skulle deles mellom to arvinggrupper. Gjenlevende hadde dessuten krav på arvelodd etter førstadvøde, i tillegg til sin boslodd i felleseiemidlene – uansett skiftetidspunkt. Etter lovendringene i 1937 burde det således vært gitt regler som klarere viste at et felleseieskifte ikke bare kunne bli aktuelt mellom gjenlevende og førstadvødes arvinger, men også mellom to arvinggrupper. Videre burde det vært presisert at delingsreglene som utgangspunkt var de samme, kun med de endringer som fulgte av at lengstlevendes arvinger ikke kunne gjøre gjeldende personlige rettigheter som kun tilkom gjenlevende. I datidig litteratur synes det likevel ikke å være reist tvil om det var to ulike skifteoppgjør som ble foretatt, avhengig av om det ble skiftet før eller etter lengstlevendes død.¹⁰⁵⁵ Slike tanker forekommer først i rettslitteraturen etter at den nye arveloven ble vedtatt, se nedenfor.¹⁰⁵⁶

Det bør også nevnes at både Arvelovkomitéen og Ekteskapslovutvalget i sine lovforslag presiserte at reglene for delingen av uskifteboet gjaldt mellom førstadvødes arvinger og enten gjenlevende eller lengstlevendes arvinger, se nedenfor.

Videre nevnes at også gjenlevende ektefelles legalarverett etter førstadvøde var upåvirket av når uskifteboet ble skiftet. Det kan virke som om det var endringer i denne arverettslige regel som ga grobunn for en oppfatning av ulike delingsregler før eller etter lengstlevendes død. Rent faktisk var det departementets innarbeidelse av den nye regel om at legalarverett bare gjaldt ved livstidsskifte som medførte at al § 26 i dag har et uklart innhold, se nedenfor.

Med arveloven av 1972 ble det foretatt to vesentlige endringer i uskiftereglene som har betydning for spørsmålet om anvendelsen av el kap 15 ved skifte av uskiftebo.

¹⁰⁵⁴ Likevel slik at både uskifteloven og skifteloven inneholdt enkelte unntak fra utgangspunktet om likedeling, herunder eksempelvis vederlagsregler i uskl 1927 § 8 som tilsvarte al § 27.

¹⁰⁵⁵ Se eksempelvis *Peter Lødrup*, Materiell skifterett, 1.utgave 1967 side 173 og *Arnholm*, Privatrekt V side 142.

¹⁰⁵⁶ Se blant annet *Asland*, Uskifte side 413-416.

For det første ble det med arveloven av 1972 gitt særlige regler i al § 26 om delingen mellom ektefellene eller deres arvinger. Uskifteloven ble opphevet i sin helhet, men denne inneholdt ikke lenger noen uttrykkelige regler om delingen av uskifteboet mellom ektefellene. Noen grunn til å endre sl § 66 forelå heller ikke, idet denne direkte regulerte det sammensatte skiftet etter førstavdødes død – og bare var gitt tilsvarende anvendelse ved skifte av uskiftebo.

Det sies intet direkte i arvelovens forarbeider om de nye reglers betydning for anvendelsen av ekteskapsrettslige regler ved skifte av uskiftebo. Arvelovkomitéen presiserte imidlertid at lovforslaget innebar en endring i forhold til tidligere rettstilstand.¹⁰⁵⁷ På dette punkt sluttet departementet seg til Arvelovkomitéen.¹⁰⁵⁸

Utgangspunktet for spørsmålet om de ekteskapsrettslige delingsreglers (fortsatte) anvendelse ved skifte av uskiftebo er følgende: Når lovgiver avløser et eksisterende regelsett med et nytt – som ikke hadde noen mønster i dagjeldende lovgivning – oppheves de tidligere regler, med mindre det gjøres unntak. Det finnes ingen holdepunkter for at de arverettslige delingsregler i al kap III var ment å skulle være subsidiære i forhold til dagjeldende og fremtidige ekteskapsrettslige regler. Uskiftereglene ble i seg selv betegnet som ”materielle regler [som] er så sentrale i arveretten at de bør tas inn i arveloven”.¹⁰⁵⁹

Det kan også pekes på at arveloven opprinnelig inneholdt enkelte henvisninger til materielle regler i ektefelleloven 1927, som fra 1991 er videreført med henvisninger til ekteskapsloven.

For det annet ble gjenlevendes legalarverett endret slik at det bare skulle beregnes arv etter førstavdøde dersom uskifteboet ble skiftet i gjenlevendes levetid, se al § 6 fjerde ledd og § 26 første ledd annet punktum. Dette innebærer at den *helhetlige* delingen av uskifteboet blir forskjellig, avhengig av om det skiftes før eller etter lengstlevendes død. Ved tolking av uttalelser både i forarbeider og i juridisk litteratur om skillet mellom de to skiftesituasjoner, må det derfor nøye vurderes om det siktes til forskjellen i den arverettslige fordeling eller til delingen mellom ektefellene.

Av Arvelovkomitéens forslag (utkastet § 25) fremgikk det uttrykkelig av ordlyden at begge skiftesituasjoner var omfattet – skiftet skulle foretas ”mellom

¹⁰⁵⁷ ”Denne paragraf har intet mønster i gjeldende lovgivning”. Utk62 side 190-I.

¹⁰⁵⁸ Se Prp36 side 155-156.

førstavdødes arvinger og enten lengstlevende eller hans arvinger”, se note 1061. Departementet forandret imidlertid ordlyden slik at denne klarhet forsvant, men uten at det finnes holdepunkter for at endringer i bestemmelsens anvendelsesområde var tilsiktet. Endringene i den redaksjonelle oppbygging av regelen, skyldes at departementet ønsket å presisere den materielle forskjell i førstavdødes *arverett* etter gjenlevende avhengig av skiftetidspunkt – en regel som ikke fulgte av Arvelovkomitéens forslag.

Denne presisering var helt unødvendig i al § 26, idet regelen allerede var inntatt i al § 6 fjerde ledd.¹⁰⁶⁰ Fra et systematisk synspunkt var det dessuten svært uheldig at en regel om arvefordelingen internt mellom førstavdødes arvinger, ble blandet inn i en bestemmelse om verdidelingen mellom de to arvinggrupper. Dette kan ha dannet grobunn for misforståelser. Arvelovkomitéens utkast § 25 regulerte kun delingen mellom ektefellene, og differensierte således bare mellom hvorvidt det var felleseiemidler eller særeiemidler som var overtatt uskiftet.¹⁰⁶¹ Det var kun presiseringen av den nye arveregelen departementet ønsket å få frem, ikke noen endring i delingsreglene mellom ektefellene.¹⁰⁶²

¹⁰⁵⁹ Prp36 side 137-II, jf også Utkast62 side 175-I.

¹⁰⁶⁰ Proposisjonsutkastet § 6 tredje ledd annet punktum.

¹⁰⁶¹ ”Ved skifte mellom førstavdødes arvinger og enten lengstlevende eller hans arvinger skal det uskiftede bo deles likt, dersom boet har omfattet hele felleseiet, men ikke særeiemidler. Har det uskiftede bo omfattet bare en del av felleseiet eller særeiemidler, skal deling skje i samme forhold som lengstlevende og førstavdødes arvinger hadde rett til midlene i uskifteboet da uskiftet tok til, og uten hensyn til lengstlevende ektefelles rett til å kreve at særeie skal anses som felleseie.” Utk62 side 269-I.

¹⁰⁶² ”Etter § 25 i Arvelovkomitéens utkast er utgangspunktet at det uskiftede bo skal deles likt mellom førstavdødes arvinger og enten lengstlevende eller hans arvinger. Har imidlertid det uskiftede bo omfattet særeiemidler eller bare en del av felleseiet, skal deling skje i samme forhold som lengstlevende og førstavdødes arvinger hadde rett til midlene i det uskiftede bo da uskiftet tok til, og uten hensyn til lengstlevende ektefelles rett til å kreve at særeie skal anses som felleseie.

Etter departementets utkast blir det bare spørsmål om å la det uskiftede bo omfatte særeiemidler dersom det er bestemt i ektepakt eller arvingene samtykker, jfr. § 9 annet ledd.

Første ledds første punktum fastsetter at det uskiftede bo skal deles likt mellom førstavdødes og lengstlevendes arvinger når ikke annet er bestemt. *Annet punktum* angir at dersom boet blir skiftet mens lengstlevende ektefelle lever, har han i tillegg til sin egen andel rett til arv etter § 6. Gjenlevendes andel vil være halvparten av boet dersom det bare har omfattet felleseie. Har boet omfattet særeie, må andelen beregnes etter verdiforholdet, jfr. annet ledd. Om beregningen av andelsforholdet når boet delvis skiftes mens lengstlevende lever, vises til merknadene til § 6. *Annet ledd* inneholder unntak fra hovedreglene i første ledd dersom lengstlevende har overtatt avdødes særeie i uskiftet bo, jfr. § 9 annet ledd. *Første punktum* fastsetter at når lengstlevende har overtatt avdødes særeie i uskiftet bo i henhold til ektepakt, skal skifte skje på grunnlag av verdiforholdet mellom ektefellenes særeier da uskiftet tok til, om ikke annet følger av ektepakten. Er det også felleseie hvor slik bestemmelse er truffet, skal ektefellenes respektive halvpart av felleseiet legges til deres særeie ved beregning av verdiforholdet, jfr. *annet punktum*.” Prp36 side 155-I.

Ordlyden i al § 26 første ledd er noe uklart formulert. Forarbeidene gir imidlertid ingen holdepunkter for at meningen var å gi ulike materielle delingsregler mellom ektefellene, avhengig av om uskifteboet ble skiftet før eller etter lengstlevendes død. Det er kun arvefordelingen mellom førstavdødes arvinger som påvirkes av dette forhold.

I juridisk litteratur etter arveloven 1972, men før ekteskapsloven 1991, la *Arnholm, Augdahl* og *Unneberg* til grunn at delingen som utgangspunkt styres av al § 26, men at utgangspunktene kunne endres som følge av andre regler, herunder regler i ektefelleloven og skifteloven.¹⁰⁶³ Det ble ikke pekt på noen forskjeller i disse delingsregler avhengig av skiftetidspunkt.

I sine fremstiller fra denne perioden fremholder imidlertid *Lødrup* skillet mellom de to skiftesituasjoner. Skiftet etter lengstlevendes død beskrives som en deling ”mellom de to ektefellers arvinger”, mens livstidsskiftet ”derimot” beskrives som ”et oppgjør mellom [gjenlevende] og førstavdødes arvinger etter de regler som ellers gjelder for sammensatt skifte” – hvorefter det henvises til fremstillingen om sammensatt skifte.¹⁰⁶⁴ Forholdet mellom al § 26 og de dagjeldende delingsregler i ektefelleloven og skifteloven omtales ikke nærmere.

Konklusjonen så langt er at al kap III ga uttømmende regler for skifte av uskifteboet, men slik at ekteskapsrettslige regler kan tenkes å utfylle lovtomme rom – og er dessuten henvist til i al § 17.

Det er på denne bakgrunn jeg vender tilbake til utgangsspørsmålet, nemlig om det med ekteskapsloven ble gjort noen endringer i den etablerte rettstilstand. Ordlyden tyder som nevnt ikke på noen endring. Fordi en slik endring er anført eller forutsatt i teorien, finner jeg det påkrevd med en nærmere analyse av forarbeidene, og herunder se på betydningen av det uttalte ønsket om å rydde opp i regelverket omkring felleseieskifte og skifte etter en ektefelles død.¹⁰⁶⁵

Med dette utgangspunktet kan det ikke foretas en isolert drøftelse av uttalelser og forutsetninger i forarbeidene mv. Det må avgjøres om lovgiver med ekteskapsloven mente å endre den rettstilstand som var etablert gjennom vedtakelsen av arveloven, og i tilfelle om tilstrekkelig klare rettsregler om dette ble gitt.¹⁰⁶⁶

¹⁰⁶³ *Arnholm*, Arveretten side 144, *Augdahl*, Arveloven side 46-47 og *Unneberg*, Arveretten side 382.

¹⁰⁶⁴ Se *Peter Lødrup*, Materiell skifterett, 4. utgave 1976 side 252, samt *Peter Lødrup*, Materiell skifterett, 7. utgave 1986 side 244.

¹⁰⁶⁵ Se NOU 1987: 30 side 9 og Prp28 side 5.

¹⁰⁶⁶ Sammenlign *Rt 2000 1811* Finnanger I (plenum) hvor flertallet ikke fant det tilstrekkelig at lovgiver hadde et bestemt formål med de aktuelle lovendringer, så lenge dette ikke kom klart nok frem av loven.

Endringer i arvelovens uskifteregler ligger naturlig innenfor hva som kan forventes ved en ny ekteskapslov, særlig hva gjelder delingen mellom ektefellene og om formuesordningens betydning for adgangen til å sitte i uskifte.

Innledningsvis kan det konstateres at det ikke ble foretatt noen direkte materielle lovendringer i al kap III – bortsett fra henvisningsendringer som følge av ny lov.¹⁰⁶⁷ På den annen side ble det foretatt en viktig presisering av innholdet i al § 26 annet ledd gjennom reglene i el § 43 tredje ledd hvorefter ektefellene ved avtalt uskifte med særeiemidler bare kan avtale et mer likt delingsforhold. I forarbeidene ble det vist til reglene i al § 26 annet ledd, og det ble uttalt at bestemmelsen i el § 43 tredje ledd var ment som en presisering av ”adgangen for ektefellene til å treffe avvikende avtale om formuesforholdet”. Selv om det ikke ble gjort noen endringer av ordlyden i al § 26 annet ledd, er det på det rene at meningen var å gjøre materielle endringer i arvelovens uskiftedelingsregler.¹⁰⁶⁸

Når disse forhold nevnes er det for å vise at lovgiver uttrykkelig vurderte delingsreglene i al kap III, men uten at det ble gjort endringer eller presiseringer av hovedreglene om delingen mellom ektefellene i al kap III. Det finnes heller ikke holdepunkter i ekteskapslovens forarbeider for at det var meningen å gjøre andre materielle endringer i reglene om ektepaktens betydning for adgangen til uskifte eller delingen av uskifteboet.

Ekteskapslovutvalget synes imidlertid å ha hatt til formål å gi enhetlige regler for delingen mellom ektefellene, enten dette skjedde straks eller ved skifte av uskiftebo.

”Etter utvalgets mening bør prinsippet om deling av formuen ved ekteskapets opphør, eller senere ved skifte av et uskiftet bo, komme samlet til uttrykk i en ny ekteskapslov.”¹⁰⁶⁹ Ekteskapslovutvalget foreslo derfor en samlebestemmelse som skulle gjelde ”skifte etter den ene eller begge ektefellers død”.

Den eneste forskjell som fremheves er at ved skifte av uskiftebo blir det ikke ”spørsmål om å beregne nettoandelen av de to ektefellers rådighetsdeler”, idet gjenlevende også ble ansvarlig for førstavdødes gjeld.¹⁰⁷⁰

Ekteskapslovutvalget syntes dessuten å ha forstått delingsreglene i al § 26 som en kodifikasjon av en generell likedelingsregel: ”For skifte av et uskiftet bo er likedelingsregelen mellom de to arvinggrupper fastsatt i arveloven § 26 første punktum.”¹⁰⁷¹

¹⁰⁶⁷ Henvisningene til ektefelleloven 1927 ble endret til tilsvarende bestemmelser i den nye ekteskapsloven i al § 9 og § 17, se el § 95 nr 14.

¹⁰⁶⁸ Se NOU 1987: 30 side 117 jf også Prp28 side 111-I.

¹⁰⁶⁹ NOU 1987: 30 side 103-II.

¹⁰⁷⁰ NOU 1987: 30 side 104-I.

¹⁰⁷¹ NOU 1987: 30 side 103-II.

Det synes videre som om Ekteskapslovutvalget også forutsatte at delingsreglene i el kap 15 skulle gjelde sammen med delingsreglene i al kap III. Dette fremgår blant annet i forhold til spørsmålet om skjevdeling ved skifte av uskiftebo. Utvalget synes å legge til grunn at unntaket fra skjevdelingsretten allerede fulgte av særreglene i al § 26, og dermed var omfattet av det generelle forbeholdet i el § 76 (utkastet § 15-2) om at noe annet kan følge av lov:

”Reservasjonen for lovbestemte unntak gjelder ... videre arvelovens § 26 som angår oppgjøret ved opphør av uskifte. I slike tilfeller vil det ikke være adgang til å kreve skjevdeling.”¹⁰⁷²

Av det ovenfor refererte synes det som om Ekteskapslovutvalget bygget på en forutsetning om at deling av uskiftebo allerede etter dagjeldende rettstilstand også var styrt av ekteskapsrettslige regler. Denne oppfatning var etter min mening ikke riktig, jf ovenfor. For det annet, og mer avgjørende, er at Ekteskapslovutvalget ikke ga uttrykk for noen klar lovgivervilje til å endre rettstilstanden, men heller det motsatte – å bevare gjeldende ordning. Av den grunn unnlot utvalget å foreslå en endring i al § 26 slik at skjevdeling også kunne kreves ved skifte av uskiftebo. Ekteskapslovutvalgets standpunkt synes således å være at el kap 15 får anvendelse ved skifte av uskiftebo, men måtte vike for særregler i al kap III.

