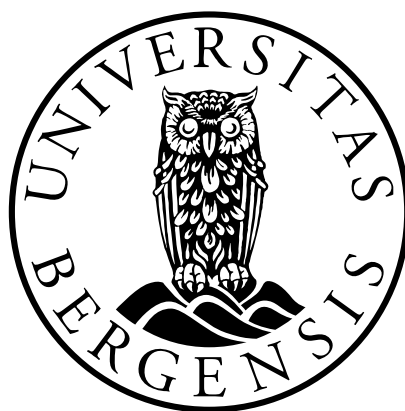


Grensen mellom livs- og dødsdisposisjoner

*I hvilken utstrekning har arveloven § 40 annet ledd bidratt til
å redusere tvilen om grensen mellom livs- og
dødsdisposisjoner?*

Kandidatnummer: 92

Antall ord: 14980



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

11.12.2023

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	2
1 Innledning	4
1.1 Presentasjon av tema og problemstilling.....	4
1.2 Avgrensninger	6
1.3 Metodiske spørsmål og fremstillingen videre	7
2 Utviklingen av rettstilstanden	9
2.1 Arveloven av 1854	9
2.1.1 Vurderingen av vilkåret «fuldbyrdede»	10
2.1.2 Behovet for regulering aktualiseres.....	11
2.1.3 Rt. 1961 s. 935.....	12
2.1.4 Rt. 1963 s. 803.....	13
2.1.5 Rt. 1963 s. 518.....	13
2.1.6 Rt. 1971 s. 300.....	14
2.2 Oppsummering av rettstilstanden etter 1854-loven	15
2.3 Arveloven av 1972	16
2.3.1 Vurderingen av vilkåret «oppfyllest».....	16
2.3.2 Rt. 1978 s. 1083.....	17
2.3.3 Rt. 1979 s. 1200.....	18
2.3.4 Rt. 2007 s. 776.....	18
2.3.5 Rt. 2008 s. 1589.....	20
2.4 Oppsummering av rettstilstanden frem til 2008	21
3 Forsøket på å lovregulere grensen i arveloven 2019	24
3.1.1 NOU 2014:1	24
3.1.2 NOU 2014:1 legges til grunn i rettspraksis – HR-2017-716-A	29
3.1.3 Var forsøket på å klargjøre rettstilstanden vellykket?.....	33
4 Arveloven 2019 § 40 annet ledd	37
4.1.1 «Realitet» - når foreligger tilstrekkelig realitet?	38
4.1.2 Et henblikk til proforma-vurderingen	41
4.1.3 Rettspraksis etter arveloven 2019 § 40	42
5 Er arveloven § 40 egnet til å redusere tvilen om hvor grensen går?	45
5.1 Innledende bemerkninger	45

5.2	Utfordringer ved grensedragningen	45
5.3	Bestemmelsens egnethet til å redusere tvil	46
5.4	I hvilken utstrekning har § 40 bidratt til å redusere tvilen om grensedragningen? ..	47
Kilderegister		49

1 Innledning

1.1 Presentasjon av tema og problemstilling

Avhandlingen er en analyse av gjeldende rett om hvor grensen mellom livs- og dødsdisposisjoner går i arveretten. Analysen tar for seg den historiske utviklingen av «realitet», fra det ble introdusert i vurderingen som et vurderingsmoment, frem til vilkåret ble lovfestet i arveloven 2019 § 40. Avhandlingens hovedproblemstilling er å analysere om det var hensiktsmessig å lovfeste dette kriteriet. Hovedformålet med lovfestingen var å redusere tvilen om hvor grensen går, og i den sammenheng gjøre det enklere for lekfolk å vite hvilke avtaler som vil stå seg mot testamentsreglene. I forlengelsen av dette foretas det en vurdering av om arveloven § 40 har bidratt til å redusere tvilen om hvor grensen går.

Grensen mellom livs- og dødsdisposisjoner har lenge vært uklar og har vært gjenstand for vurderinger av lovgiver, Høyesterett og i juridisk teori. Utgangspunktet er at dersom arvelater selv ønsker å bestemme hvem som skal arve han/henne, må dette gjøres ved testament. Arvelovens regler krever at dødsdisposisjoner føres i testamentsform. Et slikt krav stilles imidlertid ikke for livsdisposisjoner. Hvor grensen mellom livs- og dødsdisposisjoner trekkes er dermed avgjørende for om testamentsreglene kommer til anvendelse.¹ Hva som defineres som en dødsdisposisjon og en livsdisposisjon er ikke i seg selv problematisk, det er tvilstilfellene som byr på utfordringer.

En *dødsdisposisjon* (*disposito mortis causa*) er en testamentarisk disposisjon, som omfatter testamenter, dødsgaver, arveavtaler, og andre disposisjoner som regulerer hva som skal skje med formuesgodene etter givers død. I avhandlingen brukes *dødsdisposisjon* og *testamentarisk disposisjon* med samme meningsinnhold. Norsk rett opererer med et materielt testamentsbegrep, fremfor et formelt. Dette innebærer at det er disposisjonens *materielle innhold* som avgjør om det er en testamentarisk disposisjon, ikke hvilken form som er valgt. De viktigste kjennetegnene på en dødsdisposisjon er at den først får realitet etter arvelaterens død og at dette var arvelaterens mening.

Med *livsdisposisjon* (*disposito inter vivos*) siktes det til ordinær forvaltning av egne formuesgoder, regulert av avtaleretten og formueretten. Hvorvidt noe er en livsdisposisjon har

¹ Asland (2021) s. 195.

tradisjonelt sett forutsatt at det foreligger tilstrekkelig livsrealitet for giver, og at dette var meningen.

Testamentsreglene utgjør en viktig begrensning i avtalefriheten. Begrensningen kan formuleres som et prinsipp om at en ikke godtar at arvelater fastsetter en arvefordeling i strid med arvelovens regler. Dette gjelder disposisjoner som i live ikke påfører giver hverken goder eller byrder, men kun har virkning overfor arvingene etter arvelaters død.² Det er to tilfeller som har vært grunnlag for uklarhet i praksis.³ Det første er såkalte «pleie-avtaler», hvor arvelater fikk fordeler eller mottok ytelser mens han levde, og det oppstår spørsmål om han har forpliktet seg til å yte vederlag for dette først ved arvelaters død. Det andre er uklare eller proforma-lignende disposisjoner hvor det er uvisst om overføringen var ment å være reell for arvelater i hans levetid, eller om det i realiteten er tale om en testamentarisk disposisjon. Uklarhetene om hvor grensen går blir tydeligere når disposisjonen angår forhold som til en viss grad har både livs- og dødsrealitet, f.eks. overføring av generasjonsbolig hvor giver forbeholder seg livslang boret. Denne interessekonflikten kommer sterkest frem hvor det er særkullsbarn og en lengstlevende ektefelle.⁴

De praktisk og prinsipielt viktigste tilfellene er disposisjoner hvor det overdras fast eiendom. Pliktdelsreglene er ofte til hinder for at en eiendom kan overføres etter arvelaters død uten at de andre livsarvingene kompenseres.⁵ Pliktdelsvernet gir beskyttelse mot arvelaters testamentariske disposisjoner, men ikke mot arvelaters livsdisposisjoner. Dette gir arvelater et vidt spillerom til å redusere livsarvingenes arv. I flere rettsavgjørelser om livs- og dødsdisposisjoner er tvistespoersmålet vært hvorvidt livsarvingene pliktdeisvern har blitt krenket.⁶ Av Høyesteretts avgjørelser fra de siste 50 årene, utgjør konflikter mellom arvelaters særkullsbarn og gjenlevende ektefelle eller samboer over halvparten av sakene.⁷

Det vanligste tvistetemaet er om overdragelsen var fullbyrdet før arvelater døde. I tilfeller hvor døden har inntruffet uventet, har tvistetemaet vært om overdragelsen var *ment* å oppfylles før

² Olsen (2022) s. 329.

³ Eeg (2012) s. 142.

⁴ Asland (2021) s. 27.

⁵ Arveloven 2019 §§ 50-56.

⁶ Asland (2021) s. 270 med videre henvisninger.

⁷ Eeg (2012) s. 142-143.

døden.⁸ Vurderingen tar som regel utgangspunkt i hvilke faktiske forhold som anses bevist, hva som skjedde før arvelater døde, og om dette er tilstrekkelig til at gaven anses oppfylt før døden.

Da arveloven 2019 trådte i kraft, ble «dødsdisposisjon» for første gang presentert i form av en legaldefinisjon som «avtale og gave som verken hadde eller var ment å ha realitet» mens arvelater levde.⁹ Formålet med bestemmelsen var å gi en oversiktlig og lettlest regel om hvor grensen mellom livs- og dødsdisposisjoner gikk, med hensikt om å forbedre forutberegneligheten rundt slike disposisjoner.¹⁰

Arvelovens § 40 har vært gjenstand for bred kritikk. Kritikken har rettet seg både mot bestemmelsens ordlyd, og til forarbeidene, som har vært oppfattet som mangelfulle. Kritikken er videre rettet mot regelens funksjon, herunder hvorvidt den er egnet til å oppfylle formålet som ligger bak; en mer forutberegnelig rettssituasjon. Det er også stilt spørsmål om bestemmelsen i realiteten endrer rettstilstanden, selv om det er uttrykkelig klargjøres i forarbeidene at lovfesting kun er en «presisering og tydeliggjøring av gjeldende rett».¹¹

Bestemmelsens formål er å redusere tvilen rundt grensedragningen og gi en oversikt over hvilke disposisjoner som krever testamentsform for å være gyldige. Dette er i utgangspunktet et hensiktsmessig formål, ettersom alle tjener på å redusere tvil og tydeliggjøre rettstilstanden.¹² Spørsmålet er om loven har bidratt til en tydeligere rettstilstand, eller om det fremdeles foreligger risiko for misforståelser.

1.2 Avgrensninger

Avhandlingens formål er å undersøke vurderingstemaet for grensedragningen mellom livs- og dødsdisposisjoner. Fremstillingen setter søkelys på vurderingen av begrepet «realitet» og dets utvikling fra ulovfestet vurderingsmoment til lovfestet vilkår. Ettersom analysens fokus vil være knyttet opp til begrepet «realitet», avgrenses det mot å gjøre en fullstendig oppgang av grensen mellom livs- og dødsdisposisjoner de lege lata.

⁸ Eeg (2012) s. 142-143.

⁹ Arveloven § 40 annet ledd annet punktum.

¹⁰ NOU 2014:1 s. 89 flg.

¹¹ NOU 2014:1 s. 93.

¹² Unneberg (2009) s. 24 flg.

Fremstillingen avgrenses videre til en gjennomgang av rettsavgjørelser hvor arvelater har disponert over fast eiendom. Ved overføring av fast eiendom overføres som regel ikke alle eierfunksjonene samtidig. I norsk rett er det flere funksjoner som må overføres for at disposisjonen anses fullført. Det stilles imidlertid ulike krav til en ordinær formuerettslig overføring, og en overføring av eiendom som en del av et generasjonsskifte. I det første tilfellet kreves det vanligvis at den nye eieren har full råderett over boligen. Ved generasjonsskifte er det svært vanlig at giver forbeholder seg livslang boret (eller bruksrett) til eiendommen. Til tross for manglende råderett, er ikke dette et hinder for at eiendommen anses overført.

Fast eiendom er også det mest sentrale formuesgodet som er gjenstand for ugyldige overdragelser i arverettslig forstand. Fast eiendom utgjør som regel det største aktivumet i et alminnelig dødsbo. Det er derfor av interesse for arvinger og eventuelle mottakere å vite om overføringen av fast eiendom er en gyldig disposisjon, eller om den utgjør et ugyldig inngrep i livsarvingenes pliktdelsarv.

1.3 Metodiske spørsmål og fremstillingen videre

Spørsmålet som stilles er et klassisk rettsdogmatisk spørsmål og bruker rettsdogmatisk metode.¹³ Utgangspunktet for vurderingen av grensen mellom livs- og dødsdisposisjoner har alltid vært i en lovbestemmelse. Først arveloven 1854 § 65, deretter arvelova 1972 §§ 35 og 53, og nå arveloven 2019 § 40. Til tross for lovfestingen, har den konkrete forståelsen av grensen blitt etablert i høyesterettspraksis. Grensen mellom livs- og dødsdisposisjoner kom særlig på spissen i forarbeidene til 1972-loven og 2019-loven, og har lenge vært diskutert i juridisk teori. Rettskildebildet for analysen tar derfor utgangspunkt i loven, men hvordan selve vurderingen skal gjennomføres er beskrevet i forarbeidene og etablert i rettspraksis og juridisk teori.

Til tross for en omfattende behandling av spørsmålet, har verken Høyesterett eller lovgiver etablert objektive kriterier for vurderingen. I fraværet av objektive kriterier, er det derfor vanskelig å kunne identifisere klare forutsetninger for hvilke disposisjoner som går klar av testamentsreglene. Grensedragningen er i stor grad preget av den konkrete situasjonen og bevisvurderinger knyttet til de faktiske forhold bak disposisjonen. Bevisvurderingen bærer preg av at retningslinjene er utviklet i rettspraksis, hvor det foretas konkrete avgjørelser hele veien.

¹³ Graver (2008) s. 157-158.

Dette har medført at det normative innholdet har vært vanskelig å få objektivisert. Rettstilstanden er således i stor grad preget av lite forutberegnelighet.

I den videre fremstillingen vil jeg redegjøre for den rettslige utviklingen og de ulike momenter som har vært vektlagt ved vurderingen av grensen mellom livs- og dødsdisposisjoner fra arveloven 1854 og frem til i dag. Jeg vil deretter gjennomgå høyesterettspraksis hvor *realitet* har vært anvendt som vurderingsmoment, både etter 1854-loven og 1972-loven. Formålet med gjennomgangen er å vise hvilke vurderinger som lå til grunn for å anse en disposisjon som tilstrekkelig oppfylt, og i den utstrekning synliggjøre hvilken betydning *realitet* har hatt i den rettslige vurderingen.

I kapittel 3 gjennomgås NOU 2014:1 og utredningens betydning for ordlyden i arveloven § 40. Her vil jeg også vurdere HR-2017-716-A, som i stor grad baserer seg på NOU 2014:1 før loven trådte i kraft. Gjennomgangen vil også behandle hvorvidt grunnlaget for lovfestingen var tilstrekkelig redegjort for. I kapittel 4 foretas det en konkret vurdering av «realitet»-vilkåret i § 40 og hvordan dette skal forstås. I kapittel 5 vil jeg vurdere hvorvidt bestemmelsen er egnet til å redusere tvilen om hvor grensen mellom livs- og dødsdisposisjoner går.

2 Utviklingen av rettstilstanden

2.1 Arveloven av 1854

Så lenge det har eksistert begrensninger i den testamentariske rådigheten, har det vært behov for å avklare hvilke disposisjoner som anses som dødsdisposisjoner og derved faller innenfor testamentsbegrepet.¹⁴ En slik uttrykkelig regulering fantes ikke i arveloven 1854. En antitetisk tolkning av § 30 ga likevel uttrykk for at et vanlig testament innebar at man rådet over hva som skulle skje med sine eiendeler etter sin død.¹⁵

Det følger av forarbeidene til 1854-loven, at det i lang tid hadde vært erkjent at testamentsreglene burde ha en egen lovregulering, ettersom deres karakter skilte dem fra ordinære kontrakter.¹⁶ Lovgiver anså det nødvendig med en regulering som beskyttet livsarvingenes rett på pliktdelsarv, og som konkretiserte testamentsformkravene. Ytterligere regulering av hva som skulle regnes som en testamentarisk disposisjon, drøftes ikke i forarbeidene.

