

Å ha hovedrollen i eget liv

Om fremtidsfullmektigens plikt til å høre hva som er fullmaktsgiverens ønsker og vilje mens fullmakten er i kraft, og om rekkevidden av den mulige plikten til å følge en slik vilje.

Kandidatnummer: 605

Leveringsfrist: 25. november 2020 klokken 12.00

Antall ord: 16 068



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Tema og aktualitet	1
1.2	Fullmakt	2
1.3	Problemstilling	3
1.4	Avgrensninger	3
1.5	Terminologi	3
1.6	Rettskildebildet og metode	5
1.6.1	De sentrale rettskildefaktorene relevant for oppgaven	5
1.6.2	Noen metodiske merknader til bruk av folkerettslige kilder	6
1.7	Veien videre	10
2	HOVEDDEL	10
2.1	Innledning	10
2.1.1	Rettsinstituttet fremtidsfullmakt	10
2.1.2	Retten til selvbestemmelse	12
2.1.3	CRPD artikkel 12 og General comment No. 1 (2014)	13
2.2	Om undersøkelsesplikten	14
2.2.1	Undersøkelsesplikten omfang	14
2.2.2	Undersøkelsesplikten grenser: Unntak og forbehold	20
2.2.3	Konklusjon	25
2.3	Om handleplikten	25
2.3.1	Handleplikten rekkevidde	25
2.3.2	Samlet oppsummering og vurdering	32
2.3.3	Konklusjon	33
2.3.4	Brudd på fullmektigens handleplikt	33
2.4	Anvendelse av retten i noen typetilfeller	34
3	AVSLUTNING	38
3.1	Oppsummering	38
3.2	Konklusjon hovedproblemstilling	39
3.3	Rettspolitiske betraktninger	40
4	KILDER	42
4.1	Norske kilder	43
4.1.1	Lover	43
4.1.2	For- og etterarbeider	43

4.1.3	Rettspraksis, forvaltningsvedtak og forvaltningspraksis	44
4.2	Nordiske lover og forarbeider	45
4.3	Folkerettslige kilder.....	45
4.4	Litteratur.....	46

1 INNLEDNING

1.1 Tema og aktualitet

Tema for oppgaven er fremtidsfullmakt og retten til selvbestemmelse. Opprettelse av en fremtidsfullmakt er utøvelse av selvbestemmelse. Med en fremtidsfullmakt kan en fremtidsfullmaktsgiver skrive manus og ha regien på eget liv. På den måten kan fullmaktsgiveren bestemme hvem som kan fatte beslutninger på sine vegne, hva som kan besluttes, og hvordan fullmaktsoppdraget skal utøves. Ved opprettelse av en fremtidsfullmakt kan man på forhånd gi uttrykk for ønsker og vilje for hvordan en ønsker at sine interesser skal ivaretas den dagen man ikke lenger er i stand til det selv. Lovgiver har uttalt at det først og fremst er hensynet til den enkeltes selvbestemmelsesrett som begrunner ordningen med fremtidsfullmakter.¹ Fullmaktsgiveren kan utøve selvbestemmelse også etter ikrafttreddelsen av en fremtidsfullmakt, og det er retten til denne utøvelsen som blir drøftet i denne oppgaven.

Forventet levealder i Norge er økende, og det blir stadig flere eldre i samfunnet.² Med dette følger et økt behov for bistand. Behovet for hjelp kan oppstå som følge av svekkede kognitive evner. En svekkelse kan ramme enhver person i alle faser i livets faser. Svekkelsen kan skyldes aldring, eller mer brå og uventede hendelser, som fysisk skade i en ulykke, eller utvikling av sykdom. Når behovet for hjelp er oppstått, kan det være vanskelig å få gitt uttrykk for ønsker og vilje. Slike uttrykk kan fremgå av en fremtidsfullmakt.

Fremtidsfullmakter ble lovregulert ved ikrafttreddelse av lov 26. mars 2010 nr. 9 om vergemål (vergemålsloven) i 2013. Rettsinstituttets unge alder gjør at mange forhold rundt ordningen ikke er avklart i etterfølgende rettspraksis. Den stadig økte bruken av fremtidsfullmakter taler for at rettsspørsmål bør få sin avklaring i rettspraksis. Pliktene fullmektigen har under utførelsen av fullmaktsoppdraget, er av betydning for om fullmaktsgiveren får utøvet selvbestemmelse, og at beslutninger blir tatt i tråd med fullmaktsgiverens ønsker og vilje. I denne oppgaven drøftes nærmere bestemt fullmektigens plikt til å høre fullmaktsgiverens ønsker, og mulige plikt til å handle i tråd med fullmaktsgiverens ønsker og vilje under fullmaktsforholdet. Hvordan fullmektigrollen blir utspilt i fullmaktsforholdet, er avgjørende for om fullmaktsgiveren kun spiller en birolle, eller får ha hovedrollen i eget liv.

¹ Ot.prp. nr. 110 (2008-2009) Om lov om vergemål (vergemålsloven) side 142.

² Statistisk sentralbyrå. "Døde." 11. mars 2020. <https://www.ssb.no/befolkning/statistikker/dode> hentet 22. november 2020.

1.2 Fullmakt

Kontraktstfihetsprinsippet innebærer frihet til å inngå kontrakter.³ En slik frihet bygger på prinsippet om privat autonomi (selvbestemmelse). Selvbestemmelsesrett vil blant annet si at man har kompetanse til å erklære seg bundet av andres rettshandlinger. En slik erklæring kan gis ved fullmakt. Med "fullmakt" forstås en privatrettslig avtale der en fullmaktsgiver gir kompetanse innenfor fullmaktens rammer til en fullmektig. Fra tidspunktet fullmakten trer i kraft, kan fullmektigen handle på fullmaktsgiverens vegne, og i fullmaktsgiverens navn. Følgelig foreligger det et representasjonsforhold. Opprettelse av en fullmakt bygger på fullmaktsgiverens lojalitet til fullmektigen.

En fullmakt kan gis som en alminnelig fullmakt eller en fremtidsfullmakt. En alminnelig fullmakt gjelder fra det tidspunktet fullmaktsgiveren bestemmer, men vil miste sin virkning dersom fullmaktsgiveren blir umyndiggjort, jf. lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven) § 22. Ifølge avtaleloven § 41 gjelder loven bare på "formuerettens omraade". Men Vergemålsutvalget antok at avtalelovens bestemmelser i praksis ofte er retningsgivende også for fullmakter i mer personlige forhold.⁴ Ved innføringen av reglene om fremtidsfullmakter i vergemålsloven kapittel 10, ble det lovfestet en mulighet til å opprette en fullmakt som skal virke etter at en fullmaktsgiver i større eller mindre grad har fått sine kognitive evner svekket. En fremtidsfullmakt kan opprettes som en vedvarende fullmakt, eller som en "ren" fremtidsfullmakt. En vedvarende fullmakt virker fra tidspunktet for opprettelse av fullmakten. Derimot trer en "ren" fremtidsfullmakt først i kraft etter at fullmaktsgiveren har fått sine kognitive evner svekket.⁵ Denne oppgaven omhandler de rene fremtidsfullmaktene.

I alminnelige fullmaktsforhold, eller ved vedvarende fullmakter før fullmaktsgiveren har fått sine kognitive evner svekket i stor grad, kan fullmektigen forholde seg til en fullmaktsgiver som normalt kan gi uttrykk for hva vedkommende mente på opprettelsestidspunktet for fullmakten. Tilsvarende er ikke tilfelle etter at fremtidsfullmaktsgiveren har fått sine kognitive evner svekket i vesentlig grad. Den kognitive svekkelsen er av betydning for fullmektigens utøvelse av oppdraget ved rene fremtidsfullmakter. Følgelig kommer hensynet til lojalitet med styrke inn i forholdet mellom fullmaktsgiver og fullmektig ved rene fremtidsfullmakter. Selv om fullmaktsgiveren etter ikrafttredelse av fremtidsfullmakten har fått sine kognitive evner svekket, kan vedkommende likevel evne å gi uttrykk for sine tanker og ønsker. I oppgaven blir det vurdert hvordan dagens ønsker og vilje hos fullmaktsgiveren kan påvirke fullmektigens utførelse av fullmaktsoppdraget.

³ Woxholth, Geir. *Avtalerett*. 8. utgave, Norge: Gyldendal akademisk, 2012. Side 24.

⁴ NOU 2004: 16 Vergemål side 291.

⁵ Vergemålsloven § 83 første ledd jf. § 78.

1.3 Problemstilling

Fra ikrafttredelsen av en fremtidsfullmakt har fremtidsfullmektigen, innenfor rammen av fremtidsfullmakten, kompetanse til å opptre på vegne av fullmaktsgiveren. En kan si det slik at fullmaktsgiveren flytter deler av sin beslutningskompetanse til en fremtidsfullmektig. I denne oppgaven skal det undersøkes om fullmaktsgiverens selvbestemmelsesrett kan påvirke fullmektigens handlingsrom ved utøvelsen av fullmaktsoppdraget. Denne oppgavens problemstilling er derfor om fremtidsfullmektigen har plikt til å undersøke hva som er fremtidsfullmaktsgiverens ønsker og vilje mens fullmakten er i kraft, og om fullmektigen eventuelt har plikt til å følge en slik vilje. Forskningsspørsmålet er ikke tidligere behandlet i norsk teori.

1.4 Avgrensninger

I vergemålsloven § 94 er nærstående gitt legalfullmakt til å representere den hjelpetrequende med nærmere angitte disposisjoner. Denne oppgaven omhandler fullmektigens plikter med grunnlag i en fremtidsfullmakt, og følgelig drøftes ikke nærståendes plikter med grunnlag i en legalfullmakt.

En fullmaktsgiver kan gi fullmakt til flere fullmektiger. I slike tilfeller kan det oppstå spørsmål rundt kompetanseforholdet mellom de ulike fullmektigene. Her drøftes hvilke plikter fullmektigen har i kraft av å være fullmaktsgiverens representant, men det drøftes ikke hvilke av fullmektigene plikten eventuelt tilligger for det tilfellet at flere fullmektiger er oppnevnt.

På helserettens område kan tvangshjemler tillate handlinger i strid med ønsker og vilje hos den tvungen blir utøvet mot. Det offentliges rett til å utøve tvang kan dermed gjøre inngrep i den enkeltes rett til selvbestemmelse. I oppgaven avgrenses det mot helsefeltet i sin helhet.

1.5 Terminologi

”Handleevne” er faktisk kompetanse til å foreta handlinger på egne vegne. I denne oppgaven brukes begrepet handleevne om evnen til å handle på egne vegne. ”Rettsevne” vil si evnen til å ha rettigheter og plikter. Både fysiske og juridiske personer har rettsevne, og en person med rettsevne kalles rettssubjekt. Begrepet ”disposisjonsevne” brukes her om evnen til å binde seg selv ved avtale. ”Rettslig handleevne” vil si evnen til å kunne foreta rettslig bindende disposisjoner. Det vil si evnen til å utøve sin rettsevne, og innebærer å kunne pådra seg ansvar, og stifte rettigheter og plikter. Rettslig handleevne omfatter både rettslig disposisjonsevne og rettsbruddsevne.⁶ Rettslig disposisjonsevne er evnen til å inngå avtaler, og råde over økono-

⁶ Sande, Eldbjørg, Trine Eli Linge og Mona Choon Rasmussen. *Vergemålsloven og utlendingsloven kapittel 11 A med kommentarer*. Oslo: Gyldendal juridisk, 2017. Side 197.

miske midler, og rettsbruddsevne er evnen til å bli pålagt straffe- og erstatningsansvar.⁷ Videre deles rettslig handleevne inn i faktisk og juridisk rettslig handleevne. Faktisk rettslig handleevne vil si å være i stand til å utøve rettslig handleevne. Skade, sykdom eller kognitiv svekkelse kan gjøre at en ikke har faktisk rettslig handleevne. Juridisk rettslig handleevne har alle over 18 år, som ikke er helt eller delvis fratatt den rettslige handleevnen, jf. vergemålsloven § 2. Følgelig kan en juridisk ha den rettslige handleevnen i behold, men rent faktisk være uten rettslig handleevne. Ikrafttredelse av en fremtidsfullmakt skjer når fullmaktsgiveren er i en tilstand som beskrevet i vergemålsloven § 78 jf. § 83 første ledd. I utgangspunktet har fullmaktsgiveren sin rettslige handleevne i behold også etter ikrafttredelsen.⁸ Her brukes begrepet rettslig handleevne om evnen til å inngå juridisk bindende disposisjoner.

Samtykkekompetanse er et begrep som har nær sammenheng med rettslig handleevne. Med ”samtykkekompetanse” forstås evnen til å gi tilslutning til beslutninger som tas på ens vegne. Ofte brukes begrepet ”beslutningskompetanse” om samtykkekompetanse.⁹ Begrepet samtykkekompetanse er ikke brukt i vergemålsloven, men det oppstilles krav til samtykke for opprettelse av vergemål. For opprettelse av vergemål skal den hjelpetrengende ”samtykke” i opprettelsen, jf. vergemålsloven § 20 annet ledd første punktum. Unntak fra dette gjelder hvis vedkommende ikke er ”i stand til å forstå” hva et samtykke innebærer.¹⁰ Om vergemålet omfatter fratakelse av rettslig handleevne, kreves likevel ikke samtykke.¹¹ Hvorvidt en person anses å ha samtykkekompetanse, beror på en konkret vurdering av vedkommendes forståelse av ett bestemt spørsmål på ett bestemt tidspunkt. En person sine kognitive evner kan variere med blant annet sykdomsforløp og dagsform, og det vil si at samtykkekompetansen hos en person vil variere med tiden.

En alminnelig språklig forståelse av ”selvbestemmelse” er å bestemme over seg selv, og ta egne valg. Kjernen i selvbestemmelse er at egne ønsker skal være avgjørende for valg som skal tas. Valget kan gå ut på hva en ønsker å spise til frokost, eller større beslutninger i livet, som hvor en skal bo. Alle er født med rett til selvbestemmelse, men ikke med kompetansen som skal til for å utøve selvbestemmelse. Man må lære at man har en slik rett, og hvordan den kan utøves på en klok og hensiktsmessig måte. Muligheten for selvbestemmelse kan begrenses av andre sine rettigheter. Selvbestemmelse skiller seg fra medbestemmelse, ved at medbestemmelse innebærer å få være med på å ta beslutninger, mens selvbestemmelse innebærer å få ta egne valg. Begrepet retten til selvbestemmelse blir i denne oppgaven brukt om full-

⁷ I.c.

⁸ CRPD artikkel 12 nummer 1, Rekommandasjon (2009) prinsipp 9 og Ot.prp. nr. 110 (2008-2009) side 158.

⁹ Sande (2017) side 192.

¹⁰ Vergemålsloven § 20 annet ledd første punktum.

¹¹ *ibid.* annet punktum.

maktsgiverens rett til å få sine ønsker og vilje lagt til grunn ved beslutninger som fattes av fullmektigen.

1.6 Rettskildebildet og metode

1.6.1 De sentrale rettskildefaktorene relevant for oppgaven

I drøftelsen av problemstillingen brukes de tradisjonelle privatrettslige nasjonale kildene i lov, forarbeider, rettsavgjørelser, forvaltningspraksis og de folkerettslige menneskerettene. Reglene om fremtidsfullmakter er i særlig grad motivert av utenlandske rettskilder. Videre blir det sett hen til rettstilstanden i Sverige, Danmark og Finland, ettersom landene har lovreguleringer om fremtidsfullmakter. Temaet fremtidsfullmakter og selvbestemmelsesrett tilsier også at fremtidsfullmakten blir en vesentlig rettskildefaktor, når fullmektigens plikter og kompetanse skal analyseres. I tillegg brukes juridisk teori.

Vergemålsloven har et eget kapittel 10 om fremtidsfullmakter. I lovarbeidet utga først Vergemålsutvalget utredningen NOU 2004: 16 Vergemål. Deretter ble Ot.prp. nr. 110 skrevet i 2008, og fremmet for stortinget mot slutten av 2009. På grunn av stortingsvalget i september samme år måtte proposisjonen fremsettes på nytt høsten 2009, da som Prop. 4 L (2009-2010) Ny vergemålslov. Sistnevnte er det samme lovforslaget, men begrunnelsene for forslaget står i proposisjon nr. 110. Derfor er det proposisjonen som blir brukt her.

I *Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, New York 30. mars 2007 (CRPD) artikkel 1 nummer 2 sies det at "persons with disabilities" inkluderer "those who have long-term physical, mental, intellectual or sensory impairments which in interaction with various barriers may hinder their full and effective participation in society on an equal basis with others". Ved ikrafttredelse av fremtidsfullmakten har fullmaktsgiveren en "sinnslidelse" eller et "alvorlig svekket helbred". Vedkommende faller inn under definisjonen i CRPD, og følgelig er konvensjonen relevant for fullmaktsgiverens rettigheter. I tillegg er *Recommendation No. R (99) 4 of the Committee of Ministers to member states on principles concerning the legal protection of incapable adults*, 23. februar 1999¹² og *Recommendation CM/Rec(2009)11 of the Committee of Ministers to member states on principles concerning continuing powers of attorney and advance directives for incapacity*, 9. desember 2009¹³ relevante rettsakter. Videre anvendes *International Covenant on Civil and Political Rights*, New York 16. desember 1966 (SP), *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, New York 16. desember 1966 (ØSK) og *Universal Declaration of Human Rights*, Paris 10. desember 1948

¹² Heretter: Rekommandasjon (1999).

¹³ Heretter: Rekommandasjon (2009).

(UDHR). Flere av de folkerettslige kildene har etterfølgende relevant organpraksis. Relevant organpraksis for oppgaven er Committee on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD-komiteen) sin General comment No. 1 (2014) (CRPD/C/GC/1), og the Committee of Ministers of the Council of Europe sin explanatory memorandum 9. desember 2009 til Rekommandasjon (2009)¹⁴. Ettersom norske oversettelser av disse folkerettskildene ikke er autoritative, blir autoritativ engelsk tekst brukt i oppgaven.

Forskningsspørsmålet skal søkes besvart gjennom tolkning og avveining av disse rettskildefaktorene. For å besvare forskningsspørsmålet, blir derved alminnelig juridisk metode, herunder menneskerettslig metode, anvendt.