Ekteskapslovutvalgets oppfatning er i samsvar med hva *Lødrup* – utvalgets leder – senere gir uttrykk for i juridisk teori etter vedtakelsen av ekteskapsloven. Delingen av uskifteboet mellom gjenlevende og førstavdødes arvinger skal ”i utgangspunktet skje etter de regler som ellers gjelder for sammensatt skifte ... Utgangspunktet i el. § 77 står fast.”¹⁰⁷³ *Holmøy og Lødrup* sier uttrykkelig at el kap 15 ”kommer til anvendelse både når lengstlevende skifter med avdødes arvinger med en gang etter dødsfallet, og når det skiftes mellom lengstlevende og arvingene etter at lengstlevende har overtatt boet i uskifte”. Forholdet til arverettslige regler beskrives som at ved skifte av uskiftebo ”gjelder også reglene i arvelovens kapittel III”.¹⁰⁷⁴ Fra annen samtidig litteratur kan det vises til at *Hambro* tar utgangspunkt i al § 26 og påpeker at bestemmelsene ”må ses i sammenheng med regler i andre lover, særlig ekteskapsloven”.¹⁰⁷⁵

Som påpekt fikk el § 76 en noe uheldig utforming gjennom departementets redaksjonelle endringer i Ekteskapslovutvalgets lovutkast. Utvalget foreslo en særlig regel om retten til å kreve felleseiemiene skiftet etter samme modell som sl § 60, se utkastet § 15-1. Av dette utkastet fremgikk blant annet at førstavdødes arvinger kunne kreve deling ”når ikke annet følger av reglene om uskiftet bo eller av testament”.

Uskiftereglenes betydning for selve delingsoppgjøret fulgte, som påpekt ovenfor, av

¹⁰⁷² NOU 1987: 30 side 149-II.

¹⁰⁷³ Se *Lødrup*, Arverett side 387.

¹⁰⁷⁴ *Holmøy og Lødrup*, Ekteskapsloven side 516.

det generelle forbeholdet i utkastet § 15-2 om at reglene i kapittel 12 fikk anvendelse ”når ikke annet følger av lov”.

Departementet skapte en noe annen regelsystematikk. For det første ble unntaket for annen lovbestemmelse flyttet fra el § 77, om hvilke delingsregler som skal gjelde, til el § 76, om når deling kan kreves. For det annet blandes retten til å kreve deling i el § 76 sammen med spørsmålet om hvilke delingsregler som gjelder, jf ovenfor. Dermed synes ordlyden i el § 76 å gi uttrykk for en regel om at det ikke kan kreves deling etter el kap 15 dersom ”lengstlevende nytter retten til å sitte i uskiftet bo”. Dette er etter min mening den korrekte materielle regel, men departementets merknader gir ikke holdepunkter for noen tilsiktede endringer i forhold til Ekteskapslovutvalgets utkast.¹⁰⁷⁶

Om forholdet til uskiftereguleringene sies kun generelt at el § 76 første punktum må leses med den reservasjon at noe annet kan følge av lov, testament osv. ”Særlig praktisk er gjenlevendes rett til å sitte i uskiftet bo.”¹⁰⁷⁷ Departementet kommenterte ikke konkret Ekteskapslovutvalgets syn på forholdet mellom de nye regler i el kap 15 og reglene i al kap III. Det gis heller ingen forklaring på hvorfor departementet foreslår en særskilt regel i el § 77 første ledd annet punktum som gir uttrykk for det samme Ekteskapslovutvalget mente fulgte direkte av al § 26. Det eneste som sies er at Ekteskapslovutvalget har ”lagt samme forståelse til grunn, men har ikke foreslått noen uttrykkelig bestemmelse”.¹⁰⁷⁸

Ekteskapslovens forarbeider viser etter min mening at Ekteskapslovutvalget hadde som forutsetning at ekteskapsrettslige regler gjaldt ved skifte av uskiftebo ved siden av al kap III, dog slik at sistnevnte hadde forrang som *lex specialis*. Departementet ga ingen uttrykkelig tilslutning til dette, men tok heller ikke avstand. Hovedinntrykket er at departementet mente å gi regler i samsvar med Ekteskapslovutvalgets forslag.

¹⁰⁷⁵ *Hambro*, Arveloven side 172-173. I *Hambro*, Arveplanlegging side 273 tas det, uten drøftelse, for gitt at el kap 15 gjelder ved skifte av uskiftebo.

¹⁰⁷⁶ Se særlig Prp28 side 134-135.

¹⁰⁷⁷ Prp28 side 134-I.

¹⁰⁷⁸ Prp28 side 135-I.

Spørsmålet om forholdet mellom el kap 15 og al kap III er nærmere drøftet av *Asland* i doktoravhandlingen ”Uskifte”.

Asland skiller klart mellom livstidsskifte og skifte etter lengstlevendes død. Han slår fast at likedelingsreglene i al § 26 første ledd bare gjelder ved skifte etter lengstlevendes død.¹⁰⁷⁹ Hvis derimot ”uskifteboet skiftes mens lengstlevende fortsatt lever, blir likedelingsregelen i al. § 26 første ledd første punktum erstattet av et annet delingsregime”.¹⁰⁸⁰ Det er nemlig ”el. § 77, jf el. § 58 første ledd, og ikke al. § 26 første ledd første punktum som er hjemmelen for likedeling ved livstidsskifte av et uskiftebo”.¹⁰⁸¹

Standpunktet er blant annet bygget på ordlyden i al § 26 sammenholdt med at ordlyden i el § 76 ikke kan forstås ekskluderende, samt at el § 77 første ledd annet punktum indirekte viser at reglene i el kap 15 i utgangspunktet også får anvendelse ved skifte av uskiftebo.¹⁰⁸²

Som påpekt ovenfor gir ikke lovteksten i al § 26 første ledd, henholdsvis første og annet punktum, grunnlag for å hevde at to ulike regelsett kommer til anvendelse ved henholdsvis livstidsskifte og skifte etter lengstlevendes død. Når de to punktum gir anvisning på ulike brøker for gjenlevendes samlede andel av uskifteboet i de to skiftesituasjoner, skyldes dette utelukkende at gjenlevende ved livstidsskifte også har krav på legalarv. Gjennomgangen av arvelovens forarbeider viser klart at det ikke var meningen å gi ulike regler for delingen mellom ektefellene.

Jeg finner ikke rettkildemessig grunnlag for å hevde at reglene i el kap 15 er det primære rettsgrunnlaget ved livstidsskifte av uskiftebo. Så lenge det uansett er samme materielle delingsregler – likedeling av felleseiemidler – har dette standpunkt heller ingen betydning for den lovfastsatte deling. Jeg oppfatter imidlertid *Asland* slik at poenget med drøftelsen – og standpunktet – er å åpne for avtaler om skjevdeling av

¹⁰⁷⁹ *Asland*, Uskifte side 410 og 413.

¹⁰⁸⁰ *Asland*, Uskifte side 415.

¹⁰⁸¹ *Asland*, Uskifte side 416.

¹⁰⁸² ”Forbeholdet om uskifte [i el § 76] er trolig tatt med for å uttrykke det selvsagte, at det ikke skal skje noen deling av boet i tilfeller hvor gjenlevende skal sitte i uskiftet bo, eller hvor det gis avvikende oppgjørsregler i uskiftekapittelet i arveloven. Det går også indirekte frem av el. § 77 første ledd annet punktum at bestemmelsene i kapittel 15 i utgangspunktet også får anvendelse ved skifte av et uskiftet bo. I denne bestemmelsen heter det at skjevdeling etter el. § 59 ’kan allikevel ikke kreves ved skifte av et uskiftet bo’. Å gjøre unntak fra skjevdelingsreglene ved skifte av et uskiftet bo hadde det ikke vært behov for hvis ingen av oppgjørsreglene for sammensatt skifte fant anvendelse på skifte av et uskiftet bo.” *Asland*, Uskifte side 415-416.

uskiftebo. Denne målsetting er jeg enig i. Under kapittel 75 jf også kapittel 74 kommer jeg med andre forslag til hvordan dette målet kan nås.

Min konklusjon på hovedspørsmålet om anvendelse av el kap 15 ved skifte av uskiftebo, er at arveloven tok et endelig farvel med ekteskapsrettslige delingsregler ved skifte av uskiftebo – utover hva som følger av uttrykkelige henvisninger i al kap III. Reglene i el kap 15 kan likevel tjene som tolkingsmomenter, og kan eventuelt også utfylle eventuelle lovtomme rom. For de praktiske skiftereglers vedkommende skiller ikke dette standpunktet seg nevneverdig fra Ekteskapslovutvalgets syn, og det syn som *Lødrup og Holmøy og Lødrup* har gitt uttrykk for i juridisk teori – forutsatt at arvelovens status som *lex specialis* fastholdes.

Det rettskildemessige fundament for å gi ekteskapslovens delingsregler anvendelse ved skifte av uskiftebo, er svakt. Det foreligger heller ingen retts tekniske eller andre reelle hensyn som tilsier anvendelse av to ulike regelsett på ett og samme skifteoppgjør – snarere tvert i mot. Det er videre vanskelig å se hvordan legaldelingsreglene i el kap 15 skulle få noen pratisk betydning ved skifte av uskiftebo, så lenge de er subsidiære i forhold til al kap III.

Egne vederlagsregler finnes i al § 27. I al § 17 annet ledd finnes en selvstendig henvisning til el § 61. For spørsmålet om hva som inngår i uskifteboet må al § 28 suppleres av al § 17 første ledd, som igjen viser til regler i el kap 9.

Derimot kan det, som blant annet Aslands drøftelse viser, påpekes behov for større avtalefrihet vedrørende deling av uskiftebo. Nedenfor skal jeg foreta en utvidet drøftelse av ekteskapsrettslige reglers anvendelse både ved skifte av uskiftebo og ved skifte i henhold til gjensidig testament. Et sentralt argument i denne drøftelse er oversiktighet og konsekvens i regelverket. Dette omfatter både reglene om uskifte mellom ektefeller med henholdsvis felleseiemidler og særeiemidler og uskifte mellom samboere, og dessuten regler og systematikk for gjensidige testamenter. For å finne frem til enhetlige regler og systematikk forutsettes at felleseiet som konstruksjon opphører ved en ektefelles død, og at felleseieskiftet foretas før gjenlevende treffer sitt valg mellom arverettighetene uskifte eller legalarv. Se nærmere kapittel 74. Dette er etter min mening tungtveiende argumenter, samtidig som det foreligger et rettskildemessig svakt grunnlag for at ekteskapsrettslige regler fortsatt skal være anvendelige ved skifte av uskiftebo. Derfor er det også de lege lata grunnlag for å

hevde at ekteskapslovens direkte anvendelse opphører når gjenlevende treffer sitt valg mellom arverettigheter, enten dette valget går ut på legalarv, legaluskifte eller overtakelse i henhold til gjensidig testament.

74 En felles modell for felleseieskiftet når gjenlevende skal overta førstavdødes formue i uskifte eller etter gjensidig testament

74.1 Systematikken i gjeldende regler for uskifte sammenlignet med gjensidige testamenter

Under pkt 56.2 har jeg konstatert at ektefeller ved gjensidig testament ikke kan frata sine arvinger deres rett til å kreve felleseieskifte etter den enes død, selv om gjenlevende likevel skal overta førstavdødes formue i henhold til gjensidig testament. Et skiftekrav forutsetter imidlertid en aktuell rettslig interesse. Så lenge det ikke skal utdeles noen arv etter førstavdøde, har hans arvinger bare rettslig interesse i et tallmessig felleseieskifte dersom beregningene har betydning for arvingenes sekundærarverett, gjenlevendes rådighet over den overtatte formue osv, sammenlign al § 14 annet ledd vedrørende særeiemidler.

Det prinsipielt viktigste i denne sammenheng er at felleseieskiftet avsluttes ved gjenlevendes tiltredelse av det gjensidige testamentet. Den senere deling mellom arvinggruppene – eller mellom gjenlevende og førstavdødes arvinger ved livstidsskifte – er et rent arvefordelingsoppgjør.

Til sammenligning konstaterte jeg under kapittel 73 at gjenlevendes benyttelse av uskifteretten ikke bare utskyter retten til å kreve felleseiemidlene skiftet, men medfører også at verdidelingen mellom ektefellene ved et senere skifte av uskifteboet skjer etter de andre delingsregler, nemlig i al kap III og ikke el kap 15.

Dermed kan det konstateres en konstruksjonsmessig forskjell mellom uskifte og gjensidige testamenter, ved at skifte av felleseiemidlene først foretas ved uskiftets opphør. Fordi hele skiftet av uskifteboet styres av delingsreglene i al kap III, som fraviker de delingsreglene i el kap 15, blir imidlertid forskjellen kun av teoretisk art.

Så lenge de materielle delingsregler for felleseiemidler overtatt uskiftet går ut på fullstendig likedeling, har det ingen realitet at uskiftearvingene ikke straks kan

kreve et tallmessig felleseieskifte på linje med sekundærarvingene etter et gjensidig testament. Verdien skal uansett likedeles, og gjenlevendes testasjonsrådighet er fastsatt i loven. De justeringer som måtte følge av al § 17 eller § 27 er uansett ukjente ved uskiftets etablering.

Hvis det derimot er særreiemidler som skal overtas uskiftet, eller det skal etableres uskifte mellom samboere, er systematikken sammenfallende med gjensidige testamenter. Gjenlevende – og i praksis også uskiftearvingene – kan kreve verdiforholdet mellom førstavdødes og gjenlevendes formuer fastsatt før uskiftet etableres. Forholdstallet har betydning for den senere deling, se al § 26 annet ledd jf § 14 annet ledd og § 28e jf § 28g.¹⁰⁸³ Dette er både i realiteten og i prinsippet samme forhåndsfastssettelse av forholdstall som ved felleseieskifte foretatt ved overtakelse i henhold til gjensidig testament, se pkt 56.2.4.

Både for forståelsen av systematikken og for den konkrete regelanvendelse, er det avgjørende å fastholde skillet mellom de to selvstendige delingsoppgjør: Delingen mellom to førstavdøde og gjenlevende, og den interne fordeling innen hver gruppe. Dette gjelder både ved skifte av uskiftebo og ved skifte i henhold til gjensidig testament, og enten skifteoppgjøret foretas før eller etter lengstlevendes død.

Hvilken terminologiske betegnelse man bruker på det første delingsoppgjøret har først og fremst pedagogisk betydning. Det gjennomføres uansett ikke et regulært felleseieskifte etter reglene i el kap 15. Jeg vil som regel bruke uttrykk som fordelingen mellom ektefellene eller samboerne om det første delingsoppgjøret, og intern arvefordeling eller fordeling innen arvegruppen om det andre.

Den senere deling mellom ektefellene eller samboerne må etter min mening betegnes som arverettslige delingsregler. For ektefeller foreligger riktignok ved livstidsskifte i det ytre den samme situasjon som ved sammensatt skifte. Likevel er felleseieskiftet – og formuesordningen – avsluttet, og gjenlevende har overtatt førstavdødes formue basert på en arverettighet som også er bestemmende for den senere delingen mellom ektefellene. Formuesordningen mellom ektefellene under ekteskapet er normalt bestemmende for hvordan midlene senere deles. Det er likevel mest treffende å

¹⁰⁸³ Etter ordlyden i al § 14 annet ledd og § 28g er det tilsynelatende bare gjenlevende som kan kreve registrering og verdsetting. Uten avtale eller registrering får imidlertid gjenlevende ikke utstedt uskifteattest.

betegne delingsreglene som arverettslige. Reglene finnes i arveloven, reglene i el kap 15 får ikke anvendelse og felleseieskiftet som sådant er avsluttet.¹⁰⁸⁴

For gjensidige testamenter er denne systematikk en formell konsekvens av at et felleseieskifte etter loven ikke kan utsettes til lengstlevendes død. Mer tungtveiende er imidlertid at det er testamentet som etter arverettslige regler fastsetter arvefordelingen mellom testatorene ved lengstlevendes død. Ytterligere avgjørende er at alle rettsregler knyttet til ektefellenes formuesordning bør være avsluttet før det gjensidige testamentet tiltres. Derved kan de øvrige regler og konstruksjoner være felles for alle former for gjensidige testamenter, enten de gjelder mellom samboere, ektefeller med felleseie eller særøie, osv. Den førstavedde samboer kan i sitt testament bestemme at alt han etterlater seg skal arves av den gjenlevende, men slik at halvparten av arveformuen ved hennes død skal tilfalle hans slektsarvinger. Om de nærmere regler og konstruksjoner som gjør en slik testamentarisk bestemmelse mulig, se pkt 56.3 og pkt 56.4. Tilsvarende gjelder for ektefeller med fullstendig særøie. Det samme gjelder etter min mening også for ektefeller med felleseie. Som påpekt i kapittel 56.5 må det for alles vedkommende foretas en samordning i forhold til arveavtaler, gjenlevendes legalarverettigheter osv. Den formuesoverføring som et felleseieskifte ofte innebærer, setter ikke ektefellenes gjensidige testament i noen særstilling. Felleseieskiftet ved førstaveddes død, og herunder ektefellenes avtaler om formuesordningen, blir bare en ytterligere faktor i denne samordning. Det samme ville vært tilfelle dersom man forut for uskiftets etablering foretok en felleseieskifte etter reglene i el kap 15.