Bestemmelsen som regulerte grensen mellom livs- og dødsdisposisjoner var § 65:

«De Bestemmelser, som ovenfor i §§ 33-39 ere givne angaaende gjenkaldelige sidste Villieserklæringer, skulle og gjælde om saadanne kontraktmæssige Gaver, der ved **Giverens Død endnu ikke ere fuldbyrdede**, saavelsom om de Gaver, der gjøres **paa Dødsleie**, selv om disse **før Giverens Død fuldbyrdes**.»

Bestemmelsene i §§ 33-39 gjorde rede for formkravene og pliktdelsarven som måtte hensyntas ved utformingen av testament. «Skulle og gjælde» ga uttrykk for at bestemmelsen var en utvidelse av virkeområdet for reglene, og at slike gaver var noe annet enn hva som ble regnet for å være et testament. I forarbeidene uttales det at døds-gaver «have i alt Væsentligt Characteren af *dispositiones mortis causa*» og måtte dermed likestilles med en testamentarisk disposisjon.¹⁷ Paragraf 65 var dermed en presisering om at også gaver gitt på dødsleie, døds-gaver, skulle anses som en testamentarisk disposisjon og måtte følge testamentsreglene.

¹⁴ Olsen (2022) s. 39.

¹⁵ Arveloven 1854 § 30.

¹⁶ Ot.prp. U/1851, 5 Deel, s. 54-56, 96.

¹⁷ Ot.prp. 4/1854 s. 39-40.

2.1.1 Vurderingen av vilkåret «fuldbyrdede»

Vurderingstemaet i § 65 var om disposisjonen var fullbyrdet. Forarbeidene ga ingen veiledning for hvor denne grensen skulle trekkes, og innholdet ble da konkretisert gjennom etterfølgende teori og i rettspraksis. Ordlyden kunne tolkes både som rettslig fullbyrdet og faktisk fullbyrdet. Hvorvidt en overdragelse var rettslig fullbyrdet ble vurdert ut fra når formuesgodet hadde fått rettsvern, slik at avhenderen ikke lenger rettslig kunne råde over formuesgodet. Det var imidlertid en felles oppfatning i teorien om at slik formell gjennomføring ikke var tilstrekkelig for at en disposisjon faktisk var fullbyrdet.¹⁸ En formell overføring som ikke var i samsvar med det reelle innholdet i disposisjonen, var ikke en gyldig overføring. Med andre ord kan kravet om faktisk gjennomføring av en disposisjon, forstås som ett av flere momenter i en proformavurdering.¹⁹

Juridisk teori la til grunn at den faktiske fullbyrdelsen av overføringen var avgjørende.²⁰ Formålet med rettshandelen ble et avgjørende moment, hvor man vurderte om en disposisjon var gjort av hensyn til arvelaters egeninteresser i live, eller om den var motivert av hvordan formuen skulle fordeles etter arvelaters død. Det var dette som var avgjørende, og ikke hvilken form som ble brukt.²¹

Ordlyden ble oppfattet dithen at den skulle ramme disposisjoner med døden for øye, og dermed også alle gaveløfter som faktisk stod ufullbyrdet ved dødstidspunktet, uavhengig av årsak. I teorien var man stort sett enige om denne oppfatningen.²² Noen forfattere mente imidlertid at man måtte utvise varsomhet ved tolkningen av § 65, for å unngå at bestemmelsen rammet tilfeller hvor det ikke hadde vært tanke på «omgaaelse, idet Forudsætningen har været, at den skulde oppfyldes i Giverens levende live».²³ I slike tilfeller måtte hensikten bak disposisjonen tillegges større vekt.

I forlengelsen av dette ble ordlyden ansett å kunne forstås i en viss grad utvidet, slik at den *ikke* gjaldt for «gaver som skulle vært fullbyrdet i giverens livstid, men som helt tilfeldig er blitt ufullbyrdet fordi han uventet dør».²⁴ Arnholm mente at hverken rettslig eller faktisk

¹⁸ Olsen (2022) s. 43-44 med videre henvisninger.

¹⁹ Olsen (2022) s. 48-49 og avhandlingens punkt. 3.1.2.

²⁰ Olsen (2022) s. 43-44 med videre henvisninger.

²¹ Gjelsvik (1968) s. 143-144.

²² Olsen (2022) s. 43-44.

²³ Platou (1910) s. 263.

²⁴ Arnholm (1949) s. 43.

fullbyrdelse var tilfredsstillende kriterier for når det forelå en livsdisposisjon.²⁵ Basert på dette presenterte han læresetningen:

«Betingelsen for at man skal underkjenne en disposisjon som i det ytre fremtrer som en livsdisposisjon, må formodentlig være at disposisjonen slik som forholdende fortonet seg for avgiveren, var *uten realitet eller uten nevneverdig realitet for han i hans levetid*».²⁶ (Egne kursiveringer).

Realitetsvurderingen var en nyvinning som skilte seg markant fra den tidligere vurderingen forbundet med regelen. Realitetskriteriet vant gehør i både rettspraksis og teori²⁷, og var starten på utviklingen av vurderingstemaet. I Arnholms senere bøker ble læresetningen videreført, med tillegget «.. og at [disposisjonen] heller ikke på annen måte tjente å ivareta interesser i hans levetid».²⁸

«Dødsdisposisjon» defineres ikke i 1854-loven. Schei tok utgangspunkt i at en dødsdisposisjon er «en disposisjon over eiendeler som ikke får virkninger for eieren i levende live, men kun for hans arvinger ved at den medfører en fordeling av hans gods etter hans død».²⁹ Både Arnholm og Schei mente at man må vurdere i hvilken grad overdragelsen var reell for arvelater, og i den utstrekning er det de faktiske forhold som må vurderes. Det var dermed de faktiske forhold som var avgjørende i vurderingen av om det forelå en dødsdisposisjon etter § 65.

2.1.2 Behovet for regulering aktualiseres

I etterkrigsperioden skjedde det en rask materiell vekst i Norge, da landet utviklet seg til et moderne industri- og forbrukersamfunn.³⁰ Dette var et resultat av industrialisering, teknologiske fremskritt, og generell velstandsøkning. En stor del av befolkningen hadde etter hvert bygget opp en formue av en slik størrelse at arvereglene kunne få betydning for flere.³¹ Fordeling av formuesgoder etter ens død ble et mer alminnelig spørsmål. De rettslige problemstillingene knyttet til dette oppstod derfor desto hyppigere.

²⁵ Arnholm (1949) s. 31.

²⁶ Arnholm (1949), s. 36.

²⁷ Olsen (2022) s. 61-62.

²⁸ Arnholm (1974) s. 109.

²⁹ Schei (1969) s. 165.

³⁰ <https://www.norgeshistorie.no/velferdsstat-og-vestvending/> (04.12.23).

³¹ Eeg (2022) s. 67.

En typisk problemstilling var hvor arvelater ønsket å omgå pliktdelsreglene og fordele formuesgoder på bekostning av ett eller flere av livsarvingenes legalarv. Avhandlingen vil særlig fokusere på tilfellene hvor det ble overført fast eiendom fra arvelater til én livsarving til fordel for de andre livsarvingene, og fra arvelater til ny ektefelle/samboer som ikke er forelder til arvelaters livsarvinger.

Problemstillingen aktualiserte seg først på 1960-tallet, da større deler av befolkningen hadde rukket å etablere en formue av betydning som skulle fordeles. Det er derfor begrenset hvor stor overføringsverdi rettspraksis før 1960-tallet kan til å redegjøre for vurderingstemaet «realitet».³² Rt. 1961 s. 935 nevnes gjerne som den første høyesterettsdommen hvor «realitet» ble fremhevet som det avgjørende i vurderingen. I ettertiden har de fleste dommer drøftet hvilken realitet en overdragelse har hatt for arvelateren.³³ Det sentrale spørsmålet er, og har vært, hva slags innhold som gjør en disposisjon til en dødsdisposisjon. I det følgende foretas det en gjennomgang av rettspraksis, som viser hvorledes vurderingen har utviklet seg.

2.1.3 Rt. 1961 s. 935

En enkemann med en sønn fra et tidligere ekteskap giftet seg på nytt i 1926 med en 16 år yngre kvinne. Etter å ha vært gift i 27 år, opprettet ektefellene en ektepakt som bestemte at boligen, med innbo og løsøre, skulle være konens særeie. Ektepakten og skjøtet på eiendommen ble tinglyst. Mannen var 80 år da overføringen skjedde. Da han 5 år senere døde, anførte sønnen at overføringen til konen var en ugyldig dødsdisposisjon. Han fikk medhold i Høyesterett.

Spørsmålet var om arvelater reelt sett hadde ment å overføre eiendomsretten til hustruen før sin død, eller først etter denne. I oppsummeringen la Høyesterett til grunn at overføringen ikke innebar noe *realitet*, annet enn i rettslig forstand. Selv om fruen ble rettslig legitimert gjennom tinglysningen, hadde ikke overføringen noen *praktisk påregnelig realitet* for mannen mens han levde. Disposisjonen var klart motivert av arvemessige hensyn, og var i strid med arvelovens pliktdelsregler.³⁴

Vurderingen i dommen var i stor grad et spørsmål om bevisvurdering.³⁵ I vurderingen av om overføringen var fullbyrdet la Høyesterett vekt på ektefellenes aldersforskjell, henholdsvis 80

³² Hambro (2011) s. 137.

³³ Hambro (2023) Lovkommentar.

³⁴ Rt. 1961 s. 935 (s. 936).

³⁵ Eeg (2022) s. 400.

og 64 år, at de hadde gjeldfri egen bolig, en tilstrekkelig og sikker inntekt, og noe formue utenom boligen. Dette var forhold som tydet på et trygt og sikkert samliv, og risikoen for kreditorpågang eller mulig samlivsbrudd var ikke til stede. Det ble altså foretatt en vurdering av om disposisjonen ville *kunne få* realitet i live. Høyesterett bemerket at disposisjonen verken «innebar eller var ment å innebære noen realitet utover den å skulle sikre at mottakeren etter giverens død og uberørt av en mulig skiftebehandling ble eier av den faste eiendom».³⁶

2.1.4 Rt. 1963 s. 803

Rt. 1963 s. 803 (Nordisk Domssamling 1963 s. 288) kan sammenlignes med Rt. 1961 s. 935. Saken gjaldt et ektepar uten felles barn, hvor mannen hadde en datter fra tidligere. Sytten år etter at ekteskapet ble inngått, opprettet de en ektepakt hvor bolig, innbo og løsøre skulle være hustruens særeie. Da mannen døde, anførte hans datter at overdragelsen ikke var gyldig. Arvelater hadde tatt selvmord en og en halv måned etter at ektepakten ble opprettet. Høyesterett la, uten ytterligere drøfting, imidlertid til grunn at dette ikke var planlagt da ektepakten ble inngått. Etter en gjennomgang av ektefellenes økonomiske forhold, kom Høyesterett til at formålet med ektepakten var å sikre boligen fra kreditorer, da ektemannen var personlig disponent for et firma. Dette var et legitimt formål, selv om den reelle konsekvensen var at datterens arv ble betydelig redusert. Overdragelsen til konens særeie hadde realitet i hans levetid, og disposisjonen var dermed fullbyrdet før hans død.

Både i Rt. 1961 s. 935 og Rt. 1963 s. 803 blir motivet bak disposisjonen tydelig vektlagt i vurderingen av om disposisjonen er oppfylt etter sitt innhold. Sakene har tilsvarende like faktum, men motivet bak disposisjonen vektlegges som avgjørende i vurderingen av om det er en livsdisposisjon eller dødsdisposisjon. Sakene illustrerer at realitets-vurderingen settes noe i bakgrunnen i tvilstilfeller. I situasjoner hvor det er uklart hvorvidt disposisjonen kan anses som fullbyrdet er det *motivet* som trumfer vurderingen.

2.1.5 Rt. 1963 s. 518

Saken gjaldt et større skifteoppgjør mellom særkullsarvinger og gjenlevende ektefelle. En enkemann med tre sønner fra tidligere ekteskap giftet seg på nytt i 1944 med en 29 år yngre kvinne. Da mannen var 75 år, i 1949, opprettet ektefellene en ektepakt som overførte hans faste

³⁶ Rt. 1961 s. 935 (s. 937).

eiendom til hustruen som hennes særerie. Ektepakten og skjøtet ble tinglyst, og endringene ble ført opp på deres respektive selvangivelser. Mannen døde av en hjerneblødning i 1957. Hans tre sønner fra tidligere hevdet at ektepakten var en ugyldig dødsdisposisjon. Høyesterett avsa dom for at ektepakten måtte kjennes ugyldig som dødsdisposisjon (dissens 3-2).

Høyesterett anså at disposisjonen utelukkende var dødsmotivert. Mannen hadde hatt en hjerneblødning kort tid før ektepakten ble opprettet, noe som ble antatt å ha hatt sammenheng med opprettelsen av ektepakten. At mannen levde i ytterligere 8 år, var ikke avgjørende, da det ikke endre motivet bak ektepakten. Førstvoterende fant, riktig nok under tvil, at ektepakten måtte kjennes ugyldig basert på at den ikke var ment å innebære noen realitet mellom partene.³⁷

Annenvoterende mente at disposisjonen måtte kjennes gyldig som livsdisposisjon, ettersom hustruen stod som eier av hus og bankkonti da ektefellene solgte en eiendom i 1955, og at kjøpesummen dermed ble «underkastet hennes disposisjonsrett og fulle rådighet».³⁸ Annenvoterende hevdet også at ektefellene tydeliggjorde de endrede økonomiske forhold ved at de førte opp eiendomsovergangen på selvangivelsen. Mindretallet la mindre, eller ingen, vekt på motivet, annet enn at de anså det å være «fullt legalt, naturlig og rimelig».

I tråd med i Rt. 1961 s. 935, vektla flertallet at et arvefordelingsmotiv talte for en dødsdisposisjon. Avgjørelsen presiserer motivets sentrale posisjon i vurderingen, ettersom det underbygger manglende realitetshensikt. Vurderingene er imidlertid i stor grad flettet sammen, og synliggjør at momentene må sees i en helhet.

2.1.6 Rt. 1971 s. 300

En enkemann med barn fra tidligere ekteskap, inngikk i 1961 nytt ekteskap. Samme år ble det opprettet en ektepakt hvor mannen overførte eiendommen til sin kone. Ektepakten ble tinglyst. Konen opprettet også et testament hvor hun tilgodeså alt hun eide til sin mann etter hennes død. Ektefellene var nærme i alder og hadde ingen tydelige helseutfordringer. Mannen døde 7 år etterpå. Hans særkullsbarn hevdet at ektepakten var en ugyldig dødsdisposisjon, men Høyesteretts flertall fastslo at overdragelsen var en livsdisposisjon (dissens 4-1).

³⁷ Rt. 1963 s. 518 (s. 524).

³⁸ Rt. 1963 s. 518 (s. 526).

Flertallet anså at det vesentlige formålet ved opprettelsen av ektepakten var å sikre hustruen dersom mannen falt bort først. De fant det imidlertid ikke bevist at motivet var å «berøve sønnen hans farsarv».³⁹ Ettersom hustruen fremstod som eier av eiendommen, betalte hun renter og fradrag, eiendomsskatt og andre avgifter, noe som bidro til en økonomisk realitet for mannen. I tillegg var det hun som overførte boliglånet til ny bank. Flertallet la videre vekt på ektepaktens funksjon som «fornuftig ledd i etableringen av et felles hjem for to jevnaldrende mennesker».⁴⁰ Til tross for arvefordelingsformålet, hadde ektepakten fra opprettelsen en økonomisk realitet for arvelater.

