



Uit

**NORGES
ARKTISKE
UNIVERSITET**

Det juridiske fakultet

Adgangen til fratakelse av rettslig handleevne

FN-konvensjonen om rettigheter for mennesker med nedsatt funksjonsevne artikkel 12 og forholdet til vergemålsloven § 22

Tonje Birgitte Hallvardsdatter Østgård

Liten masteroppgave i rettsvitenskap desember 2017



Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Tema, problemstilling og aktualitet.....	1
1.2	Kort om rettslig handleevne og vergemål.....	2
1.3	Presiseringer og veien videre.....	4
2	Rettskilder og metode.....	6
2.1	Forholdet mellom norsk rett og folkeretten.....	6
2.2	Hvilke folkerettslige prinsipper gjelder for tolkingen av CRPD?.....	8
2.3	Hvilken vekt har CRPD-komiteens uttalelser ved den folkerettslige tolkingen av CRPD art. 12?.....	13
3	Tillater CRPD art. 12 fratakelse av rettslig handleevne?.....	18
3.1	Innledning.....	18
3.2	Ordlyd, formål og kontekst.....	21
3.3	Forarbeider og omstendigheter ved vedtakelsen av CRPD.....	24
3.4	CRPD-komiteens tolkning av art. 12.....	31
3.4.1	Innholdet i General Comment No. 1.....	31
3.4.2	Den konkrete vekten av General Comment No. 1.....	34
3.5	Avveining av rettskildene.....	37
4	Vergemål med fratakelse av rettslig handleevne etter vergemålsloven.....	40
4.1	Bakgrunnen for ny vergemålslov.....	40
4.2	Er vergemålsloven § 22 i samsvar med CRPD art. 12?.....	41
5	Rettslige konsekvenser av motstrid mellom CRPD art. 12 og vergemålsloven § 22.....	45
5.1	Innledning.....	45
5.2	Må Norges tolkningserklæring i Prop.106 S (2011–2012) forstås som en reservasjon mot CRPD art. 12?.....	46
6	Rettspolitiske betraktninger.....	50
	Kildeliste.....	56

1 Innledning

1.1 Tema, problemstilling og aktualitet

Temaet for oppgaven er en redegjørelse for og vurdering av FN-konvensjonen om rettigheter for mennesker med nedsatt funksjonsevne (CRPD) art. 12, og forholdet til vergemålsloven (vgml.) § 22.¹ CRPD art. 12 gir regler om den rettslige handleevnen til personer med nedsatt funksjonsevne. Vgml. § 22 jf. § 20 første ledd regulerer adgangen til å fatte vedtak om vergemål med fratakelse av rettslig handleevne. Oppgavens overordnede problemstilling er om CRPD art. 12 tillater fratakelse av rettslig handleevne på grunnlag av nedsatt funksjonsevne, og om vgml. § 22 er i samsvar med Norges folkerettslige forpliktelser etter art. 12.

Bakgrunnen for temaet er Høyesteretts avgjørelse HR-2016-2591-A. Saken gjaldt krav om fratakelse av den rettslige handleevnen til en kvinne med diagnosen paranoid schizofreni. Kvinnen hadde vært psykiatrisk pasient i mange år, og i perioder vært tvangsmedisinert og innlagt på institusjon. Hun hadde arvet et større beløp penger av sine foreldre, og det var særlig råderetten over arven som var sentralt i saken.

Ved den konkrete vurderingen av om vergemålslovens vilkår for fratakelse av rettslig handleevne var oppfylt, var det dissens i Høyesterett (3–2). For øvrig var det enighet om de rettslige utgangspunkter, med unntak av at mindretallet synes å legge terskelen for fratakelse noe høyere enn flertallet.²

Ett av spørsmålene for Høyesterett var om vgml. § 22 er i strid med Grunnloven (Grl.) § 102, Den Europeiske Menneskerettskonvensjonen (EMK) art. 8 og/eller CRPD art. 12. Høyesteretts flertall fant det «lite tvilsomt» at vgml. § 22 er i samsvar med Grunnloven og EMK.³ Forholdet til CRPD var tilsynelatende mer problematisk. Flertallet tok ikke stilling til

¹ Convention on the Rights of Persons with Disabilities av 13. desember 2006 og lov 26. mars 2010 nr. 9 om vergemål.

² HR-2016-2591-A avsnitt 97 flg.

³ Op.cit. avsnitt 70.

innholdet i CRPD art. 12, men nøyde seg med å «(...) legge lovens løsning til grunn selv om den skulle være folkerettsstridig».⁴ Heller ikke mindretallet tok stilling til innholdet i art. 12, da det var enighet om at den norske regelen måtte gå foran den folkerettslige.⁵ Høyesteretts begrunnelse for dette var at lovgivers forutsetning ved vedtakelsen av vergemålsloven var at norsk rett skulle gå foran CRPD.⁶

Høyesterett avgjorde altså saken uten å ta stilling til innholdet i Norges folkerettslige forpliktelser etter CRPD. At Høyesterett la lovens løsning til grunn «selv om den skulle være folkerettsstridig», kan tolkes som et signal om at vergemålsloven potensielt står i et problematisk forhold til CRPD. Dette gjør det aktuelt å vurdere innholdet i CRPD art. 12, og forholdet til vgml. § 22 i denne masteroppgaven.

Formålet med oppgaven er først og fremst å klarlegge innholdet i gjeldende folkerett. I tillegg vil gjeldende intern rett etter HR-2016-2591-A vurderes. For det andre er formålet med oppgaven å gi et bidrag til de rettspolitiske spørsmål som oppstår dersom det må konstateres at vgml. § 22 ikke er i samsvar med CRPD art. 12.

1.2 Kort om rettslig handleevne og vergemål

Begrepet «rettslig handleevne» innebærer at en person har kompetanse til å foreta rettslig bindende disposisjoner, for eksempel inngå avtaler, og på annen måte råde over egne midler og sin person. Utgangspunktet etter norsk rett er at alle personer over 18 år har rettslig handleevne, jf. vgml. § 2 tredje ledd.

Rettslig handleevne deles i økonomiske og personlige forhold. Eksempler på økonomiske forhold er pantsettelse av fast eiendom og betaling av løpende utgifter. Eksempler på personlige forhold er kontakt med offentlige instanser i forbindelse med mottakelse av offentlige ytelser og avgjørelser om helsehjelp.⁷

⁴ HR-2016-2591-A avsnitt 63.

⁵ Op.cit. avsnitt 97.

⁶ Op.cit. avsnitt (58), (63) og (97).

⁷ Ot.prp.nr. 110 (2008–2009) s. 179.

Vergemål innebærer at fylkesmannen oppnevner en verge som skal ivareta interessene til vergehaver i henhold til det mandat fylkesmannen har gitt vergen, jf. vgml. § 21 første ledd første punktum jf. § 31. Vergens kompetanse omfatter, innenfor rammene av mandatet, å handle på vegne av vergehaver og råde over vergehavers økonomiske midler, jf. § 32. Ved utgangen av 2016 var det knapt 39 000 personer over 18 år under vergemål.⁸

I utgangspunktet beholder den som blir satt under vergemål sin rettslige handleevne. Dette er den mest praktiske formen for vergemål. At vergehaver har sin rettslige handleevne i behold, innebærer at vedkommende selv kan foreta rettslige disposisjoner, råde over sine midler og tilbakekalle disposisjoner foretatt av vergen, jf. vgml. § 21 første ledd andre og tredje punktum.

På nærmere angitte vilkår kan tingretten fatte beslutning om fratakelse av rettslig handleevne med hjemmel i vgml. § 22 jf. § 20 første ledd.⁹

For den som fratras den rettslige handleevnen, innebærer dette at vergen må foreta disposisjoner på vegne av vergehaveren, eller at vergehaveren må ha vergens tillatelse til selv å handle. I ytterste fall kan vergen treffe avgjørelser i strid med vergehavers uttalte ønske.¹⁰ I tillegg har fratakelse av rettslig handleevne direkte virkning for andre rettigheter, for eksempel adgangen til selv å opptre som part i rettssak, jf. tvisteloven § 2-2 tredje ledd annet punktum.¹¹ For de individer som fratras sin rettslige handleevne, er dette et betydelig inngrep i deres rett til selvbestemmelse. Som begrunnelse for inngrepet står behovet for beskyttelse av det enkelte individ, fra seg selv og andre.¹²

Per 18.9.2017 var det i Norge 203 løpende saker med personer over 18 år som var under vergemål med fratakelse av rettslig handleevne.¹³ Personene som er fratatt rettslig handleevne

⁸ Årsmelding for vergemålsområdet s. 5.

⁹ Se nærmere om vilkårene i punkt 4.2.

¹⁰ HR-2017-275-A (54).

¹¹ Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister.

¹² Ot.prp.nr. 110 (2008–2009) s. 59.

¹³ Tall fra Statens Sivilrettsforvaltning per e-post.

utgjør en lav andel av det totale antallet vergehavere. For de dette dreier seg om, er det likevel et svært inngripende tiltak.

I praksis er det mest aktuelt med fratakelse av rettslig handleevne for de aktive vergetrengende. Dette er personer som er i stand til å handle, men som handler på en måte som kan sette deres interesser i fare.¹⁴ Eksempler kan være en person med bipolar lidelse som pådrar seg stor gjeld i de maniske periodene, eller en person med demens som utnyttes økonomisk av sine nærmeste. Passive vergetrengende, for eksempel personer i koma, er ikke i stand til å handle selv. Det er derfor ikke praktisk behov for å frata disse den rettslige handleevnen.

1.3 Presiseringer og veien videre

Det engelske navnet på CRPD er «Convention on the Rights of Persons with Disabilities». «Disability» kan på norsk oversettes til «funksjonshemming». «Funksjonsnedsettelse» eller «nedsatt funksjonsevne», som er synonymer, kan oversettes til «impairment».¹⁵ Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementets uoffisielle norske oversettelse av navnet på konvensjonen, «Konvensjon om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne», er dermed ikke helt presis. Det samme gjelder den norske oversettelsen av CRPD art. 1, som angir rettighetssubjektene etter konvensjonen å være «mennesker med nedsatt funksjonsevne».¹⁶ Dette er ikke tilstrekkelig etter den engelske konvensjonsteksten. Etter denne kreves det at personen har en «disability», altså en funksjonshemming.¹⁷

Antakelig skyldes departementets oversettelse en inkonsekvent bruk av begrepene «funksjonsnedsettelse» og «funksjonshemming».

¹⁴ Eldbjørg Sande, Trine Eli Linge og Mona Choon Rasmussen, *Vergemålsloven og utlendingsloven kapittel 11 A med kommentarer*, Oslo 2017 s. 235–236.

¹⁵ I følge Clue online ordbok. Se også NOU 2016:17 s. 29.

¹⁶ Uoffisiell norsk oversettelse av CRPD art. 1.

¹⁷ CRPD art. 1.

Med funksjonsnedsettelse eller nedsatt funksjonsevne menes tap av eller skade på en kroppsdel eller en av kroppens funksjoner. Eksempler på dette er nedsatt syn eller hørsel, eller en kognitiv eller intellektuell svekkelse slik som psykisk utviklingshemming.¹⁸

Den rådende norske oppfatning om funksjonshemming er den relasjonelle forståelse.¹⁹ Etter denne er funksjonshemming ikke en egenskap ved individet, men noe som oppstår i individets møte med samfunnet. En funksjonsnedsettelse medfører en funksjonshemming først når funksjonsnedsettelsen virker som en hindring. For eksempel har en person som er lam i beina, en fysisk funksjonsnedsettelse. Vedkommende vil ha en funksjonshemming dersom han eller hun blir bedt om å gå opp en trapp. Dersom trappene byttes ut med heis, medfører ikke lenger funksjonsnedsettelsen en funksjonshemming. Det er derfor ikke slik at en funksjonsnedsettelse nødvendigvis medfører en funksjonshemming. En funksjonsnedsettelse er ofte permanent, mens funksjonshemmingen alltid vil være situasjonsbetinget.

En mer presis oversettelse av CRPD ville vært «Konvensjon om rettighetene til mennesker med funksjonshemninger». Dette er også slik konvensjonen er oversatt i Fauchald og Tuseths traktatsamling *Global and Regional Treaties*.²⁰ Fordi navnet «Konvensjon om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne» er godt innarbeidet i norsk teori, vil likevel dette bli brukt i denne oppgaven. Rettighetssubjektene vil bli omtalt som mennesker med nedsatt funksjonsevne eller funksjonsnedsettelse.

Det finnes ikke en autentisk norsk oversettelse av CRPD. Oppgaven vil derfor ta utgangspunkt i den engelske teksten. For forståelsens skyld vil Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementets uoffisielle oversettelse tidvis benyttes. Dette anses uproblematisk såfremt oversettelsen er i samsvar med den engelske teksten.²¹ Dersom det er uoverensstemmelser mellom den norske og engelske teksten, vil dette bli problematisert fortløpende.

¹⁸ NOU 2016:17 s. 29.

¹⁹ Op.cit. s. 29.

²⁰ Ole Kristian Fauchald og Bård Sverre Tuseth (red.), *Global and regional treaties*, Oslo 2012 s. 1883.

²¹ Se også Høyesteretts bruk av den norske teksten i HR-2016-2591-A (49) flg.

I det følgende vil CRPD art. 12 bli analysert, med henblikk på om bestemmelsen tillater fratakelse av rettslig handleevne på grunnlag av en funksjonsnedsettelse. Deretter vil det bli redegjort for adgangen til fratakelse av rettslig handleevne etter vergemålsloven, og hvorvidt vgml. § 22 er i samsvar med art. 12. Videre vil det bli vurdert hvilke konsekvenser en eventuell motstrid har, før det avslutningsvis vil knyttes rettspolitiske bemerkninger til reguleringen av rettslig handleevne. Aller først vil de metodiske problemstillinger oppgaven reiser bli besvart.

2 Rettskilder og metode

2.1 Forholdet mellom norsk rett og folkeretten

Norsk rett bygger på det dualistiske prinsipp. Prinsippet tar utgangspunkt i at norsk rett og folkeretten er to selvstendige systemer. Dette innebærer at folkerettslige regler som utgangspunkt ikke kan påberopes for norske domstoler uten at reglene er blitt gjort til nasjonal rett.²²

Folkeretten kan gjøres til norsk rett enten ved inkorporasjon, eller aktiv eller passiv transformasjon.

Inkorporasjon innebærer at man i norsk rett henviser til folkerettslige bestemmelser og vedtar at disse skal gjelde som norsk lov.²³ Et eksempel på dette er gjennomføringen av de sentrale menneskerettskonvensjoner i menneskerettsloven § 2²⁴, herunder EMK, FNs internasjonale konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) og FNs internasjonale konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK). Disse konvensjonene er inntatt i norsk rett «som de er», og gjelder som norsk lov. Dette innebærer at norske domstoler kan håndheve konvensjonenes bestemmelser direkte.

²² Skoghøys foredrag av mars 2016 s. 1.

²³ Morten Ruud og Geir Ulfstein, *Imføring i folkerett*, 4. utgave, Oslo 2011 s. 59.

²⁴ Lov 21. mai 1999 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett.

Aktiv transformasjon betyr at det gis norske regler som har til hensikt å oppfylle folkerettslige forpliktelser.²⁵ Ved passiv transformasjon konstateres det at nasjonal lovgivning allerede er i samsvar med den konvensjon Norge slutter seg til.²⁶ I motsetning til ved inkorporasjon gjøres konvensjonen som sådan ikke til norsk rett. I denne anledning må det nevnes at Grl. § 92, hvis innhold har vært omfattende diskutert i teorien, ikke er en inkorporasjonsregel.²⁷ Den nye grunnlovsbestemmelsen medfører derfor ingen endring i forholdet mellom en norsk regel og en ikke-inkorporert folkerettslig regel.

For i størst mulig grad å bidra til oppfyllelsen av Norges folkerettslige forpliktelser, benytter norske domstoler presumsjonsprinsippet ved tolkningen av norske regler som gjennomfører ikke-inkorporerte konvensjoner. Prinsippet innebærer at norsk lov formodes å være i samsvar med folkeretten, og at norske regler så vidt mulig skal tolkes i samsvar med Norges folkerettslige forpliktelser.²⁸ I det følgende vil det bli redegjort for rekkevidden av presumsjonsprinsippet.

Rekkevidden av presumsjonsprinsippet ble behandlet av Utenriksdepartementet i forbindelse med Norges tilslutning til EØS-avtalen.²⁹ Utenriksdepartementet uttalte blant annet at «(...) norske domstoler må forventes å utnytte alle de muligheter som anerkjente prinsipper for tolkning og anvendelse av rettsregler gir, for å unngå et folkerettsstridig resultat».³⁰ Særlig dersom det er tale om konflikt med en folkerettslig forpliktelse som gir borgerne beskyttelse mot inngrep fra det offentlige, vil den norske rettsregel yte liten motstand.³¹ Kun i de tilfeller hvor 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, eller dersom

²⁵ Ruud og Ulfstein (2011) s. 59.

²⁶ Op.cit. s. 61.

²⁷ HR-2016-2554-P (70).

²⁸ Rt. 2000 s. 1811 (s. 1826).

²⁹ Ot.prp.nr. 79 (1991–1992) s. 3 flg.

³⁰ Op.cit. s. 4.

³¹ Rt. 2000 s. 1811 (s. 1829).

vedkommende lovbestemmelse ellers ville være helt uten innhold, vil norske domstoler føle seg tvunget til å anvende loven i strid med folkeretten».³²

Av det som er gjengitt i forrige avsnitt kan det utledes at presumsjonsprinsippet i utgangspunktet rekker svært langt. Konstatering av motstrid må reserveres til helt spesielle tilfeller. Slike tilfeller er enten hvor lovgivers intensjon klart har vært at norsk rett skal ha forrang, eller hvor en tolkning av den norske regelen i samsvar med folkeretten medfører at den norske regel blir innholdsløs og tilsidesatt.

