

Prosessuell fremtidsfullmakt – en legislativ gråsone?

Av Ida C. Stavnes

Ida C. Stavnes (født 1985) er Master i Rettsvitenskap fra Universitetet i Oslo (2013). Hun er fast advokat i Advokatfirmaet Mørch, hvor hun primært jobber med selskapsrett, kontraktsrett, offentlige anskaffelser, familierett og prosedyre.

Den 1. juli 2013 trådte ny lov om vergemål i kraft. En rød tråd gjennom loven er økt fleksibilitet, økt selvbestemmelsesrett for den enkelte og individtilpasning.¹ Loven har tre alternative systemer som regulerer situasjonen når en person ikke lenger er i stand til å ivareta egne interesser; legalfullmakt, fremtidsfullmakt og vergemål. Tvisteloven (tvL.) av 2005 kapittel 2 har på sin side regler om prosessdyktighet som ikke synes å samsvare med den nye vergemålslovens alternative systemer. Dette reiser ulike rettslige spørsmål som synes å være ubørt i lov, forarbeider, etterarbeider, rettspraksis, forvaltningspraksis og juridisk litteratur. Et hovedspørsmål i denne artikkelen er hvilket prosessuelt og rettslig vern en stadfestet fremtidsfullmakt har; i hvilken utstrekning kan retten kreve at det oppnevnes verge når det foreligger en stadfestet fremtidsfullmakt med et konkret, prosessuelt mandat? Forholdet mellom fremtidsfullmakt og vergemål i lys av tvL. § 2-2 fjerde ledd settes særlig på spissen hvor fullmaktsgiveren hadde rettslig handleevne da en rettslig prosess ble igangsatt, men som underveis har tapt handleevnen.

Nøkkelord: legalfullmakt, fremtidsfullmakt, vergemål, prosessdyktighet, rettslig handleevne

1. Jf. bl.a. Ot.prp. nr. 110 (2008-2009) s. 9.

1 Innledning

Etter lov 26. mars 2010 nr. 9 om vergemål (vergemålsloven eller vgml.) er det nå to alternative løsninger for ivaretagelse av interessene til en voksen person som ikke lenger er i stand til å ivareta egne interesser.² Vergemålsordningen³ er opprettholdt. Det andre alternativet er legalfullmakt – eller såkalte vedvarende fullmakter. Det siste alternativet er en såkalt fremtidsfullmakt, som er nytt i 2010-loven.⁴

Fremtidsfullmakt er definert slik i vgml. § 78:

«En fremtidsfullmakt er 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.»

Fremtidsfullmakt er ment å være et privatrettslig alternativ til vergemål, jf. Ot.prp. nr. 110 (2008–2009) side 142-143. Poenget er med andre ord at den som i fremtiden ikke vil være i stand til å ivareta egne interesser, på forhånd kan tildele en ugjenkallelig fullmakt til den person vedkommende ønsker skal representere seg og sine interesser.

Denne artikkelen forutsetter at det er opprettet en fremtidsfullmakt med et såkalt «prosessuelt mandat». Med andre ord at fullmaktsgiver bemyndiger fremtidsfullmektigen til konkret å representere seg i rettslige prosesser som enten er igangsatt eller som vil bli igangsatt i fremtiden.

Twistelovens regler om prosessudyktighet benytter på sin side utelukkende ordet «verge». Et grensespørsmål blir dermed hvordan «verge» i tvl. § 2-2 og § 2-3 er å forstå. Skal det tolkes restriktivt slik at det kun omfatter ordinært vergemål eller skal det legges en mer dynamisk tolkning til grunn slik at også fremtidsfullmektig anses som «verge»?

2. Stor takk til lagdommer Per Racin Fosmark for inspirerende drøftelser og verdifulle innspill.

3. Jf. vgml. kapittel 4.

4. Jf. vgml. kapittel 10.

Tvl. § 2-2 fjerde ledd lyder som følger:

«En person som på grunn av sin psykiske helsetilstand ikke er i stand til å ivareta sine egne interesser under saken, er ikke prosessdyktig. Har ikke personen verge, skal retten sørge for at det oppnevnes verge.»

Tvl. § 2-3 lyder som følger:

«For personer som ikke er prosessdyktige, og for upersonlige rettssubjekter, ivaretar stedfortrederen alle partens rettigheter og plikter i rettssaken. En part kan bare ha én stedfortreder om gangen.

For personer som mangler prosessdyktighet etter § 2-2 fjerde ledd, er vergen stedfortreder.»

