

Norske og EU-rettslige rettsvalgsregler for ekteskap, formuesforholdet mellom ektefeller og skilsmisser.



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 529
Leveringsfrist: 25.11.2011

Til sammen 16011 ord

20.06.2012

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Tema og problemstilling	1
<u>2</u>	<u>RETTSKILDER OG METODE</u>	<u>3</u>
2.1	Hensynet til forutberegnelighet og harmonisering	5
<u>3</u>	<u>PERSONALSTATUTTET</u>	<u>10</u>
3.1	Domisilprinsippet	11
3.1.1	Kravet til fysisk tilstedeværelse	13
3.1.2	Kravet om å ha vilje til å forbli boende	13
3.1.3	”Bopel” i NFK	15
3.2	Vanlig bosted som tilknytningsfaktor	16
3.2.1	Vanlig bosted i Roma III	18
3.3	Statsborgerskapsprinsippet	19
3.4	Statsborgerskap eller domisil?	20
<u>4</u>	<u>NORSK RETT</u>	<u>23</u>
4.1	Ekteskapsinngåelse	23
4.2	Formuesforholdet i internasjonale ekteskap	24
4.2.1	Uforanderlighetsprinsippet	25
4.2.1.1	Uforanderlighet uten unntak?	26
4.2.2	Statsborgerskapsprinsipp som alternativ	28
4.2.3	”Irma- Mignon”-formelen	29
4.2.4	Partsautonomi for formuesordningen?	32
4.3	Separasjon og skilsmisse ved internasjonale ekteskap	35
4.3.1	Hovedregel: Lex fori	35

4.3.2	”Blandet prinsipp” i NFK	36
4.3.3	Partsautonomi ved separasjon og skilsmisser?	37
4.4	Analogisk anvendelse av NFK?	38
<u>5</u>	<u>EU-RETTENS LØSNING</u>	<u>40</u>
5.1	Generelt om ekteskapslovgivningen innen EU	40
5.2	Forordning 1259/2010 Roma III	41
5.2.1	Utviklingen	41
5.2.2	Anvendelsesområdet	43
5.2.3	Hovedregel: Partsautonomi	44
5.2.4	Reguleringen der det ikke er foretatt et rettsvalg	45
5.3	Ensartede rettsvalgsregler for formuesordningen?	46
5.3.1	Haag – Konvensjonen fra 1978	46
5.3.2	En utvikling i retning av en Roma IV- forordning	48
5.3.2.1	Hovedregel: Partsautonomi	50
5.3.2.2	Reguleringen der det ikke er foretatt et rettsvalg	50
<u>6</u>	<u>AVSLUTNING</u>	<u>52</u>
<u>7</u>	<u>LITTERATUR- OG KILDELISTE</u>	<u>55</u>

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Et lands internasjonale privatrett er det sett med regler som bestemmer hvilket lands rett som skal legges til grunn i en tvist som har tilknytning til mer enn én stat. Disse reglene er en del av landenes nasjonale rett, og det er rettsforholdet som er internasjonalt.

I avhandlingen vil disse reglene bli kalt for rettsvalgeregler, fordi de betegner valget av et lands rett og ikke bare landets lovgivning.

Det overordnede tema i avhandlingen er innen den internasjonale familieretten, herunder såkalte ”internasjonale ekteskap”, hvor ektefellene har flerstatlig tilknytning. Med tiden har det blitt mer vanlig at personer flytter over landegrensene og inngår internasjonale ekteskap. Denne utviklingen har gjort at den internasjonale familieretten i økende grad får større betydning både i norsk rett og innen EU.

Det er hovedsakelig tre problemstillinger vedrørende internasjonale ekteskap som blir behandlet. For det første avklares det hvilke rettsvalgsregler som regulerer selve ekteskapsinngåelsen i pkt.4.1. Dernext redegjøres det for hvilke rettsvalgsregler som bestemmer hvilket lands rett som skal anvendes på ektefellenes formuesforhold i pkt. 4.2 flg. og pkt.5.3 flg.

For det tredje avklares det hvilke rettsvalgsregler som skal anvendes på en eventuell separasjon eller skilsmisse i pkt.4.3 flg. og pkt.5.2 flg.

Disse problemstillingene kan oppstå der to personer fra ulike stater gifter seg, eller der de allerede er gift og flytter til en annen stat.

Spørsmålet om rettsvalg kan vise seg å være problematisk fordi reguleringene av rettsvalget i de europeiske landene ikke er harmoniserte. Så lenge reglene ikke er ensartede, avhenger rettsvalget av hvor saken kommer opp.

Det sentrale i avhandlingen er å belyse hvilke regler og prinsipper som regulerer rettsvalget når et ektepar står overfor spørsmål vedrørende ekteskapsinngåelse, skilsmisse eller det formuesrettslige forholdet dem imellom. Avhandlingen tar sikte på

å sammenligne de norske rettsvalgsreguleringene med de EU-rettslige reglene, samt å vurdere hvilken betydning EU' s reguleringer har eller kan ha for norsk rett.

I den videre fremstillingen vil det først bli gitt en presentasjon av personalstatuttet og de ulike tilknytningsfaktorene som blir anvendt i relasjon til internasjonale ekteskap jfr. avhandlingens pkt.3 flg.

Kapittel 4 i avhandlingen behandler de norske ekteskapsrettslige rettsvalgsreglene, herunder også de felles nordiske reguleringer som er en del av norsk rett. De norske rettsvalgsreglene er hovedsakelig ulovfestede, med unntak av den nordiske familierettskonvensjonen fra 1931 (heretter forkortet til NFK).¹

Derneft behandles de EU- rettslige reguleringer, herunder både eksisterende og kommende forordninger i pkt. 5 flg.

Jeg har avgrenset mot internasjonale privatrettslige spørsmål som oppstår utenfor Europa, både på grunn av tilgjengeligheten av andre lands rettsvalgsregler og av plasshensyn.

På grunn av avhandlingens begrensede omfang er den også avgrenset mot jurisdiksjonsspørsmål samt mot regler om anerkjennelse av rettsavgjørelser.

¹ Konvensjon mellom Norge, Danmark, Finland, Island og Sverige inneholdende internasjonal-privatrettslige bestemmelser om ekteskap, adopsjon og vergemål med sluttprotokoll av 6. februar 1931.

2 Rettskilder og metode

Når en står overfor en grenseoverskridende tvist, oppstår spørsmålet om rettsvalg. Rettsvalget, avgjørelsen av hvilket lands rett som skal legges til grunn, beror på den enkelte stats internasjonale privatrett.

Bli et krav reist i Norge, anvender de norske domstolene den norske internasjonale privatretten for å fastslå hvilket lands materielle rett som skal legges til grunn. Det er ikke gitt at resultatet blir at norske domstoler skal anvende sin egen rett, *lex fori*.²

I norsk rett finnes det kun få lover som inneholder rettsvalgsregler, eksempelvis kjøpslovvalgsloven³ og lov om lovvalg i forsikring.⁴ Innen familieretten finnes det derimot ingen intern-norske lover som bestemmer rettsvalget. Rettsvalget avgjøres derfor hovedsakelig etter ulovfestede prinsipper som har sitt opphav i langvarig sedvanerett og praksis. Også bestemmelser som gir veiledning om rettsvalget, som for eksempel ekteskapslovens § 5a eller § 30b,⁵ er basert på disse prinsippene.⁶

I Norge har det frem til i dag vært skepsis rundt utformingen av generelle rettsvalgsregler.⁷ Innenfor kontraktsretten belyser Cordero- Moss⁸ at det ofte velges å se bort fra rettsvalgsspørsmålet fordi det er ukjente momenter ved bruken av rettsvalgsreglene.

Det kan anses som kompliserende at norske domstoler kommer til at et annet lands rett skal anvendes på rettsvalgsspørsmålet.⁹ Norske dommere og advokater har naturlig nok størst kjennskap til norsk rett, og ønsker derfor av praktiske grunner å anvende denne. Argumentet om at anvendelsen av rettsvalgsregler kan medføre at domstolen må legge til grunn et annet lands rett, kan imidlertid ikke innvendes i like stor grad innen

² ”Lex fori” er loven i landet der domstolen har sitt sete jfr. Gaarder/Lundegaard (2000) s. 27.

³ Lov nr.1 av 3. april 1964 om mellomfolkeleg- privatrettslege reglar for lausøyrekjøp (kjøpslovvalgsloven)

⁴ Lov nr. 111 av 27. november 1992 om lovvalg i forsikring (forsikringslovvalgsloven)

⁵ Lov nr. 47 av 4. juli 1991 om ekteskap (heretter forkortet til el.)

⁶ Lilleholt, Kåre (2004) s. 787

⁷ Cordero- Moss, Giuditta (2000) s. 132-133

⁸ Cordero- Moss, Giuditta (2000) s. 132

⁹ Cordero- Moss, Giuditta (2000) s. 132-133, s. 146

ekteskapsretten. Eksempelvis legges *lex fori* som hovedregel til grunn ved skilsmisser i norsk rett. På den måten vil norske domstoler komme til å anvende sin egen rett, og følgelig vil anvendelsen av rettsvalgsregler ikke nødvendigvis medføre en ulempe for domstolene. (De konkrete norske reguleringene for separasjon og skilsmisser vil bli utførlig behandlet i pkt. 4.3 flg.)

I tillegg har det blitt innvendt at det i norsk rett er vanskelig å finne frem til de konkrete rettsvalgsreglene, fordi de som tidligere nevnt hovedsakelig er ulovfestede.¹⁰ Dersom disse ble lovfestede ville en hatt et klart bilde over rettsvalgssituasjonen, og tilgjengeligheten av reglene ville ikke lenger blitt oppfattet som vanskelig.

En lovfestet regulering av rettsvalgsregler finnes imidlertid i den nordiske familierettskonvensjonen fra 1931 om anerkjennelse av nordiske skilsmisser og separasjoner. Konvensjonen gjelder mellom Norge, Danmark, Sverige, Finland og Island, og inneholder regler om ekteskap, adopsjon og vergemål. Ved lov nr. 75 av 19. desember 1969 om gjennomføring av nordiske konvensjoner om visse internasjonal - privatrettslige forhold, er konvensjonen blitt gitt lovs kraft i norsk rett.

NFK får bare anvendelse på personer som er nordiske statsborgere, og som samtidig er bosatt i ett av de nordiske landene. Dette innebærer at konvensjonen i utgangspunktet ikke kan anvendes på internasjonale ekteskap der en av ektefellene kommer fra et ikke-nordisk land.

Det nordiske samarbeidet skal bidra til at det stadig sirkulerer rettslige ideer mellom landene, og at forskjellene mellom landenes regelverk minimeres gjennom en felles regulering.

¹⁰ Cordero- Moss, Giuditta (2000) s. 133

2.1 Hensynet til forutberegnelighet og harmonisering

Ett av hovedhensynene innen den internasjonale privatretten er å sikre forutberegnelighet for partene.

En måte en kan sikre forutberegneligheten på, er at det utarbeides ensartede materielle regler.¹¹ Dersom det utarbeides like materielle regler i alle de europeiske landene, vil anvendelsen av det ene eller det andre lands rett ikke medføre noen forskjell for resultatet, og rettsvalgsreglene kan til og med anses som overflødige. Det er imidlertid lite sannsynlig at det gjennomføres en slik løsning i hele Europa, da de ulike landenes syn på ekteskapslovgivningen er veldig variabel. Eksempelvis er det på Malta fremdeles forbudt ved lov for ektefellene å skille seg, selv om folket i en folkeavstemning senest i 2011 har stemt ”ja” til en oppheving av dette forbudet.¹²

En annen metode som i stor grad vil ivareta hensynet til forutberegnelighet, er å utarbeide ensartede rettsvalgsregler som fører til at det samme lands rett utpekes til å regulere forholdet uavhengig av hvor saken anlegges.

Harmoniseringen vil bidra til at det ikke lenger hersker tvil om hvordan en tvist som har tilknytning til flere rettssystemer skal løses. En slik harmonisering er ønskelig for å oppnå rettsenhet, rettslikhet og forutberegnelighet for partene.

Ifølge Torstein Frantzen er harmonisering ikke bare ønskelig men sågar en *nødvendighet* for at forutberegnelighetshensynet kan bli ivaretatt fullt ut.¹³

Så lenge rettsvalgsreglene ikke er harmoniserte, kan saksøkeren velge verneting i en stat hvor rettsvalgsreglene vil medføre anvendelse av et lands rett som gir et fordelaktig resultat, såkalt forum shopping.¹⁴ En slik fordel, som bare gagnar den ene parten, vil falle bort ved en eventuell harmonisering.

¹¹ Gaarder/Lundegaard (2000) s. 37

¹² NRKs hjemmeside, sist besøkt 18.11.2011 URL: <http://www.nrk.no/nyheter/verden/1.7652164>

¹³ Frantzen, Torstein (2002) s. 76

¹⁴ Cordero- Moss, Giuditta (2010), Filtvedt, Kristin (2010) s. 6-7

På grunn av økt mobilitet av personer innen Europa og av hensyn til forutberegnelighet, er det ønskelig at rettsvalgsreglene i alle de europeiske landene harmoniserer, ikke bare innen EU.¹⁵

EU arbeider for tiden intenst med å utvikle nye forordninger som inneholder ensartede rettsvalgsregler for ekteskapsaker. Det er allerede kommet i stand en Roma III- forordning vedrørende rettsvalg i skilsmisse- og separasjonssaker¹⁶, og det er også blitt utarbeidet et forordningsforslag til en Roma IV-forordning som skal regulere formuesordningen mellom ektefellene.¹⁷ Både Roma III og forordningsforslaget til Roma IV blir behandlet utførlig i avhandlingens pkt.5 flg.

Likevel er det allerede her nødvendig å nevne at Roma III-forordningen foreløpig bare gjelder et forsterket samarbeid som inneholder 14 stater, herunder verken Sverige eller Danmark.¹⁸ På grunn av at det bare er 14 deltakende stater i Roma III, vil det gjennom denne forordningen kun være mulig å oppnå en begrenset harmonisering av rettsvalgsreglene for separasjon og skilsmisser.

På tross av at det for tiden ikke er mulig å oppnå en fullstendig harmonisering, er det ønskelig at reglene i større grad skal ligne hverandre, slik at forskjellen på å anlegge en sak i én stat fremfor en annen, er minimal. Derfor er det av betydning at så mange land som mulig etterstreber å innføre lignende regler eller å delta i det europeiske samarbeid.

På grunn av at Norge ikke er medlem av EU og den internasjonale privatretten ikke er omfattet av EØS-avtalen, blir lovgivningen som utvikles innen EU ikke umiddelbart en del av norsk rett. Derfor anvendes EU's forordninger, eksempelvis Roma III og Roma IV i utgangspunktet ikke i Norge. Likevel gir både Roma III og forordningsforslaget til Roma IV uttrykk for velutformede og detaljerte rettsvalgsregler¹⁹, og det må derfor vurderes om EU-rettslige reguleringer kan ha betydning for norsk rett.

¹⁵ Se eksempelvis KOM (2005) 82

¹⁶ Rådets forordning (EU) Nr. 1259/2010 af 20.december 2010 om indførelse af et forsterket samarbejde om lovvalgsreglerne i forbindelse med skilsmisse og separation. (Roma III)

¹⁷ KOM (2011) 126 Forslag til Rådets forordning om kompetence, rettsvalg, anerkendelse og fuldbyrdelse i sager vedrørende formueforholdet mellem ægtefeller.(Roma IV)

¹⁸ Se pkt. 5.2 flg.

¹⁹ Se pkt. 5.2 flg. og pkt. 5.3.2 flg.

Det har både i teori og rettspraksis blitt belyst at EUs internasjonale privatrett har betydning for norsk rett, og at det er en målsetning for norsk rett å etterstrebe harmonisering med EU retten.²⁰

Eksempelvis vurderer Høyesterett hvilken betydning EU-rettens løsninger har for norsk rett i Rt. 2009 s. 1537 ”Bokhandleren i Kabul”-dommen:

Rt. 2009 s. 1537 gjaldt spørsmålet om hvilket lands rett som skulle legges til grunn i en erstatningssak om påståtte personvernkrænkelser i boken ”Bokhandleren i Kabul” av Åsne Seierstad. Grunnen til at det ble reist erstatningssak var at familiemedlemmene mente at boken spredte privatsensitive opplysninger. Høyesterett behandler rettsvalgsspørsmålet særskilt; spørsmålet er om norsk eller afghansk rett skal anvendes på erstatningsspørsmålet.

Høyesterett gir i dommen uttrykk for at europeiske internasjonale privatrettslige regler skal vektlegges også i Norge, og at de skal ha forrang fremfor den sedvanerettslige ”Irma- Mignon”-formelen.²¹ Det blir uttalt at ”I den utstrekning vi ikke har avvikende lovregulering, taler hensynet til rettsenhet for at vi ved avgjørelse av lovvalgsspørsmål legger vekt på den løsning som EU- landene har valgt.”²²

Dette synspunkt er blitt bekreftet senest i Rt. 2011 s. 531. Dommen gjaldt rettsvalg i forbindelse med et oppreisningskrav reist i Norge for straffbare handlinger foretatt i Bosnia- Herzegovina i 1992. Høyesterett viser til ”Bokhandler i Kabul”- dommen og slår fast at norsk internasjonal privatrett bør anvende rettsvalgsreglene i Roma II- forordningen²³ ”ut fra hensynet til rettsenhet med EU” jfr. Rt. 2011 s. 531 avsnitt 46.