Den samme samordning av regler og systematikk bør gjøres for alle former for legaluskifte, enten det gjelder uskifte mellom samboere, eller ektefellers uskifte med særøiemidler eller felleseiemidler. For de to førstnevnte uskifteformer foretas det intet felleseieskifte, men det forhåndsfastsettes et delingstall for hvordan uskifteformuen senere skal deles mellom ektefellene eller samboerne. For ektefellers uskifte med særøiemidler kan delingen etter el § 26 annet ledd ses som en konsekvens av ektefellenes avtaler om formuesordningen. På samme måte var likedeling etter al § 26 første ledd opprinnelig en naturlig konsekvens av at felleseiemidler var overtatt

¹⁰⁸⁴ Til sammenligning kaller vi en regel fortsatt skatterettslig selv om formuesordningen har betydning for beregningen av formuesskatt. Språklig sett faller regelen likevel også under betegnelsen rettsvirkninger av

uskiftet, slik at felleseiemidlene ved skifte av uskiftebo – som ved det sammensatte skiftet – skulle likedeles.

Ved å åpne for uskifte med særeiemidler og ved å gi egne delingsregler mellom ektefellene, ble det i 1972 slått en kile i forbindelsen mellom formuesordningen felleseie og uskifteordningen. Sprekken ble utvidet da ekteskapsloven innførte store endringer i felleseieskiftereglene, men uten at tilsvarende endringer ble gjort i reglene for skifte av uskiftebo. Det kan diskuteres hvor mye som er igjen av forbindelsen etter at samboere fikk rett til uskifte. Uansett bør uskifteordningen slippe taket i felleseieordningen, og i stedet strekke seg ut etter testamentsordninger som gjensidig testament mv, se nærmere pkt 72.2.

Det har i denne sammenheng ingen betydning at gjenlevendes umiddelbare legaluskifteskifterett bare omfatter felleseiemidler. Dette er ikke begrunnet i noen forskjell i henholdsvis særeiemidler og felleseiemidlers rettslige status, men i en antakelse om at opprettelse av særeie ofte innebærer at ektefellene heller ikke ønsket uskifte.¹⁰⁸⁵ Til sammenligning forutsetter legaluskifteretten for samboere felles livsarvinger.

Det er likeledes heller intet prinsipielt i veien for at lovgiver åpner for direkte legaluskifterett med særeiemidler, eller gir regler om at særeie automatisk omgjøres til felleseie ved død med mindre noe annet er bestemt. En slik ordning var foreslått av Arvelovkomitéen, og er den faktiske ordningen etter dansk rett.¹⁰⁸⁶

Det forhold at det er knyttet vilkår til en legalarverettighet, forandrer likevel ikke dens preg av arverett. Alle ektefellers legalarverettigheter er eksempelvis avhengig av at ektefellene ikke er separerte, jf al § 8. Slektsarveretten er på sin side betinget av at foreldreskap er fastslått etter reglene i barneloven, se al § 4 første ledd.

74.2 En ny felles modell for felleseieskifte ved uskifte og gjensidig testament

Når jeg bruker betegnelsen ny modell er det ikke meningen å foreta en de lege ferenda drøftelse, men kun å beskrive nye synsmåter på systematikken i gjeldende regler. Den

formuesordningen.

¹⁰⁸⁵ Det samme synspunkt gjelder også i forhold til etablering av meddervervssameie. Formuesordningen særeie har ingen formell betydning for hvorvidt sameie må anses stiftet. En avtale om særeie innebærer imidlertid ofte også en avtale – eller felles oppfatning – om eneeie. Det er denne forutsetning som gjør det tyngre å hevde at sameie var stilltiende avtalt eller en synbar forutsetning, som inngikk i ektefellenes felles prosjekt.

nye modellen er således gjeldende rett beskrevet på en annen måte enn hva som følger av tradisjonelle rettsforestillinger.

Når en ektefelle dør er det formelle ekteskapet oppløst.¹⁰⁸⁷ Rettsteknisk er det en fordel å få ryddet opp i ekteskapets økonomiske rettsvirkninger så raskt som mulig. På den annen side begrunner hensynet til gjenlevende ektefelles økonomiske levevilkår som oftest en utsettelse. Dette er et av hovedhensynene bak uskifteordningen.¹⁰⁸⁸ Sett utelukkende fra gjenlevendes side ville dette hensynet vært best ivaretatt ved å gjøre henne til enearving.¹⁰⁸⁹ Utviklingen av uskifteordningen bygger derimot på en avveining av hensynene til henholdsvis gjenlevende og førstavdødes arvinger. Uskiftet er i de fleste tilfeller en godt balansert ordning, hvor gjenlevende sikres for sin levetid, samtidig som førstavdødes arvinger sikres sin arv ved skifte av uskifteboet. Denne balansen mellom gjenlevende og førstavdødes arvinger forutsetter ingen tilknytning til formuesordningen, men kan like gjerne sikres gjennom en ren arverettighet for gjenlevende med sekundærarverett for førstavdødes arvinger – eventuelt supplert med enkelte rådighetsbegrensninger. Gjensidige testamenter med sekundærtestasjoner bygger som oftest på de samme hensyn som uskiftet, men hvor løsningene er mer konkret tilpasset enn hva som følger av uskifteordningen.

Gjennom lovendringer bør det søkes en tilnærming mellom uskifte og gjensidige testamenter. Det bør kunne tas utgangspunkt i en lovfestet ordning, men med større fleksibilitet enn dagens uskifteregler åpner for. Det er vanskelig å se noen reell begrunnelse for et strengt skille mellom uskifte og gjensidige testamenter.

Så lenge ektefellene gjennom gjensidig testament kan konstruere et ubegrenset antall varianter, er uoversiktighet intet argument mot valgmuligheter ved lovbasert uskifte. Ved å ha en lovfestet standardløsning som passer for de fleste, og som samtidig gir stor fleksibilitet, kombineres det beste fra to ordninger.

¹⁰⁸⁶ Etter lov om ægteskabets rettsvirkninger § 28 stk 1 kan ektefellene velge skilsmisssæreie eller fullstendig særeie. Presumsjonsregler fører imidlertid til at det anses å foreligge skilsmisssæreie med mindre noe annet klart fremgår. Se nærmere *Linda Nielsen*, Familieretten, 3. utgave, side 146-149.

¹⁰⁸⁷ Dette sies ikke uttrykkelig i ekteskapsloven, men er sikker rett, se *Lødrup og Sverdrup*, Familieretten § 6 I side 68.

¹⁰⁸⁸ Det samme hensyn begrunner de danske regler om arvehenstand.

¹⁰⁸⁹ Slik resultatet som følge av minstearvsreglene blir når førstavdøde ikke etterlater seg så mye som arv.

Det er antakelig først og fremst systemtreghet som har opprettholdt et prinsippskille mellom uskifte og gjensidig testament. Det samme er til sammenligning tilfellet for gjeldende regler om skifte mellom ektefeller. Delingsreglene kunne vært konstruert så enkelt som at loven oppstilte den hovedregel som i dag kan utledes av el § 58 jf § 59: Midler ervervet under ekteskapet på annen måte enn ved arv eller gave skal likedeles, resten holdes utenfor likedelingen. Ved ektepakt burde ektefellene kunne ha gjort unntak fra hovedregelen i begge retninger – helt enkelt ved at de avtalte enten begrenset eller utvidet skjevdelingsadgang. Systemet er også i dag at ektefeller kan gjøre unntak fra lovens utgangspunkt i begge retninger, men ønsker de likedelingsretten innskrenket utover hva som følger av lovens skjevdelingsregler, må de gå den kompliserende veien om å la midlene omgjøres til særøie.

Opprettelse av særøie kan få utilsiktede virkninger dersom formålet bare er å unnta midlene fra likedeling, eksempelvis i forhold til uskifterett ved død. Jeg ser ingen annen grunn enn treghet og ukritisk ærefrykt for et foreldet regelsystem som begrunnelse for å opprettholde det mystiske skillet mellom felleseie og særøie. De tilleggsrettsvirkninger som i dag følger med dersom ektefellene ønsker å unnta midler fra likedeling, kunne vært oppstilt som tilleggsvalg. Dermed fulgte tilleggsvirkningene med dersom det var ønskelig, og ikke som en overraskelse.

Det følger av redegjørelsen ovenfor at en slik samordning ikke forutsetter vidtrekkende lovendringer. For det første er uskifteretten en ren arverettighet, og delingen av uskifteboet styres av arverettslige regler – slik det gjelder ved gjensidig testament. Ved gjensidig testament står testatorene fritt til å fastsette sekundærarvefordeling – innenfor gjeldende testamentsregler. For ektefeller er det mer uklart hvordan dette i tilfelle må gjøres ved skifte av uskiftebo bestående av felleseiemidler. Ved ordinære testasjoner og arvefordelingsavtaler kan ektefellene styre *arven* etter den enkelte ektefelle. Derimot er det mer uklart hva de kan bestemme – og på hvilken måte – om selve delingen mellom ektefellene, se oversikten i kapittel 75. Ved uskifte med særøiemidler har ektefellene en viss fleksibilitet, jf el § 43 tredje ledd, men ved felleseie i uskifte slår preseptiviteten i formuesordningen inn. Det er nettopp for dette oppgjøret nytenkning er på sin plass. Ved sammensatt skifte umiddelbart etter ektefellens død, deles felleseiemidlene etter relativt fleksible delingsregler i loven, og delingen kan påvirkes ved ektepakter – eksempelvis om unnlatt skjevdeling. Ved skifte av uskiftebo er forestillingen at felleseiemidler ubetinget *skal* likedeles, slik at verken lovens skjevdelingsregler eller ektefellenes adgang til selv å fastsette delingsforholdet ved ektepakt får betydning.

Et sentralt prinsipielt spørsmål, som også har en praktisk og følelsesmessig side, er tidspunktet for når et felleseieskifte mellom ektefellene bør foretas – straks etter dødsfallet eller først ved skifte av uskifteboet? Og etter hvilke regler?

Ovenfor har jeg etter en rettsdogmatisk drøftelse konkludert med at de ekteskapsrettslige delingsregler i el kap 15 ikke kommer direkte til anvendelse ved skifte av uskiftebo. Spørsmålet kan også stilles ut fra et mer legislativt synspunkt basert både på retts tekniske og personlige hensyn.¹⁰⁹⁰ På den ene side kan det argumenteres med at gjenlevende bør slippe denne diskusjonen. På den annen side kan gjenlevende ønske å ha visshet. For både gjenlevende og arvingene vil normalt forutberegnelighet omkring delingen være en fordel. En ordning med et lovfastsatt utgangspunkt, med adgang til avvikende bestemmelser i avtale, sparer gjenlevende for tvister samtidig som det er mulighet for individuelle løsninger. Dette er i all hovedsak realiteten også etter gjeldende regler.

Den drøftelse som blant annet *Asland* foretar om adgangen til å avtale skjevdeling ved skifte av uskiftebo, henger i realiteten sammen med spørsmålet om på hvilket tidspunkt et felleseieskifte skal foretas.¹⁰⁹¹ Det sentrale poeng er i hvilken utstrekning ektefellene etter reglene i el kap 9 kan påvirke den senere delingen av uskiftet. Gjeldende regler stenger for slike avtaler. Gjeldende regler om formuesordningen tillater ikke forhåndsavtaler om delingen av uskifteboet utover hva som følger av el § 43 tredje ledd.

Tilføyelsen ”når ikkje anna er fastsett” i al § 26 første ledd første punktum åpner riktignok generelt for avvikende delingsforhold, men er ingen selvstendig hjemmel for avtalefrihet. Bestemmelsen peker bare på andre lovfastsattelser – først og fremst de øvrige bestemmelser i al § 26, men også reglene i al § 17 og § 27. Se også pkt 52.3.

Ektefellene kan ved testament og arveavtaler påvirke den helhetlige fordelingen av uskifteboet, ved at den ene ektefelle testamenterer til den annens slektsarvinger, eller at gjenlevende gir avkall på legalarv etter al § 6 første ledd. Dette dreier seg imidlertid ikke om endringer i det forhåndsfastsatte delingstallet mellom ektefellene, se oversikten i pkt 75.3.4.

Hvor svakt begrunnet den manglende adgang til forhåndsavtaler om delingen av uskifteboet er, illustreres ved et enkelt eksempel. Det er intet i veien for at ektefeller

¹⁰⁹⁰ Noe av begrunnelsen for uskifteordningen er at gjenlevende skal slippe opprivende skifteoppgjør, se *Unneberg*, Uskifte side 212.

(barnløse eller med samtykke fra livsarvingene) i gjensidig testament bestemmer at ved død skal det foretas et regulært felleseieskifte mellom dem, og at gjenlevende deretter skal overta førstavdødes andel (boslodd) på de vilkår som fremgår av uskiftereglene. Spørsmålet er hvorfor en slik ordning ikke kan innbygges i lovens uskifteordning.

Som det har fremgått ovenfor, bør det være et mål å finne en enhetlig ordning for alle uskiftevarianter, som passer både på samboere og ektefeller, og samtidig på særeiemidler og felleseiemidler.

Etter gjeldende uskifteregler blir delingsforholdet mellom ektefellene i realiteten forhåndsfastsatt, uansett formuesordning. For felleseiemidler er delingstallet forhåndsfastsatt i loven, mens det for særeiemidler må foretas en verdsetting, se al § 26 annet ledd jf § 14 annet ledd.¹⁰⁹² Det siste gjelder også uskifte mellom samboere, se al § 28e jf § 28g første ledd. Forhåndsfastsettelsen i de sistnevnte tilfeller dreier seg bare seg om en taksering av de respektive formuer, ikke om et komplisert rettslig oppgjør.¹⁰⁹³ Når selve delingstallet er forhåndsfastsatt, er det ikke behov for noen verdsetting.

For at reglene i el kap 15 jf kap 12 skal få betydning for skiftet av uskiftebo, dvs at det forut for uskiftets etablering fastsettes et delingstall basert på et skifte etter el kap 15, forutsettes en lovendring. Systematikken er imidlertid allerede etter gjeldende rett i prinsippet sammenfallende for uskifte med særeiemidler eller felleseiemidler, for uskifte mellom samboere – og for felleseieskifte ved overtagelse i henhold til gjensidig testament, se pkt 56.2.4. Denne systematikk går ut på at det *før* overtakelse av førstavdødes formue til uskifte eller etter gjensidig testament, fastsettes et delingsforhold som senere legges til grunn ved deling av uskifteboet mellom ektefellene eller samboerne.

¹⁰⁹¹ Se *Asland*, Uskifte side 417-427 videre henvisninger.

¹⁰⁹² Det fremgår av ordlyden i al § 26 annet ledd at det ikke er verdiforholdet ved dødsfallet som skal legges til grunn, men ”på den tid då uskiftet tok til”.

¹⁰⁹³ Ektefeller kan for uskifte med særeiemidler fritt velge et mer likt delingstall, se el § 43 tredje ledd. Denne mulighet har ikke samboere, jf al § 28e. Særordningen for ektefeller har imidlertid sammenheng med ektefellenes adgang til gjennom ektepakt å avtale at særeiemidlene ved død likedeles, enten det skiftes straks eller etter at gjenlevende har sittet i uskifte. Dette er en særlig ekteskapsrettslig regel som springer ut av formuesordningen. En tilsvarende avtale mellom samboere om deling ved død kan gjøres ved testament eller arveavtaler.

For ektefeller som etter dødsfallet har fullstendig felleseie, skal det i prinsippet skje et felleseieskifte – ekteskapet er oppløst og felleseiemidlene må skiftes. Etter gjeldende ekteskapsrettslige regler varierer de materielle felleseieskifteregler med hvorvidt gjenlevende velger uskifte eller legalarv. Dersom gjenlevende velger legalarv, slik at det skal foretas et sammensatt skifte, foretas felleseieskiftet etter reglene i el kap 15 jf kap 12, se el § 77 jf § 76. Dersom gjenlevende velger uskifte, følger det av el § 76 at de samme regler ikke kommer til anvendelse. Derimot reguleres felleseieskiftet av reglene i al kap III, dvs først og fremst al § 26 første ledd som foreskriver at felleseiemidlene alltid skal likedeles. Det er denne forskjell i ekteskapsrettslige delingsregler som ofte er utslagsgivende for hvilken arverettighet som er gunstigst for gjenlevende.¹⁰⁹⁴

Det fremgår av ekteskapslovens forarbeider og av arverettslig litteratur at rettsforestillingen omkring uskifte er at felleseieskiftet først foretas ved opphør av uskifte, ikke ved dets etablering, se kapittel 73. Denne forestilling innebærer imidlertid ingen realitet, idet gjenlevende og førstavdødes arvinger allerede ved uskiftets etablering vet hvilket forholdstall uskifteboet senere skal deles i (jf al § 26 første ledd), og de vet hvor stor andel av uskifteboet gjenlevende kan råde over ved testament (al § 18 annet ledd). Det er derfor ingen rettsregler til hinder for å oppstille en felles systematikk både for de tre uskiftesituasjoner og ved gjensidig testament.

Forestillingen om et felleseieskifte ved opphør av uskiftet eller skifte i henhold til gjensidig testament, var en realitet så lenge det ekteskapelige felleseiet var én formuesmasse. Når både begrepet felleseie og begrepet rådighetsdel er blitt en fiksjon, blir det også systematisk feil å bygge uskiftekonstruksjonen på at det eneste som skjer er en rådighetsovergang – jf formuleringen ”rår i levande live som ein eigar” i al § 18 første ledd. Mer reelt er i stedet synspunktet om at etableringen av uskiftet innebærer en overgang av eiendomsrett – om enn midlertidig og begrenset, se pkt 74.4.