Mindretallets var mer reservert og bemerket at ektefellene ikke hadde «overveid alvorlig» ektepaktens funksjon i tilfelle skilsmisse, eller hustruens mulige, ensidige disponering over eiendommen.⁴¹ Dette måtte dermed tale for at ektepakten utelukkende tok sikte på å ordne forholdene når en av dem var død, og ikke ville hatt realitet for dem i live. Hvorvidt ektefellene hadde overveid muligheten for skilsmisse eller ikke, var det ytterst få holdepunkter for å vurdere.

Flertallet viste til at det var relevant å vurdere ektepaktens funksjon i å opprettholde og sikre forholdet, og hvorvidt det skjedde som ledd i etablering av felles hjem. Dersom dette var tilfelle, var det gode grunner for å anta at disposisjonen ville hatt realitet, eller var ment å ha realitet, i live, og dermed var en livsdisposisjon.

2.2 Oppsummering av rettstilstanden etter 1854-loven

I vurderingen av om en disposisjon er fullbyrdet, gir dommene uttrykk for at det måtte foretas en konkret vurdering av de faktiske forhold, hvor noen momenter vektlegges i større grad. Dette gjelder blant annet *formålet/motivet* arvelater hadde med disposisjonen da den ble opprettet, *sannsynligheten for samlivsbrudd*, og i hvilken grad disposisjonen etter sitt innhold hadde *realitet for arvelater*. Selv om *realitet* var det ledende vurderingstemaet, ser man i 1961- og 1963-avgjørelsene at det var *motivet* som ble tillagt avgjørende betydning. I 1971-avgjørelsen så Høyesterett imidlertid bort fra *motiv* ettersom disposisjonen hadde tilstrekkelig realitet.

³⁹ Rt. 1971 s. 300 (s. 302).

⁴⁰ Rt. 1971 s. 300 (s. 303).

⁴¹ Rt. 1971 s. 300 (s. 303-304).

Dommene illustrerer behovet for et samspill av vurderingsmomenter som kan anvendes for forskjellige faktum, særlig for tvilstilfeller.

2.3 Arveloven av 1972

Arveloven 1972 har ingen generell bestemmelse om grensen mellom livs- og dødsdisposisjoner. En viss veiledning finnes i § 48 om testasjonsevne, hvor den som har fylt 18 år «kan i testament fastsette kva som skal gjerast med det han let etter seg når han døyr». Utgangspunktet er at disposisjoner som regulerer hva som skjer med formuesgoder etter ens død, må føres i testamentsform og respektere pliktdelsarven som følger av loven.

Som følge av den tidligere usikkerheten om hvorvidt gaver var testamentariske disposisjoner, ble det utarbeidet en egen bestemmelse i § 35 om at gaver som ikke skal oppfylles før etter givers død, må ha testaments form:

«Ei gåve som er **meint oppfyllost** etter at givaren er død, er berre gyldig så langt den fell innanfor den **delen av formuen som givaren kunne rå over med testament**».

Departementet mente at både prinsipielle og praktiske grunner talte for å lovfeste at kravet til testamentsform skulle gjelde for dødsgaver i § 53⁴²:

«Reglane framanfor i dette kapitlet gjeld også for gåve som er **meint å skulle oppfyllost** etter at givaren er død, og **gåve som er gitt på dødsleiet**.»

2.3.1 Vurderingen av vilkåret «oppfyllost»

Det er primært §§ 35 og 53 som utgjør det rettslige grunnlaget for vurderingen av hva som defineres som en dødsdisposisjon. Vilkåret om at gaven må være «meint å skulle oppfyllost», er en endring fra 1854-lovens vilkår om «fuldbyrdede» disposisjoner. Ordene er synonyme og det var heller ikke var hensikten at dette skulle medføre noen realitetsendring. Ordvalget «meint» ga imidlertid uttrykk for at det skulle foretas en mer subjektiv vurdering av arvelaters hensikt med gaven, enn hva det ble lagt opp til tidligere.

⁴² Ot.prp.nr 36 (1968-1969) s. 163.

Det ledende vurderingstemaet i rettspraksis var fremdeles «realitet». Ordet «realitet» har imidlertid variert i hvilken grad det har vært synonymt med virkninger, om det har vært et subjektivt kriterium eller om det har vært en retningslinje som har vist til disposisjonens egentlige innhold.⁴³ Det bærer preg av å være et uklart, skjønnsmessig begrep som viser til en helhetsvurdering uten at noen moment kan fremheves over andre.⁴⁴

«Realitet» kan tolkes som en overordnet retningslinje for vurderingen av om en disposisjon faller innenfor §§ 35 og 53.⁴⁵ Når en overføring har hatt realitet for arvelater, er dette en subjektiv oppsummering av den formelle og faktiske oppfyllelsen av disposisjonen.⁴⁶ Spørsmålet blir dermed hvilken virkning, konsekvens og betydning disposisjonen har hatt for arvelater i live. Hvordan dette ble praktisert etter 1972-loven, skal nedenfor illustreres med en gjennomgang av rettsavgjørelser, som viser hvordan vurderingen av grensedragningen har utviklet seg.

2.3.2 Rt. 1978 s. 1083

En enke på 81 år ønsket ikke lenger ansvaret for gårdsbruket sitt og overførte gården til sine to yngste barn. Hun var i konflikt med de to eldste barna og hadde tidligere forsøkt å selge gården på det åpne markedet, uten hell. Utstedt gaveskjøte ble tinglyst. Hennes to eldste barn hevdet at dette var en ugyldig dødsdisposisjon, og krevde at gårdsbruket skulle inngå i dødsboet etter moren. Høyesterett fastslo at gaveskjøtet var en livsdisposisjon.

Forholdene rundt overdragelsen bar ikke preg av et arvefordelingsmotiv, men heller en endring som ville ha realitet for henne i hennes levetid. Videre vektla Høyesterett at overdragelsen var *forståelig*.⁴⁷ Hvorvidt noe er forståelig, beror på en særlig subjektiv og personlig vurdering. Et slikt argument kan ha sammenheng med den nye ordlyden «meint» i §§ 35 og 53, slik at arvelaters personlige motivasjon *skal* tillegges avgjørende vekt.

Denne saken lå i grenseområdet for hva man vil betegne som en livsdisposisjon. Gaveskjøtet ledet ikke til store endringer med hensyn til gårdens drift. Likevel ble det antatt at overdragelsen skjedde som en «fortjent gjenytelse for all den hjelp og støtte» de yngste barna hadde gitt

⁴³ Olsen (2022) s. 75.

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ Eeg (2009) s. 110.

⁴⁶ Hambro (2011) s. 134.

⁴⁷ Rt. 1978 s. 1083 (s. 1087).

foreldrene over lang tid.⁴⁸ Barna hadde ikke fysisk overtatt gården, da det kun var én leilighet der, og moren hadde forbeholdt seg boret i denne. Forbeholdet om boret stod ikke i veien for at de nye eierne overtok skatter og avgifter, drev skogen og fikk inntektene av hogsten. Moren hadde således oppnådd tilstrekkelig økonomisk realitet i live, og gaven var en oppfylt livsdisposisjon.

2.3.3 Rt. 1979 s. 1200

En mann med barn fra tidligere, inngikk nytt ekteskap. Ektefellene hadde felleseie frem til 1974, men opprettet da en ektepakt som overførte hele eiendommen med innbo og løsøre til konens særeie. Mannen var da 83 år og døde åtte måneder etter overdragelsen. Hans særkullsbarn hevdet at ektepakten var en ugyldig dødsdisposisjon, og fikk medhold i Høyesterett da ektepakten var i strid med deres pliktdelsarv.

Høyesteretts behandling av saken er kort, og tyder på at det var et klart tilfelle av dødsdisposisjon. Opprettelsen av ektepakten medførte ingen realitet for arvelater i hans levetid.⁴⁹ Ektefellene ble boende sammen som tidligere, og det var ingenting som tydet på et mulig samlivsbrudd; forholdet mellom ektefellene var godt, de hadde en velordnet økonomi og var gjeldfrie. Opprettelsen av ektepakten hadde ikke sammenheng med frykt fra kreditorer og skilte seg dermed fra Rt. 1963 s. 803.

Da ektepakten ble opprettet hadde arvelater et anstrengt forhold til sin yngste sønn, og hadde forlangt at sønnen skulle fraskrive seg arven. Dette beviste et arvefordelingsmotiv bak ektepakten som talte for at det i realiteten var tale om en dødsdisposisjon. Det påpekes også at saken har sterke paralleller til Rt. 1961 s. 935, hvor det var tydelig at overføringen var en disposisjon med døden for øye. Ved å konkludere likt som i 1961-avgjørelsen, opprettholdes standarden om at disposisjoner med døden for øye som ikke har hatt virkninger for giver i levende live, er dødsdisposisjoner.

2.3.4 Rt. 2007 s. 776

Et samboerpar inngikk en samlivsavtale som regulerte eierforholdene dem imellom. Samboer A hadde tre barn fra første ekteskap og var rammet av lungesykdommen kols. Samboer B hadde

⁴⁸ Rt. 1978 s. 1083 (s. 1091).

⁴⁹ Rt s. 1979 s. 1200 (s. 1203).

én datter fra tidligere. Aldersforskjellen mellom dem var 13 år, der A var eldst. Samlivsavtalen bestemte blant annet at halvparten av boligeiendommen ble overført fra A til B, slik at de eide en ideell andel hver. I relasjon til overdragelsen ble det hverken utstedt skjøte eller tinglyst endring på eiendommens blad i grunnboken. Eiendommen forble oppført kun på As skattemelding. Ved As død anførte hans barn at sameieavtalens punkt om eiendomsoverføring var en ugyldig dødsdisposisjon. Høyesterett la til grunn (dissens 4-1) at avtalen hadde tilstrekkelig realitet i live til å anses som en livsdisposisjon.

I sin vurdering viste Høyesterett til Rt. 1961 s. 935, hvor det avgjørende var om overdragelsen «innebar eller var ment å innebære noen realitet».⁵⁰ Deretter foretok Høyesterett en helhetsvurdering med utgangspunkt i *den konkrete virkning* avtalen fikk for giveren, hvor den formelle gjennomføringen av avtalen ville inngå som *ett av flere momenter*.

Det avgjørende for flertallet var at A, fra og med avtaletidspunktet, hadde påtatt seg en rettslig plikt til å løse ut Bs verdi av hennes sameiepart i boligeiendommen i tilfelle samlivsbrudd. Dette medførte at avtalen *kunne få* vesentlig realitet for A, ved at han risikerte å måtte løse ut B med halve verdien av boligeiendommen. Flertallet vektla en reell mulighet for fremtidig samlivsbrudd, og flertallet anså samlivsavtalen som et hensiktsmessig grep for å styrke samboerforholdet. Avtalen ga en praktisk ordning av formuesforholdet og innebar en vesentlig realitet for giver allerede fra avtaleinngåelse.

Flertallet la lite (om noe) vekt på manglende formell gjennomføring. De viste til at det forelå klare økonomiske grunner for ikke å tinglyse, og at det var liten risiko ved å unnlate tinglysning ettersom ingen av samboerne var utsatt for kreditorpågang. Dette var første gang Høyesterett ikke vektla manglende formell gjennomføring i retning dødsdisposisjon. Det kan ha sammenheng med at overføringer som manglet tinglysning, generelt sett ikke ble ansett for å være reelt ment, og dermed ikke ble tatt opp til vurdering i Høyesterett.

Mindretallet var uenig i vurderingen av sannsynlighet for samlivsbrudd, da et slikt standpunkt ikke hadde støtte i foreliggende høyesterettspraksis.⁵¹ Grunnet As alder og sykdom måtte det ha fremstått usannsynlig at B skulle dø før A, og bestemmelsen om likedeling ved samlivsbrudd måtte dermed tillegges begrenset betydning.⁵² Mindretallet la særlig vekt på at tinglysning i

⁵⁰ Avhandlingens punkt 2.2.3.

⁵¹ Rt. 2007 s. 776 (avsnitt 53).

⁵² Rt. 2007 s. 776 (avsnitt 55).

teorien har vært et sentralt vilkår for at en overdragelse skal anses som en fullbyrdet gave.⁵³ Annenvoterende mente at samboerne ved å unnlate tinglysning, hadde forsømt en nærliggende mulighet til å gi forholdet realitet. Gjennomført tinglysning hadde frem til nå vært et fellestrekk i de avgjørelsene hvor Høyesterett har konkludert med at det foreligger en livsdisposisjon.

Avgjørelsen danner grunnlaget for dagens regulering av dødsdisposisjoner.⁵⁴ Når det gjelder henvisningen til 1961-saken, er det verdt å nevne at denne saken baserte seg på et ganske annerledes forhold enn faktum i Rt. 2007 s. 776. Samlivsavtalen hadde verken form eller innhold som et skjøte, kjøpekontrakt eller gavebrev.⁵⁵ Den regulerte bare hvordan oppgjøret skulle gjennomføres ved samlivsbrudd. Mangelen på formelle skritt knyttet til overføringen skiller saken fra de andre avgjørelsene, da det var ganske sannsynlig at samboerne ikke hadde planer om formelt å gjennomføre disposisjonen.⁵⁶ Det kan hevdes at arveloven §§ 35 og 53 ikke er dekkende for denne type avtaler. Flertallets vurdering er i stor grad basert på avtaletolkning for å avdekke avtalens innhold og formål, og for deretter å vurdere hvilke virkninger avtalen var *ment å ha* i arvelaters levetid, istedenfor å vurdere de faktiske virkninger. En vurdering av *ment* formål, kan normalt bare foretas i tilfeller hvor oppfyllelsen ble avbrutt grunnet givers uventede dødsfall⁵⁷, som i Rt. 1963 s. 803.

2.3.5 Rt. 2008 s. 1589

Spørsmålet i denne avgjørelsen var om en overdragelse av en andelsleilighet i et borettslag fra mor til sønn skulle kjennes ugyldig som en dødsdisposisjon, jf. arveloven 1972 § 53, jf. § 35. Med henvisning til vurderingene i Rt. 2007 s. 776 kom Høyesterett til at overdragelsen ikke var ment å ha virkninger som reell overdragelse så lenge moren levde, og hadde heller ikke fått slik virkning. Høyesterett la til grunn at formålet med overdragelsen var å gjøre erververens to søsken arveløse.⁵⁸ At den rettslige disposisjonsretten formelt gikk over på sønnen, var ikke avgjørende. Overdragelsen bar preg av å være proforma, i den forstand at den ikke kunne anses som reelt ment, selv om den hadde hatt noen faktiske virkninger. Overdragelsen ble derfor ansett som en ugyldig dødsdisposisjon.

⁵³ Rt. 2007 s. 776 (avsnitt 59).

⁵⁴ NOU 2014:1 s. 89 og avhandlingens punkt 2.6.1.

⁵⁵ Eeg (2022) s. 403.

⁵⁶ Eeg (2022) s. 404.

⁵⁷ Eeg (2022) s. 404.

⁵⁸ Rt. 2008 s. 1589 (avsnitt 30).