Også Justisdepartementet har ytret at det er behov for å legge vekt på de europeiske rettsvalgsreglene.²⁴ Allerede i 1985 ga Justisdepartementet ut et høringsbrev til et

²⁰ Cordero- Moss, Giuditta (2010) s. 829 flg., Cordero- Moss, Giuditta (2009) s. 71, Frantzen, Torstein (2002) s. 76

²¹ Cordero- Moss, Giuditta (2010) s. 829, nærmere om ”Irma-Mignon”-formelen i pkt. 4.2.3

²² Jfr. Rt. 2009 s. 1537 avsnitt 34.

²³ Europa- Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 864/2007, af 11. juli 2007 om lovvalgsregler for forpligtelser uden for kontrakt. (Roma II)

²⁴ Cordero- Moss, Giuditta (2010) s. 830

lovutkast om rettsvalgsregler på formuesrettens område.²⁵ Dette lovutkastet, som imidlertid ikke ble fulgt opp, baserte seg på Roma-konvensjonen fra 1980²⁶ som på det tidspunktet var undertegnet av 12 EF-stater, og som trådte i kraft i 1.april 1991.

Når det tidligere er blitt planlagt at norske reguleringer skal baseres på europeiske regler, kan også dette tale for at de europeiske reguleringene tillegges vekt ved utformingen av nye regler i norsk rett.

Justisdepartementet understreket i et nytt høringsbrev i 2003 vedrørende EUs grønnbok i forbindelse med Roma I- forordningen²⁷ som erstattet Roma-konvensjonen fra 1980, at enhetlige løsninger i kontraktsretten er viktige, og at EUs regulering derfor må anses å ha betydning for norsk rett.²⁸

For norsk rett gjør behovet for harmonisering seg spesielt gjeldende i forhold til de øvrige nordiske landene som over lang tid har hatt et nært samarbeid.²⁹ Som tidligere nevnt er NFK et eksempel på et slikt samarbeid.

Sverige, Danmark og Finland er i tillegg til å være deltakere i det nordiske samarbeidet gjennom NFK også medlem av EU. At Norges nærmeste naboland er med i EU, kan tale for, og bidra til at EU-rettens løsninger også kan ha betydning for norsk rett.

Det må bemerkes at Danmark står i en særstilling når det gjelder hele det sivilrettslige samarbeidet innen EU. Frem til Amsterdam-traktaten³⁰ var også Danmark deltakere i dette samarbeidet, men da Amsterdam-traktaten flyttet reguleringen av det sivilrettslige samarbeidet til den nyopprettede del IV i EF-traktaten, ble reguleringen omfattet av

²⁵ Høringsutkast til ”lov om interlegale lovvalgsregler på formuesrettens område”(jnr. 1450/85 E BN/uwg.), 20. mai 1985

²⁶ Roma-konvensjonen om lovvalg på kontraktrettens område av 19.juni 1980, ikrafttreden 1. april 1991.

²⁷ Europa-parlamentets og Rådets forordning (EF) Nr. 593/2008 af 17.juni 2008 om lovvalgsregler for kontraktlige forpliktelser (Roma I)

²⁸ Cordero- Moss, Giuditta (2010) s. 830, Cordero-Moss, Giuditta (2009) s. 69

²⁹ Cordero- Moss, Giuditta (2010) s. 831, Cordero-Moss, Giuditta (2009) s. 71

³⁰ ”Amsterdam-traktaten om ændring af traktaten om den europæiske union, traktaterne om oprettelse af de europæiske fællesskaber og visse tilknyttede akter”, signert 2. oktober 1997, ikrafttreden 1. mai 1999.

Danmarks forbehold mot EU-samarbeid om visum, asyl og innvandring.³¹ Dette innebærer blant annet at reglene i både Brussel II³² og Roma III som jeg kommer til å gå inn på nedenunder i pkt. 5 flg. ikke gjelder for Danmark.³³ Imidlertid har Danmark et ønske om å bli omfattet på tross av at forordningene ikke gjelder for dem.

Dette kan en se ved at Danmark i 2001 ytret en anmodning om å bli knyttet til den daværende Brussel II- forordningen fra 2000³⁴ via en parallellavtale, slik de er tilknyttet Brussel I³⁵, men dette ble avvist.³⁶

Hovedsakelig er det vanskelig å oppnå slike parallellavtaler fordi det kan svekke og komplisere det europeiske samarbeidet.³⁷ At Danmark ønsker å være omfattet av de nye forordningene kan likevel sies å indikere at harmonisering på den internasjonale privatrettens område er viktig.

³¹ Cordero-Moss, Giuditta, (2009), se også dansk utredning gjort av dansk institutt for internasjonale studier (heretter forkortet til DIIS), s. 314

³² Rådets forordning (EF) nr. 2201/2003 af 27. november 2003 om kompetence og om anerkendelse og fuldbyrdelse av retsavgørelser i ægteskabssager og i saker vedrørende forældreansvar og om ophævelse af forordning (EF) nr. 1347/2000. (nåværende Brussel II)

³³ Se EU fakta (2008) nr. 31

³⁴ Rådets forordning (EF) nr.1347/2000 af 29.maj 2000 om kompetence og om anerkendelse og fuldbyrdelse af retsavgørelser i ægteskapsager samt i saker vedrørende forældremyndighet over ægtefællers fælles børn. (den gamle Brussel II)

³⁵ Rådets forordning (EF) nr. 44/2001 af 22. december 2000 om retternes kompetence og om anerkendelse og fuldbyrdelse af retsavgørelser på det civil- og handelsretlige område. (Brussel I)

³⁶ Jfr. Dansk utredning gjort av DIIS s. 321-322

³⁷ Jfr. Dansk utredning gjort av DIIS s. 322 flg.

3 Personalstatuttet

Personalstatuttet betegner i norsk rett den rettordningen som regulerer en persons personlige rettsstilling.³⁸ En persons personalstatutt er det samme som vedkommendes hjemlandsrett, og i litteraturen skilles det ikke mellom begrepene.³⁹

I avhandlingen kommer jeg hovedsakelig til å bruke betegnelsen personalstatutt.

Det kan variere fra stat til stat hvilke spørsmål som blir avgjort etter personalstatuttet. Tradisjonelt har vi i Norge anvendt personalstatuttet innen ekteskaps-, arve- og personlovgivningen i den internasjonale privatrett.⁴⁰ Det relevante for avhandlingen er spørsmål av personlig art innen ekteskapslovgivningen.⁴¹

Eksempler på dette kan være spørsmål vedrørende ekteskapsinngåelsen eller spørsmål om ektefellenes formuesordning.

Årsaken til at personalstatuttet legges til grunn ved slike spørsmål er at det er ønskelig å vise personene respekt og verne om dem i saker som er nærgående for deres kulturelle identitet.⁴²

Kjernen i personalstatuttet er å legge til grunn den stats rett som en person har en sterk tilknytning til.⁴³ Hovedsakelig vil dette være domisillandets -, statsborgerskapslandets -, eller vanlig bostedslands rett, men det varierer fra stat til stat hvilken tilknytningsfaktor som blir lagt til grunn.

Står man i Norge overfor et spørsmål som skal avgjøres etter personalstatuttet, legges den stats lovgivning til grunn hvor personen har sitt domisil.⁴⁴

Domisilprinsippet legges også til grunn som personalstatutt i Danmark og på Island.⁴⁵

³⁸ Thue, Helge (2002) s. 3-4,

³⁹ Thue, Helge (2002) s. 5, 42, Cordes, Jørg (2010) s. 118

⁴⁰ Thue, Helge (2002) s. 6, Gaarder/Lundegaard (2000) s. 131-132, Cordes, Jørg (2010) s. 119

⁴¹ Thue, Helge (2002) s. 3

⁴² Thue, Helge (2002) s. 44, Cordes, Jørg (2010) s. 118

⁴³ Nielsen, Peter Arnt (1997) s. 87, Cordes, Jørg (2010) s. 119

⁴⁴ Se pkt. 3.1flg.

⁴⁵ Thue, Helge (2002) s. 48, Gaarder/Lundegaard (2000) s. 131.

Enkelte stater legger til grunn det landets rett hvor personen er statsborger som personalstatutt. Blant de nordiske landene har Sverige og Finland tradisjonelt lagt statsborgerskapsprinsippet til grunn. Imidlertid synes både Finland og Sverige nå i større grad å benytte seg av domisilprinsippet.⁴⁶

Som følge av at de nordiske landene har anvendt ulike prinsipper som personalstatutt, inneholder NFK et blandet prinsipp fremfor et rent domisil- eller statsborgerskapsprinsipp. Prinsippet innebærer prinsipal anvendelse av én tilknytningsfaktor og subsidiær anvendelse av en annen. Dette prinsippet blir behandlet nærmere i avhandlingens pkt. 4.3.2 i forbindelse med rettsvalget for separasjon og skilsmisser.

3.1 Domisilprinsippet

Det viktigste prinsippet utviklet gjennom sedvanerett i norsk internasjonal privatrett er domisilprinsippet.⁴⁷ Domisilprinsippet anvendes som tilknytningsfaktor ved internasjonale ekteskap i spørsmål vedrørende ekteskapsinngåelsen samt ved fastsettelsen av formuesordningen mellom ektefellene.

Prinsippet går ut på at den stats rett som en person har bopel i, med hensikt om å forbli der varig, skal legges til grunn.⁴⁸

”Domisil” er i utgangspunktet ikke et norsk begrep, og verken i ekteskapsloven eller i NFK ser en at begrepet ”domisil” blir anvendt.

Den vanlige betegnelsen for domisil i lovgivningen er ”bopel” eller ”bosted”, og disse begrepene må anses å være sammenfallende innholdsmessig.⁴⁹

Anvendelsen av det sedvanerettslige prinsippet er blitt uttalt i ekteskapslovens forarbeider, samt forutsatt ved enkelte lovbestemmelser som eksempelvis i ekteskapsloven § 5a og § 7 bokstav h.

⁴⁶ Thue, Helge (2002) s. 48, Cordes, Jørg (2010) s. 122

⁴⁷ Lilleholt, Kåre (2004) s. 787

⁴⁸ Thue, Helge (2002) s. 62, 69

⁴⁹ Thue, Helge (2002) s. 63-64

Det finnes også flere rettsavgjørelser som bygger på at domisilprinsippet gjelder i norsk rett, for eksempel Rt. 1969 s.664 og Rt. 1988 s. 1100. I rettsteorien er det også enighet om prinsippet rettslige grunnlag.⁵⁰

I norsk rett finnes det ingen lovfestet definisjon av domisilprinsippet, men gjennom sedvanerett og rettspraksis er det utviklet to kriterier som må være oppfylt for at en kan si at en person har domisil i Norge.⁵¹ Kriteriene er uttalt i forarbeidene⁵² til den opphevede tvistemålsloven § 419 a,⁵³ som imidlertid er erstattet av el. § 30 b. Her uttales at ” etter norsk internasjonal privatrett er en persons domisil det sted der han faktisk har slått seg ned i den hensikt å bli boende der varig, d.v.s. det sted som til vanlig betegnes som hans heim.” (min kursivering).⁵⁴

El. § 30 b er en direkte videreføring av tvml.§ 419a⁵⁵, og dermed må betegnelsen ”bopel” i el. § 30 b forstås som ”domisil” i tvml. § 419a.⁵⁶

I det videre behandles de to kriteriene som må være oppfylt for at en person har oppnådd domisil i Norge.

⁵⁰ Thue, Helge (2002) s. 6, 48 og 61. Gaarder/ Lundeagaard (2000) s. 131 og 134.

⁵¹ Thue, Helge (2002) s. 62, 69

⁵² Ot. prp. Nr. 19 (1962-1963) til tvistemålsloven § 419 a

⁵³ Tvistemålsloven av 13. august 1915 nr. 6 (tvml.) erstattet av lov om mekling og rettergang i sivile tvister av 17. juni 2005 nr. 90 (tvml.)

⁵⁴ Ot. prp. Nr.19 (1962-1963) s. 11

⁵⁵ Jfr. Ot.prp. Nr. 51 (2004- 2005) s. 512

⁵⁶ Thue, Helge (2002) s. 361-364

3.1.1 Kravet til fysisk tilstedeværelse

Ett av kriteriene for å oppnå domisil i Norge er at man befinner seg her. Det kreves at man har fysisk tilstedeværelse i det landet man ønsker å oppnå domisil.⁵⁷

Kravet om at personen må ha fysisk tilstedeværelse i landet innebærer mer enn alminnelig opphold. En persons oppholdssted kan være midlertidig og derfor anses det å være mer flyktig enn bopel. Derfor er midlertidig opphold i et land ikke tilstrekkelig for å oppfylle kravet til fysisk tilstedeværelse.⁵⁸

3.1.2 Kravet om å ha vilje til å forbli boende

Det andre kravet for å oppnå domisil, er at personen også har en intensjon om å forbli i landet.⁵⁹ I dette kriteriet ligger det kun at man har planer om og vilje til å forbli boende. En skulle tro at kriteriet i realiteten gjør det mulig for personer å oppnå domisil rett etter ankomst i Norge, såfremt personen redegjør for at han har en intensjon om å forbli her. Vurderingen kan imidlertid ikke utelukkende komme av personens subjektive syn. Bedømmelsen av viljen til varig opphold gjøres på objektivt grunnlag, og det må derfor ses på hvordan personen har innrettet seg i landet.⁶⁰ Det forventes at forutsetningene for et langvarig opphold ligger til grunn, for eksempel at personen har fått fast arbeid og bopel.⁶¹

Intensjonen om å forbli i landet er dog ikke betinget av noen tidsfrist, eller at personen har planer om å bo her resten av livet. Likevel kan den faktiske lengden på oppholdet benyttes som et moment i vurderingen av om kriteriet er oppfylt.

Eksempelvis vil en norsk student ikke miste domisil i Norge dersom han flytter til Tyskland for å studere, selv ikke om han studerer der i flere år.⁶² Et midlertidig fravær fra Norge vil altså ikke avslutte et allerede etablert domisil.

Eksempelet ovenfor kan imidlertid få motsatt utfall dersom han gifter seg med en tysk kvinne og får fast jobb og bolig i Tyskland. Da vil forholdet måtte vurderes på en annen måte.

⁵⁷ Thue, Helge (2002) s. 70, Gaarder/Lundegaard (2000) s. 136

⁵⁸ Gaarder/Lundegaard (2000) s. 136

⁵⁹ Thue, Helge (2002) s. 63, Gaarder/Lundegaard (2000) s. 135

⁶⁰ Frantzen, Torstein (1999) s. 51, Gaarder/Lundegaard (2000) s. 137

⁶¹ Frantzen, Torstein (1999) s. 51.

⁶² Gaarder/ Lundegaard (2000) s. 136-138

I tillegg til de overnevnte kriteriene, forutsettes det at oppholdet er lovlig i Norge, samt at vedkommende oppholder seg frivillig her.⁶³

Lovlig opphold er et vilkår i flere henseende i tillegg til ved ekteskapsinngåelsen i Norge. I den mye medieomtalte ”Maria Amelie” – saken, er lovlig opphold et sentralt tema. Maria Amelie (eg. Madina Salamova) hadde levd i skjul med familien siden 2003, da familien ble pålagt å forlate landet som følge av avslag på asylsøknaden. Maria Amelie, som har tatt en mastergrad ved NTNU, ga ut boken ”Ulovlig norsk ” 10. september 2010. Dagen før utgivelsen av boken ble det sendt en anmodning om omgjøring av avslaget på asylsøknaden fra 2003. Anmodningen ble avslått og Maria Amelie ble sendt ut av Norge 24. januar 2011. I forkant av utsendelsen fikk hun flere jobbtilbud hvorav hun takket ja til tilbudet fra Teknisk ukeblad. Hun kunne likevel ikke søke om arbeids- og oppholdstillatelse fordi hun på søknadstidspunktet ikke befant seg i utlandet. Saken medførte en begrenset endring av regelverket, slik at det nå mulig å søke om arbeids- og oppholdstillatelse selv om en er blitt utvist fra landet.⁶⁴

At vedkommende må oppholde seg frivillig her, krever ikke nødvendigvis at personen har forlatt sitt hjemland frivillig.⁶⁵ I mange tilfelle kommer innvandrere til Norge fordi de har vært tvunget til å forlate landet sitt på grunn av spesielle omstendigheter som krig eller lignende.

Disse har ofte reist fra landet sitt med intensjoner om å komme tilbake når situasjonen har stabilisert seg. I slike tilfeller er det ikke forutsigbart om dette kommer til å skje, og i mange tilfelle har det vært slik at personen ikke reiser tilbake.⁶⁶

Tall fra statistisk sentralbyrå viser imidlertid at det for tiden er omtrent en tredjedel av innvandrerne i Norge som utvandrer igjen, det være seg hjem til landet de opprinnelig kom fra eller til et annet land.⁶⁷ Dette kan tale for at man skal legge til grunn at vedkommende ikke oppfyller kravet til vilje om å forbli i landet.

Når en står overfor slike tilfeller, er det nødvendig å avgjøre det enkelte tilfelle skjønnsmessig. Sannsynligvis vil en i situasjoner som denne ofte komme til at personen

⁶³ Thue, Helge (2002) s. 70

⁶⁴ Wikipedia, besøkt 02.11.11 URL: http://no.wikipedia.org/wiki/Maria_Amelie

⁶⁵ Thue, Helge (2002) s. 70

⁶⁶ Thue, Helge (2002) s. 83, Gaarder/Lundegaard (2000) s. 137,

⁶⁷ NRK’ s hjemmeside, besøkt 08.11.11 URL: http://m.nrk.no/m/artikkel.jsp?art_id=17803646, Statistisk sentralbyrås hjemmeside, besøkt 08.11.11 URL: <http://www.ssb.no/innvutv/>

må anses å ha oppnådd domisil i Norge, primært fordi oppholdets karakter synes å være ubegrenset, selv om intensjonen hovedsakelig ikke var å forbli boende.⁶⁸

Her kan en si at domisilprinsippet nyanseres, og at kravet om å ha vilje til å forbli boende ikke blir lagt til grunn absolutt.