1.6.2 Noen metodiske merknader til bruk av folkerettslige kilder

Norge følger et dualistisk prinsipp, og det innebærer at folkeretten må gjennomføres i nasjonal rett for å ha bindende virkning. Ved ratifikasjon av en konvensjon erklærer staten seg bundet på folkerettslig nivå av konvensjonens regler. For at den folkerettslige kilden skal bli del av intern rett, og være noe domstolene må legge til grunn, må konvensjonen i tillegg bli gjennomført i nasjonal rett. Slik gjennomføring kan skje ved inkorporasjon, eller aktiv eller passiv transformasjon. Aktiv transformasjon vil si at staten enten innfører én eller flere nye lover, eller at det foretas endringer i eksisterende lov. Passiv transformasjon innebærer en konstatering av rettsharmoni. SP er ratifisert og gjort til ”norsk lov”, jf. lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) § 2 nummer 2 og 3. Det vil si at SP er inkorporert i nasjonal rett. CRPD er en konvensjon som er gjennomført i norsk rett dels ved passiv transformasjon og dels gjennom aktiv transformasjon. Norge signerte CRPD i 2007 og ratifiserte konvensjonen i 2013, jf. Prop. 106 S (2011-2012) Samtykke til ratifikasjon av FN-konvensjonen av 13. desember 2006 om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne¹⁵. Ved ratifikasjon ble det konstatert at norsk lov er i samsvar med og oppfyller konvensjonens krav.¹⁶ På vergemålsfeltet ble konvensjonen gjennomført ved aktiv transformasjon for å oppnå rettsharmoni. Det ble gjort ved at lov 28. november 1898 om Umyndiggjørelse (umyndiggjørelsesloven) og lov 22. april 1927 nr. 3 om vergemål for umyndige (vergemålsloven) ble opphevet, og ny lov om vergemål ble vedtatt. I forbindelse med ratifikasjonen avga Norge en tolkningserklæring til CRPD artikkel 12.¹⁷ Tolkningserklæringen gjelder reglene om vergemål, og ikke reglene om fremtidsfullmakter. Det betyr at konvensjonen gjelder fullt ut for fremtidsfullmakter. På basis av presumsjonsprinsippet antas

¹⁴ Heretter: explanatory memorandum (2009).

¹⁵ Heretter: Prop. 106 S (2011-2012).

¹⁶ Prop. 106 S (2011-2012).

¹⁷ Prop. 106 S (2011-2012) side 15.

at fremtidsfullmaktsinstituttet ikke strider mot konvensjonen, og at det er naturlig å tolke reglene om fremtidsfullmakter i lys av konvensjonens bestemmelser.

Ved tolkning av folkerettslige kilder anvendes folkerettslig metode. Den generelle tolkningsregelen for tolkning av konvensjoner følger av *Vienna Convention on the Law of Treaties*, Wien 23. mai 1969 (VCLT). VCLT artikkel 31 lyder: "A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose." En oversettelse av artikkelen er at traktater skal tolkes i god tro, i tråd med den opprinnelige ordlydsforståelsen, i ordlydens kontekst, og i lys av traktatens formål. Norge er ikke tilsluttet VCLT, men ettersom konvensjonen anses å være uttrykk for folkerettslig sedvanerett, er Norge bundet av reglene.

En annen type rettsakt er anbefalinger fra folkerettslige organer. Som navnet tilsier, dreier det seg om "ikke-bindende" rettsakter.¹⁸ "Vanligvis er det et bevisst valg når et internasjonalt instrument blir vedtatt som en rekommandasjon og ikke som en folkerettslig bindende konvensjon. Det skyldes ofte at berørte stater har ønsket å bevare en mulighet til å innta et annet standpunkt i noen spørsmål enn rekommandasjonen gir uttrykk for. Men selv om rekommandasjonene formelt ikke er bindende, bør de tas i betraktning når ny lovgivning skal utformes. Det er ofte naturlig å se rekommandasjonene som en internasjonal konsensus om hva som er «beste praksis». Selv om den enkelte stat har frihet til å velge om og hvordan en rekommandasjon bør følges opp nasjonalt, taler derfor mye for at den bare bør fravikes når det er gode grunner til det."¹⁹ Dette ble gjort ved utarbeidelsen av vergemålsloven, ved at lovgiver så hen til prinsippene som er anbefalt på vergemålsområdet. Vergemålsutvalget uttalte at det "la vekt på" prinsippene som følger av Rekommandasjon (1999).²⁰ Tilsvarende gjaldt for departementet.²¹ Under lovarbeidet hadde departementet utkastet til Rekommandasjon (2009) tilgjengelig, og prinsippene som fulgte av utkastet var noe departementet tok hensyn til.²² Selv om anbefalingene ikke er juridisk bindende, er det derved rettsakter av vekt som kan bidra til forståelsen av reglene om fremtidsfullmakter i vergemålsloven.

Folkerettslige organer kan gi uttalelser om hvordan en rettsakt skal forstås. Selv om en stat har bundet seg til en rettsakt, er ikke staten med det også bundet av etterfølgende organpraksis. En grunnforutsetning om at konvensjonsorganers praksis skal respekteres av medlemssta-

¹⁸ NOU 2019: 5 Ny forvaltningslov side 122.

¹⁹ I.c.

²⁰ NOU 2004: 16 Vergemål side 84.

²¹ Ot.prp. nr. 110 (2008-2009) side 139.

²² I.c.

tene, kan likevel sies å følge av selve systemet.²³ Imidlertid innebærer ikke dette at enhver uttalelse fra konvensjonsorganer skal legges automatisk eller ukritisk til grunn, men uttalelsernes vekt må derimot vurderes.²⁴

Gjennomføringen av forpliktelser etter FN-konvensjoner foregår i stor grad ved at komiteene utarbeider generelle merknader til hvordan konvensjonsbestemmelsene skal forstås.²⁵ Slike merknader er kilder til tolkning av konvensjonene.²⁶ Komiteuttalelser er ikke generelt folkerettslig bindende, jf. HR-2009-1932-A (Sri Lanka) i avsnitt 41, og senest i HR-2015-2524-P (lengeværende barn II) i avsnitt 151. Likevel peker førstvoterende i HR-2016-2591-A i avsnitt 58 på at det er ”klart at slike uttalelser kan ha betydelig vekt som rettskilde”, og viser til HR-2008-2175-S i avsnitt 81 om konvensjonstolkning foretatt av FN-komiteen, og at de eventuelt kan ha ”vekt etter en mer sammensatt og konkret vurdering”, jf. HR-2015-2524-P i avsnitt 151 følgende med ytterligere henvisninger. Etter HR-2000-30-B (Bøhler) er en uttalelse sin faktiske eller rettslige overføringsverdi i praksis den viktigste faktoren.²⁷ Hvis uttalelsen omhandler den situasjonen eller det rettsspørsmålet som kommer på spissen nasjonalt, vil det kunne gi uttalelsen en økt betydning.²⁸ En fortolkning av CRPD artikkel 12 er avgitt av CRPD-komiteen i CRPD/C/GC/1. I 2015 overleverte Kjetil Mujezinović Larsen en utredning til Utenriksdepartementet om blant annet CRPD-komiteen, og komiteens generelle merknad til CRPD artikkel 12.²⁹ Ifølge utredningen er den generelle merknaden vidtgående, og bidrar til å etablere CRPD-komiteen som en ”modig og ambisiøs” komite.³⁰ I utredningen påpekes at det er ”delte meninger” om hvor vellykket kommentaren er.³¹ Til komiteens metode bemerkes det i utredningen at CRPD-komiteens praksis viser at ”komiteen har en forsvarlig metode, men likevel slik at den konsekvent strekker ordlyden nokså langt med en kontekstuell eller formålsrettet tolkning”.³² Utredningen konkluderer med at det må ”erkjennes at det foreløpig er uklart hvilken rettskildemessig betydning uttalelser fra CRPD-komiteen vil tillegges i norsk rett. Det er ofte naturlig å legge til grunn et prinsipp om at slike generelle komite-uttalelser vil tillegges «betydelig vekt», jf. Høyesteretts uttalelse i HR-2008-1764-S, men i en gitt sak må

²³ Fredwall, Katrine Kjørheim. *Familierettens korreksjonsmekanismer*. Norge: Gyldendal, 2020. Side 60.

²⁴ I.c.

²⁵ ibid. side 62.

²⁶ ibid. side 63.

²⁷ HR-2000-30-B på side 1014-1016.

²⁸ Fredwall (2020) side 66.

²⁹ Larsen, Kjetil Mujezinović. ”Konsekvenser ved eventuell norsk tilslutning til den valgfrie protokollen om individuell klagerett til FN-konvensjonen om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne.” 2015. <https://www.regjeringen.no/contentassets/4cd2cfa62feb424d9b62a662e2a13164/150728-utredning-om-konsekvenser-ved-tilslutning-til-crpd-protokollen.pdf> hentet 16. november 2020.

³⁰ ibid. side 28.

³¹ I.c.

³² ibid. side 33.

det forventes at Høyesterett vil diskutere om samme prinsipp kan gjelde også for komitépraksis knyttet til konvensjoner som ikke gjelder som norsk lov”.³³ Hvilken rettskildemessig vekt CRPD/C/GC/1 skal tillegges ved tolkningen av CRPD artikkel 12 beror på en konkret vurdering.

Hverken konvensjonsorganene eller de som anvender retten kan se seg blinde på bare ett instrument, ettersom det etter VCLT artikkel 31 tredje ledd bokstav c ved tolkningen av en traktat sin kontekst skal legges vekt på ”[a]ny relevant rules of international law applicable in the relations between the parties”.³⁴ Følgelig må konvensjonsteksten, og dens tilhørende praksis, tolkes i lys av de øvrige folkerettslige kildene staten er bundet av. Selv etter at mer overordnede vurderinger er tatt hensyn til, står man likevel overfor tolkningsutfordringer som er særegne for bruk av komiteenes ulike uttalelser. Dette skyldes at det er snakk om nettopp uttalelser, og at de derfor i kraft av å være uttalelser ikke kan tolkes som om det var lover, forarbeider eller konvensjonstekster.³⁵

I explanatory memorandum (2009) forklares hvordan innholdet i Rekommandasjon (2009) skal forstås. På lik linje med prinsippene som følger av Rekommandasjon (2009), er heller ikke det forklarende notatet juridisk bindende. Notatet er likevel en relevant rettsakt, ettersom rekommandasjonens prinsipper var noe lovgiver tok hensyn til under arbeidet med vergemålsloven.

Utgangspunktet ved motstrid mellom nasjonale og folkerettslige regler er at en ved bruk av presumpsjonsprinsippet forventes å ”utnytte alle de muligheter som anerkjente prinsipper for tolkning og anvendelse av rettsregler gir, for å unngå et folkerettsstridig resultat”, jf. HR-2016-2591-A i avsnitt 60. Om en slik tolkning likevel ikke er mulig, vil gjennomføringsmåten på nasjonalt nivå være avgjørende. I HR-2016-2591-A i avsnitt 60 er det uttalt at hvis Stortinget ”helt klart” har gitt uttrykk for at en lov skal anvendes på en viss måte, uten hensyn til om dette er i strid med internasjonale forpliktelser, vil norske domstoler føle seg tvunget til å anvende loven i strid med folkeretten. I samme avsnitt uttaler retten at Stortinget forutsetningsvis fatter vedtak i samsvar med våre folkerettslige forpliktelser, og om Stortinget uttrykkelig har gitt til kjenne at en ny lov skal gjennomføres, selv om den vil være i strid med folkerettslige forpliktelser, vil norske domstoler måtte respektere dette, selv om det medfører brudd på folkerettslige forpliktelser. Ifølge Hr-2016-2591-A i avsnitt 62 er dette uttrykk for ”alminnelige prinsipper”.

³³ *ibid.* side 68.

³⁴ *ibid.* side 67.

³⁵ *ibid.* side 68.

1.7 Veien videre

I hoveddelen punkt 2.1 presenteres fremtidsfullmakten som rettslig institutt, retten til selvbestemmelse, CRPD artikkel 12 og CRPD/C/GC/1. Deretter drøftes spørsmålet om fullmektigens undersøkelsesplikt i punkt 2.2, før spørsmålet om fullmektigen i tillegg har en plikt til å handle i tråd med fullmaktsgivers ønsker og vilje drøftes i punkt 2.3. Videre blir retten forsøkt anvendt med utgangspunkt i en tenkt fremtidsfullmakt i punkt 2.4. Del 3 inneholder oppsummering av rettstilstanden, konklusjon på hovedproblemstillingen og noen rettspolitiske betraktninger.

2 HOVEDDEL

2.1 Innledning

2.1.1 Rettsinstituttet fremtidsfullmakt

Opprettelse av fremtidsfullmakt er det privatrettslige alternativet til den offentligrettslige vergemålsordningen. Ifølge vergemålsloven § 78 er ”fremtidsfullmakt” en ”fullmakt til én eller flere personer om å representere fullmaktsgiveren etter at fullmaktsgiveren på grunn av sinnslidelse, herunder demens, eller alvorlig svekket helbred ikke lenger er i stand til å ivareta sine interesser innen de områdene som omfattes av fullmakten”. Med ”fremtidsfullmakt” forstås en fullmakt der en fremtidsfullmaktsgiver gir fullmakt til en fremtidsfullmektig om å representere seg i bestemte saker, og på en bestemt måte. I det følgende brukes ”fullmaktsgiver” om den som oppretter fremtidsfullmakt og ”fullmektig” om den som handler på fullmaktsgiverens vegne. For å kunne opprette en fremtidsfullmakt må fullmaktsgiveren ha ”fylt 18 år” og ha ”evnen til å forstå fullmaktens betydning”.³⁶ En fremtidsfullmakt trer i kraft når fullmaktsgiveren er i en tilstand som beskrevet i vergemålsloven § 78 jf. § 83 første ledd. ”Ikrafttredelse” av en fullmakt vil si at fullmakten får virkning etter sitt innhold. Det er frivillig for den oppnevnte fullmektigen å påta seg fullmektigoppdraget. Om den oppnevnte ikke vil være fullmektig, kan vergemål opprettes om det foreligger behov for å ivareta den hjelpetrequendes interesser.

Fullmaktens innhold bestemmes av fullmaktsgiveren, jf. vergemålsloven § 79 første ledd og § 80 første ledd første punktum. En fullmakt kan overføre en generell og derved videre kompetanse, eller gjelde ”bestemte områder” og derved være begrenset og gi snevrere kompetanse.³⁷ Avtalefriheten begrenses av forholdene som er opplistet i § 80 tredje ledd. Av leddet følger at fullmaktsgiveren ikke kan delegerer kompetanse til å ”stemme ved valg, inngå ekteskap, er-

³⁶ Vergemålsloven § 79 første ledd.

³⁷ *ibid.* § 80 første ledd annet punktum.

kjenne farskap, samtykke til donasjon av organer, opprette eller tilbakekalle testament eller samtykke til tvang". Videre kan det etter samme ledd heller ikke uten hjemmel i lov gis kompetanse i "andre særlig personlige forhold". Disse forholdene er ansett å være av en så personlig karakter at kompetansen til å fatte slike beslutninger ikke bør kunne delegeres. Det kan gis fullmakt om "økonomiske og personlige forhold".³⁸ En fullmakt kan omhandle bare økonomiske, bare personlige eller regulere begge typer forhold.³⁹ Eksempler på "økonomiske forhold" er betaling av løpende utgifter, kjøp og salg av eiendeler, herunder fast eiendom, forsikringsspørsmål, håndtering av bankkonti og selvangivelse, søknad om økonomiske ytelser, investeringer og utdeling av gaver.⁴⁰ Kompetanse til å gi gaver er særregulert i § 87. Begrepet "personlige forhold" omfatter blant annet valg av bosted, deltakelse i fritidsaktiviteter, bestilling av legetimer og påklaging av forvaltningsvedtak.⁴¹

Hvilken kompetanse fullmektigen har avhenger av flere forhold. Ifølge vergemålsloven § 85 første ledd plikter fullmektigen å handle i samsvar med "fullmakten". Det innebærer at fullmektigens kompetanse beror på en tolkning av fremtidsfullmakten. Formålet med tolkningen er å komme frem til hva som var fullmaktsgiverens hensikt ved opprettelsen av fullmakten.⁴² Det vil si at det subjektive tolkningsprinsippet anvendes ved tolkningen. Avgjørende er dermed hva fullmaktsgiveren mente med ord og uttrykk i fremtidsfullmakten. "Hvis fullmaktsgiver er i stand til å gi en fornuftig forklaring på hva han eller hun har ment med fullmakten, vil dette være et relevant tolkningsmoment."⁴³ Av forarbeidene fremgår det at ordlyden ikke bør "tolkes utvidende med mindre man har klare holdepunkter for noe annet."⁴⁴ Videre kan fullmektigens kompetanse påvirkes av om fullmaktsgiveren gir en instruks. Adgang til å instruere i fullmaktsforhold følger indirekte av avtaleloven § 11. Vergemålsloven § 92 fastslår at avtalelovens regler gjelder «tilsvarende» for fremtidsfullmakter, og følgelig har fullmaktsgiveren mulighet til å instruere fullmektigen i fullmaktsforholdet. En instruks kan være muntlig eller skriftlig, og gis før eller etter ikrafttredelse av fullmakten. Et neste forhold er at fullmektigen skal fremme fullmaktsgiverens "interesser", jf. § 85 første ledd. For å finne ut hva interessene består i, kan det være nødvendig å høre fullmaktsgiver før beslutninger tas. Etter dette beror fullmektigens kompetanse på en fortolkning av fullmaktens ordlyd i seg selv, i lys av hele fullmakten og gitte instruks, samt fullmaktsgiverens interesser og ønsker fremkommet ved høring. Det fremgår av fullmakten hvilken *legitimasjon* fullmektigen har. En gitt instruks og

³⁸ *ibid.* § 80 første ledd.

³⁹ *I.c.*

⁴⁰ Ot.prp. nr. 110 (2008-2009) side 213.

⁴¹ *I.c.*

⁴² Ot.prp. nr. 110 (2008-2009) side 213.

⁴³ NOU 2004: 16 Vergemål side 296.

