

UiO • **Det juridiske fakultet**

Skyggedom av enkepensjonsdommen

En feministisk gjenskrivning av dommen inntatt i Rettstidende 2006 side 262

Kandidatnummer: 716

Leveringsfrist: 25. april 2014

Antall ord: 17 829



Innholdsfortegnelse

1 INNLEDNING	1
1.1 Problemstilling.....	1
1.2 Avgrensninger.....	2
1.3 Aktualitet	2
1.4 Fremstillingen videre	4
2 METODE.....	5
2.1 Oppgaveteknisk metode.....	5
2.1.1 "Feminist Judgments"	5
2.1.2 Oppgavetekniske valg.....	7
2.2 Juridisk metode.....	10
2.2.1 Skillet mellom konkret og rettsdogmatisk argumentasjonsform.....	10
2.2.2 Argumentativ rett.....	11
2.2.3 Den europeiske menneskerettsdomstols metode	14
2.3 Rettskildebildet og verdier	17
3 FEMINISTISKE PERSPEKTIV.....	19
3.1 Innledning	19
3.2 Feministisk begrunnelseskrav	19
3.3 Dissenterende stemmer	20
3.4 "Det relasjonelle selv" og "The Capabilities Approach".....	21
3.5 Kjønnede strukturer?.....	22
3.6 "Anti-essensialisme"?	23
3.7 Likestillingsargumenter	23
3.8 Oppsummering.....	24
4 SKYGGEDOM AV ENKEPENSJONSDOMMEN RT.2006.262	25

5	VURDERINGER AV SKYGGEDOMMEN	59
5.1	Rettslig figur: kontrakten	59
5.2	Dissenterende stemmer	61
5.3	Likestillingsargumentasjon	62
5.4	Feministisk krav til begrunnelse	63
6	AVSLUTNING.....	64
7	LITTERATURLISTE	65

1 Innledning

1.1 Problemstilling

Oppgavens problemstilling er om dommen inntatt i Rettstidende 2006 side 262,¹ slik den faktisk sto for Høyesterett 8. mars 2006, ville blitt avgjort annerledes dersom den kom opp til vurdering i Høyesterett i dag, og ble gjenskrevet i et feministisk perspektiv.

Jeg skal skrive en skyggedom av Rt.2006.262, etter inspirasjon fra prosjektet ”Feminist Judgments – From Theory to Practice”:

”What if a group of feminist scholars were to write the ‘missing’ feminist judgment in key cases? Could we put theory into practice, in judgment form? What would these judgments look like? What impact would they have?”²

Saken i Rt.2006.262 gjaldt krav om enkepensjon til fraskilt enke.³ Spørsmålet for Høyesterett var: ”om § 86, jf. § 94 nr. 3 i ekteskapsloven av 4. juli 1991 nr. 47 (heretter el 1991), som skjerpet vilkårene for ektefellepensjon, i forhold til den ankende part kommer i strid med Grunnlovens § 97 eller Den europeiske menneskerettskonvensjonen Tilleggsprotokoll nr. 1 av 20. mars 1952 artikkel 1 (heretter EMK P1-1).”⁴ Høyesterett kom til at det verken forelå en rettstridig tilbakevirkning etter grl § 97 eller brudd på EMK P1-1 vurdert isolert eller sammenholdt med EMK art 14.

¹ Heretter også kalt enkepensjonsdommen

² Hunter 2010 s 3

³ Hun er i det følgende anonymisert til ”A” og hennes tidligere mann er anonymisert til ”B”.

⁴ Rt.2006.262 (1)

Formålet med oppgaven er å:

1. Belyse hva det innebærer å anlegge et feministisk perspektiv når denne tvisten mellom A og Staten skal avgjøres
2. Gi ansatser til diskusjon om hva feministiske perspektiver kan være
3. Belyse vernet av As rettsstilling etter EMK P1-1

1.2 Avgrensninger

Jeg har valgt å avgrense oppgaven mot spørsmålet om el 1991 § 86, jf. § 94 nr. 3 i, som skjerpet vilkårene for ektefellepensjon i forhold til den ankende part, kommer i strid med EMK art 14 jf. P1-1 og EMK art 8. Videre har jeg avgrenset mot en selvstendig vurdering av om lovendringen er i strid med grl § 97. Jeg har også avgrenset mot de prosessrettslige spørsmål som oppgaven reiser.

1.3 Aktualitet

I valget av en "key-case"⁵ har jeg gjennomgått flere avgjørelser i Høyesterett og Trygderetten. Valget falt på enkepensjonsdommen. Den har vært kritisert av flere.⁶

Enkepensjonssaken tar opp spørsmål knyttet til ulike forsørgelsesrettslige sammenhenger.⁷ Kvinner har tradisjonelt stått for omsorgsforsørgelsen, det tradisjonelle husmorarbeidet, og menn for pengeforsørgelsen.⁸ Det har skjedd en utvikling slik at kvinner og menn i stadig større grad står for begge forsørgelsesformer.⁹ I tillegg kommer omsorgsforsørgelse ved

⁵ Hunter 2010 s 9-11

⁶ Kjønstad 2008a, Høgberg 2006, Tollefsen 2013 s 21-22

⁷ Ketscher 2008 s 80-81

⁸ Ibid s 82-83

⁹ Ibid s 83-85

bruk av sosiale tjenester eller markedsforsørgelse, hvor omsorgstjenester kjøpes eller mot-
tas fra det offentlige.¹⁰ Likevel viser undersøkelser at kvinner fortsatt bruker mer av tiden
enn menn på omsorgsforsørgelse, samtidig som kvinner tjener mindre på grunn av ulik
lønn.¹¹ Man ser også at flere kvinner enn menn arbeider deltid.¹²

Dette kan få ulike formuerettslige og velferdsrettslige konsekvenser. Mange kvinner belar seg fortsatt på ekteskapskontrakten og ikke arbeidskontrakten hva gjelder opptjening av pensjonspoeng.¹³ EMK P1-1 verner inngrep i velferdsrettigheter, herunder også ektefellepensjon.¹⁴ På denne måten er en gjenskrivning av enkepensjonsdommen fortsatt aktuell.

Videre reiser spørsmålet om retten til eiendom og vern av velferdsrettigheter flere aktuelle spørsmål inn mot dagens organisering av velferdsstaten. Det har vært hevdet at retten til eiendom etter EMK P1-1 er den fattiges vern mot nedbygging av velferdsstaten.¹⁵

Enkepensjonsdommen reiser dessuten aktuelle, motsetningsfylte, feministiske problemstillinger, som trigger den prinsipielle problemstillingen om hva det vil si å anlegge et feministisk perspektiv i skyggedommen.

De rettsmetodiske spørsmålene som drøftes i oppgaven i lys av feministiske perspektiver, vil alltid være aktuelle, og bør alltid være gjenstand for kritisk analyse.

¹⁰ Ibid s 85-89

¹¹ Ibid s 85-86

¹² Aune 2013 s 78

¹³ Ketscher 2008 s 90-94

¹⁴ Ketscher 2013 317-318

¹⁵ Ibid. s 329

1.4 Fremstillingen videre

Før jeg kommer til selve skyggedommen i kapittel 4 har jeg valgt å ha to relativt lange kapitler om metode i kapittel 2 og om feministisk perspektiv i kapittel 3. Formålet med disse delene er å begrunne nærmere at jeg skriver en avgjørelse som er forsvarlig innenfor juridisk metode og etter etiske prinsipper for dommeratferd, og samtidig anlegger et distinkt feministisk perspektiv i gjenskrivingen av enkepensjonsdommen. Etter hva jeg kjenner til, er ikke skyggedommetoden blitt brukt på denne måten i Norge før. Jeg har derfor sett det nødvendig å redegjøre nærmere for denne, samt de oppgavetekniske valgene jeg har tatt. I kapittel 5 avslutter jeg med en kort vurdering av skyggedommen, før de oppsummerende betraktningene i kapittel 6.

2 Metode

2.1 Oppgaveteknisk metode

2.1.1 "Feminist Judgments"

Jeg har blitt inspirert av "feminist judgments"/skyggedommetoden ved besvarelsen av oppgavens problemstillinger. Metoden er utviklet innenfor et britisk, feministisk forskningsprosjekt. Erfaringene er samlet i boken "Feminist Judgments – From Theory to Practice."¹⁶ Metoden brukes nå i undervisning ved flere universiteter.¹⁷ Deltakerne var alt fra jusstudenter til senior professorer, eller feminister med annen bakgrunn.¹⁸ Man ønsket å undersøke bruk av feministiske erkjennelser, forskning og kunnskap gjennom å avgjøre virkelige tvister innenfor domssjangeren.¹⁹

Tvisten skulle avgjøres innenfor de begrensninger en dommer er underlagt i prosesslovgivningen og med lojalitet til etiske prinsipper for dommeradferd.²⁰ I norsk sammenheng fremgår det av domstollovens § 55 tredje ledd at: "En dommer er uavhengig i sin dømmen-

¹⁶ Feminist Judgments 2010. Flere før dem har også skrevet det man kan kalle feministiske dommer se Hunter 2010 s 3-4.

¹⁷ Hunter 2012

¹⁸ Hunter 2010 s 9

¹⁹ Ibid s 3.

²⁰ Ibid. "The judicial oath."

de virksomhet. En dommer skal utføre sin dommergjerning upartisk og på en måte som inngir alminnelig tillit og respekt."²¹

Videre skulle man vise respekt for gjeldende rettslige prinsipper og være bevisste hvilken virkning en dom har for partene og for samfunnet som sådan.²² Rosemary Hunter argumenterer for at avgjørelsene samlet i deres prosjekt er både rettmessige og distinkte feministiske avgjørelser.²³

Hunter har funnet syv punkter som hun mener går igjen når feministiske avgjørelser skrives, eller som det innenfor feministisk teori argumenteres for at det bør fokusere på:²⁴

1. stille kvinnespørsmål/spørsmålene til ekskluderte grupper i samfunnet; vise hvilke implikasjoner tilsynelatende nøytrale regler og praksiser har for utsatte grupper
2. inkludere disse gruppenes erfaringer i juridisk diskurs og ved fastleggingen av rettsregler - både gjennom den enkeltes erfaringer fremkommet i den enkelte i saken, og ved å trekke veksler på generelle erfaringssetninger fra feministisk forskning
3. utfordre kjønnsstereotyper i juridiske doktriner og begrunnelser
4. kontekstualisering og partikularitet: argumentere ut fra kontekst og den virkelige/reelle kvinnelige erfaringshorisonten/personens levde liv, avgjøre saken individuelt og konkret i stedet for kategorisk/abstrakt, ha spesielt fokus på mennesket avgjørelsen omhandler, ikke dømme kvinner/personer for å ha tatt andre valg enn dommeren selv ville ha tatt
5. forsøke å avhjelpe urettferdighet og forbedre kvinners levekår
6. fremme reell likestilling

²¹ Tvisteloven 2005 regulerer de norske prosessreglene for sivil sak. Etske prinsipper for dommeradferd gjelder for alle fagdommere i de alminnelige domstolene og i jordskiftedomstolene, både i og utenfor den dømmende virksomhet, se etiske prinsipper for dommeradferd 2010.

²² Hunter 2010 s 3.

²³ Se mer om "the question of legitimacy and distinctiveness" Hunter 2010 s 30-43

²⁴ Min oversettelse og tolkning av de syv punktene, Hunter 2010 s 35

Tanken har vært at metoden stadig skal være under utvikling.²⁵ Punktene gjenskrevet ovenfor er fra deltakerne i prosjektets side ikke et ”manifest” for hvordan feministiske avgjørelser bør skrives.²⁶ Metoden gir ingen svar på hvordan en tvist bør løses, tvert imot gir metoden bare verktøy for å kunne stille relevante spørsmål slik at avgjørelser kan treffes på et bredere grunnlag. Kanskje medfører metoden at saker blir mer kompliserte. Forhåpentligvis kan metoden føre til bedre begrunnede avgjørelser. Jeg kommer tilbake til erfaringene fra ”Feminist Judgments”-prosjektet i kapittel 3.

2.1.2 Oppgavetekniske valg

Det er flere metodiske utfordringer knyttet til skyggedommetoden – både av oppgaveteknisk og juridisk art. Jeg viser til Hunters fremstilling for en gjennomgang av de utfordringer som gikk igjen i deres prosjekt.²⁷ Så vidt jeg vet har det til nå bare vært skrevet skyggedommer innenfor ”Common law”-tradisjonen.²⁸ Et spørsmål blir dermed hvilke utfordringer man møter innenfor vår rettstradisjon. Det har også en side mot hva juridisk metode er, sett i lys av internasjonalisering og pluralisering av rettskildeleverandører.²⁹ Jeg må imidlertid avgrense mot en undersøkelse av disse spørsmålene. For min skyggedom har jeg truffet følgende oppgavetekniske valg.

Jeg forutsetter at enkepensjonsdommen inntatt i Rt.2006.262 ikke er avsagt. Den tenkes altså helt bort i selve skyggedommen. Kilder som direkte vurderer enkepensjonsdommen benyttes derfor heller ikke som kilder i skyggedommen.

Fotnoteapparatet er ikke en del av selve skyggedommen. I fotnoteapparatet viser jeg derfor til enkepensjonsdommen, kilder som kommenterer denne, samt i korte trekk drøfter eller

²⁵ Hunter 2010 s 42

²⁶ Ibid s 35

²⁷ Ibid s 13-17

²⁸ Hunter 2012 s 58

²⁹ Se kap 2.2

viser til uavklarte juridiske spørsmål.³⁰ Selv om dette kan stå i fare for å bryte med gangen og resonnementene i skyggedommen, har jeg ansett det nødvendig for å imøtekomme de krav som følger til masteroppgave.

Jeg har valgt å sette meg inn i Høyesteretts sted, og ikke EMDs sted, fordi jeg ville undersøke As rett til ektefellepensjon på nasjonalt plan ved anvendelsen av EMK P1-1.³¹ Samtidig er Høyesteretts domssjanger kjent, og kan kanskje betegnes som relativt fri i uttrykket.

Enkepensjonsdommen ble avsagt i 2006. Jeg har valgt å skrive skyggedommen som om den kom opp til vurdering i Høyesterett i 2014.

Jeg skal anvende faktum og treffe en avgjørelse innenfor påstanden og partenes påstandsgrunnlag³² slik det er presentert i enkepensjonsdommen, Rt.2006.262. Dette reiser prosessuelle spørsmål som jeg må avgrense mot. Det gjelder særlig spørsmål om hensynet til kontradiksjon.³³

Et hovedanliggende for deltakerne bak ”Feminist Judgments”-prosjektet var: ”[...] putting feminist theory into practice in judgment form, under conditions of constraint such as using only the law and materials available at the time of the original judgment, responding to arguments put by the opposing parties, and observing judicial norms of fairness, impartiality, and respect for precedent. The aim is to show that, even at the time of the original decision, the case could have been reasoned and/or decided differently.”³⁴

³⁰ Se kap 2.2

³¹ Se kap 2.2.3

³² Jf tvisteloven 2005 § 11-2

³³ Jeg har måttet avgrense mot prosessuelle spørsmål som de oppgavetekniske valgene reiser.

³⁴ Hunter 2012 s 50

Valg av annet tidspunkt for den rettslige vurderingen enn dommens tidspunkt, kan kritiseres. Et argument mot å gjenskrive enkepensjonsdommen i 2014 er at man står i fare for nettopp ikke å få fram de distinkte feministiske perspektivene innenfor samme rettskildesilde i 2006. Det manglende feministiske perspektivet i enkepensjonsdommen springer en i øynene. Dersom denne hypotesen ikke er tilstrekkelig underbygget, står imidlertid skyggedommen i fare for å være irrelevant ”rettsdogmatisk”. Dermed gir den heller ikke nyttige bidrag til nettopp det ”Feminist Judgments”-prosjektet ønsker å bidra til.

Videre kan valget kritiseres for at det kan ha kommet til argumenter som Høyesterett og partene ikke fikk seg forelagt, og dermed ikke kan kritiseres for ikke å ha vektlagt.

Enkepensjonsdommen har imidlertid som nevnt vært kritisert for å ikke ivareta et feministisk perspektiv innenfor rettskildesildet i 2006.³⁵

Jeg skal vurdere om lovendringen er i strid med EMK P1-1. Jeg har måttet avgrense mot å undersøke hypotesen om at skyggedommen kunne blitt avgjort på samme måte i 2006. Likevel tør jeg antyde at hypotesen har gode grunner for seg. Hva gjelder de faktiske omstendighetene, særlig omsorgsforsørgelsens betydning for pensjonsspørsmålet, har ikke dette forandret seg siden 2006. Flere av rettskildene jeg bruker fantes i 2006. Det gjelder særlig Husmorddommen og alle lovforarbeidene. Flere avgjørelser fra EMD er fra før 2006. Dessuten må bruk av avgjørelsene fra EMD ses i lys av EMDs teleologiske og minimalistiske fortolkningsstil.³⁶ Jeg mener at de prinsipielle hensyn bak ”fair balance”-vurderingen i EMK P1-1 ikke har endret seg siden 2006.

Begrunnelsen for at jeg ønsker å gjenskrive dommen som om den ble avsagt i 2014 er at mange interessante rettslige og feministiske argumenter kan hentes fra nyere EMD praksis.

³⁵ Kjønstad 2008a, Høgberg 2006, Tollefsen 2013

³⁶ Emberland 2006 s 20-22.

Hvorvidt de rettslige argumentene også var relevante i 2006 reiser spørsmål om hva juridisk metode er. Det skal jeg drøfte nærmere i neste kapittel.

2.2 Juridisk metode

2.2.1 Skillet mellom konkret og rettsdogmatisk argumentasjonsform

Mitt valg av oppgaveteknisk metode setter på spissen forskjellen mellom rettsvitenskapelig metode og pretensjoner på den ene siden og den metode Høyesterett anvender. Det har vært omdiskutert hvorvidt vi har én metode eller flere metoder.³⁷ En hovedforskjell er at Høyesterett skal løse konkrete tvister, mens man i rettsdogmatikken tar sikte på ”å systematisere og komme med løsningsforslag til aktuelle og potensielle konkrete rettslige problemer.”³⁸ De to formene vil imidlertid også ha noen felles rammer.³⁹

Hunter mener: ”While academic scholarship generally offers various forms of commentary on decided cases (individual or synthetic, analytical or critical, descriptive or normative), feminist judgment-writing projects have recently embarked on a new form of critical scholarship.”⁴⁰

I kraft av autoritet vil Høyesterett i større grad enn en mastergradsstudent kunne slå fast sine synspunkter. Det har vært utfordrende å være tro mot domssjangeren, og samtidig drøfte omtvistede spørsmål ”rettsvitenskapelig forsvarlig”.

³⁷ Mæhle 2004 s 341.

³⁸ Mæhle 2004 s 329 med videre henvisninger. I samme retning Graver 2008 s 178

³⁹ Mæhle 2004 s 341.

⁴⁰ Hunter 2012 s 50

Hovedfokuset i oppgaven er om avgjørelsen kunne vært avsagt annerledes med et feminis- tisk perspektiv innenfor rammene av vårt rettslige kommunikasjonsfellesskap.⁴¹ Omdrei- ningspunktet i oppgaven har derfor hele veien vært å ta As konkrete livssituasjon i betrakt- ning avveid mot samfunnsinteressene, og finne en løsning jeg mener har de beste grunner for seg. Jeg mener begrunnelsen og resultatet av skyggedommen lar seg forsvare innenfor vårt rettslige kommunikasjonsfellesskap.