Et annet eksempel på tilfeller som krever en skjønnsmessig vurdering, er hvor norske pensjonister flytter til ”Syden” på langvarig basis. Som oftest ønsker disse å beholde norsk rett som hjemlandsrett, for å kunne legge denne til grunn på eventuelle pensjonsrettigheter og arveoppgjør.⁶⁹ Situasjonen kan være vanskelig å bedømme, da personene i de fleste tilfellene ikke er fysisk til stede i Norge mesteparten av året, og heller ikke har noen vilje om å forbli her. Det må foretas en skjønnsmessig vurdering i det enkelte tilfelle for å bedømme om vilkårene til domisil er oppfylt.

Når vedkommende overhodet ikke har intensjoner om å komme tilbake til Norge, og heller ikke lenger er bosatt her, taler dette for at vedkommendes norske domisil har opphørt.⁷⁰

3.1.3 ”Bopel” i NFK

I NFK brukes betegnelsen ”bopel” blant annet i art. 7 vedrørende separasjon og skilsmisser. I denne bestemmelsen er den prinsipale tilknytningen ”bopel”, slik at den stats rett hvor ”ektefellene har sin bopel” jfr. art.7 (1) pkt.1. legges til grunn for kravet om separasjon eller skilsmisse.

Spørsmålet er hva som ligger i betegnelsen ”bopel” etter NFK.

I avhandlingens pkt.3.1 nevnte jeg at ”bopel” i norsk rett har vært en vanlig måte å betegne domisil på, da domisil ikke er et vanlig norsk begrep.

Tradisjonelt har det derfor også vært vanlig å forstå ”bopel” i NFK som sammenfallende med norsk retts domisil.⁷¹

NFK ble revidert 6.februar 2001 og endringene trådte i kraft 1. juli 2001 jfr. kunngjøring 28. juni 2001 nr. 740.

⁶⁸ Gaarder/Lundegaard (2000) s. 138

⁶⁹ Gaarder/Lundegaard (2000) s. 138

⁷⁰ Gaarder/Lundegaard (2000) s. 138

⁷¹ Thue, Helge (2002) s. 362, se pkt. 3.1 om domisil.

Endringen av konvensjonen medførte at betegnelsen ”bopel” fikk en annen betydning. Den daværende Brussel II- forordningen fra 2000⁷² har ifølge Thue vært ”kilden” til endringene i art. 7 om jurisdiksjon ved separasjon og skilsmisse. I denne forordningen har bopel blitt brukt i betydningen av ”vanlig bosted”. Hva som ligger i ”vanlig bosted” er forklart nedenfor i pkt. 3.2.

Brussel II- forordningen fra 2000 har imidlertid blitt erstattet av en ny Brussel II- forordning fra 2003⁷³, men også i denne forordningen betegner ”bopel” en persons vanlige bosted.

På grunn av at den gamle Brussel II- forordningen har vært opphavet til endringene i NFK art.7, må betegnelsen ”bopel” i NFK nå forstås som ”vanlig bosted”.⁷⁴

At ”bopel” i NFK skal forstås på denne måten kan også leses ut av den danske versjonen, hvor en bruker betegnelsen ”sædvanlige opholdssted”.

Ordet ”bopel” kan derfor sies å ha fått en ny betydning ved revisjonen av NFK. Det kan imidlertid ikke sies at den samme forståelsen av ”bopel” skal legges til grunn ellers i norsk rett, eksempelvis i el. § 30b. Her må ”bopel” fremdeles anses som sammenfallende med ”domisil”.⁷⁵

Det er viktig at en er klar over hvordan en skal tolke begrepet ”bopel” i NFK, slik at det ikke feilaktig blir lagt til grunn som domisil. Den enkleste måten å skape klarhet i begrepsinnholdet på, er å endre NFK’ s ordbruk, slik at det uttrykkelig fremgår av konvensjonens bestemmelser at ”bopel” brukes i betydningen av ”vanlig bosted”.

3.2 Vanlig bosted som tilknytningsfaktor

Tilknytningsfaktoren ”vanlig bosted” blir vanligvis betegnet som ”Place of habitual Residence” eller ”Residence Habituelle” i internasjonal sammenheng. I Danmark oversettes dette med ”sædvanlig opholdssted” som igjen er en direkte oversettelse av den tyske betegnelsen ”gewöhnlicher Aufenthalt”. I det videre kommer jeg til å holde meg til den alminnelige norske betegnelsen ”vanlig bosted”.

⁷² Rf. 1347/2000 EF

⁷³ Rf. 2201/2003 EF

⁷⁴ Thue, Helge (2002) s. 362

⁷⁵ Thue, Helge (2002) s. 363

”Vanlig bosted” er kommet inn i både europeisk og nordisk rett gjennom Haagkonvensjonene.⁷⁶

Tradisjonelt har en i nordisk rett ansett vanlig bosted som tilsvarende, og ikke som et alternativ, til det en her mener med domisil.⁷⁷ Som nevnt over i pkt. 3.1.1 har dette imidlertid endret seg ved revisjonen av NFK i 2001.

I land utenfor Norden har tilknytningsfaktoren ” vanlig bosted” selvstendig betydning. Likevel er innholdet i ” vanlig bosted” kun blitt legaldefinert i sveitsisk rett. Der er det blitt betegnet som det sted hvor en person over lengre tid lever.⁷⁸ Også i Tyskland forstås vanlig bosted som personens faktiske oppholdssted, eller personens livs – sentrum.⁷⁹ Det er altså ikke noe krav om at personen har en intensjon om å forbli boende, slik det er hovedsakelig har vært ved domisilprinsippet.⁸⁰ Som nevnt i pkt. 3.1.2 er dette ”intensjonskravet” blitt nyansert i enkelte tilfelle også når en legger til grunn domisilprinsippet.

Tilknytningsfaktoren ”vanlig bosted” er ikke betinget av noen tidsfrist, og selv om personen på forhånd har planlagt å bo der i en tidsbegrenset periode, har han likevel oppnådd vanlig bosted jfr. den sveitsiske definisjonen.

Det kan anses som fordelaktig at det er en lav terskel for å oppnå vanlig bosted. På den måten forenkles adgangen til domstolene, hvilket som oftest er i ektefellenes interesse.⁸¹ Ulempen ved å legge til grunn vanlig bosted eller siste felles vanlig bosted som tilknytningsfaktor, er at det ikke kreves en stabil og varig forbindelse til den valgte rettsordningen.⁸²

”Vanlig bosted” er i betydelig og økende grad blitt benyttet som tilknytning for personalstatuttet, enten ved siden av eller i stedet for statsborgerskap og domisil, både i

⁷⁶ Thue, Helge (2002) s. 95-97, Andrae, Marianne (2006) s. 224

⁷⁷ Thue, Helge (2002) s. 97

⁷⁸ Thue, Helge (2002) s. 98

⁷⁹ Thue, Helge (2002) s. 99

⁸⁰ Thue, Helge (2002) s. 99

⁸¹ Andrae, Marianne (2006) s. 224

⁸² Andrae, Marianne (2006) s. 223-224

statlig lovgivning⁸³ og i internasjonale konvensjoner som for eksempel i Brussel- og Lugano-konvensjonene.⁸⁴

Av hensyn til norsk retts målsetning om å harmonisere med EU-retten, bør betegnelsens innhold tilpasses slik at vanlig bopel betyr og innebærer det samme uavhengig av hvilken konvensjon eller forordning det dreier seg om.

Tilknytningsfaktoren har fått et upresist innhold i norsk rett, og det bør derfor foretas en tilpasning til den allmenne internasjonale oppfatningen. Etter mitt syn er det svært viktig at det opereres med forskjellige betegnelser også i norsk rett, og at en uttrykkelig skriver ”vanlig bosted” når dette er ment, fremfor ”bopel” som i norsk rett også blir brukt for å betegne domisil.

3.2.1 Vanlig bosted i Roma III

I den engelske versjonen av Roma III brukes betegnelsen ”habitually resident” og i den danske versjonen brukes ”sædvanlige opholdssted” for å betegne tilknytningsfaktoren. Som tidligere nevnt blir disse betegnelsene på norsk oversatt med ”vanlig bosted”. Spørsmålet er om tilknytningsfaktoren ”vanlig bosted” i Roma III- forordningen må anses sammenfallende med domisil slik det vanligvis er blitt gjort i norsk rett.

Av fortalen til Roma III- forordningen fremgår det at dens bestemmelser skal stemme overens med den nåværende Brussel II-forordningen fra 2003, hvor domisil og vanlig bosted behandles som to alternative tilknytninger.⁸⁵

Det er derfor rimelig å anta at ”vanlig bosted” også her må forstås som det sted hvor personen over en lengre tid lever jfr. den sveitsiske legaldefinisjonen.⁸⁶

Siden den alminnelige oppfatningen utenfor Norden er at vanlig bosted ikke sammenfaller med domisil, kan det spørres om norsk rett bør tilpasse seg EU- retten ved å anvende vanlig bosted som hovedtilknytningsfaktor ved separasjon og skilsmisser slik det gjøres i Roma III-forordningen. I så tilfelle ville vanlig bosted ha erstattet domisil i

⁸³ Eksempelvis i den tyske innføringsloven til privatretten, EGBGB (eks.art.13 om ekteskapsinngåelse)

⁸⁴ Thue, Helge (2002) s. 95, 97

⁸⁵ Thue, Helge (2002) s. 362

⁸⁶ Thue, Helge (2002) s. 98

el. § 30b vedrørende separasjon og skilsmisser. Dersom norsk rett hadde lagt til grunn at ektefellene måtte ha vanlig bopel i landet for at norske domstoler skulle ha jurisdiksjon jfr. el. § 30b, ville dette forenklet domstolsadgangen, fordi terskelen for å oppnå vanlig bosted som nevnt i pkt. 3.2 er lavere enn for å oppnå domisil.

Det kan tenkes at en lavere terskel i enkelte tilfelle kan være ønskelig for ektefellene, og kanskje spesielt ved oppløsningen av ekteskap jfr. el. § 30b. Det kan eksempelvis forekomme at ektefellene har planer om å flytte til en annen stat så fort skilsmissen er i orden, og følgelig er domisilprinsippets kriterier ikke oppfylt, fordi ektefellene ikke har en intensjon om å forbli boende. Likevel kan partene ønske at norske domstoler avgjør saken, fordi det for eksempel er her de har tilbrakt deres tjue år lange ekteskap og det følgelig er dette landet de har sin nærmeste tilknytning til.

Dette kan sies å tale for at norsk retts domisil i el. § 30b bør tilpasses EU retten ved å endres til ”vanlig bosted”.

3.3 Statsborgerskapsprinsippet

Som nevnt i pkt. 3 er det flere av de europeiske statene som legger til grunn personenes statsborgerskap som personalstatutt, eksempelvis Frankrike, Italia, Tyskland og Østerrike.

Å anvende statsborgerskapsprinsippet vil i mange tilfelle kunne anses å være enklere å anvende enn domisilprinsippet. Hovedsakelig er det slik fordi statsborgerskap fastsettes etter klare lovfestede kriterier, hvilket også gjør at statsborgerskapet er et stabilt tilknytningsmoment.⁸⁷

På den annen side kan det anses som en ulempe og som et kompliserende moment for domstolene, at statsborgerskapet i mange tilfeller peker ut fremmed rett som anvendelig, i motsetning til domisilprinsippet som ofte vil føre til anvendelse av lex fori.⁸⁸

Cordes/Stenseng /Lenda synes å mene at statsborgerskapsprinsippet bør foretrekkes fremfor domisilprinsippet, fordi statsborgerskapsprinsippet bedre ivaretar den

⁸⁷ Thue, Helge (2002) s. 108

⁸⁸ Thue, Helge (2002) s. 108

internasjonale privatrettens formål og kjerneverdier om forutberegnelighet, respekt og toleranse.⁸⁹ Også Thue mener at man ved statsborgerskap har den varighet og stabilitet som skal til for at man oppnår en tett tilknytning mellom en person og et rettssystem.⁹⁰

Det kan derfor spørres om statsborgerskap skal legges til grunn som en alternativ tilknytning til norsk retts hovedtilknytningsfaktor domisil.

I de tilfeller hvor domisilprinsippet ikke er treffende, eksempelvis der ektefellene ikke har eller har hatt felles domisil, eller hvor en person er domisilløs, må det vurderes særskilt om statsborgerskap skal legges til grunn som alternativ tilknytningsfaktor.

Gaarder/Lundegaard synes å mene, at statsborgerlandets rett kan legges til grunn som personalstatutt der det ikke finnes noe domisil å falle tilbake på.⁹¹

Også Thue mener at statsborgerskapsprinsippet bør kunne anvendes subsidiært av domisilprinsippet, der ektefellene ikke har felles domisil.⁹² Begrunnelsen for en slik anvendelse er at en bør etterstrebe anvendelse av partenes personalstatutt, enten domisil eller statsborgerskap, nettopp fordi det er personenes hjemlandsrett.⁹³

3.4 Statsborgerskap eller domisil?

Domisilprinsippet skal i utgangspunktet etter norsk internasjonal familie-, arv - og personrett legges til grunn i de tilfeller hvor ikke annet følger av lovfestede regler i norsk lov eller internasjonale konvensjoner Norge er tilsluttet.

Tanken bak domisilprinsippet, er at anvendelsen i stor grad vil ivareta det internasjonale privatrettslige hensynet om å legge til grunn den retten personene har sin nærmeste og mest varige tilknytning til. En person er ofte tettere tilknyttet til den staten han/hun bor i, selv om vedkommende har statsborgerskap i en annen stat.

⁸⁹ Cordes, Jørg (2010) s. 126

⁹⁰ Thue, Helge (2002) s. 112

⁹¹ Gaarder/Lundegaard (2000) s. 135

⁹² Thue, Helge (2002) s. 401-402

⁹³ Thue, Helge (2002) s. 401

Domisilprinsippet er stadig blitt mer vanlig, og økende innvandring sies delvis å være årsaken.⁹⁴ Utviklingen har nemlig vist seg å gå i retning av at de stater som er preget av mye innvandring i økende grad legger til grunn domisilprinsippet.⁹⁵ Begrunnelsen for den økende anvendelsen sies å være at domisilprinsippet er mindre problematisk å legge til grunn i de tilfeller hvor en står overfor personer med uklart statsborgerskap, eksempelvis flyktninger eller asylsøkere. Ofte vil det også være fordelaktig for domstolene at innvandrerne raskere blir underlagt domstolslandets rett.⁹⁶ Stater som derimot er preget av høy utvandring, har i all hovedsak anvendt statsborgerskapslandets rett for å opprettholde en forbindelse til sine borgere.⁹⁷

I en svensk artikkel behandles den svenske avhandlingen ”Islam och arvsrätt i det mångkulturella Sverige: En internationellt och jämförande studie” av Mosa Sayed, som belyser andre synspunkter på bruk av tilknytningsfaktorer og deres konsekvenser.⁹⁸ Sayed undersøker den internasjonale privatretten fra et flerkulturelt perspektiv. Avhandlingen er innenfor arveretten, men den illustrerer likevel et synspunkt som også kan tas hensyn til innenfor ekteskapsretten.

Sayed sier at grunntanken bak personalstatuttet er å ivareta personens kulturelle identitet, men at reglene som brukes i svensk internasjonal privatrett i liten grad bidrar til dette.⁹⁹ Sayed uttaler at ” kulturella preferenser och personens identitet kan vägas in när man bedömer personens anknytning til respektive land”.¹⁰⁰

Domisilprinsippet blir som nevnt i pkt. 3 anvendt i stadig større grad i svensk rett, nettopp på grunn av økende innvandring. Det som imidlertid ikke blir tatt i betraktning, er at mange innvandrere nettopp på grunn av kultur og religion, fremdeles er sterkt knyttet til det landet de kommer fra og har statsborgerskap i.

Sayed fremholder at anvendelse av domisilprinsippet tvinger integrasjon, og at integrasjonen kan fortrenge personenes kulturelle og religiøse identitet.

⁹⁴ Cordes, Jørg (2010) s. 122-123

⁹⁵ Cordes, Jørg (2010) s. 123

⁹⁶ Cordes, Jørg (2010) s. 123-125

⁹⁷ Nielsen, Peter Arnt (1997) s. 87

⁹⁸ Brandberg/ Knutson (2010)

⁹⁹ Brandberg/ Knutson (2010)

¹⁰⁰ Brandberg/ Knutson (2010)

Derfor synes Sayed å foretrekke statsborgerskapsprinsippet som tilknytningsfaktor, fordi dette i størst grad ivaretar den enkeltes kulturelle identitet.¹⁰¹

Også i tysk rettsteori¹⁰² er det fremhevet at anvendelse av statsborgerskap som tilknytningsfaktor bedre ivaretar den kulturelle forbindelsen mellom den enkelte borgeren og hans statsborgerland etter at han har bosatt seg i en annen stat.¹⁰³

På den annen side innvendes at rettsvalgsreglene også har et ansvar for å oppfordre til integrasjon av innvandrerne.¹⁰⁴

Det er vanskelig å veie disse argumentene mot hverandre, fordi det både er ønskelig å sørge for integrasjon av innvandringsfamilier, samt å bidra til å opprettholde den kulturelle identiteten til personer som ønsker å flytte fra statsborgerlandet.

