

Justis- og beredskapsdepartementet
v/
Lovavdelingen

Vår ref.:
18/2401- 2- GHE

Deres ref.:
18/5852 EP IMHV/bj -

Dato:
14.02.2019

Høring - endringer i vergemålsloven mv. (personer uten samtykkekompetanse, særskilt forvaltning av midler, klage- og begjæringsrett i saker om vergen mv.)

1. Innledning

Likestillings- og diskrimineringsombudet (Ombudet) har lovfestet ansvar for å føre tilsyn med om norsk rett og praksis samsvarer med Norges forpliktelser etter blant annet FN-konvensjonen om rettighetene til personer med nedsatt funksjonsevne (CRPD) jf. diskrimineringsombudsloven § 5 tredje ledd. Videre har vi et lovfestet ansvar for å fremme likestilling for personer med nedsatt funksjonsevne jf. diskrimineringsombudsloven § 5 første ledd.

Vi har enkelte merknader til høringsnotatets forslag til endringer i vergemålsloven: Under pkt 2 forklarer vi hvorfor vi mener de endringer som foreslås ikke i tilstrekkelig grad klargjør reguleringen av frivillig vergemål. Under pkt 3 har vi merknader til de konkrete endringsforslagene og spørsmålene som stilles i høringsbrevet. Under pkt 4 omtaler vi hvilke endringsbehov vi mener gjenstår. I pkt 5 konkluderer vi med at det er behov for å utrede nytt system for beslutningsstøtte som erstatter dagens ordning med frivillig vergemål.

2. Forslaget bidrar ikke til tilstrekkelig klarhet

En uttalt intensjon bak de lovendringene som nå foreslås, er at det skal komme tydeligere frem i loven at ordinære vergemål skal være frivillig. Ombudet er imidlertid opptatt av at vesentlige føringer som er ment å ha betydning for praktiseringen av loven, selv med de endringene som nå foreslås, ikke vil fremgå av lovens ordlyd. Dette bidrar til at reguleringen av frivillig vergemål fortsatt vil fremstå som komplisert å anvende. Dette kan øke risikoen for en praktisering som ikke samsvarer med lovens intensjon.

Etter det ombudet forstår vil endringsforslaget innebære følgende regulering av frivillig vergemål for personer som ikke anses å ha samtykkekompetanse:

- Vergemålet kan bare opprettes dersom det ikke er i strid med vedkommendes vilje. Dette vil fremgå av lovtekst § 20 annet ledd.
- Det foreslås å legge til grunn en klar formodning for at opprettelse av vergemål er i samsvar med reell vilje. Dette vil eventuelt fremgå av forarbeider og tolkes inn i § 20, men ikke fremgå av lovens ordlyd.
- Vergemålet kan opprettes til tross for protest, dersom vergemålsmyndigheten kommer til at protestene ikke gjenspeiler reell vilje. Dette vil fremgå av forarbeider og tolkes inn i § 20, men ikke fremgå av lovens ordlyd.
- Samtale med den det er begjært opprettet frivillig vergemål for, kan unnlates bare dersom slik samtale fremstår som “umulig eller formålsløst”. Dette vil fremgå av § 59. Det foreslås ikke å lovfeste et krav om at det må dokumenteres hva som er begrunnelse for at det konkluderes med at samtale kan unnlates fordi det fremstår umulig eller formålsløst.
- § 33 foreslås endret slik at det vil fremgå av ordlyden i bestemmelsen at vergen ikke kan foreta disposisjoner i strid med viljen til personen underlagt frivillig vergemål, i tilfeller der vedkommende vilje kan kartlegges.
- Kriteriet “forstå” skal ved vurderingen av om personen har samtykkekompetanse, ikke tolkes strengt. Dette fremgår av forarbeidene jf Ot prp (2008-2009) side 178, men vil ikke fremgå av lovens ordlyd.
- § 33 annet ledd om at legeerklæring *kan* innhentes for å få klargjort om vedkommende kan “forstå” en disposisjon videreføres.
- Av § 59 fremgår det at fylkesmannen *skal* legge til grunn erklæring fra *lege eller annen sakkyndig* for å få klargjort om vedkommende pga. forhold som nevnt i § 20 ikke er i stand til å ivareta sine interesser, og om personen «forstår» hva samtykke til opprettelse av vergemål innebærer jf. § 20. Hva som ligger i ordlyden «*eller annen sakkyndig*» fremgår ikke av lovens ordlyd. ¹ Vi kan heller ikke se at det i forarbeidene gis klare føringer for hva som ligger i lovens krav om sakkyndighet her.