2.4 Oppsummering av rettsstilstanden frem til 2008

Felles for 1854-loven og 1972-loven var at lovbestemmelsene la opp til en vurdering av om disposisjonen var oppfylt eller fullbyrdet. Ordene er synonyme, og kan også beskrives som å gjennomføre, etterkomme eller realisere disposisjonen. Det er i hovedsak tre vurderingsmomenter som er etablert i rettspraksis når grensen skal vurderes; *oppfyllelse, realitet og motiv*. Som regel er det også i denne rekkefølgen momentene vektlegges. Hvilket moment i vurderingen som blir tillagt avgjørende vekt, beror på de konkrete forholdene i saken.

En disposisjon kan anses å være oppfylt når kontrakten er signert, eller når skjøtet tinglyses på ny eier. Dette er utgangspunktet for å etablere rettsvern mot tredjepersoner innenfor formueretten. Siden tinglysing i utgangspunktet etablerer rettsvern mot tredjepersoner innenfor formueretten, kan arvinger i arveretten til en viss grad stilles i samme posisjon som disse. Dersom disposisjonen ikke er *oppfylt* etter sitt innhold, er det lite som taler for at den har vært *reelt ment* for arvelater, og det vil da ikke være nødvendig for arvingene å respektere den.⁵⁹

Vurderingen av *realitet* sikter til i hvilken grad disposisjonen har hatt virkninger for giver i dennes levetid. Hvorvidt det foreligger *realitet*, vurderes utfra forholdene rundt disposisjonen, på hvilken måte og i hvilken grad den har utspilt seg for giver, enten positivt eller negativt.

Motivet har i mange dommer vært nevnt som et moment i vurderingen. Jo større realitet en disposisjon har for arvelateren i levende live, desto klarere er det at motivet har vært å sikre seg selv for sin levetid. Motivet får imidlertid først betydning i de tilfellene hvor realiteten fremstår tvilsom, f.eks. ved overdragelse mellom personer i samme husstand, mellom ektefeller/samboere og overdragelser fra foreldre til hjemmeværende barn. I saker hvor den faktiske gjennomføringen ikke har hatt de samme merkbare virkningene som ellers, vil også motivet kunne få avgjørende betydning.⁶⁰

Særlig i tvilstilfeller aktualiseres motivet for disposisjonen. Når arvelaters hensikt har vært at disposisjonen skal oppfylles i live, men arvelater plutselig dør, vil disposisjonen likevel ha vært *reelt ment*, og vil kunne stå seg som en livsdisposisjon. Dersom arvelater har hatt et klart arvefordelingsformål kan motivet trekke i retning dødsdisposisjon, eller dødsmotiv ved disposisjonen. Samtidig vil motivet være likegyldig i tilfeller hvor disposisjonen er oppfylt fra

⁵⁹ Borge-Andersen (1982) punkt 5.

⁶⁰ F.eks. Rt. 1961 s. 035, Rt. 1963 s. 803, Rt. 1971 s. 300 og Rt. 1979 s. 1200.

arvelaters side, og det har vært reelt ment. Man står da overfor en livsdisposisjon, uavhengig av motivet bak.

I det enkelte tilfellet baseres vurderingen på de faktiske forhold og hva som eventuelt er tvilsomt etter forholdene. Det er flere momenter som går igjen i vurderingen. Blant annet forholdet mellom ektefellene/samboerne og hvorvidt det er risiko for samlivsbrudd, samt eventuell aldersforskjell mellom ektefellene/samboerne, deres respektive alder på overdragelsestidspunktet og forholdet mellom giver og dens barn. Andre momenter som er vektlagt er risiko for kreditorpågang, hvorvidt disposisjonen har medført en økonomisk endring for giver, hvorvidt overdragelsen er forståelig⁶¹ og om det har skjedd en endring i givers helse like før disposisjonen.⁶² Ved opprettelse av ektepakt vurderes det om den ble opprettet i «umiddelbar tilknytning til ekteskapets inngåelse».⁶³

Det sentrale er et krav om at det må ha inntrådt, eller vært meningen å skulle inntre, endringer i givers eiermessige og faktisk tilknytning til gavens gjenstand.⁶⁴ Vurderingen vil vanligvis være knyttet til de rettslige skritt som ble tatt for å gjennomføre disposisjonen, og dens faktiske virkninger.⁶⁵

Et resultat av Rt. 2007 s. 776 var at man gikk vekk fra den vanlige oppfatningen om tinglysning som krav for å kunne anse en disposisjon som en livsdisposisjon. Angående tinglysningens funksjon i å fullbyrde en gave uttalte flertallet: «[e]tter min mening har et slikt standpunkt ikke støtte i den høyesterettspraksis som foreligger».⁶⁶ Den tidligere rettstilstanden kan imidlertid ha vært mer forutberegnelig, hvor det gjennomgående, men ikke unntaksfritt, ble lagt vekt på hvorvidt overdragelsen var tinglyst.⁶⁷

Dersom giver var kommet godt opp i årene da gaven ble gitt etter flere års samliv og til en langt yngre partner, stod disposisjonen i fare for å bli kjent ugyldig, under den forutsetning at den

⁶¹ Rt. 1989 s. 539.

⁶² Rt. 1963 s. 518, førstvoterende fant at det var en klar sammenheng mellom arvelaters hjerneblødning og opprettelsen av ektepakten.

⁶³ Rt. 1979 s. 1200, med henvisning til Rt. 1971 s. 300.

⁶⁴ Eeg (2012) s. 143, punkt. 11.3.

⁶⁵ Eeg (2012) s. 144.

⁶⁶ Rt. 2007 s. 776 (avsnitt 53).

⁶⁷ Eeg (2012) s. 150.

ikke var foretatt i testamentsform og boligen ikke oversteg den testasjonsfrie del.⁶⁸ Se for eksempel Rt. 1961 s. 935 og Rt. 1979 s. 1200.

Utgangspunktet er, og har vært, en helhetsvurdering basert på de konkrete forhold rundt disposisjonen og i hvilken grad den har fått virkninger for arvelater. Dette betyr at det ikke er gitt at en disposisjon er gyldig, selv om man f.eks. tinglyser. Det at helhetsvurderingen knytter seg til flere subjektive faktorer, gir et dårlig utgangspunkt for forutberegnelighet. Vurderingen av disposisjonens klassifisering gir et enten-eller-resultat med ofte inngripende virkninger.⁶⁹ Oppsummert kan man si det slik; det avgjørende rettsvilkåret er om disposisjonen var tilsiktet oppfylt etter arvelaters død, jf. al. §§ 48 (1), 53 og 35.⁷⁰ Ved tvil om den var oppfylt før arvelater døde, er det naturlig å vurdere hva motivet var, jf. «meint», jf. §§ 35 og 53. Dersom disposisjonen var dødsmotivert, vil den kun være gyldig dersom den likevel fikk tilstrekkelig livsrealitet for arvelater før arvelaters død.

⁶⁸ Eeg (2012) s. 145-146.

⁶⁹ Ibid.

⁷⁰ Eeg (2009) s. 118.

3 Forsøket på å lovregulere grensen i arveloven 2019

Da arbeidet med arveloven 2019 startet, var spørsmålet om det både var mulig, og hensiktsmessig, å lovfeste grensen mellom livs- og dødsdisposisjoner.⁷¹ Den tidligere rettstilstanden baserte seg i stor grad på skjønnsmessige vurderinger. Uten faste objektive kriterier, var det vanskelig å få til en forutberegnelig behandling av grensen.

Hensikten med lovreguleringen var å tydeliggjøre hva som skal til for at en disposisjon/gave skal kunne stå seg mot testamentsreglene. Det har imidlertid ikke skjedd større endringer innenfor rettspraksis som skulle tilsi at man nå hadde et nytt grunnlag for å regulere grensen tydeligere. Arvelovutvalget ble likevel bedt om å utrede muligheten for en mer presis lovbestemmelse.

3.1.1 NOU 2014:1

NOU 2014:1⁷² er det mest utfyllende forarbeidet til arveloven § 40. Arvelovutvalgets utredning ble vedtatt uten endringer eller presiseringer.⁷³ Mandatets oppfordring til Arvelovutvalget var å lage klare og enkle regler som skulle gi forutberegnelighet, med utgangspunkt i arveloven §§ 35 og 53 og ulovfestede regler, som sammen ga uttrykk for de generelle avgrensningene. Til tross for at dødsdisposisjonsregelen er såpass ny, er den grundig omtalt i litteraturen.⁷⁴ Det er blant annet gitt uttrykk for en bekymring for at Arvelovutvalget har gjort rede for gjeldende rett på en måte som kan være misvisende, og lite representativ for hvor nyansert vurderingen burde ha vært.

For å forstå utvalgets vurderinger, må en se til utvalgets redegjørelse for gjeldende rett på området. Det legges først til grunn et generelt meningsinnhold i livs- og dødsdisposisjoner; en dødsdisposisjon får først realitet etter arvelaterens død og dette var arvelaterens mening, mens en livsdisposisjonene *hadde, eller var ment å ha, realitet* for arvelateren i dens levetid.⁷⁵ Det ble imidlertid ikke drøftet om i hvilke tilfeller det er aktuelt å vurdere om disposisjonen var

⁷¹ Mandatet for Arvelovsutvalget, punkt 3f annen setning.

⁷² NOU 2014:1 s. 89 flg.

⁷³ Prop.107 L (2017–2018) s. 296.

⁷⁴ Eeg (2022), Olsen (2022), Eeg/Olsen (2018).

⁷⁵ NOU 2014:1 s. 89.

ment å ha realitet. Dette medfører tilsynelatende likestilling av *faktisk* og *ment* realitet. Betydningen av dette kommer jeg tilbake til nedenfor.

Utvalgets redegjørelse av den rettslige problemstillingen, basert på Rt. 2007 s.776 og Rt. 2008 s. 1589, beskrives slik:

«For at en slik gave⁷⁶ skal stå seg som livsdisposisjon – det vil si at den ikke strider mot arvelovens regel om pliktdelsarv for livsarvinger og reglene om testaments form – må den være ment å skulle oppfylles før [giverens] død, jf. arveloven § 35 og § 53. Avgjørende i denne forbindelse er, slik det uttrykkes i Rt-1961-935, om den for giveren ‘innebar eller var ment å innebære noen realitet utover den å skulle sikre at mottageren etter giverens død og uberørt av en mulig skiftebehandling ble eier av den faste eiendom’». ⁷⁷

Utvalget siterer her Rt. 2007 s.776.⁷⁸ Setningen «innebar eller var ment å innebære noen realitet» er som nevnt hentet fra Rt. 1961 s. 935, og var tilsynelatende konklusjonen på en bevisvurdering av sakens konkrete forhold. ⁷⁹ Det ble i 1961-dommen konstatert at gaven ikke innebar noen «praktisk påregnelig realitet», basert på «partenes personlige forhold». ⁸⁰ Utsagnet var en oppsummering av betydningen av de konkrete faktiske forhold, og utgjorde den konkrete begrunnelsen for hvorfor disposisjonen ikke kunne bli ansett som fullbyrdet i *den* saken. Den samme setningen ble også tatt inn i Rt. 2008 s.1589, men der som del av problemstillingen, i form av et kriterium for at gaver kan anses som livsdisposisjoner i relasjon til §§ 35 og 53 i arveloven 1972.⁸¹

En likestilling av «ment realitet» og «faktisk realitet»⁸², kan danne grobunn for ytterligere misforståelser av grensen. Det er riktig at i noen tilfeller kan «ment realitet» være et avgjørende moment for å anse disposisjonen som en livsdisposisjon. Dette er imidlertid forbeholdt de tilfellene hvor giver/arvelater ikke rekker å faktisk oppfylle disposisjonen, som følge av en plutselig død, eller andre uforutsette hendelser. Språklig sett er det ikke naturlig å anse «ment

⁷⁶ «En slik gave» viser i Rt. 2007 s. 776 til en avtale med gavedisposisjon om å overføre halve eiendommen til samboeren. Det kan antas at utvalgets betydning er videre, og skal omfatte generelle gavedisposisjoner hvor det er usikkert om gaven kan anses oppfylt før giver dør.

⁷⁷ NOU 2014:1 s. 89.

⁷⁸ Rt. 2007 s.776 (avsnitt 35).

⁷⁹ Rt. 1961 s. 935 (s. 937).

⁸⁰ Rt. 1961 s. 935 (s. 936).

⁸¹ Eeg (2022) s. 401.

⁸² NOU 2014:1 s. 89, nest siste avsnitt.

realitet» og «faktisk realitet» som synonymmer. Hva noen har ment, er subjektivt, mens en faktisk realitet er et objektivt kriterium. Slik setningen er formulert, gis det uttrykk for at den subjektive meningen bak formålet med disposisjonen er likestilt med med disposisjoner med faktiske virkninger ut fra objektive kriterier.

Utvalget nevner ikke noe mer om nyansene rundt likestillingen av *ment* og *faktisk* realitet. Det er kun i relasjon til vurderingen av om disposisjonen er gjennomført, at utvalget konstaterer at dersom reell gjennomføring var tilsiktet (ment) i arvelaters livstid, men hvor den dør uventet, er det ikke avgjørende at overdragelsen rent faktisk ikke ble gjennomført.⁸³ Dette kan imidlertid vanskelig leses av ordlyden.

Når det gjelder betydningen av disposisjonens motiv, legges det til grunn at dersom det foreligger et «arvefordelingsformål» på en ikke-oppfylt disposisjon, tyder dette på en dødsdisposisjon.⁸⁴ Et arvefordelingsformål kan imidlertid også foreligge ved en livsdisposisjon, forutsatt at disposisjonen hadde tilstrekkelig livsrealitet for arvelater, og er oppfylt før hans død.

Utvalget søkte å finne én felles avgrensning for alle arvelovens testamentsregler for å imøtekomme mandatets oppfordring om klare og enkle regler som gir forutsigbarhet.⁸⁵ Etter utvalgets mening forårsakes mye av usikkerheten av den faktiske situasjonen som ofte er bakgrunnen for overdragelsene. Det er derfor ikke mulig å eliminere all tvil om hvor grensen går. Manglende forutberegneligheten kan imidlertid avhjelpest med mer objektive kriterier.

Utarbeidelsen av objektive kriterier har vist seg vanskelig. Mulige reguleringsmåter foreslått i litteraturen er obligatorisk tinglysning, notarinvolvering, og regler om automatisk avkortning ved gaver til livsarvinger og restitusjonsplikt ved gaver til ektefeller og samboere.⁸⁶ Etter utvalgets syn er det ingen av de foreslått reguleringsmetodene som kan få gjennomslag.⁸⁷ Særlig forslagene om notarinvolvering og obligatorisk tinglysning griper så sterkt inn i alminnelige tingsrettslige regler, at utvalget velger å ikke gå nærmere inn på det.⁸⁸

En mellomløsning for tinglysning, som ikke ble vurdert av utvalget, er muligheten for å anse tinglysning som et vilkår for at overdragelsen er en gjennomført livsdisposisjon vis-a-vis givers

⁸³ NOU 2014:1 s. 90.

⁸⁴ NOU 2014:1 s. 89.

⁸⁵ NOU 2014:1s. 90.

⁸⁶ Eeg (2012) s. 148.

⁸⁷ NOU 2014:1 s. 91.