¹⁰⁹⁴ Dersom gjenlevende selv har betydelige skjevdelingsmidler, vil sammensatt skifte med legalarv kunne være gunstigere enn et uskifte som gjenlevende aldri kommer ut av med mer enn halvparten, eventuelt med tillegg av sin arv etter førstavdøde ved livstidsskifte. Er det førstavdøde som har betydeligst med midler og som hans arvinger kan kreve skjevdelt, vil det pga delingsreglene ofte være gunstigere å etablere et uskifte – og eventuelt litt senere skifte uskifteboet med en halvpart i boslodd og i tillegg den samme arvelodd.

I alle tre uskiftevarianter (felleseie, særeie og mellom samboere) og ved gjensidig testament, avsluttes de økonomiske konsekvenser av ekteskapet eller samboerskapet ved førstavdødes død. Før uskiftet etableres må verdiforholdet mellom førstavdødes og gjenlevendes formuer fastsettes. Ved særeieuskifte og samboeruskifte må det derfor foretas en verdsetting av både førstavdødes og gjenlevendes formuer. Når felleseiemidler skal overtas uskiftet skal delingstallet etter loven alltid settes til 1:1, og dermed er en verdsetting av de respektive formuer ikke nødvendig.

Felleseieskiftet etter reglene i al § 26 første ledd innebærer som oftest i seg selv en formuesoverføring, hvor formuesforholdene under ekteskapet er avgjørende for om formuesoverføringen skjer fra førstavdøde til gjenlevende eller omvendt. Denne formuesoverføringen følger ekteskapsrettslige regler, og rammes ikke av arverettslige regler selv om overføringen skjer fra førstavdøde til gjenlevende, som følge av ektefellenes avtale og selv om avtalen går ut på at overføringen bare skal skje ved død. Vilkåret er at avtalen er en gyldig ektepakt, med innhold innenfor rammene av el kap 9, se kapittel 43.

74.3 Bør det åpnes for felleseieskifte etter el kap 15 før uskiftet etableres?

Ekteskapslovutvalget ønsket at ”prinsippet om deling av formuen ved ekteskapets opphør, eller senere ved skifte av et uskiftet bo, [skulle] komme samlet til uttrykk i en ny ekteskapslov” og foreslo derfor en samlebestemmelse som skulle gjelde ”skifte etter den ene eller begge ektefellers død”.¹⁰⁹⁵ På den annen side foreslo verken utvalget eller departementet at skjevdelingsreglene skulle gjelde ved skifte av uskiftebo. Begrunnelsen var dels bevis tekniske problemer lenge etter dødsfallet. *Asland* argumenterer likevel for at skjevdeling bør kunne avtales. Se drøftelsene og nærmere referansene i kapittel 73.

Skjevdeling etter reglene i el § 59 foretatt først ved uskiftets opphør er verken systematisk eller praktisk sett noen god løsning. Skjevdelingsreglene vurdert på erverv under uskiftet gir liten mening, og tilsvarende vurderinger følger av al § 17.

Hovedregelen er etter første ledd at alle erverv under uskiftet går inn i uskifteboet, men med unntak i annet og tredje ledd. Angreknappsregelen i al § 17 tredje ledd vedrørende arv og gave bygger i stor utstrekning på samme tankegang som skjevdelingsretten. Et generelt prinsipp, som blant annet vises i al § 17 første ledd, er at gjenlevende betaler for sine rettigheter i førstavdødes formue ved at også senere erverv inngår i uskifteboet. Ønsker gjenlevende å holde arv eller gave utenfor uskifteboet, må hun i tilfelle oppgi uskifteretten – og begjære boet skiftet.

¹⁰⁹⁵ NOU 1987: 30 side 103-II.

Som påpekt i forarbeidene vil det være betydelig faktisk usikkerhet knyttet til et skjevdelingsoppgjør mange år etter førstavdødes død. Dette argument bortfaller imidlertid dersom skjevdelingsoppgjøret foretas straks etter dødsfallet.

Jeg oppfatter budskapet i Aslands argumentasjon å være at ektefellene bør kunne forhåndsavtale et annet delingsforhold enn likedeling. Også dette målet lar seg lettere oppnå ved å foreta skjevdelingsberegningene ved et felleseieskifte straks etter dødsfallet, enn ved å la skjevdelingsreglene komme til anvendelse først ved oppgjøret av uskiftet.

Den både systematisk og praktisk sett beste løsning er følgelig å foreta et ordinært felleseieskifte etter el kap 15 ved førstavdødes død. Forholdstallet mellom de to ektefellers andeler (boslodder) danner så grunnlag for et delingstall etter samme system som ved uskifte med sær eiemidler eller mellom samboere.

Som et ledd i dette skifteoppgjøret kan dessuten gjenlevende og førstavdødes arvinger indirekte fastsette delingstallet i form av en skifteavtale, el § 65 jf § 77. Helt fritt står de likevel ikke, idet skifteavtalen må ligge innenfor de rammer ekteskapsrettslige regler trekker opp. Skifteavtalen må gå ut på et delingsoppgjør som kunne ha fulgt av lovens delingsregler, se nærmere pkt 43.6.

En slik ordning innebærer som nevnt også en ytterligere samordning av regelsystematikk for de tre typer uskifte og gjensidige testamenter.

Det kan innvendes mot en ordning med regulært felleseieskifte at uskifteordningen bør være enkel. Ovenfor er det pekt på at ektefellene allerede etter gjeldende regler kan oppnå dette ved å bygge uskiftet på testamentarisk bestemmelse. Dette argumentet slår begge veier. På den ene side kan det hevdes at det derfor ikke er behov for denne muligheten ved legaluskifte. Mer tungtveiende er det etter min mening at når ordningen kan oppnås via testament, bør den også kunne oppnås via loven.

Et mer reelt argument er at noe av den menneskelige begrunnelse for uskiftet – fortsettelsen uten opprivende skifteoppgjør – kan sies å forsvinne dersom gjenlevende risikerer en tvist med førstavdødes arvinger om forhåndsfastsettelse av delingstallet. Dette kan unngås ved at lovens utgangspunkt kan være likedeling, slik at ektefellene i

ektepakt kan avtale at delingstallet skal fastsettes etter reglene i el kap 15. Systematisk er dette en ordning på linje med reglene for uskifte med særreiemidler i el § 43.

Ytterligere samordning med særreieuskifte og samboerskifte kan oppnås ved en ordning hvoretter gjenlevende kan sette opp en oppstilling hvor delingstallet fremgår som legges til grunn dersom uskiftearvingene aksepterer den. Oppstår det tvist om delingstallet er verdsetting ikke tilstrekkelig, men reglene om summarisk skifte i sl § 98 kan brukes til forenkling av felleseieskiftet.

Det kan som vist argumenteres mot å foreta et regulært felleseieskifte før uskiftet etableres. For de fleste av disse argumenter gjelder at et slikt tenkt skifteoppgjør uansett må foretas dersom noen av førstavdødes arvinger straks har krav på helt eller delvist arveoppgjør.

74.4 Eierforholdene under uskiftet

Hvilke eierbeføyelser gjenlevende kan utøve over uskifteboet er regulert i al § 18, som systematisk skiller mellom livsdisposisjoner (første ledd) og dødsdisposisjoner (annet ledd). Første ledd lyder slik:

”Attlevande ektemake rår i levande live som ein eigar over alt som høyrer til buet, med dei atterhald som særskilt er fastsette.”

Formuleringen råder over *som* en eier synliggjør fundamentet i den tidligere konstruksjonen og forestilling om felleseiet som en fellesformue. Ektefellene eier hver sin ideelle halvpart av verdiene, men har både rettslig og faktisk rådighet over de eiendeler den enkelte brakte inn i felleseiet. Bestemmelsen er bygget over samme lest som den dagjeldende bestemmelse om rådigheten under ekteskapet, inntatt i ektefelleloven 1927 § 12 første ledd:

”Hver ektefelle råder over det som han har bragt inn i felleseiet, med de innskrenkninger som følger av §§ 13-19.”

Basert på konstruksjonen om uskiftet som en fortsettelse av formuesfellesskapet er gjenlevendes eierposisjon i uskifteboet lett å forklare. Den ene ektefellens død endrer ikke konstruksjonen av formuesmassen, men medfører at den førstavdødes rådighet går over til den gjenlevende. Denne rettsovergang kan enkelt forklares med at førstavdøde av naturlige årsaker ikke lenger er i stand til å utøve sin rådighet, og at det ville vært upraktisk dersom hans rådighet skulle overføres til hans arvinger.

Konstruksjonen utsatt skifteoppgjør begrunner også forestillingen om at gjenlevende i mellomtiden utøver førstavdødes rådighet.

Sameieforestillingen er forlatt og anses generelt lite treffende på de reelle formuesforhold under ekteskapet. På den annen side bryter forestillingen ikke med tingsrettslige grunnprinsipper. Det er intet i veien for ved avtale å etablere et ideelt tingsrettslig sameie hvor rådigheten knyttes til eiendeler den enkelte sameier har ervervet.

Et ikke upraktisk eksempel er at to personer sammen kjøper en tomt hvor de bygger hver sin hytte, og hvor den enkeltes rådighet og ansvar for utgifter knyttes til den enkelte hytte – eventuelt med felles bruk og felles ansvar for fellesarealer. Det vil følge av sameieravtalen at verdien av erverv vil inngå i sameiet, mens den enkelte har eksklusiv rådighet til de eiendeler han har kjøpt.

Jeg finner det likevel mer dekkende for realitetene i formuesforholdet mellom ektefeller, og derfor også mer hensiktsmessig, å beskrive formuesforholdet som ektefellene *eier* hver sine ting – med mindre det er etablert sameie. Felleseieordningen er først og fremst en delingsordning som inneholder regler om et verdimessig delingsoppgjør ved ekteskapets oppløsning.

I ekteskapsloven er hovedregelen om ektefellenes eierbeføyelser omformulert i forhold til ektefelleloven av 1927. En avstandtaken fra sameiekonstruksjonen vises ved at begrepet *eier* ikke brukes om den enkeltes ideelle andel (boslodd) i felleseiet, men om den enkelte eiendel. Se el § 31 første ledd, som lyder slik:

”Ekteskapet medfører ingen begrensning i en ektefelles rett til å råde over det han eller hun eier når ekteskapet blir inngått eller senere erverver, dersom ikke noe annet er bestemt.”

Regler i skifteloven som tidligere beskrev retten til ved skifte å få eiendeler tilhørende felleseie utlagt på sin lodd (sl § 50), er i ekteskapsloven erstattet med regler om rett til henholdsvis å *beholde* egne eiendeler og å *overta* den annens eiendeler (el § 66 og § 67).

Mens uskiftet opprinnelig var konstruert som en fortsettelse av formuesordningen under ekteskapet, er stillingen i dag den motsatte. Ved etablering av uskiftet etableres en eierrettighet for gjenlevende, som hun ikke hadde tidligere hadde over førstavdødes eiendom og formue. Ved at den overtatt formue ved gjenlevendes død skal overføres til førstavdødes arvinger, skjer det et nytt eierskifte. Dersom de to formuer under uskiftet hadde levd hvert sitt liv, kunne gjenlevendes rettsposisjon i

forhold til førstavdødes formue vært beskrevet som en bruksrett – hvor hun utøvet en eiers rådighet, men uten å være eier. Fordi gjenlevendes og førstavdødes formuer smelter sammen under uskiftet er denne konstruksjon lite egnet. I motsetning til hva som gjaldt under ekteskapet, oppstår det under uskiftet et sameielignende rettsforhold.

Når formuesforhold og eierkonstruksjoner under uskiftet skal beskrives, er ikke spørsmålet å finne den eneste rette beskrivelse, men den mest hensiktsmessige – som normalt også er den mest treffende. Fordi en særegen ekteskapsrettslig formuesordning etter min mening er på vei ut, blir det mer hensiktsmessig å ta utgangspunkt i alminnelige tingsrettslige forestillinger. Sammenblandingen av felleseiekonstruksjoner og alminnelige sameiekonstruksjoner er ikke heldig.¹⁰⁹⁶

Skal eierforholdene under uskiftet beskrives må det ut fra et funksjonelt eiendomsbegrep tas utgangspunkt i de ulike eierbeføyelser gjenlevende innehar. Et enkelt utgangspunkt finnes eksempelvis ved å spørre hvem som har resteierbeføyelsene over uskifteformuen.¹⁰⁹⁷ Svaret gis like enkelt i al § 18: Gjenlevende har alle eierbeføyelser som ikke er særskilt unntatt. Bestemmelsen er riktignok formulert som om gjenlevende hadde en total bruksrett. Likeledes skilles det mellom testasjonsrådighet og rådighet.

Bestemmelsene i al § 18 annet ledd om rådighet ved testament springer ut av prinsippet om at ingen – selv ikke ektefeller – har testasjonsrådighet over andres formue. Denne bestemmelse styrker derfor synspunktet om at gjenlevende over førstavdødes formue har en livsvarig bruksrett. Begrensningene i testasjonsrådighet må ses i sammenheng med arvefordelingsreglene i al § 26, som al § 18 annet ledd første punktum direkte viser til. Den del av uskifteformuen som etter lovens regler tilfaller førstavdødes arvinger sin arv ved skifte av uskifteboet kan gjenlevende ikke testamentere over. Begrunnelsen for begrensningene i testasjonsrådighet er derfor ikke at denne del av uskifteboet tilhører førstavdøde – eller hans arvinger, men at gjenlevende ikke gis adgang til å gripe inn i lovens bestemmelser om arvefordeling. Den sekundærarverett førstavdødes arvingers er gitt i loven er således utstyrt med en pliktdelsbeskyttelse. Pliktdelsbeskyttelsen gjelder alle førstavdødes arvinger.

¹⁰⁹⁶ Den skepsis mot sameie mellom ektefeller som hadde felleseie som finnes i juridisk teori fra 50-tallet er derfor ikke underlig, se nærmere *Sverdrup*, Sameie side 65-75.

Gjenlevendes livsarvinger er dessuten vernet på vanlig måte av al § 29, se al § 18 annet ledd første punktum.

På samme måte som for pliktdelsarv kan gjenlevende testamentere over førstavdødes arvingers legalsekundærarverett dersom det foreligger særlig hjemmel, se kapittel 75.

Den tradisjonelle tingsrettslige test, spørsmålet om hvem som innehar rest Eierbeføyelsene, kan også enkelt besvares ved et kontrollspørsmål: Hvis ikke gjenlevende innehar rest Eierbeføyelsene, hvem tilkommer de da? I samme gate ligger følgende spørsmål: Dersom gjenlevende kun har en bruksrett, hvem innehar eiendomsretten?

Disse spørsmål ville i 1927 blitt besvart med at uskifteboet som sådan er eier. Formuleringer som at eiendeler tilhører felleseiet forekommer til sammenligning fortsatt i juristers talemåter. Konstruksjon på dette tidspunkt var videre at førstavdødes arvinger arvet førstavdødes posisjon som sameier i fellesformuen.

Asland mener konstruksjon med boet som eier bare forskyver problemstillingen, idet det da må spørres hvem som eier uskifteboet.¹⁰⁹⁸ Jeg er enig i at forestillingen om boet som eier i dag er kunstig, men rent logisk er konstruksjonen holdbar. Uskifteboet eier de enkelte eiendeler, og uskifteboet eies av loddeierne – som andelseiere.

Spørsmålet i dag er om uskifteboet skal betraktes som et sameie mellom gjenlevende og uskiftearvingene, eller om gjenlevende er eneeier. Begrensningene i gjenlevendes Eierbeføyelser korresponderer med rettigheter for uskiftearvingene. Loven overfører imidlertid ingen Eierbeføyelser til uskiftearvingene. De kan protestere dersom gjenlevendes foretar uhjemlede disposisjoner, og er gitt ulike sanksjonsmuligheter; omstøtelse, vederlagskrav, tilsvarende oppgjør, rett til å kreve skifte osv.

Uskiftearvingene kan ved å samtykke bidra til at de uhjemlede disposisjoner likevel kan foretas, men de kan ikke selv foretas de disposisjoner gjenlevende ikke selv har rett til å foreta. Med arveloven 1972 er den formelle konstruksjon at arvefallet etter førstavdøde ikke inntre før uskifteboet skiftes, se al § 22. Dette innebærer at uskiftearvingenes rettsposisjon overfor uskifteboet kun er som ventende arvinger. De kan derfor ikke på noen måte råde over sitt forventede arvekrav, se al § 44 annet ledd. Arvingenes kreditorer kan ikke ta utlegg i forventet arv i uskifteboet, eller for den saks

¹⁰⁹⁷ Sammenlign *Falkanger og Falkanger*, Tingsrett side 40-42.

¹⁰⁹⁸ *Asland*, Uskifte side 65.

skyld kreve skifte slik at arven faller, se al § 22 fjerde ledd jf § 25. Som hovedregel skal retten til arv i uskifteboet ikke hensyntas ved et felleseieskifte mellom uskiftearvingen og hans ektefelle, se el § 22 tredje ledd.