I Sverige er nok tilknytningsfaktorene et større diskusjonstema enn i Norge, nettopp fordi Sverige tradisjonelt har lagt til grunn statsborgerskapsprinsippet, men nå i stadig større grad benytter seg av domisilprinsippet.

Den generelle kritikken av domisilprinsippet må likevel anses som interessant for alle stater som hovedsakelig legger til grunn domisilprinsippet, herunder også Norge.

Thue sier at årsaken til at domisilprinsippet fremdeles anvendes i norsk rett er at det anses som den mest bekvemme løsning, da det som tidligere nevnt i mange tilfeller resulterer i anvendelse av *lex fori*.¹⁰⁵

Det kan også diskuteres om domisilprinsippet i tilstrekkelig grad ivaretar hensynet til å ha klare objektive rettsvalgsregler, idet prinsippet bærer preg av å måtte bedømmes skjønnsmessig i enkelte tilfeller.

¹⁰¹ Brandberg/ Knutson (2010)

¹⁰² Andrae, Marianne (2006) s. 220-221

¹⁰³ Andrae, Marianne (2006) s. 220

¹⁰⁴ Andrae, Marianne (2006) s. 221

¹⁰⁵ Thue, Helge (2002) s.107, 111, Gaarder /Lundegaard (2000) s. 124

4 Norsk rett

Som nevnt innledningsvis i pkt.2 finnes det i norsk rett ingen generell lov som direkte regulerer rettsvalget for internasjonale ekteskap, med unntak av NFK.

Justisdepartementet ga Helge Thue i oppdrag å komme med en utredning om norske internasjonale privatrettslige regler på familie- og arverettens område.¹⁰⁶

Utredningen skulle etter planen ha vært ferdig ved utgangen av 2006,¹⁰⁷ men Thue rakk dessverre ikke å slutføre dette arbeidet før han døde.¹⁰⁸

Deler av arbeidet blir imidlertid i dag ivarettatt av arvelovutvalget, som vil avlevere sin innstilling sommeren 2013.

Heller ikke den norske ekteskapsloven inneholder bestemmelser som direkte avgjør rettsvalget for inngåelse -, oppløsning - eller for formuesrettslige virkninger av ekteskapet. Som nevnt i pkt.2 inneholder ekteskapsloven likevel enkelte bestemmelser som kan gi veiledning om rettsvalget, eksempelvis i § 5a og § 30b.

4.1 Ekteskapsinngåelse

Av ekteskapsloven § 5a fremgår det at en utenlandsk statsborger må ha lovlig opphold i Norge for å kunne inngå ekteskap her. Bestemmelsen ble innført ved endringslov av 24.juni 1994 nr. 24.

El. § 5a begrenser derfor norske myndigheters vigselskompetanse til kun å vie to personer som har lovlig opphold i Norge.

Hensikten med bestemmelsen er å forhindre at personer uten lovlig opphold kan gifte seg i Norge for å oppnå oppholdstillatelse, uten egentlig å ha tilknytning til landet.¹⁰⁹

I forarbeidene begrunner departementet bestemmelsen med hensynet til konsekvens ved å si at det kan virke ”inkonsekvent og krenkjande på ålmenta” å gi en person mulighet til å inngå ekteskap etter norsk lov, dersom en i utgangspunktet har slått fast at personen ikke har tillatelse til å være i Norge.¹¹⁰

¹⁰⁶ Ot.prp.nr.100 (2005-2006) pkt.2.3.3

¹⁰⁷ Ot.prp.nr.100 (2005-2006).

¹⁰⁸ Ifølge e-post fra Katrine Kjærheim Fredwall, lovrådgiver Justis- og politidepartementet 27/9-11.

¹⁰⁹ Thue, Helge (2002) s. 313

¹¹⁰ Ot.prp. nr. 44 (1993-94) s. 4

Har en person ikke tillatelse til å være i Norge, har han heller ikke domisil her. Derfor kan en si at bestemmelsen i el. § 5a er en rettsvalgsregel, som baseres på at hovedtilknytningsfaktoren i norsk internasjonal privatrett ved inngåelse av ekteskap er domisil.

4.2 Formuesforholdet i internasjonale ekteskap

For formuesforholdet har vi i Norge ingen lovfestede rettsvalgsregler, men det er sikker sedvanerett at domisilprinsippet legges til grunn ved avgjørelsen av formuesforholdet mellom ektefellene.¹¹¹

I forbindelse med formuesforholdet er det ikke hver av partenes domisil som legges til grunn, men ektefellenes første felles domisilland.¹¹²

Denne regelen ble først fastslått i Rt. 1942 s. 214 Boman Hansen- dommen, hvor Høyesterett sa seg enig Eidsivating lagmannsrett, som hadde lagt til grunn at formuesforholdet måtte bedømmes etter ektefellenes første felles domisil.¹¹³

Etter dette ble anvendelsen av ektefellenes første felles domisillandsrett slått fast i flere rettsavgjørelser, som for eksempel i ” Joint Account” – dommen, Rt. 1995. s. 1415. Her uttaler Høyesterett at den norske internasjonale privatrettslige regel er at ” formuesordningen i alle fall som hovedregel, bestemmes av loven i ektefellenes første felles domisilland”.

Formuesstatuttet er i Norge et såkalt fellesstatutt, og skal derfor avgjøre alle formuesspørsmål mellom ektefellene. Det innebærer eksempelvis at dersom en spansk kvinne gifter seg med en nordmann og de har sitt første felles domisil i Norge, vil også deres eventuelle faste eiendom i Spania falle under den norske ekteskapsrettslige formuesordningen. Dette gjelder imidlertid bare internt mellom ektefellene.

I forhold til tredjemann reguleres den faste eiendommen etter *lex rei sitae*, retten i det landet hvor eiendommen ligger.¹¹⁴

¹¹¹ Thue, Helge (2002) s. 398

¹¹² Thue, Helge (2002) s. 398, Gaarder/Lundegaard (2000) s. 209

¹¹³ Thue, Helge (2002) s. 398, Gaarder/Lundegaard (2000) s.209

¹¹⁴ Thue, Helge (2002) s. 393, 406

Fellesstatutt for formuesordningen legges til grunn både i svensk og dansk rett, samt i de kontinentaleuropeiske landene.¹¹⁵

I noen stater, common-law statene, skilles det derimot mellom fast eiendom og løsøre vedrørende ektefellenes formue også dem imellom. Her reguleres den faste eiendommen etter *lex rei sitae*.¹¹⁶

Et slikt skille mellom fast eiendom og løsøre finner vi også i NFK. Der avgjøres ektefellenes råderett over fast eiendom/bolig, også råderetten dem imellom, etter *lex rei sitae* jfr. NFK art. 3b.

Som motargument mot anvendelsen av domisilprinsippet ved formuesordningen, mener Thue at det kan innvendes at selve prosessen for å oppnå felles domisil, kan ta lang tid. Følgelig vil det også ta lang tid før ektefellene får en regulert formuesordning, hvilket kan være svært uheldig i tilfeller hvor ekteskapet oppløses før partene har oppnådd felles domisil.¹¹⁷

Første felles domisillands rett legges også til grunn for formuesforholdet etter NFK art. 3 første ledd, såfremt ektefellene er, og ved inngåelsen av ekteskapet var, statsborgere i ett av de nordiske landene og bosetter seg i ett av disse som første felles domisil. Med felles domisil i NFK menes at begge ektefellene må bosette seg i samme nordiske stat.¹¹⁸

Det er derfor ikke tilstrekkelig at kun én av ektefellene bosatte seg i ett av de nordiske landene, eller at de bosetter seg i hver sin nordiske stat.

4.2.1 Uforanderlighetsprinsippet

Både i de nordiske landene og i Europa har det blitt diskutert hva som hender med den etablerte formuesordningen til et internasjonalt ektepar, dersom de ønsker å flytte til en annen stat.

Spørsmålet er hvilken virkning byttet av stat får for det eksisterende rettsforholdet.

¹¹⁵ Thue, Helge (2002) s. 393

¹¹⁶ Thue, Helge (2002) s. 393

¹¹⁷ Thue, Helge (2002) s. 399

¹¹⁸ Nielsen, Peter Arnt (1997) s. 413

Sett at et gift spansk - norsk ektepar som har norsk formuesordning for ekteskapet, senere ønsker å flytte til Spania. Vil den eksisterende formuesordningen bli endret?

Regelen i norsk rett er at formuesordningen ikke blir påvirket av at ektefellene flytter, den forblir uforandret. Dette gjelder både dersom bare én av dem flytter eller om de sammen bestemmer seg for å bosette seg i en annen stat.

Dette kalles for uforanderlighetsprinsippet, et prinsipp som for første gang ble lagt til grunn i ”Boman- Hansen dommen” jfr. Rt. 1942 s. 214.¹¹⁹

Prinsippet skal på lik linje med domisilprinsippet bidra til å sikre stabilitet og partenes forutberegnelighet.

På den ene siden motvirker uforanderlighetsprinsippet plutselige endringer i formuesforholder dersom paret ønsker å flytte til et annet land. Dette er positivt fordi partene på den måten lett kan forutberegne sin rettsstilling. På den andre siden kan prinsippet medføre at en legger til grunn et lands rett som ektefellene ikke lenger har særskilt tilknytning til, fordi de eksempelvis har bodd tjue år i en annen stat.¹²⁰ Det er ikke gitt at et ektepar er tettest knyttet til staten hvor de hadde sitt første felles domisil.

4.2.1.1 Uforanderlighet uten unntak?

Uforanderlighetsprinsippet gjelder som nevnt i utgangspunktet generelt i alle de nordiske landene.

Imidlertid tillates det i NFK art. 3 (2) foranderlighet for formuesforholdet mellom ektefellene innen de kontraherende stater. Av art. 3 (2) første punktum fremgår det at dersom ektefellene har vært bosatt i en annen nordisk stat i minst to år, skal dette lands rett legges til grunn. Videre medfører art. 3 (2) annet punktum en umiddelbar statuttveksling dersom ektefellene flytter til den staten hvor begge er statsborgere eller hvor de tidligere har bodd.

At ektefellene flytter fra en nordisk stat til en annen, innebærer således at man anvender retten i den nye staten på formuesforholdet mellom ektefellene.

¹¹⁹ Thue, Helge (2002) s. 405

¹²⁰ Cordes, Jørg (2010) s. 257

Foranderligheten er imidlertid begrenset til kun å godtas når de nordiske borgerne flytter innen Norden jfr. art. 3(2).

Bestemmelsen i NFK må anses som et unntak fra den alminnelige norske regel om at ektefellenes formuesforhold forblir uforandret også ved flytting til en annen stat.

Grunnen til at det etter NFK tillates et unntak på uforanderlighetsprinsippet i art. 3 (2), er at de nordiske landenes reguleringer av ekteskapets rettsvirkninger hovedsakelig anses å være ensartede, slik at et statuttskifte ikke vil innebære drastiske endringer for formuesordningen.¹²¹

På grunn av at det i NFK aksepteres foranderlighet, stilles det også i norsk rett spørsmål om uforanderlighetsprinsippet skal gjelde uten unntak.

I forhold til tredjemenn synes uforanderlighetsprinsippet ikke å gjelde ubetinget. Sett at et tysk ektepar med en allerede etablert (tysk) formuesordning, flytter til Norge.

Uforanderlighetsprinsippet medfører i utgangspunktet at ekteparets formuesordning forblir uforandret. Når ekteparet imidlertid har flyttet til Norge, kan ikke den allerede etablerte formuesordningen anvendes som en innsigelse mot en godtroende tredjemann. En godtroende tredjemann kan bli rammet urimelig hardt, dersom ektefellenes økonomiske forhold fremdeles blir bedømt etter deres første felles domisil. Derfor må det tillates foranderlighet i et slikt tilfelle.¹²²

Johan Giertsen mener at unntak fra uforanderlighetsprinsippet bør kunne tillates dersom gode grunner taler for det.¹²³ Et slikt synspunkt vil igjen kreve at en i de enkelte tilfellene må vurdere situasjonen skjønnsmessig og konkret, for å se om det er tilstrekkelig gode grunner som taler for at formuesordningen skal kunne forandres.

En slik løsning vil i svært liten grad bidra til at partene kan forutberegne sin rettsstilling, og løsningen kan neppe anses å være tilfredsstillende.

Derfor må det drøftes om NFK art. 3 (2) kan få analogisk anvendelse på tilfeller utenfor sitt anvendelsesområde.

¹²¹ Frantzen, Torstein (1999) s. 52, Nielsen, Peter Arnt (1997) s. 414

¹²² Thue, Helge (2002) s. 406-407

¹²³ Giertsen, Johan (1995) s. 299-300, Frantzen, Torstein (1999) s. 52-32

Sett at et ektepar, hvor ikke begge ektefellene var nordiske statsborgere, men hvor de ved inngåelsen av ekteskapet var bosatt i et nordisk land, flytter til et ikke-nordisk land. Analogisk anvendelse av art. 3 (2) første punktum vil i så tilfelle kunne medføre at det nye landets rett anvendes på formuesordningen, dersom ektefellene har bodd i det nye landet i minst to år.

Fordelen med å anvende NFK analogisk fremfor å tillate foranderlighet uten begrensninger, er at det i konvensjonen kreves at ekteparet har en viss tilknytning til det landets rett som blir anvendt. Slike krav er nødvendige for å sikre at partene gis mulighet til å forutberegne sin rettstilling.

Både analogisk anvendelse av NFK og foranderlighet uten begrensninger, har den ulempen ved seg at reguleringen av formuesordningen i de andre europeiske landene kan være vidt forskjellig fra de nordiske reguleringer. Som tidligere nevnt er det hovedsakelig nettopp på grunn av at de nordiske landenes formuesordning anses å være tilnærmet lik, at foranderlighet er tillatt i NFK. En statuttveksling til et ikke-nordisk land, kan derimot innebære drastiske endringer for formuesordningen, hvilket vil være vanskelig å forutberegne for partene.

4.2.2 Statsborgerskapsprinsipp som alternativ

Det er ikke uvanlig at stater som primært legger til grunn statsborgerskapsprinsippet anvender domisilprinsippet subsidiært eller alternativt på enkelte spørsmål.¹²⁴

Derimot er det mindre vanlig at statsborgerskapsprinsippet blir anvendt alternativt til domisilprinsippet.¹²⁵

Likevel kan det diskuteres om statsborgerskapsprinsippet skal kunne legges til grunn som et alternativ til domisil, i de tilfeller hvor domisilprinsippet ikke er treffende.

Som nevnt i punkt 3.3 synes både Gjelsvik og Thue å mene at statsborgerskapsprinsippet kan anvendes der det ikke finnes noe domisil å falle tilbake på.

Statsborgerskapsprinsippets anvendelse er ikke ukjent, da det anvendes som hovedtilknytningsfaktor i flere europeiske land, og for norsk retts vedkommende bør den subsidiære anvendelsen kunne anses som en tilpasning til europeisk rett.¹²⁶

¹²⁴ Thue, Helge (2002) s. 47

¹²⁵ Thue, Helge (2002) s. 47

Har ektefellene verken felles domisil eller felles statsborgerskap, kan en unntaksvis anvende det av ektefellenes domisillands rett hvor de formuesrettslige virkningene er svakest.¹²⁷ En slik løsning vil være minst inngripende overfor partene i de tilfeller hvor det ikke er noen annen treffende fastere regel. Dette prinsippet må anses å være en unntaksregel, da det i svært liten grad ivaretar hensynet til forutberegnelighet.

4.2.3 "Irma- Mignon"-formelen

Det er uklart hvilken regel som skal legges til grunn etter norsk rett der domisilprinsippet ikke kan anvendes på grunn av at ektefellene aldri har hatt felles domisil.¹²⁸

I rettsteorien¹²⁹ er det blitt foreslått å legge til grunn "Irma- Mignon"-formelen. "Irma- Mignon"- formelen som har sitt opphav i Rt. 1923 II s. 58, går ut på at en skal anvende den stats rett personen har sin nærmeste tilknytning til.

I Rt. 1923 II s. 58 kom to norske skip, Irma og Mignon, ut for et sammenstøt i engelsk farvann, og spørsmålet var om norsk eller engelsk rett skulle legges til grunn. Høyesterett kom til at det måtte foretas en konkret skjønnsmessig vurdering for å finne ut hvilken stat rettsforholdet hadde sin sterkeste tilknytning til. Hovedregelen, som nå kalles for "Irma- Mignon"-formelen, tar derfor "utgangspunkt i den betragtning, at et forhold fortrinsvis bør bedømmes efter loven i det land, hvortil det har sin sterkeste tilknytning, eller hvor det nærmest hører hjemme." (min kursivering) jfr. Rt. 1923 II s.58.

Nettopp fordi formelen ikke binder rettsvalget til konstante og forhåndsbestemte tilknytningsfaktorer, må det foretas en konkret og skjønnsmessig helhetsvurdering av hvert enkelt tilfelle, for å finne den staten partene har sin nærmeste tilknytning til.¹³⁰ Ved avgjørelsen av hvilket lands rett som skal legges til grunn etter "Irma- Mignon"-formelen, kan så vel bopel som statsborgerskap ha betydning.

I mange tilfelle vil en nok komme til at personens domisilland er det landet vedkommende er nærmest tilknyttet, fremfor statsborgerskapslandet.