2.2.2 Argumentativ rett⁴²

En viktig funksjon ved retten er å sikre stabilitet og forutsigbarhet. A klaget saken inn for EMD, men den ble avvist.⁴³ Hva som er et egnet og godt resultat bør imidlertid det juridis- ke fellesskapet være med på å diskutere.⁴⁴ Det primære siktemålet med oppgaven er derfor normativt. Min innfallsvinkel er å komme med de tolkninger som jeg mener har de beste grunner for seg innenfor rettsfellesskapet.⁴⁵

Kirsten Ketscher mener det har skjedd en utvikling fra formell til materiell autoritet.⁴⁶ Ketscher argumenterer for at: ”den formelle autoritet afløses af en kommunikationsstil, hvor det afgørende er blevet argumenternes værdi og styrke, og hvor argumenterne ikke på forhånd tildeles en bestemt værdi.”⁴⁷ Eckhoff mente også at den enkelte rettsanvenderens

⁴¹ Jacobsen siterer Bernt/Doublet, Jacobsen 2003 s 369.

⁴² Ketscher 2000

⁴³ Tollefsen 2013 s 20. Jeg viser til Tollefsen 2013 for behandlingen av As klager til øvrige organer. I skyg- gedommen tenkes alle disse bort. Se kap 2.1.2.

⁴⁴ Hunter 2012 s 50

⁴⁵ I denne retning Robberstad 1999 s 38-43 og Stub 2011 s 26-28.

⁴⁶ Ketscher 2000 s 282

⁴⁷ Ketscher 2000 s 284

vurderinger og verdier var med på å styre rettskildefaktorenes relevans, slutning og vekt.⁴⁸ Rettskildelæren er imidlertid under utvikling.⁴⁹

Jeg har vært preget av kvinnerettslig metode⁵⁰ og såkalt nynormativisme,⁵¹ samt Hans Petter Gravers tenkning rundt fornuft, erfaring og tradisjon,⁵² og Fridtjof Bernt, David Doublet og Jørn Jacobsens tenkning om det juridiske kommunikative fellesskapet.⁵³

Hans Petter Graver har blant annet anført at vi går mer mot en prinsipptenkning, særlig på grunn av EU-domstolens og EMDs metode.⁵⁴ Han mener retten henter sin overbevisende kraft i fornuft, erfaring og tradisjon, og vært opptatt av språkkunstens plass i rettsformidlingen.⁵⁵ Videre mener han juridisk metode skjeler til andre fagdisipliners metode, for eksempel økonomi, sosiologi, psykologi, medisin og så videre.⁵⁶ Graver har trukket fram filosofen Zygmunt Baumans analyse av moderniteten som flytende, og pekt på at rettsordenen preges i økende grad av normpluralisme og polysentri.⁵⁷ Det at nasjonalstatene ikke lenger er eneleverandør av rettskilder medfører at lovpositivismen trues.⁵⁸ Kirsten Ketscher mener dette gjør retten mer verdibasert.⁵⁹

Om den kvinnerettslige metoden mener Helga Aune at den handler om å få inn kjønnsperspektivet på alle juridiske områder, hvor særlig rettsreglens betydning for individet står i

⁴⁸ Eckhoff 2011 kap 14.

⁴⁹ Ketscher 2000 s 275 også i denne retning Stub 2011 s 26

⁵⁰ Aune 2010

⁵¹ Begrep fra Kjønsstad 2008a s 63. Ketscher 2000

⁵² Graver 2007

⁵³ Jacobsen 2003 s 369

⁵⁴ Graver 2011

⁵⁵ Graver 2007

⁵⁶ Graver 2011

⁵⁷ Graver 2007 s 115.

⁵⁸ Ketscher 2000 fotnote 4 s 273

⁵⁹ Ibid

fokus.⁶⁰ Metoden kjennetegnes ved bruk av empiriske undersøkelser.⁶¹ Kvinnerettslige verdier som rettferdighet og frihet trekkes inn i vurderingen av hva som anses å være ”gjeldende rett”.⁶²

Spørsmålet om når et inngrep i eiendomsretten er i strid med EMK P1-1 må vurderes konkret og vil tolkes dynamisk.⁶³ Størrelsen ”gjeldende rett” er ingen konstant størrelse. Jørn RT Jacobsen mener ”[...] jussen er prega av skjønn og dynamikk, ein dynamikk som utspelar seg gjennom eit intrikat samspel med det samfunnet som retten skal fungere i.”⁶⁴ Doublet/Bernt mener at fordi ”gjeldende rett” ikke er fysiske gjenstander, men meningsinnhold, påvirkes retten av argumentasjon.⁶⁵ De uttaler at ”[...] 'Gjeldende rett' blir dermed i en viss forstand et diskusjonstema innenfor den faglige ramme - det faglige 'kommunikative fellesskap'[...].”⁶⁶

Det argumentative aspektet ved retten fordrer at premissene og de vurderinger som ligger til grunn for standpunktet, er transparente og mulige å diskutere.⁶⁷ Dette kommer jeg tilbake til i delen om feminisme krav til begrunnelse.

⁶⁰ Aune 2010 s 52-53.

⁶¹ Ibid

⁶² Aune 2010 s 53.

⁶³ Se kap 2.2.3

⁶⁴ Jacobsen 2003 s 369

⁶⁵ Jacobsen siterer Bernt/Doublet, Jacobsen 2003 s 369

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ I denne retning Jacobsen 2003 s 369

2.2.3 Den europeiske menneskerettsdomstols metode

2.2.3.1 "Teleological approach"⁶⁸ og "minimalist reasoning"⁶⁹

EMD har det Emberland kaller en "minimalist reasoning"⁷⁰, herunder utstrakt bruk av faktum og verdivurderinger.⁷¹

EMD har en teleologisk fortolkningsstil.⁷² Det betyr at EMD gjennom sin fortolkning av konvensjonen søker å oppnå effektive og reelle rettigheter etter i lys av konvensjonsbestemmelsenes formål og konvensjonens natur.⁷³

Videre foretar EMD en dynamisk tolkning av konvensjonen. Den skal tolkes i lys av "present day conditions"⁷⁴. Den dynamiske fortolkningsstilen har blitt kritisert av flere.⁷⁵

Eirik Bjørge viser til at den imidlertid har sin grenser, blant annet i samspill med statenes praksis.⁷⁶ Dette henger derfor sammen med spørsmål om "margin of appreciation".⁷⁷ Bjørge mener det oppsiktsvekkende i folkerettslig sammenheng ville være om EMD ikke hadde

⁶⁸ Emberland 2006 s 20

⁶⁹ Emberland 2006 s 22

⁷⁰ Emberland 2006 s 23

⁷¹ I denne retning Emberland 2006 s 23-24

⁷² Emberland 2006 s 20

⁷³ I denne retning Emberland 2006 s 21

⁷⁴ jf f eks EMD Schuler-Zraggen v Switzerland avsnitt 49

⁷⁵ Bjørge 2012 s 119-120 med videre henvisninger

⁷⁶ Bjørge 2012 s 120

⁷⁷ Se kap 2.2.3.2

tolket konvensjonen dynamisk.⁷⁸ EMD ser også hen til praksis fra EU-domstolen for å sikre en harmonisk fortolkning av de ulike instrumentene.⁷⁹

2.2.3.2 Betydningen av statenes "margin of appreciation"

Prinsippet om "the margin of appreciation" skal sikre at statene som er nærmest egen kultur, økonomi og verdiprioriteringer selv foretar de nødvendige avveininger.⁸⁰ Det har vært et spørsmål om Høyesterett skal fortolke konvensjonen med begrensningsmekanismer, slik som forskjellige typer av klarhetskrav, skjønnsmargin på nasjonalt plan eller tilbakeholdenhet ved anvendelsen av menneskerettighetene.⁸¹ Andenæs og Bjørge mener at Høyesterett ikke skal fortolke konvensjonen med begrensningsmekanismer.⁸² Andenæs/Bjørge mener videre at Høyesterettspraksis trekker i retning av at "norsk rettstradisjon og norske verdier brukes til å utvikle rettene."⁸³

Solheim hevder at hva gjelder P1-1 tyder "nyere avgjørelser [...] på at EMD ikke anser skjønnsmarginen som noen stor begrensning for deres egen kompetanse ved proporsjonalitetskontrollen",⁸⁴ og viser blant annet til EMDs storkammerdom Hutten-Czapska mot Polen. Solheim anser det som uklart hvor stor betydning skjønnsmarginen har.⁸⁵

I skyggedommen har jeg lagt til grunn at Høyesteretts prøvingsintensitet for konvensjonsmessigheten ikke ville stilt seg annerledes for prøvingen av grunnlovsmessigheten. Som det

⁷⁸ Bjørge 2012 s 120

⁷⁹ Det kan tenkes motstrid. Det må jeg avgrense mot.

⁸⁰ Se for eksempel Lakicevic m fl mot Serbia og Montenegro avsnitt 61

⁸¹ Andenæs, 2011 s 286-287

⁸² Andenæs, 2011 s 286-287

⁸³ Andenæs, 2011 s 286-287

⁸⁴ Solheim 2010 s 83 med videre henvisninger

⁸⁵ Solheim 2010 s 84

følger av skyggedommen mener jeg det ikke er grunnlag for å hevde at Stortinget ”klart har vurdert og bygd på at loven ikke kommer i strid med grunnloven.” slik rettssetningen kommer til uttrykk i Kløftadommen Rt.1976.1 s 6.⁸⁶

Videre at hensyn bak statenes ”margin of appreciation”, ikke stiller seg vesensforskjellig fra de relevante hensyn når grensen skal trekkes opp mellom Høyesteretts kompetanse og Stortingets kompetanse.

Begge disse to standpunktene reiser imidlertid flere prinsipielle og metodiske spørsmål. Det kan tenkes tilfeller der dette stiller seg annerledes. Høyesterett og EMD er to forskjellige rettslige institusjoner, med ulik begrunnelse for institusjonens legitimitet og kompetanse. Jeg må avgrense mot en prinsipiell drøftelse av dette her.

Den nærmere grensen mellom Høyesteretts og Stortingets kompetanse, og avveiningen av de relevante hensyn, må trekkes opp i praksis. Min begrunnelse for hvor vid overprøvingskompetanse jeg mener Høyesterett har i denne saken følger av selve skyggedommen. Det henger sammen med de verdiene som de aktuelle rettsområdene i denne saken skal fremme. Det bringer meg over i neste kapittel.

⁸⁶ I denne retning Kjøenstad 2008 s 73-74 og Høgberg 2010 s 729-730.

2.3 Rettskildebildet og verdier

Sentrale rettsstatlige verdier er verdighet, frihet, likhet og fellesskap mellom mennesker.⁸⁷ Verdiene kan utledes fra en rekke nasjonale og internasjonale rettskilder. I skyggedommen henter jeg argumenter først og fremst fra praksis fra EMD, men også fra konvensjonsbestemmelsens ordlyd i EMK P1-1, andre konvensjonsbestemmelser, særlig EMK art 14, samt praksis fra EFTA-domstolen, EU-domstolen og Høyesterett m.v.

Det er de velferdsrettslige og likestillingsrettslige verdiene som er relevante for denne oppgaven. Verdier som fremmes på begge rettsområdene er ivaretagelse av en materiell demokratiforståelse, deltakelse og likhet.⁸⁸ Reell likhet for loven reiser også spørsmål knyttet til hvorvidt det er reell tilgang til rettssystemet sosialt og økonomisk gjennom for eksempel gode rettshjelpsordninger.⁸⁹

Sentrale velferdsrettslige verdier er å trygge individenes livsvilkår, utvise solidaritet med de svakest stilte, samt oppbygning av gode fellesskapsløsninger.⁹⁰ Argumenter om rettferdighet kan hevdes brukes dels som fordelingsrettferdighet og dels som utvekslingsrettferdighet.⁹¹ Pensjonsreglene kan hevdes skal fremme begge former for rettferdighet.

Det er stadig et spenningsfelt mellom individets behov for både trygghet og frihet på samme tid. Velferdsstaten har paternalistiske trekk.⁹² Det kommer særlig til syne i spørsmål om psykisk helsevern og barnevern, men også gjennom organiseringen av pensjonssystemet.⁹³

⁸⁷ Ketscher 2008 s 105. Ketscher mener dette er en grunnorm, som en del av rettens idé.

⁸⁸ Strand 2012 s 67-69.

⁸⁹ Problemstillingene drøftes blant annet av Jon T. Johnsen (1987) og Tina S. Nordstrøm (2009).

⁹⁰ I denne retning Strand 2012 s. 62-63 og EMD Schuler-Zraggen v Switzerland avsnitt 51

⁹¹ Eng 2007 s 190

⁹² I denne retning Strand 2012 s. 62-63

⁹³ I denne retning Strand 2012 s. 62-63

Det kan hevdes at organiseringen av velferdsstaten, gjennom høy beskatning, har medført at de færreste belager seg på private pensjonsordninger i tillegg.⁹⁴

Velferdsrettigheters grunnlovsvern har vært diskutert av flere. Det har vært foreslått en egen menneskerettighetskatalog til grunnlovsjubileet i år 2014, hvor en rekke velferdsytelser foreslås inntatt.⁹⁵ Høyesterett har vært kritisert for å gi velferdsrettigheter for svakt vern.⁹⁶ Etter EMDs tolkning av ”possession” er et vidt spekter av ulike økonomiske rettigheter vernet etter EMK P1-1, herunder velferdsrettigheter.⁹⁷ Spørsmålet er hvor langt vernet strekker seg.

Det er en sammenheng mellom velferdsretten og likestillings- og diskrimineringsretten.⁹⁸ Diskrimineringsvernet kan sies å stille formelle krav til praktiseringen av velferdsrettslig fordeling av ytelse, men det tas ikke stilling til individets behov i seg selv.⁹⁹ Mens velferdsretten gir individet materielle rettigheter og stiller formelle krav til fordelingen. Likevel kan det hevdes at siden diskrimineringsvernet inneholder positive forpliktelser, vil forskjellen mellom diskrimineringsretten og velferdsretten ha glidende overganger.¹⁰⁰

⁹⁴ I denne retning Ketscher 2013 s 316

⁹⁵ Se Dokument 16 (2011-2012) Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven

⁹⁶ Blant annet av Kjøenstad 2008a s 77-78.

⁹⁷ Solheim 2010 s 16

⁹⁸ Se mer om likestillingsargumenter i kap 3.7

⁹⁹ Ketscher 2008 s 47

¹⁰⁰ Blaker 2012 s 64

3 Feministiske perspektiv

3.1 Innledning

Prosjektet til Hunter mfl reflekterer mange av de ulike feministiske retningene som finnes.¹⁰¹ Samme tvist kan avgjøres forskjellig av to ”feministiske dommere.”¹⁰² Det sies at feminisme ikke er en monolittisk tradisjon¹⁰³. Med dette menes at feminismen ikke har ett enkelt ståsted og utgangspunkt, det er ingen ”-isme”.¹⁰⁴

Feministisk kritikk beveger seg på flere forskjellige nivåer – filosofisk og konkret – og på flere forskjellige livsområder. Feministisk perspektiv fremmes innenfor de fleste fagdisipliner. Forskning fra et område trekkes gjerne inn i forskningen på annet område.¹⁰⁵ Det kan hevdes at det er feminismens styrke, men også utfordring da ulike fagområder kan ha ulike måter å kommunisere på/ulike metode og tilnærming.

Det ville sprengte oppgavens rammer å foreta en nærmere analyse av hva feminisme er. I det følgende skal jeg derfor bare peke på noen relevante perspektiver jeg tar med meg ved gjenskrivingen av Rt.2006.262.¹⁰⁶

3.2 Feministisk begrunnelseskrav

Et gjennomgående trekk ved feministisk tenkning, er at det legges til rette for grunnleggende kritisk tenkning rundt etablerte sannheter,¹⁰⁷ samt kritisk tenkning rundt våre egne ”sky-

¹⁰¹ Hunter 2010 s 21-27

¹⁰² Hunter 2012 s 53

¹⁰³ Ibid 53

¹⁰⁴ Kvinnerettens prismefunksjon. Se Ketscher 2002

¹⁰⁵ Sosiologiske undersøkelser brukes for eksempel i kvinnerettslig metode Se f eks Nordstrøm 2009

¹⁰⁶ Flere av disse perspektivene vil man gjenfinne i flere kritiske tradisjoner, se kap 2.2.2

lapper”, ståsteder og omstendigheter.¹⁰⁸ Det kan sies å være et feministisk krav til begrunnelse.

3.3 Dissenterende stemmer

Noen feministiske retninger mener ”feminismer” tar opp i seg alle de ”dissenterende stemmer” som av en eller annen grunn har blitt henvist til utenforskapet, enten det er et sosialt/politisk utenforskap eller et filosofisk/språklig utenforskap.¹⁰⁹

Erfaringer fra ”Feminist Judgment”-prosjektet er at kvinnelig livserfaring ikke kan anses å bare være én, men flere, avhengig av klasse, etnisitet, religion, nasjonalitet, seksualitet, alder, funksjonshemming og så videre.¹¹⁰ Slike posisjoner kan sies og tas opp i diskrimineringsretten der kryssdiskriminerings spørsmål adresseres, det vil si at diskriminering på flere grunnlag skjer samtidig.¹¹¹

¹⁰⁷ Se for eksempel drøftelse av feministisk filosofi og epistemologiske spørsmål, Howie 1998 s 109-117

¹⁰⁸ Roland Barthes beskrev Kristeva som at hun ”[...] forandrer på tingenes plass: hun ødelegger alltid den siste fordom, den man trodde man kunne støtte seg på og være stolt av”, se Barthes 2003 s 30

¹⁰⁹ Ingeborg W. Ovesen oppsummerer Julia Kristevas artikkel ”en ny type intellektuell; dissidenten” med at Kristeva ikke motsetter seg ”[...]Hegels plassering av kvinnen på det partikulæres side, men drøfter om ikke dette utgjør en radikal annethet, en feminin dissidens og et mulig utgangspunkt for forandring, se Kristeva 2003 s 21. Kristeva analyserer tre typer dissidenter i dag; opprøreren, psykoanalytikeren og forfatteren, Kristeva 2003 s. 24. Kristeva trekker fram at hennes egen tilværelse i eksil som bulgarier i Frankrike utgjør en dissenterende posisjon, se Kristeva 2003 s. 27

¹¹⁰ Hunter 2012 51-52.

