



SIVILOMBUDSMANNEN

Justis- og beredskapsdepartementet
Postboks 8005 Dep
0030 OSLO

Vår referanse
2016/2884

Deres referanse
17/1729 EP AMSL/jcn

Vår saksbehandler
Anders Eldor Boye

Dato
16.10.2018

Underretning om mangler ved lover, administrative forskrifter eller administrativ praksis – vilkår for vergemål

Innledning

Det vises til tidligere korrespondanse i saken, sist vårt brev 27. november 2017 med orientering om ombudsmannens uttalelse i saken.

Statens sivilrettsforvaltning (SRF) kommenterer ombudsmannens uttalelse i brev 25. mai 2018. SRF viser her til Lovavdelingens uttalelsen 21. mars 2018 (JDLOV-2018-119) og opplyser at de i fremtiden vil tolke vergemålsloven på samme måte som Lovavdelingen gjør i denne uttalelsen. Utdrag av kopi av brevet fra SRF i anonymisert versjon følger vedlagt.

Ifølge sivilombudsmannsloven § 11 kan ombudsmannen gi departementet underretning dersom han blir oppmerksom på mangler ved lover, administrative forskrifter eller administrativ praksis. SRFs varslete endring av praksis, som følge av Lovavdelingens uttalelse, gir grunnlag for en slik melding.

Forholdet mellom ombudsmannens uttalelse og Lovavdelingens uttalelse

Ombudsmannens uttalelse gjelder et vergemål uten fratakelse av rettslig handleevne for en voksen person. Et sentralt spørsmål i uttalelsen – som også var bakgrunnen for at det ble bedt om en uttalelse fra departementet i sakens anledning – er hva som skal til for at vergemålsmyndighetene plikter å oppheve et slikt vergemål dersom vergehaver motsetter seg å være under vergemål. På dette spørsmålet konkluderte ombudsmannen slik:

«Til tross for uttalelsene i lovforarbeidene antar derfor ombudsmannen at en erklæring om tilbakekall av samtykke til vergemål bare vil ha rettsvirkninger dersom den som er under vergemål, har evne til å samtykke til opprettelse av vergemål. Etter vergemålsloven § 20 annet ledd første punktum vil det avgjørende være om

vedkommende `er i stand til å forstå hva det konkrete samtykket til vergemål innebærer´.»

Lovavdelingen har i sin uttalelse – under tvil – falt ned på en annen forståelse av gjeldende rett enn det ombudsmannen ga uttrykk for i ovennevnte uttalelse. Lovavdelingens uttalelse går ut på at lovens uttrykkelige vilkår for å opprette og opprettholde vergemål uten fratakelse av rettslig handleevne – jf. § 20 første og andre ledd og § 63 første ledd – må suppleres med et ulovfestet tilleggsvilkår. Det aktuelle tilleggsvilkåret vil i praksis bare ha selvstendig betydning i tilfeller hvor den gjelder, ikke er i stand til å forstå hva et samtykke til vergemål innebærer. Etter det ombudsmannen forstår, går regelen Lovavdelingen gir anvisning på, ut på følgende:

- at vergemålet likevel bare kan opprettes dersom dette ikke er i strid med vedkommendes «reelle vilje»
- at det gjelder en klar presumsjon for at opprettelse av vergemål *er* i samsvar med vedkommendes «reelle vilje», og at det derfor først og fremst er i tilfeller hvor vedkommende uttrykkelig protesterer at det må foretas en bredere vurdering av personens ønsker for å kartlegge om vedkommende er for eller imot vergemålet
- at vergemålet kan opprettes til tross for av vedkommende protesterer, dersom vergemålsmyndighetene kommer til at protestene ikke gjenspeiler vedkommendes «reelle vilje»

Det fremgår forutsetningsvis at Lovavdelingen ikke finner grunn til å oppstille et tilsvarende ulovfestet tilleggsvilkår når det gjelder opprettelse av vergemål *med* fratakelse av rettslig handleevne, jf. vergemålsloven § 22. Lovavdelingen synes også å være innforstått med at avdelingens tolkning innebærer at det kan bli nødvendig å opprette slike vergemål i en del tilfeller hvor man ellers kunne ha nøyd seg med å opprette vergemål *uten* fratakelse av rettslig handleevne. Etter avdelingens syn taler «det minste middels prinsipp» likevel ikke mot denne tolkingen, idet opprettelse av «et ordinært vergemål i strid med noens reelle vilje ... vil fremstå inngripende selv om han eller hun ikke har evne til å avgi et gyldig samtykke til opprettelsen».