¹²⁶ Thue, Helge (2002) s. 402

¹²⁷ Thue, Helge (2002) s. 403, Gaarder/Lundegaard (2000) s. 211, Cordes, Jørg (2010) s. 259

¹²⁸ Cordes, Jørg (2010) s. 258

¹²⁹ Cordes, Jørg (2010) s. 258

¹³⁰ Lilleholt, Kåre (2004) s. 788

Sett at en tysk kvinne har bodd de siste tjuefem årene i Norge, men at hun fremdeles er tysk statsborger. Det er rimelig å anta at hun i dette eksempelet har en nærmere tilknytning til Norge og til det norske rettsystemet, fremfor Tyskland. Selv om tilknytningen begrunnes med at hun har domisil her, er det ikke domisilprinsippet som legges direkte til grunn i slike tilfeller.¹³¹

Vurderingsgrunnlaget til ”Irma- Mignon”-formelen gjør at prinsippet ofte også blir kalt nærhetsprinsippet eller den individualiserende metode.

Ved å anvende ”Irma- Mignon” -formelen oppnår man fleksibilitet og man ivaretar hensynet om å legge til grunn en stats rettsordning som personen har en sterk tilknytning til.

”Irma- Mignon”- dommen var en erstatningssak, og formelen har hovedsakelig vært av stor betydning innen formueretten. Det finnes mange eksempler på at formelen påberopes i rettspraksis, eksempelvis Rt. 1937 s. 888 ”Gullklausuldommen” og Rt. 1957 s. 246 ”Turbussdommen”.

I teorien¹³² sies det at formelen også har fått anvendelse innen familieretten, men så vidt jeg kan se finnes det innen dette rettsområdet svært få tilfelle hvor ”Irma – Mignon” - formelen er blitt lagt til grunn.¹³³

En kan derfor spørre om formelen overhodet bør tas stilling til ved avgjørelsen av rettsvalget vedrørende ektefellenes formuesforhold.

Thue har stilt seg noe kritisk til anvendelsen av prinsippet som sådan, idet han mener at prinsippet ofte oppfattes som overordnet de mer konkrete reglene.¹³⁴

Det at vurderingen av hva som er den nærmeste tilknytning er opp til den enkelte dommer å avgjøre, medfører at det er vanskelig for partene å forutberegne hva utfallet blir. Thue mener at en slik løsning er utilfredsstillende, og at en derfor må komme ut av ”den juridiske impresjonisme som Irma- Mignon- dommen anviser”.¹³⁵

Etter Thues mening er anvendelsen av prinsippet for ustrukturert og for lite regelfestet.

¹³¹ Gaarder/Lundegaard (2000) s. 132

¹³² Cordes, Jørg (2010) s. 77, 258, Bull, Kirsti Strøm (1993) s. 537-539

¹³³ Eksempelvis RG 1959 s. 675

¹³⁴ Cordes, Jørg (2010) s. 77

¹³⁵ Thue, Helge (2002) s. 400

Til støtte for Thues synspunkt, er ”Irma- Mignon”- formelen blitt betraktelig begrenset i Rt. 2009 s. 1537 ”Bokhandleren i Kabul” – dommen hvor rettsvalgsspørsmålet blir behandlet særskilt. I dommen sier Høyesterett at rettsvalget bare skal avgjøres etter ”Irma- Mignon” - formelen der det ikke finnes fastere rettsvalgsregler, og Høyesterett bemerker at det på mange områder nå finnes fastere regler.¹³⁶

Høyesteretts obiter dictum i denne dommen medfører at ”Irma- Mignon”- formelen går fra å være en hovedregel til å bli et unntak.¹³⁷

Dette bekreftes også i Rt. 2011 s. 531 hvor Høyesterett legger til grunn at ”Irma- Mignon”- formelen kun skal anvendes i unntakstilfelle, i mangel av ” lov, sedvane eller andre fastere regler som regulerer spørsmålet” jfr. Rt. 2011 s. 531 avsnitt 28.

Kirsti Strøm Bull, har i motsetning til Thue, gitt uttrykk for at ”Irma- Mignon” - formelen bør gjelde på formuesforholdet mellom ektefeller.¹³⁸ Hun mener anvendelse av Irma- Mignon- formelen må forstås som en nyansering av domisilprinsippet, og ikke som en tilsidesettelse, slik Thue har fryktet.¹³⁹ Strøm Bull synes å være enig i at domisilprinsippet skal være utgangspunktet for rettsvalget, men hun mener i tillegg at dette bør kunne fravikes dersom ektefellene har en nærmere tilknytning til et annet land.¹⁴⁰ Jeg sier meg dels enig i at det kan anses som en hensiktsmessig løsning å ha muligheten til å anvende nærhetsprinsippet i de tilfeller hvor ektefellene har en tettere tilknytning til et annet land enn domisillandet, slik Strøm Bull mener. Anvendelsen av ”Irma-Mignon”-formelen vil på den måten bli unntaksvis slik Høyesterett har slått fast i ”Bokhandler i Kabul”- dommen, men likevel vil en være sikret at formuesordningen blir regulert etter det landets rett, som partene har en nær tilknytning til. På den annen side, må det være av betydning at Høyesterett, så vidt jeg kan se, ikke har lagt til grunn denne formelen på formuesordningen mellom ektefeller tidligere.

¹³⁶ Jfr. Rt. 2009 s. 1537 avsnitt 32

¹³⁷ Cordero- Moss, Giuditta (2010) s. 824

¹³⁸ Bull, Kirsti Strøm (1993) s. 539

¹³⁹ Bull, Kirsti Strøm (1993) s. 539

¹⁴⁰ Bull, Kirsti Strøm (1993) s. 537, 539

4.2.4 Partsautonomi for formuesordningen?

Partsautonomien har med årene fått en mer sentral plass i den internasjonale privatretten i Europa. Partsautonomi betegner den frihet den internasjonale privatretten gir partene til å bestemme at deres rettsforhold skal være undergitt et bestemt lands rett.¹⁴¹

Spørsmålet er om ektefellene skal gis mulighet til å avtale hvilket lands rett som skal anvendes på formuesforholdet mellom dem.

Ved reguleringen av formuesordningen gis det i mange stater nå en begrenset adgang til å avtale rettsvalget. Blant de nordiske landene har både Finland og Sverige lovregulert partsautonomi for formuesordningen.¹⁴²

Å gi ektefellene partsautonomi har både fordeler og ulemper. Det er en fordel at partene kan ha innflytelse på rettsvalget, fordi rettsvalget på den måten kan tilpasses ektefellenes behov samt sikre at de kan forutberegne sin rettsstilling.

At partene får avtalefrihet, vil i de fleste tilfellene være uproblematisk fordi de som oftest vil velge en rett de har tilknytning til enten gjennom statsborgerskap eller ved at de er bosatt der. Imidlertid kan det forekomme at partene ønsker å velge et lands rett de overhodet ikke har tilknytning til, begrunnet i at dette lands rett kan gi resultater som er fordelaktig for dem. En slik utstrakt partsautonomi kan misbrukes overfor en tredjemann, og er derfor ikke ønskelig.

Fordi en for utstrakt partsautonomiadgang kan misbrukes, er det en fordel at partsautonomien er begrenset og at det stilles både tilknytningskrav og klarhetskrav til avtalen. Både i Sverige og Finland er den lovfestede partsautonomien begrenset.

Partenes valgmuligheter er begrenset til angitte tilknytningsfaktorer, som oftest domisil, vanlig bosted eller statsborgerskap

I tillegg til tilknytningskravene, er det et vilkår at ektefellenes valg ikke er ordre- public stridig.¹⁴³ At rettsvalget strider mot ordre- public innebærer at partene har valgt en rettsordning som har virkninger som oppfattes støtende for rettsoppfatningen i domstolslandet.

¹⁴¹ Thue, Helge (2002) s. 41, 419-420, Cordes, Jørg (2010) s. 259

¹⁴² Thue, Helge (2002) s. 421

¹⁴³ Thue, Helge (2002) s. 422

I norsk rett er det diskutert, men ennå ikke avklart, hvorvidt det er en partsautonomiadgang. I teorien synes en slik adgang å bli stadig mer akseptert.¹⁴⁴ Blant andre har Johan Giertsen og Kirsti Strøm Bull tidligere argumentert for at det også i norsk rett består en begrenset partsautonomi, begrunnet i reelle hensyn.¹⁴⁵ Giertsen har uttalt at avtalefrihet for partene ville kunne øke forutberegneligheten til rettsvalget.¹⁴⁶ Han nevner innvandring som et eksempel på tilfeller hvor det kan være vanskelig å fastslå hvilket lands rett som skal anvendes på formuesforholdet, og ”en avtale vil her kunne bringe klarhet”.¹⁴⁷ I tillegg vet ektefellene ofte selv best hvilket lands rett de er nærmest tilknyttet, og en avtalefrihet vil også kunne bidra til at partenes berettigede forventninger innfris.

Strøm Bull argumenterer blant annet med at både svensk og dansk rett tillater en begrenset avtaleadgang, noe som kan tale for partsautonomiadgang også i norsk rett.¹⁴⁸ Som mothensyn never både Giertsen og Strøm Bull at partsautonomi kan medføre at ektefellene avtaler seg bort fra et lands rett som beskytter den av ektefellene som er resurssvakest.¹⁴⁹ Frantzen konkluderer Giertsens og Strøm Bulls argumenter med at det er nærliggende å anta, at det finnes en viss valgmulighet.¹⁵⁰

Thue stiller seg tvilende til at det er grunnlag for ektefellene å avtale seg bort fra den norske formuesordningen, dersom denne i utgangspunktet var den anvendbare retten fordi ektefellene hadde sitt første felles domisil her.¹⁵¹ Han mener at det å fremholde reelle hensyn som argument til fordel for partsautonomi, slik Giertsen og Strøm Bull har gjort, ikke er tilstrekkelig. En begrenset partsautonomi krever at partene har eller har hatt en viss tilknytning til den retten de velger for formuesordningen. Norsk rett har

¹⁴⁴ NOU 2007:16 (s.164) jfr. Cordes, Jørg (2010) s. 259-260, Gaarder/Lundegaard (2000) s. 211

¹⁴⁵ Giertsen, Johan (1995) s. 302-307, Bull, Kirsti Strøm (1993) s. 535-536

¹⁴⁶ Giertsen, Johan (1995) s. 303

¹⁴⁷ Giertsen, Johan (1995) s. 303

¹⁴⁸ Bull, Kirsti Strøm (1993) s. 536

¹⁴⁹ Bull, Kirsti Strøm (1993) s. 536, Giertsen, Johan (1995) s. 304

¹⁵⁰ Frantzen, Torstein (1999) s. 54

¹⁵¹ Thue, Helge (2002) s. 423, Cordes, Jørg (2010) s.260

verken regler som regulerer hvilken tilknytning som kreves, eller hvilke formkrav som skal stilles til en rettsvalgsavtale.¹⁵²

Thue fremholder også den klare sedvanerettslige regulering ved domisilprinsippet som et tungtveiende argument mot partsautonomi.¹⁵³ Etter Thues mening skal det mer til enn reelle hensyn for å få endret eller modifisert det norske sedvanerettslige domisilprinsipp.

Imidlertid synes Thue å akseptere at ektefellene foretar et såkalt ” indirekte rettsvalg” til fordel for norsk retts formuesordning.¹⁵⁴ Det indirekte rettsvalget gjøres ved at ektefellene avtaler formuesordningen i en norsk ektepakt som deretter tinglyses.¹⁵⁵

I NFK er begrenset partsautonomi lovregulert i art. 3a. Etter denne bestemmelsen kan ektefellene i avtalen velge mellom loven i de stater der en av dem er statsborger eller hvor en av dem er bosatt ved ekteskapsinngåelsen jfr. art. 3a.

Dersom ektefellene ikke lenger har noe felles tilknytningsmoment kan siste felles domisil avtales jfr. art. 3a annet ledd.

NFK har i art. 4 også regulert hvilket lands rett som skal anvendes på formkravene for disse avtalene, for at avtalen skal anses gyldig. Kommer en eksempelvis til at norsk rett skal anvendes på en rettsvalgsavtale (direkte rettsvalg), vil i utgangspunktet problemet være at norsk rett som nevnt ikke har lovregulerte formregler for en slik avtale.

Imidlertid fanger NFK art. 4 annet ledd opp disse tilfellene ved å bestemme at formreglene for ektepakter legges til grunn.

¹⁵² Thue, Helge (2002) s. 427

¹⁵³ Thue, Helge (2002) s. 428

¹⁵⁴ Thue, Helge (2002) s. 425-426

¹⁵⁵ Thue, Helge (2002) s. 425

4.3 Separasjon og skilsmisse ved internasjonale ekteskap

4.3.1 Hovedregel: Lex fori

Ønsker et internasjonalt ektepar å skille seg, er regelen i norsk internasjonal privatrett at lex fori legges til grunn såfremt de norske domstolene har jurisdiksjon.¹⁵⁶

Regelen om at lex fori anvendes, kommer av langvarig sedvanerett og er også blitt fastslått i teorien av både Cordes/ Stenseng/ Lenda og av Thue. I tillegg legges lex fori også til grunn i de øvrige nordiske statene.¹⁵⁷

Denne regelen kan også utledes av jurisdiksjonsbestemmelsen i el. § 30 b, som gjør rede for norske domstolers jurisdiksjon.

Etter el. § 30 b er en av hovedbetingelsene for at norske domstoler har jurisdiksjon, at saksøkte har bopel i Norge eller at saksøkeren har hatt bopel her de siste to årene eller tidligere jfr. § 30 b (1) pkt. a og b. Som nevnt i pkt. 3.1.3 må begrepet ”bopel” her anses å være sammenfallende med domisilbegrepet.¹⁵⁸

Også der ektefellene sammen er enige om å ta ut separasjon eller skilsmisse, må tilknytningen til Norge være slik som fastsatt i el. § 30 b.¹⁵⁹

Utlendinger kan altså ikke fremsette krav om skilsmisse og separasjon i Norge, uten at de har en viss tilknytning jfr. el. § 30b.

Domisilprinsippet avgjør dermed ikke rettsvalget direkte, men det er et kriterium at personen har domisil i Norge for at man skal kunne anlegge sak for norske domstoler. Derfor kan en si at domisilprinsippet har indirekte virkning ved krav om separasjon og skilsmisse.¹⁶⁰

Kommer man til at norske domstoler har jurisdiksjon etter el. § 30 b, skal norsk materiell rett legges til grunn både for rettsavgjørelsens innhold og dens virkninger.¹⁶¹

¹⁵⁶ Cordes, Jørg (2010) s. 270

¹⁵⁷ Thue, Helge (2002) s. 352-353, Cordes, Jørg (2010) s. 278

¹⁵⁸ Jfr. pkt. 3.1, Thue, Helge (2002) s. 361-363

¹⁵⁹ Thue, Helge (2002) s. 361

¹⁶⁰ Thue, Helge (1987) s. 357

¹⁶¹ Cordes, Jørg (2010) s. 270

4.3.2 "Blandet prinsipp" i NFK

NFK kommer til anvendelse når domstolene har jurisdiksjon etter konvensjonens jurisdiksjonsbestemmelser.¹⁶² Jurisdiksjonsbestemmelsene for separasjon og skilsmisse fremgår av NFK art. 7.

Som nevnt i pkt. 3.1.3 er art.7 basert på den gamle Brussel II- forordningen fra 2000. Art. 7 første ledd stiller opp syv alternative tilknytningsmomenter hvorav nr. 4-7 er en direkte videreføring av Brussel II (den gamle versjonen).

Konvensjonen opererer her med det som i teorien blir kalt for et "blandet prinsipp".¹⁶³

Som nevnt innebærer dette at det prinsipalt legges én tilknytningsfaktor til grunn og subsidiært en annen. Likevel medfører det ingen valgfrihet for ektefellene. Grunnen til at det opereres med et "blandet prinsipp" er at en ønsker å fange opp tilfeller hvor eksempelvis en av tilknytningsfaktorene ikke kan legges til grunn, eksempelvis som følge av at ektefellene ikke har felles vanlig bosted.

I NFK' s tilfelle innebærer det blandede prinsippet at den *principale* tilknytningsfaktoren er vanlig bosted, d.v.s. den stat hvor begge har bopel, eller der hvor begge sist hadde felles bopel og en av dem fremdeles bor jfr. art. 7 (1) pkt 1 og 2.¹⁶⁴ Som nevnt i pkt.3.1.3 anses "bopel" å være sammenfallende med " vanlig bosted" som er definert i pkt. 3.2.

I tilfeller hvor ektefellene ikke har eller har hatt felles bopel jfr. art. 7(1) pkt. 1 og 2, undersøkes det dernest om de har felles statsborgerskap jfr. art. 7(1) pkt. 3. Felles statsborgerskap blir derfor ansett som den *subsidiære* tilknytningsfaktoren.

Hvis partene verken har felles bopel eller felles statsborgerskap, er ingen av de tre første tilknytningsmomentene i art. 7 første ledd treffende.

Følgelig må en da se på de resterende alternative tilknytningsfaktorene i art. 7 pkt. 4-7. Etter alternativet i pkt. 4 legges saksøktes bopel til grunn, og dersom ektefellene ved felles krav ønsker oppløsning av ekteskapet, legges en av ektefellenes vanlige bosted til grunn jfr. pkt. 5.

¹⁶² Nielsen, Peter Arnt (1997) s. 398

¹⁶³ Cordes, Jørg (2010) s. 125

¹⁶⁴ Cordes, Jørg (2010) s. 271

I art. 7 (1) pkt. 6 legges bopelslandets rett til grunn, såfremt saksøker har bopel og har hatt bopel her i minst ett år før innvilgelse av kravet.

Etter det siste tilknytningsalternativet i art. 7 (1) pkt. 7 anvendes retten i det landet hvor saksøker har bopel og er statsborger, forutsatt at vedkommende har bodd der i minimum seks måneder før innvilgelse av kravet.