¹ I forarbeidene Ot prp (2008-2009) side 52 avviser departementet forslag fra helsedirektoratet om å knytte medisinsk sakkyndig til vergemålsmyndigheten: «Departementet viser til at det ved i stedet å basere avgjørelsen på erklæringer fra lege eller andre sakkyndige som har særlig kunnskap om personen og/eller saksfelt, jf § 59 antar departementet at fylkesmann kan basere avgjørelsene sine på et bedre faglig grunnlag tilpasset behovet i den enkelte saken enn om hvert fylkesembete selv skulle ha en tilknyttet medisinsk sakkyndig.

3. Vurdering av forslag til endring av §§ 20 og 33

I utgangspunktet er ombudet positiv til intensjonen bak de endringer som foreslås i § 20 og § 33; å klargjøre selvbestemmelsesretten for den som ikke er fratatt rettslig handleevne ved dom. Utfordringer når det gjelder selvbestemmelse for denne gruppen er et tema ombudet har tatt opp også med FNs CRPD-komite, senest i september 2018. Vi støtter også det Justisdepartementet skriver på side 12 i tolkningsuttalelsen 21 mars 2018 om at “de sentrale hensyn som ligger til grunn for vergemålsloven, og Norges konvensjonsforpliktelser etter CRPD artikkel § 12 tilsier at personer uten samtykkekompetanse er sikret selvbestemmelse og rettssikkerhetsgarantier på linje med personer med samtykkekompetanse”.

Vi er imidlertid skeptiske til om endringsforslagene er egnet til å fremme selvbestemmelse, rettssikkerhet og tilgang på beslutningsstøtte for personer uten samtykkekompetanse, herunder om forslagene er tilstrekkelig til å oppfylle forpliktelsene som følger av CRPD.

3.1 Vektlegging av vilje og formodning om at vergemål samsvarer med vilje - tilstrekkelig prosessuell rettssikkerhet?

På side 26 i høringsbrevet ber departementet om høringsinstansenes syn på om det bør legges til grunn en formodning om at vergemål samsvarer med vilje til en person som mangler samtykkekompetanse. Det vises i høringsbrevet til Lovavdelingens tolkningsuttalelse 21. mars 2018 hvor en slik klar formodning antas å kunne legges til grunn også etter dagens regler.

Det er grunn til å stille spørsmål ved om rettsikkerheten vil bli ivaretatt godt nok i den prosessen som skal lede frem til vergemålsmyndighetens forståelse av den antatt vergetrengendes “vilje”.²

3.1.1 Formodning om at vergemål samsvarer med vedkommendes vilje dersom vedkommende er passiv

I henhold til forarbeidene skal det som nevnt ovenfor være lav terskel for at en person anses samtykkekompetent. Dersom disse signalene i forarbeidene følges opp i praksis, er det nærliggende å anta at i de tilfeller vedkommende ikke anses samtykkekompetent, vil det også kunne være vanskelig å klarlegge vedkommendes vilje.

Dette er særlig nærliggende i de tilfellene der vedkommende det er aktuelt å opprette verge for er passiv og uten verbalt språk. I slike tilfeller vil det være vanskelig å kartlegge vedkommendes «vilje». Det er derfor fare for at det foreslåtte viljes-kriteriet i disse sakene i praksis vil få liten reell betydning.

² Vi viser også til Sivilombudsmannens uttalelse 16.10 2018.

3.1.2 Formodning om at vergemål samsvarer med vilje dersom vedkommende aktivt protesterer

Videre er vårt syn at i de tilfellene hvor vedkommende aktivt protesterer mot å bli underlagt frivillig vergemål, fremstår det som vanskelig å konstatere at vergemål likevel må antas å samsvare med viljen til vedkommende. Vi forstår departementets intensjon, og er enig i at det kan være tilfeller hvor det bør kunne vektlegges hva vedkommende har ment tidligere. Etter vår vurdering taler hensyn til rettsikkerhet likevel mot at det kan opprettes frivillig vergemål dersom vedkommende protesterer. Vi vektlegger at selv med de endringer som foreslås, vil det fortsatt være slik at frivillig vergemål fremstår som en innskrenking av autonomi heller enn en frivillig beslutningsstøtteordning. Vi mener derfor det derfor vil ha formodningen for seg at uttrykt protest mot vergemål gjenspeiler reell motstand mot å bli satt under vergemål. I slike tilfeller taler rettssikkerhetshensyn for at vergemål ikke opprettes medmindre de vilkår som følger av § 22 om tvungent vergemål er oppfylt.