2.2 Hvilke folkerettslige prinsipper gjelder for tolkingen av CRPD?

Ved tolking av internasjonale konvensjoner må det tas utgangspunkt i Wien-konvensjonen om traktatretten av 23. mai 1969 (VCLT).³³ De sentrale deler av konvensjonen kodifiserer folkerettslig sedvane, og gjelder derfor også for norske rettsanvendere selv om Norge ikke er part i konvensjonen.³⁴

Når Høyesterett tolker folkerettslige konvensjoner, anvendes Wien-konvensjonens bestemmelser direkte.³⁵ Det tas derfor utgangspunkt i samme metode ved fremstillingen av hvilke folkerettslige regler og prinsipper som gjelder for tolkingen av CRPD.

Innledningsvis bemerkes at selv om nasjonale kilder ikke har noen plass som rettskilde i folkerettslig sammenheng, vil Høyesteretts folkerettslige argumentasjon bli brukt som støtte.

Hovedregelen for traktattolkning følger av VCLT art. 31. Etter art. 31 nr. 1 skal traktater tolkes i «good faith» i samsvar med «(...) the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose».

Art. 31 nr. 1 gir uttrykk for at en objektiv fortolkning av traktaten er utgangspunktet. Traktatens ord skal tolkes slik de mest naturlig forstås. Den naturlige forståelsen skal fastlegges i lys av traktatens «object and purpose». Til norsk kan disse begrepene oversettes

³² Ot.prp.nr. 79 (1991–1992) s. 4.

³³ Vienna Convention on the Law of Treaties av 23. mai 1969.

³⁴ Rt. 2008 s. 1789 (28).

³⁵ Se Høyesteretts metode i f.eks. Rt. 2008 s. 1789 (28) flg., Rt. 2015 s. 1388 (155).

med formål eller hensikt. I praksis skilles det ikke mellom innholdet i de to begrepene.³⁶ Traktatens ordlyd skal altså tolkes med et mer helhetlig blikk på om de uttalte målsettinger ved traktaten realiseres ved det aktuelle tolkningsresultat.

Når det gjelder hvor traktatens formål må fremgå, er art. 31 taus. Tradisjonelt utledes formålet av traktatens fortale eller egne formålsbestemmelser.³⁷

Traktatens «context» omfatter etter en naturlig forståelse traktatteksten som et sammenhengende hele. I tillegg omfattes traktatens fortale og vedlegg, jf. art. 31 nr. 2.

På bakgrunn av det som er sagt om art 31 nr. 1 i de foregående avsnitt, kan en noe utvidende tolkning av ordlyden ikke være utelukket. Det er imidlertid grenser for hvor langt en kan strekke forståelsen av ordlyden, basert på traktatens formål. Etter art. 31 nr. 1 skal traktatens ord tolkes *i lys av* formålet. Jo lenger vekk fra ordlydens kjerne et tolkningsresultat er, dess mer støtte må kreves i traktatens formål. Samtidig må den formålsorienterte tolking skje innenfor rammen av ordlyden.³⁸ Formålet kan ikke begrunne en tolkning som overhodet ikke har forankring i ordlyden.

Av VCLT art. 32 følger det at «Resource may be had to supplementary means of interpretation (...)». Formuleringen «resource may be had» er noe uklar. Den har likevel i liten grad vært problematisert. Det synes å være enighet om at den ikke gir anvisning på noe annet enn at rettskildene som bestemmelsen angir, kan være relevante ved traktattolkning.³⁹

Relevante rettskilder etter art. 32 er for det første «preparatory work of the treaty», herunder utkast til traktattekst og forhandlingsreferater.⁴⁰ For det andre er «circumstances of its [the

³⁶ Mark E. Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden/Boston 2009 s. 427.

³⁷ Villiger (2009) s. 428.

³⁸ Rt. 2008 s. 513 (51) og Ruud og Ulfstein (2011) s. 92.

³⁹ Richard Gardiner, *Treaty interpretation*, Oxford 2008 s. 310.

⁴⁰ Villiger (2009) s. 445.

treaty's] conclusion» relevante rettskilder. Dette omfatter blant annet tolkningserklæringer avgitt av medlemsstatene.⁴¹

Etter ordlyden kan disse kildene tas i betraktning for det første for å bekrefte forståelsen av en traktat etter tolking i henhold til art. 31, jf. art. 32 første ledd. For det andre kan kildene ses hen til dersom tolking i henhold til art. 31 medfører et flertydig eller uklart meningsinnhold eller leder til et absurd eller urimelig resultat, jf. art. 32 (a) og (b).

Et spørsmål er om art. 32 må forstås slik at forarbeider og omstendigheter ved vedtakelsen av konvensjonen bare kan tas i betraktning når en tolking i henhold til art. 31 ikke gir et klart eller rimelig svar.

Bestemmelsens oppbygging tilsier at slike kilder kun skal ses hen til i de nærmere angitte tilfeller. Det kan synes som om Høyesterett også har forstått art. 32 på denne måten.⁴²

På den annen side er kildene «supplerende», ikke subsidiære. Dette tilsier at art. 32 gir uttrykk for vekten av kildene, ikke i hvilke tilfeller kildene kan sees hen til. Dette er i samsvar med den oppfatning Ruud og Ulfstein har gitt uttrykk for. Etter deres mening vil forarbeider og øvrige omstendigheter ved inngåelsen alltid være relevant ved tolkingen. Vekten av disse vil imidlertid være prinsipielt mindre.⁴³

Ved utarbeidelsen av Wien-konvensjonen ble det uttalt at art. 32 ikke er til hinder for at rettsanvendere alltid kan se hen til forarbeidene og omstendighetene ved vedtakelsen av en konvensjon. Vekten av disse kildene vil bero på i hvilken grad de gir bevis for en felles forståelse mellom partene om ordlydens innhold.⁴⁴ Å tolke art. 32 slik at den gir uttrykk for vekten av supplerende kilder er altså mest i samsvar med det som var ment oppnådd med bestemmelsen. Det synes som om denne forståelsen også legges til grunn ved praktiseringen av Wien-konvensjonen.⁴⁵

⁴¹ Villiger (2009) s. 445.

⁴² Rt. 2008 s. 1789 (28) og (37).

⁴³ Ruud og Ulfstein (2011) s. 94.

⁴⁴ Rapport fra Sir Humphrey Waldock s. 58 avsnitt 20–21.

⁴⁵ Gardiner (2008) s. 323.

Forarbeider og omstendigheter ved vedtakelsen kan etter dette alltid være relevante rettskilder ved tolkingen av traktater. Vekten av disse vil imidlertid være mindre enn rettskildene etter art. 31. En klar ordlyd vil neppe kunne vike for uttalelser i forarbeider. Dersom ordlyden gir rom for flere ulike tolkningsresultater, må forarbeidene kunne fungere som tungtveiende i den ene eller andre retning. Forutsetningen for en slik vektlegging er at forarbeidene gir gode indikasjoner på en felles forståelse mellom partene om ordlydens innhold.

Konvensjonsorganers praksis er ikke nevnt som rettskilde i Wien-konvensjonens bestemmelser om tolking av traktater. Praksis fra internasjonale domstoler viser imidlertid at uttalelser fra de ulike FN-komiteer har generell relevans ved tolking av traktater.⁴⁶ Hvilken vekt uttalelsene skal tillegges er et eget spørsmål, som vil bli behandlet nedenfor i punkt 2.3.

International Court of Justice (ICJ) er FNs øverste juridiske organ. Dommer avsagt av ICJ er ikke angitt som rettskilde i VCLT art. 31 eller art. 32, og er kun bindende for sakens parter.⁴⁷ Det synes likevel å være enighet om at dommer fra ICJ har stor betydning ved fastleggelsen av innholdet i gjeldende folkerett.⁴⁸ Dette først og fremst fordi ICJ er det organ som i siste instans tolker FN-traktater autoritativt. I tillegg ivaretas hensynet til likebehandling.

Videre kan uskrevne prinsipper gi veiledning ved fastsettelsen av innholdet i CRPD. Disse vil bli redegjort for i det følgende.

Et sentralt tolkningsprinsipp er for det første effektivitetsprinsippet. Ved forberedelsen av Wien-konvensjonen ble det eksplisitt uttalt at dette var et relevant tolkningsprinsipp.⁴⁹ Prinsippet har senere vært anvendt av ICJ. Domstolen har uttalt at prinsippet er «(...) one of the fundamental principles of interpretation of treaties (...)».⁵⁰ Effektivitetsprinsippet gir

⁴⁶ Se for eksempel *Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo* avsnitt 66, *Ibrahim and others v. Great Britain* avsnitt 217.

⁴⁷ Statute for the International Court of Justice av 26. juni 1945 art. 59.

⁴⁸ Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court 1920–2005: Volume III Procedure*, Leiden/Boston 2006 s. 1552–1553.

⁴⁹ ILCs årbok fra 1966 s. 219 punkt 6.

⁵⁰ *Libyan Arab Jamahiriya v. Chad* avsnitt 51.

anvisning på at det tolkningsalternativ som i størst grad effektiviserer og realiserer traktatens formål, bør velges.

Det andre sentrale prinsipp er det restriktive tolkningsprinsipp. Prinsippet har flere ganger vært gjenstand for drøftelse i ICJ.⁵¹ Det restriktive tolkningsprinsipp innebærer at statenes suverenitet inngår som et hensyn ved tolking av traktater. Det vil være i tråd med prinsippet å velge det tolkningsresultat som i størst grad ivaretar nasjonalstatenes handlefrihet.

Spørsmålet er hvilket av de to prinsippene som skal veie tyngst ved tolkningen av CRPD.

ICJ har uttalt:

«A treaty provision which has the purpose of limiting the sovereign powers of a State must be interpreted like any other provision of a treaty, i.e. in accordance with the intentions of its authors as reflected by the text of the treaty and the other relevant factors in terms of interpretation.»⁵²

Det kan synes som om ICJ med dette mener å tillegge det restriktive tolkningsprinsipp mindre vekt, og i stedet fremme tolkninger som i størst mulig grad oppfyller traktatforfatterenes uttalte vilje. Også Ruud og Ulfstein synes å mene at tendensen i dag går i retning av at effektivitetsprinsippet vektlegges tyngst.⁵³

Etter min vurdering gjør hensynet til en effektiv tolkning seg sterkest gjeldende på de områder hvor internasjonal regulering er særlig viktig, for eksempel i relasjon til de sentrale menneskerettskonvensjonene, herunder EMK, SP og BK. Det kan derfor hevdes at effektivitetsprinsippet først og fremst bør veie tungt ved tolkningen av disse. Den ovenfor gjengitte uttalelse fra ICJ knytter seg imidlertid ikke til noen av de sentrale menneskerettskonvensjonene, men til en traktat mellom Costa Rica og Nicaragua. Domstolens syn på betydningen av effektivitetsprinsippet kan derfor ha overføringsverdi også til andre konvensjoner enn de sentrale menneskerettskonvensjoner.

⁵¹ Se for eksempel Costa Rica v. Nicaragua avsnitt 48.

⁵² Op.cit. avsnitt 48.

⁵³ Ruud og Ulfstein (2011) s. 93.

I hvilken grad mennesker med funksjonsnedsettelse har rettigheter, og får oppfylt disse, er svært varierende fra land til land. Mange steder er mennesker med funksjonsnedsettelse en utsatt og diskriminert gruppe. For å forbedre situasjonen er internasjonalt samarbeid nødvendig, og CRPD av stor viktighet. Sammenholdt med ICJs uttalelser om effektivitetsprinsippet tilsier viktigheten av CRPD at effektivitetsprinsippet gis betydelig vekt ved tolkningen av CRPD.

I dette punktet er det trukket opp retningslinjer for tolkingen av CRPD art. 12. I kapittel 3 vil disse retningslinjene anvendes for å besvare spørsmålet om art. 12 tillater fratakelse av rettslig handleevne.

2.3 Hvilken vekt har CRPD-komiteens uttalelser ved den folkerettslige tolkingen av CRPD art. 12?

Under forrige punkt ble det vist til at uttalelser fra FNs konvensjonsorganer har generell relevans ved tolkingen av CRPD. CRPD-komiteen er det organ som i første rekke overvåker CRPD og tolker konvensjonen autoritativt. Vurderingstemaet i dette punktet er hvilken vekt uttalelsene fra CRPD-komiteen har som rettskilde ved fastleggelsen av innholdet i art. 12. Dette er sentralt å ta stilling til for å kunne besvare det overordnede spørsmålet om art. 12 tillater fratakelse av rettslig handleevne.

Vekten av uttalelser fra de ulike konvensjonsorganer under FN er en mye diskutert problemstilling. I tillegg er CRPD-komiteens tolkning av art. 12 kritisert, og vektlegges i varierende grad av statene.⁵⁴ Det er derfor grunn til å vie betydelig plass til dette spørsmålet.

Veiledning om vekten av uttalelser fra CRPD-komiteen kan søkes i ordlyden til de ulike bestemmelsene som hjemler komiteens kompetanse til å uttale seg autoritativt. General Comments skal avgis «(...) with a view to promoting its [the Convention's] further implementation (...)», jf. komiteens rules of procedure nr. 47 (1). I svarene til statsrapportene skal komiteen etter CRPD art. 36 nr. 1 gi «(...) suggestions and general recommendations

⁵⁴ Arnfinn Bårdsen, «Betydningen i norsk rett av FN-komiteenes uttalelser i individuelle klagesaker», Tidsskrift for Rettsvitenskap 2–3/2017 s. 160–187 (s. 179–180), Meld.St. 39 (2015–2016) s. 56, Norges første rapport til CRPD s. 23, Danmarks svar til «list of issues» avsnitt 96–97.

(...)». Ordlyden i kompetansebestemmelsene må forstås slik at komiteens uttalelser er retningsgivende, ikke bindende. Utover dette gir ordlyden i liten grad bidrag til hvordan CRPD-komiteens uttalelser skal veies mot andre rettskilder.

For best mulig å nå målet med General Comments om å fremme gjennomføringen av konvensjonen, bør uttalelsene tillegges stor vekt. En slik vektlegging vil bidra til en ensartet håndhevelse av konvensjonen. I tillegg kommer at CRPD-komiteen er det organ som er nærmest til å overvåke og tolke konvensjonen autoritativt. Dette tilsier som utgangspunkt at deres uttalelser bør gis tung vekt. Noe annet vil være egnet til å undergrave respekten for konvensjonsorganene.⁵⁵

I 2010 uttalte ICJ seg om vekten av uttalelser fra Menneskerettskomiteen, som overvåker SP. Domstolen la til grunn at uttalelser fra Menneskerettskomiteen må tillegges «great weight» ved tolkningen av SP.⁵⁶ Dette må forstås som at ved avveiningen mot andre eventuelt motstridende tolkningsresultater kan Menneskerettskomiteens uttalelser være avgjørende. Forutsetningen må likevel være at komiteens forståelse ikke er direkte i strid med ordlyden, som er den primære rettskilde.

ICJs begrunnelse for at uttalelsene fra Menneskerettskomiteen skal gis stor vekt, er at komiteen er opprettet for å overvåke konvensjonen. Ved å vektlegge dens avgjørelser i tolkningsprosessen ivaretas hensynene til klarhet, ensartethet og rettssikkerhet.⁵⁷ Videre er det verdt å merke seg at ICJ ikke skiller mellom vekten av de ulike typer uttalelser komiteen kan avgi.

Spørsmålet er i hvilken grad ICJs syn på vekten av Menneskerettskomiteens uttalelser kan overføres til CRPD-komiteen.

Menneskerettskomiteens og CRPD-komiteens primære oppgave er sammenfallende; de skal begge overvåke en folkerettslig konvensjon. Det prinsipielle utgangspunkt må derfor være at

⁵⁵ Thomas Horn, *Fullstendig isolasjon ved fare for bevisforspillelse: Rettspolitiske vurderinger*, Oslo 2015 s. 243.

⁵⁶ Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo avsnitt 66.

⁵⁷ Op.cit. avsnitt 66.

hensynene til klarhet, ensartethet og rettssikkerhet, som begrunner vektleggingen av Menneskerettskomiteens uttalelser, også gjelder CRPD-komiteen.

FNs Generalforsamling avga i 2014 en resolusjon om styrking og forbedring av effektiviteten av menneskerettskonvensjonenes organisasjon.⁵⁸ CRPD er av FN ansett som en menneskerettskonvensjon, og resolusjonen er derfor relevant for CRPD-komiteens vedkommende.⁵⁹

Resolusjonen gir gjennomgående uttrykk for et ønske om styrking av komiteene til alle FNs konvensjoner. For å oppnå en slik styrking gir resolusjonen primært retningslinjer for den indre organiseringen av organene. Det kan likevel utledes av resolusjonen at FNs syn er at komiteene som overvåker konvensjonene, skal ha en sentral rolle ved anvendelsen av rettighetene og implementeringen av disse i nasjonal rett. Dette støtter oppfatningen om at CRPD-komiteens uttalelser som utgangspunkt skal gis stor vekt ved fastleggelsen av innholdet i art. 12.

Samtidig er det et viktig poeng at CRPD-komiteen er spesiell i FN-sammenheng.