⁸⁸ Ibid.

arvinger. Dette kan forsvares ut fra en betraktning om at arvinger er en form for tredjemenn i denne sammenhengen, sammenlignet med formuerettens tredjemannsvern. Dette vil likevel kunne bli problematisk i lys av det alminnelige arverettslige prinsippet om at arvingene ikke får bedre rettslige posisjoner gjennom arvefallet enn arvelater hadde, dersom arvingene ikke skal måtte respektere en avtale som ville vært ansett bindende for arvelater.⁸⁹

I et forsøk på å utarbeide objektive kriterier, er en del av utvalgets løsning å komme med en *generelt formulert* lovbestemmelse om grensen mellom livs- og dødsdisposisjoner, som er lett tilgjengelig og kan tjene som informasjonskilde. Forarbeidene påpeker at man på denne måten kunne tilrettelegge for etablering av fornuftige avtaler mellom arvelater og mottaker av gaven.⁹⁰

Bestemmelsen skulle videreføre innholdet i arveloven §§ 35 og 53. Etter utvalgets mening er «oppsummeringen av innholdet i grensen som ble gjort i 2007- og 2008-avgjørelsene, dekkende».⁹¹ Som gjennomgått ovenfor utgjør særlig 2007-avgjørelsen et atypisk tilfelle for vurderingen av grensen mellom livs- og dødsdisposisjoner. Hvorvidt dommen egnet seg som grunnlag for en ny lovbestemmelse er usikkert. Det særegne i Rt. 2007 s. 776 var at det ikke var foretatt, eller gjort forsøk på, en formell gjennomføring av overdragelsen. Førstvoterendes anvisning på fremgangsmåte kan derfor ikke uten videre legges til grunn som mønster for vurderingen i andre saksforhold.⁹²

Å lese avgjørelsene som at de innebærer en «oppsummering av innholdet i grensen» er uansett å strekke innholdet i avgjørelsen lenger enn det er grunnlag for. Det foreligger ingen avgjørelser hvor Høyesterett konkret har klargjort grensen mellom livs- og dødsdisposisjoner. Gjennomgående har Høyesterett behandlet sakene ut fra et bevismessig perspektiv og vurdert problemstillingen basert på de konkrete forhold. Høyesterett har heller aldri fremhevet noen vurderingsmomenter som viktigere enn andre, eller etablert spesifikke kriterier for dødsdisposisjoner. Det er følgelig betenkelig at utvalget tar utgangspunkt i «Høyesteretts *kriterier* for dødsdisposisjon», også ettersom Høyesterett selv aldri har benyttet betegnelsen «kriterier».⁹³ Utvalget begrunner dette med at når det foreligger «likeartede formuleringer i to relativt nye høyesterettsdommer, (...) kreves det gode grunner for å foreslå andre formuleringer

⁸⁹ Eeg (2012) s. 150.

⁹⁰ NOU 2014:1 s. 91.

⁹¹ NOU 2014:1 s. 92.

⁹² Eeg (2022) s. 404.

⁹³ NOU 2014:1 s. 92.

i lovteksten. Utvalget har ikke funnet slike grunner».⁹⁴ Det er imidlertid ikke klart hvor grundig utvalget har undersøkt slike «gode grunner». Avgjørelsene som legges til grunn blir ikke kontekstuell analysert, noe som gjør det vanskelig å avgjøre om de er egnet som grunnlag for en generell lovbestemmelse. Det er tydelig at det ikke er foretatt en vurdering eller sammenligning av sakene, som består av ulike saksforhold, og vurderer ulike disposisjoner. Slik jeg leser avgjørelsene i 2007 og 2008, er det grunn til å være kritisk til Arvelovsutvalgets begrunnelser og konklusjoner. Hvorvidt utvalget har undersøkt muligheten for en annen gunstig formulering, er også uklart.

Jeg er enig med utvalget om at disposisjonen, enkelt forklart, må ha tilstrekkelig realitet for arvelater i live, for å unngå at disposisjonen rammes av testamentsreglene. Ett og samme utdrag fra de to nyeste høyesterettsdommene kan imidlertid ikke være tilfredsstillende som forarbeid for å etablere en lovbestemmelse om grensen mellom livs- og dødsdisposisjoner.

Avslutningsvis presiser utvalget at den nye lovbestemmelsen ikke er ment å innebære noen materielle endringer, og er bare ment som en presisering og tydeliggjøring av gjeldende rett.⁹⁵ Det skulle derfor ikke være behov for særlige regler om ikrafttredelse. Det er usikkert om utvalget var klar over hvilken ordlyd som faktisk ble vedtatt, og hvor mye denne avviker fra rettstilstanden. En person med inngående kunnskap om grensen mellom livs- og dødsdisposisjoner, med innsikt i tidligere rettspraksis om grensen, vil kunne forstå essensen av bestemmelsen. Lekfolk som søker informasjon om dødsdisposisjoner i relasjon til private overdragelser, mangler imidlertid denne kunnskapen. De vil lese ordlyden som den er og legge til grunn den naturlige forståelsen av den. Som nevnt åpner ordlyden for antitetiske tolkninger, hvor *faktisk* og *ment* realitet likestilles. Bestemmelsen kan da leses som at det er tilstrekkelig å *mene* at disposisjonen skal gjennomføres, uten å foreta noen tiltak for formell gjennomføring. Dette kan åpne for en lettere omgåelse av testamentsreglene, som igjen kan føre til flere rettstvister.

Utvalget presiserer at avgjørelsen om hva som er tilstrekkelig livsrealitet «må alltid bygge på en konkret og helhetlig vurdering», samtidig som «de *konkrete* tvistene må antakelig som før løses ved *en sammenligning med tidligere rettspraksis*».⁹⁶ Disse vurderingskriteriene avspeiles ikke i lovteksten. Det kan diskuteres om det finnes en god måte å ta de inn, eller om dette er

⁹⁴ NOU 2014:1 s. 92.

⁹⁵ NOU 2014:1 s. 93.

⁹⁶ NOU 2014:1 s. 198.

uforholdsmessig vanskelig eller endog umulig å få til. Uansett må det stilles spørsmål om ikke forarbeidenes avklaringer på en eller annen måte kunne ha blitt synliggjort i lovteksten, selv om vurderingstemaet er vanskelig. En objektivisering av grensen mellom livs- dødsdisposisjoner kan medføre utilsiktede konsekvenser som man unngår med en mer åpen og skjønnspreget vurdering.

3.1.2 NOU 2014:1 legges til grunn i rettspraksis – HR-2017-716-A

HR-2017-716-A ble behandlet i Høyesterett før arvelova 2019 trådte i kraft. Til tross for at 1972-loven var gjeldende rett, henviser avgjørelsen i stor grad til NOU 2014:1 ved redegjørelsen rettstilstanden. Dommen har vært gjenstand for kritikk for manglende sammenheng med den tidligere rettstilstanden.⁹⁷ Måten Høyesterett enstemmig har avgjort saken, kan medføre en endring i hvordan man trekker grensen mellom livs- og dødsdisposisjoner.

Saken handler om en uhelbredelig kreftsyk mann, med en sønn fra tidligere, som senere fikk ny samboer og enda en sønn. Han fikk påvist kreft i 2006, og i 2009 ble det påvist spredning. Fra 2010 til han døde i 2014 gjennomgikk han flere behandlinger og operasjoner. I 2013/2014 inngikk faren avtale om å selge slektsgården til sin yngste sønn. Den yngste sønnen var umyndig på tidspunktet for overdragelse/salg, og det var behov for setteverge fra Fylkesmannen. Faren og samboeren skulle ha livslang boret, mot et lite månedlig beløp. September 2014 begikk faren selvmord. Samme dag som han døde, ba han samboeren undersøke om tinglysningen var gått i orden. Eldste sønn hevdet at overdragelsen var en ugyldig dødsdisposisjon, og fremsatte krav på eiendommen basert på odelsrett. Høyesterett avsa enstemmig at disposisjonen var en livsdisposisjon.

Høyesterett tar utgangspunkt i Arvelovsutvalgets angivelse av grensen.⁹⁸ Høyesterett omtaler utvalgets angivelse av grensen som «kriterier ... (som er) sentrale når det skal avgjøres om det foreligger en livs- eller en dødsdisposisjon».⁹⁹ Dette er første gang Høyesterett bruker betegnelsen «kriterier», og ikke vurderingsmomenter. Det har formodentlig sammenheng med Arvelovsutvalgets omtale av vurderingstemaet som kriterier. Forståelsen av «kriterier» og forståelsen av «vurderingsmomenter», innebærer ikke den samme grad av strenghet i

⁹⁷ Se blant annet Eeg/Olsen (2018) og Gamst (2018).

⁹⁸ Avhandlingens punkt 2.5.1.

⁹⁹ HR-2017-716-A (avsnitt 48).

vurderingen. *Kriterier* fremstår som absolutte krav, mens *vurderingsmomenter* viser i større grad til en helhetsvurdering. Ordvalget kan derfor være uheldig for videre vurderinger av grensen. Videre presiserer Høyesterett at ment realitet likestilles med faktisk realitet.¹⁰⁰ Dette er som nevnt en misvisende og ufullstendig formulering av et riktig utgangspunkt.

Høyesterett la til grunn at dersom disposisjonen har fått tilstrekkelig livsrealitet for arvelater, er det uten betydning om det forelå et arvefordelingsformål. For Høyesterett var det *ingen tvil* om at formålet med disposisjonen var å fordele arven, og at det var på det rene at disposisjonen hadde sammenheng med kreftsykdommen og vissheten om at han hadde begrenset levetid igjen.¹⁰¹ Ettersom det forelå et arvefordelingsformål, var det avgjørende om disposisjonen var tilstrekkelig oppfylt mens han levde, og at dette var hans intensjon.

Overdragelsen ble formelt overført mens faren levde. Høyesterett vektla at forholdene ble regulert i testament, at det ble laget en detaljert kjøpekontrakt og at Fylkesmannens vedtak la vekt på «‘settevergens opplevelse av at det er den umyndiges ønske som nå skal gjennomføres’». Dette kaster bevismessig lys over realiteten også for D». ¹⁰² Dersom mottakers realitet kan være illustrere for givers realitet, vil det kunne være aktuelt å ta med i vurderingen.¹⁰³ Det skal likevel ikke direkte vektlegges hvorvidt disposisjonen hadde realitet for mottaker. Det sentrale er og forblir realiteten for giver. Det er vanskelig å si hvor mye en umyndig sønns ønske kan vektlegges, og i den utstrekning oppklare realiteten for faren. Det er heller ikke klart hvilken livsrealitet giver opplevde ved denne disposisjonen. Når det er på det rene at formålet bak overføringen var å foreta en fordeling av arv utenom testament, skulle man tro at det krevdes tydelig livsrealitet for å anse det som en livsdisposisjon. Det ser ikke ut til å være tilfellet her.

Høyesterett vektla givers gjennomføringsvilje, som en indikasjon på at faren «reelt mente å overføre eierrådigheten til B mens han selv var i live». ¹⁰⁴ Det var dermed klart at faren mente at disposisjonen skulle oppfylles i live. Hvorvidt disposisjonen var ment å ha realitet vil imidlertid kun få begrenset betydning, ettersom døden ikke inntraff plutselig og forhindret oppfyllelse. Førstvoterende mente imidlertid at dette konstaterte at overdragelsen ikke har preg av å være proforma.¹⁰⁵ Når giver ga fra seg den formelle rådigheten, måtte det tale for realitet i

¹⁰⁰ HR-2017-716-A (avsnitt 50).

¹⁰¹ HR-2017-716-A (avsnitt 56).

¹⁰² Ibid.

¹⁰³ NOU 2014:1 s. 89.

¹⁰⁴ HR-2017-716-A (avsnitt 60).

¹⁰⁵ Ibid.

live. Høyesterett la tilsynelatende avgjørende vekt på formell overføring og gjennomføringsevne hos giver. Formaliteter har ikke blitt vektlagt på denne måten tidligere. De er imidlertid ikke i seg selv avgjørende, noe Høyesterett også presiserer, bl.a. ettersom tinglysning ikke er et lovpålagt krav i norsk rett.¹⁰⁶ Likevel brukes formalitetene her for å konstruere en realitet for giver. Dette medfører at realiteten av overdragelsen settes i bakgrunnen, og Høyesterett presiserer at «[p]å det praktiske plan skjedde det mindre. Men det var ikke mye som det var naturlig, eller påtrengende, å endre umiddelbart.»¹⁰⁷ En slik konstatering avviker fra vurderingen av faktisk realitet. Spørsmålet blir om man kan legge til grunn at overdragelsen var reell for giver, når det ikke har skjedd noen praktiske endringer.

Det ville i så fall vært en naturlig videreføring av rettstilstanden dersom man fulgte utgangspunktet i 2008-avgjørelsen hvor formell gjennomføring ikke var tilstrekkelig, når det ikke skjedde noen praktiske endringer. Høyesterett viser istedenfor til Rt. 1955 s. 68 og Rt. 1978 s.1083 hvor det uttales at det «ikke nødvendigvis kreves store praktiske endringer for at en eiendomsoverdragelse anses som en livsdisposisjon», og at det sentrale er hvilke disposisjoner som er nødvendige og naturlige ved den aktuelle type overdragelse.¹⁰⁸

Høyesterett legger til grunn at faktum i de eldre sakene ikke kan sammenlignes med faktum i 2017-avgjørelsen. En nærmere gjennomgang foretas imidlertid ikke. Det er likevel grunn til å se på innholdet i avgjørelsene, for å differensiere og tydeliggjøre hvor grensen går for praktisk realitet i tvilstilfeller, som disse avgjørelsene er eksempler på. I 1955-dommen hadde foreldrene overdratt gården til sin datter, på bekostning av den totale arven som skulle fordeles med henne og deres to sønner. Foreldrene var godt voksne, begge over 80 år, og barna var også i voksen alder. Før den formelle overdragelsen hadde datteren allerede i en årrekke drevet gården og bodd der med foreldrene. For 70 år siden var det vanlig at barn og foreldre drev gården i fellesskap, og at det deretter skjedde en overføring i løpet av denne tiden. Ved overdragelsen var det derfor lite som gjenstod å endre i realiteten for å anse overdragelsen oppfylt. Overføringen ble også antatt å være en form for tilbakebetaling for datterens bidrag på gården.

Et slikt «gjenytelses-moment» var også tilfellet for overdragelsen i 1978-dommen.¹⁰⁹ Det ble lagt til grunn at også denne dommen var i grenseområdet for hva som kan anses som

¹⁰⁶ HR-2017-716-A (avsnitt 58).

¹⁰⁷ HR-2017-716-A (avsnitt 61).

¹⁰⁸ Ibid.

¹⁰⁹ Avhandlingens punkt 2.4.1.

livsdisposisjon. Til tross for at overdragelsen i realiteten medførte en arvefordeling, ble det ansett å være en livsdisposisjon. Det skjedde likevel en *faktisk realitetsendring for moren mens hun var i live*, ettersom mottakerne overtok den økonomiske siden ved gården. Dette gjorde disposisjonen til en livsdisposisjon.

Begge avgjørelsene ble avsagt under tvil. Dette begrenser hvor avgjørende vekt uttalelsene kan tillegges. Videre skiller faktum i 2017-saken seg i stor grad fra disse sakene. Arvelater ble ikke kvitt noen økonomiske byrder ved overdragelsen, og det skjedde heller ikke noen endring i bosituasjonen. Høyesterett presiserer også at «de økonomiske realitetene ble lite synlige i (hans) levetid».¹¹⁰ Dette var imidlertid ikke avgjørende. Overtakelsen av risikoen ved driften av eiendommen ville blitt mer synlig over tid, og faren måtte hatt god grunn til å regne med at han ville oppleve dette.¹¹¹

Det kan stilles spørsmål ved Høyesteretts (skrå)sikkerhet angående farens livsutsikter. Hans død var forespeilet i noenlunde nær fremtid grunnet kreft, men ble realisert gjennom selvmord. Det er usikkert i hvilken grad faren selv hadde utsikter til å «regne med at han ville oppleve dette». Høyesterett mente at det ikke noe som tilsa at han hadde planlagt å ta sitt eget liv.¹¹² Høyesteretts anførsel om dette, fremstår som både udokumenterbar og lite logisk, ettersom planlegging rundt selvmord ikke følger en fasit, og i stor grad følger sinnsstemningen til vedkommende. En sentral risikofaktor som kan fremme selvmordsatferd at man blir utsatt for belastende livshendelser.¹¹³ Det er klart at å leve med uhelbredelig kreft, inkludert smertene den medfører, og vissheten om at man ikke skal få leve mye lenger, faller innenfor definisjonen.