¹¹¹ Hellum 2008 s 49-51

3.4 "Det relasjonelle selv"¹¹² og "The Capabilities Approach"¹¹³

Deontologiske retninger slik man finner dem hos blant andre John Rawls¹¹⁴ har blitt kritisert for den "innledende situasjon" som utgangspunkt for moralfilosofisk tenkning: "[...] partene i den innledende situasjonen tenkes som rasjonelle og desinteresserte."¹¹⁵ Held siterer Jennifer Nedelsky: "[...] all god teoretisering må starte med mennesker i deres sosiale kontekst. Og begrepet om sosial kontekst må ta sin konstitutive kvalitet på alvor; sosial kontekst kan ikke bare innebære den selvfølgelighet at individer vil støte på hverandre."¹¹⁶ Denne tenkningen kan sies å fokusere på det relasjonelle selvet som en motsetning til det autonome selvet.¹¹⁷ Sentralt er implementeringen av "ethic of care", heller enn et mer tradisjonelt "maskulint" hierarki av rettigheter.¹¹⁸

Martha Nussbaum har også kritisert Rawls for at det gjenstår uløste problemer med hans teorier om samfunnskontrakten.¹¹⁹ Martha Nussbaum mener det moderne liberale demokratiets viktigste oppgave¹²⁰ er å gi borgerne muligheten til å realisere "The Human Capabilities."¹²¹

Feministisk teori har blitt kritisert for ikke å ha respekt for sammenhenger og strukturer.¹²² For eksempel fordi man bare har hensyntatt det partikulære og individuelle på bekostning

¹¹² Held 2006 s 36

¹¹³ Nussbaum 2006 s 77

¹¹⁴ John Rawls skriver seg inn i den deontologiske tradisjonen og videreutvikler ideen om samfunnskontrakten slik man finner den hos Locke, Rousseau og Kant, se Rawls 2006 s 79

¹¹⁵ Rawls 2006 s 81

¹¹⁶ Held 2006 38

¹¹⁷ se Hunter 2012 s 51-52 med videre referanser

¹¹⁸ se Hunter 2012 s 51-52 med videre referanser

¹¹⁹ Nussbaum 2006 s 14-22

¹²⁰ McHugh 2007 s 86

¹²¹ Nussbaum 2006 s 70

¹²² Se for eksempel om kritikk mot Tove Stang Dahl, Hellum 2006

av det universelle og alminnelige. Det har blitt imøtegått med at dersom feministiske retninger neglisjerte strukturer ville man heller ikke oppdage kjønnede strukturer.¹²³ Martha Nussbaum har imidlertid universelle pretensjoner med hennes idé om ”The Capabilities Approach”¹²⁴

3.5 Kjønnede strukturer?

Mange retninger mener å se binære trekk ved tenkning,¹²⁵ der begrepsparene rangeres hierarkisk.¹²⁶ Dette kan hevdes preger rettslige konstruksjoner. Videre at den binære tenkningen er kjønnet, og at den delen av begrepsparet som assosieres med kvinnen tradisjonelt har hatt lavere status.¹²⁷

I enkepensjonssaken skrev Lagmannsretten at kvinner i ”stadig større utstrekning har skaffet seg utdanning, blitt yrkesaktive og dermed gjort seg uavhengig av mannen som forsørger”.¹²⁸ Begrepene ”skaffe”, ”aktiv”, ”uavhengig” har alle positive konnotasjoner. De motsatte begrepene ”motta” ”passiv” og ”avhengig” ville i denne sammenheng være negativt ladet. Det kan hevdes at de sistnevnte begrepene tradisjonelt har vært knyttet til det man har oppfattet som kvinnelige erfaringer.

¹²³ I denne retning Pettersen 2006 forelesning

¹²⁴ McHugh 2007 s 86

¹²⁵ Tenkningen kan sies og preges av motsetninger slik som fornuft-følelser, rasjonell-irrasjonell

¹²⁶ I denne retning postmodernisme. Jacques Derrida kan kanskje leses dit hen at den binære tenknigen er en grunnleggende epistemologisk feil, se The Cambridge Dictionary of Philosophy 2001 s 223

¹²⁷ For eksempel at det kvinnelige har vært knyttet til følelser og det irrasjonelle.

¹²⁸ Borgarting Lagmannsretts dom LB-2004-32496 avsnitt 10 under Lagmannsrettens bemerkninger.

3.6 "Anti-essensialisme"?

Hunter trekker imidlertid fram tendenser til dekonstrueringen av synet på subjektet som enten rasjonelle aktører eller sårbare offer, og forsøker å innta en posisjon der mennesket både anerkjennes som autonom og sårbar, aktør og offer på samme tid.¹²⁹ Andre erfaringer fra prosjektet var å tenke igjennom tradisjonelle interessekonflikter på nytt, og lansere nye måter å løse dem på. Enkelte har vært opptatt av å vise at disse konfliktene kanskje ikke i realiteten er motsetningsfylte konflikter.¹³⁰ Utfordringene ligger i å kommunisere med det juridiske fellesskapet og samtidig tenke nytt.

Hunter mener å kunne finne en tendens til "anti-essensialisme" i prosjektets skyggedommer, hvor det var en "reasoning from context and avoiding abstractions".¹³¹ Med det mener hun at man i stedet for å subsumere faktum innunder en bestemt regel, eller tolke regelen slik at den passer til det aktuelle faktum, skapes det nye kategorier ut ifra den konkrete konteksten.¹³²

3.7 Likestillingsargumenter

Feminister bruker begrepet "likestilling" forskjellig. Inndelingen i de hverdagslige formene "likhetsfeminister" på den ene siden og "forskjellsfeminister" på den andre siden blir raskt for enkelt.¹³³

Likestilling kan være et mål i seg selv; egenverdien av å anerkjennes som likeverdig. Likestilling kan også være for å oppnå noe annet; for eksempel lik tilgang til penger for å kunne realisere sine behov i et økonomisk liberalistisk samfunn.¹³⁴

¹²⁹ I denne retning Hunter, se Hunter 2012 s 51-52 med videre referanser

¹³⁰ I denne retning erfaringer fra "Feminist judgment"-prosjektet, se Hunter 2012 s 51-52

¹³¹ Hunter mfl 2010 s 41-42

¹³² Ibid

¹³³ Se for eksempel Owesen om Kristeva i Owesen 2003 s 11

Erfaringer fra ”Feminist Judgments”-prosjektet viste at noen skyggedommere var opptatt av reell likestilling,¹³⁵ andre av formell likestilling.¹³⁶ Ved siden av individuelle diskrimineringsvern, som tar sikte på å sikre rett til likestilling for det enkelte individet, kan det fra flere rettskilder også utledes et strukturelt diskrimineringsvern.¹³⁷ Helga Aune angir at et strukturelt rettslig diskrimineringsvern ”har til formål å endre de underliggende strukturene i samfunnet som gjør at forskjellsbehandling på grunn av kjønn finner sted.”¹³⁸ For å sikre likestilling i praksis må strukturene kartlegges og formålstjenlige tiltak iverksettes.¹³⁹

3.8 Oppsummering

Hva det distinkte feministiske perspektivet kan sies å være i en skyggedom er etter dette ikke en entydig størrelse. Gjennomgående kan sies å være å ta utgangspunkt i kontekstualitet, samt stille krav til begrunnelse. Jeg kommer tilbake til perspektivenes innvirkning på min gjenskrivning av enkepensjonsdommen i kapittel 5.

¹³⁴ Se f eks Ketscher 2008 s 100. Nussbaum, se Punkt 10 i hennes liste over sentrale ”Human Capabilities”, Nussbaum 2006 s 77.

¹³⁵ For eksempel Women’s Court of Canada, se Hunter 2012 s 51-52 med videre referanser.

¹³⁶ Kanskje særlig i land der dette ikke er oppnådd enda, se Hunter 2012 s 51-52 med videre referanser

¹³⁷ Aune 2013 s 133

¹³⁸ Ibid s 135

¹³⁹ Ibid s 135-136

4 Skyggedom av enkepensjonsdommen Rt.2006.262

NORGES HØYESTERETT

Den 25. april 2014 avsa Høyesterett dom i HR-2014-00404-A. (sak nr. 1 skyggedom).

Sivil sak, anke. Ekteskapsloven av 1991 § 86, jff. § 94 nr. 3, Grunnloven § 97, EMK tilleggsprotokoll P1-1

A (advokat Finn Grøstad), Hjelpointervenient LO (advokat Sigurd-Øyvind Kambestad) mot Staten v/Statens Pensjonskasse (Regjeringsadvokaten v/ass. regjeringsadvokat Bård Tøn-der)

STEMMEGIVNING:

- (1) **Førstvoterende:** Saken gjelder krav om ektefellepensjon til fraskilt ektefelle. Spørsmålet er om § 86, jf. § 94 nr. 3 i ekteskapsloven av 4. juli 1991 nr. 47, som skjerpet vilkårene for slik pensjon, i forhold til den ankende part kommer i strid med Grunnlovens § 97 eller Den europeiske menneskerettskonvensjonen Tilleggsprotokoll nr. 1 av 20. mars 1952 artikkel 1 (P1-1).
- (2) Ekteskapslovens § 86 første ledd lyder slik: ”En fraskilt ektefelle beholder retten til ektefellepensjon fra annen pensjonsordning enn folketrygden dersom ekteskapet varte i minst ti år, og den fraskilte var minst 45 år ved skilsmissen. Med pensjonsordning menes offentlig pensjonsordning og privat kollektiv pensjonsordning med obligatorisk tilslutning.”
- (3) Det følger av annet punktum at ordningen omfatter tjenestepensjon i Statens Pensjonskasse (SPK) og kommunale og private pensjonsordninger.
- (4) I § 87 gis regler om begrensninger i pensjonsretten når avdøde har vært gift på ny, og den nye ektefelle også er pensjonsberettiget. Etter § 88 faller pensjonsretten på visse vilkår bort når den fraskilte gifter seg på ny.

- (5) Ekteskapsloven av 1991 trådte i kraft 1. januar 1993, og overgangsbestemmelsen i § 94 nr. 3 har følgende regel om fraskiltes rett til ektefellepensjon: ”Reglene om rett til ektefellepensjon gjelder ikke der pensjonstilfellet inntreffer før loven trer i kraft.”¹⁴⁰
- (6) A er født *.*.1935. Den 28.11.1953, da hun var 18 år gammel, giftet hun seg med B, født *.*.1925. De fikk sammen tre barn. I tråd med det vanlige kjønnsrollemønsteret på denne tiden avtalte A og B at A skulle stå for all omsorgsforsørgelse, herunder matlaging, rengjøring, oppdragelse av deres felles barn, samt all annen omsorg for seg selv, mannen og barna.¹⁴¹ B skulle stå for pengeforsørgelse.
- (7) B ble ansatt ved Oslo likningskontor i 1945 og arbeidet der helt til han gikk av med pensjon i 1990. B var medlem av Oslo kommunale Pensjonskasse til denne gikk inn i SPK i 1968. Han ble da godskrevet medlemskap i SPK fra 1940.¹⁴²
- (8) Etter 25 år og seks måneder den 2. april 1979, ble A og B skilt.
- (9) Etter skilsmissen utdannet A seg til lærer og tok også sosialpedagogisk utdanning ved Oslo Lærerhøgskole. I 1984, da A var 49 år gammel, ble hun utsatt for en trafikkulykke, som etter hvert gjorde henne ufør. Hun har i dag alderspensjon.
- (10) B døde 14. juni 1996. A krevde da ektefellepensjon etter reglene om slik pensjon for fraskilt ektefelle, nærmere bestemt 39,6 prosent av det pensjonsgrunnlaget som avdøde hadde, se lov om Statens Pensjonskasse 28. juli 1949 nr. 26 § 34 annet og tredje ledd. Dersom kravet var blitt innfridd, ville hun i dag ha fått ca. 105.500 kroner mer utbetalt i pensjon.¹⁴³
- (11) Regler om fraskiltes ektefellepensjon kom inn i ekteskapsloven av 1918 ved en lovendring i 1937, den gang begrenset til enkepensjon. Før 1937 var det ikke generelle regler på området, og etter særlige regler innenfor de enkelte pensjonsordninger «sto den fraskilte meget svakt», se Ot.prp.nr.31 (1972-1973) side 7. For en-

¹⁴⁰ avsnitt 1-5 er tilsvarende Rt.2006.262 avsnitt 1-5

¹⁴¹ Det vises til Sverdrups redegjørelser for ulike typer av hjemmearbeid. Sverdrup 1997.

¹⁴² Avsnitt 7 er tilsvarende Rt.2006.262 avsnitt 12

¹⁴³ Avsnitt 10 er tilsvarende Rt.2006.262 avsnitt 13

kepensjon etter statsansatte bestemte lov av 28. juli 1921 om Statens Pensjonskasse i § 18 nr. 3 at ved skilsmisse skulle «det i dommen eller bevillingen bestemmes, om hustruens rett til enkepensjon skal vedvare eller ikke».

- (12) Ved lovendringen i 1937, som tok sikte på å bedre den fraskiltes svake stilling, ble det som utgangspunkt fastsatt at retten til enkepensjon ikke skulle berøres av separasjon eller skilsmisse. Dette utgangspunktet ble modifisert dersom den avdøde hadde inngått nytt ekteskap, eller dersom den fraskilte hustruen giftet seg på ny.
- (13) Ved en endring av ekteskapsloven i 1973 ble det i § 58 innført generelle begrensninger i fraskiltes rett til ektefellepensjon. Det ble et krav om at ekteskapet hadde vart i minst 5 år, og at den fraskilte ved skilsmissen var minst 35 år. Var det barn i ekteskapet, beholdt den fraskilte pensjonsretten selv om nevnte vilkår ikke var oppfylt; en særregel for barn i ekteskapet som ikke ble tatt med i den nye lov av 1991.¹⁴⁴
- (14) Kjernen i tvisten er om den nåværende ekteskapslovs § 86, jf. § 94 nr. 3 skal anvendes på hennes tilfelle, med den virkning at hun ikke får ektefellepensjon. Spørsmålet blir om det er et proporsjonalt inngrep i hennes eiendom.
- (15) SPK avslo As krav om ektefellepensjon den 11. februar 1997. Avslaget ble begrunnet med at begge vilkår i ekteskapslovens § 86 «må være innfridd». As ekteskap hadde vart mye lenger enn 10 år, men hun mangler 1 år og 3 dager på å oppfylle kravet om 45 års alder ved skilsmisse.
- (16) Avslaget ble anket til Trygderetten, som ved kjennelse 17. september 1999 stadfestet SPKs avslag. Kjennelsen ble under henvisning til lov 16. desember 1966 nr. 9 om anke til Trygderetten § 21 tredje ledd ikke grunnlagt, fordi en enstemmig rett fant det klart at anken ikke kunne føre frem, og at avgjørelsen ikke kunne antas å få betydning utenfor den foreliggende sak. I kjennelsen ble det likevel vist til den begrunnelse som Trygderetten ga i kjennelse 11. september 1997 «i tilsvarende

¹⁴⁴ Avsnitt 11-13 er tilsvarende Rt.2006.262 avsnitt 7-9.

sak». I denne kjennelsen var Trygderetten kommet til at endringen i ekteskapsloven av 1991 ikke var i strid med Grunnlovens § 97.

- (17) A klaget deretter avslaget inn for Sivilombudsmannen, som innhentet uttalelser fra SPK og Arbeids- og administrasjonsdepartementet, som igjen forela spørsmålet for Justisdepartementets lovavdeling. Sivilombudsmannen konkluderte i brev til klageren 23. desember 2002 med at han etter en samlet vurdering var «kommet til at det ikke er rettslig grunnlag for å kritisere Trygderettens avgjørelse», og at han således vanskelig kunne anbefale at det ble anlagt sak mot staten.
- (18) Ved stevning til Borgarting lagmannsrett 22. september 2003 reiste A søksmål mot Statens Pensjonskasse med krav om at Trygderettens kjennelse ble erklært ugyldig.
- (19) Borgarting lagmannsrett avsa 21. februar 2005 (LB-2004-32496) dom med slik domsslutning: «Staten v/Statens pensjonskasse frifinnes.»
- (20) Lagmannsretten kom til at det ikke var i strid med Grunnlovens § 97 at A etter ekteskapslovens § 86, sammenholdt med overgangsbestemmelsen i § 94 nr. 3, mistet sin rett til pensjon etter sin fraskilte ektefelle.
- (21) A har anket lagmannsrettens dom til Høyesterett. Anken gjelder rettsanvendelsen. LO Stat har erklært hjelpeintervensjon til fordel for A. Etter at Høyesteretts kjæremålsutvalg hadde henvist anken (HR-2005-928-U), ble partene i brev fra utvalget bedt om å vurdere og kommentere forholdet til EMK og P1-1. I faktisk hen-seende står saken i det vesentlige i samme stilling som for lagmannsretten.¹⁴⁵
- (22) Den ankende part, A, har i korte trekk gjort gjeldende:
- (23) Sakens tema for Høyesterett er for det første om ekteskapslovens § 86, jf. § 94 nr. 3, anvendt på As sak, er i strid med Grunnlovens § 97. Ved den vurderingen må det tas for øye at As årlige tap ved bortfall av ektefellepensjon er ca. 105.500 kroner. Dette tilsvarer 47 prosent av det hun kunne vente å få i pensjon i form av folketrygd, ektefellepensjon og egen opptjent alderspensjon ved mannens død. Uten

¹⁴⁵ Avsnitt 15-21 er tilsvarende rt.2006.262 avsnitt 14-20

ektefellepensjonen får hun utbetalt ca. 120.000 kroner pr. år, som er ca. 10 000 kroner mer enn en minstepensjon.

- (24) Prinsipalt anføres at anvendelsen av § 86, jf. § 94 nr. 3 er i strid med Grunnlovens § 97 allerede ved det forhold at A har en særrett til pensjon, oppnådd ved mannens arbeidskontrakt og tilhørende medlemskap i SPK, jf. plenumsdommen i Rt-1962-332. Staten kan ikke skifte hatt fra arbeidsgiver til lovgiver og derved frata A hennes kontraktsbaserte rettigheter. Slik sett skiller denne saken seg klart fra plenumssakene i Rt-1996-1415 (Borthen) og Rt-1996-1440 (Thunheim), som gjaldt inngrep i ytelser etter folketrygden. Folketrygden gjelder alle og finansieres over statsbudsjettet, mens pensjon i SPK for en stor del er dekket ved premier som blant annet skal dekke en eventuell ektefellepensjon.
- (25) Grunnlovsmessigheten av inngrepet i As ektefellepensjon må derfor bedømmes etter den såkalte rettighetsteorien, som gir lite rom for skjønn når tilbakevirkning er konstatert. Dette underbygges også av at det dreier seg om en «egentlig» tilbakevirkning, ved at det i en viss forstand legges nye byrder på tidligere handlinger. I motsetning til Borthen og Thunheim kunne A ha handlet annerledes for å unngå den situasjon hun nå er havnet i; for eksempel kunne hun ha krevd kompensasjon for tapet ved skilsmissen eller ventet med denne til hun var fylt 45 år.
- (26) Dersom grunnlovsmessigheten skal bedømmes etter standardteorien, og det avgjørende således vil være - som i Borthen-saken - om loven virker «klart urimelig eller urettferdig», så står vi også overfor en grunnlovsstridig tilbakevirkning. Et tungtveiende moment ved denne helhetsvurderingen vil være den karakter av særrett, basert på arbeidskontrakt, som kjennetegner As krav på ektefellepensjon. Men det kommer mange momenter i tillegg.
- (27) Bakgrunnen for innstramningen av ektefellepensjonen i 1991 var endrete samfunnsforhold, med langt flere yrkesaktive kvinner enn tidligere. Men lovgiveren hadde ikke noe grunnlag for å vite hvordan loven slo ut i enkelttilfeller. Og den rammet A og den gruppe etterlatte som hun tilhører, med full kraft. Hun var yrkesaktiv både før og etter skilsmissen i 1979. I årene etterpå tok hun også utdanning, men trafikkulykken i 1984 satte henne utenfor og ledet til uførepensjonen. Hun

gjorde således hva hun kunne for å skaffe seg en god yrkesmessig plattform etter skilsmissen, men det ble umulig for henne. Forventningen om ektefellepensjon ble svært sentral i hennes situasjon.