Ettersom vergemålsloven oppstiller fremtidsfullmakt som et alternativ til vergemål, er det mye som taler for at ordet «verge» i tvistelovens forstand må omfatte både verge og fremtidsfullmektig. Dette forutsetter at fremtidsfullmakten er utformet på en slik måte at mandatet konkret omfatter en prosessfullmakt.⁵ Det er først da at skjæringen mellom vergemål og fremtidsfullmakt og tvistelovens regler om prosessdyktighet settes ordentlig på spissen.

2 Vergemålsloven av 2010

2.1 Hensyn og legislative formål

Et tema som er viet atskillig oppmerksomhet i lovforslaget til vergemålsloven, er rettsstillingen til en stadig økende gruppe aldersdemente.⁶ Antall mennesker med aldersdemens er stadig økende, og forventes å øke i årene fremover. Lovutvalget uttalte derfor at det med stor grad av sikkerhet kan fastslås at alders-

5. I mangel av et bedre ord brukes i det følgende ordet *prosessfullmakt* i samme forstand som den fullmakt en partsrepresentant har. Det avgrenses således mot den prosessfullmakt som gis til en advokat.

6. Av de såkalte organisk betingede sinnslidelsene er demens den hyppigst forekommende.

demens allerede i dag er en stor og tung gruppe i vergemålssammenheng, og fortsatt vil utgjøre den største og tyngste gruppen av personer hvor etablering av vergemål kan være aktuelt.⁷

Innad i denne gruppen er det betydelige variasjoner – alt fra begynnende demens hvor vedkommende fremdeles har evne til å forstå virkningen av egne beslutninger, til de som befinner seg i den andre enden av skalaen hvor nær all kognitiv forstand er svunnet hen. Med en slik variasjon i kognitiv evne følger også en variasjon i den enkeltes behov for vern.

Et gjennomgående trekk i den nye vergemålsloven er økt hensyn til den hjelpetrengendes selvbestemmelsesrett. Samtykkekravet er styrket,⁸ og det skal foretas en konkret vurdering ut fra vedkommendes situasjon – såkalt individuelltilpasning. Videre er loven gjennomsyret av det såkalte minste middels prinsipp, som nå er kodifisert i vgml. § 21 tredje ledd.⁹ Fra NOU 2004:16 side 134 hitsettes:

«Utvalget foreslår at prinsippet om det minste middel kommer til anvendelse både når det gjelder spørsmålet om valg av vergemålsform, omfanget av vergemål uten fratakelse av handleevnen og når det er tale om å frata vedkommende den rettslige handleevnen. De to første forhold er en videreføring av gjeldende rett, men med en understrekning av at mandatet alltid må vurderes konkret. Forslaget om en adgang til å frata en person den rettslige handleevnen på nærmere bestemte områder, slik at vedkommende for øvrig har sin råderett i behold, er en nyskapning i forhold til gjeldende rett.

Grunnprinsippet om at man ikke skal gjøre større inngrep enn nødvendig ut fra den enkeltes verne- og støttebehov, må etter utvalgets syn gå som en rød tråd gjennom hele vergemålslovgivningen, også ved vurderingen av hvor stort inngrep i den rettslige handleevne det er behov for.»

7. NOU 2004:16 Vergemål punkt 7.4.3.1 på s. 127.

8. Hvor vergemålet ikke medfører fratakelse av den rettslige handleevnen, skal vedkommende samtykke i vergemålet, dets rekkevidde og hvem som skal være verge, med mindre han eller hun åpenbart ikke er i stand til å forstå hva et samtykke innebærer, jf. vgml. § 20 annet ledd første punktum jf. NOU 2004:16 kapittel 7, utk. § 3-1 på s. 148.

9. Det minste middels prinsipp innebærer at det ikke skal gjøres større inngrep i en persons rettsstilling enn det som er nødvendig ut fra vedkommendes situasjon og behov, jf. Rt. 1982 s. 1776.

Departementet delte utvalgets oppfatning:¹⁰

«Departementet støtter utvalgets forslag om å videreføre det minste middels prinsipp ved utformingen av vergemålets omfang, jf. departementets lovforslag § 21 tredje ledd annet punktum. Dette er av sentral betydning for å oppfylle de krav som følger av blant annet FN-konvensjonen 13. desember 2006 om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne. Departementet slutter seg til utvalgets understrekning av viktigheten av at vergemålets omfang undergis en konkret vurdering i det enkelte tilfellet. Det vil være grunnleggende for å ivareta den enkeltes rettssikkerhet ved opprettelse av vergemål at vergemålet ikke gjøres mer vidtrekkende enn det konkrete hjelpebehovet tilsier. En praksis som går ut på at man mer eller mindre rutinemessig lar vergemål omfatte personens behov «i sin alminnelighet», vil følgelig ikke være forenelig med den konkrete vurderingen som kreves. Hvor det etter omstendighetene er aktuelt å utforme et generelt mandat, vil dette måtte skje etter en konkret vurdering av vedkommendes behov.»