På dette grunnlag kan uskiftearvingene verken formelt eller reelt betraktes som sameiere (eller loddeiere) i uskifteboet. Konklusjonen er derfor at gjenlevende er eneeier av uskifteboet, men med begrensninger i eierrådigheten. Om ytterligere begrunnelser for denne løsning vises det til fremstillingen hos *Asland*, som foretar en grundig drøftelse også av andre sider av dette spørsmålet.¹⁰⁹⁹

Jeg har ovenfor fremstilt uskifteretten som en alternativ legalarverettighet, som overfører en begrenset eiendomsrett til hele arvelaters formue – i stedet for full eiendomsrett til en andel.

Uskifteretten kan også være begrenset til deler av førstavdødes formue, eksempelvis fordi han har delvis særeie eller fordi han i testament har begrenset gjenlevendes uskifterett, se nedenfor. Lovens prinsipielle utgangspunkt er imidlertid at gjenlevende ved uskifte overtar hele førstavdødes formue, men legalarveretten som utgangspunkt bare gir rett til en andel i konkurranse med andre legalarvinger. Etter lovens arvegangsregler forekommer det på den annen side også at gjenlevende blir enearving, enten etter minstearvsreglene eller i konkurranse med tredje arvegangsklasse.

Karakteristikken av uskifteretten som arverettighet faller sammen med synspunktet om gjenlevende som eier av uskifteboet. Det foreligger med andre ord eiendomsovergang ved arv. Et tidvis forekommende uttrykk er at gjenlevende overtar felleseiemiene til uskifte. I tråd med synspunktene ovenfor vil jeg i stedet bruke begrepet *arver til uskifte*, hvor uskifte er en beskrivelse av den justerte eiendomsrett uskifteretten innebærer.

Som arverettighet kan gjenlevendes uskifterettigheter gripes inn i ved førstavdødes testament. Dette er uttrykkelig hjemlet i al § 7, som oppstiller vilkår for at gjenlevendes ”rettar etter § 6, jfr. kap. III” skal kunne ”avgrensast” ved testament. Avgrensning av gjenlevendes rettigheter kan gjøres på flere måter. Som utgangspunkt har nok lovgiver tenkt seg avgrensninger i den formue skal arves eller overtas uskiftet, men testamentet kan også frata gjenlevende enkeltbeføyelser eller retter i gjenlevendes eiendomsrett. Ved regulær arv kan eksempelvis eiendomsretten begrenses ved at noen

¹⁰⁹⁹ *Asland*, Uskifte side 66-79.

andre får begrensede rettigheter, eller eiendomsretten gjøres kan gjøres tidsbegrenset ved at andre gis sekundærarverett. Til sammenligning er det nettopp en tidsbegrenset eiendomsrett uskifteretten etter loven gir gjenlevende.

Det er etter dette intet i veien for at førstavdøde i testament fastsetter ytterligere begrensninger i gjenlevendes eierrådighet over den formue hun etter al kap 9 arver til uskifte – forutsatt at de generelle vilkår i al § 7 og eventuelt § 11 første ledd er oppfylt.

Etter de samme betraktninger er det heller intet i veien for at gjenlevende selv har fraskrevet seg deler av sine legalarverettigheter, enten som avkall overfor førstavdøde eller etter dødsfallet som avslag på falt arv, se pkt 63.5.

Uskiftet innebærer ved dets etablering en eiendomsovergang fra førstavdøde til gjenlevende. Ved skifte av uskiftebo skjer det en ny eiendomsovergang fra lengstlevende til uskiftearvingene. Begge disse eiendomsoverganger følger av lovens arvegangsregler. Uskiftearvingenes arverett i uskifteboet er således en legalsekundærarverett. Både gjenlevende og førstavdøde kan gripe inn i lovens uskiftearvegangsregler ved testament, med de begrensninger som følger av uskiftereguleringene og de alminnelige testamentsregler. Førstavdøde og gjenlevende kan på samme måte gripe inn i lovens arvegangsregler gjennom legalarveavtaler, begrenset på samme måte.

Det er disse konstruksjonsmåter og synspunkter som danner grunnlaget for gjennomgangen i kapittel 75 av hva som kan avtales om uskifte. Konstruksjonen er videre sammenfallende med ordningen etter gjensidige testamenter, se kapittel 56.

74.5 Oppsummering

Innenfor gjeldende rettsregler kan uskiftet beskrives som en legalarverettighet for gjenlevende ektefelle, som et alternativ til den ordinære ektefellearven. Systematisk fremgår dette ved at den ordinære ektefellearv hjemles i al § 6 første ledd og ledd, mens hovedhjemmelen for uskifte gis i al § 6 tredje ledd. Forholdet mellom de to arverettigheter reguleres i al § 6 fjerde ledd. I hovedsak kan forskjellen på de to arverettigheter beskrives som at ektefellearven gir rett til en andel av arvelaters formue med endelig eiendomsrett, men uskifteretten gir rett til å overta hele førstavdødes formue med begrenset rådighet og med sekundærarverett for uskiftearvingene.

Rådighetsbegrensningene i live gjelder også for gjenlevendes egen formue. Over førstavdødes formue har gjenlevende ikke testasjonsrådighet.

Når gjenlevende arver førstavdødes formue til uskifte skjer det en form for sammensmelting av de to formuer, ved at eiendomsretten til førstavdødes formue overføres til gjenlevende – men med rådighetsbegrensninger som nevnt.

Sammensmeltingen av de to formuer kan ikke betraktes som etablering av sameie, idet det ikke finnes noen andre sameiere.

Fordi det gjelder ulike rådighetsregler for den del av uskifteformuen som er arvet fra førstavdødes formue, må det opprettholdes et tenkt skille i forhold til den del av formuen som stammer fra gjenlevendes egen formue. Dette skillet har bare betydning for arveoppgjøret ved skifte av uskifteboet, og knytter seg som utgangspunkt bare til verdiandeler i formuen, fastsatt som et forholdstall ved uskiftets etablering. Dersom noen av ektefellene har felleseiemidler må det foretas et felleseieskifte før uskiftet etableres. Dette skifteoppgjøret medfører også en formuesoverføring mellom ektefellene, som oftest fra førstavdøde til gjenlevende. Denne formuesoverføring er imidlertid ikke ledd i et arveoppgjør, men følger egne ekteskapsrettslige regler – om enn plassert i al § 26 første ledd. Denne formuesoverføring regnes derfor heller ikke som arv, se kapittel 43. Har ektefellene fullstendig særeie, fastsettes forholdstallet på bakgrunn av forholdet mellom de to ektefellenes formuer. Det samme gjelder ved uskifte mellom samboere.

75 Oversikt over de ulike typer avtaler og de regelsett som får anvendelse

75.1 Konfliktløsning eller ensidig sikring av gjenlevendes interesser?
Innledningsvis i pkt 12 har jeg pekt på fordelene med arvefordelingsavtaler, både på det menneskelige plan og ved at flere muligheter for fleksible og tilpassede løsninger åpnes. I det følgende skal jeg redegjøre for hva som *kan* eller ikke kan gjøres, uten å ta stilling til hva som *bør* avtales.

Når en avtale skal tolkes, dens gyldighet vurderes osv er normalt avtalesituasjonen av betydning. Hva ønsket partene å oppnå? Hvilke uenigheter forelå allerede da avtalen ble inngått? Hvilke har senere oppstått – og hvorfor?

Forhåndsavtaler om uskifte, herunder om rett til uskifte, om rådighet og senere deling, kan inngås under ulike omstendigheter. Partene kan være helt enige, og fornøyde med at de ved avtalen har fått fastsatt løsninger til alles fulle tilfredshet. Eller avtalesituasjonen kan være preget av interessekonflikter og følelsesmessige motsetninger, og hvor avtalen fremstår som det minste av to onder – slik forlik som alternativ til rettstvister ofte er.

Forhåndsavtaler mellom ektefeller eller samboere går ofte ut på å sikre den lengstlevende mest mulig på bekostning av den annens arvinger. Ofte er dette noe begge ektefeller eller samboere ønsker og mener er riktig. Eller de samlevende kan være enige om å finne frem til en balansert fordeling de mener er rettferdig. Det kan også tenkes konflikter mellom ektefellene eller samboerne, hvor den avtalte ordning fremtrer som et kompromiss.

Det som kjennetegner en forhåndsavtale mellom ektefeller eller samboere er at de sjelden med sikkerhet vet hvem som blir den lengstlevende. Der hvor det felles mål er å sikre den lengstlevende maksimalt, uansett hvem det måtte bli, oppstår ingen særlige utfordringer. Men dersom både formuesforholdene og forholdet til de respektive arvinger er ulike, oppstår det lett nye utfordringer – og konflikter.

Det er i den sistnevnte situasjon avtaler som inkluderer arvingene har sin største funksjon, ved at fleksibiliteten øker og sjansene for tvister reduseres. Eventuelle uenigheter mellom ektefellene eller samboerne dempes dessuten ofte dersom de sammen med arvingene kommer frem til en løsning samtlige kan akseptere.

Forholdene omkring både uskifte og gjensidige testamenter kan variere. Dette gir utfordringer i forhold til avtalens utforming – og utformingen av den arveordningen som ønskes. Grunntrekkene er imidlertid like, nemlig at en ektefelle eller samboer ønsker å sikre sin samlever for dennes levetid, men ønsker samtidig å sikre arven for sine barn. Konstruksjonen med utsatt arverett (sekundærarverett) er derfor normalt egnet. I tillegg må det finnes løsninger under veis som sikrer begge parters interesser.

Det som har preget rettssituasjonen omkring slike avtaler er kanskje først og fremst rettsusikkerheten. Usikkerheten kan knytte seg både til grensen mellom livs- og dødsdisposisjoner, hva som er pliktdelskrenkende, hvilke begrensninger uskifteordningen setter for ektefellenes avtalefrihet og testamentariske rådighet. Antakelig har også selve uskifteordningen i seg selv skapt en mental barriere for å gripe inn ved testament eller avtale. Uttalelser i forarbeidene kan gi grobunn for en slik oppfatning. Derfor var det en viktig rettslig barriere som ble revet ned da Høyesterett i *Rt 1992 374* og delvis i *Rt 1982 149* åpnet opp for at uskiftets utforming kunne påvirkes ved avtaler.

Jeg har eksempelvis svært ofte møtt spørsmålet om samboere i testament kan gi hverandre rett til uskifte – eventuelt med samtykke fra livsarvingene. Spørsmålet bygger på en rettsforestilling om uskiftet som noe lovgiver (inntil nylig) hadde beholdt ektefeller. Som følge av lovendringen i 2008 er ikke spørsmålet lenger aktuelt for samboere med felles livsarvinger, idet disse har en begrenset legaluskifterett som dessuten kan utvides ved testament, se al § 28c. Det er fortsatt intet i veien for at samboere som faller utenfor legaluskiftereglene ved testament gir hverandre rett til uskifte, men dette blir intet legaluskifte som reguleres av loven. Hva samboere kan gjøre ved testament reguleres av testamentsreglene, ikke av uskiftereglene. Utover generelle begrensninger som eksempelvis pliktdelsreglene og krav til at bestemmelsene må fremgå av et testament, er det intet til hinder for ved testament å etablere et rettighetsforhold mellom gjenlevende samboer og førstavdødes arvinger som tilsvarer uskifteordningen. Men et legaluskifte blir det ikke.

75.2 Forholdet mellom lovbasert, testamentsbasert og avtalebasert uskifte

Den prinsipielt viktigste forskjell mellom lovbasert, testamentsbasert og avtalebasert uskifte er rettsgrunnlaget. Det rettsgrunnlaget som gir rett til uskifte er også bestemmende for andre sider av uskiftet, rådighet, senere deling osv. Se generelt om dette i pkt 14.4.

Den praktisk viktigste konsekvens av skillet er at avtale og testament åpner for subjektiv tolking. Ved et rent lovbasert uskifte har ektefellenes eller samboernes

subjektive oppfatninger og ønsker liten betydning. Bygger uskiftet på avtale eller testament vil derimot konkrete løsninger kunne inntolkes. Dette gjelder også avtale eller testament som ikke gjør annet enn å åpne for uskifte etter lovens regler. Som påpekt i *Rt 1992 374* og *Rt 1982 149* er det naturlige utgangspunkt at lovens ordning legges til grunn. Når det åpnes for at annet kan være avtalt, åpnes det også for at noe annet kan inntolkes. Eksempelvis at det var enkelte lovregler partene ikke var kjent med, og som de avgjort ikke ville unntatt fra avtalen dersom de hadde vært klar over reglene.

Forskjellen mellom testamentsbasert og avtalebasert uskifte er ikke store, bortsett fra at tolkingen ved gjensidig forpliktende avtaler også får et objektivt preg, se nærmere pkt 43.4 og pkt 54.3.9. For testamentariske bestemmelser vil også formkravene sette begrensninger for hva som kan inntolkes, se pkt 54.6.

75.3 Avtaler mellom ektefellene

75.3.1 Ektefellers avtaler om formuesordningen

Ektefellers formuesordning er bestemmende dels for retten til uskifte og dels for den senere delingen. Retten til uskifte kan ektefellene derfor indirekte regulere gjennom valget mellom særøie eller felleøie, og direkte påvirke ved ektepakter etter el § 43 – som også omfatter egne avtaler om deling. De ulike varianter av dødsdisposisjonsektepakter er nærmere behandlet i kapittel 43.

Formuesordningen har ingen direkte betydning for gjenlevende ektefelles rådighet over uskifteboet, men kan få betydning for testasjonsrådigheten ved at denne er knyttet opp til delingen av uskifteboet, se al § 18 annet ledd.

75.3.2 Ektefellers avtaler om rett til uskifte

Legaluskifte omfatter direkte bare felleøiemidler og gjelder ikke overfor førstavdødes særlivsarvinger, se al § 6 tredje ledd jf al § 9 og § 10. Ektefellene kan utvide legaluskifteretten ved ektepakt etter el § 43, se al § 9 annet ledd. Utvidelse av uskifteretten overfor særlivsarvinger kan derimot ikke gjøres i ektepakt. Uskifteretten kan imidlertid i begge relasjoner utvides ved testament, men da begrenset av generelle testamentsregler – herunder pliktdelsreglene. Se nærmere om forholdet mellom testasjoner og dødsdisposisjonsektepakter i pkt 43.3.

På andre måter enn ved ektepakt eller testament kan imidlertid ektefellene ikke *utvide* hverandres uskifterettigheter.

Den ene ektefelles legale uskifterett kan på den annen side *begrenses* ved den annens testament, innenfor de rammer som trekkes opp av al § 7 og § 11. Begrensning av retten til uskifte kan dessuten skje formløst ved at den berettigede ektefellen gir avkall på sine uskifterettigheter. Se nærmere om dette i pkt 63.5.2.

Etter gjeldende regler må ektefellene og arvingene bruke de ulike redskaper for å fastsette den arveordning de finner mest hensiktsmessig. Så lenge pliktreglene ikke er til hinder kan ektefellene i testament gi hverandre rett til uskifte, men slik at delingen av uskifteboet skal bygge på et forholdstall fastsatt ved et regulært felleseieskifte etter el kap 15.

75.3.3 Ektefellers avtaler om rådigheten over uskifteboet

Ektefellene kan ikke påvirke gjenlevendes rådighet over uskifteboet ved avtaler om formuesordningen, bortsett fra at delingstallet også er avgjørende for testasjonsrådigheten.

Ved testament kan derimot gjenlevendes *testasjonsrådighet* utvides ved testament, i samme utstrekning som selve uskifteretten kan utvides. I den utstrekning en ektefelle kan frata sine slektsarvinger deres arverett, må han også kunne gjøre det mindre ved at deres sekundærarverett gjøres betinget av at gjenlevende ikke i mellomtiden har disponert over arven ved testament. Uskiftereglene suppleres i et slikt tilfelle av reglene for (gjensidige) testamenter med sekundærtestasjoner, se kapittel 56. Dette er imidlertid ikke til hinder for at rettsforholdet mellom gjenlevende og uskiftearvingene som utgangspunkt fortsatt er et legaluskifte, men de modifikasjoner som følger av førstavdødes testament. Så lenge testamentet bare begrenser uskiftearvingenes legalarverettigheter, og ikke erstatter rettsgrunnlaget for uskiftet, røkkes ikke selve konstruksjonen legaluskifte.

Som det fremgår av kapittel 52, jf særlig pkt 52.3, kan ikke førstavdøde uten videre delegerer sin egen testasjonsrådighet over den arven han etterlater seg. Testasjonsrådighet fordrer at testator er eier av den formue han skal testamentere over. Gjenlevende ektefelle i uskifte er eier av hele uskifteboet, men uten testamentariske rådighet for den del av uskifteformuen som er overtatt etter førstavdøde, se pkt 74.4.

førstavdøde må imidlertid ved testament, innenfor ellers gjeldende testamentsregler, kunne utvide gjenlevendes testamentariske rådighet, dvs oppheve den lovfastsatte rådighetsbegrensning. Sammenlign med de tilsvarende spørsmål som reises ved gjensidige testamenter med testasjoner på kryss av eierforholdene, se pkt 56.4 jf også pkt 56.3.

På samme måte – og på samme vilkår – kan ektefellens *rådighet i live* både utvides og begrenses ved testament. En begrensning av gjenlevendes rådighet innebærer en innskrenkning av hennes legalarverettigheter, og må skje innenfor rammene av al § 7 og § 11.¹¹⁰⁰ En utvidelse av rådigheten – eksempelvis fri rett til å gi gaver, jf al § 19 – følger samme regler som en utvidelse av testasjonsrådigheten.