⁴⁴ *I.c.*

fullmektigens plikt til å fremme fullmaktsgiverens interesser, herunder selvbestemmelse, kan likevel tilsis at fullmektigen har *rett* til mindre enn det som fremgår av fullmakten. Fullmektigens handlinger utenfor sin legitimasjon som følge av brudd på pliktene gitt i vergemålsloven § 85 første ledd har likevel kun betydning for det ”innbyrdes forholdet mellom fullmaktsgiveren og fullmektigen”, jf. Ot.prp. nr. 110 (2008-2009) side 217. I proposisjonen på samme side sies det at brudd på pliktene ikke vil ha betydning for gyldigheten av rettshandler fullmektigen foretar. Brudd på fullmektigens plikter etter § 85 første og annet ledd kan få tre konsekvenser. For det første kan fullmektigen bli erstatningsansvarlig på ulovfestet rettsgrunnlag, videre kan fylkesmannen eller retten vurdere opprettelse av helt eller delvis vergemål og endelig kan fullmektigen pålegges regnskapsplikt.⁴⁵

2.1.2 Retten til selvbestemmelse

Fullmaktsgiverens rett til selvbestemmelse var lovgiverens grunnleggende hensyn ved innføring av reglene om fremtidsfullmakter i vergemålsloven.⁴⁶ Grunnlovfesting av retten til respekt for vern om personlig integritet kan bidra til å sikre selvbestemmelse.⁴⁷ En forståelse av begrepet integritet er det å få være selvstendig. Menneskerettsutvalget uttalte at bestemmelsen blant annet inkluderer ”den enkeltes rett til selvbestemmelse og selvtutfoldelse”.⁴⁸ I fullmaktsforholdet kan integritetsvernet anses gjennomført blant annet ved oppstilling av bestemte plikter hos fullmektigen under fullmaktsforholdet, jf. vergemålsloven § 85.

Retten til selvbestemmelse er en folkerettslig anerkjent menneskerettighet. Av SP artikkel 1 nummer 1 fremgår at alle har rett til ”self-determination”. UDHR slår fast at alle er ”born free and equal in dignity and rights”, og har rett til å bli anerkjent som ”a person before the law”, jf. UDHR artikkel 2 og artikkel 6. Artikkene lest i sammenheng tilsier at ingen har rett til å bestemme over andre, og at en fullmaktsgiver som handlende rettssubjekt skal få ta egne valg. At fullmaktsgiveren har rett til selvbestemmelse etter ikrafttredelse av fullmakten, fremgår av CRPD artikkel 3 bokstav a, der det sies at statene skal sikre respekt for ”individual autonomy including the freedom to make one's own choices”. Rett til utøvelse av rettslig handleevne kan bidra til å sikre selvbestemmelse, jf. CRPD artikkel 12 nummer 2.

Fullmaktsgiverens selvbestemmelsesrett er et grunnleggende prinsipp i Rekommandasjon (2009). Rekommandasjonen sier at en fullmaktsgiver skal kunne utøve selvbestemmelse ved

⁴⁵ Ot.prp. nr. 110 (2008-2009) side 217, vergemålsloven § 91 annet ledd første punktum og vergemålsloven § 90 annet ledd annet punktum.

⁴⁶ Ot.prp. nr. 110 (2008-2009) side 142.

⁴⁷ Grunnloven § 102 annet ledd.

⁴⁸ Dokument 16 (2011-2012). Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven. Rapport fra Menneskerettsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven. 19. desember 2011. Side 177.

opprettelse av fullmakt, og bli lyttet til ved fullmektigens utøvelse av fullmaktsoppdraget, jf. Rekommandasjon (2009) prinsipp 1 nummer 1 og prinsipp 10 nummer 2 annet punktum.

2.1.3 CRPD artikkel 12 og General comment No. 1 (2014)

Blant annet omhandler CRPD artikkel 12 personer med nedsatt funksjonsevne sin rett til å bli anerkjent som rettssubjekter, til utøvelse av deres rettslig handleevne og til å få støtte slik at den rettslige handleevnen kan utøves. CRPD artikkel 12 nummer 1-3 lyder:

- ”1. States Parties reaffirm that persons with disabilities have the right to recognition everywhere as persons before the law.
2. States Parties shall recognize that persons with disabilities enjoy legal capacity on an equal basis with others in all aspects of life.
3. States Parties shall take appropriate measures to provide access by persons with disabilities to the support they may require in exercising their legal capacity.”

Ved tolkning av folkerettslige konvensjoner gjelder, som nevnt, tolkningsreglene som følger av VCLT artikkel 31. Etter den skal traktater skal tolkes i god tro, i tråd med den opprinnelige ordlydsforståelsen, i ordlydens kontekst og i lys av traktatens formål. Opprinnelig ordlydsforståelse vil si at statene skal anerkjenne at fullmaktsgiveren har rett til overalt å bli anerkjent som et handlende rettssubjekt. Videre skal fullmaktsgiveren få utøve rettslig handleevne på lik linje med andre, og vedkommende skal gis den nødvendige støtte for at slik handleevne kan utøves. Støtte skal gis av en fullmektig i et fullmaktsforhold. Ordlydens kontekst tilsier at fullmaktsgiveren skal få sine rettigheter anerkjent, og ikke bli diskriminert med grunnlag i funksjonsnedsettelsen.⁴⁹ Kravene i artikkel 12 lest i lys av artikkel 3 bokstav d tilsier at det skal anerkjennes at fullmaktsgivere utgjør del av ”human diversity”. Det gjør at støtten må tilpasses den enkelte fullmaktsgiveren. Ifølge CRPD artikkel 1 er formålet med konvensjonen å ”promote, protect and ensure the full and equal enjoyment of all human rights and fundamental freedoms by all persons with disabilities, and to promote respect for their inherent dignity”. En forståelse av dette er at statene plikter både å fremme, beskytte og sikre fullmaktsgiverens rett til å være et handlende rettssubjekt, som med tilpasset støtte skal få utøve sin rettslige handleevne.

Videre har CRPD-komiteen i etterfølgende organpraksis kommet med en generell merknad til forståelsen av innholdet i CRPD artikkel 12.⁵⁰ CRPD-komiteen sier at ”legal capacity” forstås

⁴⁹ CRPD artikkel 3 bokstav b, artikkel 4 nummer 1 og artikkel 5.

⁵⁰ CRPD/C/GC/1.

som å ha rettigheter, og være en handlende aktør etter loven.⁵¹ Det vil si at fullmaktsgiveren både skal ha rettslig handleevne og rettsevne. Videre uttaler CRPD-komiteen at "[s]upport in the exercise of legal capacity must respect the rights, will and preferences of persons with disabilities and should never amount to substitute decision-making".⁵² Det vil si at beslutningsstøtte skal respektere fullmaktsgiverens rettigheter, vilje og ønsker. I tillegg skal støtten etter dette gis som hjelp til utøvelse av rettslig handleevne, og ikke innebære en overtakelse av beslutningskompetanse. I Kjetil M. Larsen sin utredning fra 2015 er dette uttrykt på side 30 som at "[k]ravet er at avgjørelser ikke skal tas *for* mennesker med nedsatt funksjonsevne, men *med* dem".⁵³ CRPD-komiteen sa i merknaden punkt 16 at arten av og intensiteten i støtten vil variere med den hjelpetrequendes grad av funksjonsevne, men likevel slik at "[a]t all times, including during crisis situations, the individual autonomy and capacity of persons with disabilities to make decisions must be respected". En forståelse av dette er at retten til selvbestemmelse aldri skal fratras fullmaktsgiveren, men bli respektert også i krisesituasjoner. Mulighet til å uttrykke ønsker og vilje i en fremtidsfullmakt anses ifølge komiteen som en "important form of support".⁵⁴

2.2 Om undersøkelsesplikten

2.2.1 Undersøkelsesplikten omfang

Ifølge vergemålsloven § 85 annet ledd første punktum ligger det til fullmektigens oppgaver å høre fullmaktsgiveren før avgjørelser blir tatt. I samme ledd er det opplistet to forhold som kan gi grunnlag for at fullmektigen likevel ikke trenger å høre fullmaktsgiveren. I det følgende blir det først vurdert hva som ligger i fullmektigens plikt til å høre, og deretter drøftes når unntakene kan komme til anvendelse. Spørsmålet er hva som er det nærmere innholdet av fullmektigens undersøkelsesplikt når fullmakten er i kraft.

Før fullmektigen treffer avgjørelser i fullmaktsforholdet "skal fullmaktsgiveren høres".⁵⁵ Ordet "skal" viser at fullmektigen pålegges en plikt til å høre fullmaktsgiveren. Fullmektigen kan ikke avtale seg bort fra plikten, ettersom rettsregelen er ufravikelig. Høringen innebærer at fullmektigen undersøker hva som er fullmaktsgiverens tanker, meninger og vilje om en bestemt avgjørelse. Høringen skal skje "før" beslutningen tas, og grunnen til det er at ønskene

⁵¹ CRPD/C/GC/1 punkt 13.

⁵² *ibid.* punkt 15.

⁵³ Larsen, Kjetil Mujezinović. "Konsekvenser ved eventuell norsk tilslutning til den valgfrie protokollen om individuell klagerett til FN-konvensjonen om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne." (2015)

⁵⁴ CRPD/C/GC/1 punkt 17.

⁵⁵ Vergemålsloven § 85 annet ledd første punktum.

skal kunne være del av beslutningsgrunnlaget. En høring etter at disposisjonen er foretatt vil derimot ikke gi fullmaktsgiveren mulighet til å påvirke disposisjonen.

Ordlyden i § 85 annet ledd må forstås i lys av hele bestemmelsen. Etter første ledd plikter fullmektigen å ”handle i samsvar med fullmakten og fremme fullmaktsgiverens interesser og rettigheter”. Med ”interesse” forstås noe som er av viktighet eller betydning. ”Rettigheter” kan være rettigheter i kraft av avtale eller lov, herunder menneskerettigheter. Fullmektigen skal ”fremme” fullmaktsgiverens interesser og rettigheter. Undersøkelse av ønskene kan bidra til at fullmektigen kan fremme fullmaktsgiverens interesser og rettigheter. Plikten fullmektigen har etter tredje ledd til å ”oppbevare tilstrekkelig dokumentasjon” om avgjørelsene som er tatt, bidrar til å skape åpenhet om transaksjonene, og kan bidra til å hindre at fullmektigen opptrer egenrådlig. Dokumentasjonsplikten lest i sammenheng med kravet i første ledd om at fullmektigen skal opptre i samsvar med fullmaktsgiverens interesser og kravet i annet ledd til å undersøke hva fullmaktsgiveren mener i dag, kan tilsa at informasjon fremkommet ved høring bør dokumenteres.

I lovmotivenes særmerknad til vergemålsloven § 85 er det pekt på at bestemmelsene i første og annet ledd først og fremst vil ha ”pedagogisk og prinsipiell betydning”.⁵⁶ En vanlig forståelse av en ”pedagogisk” betydning er at reglene skal være oppdragende for fullmektigen, og ha en veiledende funksjon. At de er av prinsipiell betydning kan bety at de skal være av overordnet og avgjørende betydning. I forarbeidene pekes det videre på at bestemmelsene kan få praktisk betydning ved fylkesmannens vurdering av om vergemål skal opprettes. En yttergrense for fullmektigens handlingsrom følger dermed av vergemålsloven § 91. Helt eller delvis vergemål kan opprettes dersom fullmektigen ikke ivaretar fullmaktsgiverens interesser som forutsatt i fremtidsfullmakten eller det under fullmaktsforholdet er ”behov for ytterligere bistand”.⁵⁷ Det at fullmektigen ikke oppfyller sin plikt etter § 85 annet ledd første punktum til å høre fullmaktsgiveren, kan derfor være et forhold som tilsier behov for ytterligere bistand.

I forarbeidene forutsettes at lovens regler om hvilken kompetanse som kan overføres skal være like for fremtidsfullmektiger og verger.⁵⁸ Forutsetningen er lagt til grunn i HR-2019-1758-A i avsnitt 46. Selv om avgjørelsen gjelder andre bestemmelser enn de som drøftes i denne oppgaven, er det at reglene om kompetanseoverføring skal være like et forhold som taler for at det er relevant å se hen til reglene på vergemålsområdet også ved drøftelse av reglene om fremtidsfullmakter. I tillegg er det, som for fullmaktsgiveren, et krav om at vergen skal høre vergehaveren, jf. vergemålsloven § 33 første ledd. Sammenheng i vergemålsloven

⁵⁶ Ot.prp. nr. 110 (2008-2009) side 217.

⁵⁷ Vergemålsloven § 91 annet ledd annet punktum.

⁵⁸ Ot.prp. nr. 110 (2008-2009) side 214.

kan tilsi at like formuleringer skal forstås likt. Regelen om høring for verger i § 33, og i § 85 for fullmektiger er ikke formulert helt likt. Begrunnelsen for reglene er likevel den samme, ettersom reglene i begge tilfeller er oppstilt for å bidra til den hjelpetrequendes selvbestemmelse. Det kan tale for at reglene på vergemålsområdet er relevante ved drøftelsen av innholdet i fullmektigens plikter. Høring av vergehaveren skal skje før det foretas ”disposisjoner av større betydning”, og der det ”ellers fremstår som naturlig”.⁵⁹ Av forarbeidene fremgår det at vergen likevel kan foreta ”dagliglivets” beslutninger uten først å høre vergehaveren.⁶⁰ På den annen side kan det i noen tilfeller være ”naturlig” å høre vergehaveren også ved disposisjoner av mindre vesentlig betydning. Dette viser at en verge som klar hovedregel skal høre vergehaveren før beslutninger tas.

Lovavdelingen i Justis- og beredskapsdepartementet har kommet med en tolkningsuttalelse til forståelsen av vergemålsloven § 33. I tolkningsuttalelsen ble det blant annet drøftet hva som er innholdet i at en person ikke kan forstå hva en disposisjon innebærer, og sammenhengen mellom denne forståelsen og muligheten til å kunne gi uttrykk for sin reelle vilje. Lovavdelingen uttalte at § 33 annet ledd ”ikke kan tolkes slik at vergen kan foreta disposisjoner for en person uten samtykkekompetanse i strid med vedkommendes reelle vilje dersom denne kan kartlegges”.⁶¹ Utgangspunktet er at fullmaktsgivere har rettslig handleevne. For at den reelle viljen skal kunne følges, må den bli kartlagt. Slik kartlegging innebærer at personens ønsker og vilje blir undersøkt. Uttalelsene om vurderingen av reell vilje i forbindelse med § 20 annet ledd er relevante også for § 33, ettersom det i tolkningsuttalelsen antas at formuleringen om at vergehaveren ”ikke er i stand til å forstå” skal forstås ”på samme måte” i de to bestemmelsene.⁶² Avgjørende er hva som er den hjelpetrequendes reelle vilje. Spørsmålet om hva som er reell vilje er beskrevet som krevende, og at det vanskelig kan besvares generelt.⁶³ Likevel ble det i tolkningsuttalelsen pekt på forhold som kan kaste lys over hva som er den reelle viljen. Det ble antatt at man i vurderingen ”må kunne se hen til forhold som graden av forståelse, hva personen gir uttrykk for, og på hvilken måte. Andre forhold kan også spille inn. Blant annet kan det ha betydning hva den enkelte har ment tidligere...og man må kunne se hen til om han eller hun fremstår som påvirket av andre. Om personen holder fast ved samme standpunkt over noe tid eller endrer oppfatning ut fra hvem man sist har snakket med, kan dermed også være relevant”.⁶⁴ I tolkningsuttalelsen samme punkt sies det at den bredere kartleggingen må

⁵⁹ Vergemålsloven § 33 første ledd.

⁶⁰ *ibid.* side 189.

⁶¹ Justis- og beredskapsdepartementet. *Vergemålsloven §§ 20 og 33 – samtykkekompetanse*. 21. mars 2018 <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/-20-og-33---vergemalsloven--20-og-33---samtykkekompetanse/id2594556/> hentet 21. november 2020. Punkt 6.

⁶² *ibid.* punkt 3.

⁶³ *ibid.* punkt 5.

⁶⁴ *ibid.* punkt 5.

foretas med de sentrale prinsippene som ligger til grunn for vergemålsloven for øye. Etter dette er det den reelle viljen som på bakgrunn av en bredere vurdering skal kartlegges. Likhetsbetraktninger taler for at den reelle viljen bør vektlegges også i fullmaktsforhold, og at de opplistede momentene også vil være relevante ved drøftelsen av reell vilje hos fullmaktsgiveren.

I SOM-2019-3520 kom Sivilombudsmannen med en uttalelse i en sak som gjaldt fratakelse av et vergeoppdrag. Statens sivilrettsforvaltning hadde fattet vedtak om å frata en mor vergeoppdraget for sin voksne sønn. Sivilombudsmannen drøftet blant annet vergehaverens rett til å bli hørt, jf. vergemålsloven § 33. I den forbindelse ble det uttalt at hensynet til vergehaveren er sentralt i loven, og at lovens utgangspunkt er at vergehaveren har selvbestemmelsesrett. Videre sies det i uttalelsen at ”hensynet til selvbestemmelsesretten, og hensynet til sammenheng i regelverket, tilsier at vergehavers mening om hvem som skal være verge må tillegges betydelig vekt også ved eventuelt bytte av verge”. Det er pekt på at reglene om høring av vergehaveren er ”vesentlige” når det er vergemålsmyndigheten som vil skifte ut vergen. Hverken fylkesmannen eller Statens sivilrettsforvaltning hadde tatt initiativ til å avklare om vergehaveren ønsket å uttale seg om sin mening. Når ”vergemålsmyndighetene ikke hadde forsøkt å få det til”, kunne spørsmålene ifølge uttalelsen ikke anses å være godt nok opplyst. Etter en konkret vurdering kom Sivilombudsmannen til at vergehaveren ikke var blitt ”forsvarlig hørt” før vedtaket ble fattet. I likhet med flere andre punkter var saken ”utilstrekkelig opplyst” når det gjaldt vergehaverens rett til å bli hørt. Sivilombudsmannen sa at det ”må antas at feilene ”kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold” jf. forvaltningsloven § 41”, og konkluderte med at vedtaket var ugyldig. Lov 22. juni 1962 nr. 8 om Stortingets ombudsmann for forvaltningen (sivilombudsmannsloven) § 10 første ledd sier at Ombudsmannen har rett til å uttale sin mening om forhold som går inn under hans ”arbeidsområde”. Offentlig forvaltning er under Ombudsmannens arbeidsområde.⁶⁵ Ifølge § 10 annet ledd tredje punktum kan Ombudsmannen gi uttrykk for om Ombudsmannen anser en avgjørelse som ”ugyldig”. En slik uttalelse har ikke rettslig bindende virkning, men det er tradisjon for at forvaltningen lytter til og følger opp uttalelser fra Sivilombudsmannen. I tråd med dette omgjorde Statens sivilrettsforvaltning vedtaket etter uttalelsen i SOM-2019-3520.⁶⁶

Fullmektigens undersøkelse av fullmaktsgiverens ønsker og vilje bidrar til å sikre fullmaktsgiverens integritet. Retten til vern om personlig integritet følger av Grunnloven § 102 annet ledd. I lovforarbeidene er det uttalt at sikring av hjelpetrengendes interesser med respekt for

⁶⁵ Sivilombudsmannsloven § 4 første ledd første punktum.

