



UiT Norges arktiske universitet

Det juridiske fakultet

Kontrollkommisjonene i psykisk helsevern og Den europeiske menneskerettskonvensjonen

Risikoer dersom kontrollkommisjonen som klageorgan må tilfredsstille kravene i EMK artikkel 6, 5 og 13

Aisha Khan

Masteroppgave i rettsvitenskap, JUR-3902, høst 2022

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	4
1.1	Tema og problemstilling	4
1.2	Aktualitet	4
1.3	Metode og rettskilder.....	6
1.4	Avgrensninger	8
1.5	Den videre fremstillingen	9
2	Kontrollkommisjonen som klageorgan	10
2.1	Oppnevning, sammensetning og kompetanse	10
2.2	Kontrollkommisjonens saksbehandling	11
2.3	Retts hjelp i kontrollkommisjonen	13
3	Kontrollkommisjonen og Den europeiske menneskerettskonvensjonen.....	14
3.1	Kontrollkommisjonen og EMK artikkel 6.....	14
3.2	Kontrollkommisjonen og EMK artikkel 5.....	15
3.3	Kontrollkommisjonen og EMK artikkel 13.....	17
4	Kontrollkommisjonens uavhengighet og upartiskhet.....	18
4.1	Innledning.....	18
4.2	Kontrollkommisjonens uavhengighet.....	18
4.2.1	Hva ligger i kravet om uavhengighet?	18
4.2.2	Er kontrollkommisjonen uavhengig nok?	21
4.3	Kontrollkommisjonens upartiskhet	24
4.3.1	Hva ligger i kravet om upartiskhet?	24
4.3.2	Er kontrollkommisjonen upartisk nok?	25
4.4	Oppsummering	26
5	Møter i kontrollkommisjonen.....	27
5.1	Innledning.....	27
5.2	Muntlig høring i kontrollkommisjonen	27

5.2.1	Hva ligger i kravet om muntlig høring?	27
5.2.2	Er det problematisk om pasienten ikke får en muntlig høring i kontrollkommissjonen?	29
5.3	Oppsummering	30
6	Tilgang til kontrollkommissjonen	30
6.1	Innledning	30
6.2	Fri rettshjelp i kontrollkommissjonen	31
6.2.1	Er det krav om fri rettshjelp for å ha en effektiv domstolsadgang?	31
6.2.2	Er mangelen på fri rettshjelp i kontrollkommissjonen problematisk?	33
6.3	Oppsummering	37
7	Kontrollkommissjonens legalitetskontroll av frihetsberøvelsen	37
7.1	Innledning	37
7.2	Kontrollkommissjonens prøving av frihetsberøvelsens lovlighet	37
7.2.1	Hva ligger i kravet om å få «lawfulness of his detention (...) decided»?	37
7.2.2	I hvilken grad kan kontrollkommissjonen prøve om frihetsberøvelsen er i tråd med konvensjonskravene?	41
7.3	Oppsummering	45
8	Kontrollkommissjonens kompetanse til å tilkjenne erstatning	46
8.1	Innledning	46
8.2	Har pasientene en «enforceable right to compensation» etter artikkel 5 nr. 5?	46
8.3	Er kontrollkommissjonen et effektivt rettsmiddel etter artikkel 13?	47
8.4	Oppsummering	49
9	Avslutning	49
9.1	Risikoer dersom kontrollkommissjonen som klageorgan må tilfredsstille kravene i EMK artikkel 6, 5 og 13	49
9.2	Hvordan kan kontrollkommissjonen bli mer uavhengig?	49
9.3	Hvordan kan kontrollkommissjonen bedre ivareta kravet til muntlig høring?	50
9.4	Hvordan kan tilgangen til kontrollkommissjonen bli mer effektiv?	50