Et unntak fra rådighetsbegrensningene i al § 21 innebærer at førstavdøde fratrar sine arvinger retten til å kreve tilsvarende oppgjør, skifte eller senere avkorting. Dette innebærer likevel ikke at gjenlevende delegeres generell myndighet til å bestemme hvordan arven etter førstavdøde skal fordeles mellom hans arvinger. Konstruksjonen er at gjenlevende gis rett til å disponere både ved gaver og ved testament over den del av uskifteformuen som omfattes av uskiftearvingenes sekundærarverett.

Synspunktet er igjen at førstavdødes arvingers sekundærarverett i uskifteboet er gjort betinget av at gjenlevende ikke har testamentert over den, gitt den bort eller brukt den opp. Den utvidede rådighet innebærer et unntak fra lovens konstruksjon om at gaver gitt uskiftearvingene regnes som arveforskudd fra førstavdøde. Når gjenlevende likevel gir gaver til uskiftearvingene eller testamenterer til dem, likestilles dette med gaver og arv til utenforstående. De testamentariske disposisjoner regnes som foretatt over den del av uskifteboet som stammer fra gjenlevendes egen formue.

Utvidelsen av gjenlevendes rådighet i live innebærer at hun ikke har noen forpliktelse til å sikre at det blir verdier igjen til førstavdødes arvinger – like lite som uskiftet etablerer noen slik forpliktelse overfor egne arvinger. Gjenlevendes utvidede testasjonsrådighet innebærer i realiteten at hun ved å testamentere over den formuen som stammer fra førstavdøde, likestiller denne med formuen som kommer fra henne selv, dvs som om hun hadde testamentert over egen formue. Testasjon over arven etter

førstavdøde innebærer at førstavdødes arvingers (subsidiære) sekundærarverett forsvinner, og dermed er også denne del av uskifteboet å likestille med den del av boet som etter lengstlevendes død er arven etter henne. Til sammenligning kan førstavdøde ha testamentert til gjenlevendes arvinger uten at dette får betydning for den legalarverett de har etter gjenlevende. Tilsvarende gjelder når gjenlevende i henhold til førstavdødes testament benytter seg av sin testasjonsrådighet over hele uskifteboet.

De rettslige mekanismer kan sammenlignes med disposisjonsrett over en annens bankkonto. Innestående til en hver tid tilhører kontoeier, men den disposisjonsberettigede står fritt til å gjøre pengene til sine egne ved å gjøre uttak fra kontoen.

Gjenlevendes testasjoner over arven etter førstavdøde regnes som testasjoner over egen formue. Dette får blant annet den konsekvens at gjenlevendes (sær)livsarvinger kan angripe testasjonene som pliktdelskrenkende.

Begrensninger i gjenlevendes rådighet – både i live og ved testament – kan formløst avtales både mellom ektefellene, og overfor uskiftearvingene.

Testasjonsrådigheten er riktignok en del av uskifteretten, men kan likevel frafalles uten at det regnes som delvis avkall på arv, se nærmere pkt 63.5.2.

Se til sammenligning kapitlene 45 og 46 om forhåndsskifteavtaler og andre avtaler som ikke er knyttet til arvingposisjonen. Tilsvarende gjelder for avkall på skifterettigheter, se pkt 63.7, og en ektefelles avkall på lovbeskyttelse mot testamentariske disposisjoner, se pkt 53.9.

75.3.4 Ektefellers avtaler om delingen av uskifteboet

Delingen av et uskiftebo er, som påpekt en rekke steder, todelt. Jeg behandler først avtaler om den interne arvefordeling innen hver arvinggruppe.

Den rene arvefordelingen skjer helt uavhengig av formuesordning eller andre ekteskapsrettslige regler, og følger lovens ordinære arvegangsregler. En særlig uskifteregel er likevel at ektefellearv etter førstavdøde ikke faller så lenge uskifteboet består, se al § 6 fjerde ledd jf al § 22 om de ulike arvefallstidspunkter. Ved livstidsskifte er ikke arvefallet inntrådt for arven etter lengstlevende, slik at skifte i det ytre er som et sammensatt skifte. Jeg behandler denne situasjonen først.

¹¹⁰⁰ Begrensningen er ikke gyldig dersom gjenlevende ikke før dødsfallet hadde fått kunnskap om testamentet. Teoretisk er det også mulig at begrensningen settes til side etter en rimelighetsvurdering i forhold til livsarvinger, jf al § 11 første ledd.

Gjenlevende kan overfor førstavdøde gi avkall på deler av sine arverettigheter, herunder retten til ektefellearv ved skifte av uskifteboet, men fortsatt beholde seg uskifteretten og eventuell ektefellearv ved et ordinært sammensatt skifte, se pkt 63.5. Et eventuelt avkall fra førstavdøde får ingen rettsvirkninger idet han ikke overlevde lengstlevende. Førstavdøde kan selvfølgelig heller ikke i avkalls form bestemme hvordan arven etter ham selv skal fordeles. Det måtte han i tilfelle ha gjort ved testament.

Uskiftet virker ikke inn på ektefellens mulighet til ved testament å bestemme hvordan arven etter dem selv skal fordeles. Etableringen av uskiftet – og dets opphør – kan imidlertid være en relevant tolkingsfaktor, særlig i forhold til testasjoner til fordel for førstavdødes arvinger. Har lengstlevende eksempelvis i testamentet bestemt at førstavdødes arvinger skal arve ”ved min død”, må en innskrenkende tolking vurderes dersom uskifteboet ble skiftet mange år før lengstlevende døde, eventuelt at testasjonen anses bortfall i henhold til al § 57 annet ledd annet punktum. Utover generelle testasjonsbegrensninger kan ektefellene ved testament fritt styre fordelingen av arven etter seg selv.

Når det gjelder *deling mellom ektefellene* er dette tradisjonelt oppfattet som et utsatt felleseieskifte, mens det etter min mening må betegnes som et arveoppgjør – herunder et sekundærarveoppgjør. Fordelingen beror dessuten på et fordelingstall som fastsettes ved etablering av uskiftet, eventuelt justert etter al § 17 (jf § 28) og § 27. Disse ulike prinsipielle standpunkt har imidlertid ingen betydning for hvordan delingen *etter loven* skal gjøres. Det er ekteskapslovens forutsetning at delingsreglene i el kap 15 viker for særreglene i al kap III, se el § 76 og kapittel 73. Dermed styres delingen uansett av al § 26. Delingen går ut på at felleseiemidler ikke skal deles mellom ektefellene etter mønster av el kap 12, men uansett skal likedeles. De ulike prinsipielle betraktningmåter har derfor først og fremst betydning for adgangen til å forhåndsavtale avvikende delingsordninger – hvilket altså etter ekteskapsrettslige regler er utelukket for felleseiemidler.¹¹⁰¹

¹¹⁰¹ Om hvorvidt det i forbindelse med forhåndssamtykke fra uskiftearvingene kan avtales andre delingsvarianter, se *Asland*, Uskifte side 417-427 med videre henvisninger.

Under pkt 75.3.3 har jeg sett på ektefellenes muligheter til gjennom testamentariske bestemmelser å utvide gjenlevendes testasjonsrådighet til også å omfatte det som i utgangspunktet er arven etter førstavdøde.

Etter samme retningslinjer kan ektefellene *ved testament* gjøre bestemmelser som direkte forskyver delingsforholdet ved skifte av uskifteboet. Bestemmes det at alt skal tilfalle lengstlevende foreligger det strengt tatt intet uskifte, på samme måte som hvis gjenlevende skulle sitte i uskifte med førstavdødes arvinger i tredje arvegangsklasse.

Skal delingstallet forskyves i gjenlevendes favør må dette bestemmes ved førstavdødes testament. Skal forskyvningen skje i favør av førstavdødes arvinger, kan dette i lengstlevendes testament bare bestemmes for skifte etter hennes død. Ved livstidsskifte kan den reelle forskyvning skje ved at gjenlevende gir avkall på sin ektefellearv.

Hvorvidt arverettslige avkallsregler skal få anvendelse for delingen mellom ektefellene avhenger av om delingsoppgjøret betraktes som arverettslig eller ekteskapsrettslig. Anses delingen som ekteskapsrettslig må det videre skilles mellom uskifte med felleseiemidler og uskifte med særeiemidler. Et skifte av uskifteboet bestående av felleseiemidler blir etter denne betraktningens måte et utsatt felleseieskifte. Forhåndsavtaler mellom ektefellene om felleseieskiftet, kan bare gjøres innenfor rammene av el §§ 42-44 jf § 54. Den eneste direkte forhåndsavtale om deling av uskifteboet er hjemlet i el § 43 tredje ledd, og gjelder bare for særeiemidler som blir overtatt uskiftet.

Anses delingen mellom ektefellene ved skifte av uskifteboet som et arveoppgjør, kan ektefellene som nevnt ovenfor foreta testasjoner eller inngå alminnelige legalarveavtaler som får betydning for hvordan arven etter førstavdøde fordeles.

75.4 Forhåndsavtaler mellom samboere

Samboere med felles livsarvinger, eller med samtykke fra særlivsarvinger, har rett til et begrenset legaluskifte – som kan utvides ved testament, se al § 28c. For slike uskifter gjelder reglene i al kap III så langt de passer.

Det gjelder ingen særlig formuesordning for samboere. De kan derfor ikke påvirke adgang til uskifte eller delingen av uskifteboet gjennom avtaler om formuesordningen. Uskifteboet deles i samme forholdstall som det var mellom samboernes formuer ved uskiftets etablering, se al § 28e. Samboerne kan derfor indirekte påvirke delingen av uskifteboet ved å påvirke formuesforholdet mellom dem ved livsdisposisjonsavtaler.

Gjenlevende samboers uskifterett er i likehet med førstavdødes arvingers sekundærarverett en legalarverettighet. Den kan derfor påvirkes ved testament – innenfor gjeldende testasjonsrådighet, eller ved forhåndsavtaler – innenfor gjeldende regler om legalarveavtaler.

Ved opprettelse av legalarveavtaler må det tas i betraktning at gjenlevende samboers legalarverett, på samme måte som ektefellearven, er betinget av at uskifteboet skiftes i gjenlevendes levetid, se al § 28b jf al § 6 fjerde ledd.

75.5 Forhåndsavtaler med arvingene mens begge ektefeller lever

75.5.1 Generelt

Arveloven oppstiller regler for hvordan et uskiftebo skal deles mellom ektefeller eller samboere. For ektefeller er det forhåndsfastsatte delingstallet avhengig av ektefellenes formuesordning. Formuesordningen kan ektefellene påvirke ved avtaler etter el kap 9. Slike forhåndsavtaler om senere deling kan ikke inngås med ektefellenes arvinger.¹¹⁰²

Den arv gjenlevende ektefelle har krav på ved livstidsskifte av uskifteboet er en ordinær ektefellearv, som det i utgangspunktet kan gis avkall på etter de samme regler som gjelder under ekteskapet. Disse spørsmål er drøftet under pkt 63.5.1, herunder de særlige spørsmål om hvem som kan være adressat for avkallet. Avgjørende er etter min mening at gjenlevendes avkall utelukkende har virkning for henne selv. Avkallet utvider uskiftearvingenes samlede legalarverett, men gjenlevende disponerer ikke over sin linjes legalarverett.

¹¹⁰² Et teoretisk unntak foreligger dersom ektefellene mottar gaver fra sine arvinger og det inngås avtale om delingsordningen etter reglene i el § 48.

75.5.2 Partene i avtaler om forhåndssamtykke

Hvem som er parter, dvs mer konkret hvem som er rett adressat for et forhåndssamtykke, har etter min mening ikke særlig stor interesse. Samtykker som gis etter førstavedes død er det naturlig nok gjenlevende som er adressat for, og dette er nok det mest praktiske og av lovgiver forutsatte situasjon, se al § 45 tredje ledd. Det følger naturlig av dette at også et forhåndssamtykke gis til den som i tilfelle skal nyte godt av det. Ektefellene kan selvfølgelig ikke med sikkerhet vite hvem som dør først, men ved uskiftesamtykke fra særlivsarving er det bare steforelderen som trenger slikt samtykke, og som derfor naturlig er adressat.

Det er på den annen side intet i veien for at et samtykke fra særlivsarving avgis til egen forelder som et tredjemannsløfte til fordel for steforelderen. Dersom det skulle bli aktuelt med forhåndssamtykke til uskifte med særreiemidler, må det bero på en konkret tolking om samtykke er ment å gjelde begge ektefeller.

Hvem løftet avgis ovenfor, kan imidlertid også ha betydning for tolkingen av løftet. Eksempelvis om det egentlig dreier seg om et avkall på ventet arv – som bare kan avgis overfor arvelater. Gir et særlivsarving fullstendig avkall på arv, slik at gjenlevende steforelder også kan velge å sitte i uskifte, kan slikt avkall bare gis overfor egen forelder, dvs arvelater. Avgis løftet overfor steforelder er det intet gyldig avkall på ventet arv, men løftet kan likevel etter forholdene være gyldig som forhåndssamtykke til uskifte.

75.5.3 Forhåndsavtaler under ekteskapet mellom ektefellene og deres arvinger om uskifte

Forhåndsavtaler om formuesordningen kan ektefellene ikke inngå med sine eller hverandres arvinger. Reglene i el § 43 om retten til å sitte i uskifte med særreiemidler, herunder tredje ledd om særskilt fastsettelse av delingstallet, må imidlertid ses i sammenheng med al § 9 annet ledd hvorefter uskifte med særreiemidler kan bygge på uskiftesarvingenes samtykke, samt al § 26 annet ledd tredje punktum om fastsettelse av delingstallet.

Tilsvarende finnes i al § 10 hjemmel for å bygge et legaluskifte på samtykke fra førstavedes særlivsarving. Slik samtykke er imidlertid ikke et alternativ til ektepakt, men til testament. Rett til uskifte overfor særlivsarving blir således kun et spørsmål om

arverettigheter, slik at retningslinjene må løses etter arverettslige regler. Det finnes ingen særhjemmel i al § 26 om fastsettelse av delingstallet ved avtaler med samtykkende særlivsarvinger.

Ingen av særlivsarvingenes forhåndssamtykker oppfanges av ekteskapsrettslige regler.

Ordlyden både i al § 9 annet ledd og § 10 tyder på at det er etterfølgende samtykke lovgiver har hatt for tanken. Det er bred enighet om at et nødvendig samtykke til uskifte ikke oppfanges av reglene om avslag på falt arv.¹¹⁰³ Et forhåndssamtykke kan heller ikke oppfanges av reglene om avkall på ventet arv.¹¹⁰⁴ Forhåndssamtykket til uskifte må likestilles med forhåndssamtykke til pliktdelskrenkende testament, se kapittel 53. Ingen av samtykkende dreier seg om oppgivelse av legalarveretten i sin helhet, men om frafall av enkeltrettigheter som springer ut av legalarveretten. Sammenlign også pkt 43.6 om skifteavtaler mellom gjenlevende ektefelle og førstavdødes arvinger.

75.6 Avtaler om deling av uskifteboet inngått etter førstavdødes død, men før uskiftet er etablert

75.6.1 Innledning

I tiden etter dødsfallet og frem til det avgjøres om skifte skal foretas eller om gjenlevende skal sitte i uskifte må mange spørsmål om rettsvirkinger av dødsfallet stilles i bero, eksempelvis om gjenlevende har krav på legalarv, om hvilke felleseieskifteregler som skal anvendes, om hvem en utbetalt livsforsikring tilfaller osv. Avgjørelsen av om det skal skiftes eller ikke har i mange sammenhenger tilbakevirkende kraft, ved at de fleste rettsvirkninger av valget regnes som inntrådt fra dødsfallstidspunktet.

Dersom gjenlevende bare skal overta deler av førstavdødes midler uskiftet, må de ulike sett av rettsvirkningene også deles opp på samme måte.

¹¹⁰³ *Hambro*, Arveplanlegging side 147 uttrykker det slik: "Utgangspunktet må være at man med bindende virkning for seg selv kan inngå avtaler som bare får virkninger når bestemte begivenheter inntreffer i fremtiden, med mindre lovbestemmelser begrenser avtalefriheten." *Asland*, Uskifte side 114-115 bruker også prinsippet om avtalefrihet som en del av begrunnelsen for at forhåndssamtykke kan gis.

¹¹⁰⁴ Se *Asland*, Uskifte side 120-122 med videre henvisninger.

Ved en redegjørelse for hva som kan avtales mellom gjenlevende og førstavdødes arvinger om delingen av uskifteboet, må det som ellers sondres mellom delingen mellom ektefellene eller samboerne, og delingen innen den enkelte arvinggruppe. Det må videre skilles mellom ektefeller og samboere. Delingen mellom ektefellene er i utgangspunktet styrt av ekteskapsrettslige regler, og bygger på formuesordningen mellom ektefellene.

Delingen mellom ektefellene ved et sammensatt skifte straks etter dødsfallet beror på ektefellenes formuesordning, herunder deres ektepakter om formuesordningen. Det samme gjelder i prinsippet den senere delingen dersom gjenlevende blir sittende i uskifte.

Dersom det straks foretas et sammensatt skifte kan gjenlevende og førstavdødes arvinger ved skifteavtale foreta de samme justeringer i forhold til lovens fordelingsregler som ektefellene kunne ha avtalt i ektepakt, se el § 65 jf § 77. Spørsmålet er i hvilken utstrekning gjenlevende og førstavdødes arvinger før uskiftet etableres kan inngå skifteavtaler om formuesordningen som direkte får betydning for den senere delingen av uskifteboet.