⁶⁶ SOM-2019-3520 8. april 2020.

den enkeltes verdighet og integritet er et sentralt siktemål for vergemålslovgivningen.⁶⁷ Høring av fullmaktsgiveren er tråd med lovgivers intensjon å om løfte individet frem.⁶⁸ Videre ble betydningen av den enkeltes rett til selvbestemmelse poengtert av Justiskomiteen i merknad som gjaldt drøftelse av behov for nye regler på vergemålsområdet.⁶⁹

Fullmektigens undersøkelse av fullmaktsgiverens ønsker kan bidra til selvbestemmelse hos sistnevnte. Retten til selvbestemmelse følger av SP artikkel 1 nummer 1, ØSK artikkel 1 og UDHR artikkel 55. Videre fremgår retten som et grunnleggende prinsipp i CRPD.⁷⁰ Etter Rekommandasjon (1999) prinsipp 9 nummer 3 skal den hjelpetrengende gis adekvat informasjon, slik at vedkommende ”may express a view”. Plikten til å høre fullmaktsgiveren følger også av Rekommandasjon (2009) prinsipp 10 nummer 2 annet punktum, som sier at fullmektigen skal undersøke tidligere og nåværende ønsker og følelser hos fullmaktsgiveren. Fullmektigen skal ”as far as possible” konsultere fullmaktsgiveren ”on an ongoing basis”.⁷¹ Lovgiver har sagt at dette prinsippet ligger til grunn for høringsregelen i vergemålsloven § 85 annet ledd.⁷² Kravet om at fullmektigen skal informeres og konsulteres er ansett som ”necessary” for at fullmaktsgiveren skal ha “the opportunity to express an opinion or, to the extent he or she is capable, give instructions.”.⁷³

Videre har fullmektigens undersøkelsesplikt sammenheng med fullmaktsgiverens rett til å bli anerkjent som et rettssubjekt. Fullmaktsgiverens rett til overalt å bli anerkjent som ”persons before the law” fremgår av CRPD artikkel 12 nummer 1. Tilsvarende rett fremgår av UDHR artikkel 55. For å kunne utøve sin handleevne i et fullmaktsforhold, vil undersøkelse av fullmaktsgiverens ønsker være nødvendig. Etter CRPD artikkel 12 nummer 2 har fullmaktsgiveren rett til å utøve sin rettslige handleevne. For å sikre rettslig handleevne skal fullmektigen gi ”support” til utøvelsen av handleevnen.⁷⁴ Støtten skal respektere ”the rights” og ”will and preferences” hos fullmaktsgiveren.⁷⁵ Fullmaktsgiverens deltakelse i prosessen med å fatte beslutninger fordrer at fullmektigen undersøker hva som er dagens vilje hos fullmaktsgiveren.

⁶⁷ *ibid.* side 7.

⁶⁸ *ibid.* side 9.

⁶⁹ Innst. 154 L (2009-2010) om lov om vergemål (vergemålsloven) side 15.

⁷⁰ CRPD artikkel 3 bokstav a.

⁷¹ Rekommandasjon (2009) prinsipp 10 nummer 2 første punktum.

⁷² Ot.prp. nr. 110 (2008-2009) side 216.

⁷³ Explanatory memorandum (2009) punkt 150.

⁷⁴ CRPD artikkel 12 nummer 3.

⁷⁵ *ibid.* nummer 4.

Fullmektigens plikt til å undersøke fullmaktsgiverens ønsker er felles for lovgivningen i alle de nordiske landene.⁷⁶ I svenske forarbeider pekes det på at fullmaktsgiveren ikke automatisk ”förlorar förmågan att uttrycka en vilja” ved fullmaktens ikrafttredelse.⁷⁷ Ordlyden i svensk lov oppstiller høringsplikten som en ”skal”-regel, men svenske forarbeider gir uttrykk for at fullmektigen likevel bare ”bör” gjøre fullmaktsgiveren delaktig.⁷⁸ Per Westman uttrykker at fullmektigen ”på annat sätt [skal] söka utröna dessa”, dersom interessene ikke fremgår av fullmakten.⁷⁹ Samtale med fullmaktsgiveren er én måte Westman nevner at interessene kan kartlegges på.⁸⁰ Finske forarbeider slår fast at formålet med plikten til undersøkelse er å understreke ”samarbetets betydelse” i forholdet mellom fullmaktspartene.⁸¹ I danske forarbeider er det uttalt at plikten til å høre består av å ”informere og rådføre sig med fuldmagtsgiver”.⁸² I kommentarutgaven til den danske fremtidsfullmaktsloven er det sagt at fullmaktsgiveren har ”mulighet for medindflytelse...men ikke medbestemmelse eller selvbestemmelse” etter fullmaktens ikrafttredelse.⁸³ Fullmaktsgiverens rett til ”medindflytelse” vil likevel fordre høring av fullmaktsgiveren.

Rettsregelen i norsk rett er at kravet om at fullmektigen skal høre fullmaktsgiveren utgjør en plikt for fullmektigen.⁸⁴ Brudd på undersøkelsesplikten kan gjøre at fylkesmannen eller retten vurderer opprettelse av vergemål.⁸⁵ En plikt for fullmektigen til så langt mulig å undersøke fullmaktsgiverens ønsker og vilje er i samsvar folkerettslige forpliktelser og anbefalinger.⁸⁶ En ensartet nordisk lovgivning gir fullmaktsgiveren rett til å uttrykke sine ønsker. Samlet sett tilsier dette at fullmektigen så langt mulig plikter å undersøke hva ønskene og viljen til fullmaktsgiveren er.

⁷⁶ Lov 8. juni 2016 nr. 618 om fremtidsfuldmagter Kapitel 4 § 12 Stk. 1, lag (2017:310) om framtidfullmakter 15 §, lag 25. mai 2007 nr. 648 om intressebevakningsfullmakt 16 § 2 mom. og vergemålsloven § 85 annet ledd.

⁷⁷ Prop. 2016/17:30 side 58.

⁷⁸ Lag (2017:310) 15 § og Prop. 2016/17:30 side 58.

⁷⁹ Westman, Per. *Fremtidsfullmakter*. Sverige: Norstedts Juridik AB, 2019. Side 79.

⁸⁰ I.c.

⁸¹ Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till lag om intressebevakningsfullmakt och till lag om ändring av lagen om förmynderverksamhet side 29.

⁸² *Bemærkninger til Lovforslag nummer L 135*. 24. februar 2016. Side 24.

⁸³ Andersen, Lennart Lyng og Svend Danielsen, *Lov om fremtidsfuldmagter*. Danmark: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2018. Side 209-210.

⁸⁴ Vergemålsloven § 85 annet ledd første punktum.

⁸⁵ Vergemålsloven § 91 annet ledd første punktum.

⁸⁶ CRPD artikkel 12, Rekommandasjon (1999) prinsipp 9 nummer 3 og Rekommandasjon (2009) prinsipp 10 nummer 2 annet punktum.

I det følgende drøftes hvordan unntakene oppstilt i vergemålsloven § 85 annet ledd kan begrense fullmektigens undersøkelsesplikt. Det er opp til fullmektigen å avgjøre om unntakene kommer til anvendelse.

2.2.2 Undersøkelsespliktens grenser: Unntak og forbehold

2.2.2.1 Unntak der undersøkelse vil støte på ”betydelige vanskeligheter”

Unntaket i vergemålsloven § 85 første ledd første punktum innebærer at fullmektigen ikke trenger å høre fullmaktsgiveren, dersom en høring ikke kan skje ”uten betydelige vanskeligheter”. En ”vanskelighet” vil si en hindring eller noe problematisk. Vanskeligheten må være ”betydelig”. Terskelen er høy, og det skal mye til før unntaket kan komme til anvendelse. En skala kan illustrere unntaksbestemmelsen: i den ene enden av skalaen er det som er mulig, og i motsatt ende det umulige. I sjiktet som grenser opp mot det som er umulig, er de betydelige vanskelighetene. Det er for disse vanskelighetene loven etter ordlyden unntar fullmektigen fra høringsplikt.

Lest i lys av den klare hovedregelen om plikt til undersøkelse, er bestemmelsen en snever unntaksregel. En slik forståelse er videre i tråd med fullmaktsgiverens rett til selvbestemmelse. Grunnlovsfestingen av retten til vern om personlig integritet kan innebære at kravet til grad av vanskelighet som kreves skjerpes, jf. Grunnloven § 102 annet ledd. I særmerknad til vergemålsloven § 85 har departementet uttalt at bestemmelsen først og fremst bare vil ha ”pedagogisk og prinsipiell” betydning.⁸⁷ Lovgivers vektlegging av fullmaktsgiverens rett til selvbestemmelse tilsier derimot at unntaket skal forstås som en snever bestemmelse.

Av Rekommandasjon (2009) prinsipp 10 nummer 2 første punktum følger at fullmektigen skal konsultere fullmaktsgiveren ”as far as possible”. Undersøkelsesplikten gjelder der høring er ”mulig”. Plassert i den nevnte skalaen, unntas fullmektigen for høring kun der høring vil være umulig. Følgelig er unntaket enda snevrere i rekommandasjonen enn etter norsk lov, hvor sistnevnte både unntar for tilfellene der det er umulig, og der det er veldig vanskelig. I explanatory memorandum punkt 150 forklares at konsultasjon er ”necessary” for å gi fullmaktsgiveren mulighet til å ”give instructions”. I lys av rekommandasjonen bør fullmektigen unnlate undersøkelse bare når høring vil være umulig.

Finsk lov er den eneste av de nordiske lovene med likelydende unntak som den norske loven, og etter finsk rett foreligger en høringsplikt om høringen kan skje ”utan betydande svårighete-

⁸⁷ Ot.prp. nr. 110 (2008-2009) side 217.

ter”.⁸⁸ Finske forarbeider er derimot tause om hvordan unntaket skal forstås. I svensk rett gjelder kun plikt til å samråde med fullmaktsgiveren i ”viktiga frågor”, jf. lag om framtidfullmakter 15 §. De svenske lovmotivene peker på at plikten til å rådføre seg med fullmaktsgiveren ikke er ment å gjelde absolutt alle beslutninger som skal tas.⁸⁹ Samtidig blir det understreket i de svenske forarbeidene at selv om ”samrådsplikten” er begrenset til de viktige spørsmålene, ”hindrar [dette] naturligvis inte fullmaktshavaren från att samråda även i andra frågor. Regeringen anser tvärtom att det er angeläget att fullmaktshavarens dialog med fullmaktsgivaren genomsyrar fullmaktsuppdraget i sin helhet”.⁹⁰ Tilsvarende avgrensning gjelder i dansk rett, der fullmektigen skal høre fullmaktsgiveren så langt mulig i ”vigtigere forhold”.⁹¹ I danske forarbeider pekes det derimot på at unntaket knytter seg til fullmaktsgiverens kognitive evner.⁹²

Konkrete forhold rundt beslutningen kan kaste lys over hvorvidt unntaket kan komme til anvendelse. For det første kan det være av betydning hvor vesentlig karakter beslutningen er av for fullmaktsgiveren. Hvis det er et viktig og stort spørsmål for fullmaktsgiveren, slik som valg av bosted, taler det for at fullmektigen bør søke å overkomme hindringen. Dette er i samsvar med løsningen i svensk rett, jf. lag om framtidfullmakter 15 §. Et neste forhold er tidsaspektet ved avgjørelsen. Om det er en avgjørelse som kan vente, taler det for at fullmektigen bør forsøke å overkomme hindringen, slik at fullmaktsgiveren kan gi en uttalelse. Om det derimot er viktig å få tatt avgjørelsen raskt, er det noe som taler mot at fullmektigen skal bruke ressurser på å få undersøkt ønskene. Endelig kan det om kompetansen er generelt eller mer spesifikt regulert i fullmakten være av betydning. Hvis beslutningskompetansen har en generell utforming, kan det tale for at fullmektigen bør undersøke hva fullmaktsgiveren egentlig mente og dermed bruke krefter på å prøve å overvinne hindringen.

Utgangspunktet er at fullmakten er fullmaktsgiverens disposisjon, og at beslutninger skal tas i fullmaktsgiverens interesse. Med mindre det er åpenbare forhold som tilsier at saken haster, eller at handlingsalternativene er nærmest fraværende, skal det mye til for at fullmektigen ikke skal måtte forankre disposisjonen hos fullmaktsgiver selv, så langt dette er mulig.

2.2.2.2 Unntak der fullmaktsgiveren ”ikke kan forstå sakens betydning”

Fullmektigen har heller ikke undersøkelsesplikt om fullmaktsgiveren ”ikke kan forstå sakens betydning”, jf. vergemålsloven § 85 annet ledd annet punktum. ”Forståelse” handler her om

⁸⁸ Lag om intressebevakningsfullmakt 16 § 2 mom.

⁸⁹ Prop. 2016/17:30 side 58.

⁹⁰ I.c.

⁹¹ Lov om fremtidsfuldmagter Kapittel 4 § 12 stk. 1.

⁹² Bemærkninger til Lovforslag nr. L 135 side 24.

fullmaktsgiverens kognitive evner. ”Sakens betydning” vil si hva innholdet i en bestemt sak er, eller følgene av en beslutning. Etter ordlyden kommer unntaket til anvendelse der fullmaktsgiveren ikke ”kan” forstå den konkrete saken eller disposisjonens betydning. En forståelse av det er at fullmaktsgiveren mangler kognitiv evne til å ha begrep om hva beslutningen innebærer, selv etter å ha fått saken forsøkt forklart for seg. Følgelig er også dette en snever unntaksbestemmelse.

Som nevnt i drøftelsen av unntaket for betydelige vanskeligheter, er det i særmerknad til vergemålsloven § 85 uttalt at bestemmelsen først og fremst vil ha ”pedagogisk og prinsipiell” betydning.⁹³ Lovgivers vektlegging av fullmaktsgiverens rett til selvbestemmelse tilsier derimot at også dette unntaket skal forstås som en snever bestemmelse, slik at fullmektigen oppfordres til å forsøke å skape forståelse hos fullmaktsgiveren. Det er to aspekter ved å få undersøkt fullmaktsgiverens vilje. Et første aspekt er fullmaktsgiverens forståelse av en bestemt sak. Ved å prøve å forklare hele eller deler av saken for fullmaktsgiveren, kan forståelsen av sakens betydning øke, slik at vedkommende kan uttrykke en mening. Det neste aspektet er fullmektigens forståelse av hva fullmaktsgiveren mener. En forklaring av saken for fullmaktsgiveren kan derved også bidra til økt forståelse også hos fullmektigen.

Av vergemålsloven § 33 første ledd følger at vergehaveren skal høres ”så vidt mulig”. Etter Ot.prp. nr. 110 (2008-2009) side 94 tar forbeholdet sikte på ”situasjoner hvor personen ikke er i stand til å forstå hva disposisjonen innebærer”, lik unntaksregelen for fremtidsfullmakter. Lovavdelingen har i et høringsnotat uttalt at det at en person ikke er i stand til å forstå hva en konkret disposisjon innebærer, etter omstendighetene kan gi grunnlag for at høring ikke anses ”mulig”.⁹⁴ Uansett fullmaktsgiverens kognitive tilstand, plikter fullmektigen å gi beslutningsstøtte.⁹⁵ I dette ligger et krav om at fullmektigen skal søke å øke forståelsen hos fullmaktsgiveren i størst mulig grad, noe som også støttes av fullmaktsgiverens selvbestemmelsesrett.

Tilsvarende begrensning følger av Rekommandasjon (2009) prinsipp 10 nummer 2 første punktum, som sier at fullmektigen ”as far as possible” plikter å høre fullmaktsgiveren. Begrensningen utdypes i explanatory memorandum (2009) punkt 150, der det fremgår at fullmektigen skal konsultere fullmaktsgiveren ”to the extent that this will be meaningful”, og om det er ”meaningful” er noe som avhenger av ”granter`s condition”. I tråd med Rekomman-

⁹³ Ot.prp. nr. 110 (2008-2009) side 217.

⁹⁴ Justis- og beredskapsdepartementet. Høringsnotat - *Endringer i vergemålsloven mv. (personer uten samtykkekompetanse, særskilt forvaltning av midler, klage- og begjæringsrett i saker om vergen mv.)*. November 2018 <https://www.regjeringen.no/contentassets/a5b9cbc608ef4b2eb519d008723cfa77/horingsnotat-om-endringer-i-vergemalsloven-mv..pdf> hentet 19. november 2020. Side 3.

⁹⁵ CRPD artikkel 12 nummer 3.

dasjon (1999) prinsipp 3 nummer 1 skal lovgivningen anerkjenne at ”different degrees of incapacity may exist and that incapacity may vary from time to time”. I dette ligger at en fullmaktsgiver kan ha ulik forståelse av personlige og økonomiske spørsmål. Videre kan vedkommende eksempelvis forstå deler av saken, men ikke evne å forstå hele saken. Ettersom undersøkelse ifølge Rekommandasjon (1999) prinsipp 9 nummer 3 er ekstra viktig ved beslutninger som er ”major”, taler det for at unntaksbestemmelsen har enda høyere terskel ved spørsmål som er av vesentlig betydning for fullmaktsgiveren.