Det er vanskelig for domstolen å behandle disposisjoner som har en side til selvmord. Dersom disposisjonen skjer i forkant av et planlagt selvmord, vil dette anses som en dødsdisposisjon.¹¹⁴ Det heter i forarbeidet at «gaver som gis etter at giveren har tatt en beslutning om å ta sitt eget liv, faller inn under døds gavebegrepet».¹¹⁵ Dersom man hadde lagt til grunn at faren selv visste at han skulle avslutte livet når overdragelsen formelt var i orden, ville vi stått overfor en klar

¹¹⁰ HR-2017-716-A (avsnitt 64).

¹¹¹ Ibid.

¹¹² HR-2017-716-A (avsnitt 65).

¹¹³ https://www.med.uio.no/klinmed/forskning/sentre/nssf/kunnskapsressurser/statistikk-selvmord/statistikk-2020/nssf_fakta-om-selvmord_nov-2020.pdf (01.12.23).

¹¹⁴ Asland (2021) s. 206.

¹¹⁵ NOU 2014:1 s. 92.

dødsdisposisjon. Dette ble imidlertid ikke problematisert av Høyesterett, og kritikken mot dommen fremstår som berettiget.

Det kan argumenteres for at den oppstilte leien faren skulle betale utgjorde en form for realitet. Leiesummen var imidlertid så lav at den ikke kunne anses som annet enn symbolsk, særlig ettersom sønnen fremdeles var umyndig og foreldrene dermed hadde et underholdsbidrag å opprettholde. Når annen realitet ikke er å finne, blir det vanskelig å anerkjenne dette som tilstrekkelig livsrealitet.

Som nevnt vil motivet kunne få særlig betydning i tvilstilfeller.¹¹⁶ Dette begrunnes blant annet i ordlyden «meint», jf. al 1972 §§ 35 og 53. I foreliggende sak var formålet arvefordeling og dødsmotivering var klart til stede, men minimal faktisk realitet. I tråd med tidligere rett, burde overdragelsen dermed ansees som en dødsdisposisjon. Høyesterett hevder imidlertid at omfattende formell realitet, kan gjøre opp for at disposisjonen ikke har faktisk realitet for arvelater. Avgjørelsen er en illustrasjon på hvor lite livsrealitet som fra nå av skal til for å anerkjenne en livsdisposisjon, dersom man vektlegger *ment realitet* i for stor grad.

3.1.3 Var forsøket på å klargjøre rettstilstanden vellykket?

Under 1972-loven var «realitet» et av flere momenter i vurderingen av om det forelå en dødsdisposisjon. I någjeldende arvelov er «realitet» som nevnt et lovfestet vilkår. Begrepets funksjon i vurderingen er endret fra moment til vilkår. Tidligere var lovvilkåret om hvorvidt disposisjonen var «oppfylt» eller «fullbyrdet». Ordet «realitet» innebærer et annet meningsinnhold enn oppfylt, og vil dermed naturligvis føre til en annen vurdering. Hvorvidt rettstilstanden da kan anses videreført, er uklart.

For avgjørelsene som ligger til grunn for lovforslaget, har utvalget kun tatt med utdraget hvor realitet vurderes som et av flere vurderingsmomenter. Det blir ikke tydeliggjort at realitetsmomentet var en del av en større vurdering av om disposisjonen var fullbyrdet/oppfylt.

Både NOU 2014:1 og HR-2017-716-A har blitt kritisert. Kritikken er i hovedsak rettet mot grundigheten av vurderingene for den nye lovbestemmelsen slik den fremstilles av Arvelovutvalget. Blant annet skrev Thomas Eeg og Camilla Haukeland Olsen en artikkel hvor de ba lovgiver være varsom med å legge for mye lit til vurderingene foretatt av

¹¹⁶ Eeg (2009) s. 117.

Arvelovsutvalget i relasjon til forslag til regulering av grensen mellom livs- og dødsdisposisjoner.¹¹⁷ I artikkelen drøfter de også hvordan Høyesteretts bruk av forarbeidene fremstår som uheldig.

Det er usikkert hvorvidt det er hensiktsmessig å lovfeste en legaldefinisjon av et uttrykk som hittil kun har vært brukt i teori og rettspraksis. Uttrykket har også vært av noe variabelt innhold, og ikke alltid fullstendig enighet om.¹¹⁸ Det må påpekes at den aktuelle frasen er bare én av mange måter å angi *vurderingstema*, eller å *oppsummere en vurdering* av betydningen av de faktiske forhold.¹¹⁹ Ved lovfesting er begrepsinnholdet kun angitt negativt, ved å konstatere hva en dødsdisposisjon ikke er. Dette bidrar i begrenset utstrekning til å tydeliggjøre hva en dødsdisposisjon faktisk er. En mer hensiktsmessig fremgangsmåte kunne vært en positiv avgrensning av hvilke disposisjoner som krever testamentsform.¹²⁰ En slik presisering kunne inkludert unntak for gyldigheten av en slik disposisjon, f.eks. hvor giver snart skal dø, eller hvor unntak følger av en særskilt hjemmel.

Det er tvilsomt om en omformulering kunne eliminert all tvil ved anvendelse av bestemmelsen. Den gjeldende formuleringen vil imidlertid kunne åpne for antitetiske slutninger ved at det knapt stilles krav til substansen av den realitet en disposisjon må ha hatt eller ha ment å ha for å kunne anses som en livsdisposisjon.

Det er betenkelig at høyesterettsuttalelser legges til grunn for utformingen, når Høyesterett i avgjørelsene ikke har søkt å formulere et rettslig vurderingstema mest mulig presist, men har vurdert hver sak konkret. Utvalget burde vurdert nærmere betydningen av rettsspørsmålene i 2007/2008 nærmere. I realiteten var dette spørsmålet *om disposisjonene var ment å skulle oppfylles etter givers død, jf. §§ 35 og 53*. Vurderingstemaet i sakene var tydelig knyttet opp mot vilkårene i loven. Vurderingstemaet kan ikke løsrives fra det vilkår som utløser krav om testaments form og pliktdelsvern.¹²¹ Når den nye formuleringen løsrives fra det opprinnelige vurderingstemaet i §§ 35 og 53, innebærer dette en risiko for at det stilles for lave krav til at en disposisjon *ikke* skal anses som «meint å skulle oppfyllest etter at givaren er død».¹²²

¹¹⁷ Eeg, Olsen, *Om legaldefinering av 'dødsdisposisjon'*, Lov og rett v. 57, nr. 4, 2018, s. 250-257.

¹¹⁸ Eeg, Olsen (2018) s. 251.

¹¹⁹ Eeg, Olsen (2018) s. 252.

¹²⁰ Eeg, Olsen (2018) s. 251.

¹²¹ Eeg, Olsen (2018) s. 254.

¹²² Ibid.

Eeg og Olsen mener at setningen om at det «avgjørende er ... om [gaven] for giveren innebar eller var ment å innebære noen realitet» er tatt ut av sin sammenheng, og kan ut fra sin kontekst ikke brukes til å legitimere en «lav terskel» for hva som er tilstrekkelig når det gjelder disposisjonens virkninger.¹²³ Den helhetsvurdering som tidligere har vært grunnlaget for vurderingen, kan da risikere å bli innsnevret.

Utvalget har presisert at lovbestemmelsen kun er kodifisering av gjeldende rett, og at de konkrete saker mest sannsynlig må løses på ved sammenligning av tidligere rettspraksis. Når man imidlertid har lovfestet «hadde eller var ment å ha realitet», vil setningen underkastet alminnelige prinsipper for lovtolkning, og man risikerer at det vil bli stilt svært lave krav til hva som kreves for at man kan lande på *livsdisposisjon* i vurderingen.¹²⁴ Formuleringen i loven innbyr til at man søker rettsavklaring gjennom en analyse av «realitet», noe som ikke har vært rettstilstanden tidligere. Lovbestemmelsen kan føre til at begrepsinnholdet endres, og at kategoriene «livsdisposisjoner» og «dødsdisposisjoner» henholdsvis utvides og innsnevres.¹²⁵

Til tross for et forsøk på en legaldefinisjon, legger utvalget til grunn at de konkrete tvistene antakelig som før må løses ved en sammenligning av tidligere rettspraksis.¹²⁶ Når ordlyden ikke åpner for en slik nyansert drøftelse, medfører det manglende koherens mellom lovbestemmelsen og vurderingen. Dette er ikke egnet til å øke forutberegneligheten.

Avgjørelsen i 2017-dommen ble særlig kritisert av Oddmund Gamst.¹²⁷ Han hevder at det ikke er samsvar mellom sakens faktum og den rettslige konklusjon som trekkes. Etter Gamsts oppfatning er det vanskelig å se at overskjøtingen av gården hadde noen som helst praktisk betydning for faren. Omstendighetene tilsa med styrke at overskjøtingen av gården var en ren dødsdisposisjon som først ville ha reell betydning etter farens død. Spørsmålet om hvilken praktisk betydning disposisjonen hadde for faren, besvares luftig og var ikke egnet til å overbevise.¹²⁸ Kritikken retter seg i hovedsak mot at dette i realiteten er forskjellsbehandling av barn, og hvorvidt dette er akseptabelt. Ifølge Gamst hvisker dommen langt på vei ut grensen mellom livs- og dødsdisposisjoner. Dommen etablerte en ny rettstilstand, hvor det skal

¹²³ Eeg, Olsen (2018) s. 254.

¹²⁴ Eeg, Olsen (2018), s. 256.

¹²⁵ Eeg, Olsen (2018) s. 257.

¹²⁶ NOU 2014:1 s. 198.

¹²⁷ Gamst (2018) s. 51-52.

¹²⁸ Ibid.

usedvanlig mye til for at en disposisjon som tar sikte på å begrense arv til barn, i praksis særkullsbarn, ville blitt ansett som en dødsdisposisjon.¹²⁹

¹²⁹ Gamst (2018) s. 51-52.

4 Arveloven 2019 § 40 annet ledd

Arveloven § 40 annet ledd lyder som følger:

«En dødsdisposisjon må fremgå av et testament for å være gyldig. Som dødsdisposisjon regnes avtale og gave som **verken hadde eller var ment å ha realitet** for arvelateren i hans eller hennes levetid. Dette gjelder blant annet gave fra en giver som snart skal dø, og som vet det.»

Innholdsmessig samsvarer lovteksten fullt ut med Arvelovsutvalgets lovforslag. Departementet mente at lovforslaget ville gjøre loven lettere å forstå, selv om det i praksis fremdeles kan være vanskelig å vite hvor grensen skal trekkes i enkelttilfeller.¹³⁰ Departementet anerkjente at definisjonen ikke kan fjerne all usikkerhet om grensen mellom livs- og dødsdisposisjoner, men at den gir en pedagogisk fordel ved å gjøre oppmerksom på at det gjelder særlige regler for dødsdisposisjonene, og at utvalgets forslag gir en «treffende beskrivelse» av hva som menes med dødsdisposisjoner.¹³¹ Det presiseres likevel at bestemmelsen kun er ment å gi uttrykk for det som allerede følger av gjeldende rett.¹³²

Regelen slår fast prinsippet om testasjonsfrihet, og viser til at arvelater må holde seg innenfor lovens rammer, slik som reglene om pliktdelsarv. Lovreglene gjelder et materielt testamentsbegrep. Det vil si at det er disposisjonens reelle innhold som avgjør om det er et testament, og ikke hva man betegner disposisjonen som.

Selv om formålet er at bestemmelsen skal gjøre det lettere å forstå, og redusere en del av usikkerheten rundt grensen mellom livs- og dødsdisposisjoner, vil vurderingene likevel være kompliserte og varierende for ulike typetilfeller, slik at lovens formulering nok bare er dekkende som et utgangspunkt.¹³³

Bestemmelsen fremstår som en legaldefinisjon. Den må likevel ventes å få andre funksjoner, først og fremst å angi et overordnet vurderingstema for om en disposisjon skal anses som en dødsdisposisjon.¹³⁴ Vurderingstemaet er om avtalen/gaven «hadde eller var ment å ha realitet for arvelateren» i live. Lovteksten gir imidlertid ikke veiledning for hva som skal til for å oppnå

¹³⁰ Prop. 107 L. (2017-2018) s. 106.

¹³¹ Ibid.

¹³² Prop. 107 L. (2017-2018) s. 296.

¹³³ Eeg (2023) Lovkommentar.

¹³⁴ Eeg (2022) s. 367.

tilstrekkelig realitet. Ordlyden gir videre uttrykk for at det er to alternative vilkår som kan oppfylles, jf. «eller». Det er dermed to spørsmål som oppstår; hvor ligger terskelen for å ha oppnådd tilstrekkelig realitet, og om «hadde eller var ment å ha» kan forstås som alternative vilkår.

4.1.1 «Realitet» - når foreligger tilstrekkelig realitet?

Meningsinnholdet i «realitet» må tolkes med utgangspunkt i lovens ordlyd og forarbeidenes bidrag til forståelsen. Etersom bestemmelsen er ment å videreføre gjeldende rett,¹³⁵ vil også tidligere rettspraksis og teori være relevante tolkningsfaktorer ved fastsettingen av innholdet i § 40.

Verken 1972-loven eller 1854-loven inneholdt ordene «dødsdisposisjon» eller «realitet». Bestemmelsene som de konkrete vurderinger og klassifiseringer var forankret i, hadde et annet vurderingstema; oppfylt/fullbyrdet. Det finnes derfor ikke ordlydstolkninger av «realitet» i tidligere praksis. Uttrykket har endret rettslig status fra å være et begreper *om* rettsregler, til å være *i* rettsregler.

Ordet «realitet» er flertydig. Det kan være vanskelig å fastslå hvordan folk flest forstår det. En naturlig språklig forståelse av «realitet» er noe som er reelt, virkelighet eller faktisk.¹³⁶ Utvalgets utredning definerer ikke «realitet» i lovforslaget.

I lovteksten forekommer «realitet» én gang, men i to ulike kontekster. Den første sikter til om disposisjonen «hadde ... realitet». Det er naturlig å forstå dette som et spørsmål om disposisjonen hadde virkninger for arvelater i live. Den andre konteksten er om disposisjonen var «ment å ha realitet». Dersom man leser også dette som et vilkår om at disposisjonen måtte vært ment å ha virkninger for arvelater, oppstår en risiko for at ordlyden tolkes slik at det ikke stilles særlig høye krav til realiteten. Det kan imidlertid være mer nærliggende å forstå «ment å ha realitet» som at disposisjonen var reelt ment fra arvelaters side, altså ikke proforma. Hvorvidt vurderingen kan sammenlignes med en proforma-vurdering, vil bli nærmere gjennomgått under punkt 4.1.2.

¹³⁵ NOU 2014:1 s. 198.

¹³⁶ <https://www.synonymordboka.no/no/?q=realitet> (01.12.23).