Illustrerende for gjennomføringen av formålet om økt fleksibilitet, handlefrihet og individuell tilpasning er lovutvalgets fokus på rettslig handleevne. Umyndiggjøring etter umyndiggjøringsloven av 1898 innebar fullstendig tap av rettslig handleevne. Etter hvert ble det åpnet for en ordning med hjelpeverge for personer med behov for bistand, jf. vergemålsloven 1927 § 90 a. Utgangspunktet for loven av 2010 er at et vergemål bare skal begrense den rettslige handleevnen når dette er nødvendig for å ivareta verne- og støttebehovet. Loven åpner imidlertid for å frata en person den rettslige handleevnen – enten helt eller delvis.¹¹

Videre la både utvalget og departementet til grunn at ordningen med fremtidsfullmakter vil kunne få positive samfunnsøkonomiske konsekvenser ved å spare det offentlige for utgifter til vergemål for et stadig voksende antall hjelpe-trengende.¹²

10. Jf. Ot.prp. nr. 110 (2008-2009) s. 52.

11. Karin M. Bruzelius, «Ny vergemålslov», *Lov og Rett*, 2013 s. 383-384 (s. 383).

12. Jf. Ot.prp. nr. 110 (2008-2009) punkt 10.2.4 på s. 142.

2.2 Vergemål for voksne

2.2.1 *Vilkår for oppnevning av vergemål*

Den som er over 18 år og som på grunn av sinnslidelse, herunder demens, psykisk utviklingshemming, rusmiddelmissbruk, alvorlig spilleavhengighet eller alvorlig svekket helbred ikke er i stand til å ivareta sine interesser, kan settes under vergemål hvis det er behov for det, jf. vgml. § 20 første ledd.

2.2.2 *Hvem som er berettiget til å begjære vergemål*

Vgml. § 56 første ledd angir uttømmende hvem som er berettiget til å begjære noen satt under vergemål. Foruten Fylkesmannen er slik kompetanse tillagt vedkommende selv (bokstav a), personens ektefelle/samboer, foreldre, nærmeste livsarving eller søsken (bokstav b), eksisterende verge (bokstav c) eller behandlende lege eller tilsynslege (bokstav d). En slik begjæring skal alltid begrunnes.

2.3 Fremtidsfullmakt

En fremtidsfullmakt er en fullmakt på det økonomiske og/ eller det personlige området som først skal tre i kraft når fullmaktsgiverens handleevne er tapt, jf. vgml. § 78.

2.3.1 *Krav til fullmakten*

En fremtidsfullmakt har samme formkrav som et testament, dvs. at den må gjøres skriftlig med to vitner som fullmaktsgiveren har godtatt og som er til stede sammen og vet at dokumentet skal være en fremtidsfullmakt, jf. vgml. § 81 første ledd første punktum.

Fullmaktsgiver må selvfølgelig ha den rettslige handleevnen i behold når fullmakten undertegnes.

Fullmakten skal uttømmende angi hvilke plikter fullmektigen meddeles, men mandatet kan i stor grad begrenses, jf. vgml. § 80. Den kan omfatte både økonomiske og personlige forhold, men den kan også begrenses til kun å gjelde bestemte områder. Det er altså lagt opp til en stor grad av handle- og avtalefrihet for den enkelte.

Enkelte kompetanser kan imidlertid aldri delegeres. Grensene for fullmek-

tigens kompetanse er i denne sammenheng de samme som for en verges kompetanse overfor voksne under vergemål. Dette gjelder særlig kompetansen til å stemme ved politiske valg, inngå ekteskap, erkjenne farskap, samtykke til organdonasjon og opprettelse eller tilbakekall av testamenter, jf. vgml. § 80 tredje ledd jf. § 21 fjerde ledd.

2.3.2 *Eksempel på prosessuell fremtidsfullmakt*

Som det fremgår av det ovennevnte, kan en fremtidsfullmakt i stor utstrekning tilpasses den enkelte fullmaktsgivers situasjon og behov. Mandatet skal imidlertid angis konkret og presist; det må ikke være tvil om hva som ligger innenfor rammene av fullmakten. Skal mandatet eksempelvis omfatte fullmakt til å inngå forlik, må dette angis spesifikt. Da bør også tvisten angis, hvem motparten er og eventuelt hva et akseptert forlik kan gå ut på dersom dette er kjent.

Eksempelvis kan en prosessuell fremtidsfullmakt være utformet på en eller flere følgende måter:

«Min fullmektig skal ivareta mine økonomiske og juridiske interesser ved å:

Representere meg og mine interesser i sak nr. 16-xxxxxx mot NN, herunder å være partsrepresentant og inngå forlik på mine vegne.