- (28) Denne forventningen var ikke svekket som følge av store, ukjente usikkerhetsmomenter. Med den aldersforskjell det var mellom ektefellene, var det statistisk sett 84 prosent sannsynlighet for at A overlevde sin tidligere ektefelle.
- (29) Det må også legges vesentlig vekt på at A ved å være hjemmeværende med tre små barn i betydelig grad har bidratt til den opptjening som gir grunnlag for pensjonsrettighetene, og at ekteskapet varte så lenge som 25 år.
- (30) På denne bakgrunn er det heller ikke tale om en «avledet rett». Dette forsterkes når man vet at etterlatte mot økonomisk kompensasjon kan fraskrive seg retten, jf. Ot.prp.nr.31 (1972-1973) side 64 annen spalte.
- (31) A rammes hardt, som også lagmannsretten har lagt til grunn. Hun taper årlig et meget høyt beløp, og hun utsettes for en vilkårlig forskjellsbehandling når hun faller utenfor pensjonsretten fordi hun manglet 1 år og 3 dager på å være 45 år ved skilsmissen. På den annen side sparer staten bare ca. 7,5 millioner kroner årlig på den gruppen av ca. 200 etterlatte som ville ha vært pensjonsberettiget i årene 1993-2005.
- (32) De lovforarbeider som ligger til grunn for de aktuelle bestemmelser om ektefellepensjon, bærer preg av mangel på tallmateriale og dokumentasjon og desto mer «synsing». Hadde lovgiver vært klar over konsekvensene for etterlatte i As situasjon, ville reglene sannsynligvis ikke blitt vedtatt med det innhold de fikk. Skilsmissen burde ha vært skjæringspunktet etter overgangsbestemmelsen, ikke ektefellens død.
- (33) Forbeholdsklausulen i § 43 i loven om Statens Pensjonskasse tillegges for stor vekt av staten. Den har - som også Justisdepartementets lovavdeling har uttrykt det - liten selvstendig betydning ved bedømmelse av grunnlovmessigheten. Det er i den forbindelse viktig å være oppmerksom på at i As tilfelle er det ikke tale om å justere en pensjonsrett, men om å frata henne hele pensjonen.

- (34) Konklusjonen blir at ekteskapslovens § 86, jf. § 94 nr. 3 i forhold til A må anses stridende mot Grunnlovens § 97. Vedtaket om å avslå kravet om ektefellepensjon er følgelig ugyldig.
- (35) Dette resultatet følger også av at bestemmelsene strider mot P1-1, eventuelt sammenholdt med EMK artikkel 14, og derved mot den rett A har til å beholde pensjonsretten - sin «possession» - uten vesentlige inngrep fra statlige myndigheter. Det vises til hjelpeintervenientens anførsler.
- (36) Ankende part la ned slik påstand: «Trygderettens kjennelse er ugyldig.»
- (37) Hjelpeintervenienten, LO Stat, har i korte trekk gjort gjeldende:
- (38) Det er enighet mellom partene om at As rett til ektefellepensjon er en «eiendomsrett» - «possessions» - etter P1-1. Dette følger av flere avgjørelser i EMD, for eksempel av saken Azinas mot Kypros (Application no. 56679/00) (EMD-2000-56679) med dom 20. juni 2002. Fratakelsen av retten skal vurderes mot prinsippet om at enhver «har rett til å få nyte sin eiendom i fred», som er nedfelt i P1-1 første setning.
- (39) Fratakelsen er i strid med dette prinsippet. For at et inngrep skal aksepteres, må det oppfylle kravet om «fair balance» - det må være proporsjonalitet mellom hensynet til individets rettsbeskyttelse og de samfunnsinteresser inngrepet skal ivareta. I denne helhetsvurderingen får mange av de samme momenter betydning som er relevante ved bedømmelsen av tilbakevirkningens grunnlovsmessighet.
- (40) For det første rammer ekteskapslovens innstramning en liten gruppe særlig hardt - anslagsvis ca. 200 av om lag 40 000 kvinner som får ektefellepensjon i sin alminnelighet. Dette momentet ble tillagt vekt også i saken Kjartan Àsmundsson mot Island (Application no. 60669/00) (EMD-2000-60669), se dom 12. oktober 2004 avsnitt 43.
- (41) Uansett vil det være et tungtveiende moment at inngrepet rammer hardt. A mistet fullstendig sin pensjonsrett i SPK, mens klageren i Àsmundsson-saken hadde hevet ytelsen i ca. 20 år, da den ble kraftig redusert. I Azinas-saken, som gjaldt fratagelse av pensjon, var pensjonen - som i vår sak - ennå ikke kommet til utbetaling.

I begge disse sakene ble det konstatert brudd på P1-1. I sistnevnte sak ble det også lagt vekt på at inngrepet virket tilbake, se avsnitt 44.

- (42) Besparelsen for staten er beskjedent i denne saken. I Åsmundsson-saken var det ikke nok til å hindre konvensjonsbrudd at det fondet som betalte ytelsen, var i store finansielle vanskeligheter, se avsnitt 42.
- (43) At det er en usikker pensjonsrett, vil etter omstendighetene bli tillagt vekt. Men As rett var ikke usikker. Når visse vilkår var oppfylt, ville hun ha fått pensjonen.
- (44) A hadde heller ingen mulighet for å innrette seg slik at hun unngikk tapet. Dette moment er tillagt vekt i saken Bäck mot Finland (Application no. 37598/97) (EMD-1997-37598), der dom ble avsagt 20. juli 2004, se avsnitt 62.
- (45) As pensjonsrett hadde også en verdi før utbetaling. At dette momentet har betydning, fremgår forutsetningsvis av Bäck-saken i avsnitt 69.
- (46) Lovendringen var heller ikke nødvendig. Samlet sett virket den urimelig og urettferdig, og proporsjonalitetskravet er ikke oppfylt. Det foreligger således et brudd på P1-1.
- (47) Det foreligger under enhver omstendighet et brudd når også EMK artikkel 14 trekkes inn.
- (48) Fratakelsen av As pensjonsrett var diskriminerende dels ved at den skiller mellom gifte og skilte personer, dels mellom to grupper av skilte - de som er fylt 45 år og gift i minst 10 år ved skilsmissen, og de som ikke oppfyller i det minste ett av vilkårene - og endelig ved kravet i overgangsbestemmelsen om at pensjonstilfellet må være inntrådt før 1. januar 1993. Det blir således rene tilfeldigheter som blir bestemmende for om det foreligger rett til ektefellepensjon eller ikke.
- (49) Hjelpeintervenienten la ned slik påstand: «1. Trygderettens kjennelse er ugyldig. 2. Staten v/Statens Pensjonskasse dømmes til å betale saksomkostninger med tillegg av den rente som er fastsatt i medhold av forsinkelsesrentelovens § 3, første ledd, første punktum, for tiden 8,75% årlig rente, fra utløpet av oppfyllelsesfristen til betaling skjer.»

- (50) Ankemetparten, Staten v/Statens Pensjonskasse, har i hovedtrekk gjort gjeldende:
- (51) Staten slutter seg i det alt vesentlige til lagmannsrettens begrunnelse.
- (52) Den ektefellepensjon som saken gjelder, har grunnlag i en arbeidsavtale og er en tjenstepensjon, selv om den av tekniske grunner er regulert i ekteskapsloven. I utgangspunktet er det her tale om en beskyttet pensjon, men det er av betydning i denne saken at det ikke er grepet inn i løpende ytelser. Ved ekteskapsloven av 1991 var det vilkårene for fremtidige pensjonstilfeller som ble regulert. Det dreier seg om en såkalt uegentlig tilbakevirkning. Det utelukker imidlertid ikke at tilbakevirkningen kan være grunnlovsstridig. Men det får betydning for hvilken norm som skal legges til grunn. På dette rettsområdet er det, som ellers ved inngrep i kontraktsforhold, standardteorien som gjelder, jf. også synspunktene i tomtefestedommen i Rt-1990-284. Selv om det skal legges vekt på rettighetens karakter ved skjønnet, må det avgjørende derfor bli om tilbakevirkningen er «klart urimelig eller urettferdig».
- (53) En rekke forhold taler for at staten bør ha en viss handlefrihet til å regulere tjenstepensjoner.
- (54) En betydelig del av finansieringen av tjenstepensjonen skjer ved midler overført fra statskassen, SPK betaler ikke alt.
- (55) Pensjonsretten har et langt tidsperspektiv, og behovet for regulering kan øke i takt med endrede forutsetninger. Her kommer også inn behovet for et oversiktlig regelverk, der likhetshensynet spiller en rolle. Dette er hensyn som har motivert § 43 i lov om Statens Pensjonskasse. Den gir et varsel og begrunner en viss handlefrihet for staten. Den må også inn i helhetsvurderingen etter Grunnlovens § 97.
- (56) Statens handlefrihet bør være stor når det gjelder ektefellepensjon, hvor det kommer inn mange usikkerhetsmomenter om og i tilfelle når pensjonen blir virksom.
- (57) Da man fikk den generelle enkepensjonsretten for fraskilte i 1937, var begrunnelsen av sosial karakter. Man ville unngå at enkene, som regelmessig var hjemmевærende og fullt ut forsørget av mannen, skulle settes på bar bakke når mannen døde. Det var samfunnsutviklingen, med et stadig økende antall yrkesakti-

ve kvinner, som førte til begrensningen i etterlattepensjonen i 1973 og 1991. Samfunnet var radikalt forandret, og skilte kvinner hadde langt større muligheter for å forsørge seg selv.

- (58) Formålet med disse innstramningene har ikke i første rekke vært å spare penger, men de er en konsekvens av det alminnelige prinsipp at fellesskapets midler skal brukes rasjonelt. Overgangsregelen i 1991-loven er dessuten begrunnet i behovet for å unngå to parallelle regelverk, som ville ha blitt administrativt vanskelig og tungvint.
- (59) Ingen kunne ha en berettiget forventning om at innstramningen i 1973 ikke ville bli fulgt opp med ytterligere innstramninger senere. Det er ingen grunn til å anta at lovgiveren ikke var klar over rekkevidden og konsekvensene av § 86, jf. § 94 nr. 3 i ekteskapsloven av 1991.
- (60) For A ville ikke denne innstramningen ha betydd så mye om hun hadde fått arbeide fullt og samle egne pensjonspoeng fra skilsmissen til pensjonsalder. Det er trafikkulykken som satte en stopper for det. Skadene ved trafikkulykken er dekket blant annet ved at hun fikk en betydelig erstatningsutbetaling.
- (61) Lovgiveren har ved vedtakelsen av de aktuelle lovbestemmelser i ekteskapsloven, nøye overveid de momenter som er av betydning for spørsmålet om grunnlovmessigheten av innstramningen i fraskiltes pensjonsrettigheter. Det er ikke grunnlag for at domstolene skal komme til at ekteskapslovens § 86, jf. § 94 nr. 3 her må settes til side som følge av en klart urimelig eller urettferdig tilbakevirkning.
- (62) Det foreligger heller ingen motstrid mellom de norske regler i ekteskapslovens § 86, jf. § 94 nr. 3 og P1-1.
- (63) Det er etter utviklingen i praksis i EMD klart at trygde- og pensjonsrettigheter, uavhengig av finansieringsgrunnlag, vil omfattes av begrepet «possessions» i P1-1. Prøvingen av om et inngrep - en «interference» - er i strid med bestemmelsen, skal skje mot prinsippet i første setning om rett for enhver til «the peaceful enjoyment of his possessions».
- (64) Det er ingen spor i EMDs praksis av at en tjenestepensjon kommer i en annen stilling enn trygdeytelser ved proporsjonalitetsvurderingen. Spørsmålet blir om

det ligger innenfor den vide skjønnsmargin som staten har på dette området, å gi lovbestemmelser som de foreliggende.

- (65) Nyere avgjørelser fra EMD viser at endring av samfunnsforhold i den retning som er aktuell i vår sak, har betydning ved proporsjonalitetsvurderingen, slik at inngrepet i trygde- og pensjonsrettigheter er blitt akseptert, se avvsningsavgjørelser i saken Goudswaard-van der Lans mot Nederland (Application no. 75255/01) (EMD-2001-75255) av 22. september 2005 og i saken Hoogendijk mot Nederland (Application no. 58641/00) (EMD-2000-58641) av 6. januar 2005.
- (66) I proporsjonalitetsvurderingen kommer det også inn at en ektefellepensjon har i seg mange usikkerhetsmomenter for den berettigete.
- (67) Azinas-saken og Åsmundsson-saken, som begge er påberopt av den ankende part, har en rekke ulikheter fra foreliggende sak og er derfor lite relevante.
- (68) Konklusjonen er at det ligger godt innenfor statens vide skjønnsmargin - i lys av endrede samfunnsforhold - å stramme inn vilkårene for fraskiltes rett til ektefellepensjon på den måte som er valgt i § 86, jf. § 94 nr. 3.
- (69) Det foreligger heller ikke noe brudd på EMK artikkel 14.
- (70) Ankemotparten la ned slik påstand: «Lagmannsrettens dom stadfestes.»¹⁴⁶
- (71) Jeg ser saken slik:
- (72) A har anført at anvendelsen av ekteskapslovens § 86, jf. § 94 nr. 3 på hennes søknad om ektefellepensjon er i strid med grunnloven § 97. De samme problemstillinger reises for spørsmålet om det foreligger brudd på EMK P1-1. For så vidt gjelder de relevante hensyn for vurderingen i denne saken, kan jeg ikke se at den stiller seg vesensforskjellig for de to bestemmelsene.¹⁴⁷ Jeg er kommet til at avslaget på As søknad om ektefellepensjon er i strid med EMK P1-1. Jeg vil derfor bare vurdere spørsmålet etter denne.
- (73) EMK P1-1 lyder: “Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in

¹⁴⁶ Avsnitt 22-70 er tilsvarende Rt.2006.262 avsnitt 21-69

¹⁴⁷ Jeg har avgrenset oppgaven mot en nærmere begrunnelse for dette standpunktet. Det vises til kap 2.

the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law.”

The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties.”

- (74) Bestemmelsen består av tre regler. I første ledd første setning slår den fast det grunnleggende prinsippet om at enhver fysisk eller juridisk person har rett til å få nyte sin eiendom i fred. Annen setning stiller opp vilkår for fratakelse av eiendom. Det skal bare kunne skje i det offentliges interesse og på betingelser hjemlet i lov og i samsvar med folkerettens alminnelige prinsipper. Den tredje regelen fremkommer i annet ledd, som åpner en adgang for staten til blant annet å håndheve de lover den anser nødvendige for å kontrollere at eiendom blir brukt i samsvar med allmennhetens interesse.¹⁴⁸ De tre reglene kalles prinsippregelen, ekspropriasjonsregelen og kontrollregelen.¹⁴⁹
- (75) Det fremgår av blant annet av EMDs dom i Lindheim mfl mot Norge¹⁵⁰ (App.no 13221/08 og 2139/10) av 12. juni 2012 avsnitt 60 at: ”The second and third rules, which are concerned with particular instances of interference with the right to peaceful enjoyment of property, must be construed in the light of the general principle laid down in the first rule.”
- (76) Partene er enige om at As eventuelle krav på ektefellepensjon er ”possession” etter EMK TP 1 art 1. Dette er ikke et tvilsomt spørsmål. Dette kommer blant annet til uttrykk i storkammeravgjørelse av i Stec mfl mot Storbritannia (App.no 65731/01 og 65900/01) 6. juli 2005.¹⁵¹

¹⁴⁸ Tilsvarende Rt.2006.262 avsnitt 109.

¹⁴⁹ Solheim 2010 s 65

¹⁵⁰ Kjent som Tometefestesaken i Norge Rt.2007.1281

¹⁵¹ jf også Rt.2006.262 (111)

- (77) Videre er det klart at det har skjedd en ”interference” i den aktuelle eiendomsretten, ved at lovendringen av 1991 anvendes på As tilfelle etter el 1991 § 94 nr. 3.¹⁵² Et spørsmål er om inngrepet skal vurderes etter regelen om fratakelse av eiendom eller kontrollreglene. Det beror på om inngrepet innebærer fratakelse av eiendom. Det synes som om nyere praksis fra EMD, samt internasjonal litteratur på området, trekker i retning av at hvorvidt inngrepet klassifiseres under kontroll- eller ekspropriasjonsregelen er av mindre betydning, fordi de samme kravene til legalitet, legitimt formål og proporsjonalitet vil gjelde uansett. EMD vil se på inngrepets tyngde ut i fra flere momenter, og om inngrepet kvalifiseres som ekspropriasjon eller regulering er neppe av betydning.¹⁵³
- (78) Inngrepet er hjemlet i § 86, jf. § 94 nr. 3 i ekteskapsloven av 4. juli 1991 nr. 47. Dette oppfyller kravet til at inngrepet må være foreskrevet i ”law”.¹⁵⁴
- (79) Staten hevder at lovreguleringen er av samfunnsmessige hensyn med et sosialpolitisk tilsnitt, og for å oppnå rasjonell organisering av pensjonssystemet.¹⁵⁵ Dette er et legitimt formål “in accordance with the general interest.” EMD overprøver ikke dette med mindre det er ”manifestly without reasonable foundation” jf for eksempel storkammeravgjørelsen Hutten-Czapska mot Polen (App.no 35014/97) av 19. juni 2006 avsnitt 165-166.¹⁵⁶ Formålet må anses legitimt i dette tilfellet.
- (80) Det neste spørsmålet er om inngrepet er rimelig proporsjonalt med formålet som skal oppnås. Med andre ord om det foreligger en ”fair balance” mellom ”the

¹⁵² Solheim 2010 s 60.

¹⁵³ I denne retning Solheim 2010 s 73-74 med videre henvisninger, og som blant annet viser til *Stretch mot Storbritannia*.

¹⁵⁴ Se Solheim 2010 s 76 med videre henvisninger.

¹⁵⁵ Formålet og avveiningene som skal etterprøves kan forankres i lov og forarbeider. Et spørsmål er om man i tillegg kan legge til grunn etterfølgende betraktninger/supplerende vurderinger fremlagt i retten. Dette spørsmålet kan neppe besvares generelt, men vil uansett ikke påvirke resultatet her siden staten ikke har fremholdt andre vurderinger enn det som fremgår av forarbeidene.

¹⁵⁶ Prøvingen av hvorvidt formålet er legitimt, blir like inngående som EMDs prøving av spørsmålet. Se kap 2.2.3

demands of the general interest of the community” og ”the requirements of the protection of the individuals fundamental rights.” Det følger av praksis i EMD at dersom individet ”had to bear an individual and excessive burden”, kan ikke en ”fair balance” anses å ha blitt ivaretatt jf. for eksempel EMDs dom i Lakicevic mfl mot Montenegro og Serbia (App.no 27458/06, 37205/06, 37207/06 og 33604/07) 13. des. 2011 avsnitt 62 med videre henvisninger.