Stortinget har ved en rekke anledninger gitt uttrykk for at forvaltningen forutsettes å rette seg etter ombudsmannens vurderinger. Dette fremgår også av stortingsvedtak 995 (2015–2016), der Stortinget «ber regjeringa i styringa av sentralforvaltninga ha som ein føresetnad at ein i alminnelegheit godtek og bøyer seg for oppfatninga til Sivilombodsmannen». Ombudsmannen er innforstått med at Lovavdelingen i praksis opptre uavhengig av departementsledelsen når den avgir tolkningsuttalelser. Det forutsettes imidlertid at Justis- og beredskapsdepartementet – som ansvarlig fagdepartement – bidrar til at vergemålsforvaltningen innretter sin forvaltning av regelverket i tråd med Stortingets forutsetninger om at Sivilombudsmannens oppfatning i alminnelighet skal legges til grunn.

Lovavdelingen har i sin uttalelse fremholdt at spørsmålet om det må innfortolkes et tilleggsvilkår i vergemålsloven § 20 «ikke [var] gjenstand for særskilt vurdering i saken», og at

ombudsmannens tolkning «er lagt til grunn uten nærmere drøfting». Det er i og for seg riktig at uttalelsen ikke inneholder noen uttrykkelig vurdering av om § 20 må suppleres med et ulovfestet tilleggsvilkår med det innholdet Lovavdelingen har gitt anvisning på. Etter ombudsmannens syn fremsto dette heller ikke spesielt nærliggende ut fra det eksisterende rettskildebildet. Sett hen til at Lovavdelingen senere har brakt spørsmålet om et ulovfestet tilleggsvilkår på banen, har ombudsmannen likevel foretatt en fornyet vurdering.

Ombudsmannens vurdering

Lovavdelingen har i uttalelsen pekt på flere interessante og prinsipielle problemstillinger. Ombudsmannen ser ikke bort fra at det kan være hensiktsmessig å justere det gjeldende regelverket for å bedre den prosessuelle rettssikkerheten til personer som settes under vergemål i medhold av vergemålsloven § 20 første og andre ledd. Ut fra den nåværende rettskildesituasjonen er det imidlertid vanskelig å se at det er grunnlag for å oppstille en ulovfestet regel med det innholdet Lovavdelingen har gitt anvisning på.

Vergemålsloven § 20 første og andre ledd angir vilkårene for opprettelse av vergemål uten fratakelse av rettslig handleevne («ordinært vergemål»). Etter det ombudsmannen kan se, er det ingenting i lovens ordlyd eller forarbeider som tyder på at bestemmelsen ikke er ment å være uttømmende. Langt mindre kan det sees å være holdepunkter i lovforarbeidene for at et gjelder en ulovfestet regel med det konkrete innholdet som Lovavdelingen har gitt anvisning på. Dersom Stortinget faktisk hadde ment at de uttrykkelige vilkårene i § 20 skulle suppleres med et såpass vesentlig vilkår, ville den naturlige fremgangsmåten være å innarbeide vilkåret inn i selve lovteksten. I det minste måtte man kunne forvente å finne en beskrivelse eller omtale av vilkåret i lovforarbeidene.

Lovavdelingens har til dels støttet sin konklusjon på den omstendighet at rettssikkerhetsgarantiene for opprettelse av vergemål med fratakelse av rettslig handleevne anses bedre enn ved vergemål uten fratakelse av rettslig handleevne. Selv om også den sistnevnte gruppen av vergemål kan bringes inn for domstolene gjennom gyldighetssøksmål, er ombudsmannen enig i at dagens «tosporede» system gir et bedre prosessuelt vern i tilfeller hvor det er spørsmål om fratakelse av rettslig handleevne. Dette er imidlertid den løsningen lovgiver per i dag har valgt.

Selv om Lovavdelingens tolkning 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. Å tillegge hensynet til prosessuelle regler en slik virkning for tolkningen av materielle inngrepsregler, er etter ombudsmannens syn problematisk i seg selv. I dette tilfellet vil en slik løsning også stå i et problematisk forhold til «det minste inngreps prinsipp», som ligger til grunn for utformingen av reglene om vergemål i nåværende vergemålslov, og som også følger av blant annet EMK art. 8. Ombudsmannen er enig med Lovavdelingen i at også et vergemål uten fratakelse av handleevne vil være inngripende for den det gjelder, dersom det opprettes i strid med vedkommendes ønsker. Samtidig kan det neppe være tvilsomt at det vil være *enda mer*

inngripende dersom vedkommende i tillegg fratas sin rettslige handleevne helt eller delvis. Det vises i denne sammenheng også til omtalen av «det minste inngreps prinsipp» i Ot.prp. nr. 110 (2008–2009) s. 42:

«Det minste middels prinsipp innebærer at det ikke skal gripes inn i den enkeltes selvbestemmelsesrett i større utstrekning enn det som i det enkelte tilfellet er nødvendig. Prinsippet skal legges til grunn både ved vurderingen av om det skal opprettes vergemål, om vergemålet skal omfatte økonomiske og/eller personlige forhold, og om vergemålet eventuelt skal suppleres med en hel eller delvis fratakelse av handleevnen.»