Å igangsette og/eller representere meg i enhver annen rettslig tvist, herunder å være partsrepresentant, opptre på mine vegne i forhandlinger og inngå forlik på mine vegne.

I forbindelse med enhver form for rettslig tvist hvor jeg er part, å benytte alle rettsmidler, herunder anke, oppfriskning og gjenopptakelse.

Å igangsette og representere meg og mine interesser i enhver form for tvangsinn drivelse som fullmektigen finner vil tjene mine interesser.»

2.3.3 *Kontroll av Fylkesmannen – stadfestelse*

Når fullmakten har trådt i kraft,¹³ kan fullmektigen be Fylkesmannen om å stadfeste ikrafttreddelsen, jf. vgml. § 84. Slik stadfestelse er ikke et forvaltnings-

13. Fullmakten trer i kraft i det øyeblikket fullmaktsgiveren oppfyller vilkårene i § 78. I praksis foreligger denne situasjonen når behandlende lege har gitt en legeerklæring som bekrefter at vedkommende ikke lenger er samtykkekompetent.

rettslig enkeltvedtak, og Fylkesmannens nektelse av å stadfeste en fremtidsfullmakt kan ikke påklages.¹⁴ Blir den stadfestet, skal den samtidig registreres eller tinglyses i samsvar med vgml. § 77.¹⁵ Det er imidlertid verdt å merke seg at stadfestelsen ikke har noen betydning for fullmaktens gyldighet.¹⁶

Fylkesmannen kontrollerer at fullmakten oppfyller de formelle formkravene i § 81 og de konkrete pliktene undergis en konkret vurdering. Dette har særlig betydning i forhold til vurderingen av om fullmektigen anses skikket til oppdraget, jf. vgml. § 84 annet ledd bokstav c.

Videre kan Fylkesmannen gjennomføre kontroll med hvordan fullmakten brukes. Etter vgml. §§ 90 og 91 kan Fylkesmannen kreve å få opplysninger om fullmaktsforholdet samt pålegge fullmektigen å føre regnskap og gi Fylkesmannen innsyn i dette. Disse kontrollmekanismene gir Fylkesmannen anledning, men ikke plikt, til å foreta løpende vurderinger av om fullmektigen ivaretar interessene til fullmaktsgiveren i samsvar med fullmakten, herunder om det foreligger misbruk fra fullmektigens side. Det er ingen sanksjoner mot brudd på opplysnings- eller regnskapsplikten, men unnlatelser kan danne grunnlag for Fylkesmannens vurdering av om vergemål bør oppnevnes, jf. § 91 (se punkt 2.4 under).¹⁷

2.4 Vergemål for fullmaktsgiver, jf. § 91

En person som har opprettet fremtidsfullmakt, kan i etterkant underlegges vergemål, jf. vgml. § 91. Foruten de som er tillagt begjæringskompetanse i § 56 kan også fremtidsfullmektigen fremsette slik begjæring.

Vurderingstemaet er først og fremst om vilkårene for vergemål etter lovens kapittel 4 er oppfylt.

Utover disse vilkårene er det oppstilt en skranke i § 91 annet ledd annet punktum som angir at det ved vurderingen skal legges vekt på om fullmektigen

14. Jf. JDLOV/2014/3212.

15. Vgml. § 77 første ledd angir at en dom om fratakelse av den rettslige handleevnen skal registreres og/ eller tinglyses i aktuelle registre, herunder Løsøreregisteret og grunnboken.

16. Jf. Ot.prp. nr. 110 (2008-2009) s. 216.

17. Peter Hambro, «Fremtidsfullmakter», *Tidsskrift for Familierett, arverett og barnevernsrettslige spørsmål*, 2013, 160-217 (s. 213).

ivaretar fullmaktsgiverens interesser som forutsatt i fremtidsfullmakten, og om det er behov for ytterligere bistand.

Vergemål skal bare opprettes der hensynet til å beskytte fullmaktsgiveren taler for dette.

Utgangspunktet må være at fullmaktsgiverens selvbestemmelsesrett, slik denne er kommet til uttrykk i fremtidsfullmakten, skal respekteres.¹⁸ Det vil også normalt bare være aktuelt med vergemål dersom det foreligger en misbrukssituasjon, eller dersom fullmaktsgiverens hjelpebehov ikke blir forsvarlig ivare tatt av fremtidsfullmektigen.

Et vergemål kan enten erstatte fremtidsfullmakten, eller komme i tillegg.

3 Forholdet mellom tvisteloven 2005 og vergemålsloven 2010

Da tvisteloven 2005 ble vedtatt, gjaldt vergemålsloven av 1927 og umyndiggjøringsloven av 1898, som ikke hadde noen lovregulert adgang til bruk av fremtidsfullmakt. Adgangen til å bruke fremtidsfullmakter var inntil ikrafttredelsen av 2010-loven ulovfestet rett. Det var et klart formål med den nye vergemålsloven at ordningen med fremtidsfullmakter skulle styrkes gjennom lovregulering.