Styrken av forventningen om å beholde ektefellepensjonen helt eller delvis

- (81) I proporsjonalitetsvurderingen er graden av forventning og innrettelse relevant. A anfører at hun hadde forventninger om ektefellepensjon, og forventningene ble svært sentrale i hennes situasjon.¹⁵⁷ Hun anfører at hun kunne ha handlet annerledes, hvis hun på skilsmissetidspunktet hadde kjent til de etterfølgende reglene av 1991, for eksempel krevd kompensasjon for tapet i oppgjøret eller ventet med skilsmissen til hun var 45 år.¹⁵⁸
- (82) Det må vurderes om de subjektive forventningene A har hatt til ektefellepensjonen, og innrettelsene etter disse forventningene, samsvarer med det hun med rimelighet kan forvente ut fra rettsstilstanden.¹⁵⁹ Det må foretas en helhetsvurdering, men et sterkt argument vil være at man kan forvente at avtaler blir overholdt.¹⁶⁰
- (83) Et viktig prinsipp er å se hen til de realiteter i situasjonen som er påklaget, for å sikre effektive og praktiske rettigheter etter konvensjonen, jf blant annet Hutten-Czappska-saken avsnitt 168.

¹⁵⁷ Rt.2006.262 (26)

¹⁵⁸ Rt.2006.262 (24)

¹⁵⁹ Høgberg 2009 s 273, Ketscher 2008 s 226.

¹⁶⁰ Høgberg diskuterer imidlertid graden av hvor tungtveiende dette argumentet er for tilbakevirkningsvurderingen, se Høgberg 2009 s 336.

- (84) I denne saken er det særlig tre relevante forhold som må undersøkes nærmere; ekteskapskontrakten mellom A og B¹⁶¹ samt den faktiske og rettslige organiseringen av samfunnet i perioden partene var gift frem til til skilsmissen.¹⁶²
- (85) As rett til ektefellepensjon bygger på avtale mellom A og B i og med ekteskapskontrakten inngått den 28. november 1953 og skifteavtalen ved opphør av ekteskapet. Det må anses avtalt at i tilfelle hans død eller i tilfelle skilsmisse skulle hennes pensjon være sikret gjennom den lovfestede ektefellepensjonen etter reglene av 1973. Reglene var preseptoriske, se Ot.prp.nr 31 (1972-1973) side 18. Departementet ønsket fortsatt å ha ektefellepensjonen i ekteskapsloven fordi den må ses ”i sammenheng med de privatrettslige regler om det økonomiske oppgjøret mellom ektefellene ved separasjon og skilsmisse”, se Ot.prp.nr 31 (1972-1973) side 18.
- (86) A innrettet seg etter den faktiske¹⁶³ organiseringen av samfunnet og det rådende kjønnsrollemønsteret da A og B var gift.¹⁶⁴ Hun sto for omsorgsforsørgelsen og han for pengeforsørgelsen.¹⁶⁵ Innunder pengeforsørgelsesansvaret tilkom det formelle ansvaret for inntjening av pensjonspoeng. I realiteten ble pensjonspoengene opptjent av A og B i fellesskap. Hun frigjorde hans arbeidstid ved alene ha omsorgsforsørgelsen for B, deres felles barn og seg selv i de 25 årene de var gift.

¹⁶¹ Ekteskapet er en privatrettslig disposisjon, se for eksempel Ketscher 2008 s 90 flg. I motsetning til alminnelige obligasjonsrettslige kontrakter følger rettsvirkningene her av preseptorisk lovgivning i ekteskapsloven. På samme måte som for eksempel tomtfestekontrakter i tomtfesteloven. Staten som arbeidsgiver er forpliktet til å utbetale ektefellepensjonen når vilkårene er oppfylt, det følger av regelen i el. 1991 § 84 og arbeidskontrakten med B. Jeg velger derfor kontraktsterminologien. Kontraktsperspektivet kan også utledes av Husmordommen.

¹⁶² I denne retning BM Høgberg 2006 s 162 og Kjønsstad 2008a s 70-71

¹⁶³ Det kan bemerkes her at innrettelse etter hvordan situasjonen faktisk var kan være i strid med rettstilstanden. Det reiser spørsmål om man kan bygge berettigede forventninger i slike tilfeller. En lignende problemstilling for rettsvillfarelse i strafferetten, og f eks anklager om trygdemisbruk. Det har også en side mot skillet mellom jus og fakta, som diskuteres av Løvlie 2014.

¹⁶⁴ Tove Stang Dahl mener at ”[...] husmorforventningen som stilles til kvinner fra barnsben av, får rettskraft straks ekteskapet er inngått”, Se NOU 1987:30 s 21.

¹⁶⁵ Kirsten Ketscher 2008 kap 4.

- (87) Hun må anses å ha en berettiget forventning om at arbeid i hjemmet og arbeid ute var likestilte forsørgelsesformer. Dette rettsynet kom til uttrykk i den tidligere ekteskapsloven av 1927 § 1: ”Mann og hustru plikter gjennom tilskudd av penger, gjennom virksomhet i hjemmet eller på annen måte å bidra, hver etter sin evne, til å skaffe familien det underhold, som efter ektefellenes kår og stilling må anses passende. Til underholdet regnes det som kreves til det felles hushold og oppfostringen av barnene samt til å tilfredsstille hver ektefelles særlige tarv.”¹⁶⁶ Videre la Høyesterett stor vekt på hjemmearbeid i spørsmålet om medeiendomsrett i Husmordommen Rt.1975.220.¹⁶⁷
- (88) Staten anfører at ingen kunne ha en berettiget forventning om at innstramningen i 1973 ikke ville bli fulgt opp med ytterligere innstramninger senere. Etter min mening må As innrettelse og forventninger som nevnt vurderes ut i fra en bredere og konkret vurdering. Her er avtalen, den faktiske organiseringen av samfunnet og rettstilstanden for øvrig senralt.
- (89) Videre mener jeg at hensyn bak ektefellepensjonen som kommer til uttrykk i forarbeidene fra 1937 og 1973, imidlertid støtter opp om As forventninger. Dette får også betydning for spørsmålet om det er samsvar mellom hensyn bak pensjonsordningen og begrunnelsen for inngrepet. Det kommer jeg tilbake til.¹⁶⁸
- (90) For å vurdere hva som var hensynet bak reglene av 1973 må det ses hen til lovens forhistorie og utvikling. Ser man lovforslaget i Ot.prp.nr.13 for 1937 s 5-8 om enkepensjon i sammenheng med forslaget om bidragsplikt etter skilsmisse,er

¹⁶⁶ Se forarbeidene til el. 1991 NOU 1987:30 s 24 og 34 hvor man anser hjemmearbeid som underhold. Se Sverdrup/Lødrups drøftelse med ytterligere henvisninger av at denne ikke vil være reell uten rettsvirkninger Lødrup 2004 s 87-88.

¹⁶⁷ I denne retning Kjønstad 2008a s 70-71. Mot slik jeg bruker argumentet her kan det innvendes at rettstilstanden ikke i tilstrekkelig grad hadde festet seg slik at man kunne bygge forventninger. Sverdrup mener Thue og Lødrup anså dommen som et brudd med tidligere rettstilstand, mens Kjønstad mente den var på trygg rettskildemessig grunn, se Sverdrup 1997 s 75-76 og Kjønstad 1984. Dette spørsmålet har en side mot hva juridisk metode er, se kap 2.2.

¹⁶⁸ Se skyggedommens avsnitt 136 flg. Se også sammenheng med avsnitt 99-103

hensynet å sikre likestilling mellom ektefellene. Departementet vektlegger synspunktene til Norske Kvinners Nasjonalråds komité og Arbeiderpartiets kvinnesekretariat om at ekteskapet har satt kvinnen ut av arbeidslivet og at bidraget/ektefellepensjonen bør stå i forhold til slik forsørgelsen var i ekteskapet.¹⁶⁹ Stortingets justiskomité hadde ingen innvendinger mot dette.¹⁷⁰

- (91) I forarbeidene til lovendringen av 1973 var ikke mandatet til lovutvalget å vurdere hvorvidt det var rimelig og naturlig i det moderne samfunnet å ha ektefellepensjon, se Ot.prp.nr 31 (1972-1973) s 7. Det var bare de kortvarige barnløse ekteskapene som utvalget mente ikke var rimelig grunnlag for ektefellepensjonen, se side 8. Utvalget går inn for relativt moderate innstramminger og ville ikke sette strengere vilkår ”f eks krav om 10 års varighet av ekteskapet.”, se side 8.
- (92) Lovutvalget og departementet mente at det ikke var grunn til å legge verken rene formuerettslige opptjeningsbetraktninger eller rene sosiale hensyn til grunn for ektefellepensjon, den bar preg av begge deler, se Ot.prp.nr 31 (1972-1973) side 15-16. Ektefellepensjonen skulle være et supplement til folketrygden, se side 25, men skulle underlegges samordningsreglene.¹⁷¹ Departementet gikk ikke inn for en behovsprøvet ordning blant annet fordi ytelsen ikke skulle ivareta bare sosiale hensyn, se side 19-20 og side 24.
- (93) I høringsrunden kom det kritikk fra flere hold begrunnet blant annet med sosiale hensyn, likestilling, innrettelse, vanskeligheter for kvinner å ta arbeid, samt at forslagene kunne gi uoversiktelige konsekvenser på et sammensatt livsfelt. Flere steder i forarbeidene understreker derfor utvalget og departementet at endringsforslagene er moderate, se for eksempel Ot.prp.nr 31 (1972-1973) side 24. Vedrørende overgangsreglene uttaler Justisdepartementet at det er ”lempelige begrensninger som bare utelukker tilfelle hvor ekteskapet reelt sett ikke bør gi grunnlag for pensjon”, se Ot.prp.nr 31 (1972-1973) side 67.

¹⁶⁹ Ot.prp.nr.13 i 1937 s 5-8

¹⁷⁰ Innst.O VIII 1937 s 8-10

¹⁷¹ Dette reiser egne spørsmål, men må avgrenses mot.

- (94) Departementet mente at det vil være vilkårlig å avskjære rett til ektefellepensjon i ekteskap hvor det har vært barn, mens den opprettholdes i barnløse ekteskap som har vart over 5 år, se Ot.prp.nr 31 (1972-1973) side 25. Det ble derfor lagt vesentlig vekt på den motstanden som forslaget medførte. I høringsrunden ble det blant annet trukket fram at omsorg for barn medfører reduksjon av ervervsmuligheter og –evner, se Ot.prp.nr 31 (1972-1973) side 24.
- (95) Innstrammingen i 1973 gjaldt ikke for A fordi hun hadde barn i ekteskapet, og fordi hun uansett falt utenfor gruppen som endringen i 1973 tok sikte på å innstramme overfor, nemlig de ekteskap hvor det ”reelt sett ikke bør gi grunnlag for pensjon”, som formulert i Ot.prp.nr 31 side 67. Hun hadde vært gift i 25 år. Hun var 9 år eldre enn grensen på 35 år, som lovgiver anså som alderen da det fortsatt var mulig å skaffe seg arbeid etter en skilsmisse, se Ot.prp.nr 31 (1972-1973) side 24.
- (96) Både forarbeidene i 1937 og i 1973 gir uttrykk for at ektefellepensjonen var ment å sikre den gruppen A tilhører av sosiale og likestillingshensyn.
- (97) Retten til pensjon må anses å være en sentral del av ekteskapskontrakten, fordi sikkerhet for en verdig og økonomisk trygg alderdom er av stor betydning for partene. På et slikt kjerneområde skal det mer til for å gripe inn, og forrykke balansen mellom partene, enn for de mer perifere delene av kontraktsforholdet.¹⁷²
- (98) Det er et viktig privatrettslig prinsipp at kontraherende parter kan innrette seg etter rettstilstanden på det tidspunktet man forhandler.¹⁷³ I næringslivet er det for å sikre et effektivt omsetningsliv og trygghet for arbeidsplasser m.v. Det anses som et viktig prinsipp for samfunnsreguleringen og for individenes forutberegnelighet. De samme hensyn gjør seg gjeldende for innrettelse etter ekteskapskontrakten

¹⁷² I denne retning Høgberg 2009 s 341

¹⁷³ Det er et generelt spørsmål om på hvilke tidspunkt(er) en forventning skal vurderes. Det er ikke avklart i rettspraksis for grunnlovsvurderingens vedkommende, se Høgberg 2009 s 279 og 335-336. Etter min mening vil det for pensjonsrettigheter vil være relevant at årene for opptjening er tapt når inngrepets proporsjonalitet skal vurderes.

og skifteavtalen ved skilsmissen. I tillegg kommer sosiale hensyn inn, som behovet for å sikre seg økonomisk trygghet for alderdommen.

- (99) Et relevant spørsmål i denne sammenheng er om rettstilstanden vedrørende ektefellepensjonen erstattet behovet for å sikre alderdommen økonomisk gjennom en nærliggende privat disposisjon. For eksempel ved opptjening gjennom en arbeidskontrakt eller ved å inngå privat forsikringsavtale om pensjon. I så fall blir det spørsmål om dette bør likestilles med en oppfordring fra staten om at individene ikke behøvde å disponere privat, og om forventningen til ektefellepensjonen i det vesentlige ville stå uforandret på denne måten ble styrket.
- (100) Avgjørelsen i Lakicevic-saken kan leses som et uttrykk for dette når EMD i avsnitt 69 vektlegger at klagerne var ”encouraged by the pension system to which they had contributed over a number of years.”¹⁷⁴ Dette kan ses i sammenheng med at dersom hensynene bak den opprinnelige ordningen fortsatt gjør seg gjeldende, kan det legge begrensninger på hvor betydelige inngrep staten kan gjøre.¹⁷⁵ Her er dette relevant for spørsmålet om A kan sies å få berettigede forventninger om ektefellepensjon. Jeg kommer tilbake til denne betydningen i avsnitt 136 flg.
- (101) Videre er prinsippet om ”good governance” et viktig verktøy når rettighetene etter konvensjonen skal forstås. Det kommer blant annet til uttrykk i avgjørelsen Moskal mot Polen (App.no 10373/05), 15. September 2009 avsnitt 72, selv om de konkrete betraktninger i den saken ikke er relevante for vår sak. Fra ”good-governance”-prinsippet kan det utledes risikobetraktninger, på den måten at der staten har initiert ordninger er den også nærmest til å bære risikoen ved behov for justeringer.¹⁷⁶ Ut fra en slik tankegang vil det være av betydning hvor byrdefullt inngrepet er for individet. Det kommer jeg tilbake til i avsnitt 112 flg.
- (102) As nærliggende alternative pensjonsordninger til ekteskapskontrakten ville være selvstendig opptjening gjennom en arbeidskontrakt eller privat forsikringsav-

¹⁷⁴ I Lakicevic-saken avsnitt 69 vises det mutatis mutandis til Åsmundsson-saken avsnitt 44.

¹⁷⁵ Se skyggedommens avsnitt 136 flg

¹⁷⁶ I denne retning Tollefsen 2013, som sammenlikner med spørsmålet om erstatning på objektivt grunnlag.

tale om pensjon. A valgte ekteskapskontrakten i tillit til den rettsstilstanden som var på den tiden. A trekker frem valgfriheten på tidspunktet for skilsmissen ved at hun kunne fraskrive seg retten mot kompensasjon.

- (103) Risikobetraktninger kan trekke i retning av at Staten er nærmest til å bære ulempene i slike situasjoner. Det kan likevel i proporsjonalitetsvurderingen anses som et nødvendig inngrep, jeg kommer tilbake til dette nedenfor.¹⁷⁷
- (104) Staten har anført at dens handlefrihet bør være stor når det gjelder ektefellepensjon, hvor det kommer inn mange usikkerhetsmomenter om og i tilfelle når pensjonen blir virksom. A mener dette ikke kan svekke hennes forventning og med 10 års aldersforskjell mellom ektefellene, var det statistisk sett 84 prosent sannsynlighet for at A overlevde sin tidligere ektefelle. Etter min mening må det legges til grunn at det hefter en faktisk usikkerhet ved om og i tilfelle når rettigheten vil inntre. Ektefellepensjonen var gjort avhengig av at den tidligere ektefellens død, og størrelsen på beløpet var avhengig av om den fraskilte giftet seg på nytt.
- (105) Jeg kan imidlertid ikke legge vekt på en slik usikkerhet. Usikkerheten på forhånd har gått på om disse vilkårene faktisk vil inntre.¹⁷⁸ En slik usikkerhet vil alltid være tilstede ved pensjonskrav eller krav etter forsikringsavtale, for eksempel om man oppnår pensjonsalder på 67 år eller om man lever lenger enn en annen person. Denne usikkerheten kan likevel ikke tilsi at pensjonsrettigheten fratras vedkommende fullstendig, da pensjonsordninger og forsikringsordninger nettopp er ment å bøte på slik usikkerhet.¹⁷⁹ Det ville i alle tilfeller bare være tale om en liten reduksjon, da hun hadde bidratt til opptjening gjennom 25 års ekteskap.
- (106) Selv om Bs inntjening av pensjonspoeng var knyttet til hans arbeidsavtale, forandrer ikke det utgangspunktet om at A har berettigede forventninger om ektefel-

¹⁷⁷ Se skyggedommens avsnitt 118 flg

¹⁷⁸ Det vises til drøftelse i kap 5.3 av spørsmålet om å bygge berettigede forventninger til beslutninger om velferdsytelser som er betinget av forvaltningens diskresjonære skjønn.

¹⁷⁹ Kjønstad 2008a s 72

lepensjon.¹⁸⁰ Hun utleder retten fra ekteskapskontrakten og ekteskapsloven av 1973 som regulerer rettsvirkningene av denne. Dette harmonerer med det rettssyn som kom til uttrykk i EFTA-domstolens dom av 30. Oktober 2007 (sak E-2/07, Efta Surveillance Authority mot Norge)¹⁸¹ og EU-domstolens dom av 18. Juli 2007 (Sak C-212/05 Hartmann).¹⁸² I begge avgjørelser ble såkalte ”avledete rettigheter” gitt et sterkt vern ut ifra blant annet likestillingsbetraktninger.¹⁸³

(107) Det styrker imidlertid hennes forventning at Høyesterett har lagt til grunn at statspensjonistene har en beskyttet særrett, jf Rt.1962.332¹⁸⁴

(108) Jeg er imidlertid enig med Staten i at hvorvidt det er en løpende ytelse kan ha betydning for graden av innrettelse og forventning. A har ikke begynt å motta ektefellepensjon. EMD vektlegger at individet har mottatt ytelsen i flere år, se for eksempel Åsmundsson-saken avsnitt 44 og Lakicevick-saken avsnitt 69. I Lakicevick-saken var det også relevant at individet måtte tilbakebetale utbetalt pensjon. EMD argumenterer for at dette tilbakebetalingsmomentet må bli ”considered a relevant factor to be weighed in the balance”, se avsnitt 72. Tilbakebetalingskravet gjaldt imidlertid ikke alle de innklagede, se avsnitt 71, likevel fikk alle medhold. Det kan med andre ord ikke anses å ha vært et avgjørende moment for EMD.

(109) Sett på denne bakgrunn har ikke A like sterk innrettelse som klagerne i de nevnte sakene. A må likevel sies å ha en sterkere innrettelse enn en person som står på trappene til arbeidslivet, og kan velge på hvilken måte pensjonen bør oppspares.¹⁸⁵ A kan ikke foreta dette valget på nytt og de 25 årene er nå tapt. Momentet om

¹⁸⁰ I denne retning Kjønstad 2008a 71-72 og BM Høgberg 2006 s 162

¹⁸¹ Se Kjønstad 2008a s 71-72.

¹⁸² Ibid s 72.

¹⁸³ Ibid s 71-72.