3.1.3 Innspill til § 59

Departementet ber også på side 6 i høringsbrevet om innspill til utkast til endringer i § 59 om at det skal gjennomføres samtale med den som er begjært satt under verge, *med mindre det må anses umulig eller formålsløst å gjennomføre samtalen.*

Formuleringen om at samtale i forkant kan unnlates, når det fremstår *formålsløst*, er en formulering som gir stort rom for skjønn. Når det i tillegg ikke kreves dokumentasjon for hva som legges til grunn for vurderingen av at samtale *anses umulig eller formålsløst*, gir dette grunn til bekymring for den prosessuelle rettsikkerheten. Vi merker oss at det fremgår av Riksrevisjonens dokument 3 (2016-2017) side 13, at Justisdepartementet i tildelingsbrevet til Sivilrettsforvaltninga for 2018 har satt krav på flere områder, herunder for gjennomføring av samtaler. Vi mener imidlertid at det bør lovfestes krav om at det må dokumenteres hva som er begrunnelse for at det konkluderes med at samtale kan unnlates fordi det fremstår umulig eller formålsløst.³

3.1.4 Kort om klage og begjæringsrett om opphør av vergeoppdrag

Forslaget til endring av § 29 innebærer at vergehaver selv, samt en viss krets rundt skal kunne begjære fratakelse av vergeoppdrag, samt at det gis en klagerett på den avgjørelse Fylkesmannen kommer til. Dette er positivt. Vi mener imidlertid det i større grad ville styrke tilliten til systemet og være mer egnet til å fremme godt samarbeid mellom vergehaver og verge, dersom den enkelte, så langt

³ Vi viser også til at Riksrevisjonen på side 12 i rapporten tilrår at fylkesmannen må dokumentere hva som ligger til grunn for individtilpasning av vergemålet, for at mandat ikke skal bli mer omfattende enn nødvendig.

det er mulig, og forsvarlig, selv får avgjøre hvem som skal være verge. ⁴ Som et minimum burde ordlyden i 29 annet ledd endres slik at det fremkommer at utgangspunkt skal være hva som samsvarer med personens vilje, heller enn hva forvaltningen anser som personens beste.

3.2 Fare for økt fratakelse av rettslig handleevne

Et annet vesentlig problem med de endringer som foreslås i § 20 og 33 er at de kan medføre økt pågang for domstolene om fratakelse av rettslig handleevne. Dette vil medføre en risiko for at svekkelse av autonomi heller enn styrking av autonomi blir resultatet. ⁵

Vi viser i den sammenheng også til følgende uttalelser fra Sivilombudsmannens i brev til Justisdepartementet 16. oktober 2018: « Selv om lovavdelingens tolkning (som nå foreslås lovfestet vår anm) isolert sett medfører en noe høyere grad av prosessuell rettssikkerhet for enkelte personer som motsetter seg vergemål, har den imidlertid til konsekvens at disse vergemålene i en del tilfeller må gjøres mer inngripende, ved at vedkommende også blir fratatt rettslig handleevne helt eller delvis...I dette tilfellet vil en slik løsning også stå i et problematisk forhold til «det minste inngrep prinsipp» som ligger til grunn for utformingen av reglene om vergemål i nåværende vergemålslov og som også følger av blant annet EMK artikkel 8.»

At forslaget som konsekvens kan medføre fare for økt fratakelse av rettslig handleevne står som Sivilombudsmannen også sier om dette i dette i brev av 16 oktober 2018 i et «anstrengt» forhold til CRPD.

3.3 Flere uten noen støtte/verge

I henhold til det foreslåtte viljeskriteriet i § 20 skal også personer som anses å mangle samtykkekompetanse kunne motsette seg å bli underlagt vergemål. Som følge av de relativt strenge vilkårene for fratakelse av rettslig handleevne i vergemålsloven § 22, vil det være enkelte tilfeller hvor det ikke kan opprettes frivillig vergemål fordi personen motsetter seg dette, samtidig som vilkårene for tvungent vergemål ikke er oppfylt. Dette vil for eksempel kunne dreie seg om personer som er relativt godt fungerende, og som kan ha en lett psykisk utviklingshemming. ⁶

⁴ Jf NOU 2017:17 På lik linje side 184

⁵ Vi viser til uttalelse gjengitt i VG 22. desember: «Det blir helt klart nødvendig å føre et betydelig større antall saker om fratakelse av rettslig handleevne for retten, skriver fagdirektør Gunnar Munkerud hos Fylkesmannen i Agder».