3.1 Et praktisk typetilfelle

For å illustrere hvordan spørsmålet kan settes på spissen, kan vi ta for oss følgende tenkte eksempel:

En kvinne på 80 og en mann på 85 er gift. De har ingen felles barn, kun særkullsbarn. Ektemannen har tidligere opprettet et testament som i stor utstrekning tilgodeser hustruen. Når mannen dør, oppstår det en tvist mellom hans særkullsbarn og gjenlevende ektefelle. Fordi en slik skiftetvist kan ta lang tid og gjenlevende ektefelle er gammel, ønsker kvinnen å opprette en fremtidsfullmakt hvor hennes datter som nærmeste slektning oppnevnes som fullmektig.

18. Jf. Ot.prp. nr. 110 (2008–2009) kap. 13 på s. 219.

Fremtidsfullmakten blir opprettet og undertegnet den 1. mars i et gitt år. Etter noe tid blir kvinnen vurdert av sin behandlende lege til å være ikke samtykkekompetent. 1. juni sendes fremtidsfullmakten med kopi av legeerklæringen til Fylkesmannen for stadfestelse. Fullmakten blir stadfestet 10. juni av Fylkesmannen, som også besørger nødvendig registrering/ tinglysing og underretter tingretten. Retten vil imidlertid ikke godta fremtidsfullmakten og ber Fylkesmannen oppnevne verge, under henvisning til tvl. § 2-2 fjerde ledd. Skiftetvisen stilles i bero frem til Fylkesmannen oppnevner verge. Fylkesmannen på sin side nekter å oppnevne verge ettersom det allerede er fattet vedtak og vedkommende er fullgodt representert ved sin fremtidsfullmektig, jf. vgml. § 84.

Situasjonen er da den at den gyldig opprettede, og av Fylkesmannen stadfestede, fremtidsfullmakten blir satt til side av domstolen. Fylkesmannen som rette kompetent organ, nekter å i tillegg opprette vergemål fordi fremtidsfullmakten er dekkende. Domstolen nekter å fortsette behandlingen av skiftetvisen fordi retten krever verge – det er dommerens tolkning at tvl. § 2-2 fjerde ledd ikke åpner for at fremtidsfullmektig er sidestilt med «verge». Dette til tross for at fremtidsfullmaktens utforming og utformingen av vergemandatet kan være identisk.

Ovennevnte eksempel kan for mange fremstå som sært. Poenget med eksempelet er å få frem at virkningen er at fullmaktsgivers selvbestemmelsesrett ikke blir respektert. Det kan også være nyttig å huske på at vi lever lenger i dag enn for bare 20 år siden. Som fremhevet i forarbeidene forventes antall aldersdemente å øke i årene fremover. Disse menneskene vil ha varierende behov for vern gjennom de siste årene av sitt liv. Muligheten for å kunne forhåndsregulere en slik situasjon vil for mange kunne være svært betydningsfullt. Kodifiseringen av bruken av fremtidsfullmaktene er et klart uttrykk for lovgivers vilje. Vergemålsloven gir heller ikke uttrykk for at slik prosessuell kompetanse ikke kan delegeres eller tildeles gjennom en fremtidsfullmakt.

Etter mitt syn bør det eneste avgjørende være om fremtidsfullmakten er gyldig opprettet og om fremtidsfullmektigen anses skikket til oppdraget. Hvis det er tilfellet, blir fullmakten stadfestet. En stadfestelse innebærer nettopp at Fylkesmannen har vurdert fremtidsfullmaktens innhold, herunder det prosessuelle mandatet, og funnet å kunne vedta stadfesting. Man kan da spørre seg følgende: Dersom det eksisterer bare ett tilfelle hvor en stadfestet, prosessuell fremtidsfullmakt blir satt til side, mot fullmaktsgivers ønsker, kan det ikke da

hevdes at lovgivers vilje ikke blir opprettholdt? Konsekvensene kan også bli potensielt store. For den enkelte fullmaktsgiver blir situasjonen uforutsigbar og usikker, og vedkommende kan i realiteten ikke lenger belage seg på at ens vilje blir respektert. For samfunnet kan risikoen for overforbruk av offentlige ressurser bli truende stor.