Det er således jurisdiksjonen i den stat der ektefellene har, eller sist hadde felles bopel som er den gjennomgående tilknytningen bortsett fra når ektefellene har felles statsborgerskap.¹⁶⁵

Når det er fastsatt hvilket lands domstoler som har jurisdiksjon, ”skal staten anvende den der gjeldende lov” (lex fori) jfr. art. 9.¹⁶⁶

4.3.3 Partsautonomi ved separasjon og skilsmisser?

I teorien heller man som nevnt mot å åpne for partsautonomi vedrørende formuesordningen mellom ektefeller i internasjonale ekteskap.¹⁶⁷

Derfor kan det diskuteres hvorvidt det også bør og kan gis tilgang for partsautonomi i tvister om separasjoner og skilsmisser.

Spesielt i de tilfellene hvor ektefellene i fellesskap blir enige om å begjære separasjon eller skilsmisse, kan det virke som hensiktsmessig å åpne for partsautonomi og å legge til grunn den retten partene selv ønsker å skille seg etter.

En slik mulighet vil skape forutberegnelighet for partene og man vil få en smidig ordning.

Et moment som taler for å gi ektefellene adgang til å avtale rettsvalget ved oppløsning av ekteskapet, er at rettsvalget ikke vil påvirke noen andre enn ektefellene selv. Det vil ikke her, på lik linje som ved formuesordningen, være noen tredjepart som har stolt på rettsvalget deres, og følgelig kan det ikke innvendes som et motargument at valget av et bestemt lands rett medfører et fordelaktig resultat av skilsmissen.

¹⁶⁵ Thue, Helge (2002) s. 358

¹⁶⁶ Nielsen, Peter Arnt (1997) s. 398-399

¹⁶⁷ Se pkt. 4.2.4, Frantzen, Torstein (1999) s. 54, Gaarder/Lundegaard (2000) s. 211

For å sikre at partene velger et lands rett de har en nær tilknytning til, bør rettsvalgsadgangen for separasjoner og skilsmisser på lik linje som ved formuesordningen, være begrenset. Det bør kreves en viss tilknytning til den valgte staten enten at ektefellene har domisil der, vanlig bosted eller at ektefellene er tilknyttet staten gjennom sitt statsborgerskap.

Innen EU er det i den helt nye Roma III- forordningen åpnet for partsautonomi som hovedregel ved separasjons- og skilsmisssaker.¹⁶⁸

Hensynet til harmonisering med EU og de øvrige europeiske landene, taler derfor for at det også bør vurderes å gi adgang til partsautonomi i norsk rett.

4.4 Analogisk anvendelse av NFK?

På grunn av at NFK er den eneste norske rettskilden som har lovregulerte rettsvalgsregler, kan det spørres om konvensjonen kan få analogisk anvendelse på tilfeller utenfor sitt anvendelsesområde.

Et eksempel på et slikt tilfelle kan være hvor en nordisk statsborger er gift med en ikke-nordisk statsborger og de felles har bodd tjue år i ett av de nordiske landene. Ved en eventuell skilsmisse, vil NFK i utgangspunktet ikke kunne anvendes, fordi ikke begge ektefellene er nordiske statsborgere.

Spørsmålet er om NFK likevel kan anvendes analogisk fordi den ikke-nordiske statsborgeren må anses å ha en tilstrekkelig nær tilknytning til det nordiske landet han/hun har vært bosatt i.

Som nevnt tidligere åpnes det for partsautonomi etter art. 3a i NFK. Ektefellene gis adgang til å avtale hvilket lands rett som skal anvendes på formuesforholdet. Grunnen til at det åpnes for en slik rettsvalgsadgang, er som nevnt at man betrakter de nordiske landenes lover som relativt like. Dersom NFK ble gitt analogisk anvendelse på tilfeller hvor eksempelvis ikke begge ektefellene er nordiske statsborgere, ville dette kunne resultere i anvendelse av et lands rett som er forholdsvis ulik de nordiske reguleringene. På den måten vil det være vanskelig for ektefellene å forutberegne sin rettsstilling.

¹⁶⁸ Se pkt. 5.2.3

Spørsmålet om konvensjonen kan anvendes analogisk kan neppe besvares generelt. Hvert enkelt tilfelle må vurderes konkret, og det må foretas en avveining av om det er hensiktsmessig og formålstjenlig å la NFK få anvendelse på det konkrete tilfelle. Etter mitt syn må det legges vekt på hvor sterk tilknytning ektefellene har til de nordiske landene, dersom en av dem i utgangpunktet ikke er omfattet av konvensjonen. I tillegg må det legges vekt på norsk retts målsetning om å bli harmoniserte med de øvrige europeiske landene.

Av hensyn til harmonisering, og på grunn av at norsk rett i stor grad har ulovfestede rettsvalgsregler, kan det tenkes at de få lovfestede rettsvalgsreglene vi har, bør kunne gis analogisk anvendelse.¹⁶⁹

¹⁶⁹ Gaarder/Lundegaard (2000) s. 89-90

5 EU-rettens løsning

5.1 Generelt om ekteskapslovgivningen innen EU

Frem til i dag har det innen EU ikke vært harmoniserte rettsvalgsregler for ekteskap.

Det eksisterer riktignok harmoniserte rettsvalgsregler gjennom Roma I-¹⁷⁰ og

Roma II-forordningen¹⁷¹, men disse er ikke gjeldende innen familieretten.

Gjeldende for ekteskapsrettslige tilfeller har det innen EU bare vært den nåværende Brussel II-forordningen (EF) 2201/2003 om kompetanse, anerkjennelse og fullbyrdelse av ekteskapsrettslige beslutninger.

Denne omfatter alle rettsakter som angår separasjon og skilsmisse jfr. art. 1a, med unntak av de formuesrettslige konsekvensene av ekteskapets oppløsning.

Brussel II inneholder ingen konkrete rettsvalgsregler, og løser således ikke rettsvalgsproblematikken.

Når et internasjonalt ektepar skal skilles i EU, legges Brussel II-forordningens jurisdiksjons- og anerkjennelsesregler til grunn. Forordningen gir paret mulighet til å velge mellom ulike tilknytningsalternativer i art. 3, såkalt begrenset partsautonomi.

Velger paret for eksempel domstolen i det landet hvor begge har vanlig bosted jfr. art.3a første strekpunkt, vil dette lands rettsvalgsregler anvendes for å fastsette hvilket lands rett som skal legges til grunn på skilsmissen.

Problemet ved dagens situasjon er at landene ikke har like nasjonale rettsvalgsregler og at tilknytningsfaktorene derfor kan variere fra stat til stat. Bare innen EU finnes det dermed 27 ulike sett med rettsvalgsregler, ett i hver medlemsstat.

Som nevnt innledningsvis er det av hensyn til partenes forutberegnelighetsmuligheter og for å unngå forum shopping, ønskelig at resultatet blir det samme uavhengig av hvor saken anlegges.

¹⁷⁰ EP/Rf 593/2008 EF

¹⁷¹ EP/Rf 864/2007 EF

5.2 Forordning 1259/2010 Roma III

5.2.1 Utviklingen

Kommisjonen ble oppfordret av Det europeiske Råd til å legge frem et forslag om et enhetlig regelverk over rettsvalgsreglene for separasjon og skilsmisse, kjent som Roma III – prosjektet allerede i 1998 på møtet i Wien.¹⁷² Først i 2005 la Kommisjonen frem en ” Grønbog om rettsvalg og kompetence i skilsmissesager”.¹⁷³ Tanken bak grønnboken var å stimulere til debatt rundt temaet.

Av grønnboken fremgår formålet med harmoniserte regler, samt fordelene og ulempene ved dem og ved den nåværende situasjonen. Det fremholdes også mulige løsninger jfr. KOM(2005) s. 82 pkt. 3 flg.

På grunn av at den nåværende Brussel II- forordningen ikke inneholder rettsvalgsregler, fikk Kommisjonen i oppdrag å komme med et forslag til en forordning om ”ændring af Rådets forordning (EF) nr. 2201/2003 for så vidt angår kompetence og om indførelse af rettsvalgsregler i ægteskapsager”, et forslag om en Roma III- forordning.¹⁷⁴

Forslaget hadde til formål å ” få skabt klare og udtømmende retlige rammer om ægteskapsager inden for EU”, for i større grad å bidra til å sikre partenes forutberegnelighet og rettsikkerhet.¹⁷⁵

I forslaget åpnes det for begrenset partsautonomi, slik at ekteparet bare kan velge en stats rett som de har en sterk tilknytning til. I tilfeller hvor ektefellene ikke benytter seg av partsautonomien, fastsettes den anvendbare retten etter forordningens alternative tilknytningsfaktorer. Disse behandles i avhandlingens pkt. 5.2.4.

Etter intense forhandlinger om innholdet i Roma III- forslaget, ble det i juni 2008 slått fast av Det Europeiske Råd at det ikke var mulig å oppnå konsensus mellom medlemsstatene og at det heller ikke var mulig å få den ønskelige felles løsningen i

¹⁷² Andrae, Marianne (2006) s. 221

¹⁷³ KOM (2005) 82 Grønbog om lovvalg og kompetence i skilsmissesager

¹⁷⁴ KOM (2006) 399 Forslag til Rådets forordning om ændring av forordning (EF) nr. 2201/2003 for så vidt angår kompetence og om indførelse af lovvalgsregler i ægteskapsager.

¹⁷⁵ Jfr. KOM (2006) 399 s. 3

overskuelig fremtid.¹⁷⁶ Rådet besluttet derfor at det på det tidspunktet ikke ønsket å gå videre med en Roma III- forordning.

Totalt fjorten av EUs medlemsstater rettet en anmodning til Kommisjonen med et ønske om et *forsterket innbyrdes samarbeid*, da det så ut til at Roma III- forordningen foreløpig var blitt satt på vent.¹⁷⁷ Et forsterket samarbeid ble godkjent den 12. juli 2010, og førte til at det likevel ble noe av Roma III -forordningen. De fjorten medlemsstater som er har tilsluttet seg det forsterkede samarbeidet er henholdsvis Tyskland, Østerrike, Belgia, Bulgaria, Spania, Frankrike, Italia, Latvia, Luxembourg, Malta, Portugal, Romania, Ungarn og Slovenia.

Den nye forordningen, forordning nr. 1250 av 20. desember 2010 om innføring av et forsterket samarbeid om rettsvalgsreglene for separasjon og skilsmisse, Roma III, skal virke i tillegg til reglene i Brussel II- forordningen.

Ved den nye Roma III-forordningen skal resultatet av rettsvalget bli det samme uavhengig av hvilken lands domstol saken går for.¹⁷⁸

Forordningen gis universell anvendelse jfr. art. 4.¹⁷⁹ En slik universell anvendelse av rettsvalgsreglene kan medføre anvendelse av retten i en ikke-Roma III-stat eller retten til en stat som ikke er medlem av EU (eksempelvis norsk rett) jfr. Roma III art. 4.¹⁸⁰

Dette medfører at eksempelvis en domstol i Tyskland kan bli tvunget til å anvende norsk rett dersom Roma III- forordningens rettsvalgsregler peker ut norsk rett som den anvendbare retten.

Roma III trer i kraft 21. juni 2012 jfr. art. 21, og får dermed ikke anvendelse på saker anlagt før denne datoen, med mindre ekteparet inngår en avtale i henhold til art. 6 og 7.

Forordningen er som nevnt foreløpig kun bindende for fjorten av EUs medlemsstater, men det er åpent for at enhver medlemsstat kan tilslutte seg denne. Kommisjonen oppfordrer sågar de resterende medlemsstater til å delta i det forsterkede samarbeidet.¹⁸¹

¹⁷⁶ Becker, Eva (2011), se Den europeiske unions Tidene (forkortet til EUT) L 189 af 22.7.2010 s. 12

¹⁷⁷ EUT L 189 af 22.7.2010 s. 12

¹⁷⁸ Andrae, Marianne (2006) s. 221 pkt. 93 flg.

¹⁷⁹ Jfr. Roma III art. 4

¹⁸⁰ Andrae, Marianne (2006) s. 222

5.2.2 Anvendelsesområdet

Roma III-forordningen anvendes utelukkende på saker vedrørende oppløsning av ekteskap jfr. art. 1.pkt.1.

Det saklige anvendelsesområdet avgrenses i forordningens art. 1. pkt. 2. Det er viktig å bemerke at forordningen etter art. 1 pkt. 2 bokstav e) ikke får anvendelse på de formuesrettslige konsekvensene av ekteskapets oppløsning. For formuesordningen finnes det heller ikke harmoniserte rettsvalgsregler for flertallet av EUs medlemsstater. Imidlertid er det i 2011 blitt fremlagt et forordningsforslag til en Roma IV-forordning. (Forordningsforslaget behandles i pkt. 5.3.2.)

På generelt grunnlag er det enighet om at det er av praktisk betydning å opprette enhetlige rettsvalgsregler på de fleste områder, herunder også for formuesrettslige virkninger av internasjonale ekteskap. Dette for å forenkle rettstilværelsen til borgerne i saker som påvirker deres hverdag.¹⁸²

Som nevnt i pkt. 2.1 er verken Sverige eller Danmark en av de fjorten EU-medlemsstater som har tilsluttet seg det forsterkede samarbeidet i Roma III-forordningen.

I svensk internasjonal privatrett er rettsvalgsregelen ved skilsmisser på lik linje som i norsk rett *lex fori*.¹⁸³

Som nevnt over innebærer Roma III-forordningen at en domstol i Sverige kan komme til å måtte anvende utenlandsk rett, dersom rettsvalgsreglene i Roma III peker ut dette lands rett som den anvendbare retten jfr. art 4. Dette synes Sverige ikke å akseptere, da det eksempelvis kan resultere i at en mer restriktiv rett blir anvendt på skilsmissen enn om svensk rett hadde blitt lagt til grunn.¹⁸⁴ Derfor har Sverige ikke ønsket å tilslutte seg Roma III-forordningen. Vedrørende jurisdiksjon og anerkjennelse, gjelder Brussel II-forordningens bestemmelser også for Sverige. I tillegg er Sverige deltakere i det felles

¹⁸¹ KOM (2010) 104 Forslag til Rådets afgørelse nr. .../2010/EU om bemyndigelse til et forsterket samarbejde om lovvalgsreglerne i forbindelse med skilsmisse og separation.

¹⁸² KOM (2005) 82 s. 2

¹⁸³ Brandberg/ Knutson (2009)

¹⁸⁴ Kohler, Christian (2008) s. 195

nordiske samarbeidet gjennom NFK, og i forhold til Finland vil NFK gjelde fremfor Brussel II.¹⁸⁵

Danmark er som nevnt i pkt. 2.1 ikke omfattet av verken Brussel II eller Roma III, men de er imidlertid sammen med en rekke andre medlemsland, dekket av reglene i Haag-konvensjonen av 1970¹⁸⁶ vedrørende separasjon og skilsmisse. Konvensjonen behandler bare spørsmålet om anerkjennelse av avgjørelser om separasjon og skilsmisse, og ikke rettsvalgsspørsmålene. Ved spørsmål om rettsvalg ved separasjon og skilsmissesaker gjelder i Danmark, på lik linje som i de øvrige nordiske landene, *lex fori*.¹⁸⁷

5.2.3 Hovedregel: Partsautonomi

Hovedregelen i Roma III er partsautonomi jfr. art. 5. Ektefellene kan etter art. 5 første ledd ”aftale rettsvalg i tilfælde af skilsmisse og separation”.

Partene står imidlertid ikke helt fritt til å avtale hvilket lands rett som skal legges til grunn. De gis bare adgang til å avtale den anvendbare retten etter gitte alternative tilknytningsfaktorer jfr. art. 5 bokstav a-d. Kommisjonen anså en slik begrensning som nødvendig for å unngå at ektefellene velger et lands rett som de knapt, eller kanskje overhodet ikke har tilknytning til.¹⁸⁸

Etter bokstav a) kan ektefellene velge at deres felles vanlige bostedslands rett på avtaletidspunktet skal legges til grunn, eller de kan avtale at deres siste felles vanlig bosted legges til grunn, såfremt en av dem fremdeles oppholder seg der jfr. bokstav b). Hva som ligger i betegnelsen ”vanlig bosted” er blitt redegjort i pkt. 3.2.1 jfr. pkt. 3.2. Ektefellene kan etter bokstav c) velge at den anvendbare retten skal være en av ektefellenes statsborgerlands rett ved avtaleinngåelsen. Endelig gis de mulighet til å velge *lex fori* jfr. bokstav d).

¹⁸⁵ Brandberg/Knutson (2009)

¹⁸⁶ Haag- konvensjonen av 1. juni 1970 om anerkjennelse av skilsmisser og separasjoner ratifisert av Finland, Italia, Luxembourg, Nederland, Portugal, Storbritannia, Sverige og Danmark.

¹⁸⁷ Nielsen, Peter Arnt (1997) s. 397

¹⁸⁸ Jfr. KOM (2006) 399 s. 4

Som nevnt under pkt. 4 er begrunnelsen for å åpne for partsautonomi hovedsakelig hensynet til forutberegnelighet og rettssikkerhet. Spesielt i de tilfellene hvor partene er enige om å skilles, vil muligheten til å velge den anvendbare retten være en god løsning. Partsautonomi vil i disse tilfeller være en fleksibel løsning som bidrar til å oppfylle partenes berettigede forventninger til resultatet.

5.2.4 Reguleringen der det ikke er foretatt et rettsvalg

I tilfeller hvor ektefellene ikke har foretatt et rettsvalg skal den anvendbare retten bestemmes etter tilknytningsfaktorene som fremgår trinnvis av art. 8.