9.5	Hvordan kan kontrollkommisjonen prøve frihetsberøvelsens lovlighet?.....	51
9.6	Hvordan kan risiko for krenkelse av EMK artikkel 5 nr. 5 og 13 reduseres?.....	51
9.7	En særlig oppfordring til lovgiver	51
	Referanseliste	53
	Nasjonale kilder.....	53
	Lover	53
	Forskrifter	53
	Forarbeider og stortingsmeldinger	53
	Norske rettsavgjørelser	54
	Andre publikasjoner fra det offentlige	54
	Litteratur	55
	Annet	56
	Internasjonale kilder	57
	Konvensjoner.....	57
	EMD avgjørelser	57
	Utenlandsk lovgivning	59

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Temaet i denne avhandlingen er kontrollkommisjonene i psykisk helsevern og Europarådets konvensjon 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter (Den europeiske menneskerettskonvensjonen- EMK). Problemstillingen er å avdekke hvilke risikoer for krenkelse av EMK Norge kan stå overfor dersom kontrollkommisjonen som klageorgan må tilfredsstille kravene i artikkel 6, 5 og 13.

Kontrollkommisjonene har som hovedoppgave å sikre den enkelte pasients rettssikkerhet i møte med det psykiske helsevern.¹ Kontrollkommisjonen er det viktigste organet som fører kontroll med administrative tvangsvedtak i det psykiske helsevernet.² Kommisjonen er «organ for stat», jf. lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) § 1, og et selvstendig forvaltningsorgan med domstollignende karakter.³ Kommisjonens virksomhet er forankret i lov 2. juli 1999 nr. 62 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykisk helsevernloven) kapittel 6.

Det følger av Den europeiske menneskerettskonvensjonen artikkel 1 at statene som har tiltrådt konvensjonen skal sikre enhver innen sitt myndighetsområde de rettigheter og friheter som er fastlagt i konvensjonens del I. Utgangspunktet er at medlemsstatene selv bestemmer hvordan de skal sikre konvensjonens rettigheter og friheter.⁴

1.2 Aktualitet

I norsk tradisjon er det de alminnelige domstolene som skal ivareta våre menneskerettslige krav.⁵ Det fremstår som at Norge har valgt å sikre konvensjonens krav gjennom å åpne for at kontrollkommisjonens avgjørelser kan bringes inn for rettslig overprøving i de alminnelige

¹ Helsedirektoratet, *Rettsikkerhet ved tvang: Kontrollkommisjonene i det psykiske helsevern*, IS-1335, s. 2

² Asbjørn Kjønstad, Aslak Syse og Morten Kjelland, *Velferdsrett I: Grunnleggende rettigheter, rettsikkerhet og tvang*, Oslo 2022, s. 559

³ NOU 2019: 14 s. 631 og NOU 2019: 5 s. 475

⁴ Jon Fridrik Kjølbro, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention For Praktikere*, Strasbourg 2020, s. 47

⁵ NOU 2019: 14 s. 643-644 med videre henvisninger

domstoler.⁶ Disse momentene tilsier at det er lite aktuelt å vurdere hvilke risikoer for krenkelse Norge kan stå overfor dersom kontrollkommisjonen som klageorgan må tilfredsstillere kravene i EMK artikkel 6, 5 og 13.

En av grunnene til at det er viktig å foreta denne vurderingen er at etter lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) § 2-2 tredje ledd er mindreårige bare prosessdyktige når det følger av særlig lovbestemmelse. En slik lovbestemmelse er psykisk helsevernloven § 7-1. Dette innebærer at barn som har blitt tvangsinnlagt vil kunne reise sak for domstolen om tvangsinnleggelsen. Det er imidlertid ikke funnet en særskilt lovbestemmelse som gjør barnet prosessdyktig i saker om bruk av tvang under institusjonsoppholdet. Dette tilsier at barn formelt vil være avskåret fra å få kontrollkommisjonens vedtak om tvangstiltak overprøvd i de alminnelige domstoler.

I 2020 og 2021 ble til sammen 1287 klager til kontrollkommisjonen om bruk av restriktive tiltak under gjennomføringen av psykisk helsevern ikke tatt til følge.⁷ Det er kun funnet én sak som har blitt brakt inn for de alminnelige domstoler.⁸ Disse tallene indikerer at det i realiteten sjeldent foretas en rettslig overprøving av kontrollkommisjonens avgjørelser om bruk av restriktive tiltak i de alminnelige domstoler.