3.2 Forholdet mellom vgml. § 91 og tvl. § 2-2

Virkingen av det ovennevnte eksempelet er ikke løst i forarbeidene til vergemålsloven eller etterarbeider til tvisteloven. Poenget med en fremtidsfullmakt er nettopp at personen skal kunne råde over egen fremtid når det er usikkert om vedkommende vil miste handleevnen. Vergemålsloven legger klart opp til at vedkommende skal kunne forhåndsregulere en slik situasjon. Og det må kunne legges til grunn at måten en tvist håndteres på, og ikke minst hvem som skal overta den enkelte persons autonomi, må være minst like viktig for vedkommende som hvem som generelt skal fatte økonomiske og personlige avgjørelser på deres vegne. Muligheten for å kunne forhåndstildele en prosessfullmakt må derfor antas å være av svært stor betydning. Lovens tilsiktede fleksibilitet og respekt for den enkeltes selvbestemmelsesrett gir støtte for et slikt synspunkt. Betegnende i denne retning er at umyndiggjøring bevisst ble tatt ut av loven – både begreps- og innholdsmessig.¹⁹

Det kan da reises spørsmål om lovgiver har tenkt på følgende problemstilling: Har tvistelovens regler om oppnevning av verge ved prosessdyktighet²⁰ hensyntatt vergemålslovens etterfølgende regler om fremtidsfullmakt? Og dersom de er hensyntatt slik at verge skal oppnevnes uansett, hvilken rettslige stilling har da en fremtidsfullmakt med et prosessuelt mandat?

19. Jf. Ot.prp. nr. 110 (2008-209) s. 39 og 42.

20. Prosessdyktigheten er ment å korrespondere med den rettslige handleevnen, jf. Prop. 46 L (2012–2013) s. 37.

3.3 Foreligger det et harmoniseringsbehov mellom tvl. §§ 2-2 og 2-3 om krav til «verge» og vergemålslovens bestemmelser om fremtidsfullmektig?

Det er mye som kan tyde på at det foreligger et rettskildemessig harmoniseringsbehov mellom tvistelovens regler om stedfortredere ved prosessudyktighet og vergemålslovens regler om fremtidsfullmakt. Vi har tilsynelatende to lover som gir to diametrale resultater. Og dersom det er disharmoni, blir så spørsmålet hvordan dette skal løses. Vi har to prinsipper som tjener til å løse en slik situasjon mellom lover av samme rang.

Etter *lex posterior*-prinsippet skal en nyere regel gå foran en eldre. Dette prinsippet brukes trolig lite i praksis ettersom eventuell motstrid mellom lover av samme trinnhøyde ofte løses på lovenes forberedelsesstadium.

Det andre prinsippet som kan løse harmoniseringsproblemer mellom to regler av samme rang er *lex specialis*. Prinsippet innebærer at en spesiell regel skal gå foran en generell, og er bygget på tanken om at en spesiell regel er ment som et unntak fra en generell regel.

Det kan synes som om vergemålslovens forarbeider til en viss grad hensyntar harmoniseringsproblematikken. I merknadene til lovens § 2 om legaldefinisjoner uttrykkes følgende:²¹

«Første ledd definerer hva som menes med personer 'under vergemål'. [...] Dersom uttrykket brukes i annet regelverk, er det naturlig å forstå det slik at det viser hva som ligger i uttrykket etter vergemålsloven. I lovforslaget er virkeområdet for legaldefinisjonen dermed ikke begrenset til bare å omfatte 'denne lov'. Det må klare holdepunkter til for å legge noe annet i uttrykket enn det som følger av vergemålslovens definisjon. Departementet vil også peke på at vergemålslovens definisjon er i samsvar med det som vil følge av en normal språklig forståelse av uttrykket.»

Det siterte avsnittet omhandler riktignok utelukkende vergemål og kan trolig ikke gis direkte eller analogisk anvendelse på fremtidsfullmakt. Uttalelsen kan imidlertid kanskje tas til inntekt for et mer generelt synspunkt om at begreps-

21. Ot.prp. nr. 110 (2008–2009) Om lov om vergemål (vergemålsloven) kap. 13 på s. 168.

bruken i tilstøtende lover bør følge vergemålslovens system. Hertil kommer at departementet uttalte at det ville fremme en egen proposisjon med forslag om endringer i andre lover som følge av den nye vergemålsloven, se merknadene til § 2 i Ot.prp. nr. 110 på side 169:

«I forbindelse med dette lovarbeidet må man gå gjennom begrepsbruken i annen lovgivning og foreta tilpasninger til den nye vergemålslovens terminologi og innhold.»

Ovennevnte sitat henviser til merknaden til § 102 som i den nye loven omhandler endringer i andre lover:

«§ 102 inneholder forslag til enkelte endringer i andre lover som følge av forslaget om ny vergemålslov. Bestemmelsen er ikke et fullstendig forslag til endringer i andre lover. Forslaget om en ny vergemålslov vil innebære at det må foretas flere endringer i annen lovgivning. Først og fremst vil det være behov for tekniske tilpasninger, men det vil også være behov for noen innholdsmessige endringer, blant annet som følge av forslaget om individtilpasset vergemål. Se i den forbindelse merknaden til § 2 tredje ledd. Regjeringen vil fremme en egen proposisjon med et fullstendig forslag til endringer i annen lovgivning på et senere tidspunkt.»