Forarbeidene gir uttrykk for at det overordnede vurderingstemaet er hvorvidt disposisjonen var reell i arvelaters levetid. Dette kommer for eksempel frem i relasjon til hvilke tvister som kan oppstå; «når det reises tvist om en disposisjon som i det ytre er foretatt som en livsgave, likevel i realiteten er en testamentarisk disposisjon»¹³⁷, og i relasjon til bestemmelsens funksjon som påminnelse om at «avtaler som i realiteten fordeler arv, må gjøres i testaments form og ta hensyn til pliktdelsreglene»¹³⁸.

Etter utvalgets oppfatning kan «realitet» ha to betydninger. Det første er et krav om gjennomføring eller fullbyrdelse, betegnet som negativ realitet. Det andre er et krav om livsrealitet for arvelater, betegnet som positiv realitet. Det legges opp til at både negativ og positiv realitet kan trekkes inn i vurderingen, men det gis ingen føringer på hvilken vektning de skal ha.¹³⁹ Utvalget presiserer videre at ment realitet er aktuelt i tilfellene hvor arvelater har gitt løfte om å oppfylle en gave i live, men dør plutselig.¹⁴⁰ En slik forståelse av ment realitet fremgår imidlertid ikke av ordlyden.

Beskrivelsen «hadde eller var ment å ha realitet» slik den anvendes i dommene fra 1961, 2007 og 2008, gir uttrykk for en måte å angi vurderingstemaet, eller å oppsummere de faktiske forholdene i en sak. Dette var imidlertid ikke det overordnede vurderingstemaet i noen av sakene. Vurderingstemaet fulgte av § 65 (1854) og §§ 35 og 53 (1972), hvor det avgjørende var om disposisjonen respektivt var fullbyrdet eller oppfylt i arvelaters levetid. Det kan ikke legges ukritisk til grunn at «realitet» ble brukt med et enhetlig innhold i disse dommene. Etter at begrepet ble lovfestet, er det imidlertid ikke lenger rom for alternative måter å oppstille dette vurderingstemaet på.

Likestillingen av «hadde realitet» og «ment å ha realitet» er ugunstig, ved at dette åpner for uheldige tolkninger av ikke-jurister som leser loven som veiledning. Det gir et inntrykk av at en disposisjon som ikke hadde realitet i live, likevel kan gå klar av testamentsreglene dersom det var *ment* at den skulle ha realitet. En slik forståelse kan gjøre det lettere å omgå testamentsreglene enn tidligere. Dette harmoniserer dårlig med presiseringen om å videreføre gjeldende rett.

¹³⁷ NOU 2014:1 s. 197-198.

¹³⁸ NOU 2014:1 s. 91.

¹³⁹ NOU 2014:1 s. 198.

¹⁴⁰ Ibid.

Det er mulig å foreta en motsetningslutning fra ordlyden, hvor disposisjonen er en livsdisposisjon dersom den *enten* hadde realitet *eller* var ment å ha realitet.¹⁴¹ Slike alternative vilkår er ikke samsvarende med gjeldende rett. Lovens formulering åpner likevel for at det kan trekkes uriktige slutninger for gyldigheten av en disposisjon.¹⁴² Bestemmelsens meningsinnhold er langt fra selvsagt. Dette gjør bestemmelsen lite brukervennlig, hvilket avviker fra dens formål.¹⁴³

Det er i rettspraksis etablert tre hovedmomenter som utgjør vurderingen av om en disposisjon må følge testamentsreglene for å være gyldig; disposisjonens formelle grad av gjennomføring, hvorvidt det foreligger et arvefordelingsmotiv, og om disposisjonen har ingen, eller få, reelle konsekvenser for giver så lenge den lever.¹⁴⁴ Dette samspillet er imidlertid ikke mulig å lese ut fra ordlyden. Formell overføring av eiendom er ikke tilstrekkelig, dersom det kun gjøres for å unndra eiendommen fra testamentsreglene.¹⁴⁵ Det samme gjelder dersom disposisjonen *rent faktisk* bare har virkninger som hindrer overdragers kreditorer fra å ta beslag i eiendommen. Slike *proformaoverdragelser* godtas ikke. Dersom formålet om oppfyllelse etter givers død foreligger, er det en dødsdisposisjon, selv om sideeffekter oppstår.¹⁴⁶

Høyesterett synes å ha brukt «realitet» i hovedsak som en vurdering av om disposisjonen er reell eller alvorlig ment. Olsen hevder i sin doktoravhandling at ordlyden «realitet» må leses som en henvisning til proforma-vurderingen.¹⁴⁷ Dette er for å unngå at det trekkes slutninger fra ordlyden «ment å ha realitet», med fare for at dette medfører at terskelen for tilsiktede virkninger er for lav. Dersom terskelen er for lav, vil en undergrave behovet arvingene har for at testamentsreglene skal gi et effektivt vern.¹⁴⁸ Av denne grunn kan det være hensiktsmessig å se ordlyden fra et tredjepersonsstandpunkt. Anlegges dette perspektivet kommer samspillet mellom motiv og de andre momentene tydeligere frem.

¹⁴¹ Eeg (2022) s. 368.

¹⁴² Eeg (2023) Lovkommentar.

¹⁴³ Eeg (2022) s. 372.

¹⁴⁴ Olsen (2022) s. 328.

¹⁴⁵ Eeg (2023) Lovkommentar.

¹⁴⁶ Ibid.

¹⁴⁷ Olsen (2022) s. 329.

¹⁴⁸ Ibid.

4.1.2 Et henblikk til proforma-vurderingen

Proforma er et avtalerettslig ugyldighetsgrunnlag for å tilsidesette en disposisjon. En disposisjon er proforma når den mellom partene ikke er meningen å skulle oppfylles etter sitt innhold. Hensikten bak reglene om proforma er å beskytte tredjeparter mot uekte avtaler. Dette har en viss likhet til testamentsreglenes formål om å beskytte pliktdelsarv og ektefellearv. Arvinger kan også gjøre proforma gjeldende som ugyldighetsgrunn i arvetvister. Dersom disposisjonen var ugyldig, trenger ikke arvingene å forholde seg til den. Grensen mellom livs- og dødsdisposisjoner handler langt på vei om hvorvidt arvinger må godta disposisjoner som ikke er gjort i testamentsform basert på om disposisjonen var reell eller proforma fra arvelaters side.¹⁴⁹

Dersom man legger til grunn at «realitet» skal forstås som at noe er reelt ment, vil det avgjørende være om disposisjonen fra arvelaters side var reell, i motsetning til en proforma-disposisjon. Dersom en avtale er proforma, trenger den ikke respekteres av utenforstående. Dette prinsippet er særlig aktuelt for proforma-avtaler som inngås med formål å unngå kreditorbeslag. Avtalerettens vurdering av proforma har tydelige likhetstrekk med grense-vurderingen i arveretten om det foreligger en livs- eller dødsdisposisjon. Argumentasjonsmønstrene ved proforma kan derfor til en viss grad være relevante i vurderingen.

Spørsmålet i proforma-vurderingen er hva slags innhold disposisjonen egentlig hadde. Formuleringen av vurderingstemaet for grensedragningen er nærmest identisk som i problemstillingen om en disposisjon er proforma. Sentrale momenter i proformavurderingen er om den er formelt gjennomført, hva som var motivet bak disposisjonen og i hvilken utstrekning disposisjonen har medført reelle byrder eller plikter for den som disponerer.¹⁵⁰ Det kan derfor spørres om vurderingstemaet i § 40 kan, bør eller må forstås slik at det egentlig er proformavurderinger som etterspørres, helt eller delvis.¹⁵¹

Proforma-vurderingen kan tilnærmes både subjektiv og objektiv. Den subjektive tilnærmingen har vært den mest utbredte, hvor man vurderer hva avtalepartene seg imellom har ment med disposisjonen. Den objektive vurderingen ble definert i HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* som

¹⁴⁹ Olsen (2022) s. 95.

¹⁵⁰ Olsen (2022) s. 113.

¹⁵¹ Olsen (2022) s. 87.

en helhetlig vurdering av overdragelsen, hvor det legges vekt på graden av formell gjennomføring, mulig motiv for proforma, eventuelt fravær av andre motiver for transaksjonen, samt de faktiske og rettslige virkninger overdragelsen har hatt for partene.¹⁵²

Den objektive proformaregelen har tydelige likhetstrekk til Arvelovutvalgets formulering av at vurderingstemaet «tilstrekkelig livsrealitet» skal baseres på en konkret og helhetlig vurdering.¹⁵³ Vurderingstemaet kan derfor trolig struktureres på en tilnærmet samme måte som etter den objektive proforma-regelen i noen typetilfeller.¹⁵⁴ Det kan synes å være dette Høyesterett har gjort i vurderingen av om det foreligger en livsdisposisjon, men med annen formulering. Samtidig har Høyesterett i noen tilfeller brukt en mer subjektiv tilnærming til proforma. Det konkrete vurderingstema varierer dermed mellom ulike sakstyper, og kan ofte deles opp i underordnede vurderingstema. Når lovbestemmelsen ser ut til å kun ta for seg den objektive vurderingen, viker dette fra det som står i forarbeidene om å foreta en helhetlig vurdering hvor flere momenter kan spille inn.

Høyesterett har aldri underkjent en disposisjon grunnet manglende «realitet», hvor det er lagt til grunn at partene imellom har alvorlig ment det som en livsdisposisjon. Det er imidlertid ikke vanlig å klassifisere ugyldige dødsdisposisjoner som proforma. Det er likevel en forutsetning for vurderingen av grensen mellom livs- og dødsdisposisjoner at det foreligger en reell disposisjon.

4.1.3 Rettspraksis etter arveloven 2019 § 40

Per 06. desember 2023 er det ingen Høyesterettsavgjørelse som vurderer rettsspørsmålet arveloven § 40. Det finnes imidlertid avgjørelser i lagmannsrettene hvor bestemmelsen har kommet til anvendelse, særlig LG-2022-77254 og LB-2022-88242.¹⁵⁵ Hvorvidt sakene kommer opp i Høyesterett er uvisst.¹⁵⁶

LG-2022-77254 gjaldt spørsmålet om overføringen av et gårdsbruk var en livs- eller dødsdisposisjon. Lagmannsretten fant, under tvil, at overføringen var en livsdisposisjon.

¹⁵² HR-2018-1265-A (avsnitt 73).

¹⁵³ NOU 2014:1 s. 198.

¹⁵⁴ Eeg (2022) s. 376.

¹⁵⁵ Bestemmelsen ble også anvendt i LB-2021-129906, i et spørsmål om en forkjøpsrett var i strid med gjensidig testament.

¹⁵⁶ LG-2022-77254 har ankefrist 05.01.24, mens for LB-2022-88242 er anke ikke tillatt fremmet. Dommene er imidlertid markert som flaggsaker av Lovdata, som vil si at Lovdatas redaktører anser sakene som nevneverdig, https://lovdata.no/artikkel/lovdatas_flaggsaker/1482 (01.12.23).

Arvelater D hadde ett barn fra tidligere forhold, og bodde alene på et gårdsbruk. I 2001 kjøpte B en hyttetomt fra ham. B fungerte etter hvert som verge for D. D var sterkt alkoholisert og hadde diverse helseplager. I 2020 inngikk avtalte de at B skulle ta over gårdsbruket for 50 000 kr, men hvor D skulle ha livslang borett og B skulle fortsette som hans verge. Etter å ha nektet ytterligere innleggelse, døde D på gården i 2021. Hans livsarving hevdet at overføringen var en ugyldig dødsdisposisjon. Lagmannsretten anså disposisjonen som en livsdisposisjon.

I behandlingen av grensdragningen, vises det hovedsakelig til HR-2017-716-A avsnitt 47-50. Det er dermed Arvelovsutvalgets uttalelser som legges til grunn også for denne saken. Vurderingstemaet er som nevnt en helhetsvurdering hvor en rekke momenter kan inngå i skjønnet. Lagmannsretten spør «hvilken *faktisk eller tilsiktet realitet* overdragelsen hadde for D mens han var i live» (utheves her). En slik formulering ser ut til å likestille faktisk og tilsiktet på en uheldig måte. Dersom domstolene presenterer problemstillingen slik, foreligger det en risiko for at formuleringen kan utvide rekkevidden av livsdisposisjoner, og dermed tilsvarende innskrenke testamentsreglenes utstrekning. Noen videre nyansering av når faktisk eller tilsiktet realitet aktualiseres, fremkommer ikke av dommen.

Disposisjonen ble ansett som en gave, men lagmannsretten avviser at den er gitt på dødsleie. Det ble lagt vekt på at B hadde hjulpet D i betydelig utstrekning, som gjorde det mulig for D å bo hjemme. D var avhengig av hjelpen fra B for å kunne bli boende. Hensikten med overføringen var å sikre seg Bs hjelp og det ble antatt at det var av betydning for D å kunne betale for hjelpen han fikk gjennom overføringen. Avgjørende var at overdragelsen sikret D sin mulighet til å bo hjemme til han døde. Disposisjonene ble rettslig gjennomført, ved avtale og skjøte. Overdragelsen hadde derfor klar realitet for D i live, og ble ansett som en livsdisposisjon.

Det foretas imidlertid ikke en konkret vurdering av hva som legges i «realitet»-vilkåret. Ettersom dette er vilkåret i den nye lovteksten, er det påtagelig at ikke lagmannsretten tar stilling til dette i dommen. Forarbeidet sier riktignok at gjeldende rett skal videreføres, men etter en nærmere vurdering av ordlyden, er det ikke klart at dette er tilfellet. Rettsgrunnlaget i LG-2022-77254 er tilsynelatende uttalelsene i HR-2017-716-A og NOU 2014:1. I HR-2017-716-A var imidlertid ikke rettsgrunnlaget arveloven § 40, men §§ 35 og 53 (1972) som la til grunn et annet vilkår for vurderingen («oppfyllast»). Hvorvidt HR-2017-716-A faktisk baserte seg på 1972-loven §§ 35 og 53 er heller ikke klart, ettersom avgjørelsen i sin helhet tok utgangspunkt i forarbeidsuttalelser til en lov som ikke var vedtatt. En slik tilnærming er, som nevnt, uheldig med tanke på hensynet til forutberegnelighet. Ivaretagelse av hensynet til forutberegnelig

forutsetter at alle skal kunne lese lovteksten, og forstå innholdet. Unnlatelsen av å bruke lovteksten som rettsgrunnlag, medfører en uklarhet om hvilke forventninger partene har til sakens utfall. Dersom partene har tatt utgangspunkt i lovens ordlyd, vil de gjerne ha en annen forventning, enn hva resultatet blir basert på tidligere rettspraksis.

I LB-2022-88242 presenteres en omfattende utpensling av grensen mellom livs- og dødsdisposisjoner, men heller ikke her foretas det en ordlydstolkning av § 40.¹⁵⁷ Lagmannsretten påpeker i subsumsjonen at selv om det forelå et arvefordelingsformål, og selv om arvelater reelt sett fortsatte å opptre som eier i flere år etter overdragelsen, mente lagmannsretten at «de beskjedne kravene til praktisk realitet som er oppstilt i rettspraksis, er oppfylt».¹⁵⁸

Tidligere var det klart at dersom det forelå et arvefordelingsformål, ville dette tale for en dødsdisposisjon, dersom den ikke hadde tilstrekkelig livsrealitet for arvelater.¹⁵⁹ Lagmannsrettens konklusjon legger imidlertid til grunn at det skal svært lite faktisk realitet til, for at disposisjonen anses som en livsdisposisjon. Dette ser ut til å være en uheldig konsekvens av Høyesteretts vurdering i HR-2017-716-A, som tilsynelatende legger til grunn at kravet om praktisk realitet er tilnærmet ikke-eksisterende.