⁶ Diagnosen utviklingshemmede er en samlebetegnelse som rommer en rekke ulike tilstander som medfører en intellektuell funksjonsnedsettelse. Det er store variasjoner mellom disse personene, og World Health Organization (WHO) anslår at ca 85 % av de som har en utviklingshemming har en lett utviklingshemming.

Dette er omtalt også i høringsbrevet på side 6, og departementet skriver at «dette må imidlertid bli en konsekvens hvis loven skal legge avgjørende vekt på selvbestemmelse ved opprettelse av et ordinært vergemål».

Det er positivt at lovforslaget tar sikte på å gjøre det klart at disse personene kan motsette seg et vergemål de ikke ønsker. Blant disse personene som kan motsette seg å bli underlagt vergemål, vil det likevel kunne være mange som har behov for ulike former for hjelp og støtte. Forslaget innebærer imidlertid betydelig risiko for at disse personene vil bli stående uten noen form for bistand til å ivareta sine interesser på det området vergemålsloven gjelder. Dette vil bli en konsekvens om dagens system videreføres kun med den modifikasjon at det legges større vekt på viljen for de som ikke anses samtykkekompetente i spørsmål om frivillig vergemål. Vi viser for eksempel til lagmannsrettens dom LB 2018-64831, som kan synes som et eksempel på denne problemstillingen – uten av vi kjenner situasjonen til den aktuelle personen og familien godt nok til å si noe sikkert om dette.

4. Behov for endret system/system for beslutningsstøtte

Ombudet anerkjenner at det er vanskelig å finne gode løsninger som sikrer personer med intellektuell funksjonsnedsettelse hjelp og støtte, samtidig som retten til selvbestemmelse respekteres.

Selv om vergemålsloven har vært praktisert i bare fire og et halvt år, er det nå om lag 10 år siden forarbeidene til loven ble utarbeidet. I løpet av dette ti-året har det skjedd en betydelig utvikling i retning av større anerkjennelse og vektlegging av at alle personer - uavhengig av funksjonsevne - som utgangspunkt skal ha størst mulig grad selvbestemmelse og autonomi, og at personer med intellektuell funksjonsnedsettelse har rett til støtte og hjelp til å utøve denne.

Etter dagens system reguleres både frivillig vergemål og tvungent vergemål etter vergemålsloven. Også i de tilfeller hvor vergemål er frivillig, fattes det vedtak om at vedkommende «settes under vergemål» jf vergemålsloven § 20. Videre vil det ikke være obligatorisk for saksbehandler å gjennomføre samtale med de som settes under frivillig vergemål. Også frivillig vergemål baseres på legeerklæring eller annen sakkyndig erklæring. Personer som er under frivillig vergemål omtales som «personer som er satt under vergemål» eller «personer under vergemål». Det står også i loven at den som er satt under vergemål «skal så vidt mulig høre den som er satt under vergemål før de foretar disposisjoner», jf. § 33 første ledd. Ord som «integritet», «vilje», «selvbestemmelse», «støtte» og «beslutningsstøtte» finnes ikke i vergemålslovens bestemmelser som gjelder frivillig vergemål.

Denne ordlyden og dette systemet som er foreslått videreført i vergemålsloven, gir ikke assosiasjoner til en frivillig beslutningsstøtte med utgangspunkt i den

enkeltes vilje og preferanser, som er det FNs konvensjon om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne krever.

Ombudet anbefaler derfor at det utarbeides en lovgivning/ny ordning som langt tydeligere skiller mellom tilgang på frivillig beslutningsstøtte og fratakelse av rettslig handleevne enn det dagens vergemålslovgivning gjør, og at rammene for beslutningsstøttene reguleres i ny lov om beslutningsstøtte. Vi anbefaler at departementet utreder hvordan et nytt system for beslutningsstøtte kan erstatte dagens system for frivillig vergemål. Et slikt beslutningsstøttesystem kan utbygges samtidig som muligheten til å frata rettslig handleevne ved dom beholdes, for det fåtall av personer hvor dette anses nødvendig og for å være det eneste alternativ som anses å gi tilstrekkelig rettssikkerhet. Imidlertid kan beslutningsstøtter som har kompetanse og kjennskap nok til den aktuelle personen som trenger støtte, i det store flertall av tilfeller kunne bidra til å tolke og støtte opp om vedkommendes vilje.

I den sammenheng fremhever vi at CRPD artikkel 12 ikke bare foreskriver rett til å ha og utøve rettslig handleevne jf hhv § 12 nr 1 og 2, men at det følger av § 12 nr 3 at:

«Partene skal treffe hensiktsmessige tiltak for å gi mennesker med nedsatt funksjonsevne tilgang til den støtte de kan trenge for å kunne utøve sin rettslige handleevne».