Det bemerkes for øvrig at Lovavdelingens tolkning ikke synes å innebære noen styrking av den prosessuelle rettssikkerheten knyttet til det materielle tilleggsvilkåret avdelingen har oppstilt – nemlig at opprettelse av vergemålet ikke må være i strid med vedkommendes «reelle vilje». Så vidt ombudsmannen forstår, er det vergemålsmyndighetene som skal ta stilling til om dette vilkåret er oppfylt. Dersom vergemålsmyndighetene – korrekt eller feilaktig – kommer til at personen mangler samtykkekompetanse, og at vedkommendes protester mot vergemålet heller ikke gjenspeiler en «reell» motvilje, vil vergemålsmyndighetene formodentlig anse seg kompetente til selv å opprette vergemålet dersom de øvrige vilkårene i § 20 anses oppfylt. Spørsmålene om den det gjelder *er* samtykkekompetent, og om vergemålet *er* i strid med vedkommende «reelle vilje», vil dermed ikke bli vurdert av domstolene med mindre vedkommende reiser ugyldighetssøksmål etter alminnelige sivilprosessuelle regler.

Slik ombudsmannen ser det, er det andre rettskilder enn vergemålslovens ordlyd og forarbeider som eventuelt må bære tolkningsresultatet i Lovavdelingens uttalelse.

Lovavdelingen har vist til FNs konvensjon om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne (CRPD) artikkel 12 til støtte for sin tolkning. Bestemmelsens nr. 3 angir at staten 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 («take appropriate measures to provide access by persons with disabilities to the support they may require in exercising their legal capacity»). Dette er en forholdvis generelt formulert forpliktelse, som vanskelig kan ses å gi anvisning på det konkrete tolkningsresultatet Lovavdelingens har kommet til. Tolkningsresultatet – som i praksis innebærer at det kan være nødvendig å frata noen den rettslige handleevnen der vedkommendes behov for støtte kunne vært tilstrekkelig ivaretatt gjennom et (ufrivillig) vergemål uten inngrep i rettslig handleevne – synes tvert imot å stå i et anstrengt forhold til konvensjonsbestemmelsen.

Norge har riktignok gitt en tolkningserklæring, hvoretter CRPD ikke anses å være absolutt til hinder for fratakelse av rettslig handleevne, men bare «som en siste utvei og underlagt kontrollmekanismer». Det er etter ombudsmannens syn også verdt å merke seg at tolkningserklæringen etter sin ordlyd går ut på at konvensjonen ikke bare tillater tvang i form av inngrep i den rettslige handleevnen, men også andre former for «bistand til utøve rettslig handleevne og/eller tvungent vergemål der slike tiltak er nødvendige». Dette synes å være

godt i samsvar med det tosporede systemet vergemålsloven etter sin ordlyd legger opp til. Blant annet sett hen til den vekt Høyesteretts flertall har tillagt den aktuelle tolkningserklæringen i HR-2016-2591-A, synes det derfor under alle omstendigheter tvilsomt om Norges folkerettslige forpliktelser etter CRPD kan tillegges vekt ved vurderingen av om vergemålsloven § 20 gir adgang til å opprette vergemål mot noens «reelle vilje» i tilfeller hvor de lovfestede vilkårene for dette er oppfylt.

Etter vergemålsloven § 20 «kan» en person over 18 år settes under ordinært vergemål når vilkårene for dette i første og andre ledd er oppfylt. Ordlyden tilsier at vergemålsmyndighetene – etter å ha konstatert at de lovfastsatte vilkårene er oppfylt – også må gjøre en vurdering av om vergemål faktisk bør opprettes. Dersom vedkommende mangler samtykkekompetanse – og vilkårene i § 20 første ledd er oppfylt – vil man befinne seg i situasjon hvor vergemålsmyndighetene må gjøre en slik vurdering. Ombudsmannen antar at det ved *denne vurderingen* kan ha betydning hvorvidt vedkommende opplever vergemålet som et tvangsvedtak. Hvor stor vekt dette forholdet generelt skal tillegges i avveilingen opp mot andre momenter og hensyn, finner ombudsmannen ikke grunn til å gå nærmere inn på her. Dersom alternativet til et tvungen vergemål etter § 20 er et tvungen vergemål som *også* innebærer inngrep i den rettslige handleevnen, er det imidlertid vanskelig å se at vedkommendes protester mot å være under vergemål bør være et avgjørende argument mot å velge den løsningen som innebærer minst bruk av tvang.