Staten er pliktsubjektet etter EMK.⁹ Staten kan holdes ansvarlig for handlinger begått av alle statlige organer.¹⁰ Dette tilsier at brudd på konvensjonens bestemmelser av kontrollkommisjonen kan medføre at Norge blir holdt ansvarlig av Den europeiske menneskerettsdomstolen i Strasbourg (Domstolen- EMD). I de fleste tilfeller vil de alminnelige norske domstoler kunne reparere mangler i kontrollkommisjonen. Det som er nevnt overfor viser imidlertid at det kan oppstå situasjoner der kontrollkommisjonen alene må tilfredsstillere kravene i EMK.

⁶ Se NOU 2019: 14 s. 644 og NOU 2001: 32 Bind A s. 514-515

⁷ Helsedirektoratet, *Kontroll av tvangsbruk 2020*, IS-3018, s. 20 tabell 5, Helsedirektoratet, *Kontroll av tvangsbruk 2021*, IS-3055, s. 21 tabell 6

⁸ LF-2000-1026 krav om oppreisning for ulovlig bruk av mekaniske tvangsmidler

⁹ EMK artikkel 1

¹⁰ Jon Fridrik Kjølbro, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention For Praktikere*, Strasbourg 2020, s. 37

Kontrollkommisjonens virksomhet har ikke blitt vurdert opp mot kravene i Den europeiske menneskerettskonvensjonen. Det er derfor på nåværende tidspunkt ukjent i hvilken grad kontrollkommisjonen vil tilfredsstillere kravene.

1.3 Metode og rettskilder

Dette er hovedsakelig en rettsdogmatisk oppgave. Med «rettsdogmatikk» siktes det til en fremstilling av innholdet i gjeldende rett.¹¹ Hoveddelen av oppgaven vil være en fremstilling av kravene fra EMK, og en vurdering av hvordan kontrollkommisjonen stiller seg til disse kravene. Avslutningsvis vil det komme noen rettspolitiske betraktninger. Dette er en vurdering av hvordan retten bør være.¹²

Nasjonale og internasjonale rettskilder vil benyttes i denne oppgaven. Ved anvendelsen av de nasjonale rettskildene vil alminnelig norsk metode brukes.

Rettskilden som vil benyttes mest i denne avhandlingen er Den europeiske menneskerettskonvensjonen. Konvensjonen gjelder som norsk lov med forrang fremfor annen lovgivning, jf. lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) § 2 nr. 1, jf. § 3. Det vil vises til den engelske teksten i oppgaven fordi engelsk og fransk er konvensjonens to offisielle språk.¹³

Det er noen trekk ved tolkningen av konvensjonen som skal framheves i dette kapittelet. Konvensjonen skal tolkes med utgangspunkt i de alminnelige tolkningsreglene for traktater i Vienna Convention on the Law of Treaties av 23. mai 1969 (Wien-konvensjonen) artikkel 31 flg.¹⁴ Det vil føre for langt i denne avhandlingen å gå inn på alle bestemmelsene i Wien-konvensjonen. Det som må trekkes frem er at traktater skal tolkes med utgangspunkt i en alminnelig språklig forståelse av ordlyden, jf. artikkel 31 nr.1.

¹¹ Jens Edvin A. Skoghøy, *Rett og rettsanvendelse*, Oslo 2018, s. 25

¹² Ragna Aarli og Synne Sæther Mæhle, *Juridisk metode i et nøtteskall*, Oslo 2018, s. 23

¹³ Se EMK sin sluttbestemmelse

¹⁴ Banković mfl. mot Belgia mfl., søker 52207/99, avvisningsavgjørelse fra domstolen [GC] avsnitt 55