¹⁸⁴ Også Rt.1996.1415 s 1426, Rt.1996.1440 s 1448 jf Rt.2006.262 (76), Drøftes bla. av Graver 2004 og Høgberg 2009 s 349.

¹⁸⁵ I Lackicevick-saken hadde klagerne mulighet til å innrette seg annerledes, for eksempel jobbe mer, inngrepet ble likvel ansett uproporsjonalt.

at ytelsen er løpende kan ikke tillegges avgjørende vekt jf. også Bäck-saken avsnitt 69, som anført av hjelpeintervenienten.

(110) Det har vært anført av staten at forbeholdet om lovendring i § 43 i lov om Statens Pensjonskasse gir et varsel til borgeren, og begrunner statens handlefrihet¹⁸⁶. Dette kan ikke føre fram. As berettigede forventning vurderes langt bredere, slik som drøftet over.

(111) As subjektive forventning om ektefellepensjon må etter dette anses å være i samsvar med det man med rimelighet kunne forvente av rettsstilstanden når man ser hen til avtaleforholdet mellom A og B, lovgivningen som regulerte dette, rettsstilstanden for øvrige og datidens syn på kjønnsroller og ekteskap.

Hvordan inngrepet rammer A

(112) Hvilke ulemper A har på grunn av lovendringen er også et relevant moment i interesseavveiningen.

(113) Størrelsen på reduksjonen av pensjonen er relevant i vurderingen av individets byrde, jf Lackicevick-saken avsnitt 70.¹⁸⁷ A taper årlig 105.500 kr¹⁸⁸ som hun ville fått i ektefellepensjon dersom loven av 1973 ble anvendt på hennes tilfelle. Trafikkulykken er ikke årsaken til det tapet som er hovedtema for denne tvisten. Jeg er derfor ikke enig med staten når det anføres at innstramningen i reglene om ektefellepensjon ikke ville ha betydd så mye om hun hadde fått arbeide fullt og samle

¹⁸⁶ Rt.2006.262 (54)

¹⁸⁷ I Lakicevick-saken ble det tillagt vekt at pensjonen utgjorde en “considerable part of their gross monthly income”, se avsnitt 70 med henvisning til Åsmundsson-saken avsnitt 44. I Lindheim-saken avsnitt 77 anså EMD det for å være et inngrep av ”significant degree”. I Valkov mfl. v. Bulgaria av 25.10.11 ble det ikke brudd, EMD la avgjørende vekt på at pensjonen ikke falt helt bort, og at pensjonskuttene gjaldt de med høyest pensjoner i landet, se avsnitt 97.

¹⁸⁸ Jeg tar utgangspunkt i beløpet slik det sto for Høyesterett i 2006, og ser bort ifra eventuell prisøkning. Jeg er enig i BM Høgbergs 2010 s 720 drøftelse av Rt.2006.262 og spørsmålet om skillet mellom individuelle og almenne fordeler i ulempevurderingen.

egne pensjonspoeng fra skilsmissen til pensjonsalder, og at det var trafikkulykken som satte en stopper for det. Det er hennes hjemmearbeid i et 25 års langt ekteskap som har ført til at hun i liten grad har opparbeidet egne pensjonspoeng.

- (114) Bortfallet av enkepensjonen utgjør et stort inngrep for A. Det er tale om fullstendig bortfall og ikke bare en reduksjon. Inngrepets karakter må ses i sammenheng med prinsippregelen i EMK P1-1. Det må etter dette derfor anses som et stort inngrep.
- (115) Det er derfor ikke nødvendig for resultatet, at jeg går inn og vurderer de ekstra ulemper A har som følge av trafikkulykken. Slike individuelle forhold er imidlertid relevante i spørsmålet om det foreligger en ”fair balance”, jf for eksempel *Scollo mot Italia* (app.no 29/1994/471/552) av 1. september 1995 avsnitt 35-40 sammenliknet med *EMD Spadea mot Italia* (app.no 23/1994/470/551) av 1. september 1995 avsnitt 38-41.¹⁸⁹ De ekstra ulemper skulle tilsi motsatt av hva Staten anfører. Som allerede nevnt er imidlertid ikke disse forholdene avgjørende for resultatet i denne saken.
- (116) I *Lakicevic*-saken ble klagerne ikke rammet like hardt som A, blant annet fordi de fortsatt hadde arbeidsevne, likevel konstaterte EMD brudd.
- (117) Samlet sett må innrettelseshensyn og hennes berettigede forventninger, sammen med As ulemper ved inngrepet veie tungt i interesseavveiningen.

Er formålet med inngrepet proporsjonalt med individets ulemper?

- (118) Spørsmålet blir i hvilken grad lovgiver kan gripe inn i kontraktsforholdet mellom A og B og endre lovgivningen med tilbakevirkende kraft, når A må anses å ha berettigede forventninger om å motta ektefellepensjon og store ulemper dersom hun ikke får denne.

¹⁸⁹ Høgberg 2009 s 263 mener å vise individuelle forholds relevans ved å peke på at *Spadea* ikke fikk medhold, mens det i *Scollo mot Italia* 1995 ble konstatert brudd. *Scollo* var funksjonshemmet, diabetiker, uten arbeid og hadde sterkt behov for bolig, se avsnitt 35-40.

- (119) Staten anfører at det er i samfunnets interesse at den har en handlefrihet til å regulere tjenstepensjoner. Videre anfører Staten at det må være opp til lovgiver hva som er rasjonell styring av pensjonsordningen.
- (120) Utgangspunktet er at staten har en vid skjønnsmargin¹⁹⁰ på det økonomiske og sosiale området til å lovregulere kontrakter med tilbakevirkende kraft når formålet er legitimt som her, se for eksempel for eksempel Lakicevic-saken avsnitt 61.
- (121) Jeg er enig med Staten i at lovgiver både er og bør være nærmest til å vurdere hva som er rasjonell styring av statens midler. Det tilligger lovgiver å velge hvilke pensjonsordninger som mest hensiktsmessig fordeler godene.¹⁹¹ Staten bør være operativ og rasjonelt tilpasse ordningene. Det er nødvendig med handlefrihet slik at lovgiver kan foreta veloverveide og tilpassede valg i samsvar med tidens fordringer. Lovgiver har flere resursser og bedre oversikt sammenliknet med domstolene til å foreta disse valgene. Dessuten vil det kreve en annen kompetanse, herunder økonomisk og sosial, enn den domstolene selv sitter på. I et demokratisk styresett er det lovgiver som bør styre statens resursbruk.¹⁹²
- (122) Skjønnsmarginen vil imidlertid variere. EMD uttrykker det slik i storkammeravgjørelsen i Stec-saken avsnitt 52 med videre henvisninger:” The scope of this margin will vary according to the circumstances, the subject matter and the background.” Konvensjonsrettighetene alltid skal tolkes slik at de er praktiske og effektive og ikke teoretiske og illusoriske, se for eksempel Hutten-Czapska-saken avsnitt 168. Det kreves derfor etter konvensjonen en viss overprøving av lovgivers valg når domstolen skal ta stilling til om det foreligger en ”fair balance” mellom de relevante interessene i saken.¹⁹³ Det er særlig fire forhold som trekker i retning av at inngrepet i dette tilfellet ikke er proporsjonalt. For det første foreligger det ikke en trans-

¹⁹⁰ Se kap 2.2.3

¹⁹¹ Se for eksempel Solheim 2010 s 80 med videre henvisninger.

¹⁹² Slike betraktninger kommer blant annet til uttrykk i Lakicevic-saken avsnitt 61. Her omtaler imidlertid EMD forholdet mellom EMD og statene, se kap 2.2.3

¹⁹³ EMD går ofte lenger enn Høyesterett i overprøvingen av lover på det sosiale og økonomiske området, se for eksempel vurdering av dansk Høyesteretts overprøving hos Ketscher 2008 s 220.

parent avveining av ”fair balance”. For det andre står begrunnelsen for inngrepet ikke i forhold til hensynet bak ytelsen. For det tredje får det betydning at ikke andre tiltak er vurdert.

Transparent avveining

(123) Lindheimsaken kan ses som et uttrykk for at lovgiver må ha foretatt en transparent avveining¹⁹⁴ mellom de relevante interessene. Hensynet bak dette er at domstolene får en reell mulighet til å overprøve lovgivers begrunnelse for inngrep i rettighetene. Videre at det sikrer at inngrep er nøye overveid. Det er en viktig retts-sikkerhetsgaranti.¹⁹⁵ Lovgiver er nærmest til å foreta den relevante avveiningen, og dermed også nærmest til å begrunne.

(124) I Lindheimsaken anerkjente EMD at problemstillingene for Stortinget var spesielt komplekse fordi festerne og bortfesterens interesser var så forskjellige og vanskelige å forene. EMD anerkjente videre norske myndigheters behov for klare og forutberegnelige lovregler for å forhindre mange, dyre og tidkrevende rettssaker.¹⁹⁶ Tatt denne bakgrunnen i betraktning kom EMD likevel til at ut ifra dokumentene å bedømme, syntes det som om den sosiale og økonomiske byrden ubegrunnet og utelukkende var plassert på bortfesteren. Det forelå dermed ikke en ”fair balance” mellom samfunnsinteressene og individets interesser.

(125) Staten anfører i vår sak at lovgiver var klar over rekkevidden og konsekvensene av overgangsbestemmelsene og at lovgiver har nøye overveid de momenter som er av betydning for spørsmålet om grunnlovsmessigheten av innstramningen. Det at det er tale om et stort inngrep kan sies å skjerpe kravet til transparent avvei-

¹⁹⁴ Lindheim-saken avsnitt 128 jf avsnitt 134. I denne retning Ketscher i Ketscher mfl 2013 s 324 om at EMDs vurdering av mangel på transparens kan minne om den kritikken som har blitt anført mot at Høyesterett baserer seg på lovgivers hypotetiske vilje, slik som Kjønsstad 2008a s 73-74.

¹⁹⁵ Det kan hevdes å ivareta hensynet til materielt riktig resultat, samt at det har en egenverdi for rettssubjektet og sikrer tillit til rettssystemet, se Jacobsen 2003 s 369.

¹⁹⁶ Lindheim-saken avsnitt 125

ning jf. Lindheim-saken avsnitt 77.¹⁹⁷ I vår sak er det også tale om et stort inngrep. Da må det stilles krav til at lovgiver i tilstrekkelig grad har avveid samfunnsinteressene mot interessene til de berørte gruppene. Det vil si de som kunne ha fått ektefellepensjon etter de tidligere reglene, men som ikke vil ha krav på det etter de nye reglene. Spørsmålet blir om avveiningen er transparent.

- (126) I Lindheim-saken går EMD konkret til verks i vurderingen av hvorvidt en tilstrekkelig avveining er foretatt, se avsnitt 126-136.
- (127) Det første som springer en i øynene er at det, som anført av A, ikke foreligger tallmateriale og dokumentasjon i forarbeidene til lovendringen av 1991 på hvor stor gruppe den ville ramme, og på hvilken måte den vil ramme. I NOU 1987:30 side 156 innrømmes det at de nye vilkårene er klart strengere, likevel hevdes det at de nye reglene om ektefellepensjon fortsatt fanger opp dem som har bidratt til at den avdøde ektefellen kunne jobbe og tjene pensjonspoeng og de som ville hatt rett til bidrag. Videre hevdes det på samme side at endringene medfører at bare de langvarige ekteskapene genererer slik pensjon. Siden den gruppen A tilhører ikke er kartlagt, i det minste ved tallfestelse av antall personer, trekker det i retning av at deres interesser heller ikke er vurdert.
- (128) Der det i forarbeidene kan synes som om det foreligger en avveining av ulike interesser, foretas det etter min mening ingen reell avveining mellom samfunnsinteressene på den ene siden og de relevante berørte gruppene på den andre siden. Vedrørende overgangsbestemmelsen i el. 1991 § 94 mener utvalget i NOU 1987:30 på side 161: "[...] at det vil være uheldig om enkelte bestemmelser i den gjeldende ekteskapslovgivning fortsatt i lengre tid skulle kunne komme til anvendelse også etter at den nye lov er trådt i kraft." Denne uttalelsen gjelder generelt hele ekteskapsloven, og ikke spesielt for ektefellepensjonen. Utvalget presiserer ikke nærmere på hvilken måte det er uheldig om enkelte bestemmelser skal komme til anvendelse for

¹⁹⁷ I Lindheim-saken var tale om et "significant" inngrep, særlig fordi grunneierene måtte tåle en vedvarende leie langt under markedsverdi se avsnitt 77. Det kan hevdes at kravet til transparent avveining skjerpes jo større inngrep det er tale om.

framtiden. Videre uttaler utvalget på side 161 at: ”[r]eglene i utkastet er heller ikke av en slik karakter at de ikke kan gjøres gjeldende i forhold til ektefeller som har inngått ekteskap tidligere.” Ektefellepensjon er nettopp regler av en slik karakter at det burde vært vurdert om de bør gjøres gjeldende for ekteskap som er inngått i en annen tid med et annet kjønnsrollemønster og andre innrettelsesmåter. Uttalelsen gir dermed inntrykk av at en reell avveining ikke er foretatt.

(129) Departementet følger opp utvalgets forslag. Det fremgår i Ot.prp.nr.28 (1990-1991) side 141, hvor tidsperspektivet for overgangsbestemmelsen el 1991 § 94 nr. 3 vurderes, at: ”[v]ed spørsmålet om i hvilken utstrekning loven bør ha overgangsbestemmelser, gjør til dels motstridende hensyn seg gjeldende. Det er uheldig om enkelte bestemmelser i den nåværende ekteskapslovgivningen skal virke mange år etter at den nye loven har trådt i kraft. Det vil blant annet komplisere rettssystemet om to regelsett skal gjelde parallelt. Samtidig kan det være urimelig om endringer som kan ha stor betydning for det økonomiske forholdet mellom ektefellene, skal gis virkning for ektefeller som ikke har hatt muligheter til å innrette seg etter reglene, men som tvert imot kan ha innrettet seg etter andre regler.”

(130) I denne passasjen henvises det til to motstridende hensyn, men det foretas ingen avveining av dem. Ut fra sammenhengen forstår man hvilket hensyn som er tillagt størst vekt, men veien dit forklares ikke nærmere. Det er heller ikke ektefellepensjon man konkret har for øyet. Dermed foretas det heller ingen avveining av de berørte interessene.

(131) Det foretas heller ingen økonomisk og administrativ vurdering av overgangsreglene for ektefellepensjon i verken NOU 1987:30¹⁹⁸ eller Ot.prp.nr.28 1990-1991¹⁹⁹ eller Innst.O.nr.71 (1990-1991).²⁰⁰ Det foretas heller ingen vurdering av de økonomiske og de administrative konsekvensene av innstramningene av ektefelle-

¹⁹⁸ NOU 1987:30 side 101

¹⁹⁹ Ot.prp.nr.28 (1990-1991) side 94

²⁰⁰ Innst.O.nr.71 (1990-1991) side 18

pensjonen i den grad det kunne ha kastet lys over vurderingen av overgangsbestemmelsene.

- (132) Staten mener formålet med innstrammingene, herunder utformingen av overgangsbestemmelsene, ikke har vært å spare penger. A anfører at staten sparer 7,5 millioner kroner årlig på den gruppen av ca 200 etterlatte som ville ha vært pensjonsberettiget i årene 1993-2005. Videre at det er av betydning at det er en liten gruppe på ca 200 av 40 000 kvinner som får ektefellepensjon og finner støtte i Åsmundsson-saken avsnitt 43.
- (133) Selv om staten ikke sparer mye på en ordning, kan den likevel være rasjonell etter en totalvurdering av hele omfordelingssystemet. Det er store sammensatte ordninger som skal administreres. Dette er som nevnt lovgiver nærmest og best egnet til å vurdere. Likevel kan forholdene at det relativt sett er lite å spare på ordningen, at gruppen som rammes er liten, sammenholdt med den manglende begrunnelsen for inngrepet, tilsi at det ikke foreligger en "fair balance". Dette kommer, som anført av hjelpeintervenienten på As side, til uttrykk i Åsmundsson-saken avsnitt 43. Betydningen av hvor mange som rammes av inngrepet ble også vektlagt i Goudswaard Van der Lans-saken på side 13.
- (134) Det kan også kort nevnes at lovgivers vurdering av de øvrige reglene i 1991-loven kaster lys over den manglende vurderingen av ektefellepensjonsreglene og overgangsbestemmelsen for denne. Hensyn som gjennomgående vektlegges er innrettelse, forhandlingsmulighet og mulighet til å foreta valg i samsvar med rettstilstanden på tidspunktet for inngåelse/opphevet av ekteskapet. For eksempel må det stilles spørsmål ved hvorfor overgangsreglene for anvendelse av skjevdelingsreglene stiller seg prinsipielt annerledes enn for ektefellepensjon.²⁰¹ Ektefellepensjonsreglene etter 1991-loven fører på samme måte til "et vesentlig annet resultat" enn etter reglene fra 1973. For skjevdelingsreglene ble det ikke vedtatt overgangsregler, fordi departementet mente det ligger innebygget en rimelighetsvurdering, hvor blant annet innrettelse, herunder ekteskapets lengde, er et viktig moment. De samme be-

²⁰¹ Ot.prp.nr 24 (1990-1991) s.142-143

traktninger gjør seg gjeldende for ektefellepensjon, men en tilsvarende rimelighetsvurdering ble ikke vurdert for denne.

- (135) Flertallet i Stortingets Justiskomité var enige i utvalget og departementets forslag.²⁰² Av interesse fra innstillingen til Odelstinget kan likevel nevnes at et mindretall på ett medlem gikk imot forslaget, og ønsket en bredere gjennomgang av rettigheten, og at de burde ses i sammenheng med eventuelle pensjonsrettigheter for ulønnet omsorgsarbeid i hjemmet.²⁰³

Sammenhengen mellom hensynet bak de tidligere reglene om ektefellepensjon og lovgivers begrunnelse for innstrammingen

- (136) Hensyn bak den opprinnelige pensjonsordningen kan legge begrensninger på inngrep ved å stille krav til begrunnelsen for inngrep. Dette kommer blant annet til uttrykk i Goudswaard Van der Lans-saken.²⁰⁴ For eksempel kan begrunnelsen være at behovet hos gruppen man skulle verne, ikke er det samme lenger eller at man har alternative ordninger som ivaretar samme hensyn like godt.

- (137) Det vises til de gjennomgåtte hensyn bak ektefellepensjonen av 1937 og 1973 over i avsnitt 89-86. Det var et likestillingsaspekt ved den opprinnelige ektefellepensjonen og må ses på som utslag av å sikre ektefellen verdighet i form av likeverd.

- (138) EMD uttaler i *Schuler-Zraggen v Switzerland* i avsnitt 67: "The advancement of the equality of the sexes is today a major goal in the member States of the

²⁰² Innst.O.nr.71 (1990-1991) s 10-11

²⁰³ Innst.O.nr.71 (1990-1991) side 11

²⁰⁴ I Goudswaard-Van der Lans-saken fikk klageren ikke medhold. EMD uttaler på s 11 avsnitt 6 at saken må vurderes ut fra den konkrete konteksten, "social-security scheme," et system som er uttrykk for samfunnets solidaritet med utsatte grupper. På side 13 avsnitt 7 kommer EMD til: "Thirdly, and more importantly, the AWW was conceived as a safeguard against poverty for person who lacked basic maintenance from another socially acceptable source; the information available to the Court is insufficient to allow it to conclude that the applicant is in that position." Rettssyn i samme retning *Zeman mot Østerrike* avsnitt 40.