For det første er kun syv av komiteens 18 medlemmer utdannede jurister.⁶⁰ Til sammenlikning er det i Menneskerettskomiteen bare ett medlem uten juridisk utdanning.⁶¹ Riktig nok er ikke juridisk utdanning en nødvendig forutsetning for å kunne fungere godt i komiteen.⁶² Det må likevel kunne hevdes at jurister besitter faglige verktøy som kan gjøre dem bedre rustet til å fastlegge innholdet i rettslige forpliktelser. CRPD-komiteens lave juristandel kan medføre at komiteens uttalelser mister noe av sin vekt. Dette bør i så fall ikke

⁵⁸ A/RES/68/268.

⁵⁹ Se FNs oversikt over de sentrale menneskerettsinstrumenter
<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CoreInstruments.aspx>.

⁶⁰ Se oversikt over CRPD-komiteens medlemmer på CRPDs hjemmeside
<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/Membership.aspx>.

⁶¹ Se oversikt over Menneskerettskomiteens medlemmer
<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CCPR/Pages/Membership.aspx>.

⁶² Harborgs utredning s. 97.

være en konsekvens av den lave andelen jurister i seg selv, men av at komiteen ikke evner å ta tak i rettslige problemstillinger på en forsvarlig måte.

For det andre oppgir hele 17 av medlemmene i CRPD-komiteen at de enten har funksjonsnedsettelse selv, eller gjennom sitt arbeid eller frivillige verv er knyttet til interesseorganisasjoner for mennesker med funksjonsnedsettelse.⁶³ Å ha en særlig interesse i det konvensjonen regulerer, kan med stor sannsynlighet få betydning for ens tolkning av konvensjonens bestemmelser. Riktignok er det komiteen som sådan, og ikke de enkelte medlemmer, som uttaler seg om sin forståelse av konvensjonen. Når nesten hele komiteen enten har tilknytning til konvensjonens rettighetssubjekter eller tilhører samme gruppe som rettighetssubjektene, er det likevel fare for at dette kan gi seg utslag i subjektivitet i tolkningen. Jeg kan imidlertid vanskelig se at komitémedlemmenes tilknytning eller tilhørighet til rettighetssubjektene i seg selv får betydning for vekten av komiteens uttalelser. En lavere vekt må eventuelt begrunnes i at tilknytningen gir seg konkrete utslag i manglende objektivitet ved tolkingen av CRPD.

I juridisk teori er det gitt uttrykk for ulike syn på spørsmålet om overføringsverdien av vekten av Menneskerettskomiteens uttalelser til andre FN-organer.

Bårdsen mener at begrunnelsen for å legge stor vekt på Menneskerettskomiteens uttalelser har begrenset overføringsverdi til andre komiteer. Dette fordi Menneskerettskomiteen gjennom sin praksis har vist at den tolker konvensjonen uavhengig og upartisk, på faglig juridisk grunnlag. På denne måten har Menneskerettskomiteen fått en særlig legitimitet og autoritet, sammenliknet med andre konvensjonsorganer.⁶⁴

Forutsetningen for at andre komiteers uttalelser gjennomgående skal tillegges mindre vekt enn uttalelser fra Menneskerettskomiteen, må etter min vurdering være at komiteene har opparbeidet seg en betydelig mengde case law, som gir grunnlag for å trekke slutninger om

⁶³ Se oversikt over CRPD-komiteens medlemmer på CRPDs hjemmeside <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/Membership.aspx>.

⁶⁴ Bårdsen (2017) s. 167.

komiteenes metode generelt. For den relativt ferske CRPD-komiteens vedkommende er det foreløpig ikke grunnlag for å trekke slike generelle slutninger.

Ulfsteins syn på vekten av uttalelser fra FNs konvensjonsorganer er at det er

«(...) organenes funksjon som bestemmer den folkerettslige vekten til deres avgjørelser, ikke sammensetningen av det enkelte organet. Og siden funksjonene er de samme for alle disse organene, bør deres avgjørelser i utgangspunktet tillegges samme vekt».⁶⁵

Mujezinović Larsen synes å slutte seg til dette.⁶⁶

Det er grunn til å slutte seg til Ulfsteins syn om at sammensetningen av organet ikke kan være bestemmende for vekten av dets uttalelser. Dersom sammensetningen skulle være avgjørende vil vekten kunne variere fra en tid til en annen, ettersom komitémedlemmer kommer og går. Dette vil svekke forutberegneligheten. Vektlegging basert på komiteens sammensetning vil også svekke traktatsystemet som sådan. Når medlemsstatene først har anerkjent opprettelsen av en komité, bør også dens uttalelser som utgangspunkt etterleves.

I stedet for å skille mellom de ulike komiteer, oppstiller Ulfstein et skille mellom vekten av de ulike typer uttalelser komiteene kan komme med.⁶⁷ Det kan være grunn til å skille mellom vekten av ulike typer uttalelser når konkrete saker skal avgjøres. Dette fordi vekten i slike tilfeller vil kunne bero på hvor godt uttalelsen passer på det konkrete saksforhold. Når innholdet i en folkerettslig regel fastlegges mer generelt, er det derimot liten grunn til å skille mellom ulike typer uttalelser. Viktigere enn i hvilken type dokument komiteens forståelse kommer til uttrykk, er om komiteen tydelig gir uttrykk for sin tolkning. Såfremt komiteen klart og tydelig uttrykker sitt syn på konvensjonens innhold, bør utgangspunktet om å tillegge

⁶⁵ Geir Ulfstein «Den rettslige betydningen av avgjørelser fra menneskerettslige konvensjonsorganer», Lov og Rett 9/2012 s. 552–570 (s. 555).

⁶⁶ Mujezinović Larsens utredning s. 66.

⁶⁷ Ulfstein (2012) s. 555.

dens uttalelser stor vekt, følges. Dersom det på den andre side er uklart hva komiteen egentlig mener, gir dette grunn til å tillegge dens uttalelser mindre vekt.

En forutsetning for å for å legge stor vekt på komiteens uttalelser må likevel være at komiteen forholder seg til anerkjente tolkningsprinsipper. Dersom komiteens tolkning ikke er rettslig forsvarlig, bør vekten av den konkrete uttalelse reduseres. Ulfstein synes å være av samme oppfatning.⁶⁸ Han mener at organenes tolkning bør ettergås kritisk, og viser til at «(...) [General Comments are] all too often marked by a dearth of proper legal analysis compensated by an overdose of wishful thinking».⁶⁹

Konklusjonen er etter dette at CRPD-komiteens uttalelser som hovedregel skal tillegges «great weight», i tråd med utgangspunktet oppstilt av ICJ. Hovedregelen må modifiseres dersom komiteen ved sin tolkning av art. 12 ikke forholder seg til anerkjente tolkningsprinsipper, eller er utydelig i sine uttalelser. En eventuell begrenset vekt må da bero på en selvstendig tolkning av den enkelte uttalelse.

Den sentrale uttalelse fra CRPD-komiteen vedrørende art. 12 er General Comment No. 1. For å fastlegge vekten av uttalelsen må det foretas en konkret vurdering av denne. Fordi den konkrete vurderingen fordrer en mer materiell gjennomgang av General Comment No. 1, vil vurderingen bli foretatt nedenfor i punkt 3.4.2, etter at det er redegjort for innholdet i uttalelsen.

3 Tillater CRPD art. 12 fratakelse av rettslig handleevne?

3.1 Innledning

Historisk sett har mennesker med funksjonsnedsettelse vært en diskriminert gruppe i samfunnet. Deres rettigheter har i liten grad vært anerkjent og ivaretatt, og de har blitt holdt utenfor skole, arbeid og andre arenaer i samfunnet. Mangelfull tilgang på helsehjelp og annen

⁶⁸ Geir Ulfstein, «Høyesteretts anvendelse av traktatorganers tolkningspraksis», *Lov og rett* 7/2016 s. 395–404 (s. 403).

⁶⁹ Bruno Simma, «Human Rights Before the International Court of Justice: Community Coming to Life?», i *The Development of International Law by the International Court of Justice*, Oxford 2014 s. 302–327 (s. 324).

bistand som kunne styrket deres forutsetninger for deltakelse i samfunnslivet, har også vært en utfordring.

Selv om Norge de siste tiår har opplevd en betydelig forbedring i synet på mennesker med funksjonsnedsettelse, er situasjonen en annen i store deler av verden. Mennesker med funksjonsnedsettelse lever i mange land fortsatt under uverdige forhold. En studie fra SINTEF om levekårene til mennesker med nedsatt funksjonsevne i ni afrikanske land, gir et innblikk i realitetene. Blant annet mangler omtrent halvparten av disse menneskene tilgang på nødvendige tekniske hjelpemidler, som rullestoler, høreapparater og briller. Opp til 30 % færre barn med funksjonsnedsettelse enn de uten, går på grunnskole.⁷⁰ Dette illustrerer hvor viktig det har vært, og fortsatt er, med en samlet rettighetskatalog, ratifisert av så mange stater som mulig.

Arbeidet som resulterte i CRPD, startet offisielt i FN i 2001. Det ble da opprettet en ad-hoc-komité som skulle utarbeide forslag til en «(...) comprehensive and integral international convention to promote and protect the rights and dignity of persons with disabilities (...)».⁷¹ Blant medlemmene i ad-hoc-komiteen fantes representanter fra statene, og, for første gang i FNs historie, representanter fra interesseorganisasjoner for konvensjonens rettighetssubjekter.

CRPD ble endelig vedtatt av FNs Generalforsamling 13. desember 2006, og trådte i kraft 3. mai 2008. Konvensjonen gir uttrykk for et «paradigmeskifte» i synet på mennesker med funksjonsnedsettelse.⁷² Dette innebærer at mennesker med funksjonsnedsettelse for første gang ble angitt som selvstendige subjekter i en omfattende katalog av grunnleggende rettigheter. «Paradigmeskiftet» vil kunne få betydning for hvordan konvensjonens innhold skal tolkes.

Norge sluttet seg til CRPD 30. mars 2007, i henhold til kongelig resolusjon av samme dato. Konvensjonen ble antatt å være av særlig viktighet, slik at Stortingets samtykke til

⁷⁰ Se forskningsresultater fra SINTEF publisert på <https://gemini.no/2016/12/vei-fattigdommen-funksjonshemmede/>.

⁷¹ Generalforsamlingens resolusjon 56/168 punkt 1.

⁷² Norges første rapport til CRPD s. 23.

ratifikasjonen var påkrevd, jf. Grl. § 26 andre ledd.⁷³ Forslag til Stortingets samtykke ble fremmet ved Prop.106 S (2011–2012), over fem år etter at Kongen i statsråd hadde undertegnet CRPD. Bakgrunnen for at det tok så lang tid, var at det måtte vurderes om norske regler var i overensstemmelse med konvensjonen. Resultatet av dette arbeidet ble blant annet vedtakelsen av ny vergemålslov.⁷⁴ Et enstemmig Storting vedtok 19. mars 2013 å ratifisere konvensjonen.⁷⁵

I forbindelse med ratifikasjonen avga Norge en tolkningserklæring med følgende ordlyd:

«Norge anerkjenner at personer med nedsatt funksjonsevne har rettslig handleevne på lik linje med andre, i alle sammenhenger. Norge anerkjenner også forpliktelsene til å sikre at personer med nedsatt funksjonsevne mottar den støtte og bistand de trenger for å utøve sin rettslige handleevne. Norge erklærer videre dets forståelse av at konvensjonen tillater fratakelse av rettslig handleevne eller bistand til å utøve rettslig handleevne og/eller tvungent vergemål der slike tiltak er nødvendige, som en siste utvei og underlagt kontrollmekanismer.»⁷⁶

Hvilken betydning tolkningserklæringen har, både folkerettslig og internt, vil bli behandlet nedenfor i punkt 4.2 og kapittel 5. Allerede nå kan det likevel påpekes at det er interessant at norske myndigheter konstaterte at norsk rett var i samsvar med CRPD, men samtidig fant det nødvendig å avgi en tolkningserklæring om sitt syn på konvensjonen. Det gir indikasjoner på at man forutså at den senere tolkingen av CRPD kunne by på utfordringer.

CRPD er gjennomført i norsk rett ved både aktiv og passiv transformasjon. Deler av konvensjonen ble gjennomført ved at vergemålsloven og diskrimineringsloven ble endret for å oppfylle konvensjonens krav. For øvrig konstaterte norske myndigheter at norsk rett var i samsvar med Norges folkerettslige forpliktelser etter konvensjonen.⁷⁷ CRPD som sådan ble ikke gjort til norsk rett. Selv om Norge er part i konvensjonen, og bundet av dens regler,

⁷³ Prop.106 S (2011–2012) s. 5.

⁷⁴ Ot.prp.nr. 110 (2008–2009) s. 38. Se mer om bakgrunnen for vergemålsloven i punkt 4.1.

⁷⁵ Stortingets vedtak om ratifikasjon.

⁷⁶ Prop.106 S (2011–2012) s. 15.

⁷⁷ Op.cit. s. 25.

medfører den manglende inkorporasjonen at CRPD ikke direkte kan påberopes for norske domstoler, jf. punkt 2.1 ovenfor.

Utgangspunktet for denne oppgaven er dermed at Norge er part i CRPD, og bundet av dens regler, uten å ha gjort konvensjonen til en del av norsk rett. Betydningen av dette for adgangen til fratakelse av rettslig handleevne etter vergemålsloven, vil behandles nedenfor i punkt 4.2.

Den overordnede problemstillingen i kapittel 3 er om CRPD art. 12 tillater medlemsstatene å fatte vedtak om fratakelse av rettslige handleevne på bakgrunn av nedsatt funksjonsevne. Først vil det bli vurdert hvilket bidrag de ulike rettskilder redegjort for i punkt 2.2 gir til besvarelsen av spørsmålet. Deretter vil rettskildene bli veid mot hverandre i punkt 3.5.

3.2 Ordlyd, formål og kontekst

Som det ble redegjort for i punkt 2.2 ovenfor, er ordlyden den sentrale rettskilde ved tolking av internasjonale konvensjoner. I dette punktet vil det bli vurdert hvilket bidrag ordlyden, tolket i kontekst og i lys av konvensjonens formål, gir til besvarelsen av spørsmålet om CRPD art. 12 tillater fratakelse av rettslig handleevne.

CRPD art. 12 nr. 2 er den grunnleggende regel om rettslig handleevne for mennesker med nedsatt funksjonsevne. Det følger av bestemmelsen at «(...) persons with disabilities enjoy legal capacity on an equal basis with others in all aspects of life». Til norsk er dette oversatt med «(...) mennesker med nedsatt funksjonsevne har rettslig handleevne på lik linje med andre, på alle livets områder».⁷⁸

Ordlyden forbyr ikke eksplisitt fratakelse av rettslig handleevne. Dette kan forstås som at art. 12 nr. 2 gir anvisning på et prinsipielt utgangspunkt som det kan gjøres unntak fra. Det restriktive tolkningsprinsipp støtter en slik forståelse av bestemmelsen.

På den annen side er det ikke eksplisitt tillatt å frata rettslig handleevne etter art. 12 nr. 2. Dersom mennesker med nedsatt funksjonsevne skal ha rettslig handleevne på lik linje med andre, kan ikke funksjonsnedsettelsen begrunne fratakelse av den rettslige handleevnen. Det

⁷⁸ Uoffisiell norsk oversettelse av CRPD art. 12 nr. 2.

samme gjelder andre grunnlag for fratakelse av rettslig handleevne som i realiteten medfører en forskjellsbehandling av mennesker med nedsatt funksjonsevne. Den mest nærliggende tolkning av ordlyden i art 12 nr. 2 isolert sett er dermed at fratakelse av rettslig handleevne ikke er tillatt.⁷⁹

Etter CRPD art. 1 første ledd er formålet med CRPD 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».

I enkelte tilfeller kan det være behov for å frata enkeltmennesker deres rettslige handleevne for å yte full og lik beskyttelse av deres menneskerettigheter. Det kan for eksempel være nødvendig for å unngå utnyttelse og misbruk, gi tilstrekkelig helsehjelp eller sikre en tilfredsstillende levestandard.⁸⁰ Dette taler for at ordlyden i art. 12 nr. 2 ikke skal forstås absolutt, og at den rettslige handleevnen kan fratras dersom det er nødvendig for å oppfylle formålet om å ivareta menneskerettighetene til mennesker med funksjonsnedsettelse.

På den annen side kan fratakelse av rettslig handleevne komme i strid med formålet om lik og full beskyttelse av menneskerettighetene, da også det å ha sin rettslige handleevne i behold er en menneskerett. Dersom art. 12 nr. 2 tolkes dithen at bestemmelsen tillater fratakelse av rettslig handleevne hos mennesker med funksjonsnedsettelse i større grad enn hos mennesker uten funksjonsnedsettelse, sikres ikke en lik beskyttelse av denne rettigheten. Formålet om lik og full beskyttelse av menneskerettighetene kan derfor tale både for og mot at art. 12 tillater fratakelse av rettslig handleevne.

En tolkning av ordlyden i lys av formålet om «respect for their inherent dignity» gir heller ikke ett entydig tolkningsbidrag, da verdighet er et begrep med subjektivt innhold. Det må kunne hevdes at retten til selvbestemmelse er noe av det mest grunnleggende for et menneskes følelse av verdighet. Samtidig kan utøvelse av tvang i en del tilfeller også bidra til verdighet. Eksempler på dette er dersom alternativet er at en person ikke får livreddende

⁷⁹ Se også Høyesteretts forståelse i HR-2016-2591-A (50).

⁸⁰ CRPD art. 16 nr. 1, art. 25 og art. 28 nr. 1.

helsehjelp eller må leve i en bolig med utilfredsstillende og potensielt helseskadelig standard. Formålet om verdighet gir derfor ikke et klart bidrag til tolkingen av ordlyden i art. 12.