I artikkelen *Fremtidsfullmakter* (2013) antar Peter Hambro at unntaket for fullmaktsgiverens forståelse ”i virkeligheten [vil] bli hovedregelen siden en ren fremtidsfullmakt først trer i kraft når fullmaktsgiver ikke er i stand til å ivareta sine interesser”.⁹⁶ Begrunnelsen for antagelsen er at fullmakten skal anvendes på et tidspunkt når fullmaktsgiveren ikke er i stand til å ivareta sine interesser. Med dette synes Hambro å legge til grunn at kriteriet om ikrafttredelse i vergemålsloven § 83 jf. § 78, om at fullmaktsgiveren ikke lenger er i stand til å ivareta sine interesser, gir om lag samme terskel som at fullmaktsgiveren ”ikke kan forstå sakens betydning” jf. § 85 annet ledd annet punktum. At vedkommende er ute av stand til å forstå betydningen av bestemte saker under fullmaktsforholdet trenger ikke være en nødvendig følge av at fullmaktsgiveren ikke kan ivareta sine interesser. Dette taler for ulike terskler i bestemmelsene. Det faktum at lovgiver har gitt en bestemmelse i § 85 annet ledd, som bare skal gjelde for fullmakter i kraft, taler også for at det ikke siktes til samme terskel. Videre ser det ikke ut til at Hambro i sin vurdering av fullmektigens undersøkelsesplikt har tatt hensyn til hva som følger av en tolkning av ordlyden i lys av CRPD, en fortolkning som kan tilsi at fullmektigen plikter å høre også der fullmaktsgiveren har kognitiv svikt.

Nordisk rett oppstiller tilsvarende unntak for fullmaktsgiverens manglende forståelse. Finsk lov er den eneste av de andre nordiske lovene som oppstiller unntaket i lovens ordlyd.⁹⁷ Etter dansk og svensk rett plikter fullmektigen å gjøre undersøkelser så langt det er mulig.⁹⁸ Danske forarbeider sier at dette beror på fullmaktsgiverens evne til forståelse.⁹⁹ Etter svenske lovmotiver unntas høringsplikten ved beslutninger om dagligdagse gjøremål, men det oppfordres samtidig til undersøkelse også ved den type beslutninger.¹⁰⁰ Derved gjøres det etter en ensartet nordisk lovgivning unntak for plikten til undersøkelse der det ikke vil være mulig grunnet fullmaktsgiverens manglende forståelse av den konkrete sakens betydning.

⁹⁶ Hambro, Peter. ”Fremtidsfullmakter” *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål* nummer 3 (2013). Punkt 12.2.

⁹⁷ Lag 25. mai 2007 nr. 648 om interessebevakningsfullmakt 16 § 2. mom.

⁹⁸ Lov om fremtidsfuldmagter § 12 stk. 1 og lag om framtidfullmakter 15 §.

⁹⁹ Bemærkninger til Lovforslag nummer L 135 side 24.

¹⁰⁰ Prop. 2016/17:30 side 58.

2.2.2.3 Samlet oppsummering og vurdering

Hovedregelen er at fullmektigen plikter å høre fullmaktsgiveren før avgjørelser treffes, jf. vergemålsloven § 85 annet ledd første punktum. I forarbeidene pekes det på at en undersøkelsesplikt sikrer respekten for vern om personlig integritet og retten til selvbestemmelse.¹⁰¹ Fullmaktsgiverens rett til respekt for sin integritet følger av Grunnloven § 102 annet ledd og retten til selvbestemmelse følger blant andre folkerettslige kilder av CRPD artikkel 3 bokstav a. Utøvelse av ”legal capacity” krever at fullmektigen undersøker hva som er fullmaktsgiverens ønsker. For vergemål har vergemålsloven § 85 annet ledd sin parallelle bestemmelse i § 33 første ledd. I forbindelse med en tolkningsuttalelse om reglene i vergemålsloven § 33, sa departementet at den reelle viljen etter en bredere kartlegging er avgjørende.¹⁰² Undersøkelse av fullmaktsgiverens mening kan bidra til en slik kartlegging av den reelle viljen. En uttalelse fra Sivilombudsmannen påpekte at manglende høring av en vergehaver om opprettelse av ny verge medførte at saken ble ansett å være utilstrekkelig opplyst.¹⁰³ Etter Rekommandasjon (2009) prinsipp 10 nummer 2 første punktum skal ”the attorney, as far as possible, informs and consults the granter on an ongoing basis”. Det er et prinsipp som etter forarbeidene ligger til grunn for regelen i vergemålsloven § 85 annet ledd.¹⁰⁴ Nordisk regulering av kravet til undersøkelse er ensartet, og det viser reglenes sentrale betydning for å sikre formålet om selvbestemmelse.

Fra hovedregelen er det oppstilt to unntak i vergemålsloven § 85 annet ledd første og annet punktum. Etter disse har ikke fullmektigen undersøkelsesplikt hvis en høring ikke kan skje ”uten betydelige vanskeligheter”, eller fullmaktsgiveren ”ikke kan forstå sakens betydning”. Forarbeidene uttaler at unntaksbestemmelsene først og fremst har ”pedagogisk og prinsipiell betydning”, men at de kan få praktisk betydning ved fylkesmannens vurdering av om vergemål skal opprettes.¹⁰⁵ For fullmektigen vil bestemmelsene derimot være av praktisk betydning siden unntakene er avgjørende for hvorvidt fullmektigen har undersøkelsesplikt. Unntaket som krever en betydelig vanskelighet trekker i retning av å være en snever unntaksregel, som det skal mye til for at skal komme til anvendelse.¹⁰⁶ Forstått i lys av Rekommandasjon (2009) taler unntaksbestemmelsen for at fullmektigen bør undersøke der det er ”possible”.¹⁰⁷ En slik forståelse vil utgjøre en innskrenkende fortolkning av ordlyden i vergemålsloven § 85. Så

¹⁰¹ Ot.prp. nr. 110 (2008-2009) side 7.

¹⁰² Justis- og beredskapsdepartementet (2018) punkt 6.

¹⁰³ SOM-2019-3520.

¹⁰⁴ Ot.prp. nr. 110 (2008-2009) side 216.

¹⁰⁵ *ibid.* side 217.

¹⁰⁶ Vergemålsloven § 85 annet ledd første punktum.

¹⁰⁷ Rekommandasjon (2009) prinsipp 10 nummer 2 første punktum.

lenge hindringen er utenfor det som er en umulighet, taler ordlyden lest i sammenheng med folkerettslige prinsipper for en svært snever unntaksbestemmelse, som fullmektigen bør unngå å anvende. Unntaket som omhandler fullmaktsgiverens kognitive evner innebærer etter ordlyden at kun kan komme til anvendelse der fullmaktsgiveren ikke kan forstå "sakens betydning".¹⁰⁸ Kravet er ikke at fullmektigen skal mangle forståelse av et helt område eller gjøre seg opp en mening om sine interesser på et mer generelt plan, men at vedkommende ikke har evne til å forstå forholdet i én bestemt sak. Videre er det krav til at fullmaktsgiveren ikke "kan" forstå, noe som omfatter at forståelsen mangler selv etter at fullmektigen har forsøkt å forklare den konkrete saken. Krav til at fullmaktsgiveren skal få saken forsøkt forklart for seg, støttes av reglene om krav til beslutningsstøtte, jf. CRPD artikkel 12 nummer 3. Unntaksbestemmelsen forstått i lys av folkerettslige forpliktelser tilsier følgelig at fullmektigen ikke har undersøkelsesplikt i de tilfellene fullmaktsgiver ikke har evne til å gi uttrykk for sin mening, selv etter å ha fått saken forklart. Etter Rekommandasjon (2009) skal høring skje hvis det er "meaningful".¹⁰⁹ Det kan forstås som at unnlattelse av høring bare kan begrunnes med at det ville være meningsløst. Nordisk lovgivning begrenser undersøkelsesplikten til viktige spørsmål, og der undersøkelse er mulig. Samtidig uttales det i svenske forarbeider at fullmektigen oppfordres til rådføring med fullmaktsgiver også ved mindre viktige spørsmål.¹¹⁰ Antageligvis vil det være svært få tilfeller der en fullmaktsgiver totalt mangler evnen å uttrykke en mening om en sak, eller sider av en sak. Følgelig må også dette unntaksvilkåret anses å være en svært unntaksbestemmelse.

2.2.3 Konklusjon

Konklusjonen blir at fullmektigen som klar hovedregel har undersøkelsesplikt. Unntaksbestemmelsene kan kun komme til anvendelse om de betydelige vanskelighetene er umulige å overkomme, eller fullmaktsgiveren helt mangler evne til å forstå hele eller deler av den konkrete saken, selv etter å ha fått saken forsøkt forklart for seg.

2.3 Om handleplikten

2.3.1 Handlepliktens rekkevidde

Fullmektigen kan ta beslutninger på fullmaktsgiverens vegne etter ikrafttredelse av fremtidsfullmakten. Flere forhold påvirker fullmektigens kompetanse når en beslutning skal tas. Blant disse forholdene er fullmaktsgiverens ønsker fremkommet ved høring. En undersøkelsesplikt har liten praktisk betydning om ikke fullmektigen samtidig må ta fullmaktsgiverens synspunkter i betraktning. Her er spørsmålet i hvilken grad fullmektigen plikter å handle i tråd med

¹⁰⁸ Vergemålsloven § 85 annet ledd annet punktum.

¹⁰⁹ Explanatory memorandum (2009) punkt 150.

¹¹⁰ Prop. 2016/17:30 side 58.

viljen som er kommet frem ved undersøkelse etter vergemålsloven § 85 annet ledd. I det følgende legges det til grunn at unntakene i § 85 annet ledd ikke kommer til anvendelse, og at fullmaktsgiveren på et eller annet plan kan gi uttrykk for sine ønsker.

Fullmaktsgiver har avtalerettslig kompetanse

Det første spørsmålet er om fullmektigen plikter å handle i tråd med fullmaktsgivers ønsker, når fullmaktsgiveren har kompetanse til å inngå avtalerettslig bindende avtaler. En fullmaktsgiver har slik kompetanse om vedkommende ikke på grunn av ”sinnslidelse, herunder demens, eller alvorlig svekket helbred” er ute av stand til å inngå rettslig bindende disposisjoner”, jf. avtaleloven § 22 annet ledd. For det tilfellet at fullmaktsgiveren har kompetanse til å inngå rettslig bindende avtaler, følger adgangen for fullmaktsgiveren til å gi instruks, som nevnt, indirekte av avtaleloven § 11. Hvis en instruks presiserer eller nyanserer fullmakten, ligger instruksene innenfor fullmaktens rammer, og etter vergemålsloven § 85 første ledd skal fullmektigen handle i samsvar med fullmakten og instruksene. En instruks er ofte i samsvar med fullmaktsgiverens interesser, som fullmektigen skal fremme.¹¹¹ At fullmektigen skal fremme fullmaktsgiverens interesser er også i samsvar med Europarådets rekommendasjon (2009) prinsipp 10 nummer 1. Vergemålsloven § 85 første ledd sier at fullmektigen skal fremme fullmaktsgiverens rettigheter, og det omfatter rettigheter i lov og folkerettslige menneskerettigheter. Lovgiver har bemerket at ”grunnlaget for fremtidsfullmakter er vern om fullmaktsgiverens selvbestemmelsesrett”.¹¹² Å handle i tråd med instruksene er i tråd med fullmaktsgivers rett til ”individual autonomy including the freedom to make one’s own choices”, som følger av CRPD artikkel 3 bokstav a. Videre fremgår retten til selvbestemmelse av Rekommendasjon (2009) prinsipp 10 nummer 2 annet punktum, som sier at dagens ønsker og følelser hos fullmaktsgiveren skal gis ”due respect”. Selvbestemmelsesretten fremgår også av SP artikkel 1 nummer 1, ØSK artikkel 1 og UDHR artikkel 55. Retten til å bli ansett som et handlende rettssubjekt fremgår av CRPD artikkel 12 nummer 1 og UDHR artikkel 6. Fullmaktsgiverens rett til utøvelse av rettslig handleevne følger av CRPD artikkel 12 nummer 2. Endelig er retten til vern om sin personlige integritet en rettighet fullmektigen plikter å fremme.¹¹³ Etter en samlet vurdering skal det mye til før fullmektigen kan la være å følge instruksene, for det tilfellet at fullmaktsgiveren kan gi avtalerettslig bindende instruks. Konklusjonen blir at fullmektigen plikter å handle i tråd med fullmaktsgiverens ønsker når fullmaktsgiveren har avtalerettslig kompetanse.

Fullmaktsgiver har ikke avtalerettslig kompetanse

¹¹¹ Vergemålsloven § 85 første ledd.

¹¹² Ot.prp. nr. 110 (2008-2009) side 144.

¹¹³ Grunnloven § 102 annet ledd.

Det neste spørsmålet er om fullmektigen plikter å handle i tråd med fullmaktsgiverens vilje når fullmaktsgiveren ikke kan gi avtalerettslig bindende instruks. Uavhengig av fullmaktsgiverens kompetanse til å disponere rettslig, plikter fullmektigen å ”fremme fullmaktsgiverens interesser”.¹¹⁴ Kravet om at fullmektigen plikter å fremme interessene pålegger fullmektigen, ifølge forarbeidene, en viss aktsomhetsplikt ved utførelsen av oppdraget.¹¹⁵ Aktsomhetsplikten skal fastlegges konkret, med en vurdering av blant annet oppdragets art og omfang.¹¹⁶ Tilsvarende aktsomhetsplikt er oppstilt i finsk rett.¹¹⁷ At fullmektigen skal handle i tråd med fullmaktsgiverens interesser følger også av Rekommandasjon (2009) prinsipp 10 nummer 1. Samtlige nordiske lover har som hovedregel at fullmektigen plikter å handle i tråd med fullmaktsgiverens interesser.¹¹⁸ Lyng Andersen og Danielsen uttaler på sin side at fullmaktsgiveren etter dansk rett har mulighet for ”medindflytelse”, men ikke ”medbestemmelse eller selvbestemmelse”.¹¹⁹ Det kan forstås slik at de anser unntaket for svekkelse av kognitive evner for alltid å komme til anvendelse. Et slikt synspunkt er i tråd med Peter Hambros nevnte antagelse i *Fremtidsfullmakter* (2013). Etter svensk rett har fullmektigen en ”samrådsplikt”, men ifølge Per Westman innebærer plikten ”emellertid inte att fullmaktshavaren måste följa en för tillfället av fullmaktsgivaren uttryckt vilja i en viss fråga.”¹²⁰ Westman beskriver plikten slik at den derimot iblant kan være ”till ledning för hur fullmaktshavaren ska rättshandla.”¹²¹ Både dansk og svensk rett ser på fullmaktsgivers ønsker som vektige argumenter, men uten avgjørende vekt. Videre plikter fullmektigen å fremme fullmaktsgiverens rettigheter.¹²² Som nevnt omfatter dette retten til selvbestemmelse.¹²³ Retten til å bli ansett som et rettssubjekt er også en slik rettighet.¹²⁴ I tillegg omfattes utøvelsen av rettslig handleevne.¹²⁵ Ved bistand til utøvelse av den rettslige handleevnen skal ”the rights” og ”the will and preferences of the person” respekteres.¹²⁶ Utøvelse av rettslig handleevne er også i tråd med fullmaktsgiverens rett til å være aktiv i eget liv, og en slik aktivitet er noe forarbeidene peker på at full-

¹¹⁴ Vergemålsloven § 85 første ledd.

¹¹⁵ Ot.prp. nr. 110 (2008-2009) side 217.

¹¹⁶ I.c.

¹¹⁷ *Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till lag om intressebevakningsfullmakt och till lag om ändring av lagen om förmynderverksamhet*. 2006. Side 29.

¹¹⁸ Lov 8. juni 2016 nr. 618 om fremtidsfuldmagter Kapittel 4 § 12 Stk. 1, lag (2017:310) om framtidfullmakter 15 § og lag 25. mai 2007 nr. 648 om intressebevakningsfullmakt 16 § 1. mom.

¹¹⁹ Andersen (2018) side 211.

¹²⁰ Westman (2019) side 80.

¹²¹ I.c.

¹²² Vergemålsloven § 85 første ledd.

¹²³ CRPD artikkel 3 bokstav a, SP artikkel 1 nummer 1, ØSK artikkel 1 og UDHR artikkel 55.

¹²⁴ CRPD artikkel 12 nummer 1 og UDHR artikkel 6.

¹²⁵ CRPD artikkel 3 bokstav a og artikkel 12 nummer 2.

¹²⁶ *ibid.* artikkel 12 nummer 4.

maktsgiveren skal ha rett til.¹²⁷ Videre er retten til vern om personlig integritet en rettighet som skal beskyttes.¹²⁸ Etter JDLOV-2018-119 punkt 6 skal den kartlagte reelle viljen ”legges til grunn”. At en slik vilje skal legges til grunn, taler for at det er et forhold fullmektigen plikter å ta avgjørende hensyn til når beslutninger skal tas. Om den reelle viljen ikke kan finnes, skal en beste tolkning av fullmaktsgiverens ønsker foretas.¹²⁹ Hensynet til ensartet regulering på området taler for at også en slik beste tolkning av den reelle viljen skal legges til grunn for fremtidsfullmakter. Av Rekommandasjon (2009) følger at fullmektigen skal legge ”due respect” på dagens ”wishes and feelings” hos fullmaktsgiveren.¹³⁰ Forbeholdet «due» knytter seg til om ønsket som er fremsatt antas å være i tråd med det fullmaktsgiver selv ville ha valgt i en situasjon der vedkommende hadde beslutningskompetanse. En verge skal ”legge vekt på” det vergehaver mener, om sistnevnte er fratatt rettslig handleevne.¹³¹ Tilsvarende bør gjelde i desto større grad i fullmaktsforhold, der fullmaktsgiveren som utgangspunkt har den rettslige handleevnen i behold. Etter dette har fullmaktsgiveren i stor grad plikt til å handle i tråd med fullmaktsgiverens ønsker også der fullmaktsgiveren ikke har avtalerettslig kompetanse.

I det følgende blir det drøftet om fullmektigen bør legge avgjørende vekt på fullmaktsgiverens vilje i ulike situasjoner der fullmaktsgiveren ikke har avtalerettslig kompetanse.

Dagens vilje ligger innenfor fremtidsfullmakten

For det første kan fullmaktsgiverens vilje ligge innenfor fremtidsfullmakten, og gitt dagens situasjon fremstå som reell. Fullmektigens plikt til å handle i tråd med fullmakten taler for å handle i tråd med viljen.¹³² At viljen må anses å gi uttrykk for fullmaktsgiverens interesser, som fullmektigen etter § 85 første ledd plikter å fremme, er et argument i samme retning. Departementet har i et høringsnotat uttalt at vektleggingen av den enkeltes vilje, også der vedkommende ikke har samtykkekompetanse, fremstår nødvendig for å sikre tilstrekkelig rettsvern for egen vilje og selvbestemmelsesrett.¹³³ Retten til å utøve selvbestemmelse og rettslig handleevne taler også for at fullmektigen bør handle i tråd med dagens vilje.