Prop. 46 L (2012-2013) Endringer i vergemålsloven mv. ble avgitt i desember 2012. I kapittel 6 i merknadene til § 102 på side 37 fremgår omtale av endringer i tvisteloven kapittel 2. Forholdet mellom verge og fremtidsfullmektig er ikke omtalt. Fokus er derimot i stor utstrekning lagt på forholdet mellom prosedyrtidighet og rettslig handleevne.

Begge prinsipper synes å få anvendelse idet tvisteloven og vergemålsloven har samme rang, men vergemålsloven er både nyere og mer spesiell enn tvisteloven.

Det er på den annen side ikke nødvendigvis gitt at det i realiteten foreligger en rettskildemessig konfliktsituasjon; det kan heller være tale om en situasjon som lovgiver rett og slett ikke har vurdert.²² Sett hen mot departementets oven-

22. Det er tilsynelatende heller ikke vurdert av domstolene, lovavdelingen eller Sivilombudsmanen.

nevnte uttalelser om behovet for endringer i andre lover, er det mye som taler for at vi ikke nødvendigvis står overfor en rettskildemessig konflikt, men kanskje heller et mer uoversiktlig rettskildebilde.

At problemstillingen tilsynelatende ennå ikke er satt på spissen, kan være et utslag av ordningens unge alder og at dens mange virkninger ikke har blitt prøvet ut. Men det er ikke dermed sagt at skjæringspunktet mellom tvl. § 2-2 fjerde ledd og § 2-3 annet ledd og vgml. § 91 ikke vil bli en høyst aktuell problemstilling i tiden som kommer. Tvert imot; den stadig økende gruppen av aldersdemente tilsier at problemstillingen bare vil få økt aktualitet fremover.

Når domstolene blir konfrontert med problemstillingen, er det forståelig at en restriktiv ordlydsfortolkning legges til grunn. Erfaringene med vergemålsinstituttet er omfattende og velkjente. Det er derfor forståelig at domstolene vil tolke «verge» i tvl. § 2-2 fjerde ledd og § 2-3 annet ledd restriktivt og kreve fremtidsfullmakten satt til side. På den annen side er det kanskje nettopp i disse situasjoner at en mer dynamisk tolkning er viktig, og kanskje også naturlig sett hen mot samfunnsutviklingen og dagens realitet.

Endelig vil ikke en beslutning om å legge fremtidsfullmakten til grunn stå i kontrast til lovgivers intensjon; tvert imot fremgår det klart at den enkeltes selvbestemmelsesrett, det minste middels prinsipp og økt fleksibilitet fremheves til fortrengsel for det mer rigide og noe mer inngripende umyndiggjørings-systemet som har rådet tidligere.

Det må uansett påhvile lovgiver å sørge for et helhetlig regelverk, som domstolene igjen skal håndheve.

Hvordan problemstillingen som tas opp skal repareres, er det lovgiver selv som er best skikket til å vurdere. Etter mitt syn kan det være flere måter å gjøre det på. Det enkleste vil være å endre ordlyden i tvl. § 2-2 fjerde ledd slik at «verge» også omfatter fremtidsfullmektig. Den løsningen forutsetter at fremtidsfullmakten har et dekkende, prosessuelt mandat. En annen mulighet kan være å gi en direkte hjemmel for fremtidsfullmektiger som stedfortredere generelt. En slik løsning vil ikke forutsette at fremtidsfullmakten konkret gir et prosessuelt mandat, og kan være mer betenkkelig. Ordningen med fremtidsfullmakt innebærer – i motsetning til vergemål – at mandatet eller fullmaktsoppgavene er konkret angitt og er i seg selv ikke altomfattende. En generell hjemmel for alle fremtidsfullmektiger til å opptre som partsrepresentanter for sine fullmaktsgivere kan tenkt sett gi uheldige utslag. På den annen side har

fullmaktsgiveren allerede ved å undertegne fullmakten ansett vedkommende fullmektig som skikket til å forvalte sin formue på en god måte. Mye kan derfor tale for at fullmaktsgiver allerede har tatt stilling til hvem som skal ivareta vedkommendes interesser, også de interessene som først oppstår i fremtiden. I de tilfeller der prosessen allerede er satt i gang når fullmakten undertegnes, og fullmakten konkret angir prosessen som fullmektigen skal være partsrepresentant i, bør svaret være nokså opplagt; dette har fullmaktsgiver tatt konkret stilling til og det bør kreves mye for å sette fullmakten til side.