På bakgrunn av de tre foregående avsnitt må det konkluderes med at en formålsorientert tolkning av ordlyden i art. 12 nr. 2 kan begrunne flere tolkningsresultater. Den mest nærliggende tolkning av ordlyden isolert er at bestemmelsen ikke tillater fratakelse av rettslig handleevne. Det stilles da større krav til støtte i formålet for å begrunne et annet tolkningsresultat. En formålsorientert tolkning som kan begrunne flere forståelser av art. 12, gir ikke tilstrekkelig støtte til å slutte at bestemmelsen tillater fratakelse av rettslig handleevne. Av samme grunn gir heller ikke effektivitetsprinsippet noen større støtte i den ene eller andre retning.

Etter art. 12 nr. 3 skal statene «(...) take appropriate measures to provide access by persons with disabilities to the support they may require in exercising their legal capacity». Spørsmålet er hva som må forstås med «measures to provide access (...) to (...) support», og om vergemål med fratakelse av rettslig handleevne omfattes.

Begrepet «support» kan oversettes til støtte.⁸¹ Støtte forstås naturlig som person As bistand ved person Bs utføring av Bs egne oppgaver. At A tar over og selv utfører Bs oppgaver er noe annet og mer omfattende, og faller utenfor en naturlig forståelse av begrepet.

Vergemål med fratakelse av rettslig handleevne innebærer at beslutningskompetansen overføres fra en person til en annen. Det er følgelig ikke naturlig å anse dette som et støttetiltak som omfattes av ordlyden i art. 12 nr. 3.

Samtidig heter det i art. 12 nr. 4:

«States Parties shall ensure that all measures that relate to the exercise of legal capacity provide for appropriate and effective safeguards to prevent abuse (...) Such safeguards shall ensure that measures relating to the exercise of legal capacity respect the rights, will and preferences of the person, are free of conflict of interest and undue influence, are proportional and tailored to the

⁸¹ Oversatt ved bruk av Clue Online Ordbok. Se også den uoffisielle norske oversettelsen av CRPD art. 12 nr. 3.

person's circumstances, apply for the shortest time possible and are subject to regular review by a competent, independent and impartial authority or judicial body. The safeguards shall be proportional to the degree to which such measures affect the person's rights and interests.»

Ordlyden «measures that relate to the exercise of legal capacity» utelukker ikke at tiltaket kan bestå i en fratakelse av rettslig handleevne.⁸² Formuleringen må imidlertid tolkes i lys av ordlyden «measures to provide access (...) to (...) support» i nr. 3. Lest i sammenheng fremstår nr. 3 som hjemmelen for statenes plikt til å utøve støttetiltak, mens nr. 4 gir anvisning på hvordan støttetiltakene skal gjennomføres og plikten oppfylles. Som nevnt faller fratakelse av rettslig handleevne utenfor begrepet «støtte». Dette taler mot at art. 12 tillater fratakelse av rettslig handleevne.

Til sist kan det til sammenlikning nevnes at andre bestemmelser i CRPD, herunder art. 14, eksplisitt regulerer adgangen til å gjøre unntak fra hovedregelen. Som nevnt er ikke dette tilfelle i art. 12. Dette støtter den forståelse at art. 12 ikke tillater fratakelse av rettslig handleevne.

Ordlyden i art. 12 gir rom for flere tolkningsalternativer. Den mest nærliggende forståelse er likevel at ordlyden, tolket i kontekst og i lys av formålet med CRPD, trekker i retning av at art. 12 ikke tillater fratakelse av rettslig handleevne, verken på grunnlag av nedsatt funksjonsevne i seg selv eller andre grunner som i praksis diskriminerer mennesker med funksjonsnedsettelse. I punkt 3.5 nedenfor vil ordlyden bli veid mot de øvrige kilder, for å treffe en konklusjon på kapitlets overordnede spørsmål.

3.3 Forarbeider og omstendigheter ved vedtakelsen av CRPD

I punkt 2.2 ovenfor ble det konkludert med at forarbeider og omstendigheter ved vedtakelsen av en konvensjon alltid har generell relevans når konvensjonens innhold skal fastlegges. Problemstillingen i dette kapitlet er hvilket bidrag forarbeidene og omstendighetene ved

⁸² Se også Høyesteretts forståelse i HR-2016-2591-A (52).

vedtakelsen av CRPD gir til besvarelsen av spørsmålet om art. 12 tillater fratakelse av rettslig handleevne.

Hvordan rettslig handleevne skulle reguleres i CRPD, var et svært omdiskutert tema under ad-hoc-komiteens forberedelse av konvensjonsteksten. Før syvende og nest siste samling hadde ad-hoc-komiteens leder Don MacKay, på bakgrunn av diskusjonene frem til det tidspunktet, utarbeidet et forslag til utformingen av art. 12.⁸³ Forslaget skulle danne grunnlag for videre diskusjon. I tillegg oppfordret han deltakerne i ad-hoc-komiteen om å komme til neste samling forberedt på å løse problemene med art. 12.⁸⁴

MacKays brev gir for det første indikasjoner på at det var store utfordringer med å oppnå enighet om reguleringen av rettslig handleevne. For det andre viser brevet at det var viktig å komme i mål med forhandlingene innenfor den planlagte tidsrammen. Vedtakelsen av CRPD ville sende sterke politiske signaler, og stadfeste viktige rettigheter for en gruppe som tradisjonelt har vært oversett i mange land.

Ved den syvende samlingen bestod ad-hoc-komiteen grovt sett av to blokker i synet på rettslig handleevne. Hver blokk bestod av delegasjoner fra både interesseorganisasjoner og stater. Kjernen i uenigheten var om «substitute decision making» skulle være tillatt i de mest nødvendige tilfeller. «Substitute decision making» innebærer at en person oppnevnes til å fatte beslutninger på vegne av en annen. Med andre ord; vergemål med fratakelse av den rettslige handleevnen. Alternativet var at «supported decision making» skulle være det eneste tillatte tiltak. «Supported decision making» er en alternativ tilnærming som utelukker fratakelse av rettslig handleevne. I stedet iverksettes tiltak som gir vedkommende hjelp og støtte til å fatte egne beslutninger.⁸⁵

Til tross for komitélederens målsetting om å løse problemene med art. 12 ved den syvende samlingen, ble det ikke oppnådd enighet. I tillegg til komitélederens forslag til tekst fremmet Canadas delegasjon et nytt forslag. Forslaget, med enkelte fortløpende revideringer, oppnådde

⁸³ Brev fra ad-hoc-komiteens leder s. 22.

⁸⁴ Op.cit. s. 7.

⁸⁵ Se «About SDM: What is Support Decision-Making?» på <http://supporteddecisions.org/about-sdm/>.

bred støtte blant statsdelegasjonene. Likevel anså komitélederen det ikke forsvarlig å velge det ene forslaget fremfor det andre, da uenigheten fortsatt var sterk. Avgjørelsen av hvordan art. 12 skulle utformes, ble derfor utsatt helt til siste og åttende samling, da med begge forslag på bordet.⁸⁶

Forslaget basert på komitélederens tekst lød som følger:

«[2. States Parties shall recognize that persons with disabilities have [legal capacity] on an equal basis with others in all fields and shall ensure that where support is required to exercise that capacity:

(a) The assistance provided is proportional to the degree of support required and tailored to the person's circumstances, that such support does not undermine the legal rights of the person, respects the will and preferences of the person and is free from conflict of interest and undue influence. Such support shall be subject to regular and independent review;

(b) Where States Parties provide for a procedure, which shall be established by law, for the appointment of personal representation as a matter of last resort, such a law shall provide appropriate safeguards, including regular review of the appointment of and decisions made by the personal representative by a competent, impartial and independent tribunal. The appointment and conduct of the personal representative shall be guided by principles consistent with the present Convention and international human rights law.]»⁸⁷

Det alternative forslaget basert på Canadas tekst lød slik:

«2.[States Parties shall recognize that persons with disabilities enjoy legal capacity¹ on an equal basis with others in all aspects of life.

⁸⁶Oppsummering av diskusjoner 3.2.2006.

⁸⁷ Rapport fra syvende samling.

2 bis. States Parties shall take appropriate legislative and other measures to provide access by persons with disabilities to the support they may require in exercising their legal capacity.

2 ter. States Parties shall ensure that all legislative or other measures that relate to the exercise of legal capacity provide for appropriate and effective safeguards to prevent abuse in accordance with international human rights law. Such safeguards shall ensure that measures relating to the exercise of legal capacity respect the rights, will and preferences of the person, are free of conflict of interest and undue influence, are proportional and tailored to the person's circumstances, apply for the shortest time possible and are subject to periodic impartial and independent judicial review. The safeguards shall be proportional to the degree to which such measures affect the persons' rights and interests.]

3. States Parties shall take all appropriate and effective measures to ensure the equal right of persons with disabilities to own or inherit property, to control their own financial affairs and to have equal access to bank loans, mortgages and other forms of financial credit, and shall ensure that persons with disabilities are not arbitrarily deprived of their property.»⁸⁸

For ordens skyld bemerkes at det i Canadas forslag var inntatt en fotnote etter «legal capacity», som ble stående helt frem til vedtakelsen av CRPD i FNs generalforsamling. Fotnoten gjaldt språklige utfordringer ved oversettelsen av begrepet til kinesisk, russisk og arabisk. Diskusjonene omkring dette er av mindre interesse for oppgaven og vil derfor ikke bli vurdert ytterligere.

Spørsmålet er hva som var søkt oppnådd med de respektive forslag, og hva som ble avgjørende for utformingen av det som ble art. 12.

I komitélederens forslag til art. 12 nr. 2 (b) var «personal representation» eksplisitt tillatt og regulert. «Personal representation» må forstås som et uttrykk for «substitute decision

⁸⁸ Rapport fra syvende samling.

making». Etter komitélederens forslag skulle altså fratakelse av rettslig handleevne eksplisitt tillates. Et betimelig spørsmål er hvorfor dette ikke ble inntatt i den endelige teksten.

Dokumentene fra den åttende samlingen gir i liten grad anvisning på hva som ble avgjørende for utformingen av ordlyden. Et alternativ er at delegasjonene ble enige om at art. 12 ikke skulle tillate fratakelse av rettslig handleevne, og av den grunn utelot «personal representation» fra ordlyden. Et annet alternativ er at det ikke ble ansett nødvendig å ha med, da hjemmelen til å treffe vedtak om «measures (...) to support» ville omfatte fratakelse av rettslig handleevnen. Ut fra diskusjonene i syvende samling er det sannsynlig at sistnevnte alternativ var årsaken til at «personal representation» ble utelatt. Blant annet uttalte komitélederen at «(...) in actual practice, 100% support would equate to personal representation».⁸⁹

Som redegjort for i punkt 3.2 ovenfor, er det mest nærliggende å tolke ordlyden «measures (...) to support» slik at fratakelse av rettslig handleevne ikke er tillatt. Det synes derfor som delegasjonene hadde en mer omfattende forståelse av begrepet «support», enn hva som følger av en alminnelig språklig forståelse.

Den endelige utformingen av art. 12 er svært lik teksten i Canadas forslag. Det var på det rene at Canada med sitt forslag ikke mente å forby «substitute decision making», men oppfordre til «supported decision making».⁹⁰ Tanken bak 2 bis og 2 ter var å ivareta enkeltmenneskets autonomi, samtidig som risikoen for misbruk ved «substitute decision making» ble søkt minimert.⁹¹

Av referatene fra syvende samling kan det utledes at majoriteten av delegasjonene ønsket en utforming av art. 12 som tillot fratakelse av rettslig handleevne i de mest nødvendige tilfeller. Ved avslutningen av den innledende debatten omkring art. 12 uttalte komitélederen: «More

⁸⁹ Oppsummering av diskusjoner 3.2.2006.

⁹⁰ Oppsummering av diskusjoner 18.1.2006.

⁹¹ Oppsummering av diskusjoner 3.2.2006.

consultation is clearly needed (...) to balance promotion of a support-based approach while retaining substitution as a last resort mechanism with safeguards.»⁹²

Uttalelsen trekker i retning av at det nærmest var en forutsetning at «substitute decision making» skulle være et tillatt tiltak etter art. 12. Det var bare et spørsmål om hvordan dette skulle, eller ikke skulle, komme til uttrykk i ordlyden. Bare Jamaica og Brasil, sammen med enkelte av interesseorganisasjonene, ga tydelig uttrykk for et ønske om en utforming av art. 12 som forbød fratakelse av rettslig handleevne.

Flere av delegasjonene, med Serbia og Montenegro i spissen, ga uttrykk for bekymring for at adgangen til personlig representasjon ikke skulle komme eksplisitt til uttrykk i ordlyden. Antakelig forutså disse at ordlyden i Canadas forslag, som ikke eksplisitt anga «substitute decision making» som mulig tiltak, kunne by på tolkningstvil ved senere anvendelse av konvensjonen.

Oppsummert kan det av referatene fra syvende samling utledes at flertallets syn på det som ble art. 12 nr. 2 var at den skulle gi uttrykk for et utgangspunkt om at mennesker med funksjonsnedsettelse har rettslig handleevne på lik linje med andre. I mange land var, og er, mennesker med funksjonsnedsettelse en diskriminert og rettighetsløs gruppe, som ikke har vært anerkjent som selvstendige rettssubjekter. Å nå anerkjenne at mennesker med nedsatt funksjonsevne som utgangspunkt har rettslig handleevne som alle andre, var tilstrekkelig for å gi uttrykk for «paradigmeskiftet» CRPD skulle representere. I følge flertallet skulle art. 12 nr. 3 og nr. 4 gi statene hjemmel til å treffe nødvendige støttetiltak, herunder fratakelse av den rettslige handleevnen, samt sikkerhetsgarantier og retningslinjer for utøvelsen av tiltakene.

Dokumentene fra den åttende og siste samlingen, hvor art. 12 ble endelig utformet, inneholder lite informasjon om hva som ble avgjørende for den endelige utformingen av bestemmelsen. Dette gir indikasjoner på at tiden mot slutten ble knapp, og at fokuset var på å komme i mål med en helhetlig konvensjon, fremfor å detaljregulere enkeltspørsmål. Det har likevel formodningen mot seg at mange av delegasjonene på et så sent tidspunkt endret mening om behovet for å tillate «substitute decision making», uten at dette ble tydelig uttrykt. Det må

⁹² Oppsummering av diskusjoner 18.1.2006.

derfor legges til grunn at ved vedtakelsen av det endelige utkastet til CRPD var flertallets syn likt som i syvende samling; art. 12 skulle tillate fratakelse av rettslig handleevne.

Sannsynligvis var den eneste måten å oppnå tilstrekkelig enighet om art. 12 å unngå å nevne «personal representation» eller «substitute decision making» i ordlyden. I motsatt fall ville enkelte av interesseorganisasjonene, som sterkest ga uttrykk for at tiden for personlig representasjon var forbi, etter all sannsynlighet nektet å vedta det endelige utkastet til CRPD.

Bekymringene som Serbia og Montenegro m.fl. hadde gitt uttrykk for, førte derfor ikke frem. Det kan hevdes at ad-hoc-komiteen valgte den enkleste utvei, og skjøv problemene med å avklare innholdet i art. 12 over på CRPD-komiteen og de enkelte lands domstoler og rettsanvendere.

Alternativet til en noe hastig utforming av art. 12 ville potensielt ha vært at vedtakelsen av hele konvensjonen falt på dette spørsmålet. Til dette er konvensjonen for viktig. CRPD er banebrytende på den måten at det er første gang mennesker med funksjonsnedsettelse blir ansett som subjekter i en samlet og omfattende rettighetskatalog. Det var derfor viktigere å oppnå enighet om konvensjonen som helhet, med de sterke politiske og rettslige signaler dette sendte, fremfor å detaljregulere kompliserte spørsmål. Resultatet ble antakelig en ordlyd i art. 12 som ikke nødvendigvis samsvarer med det som var majoriteten i ad-hoc-komiteens intensjon.

Fordi dokumentene fra åttende og siste samling er mangelfulle gir ikke forarbeidene til CRPD et helt sikkert bidrag til besvarelsen av spørsmålet om art. 12 tillater fratakelse av rettslig handleevne. Det er ikke tvil om at det var store uenigheter om utformingen av art. 12. Den mest nærliggende slutning av forarbeidene er likevel at majoritetens intensjon var at art. 12 skulle tillate fratakelse av rettslig handleevne.

Slutningen støttes av flere tolkningserklæringer til CRPD art. 12. Åtte stater, inkludert Norge, erklærte at de tolker art. 12 slik at den tillater «substitute decision-making». Samlet trekker forarbeidene og omstendighetene ved vedtakelsen i retning av at art. 12 tillater fratakelse av rettslig handleevne.

3.4 CRPD-komiteens tolkning av art. 12

3.4.1 Innholdet i General Comment No. 1

Som redegjort for i punkt 2.2 ovenfor har konvensjonsorganers uttalelser generell relevans ved fastleggelsen av innholdet i gjeldende folkerett. Den sentrale uttalelse fra CRPD-komiteen om innholdet i art. 12 er General Comment No. 1. Uttalelsen ble avgitt i mai 2014, og er CRPD-komiteens første General Comment. På forhånd hadde komiteen invitert konvensjonsstatene, interesseorganisasjoner, eksperter m.fl. til diskusjonsforum om rettslig handleevne og art. 12. Basert på de synspunkter som kom frem under diskusjonene, samt den informasjon statene ga i sine rapporter, fant komiteen det nødvendig å gi uttrykk for sitt syn gjennom en General Comment.

Spørsmålet er om art. 12, etter CRPD-komiteens forståelse, tillater fratakelse av rettslig handleevne på grunnlag av nedsatt funksjonsevne.