Council of Europe and very weighty reasons would have to be put forward before such a difference of treatment could be regarded as compatible with the Convention.” Dette gjaldt spørsmål om brudd på EMK art 14 jf art 6, men er uttrykk for et generelt formål alle konvensjonsbestemmelsene må tolkes i lys av.²⁰⁵ Det er den faktiske likestillingen mellom kvinner og menn som synes å være EMDs hovedanliggende.²⁰⁶

(139) Staten har anført at Hoogendijk-saken og Goudswaard Van der Lans-saken viser at endringer i samfunnsforhold i den retning som er aktuell i vår sak, har betydning ved proporsjonalitetsvurderingen, slik at inngrepet i trygde- og pensjonsrettigheter har blitt akseptert. Endringer som følge av ”tidens tann” kan selvfølgelig være i tråd med konvensjonen selv om det medfører ulemper for individet. Det kan til og med være påkrevet for å ikke komme i strid med for eksempel diskrimineringsforbudet, se for eksempel Zeman mot Østerrike (App.no. 23960/02) 29. June 2006 avsnitt 32.

(140) Spørsmålet her er imidlertid om de likestillingshensyn som begrunnet ektefellepensjonen i sin tid har utspilt sin rolle for alle som omfattes av lovendringen i 1991. Med andre ord om begrunnelsen for inngrepet er proporsjonalt med likestillingshensyn bak ytelsen.

²⁰⁵ Det følger av det generelle tolkningsprinsippet om at konvensjonsbestemmelsene må ses i sammenheng, samt at i for eksempel det i Lakicevick-saken avsnitt 61 vises til storkammeravgjørelsen Carson mfl mot Storbritannia avsnitt 61 som omhandler fastleggingen av skjønnsmarginen for EMK art 14 jf P1-1. Videre kommer dette også til uttrykk i Åsmundsson-saken avsnitt 43.

²⁰⁶ I samme retning både Runkee mfl v UK og Stec mfl v UK som begge gjaldt spørsmålet om brudd på EMK art 14 jf P1-1. Palmer Olsen mener det avgjørende for EMD i Stec-saken har vært å korrigere for faktisk ulikhet i kvinner og menns liv, se Palmer Olsen 2008 s 93-94. Samme retning Zeman mot Østerrike avsnitt 33. Selv om den faktiske likestillingen mellom kjønnene er et mål, må det vurderes om hensynet bak ordningen fortsatt gjør seg gjeldende. EMDs dom i saken Zeman mot Østerrike avsnitt 40 kan ses på som et uttrykk for at det må være samsvar mellom de grunner man fremmer for en pensjonsordning, og det pensjonsordningen reelt ivaretar. Palmer Olsen mener avgjørelsen må forstås slik at det stilles særlige krav til begrunnelsen for å forhindre en ellers planlagt likestilling på området, se Palmer Olsen 2008 s 96.

- (141) I forarbeidene foretas det ingen avveininger av hvorfor et likestillingstiltak i sin tid ikke lenger er relevant for gruppen A tilhører. I delene av innstillingen i NOU 1987:30 som angår mer overordnede spørsmål uttales det som en forutsetning at det er likestilling mellom kjønnene, uten nærmer å vurdere hvordan overgangsreglene for ektefellepensjon reelt slår ut for fraskilte ektefeller, se for eksempel NOU 1987:30 side 16. Utvalget gir uttrykk for at lovreglenes virkning på den reelle likestilling må vurderes mer konkret, se NOU 1987:30 side 23. Utvalget foretar imidlertid ingen konkret analyse av overgangsreglenes innvirkning på den reelle likestillingen for ektefellepensjonsreglene. Utvalget uttaler på side 23 at det er relativt hvilke rettslige ordninger som innebærer likestilling, og mener reell likestilling bare i begrenset grad oppnås gjennom lovregler. Alternative overgangsregler for ektefellepensjon synes imidlertid å være en type av regelsett som nettopp kan sikre reell likestilling. Jeg kommer tilbake til dette under spørsmålet om betydningen av om andre tiltak er vurdert i avsnitt 146 flg.
- (142) Utvalget er selv inne på at det kan føre til lite rettferdige konsekvenser å legge til grunn at det er best at begge ektefeller har arbeid utenfor hjemmet. Da ville man i tilfelle ”frata den gifte kvinnen de rettigheter hun i dag har i forhold til mannens inntekter og oppsparte midler”, se NOU 1987:30 s 24. De nye reglene om ektefellepensjon er imidlertid egnet nettopp til det; ved ikke å ta hensyn til det tidligere kjønnsrollemønsteret fratar man de fraskilte kvinnene pensjonsrettigheter opparbeidet gjennom arbeid i hjemmet.
- (143) I NOU 1987:30 på side 156 begrunnes innstrammingene blant annet med at ektefellepensjonen ikke er avgjørende for den fraskiltes økonomi. Videre at ektefellepensjonen vil bli en tilfeldig økonomisk fordel på den fraskiltes hånd, se side 156. Uten å differensiere nærmere mellom de ulike gruppene av fraskilte, står ikke disse betraktningene i forhold til hensynet bak ytelsen. Ektefellepensjonen kan verken ses på som tilfeldig eller som en fordel for A. Det er opptjening gjort basert på omsorgsforsørgelsen.
- (144) Departementets vurderinger i Ot.prp.nr.28 (1990-1991) side 50 knytter seg alene til kvinner i 1991. Det blir vurdert hvorvidt det var behov for ektefellepensjon

når det var barn i ekteskap som hadde vart kortere enn 10 år, eller fraskilte var under 45 år ved skilsmissen. Hvis barna ikke var voksne når ektefellen døde, ville de ha krav på barnepensjon, og den fraskilte ektefelle ville ha krav på ulike stønader fra folketrygden. Derfor ble det ikke ansett nødvendig at barn i ekteskap alene ga rett til ektefellepensjon, se Ot.prp.nr.28 (1990-1991) side 50. Personer med ulønnet omsorg for barn under sju år får 3 pensjonspoeng etter folketrygdloven §3-16. Bestemmelsene om omsorgspoeng ble innført ved lov 21. desember 1990 nr. 80.²⁰⁷ Omsorgspoeng kunne godskrives fra og med inntektsåret 1992 med poengtall 3,00.²⁰⁸ Det ble imidlertid ikke vurdert om de som tidligere hadde hatt omsorg for barn, hadde behov for kompensasjon for tapte pensjonspoeng.

- (145) Etter dette mener jeg begrunnelsen for inngrepet ikke står i forhold til de sosiale og likestillingshensyn bak ektefellepensjonen slik det kom til uttrykk i forarbeidene til reglene av 1937 og 1973.

Betydningen av om andre tiltak er vurdert

- (146) Staten anfører at det er behov for å unngå to parallelle regelverk fordi det ville bli administrativt vanskelig og tungvint. Videre at likhetshensyn spiller en stor rolle i betydningen av en oversiktlig regel.
- (147) Det kan bemerkes likhetshensyn ikke i seg selv kan brukes som et argument i proporsjonalitetsvurderingen for ikke å verne As eiendomsrett. Staten som arbeidsgiver utbetaler ektefellepensjon som en del av lønnen. Staten som lovgiver kan imidlertid gripe inn i As eiendomsrett. Lovgiver kan og bør lovregulere en annen omfordeling der det er påkrevet, men ikke uten å være legitim og proporsjonal. Det kan ses på som uttrykk for at utsatte grupper ikke skal settes opp mot hverandre, uten transparente, proporsjonale begrunnelser.

²⁰⁷ Med Ot.prp. nr. 77 (1989-90) og Ot.prp. nr. 3 (1990-91).

²⁰⁸ Fra og med kalenderåret 2010 godskrives poengtallet 3,50. Se lov 5. juni 2009 nr. 32 § 3-16, lovkommentar rettsdata.

- (148) Individene må akseptere at trygdeordningene forholder seg gruppevis, og dermed at det vil foreligge en viss likebehandling av forskjelligartede grupper, se for eksempel Carson mfl-saken avsnitt 61 med videre henvisninger. Selv om det foreligger alternative ordninger til den valgte, for eksempel parallelle regelverk, innføring av andre støtteordninger og lignende, vil ikke det automatisk tilsi at den valgte ordningen er uproporsjonal, se for eksempel Goudswaard Van der Lans side 13, med videre henvisninger.
- (149) Når en står overfor et stort inngrep, kan Lakicevic-saken leses som et uttrykk for at det i denne sammenheng vil være et relevant moment om det vil være praktisk å gjennomføre mindre inngripende tiltak, jf Lakicevicksaken avsnitt 72.²⁰⁹ Det kan synes som om avgjørende i avveiningen for EMD har vært hensynet til praktikabilitet, forhindre tvist og tvil avveid mot hensynet til forutberegnelighet og innrettelse.
- (150) Parallelle regelverk i vår sak kunne vært vurdert, særlig når det ses i sammenheng med hensynet bak den opprinnelige ordningen. For eksempel kunne det vært vurdert om ytelsen skulle avstemmes mot andre typer av ytelser, slik som uførepensjon. Videre kunne man inndelt i ulike grupper av opptjente pensjonspoeng eller pensjonen gjort avhengig av øvrig inntekt over en viss størrelse. Alternativt kunne kravet til varigheten vært kortere der det hadde vært barn i ekteskapet. En siste mulig løsning kunne være at de nye reglene bare gjaldt for fremtiden. I Danmark har man for eksempel tradisjon for et lengre varsel før vesentlige endringer i pensjonsrettigheter gjøres.²¹⁰ Det kan tenkes at ingen av disse alternativene ville være egnet, men at de ikke er vurdert trekker i retning av at inngrepet er uproporsjonalt.

²⁰⁹ Et tungtveiende argument for EMD i Lakicevic-saken synes å ha vært at det sett hen til de berettigede forventninger som forelå, ikke var iverksatt noen mindre inngripende tiltak, for eksempel at staten ikke hadde foretatt en "reasonable and commensurate reduction" i stedet for fullstendig bortfall av pensjonen. Alternativt at det var iverksatt overgangsordninger slik at klagerne kunne "adjust themselves to the new scheme". EMD kom til at klagerne "had to bear an individual and excessive burden" og dermed at en "fair balance" ikke var ivarettatt. Se Lakicevic-saken 72.

²¹⁰ Ketscher 2008 s. 232

- (151) Det kan videre tenkes at at lovgiver var klar over rekkevidden og konsekvensene av regelendringen, samt at lovgiver har, slik staten anfører, nøye overveid de momenter som er av betydning. Etter gjennomgangen over har jeg imidlertid kommet til at når denne avveiningen ikke fremgår av forarbeidene foreligger det ikke en "fair balance". Byrden legges alene på den gruppen som A tilhører, i motsetning til det som må anses konvensjonsmessig og kommer til uttrykk I Hutten-Czapska-saken avsnitt 225 uttalte EMD at: "[the] burden cannot [...] be placed on one particular social group, however important the interests of the other group or the community as a whole".
- (152) Avslutningsvis kan det oppsummeres at A har berettigede forventninger til ektefellepensjon. Jeg har særlig vektlagt at hun har innrettet seg og bygget forventninger på rettstilstanden og samfunnets faktiske organisering. Videre har jeg vektlagt at inngrepet må anses stort. Jeg har ikke lagt avgjørende vekt på at rettigheten er usikker eller at rettigheten ennå ikke har begynt å løpe. I spørsmålet om inngrepet er proporsjonalt har jeg vektlagt at det ikke foreligger en transparent avveining av de relevante interessene. Videre er hensynene bak og behovene for den opprinnelige ektefellepensjonen fortsatt tilstede, og de er ikke tilstrekkelig avveid mot formålene med inngrepet. Det trekkes i samme retning at andre tiltak ikke er vurdert. Individet bærer en "individual and excessive burden". Det foreligger derfor ikke en "fair balance" mellom samfunnsinteressene og individets interesser.
- (153) Min konklusjon blir etter dette at det foreligger krenkelse av EMK P1-1 i denne saken.
- (154) Ankende part har subsidiært anført at det foreligger en krenkelse av P1-1 når også EMK artikkel 14 - forbudet mot diskriminering - trekkes inn i vurderingen. Da jeg har kommet til at det foreligger brudd på EMK P1-1, og hensyn bak art 14 er gjennomgått, er det ikke nødvendig å foreta en selvstendig vurdering av om det foreligger brudd på EMK art 14 jf P1-1.
- (155) Jeg stemmer for denne dom: Trygderettens kjennelse kjennes ugyldig.

5 Vurderinger av skyggedommen

5.1 Rettslig figur: kontrakten

Et hovedskille mellom Høyesterettsdommen og skyggedommen, er at jeg tar utgangspunkt i en annen rettslig figur; ekteskapskontrakten i stedet for Statens beslutning. Slik jeg ser det, fører det til en annen drøftelse av hvilke omstendigheter som det er berettiget å få forventninger av og innrette seg etter.

Høyesterett har ikke vektlagt As 25 år med omsorgsforsørgelse. Høyesterett forklarer ikke hvorfor hennes tidsbruk ikke vektlegges.²¹¹ I skyggedommen tas det utgangspunkt i omsorgsforsørgelsen. Videre vektlegger ikke Høyesterett den ekstra byrde som trafikkulykken medførte.²¹² I skyggedommen anses trafikkulykken relevant, men forholdet anses ikke som nødvendig for at det i denne saken ikke forelå en ”fair balance”. Individet settes dermed inn i sin egen kontekst.

Høyesterett anser ”hennes innsats svakere” enn mannens.²¹³ Videre at A ”føler” inngrepet hardt²¹⁴, men det vektlegges ikke. Det kan hevdes å være eksempler på Høyesteretts binære, hierarkisk rangerte tenkning.²¹⁵

Høyesterett kan ut fra det ”anti-essensialistiske” perspektivet²¹⁶ kanskje kritiseres for ikke i tilstrekkelig grad anerkjenne As sårbarhet som beskyttelsesverdig, samtidig som de ikke i

²¹¹ Rt 2006.262 (98) og (99)

²¹² Rt 2006.262 (101)

²¹³ Rt Rt 2006.262 (78)

²¹⁴ Rt 2006.262 (98)

²¹⁵ Se kap 3.5

²¹⁶ Se kap 3.6

tilstrekkelig grad anerkjente hennes autonome handlekraft da hun innrettet seg etter rettstilstanden og husmorforventningen²¹⁷ på den tiden.

Skyggedommen kan imidlertid fra et slikt perspektiv kanskje kritiseres for å fokusere ensidig på ”den rasjonelle aktør” fordi kontraktperspektivet tillegges så stor betydning. I skyggedommen har jeg imidlertid forsøkt å anse at hennes berettigede forventninger og innrettelse bygger både på hennes selvstendige valg om å være husmor (kontraktperspektivet), samtidig som det ut fra datidens sosiale kontekst var opplagt, og ikke et reelt valg for mange (den faktiske og rettslige organiseringen av samfunnet). I dette tilfellet er kontrakten som rettslig figur nærmere kvinnens konkrete liv, enn hennes direkte forhold til Staten.

I skyggedommen tolkes EMK P1-1 i lys av ”the principle of peaceful enjoyment of property”. Det gjøres ikke av Høyesterett. Det kan hevdes at standardteorien i Borthendommen²¹⁸ sammen med Kløftadommens²¹⁹ rangering av prøvingsintensiteten for de ulike rettighetene, gir et annet utgangspunkt for tanken.²²⁰ Det kan hevdes at det norske tradisjonelle eiendomsrettsbegrepet er under sterk utfordring fra de argumenter som hentes fra EMK P1-1.

Det kan hevdes at skyggedommen gir uttrykk for en videreutvikling av argumentasjonsmodellen i Husmordommen Rt.1975.220. I Husmordommen fikk kvinnen rett til eiendom på bekostning av mannen. I skyggedommen får A rett til sin eiendom på bekostning av Staten. Til grunn ligger et syn om at Staten ikke er bedre beskyttet enn private. Staten må fremme legitime, transparente og proporsjonale grunner for inngrepet.

²¹⁷ Blant andre Tove Stang Dahls begrep, se NOU 1987:30 s 21

²¹⁸ Rt.1996.1415 side 1426

²¹⁹ Rt.1976.1 s 6.

²²⁰ Se kap 2.2.3 og kap 2.3

5.2 Dissenterende stemmer

Enkepensionsdommen er et eksempel på at en kvinnes erfaring er avhengig av andre forhold også, slik som alder og funksjonsnedsettelse.²²¹ Forventninger som stilles til yngre kvinner i arbeidsmarkedet og til egen pengeforsørgelse i dag, er en annen enn husmorforventningen som ble stilt til kvinner på 50-60-tallet.²²² Videre vil As livserfaringer på grunn av trafikkulykken være annerledes enn en funksjonsfrisk fraskilt enke som kunne arbeide etter en skilsmisse.

Det bør stilles spørsmål ved å knytte rettsvirkninger til begrepsjuss, slik det kan hevdes Høyesterett gjør til konstruksjonen ”avledet rettighet” i enkepensionssaken.²²³ At rettigheten anses ”avledet” vil avhenge av hvilket ståsted man inntar.²²⁴ Sett fra kvinnens perspektiv, kan like gjerne mannens rettighet være avledet hennes arbeid i hjemmet. Alternativt at rettigheten er etablert i fellesskap.

En kritikk mot å se saken i et kontraktsperspektiv, er at personer i et avhengighetsforhold til Staten kan mistes av synet. Grupper som er i et avhengighetsforhold til staten har et like sterkt behov for beskyttelse mot inngrep i eiendomsretten. I skyggedommen kan imidlertid bare én sak avgjøres. Jeg mener at skyggedommen ikke kan leses som uttrykk for at kontraktsrettslige figurer har sterkere vern enn rettskrav som utledes fra krav mot eller beslutninger fra Staten. Heller ikke at rettigheter betinget av forvaltningens diskresjonære skjønn

²²¹ Se kap 3.3

²²² I denne retning Kjønsstad 2008a s 70-71, MB Høgberg 2006 s 162. Tollefsen 2013 s 11 flg. For utviklingen fra ekteskapskontrakt til arbeidskontrakt, se Ketscher 2008 s 79-101

²²³ I denne retning Kjønsstad 2008a s 71

²²⁴ Den samme tankegangen kan sies å ligge til grunn for Ketschers kritikk vedrørende rubrering av den alminnelige likhetssetningen som noe generelt i forhold til diskrimineringsforbudet som noe spesielt, se Ketscher 2008 s 114

ikke tilsier like berettiget innrettelse og forventninger. Det må foretas en konkret helhetsvurdering av om inngrepet i beslutninger er legitimt og proporsjonalt med formålet.²²⁵

5.3 Likestillingsargumentasjon

Skyggedommen synliggjør ulike former for likestillingsargumentasjon.²²⁶ Både mellom kjønnene,²²⁷ og mellom ulike grupper i samfunnet.²²⁸ Det var ikke nødvendig å undersøke hvorvidt det forelå brudd på forbudet mot diskriminering etter EMK art 14 jf EMK P1-1, ettersom det forelå brudd etter EMK P1-1 på selvstendig grunnlag.