4 Et komparativt blikk

En ikke helt fjerntliggende analogi er testamenter. På samme måte som en fremtidsfullmakt er et testament uttrykk for en viljeserklæring som oppstiller rettigheter og undertiden også plikter i forbindelse med disposisjoner som skal fullbyrdes i fremtiden når giver selv ikke er i stand til å gjennomføre dem. For å være gyldig har også et testament strenge formkrav. I et komparativt lys kan det være interessant å reflektere over hvor stor grad av disposisjonsfrihet en testator kan ha sammenlignet med hvor begrenset myndighet en fremtidsfullmaktsgiver kan synes å ha i lys av vergebestemmelsen i tvisteloven.

En kan tenke seg at en persons liv kan deles i to stadier; 1) i live og med full kognitiv evne og 2) i live og med nedsatt eller fraværende kognitiv evne. En kan videre tenke seg at en person som befinner seg i den første fasen oppretter både en fremtidsfullmakt med prosessfullmakt til å være stedfortreder i en pågående retts sak og et testament. Det forutsettes at begge dokumenter oppfyller formkravene, er gyldig opprettet og at giver ikke går utover sin rett. Testator og fullmaktsgiver har like fullt og tydelig erklært sin vilje i begge dokumenter, og har en berettiget forventning om at de blir etterlevet. Slik den rettslige situasjonen er i dag kan resultatet bli at fremtidsfullmakten kan bli krevet satt til side av domstolen i forbindelse med retts saken, mens testamentet ikke blir det.

Det er et tankekors at en person synes å kunne råde i større utstrekning over disposisjoner som skal fullbyrdes etter sin død enn de som skal fullbyrdes mens vedkommende er i live, dog med nedsatt eller fraværende kognitiv evne.

5 Avsluttende bemerkninger

Et fremtredende formål med revisjonen av vergemålsloven synes å være økt grad av fleksibilitet, handlefrihet og individuell tilpasning. Det gamle umyndiggjøringsinstituttet er bevisst fjernet, både begreps- og innholdsmessig. Fremtidsfullmakten er en alternativ og mindre inngripende ordning enn vergemål.

Både hensynet til personens selvbestemmelsesrett og det minste middels prinsipp har medført at vi i dag har regler som tilsikter å behandle særlig eldre mennesker med en så høy grad av autonomi som mulig – innenfor rammene av et nødvendig regelverk. En fremtidsfullmakt innebærer nettopp at den enkeltes selvbestemmelsesrett ivaretas ved at vedkommende kan råde over en usikker fremtid mens han eller hun fremdeles er i stand til å fatte egne beslutninger. Og hvem som skal fatte viktige beslutninger for deg i fremtiden når du ikke lenger kan fatte dem selv, er naturligvis for mange et svært viktig spørsmål.

Under den forutsetning at fremtidsfullmakten er gyldig opprettet og meddeler et konkret mandat om prosessfullmakt, burde fremtidsfullmakten etter mitt syn legges til grunn. Den er et klart uttrykk for fullmaktsgivers autonomi og vilje, og vergemålsloven legger eksplisitt opp til en slik adgang. Dersom det fra lovgivers side ikke var meningen at en fremtidsfullmakt lovlig skulle kunne tildele en prosessfullmakt, kunne det nokså enkelt vært avgrenset mot dette enten i selve lovteksten eller i forarbeidene. Den virkning at fullmakten summarisk kan settes til side av domstolene, kan true både det rettslige og prosessuelle vernet som – etter mitt syn – utvetydig kommer til uttrykk gjennom lovgivers intensjon.

Dersom konklusjonen er at det i de situasjoner som berøres av tvl. § 2-2 og § 2-3 skal oppnevnes verge istedenfor å fastholde fremtidsfullmakten, blir resultatet at ordningen med fremtidsfullmakt blir uthulet og i prinsippet illusorisk. I realiteten kan ordningen tape sitt rettslige vern, og den selvbestemmelsesrett som regelverket tilkjenner den enkelte blir i praksis verken overholdt eller respektert. Det blir også for den enkelte fullmaktsgiver helt uforutsigbart om dennes ønsker blir etterlevet eller ei. Da har regelverket en klar brist, og lovgivers vilje blir neppe opprettholdt. Av åpenbare grunner er dette en situasjon som må avbøtes. Det tilligger imidlertid lovgiver, og ikke domstolene, å ta dette ansvaret. Det er lovgivers oppgave å samordne regelverket, og det må påhvile lovgiver som konsipist å tydeliggjøre sitt standpunkt. Det er derfor lovgiver som må ta de nødvendige grep for å avklare spørsmålet og stake ut kursen.