Fordi delingen mellom ektefellene ved skifte av uskiftebo reguleres av al § 26, og ikke av el kap 15, må loven anses å stenge for skifteavtaler som fastsetter et delingstall basert på den deling som kunne fulgt av reglene i el kap 12, herunder om skjevdeling. Lovbestemmelsen om deling av felleseiemidler er al § 26 første ledd, slik at en skifteavtale i tilfelle må være hjemlet i denne bestemmelse – slik skifteavtalen ved sammensatt skifte må være hjemlet i el kap 15 jf kap 12. Hva som kan avtales beror derfor på en tolking av unntaket i al § 26 første ledd første punktum, nemlig at felleseiemidler skal likedeles ”når ikkje anna er fastsett”.

For særeiemidler finnes delingsregelen tilsvarende i al § 26 annet ledd. De unntak som der hjemles omfatter ektefellenes ektepakt i henhold til el § 43 tredje ledd eller avtale med uskiftearving som samtykker til uskifte med særeiemidler. Denne bestemmelse gir således ikke hjemmel for i andre tilfeller å avtale et annet delingstallet

enn hva som følger av lovens hovedregel. Om avtaler ved samtykkebasert uskifte, se pkt 75.7.¹¹⁰⁵

For samboere gjelder ingen særlige regler om formuesordning, slik at det utelukkende er arverettslige regler som regulerer delingen av uskifteboet. Delingsregelen i al § 28e inneholder ingen hjemler for avtaler om avvikende delingstall.

75.6.2 Justeringsavtaler om verdifastsettelse

Både for ektefeller med særreie og for samboere går lovens generelle regel ut på at deling av uskifteboet skal skje på grunnlag av forholdet mellom de respektive formuer da uskiftet tok til, se § 26 annet ledd og al § 28e. Dette delingstallet må fastsettes før uskiftet etableres, og gjøres prinsipielt ved avtale mellom gjenlevende og førstavdødes arvinger. Alternativt må delingstallet fastsettes av tingretten på grunnlag av registrering og verdsetting, se al § 14 annet ledd og al § 28g første ledd.

Adgangen til å fastsette delingstallet ved avtale innebærer ingen egentlig avtalefrihet, men gir bare anvisning på en forenklet fremgangsmåte i forhold til at delingstallet fastsettes av tingretten. Avtalefriheten er begrenset til hva som ligger innenfor det slingringsmonn som følger av skjønnsmessige verdifastsettelse. En avtale om et delingstall som åpenbart ikke er i samsvar med forholdet mellom de to formuer innebærer en materiell delingsavtale som må ha hjemmel i el kap 9 eller i al kap III eller III A. Slik hjemmel finnes bare for det tilfellet at uskifte med særreiemidler bygger på samtykke fra førstavdøde ektefelles arvinger, jf al § 26 annet ledd tredje punktum, og da innenfor de rammer som følger av el § 43 tredje ledd.

For å forklare denne begrensede avtalefrihet kan det igjen pekes på skillet mellom den ekteskapsrettslige og arverettslige delingen, og at formuesordningen – med det nevnte unntak i al § 26 annet ledd tredje punktum – bare kan påvirkes ved avtale mellom ektefellene. Ønsker gjenlevende og førstavdødes arvinger å avtale en annen fordeling må de må veien om arverettslige regler for arvefordelingen.

I prinsippet blir også delingstallet for felleseiendler forhåndsfastsatt, men dette er gjort i loven, se kapittel 74. Noen verdifastsettelsesavtale er det derfor ikke rom for i disse tilfeller.

¹¹⁰⁵ Se også *Hambro*, Arveplanlegging side 288-298.

75.6.3 Forhåndsdelingsavtaler om særeiemidler

Lovens utgangspunkt for fastsettelse av delingstallet når særeiemidler overtas uskiftet er verdiforholdet mellom de to særeieformuer ved uskiftets etablering, se al § 26 annet ledd første punktum. Dette kan være fraveket ved ektepakt i henhold til el § 43 annet ledd, jf al § 26 annet ledd annet punktum. Også denne regel må betegnes som en del av ektefellers formuesordning, fordi det er el kap 9 som gir hjemmelen for uskifte med særeiemidlene.

Dersom uskiftet hviler på samtykke fra uskiftearvingene, jf al § 9 annet ledd, kan det i tilknytning til samtykket avtales et annet delingsforhold, se al § 26 annet ledd tredje punktum. Verken ordlyden eller forarbeidene gir noen anvisning på hva annet som kan avtales. Etter min mening må avtalefriheten korrespondere med hva ektefellene selv kunne ha avtalt etter el § 43 tredje ledd, dvs et mer likt delingsforhold. Det kan sammenlignes med prinsippet i el § 48, hvoretter giver eller arvelater ikke kan oppstille andre klausuler med hensyn til formuesordningen enn ektefellene selv kunne ha avtalt. Avtaler om andre delingsforhold enn dette må betraktes som avtaler om fordelingen av arv, og følge reglene for arvefordelingsavtaler.

75.6.4 Forhåndsdelingsavtaler om felleseiemidler

Når felleseiemidler er overtatt uskiftet er delingstallet forhåndsfastsatt i loven til likedeling. Av al § 26 første ledd første punktum fremgår at likedeling bare foretas ”når ikkje anna er fastsett”. Forarbeidene er ikke helt klare, men det er ingen holdepunkter for å oppfatte denne bestemmelse som en generell adgang til å forhåndsfastsette et annet delingstall. Adgangen for andre enn ektefeller til å inngå avtaler om formuesordningen er generelt snever. Det samme er holdningen i forarbeidene til avtaler om uskifte. Skulle tilføyelsen ”når ikkje anna er fastsett” vært ment som en generell avtalehjemmel, er det grunn til å forutsette at dette i tilfellet ville fremgått klart av forarbeidene.

Formuleringen peker kun på andre lovfastsettelse, først og fremst de øvrige bestemmelser i al § 26, men også reglene i al § 17 og § 27. Se også pkt 52.3,

75.6.5 Arverettslige avtaler om delingen

Gjenlevende samboer eller ektefelle kan inngå avtaler med førstavdødes arvinger om den arverettslige delingen av uskifteboet – for begge uhindret av ekteskapsrettslige regler. Disse avtalene er imidlertid ikke skifteavtaler, men forhåndsavtaler om arvens fordeling. De må derfor gjøres ved testament, testamentsavtaler eller legalarveavtaler – eller en kombinasjon av disse.

75.7 Avtaler ved samtykkebasert uskifte

75.7.1 Forhåndssamtykke

Det fremgår av al § 9 annet ledd og al § 10 at uskifte som ikke direkte bygger på loven kan etableres ved samtykke fra de aktuelle uskiftearvinger. Dette omfatter både uskifte med særeiemidler og uskifte overfor særlivsarvinger.

Det er bred enighet i norsk rettslitteratur om at særlivsarving kan forhåndssamtykke til uskifte.¹¹⁰⁶ Riktignok synes ordlyden i al § 10 å forutsette etterfølgende samtykke ("særskilt livsarving ... etter avdød ektemake"), men det er ikke holdepunkter i forarbeidene for at formuleringen ble valgt for å utelukke forhåndssamtykke. Forarbeidene gir i det hele tatt liten veiledning for spørsmålet. Juridisk teori er imidlertid samstemt på at forhåndssamtykke kan gis.¹¹⁰⁷ Spørsmålet har ikke kommet på spissen i rettspraksis, men det finnes eksempler på at et forhåndssamtykke forutsettes å være gyldig.¹¹⁰⁸

Tilsvarende gjelder også for samtykke til uskifte med særeiemidler, men slikt forhåndssamtykke vil det sjeldent være behov for, idet ektefellene selv kan bestemme dette i ektepakt, jf el § 43. Mest praktisk er dette dersom ektefellene ikke er enige om å opprette slik ektepakt,¹¹⁰⁹ eller hvor en av dem mangler rettslig handleevne.¹¹¹⁰

¹¹⁰⁶ *Hambro*, Arveplanlegging side 147 uttrykker det slik: "Utgangspunktet må være at man med bindende virkning for seg selv kan inngå avtaler som bare får virkninger når bestemte begivenheter inntreffer i fremtiden, med mindre lovbestemmelser begrenser avtalefriheten." *Asland*, Uskifte side 114-115 bruker også prinsippet om avtalefrihet som en del av begrunnelsen for at forhåndssamtykke kan gis.

¹¹⁰⁷ Se *Hambro*, Arveloven side 63-64, *Hambro*, Arveplanlegging side 147-156, *Lødrup*, Arverett § 32 V, side 366 og *Unneberg*, Arveretten side 335.

¹¹⁰⁸ Se *Asland*, Uskifte side 113-114 med notene 293 og 294 som viser til LE-1991-71, LE-1998-694 og RG 2002 459 (Eidsivating), og til det tilsvarende i dansk rettspraksis (UfR 1959 477 H og UfR 1987 379 V).

¹¹⁰⁹ Det er intet i veien for at den ene ektefelle oppretter ektepakt som gir den annen rett til uskifte med den førstes særeiemidler, jf el § 54 første ledd fjerde punktum. Gjennom slik ektepakt blir forhåndssamtykke fra ektepaktsutsteders arvinger uten betydning.

Det er ovenfor konkludert med at forhåndssamtykke verken innebærer avhendelse av ventet arv eller avkall på ventet arv, men må likestilles med samtykke til pliktdelskrenkende testament.¹¹¹¹

Rent faktisk kan samtykkebasert uskifte – på linje med lovbasert uskifte – både medføre at samtykkegiver arver mindre eller mer enn om samtykke ikke hadde vært gitt.¹¹¹²

Asland finner at al § 45 ikke kommer direkte til anvendelse på forhåndssamtykke til uskifte, og at samtykkets midlertidige virkninger heller ikke tilsier noen analogisk anvendelse. Jeg er videre enig med *Asland* i at de reelle innvendinger som kan reises mot et forhåndssamtykke – at særlivsarvingen ikke innser konsekvensene, at forholdene kan endres osv – må løses gjennom alminnelige avtalerettslige regler.¹¹¹³

Selv om det legges til grunn at særlivsarvingens forhåndssamtykke ikke oppfanges av reglene om avkall på ventet arv, står man fortsatt tilbake med mange av de tilsvarende spørsmål som ved forhåndssamtykke til pliktdelskrenkende testament. I hvilken utstrekning er samtykket bindende for samtykkegivers livsarvinger, og har det noen betydning om samtykkegiver dør før arvelater?

Som ved forhåndssamtykke til pliktdelskrenkende testament må det først foretas en konkret tolking av hva avtalen går ut på. Hvis innholdet i særlivsarvingens forhåndssamtykke til uskifte er at han bare samtykker til en utsettelse av arveoppgjøret, men uten å gi slipp på sin posisjon som arving, er det klart at samtykket også er bindende for samtykkegivers livsarvinger – i den forstand at samtykkegivers arverettslige posisjon utelukker aktuell arverett for hans egne livsarvinger.¹¹¹⁴

Dette følger av den lovens alminnelige arvegangsregler. Det er riktignok ikke sagt uttrykkelig i loven, men følger motsetningsvis av blant annet al § 1 annet ledd annet punktum om at dersom et av arvelaters barn er død før ham, går arvelodden videre til det døde barnets livsarvinger. Så lenge barnet er i live, har barnebarnet ingen aktuell arverett.

Ved samtykkebasert uskifte forsterkes dette ytterligere gjennom reglene i al § 22 første ledd annet jf tredje punktum om at arvefallet allerede har inntrådt i forhold til samtykkegiver. Teoretisk kan situasjonen likestilles med at en arving dør etter arvefallet med før skiftet er

¹¹¹⁰ Er begge ektefeller uten rettslig handleevne vil det vanskelig foreligge en situasjon hvor spørsmålet om forhåndssamtykke blir aktuelt.

¹¹¹¹ *Asland*, Uskifte side 115 peker på at arvingen "gir jo ikke *endelig* slipp på sin arverett", men beholder sin status av arving. Han finner det derfor kunstig å anse forhåndssamtykke til uskifte som avhendelse av ventet arv. Slik også *Hambro*, Arveplanlegging side 151-153. Se videre *Lødrup*, Arverett § 32 V, side 366.

¹¹¹² Ved skifte etter lengstlevendes død vil dessuten samtykkegivers arvelodd utvides, idet gjenlevende selv ikke tar arv, se al § 6 fjerde ledd.

¹¹¹³ *Asland*, Uskifte 120-122.

¹¹¹⁴ Slik også *Lødrup*, Arverett § 32 V, side 366.

avsluttet. Arveretten går da ikke videre nedover til den døde arvings livsarvinger, men hans dødsbo blir arving. Dette innebærer blant annet at deler av arven etter den opprinnelige arvelater tilfaller hans svigerdatter, som er en av arvingene i den døde arvings dødsbo.¹¹¹⁵

I forhold til samtykkebasert uskifte innebærer de særlige arvefallsregler i al § 22 at bindende samtykke allerede er gitt, og at samtykkegivers livsarvinger ikke har noen selvstendig rett til å trekke samtykket tilbake, men trer inn i den avdøde samtykkegivers rettsstilling overfor gjenlevende.

Hvis derimot forhåndssamtykket i realiteten er en del av en generelt og fullstendig avkall på ventet arv fra nærmeste særlivsarving må antakelig løsningen bli en annen. Problemstillingen blir sammenfallende med spørsmålet om en (livs)arving kan tre fullstendig ut av arverekkefølgen, og herunder ta med seg hele sin linje, på eget initiativ og uten vederlag. Dersom forhåndssamtykket i realiteten er et fullstendig avkall på ventet arv, hvor samtykkegiver gir avkall på sin posisjon som arving og uten at han har mottar noe vederlag som kan betraktes som forskudd på denne linjes arveandel, går den aktuelle arverett over til neste generasjon. Se nærmere pkt 63.2 om den tilsvarende generelle drøftelse vedrørende avkall på ventet arv.

75.7.2 Adgangen til å sette vilkår

Til tross for at forarbeidene har vært oppfattet som negative, la Høyesterett i *Rt 1992 374* og delvis i *Rt 1982 149* til grunn at en samtykkende uskiftearving kan oppstille vilkår for sitt samtykke. Forarbeidene forutsetter at et samtykke må gis til lovens uskifteordning.¹¹¹⁶ Forholdet mellom de to dommer og forarbeidene må presiseres.

Det følger av avtalerettslige regler at en uskiftearving må kunne oppstille vilkår for sitt samtykke. Aksepterer ikke gjenlevende betingelsene, foreligger intet samtykke. Arverettslige regler setter på den annen side grenser for hva gjenlevende kan avtale om uskiftet, herunder både om rådigheten i live, testasjonsrådighet og om delingen av uskifteboet. Disse reglene er det kort redegjort for ovenfor.

Sett under etter kan uskiftearvingen oppstille alle betingelser som etter avtalerettslige regler er gyldige, men gjenlevende er bundet av arverettslige regler med hensyn til hva hun gyldig kan akseptere.

¹¹¹⁵ Situasjonen hvor en samtykkende uskiftearving dør under uskiftet blir imidlertid i andre sammenhenger annerledes enn hvor en arving dør under et regulært skifteoppgjør. Jeg går her ikke inn på de litt uklare regler i al § 22 første og tredje ledd om utvelgelsen av arvinger, herunder gjenlevende ektefelle, til å tre inn i den avdøde samtykkende uskiftearvingens ulike rettsposisjoner.

¹¹¹⁶ Se Prp36 side 138-II og side 140-I.

75.8 Avtaler under uskiftet

Under uskiftet kan ikke gjenlevende og førstavdødes arvinger avtale endringer i det delingsforholdet som allerede er fastsatt etter lovens regler. Gjenlevende samboer eller ektefelle kan imidlertid foreta de samme testasjoner som før førstavdødes død.

Gjenlevende og uskiftearvingene kan videre inngå de samme testamentsavtaler eller legalarveavtaler som de kunne før dødsfallet og før uskifteboet ble etablert.

Uskiftearvingene kan samtykke til vesentlige gaver (al § 19), eller de kan gå med på at en av dem får et arveforskudd uten at de andre får tilsvarende oppgjør – eventuelt også uten at de senere kan kreve avkorting (al § 21).

Gjenlevende kan under uskiftet gi avkall på ventet arv etter førstavdøde, se nærmere pkt 63.5.

75.9 Skifteavtaler inngått under skifte av uskifteboet

Etter at det er bestemt at uskifteboet skal skiftes, men før skiftet er gjennomført, har gjenlevende og førstavdødes samme (begrensede) adgang til å inngå skifteavtaler om fraviker delingen mellom ektefellene eller samboerne etter al § 26 eller § 28e. Derimot har partene den samme adgang til å inngå skifteavtaler om arvefordelingen som på et regulært sammensatt skifte eller dødsboskifte.