De konsekvenser av endringsforslaget som vi har omtalt ovenfor under pkt 2 og 3 taler for at vi trenger langt mer grunnleggende endringer for at vi skal få et system der også personer som anses ikke å samtykkekompetanse er sikret selvbestemmelse, rettsikkerhet og tilgang på beslutningsstøtte på linje med personer med samtykkekompetanse - i tråd med Stortingets ønske og våre konvensjonsforpliktelser etter CRPD artikkel 12.⁷

Vi savner at Justisdepartementet i høringsbrevet redegjør for hvordan denne positive forpliktelsen til å sikre beslutningsstøtte forstås, og etterlyser en omtale av hvordan departementet mener vergemålsloven, med de endringer som foreslås, oppfyller de forpliktelser som ligger i denne bestemmelsen.

Vi viser til NOU 2016: 17 På lik linje. Utvalget anbefaler under pkt. 19.2.3 side 184 å erstatte vergemål for voksne med rettslig handleevne, med en rett til beslutningsstøtte, og foreslår på side 184-185 omfattende endringer for å sikre

⁷ Stortinget har ved sin behandling av Riksrevisjonens kritikk av vergemålsordningen kommet med viktige signaler som det er grunn til å se hen til når vi vurderer de endringene som er foreslått⁷. Stortinget har særlig vektlagt at vergemålsreformen som ble vedtatt i 2013 var ment å fremme individtilpasset og fleksibelt tilbud uavhengig av bosted, og at vergemålet ikke skulle gjøres mer omfattende enn nødvendig. Overflytting av ansvar fra kommune til fylkesmenn skulle sikre likebehandling og økt rettssikkerhet.

at utviklingshemmede får nødvendig støtte.⁸ De grunnleggende utfordringer ved dagens vergemålssystem som påpekes av dette utvalget, gjenstår også om de lovendringer som nå forslås blir vedtatt.

Vi viser også til at et samlet utvalg i NOU 2011:9 Økt selvbestemmelse og rettsikkerhet «anbefaler at modellen for supported decision making utredes videre», se pkt 12.2.5 på side 147.

I arbeidet med en slik nytt system for/ny lov om beslutningsstøtte bør det ses hen til lovreform vedtatt i enkelte andre land for å fremme retten til rettslig handleevne i samsvar med CRPD. Det er blant annet grunn til å merke seg at Irland i 2015 vedtok Assisted Decision Making Act (foreløpig ikke i kraft) som bla introduserer en rekke nye roller for å sikre assistanse til personer hvor det kan stilles spørsmål ved kapasitet til selv å fatte beslutninger.

5. Samlet vurdering

Det er positivt at departementet fremmer forslag til lovendringer med sikte på å klargjøre i lovens ordlyd at frivillig vergemål ikke kan opprettes i strid med viljen til den det er aktuelt å opprette vergemål for.

De aktuelle endringsforslagene omtalt ovenfor, er imidlertid ikke tilstrekkelig egnet til å fremme selvbestemmelse, rettssikkerhet og tilgang på beslutningsstøtte for personer uten samtykkekompetanse.

Siden forarbeidene til vergemålsloven ble skrevet har det skjedd en betydelig utvikling i retning av større vektlegging av selvbestemmelse og autonomi.

Vi mener det er behov for at ordningen med ordinært vergemål gjennomgås på nytt i lys av de premisser som er fremhevet i NOU 2016:17 På lik linje i kapittel 13 om vergemål, med sikte på at vergemål for voksne som ikke er fratatt rettslig handleevne ved dom, erstattes med en rett til beslutningsstøtte.

Det er blant annet behov å utrede rammene for beslutningsrådgiverne og tydelig regulering av disse. I tillegg er det behov for at det utredes om og eventuelt hvordan samme forvaltningsapparat som i dag administrerer vergemål, kan administrere et nytt system for beslutningsstøtte.⁹

⁸ Dette utvalget konkluderer også samlet side 138 konkluderer med at gjeldende vergemålslov er diskriminerende og følgelig i strid med CRPD.

⁹ Vi viser i tillegg til anbefalingene i Riksrevisjonens dokument 3:6 (2017-2018).

Vennlig hilsen

Hanne Inger Bjurstrøm
Likestillings- og diskrimineringsombud

Guri Hestflått Gabrielsen
fagdirektør

Dokumentet er elektronisk godkjent, og gyldig uten signatur.

KKOPPI