Den trinnvise reguleringen i art. 8 har hentet inspirasjon fra andre europeiske reguleringer, særlig fra den nåværende Brussel II.¹⁸⁹

Artikkel 8 a) sier at rettsvalget skal behandles etter retten i den staten hvor ektefellene hadde sitt vanlige bosted ved sakens anleggelse.

Etter bokstav b) avgjøres rettsvalget etter den stats rett hvor ektefellene sist hadde sitt vanlige bosted, såfremt oppholdet ikke opphørte lenger enn ett år før saken anlegges og såfremt en av ektefellene fremdeles har sitt vanlige bosted der ved sakens anleggelse.

Dersom heller ikke denne tilknytningsfaktoren kan legges til grunn, avgjøres rettsvalget i den staten hvor ektefellene ved saksanleggelsen hadde felles statsborgerskap jfr. bokstav c), og til sist etter lex fori jfr. bokstav d).

Grunnen til at lex fori er den aller siste tilknytningsfaktoren, er at anvendelsen av domstollandets rett i større grad begunstiger forum shopping.¹⁹⁰ Hvis domstolene anvender domstolslandets rett, kan en av ektefellene anlegge saken for en domstol som medfører at saken får et fordelaktig utfall.

Til sammen skal tilknytningsfaktorene garantere rettssikkerhet, forutberegnelighet samt sikre anvendelse av den retten som partene er nærmest tilknyttet.¹⁹¹ Det er imidlertid viktig å presisere at hovedregelen som nevnt er partsautonomi og at reglene i denne bestemmelsen bare unntaksvis kommer til anvendelse der partene ikke har foretatt et rettsvalg.¹⁹²

¹⁸⁹ Becker, Eva (2011)

¹⁹⁰ Andrae, Marianne (2006) s. 225

¹⁹¹ Jfr. KOM (2006) 399 s. 03, Andrae, Marianne (2006) s. 223

¹⁹² Becker, Eva (2011)

5.3 Ensartede rettsvalgsregler for formuesordningen?

5.3.1 Haag – Konvensjonen fra 1978

Frem til i dag har det av internasjonale reguleringer bare vært Haag- Konvensjonen av 14. mars 1978 som regulerer rettsvalg for ektefellenes formuesforhold.¹⁹³

Konvensjonen er imidlertid kun blitt tiltrådt av Frankrike, Luxemburg og Nederland. Likevel kan konvensjonens reguleringer være av betydning og gi inspirasjon også for andre stater som ikke har tiltrådt den.¹⁹⁴

Et eksempel på at konvensjonen har hatt betydning for andre stater enn medlemsstatene, er sveitsisk rett. Sveits har innført en tilsvarende regel til Haag-konvensjonens art. 3 i sin internasjonale privatrettslov, IPRG art. 52.¹⁹⁵

Konvensjonen gjelder universelt, det vil si at den også gjelder dersom ektefellene ikke tilhører en av medlemsstatene, eller dersom det blir henvist til retten i et land som ikke er tiltrådt konvensjonen jfr. art. 2.

Utgangspunktet i konvensjonen er at den retten ektefellene før eller etter ekteskapsinngåelsen valgte, legges til grunn også på formuesforholdet, jfr. art. 3(1) første pkt og jfr. art. 6 (2) første pkt.

Partsautonomien er på lik linje med Brussel II- og Roma III- forordningen ikke ubegrenset. Partene må velge ett av tilknytningsmomentene, henholdsvis statsborgerskap eller domisil på inngåelsestidspunktet, eller en av partenes første vanlige bosted etter inngåelse av ekteskapet jfr. art. 3(2) pkt. 1,2 og 3. Etter art. 6(2) må ektefellene velge ett av deres statsborgerland eller en av partenes vanlige bosted på avtaletidspunktet jfr. pkt.1 og 2.

Dersom ektefellene ikke har foretatt et rettsvalg, gjelder den nasjonale retten i det landet hvor ektefellene hadde sitt første felles vanlige bosted etter ekteskapsinngåelsen jfr. art. 4 første ledd og art. 7 annet ledd.

¹⁹³ Convention of 14. March 1978 on the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes

¹⁹⁴ Gaarder/Lundegaard (2000) s. 208

¹⁹⁵ Gaarder/ Lundegaard (2000) s. 208

Imidlertid finnes det flere unntak fra denne regelen samt en forbehold- mulighet i art. 5, slik at også de landene som hovedsakelig anvender statsborgerskapsprinsippet omfattes.¹⁹⁶

I mangel av et tidligere rettsvalg, skal retten i ektefellenes felles statsborgerland unntaksvis anvendes i enkelte tilfelle jfr. art. 4 annet ledd.

For det første anvendes statsborgerlandets rett dersom statsborgerlandet anerkjenner art. 5, og innholdet ikke strider mot ett av punktene i art. 5 (2), jfr. art. 7 (1)

For det andre anvendes statsborgerlandets rett etter art. 7 (2), når statsborgerlandet ikke har tiltrådt konvensjonen, men dens internasjonalprivatrettslige regler likevel sier at nasjonal rett skal gjelde i slike tilfeller. Her gjelder statsborgerlandets rett bare såfremt a) ektefellene hadde sitt første felles vanlige bosted i en stat som blir anerkjent etter § 5, eller b) dersom ektefellene har hatt sitt første felles vanlige bosted i en stat som ikke har tiltrådt konvensjonen, og dens rettsvalsregler også medfører at statsborgerlandets rett anvendes.

Endelig anvendes statsborgerlandets rett etter art.7 (3) der ektefellene ikke har hatt noe felles vanlig bosted.

Som nevnt over er det av hensyn til landene som hovedsakelig anvender statsborgerskapsprinsippet, at en slik bestemmelse foreligger.¹⁹⁷

Det må anses som en naturlig og praktisk løsning å legge til grunn retten som gjaldt for inngåelsen av ekteskapet også på formuesforholdet mellom ektefellene.

Å anvende retten som gjelder for ekteskapsinngåelsen er heller ikke problematisk, så lenge partene fremdeles har tilknytning til den valgte staten. Dersom ektefellene imidlertid har flyttet til en annen stat, og det ved ekteskapsinngåelsen eksempelvis ble lagt til grunn domisillandets rett, står man overfor spørsmålet om denne retten fremdeles skal være den anvendbare på formuesforholdet mellom ektefellene.

I mange tilfeller vil det være rimelig å anta at partene har en tettere tilknytning til den staten de flyttet til.

¹⁹⁶ Kropholler, Jan (2006) s. 345

¹⁹⁷ Kropholler, Jan (2006) s. 345

Reglene i Haag-konvensjonen må anses å være detaljerte og velutformede. Imidlertid synes Kropholler¹⁹⁸ å mene at de medfører et uoversiktlig kompromiss som neppe kan bli godkjent i land som hovedsakelig anvender domisilprinsippet eller statsborgerskapsprinsippet.

Nettopp fordi Haag-konvensjonen kun gjelder for et fåtall av de europeiske stater er det fremdeles ønskelig å oppnå en enhetlig, harmonisert regulering av rettsvalgsregler for formuesordningen i internasjonale ekteskap.

5.3.2 En utvikling i retning av en Roma IV- forordning

Den 17. juli 2006 kom Kommisjonen med en Grønbok om formuesrettslige kollisjonsregler.¹⁹⁹ Grønboken åpnet for offentlig høring, hvor de grunnleggende spørsmål om rettsvalgsregler for internasjonale pars formuesrettslige forhold ble diskutert. Det ble belyst spørsmål som eksempelvis anvendelsesområde, uforanderlighetsprinsippet samt konkrete og detaljerte reguleringer for den eventuelle forordningen. Etter høringen kunne det konkluderes med at det er behov for å komme med et EU-rettslig instrument vedrørende formuesforholdet mellom ektefeller og i registrerte partnerskap.²⁰⁰

Kommisjonen kom dernest med en meddelelse i KOM (2011) 125 om ” fjernelse af usikkerheder om internationale pars formueretlige forhold” like før lovforslaget til Roma IV ble utgitt.²⁰¹

I denne meddelelsen fremholder Kommisjonen at gjeldende regler for internasjonale pars formuesforhold ikke gir tilstrekkelig rettssikkerhet og at verken bestemmelser i den nåværende Brussel II- eller Roma III- forordningen løser spørsmål vedrørende formuesforholdet ved grenseoverskridende ekteskap. De formuesrettslige virkningene

¹⁹⁸ Kropholler, Jan (2006) s. 345

¹⁹⁹ KOM (2006) 400 Grønbok om lovkonfliktregler i sager vedrørende formueforholdet mellom ægtefæller, herunder spørsmålet om retlig kompetence og gjensidig anerkendelse.

²⁰⁰ KOM (2006) 400, Martiny, Dieter (2008)

²⁰¹ KOM (2011) 125 Meddelelse fra Kommisjonen til Europa- Parlamentet, Rådet, Det europeiske økonomiske og sociale udvalg og regionsudvalget. ”Fjernelse af usikkerheder om internationale pars formueretlige forhold”.

av ekteskap og registrert partnerskap er heller ikke omfattet av forslaget til forordning på det arverettslige området.²⁰²

Det slås i meddelelsen derfor fast at det fremdeles er behov for en klar regulering for det formuesrettslige forholdet mellom ektefeller og i registrerte partnerskap.

Grønnboken fra 2006 og Kommisjonens meddelelse fra 2011 er nå etterfulgt av et forslag om en ny forordning, en mulig Roma IV. Forslaget til den nye forordningen kom først i stand 16. mars 2011, KOM (2011) nr. 126²⁰³ gjeldende for ekteskap og KOM (2011) nr. 127²⁰⁴ gjeldende for registrerte partnerskap.

Registrert partnerskap og ekteskap er innen EU to ulike institusjoner, og derfor er det nødvendig og komme med to selvstendige reguleringer av forholdene.

Ekteskap finnes i alle de 27 medlemsstatene, mens registrert partnerskap bare finnes i fjorten av dem.²⁰⁵

Fordi det nå i flere stater er tillatt med ekteskap mellom parter av samme kjønn, er det nødvendig at Roma IV- forordningen er kjønnsnøytral, og ikke bare regulerer ekteskap mellom parter av ulikt kjønn. I dag er homofile ekteskap tillatt i Nederland, Belgia, Spania, Sverige, Portugal, Island og Norge.

Forordningsforslaget vedrørende formuesforholdet mellom ektefeller inneholder egne regler om jurisdiksjon. Som nevnt over i pkt. 5.1 dekker ikke den nåværende Brussel II- forordningen spørsmålet om formuesforholdet og følgelig hadde det vært nødvendig med en endring av Brussel II til også å omhandle formuesrettslige konsekvenser for å oppnå en enhetlig regulering også her.

²⁰² KOM (2009) 154 Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets forordning om kompetence, lovvalg, anerkendelse og fullbyrdelse af retsafgørelser og officielt bekræftede dokumenter vedførende arv og om indførelse af et europæisk arvebevis.

²⁰³ KOM (2011) 126 Forslag til Rådets forordning om kompetence, lovvalg, anerkendelse og fullbyrdelse af retsafgørelser i sager vedrørende formueforholdet mellem ægtefæller.

²⁰⁴ KOM (2011) 127 Forslag til Rådets forordning om kompetence, lovvalg, anerkendelse og fullbyrdelse af retsafgørelser i sager vedrørende de formueretlige retsvirkninger af registrerede partnerskap.

²⁰⁵ Henholdsvis Sverige, Danmark, Belgia, Tyskland, Finland, Frankrike, Ungarn, Irland, Luxembourg, Nederland, Østerrike, Tsjekkia, Storbritannia og Slovenia.

Domstoler som har jurisdiksjon i medhold av Brussel II vil i situasjoner vedrørende skilsmisse eller separasjon få utvidet sin jurisdiksjonsmyndighet til også å omfatte deling av eiendommen jfr. art. 4.²⁰⁶

Hovedsakelig vil dette medføre en forenklet domstolsadgang for ektefellene, slik at de ikke trenger å henvende seg til forskjellige domstoler avhengig av saksområdet.²⁰⁷

5.3.2.1 Hovedregel: Partsautonomi

I likhet med Brussel II, Roma III og Haag - konvensjonen er hovedregelen også i dette forordningsforslaget begrenset partsautonomi.

I forslaget art. 16 gis ekteparet mulighet til å foreta et rettsvalg ved ekteskapets inngåelse. Ektefellene kan velge mellom tre tilknytningsfaktorer, henholdsvis deres felles vanlige bosted, en av ektefellenes vanlige bosted på avtaletidspunktet eller statsborgerlandet til en av ektefellene på avtaletidspunktet jfr. art.16 første ledd bokstav a), b) og c).

For registrerte partnerskap foreslås det ikke partsautonomi som hovedregel. Derimot foreslås det å anvende det landets rett hvor partnerskapet ble registrert som hovedregel jfr. forslaget art.15.²⁰⁸ Årsaken til denne reguleringen er at ikke alle EU' s medlemsstater anerkjenner registrerte partnerskap.²⁰⁹

5.3.2.2 Reguleringen der det ikke er foretatt et rettsvalg

I forordningsforslagets begrunnelse sies det at ektefellene i de færreste medlemsstater foretar et rettsvalg, og at det derfor er nødvendig å innføre felles bestemmelser for alle medlemsstater som regulerer tilfellene hvor ektefellene ikke har benyttet seg av partsautonomien.²¹⁰

Dersom ektefellene ikke foretar et rettsvalg, gjelder de objektive tilknytningsfaktorene som er opplistet trinnvis i art. 17.

For det første legges retten i det landet til grunn, hvor ektefellene etter ekteskapsinngåelsen hadde sitt første felles vanlige bosted jfr. art.17 a).

²⁰⁶ Se KOM(2011) 125 pkt. 6.1, KOM (2011) 126 pkt. 5.2

²⁰⁷ Se KOM (2011) 125 pkt. 6.1

²⁰⁸ Jfr. KOM (2011) 127 pkt. 5.3, jfr. 2011/0060(CNS) art.15

²⁰⁹ KOM (2011) 125 pkt. 6.2

²¹⁰ Jfr. KOM (2011) 126 pkt. 5.3

Dersom ektefellene ikke etter ekteskapsinngåelsen har hatt felles vanlig bosted, legges etter bokstav b) det landets rett til grunn hvor ektefellene ved ekteskapsinngåelsen hadde felles statsborgerskap. I mangel av felles statsborgerskap, anvendes det landets rett som ektefellene har sin nærmeste tilknytning til jfr. bokstav c).

Igjen oppstår spørsmålet om hva som skjer med formuesordningen dersom ektefellene ønsker å flytte til en annen stat.

Etter forordningsforslagets art. 18 står ektefellene fritt til når som helst å velge en annen stats rett i løpet av ekteskapet. De kan enten velge retten i den staten hvor en av ektefellene har sitt vanlige bosted på avtaletidspunktet jfr. art. 18 første ledd bokstav a), eller en av ektefellenes statsborgerlands rett jfr. art. 18 første ledd bokstav b).

Det er imidlertid bare der hvor ektefellene allerede har foretatt et rettsvalg ved ekteskapsinngåelsen jfr. art.16, at de får muligheten til å endre dette valget på et senere tidspunkt jfr. art. 18.

I tilfeller hvor ektefellene ikke har foretatt et rettsvalg, men er underlagt reglene i art.17, kan ektefellene ikke endre retten som gjelder for formuesordningen, og det vil heller ikke skje en automatisk endring av den anvendbare retten ved at de eventuelt flytter til en annen stat.²¹¹ En forandring av denne retten kan bare skje dersom ektefellene fremsetter en uttrykkelig anmodning.²¹²

Forordningsforslaget sikrer at endringen av formuesforholdet mellom ektefeller utelukkende berører ektefellene og ikke tredjemanns interesser og rettigheter jfr. art. 18 tredje ledd.

Forordningsforslaget til Roma IV åpner på lik linje som Roma III også for universell anvendelse i art. 21. Universell anvendelse innebærer som nevnt at også et tredjelands rett, eksempelvis norsk rett, får anvendelse dersom denne retten blir valgt jfr. art.21.

Om, og eventuelt når, det nye forslaget til Roma IV -forordningen kommer til og tre i kraft, er enda ikke fastsatt.

²¹¹ Jfr. KOM (2011) 126 pkt.5.3

²¹² Jfr. KOM (2011) 126 pkt.5.3

6 Avslutning

Hva vil harmonisering innebære for norsk rett og bør norsk rett tilpasse seg EU retten? Både Roma III og forslaget til Roma IV, som er de nyeste forordningene innen den internasjonale ekteskapsretten, gir uttrykk for velutformede rettsvalgsregler. De norske rettsvalgsreglene er som vi har sett hovedsakelig ulovfestede, og som nevnt er det uttrykt både i rettspraksis og i juridisk teori at EU-rettslige reguleringer er av betydning for norsk rett.²¹³

Derfor bør det diskuteres hvorvidt norsk rett bør tilpasse seg ved å foreta endringer i sin internasjonale privatrett nettopp for å etterstrebe europeisk harmonisering.

Det er uvisst om det i overskuelig fremtid kommer nye lovregulerte rettsvalgsregler innen familieretten i norsk internasjonal privatrett. Som nevnt under pkt.4 er en utredning om reguleringen av den internasjonale familieretten og arveretten tidligere blitt oppfordret, men ikke fullført.²¹⁴

Bakgrunnen for utredningen er kritikk av den nåværende situasjonen som fremstår som både gammeldags, uklar og uoversiktlig.²¹⁵ Av mandatet fremgår:

”Justisdepartementet ønsker derfor at det blir foretatt en grunnleggende gjennomgåelse og eventuelt modernisering av rettstilstanden.”²¹⁶

Dessverre virker det ikke som Justisdepartementet har konkrete planer om å slutføre arbeidet når det gjelder ekteskapsrettslige reguleringer.²¹⁷ Derfor er det vanskelig å vurdere hvilke forslag til endringer av de nåværende reguleringene som ville blitt fremsatt.