Det sentrale likestillingsspørsmålet i skyggedommen var hvorvidt A har reell tilgang til pensjonsrettigheter på lik linje med B. Dette reiser imidlertid også spørsmål om strukturell likestilling.²²⁹ Ved lovendring i 1973 ble ”enkepensjon” endret til det kjønnsnøytrale begrepet ”ektefellepensjon”.²³⁰ Det var 90 % kvinner som mottok pensjon som gjenlevende ektefelle ved utgangen av 2013.²³¹ Et spørsmål er derfor hvilke tiltak som er formålstjenlige for å oppnå pensjonsordninger som sikrer reell likestilling på strukturelt plan.²³²

²²⁵ Se de prinsipielle rettssyn som det argumenteres for i skyggedommen

²²⁶ Se Kap 3.7

²²⁷ Se skyggedommen avsnitt 81 flg og avsnitt 136 flg

²²⁸ Se skyggedommen avsnitt 115 og avsnitt 146 flg

²²⁹ Se kap 3.7 og kap 1.3.

²³⁰ Ot.prp.nr.31 (1972-1973) s 16

²³¹ se <https://www.nav.no/Om+NAV/Tall+og+analyse/Pensjon/Ytelser+til+gjenlevende> og Tollefsen 2013 s 18. Disse tallene omfatter imidlertid mer enn bare ektefellepensjon til fraskilt ektefelle med Statstjenestepensjon.

²³² Se for eksempel Tollefsens drøftelse i Tollefsen 2013 58-59

5.4 Feministisk krav til begrunnelse

Hva gjelder det jeg har kalt et feministisk krav til begrunnelse,²³³ gjorde gjenskrivingen meg oppmerksom på at et slikt krav kan bli for strengt når effektive og praktiske løsninger skal finnes. Her skiller dommerens rolle seg tydelig fra en vitenskapelig eller teoretisk tilnærming.²³⁴ Man må på et tidspunkt sette en strek for argumentasjonsrekken av hensyn til partene og rettsystemet som helhet, herunder av prosessøkonomiske grunner.

Høyesterett kan hevdes å ha vært lovpositivistisk i sin tilnærming til spørsmålet om overgangsreglene var i strid med grl § 97 og EMK P1-1 når de la vekt på lovgiverviljen.²³⁵ Høyesterett har blitt kritisert for å vektlegge en hypotetisk lovgivervilje.²³⁶ Når verdiavveininger ikke tydelig fremgår av avgjørelsen, er det etter min mening en større trussel mot demokratiet enn at dommeren foretar en selvstendig vurdering av de innvirkninger regelen får for hver enkelt av oss.

²³³ Se kap 3.3

²³⁴ Se kap 2.2.1

²³⁵ Se f eks Rt.2006.262 (90), lest i sammenheng med (97) og (99)

²³⁶ Kjønsstad 2008a s 73-74

6 Avslutning

Skyggedommen har blitt en annen enn Rt.2006.262 - både i begrunnelse og resultat - fordi jeg har stilt andre spørsmål til materialet, samt anvendt en annen rettslig figur enn Høyesterett. Skyggedommetoden kan være et nyttig verktøy til kritisk tenkning.

Videre kan det hevdes at skyggedommen videreutvikler argumentasjonsmodellen i Husmordommen vedrørende betydningen av arbeid i hjemmet og vern av eiendomsrett/”possession”. Det bør etter min mening foretas ytterligere undersøkelser av eiendomsrettsvernet av velferdsrettigheter for å sikre verdighet, frihet, likhet og felleskap mellom mennesker.²³⁷

²³⁷ Grunnverdier fra Ketscher 2008 s 105

7 Litteraturliste

Litteratur

- **Andenæs**, Mads. Bjørge, Eirik. Norske domstoler og utviklingen av menneskerettighetene. I: Jussens Venner. 2011, s. 251–286 (sitert fra Lovdata)
- **Aune 2013**, Helga. Deltidsarbeid, Vern mot diskriminering på strukturelt og individuelt grunnlag. 1. Utg. Oslo. 2013.
- **Aune 2010**, Helga. Kvinnekonvensjonens og kvinnerettslig teoris betydning for norsk rettsanvendelse og rettsvitenskapelige analyser. I: Retfærd 2010 nr. 2 s. 51-71. (sitert fra Lovdata)
- **Barthes**, Roland. Den fremmede, utenlandske kvinnen. (Oversatt av Ingeborg W. Owesen) I: AGORA. Journal for metafysisk spekulasjon nr 1/2003. s 30-33
- **Bjørge**, Eirik, Dynamisk tolking i den generelle folkeretten I: Lov og Rett 2012, s 104-122
- **Eckhoff**, Torstein, Rettskildelære 5. Utgave. red Helgesen, Jan E. Oslo, 2001
- **Emberland** Marius. The Human Rights of Companies, Exploring the structure of ECHR protection. Oxford university press. 1. utg. 2006.
- **Eng**, Svein. Rettsfilosofi, Oslo. 2007.
- **Feminist Judgments**, From Theory to Practice. Redigert av Rosemary Hunter, Claire McGlynn, Erika Rackley. Oxford and Portland, Oregon, 2010.
- **Graver 2004**, Hans Petter Statspensjonistenes grunnlovsværn. I: Lov og Rett 2004. s 21-42 (sitert fra Lovdata)
- **Graver 2011**, Hans Petter. Hva er rett. 1. utg. Oslo. 2011.
- **Graver 2007**, Hans Petter. Rettsretorikk, en metodelære. 1. utg. Bergen. 2007
- **Graver 2008**, Hans Petter. Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger. I: Tidsskrift for rettsvitenskap. 2008 s 149-178. (sitert fra Idunn)
- **Held**, Virginia. Feministiske omveltninger av moralteorien (oversatt av Øyvind Okkenhaug og Jørgen Sandemose) I: Exphil II. Tekster i etikk. Per Ariansen mfl. (red). 3. Utg. Oslo. 2006. s 19-39

- **Hellum**, Anne. Rettferdighet og frihet. Tove Stang Dahls forfatterskap i et nøtteskall. I: Prosa. 06/2006. (Hentet fra <http://2001-10.prosa.no/artikkel.asp?ID=103>)
- **Hunter 2012**, Rosemary, "Feminist judgments as teaching resources", 2012, Oñati Internationale Institute for Sociology of Law, Spania, Oñati Socio-Legal Series, v. 2, n. 5 (2012) – Critical Thinking Inside Law Schools. 2012, s 47-62. (Sitert fra: <http://ssrn.com/abstract=2115435>).
- **Hunter 2010a**, Rosemary. An account of Feminist judging. I: Feminist Judgments, From Theory to Practice. Rosemary Hunter, Clare McGlynn, Erika Rackley (red). Oxford and Portland, Oregon, 2010. S 30-43
- **Hunter 2010b**, Rosemary. McGlynn, Clare. Rackley, Erika. Feminist Judgments: An introduction. I: Feminist Judgments, From Theory to Practice. Rosemary Hunter, Clare McGlynn, Erika Rackley (red). Oxford and Portland, Oregon, 2010. S 3-29
- **Howie**, Gill Feminist philosophy. I: The future of philosophy towards th 21st century. Oliver Leaman (red.). 1. utg. Routledge, London. 1998. s 105-119
- **Høgberg 2006**, Benedikte Moltumyr Rt-2006-262 (enkepensjon) - intet bidrag til likestilling I: Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernsrettslige spørsmål, 2006, s. 161-163 (sitert fra Lovdata)
- **Høgberg 2010**, Benedikte Moltumyr. Grunnloven § 97 etter plenumsdommen i Rt-2010-143 (Rederiskattesaken). Tidsskrift for rettsvitenskap 2010 s 694-744 (sitert fra Lovdata)
- **Høgberg 2009**, Benedikte Moltumyr. Tilbakevirkningsforbudet i norsk rett. Phd-avhandling. Det juridiske fakultet i Oslo. 2009
- **Jacobsen**, Jørn RT Om begrepet 'juridisk metode' I: Jussens Venner. 2003 s 360-375.
- **Johnsen**, Jon T. Retten til juridisk bistand : en rettspolitisk studie. Oslo. 1987
- **Ketscher 2002**, Kirsten (2002). "Retsvidenskapen set gjennom kvinderettens prisme" i Erkjennelse og engasjement. Minneseminar for David Roland Doublet 1954 - 2000, Bergen: Fagbokforlaget 2002.

- **Ketscher 2008**, Kirsten. Diskrimineringsforbud – Nogle generelle overvejelser. I: Diskriminerings- og likestillingsrett. Anne Hellum og Kirsten Ketscher (red.).1. utg. Oslo. 2008. s 33-57.
- **Ketscher 2013**, Kirsten. Ejendomsret til sociale ydelser. Retrospektivt gensyn med Borthen og Thunheim i lyset af EMK Tp 1 art 1 med inddragelse av Lindheim (Tomtefestesagen) I: Velferd og rettferd. Festskrift til Asbjørn Kjøenstad 70 år. Ketscher mfl. (red.) 2013. s. 315-330.
- **Ketscher 2000**, Kirsten. Mod en argumentativ ret. I:Jussens venner. Oslo. 2000. s. 272-287
- **Ketscher 2008**, Kirsten. Socialret. Principper, rettigheder, værdier. 3. Omarbejdede udgave. København. 2008
- **Kjøenstad 1984**, Asbjørn. Husmorsameie og rettsutviklingen, Tidsskrift for rettsvitenskap.1984, s 554-586
- **Kjøenstad 2008a**, Asbjørn. Grunnlovsværn for sosiale rettigheter, særlig enkepensjon I: Socialretlige utviklinger og utfordringer. Stine Jørgensen og Jens Kristiansen (red.). 1. Utg. København, 2008, s. 63-78
- **Kjøenstad 2008b**, Asbjørn. Syse, Aslak. Velferdsrett I, Grunnleggende rettigheter, rettssikkerhet og tvang. 4. Utg. Oslo. 2008
- **Kristeva**, Julia. En ny type intellektuell: dissidenten. (Oversatt av Ingeborg W. Ovesen) I: AGORA. Journal for metafysisk spekulasjon nr 1. 2003. s 21-29.
- **Lødrup**, Peter. Sverdrup, Tone. Familieretten. 5.utg. Oslo, 2004
- **Løvlie**, Anders, Rettslige faktabegreper, Phd avhandling, Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo, 2014
- **McHugh**, Nancy Arden. Feminist Philosophies A-Z. 1.utg. Edinburgh University Press Ltd. 2007.
- **Mæhle**, Synne Sæther. Gjelder det andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene? I: Jussens venner 05/06 2004 s 329-342
- **Nordstrøm**, Tina S. 2009, Minoritetskvinnens rett til rettighetsinformasjon. I: Kvinnerettslig skriftserie nr. 81/2009 KVIBALD, Universitetet i Oslo. 2009

- **Nussbaum**, Martha C. *Frontiers of Justice. Disability, Nationality, Species Membership.* The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England. 2006
- **Olsen**, Henrik Palmer. *Sociale rettigheter, retfærdig rettergang og retten til ikke at bli diskriminert: utviklingstendenser i EMDs praksis I: Sosialretlige utviklinger & utfordringer.* Stine Jørgensen og Jens Kristiansen (red.). 1. Utg. København, 2008, s. 79-102
- **Owesen**, Ingeborg Winderen. *Julia Kristeva – en kort introduksjon.* I: AGORA. Journal for metafysisk spekulasjon nr 1/2003. s 5-12
- **Rawls**, John. *En teori om rettferdighet (oversatt av Jørgen Sandemose).* I: *Exphil II. Tekster i etikk.* Per Ariansen mfl. (red). 3. Utg. Oslo. 2006. s 73-103.
- **Robberstad**, Anne. *Mellom Tvekamp og inkvisisjon, Straffeprosessens grunnstruktur belyst ved fornærmedes stilling,* Universitetsforlaget. Oslo. 1999
- **Solheim**, Stig. *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettskonvensjon.* 1. Utg. Cappelen Akademisk. 2010
- **Strand**, Vibeke Blaker. *En diskrimineringsrettslig tilnærming versus en velferdsrettslig tilnærming for bedring av utsatte grupper og individers rettsstilling.* *Retfærd* 2012 . s. 55-80
- **Stub**, Marius. *Tilsynsforvaltningens kontrollvirksomhet: Undersøkelse og beslag i feltet mellom forvaltningsprosess og straffeprosess.* Oslo. 2011
- **Sverdrup**, Tone. *Stiftelse av sameie i ekteskap og ugift samliv.* Oslo. 1997
- **The Cambridge Dictionary of Philosophy.** Robert Audi (red.) 2.utg, Cambridge University Press. England. 1999
- **Tollefsen**, Ninja. *Aldersdiskriminering av kvinner i forhold til pensjonsrettigheter.* I: *Kvinneverettslig skriftserie nr 89/2013. KVIBALD,* Universitetet i Oslo. 2013

Avgjørelser fra EMD (Den europeiske menneskerettsdomstol)

- **Åsmundsson**, Kjartan mot Island (Application no. 60669/00) (EMD-2000-60669), se dom 12. oktober 2004 (sitert fra HUDOC)
- **Azinas** mot Kypros (Application no. 56679/00) (EMD-2000-56679) med dom 20. juni 2002.
- **Bäck** mot Finland (Application no. 37598/97) (EMD-1997-37598), 20. juli 2004
- **Carson** mfl mot Storbritannia (Application no. 42184/05) 16. mars 2010
- **Schuler-Zgraggen** v Switzerland (Application no. 14518/89) 24 June 1993
- **Goudswaard-van der Lans** mot Nederland (Application no. 75255/01) (EMD-2001-75255) av 22. september 2005 (sitert fra HUDOC)
- **Hoogendijk** mot Nederland (Application no. 58641/00) (EMD-2000-58641) av 6. januar 2005. (sitert fra HUDOC)
- **Hutten-Czapska** mot Polen (App.no 35014/97) av 19. Juni 2006 (sitert fra Hudoc)
- **Lakicevic** mfl mot Montenegro og Serbia (App.no 27458/06, 37205/06, 37207/06 og 33604/07) 13. Des. 2011 (sitert fra HUDOC)
- **Lindheim** mfl mot Norge (App.no 13221/08 og 2139/10) 12. juni 2012 (sitert fra HUDOC)
- **Moskal** mot Polen (App.no 10373/05), 15. september 2009
- **Runkee** og White mot Storbritannia (Applications nos. 42949/98 and 53134/99) av 10 Mai 2007
- **Scollo** mot italia app.no 29/1994/471/552 av 1.sept 1995
- **Spadea** mot italia (app.no 23/1994/470/551) av 1. september 1995
- **Stec** mfl mot Storbritannia (App.no 65731/01 og 65900/01) 6. juli 2005 (sitert fra HUDOC)
- **Stretch** mot Storbritannia (App.no 44277/98) av 24. juni 2003
- **Valkov** mfl. v. Bulgaria, dom av 25. oktober 2011
- **Zeman** mot Østerrike (App.no. 23960/02) 29. June 2006 (sitert fra HUDOC)

Avgjørelse fra EFTA-domstolen

EFTA-domstolens dom av 30. Oktober 2007 (sak E-2/07, Efta Surveillance Authority mot Norge)

Avgjørelse fra EU-domstolen

EU-domstolens dom av 18. Juli 2007 (Sak C-212/05 Hartmann)

Avgjørelser fra norske rettsinstanser

Rt.2006.262 Enkepensjonsdommen (sitert fra Lovdata)

Rt-1996-1415 Borthen

Rt-1996-1440 Thunheim

Rt.2007.1281 Tometefestesaken

Rt.1962.332 Statspensjonsdommen

Rt.1976.1 Kløftadommen

Rt.1975.220 Husmorddommen

(HR-2005-928-U) Høyesteretts kjæremålsutvalg

(LB-2004-32496) Borgarting lagmannsretts dom av 21. februar 2005

Trygderetten kjennelse 11. september 1997

Trygderetten kjennelse 17. september 1999

Konvensjoner

1950 Den europeiske menneskerettskonvensjonen av 4. November 1950 (EMK)

1952 Den europeiske menneskerettskonvensjonen Tilleggsprotokoll nr. 1 av 20. mars (P1-1)

Lover (sitert fra lovdata)

- 1814 Kongeriget Norges Grundlov, given i Rigsforsamlingen paa Eidsvold den 17de Mai. 17. mai 1814 (Grunnloven)
- 1915 Domstolsloven 18. august 1915 nr. 5

- 1921 lov om Statens Pensjonskasse av 28. juli 1921 nr. 26
- 1927 lov om ektefellers formuesforhold av 20. mai 1927
- 1937 Lov om forandringer i ekteskapslovgivningen 25. juni 1937 nr 13
- 1949 Lov om Statens Pensjonskasse 28. juli 1949 nr. 26
- 1966 lov om anke til Trygderetten 16. desember 1966 nr. 9
- 1973 Lov om endringer i lov av 31.mai 1918 nr 2 om indgaaelse og oppløsning av egteskap, for så vidt angår fraskiltes rett til ektefellepensjon m.m. av 19. mai 1973 nr 23
- 1991 Lov om ekteskap (ekteskapsloven) av 4. juli 1991 nr. 47
- 1996 Lov om Tomtefeste (tomtefesteloven) 20. desember 1996 nr 106
- 1997 Lov om folketrygd (folketrygdloven) av 28. februar 1997 nr. 19
- 1999 Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) 21. mai 1999
- 2005 Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) av 17. juni 2005 nr 90

Etiske prinsipper for dommeratferd

2010. domstol.no. Tilsynsutvalget for dommere. Etiske prinsipper for dommer atferd. Utarbeidet og vedatt av Den Norske Dommerforening, Teknas etatsforening for jordskifterettene og Domstoladministrasjonen. Oktober 2010. Se <http://www.domstol.no/no/Enkelt-domstol/Tilsynsutvalget-for-dommere/Etiske-retningslinjer/>

Lovforarbeider

Ot.prp.nr.31 (1972-1973)

om endringer i lov av 31.mai 1918 nr 2 om indgaaelse og oppløsning av egteskap, for så vidt angår fraskiltes rett til ektefellepensjon m.m. av 19. mai 1973 nr 23

Innst. O nr 36 for (1972-1973)

om endringer i lov av 31.mai 1918 nr 2 om indgaaelse og oppløsning av egteskap, for så

vidt angår fraskiltes rett til ektefellepensjon
m.m. av 19. mai 1973 nr 23

Ot.prp.nr.13 for 1937
Innst.O VIII 1937

for forandringer i ekteskapslovgivningen
for forandringer i ekteskapslovgivningen

Innst.O.nr.71 (1990-1991)
Ot.prp.nr.28 (1990-1991)
NOU 1987:30

Om lov om ekteskap
Om lov om ekteskap
Innstilling til ny ekteskapslov - del II

Ot.prp. nr. 77 (1989-90)

Om lov om endringer i lov 17 juni 1966 nr 12
om folketrygd og i visse andre lover. Endring-
er i folketrygdens pensjonssystem.

Ot.prp. nr. 3 (1990-91)

Om lov om endringer i lov 17 juni 1966 nr 12
om folketrygd og i visse andre lover.

Stortingsdokumenter

Dokument 16 (2011-2012) Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsut-
valget om menneskerettigheter i Grunnloven.

Forelesning

Pettersen 2006 , Tove. Forelesning i etikk ex.phil. Universitetet i Oslo den 29.11.2006.

Internet

2013 NAV

<https://www.nav.no/Om+NAV/Tall+og+analyse/Pensjon/Ytelser+til+gjenlevende>