Vergehaverens mening var ett av flere avgjørende forhold i vedtak VMM-2017-106 fra Statens sivilrettsforvaltning. Saken gjaldt fylkesmannens samtykke til salg av vergehaverens faste eiendom. Vergehaveren påklaget vedtaket. Etter vergemålsloven § 39 første ledd bokstav a

¹²⁷ Ot.prp. nr. 110 (2008-2009) side 142.

¹²⁸ Grunnloven § 102 annet ledd og Ot.prp. nr. 110 (2008-2009) side 7.

¹²⁹ CRPD/C/GC/1 punkt 21.

¹³⁰ Rekommandasjon (2009) prinsipp 10 nummer 2 annet punktum.

¹³¹ Vergemålsloven § 33 tredje ledd første punktum.

¹³² ibid. § 85 første ledd.

¹³³ Justis- og beredskapsdepartementet (2018) side 6.

kreves fylkesmannens samtykke for å avhende fast eiendom på vegne av vergehaveren. I vurderingen vil den uttalte eller formodede viljen til vergehaveren være av ”vesentlig betydning”, jf. VMM-2017-106 jf. Ot.prp. nr. 110 side 194. I vedtaket ble det pekt på at vergen ikke kan foreta handlinger som en vergehaver med rettslig handleevne motsetter seg.¹³⁴ Vergehaveren hadde gitt ”klart uttrykk for” at hun motsatte seg salg av leiligheten, og det var et syn som måtte tillegges ”betydelig vekt” i vurderingen. Statens sivilrettsforvaltning kom til at det ikke forelå tilstrekkelig tungtveiende grunner for å samtykke til salg av leiligheten. I vurderingen ble det lagt ”spesielt vekt på” at vergehaveren bodde i leiligheten med sin sønn, og at hun ”sterkt” motsatte seg salget. Fylkesmannens vedtak ble derved omgjort. Vedtaket fra 2017 viser hvor stor vekt som legges på en hjelpetrengendes klare uttalelser om sine ønsker.

Lennart Lynge Andersen og Svend Danielsen peker i *Lov om fremtidsfuldmagter* (2018) side 212 på at lovgiveren ved utarbeidelsen av dansk lov ikke har ”tilstræbt en vægtning af de forskellige hensyn: ”fuldmagtsgiverens interesser”, ”anvisninger” og ”inddrage”. Det skyldes først og fremmest, at der ikke er tvivl om, hvad der er det primære hensyn, nemlig interessevaretagelsen. Er fuldmagtsgivers anvisninger i harmoni hermed, er der ikke problemer”. Dette støtter at viljen skal legges til grunn der den er i tråd med fullmaktsgiverens interesser.

Etter ordlyden skal fullmektigen handle i tråd med fullmakten, og fremme fullmaktsgiverens interesser.¹³⁵ Om dagens vilje er i samsvar med både fullmakten, og er uttrykk for dennes interesser, er det naturlig at dagens vilje vektlegges. Fullmaktsgiverens klare uttrykk for sine ønsker, taler også for at fullmektigen skal følge ønskene. Samlet viser dette at fullmektigen plikter å handle i tråd med dagens vilje hos fullmaktsgiveren, der viljen ligger innenfor fullmakten.

Dagens vilje strider mot fremtidsfullmakten

En neste situasjon er at fullmaktsgiverens reelle vilje strider mot fullmakten. Selv om fullmektigen skal handle i samsvar med fullmakten, plikter vedkommende samtidig å fremme fullmaktsgiverens interesser, jf. vergemålsloven § 85 første ledd. En vilje som antas å være reell kan gi uttrykk for fullmaktsgiverens interesser. Selvbestemmelsesretten taler for at fullmektigen fatter beslutninger i tråd med den reelle viljen hos fullmaktsgiveren. På den annen side vil det samtidig være i tråd med selvbestemmelsesretten å fatte beslutninger i tråd med viljen som fremgår av fremtidsfullmakten, ettersom opprettelse av fullmakten var utøvelse av selvbestemmelse. Det følger av Justis- og beredskapsdepartementets høringsnotat fra 2018 at

¹³⁴ Vergemålsloven § 33 annet ledd.

¹³⁵ *ibid.* § 85 første ledd.

den enkeltes vilje skal vektlegges.¹³⁶ Samme løsning som i høringsnotatet følger av HR-2016-696-U, der en verge hadde handlet i strid med vergehaverens vilje. Spørsmålet i saken var om vergen mot vergehaverens vilje kunne fremme krav om oppreisningserstatning på vergehaverens vegne. Vergehaveren hadde ”klart” gitt uttrykk for at hun ikke ønsket å kreve erstatning.¹³⁷ Ankeutvalget kom til at lagmannsretten korrekt hadde avvist kravet om oppreisningserstatning.¹³⁸ Avgjørelsen er i tråd med det som følger av vergemålsloven § 33 annet ledd første punktum og Justis- og beredskapsdepartementets uttalelse i høringsnotatet om hvordan bestemmelsen skal forstås.¹³⁹ Dette viser hvor stor vekt som legges på klare uttalelser fra den hjelpetrequende. I forbindelse med departementets vurdering i forarbeidene av lovbestemmelse om fratakelse av rettslig handleevne hos voksne, er det uttalt at ”hensynet til selvbestemmelsesretten kommer særlig sterkt inn når det er tale om handleevnen i personlige forhold”, og at respekten for enkeltindividets autonomi tilsier en ”særskilt varsomhet” med å sette personens vilje til side når det gjelder personlige forhold.¹⁴⁰ Fullmaktsgiverens handleevne er i utgangspunktet i behold etter ikrafttredelse av fullmakten, og derved kommer hensynet til selvbestemmelse med styrke inn i fullmaktsforhold. Et lignende prinsipp støttes av Rekommandasjon (1999) prinsipp 3 nummer 2, der det fremgår at beskyttelsestiltak ikke automatisk skal frarøve retten til å fatte ”decisions of a personal character at any time when his or her capacity permits him or her to do so”. Ifølge svenske forarbeider skal fullmektigen ”[lägga] sig vinn om att så långt möjligt utföra uppdraget enligt fullmaktsgivarens uttryckliga eller förmodade vilja.”¹⁴¹ Det vil si at fullmektigen som hovedregel skal fatte beslutninger i tråd med fullmaktsgiverens uttrykte eller antatte vilje.

Samlet viser dette hvor stor vekt som legges på at fullmektigen skal fremme fullmaktsgiverens interesser. Å legge avgjørende vekt på fullmaktsgiverens interesser og reelle vilje er i samsvar med vedkommendes rett til selvbestemmelse og utøvelse av rettslig handleevne. Følgelig bør fullmektigen også i denne situasjonen handle i tråd med dagens vilje hos fullmaktsgiveren, og spesielt i de tilfellene at beslutningen er av personlig karakter.

Dagens vilje er ikke uttrykk for reell vilje

Et tredje forhold er at dagens vilje hos fullmaktsgiveren ikke er uttrykk for vedkommendes reelle vilje. Fullmektigen har plikt til å undersøke hva som er dagens vilje hos fullmaktsgive-

¹³⁶ Justis- og beredskapsdepartementet (2018) side 6.

¹³⁷ HR-2016-696-U i avsnitt 1.

¹³⁸ *ibid.* i avsnitt 6.

¹³⁹ *I.c.*

¹⁴⁰ Ot.prp. nr. 110 (2008-2009) side 61.

¹⁴¹ Prop. 2016/17:30 side 57.

ren.¹⁴² Dagens vilje hos fullmaktsgiveren kan være påvirket av den kognitive svikten, og det kan gjøre at vedkommende ikke gir uttrykk for den reelle viljen. Eksempelvis kan fullmaktsgiveren svare ”nei” på et spørsmål om vedkommende ønsker at boligen skal selges, slik fullmakten gir kompetanse til, men egentlig mene ”ja”. Grunnen til det kan være at fullmaktsgiveren ikke forstår spørsmålet, blander ord, at den kognitive svikten gjør at tanker og språk ikke koordineres, eller at viljen står i et spenningsforhold til vedkommendes konsekvente handlinger gjennom livet. Videre kan det problematiseres om ”dagens vilje” er den riktige å legge vekt på, til forskjell fra gårsdagens eller morgendagens vilje hos fullmaktsgiveren. Fullmektigen plikter uansett å fremme fullmaktsgiverens interesser.¹⁴³ Ifølge CRPD/C/GC/1 punkt 21 beror hva som er fullmaktsgiverens interesser på dennes subjektive synspunkter, og følgelig er det ikke relevant hvilken oppfatning fullmektigen har av hva som er fullmaktsgiverens interesser. Etter Rekommandasjon (2009) prinsipp 10 nummer 1 skal fullmektigen handle i tråd med fullmaktsgiverens interesser. Samtidig følger det av prinsipp 10 nummer 2 annet punktum at dagens ”wishes and feelings” hos fullmaktsgiveren bare skal tillegges ”due respect”. Forbeholdet «due» knytter seg til om ønsket som fremføres antas å være i tråd med det fullmaktsgiver selv ville ha valgt om vedkommende hadde beslutningskompetanse. I Explanatory memorandum (2009) forklares at beslutninger ”should be in accordance with what the granter, if capable, would have decided, in so far as this can reasonably be ascertained”.¹⁴⁴ Det vil si at beslutninger skal tas i tråd med det som er fullmaktsgiverens reelle vilje. Ifølge departementets uttalelse skal den kartlagte reelle viljen legges til grunn.¹⁴⁵ Tilsvarende følger av dansk litteratur, der det er uttalt at ”[d]ispositioner skal være i overensstemmelse med, hvad fuldmagtsgiveren ville have besluttet, hvis denne havde været i stand hertil, såfremt dette med rimelighet kan fastlægges, dog afhængig af hvor fornuftige sådanne beslutninger ville have været, og om interesserne dermed varetages behørigt.”¹⁴⁶ Det betyr at fullmektigen skal ta fullmaktsgiveren sine sko på, og forsøke å treffe de beslutningene fullmaktsgiveren uten kognitiv svikt selv ville ha valgt. Om fullmaktsgiverens ønsker er i samsvar med vedkommendes interesser, sier Andersen (2018) at det ikke er ”problemer, men af forskellige årsager, kan der dog være grund til, at de ikke bør eller kan følges. Fuldmægtigen må her tillægges et vist skøn.”¹⁴⁷ Skjønnets må her forstås som vurderingen av hva som ligger i fullmaktsgiverens reelle vilje, og at om ønskene ikke gir uttrykk for den reelle viljen, vil interessene være avgjørende. Av svenske forarbeider fremgår at fullmektigen kan ilegges erstatningsansvar om vedkommende har handlet i tråd med instruks, men ”samtidigt på ett vårdslöst sätt bortsett från

¹⁴² Vergemålsloven § 85 annet ledd første punktum.

¹⁴³ *ibid.* første ledd.

¹⁴⁴ Explanatory memorandum punkt 148.

¹⁴⁵ JDLOV-2018-119 punkt 6.

¹⁴⁶ Andersen (2018) side 209-210.

¹⁴⁷ Andersen (2018) side 212.

fullmaktsgiverens intressen”.¹⁴⁸ Det viser stor tung vekt som legges på interessene, og dette må gjelde i desto større grad for de tilfellene der fullmaktsgiveren ikke har evne til å gi avtalerettslig bindende instruks. Per Westman uttaler i *Framtidsfullmakter* (2019) på side 80, at det ikke er ”sikkert att det som fullmaktsgiveren uttalar som sin vilja i verkligheten ligger i hans eller hennes interesse. Man får dock utgå frå att det i vissa frågor ska tilläggas stor betydelse om fullmaktsgiveren uttalar en vilja, t.ex. ifråga om var eller hur han eller hon vill bo”. En forståelse av denne uttalelsen er at dagens vilje hos fullmaktsgiveren ikke nødvendigvis er uttrykk for vedkommendes reelle vilje, men at dagens ønsker hos fullmaktsgiver i noen tilfeller likevel skal legges stor vekt på. Det følger av finske forarbeider at beslutningene skal være ”förenliga med fullmaktsgiverens intressen”.¹⁴⁹ Om fullmektigen fatter beslutninger som ikke følger dagens vilje hos fullmaktsgiveren, kan det sies å være i strid med fullmaktsgiverens rett til selvbestemmelse, og rett til å utøve rettslig handleevne. På den annen side kan det ha vært fullmaktsgiverens ønske ved opprettelse av fremtidsfullmakten, at vedkommendes fremtidige uttalelser om ønsker og vilje skal bli overkjørt, fordi det som fremgår av fullmakten er uttrykk for dennes reelle vilje. Ved å handle i tråd med viljen som fremgår av fullmakten, er fullmaktsgiveren sikret selvbestemmelse. Samlet viser dette at om dagens vilje hos fullmaktsgiveren ikke gir uttrykk for vedkommendes reelle vilje, skal fullmektigen fatte beslutninger i tråd med den kartlagte reelle viljen, som også gir uttrykk for fullmaktsgiverens interesser.

Om den reelle viljen kan kartlegges, plikter fullmektigen å legge en slik vilje til grunn.¹⁵⁰ For det tilfellet at fullmaktsgiverens reelle vilje ikke kan kartlegges, vil en ”best interpretation of will and preferences” være avgjørende.¹⁵¹ Det vil si at fullmektigen skal legge en beste tolkning av fullmaktsgiverens ønsker og vilje til grunn. En slik vurdering er i tråd med CRPD artikkel 12 nummer 4. I en slik beste tolkning-vurdering kan fullmakten i seg selv, hva fullmaktsgiveren normalt ville ha ønsket i en slik situasjon, fullmaktsgiverens konsekvente handlinger gjennom livet, og en tolkning av høring av fullmaktsgiveren og dennes pårørende være vektige momenter. En samlet vurdering tilsier at fullmektigen plikter å handle i tråd med det som antas å være fullmaktsgiverens reelle vilje, eventuelt viljen fremkommet ved en beste tolkning.

2.3.2 Samlet oppsummering og vurdering

Om fullmaktsgiveren har avtalerettslig kompetanse, kan vedkommende gi instruks.¹⁵² Fullmektigen plikter å handle i tråd med instruks.¹⁵³ En instruks må antas å gi uttrykk for full-

¹⁴⁸ Handelsbalk (1736:0123 2) 18 kap. Om sysslomän eller ombudsmän 4 § og Prop. 2016/17:30 side 56.

¹⁴⁹ Proposition till lag om intressebevakningsfullmakt side 29.

¹⁵⁰ JDLOV-2018-119 punkt 6.

¹⁵¹ CRPD/C/GC/1 punkt 21.

¹⁵² Avtaleloven § 11 jf. vergemålsloven § 92.

maktsgiverens interesser, som fullmektigen skal fremme.¹⁵⁴ Selvbestemmelsesretten og retten til rettslig handleevne tilsier at fullmektigen plikter å handle i samsvar med instruksen. Etter dette skal fullmektigen klart handle i tråd med fullmaktsgiverens ønsker der sistnevnte har disposisjonsevnen i behold.

For det tilfellet at fullmaktsgiver ikke har avtalerettslig kompetanse i behold, skal fullmektigen likevel fremme fullmaktsgiverens interesser.¹⁵⁵ Slik plikt følger også av Rekommandasjon (2009) og ensartet nordisk lovgivning. Selvbestemmelsesretten er grunnleggende i vergemålsloven, og den taler for at fullmektigen bør handle i tråd med fullmaktsgiverens reelle vilje.¹⁵⁶ I samme retning trekker integritetsvernet, og kravet om at fullmaktsgiver skal få lagt sin "will and preferences" til grunn.¹⁵⁷ Derved er utgangspunktet at fullmektigen plikter å handle i tråd med det som fremgår av en høring også når fullmaktsgiveren er uten avtalerettslig kompetanse.

Vurderingen av de ulike situasjonene viser at for det tilfellet at dagens ønsker er i tråd med fullmakten, skal fullmektigen fatte beslutninger i tråd med dagens vilje. Dagens vilje skal også legges til grunn der den er uttrykk for den reelle viljen, selv om den er i strid med fremtidsfullmakten. For det tilfellet at dagens vilje ikke gir uttrykk for den reelle viljen, er den reelle viljen avgjørende og skal så langt mulig legges til grunn. Om den reelle viljen ikke kan kartlegges, skal det foretas en beste tolkning av fullmaktsgiverens ønsker og vilje, og da skal den beste tolkningen legges til grunn.

2.3.3 Konklusjon

Konklusjonen blir at fullmektigen skal handle i tråd med fullmaktsgiverens ønsker fremkommet ved høring der fullmaktsgiveren har avtalerettslig disposisjonsevne. Der fullmaktsgiveren ikke har avtalerettslig disposisjonsevne, skal fullmektigen så langt mulig handle i tråd med fullmaktsgiverens reelle vilje, eventuelt etter en beste tolkning av den reelle viljen.

2.3.4 Brudd på fullmektigens handleplikt

Yttergrensen for fullmektigens handlingsrom følger av vergemålsloven § 91. Etter § 91 annet ledd annet punktum kan vergemål opprettes hvis fullmektigen ikke "ivaretar fullmaktsgiverens interesser som forutsatt i fremtidsfullmakten", eller hvis det er "behov for ytterligere bi-

¹⁵³ Vergemålsloven § 85 første ledd.

¹⁵⁴ I.c.

¹⁵⁵ I.c.

¹⁵⁶ Ot.prp. nr. 110 (2008-2009) side 142.

¹⁵⁷ Grunnloven § 102 annet ledd, CRPD artikkel 12 nummer 4 og Rekommandasjon (2009) prinsipp 10 nummer 2 annet punktum.

stand”. Det må foretas en konkret vurdering av om det er behov for slik bistand. Kommentartutgaven til vergemålsloven peker på at behov for ”ytterligere bistand” kan foreligge om fullmektigen handler ”direkte i strid med fullmaktsgiver, og misbruker den kompetansen han eller hun er gitt”.¹⁵⁸ Å handle ”direkte i strid med” fullmaktsgiveren kan både bety å handle i strid med de føringene fullmaktsgiveren har gitt i fullmakten, og fullmektigens handling i strid med ønskene fullmaktsgiveren har uttrykt ved høring. Fullmektigens handlinger i strid med fullmaktsgiverens ønsker kan følgelig være grunnlag for at vergemål kan være aktuelt.