Det må vurderes konkret hva det ville innebære at norsk rett innenfor ekteskapslovgivningen tilpasser seg EU rett.

Både i Roma III-forordningen og i forslaget om en Roma IV- forordning er hovedregelen partsautonomi. I norsk rett åpnes det ved ekteskapsrettslige spørsmål hovedsakelig ikke for at ektefellene selv kan avtale rettsvalget.

²¹³ Jfr. pkt.2.1

²¹⁴ Ot.prp. nr.100 (2005-2006)

²¹⁵ Ot.prp. nr. 100 (2005-2006)

²¹⁶ Ot.prp. nr. 100 (2005-2006).

²¹⁷ Fredwall, Kathrine Kjørheim (2011)

Det kan derfor spørres om målsetningen om harmonisering med EU kan tillegges så mye vekt, at norsk rett bør gå bort fra domisilprinsippet som altoverskyggende hovedregel til fordel for partsautonomi.

Som tidligere nevnt er det i norsk rett blitt diskutert om det skal åpnes for partsautonomi for formuesordningen og det også hvorvidt det burde blitt gitt partsautonomi ved separasjon og skilsmisse. I teorien er det enda ikke blitt enighet om disse spørsmålene. Når det gjelder partsautonomi ved separasjon og skilsmisse ønsker eksempelvis Sverige ikke å underlegge seg Roma III forordningen, fordi anvendelsen kan medføre at svenske domstoler kommer til at et annet stats rett skal legges til grunn. Dette mener Sverige er en ulempe, nettopp fordi de ulike landenes skilsmiseregulering ikke er ensartet. Hadde svensk rett kommet til anvendelse, ville domstolene kunne lagt til grunn sin egen rett, *lex fori*, slik det er i alle de nordiske landene.

Sveriges argumentasjon mot anvendelsen av Roma III forordningen illustrerer at hensynet til europeisk harmonisering ennå ikke er blitt tillagt avgjørende vekt, i hvert fall ikke i Sverige.

Sett på en annen side; hadde den materielle retten i de ulike landene hatt harmonisert innhold, ville partsautonomi jfr. Roma III eller Roma IV neppe vært problematisk, fordi det i stor grad ville medført at resultatet hadde blitt det samme, uavhengig av hvor saken ble anlagt. Etter mitt syn bør hensynet til harmonisering med de andre europeiske statene være tungtveiende.

Mot dette kan det spørres om det ikke er tilstrekkelig at Norge tar del i det felles nordiske samarbeidet gjennom NFK. Gjennom denne konvensjonen har norsk rett lovfestede, klare rettsvalgsregler som er enhetlige med de andre nordiske landene. Riktignok gjelder konvensjonen hovedsakelig for nordiske statsborgere med tilknytning til mer enn ett av de nordiske landene.

Med tiden vil også NFK bli påvirket av at det i EU kommer harmoniserte regler: Ved innføringen av EU-rettslige reguleringer kan NFK's regler gradvis miste sin gyldighet for Finland og Sverige, fordi de deltar i det sivilrettslige samarbeidet i EU.²¹⁸

Dette taler for at det nordiske samarbeidet ikke er tilstrekkelig.

²¹⁸ Brandberg/Knutson (2009)

Den internasjonale familieretten er som vi har sett et rask voksende rettsområde med et høyt produksjonsnivå av nye reguleringer innen EU. Nettopp fordi norsk rett ikke samsvarer med EU-retten, vil forskjellene med tiden bare bli større dersom norsk rett ikke følger utviklingen.

Også de øvrige nordiske landene påvirkes av de nye EU-rettslige reguleringene, og vårt felles nordiske samarbeid vil som følge av dette med tiden miste sin styrke.

Etter mitt syn bør norsk rett etterstrebe å oppnå samme rettslige nivå og utvikle seg i takt med EU.

Norge kan følge denne utviklingen ved å komme med lovregulerte materielle regler, som er tilnærmet de EU-rettslige reguleringene.

Når den tid kommer, at hele Europa er harmonisert og det finnes klare rettslige rammer for ekteskapsaker, er ektefellene sikret rettssikkerhet, det blir en forenklet domstolsadgang, og partene kan i alle tilfeller forutberegne sin rettsstilling.

7 Litteratur- og kildeliste

Litteratur

- **Bøker**

Andrae, Marianne, *Internationales Familienrecht*, 2. utgave, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2006.

Cordes, Jørg og Stenseng, Laila og Lenda, Peter, *Hovedlinjer i internasjonal privatrett*, 2. utgave, Cappelen Damm AS, Oslo, 2010.

Kropholler, Jan, *Internationales Privatrecht*, 6. utgave, Mohr Siebeck Tübingen, 2006.

Lilleholt, Kåre, *Knophs oversikt over Norges rett*, 12. utgave, Universitetsforlaget AS, Oslo 2004.

Lundegaard, Hans Petter, *Gaarders innføring i internasjonal privatrett*, 3. utgave, Universitetsforlaget AS, 2000.

Nielsen, Peter Arnt, *International privat- og procesret*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 1997

Thue, Helge J., *Internasjonal privatrett- personrett, familierett og arverett*, 1. utgave, Gyldendal Akademisk, Oslo, 2002.

- **Artikler**

Becker, Eva. "Die Vereinheitlichung von Kollisionsnormen im europäischen Familienrecht- Rom III", I: Neue Juristische Wochenschrift 2011 nr. 22, <http://beck-online.beck.de/?vpath=bibdata%2fzeits%2fNJW%2f2011%2fcont%2fNJW%2e2011%2e1543%2e1%2ehtm#A> [beck- online.de]

Brandberg, Ulrika og Knutson, Tom, " Rätt och religion" I: Advokaten, 2010 nr. 06, Årgang 76, <http://www.advokatsamfundet.se/Advokaten/Tidningsnummer/2010/Nr-6-2010-Argang-76/Ratt-och-religion/> [advokatsamfundet.se]

Brandberg, Ulrika og Knutson, Tom, " Internationell familjerätt: Ett gränslöst och snabbt växande arbetsområde" I: Advokaten, 2009 nr. 09, Årgang 75, <http://www.advokatsamfundet.se/Advokaten/Tidningsnummer/2009/Nr-9-2009-Argang-75/Internationell-familjeratt-Ett-granslost-och-snabbt-vaxande-arbetsomrade/> [advokatsamfundet.se]

Bull, Kirsti Strøm, *Lovvalg i saker om økonomiske forhold mellom ektefeller*, I: Tidsskrift for Rettsvitenskap, 1993, s. 525-541

Cordero- Moss, Giuditta: *Rettsvalg i kontraktsforhold- norsk retts Askepott slår tilbake?* I: Jussens Venner, 2000 nr.3, s. 132-152

Cordero- Moss, Giuditta, *Den nye europeiske internasjonale formueretten og norsk internasjonal formuerett*, I: Lov og rett, 2009 nr 02, s. 67-83,
http://www.idunn.no/ts/lor/2009/02/den_nye_europeiske_internasjonale_formuerettenognorsk_internasjonal_formuer?removeHighLight=true [idunn.no]

Cordero- Moss, Giuditta, *En mer moderne og systematisk rettspraksis om rettsvalg etter bokhandleren i Kabul-dommen*, I: Tidsskrift for Rettsvitenskap, 2010 nr. 4-5, s. 819-842

Dansk institutt for internasjonale studier, *De danske forbehold over for den europæiske union- Udviklingen siden 2000*, København 2008, <http://www.eu-oplysningen.dk/upload/application/pdf/4e897952/DIIS2.pdf>

Folketingets EU-oplysning, ”Danmarks retlige forbehold”, I: EU- fakta nr. 31. juni 2008, http://www.eu-oplysningen.dk/upload/application/pdf/a31e14af/euo_fakta_2008_31.pdf

Frantzen, Torstein, *Den internasjonale privatretts europeisering. Hvilket rom er det for internordisk internasjonal familierett?* I: Jussens venner, 2002 hefte 01, s. 73-83.

Giertsen, Johan, *Usikfte og lovvalg*, I: Tidsskrift for Rettsvitenskap, 1995, s.261-325

Kohler, Christian. ”*Einheitliche Kollisionsnormen für Ehesachen in der Europäischen Union: Vorschläge und Vorbehalte*”, I: Familie Partnerschaft Recht 2008 nr. 5, <http://beck-online.beck.de/Default.aspx?vpath=bibdata%2fZEITS%2fFPR%2f2008%2fcont%2ffpr%2e2008%2e193%2e1%2ehtm#A> [beck- online.de]

Martiny, Dieter, ”Das Grünbuch zum Internationalen Ehegüterrecht- Erste Regelungsvorschläge” I: Familie Partnerschaft Recht, 2008 nr. 5, <http://beck-online.beck.de/Default.aspx?vpath=bibdata\zeits\fpr\2008\cont\fpr.2008.206.1.htm&pos=5&hlwords=das%c3%90Gr%c3%bcnbuch%c3%90g%c3%bccterrecht#xhlhit> [beck-online.de]

Rådets afgørelse af 12. juli 2010 om bemyndigelse til et forstærket samarbejde om rettsvalgsreglerne i forbindelse med skilsmisse og separation, I: Den europæiske unions Tidene, L 189, 53. årgang, 22. juli 2010, dansk udgave, side 12: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:189:FULL:DA:PDF>

Thue, Helge, *Den internasjonale privatretten på familierettens område*, I: Förhandlingarna vid det 31 nordiska juristmötet i Helsingfors 19-21 august 1987, s. 345-366, http://jura.ku.dk/njm/31/31_16.pdf/

Øvrige kilder:

- **Lovforarbejder/høringsutkast**

1962-63: Ot.prp. nr 19 (1962-1963) Om endring av lov om rettergangsmåten for tvistemål av 13. august 1915 når det gjelder jurisdiksjonsmyndighet i ekteskapsaker.

1985: Høringsutkast til ” lov om interlegale lovvalgsregler på formuesrettens område (Jnr. 1450/85 E BN/ uwg) 20. mai 1985

2004-05: Ot.prp.nr.51 (2004- 2005) Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).

2005-06: Ot.prp.nr.100 (2005-2006) Om lov om endringer i ekteskapsloven og straffeprosessloven mv. (tiltak for å forhindre tvangsekteskap mv.)

2007: NOU 2007:16 Ny skiftelovgivning

- **Lover**

1915: Lov nr. 6 av 13.august 1915 Tvistemålsloven

1964: Lov nr. 1 av 3. april 1964 om mellomfolkeleg- privatrettslige reglar for lausøyrekjøp

1969: Lov nr. 75 av 19.desember 1969 om gjennomføring av konvensjoner om visse internasjonale- privatrettslige forhold

1991: Lov nr. 47 av 4. juli 1991 om ekteskap

1992: Lov nr. 111 av 27. november 1992 om lovvalg i forsikring

1994: Lov om endringer i lov av 4. juli 1991 nr. 47 om ekteskap.

2005: Lov nr. 90 av 17.juni 2005 om mekling og rettergang i sivile tvister.

- **Lovkommentar**

Bull, Henrik, lovkommentar til L. 6.2.1931 Konvensjon mellom Norge, Danmark, Finland, Island og Sverige inneholdende internasjonal- privatrettslige bestemmelser om ekteskap, adopsjon og vergemål med sluttprotokoll, I: Gyldendal Rettsdata.

- **Dommer**

Rt. 1923 II s. 58 Irma- Mignon- dommen

Rt. 1937 s. 888 Gullklausuldommen

Rt. 1942 s. 214 Boman Hansen- dommen

Rt. 1957 s. 246 Turbussdommen

Rt. 1969 s. 664

Rt. 1988 s. 1100

Rt. 1995 s. 1415 Joint Account- dommen

Rt. 2009 s. 1537 Bokhandleren i Kabul- dommen

Rt. 2011 s. 531

- **Forordningsforslag**

KOM (2005) 82 Grønbog om lovvalg og kompetence i skilsmisssager

KOM (2006) 399 Forslag til Rådets forordning om ændring av forordning (EF) nr. 2201/2003 for så vidt angår kompetence og om indførelse af rettsvalgsregler i ægteskabssager

KOM(2006) 400 Grønbog om lovkonfliktregler i sager vedrørende formueforholdet mellem ægtefæller, herunder spørsmålet om retlig kompetence og gensidig anerkendelse.

KOM (2009) 154 Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets forordning om kompetence, rettsvalg, anerkendelse og fuldbyrdelse af retsafgørelser og officielt bekræftede dokumenter vedførende arv og om indførelse af et europæisk arvebevis.

KOM (2010) 104 Forslag til Rådets afgørelse nr. .../2010/EU om bemyndigelse til et forstærket samarbejde om lovvalgsreglerne i forbindelse med skilsmisse og separation.

KOM (2011) 125 Meddelelse fra Kommissionen til Europa-Parlamentet, Rådet, Det europæiske økonomiske og sociale udvalg og regionsudvalget. Fjernelse af usikkerheder om internationale pars formuesretlige forhold.

KOM (2011) 126 Forslag til Rådets forordning om kompetence, rettsvalg, anerkendelse og fuldbyrdelse af retsafgørelser i sager vedrørende formueforholdet mellem ægtefeller.

KOM (2011) 127 Forslag til Rådets forordning om kompetence, rettsvalg, anerkendelse og fuldbyrdelse af retsafgørelser i sager vedrørende de formueretlige retsvirkninger af registrerede partnerskaber.

- **Forordninger:**

Rf 1347/2000 EF: Rådets forordning (EF) nr.1347 2000 af 29.maj 2000 om kompetence og om anerkendelse og fuldbyrdelse af retsafgørelser i ægteskapsager samt i sager vedrørende forældremyndighed over ægtefællers fælles børn. (Den første Brussel II)

Rf 44/2001 EF: Rådets forordning (EF) nr. 44/2001 af 22. december 2000 om retternes kompetence og om anerkendelse og fuldbyrdelse af retsafgørelser på det civil- og handelsretlige område.(Brussel I)

Rf 2201/2003 EF: Rådets forordning (EF) nr. 2201/2003 af 27.november 2003 om kompetence og om anerkendelse og fuldbyrdelse af retsafgørelser i ægteskabsager og i sager vedrørende forældreansvar og om ophævelse af forordning (EF) nr. 1347/2000. (Den nåværende Brussel II)

EP/ Rf 864/2007 EF: Europa- Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 864/2007 af 11. juli 2007 om lovvalgsregler for forpligtelser uden for kontrakt (Roma II)

EP/ Rf 593/2008 EF: Europa-parlamentets og Rådets forordning (EF) Nr. 593/2008 af 17.juni 2008 om lovvalgsregler for kontraktlige forpligtelser (Roma I)

Rf 1259/2010 EU: Rådets forordning (EU) nr. 1259/2010 af 20.december 2010 om indførelse af et forstærket samarbejde om rettsvalgsreglerne i forbindelse med skilsmisse og separation.(Roma III)

- **Konvensjoner/traktater**

Konvensjon mellom Norge, Danmark, Finland, Island og Sverige inneholdende internasjonal- privatrettslige bestemmelser om ekteskap, adopsjon og vergemål med sluttprotokoll.

Haag- konvensjonen av 1. juni 1970 om anerkjennelse av skilsmisser og separasjoner

Convention of 14. March 1978 on the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes

Roma-konvensjonen om lovvalg på kontraktrettens område av 19.juni 1980, ikrafttreden 1. april 1991.

Amsterdam-traktaten om ændring af traktaten om den europæiske union, traktaterne om oprettelse af de europæiske fællesskaber og visse tilknyttede akter, signert 2. oktober 1997, ikrafttreden 1. mai 1999.

- **Avhandlinger**

Filtvedt, Kristin, *Betydningen av Rt. 2009 s. 1537 (Bokhandler i Kabul-dommen) for norsk internasjonal privatrett*, Juridisk fakultet ved universitetet i Oslo, masteroppgave, 2010, <http://www.duo.uio.no/sok/work.html?WORKID=108801>

Frantzen, Torstein, *Die stellung des überlebenden Ehegatten im internationalen Ehegüter- und Erbrecht, dargestellt an deutsch, norwegischen Sachverhalten*, Det juridiske fakultets skriftserie nr. 76, Det juridiske fakultet Universitetet i Bergen, 1999.

- **Nettdokumenter**

NRK artikkel, *Mange innvandrere flytter ut*, skrevet av Ingebrigtsen, Tom B., Granbo, Kristin, publisert 22/09-2011, besøkt 08.11. 2011
http://m.nrk.no/m/artikkel.jsp?art_id=17803646

NRK artikkel, *Malta stemte "ja" til skilsmisse*, skrevet av Karlsen, Helge og Granbo, Kristin, publisert 29.5.2011, besøkt 18. 11.2011,
<http://www.nrk.no/nyheter/verden/1.7652164>

Statistisk sentralbyrå, Befolkningsstatistikk, *Inn- og utvandring 2010*, besøkt 08.11.201, <http://www.ssb.no/innvutv/>

Wikipedia, *Maria Amelie*, besøkt 02.11.11,
http://no.wikipedia.org/wiki/Maria_Amelie

- **Personlig melding**

Fredwall, Katrine Kjærheim, Lovrådgiver i Justis- og politidepartementet,
E-post, 27. september 2011.