¹⁵⁷ LB-2022-88242 «Generelt om grensen mellom livs- og dødsdisposisjoner».

¹⁵⁸ LB-2022-88242 «Konkret vurdering».

¹⁵⁹ F.eks. Rt. 2008 s. 1589 og Rt. 1961 s. 935.

5 Er arveloven § 40 egnet til å redusere tvilen om hvor grensen går?

5.1 Innledende bemerkninger

Formålet med § 40 var å redusere tvilen om hvor grensen mellom livs- og dødsdisposisjoner trekkes. I tillegg søkte lovgiver å gi en oversikt over hvilke disposisjoner som måtte føres i testamentform for å være gyldige, samt å gi informasjon om gjeldende rett i en lettfattelig lovtekst som skulle øke forutberegneligheten rundt slike disposisjoner.¹⁶⁰

Den tidligere rettstilstanden gjorde det vanskelig å si noe sikkert hvorvidt eiendomsoverdragelse i visse tilfeller var gyldig på forhånd, noe som førte til lite forutberegnelighet. Usikkerheten stammet imidlertid fra de faktiske forholdene rundt disposisjonen, noe som vanskeliggjorde klare retningslinjer for vurderingen.

Utfordringene viste seg særlig i situasjoner hvor giver hadde særkullsbarn og ny partner, og han overførte eiendommen til sin partner. Særkullsbarna vil ønske å vite om giver hadde rett til å foreta disposisjonen eller ikke, og partneren vil vite om han/hun kan innrette seg etter overdragelsen.¹⁶¹ Spørsmålet er derfor om vurderingen er blitt enklere etter lovendringen.

5.2 Utfordringer ved grensedragningen

Utgangspunktet er klart; disposisjoner som regulerer forhold etter ens død, krever testamentsform. Det er vanskelig å gi en fasit for hvordan forholdene rundt overføringer skal vurderes. Det finnes likevel klare utgangspunkter; disposisjoner som inngås med sikte på å tre i kraft etter givers død, er en dødsdisposisjon, og må følge formkravene for testament. Klassiske dødsdisposisjoner er overføringer med døden for øye, overføringer som tar sikte på å fordele arv, og tilsvarende proforma-overføringer hvor realiteten utløses av givers død.

Til tross for utgangspunktene, faller grensetilfellene mellom to stoler. I disse tilfellene må disposisjonens faktiske funksjon drøftes for å finne ut om det i realiteten er tale om en

¹⁶⁰ NOU 2014:1 s. 91-92.

¹⁶¹ Eeg (2012) s. 147.

testamentarisk disposisjon. Den faktiske situasjonen er imidlertid ikke alltid mulig å forespeile, og dermed er det vanskelig å kunne garantere de rettslige konsekvensene.

Dette er problematisk ettersom det gjelder andre regler og formkrav for dødsdisposisjoner, enn for livsdisposisjoner. Utvalget anerkjente at mye av usikkerheten forårsakes av de faktiske forhold rundt overdragelsene, og at det er vanskelig å forhindre konfliktene alene gjennom lovregulering.¹⁶² Forholdene rundt grensetilfellene vil som regel skille seg såpass fra typetilfellene, at det er usannsynlig å kunne bruke én og samme regel og samtidig oppnå et rettferdig resultat.

5.3 Bestemmelsens egnethet til å redusere tvil

Det er ikke mulig å eliminere all tvil rundt grensdragningen, da den baseres på en konkret vurdering av de faktiske forhold. Det vil imidlertid være mulig å forbedre forutberegneligheten, og i den utstrekning gi lekfolk mulighet til å utforme gyldige avtaler med egnet innhold for å oppnå deres ønsker, uten å komme i konflikt med formkravene.

Legaldefinisjoner er i utgangspunktet et hensiktsmessig grep for å redusere denne typen tvil. Lovgiver kan definere ytterammene for innholdet i testamentariske disposisjoner, og dermed gi en oversikt over hvilke disposisjoner som må oppfylle formkrav og respektere pliktdelsarv. Definisjonen må imidlertid være så generelt utformet at den har en veiledende effekt. Definisjonen bør gi rammer for hvilke disposisjoner som anses som testamentariske. Det er mest nærliggende at avgrensningen fokuserer på de disposisjonene som faktisk faller innenfor definisjonen. En slik positivt avgrenset definisjon er i utgangspunktet egnet til å redusere tvil.

Paragraf 40 er et forsøk på å redusere tvilen. Bestemmelsen fastslår hva en dødsdisposisjon *ikke* er; «en gave eller avtale som *ikke* hadde eller var ment å ha realitet for arvelateren». Ordlyden gir uttrykk for alternative vilkår, jf. «eller». Bestemmelsen kan derfor forstås som at disposisjonen enten måtte ha realitet i live, eller at det er tilstrekkelig at den bare var tiltenkt å ha realitet i livet. En likestilling av vilkårene er ikke i samsvar med formålet om å videreføre gjeldende rett. Ordlyden gir følgelig et i beste fall ufullstendig, og i verste fall et misvisende, inntrykk av hvordan rettstilstanden har vært.

¹⁶² NOU 2014:1 s. 91.

Etter tradisjonell juridisk metode skal man legge til grunn en naturlig språklig forståelse av ordlyden og samtidig lese ordlyden i lys av formålet. Her vil det bety at man må lese ordlyden i tråd med formålet om at tidligere rett skal videreføres. Lekfolk vil generelt sett ikke finne frem til forarbeidene hvor det står at de fleste tilfeller fremdeles vil måtte vurderes på bakgrunn av rettspraksis som tidligere, og de vil heller ikke kunne finne frem til relevant rettspraksis og trekke linjene for vurderingstemaet.

5.4 I hvilken utstrekning har § 40 bidratt til å redusere tvilen om grensedragningen?

Vurderingsmomentet «realitet» har i rettspraksis vært et gjennomgående kriterium for vurderingen av grensen mellom livs- og dødsdisposisjon. De siste 100 årene har det imidlertid kun vært et *moment* som blir trukket inn i vurderingen av om disposisjonen er oppfylt eller fullbyrdet, ved siden av andre relevante momenter. I rettspraksis er det ikke gitt en klar definisjon av hva som skal vektlegges i vurderingen av om en disposisjon har realitet, og det har vist seg i stor grad å avhenge av de faktiske forhold rundt disposisjonen. Domstolene har heller ikke forsøkt å klarlegge innholdet i vilkåret, men fortsetter heller å anvende det som et moment i en større helhetsvurdering.¹⁶³

Valget av vilkårsformuleringen utviklet av Høyesterett, gjør det vanskelig å kartlegge innholdet i et slikt vilkår. Lovfestingen av «realitet» medfører at begrepet underkastes lovtolkningsprinsippene, og blir gjenstand for en ordlydstolkning i lys av hvordan en gjennomsnittlig person naturlig ville forstått begrepet.¹⁶⁴ Den tidligere, mer nyanserte behandlingen av realitetsmomentet, er det ikke lenger rom for. Man kan imidlertid se fra nyere rettspraksis at domstolene ikke ser ut til å tolke lovtekstens ordlyd, og med det viker fra lovtolkningsprinsippene.¹⁶⁵ Det følger av forarbeidene at vurderingen skal foretas som før og følge tidligere rettspraksis. En slik fremgangsmåte strider imidlertid mot en naturlig forståelse av ordlyden.¹⁶⁶ «Realitet» er et krevende kriterium å behandle, og det har ikke blitt lettere etter lovfestingen.¹⁶⁷

¹⁶³ F.eks. LG-2022-77254 og LB-2022-88242.

¹⁶⁴ Eckhoff (2001) s. 151.

¹⁶⁵ F.eks. LG-2022-77254, LB-2022-88242 og HR-2017-716-A.

¹⁶⁶ Avhandlingens punkt 4.1.1.

¹⁶⁷ Olsen (2022) s. 326.

Før lovfestingen hadde Høyesterett intet insentiv for å definere hva som menes med «realitet». Begrepet ble kun brukt som en del av vurderingen av vilkåret om at disposisjonen må være fullbyrdet eller oppfylt. Å se til eldre rettspraksis for å etablere innholdet i «realitet» vil derfor gi det et altfor bredt innhold. Høyesterett har til nå ikke behandlet en sak etter § 40, og det foreligger derfor ingen prejudikat for hvordan «realitet» skal forstås. LG-2022-77254 foretok en direkte vurdering med utgangspunkt i § 40, men det ble ikke foretatt en ordlydstolkning eller et forsøk på å etablere innholdet i lovens vilkår «realitet». Istedenfor ble det ved grensevurderingen i sin helhet vist til HR-2017-716-A og gjennomgangen som ble foretatt der. Det er verdt å bemerke seg at da Høyesterett avsa HR-2017-716-A var ikke arveloven 2019 trådt i kraft, og skulle heller ikke vise seg å tre i kraft på 4 år (2021).

Analysen viser at rettsstilstanden fremdeles er uklar. Ordlyden bidrar ikke til økt klarhet eller forutberegnelighet, slik som formålet skulle tilsi.¹⁶⁸ Hvorvidt bestemmelsen faktisk er konfliktreduserende, gjenstår å se. Behandlingen av arveloven § 40, slik den fremstilles i forarbeidene og i rettspraksis, kan føre til ytterligere forvirring rundt hvor grensen mellom livs- og dødsdisposisjoner går. I ytterste konsekvens kan lovendringen føre til at innholdet i livsdisposisjoner utvides, mens innholdet i dødsdisposisjoner tilsvarende innsnevres. Dette kan igjen føre til en rettsstilstand hvor man lettere kan unngå pliktdels- og testamentsreglene enn tidligere.

¹⁶⁸ Olsen (2022) s. 330.

Kilderegister

Lover

Arveloven 2019 (al. 2019)	Lov 14. juni 2019 nr. 21 om arv og dødsboskifte (arveloven)
Arveloven 1972 (al. 1972)	Lov 3. mars 1972 nr. 5 om arv m.m (arveloven). Opphevet.
Arveloven 1854 (al. 1854)	Lov 31. juli 1854 om arv (arveloven). Opphevet.

Forarbeider

Utredninger:

NOU 2014:1	NOU 2014:1 Ny arvelov
NUT 1962:2	NUT 1962:2 Utkast til lov om arv.

Proposisjoner og innstillinger:

Prop.107 L (2017-2018)	Prop.107 L (2017-2018) Lov om arv og dødsboskifte (arveloven).
Ot.prp.nr.36 (1968-1969)	Ot.prp.nr.36 (1968-1969) Om lov om arv m.m.
Mandatet for Arvelovsutvalget	Mandat for Arvelovsutvalget NOU 2014:1 «Ny arvelov»:

<https://www.regjeringen.no/no/dep/jd/org/styre-rad-og-utval/innstillinger/innstillinger-fra-utvalg/innstillinger-levert-i-2014/arvelovsutvalget/id648449/>

Ot.prp. U/1851	Ot.prp. U/1851.
Ot.prp. 4/1854	Ot.prp. 4/1854.

Rettspraksis

Avgjørelser fra Høyesterett:

HR-2018-1265-A *Deutsche Bank*

HR-2017-716-A

Rt. 2008 s. 1589

Rt. 2007 s. 776

Rt. 1979 s. 1200

Rt. 1978 s. 1083

Rt. 1971 s. 300

Rt. 1963 s. 803 (Nordisk Domssamling 1963 s. 288).

Rt. 1963 s. 518

Rt. 1961 s. 935

Avgjørelser fra lagmannsretten:

LG-2022-77254

LB-2022-88242

LB-2021-129906

Litteratur

Arnholm (1949)

Arnholm, Carl Jacob, «Fra testamentsrettens grensesone. Noen bemerkninger om «dispositiones mortis causa», *Tidsskrift for rettsvitenskap* 1949 s. 1-46.

- Arnholm (1974) Arnholm, Carl Jacob, *Arveretten*, 7. Opplag, Tanum-Norli, 1974
- Asland (2021) Asland, John, *Arverett*, 1. utgave, 1. opplag, Gyldendal Akademisk, 2021
- Eckhoff (2001) Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, 5. utgave ved Jan E. Helgesen, Universitetsforlaget 2001.
- Eeg (2023) Eeg, Thomas, *Karnov Lovkommentar: Arveloven 2019 § 40*, 2023, Lovdata.no
- Eeg (2022) Eeg, Thomas, *Arveretten*, 1. utgave, 1. opplag, Cappelen Damm, 2022.
- Eeg, Olsen (2018) Eeg, Thomas og Camilla H. Olsen, «Om legaldefinerings av ‘dødsdisposisjon’», *Lov og rett vol. 57, nr. 4*, 2018, s. 250-257.
- Eeg (2012) Eeg, Thomas, «Livs- og dødsdisposisjoner. Behov for nærmere regulering?», *Utvikling i nordisk arverett – tegn i tiden*, Nordisk arverettskonferanse 24. oktober 2012, s. 141-151
- Eeg (2009) Eeg, Thomas, «Når gjelder arvelovens regler om testamentsform og begrenset rådighet?», *Jussens venner vol 44*, 2009, s. 61-154, kapittel 4 «Vurderingen av om disposisjonen var eller var ment oppfylt før arvelater døde, belyst ved overdragelse av fast eiendom» s. 108 flg.
- Gamst (2018) Gamst, Oddmund, «Skjellsettende dom i arveretten», *Juristkontakt 1/2018*, s. 51-52.
- Gjelsvik (1968) Gjelsvik, Nikloaus, *Innledning i rettsstudiet*, 5. utgave, ved Nils Peder Langvand og Sverre Thune, Universitetsforlaget, 1968.

- Graver (2008) Graver, Hans Petter, «Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* vol 121, 2/2008, s. 149-178.
- Hallager (1885) Hallager, Fr., *Den Norske Arveret*, 2. utg. Ved Francis Hagerup, J.W. Cappelens Forlag, 1885.
- Hambro (2023) Peter, Hambro, *Lovkommentar arveloven 2019 § 40*, , 2023, Juridika.no
- Hambro (2011) Hambro, Peter, «Grensen mellom livs- og dødsdisposisjoner – en oppdatering», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 9 (2011) nr.2 s. 127-167.
- Olsen (2022) Olsen, Camilla Haukeland, *Realitet og proforma – Eit bidrag til læra om grensa mellom livs- og dødsdisposisjonar*, Avhandling for ph.d., Universitetet i Bergen, 2022.
- Platou (1910) Platou, Oscar, *Forelæsninger over norsk arveret*, 2.utgave, Brøgger, 1910
- Unneberg (2009) Unneberg, Inge, *Avtaler om arv – Forhåndsavtaler om fordeling av etterlatt formue*, Avhandling for ph.d. i rettsvitenskap, Universitet i Tromsø, 2009.
- Schei (1969) Schei, Tore, «Grensen mellom livs- og dødsdisposisjoner», *Jussens venner V.161*, 1969.

Internettkilder

<https://www.norghistorie.no/velferdsstat-og-vestvending/> (04.12.23).

https://www.med.uio.no/klinmed/forskning/sentre/nssf/kunnskapsressurser/statistikk-selvmed/statistikk-2020/nssf_fakta-om-selvmed_nov-2020.pdf (01.12.23).

<https://www.synonymordboka.no/no/?q=realitet> (01.12.23).

https://lovdata.no/artikkel/lovdatas_flaggsaker/1482 (01.12.23).