2.4 Anvendelse av retten i noen typetilfeller

I oppgaven er det konkludert med at fullmektigen har en utstrakt plikt til å undersøke hva fullmaktsgiver mener før han eller hun disponerer i kraft av fullmakten, og at fullmektigen i stor grad har plikt til å handle i tråd med dagens ønsker hos fullmaktsgiveren. Rettsreglene skal forsøkes anvendt på ett sentralt eksempel. For de ulike typetilfellene blir det drøftet om fullmektigen har plikt til å undersøke fullmaktsgiverens ønsker og vilje, om unntaksbestemmelsene kommer til anvendelse, og om fullmektigen har plikt til å handle i tråd med fullmaktsgiverens ønsker. Den fremtidsfullmakten som blir drøftet lyder: ”Fullmektigen kan selge min bolig når jeg har fått fast plass på et sykehjem”. I den videre drøftelsen er det lagt til grunn at fremtidsfullmakten er trådt i kraft, og at fullmaktsgiveren har fått fast plass på et sykehjem.

Det første eksempelet er at fullmaktsgiveren ønsker at boligsalget skal utsettes, til tross for fast sykehjemsplass. Et slikt ønske fremstår som en endret oppfatning sammenlignet med fullmaktens ordlyd. Grunnen til at fullmaktsgiveren ønsker å beholde boligen litt lenger, kan være at salg av barndomshjemmet føles vemodig, at fullmaktsgiveren ønsker å kunne reise hjem av og til, eller at vedkommende har ønske om å få sitte ute i hagen en sommer til, og kose seg med et glass egen eplemost. Hva gjelder fullmektigens plikt til å undersøke fullmaktsgiverens ønsker, er det klare utgangspunktet at fullmaktsgiveren skal høres, jf. vergemålsloven § 85 annet ledd. Fullmektigen kan likevel unnlate å høre fullmaktsgiveren, om ett av unntaksvilkårene er oppfylt. For det første er det ikke plikt til undersøkelse om en høring vil medføre betydelige vanskeligheter.¹⁵⁹ I en slik vurdering er de relevante momentene om beslutningen er av vesentlig art for fullmaktsgiveren, om ønskene er klart formulert, og om beslutningen haster.¹⁶⁰ Hvis det er en beslutning av vesentlig art, en beslutning som haster og ønsket er uklart formulert, taler det for at det skal mye til før unntaket om betydelige vanskeligheter kommer til anvendelse. For de aller fleste vil salg av en boligeiendom være en vesentlig avgjørelse. For fullmaktsgiveren er det likevel ikke snakk om en bolig vedkommende bor i

¹⁵⁸ Sande (2017) side 686.

¹⁵⁹ Vergemålsloven § 85 annet ledd første punktum.

¹⁶⁰ Justis- og beredskapsdepartementet (2018) punkt 5.

lenger, ettersom han eller hun har fått fast plass på et sykehjem. Ofte kan det være snakk om en disposisjon av stor økonomisk verdi for fullmaktsgiveren, slik at det generelt kan sies å være en vesentlig avgjørelse. Hvis fullmakten sier at boligen ”kan selges”, er det en ordlyd som må sies å ha en klar formulering. Om fullmaktsgiveren har gitt uttrykk for at boligen ”ikke skal selges”, er også det et ønske med klar formulering. Sier fullmaktsgiveren at boligsalget skal ”utsettes”, er uttalelsen derimot mer uklar. Hva som ligger i uttalelsen må vurderes konkret. Generelt er ikke boligsalg en disposisjon som det haster å få gjennomført. Disposisjonen haster desto mindre om fast sykehjemsplass er innvilget. På den annen side kan boligmarkedet, eller manglende vedlikehold av boligen tilsi at salget ikke bør utsettes. Samlet sett viser dette at betydelige vanskeligheter bør søkes overvunnet, slik at fullmaktsgiveren kan høres. Undersøkelse kan også unnlates om fullmaktsgiveren ikke er i stand til å forstå sakens betydning.¹⁶¹ Fullmaktsgiveren må mangle evne til å forstå betydningen av boligsalget selv etter å ha fått salget forklart for seg. Fullmektigen skal foreta en konkret vurdering av fullmaktsgiverens evne til å forstå betydningen av boligsalget. I det følgende legges til grunn at de eventuelle vanskelighetene ikke er betydelige nok, og at fullmaktsgiveren har tilstrekkelig kognitiv evne til å forstå betydningen av boligsalget. Følgelig blir neste spørsmål om fullmektigen plikter å handle i tråd med fullmaktsgiverens ønske om å utsette salg av boligen.

For det første kan ønsket komme fra en fullmaktsgiver med den avtalerettslige kompetansen i behold. Et slikt ønske er å regne som en instruks, som fullmaktsgiveren kan gi.¹⁶² Fullmektigen plikter å handle i tråd med instruksen.¹⁶³ Videre må ønsket anses å gi uttrykk for fullmaktsgiverens interesser, som fullmaktsgiveren plikter å fremme.¹⁶⁴ Lovgiverens bemerkning om at grunnlaget for fremtidsfullmakter er fullmaktsgiverens selvbestemmelsesrett, taler for at instruksen skal følges.¹⁶⁵ I samme retning trekker at fullmaktsgiveren skal ha rett til å utøve rettslig handleevne.¹⁶⁶ Samlet sett tilsier dette at fullmektigen plikter å utsette salget av boligen for det tilfellet at fullmaktsgiveren med den avtalerettslige kompetansen i behold har uttrykt et slikt ønske. Om fullmektigen likevel trosser instruksen, kan fullmaktsgiveren etter vergemålsloven § 89 annet ledd tilbakekalle fullmakten, gitt at fullmaktsgiveren har evne til å forstå betydningen av et slikt tilbakekall. Et tilbakekall kan likevel være for sent, om boligen allerede er solgt.

¹⁶¹ Vergemålsloven § 85 annet ledd annet punktum.

¹⁶² Avtaleloven § 11 jf. vergemålsloven § 92.

¹⁶³ Vergemålsloven § 85 første ledd.

¹⁶⁴ I.c.

¹⁶⁵ Ot.prp. nr. 110 (2008-2009) side 144.

¹⁶⁶ CRPD artikkel 12 nummer 2.

For det andre kan ønsket komme fra en fullmaktsgiver som ikke lenger har den avtalerettslige kompetansen i behold. Fullmektigen plikter også her å fremme fullmaktsgiverens interesser.¹⁶⁷ Mulighet for å benytte hagen kan være en slik interesse. I kravet til å fremme fullmaktsgiverens interesser påligger det fullmektigen en viss aktsomhetsplikt.¹⁶⁸ Innholdet i plikten beror på en vurdering av oppdragets art og omfang.¹⁶⁹ Her er det snakk om salg av en boligeiendom. For de fleste vil en slik disposisjon være av vesentlig betydning. Utsettelse av salg kan innebære at markedsprisen synker, og at boligen forringes grunnet manglende vedlikehold. I dette tilfellet vil fullmektigen måtte vurdere fullmaktens ordlyd med mulighet for salg opp mot dagens ønske hos fullmaktsgiveren om å utsette salget. Videre plikter fullmektigen å fremme fullmaktsgiverens rettigheter.¹⁷⁰ En slik rettighet er fullmaktsgiverens rett til vern om sin integritet.¹⁷¹ En annen rettighet er fullmaktsgiverens rett til utøvelse av rettslig handleevne.¹⁷² Endelig er fullmaktsgiverens rett til selvbestemmelse omfattet.¹⁷³ Alle disse rettighetene taler for at fullmektigen skal vektlegge fullmaktsgiverens ønske. Etter anbefalingen fra Europarådet, skal fullmektigen tillegge fullmaktsgiverens ønsker og følelser ”due respect”.¹⁷⁴ I dette ligger at fullmektigen skal vektlegge ønskene så langt mulig. Gitt at fullmaktsgiveren evner å forstå konsekvensene av at boligsalget utsettes, plikter fullmektigen å utsette salget også der fullmaktsgiveren ikke lenger har den avtalerettslige kompetansen i behold.

Det neste eksempelet er at fullmaktsgiveren ønsker at boligen ikke skal selges, selv om fullmaktsgiveren har fått fast sykehjemsplass. I det følgende blir det lagt til grunn at unntaksvilkårene ikke kommer til anvendelse, og at fullmektigen derfor har plikt til å undersøke hva som er fullmaktsgiverens ønsker.¹⁷⁵ For det tilfellet at fullmaktsgiveren har den avtalerettslige kompetansen i behold, vil ønsket om å beholde boligen kunne anses som en instruks. Et slikt ønske vil i praksis utgjøre et tilbakekall av fremtidsfullmakten. Fullmaktsgiveren kan, som nevnt, tilbakekalle fullmakten om vedkommende evner å forstå betydningen av dette.¹⁷⁶ Gitt at fullmaktsgiveren evner å forstå betydningen av instruksen, plikter fullmektigen å følge fullmaktsgiverens ønsker, og la være å selge boligen. For det tilfellet at fullmaktsgiveren derimot ikke lenger har den avtalerettslige kompetansen i behold, står fullmektigens plikt til å

¹⁶⁷ Vergemålsloven § 85 første ledd og Rekommandasjon (2009) prinsipp 10 nummer 1.

¹⁶⁸ Ot.prp. nr. 110 (2008-2009) side 217.

¹⁶⁹ I.c.

¹⁷⁰ Vergemålsloven § 85 første ledd.

¹⁷¹ Grunnloven § 102 annet ledd.

¹⁷² CRPD artikkel 12 nummer 2.

¹⁷³ CRPD artikkel 3 bokstav a.

¹⁷⁴ Rekommandasjon (2009) prinsipp 10 nummer 2 annet punktum.

¹⁷⁵ Vergemålsloven § 85 annet ledd.

¹⁷⁶ *ibid.* § 89 annet ledd.

handle i tråd med fullmakten, og plikten til å fremme fullmaktsgiverens interesser i et spenningsforhold.¹⁷⁷ Ifølge fullmakten kan fullmektigen selge boligen når fast sykehjemsplass er innvilget. Derimot er fullmaktsgiverens ønske i dag at boligen skal beholdes. Et slikt ønske må anses å gi uttrykk for fullmaktsgiverens interesser.¹⁷⁸ Å fremme fullmaktsgiverens interesser bidrar til fullmaktsgiverens utøvelse av selvbestemmelse. På den annen side har fullmaktsgiveren utøvet selvbestemmelse ved opprettelsen av fremtidsfullmakten. Av lovforarbeidene følger at fullmaktsgiverens rett til selvbestemmelse kommer særlig sterkt inn ved beslutninger av personlig karakter.¹⁷⁹ Salg av fast eiendom er derimot en økonomisk disposisjon, slik at hensynet ikke i like stor grad gjør seg gjeldende her. Retten til utøvelse av rettslig handleevne, og vern om personlig integritet tilsier at fullmektigen bør følge fullmaktsgiverens ønsker.¹⁸⁰ Departementet pekte i et høringsnotat på viktigheten av at den enkeltes vilje blir vektlagt.¹⁸¹ Det samme ble lagt til grunn i HR-2016-696-U, der ankeutvalget påpekte at en verge ikke kan handle i strid med vergehaverens klare ønsker. Vektleggingen av fullmaktsgiverens interesser, og vedkommendes rett til selvbestemmelse, tilsier at det overordnede hensynet må være fullmaktsgiverens interesser. Dette viser at fullmektigen må følge fullmaktsgiverens ønske, og unnlate salg av boligen.

Det siste eksempelet er at fullmaktsgiveren ønsker at boligen ikke skal selges, selv om fullmaktsgiveren har fått fast sykehjemsplass, men at ønsket ikke er uttrykk for fullmaktsgiverens reelle vilje. På fullmektigens spørsmål om fullmaktsgiveren ønsker at boligen skal selges, kan fullmaktsgiveren svare ”nei”, men egentlig mene ja. Dagens ønske står her i strid med fullmaktens ordlyd. På opprettelsestidspunktet for fremtidsfullmakten kan fullmaktsgiveren ha ment at fullmakten gir uttrykk for vedkommendes reelle vilje, og at vedkommendes ønsker etter ikrafttredelse av fullmakten skal overkjøres. Fullmektigen skal foreta en bred vurdering av hva som er fullmaktsgiverens reelle vilje.¹⁸² I en tolkningsuttalelse fra departementet ble det pekt på forhold som kan kaste lys over hva som er den reelle viljen, og i en slik vurdering må man ”kunne se hen til forhold som graden av forståelse, hva personen gir uttrykk for, og på hvilken måte. Andre forhold kan også spille inn. Blant annet kan det ha betydning hva den enkelte har ment tidligere...og man må kunne se hen til om han eller hun fremstår som påvirket av andre. Om personen holder fast ved samme standpunkt over noe tid eller endrer oppfatning ut fra hvem man sist har snakket med, kan dermed også være relevant”.¹⁸³ Hvis det

¹⁷⁷ *ibid.* § 85 første ledd.

¹⁷⁸ CRPD/C/GC/1 punkt 21.

¹⁷⁹ Ot.prp. nr. 110 (2008-2009) side 61.

¹⁸⁰ CRPD artikkel 12 nummer 2 og Grunnloven § 102 annet ledd.

¹⁸¹ Justis- og beredskapsdepartementet (2018) side 6.

¹⁸² JDLOV-2018-119 punkt 5.

¹⁸³ *ibid.* punkt 5.

virker som at fullmaktsgiveren ikke forstår betydningen av et boligsalg, at vedkommende uttrykker sine ønsker uklart, har gitt uttrykk for et annet synspunkt i fullmakten og fremstår påvirket av andre, taler det for at dagens ønsker hos fullmaktsgiveren ikke gir uttrykk for vedkommendes reelle vilje. I forsøk på å finne den reelle viljen, kan fullmektigen for det første forsøke å øke forståelsen av saken hos fullmaktsgiveren, slik at sistnevnte har bedre grunnlag for å si noe om beslutningen. For det andre kan fullmektigen la det gå noe tid, før vedkommende lar fullmaktsgiveren uttrykke ønskene sine på nytt. Ønsket kan ha vært sagt en dag fullmaktsgiveren var sint, og vedkommende hadde en negativ innstilling til det meste. Etter noe tid kan fullmaktsgiveren derimot være i et bedre stemningsleie, og ha endret mening. Om den reelle viljen kan kartlegges, er den et forhold som skal vektlegges.¹⁸⁴ Ifølge departementets uttalelse skal den kartlagte reelle viljen legges til grunn.¹⁸⁵ Om det usikkert hva den reelle viljen består i, skal det foretas en beste tolkning av fullmaktsgiverens vilje og ønsker.¹⁸⁶ Samlet viser dette at om fullmaktsgiveren ved høring gir uttrykk for et ønske som ikke er i samsvar med den reelle viljen, skal fullmektigen handle i tråd med det som følger av den kartlagte reelle viljen, eventuelt i tråd med en beste tolkning av viljen. I dette tilfellet vil det tilsi at fullmektigen kan selge boligen.

3 AVSLUTNING

3.1 Oppsummering

Ordlyden i vergemålsloven § 85 annet ledd første punktum viser at undersøkelsesplikt er den store hovedregelen. Selvbestemmelsesretten fordrer at fullmaktsgiveren blir hørt.¹⁸⁷ Videre tilsier retten til vern om integriteten en slik plikt.¹⁸⁸ Ifølge Rekommandasjon (2009) prinsipp 10 nummer 2 første punktum skal fullmaktsgiveren konsulteres i det løpende fullmaktsforholdet.

Formuleringen av unntaksbestemmelsene i vergemålsloven § 85 annet ledd første og annet punktum viser at de er ment å være snevre unntaksbestemmelser, som det skal mye til for at kan komme til anvendelse. Norsk og nordisk litteratur antyder derimot at unntaket for fullmaktsgiverens manglende forståelse i praksis vil utgjøre hovedregelen. Rettsreglene forstått i lys av de folkerettslige kildene tilsier et annet resultat. CRPD artikkel 12 nummer 2 stiller krav om at fullmaktsgiveren skal få utøve rettslig handleevne, og av Rekommandasjon (2009) prinsipp 10 nummer 2 annet punktum følger at fullmektigen skal undersøke dagens ønsker og

¹⁸⁴ Justis- og beredskapsdepartementet (2018) side 6.

¹⁸⁵ JDLOV-2018-119 punkt 6.

¹⁸⁶ CRPD/C/GC/1 punkt 21.

¹⁸⁷ CRPD artikkel 3 bokstav a.

¹⁸⁸ Ot.prp. nr. 110 (2008-2009) side 7 og Grunnloven § 102 annet ledd.

følelser hos fullmaktsgiveren. Etter dette må unntaksbestemmelsene forstås som snevre, og derved er plikten til undersøkelse den store hovedregelen.

En plikt til å høre fullmaktsgiveren har liten praktisk betydning om ikke fullmektigen samtidig plikter å legge til grunn det som er fremkommet ved høring. Vergemålsloven § 85 første ledd slår fast at fullmektigen plikter å handle i tråd med fullmakten, og skal fremme fullmaktsgiverens interesser og rettigheter. Fullmektigens handleplikt beror følgelig på en vurdering av de ulike forholdene fullmektigen skal ta i betraktning når en beslutning skal tas. Ønsker og vilje fremkommet ved høring kan gi uttrykk for hva som er fullmaktsgiverens interesser. Det forhold at lovgiver har valgt å innta et krav om høring, tilsier at ønskene skal tas hensyn til. Om fullmaktsgiveren har avtalerettslig kompetanse, kan vedkommende gi instruks i fullmaktsforholdet.¹⁸⁹ Instruksen er noe fullmektigen plikter å handle i tråd med.¹⁹⁰ For det tilfellet at fullmaktsgiveren ikke har sin avtalerettslige kompetanse i behold, skal fullmektigen likevel handle i tråd med fullmaktsgiverens interesser.¹⁹¹ Interessene kan fremgå av det som er fremkommet ved høring. Nordisk lovgivning er ensartet i kravet om at fullmektigen plikter å handle i tråd med fullmaktsgiverens interesser.¹⁹² Videre skal fullmektigen tillegge ”due respect” til dagens ønsker og følelser hos fullmaktsgiveren.¹⁹³ Plikt til å handle i tråd med fullmaktsgiverens vilje er også i tråd med vedkommendes rett til selvbestemmelse, utøvelse av rettslig handleevne og rett til vern om sin personlige integritet.¹⁹⁴ Etter JDLOV-2018-119 punkt 6 skal den reelle viljen tas hensyn til, dersom den kan kartlegges. Hvis reell vilje er vanskelig å slå fast, skal en beste tolkning av viljen legges til grunn.¹⁹⁵ En samlet vurdering av rettskildebildet viser at ønsker fremkommet ved høring skal tillegges stor vekt også der fullmaktsgiveren ikke lenger har sin avtalerettslige kompetanse i behold. Fullmektigen skal så langt mulig handle i tråd med fullmaktsgiverens reelle vilje, eventuelt etter en beste tolkning av viljen. Oppgaven viser at fullmaktsgiveren også etter ikrafttredelsen av en fremtidsfullmakt som klar hovedregel skal få ha hovedrollen i eget liv.