Allerede i tredje avsnitt av General Comment No. 1 konstaterer komiteen at det hersker en generell misforståelse blant medlemsstatene vedrørende tolkningen av art. 12. Etter komiteens oppfatning har mange stater vist en manglende forståelse av at konvensjonen representerer et skifte fra «substitute decision making» til «supported decision making». Dette er et modig standpunkt å innta, all den tid representanter fra medlemsstatene fremforhandlet og utarbeidet konvensjonen. Det har formodningen mot seg at en stor andel av disse har misforstått hva som ble fremforhandlet.

Komiteens tolkning av art. 12 er på sin side ikke til å misforstå. Komiteen uttaler i avsnitt 9 at «(...) a person's status as a person with a disability or the existence of an impairment (including a physical or sensory impairment) must never be grounds for denying legal capacity (...)». Dette kan vanskelig forstås annerledes enn at art. 12, etter komiteens syn, ikke under noen omstendighet tillater fratakelse av rettslig handleevne på bakgrunn av en funksjonsnedsettelse.

Videre uttaler komiteen: «States have the ability to restrict the legal capacity of a person based on certain circumstances, such as bankruptcy or criminal conviction.»⁹³ Komiteen mener altså ikke at den enkeltes rett til rettslig handleevne er absolutt. Poenget med art. 12 er at fratakelse av rettslig handleevne ikke kan være «(...) based on a personal trait such as (...) disability, or have the purpose or effect of treating the person differently».⁹⁴ Dette forstås som at komiteen tolker art. 12 dithen at den verken tillater fratakelse av rettslig handleevne på grunn av funksjonsnedsettelsen i seg selv, eller av andre grunner som i praksis medfører forskjellsbehandling av mennesker med funksjonsnedsettelser.

Som følge av at fratakelse av rettslig handleevne ikke er tillatt etter art. 12, må tiltak som innebærer «substitute decision-making» etter komiteens syn erstattes av «supported decision-making».⁹⁵ Dette innebærer at statene etter art. 12 nr. 3 har en plikt til å yte behovstilpasset støtte ved det enkelte individs utøvelse av sin rettslige handleevne.⁹⁶

Hvordan støtten skal utøves, reguleres i art. 12 nr 4.⁹⁷ Etter ordlyden i bestemmelsen skal vergehavers rettigheter, vilje og ønsker respekteres. I en del tilfeller vil imidlertid en person ikke kunne uttrykke sin vilje og sitt ønske. Det kan også være vanskelig for en tredjeperson å vite om det personen gir uttrykk for faktisk er dens eget ønske. Komiteen erkjenner tilsynelatende disse utfordringene. Derfor oppstilles det en retningslinje om at støtten, når det ikke er praktisk mulig å fastslå personens vilje, skal utøves ut fra «(...) [the] best interpretation of will and preferences (...)».⁹⁸ Dette forstås som at beslutninger som et ledd i «supported decision-making» skal fattes i tråd med den mest nærliggende tolkning av vergehaverens vilje. Komiteen erstatter med dette den tidligere tilnærmingen om «best interest determination». Den tidligere tilnærmingen baserer seg på at en tredjeperson, fra ens

⁹³ General Comment No. 1 avsnitt 32.

⁹⁴ Op.cit. avsnitt 32.

⁹⁵ Op.cit. avsnitt 28.

⁹⁶ Op.cit. avsnitt 16.

⁹⁷ Op.cit. avsnitt 20.

⁹⁸ Op.cit. avsnitt 21.

eget ståsted, skal avgjøre hvilket valg som er best for vergehaver. Tilnærmingen er ifølge komiteen ikke i samsvar med CRPD art. 12.⁹⁹

De to tilnærmingene er prinsipielt forskjellige. Skiftet i tilnærming innebærer en overgang fra tredjemanns antakelse av hva som etter dennes oppfatning er best for vergehaveren, til en vurdering av hva som er vergehavers egen vilje. I teorien er den nye tilnærmingen best i samsvar med «paradigmeskiftet» CRPD skal uttrykke.

I mange tilfeller vil det likevel være liten praktisk forskjell mellom de to tilnærmingene. Dette kan for eksempel være situasjonen for mennesker med store fysiske funksjonsnedsettelse. Dersom en person verken i ord eller handling har mulighet til å uttrykke seg, vil det være svært vanskelig, om ikke umulig, for en tredjepart å tolke dens vilje og ønsker. I realiteten må det da foretas en vurdering av hva som etter tredjepartens syn vil være i vergehavers beste interesse. Retningslinjen komiteen har oppstilt er i slike tilfeller lite praktikabel. Den bærer preg av en teoretisk og idealistisk tilnærming til utøvelsen av rettslig handleevne.

CRPD-komiteen er i General Comment No. 1 tydelig på at det ikke er adgang til å frata rettslig handleevne på bakgrunn av en funksjonsnedsettelse. Det er likevel grunn til å merke seg komiteens uttalelser av nyere dato i *Jungelin v. Sweden (Jungelin)*. Avgjørelsen gjør ingen forskjell ved fastleggelsen av innholdet i art. 12 de lege lata. Den kan likevel være egnet til å gi indikasjoner på en mulig utvikling i komiteens tolking av art. 12.

Saken gjaldt en synshemmet kvinne som fikk avslag på en stilling hun hadde søkt på. Avslaget ble begrunnet med at arbeidsplassens interne datasystemer ikke kunne tilpasses kvinnens synshemming. Kvinnen klaget saken inn for CRPD-komiteen. Grunnlaget var blant annet CRPD art. 27, som regulerer mennesker med funksjonsnedsettelsers rett til arbeid.

I CRPD art. 27 nr. 1 (i) heter det at medlemsstatene har en plikt til å «Ensure that reasonable accomodation is provided to persons with disabilities in the workplace;». Spørsmålet var hvilke krav som skulle stilles til statenes oppfyllelse av plikten til å yte «reasonable accomodation» (rimelig hjelp). Komiteen uttalte at statene har en viss skjønnsmargin, og at

⁹⁹ General Comment No. 1 avsnitt 21.

det primært er opp til nasjonale domstoler å vurdere fakta og bevis i den enkelte sak.¹⁰⁰ Den nasjonale domstolen hadde foretatt en grundig og objektiv vurdering, og dens avgjørelse var basert på en objektiv og rimelig begrunnelse. På denne bakgrunn konkluderte komiteen med at det ikke kunne påvises brudd på art. 27.¹⁰¹

Realiteten i komiteens standpunkt i *Jungelin* er at medlemsstatenes suverenitet anerkjennes. Dette er i samsvar med det restriktive tolkningsprinsipp. Tolkingsmetoden i *Jungelin* innebærer at det restriktive tolkningsprinsipp i fremtiden vil kunne få større betydning også ved tolkningen av art. 12. Riktignok dreide det seg i *Jungelin* om å innfortolke en skjønnsmargin i art. 27. Med art. 12 dreier det seg om å eventuelt tolke bestemmelsens innhold vesentlig annerledes enn tidligere, ved hjelp av det restriktive tolkningsprinsipp. Komiteen vil nok ha en høyere terskel for å gjøre sistnevnte. Likevel er det et poeng at CRPD-komiteen og dens General Comment No. 1 er kritisert.¹⁰² Ved å tillegge det restriktive tolkningsprinsipp større betydning ved tolkingen av art. 12, kan komiteen oppnå større legitimitet hos medlemsstatene.

De lege lata er det likevel ikke tvil om konklusjonen. Komiteens tolkning av art. 12 kommet til uttrykk i General Comment No. 1 samsvarer med det som fremkommer i andre sammenhenger, herunder komiteens svar til statenes rapporter.¹⁰³ CRPD art. 12 tillater etter CRPD-komiteens syn ikke fratakelse av rettslig handleevne, verken på grunn av nedsatt funksjonsevne som sådan, eller andre forhold som i praksis diskriminerer personer med nedsatt funksjonsevne.

3.4.2 Den konkrete vekten av General Comment No. 1

Under forrige punkt ble det konkludert med at CRPD-komiteen i General Comment No. 1 gir uttrykk for at art. 12 ikke tillater fratakelse av rettslig handleevne. Spørsmålet i dette punktet er hvilken vekt som skal legges på General Comment No. 1 ved avveiningen mot de øvrige

¹⁰⁰ *Jungelin v. Sweden* avsnitt 10.5.

¹⁰¹ *Op.cit.* avsnitt 10.6.

¹⁰² For Norges vedkommende, se Meld.St. 39 s. 56 flg.

¹⁰³ Se for eksempel komiteens svar til Sveriges rapport avsnitt 33–34 og komiteens svar til Danmarks rapport avsnitt 32–33.

rettskilder. Avgjørende er i hvilken grad komiteen forholder seg til anerkjente tolkningsprinsipper og hvor tydelig komiteens forståelse kommer til uttrykk, jf. punkt 2.3 ovenfor.

Ved fastleggelsen av innholdet i art. 12 tar CRPD-komiteen utgangspunkt i bestemmelsens ordlyd. Komiteen foretar en utførlig ordlydsfortolkning, både av begrepet «legal capacity» i art. 12 nr. 2 og av «support» i art. 12 nr. 3.¹⁰⁴ Denne metoden er i tråd med hovedregelen etter VCLT art. 31 nr. 1.

Videre redegjør komiteen for forholdet mellom art. 12 og andre rettigheter etter CRPD. Redegjørelsen danner grunnlag for komiteens slutning om at art. 12 er en nødvendig forutsetning for utøvelsen av flere andre rettigheter. Dersom art. 12 skulle tillate fratakelse av rettslig handleevne ville muligheten til å hevde disse rettighetene svekkes i betydelig grad.¹⁰⁵ Uten at komiteen eksplisitt sier det, er det naturlig å forstå denne delen av General Comment No. 1 som en tolkning av ordlyden i art. 12 nr. 2 i kontekst av konvensjonen for øvrig. En slik fremgangsmåte er også i samsvar med tolkningsprinsippene etter VCLT art. 31 nr. 1.

Samtidig kan komiteens ordlydsfortolkning kritiseres for å være noe bastant og vidtgående, uten eksplisitt begrunnelse for dette.

Et første eksempel finnes i avsnitt 13. Etter å ha redegjort for innholdet i begrepet «legal capacity» uttaler komiteen at ordlyden i art. 12 nr. 2 «gjør det klart» at nedsatt funksjonsevne ikke kan begrunne fratakelse av rettslig handleevne. Det er vanskelig å se en direkte sammenheng mellom begrepet «legal capacity» som sådan, og den konklusjon at den rettslige handleevnen ikke kan fratras mennesker med nedsatt funksjonsevne. Komiteens konklusjon om at ordlyden «klart» ikke tillater fratakelse av rettslig handleevne fremstår derfor svakt begrunnet.

Et annet eksempel finnes i avsnitt 20. Komiteen uttaler der at art. 12 nr. 4 angir sikkerhetsgarantier som må være til stede når det gis støtte ved utøvelsen av rettslig handleevne. Etter ordlyden i art. 12 nr. 4 regulerer bestemmelsen imidlertid bare

¹⁰⁴ General Comment No. 1 avsnitt 12–15 og 17.

¹⁰⁵ Op.cit. avsnitt 31.

sikkerhetsgarantiene, ikke i hvilke tilfeller disse må være tilstede. Isolert kan ordlyden i art. 12 nr. 4 like gjerne forstås som at den gir anvisning på sikkerhetsgarantier ved en tredjeparts utøvelse av en annens rettslige handleevne. Komiteen tillegger derfor bestemmelsen et innhold som ikke eksplisitt fremgår av ordlyden, uten noen begrunnelse for dette.

Et siste eksempel på komiteens bastante tolkning finnes i avsnitt 14. Komiteen uttaler uten reservasjoner at «Legal capacity means that *all people*, including persons with disabilities, have legal standing and legal agency simply by virtue of being human.»¹⁰⁶ (Uthevet her) Det kan stilles spørsmål ved om komiteen med dette mener at også personer under 18 år skal ha rettslig handleevne, på lik linje med de over 18 år. Uten å gå nærmere inn på dette spørsmålet, er poenget at uttalelsen illustrerer at komiteens argumentasjon tidvis bærer preg av raske slutninger og manglende begrunnelser. Dette illustreres også av at komiteen i liten grad evner å presentere de argumenter som taler i motsatt retning av dens konklusjoner. De vanskelige spørsmål som oppstår dersom mennesker med alvorlige funksjonsnedsettelse ikke kan fratas sin rettslige handleevne, er heller ikke behandlet.

Komiteen tar utelukkende utgangspunkt i ordlyden ved sin tolking av CRPD. Ved siden av ordlyden kunne det vært aktuelt å se hen til forarbeidene. Det har komiteen ikke gjort. Komiteens metode kan også i denne sammenheng kritiseres for å være mangelfull. På den annen side har forarbeider begrenset vekt ved traktattolking. Komiteens konklusjon ville av den grunn neppe blitt en annen dersom forarbeidene hadde vært tatt i betraktning. Det er derfor ingen stor mangel at komiteen unnlater å nevne forarbeidene.

CRPD-komiteens argumentasjon er som påpekt i dette punktet ikke optimal. En gjennomgående svakhet ved General Comment No. 1 er at leseren må analysere argumentasjonen for å forstå hvorfor komiteen har kommet til de konklusjoner den har gjort. Det er sannsynlig at dette er et utslag av komiteens manglende juridiske kompetanse. Dette trekker i retning av at General Comment No. 1 bør tillegges begrenset vekt.

Komiteens metode er på den annen side ikke uriktig. Det tas utgangspunkt i ordlyden i art. 12 og denne tolkes, om enn implisitt, i kontekst og i lys av konvensjonens formål. Dette er i tråd

¹⁰⁶ «Legal standing» og «legal agency» er de to elementene som utgjør legal capacity.

med folkerettslig metode, jf. punkt 2.2 ovenfor. De konklusjoner komiteen treffer på bakgrunn av sin tolkning ligger innenfor rammen av ordlyden. Det er derfor ikke grunnlag for å hevde at komiteens slutninger om innholdet i art. 12 ikke er rettslig forsvarlig.¹⁰⁷ Dette taler for at General Comment No. 1 skal tillegges stor vekt, i tråd med utgangspunktet, jf. punkt 2.3. At komiteens tolkning kommer tydelig til uttrykk, uten reservasjoner og tvil, trekker i samme retning.

Som følge av komiteens mangelfulle argumentasjon er det grunn til å modifisere utgangspunktet om «great weight» noe. Modifikasjonen blir likevel relativt liten, da komiteens konklusjoner om innholdet i art. 12 kan nås ved bruk av folkerettslige tolkningsprinsipper. En viss modifikasjon av utgangspunktet medfører at General Comment No. 1 ikke kan gis avgjørende vekt. Den vil likevel være en sentral rettskilde, som skal ha betydelig vekt ved avveiningen mot de øvrige kilder.

3.5 Avveining av rettskildene

I de foregående punkter under kapittel 3 er de relevante rettskildene tolket, med sikte på å avgjøre hvilket bidrag disse gir til besvarelsen av kapitlets overordnede spørsmål. I dette punktet skal det foretas en avveining av ordlyden, forarbeidene og omstendighetene ved vedtakelsen av CRPD og General Comment No. 1. Dette er nødvendig for å kunne ta stilling til om CRPD art. 12 tillater fratakelse av rettslig handleevne. Avveiningen foretas i henhold til prinsippene redegjort for i punkt 2.2 og 3.4.2, jf. punkt 2.3.

Ordlyden er den primære rettskilde og danner rammene for konklusjonen. Ordlyden i art. 12, tolket i kontekst og i lys av formålet med CRPD, rommer flere tolkningsalternativer. Den mest nærliggende tolkningen er at bestemmelsen ikke tillater fratakelse av rettslig handleevne med grunnlag i funksjonsnedsettelse eller andre grunner som i realiteten diskriminerer mennesker med funksjonsnedsettelse. Dette tolkningsalternativet danner et utgangspunkt for avveiningen og vil ha betydelig vekt. Fordi ordlyden rommer flere ulike tolkningsresultater, kan likevel ikke den mest nærliggende tolkning alene være avgjørende for konklusjonen.

¹⁰⁷ Se også Mujezinović Larsens utredning s. 33.

General Comment No. 1 taler klart for at art. 12 ikke tillater fratakelse av rettslig handleevne. Selv om rettskildevekten av General Comment No. 1 må begrenses noe sammenliknet med hovedregelen om «great weight», er den fortsatt en sentral rettskilde. Sammen med den mest nærliggende forståelsen av ordlyden, trekker General Comment No. 1 i retning av at art. 12 ikke tillater fratakelse av rettslig handleevne.

I motsatt retning trekker referatene fra forhandlingene av konvensjonsteksten. Det er overveiende sannsynlig at det ikke var majoriteten av delegasjonenes intensjon at art. 12 skulle utelukke fratakelse av rettslig handleevne i de mest nødvendige tilfeller. Dette bekreftes gjennom tolkningserklæringene som er avgitt til art. 12. Det er derfor motstrid mellom rettskildene. Aller tydeligst kommer motstriden til syne i forarbeidene og tolkningserklæringene på den ene siden og General Comment No. 1 på den andre siden. Motstriden gjør det nødvendig å avklare hvilke av kildene som skal tillegges avgjørende vekt for konklusjonen.

Selv om rettskildevekten av General Comment No. 1 må modifiseres noe, har den i utgangpunktet større vekt enn forarbeidene og tolkningserklæringene. De to sistnevnte har i hovedregelen begrenset vekt ved traktattolkning. Dersom ordlyden gir rom for flere ulike tolkninger, kan likevel forarbeidene være tungtveiende i den eller andre retning, jf. punkt 2.2 ovenfor. Forutsetningen for dette er at de gir gode indikasjoner på en felles forståelse mellom partene om ordlydens innhold.