8 Forkortelser og registre

81 Forkortelser

81.1 Litteratur

- Andenæs, Arvepakt* Mads Henry Andenæs, Arvepakter, TfR 1985 side 18 flg.
- Arnholm, Arveretten* Carl Jacob Arnholm, Arveretten, 7. opplag Oslo 1984.
- Arnholm, Pliktedel* Carl Jacob Arnholm, Noen pliktdelspørsmål, inntatt i *Rt 1948 697* flg.
- Arnholm, Livsforsikringskrav* Carl Jacob Arnholm, Livsforsikringskrav og arveoppgjør, TfR 1958 side 143 flg.
- Arnholm, Lærebok i avtalerett* Carl Jacob Arnholm, Lærebok i avtalerett, 4. opplag, Oslo 1978.
- Arnholm, Privatrett II* Carl Jacob Arnholm, Privatrett II Oslo 1964.
- Arnholm, Privatrett V* Carl Jacob Arnholm, Privatrett V, Oslo 1971.
- Arnholm, Testamenters gyldighet* Carl Jacob Arnholm, Betingelsene for testamenters gyldighet etter norsk rett, Oslo 1929.
- Asland, Omstøtelse* John Asland, Omstøtelse, arveforskudd og uskifte, FAB 2007 nr 02 side 119 flg.
- Asland, Rådighetsbegrensninger* John Asland, Rådighetsbegrensninger i testamenter, uskifteavtaler og skifteavtaler mellom ektefeller, FAB 2009 nr 01 side 30 flg.
- Asland, Uskifte* John Asland, Uskifte, Oslo 2008
- Augdahl, Arveloven* Per Augdahl, Arveloven av 1972. Med kommentarer, Oslo 1973.
- Augdahl, Lærebok* Per Augdahl, Lærebok i skifterett, 6. utgave, Oslo 1969.
- Augdahl, Skifteloven I* Per Augdahl, Skifte, Oslo 1930

- Augdahl, Skifteloven II* Per Augdahl, Skifteloven og loven om uskiftet bo, Oslo 1956.
- Augdahl, Skifteloven III* Per Augdahl, Skifteloven med kommentarer, 3 utgave, Oslo 1974.
- Bråthen, Personklausuler* Tore Bråthen, Personklausuler i aksjeselskaper : om vedtektsmessig regulering av aksjonærenes disposisjons- og forvaltningsrettigheter ved krav til deres egenskaper m.v, Oslo 1996.
- Bull, Avtaler mellom ektefeller* Kirsti Strøm Bull, Avtaler mellom ektefeller, Oslo 1993.
- Bull, Forsikringsrett* Hans Jakob Bull, Forsikringsrett, Oslo 2008.
- Bull, Innføring i forsikringsrett* Hans Jakob Bull, Innføring i forsikringsrett, 9.utgave, Oslo august 2003.
- Bergem og Rognlien, Kjøpsloven* John Egil Bergem og Stein Rognlien, Kjøpsloven. Kommentartutgave, 2. utgave, Oslo 1995.
- Brynildsen, Lid og Nygård, Forsikringsavtaleloven* Claus Brynildsen, Børre Lid og Truls Nygård, Forsikringsavtaleloven med kommentarer, 2. utgave Oslo 2008.
- Brækhus og Hærem, Tingsrett* Sjur Brækhus og Axel Hærem, Norsk tingsrett, Oslo 1964
- Danielsen, Arveloven* Svend Danielsen, Arveloven med kommentarer, 5. utgave København 2005.
- Eckhoff, Rettskildelære 1993* Torstein Eckhoff, Rettskildelære, 3. utgave, Oslo 1993.
- Eeg, Beløpsbegrenset pliktdelsarv* Thomas Eeg, Beløpsbegrenset pliktdelsarv, Tidsskrift for rettsvitenskap 1994, side 364 flg.
- Falkanger, God tro* Aage Thor Falkanger, God tro, Oslo 1999.
- Falkanger og Falkanger, Tingsrett* Thor Falkanger og Aage Thor Falkanger, Tingsrett, 6.utgave, Oslo 2007.

- Feldthusen og Nielsen, Arveretten* Rasmus Kristian Feldthusen og Linda Nielsen, Arveretten, København 2007.
- Frantzen, Delegasjon* Torstein Frantzen, Delegasjon av testasjonsmyndighet etter norsk rett, TfR 1997 side 950-977.
- Frantzen, Dødsdisposisjoner* Torstein Frantzen, Dødsdisposisjoner i ektepakts form, fristavbrytelse 2003 side 20-36.
- Frantzen, Ugjenkallelighet* Torstein Frantzen, Kan ugjenkallelighet innfortolkes i et testament? TfR 1996 side 83-122.
- Getz, Afhandlinger* Getz, Juridiske afhandlinger, 1903 s. 514 note 4.
- Gjelsvik, Innledning* Nikolaus Gjelsvik, Innledning i rettsstudiet, 5. utgave, Oslo 1968
- Hagstrøm, Obligasjonsrett* Viggo Hagstrøm, Obligasjonsrett, i samarbeid med Magnus Aarbakke, Oslo 2003, 2.opplag.
- Hallager, Den Norske Arveret I* Fr Hallager, Den Norske Arveret, Christiania 1862.
- Hallager, Den Norske Arveret 1885* Fr Hallager, Den Norske Arveret, Anden gjennomseede Udgave ved Francis Hagerup, Christiania 1885.
- Hambro, Arveloven* Peter E. Hambro, Arveloven. Kommentarutgave. 4.utgave,¹¹¹⁷ Oslo 2007.
- Hambro, Arveplanlegging* Peter Hambro, Arveplanlegging og avtalt uskifte, Oslo 2006.
- Haugen, Forsikringsrett* Jan M Haugen, Forsikringsrett – en innføring, 4. utgave, Oslo 2007
- Holmøy og Lødrup, Ekteskapsloven* Vera Holmøy og Peter Lødrup, Ekteskapsloven og enkelte andre lover med kommentarer, Oslo 1994.

¹¹¹⁷ Første utgave var ved Per Augdahl. Annen og tredje utgave ved Per Augdahl og Peter Hambro.

- Hov, Kontraktsrett I* Jo Hov, Avtaleslutning og ugyldighet, Kontraktsrett I, 3. utgave, Oslo 2002
- Hov, Kontraktsrett II* Jo Hov, Avtalebrudd og partsskifte, Kontraktsrett II, 2. utgave, Oslo 2002
- Huser, Avtalesensur* Kristian Huser, Avtalesensur, Bergen 1984.
- Huser, Gjeldsforhandling og konkurs 3* Kristian Huser, Gjeldsforhandling og konkurs, bind 3 Omstøtelse, Oslo 1992.
- Knoph, Norsk arverett 1930* Ragnar Knoph, Norsk arverett, Oslo 1930.
- Knoph, Norsk arverett 1944* Ragnar Knoph, Norsk arverett, annen utgave ved Hans Lütken, Oslo 1944.
- Knoph, Norsk arverett 1959* Ragnar Knoph, Norsk arverett, tredje utgave ved Erling Sandene, Oslo 1959.
- Krüger, Kjøpsrett* Kai Krüger, Norsk kjøpsrett, 4. reviderte utgave, Bergen 1999
- Krüger, Kontraktsrett* Kai Krüger, Norsk kontraktsrett, Bergen 1989.
- Lilleholt, Godtruerverv* Kåre Lilleholt, Godtruerverv og kreditorvern, 3. utgave, Oslo 1999.
- Lütken, Arveloven* Hans Lütken, Arveloven og adopsjonslovens arve- og skiftebestemmelser, annen utgave Oslo 1935.
- Lødrup, Arverett* Peter Lødrup, Arverett, 4. utgave Oslo 1999
- Lødrup og Sverdrup, Familieretten* Peter Lødrup og Tone Sverdrup, Familieretten, 6. utgave, Oslo 2009.
- Lødrup, Lærebok i erstatningrett* Peter Lødrup, Lærebok i erstatningsrett, 5. utgave 2005.
- Lødrup, Nordisk juristmøte 1996* Peter Lødrup, Bör reglerna om laglott (tvangsarv, pliktdel) och formkrav vid dödsrättshandlingar bevaras? Inntatt i Förhandlingarna vid Det 34:e nordiska juristmötet i Stockholm 21-23 augusti 1996 Del II side 519 flg.

- Lødrup, Nordisk arverett* Peter Lødrup, Nordisk arverett. En sammenlignende studie av dansk, finsk, islands, norsk og svensk rett med drøftelser av harmoniseringsmuligheter og reformbehov. NORD 2003: 3. Nordisk ministerråd, København 2002
- Lødrup, Materiell skifterett* Peter Lødrup, Materiell skifterett, 7. utgave 1986.
- Lødrup, Oversikt* Peter Lødrup, Oversikt over arveretten, 4. utgave 2004.
- Lødrup, Uskifte* Peter Lødrup, Gjenlevende ektefelles råderett over det uskiftede bo, TfR 1984 side 213 flg.
- Lødrup og Sverdrup, Familieretten* Peter Lødrup og Tone Sverdrup, Familieretten, 5. utgave Oslo 2004.
- Nygaard, Rettsgrunnlag og standpunkt* Nils Nygaard, Rettsgrunnlag og standpunkt, 2. utgåve, Bergen 2004.
- Nygaard, Skade og ansvar* Nils Nygaard, Skade og ansvar, 6. utgave 2007
- Nørgaard, Arveret* Irene Nørgaard, Arveret, 5. utgave, København 2008.
- Platou, Arveret 1899* Oscar Platou, Forelæsninger over norsk Arveret, Christiania 1899.
- Platou, Arveret 1910* Oscar Platou, Forelæsninger over norsk Arveret, anden udgave, Christiania 1910.
- Rygg og Skarpnes, Odelsloven* Ola Rygg og Oluf Skarpnes, Odelsloven med kommentarer, 4. utgave 2002.
- Røed, Foreldelse* Anne Cathrine Røed, Foreldelse av fordringer, 2. utgave Oslo 2004.

- Schei m fl*, Tvisteloven *Tore Schei, Arnfinn Bårdsen, Dag Bugge Nordén, Christian Reusch, Toril M Øie*, Tvisteloven, Kommentartutgave, Oslo 2007.
- Skoghøy*, Tvistemål Jens Edvin A. Skoghøy, Tvistemål, 2. utgave, Oslo 2001.
- Selmer*, JV 1969 Knut Selmer, Livsforsikring og pensjonsrettigheter på skifte, Jussens Venner 1969 side 83 flg.
- Selmer*, Nordisk gjenklang Knut Selmer, Oppnevning av begunstiget i livsforsikring, Nordisk gjenklang, festskrift til Carl Jakob Arnholm, 1969, side 741 flg.
- Stang*, Innledning til formueretten Fredrik Stang, Innledning til formueretten, 3. utgave Oslo 1935 side 182-183
- Strandbakken*, Avtaler Asbjørn Strandbakken, Avtaler om formuesordningen mellom ektefeller, Jussens Venner 1992 side 257 flg
- Sverdrup*, Sameie Tone Sverdrup, Stiftelse av sameie i ekteskap og ugift samliv, Oslo 1997
- Unneberg*, Minstearv Inge Unneberg, Ny minstearv m.v. for gjenlevende ektefelle, Lov og Rett 1991 side 259 flg.
- Unneberg*, Skifteutlegg Inge Unneberg, Skifteutlegg på felleseieskiftet, inntatt i Jens Edvin A Skoghøy (red), Fra institutt til fakultet, Jubileumsskrift fra Det juridiske fakultet, Universitetet i Tromsø.
- Unneberg*, Uskifte Inge Unneberg, Gjenlevende ektefelles rådighet over uskifteboet, Jussens Venner 1997, side 209-263.
- Werlauff's* Erik Werlauff, Arv og skifte – nye arveregler fra 2008, 7. utgave, København 2007.
- Woxholth*, Avtalerett Geir Woxholth, Avtalerett, 6. utgave, Oslo 2006.

81.2 Lovforkortelser

<i>aal</i>	Arveavgiftsloven , lov om avgift på arv og visse gaver av 19. juni 1964 nr 14.
<i>adl</i>	Adopsjonsloven , lov om adopsjon av 28. februar 1986 nr 8.
<i>al</i>	Arveloven , lov om arv m.m. av 3. mars 1972 nr 5.
<i>avhl</i>	Avhendingslova , lov om avhending av fast eigedom av 3. juli 1992 nr 93.
<i>avtl</i>	Avtaleloven , lov om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer av 31. mai 1918 nr 4.
<i>bgdalml</i>	Bygdeallmenningsloven , lov om bygdeallmenninger av 19.6.1992 nr 59.
<i>bl</i>	Barneloven , lov om barn og foreldre av 8. april 1981 nr 7.
<i>deknl</i>	Dekningsloven , lov om fordringshaveres dekningsrett av 8 juni 1984 nr 59.
<i>dokal</i>	Dokumentavgiftsloven , lov om dokumentavgift av 12 desember 1975 nr 59.
<i>el</i>	Ekteskapsloven , lov om ekteskap av 4 juli 1991 nr 47.
<i>fal</i>	Forsikringsavtaleloven , lov om forsikringsavtaler av 16 juni 1989 nr 69.
<i>finansavtl</i>	Finansavtaleloven , lov om finansavtaler og finansoppdrag av 25 juni 1999 nr 46.
<i>folkeregl</i>	Folkeregisterloven , lov om folkeregistrering av 16 januar 1970 nr 1.

<i>forsvl</i>	Forsikringsvirksomhetsloven , lov om forsikringsselskaper, pensjonsforetak og deres virksomhet mv av 10 juni 2005 nr 44.
<i>ftrl</i>	Folketrygdloven , lov om folketrygd av 28 februar 1997 nr 19.
<i>hendl</i>	Hendelege eidegdomshøveloven , lov om hendelege eidegdomshøve av 10 april 1969 nr 17.
<i>husfskl</i>	Husstandsfellesskapsloven , lov om rett til felles bolig og innbo når husstandsfellesskap opphører av 4 juli 1991 nr 44.
<i>husl</i>	Husleieloven , lov om husleieavtaler av 26. mars 1999 nr 17.
<i>kjl</i>	Kjøpsloven , lov om kjøp 13 mai 1988 nr 27.
<i>kkk</i>	Konkursloven , lov om gjeldsforhandling og konkurs av 8 august 1984 nr 58.
<i>løl</i>	Løysingsrettslova , lov om løysingsrettar av 9 desember 1994 nr 64.
<i>NL</i>	Kong Christian Den Femtis Norske Lov av 15. juni 1687.
<i>odl</i>	Odelsloven , lov om odelsretten og åsetesretten av 28 juni 1974 nr 58.
<i>pantel</i>	Panteloven , lov om pant av 8 februar 1980 nr 2.
<i>saml</i>	Sameieloven , lov om sameige av 18 juni 1965 nr 6.
<i>servl</i>	Servituttloven , lov um særlege råderettar over framand eidegdom av 29 november 1968.
<i>skjl</i>	Skjønnsloven , lov om skjønn og ekspropriasjonssaker av 1 juni 1917 nr 1.
<i>sktl</i>	Skatteloven , lov om skatt av formue og inntekt av 18 august 1911 nr 8.
<i>sl</i>	Skifteloven , lov om skifte av 21 februar 1930.

<i>tgl</i>	Tinglysingsloven , lov om tinglysing av 7 juni 1935 nr 2
<i>tfl</i>	Tomtefesteloven , lov om tomtefeste av 20. desember 1996 nr 106
<i>tvangsl</i>	Tvangsfullbyrdelsesloven , lov om tvangsfullbyrdelse og midlertidig sikring av 26 juni 1992 nr 86.
<i>tvl</i>	Tvisteloven , lov om mekling og rettergang i sivile tvister av 17. juni 2005 nr 90.
<i>skl</i>	Skadeserstatningsloven , lov om skadeserstatning av 13. juni 1969 nr 26.
<i>vml</i>	Vergemålsloven , lov om vergemål for umyndige av 22. april 1927 nr 3.
<i>åvl</i>	Åndsverkloven , lov om opphavsrett til åndsverk mv av 12. mai 1961 nr 2.

81.3 Forarbeider

81.3.1 Norske forarbeider

Avtalelovkomiteen 1914

Utkast til lov om avtaler og andre retshandler paa formuerettens omraade. Avgitt av de norske delegerte ved det skandinaviske obligationsrettsarbeide, Kristiania 31. desember 1913.

Forsikringsavtalelovutvalget 1925

Utkast til lov om forsikringsavtaler, avgitt av de norske delegerte ved det nordiske obligasjonsrettsarbeide, Oslo 1925

Komiteutkast 1918

Utkast til lov om egtefællers formuesforhold. Avgitt av de norske delegerte ved det skandinaviske familieretssamarbeide, Kristiania 31. august 1918.

Komiteinnstilling 1847

Indstilling fra den til at utarbeide Udkast til en lov om Arveretten m.v. ved Resolution af 7de Februar 1846 nedsatte Commisjon.

Innst V 1965

Innstilling V fra Utvalget til revisjon av ekteskapslovgivningen m.v., av mai 1965.

Utkast 1962

Innstilling fra Komiteen til å utrede spørsmålet om revisjon av arve- og uskiftelovgivningen. Komiteen ble nedsatt i 1954 og avga sin innstilling i 1962.

Prp36

Ot prp nr 36 (1968-69) Om lov om arv m.m.

81.3.2 Danske forarbeider

Betænkning 1961

Betænkning om arvelovgivningen, nr 191/1961), avgitt av Arvelovsudvalget.

Dansk lovutkast 1941

Arvelovskommissionens udkast til arvelov med tilhørende bemerkninger av 1941

Betænkning 2006

Betænkning om revision af arvelovgivningen m.v. Betænkning nr. 1473, København 2006.

Arvelovforslag 2006

Lovforslag nr. L 100, Folketinget 2006-2007, fremsatt den 6. desember 2006 av justitsministerens (Lene Espersen).

82 Registre

82.1 Domsregister

82.2 Stikkordsregister