3.2 Konklusjon hovedproblemstilling

Konklusjonen blir at fullmektigen som klar hovedregel har plikt til å undersøke hva fremtidsfullmaktsgiverens ønsker og vilje er mens fremtidsfullmakten er i kraft. Unntaksbestemmelsene kan kun komme til anvendelse om de betydelige vanskelighetene er umulige å over-

¹⁸⁹ Avtaleloven § 11 jf. vergemålsloven § 92.

¹⁹⁰ Vergemålsloven § 85 første ledd.

¹⁹¹ I.c.

¹⁹² Lov 8. juni 2016 nr. 618 om fremtidsfuldmagter Kapittel 4 § 12 Stk. 1, lag (2017:310) om framtidfullmakter 15 § og lag 25. mai 2007 nr. 648 om interessebevakningsfullmakt 16 § 1. mom.

¹⁹³ Rekommandasjon (2009) prinsipp 10 nummer 2 annet punktum.

¹⁹⁴ Ot.prp. nr. 110 (2008-2009) side 142, CRPD artikkel 12 nummer 2 og Grunnloven § 102 annet ledd.

¹⁹⁵ CRPD/C/GC/1 punkt 21.

komme, eller fullmaktsgiveren helt mangler evne til å forstå hele eller deler av den konkrete saken, selv etter å ha fått saken forsøkt forklart for seg. Fullmektigen har plikt til å følge en slik vilje der fullmaktsgiveren har avtalerettslig disposisjonsevne. Om fullmaktsgiveren ikke har avtalerettslig disposisjonsevne skal fullmektigen så langt mulig handle i tråd med den reelle viljen, eventuelt etter en beste tolkning av den reelle viljen.

3.3 Rettspolitiske betraktninger

Bestemmelsene i vergemålsloven § 85 om fullmektigens oppgaver er preseptoriske, og har blant annet som formål å bidra til fullmaktsgiverens selvbestemmelse. I det følgende skal det pekes på noen forhold rundt fullmektigens plikt til å høre fullmaktsgiverens ønsker, og fullmektigens mulige plikt til å handle i tråd med de ønskene, som kan begrense fullmaktsgiverens utøvelse av selvbestemmelse. Videre blir det pekt på mulige tiltak som kan bidra til økt grad av selvbestemmelse hos fullmaktsgiveren.

Et første tilfelle er at fullmektigen er uvitende om pliktene som følger av vergemålsloven § 85 annet ledd. Fullmektigen har for eksempel ikke fått en innføring i hva fullmektigoppdraget innebærer, eller har ikke på egen hånd satt seg inn i vergemålslovens regler om fremtidsfullmakter. Fullmektigen kan opplyses om sine plikter gjennom informasjon på internett, foredrag eller ved at temaet blir satt på dagsorden i media.

Et neste tilfelle er at fullmektigen er klar over pliktene, men ikke forstår hva pliktene innebærer eller hvor langt pliktene strekker seg. Opplysning om pliktene kan bidra til å øke fullmektigens forståelse. Et annet tiltak kan være at lovteksten får en klarere formulering. Fullmektigens plikt til å undersøke ønskene er formulert som at fullmaktsgiveren ”skal...høres”.¹⁹⁶ En naturlig språklig forståelse av ”skal” er at det er en ufravikelig plikt som påligger fullmektigen. På den annen side kan det være noe uklart *hva* fullmektigen skal forsøke å få undersøkt rundt beslutningen som skal tas. At målet er å undersøke hva som er fullmaktsgiverens vilje i dag om den konkrete beslutningen fremgår ikke klart av lovteksten. Det er heller ikke klart at det er den reelle viljen som synes å være avgjørende, og at det er denne som skal søkes kartlagt. Fullmektigens mulige plikt til å handle i tråd med den reelle viljen fremgår ikke direkte av lovteksten, men kan fremgå av lovbestemmelsene lest i sammenheng. Analysen i denne oppgaven viser at tre forhold i vergemålsloven § 85 gjør at en handleplikt kan leses ut av reglene sett i sammenheng. For det første plikter fullmektigen å fremme fullmaktsgiverens interesser.¹⁹⁷ En bred vurdering der undersøkelse av dagens ønsker og vilje hos fullmaktsgiveren inngår som del av vurderingen, bidrar til at fullmektigen kan kartlegge den reelle viljen. En

¹⁹⁶ Vergemålsloven § 85 annet ledd første punktum.

¹⁹⁷ *ibid.* første ledd.

slik vilje er uttrykk for fullmaktsgiverens interesser. For det andre plikter fullmektigen å fremme fullmaktsgiverens rettigheter, og retten til selvbestemmelse er blant rettighetene som skal fremmes.¹⁹⁸ For at fullmaktsgiveren skal få bestemme selv, må dagens ønsker bli undersøkt og lagt til grunn. Endelig er et tredje forhold at en undersøkelsesplikt vil ha liten praktisk betydning for fullmaktsgiveren, om ikke fullmektigen samtidig plikter å følge det som er fremkommet ved høring. Hvis rettstilstanden er slik at fullmektigen er pålagt en handleplikt, bør dette bli avklart. En slik avklaring av rettstilstanden kan fremgå etter vurdering i domstolene, eller fortrinnsvis fremgå av en klar ordlyd i vergemålsloven. De fleste fullmektigene som skal bruke loven er sannsynligvis såkalte ”ikke-jurister”. Det vil si at fullmektigene ikke kan forventes å ha juridisk kompetanse til å kunne se rettsregler som ikke kan leses ut av lovteksten etter en alminnelig forståelse av ordlyden. Brukervennlighet for målgruppen fordrer følgende en klar ordlyd om pliktene som fullmektigen er pålagt.

Det tredje tilfellet er at fullmektigen er klar over, og forstår innholdet i pliktene, men lar være å følge pliktene. En fullmektig kan la være å høre hva som er dagens ønsker hos fullmaktsgiveren, eller la være å handle i tråd med ønskene. Manglende undersøkelse kan for det første skyldes at fullmektigen tror at unntaket for fullmaktsgiverens manglende forståelse av sakens betydning utgjør hovedregelen. For dette tilfellet har ikke fullmektigen med vilje latt være å opptre i samsvar med plikten, men den manglende undersøkelsen bygger på feil forståelse av rettstilstanden. For det andre kan manglende undersøkelse skyldes at fullmektigen med vilje lar være å undersøke, til tross for at vedkommende vet at slik undersøkelse skal foretas. Om fullmektigen ikke skjønner fullmaktsoppdraget på en tilstrekkelig god måte, og det foreligger brudd på pliktene i § 85 første ledd, kan det med grunnlag i vergemålsloven § 91 opprettes vergemål, og fullmektigen kan bli erstatningsansvarlig på ulovfestet grunnlag, jf. Ot.prp. nr. 110 (2008-2009) side 217. Også ved brudd på pliktene i § 85 annet ledd kan vergemål vurderes opprettet.¹⁹⁹ Videre kan fullmektigen bli erstatningsansvarlig på ulovfestet grunnlag, som følge av uaktsomhet. I tillegg kan fullmektigen pålegges en regnskapsplikt.²⁰⁰ En regnskapsplikt bidrar likevel ikke uten videre til økt selvbestemmelse hos fullmaktsgiveren. I så fall må det kreves at fullmektigen i regnskapet opplyser om at avgjørelsene er tatt i tråd med fullmaktsgiverens vilje. Oppstilling av konsekvenser for brudd på pliktene etter § 85 annet ledd kan ha en preventiv effekt og derved hindre at fullmektigen lar være å opptre i tråd med pliktene. Videre kan en slik oppstilling bevisstgjøre fullmektigen på at pliktene finnes, og at vedkommende innser viktigheten av at pliktene overholdes. Retten til selvbestemmelse kan vanskelig måles i penger, og et erstatningsansvar for beslutninger tatt i strid med fullmaktsgiverens ønsker kan nok sjelden bøte tilstrekkelig på en beslutning som allerede er tatt, og kanskje

¹⁹⁸ I.c.

¹⁹⁹ ibid. § 91 annet ledd første punktum.

²⁰⁰ ibid. § 90 annet ledd annet punktum.

i tillegg er irreversibel. Likevel kan lovfesting av et erstatningsansvar ved brudd på pliktene etter vergemålsloven § 85 annet ledd bidra til at fullmektigen søker å opptre på en slik måte at fullmaktsgiveren sikres størst mulig grad av selvbestemmelse under fullmaktsforholdet.

Et siste forhold er manglende uoppfordret ekstern kontroll med at pliktene overholdes. Manglende offentlig kontroll begrunnes med at fremtidsfullmakter er et privatrettslig rettsinstitut, som ikke skal ha for stor grad av påvirkning fra det offentlige.²⁰¹ På den annen side er det forskjell på det å legge føringer eksempelvis for hvordan fullmakten skal opprettes og innholdet i fremtidsfullmakten, og det å sørge for at fullmektigen utfører sitt oppdrag i tråd med fullmaktsgiverens rett til selvbestemmelse. På grunn av nedsatt kognitiv funksjonsevne er fullmaktsgiveren den svake parten i fullmaktsforholdet. Det taler for et særskilt behov for vern av fullmaktsgiveren. Ifølge Frantzen (2008) føres det i Finland en ”nokså omfattende løpende kontroll” med fullmektigen.²⁰² Frantzen peker på at hovedbegrunnelsen for å begrense offentlig kontroll er at ordningen skal være et frittstående alternativ til vergemål der det er opp til fullmaktsgiveren å bestemme fullmaktsforholdet. Frantzen anser en slik begrunnelse som utilstrekkelig for at det offentlige skal kunne fraskrive seg avgjørelser rundt en hjelpetrequende person sine personlige og økonomiske beslutninger. Videre nevner Frantzen de historiske linjene vergemålsordningen bygger på, med det offentlige sitt ansvar for beskyttelse av de hjelpetrequende i samfunnet. En økt grad av kontroll vil etter min mening ikke gjøre fremtidsfullmaktsinstituttet til et mindre frittstående alternativ, men kun bidra til økt selvbestemmelse hos en hjelpetrequende fullmaktsgiver.

Etter min mening bør det inntas en klarere formulering i vergemålsloven § 85 annet ledd av hva som ligger i fullmektigens plikt til å høre fullmaktsgiverens ønsker. Videre bør det avklares i rettspraksis, eller fortrinnsvis i lovteksten, om fullmektigen er pålagt en plikt til å handle i tråd med ønskene som er fremkommet ved høring. Endelig bør det i større grad føres kontroll med fullmektigens overholdelse av plikten(e). En klargjøring av rettstilstanden, og en økt kontroll med fullmektigens virke, kan bidra til økt grad av selvbestemmelse hos fullmaktsgiveren. Dette er i tråd med det grunnleggende prinsippet bak ordningen med fremtidsfullmakter, som er å fremme fullmaktsgiverens rett til selvbestemmelse.

4 Kilder

²⁰¹ Ot.prp. nr. 110 (2008-2009) side 150.

²⁰² Frantzen, Torstein. ”Fremtidsfuldmagter”. Forhandlingene ved Det. 38. nordiske juristmøde. København: Den danske Styrelse, 2008. Side 172.

4.1 Norske kilder

4.1.1 Lover

1814	Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven).
1898	Lov 28. november 1898 om Umyndiggjørelse (umyndiggjørelsesloven).
1918	Lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven).
1927	Lov 22. april 1927 nr. 3 om vergemål for umyndige (vergemålsloven).
1962	Lov 22. juni 1962 nr. 8 om Stortingets ombudsmann for forvaltningen (sivilombudsmannsloven).
1967	Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven).
1999	Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).
2010	Lov 26. mars 2010 nr. 9 om vergemål (vergemålsloven).

4.1.2 For- og etterarbeider

Innst. 154 L (2009-2010)	Om lov om vergemål (vergemålsloven).
NOU 1993: 18	Lovgivning om menneskerettigheter.
NOU 2004: 16	Vergemål.
NOU 2019: 5	Ny forvaltningslov.
Høringsnotat november 2018	Justis- og beredskapsdepartementet. <i>Høringsnotat - Endringer i vergemålsloven mv. (personer uten samtykkekompetanse, særskilt forvaltning av midler, klage- og begjæringsrett i saker om vergen mv.).</i> November 2018

<https://www.regjeringen.no/contentassets/a5b9cbc608ef4b2eb519d008723cfa77/horingsnotat-om-endringer-i-vergemalsloven-mv..pdf> hentet 19. november 2020.

- Ot.prp. nr. 110 (2008-2009) Om lov om vergemål (vergemålsloven).
- Prop. 106 S (2011-2012) Samtykke til ratifikasjon av FN-konvensjonen av 13. desember 2006 om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne.
- Dokument 16 (2011-2012) Menneskerettighetsutvalget. ”Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven. Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven.” 19. desember 2011. <https://www.stortinget.no/globalassets/pdf/dokumentserien/2011-2012/dok16-201112.pdf> hentet 21. november 2020.

4.1.3 Rettspraksis, forvaltningsvedtak og forvaltningspraksis

HR-2000-30-B (Bøhler)

HR-2008-2175-S

HR-2009-1932-A (Sri Lanka)

HR-2015-2524-P (lengeværende barn II)

HR-2016-2591-A

HR-2019-1758-A (skifte av uskiftebo)

VMM-2017-106, 11. desember 2017

SOM-2019-3520. 8. april 2020

Justis- og beredskapsdepartementet. *Vergemålsloven §§ 20 og 33 – samtykkekompetanse*. 21. mars 2018 <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/-20-og-33---vergemalsloven--20-og-33---samtykkekompetanse/id2594556/> hentet 21. november 2020.

4.2 Nordiske lover og forarbeider

Lag om interessebevahningsfullmakt	Lag nummer 648 25. mai 2007 om interessebevahningsfullmakt [Finland]
Lov om fremtidsfuldmagter	Lov nummer 618 af 8. juni 2016 om fremtidsfuldmagter [Danmark]
Lag (2017:310) om framtidsfullmakter	Lag (2017:310) om framtidsfullmakter [Sverige]
Handelsbalk (1736:0123 2)	Handelsbalk (1736:0123 2) 18 kap. Om sysslomän eller ombudsmän [Sverige]
Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till lag om interessebevahningsfullmakt och till lag om ändring av lagen om förmynderverksamhet	<i>Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till lag om interessebevahningsfullmakt och till lag om ändring av lagen om förmynderverksamhet. 2006</i>
Bemærkninger til Lovforslag nummer L 135	<i>Bemærkninger til Lovforslag nummer L 135. 24. februar 2016</i>
Prop. 2016/17:30	<i>Regeringens proposition 2016/17:30 Framtidsfullmakter – en ny form av ställföreträdarskap för vuxna. 22. desember 2016</i>

4.3 Folkerettslige kilder

UDHR	<i>Verdenserklæringen for menneskerettigheter. Paris 10. desember 1948.</i>
SP	<i>Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter. New York 16. desember 1966.</i>

- ØSK *Den internasjonale konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter.* New York 16. desember 1966.
- VCLT *Vienna Convention on the Law of Treaties.* Wien 23. mai 1969.
- Recommendation No. R (99) 4 *Recommendation No. R (99) 4 of the Committee of Ministers to member states on principles concerning the legal protection of incapable adults.* Strasbourg 23. februar 1999.
- CRPD *Konvensjon om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne.* New York 30. mars 2007.
- Recommendation CM/Rec(2009)11 *Recommendation CM/Rec(2009)11 of the Committee of Ministers to member states on principles concerning continuing powers of attorney and advance directives for incapacity.* Strasbourg 9. desember 2009.
- Explanatory memorandum (2009) Committee of Ministers of the Council of Europe. *Explanatory memorandum on Recommendation CM/Rec(2009)11.* Strasbourg 9. desember 2009. <https://rm.coe.int/168070965f> hentet 21. november 2020.
- CRPD/C/GC/1 Committee on the Rights of Persons with Disabilities. *General comment No. 1 (2014) (CRPD/C/GC/1).* 19. mai 2014. [https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/031/20/PDF/G1403120.pdf](https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/031/20/PDF/G1403120.pdf?OpenElement) ?OpenElement hentet 21. november 2020.

4.4 Litteratur

Frantzen, Torstein. ”Fremtidsfuldmagter”. Forhandlingene ved Det. 38. nordiske juristmøde. København: Den danske Styrelse, 2008.

Fredwall, Katrine Kjærheim. *Familierettens korreksjonsmekanismer.* Norge: Gyldendal, 2020.

Hambro, Peter. ”Fremtidsfullmakter.” *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål* nummer 3 (2013) side 160-218.

Hov, Jo. *Avtaleslutning og ugyldighet*. 1. utgave, Norge: Papinian, 1995.

Larsen, Kjetil Mujezinović. ”Konsekvenser ved eventuell norsk tilslutning til den valgfrie protokollen om individuell klagerett til FN-konvensjonen om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne.” 2015.
<https://www.regjeringen.no/contentassets/4cd2cfa62feb424d9b62a662e2a13164/150728-utredning-om-konsekvenser-ved-tilslutning-til-crpd-protokollen.pdf> hentet 21. november 2020.

Lynge Andersen, Lennart og Svend Danielsen. *Lov om fremtidsfuldmagter*. 1. utgave, Danmark: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2018.

Sande, Eldbjørg, Trine Eli Linge og Mona Choon Rasmussen. *Vergemålsloven og utlendingsloven kapittel 11 A med kommentarer*. 1. utgave, Norge: Gyldendal juridisk, 2017.

Statistisk sentralbyrå. ”Døde.” 11. mars 2020.
<https://www.ssb.no/befolkning/statistikker/dode> hentet 22. november 2020.

Westman, Per. *Framtidsfullmakter*. Sverige: Norstedts Juridik AB, 2019.

Woxholth, Geir. *Avtalerett*. 8. utgave, Norge: Gyldendal akademisk, 2012.