Som nevnt gir ordlyden i art. 12 rom for flere ulike tolkninger. Dette åpner for at forarbeidene kan gis større vekt. Forarbeidene til CRPD gir tydelig uttrykk for at majoriteten av delegasjonene hadde til hensikt at art. 12 skulle tillate fratakelse av rettslig handleevne. Samtidig viser forarbeidene at det var klare og sterke uenigheter om utformingen av art. 12. Forarbeidene gir dermed ikke indikasjoner på en fullt ut *felles* forståelse.

I tillegg er det langt fra alle medlemsstatene som gjennom tolkningserklæringer har uttrykt en forståelse av art. 12 i strid med General Comment No. 1. Det er av denne grunn tvilsomt om tolkningserklæringene og uttalelsene i forarbeidene kan gis tilstrekkelig vekt til å treffe en annen konklusjon enn den General Comment No. 1, sammen med ordlyden, trekker i retning av.

Begrunnelsen for at ordlyden er den primære rettskilde og tillegges stor vekt ved traktatolking, må være at statene bare skal være bundet av det de uttrykkelig har samtykket til. Når det gjelder CRPD art. 12 er imidlertid realiteten at bestemmelsens ordlyd har fått et annet innhold enn det som var tilsiktet under forhandlingene. Å tillegge ordlyden, og CRPD-komiteens tolkning av denne, avgjørende vekt, vil dermed innebære at statenes suverenitet innskrenkes i større grad enn forutsatt ved vedtakelsen av konvensjonen.

Det kan spørres om en avveining av kildene som leder til et slikt resultat er unødig formalistisk. I et tilfelle hvor ordlyden medfører at statene blir bundet i større grad enn forutsatt burde kanskje det innhold statene har ment å gi bestemmelsen være avgjørende. Noe annet vil føre til den nærmest absurde situasjon at art. 12 gir anvisning på en regel som nesten ingen av medlemsstatene, som var de som utformet bestemmelsen, er enige i. Som argument mot å legge avgjørende vekt på statenes intensjoner kan det anføres at hensynet til forutberegnelighet svekkes dersom avveiningen av rettskildene skal variere mer enn tolkningsprinsippene gir anvisning på.

Som redegjort for ovenfor i punkt 2.2 bør effektivitetsprinsippet gis betydelig plass ved tolkningen av CRPD. Dette innebærer at den tolkning som best ivaretar og realiserer CRPDs formål følges. Som vist i punkt 3.2 bidrar begge alternative forståelser av art. 12 til å oppfylle ulike deler av konvensjonens formål. Effektivitetsprinsippet gir derfor liten veiledning for den endelige konklusjonen.

Etter de folkerettslige prinsippene for traktatolking er ordlyden og General Comment No. 1 de sentrale kilder. Disse trekker samlet i retning av at art. 12 ikke tillater fratakelse av rettslig handleevne, verken på grunn av nedsatt funksjonsevne eller andre grunner som i praksis diskriminerer mennesker med funksjonsnedsettelse. Det er altså stor sannsynlighet for at det er slik art. 12 de lege lata er å forstå, selv om dette er i strid med hva som var tilsiktet.

4 Vergemål med fratakelse av rettslig handleevne etter vergemålsloven

4.1 Bakgrunnen for ny vergemålslov

Den nye vergemålsloven av 2010 erstattet vergemålsloven av 1927 og umyndiggjøringsloven av 1898. Fra vedtakelsen av de tidligere gjeldende lovene, og frem til 2010, har synet på selvbestemmelse, integritet og mennesket, herunder de med funksjonsnedsettelse, endret seg betydelig. Disse samfunnsendringene, sammen med Norges tiltrædelse til CRPD, nødvendiggjorde ny lovgivning.¹⁰⁸

Etter den gamle ordningen skiltes det i hovedsak mellom to typer vergemål. For det første kunne det fattes vedtak om hjelpevergemål for personer over 18 år med den rettslige handleevne i behold. For det andre kunne det treffes vedtak om vergemål med umyndiggjøring for de som ble ansett å mangle kapasitet til selv å handle. Umyndiggjøring tilsvarer full fratakelse av rettslig handleevne. Etter tidligere gjeldende rett var det ikke mulig å fatte vedtak om en ordning som lå mellom full umyndiggjøring og hjelpevergemål.¹⁰⁹ Vergehaver var enten myndig eller umyndig i alle henseende.

Bare når det skulle treffes beslutninger «av viktighet», måtte vergen rådføre seg med den umyndiggjorte. I tilfeller hvor den umyndiggjorte levde atskilt fra vergen, for eksempel på institusjon, skulle rådføringen skje med den som hadde omsorg for den umyndiggjorte. For øvrig var det i utgangspunktet opp til vergen å treffe beslutninger ut fra dens egne vurderinger. I personlige saker kunne den umyndiggjorte, så vidt mulig, ta seg av egne forhold.¹¹⁰

Tidligere gjeldende rett bar gjennomgående preg av at den umyndiggjortes selvbestemmelse i liten grad ble ivaretatt. I tillegg var ordningene lite fleksible, og ga ikke rom for individuell

¹⁰⁸ Ot.prp.nr. 110 (2008–2009) s. 38.

¹⁰⁹ Op.cit. s. 8.

¹¹⁰ Anders Bratholm, *Umyndige personer*, Oslo 1969 s. 69.

tilpasning av vergemålet. Dette var en åpenbar svakhet, tatt i betraktning at mennesker med funksjonsnedsettelse utgjør et bredt mangfold.

Den nye vergemålsloven medførte betydelige endringer. Blant annet ble begrepet «umyndiggjort» fjernet, da dette innebærer en viss stigmatisering. Videre ble det innført en ordning med individtilpasset vergemål og adgang til delvis fratakelse av rettslig handleevne. Med dette mente lovgiver å bringe vergemålslovgivningen i overensstemmelse med forpliktelsene etter CRPD.¹¹¹

Delvis fratakelse innebærer at den rettslige handleevnen kan fratras for enkelte disposisjoner eller på bestemte områder, jf. vgml. § 22 andre og tredje ledd. Fratakelsen kan også begrenses i tid, jf. § 21 tredje ledd første punktum. Det er altså ikke slik at vergehaver nødvendigvis fratras den rettslige handleevnen permanent og i alle henseender. Vergemålets innhold og omfang kan tilpasses den enkeltes behov, og skal ikke utgjøre et større inngrep enn nødvendig, jf. vgml. § 21 tredje ledd annet punktum.

Videre gjelder vergens plikt til å rådføre seg med vergehaver ikke bare ved større disposisjoner, men også ellers når det «fremstår som naturlig», jf. vgml. § 33 første ledd. Den mening vergehaver gir uttrykk for skal vektlegges av vergen, jf. § 33 tredje ledd. På denne måten ivaretas hensynet til vergehavers selvbestemmelse bedre enn før, også når vedkommende er fratatt den rettslige handleevnen.

4.2 Er vergemålsloven § 22 i samsvar med CRPD art. 12?

I dette punktet vil det bli vurdert om lovgiver med den nye vergemålsloven brakte norsk rett i samsvar med CRPD. Det ble i punkt 3.5 ovenfor konkludert med at det er en betydelig mulighet for at art. 12 ikke tillater fratakelse av rettslig handleevne. Problemstillingen i det følgende er om vgml. § 22 tillater vergemål med fratakelse av rettslig handleevne.

Det er ikke tvilsomt at vgml. § 22 første ledd jf. § 20 første ledd etter en objektiv ordlydsfortolkning tillater fratakelse av rettslig handleevne på grunnlag av nedsatt funksjonsevne. Grunnvilkåret i § 20 første ledd er knyttet til personens fysiske eller psykiske

¹¹¹ Ot.prp.nr. 110 (2008–2009) s. 42 og s. 59.

tilstand, ved at det stilles krav om «(...) sinnslidelse, herunder demens, psykisk utviklingshemming, rusmiddelmisbruk, alvorlig spilleavhengighet eller alvorlig svekket helbred (...)».¹¹² I tillegg kreves det at tilstanden har til følge at vedkommende «(...) ikke er i stand til å ivareta sine interesser (...)», jf. § 20 første ledd. Etter ordlyden er det klart at bestemmelsen forskjellsbehandler mennesker med funksjonsnedsettelse sammenliknet med mennesker uten funksjonsnedsettelse.

Ved siden av de grunnleggende vilkår for opprettelse av vergemål etter § 20 første ledd, oppstiller § 22 særskilte vilkår for vergemål med fratakelse av rettslig handleevne. Vilkårene for fratakelse av den rettslige handleevnen i økonomiske forhold er etter § 22 andre ledd at det må være «(...) *nødvendig* for å hindre at han eller hun utsetter sin formue eller andre økonomiske interesser for fare for å bli *vesentlig forringet*, eller han eller hun blir utnyttet økonomisk på en *utilbørlig måte*». (Uthevet her) Fratakelse av rettslig handleevne i personlige forhold reguleres i § 22 tredje ledd. Vilkårene er at det må være «(...) *betydelig fare* for at han eller hun vil handle på en måte som i *vesentlig grad* vil være egnet til å skade hans eller hennes interesser». (Uthevet her)

Etter ordlyden stilles det strenge krav for fratakelse av rettslig handleevne. Også i praksis er terskelen høy.¹¹³ At det etter § 21 tredje ledd annet punktum gjelder et krav om at vergemålet ikke skal «(...) gjøres mer omfattende enn nødvendig», må innebære at fratakelse av rettslig handleevne bare skal vedtas dersom andre tiltak er utilstrekkelige. Som nevnt i innledningen var det per 18.9.2017 bare 203 personer som var under vergemål med fratakelse av rettslig handleevne. Tallet illustrerer at selv om vgml. § 22 etter sin ordlyd åpner for fratakelse av rettslig handleevne, er ikke dette en hjemmel som benyttes i stor utstrekning.

Selv om ordlyden i § 22 objektivt sett tillater fratakelse av rettslig handleevne, må den i tråd med presumsjonsprinsippet som utgangspunkt tolkes i samsvar med CRPD art. 12. Vurderingstema i det følgende er om presumsjonsprinsippet får til følge at hjemmelen for fratakelse av rettslig handleevne i vgml. § 22 må bortfortolkes.

¹¹² Sande, Linge og Rasmussen (2017) s. 200.

¹¹³ HR-2016-2591-A (81).

Innholdet i og rekkevidden av presumsjonsprinsippet er redegjort for i punkt 2.1 ovenfor. Fordi art. 12 beskytter borgerne mot inngrep fra det offentlige, er presumsjonsprinsippet av særlig stor betydning.

Rekkevidden av presumsjonsprinsippet begrenses for det første dersom lovgiver klart har gitt uttrykk for at en eventuell motstrid med folkeretten skal være uten betydning ved tolkingen av den norske regelen. For det andre kan ikke presumsjonsprinsippet begrunne en tolkning av norske regler som medfører at den norske regelen tilsidesettes og blir uten innhold.

I forbindelse med ratifikasjonen av CRPD avga Norge som nevnt i punkt 3.1 en tolkningserklæring. I erklæringen ble det gitt uttrykk for Norges forståelse av innholdet i art.12. Høyesterett konkluderte i HR-2016-2591-A med at tolkningserklæringen får til følge at vergemålsloven må gjelde foran CRPD. Høyesterett uttalte:

«Selv om det i mangel av en sluttbehandling [av Meld.St. 39 (2015–2016)] ennå ikke foreligger noe lovgiversyn på motstriden mellom vergemålslovens og konvensjonens løsning på det aktuelle punktet, er det ingen tvil om hva som har vært lovgivers forutsetninger ved vedtakelsen av vergemålsloven.»¹¹⁴

Høyesterett erkjente med dette at lovgiver ikke har uttalt seg om konsekvensene av en eventuell motstrid, som i utgangspunktet er avgjørende for om norsk rett skal gis forrang. I lys av dette er Høyesteretts begrunnelse for sin konklusjon etter min vurdering kortfattet. Av denne grunn vil spørsmålet om tolkningserklæringen medfører at regelen i vgml. § 22 må gå foran CRPD art. 12, bli drøftet noe mer utførlig i det følgende. Avgjørende er om lovgiver klart har gitt uttrykk for at norsk rett skal ha forrang, eventuelt at lovbestemmelsen ellers vil være uten innhold.

Tolkingserklæringen i Prop.106 S (2011–2012) gir uttrykk for norske myndigheters forståelse av innholdet i art. 12. Konsekvensene dersom art. 12 viser seg å ha et annet innhold enn det norske myndigheter tillegger bestemmelsen, og det dermed er motstrid mellom vgml

¹¹⁴ HR-2016-2591-A (63). Stortingsmeldingen er nå behandlet, men gir ikke uttrykk for lovgivers syn på en eventuell motstrid, jf. Innst.161 S (2016–2017) og <https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Saker/Sak/?p=64553>.

§ 22 og CRPD art. 12, er overhodet ikke berørt. Heller ikke i forarbeidene til vergemålsloven er det sagt noe om at loven skal gå foran CRPD ved en eventuell motstrid.¹¹⁵ Etter både vedtakelsen av vergemålsloven og avgivelsen av tolkningserklæringen har innholdet i art. 12 blitt nærmere klarlagt gjennom blant annet General Comment No. 1. Norske myndigheter har heller ikke etter dette har gitt tydelig uttrykk for at vergemålsloven skal ha forrang ved en eventuell motstrid. Dette taler mot at vergemålslovens løsning må legges til grunn foran CRPD.

Rt. 2000 s. 1811 «Finanger» gjaldt krav om erstatning etter bilansvarsloven. Ett av spørsmålene for Høyesterett var hvilken betydning EØS-direktivene om motorvognforsikring skulle ha for tolkningen av bilansvarsloven. Som i forarbeidene til vergemålsloven, hadde lovgiver heller ikke i forarbeidene til bilansvarsloven gitt eksplisitt uttrykk for at den norske regelen skulle gå foran den folkerettslige regelen ved en eventuell motstrid. Lovgiver hadde, etter å ha vurdert forholdet til EØS-direktivene, besluttet at de norske reglene var i tråd med EØS-direktivene og skulle stå uendret. Dette var ifølge Høyesterett tilstrekkelig til at den norske regelen måtte legges til grunn. Høyesterett uttalte:

«Når lovgiveren i dette tilfellet valgte å opprettholde bestemmelsen uendret for passasjerenes vedkommende, kan jeg ikke se at domstolene likevel kan legge til grunn at bestemmelsen ikke gjelder. Ordlyden i bilansvarsloven § 7 tredje ledd bokstav b setter etter min mening en grense for anvendelsen av presumsjonsprinsippet.»¹¹⁶

Ordlyden i vgml. § 22 gir ikke rom for andre tolkningsresultater enn at bestemmelsen tillater fratakelse av rettslig handleevne. Dersom bestemmelsen skal tolkes i tråd CRPD med art. 12, vil dette medføre at den norske regelen blir helt uten innhold. Som i Finanger-dommen setter altså ordlyden en grense for anvendelsen av presumsjonsprinsippet ved tolkningen av vergemålsloven, selv om lovgiver ikke eksplisitt har uttalt seg om konsekvensene av en eventuell motstrid.

¹¹⁵ Ot.prp.nr. 110 (2008–2009).

¹¹⁶ Rt. 2000 s. 1811 (s. 1831).

Løsningen er dermed at Høyesteretts avgjørelse i HR-2016-2591-A følges, og vgml. § 22 legges til grunn foran CRPD art. 12. Verken ordlyden i vgml. § 22 eller andre rettskilder gir anvisning på at bestemmelsen kan tolkes på noen annen måte enn at den tillater fratakelse av rettslig handleevne.

Som konkludert med i punkt 3.5 ovenfor, er det sannsynlig at art. 12 ikke tillater fratakelse av rettslig handleevne. Vgml. § 22 er dermed mest sannsynlig ikke i samsvar med Norges folkerettslige forpliktelser etter CRPD art. 12.

5 Rettslige konsekvenser av motstrid mellom CRPD art. 12 og vergemålsloven § 22

5.1 Innledning

Som konkludert med i forrige kapittel, er vgml. § 22 mest sannsynlig ikke i samsvar med CRPD art. 12. Forutsatt at det må konstateres at det er motstrid, er det interessant å vurdere hvilke rettslige konsekvenser det har, både folkerettslig og internt.

Først vil det bli redegjort for utgangspunktene.

Internrettslig står lovgiver fritt til å gi de lover den ønsker. Som det ble konkludert med under forrige punkt, må norske domstoler og andre rettsanvendere følge lovgivers vilje og legge den norske regelen i vgml. § 22 til grunn. De lege lata har motstriden ingen betydning internrettslig. Vgml. § 22 gir hjemmel til å fatte vedtak om vergemål med fratakelse av rettslig handleevne, selv om dette ikke er tillatt etter CRPD.¹¹⁷ Hvilken betydning motstriden bør få for intern rett de lege ferenda, vil jeg komme tilbake til nedenfor i kapittel 6.

Folkerettslig innebærer nasjonalstatens ratifikasjon av en internasjonal konvensjon en plikt til å etterleve konvensjonens regler. I CRPD er dette eksplisitt kommet til uttrykk i art 4. Etter art. 4 nr. 1 (a) plikter medlemsstatene å innføre hensiktsmessig lovgivning for å implementere rettighetene etter konvensjonen. Etter art. 4 nr. 1 (d) plikter statene å avstå fra praksis som strider med konvensjonen, og å sørge for at offentlige myndigheter opptrer i tråd med

¹¹⁷ HR-2016-2591-A (63) og (71).

konvensjonen. Sannsynligvis bryter dermed Norge folkeretten både ved at vgml. § 22 ikke er i samsvar med CRPD art. 12, og at domstolene fatter vedtak om fratakelse av rettslig handleevne. At Norge har avgitt en tolkningserklæring, endrer i utgangspunktet ikke dette.¹¹⁸

Folkerettslig er konsekvensen av folkerettsbrudd først og fremst at Norge plikter å bringe vgml. § 22 og praksis etter denne i samsvar med CRPD art. 12. Reglene om statsansvar kan også komme til anvendelse. Da dette er et komplekst folkerettslig emne, og det neppe er særlig praktisk relevant for Norges eventuelle brudd på CRPD, går jeg ikke nærmere inn på disse reglene.