Innspill til eventuelt lovarbeid

Ombudsmannens vurderinger i det foregående bygger på dagens rettskildebilde. Dersom departementet mener at dagens rettstilstand ikke i tilstrekkelig grad ivaretar Norges folkerettslige forpliktelser eller andre sentrale hensyn, vil den naturlige fremgangsmåten være fremme forslag om endringer i vergemålsloven. Behovet for lovendringer gjør seg etter ombudsmannens syn *også* gjeldende om man skulle legge Lovavdelingens tolkning til grunn. Både forutberegnelighets- og demokratihensyn tilsier at vilkårene for opprettelse av vergemål bør fremgå av selve loven.

Som nevnt er ombudsmannen enig i at Lovavdelingen har et poeng når den påpeker at dagens lov gir bedre rettssikkerhetsgarantier for personer som fratas rettslig handleevne enn personer som settes under vergemål uten samtykke i medhold av § 20 (for eksempel fordi vergemålsmyndighetene feilaktig kommer til at vedkommende mangler samtykkekompetanse). Dette kan imidlertid avhjelpes på måter som ikke samtidig øker behovet for vergemål med fratakelse av rettslig handleevne. Behovet for en mer rettssikker prosess kan for eksempel imøtekommes ved at også kompetansen til å beslutte vergemål etter § 20 overføres til retten i tilfeller hvor det ikke foreligger (bindende) samtykke fra den vergemålet gjelder. En annen løsning kan være å innføre en særskilt bestemmelse som gjør tingretten til klageinstans i slike saker, sml. bl.a. de løsninger man har valgt i bl.a. tvangsfullbyrdsloven § 5-16, straffeprosessloven §§ 222 a og i saker om offentlige parkeringsgebyr.

Dersom departementet vurderer å foreslå et nytt vilkår i § 20 om at vergemål ikke må være i strid med vedkommendes «reelle vilje», vil det for øvrig være en fordel om innholdet i dette begrepet undergis en grundig behandling i lovforarbeidene. Mens det nåværende vilkåret om samtykkekompetanse er relativt håndgripelig, er det etter ombudsmannens syn ikke åpenbart hva som skal til for å konstatere om en uttrykt motvilje mot vergemålet gjenspeiler en «reell» motvilje. Så vidt ombudsmannen er kjent med, er dette heller ikke et vilkår som er benyttet i andre lov- eller forskriftsbestemmelser på sammenlignbare rettsområder. Det bør for øvrig vurderes om det i loven eller tilhørende forskrifter bør gis nærmere føringer for vergemålsmyndighetene saksutredning i tilknytning til vilkåret, slik man i dag har med hensyn til vilkåret om samtykkekompetanse, jf. vergemålsloven § 58 første ledd bokstav a.

Konklusjon

Etter en gjennomgang av Lovavdelingens uttalelse og relevante rettskilder finner ombudsmannen å måtte fastholde det synet på gjeldende rett som er lagt til grunn i uttalelsen 7. november 2017 (SOM-2016-2884). Vergemålsloven § 20 gir etter ombudsmannens mening en uttømmende regulering av vilkårene for opprettelse av vergemål uten fratakelse av rettslig handleevne. I tilfeller hvor den vergemålet gjelder, ikke er samtykkekompetent, er derfor utgangspunktet at vergemål «kan» opprettes dersom også vilkårene i § 20 første ledd er oppfylt. Ved den konkrete vurderingen av om vergemål *skal* opprettes, kan det derimot ha betydning om vedkommende opplever dette som et tvangsinngrep. Etter ombudsmannens syn kan imidlertid dette ikke være avgjørende hvis alternativet er at det i stedet må opprettes et tvungent vergemål der det også gjøres inngrep i den rettslige handleevnen.

Kopi av dette brevet sendes Statens sivilrettsforvaltning. Ombudsmannen forutsetter at SRF og departementet innretter sin forvaltning av vergemålssektoren i tråd med ombudsmannens synspunkter. Ombudsmannen anmoder for øvrig departementet å om å ta hensyn til ombudsmannens innspill ved en eventuell revisjon av vergemålsloven § 20.

Ombudsmannen imøteser tilbakemelding om departementets videre oppfølging.

Aage Thor Falkanger
sivilombudsmann

Dette brevet er godkjent elektronisk og har derfor ikke håndskrevet underskrift.

Vedlegg

1 Vergemål - tilbakemelding til Sivilombudsmannen i sak om tilbakekall av samtykke

Kopi til:

Statens sivilrettsforvaltning Postboks 8027 Dep. 0030 OSLO 2016/870 ELTI