Det kan spørres om Norges tolkningserklæring i Prop.106 S (2011–2012) i realiteten må anses som en reservasjon mot art. 12. En gyldig reservasjon innebærer, i motsetning til en tolkningserklæring, at den reserverende stat unntas fra den eller de aktuelle bestemmelse(r), jf. VCLT art. 21 nr. 1 (a). For det tilfelle at Norges tolkningserklæring skal forstås som en reservasjon, vil ikke motstriden mellom vgml. § 22 og CRPD art. 12 innebære folkerettsbrudd.

5.2 Må Norges tolkningserklæring i Prop.106 S (2011–2012) forstås som en reservasjon mot CRPD art. 12?

I 2015 avga Kjetil Mujezinović Larsen en utredning til Utenriksdepartementet om konsekvensene ved en eventuell norsk tilslutning til den valgfrie tilleggsprotokollen til CRPD. I en fotnote til sin redegjørelse for Norges tolkningserklæring til CRPD skriver han: «Under arbeidet med denne utredningen har jeg mottatt innspill om at Norges tolkningserklæring i realiteten må anses som en reservasjon.»¹¹⁹ I utredningen drøftes ikke dette nærmere, og spørsmålet om tolkningserklæringen skal forstås som en reservasjon blir stående åpent. Dette gjør det relevant å reise spørsmålet i denne oppgaven.

Først må det avklares om det er adgang til å avgi reservasjoner mot forbudet mot fratakelse av rettslig handleevne i CRPD art. 12.

¹¹⁸ Rapport fra ILCs 63. samling s. 44 punkt 4.7.1 nr. 1 første setning.

¹¹⁹ Mujezinović Larsens utredning s. 44.

I CRPD art. 46 nr. 1 heter det: «Reservations incompatible with the object and purpose of the present Convention shall not be permitted.» Bestemmelsen forutsetter at statene har adgang til å reservere seg mot enkelte av konvensjonens bestemmelser. Vilkåret er at reservasjonen ikke er «uforenlig med denne konvensjons formål og hensikt».¹²⁰

Første spørsmål er om en reservasjon mot forbudet mot fratakelse av rettslig handleevne i CRPD art. 12 er «uforenlig» med CRPDs «formål og hensikt».

Ordlyden «uforenlig» med CRPDs «formål og hensikt» forstås naturlig slik at det ikke kan tas reserverasjoner som åpner for nasjonal lovgivning som står i motstrid med CRPDs formål.

Adgangen til å gi reserverasjoner må etter ordlyden omfatte reserverasjoner mot mindre sentrale bestemmelser, som ikke hindrer konvensjonens effektive oppnåelse av formålet. Dette er i samsvar med The International Law Commission (ILC) sin definisjon av vilkåret.¹²¹

Støtte for ordlydsfortolkningen finnes i juridisk teori. I en kommentar til CRPD er art. 46 nr. 1 forstått slik at den forbyr generelle reserverasjoner og reserverasjoner som svekker konvensjonens effektivitet.¹²²

Rettslig handleevne er en grunnleggende og sentral rettighet. Å ha sin rettslige handleevne i behold er en forutsetning for oppfyllelsen av flere andre rettigheter etter CRPD, herunder art. 5 (om likhet og ikke-diskriminering) og art. 13 (tilgang til rettssystemet). Reserverasjoner mot art. 12 vil kunne svekke oppfyllelsen av disse rettighetene, og dermed effektiviteten av konvensjonen som helhet. I tillegg svekkes til dels oppnåelsen av konvensjonens formål om verdighet og beskyttelse av menneskerettighetene, jf. punkt 3.2 ovenfor. Ordlyden i art. 46 nr. 1 trekker dermed i retning av at reserverasjoner mot forbudet mot fratakelse av rettslig handleevne er «uforenlig» med CRPDs «formål og hensikt».

Både Canada og Singapore har reservert seg mot CRPD art. 12. Om substitute decision making heter det i Canadas reserverasjon at «(...) Canada reserves the right to continue their

¹²⁰ Uoffisiell norsk oversettelse av CRPD art. 46 nr. 1.

¹²¹ Rapport fra ILCs 63. samling s. 36 punkt 3.1.5.

¹²² Valentina Della Fina, Rachelle Cera og Giuseppe Palmisano (red.), *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: A Commentary*, Cham 2017 s. 694.

use [of substitute decision making] (...)». Singapore forbeholdt seg retten til å «(...) continue to apply its current legislative framework (...)».¹²³ Formuleringene innebærer at statene forbeholder seg retten til fratakelse av rettslig handleevne.

Både CRPD-komiteen og medlemsstatene har adgang til å bestride reservasjoner mot bestemmelser i CRPD.¹²⁴ Verken CRPD-komiteen eller noen av medlemsstatene har så vidt vites bestridt reservasjonene mot art. 12.¹²⁵

Avgjørende for konklusjonen er at både CRPD-komiteen og medlemsstatene har akseptert reservasjonene mot art. 12. Når verken organet som tolker konvensjonen autoritativt eller de øvrige medlemsstatene har bestridt reservasjonene, taler dette tungt for at reservasjoner mot forbudet mot fratakelse av rettslig handleevne i art. 12 er forenlig med CRPDs formål og hensikt.

Dernest er spørsmålet om Norges tolkningserklæring til CRPD i realiteten er en reservasjon mot art. 12. Alternativet er at den må anses som nettopp en tolkningserklæring, som ikke gir Norge fritak fra sine folkerettslige forpliktelser etter bestemmelsen.

Begrepet «reservation» defineres slik i VCLT art. 2 (d):

«(...) a unilateral statement, however phrased or named, made by a State, when signing, ratifying, accepting, approving or acceding to a treaty, whereby it purports to exclude or to modify the legal effect of certain provisions of the treaty in their application to that State».

Ordlyden «however phrased or named» forstås naturlig slik at det ikke er et krav at staten eksplisitt gir uttrykk for at det dreier seg om en reservasjon. Avgjørende for om en uttalelse er

¹²³ Erklæringer og reservasjoner til CRPD.

¹²⁴ Rapport fra ILCs 63. samling s. 30 punkt 2.6.2.

¹²⁵ Erklæringer og reservasjoner til CRPD. Se også komiteens svar til Canadas rapport punkt A (2). Komiteen spurte der om Canada planla å trekke sin reservasjon, men ikke med den begrunnelse at reservasjonen er ugyldig.

å anse som en reservasjon eller en tolkningserklæring, er forfatterens hensikt.¹²⁶ Ordvalget eller navnet på uttalelsen gir likevel indikasjoner på hva som er ment oppnådd.¹²⁷

Utenriksdepartementets egen angivelse er at det dreier seg om en «tolkningserklæring».¹²⁸ Dette gir indikasjoner på at uttalelsen ikke var ment å være noe annet enn nettopp en erklæring.

Under FNs egen oversikt over reservasjoner og erklæringer til CRPD, er Norges tolkningserklæring klassifisert som en erklæring.¹²⁹ At både Utenriksdepartementet og FN anser uttalelsen som en tolkningserklæring, danner et klart utgangspunkt for den videre drøftelse. Det må kreves særlige holdepunkter for at hensikten likevel var å avgi en reservasjon.

At norske myndigheter fant det nødvendig å gi uttrykk for sitt syn på innholdet i art. 12, indikerer at man forutså at norsk lovgivning potensielt stod i et problematisk forhold til bestemmelsen. Det kan derfor hevdes at uttalelsen om Norges forståelse av art. 12 implisitt gir uttrykk for at Norge hadde til hensikt å legge den norske regelen til grunn, uansett hvilket innhold art. 12 senere ville vise seg å ha. Dette taler for at Norges hensikt var å reservere seg mot et eventuelt forbud mot fratakelse av rettslig handleevne.

En slik hensikt har imidlertid ikke kommet eksplisitt til uttrykk, verken i Prop.106 S (2011–2012) s. 15, hvor erklæringen var inntatt, eller senere. Foruten de innspill Mujezinović Larsen mottok under sitt arbeid med utredningen, er det i det hele tatt vanskelig å finne konkrete holdepunkter for at Norge mente å avgi en reservasjon. Det vites ikke hvor eller fra hvem Mujezinović Larsen har fått disse opplysningene, eller mer konkret hva opplysningene gikk ut på. Det kan derfor ikke legges særlig vekt på disse.

De statene som har reservert seg mot bestemmelser i CRPD, har ordlagt seg vesentlig annerledes enn i den norske erklæringen. Typiske fraser er «the provisions shall not apply»,

¹²⁶ Rapport fra ILCs 63. samling s. 21 punkt 1.3.

¹²⁷ Op.cit. s. 21 punkt 1.3.2.

¹²⁸ Prop.106 S (2011–2012) s. 15.

¹²⁹ Erklæringer og reservasjoner til CRPD.

«does not consider itself bound» eller «reserves its right». ¹³⁰ Norges uttalelse om at «Norge erklærer dets forståelse (...)» er lite sammenliknbar. Dette trekker i retning av at tolkningserklæringen ikke er en reservasjon.

Avgjørende for konklusjonen er at det ikke finnes tilstrekkelige holdepunkter for å fravike Utenriksdepartementets egen angivelse av at det dreier seg om en tolkningserklæring. Det er ikke grunnlag for å konkludere med at Norges hensikt var å reservere seg mot art. 12, og uttalelsen i Prop.106 S (2011–2012) må etter dette anses som en tolkningserklæring. Den rettslige konsekvensen av dette er først og fremst at Norge er bundet av art. 12, og plikter å bringe norsk lov og praksis i samsvar med bestemmelsen.

6 Rettspolitiske betraktninger

I innledningen ble det gitt uttrykk for at ett av formålene med denne oppgaven er å gi et bidrag til de rettspolitiske spørsmålene som oppstår dersom vgml. § 22 ikke er i samsvar med CRPD art. 12. I dette kapitlet vil et slikt bidrag bli forsøkt gitt.

For det første vil det bli vurdert om det er en god løsning at art. 12 sannsynligvis ikke tillater fratakelse av rettslig handleevne. Deretter vil det bli redegjort for Norges handlingsalternativer som følge av en eventuell motstrid mellom vgml. § 22 og CRPD art. 12. Til slutt vil det bli gitt noen betraktninger om CRPD og CRPD-komiteens framtid.

Den klare og store hovedregel må være at alle over 18 år, uavhengig av funksjonsnivå, har rettslig handleevne. Dette kan begrunnes med at retten til selvbestemmelse er helt grunnleggende for menneskets frihet og verdighet. Prinsipielt er det også en god regel at en funksjonsnedsettelse, eller konsekvensene av denne, aldri skal kunne gi grunnlag for fratakelse av rettslig handleevne.

Etter min vurdering er det likevel i enkelte tilfeller behov for å la hensynet til beskyttelse veie tyngre enn hensynet til selvbestemmelse, og tillate fratakelse av rettslig handleevne. Et eksempel på et slikt tilfelle kan være en person med sterke vrangforestillinger, som på bakgrunn av såkalte «Nigeriabrev» overfører store summer til utenlandske kontoer.

¹³⁰ Erklæringer og reservasjoner til CRPD.

Overføringene finansieres gjennom bank- og kredittlån, samt vedkommendes og ektefellens felles oppsparte midler. Dette medfører at ektefellens økonomi fullstendig ødelegges, og i verste fall mister de sin bolig.¹³¹ I slike situasjoner vil økonomisk veiledning være utilstrekkelig. Fratakelse av rettslig handleevne er det eneste tiltak kan beskytte personen mot å foreta disposisjoner som kan medføre stor skade for den selv og dens nærmeste familie.

Fratakelse av rettslig handleevne bør aldri begrunnes i en funksjonsnedsettelse i seg selv, men i personens manglende evne til å ivareta sine interesser på en forsvarlig måte. Idet et slikt vurderingstema oppstilles, sies det også implisitt at visse handlinger er mer akseptable enn andre. Det oppstilles en forventning fra samfunnet om et visst handlingsmønster. De som i størst grad avviker fra dette, blir ansett å mangle evne til å ivareta egne interesser. De fleste personene dette dreier seg om, vil sannsynligvis oppleve fratakelsen av rettslig handleevne som stigmatiserende og nedverdiggende. Det er ingen optimal situasjon, men et nødvendig onde for at en stat skal kunne ivareta borgerens grunnleggende rettigheter, herunder rett til helsehjelp, frihet fra misbruk og utnyttelse og rett til en tilfredsstillende levestandard.

Samtidig vil jeg hevde at fratakelse av rettslig handleevne på lang sikt kan bidra til et mer verdig liv. Et eksempel på dette kan være at tvungen økonomistyring bidrar til en mer bærekraftig økonomi, slik at vedkommende ikke blir avhengig av offentlige ytelser i større grad enn nødvendig. Et annet eksempel er at det kan ytes helsehjelp som kan øke vergehavers livskvalitet og evne til å klare seg selv i hverdagen.

Det kan argumenteres for at det bør være opp til den enkelte å beslutte om vedkommende vil hevde og realisere sine menneskerettigheter. Dersom en person for eksempel ikke ønsker helsehjelp, bør det da være en menneskerett for denne å kunne nekte å motta hjelp? Mot dette vil jeg anføre at det for en person med sterkt nedsatt funksjonsevne kan være vanskelig å ta et rasjonelt og veloverveid valg.

En manglende adgang til å frata rettslig handleevne vil kunne få store konsekvenser og innebære et betydelig skadepotensiale. For eksempel vil en persons beslutning om å si nei til livreddende behandling måtte respekteres, uavhengig av om personen er dement eller

¹³¹ Dette var sakens faktiske bakgrunn i LA-2015-48642.

psykotisk.¹³² På samme måte vil en persons gjeldsstiftelse for å finansiere irrasjonelle kjøp i maniske perioder måtte aksepteres, selv om dette medfører at vedkommende og familien mister sin bolig til kreditorer. Dette er etter mitt syn et dårligere alternativ enn en snever adgang til fratakelse av rettslig handleevne i de mest nødvendige tilfeller.

I forlengelsen av en manglende adgang til fratakelse av rettslig handleevne, oppstår mange vanskelige problemstillinger. Må reglene om tilregnelighet og særlige straffereaksjoner basert på diagnoser avskaffes? Er tvangsinnleggelse og tvangsmedisinering ikke lenger lovlige tiltak? Må overgrep mot personer med psykiske lidelser eller psykisk utviklingshemming avkriminaliseres fordi personene har samtykkekompetanse? Dette er bare tre av mange spørsmål som oppstår dersom det ikke er adgang til fratakelse av rettslig handleevne. Disse spørsmålene og andre ringvirkninger synes i liten grad gjennomtenkt, verken under forberedelsen av CRPD eller ved CRPD-komiteens håndhevelse av konvensjonen.

Slik CRPD art. 12 er mest nærliggende å forstå, svekker den statens muligheter til å beskytte sine borgere. Etter mitt syn kan bestemmelsen sette mennesker med nedsatt funksjonsevne i en verre situasjon enn før vedtakelsen av konvensjonen. Oppsummert er mitt poeng at det ikke bør være et absolutt forbud mot fratakelse av rettslig handleevne. Fratakelse bør være tillatt, ikke som et lettvint og ressursbesparende tiltak, men som et siste middel og etter klare og strenge retningslinjer.

Jeg går så over til å vurdere Norges handlingsalternativer dersom det må konstateres at vgml. § 22 ikke er i samsvar med CRPD art. 12.

Etter VCLT art. 19 kan statene bare avgi reservasjoner ved tiltredelsen til eller ratifikasjonen av en konvensjon. Det er derfor ikke aktuelt for Norge å reservere seg mot CRPD art. 12 på dette tidspunkt, med mindre vi trer ut av konvensjonen og deretter blir part på nytt. Dette er en omstendelig prosess, og etter mitt syn lite realistisk.

Norge har etter min vurdering tre handlingsalternativer.

¹³² Paul S. Appelbaum, «Protecting the Rights of Persons With Disabilities: An International Convention and Its Problems», *Psychiatric Services* Vol. 67 (4) 2016 s. 366–369 (s. 367).

Det første alternativet er å endre vgml. § 22 slik at den bringes i samsvar med CRPD art. 12. Dette innebærer å fjerne hjemmelen for vergemål med fratakelse av rettslig handleevne i vgml. § 22 jf. § 20 første ledd. Det vil ikke være tilstrekkelig å fjerne grunnvilkåret om sinnslidelse etc. Tilleggsvilkåret om manglende evne til å ivareta egne interesser vil i praksis diskriminere mennesker med funksjonsnedsettelse. Dette er som konkludert med i punkt 3.5 ovenfor, sannsynligvis ikke tillatt etter art. 12.

Som det fremgår av det jeg har sagt ovenfor i dette kapitlet, er jeg skeptisk til om CRPDs regulering av rettslig handleevne er den mest hensiktsmessige. Etter min mening bør derfor ikke vgml. § 22 endres slik at den samsvarer med CRPD art. 12. Ut fra de signaler lovgiver så langt har sendt, blant annet gjennom tolkningserklæringen i Prop.106 S (2011–2012), må en lovendring uansett antas å være et lite reelt alternativ.

For det andre er det et alternativ at Norge trer ut av CRPD. Dette er det adgang til etter CRPD art. 48.

Å tre ut av en folkerettslig konvensjon er et svært drastisk skritt, som antakelig vil få langt større ringvirkninger enn at Norge ikke lenger er bundet av CRPDs bestemmelser. Dersom Norge trer ut, vil det sende politiske signaler om at rettighetene til mennesker med funksjonsnedsettelse ikke er prioritert. Dette vil kunne svekke konvensjonens betydning internasjonalt og internt i andre land. Dette gjelder med styrke fordi Norge skal være et foregangsland på menneskerettighetenes område.

Den tredje løsningen, og sannsynligvis også den mest realistiske, er at Norge fortsetter å være part i CRPD og lar vgml. § 22 stå som den er. Dette innebærer at Norge bryter folkeretten, noe som er lite ønskelig. Sammenliknet med de to ovennevnte alternativ finner jeg likevel denne løsningen mest hensiktsmessig.

Dette kan for det første begrunnes med at hjemmelen for å opprette vergemål med fratakelse av rettslig handleevne brukes i begrenset grad. Det er derfor ikke i mange praktiske tilfeller at Norge bryter folkeretten.

For det andre er CRPD en viktig konvensjon for en utsatt gruppe mennesker. At Norge er part i konvensjonen, sender politiske signaler om rettighetene til disse menneskene og viktigheten av å ivareta rettighetene. Å begå enkelte, mindre grove folkerettsbrudd, er etter mitt syn bedre

for den rettslige posisjonen til mennesker med funksjonsnedsettelse enn at Norge trer ut av konvensjonen for å unngå folkerettsbrudd.

For det tredje har norske myndigheter etter min mening evnet å balansere hensynet til selvbestemmelse og beskyttelse av individet på en god måte ved utformingen av vgml. § 22 jf. § 20 første ledd. Sammenholdt med at reguleringen av rettslig handleevne i art. 12 ikke er den beste, og at Norges syn på behovet for å kunne frata rettslig handleevne deles av mange av medlemsstatene til CRPD, finner jeg at dette kan begrunne at Norge bør la vgml. § 22 bestå som den er, og samtidig være part i CRPD.

Dette handlingsalternativet bør kombineres med et aktivt arbeid for å endre innholdet i art. 12, slik at Norge på sikt unngår å bryte folkeretten. Å endre konvensjonsteksten er omstendelig og vanskelig å få til. Sannsynligvis er den mest farbare veg å arbeide for å endre komiteens forståelse av art. 12. Det er ingenting i veien for at CRPD-komiteen endrer oppfatning eller modifierer sine tidligere uttalelser om art. 12. Ordlyden utelukker ikke at fratakelse av rettslig handleevne kan tillates. Dersom komiteen i fremtiden tolker art. 12 slik at den åpner for fratakelse, kan det være tilstrekkelig til å endre innholdet i bestemmelsen de lege lata.

Avslutningsvis vil jeg knytte noen rettspolitiske betraktninger til CRPD og CRPD-komiteens fremtid.

CRPD skulle som nevnt representere et «paradigmeskifte» i synet på mennesker med nedsatt funksjonsevne. Det er uten tvil en modig utformet konvensjon, som sender tydelige politiske og rettslige signaler om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne. Dessverre etterlevs konvensjonen fortsatt i varierende grad i mange land.¹³³ Dette gjelder særlig de land hvor behovet for endring var aller størst. «Paradigmeskiftet» har derfor ikke blitt en fullstendig realitet.

Mye av grunnen til dette er nok at CRPD regulerer et område som har tilknytning til etablerte samfunnsstrukturer og menneskesyn. Slike forhold tar tid å endre. I tillegg kreves store økonomiske og menneskelige ressurser for å likestille mennesker med funksjonsnedsettelse

¹³³ Se forskningsresultatene fra SINTEF publisert på <https://gemini.no/2016/12/vei-fattigdommen-funksjonshemmede/>.

med mennesker uten funksjonsnedsettelse. Dette er ressurser mange land mangler, og hvor endringene vil måtte skje i sammenheng med den øvrige økonomiske og samfunnsmessige utviklingen.

I tillegg kan medlemsstatenes manglende anerkjennelse av CRPD-komiteens tolkninger bidra til en mindre effektiv oppfyllelse av konvensjonen. Det er i stor grad komiteen som klarlegger konvensjonens innhold. Dersom ikke deres tolkninger vektlegges av statene, vil det være mer utfordrende for statene å fastlegge hvor langt deres forpliktelser rekker, og å etterleve konvensjonen fullt ut.

Etter mitt syn er det grunn til å stille spørsmål ved om komiteens sammensetning er heldig, og om endringer bør tilsiktes ved neste valg av komitémedlemmer. Det er mulig jurister bør utgjøre en noe større andel av medlemmene. I alle fall bør færre av komiteens medlemmer ha funksjonsnedsettelse eller tilknytning til interesseorganisasjoner for mennesker med funksjonsnedsettelse. På den måten kan en eventuell mistanke om subjektivitet minskes. Det er medlemstatene selv som nominerer komitémedlemmer, jf. CRPD art. 34 nr. 4. En sammensetning som statene anser mer legitim, bør derfor være mulig å oppnå.

En endring i komiteens sammensetning kan bidra til at CRPD tolkes, håndheves og utvikles bedre i samsvar med medlemsstatenes forutsetninger og mål. At medlemsstatene ønsker å oppfylle sine folkerettslige forpliktelser fordi de mener at reglene er hensiktsmessige, er helt grunnleggende for effektive menneskerettskonvensjoner, også CRPD. I tillegg vil dette bidra til å flytte fokuset fra diskusjonene omkring komiteen og innholdet i art. 12 over på de positive sidene ved CRPD. I de deler av verden hvor mennesker med funksjonsnedsettelse regelmessig diskrimineres og misbrukes, kan konvensjonen danne grunnlag for store endringer i deres liv.

Kildeliste

Lover

Lov 21. mai 1999 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (Menneskerettsloven – mrl.).

Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (Tvisteloven – tvl.).

Lov 26. mars 2010 nr. 9 om vergemål (Vergemålsloven – vgml.).

Konvensjoner

Statute for the International Court of Justice (ICJ) 26. juni 1945.

Vienna convention on the Law of Treaties (VCLT) 23. mai 1969.

Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD) med valgfri protokoll 13. desember 2006.

Forarbeider

Ot.prp.nr. 79 (1991–1992) *Om lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS), mv.*

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.*

Meld.St. 39 (2015–2016) *Individklageordningene til FNs konvensjoner om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, barnets rettigheter og rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne.*

NOU 2016:17 *På lik linje: Åtte løft for å realisere grunnleggende rettigheter for personer med utviklingshemming.*

Innst.161 S (2016–2017) *Innstilling fra utenriks- og forsvarskomiteen om Individklageordningene til FNs konvensjoner om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, barnets rettigheter og rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne.*

Rettsavgjørelser

Internasjonale domstoler

Libyan Arab Jamahiriya v. Chad, International Court of Justice, 3. februar 1994.

Costa Rica v. Nicaragua, International Court of Justice, 13. juli 2009.

Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), International Court of Justice, 30. november 2010.

Ibrahim and others v. Great Britain, European Court of Human Rights, 13. september 2016.

Høyesterett

Rt. 2000 s. 1811

Rt. 2008 s. 513

Rt. 2008 s. 1789

Rt. 2015 s. 1388

HR-2016-2554-P

HR-2016-2591-A

HR-2017-275-A

Lagmannsrettene

LA-2015-48642

Litteratur

Appelbaum, Paul S, «*Protecting the Rights of Persons With Disabilities: An International Convention and Its Problems*», *Psychiatric Services* Vol. 67 (4) 2016, s. 366–369.

Bratholm, Anders, *Umyndige personer*, Oslo, 1969.

Bårdsen, Arnfinn, «*Betydningen i norsk rett av FN-komiteenes uttalelser i individuelle klagesaker*», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2–3/2017, s. 160–187.

Della Fina, Valentina, Cera, Rachele og Palmisano, Giuseppe (red.), *The United Nations convention on rights of persons with disabilities: A commentary*, Cham, 2017.

Fauchald, Ole Kristian og Tuseth, Bård Sverre, *Global and Regional Treaties*, Oslo, 2012.

Gardiner, Richard, *Treaty interpretation*, Oxford, 2008.

Horn, Thomas, *Fullstendig isolasjon ved fare for bevisforspillelse: Rettspolitiske vurderinger*, Oslo, 2015.

Rosenne, Shabtai, *The Law and Practice of the International Court 1920–2005: Volume III Procedure*, Leiden/Boston, 2006.

Ruud, Morten og Ulfstein, Geir, *Innføring i folkerett*, 4. utgave, Oslo, 2011.

Sande, Eldbjørg, Linge, Trine Eli og Choon Rasmussen, Mona, *Vergemålsloven og utlendingsloven kapittel 11 A med kommentarer*, Oslo, 2017.

Simma, Bruno, «*Human Rights Before the International Court of Justice: Community Coming to Life?*», i *The Development of International Law by the International Court of Justice*, Oxford 2014, s. 302–327.

Ulfstein 2012 - Ulfstein, Geir, «*Den rettslige betydningen av avgjørelser fra menneskerettslige konvensjonsorganer*», *Lov og Rett* 9/2012, s. 552–570.

Ulfstein 2016 - Ulfstein, Geir, «*Høyesteretts anvendelse av traktatorganers tolkningspraksis*», *Lov og rett* 7/2016, s. 395–404.

Villiger, Mark Eugen, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden/ Boston, 2009.

Andre kilder

A/RES/68/268.

United Nations General Assembly, «Strengthening and enhancing the effective functioning of the human rights treaty body system», A/RES/68/268, 9. april 2014, http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/68/268 (Sist besøkt: 9.11.2017).

Brev fra ad-hoc-komiteens leder.

MacKay Don, «Letter dated 7 October 2005 from the Chairman to all members of the Committee», A/AC.265/2006/1, 14. oktober 2005, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/555/12/PDF/N0555512.pdf?OpenElement> (Sist besøkt: 10.10.2017).

Danmarks svar til «list of issues».

Committee on the Rights of Persons with Disabilities, «Replies of Denmark to the list of issues», CRPD/C/DNK/Q/1/Add.1, 15. juli 2014, http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2FC%2FDNK%2FQ%2F1%2FAdd.1&Lang=en (Sist besøkt: 23.11.2017).

Erklæringer og reservasjoner til CRPD.

United Nations Treaty Collection, «15. Convention on the Rights of Person with Disabilities», https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-15&chapter=4&lang=en (Sist besøkt: 2.11.2017).

- General Comment No. 1. Committee on the Rights of Persons with Disabilities, «General comment No. 1», 19. mai 2014, CRPD/C/GC/1, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/031/20/PDF/G1403120.pdf?OpenElement> (Sist besøkt: 9.11.2017).
- Generalforsamlingens resolusjon 56/168. United Nations General Assembly, «Comprehensive and integral international convention to promote and protect the rights and dignity of persons with disabilities», 56/168, 19. desember 2001, <http://www.un.org/esa/socdev/enable/disA56168e1.htm> (Sist besøkt: 15.9.2017).
- Harborgs utredning. Harborg, Henning, «Valgfri protokoll til ØSK – mulige virkninger av tilslutning», 16.9.2011, https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/ud/vedlegg/fn/rapport_protokoll.pdf (Sist besøkt: 11.10.2017).
- ILCs årbok fra 1966. United Nations, «Yearbook of the International Law Commission 1966 Volume II», http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1966_v2.pdf (Sist besøkt: 9.11.2017).
- Jungelin v. Sweden. Committee on the Rights of Persons with disabilities, «Communication No. 5/2011», 14. november 2014, CRPD/C/12/D/5/2011, http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2FC%2F12%2FD%2F5%2F2011&Lang=en (Sist besøkt: 9.11.2017).

Komiteens svar til Canadas rapport.

United Nations, «List of issues in relation to the initial report of Canada», CRPD/C/CAN/Q/1, http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2FC%2FCAN%2FQ%2F1&Lang=en (Sist besøkt: 21.11.2017).

Komiteens svar til Danmarks rapport.

Committee on the Rights of Persons with Disabilities, «Concluding observations on the initial report of Denmark», 30. oktober 2014, CRPD/C/DNK/CO/1, http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/DNK/CO/1 (Sist besøkt: 22.11.2017).

Komiteens svar til Sveriges rapport.

Committee on the Rights of Persons with Disabilities, «Concluding observations on the initial report of Sweden», 12. mai 2014, CRPD/C/SWE/CO/1, http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/SWE/CO/1&Lang=En (Sist besøkt: 9.11.2017).

Mujezinović Larsens utredning.

Mujezinović Larsen, Kjetil, «Konsekvenser ved eventuell norsk tilslutning til den valgfrie protokollen om individuell klagerett til FN-konvensjonen om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne», Utredning avgitt til Utenriksdepartementet 28. juli 2015, <https://www.regjeringen.no/contentassets/2812071467a3499d80ed5bbfb1d28580/150728-utredning-om-konsekvenser-ved-tilslutning-til-crpd-protokollen.pdf> (Sist besøkt: 15.9.2017).

- Norges første rapport til CRPD. Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet, «FN konvensjonen om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne (CRPD) – Norges første rapport», <https://www.regjeringen.no/contentassets/d8d611d10d7f4684b7e00f8cf3f1a741/crpd-rapport-2015-0503-versjon-sendt-pa-horing-l311613.pdf> (Sist besøkt: 27.10.2017).
- Oppsummering av diskusjoner 3.2.2006. Rehabilitation International, «UN Convention on the Human Rights of People with Disabilities Ad Hoc Committee - Daily Summaries», Volume 8 no. 15, 3. februar 2006, <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc7sum03feb.htm> (Sist besøkt: 10.10.2017).
- Oppsummering av diskusjoner 18.1.2006. Rehabilitation International, «UN Convention on the Human Rights of People with Disabilities Ad Hoc Committee - Daily Summaries», Volume 8 no. 3, 18. januar 2006, <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc7sum18jan.htm> (Sist besøkt: 10.10.2017).
- Rapport fra ILCs 63. samling. United Nations, «Report of the International Law Commission Sixty-third session (26 April–3 June and 4 July–12 August 2011)», A/66/10, <http://www.un.org/Docs/journal/asp/ws.asp?m=A/66/10> (Sist besøkt: 16.11.2017).
- Rapport fra Sir Humphrey Waldock. Waldock, Sir Humphrey, «Third report on the law of treaties», utdrag fra Yearbook of the International Law Commission: volume II, 1964, http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_167.pdf (Sist besøkt: 15.9.2017).

Rapport fra syvende samling.

Ad Hoc Committee on a Comprehensive and Integral International Convention on the Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities, «Report of the Ad Hoc Committee on a Comprehensive and Integral International Convention on the Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities on its seventh session», 13. februar 2006, A/AC.265/2006/2, <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc7report-e.htm> (Sist besøkt: 9.11.2017).

Rules of procedure.

Committee on the Rights of Persons with Disabilities, «Rules of Procedure», 10. oktober 2016, CRPD/C/1/Rev.1, <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhsksjXFQ9tA2V9GKOYtS6n6VSAruhFogIcVQSIF1iKFogVsSOiQawzgH8gorIhHSjOCS3Kb5B9Xa3X46zo5BSNHW0YmimDyV4sQMrWPy3%2b1GK> (Sist besøkt: 9.11.2017).

Skoghøys foredrag av mars 2016.

Skoghøy, Jens Edvin A., «Hvilken betydning har uttalelser av FNs menneskerettskomité og FNs barnekomité som rettskilder?», foredrag på Nordisk høyesterettsdommerseminar i Oslo 14.–15. mars 2016, <https://www.domstol.no/globalassets/upload/hret/artikler-og-foredrag/betydningen-av-uttalelser-av-menneskeretts--og-barnekomiteen---foredrag.pdf> (Sist besøkt: 5.10.2017).

- Stortingets vedtak om ratifikasjon. Stortinget, «Samtykke til ratifikasjon av FN-konvensjonen om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne», 19. mars 2013, <https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Saker/Sak/?p=52670> (Sist besøkt: 16.11.2017).
- Uoffisiell norsk oversettelse av CRPD. Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet, «Konvensjon om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne», https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/bld/sla/funk/konvensjon_web.pdf (Sist besøkt: 13.10.2017).
- Årsmelding for vergemålsområdet. Statens Sivilrettsforvaltning, «Årsmelding for vergemålsområdet 2016», <https://www.vergemal.no/Images/%C3%85rsmelding%202016%20.pdf?epslanguage=no> (Sist besøkt: 25.10.2017).
- Center for Public Representation, «About SDM: What is supported decision making?», <http://supporteddecisions.org/about-sdm/> (Sist besøkt: 13.12.2017).
- Committee on the Rights of Persons with Disabilities, «Elected Members of the Committee on the Rights of Persons with Disabilities», <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/Membership.aspx> (Sist besøkt: 19.10.2017).
- Human Rights Committee, «Membership», <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CCPR/Pages/Membership.aspx> (Sist besøkt: 14.11.2017).
- SINTEF, «Ingen vei ut av fattigdommen for funksjonshemmede», <https://gemini.no/2016/12/vei-fattigdommen-funksjonshemmede> (Sist besøkt: 24.11.2017).

Stortinget, «Individklageordningene til FNs konvensjoner om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, barnets rettigheter og rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne», <https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Saker/Sak/?p=64553> (Sist besøkt: 27.11.2017).

United Nations, «The Core International Human Rights Instruments and their monitoring bodies», <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CoreInstruments.aspx> (Sist besøkt: 15.11.2017).