Den europeiske menneskerettsdomstolen har hovedansvaret for å anvende og tolke EMK.¹⁵ Domstolen har en omfattende praksis som gjør det mulig å beskrive innholdet av konvensjonens rettigheter og friheter på et detaljert nivå.¹⁶ Domstolens avgjørelser spiller derfor en vesentlig rolle i tolkningen av konvensjonen.¹⁷

Domstolen tolker konvensjonen i tråd med de erklærte prinsipper og formål i konvensjonens fortale, og i sammenheng med og i lys av de øvrige konvensjonsrettigheter.¹⁸ EMD benytter en formålsoverordnet tolkning.¹⁹ Dette innebærer at konvensjonsrettighetene tolkes på den måten som best mulig realiserer formålet om at rettighetene skal være praktiske og effektive.²⁰

Det vil gjennomgående bli vist til relevant litteratur i oppgaven. Det finnes rikholdig med litteratur om Den europeiske menneskerettskonvensjonen.²¹ Litteraturen har bidratt med å peke på og systematisere gjennomgående linjer i Den europeiske menneskerettsdomstolens praksis.

¹⁵ Bernadette Rainey, Pamela McCormick, Clare Ovey, *Jacobs, White and Ovey: The European Convention on Human Rights*, Oxford 2021, s. 63

¹⁶ Jon Fridrik Kjølbro, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention For Praktikere*, Strasbourg 2020, s. 15

¹⁷ Jon Fridrik Kjølbro, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention For Praktikere*, Strasbourg 2020, s. 15

¹⁸ Jon Fridrik Kjølbro, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention For Praktikere*, Strasbourg 2020, s. 20

¹⁹ Jon Fridrik Kjølbro, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention For Praktikere*, Strasbourg 2020, s. 23

²⁰ N.D. og N.T. mot Spania, søkere 8675/15 og 8697/15, dom av 13.02.2020 [GC] avsnitt 171

²¹ Se blant annet Jon Fridrik Kjølbro, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention For Praktikere*, Strasbourg 2020, Bernadette Rainey, Pamela McCormick, Clare Ovey, *Jacobs, White and Ovey: The European Convention on Human Rights*, Oxford 2021, D. J. Harris m.fl., *Harris, O'Boyle, and Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford 2018, Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter 2: Statens plikt til effektiv og betryggende straffeforfølgning*, Bergen 2021, Pieter van Dijk m.fl., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Oxford 2006, Erik Møse, *Menneskerettigheter*, Oslo 2002

1.4 Avgrensninger

Konvensjonsbestemmelsene som er valgt ut til behandling inneholder flere krav. Innenfor rammen av en liten masteroppgave vil det ikke være mulig å problematisere alle krav i relasjon til kontrollkommisjonen. Det er derfor et utvalg av krav som har blitt valgt ut til nærmere drøftelse.

De kravene i artikkel 6 nr. 1 som er valgt ut for nærmere drøftelse er kravene til uavhengighet og upartiskhet, muntlighet og domstolsadgang. Det skal videre problematiseres om kontrollkommisjonen kan prøve frihetsberøvelsens lovlighet etter artikkel 5 nr. 4. Erstatning etter artikkel 5 nr. 5 og artikkel 13 vil også behandles.

Den europeiske menneskerettskonvensjonen artikkel 6, 5 og 13 kommer til anvendelse i sivile saker og straffesaker. Det avgrenses mot å ta stilling til det strafferettslige i artiklene.

Det er rundt 50 kontrollkommisjoner i Norge.²² Kommisjonene har hvert sitt geografiske eller institusjonsmessige ansvarsområde.²³ I denne oppgaven skal ikke en enkelt kontrollkommisjon behandles. Det skal foretas en undersøkelse av kontrollkommisjonens virksomhet på et abstrakt nivå.

Kontrollkommisjonen er klageorgan, kontrollorgan og fører tilsyn med pasientenes velferd.²⁴ I denne avhandlingen vil kontrollkommisjonens funksjon som klageorgan behandles.

Kontrollkommisjonen behandler flere typer klager. Det som skal vurderes i denne oppgaven er kontrollkommisjonens behandling av klager på bruk av restriktive tiltak under gjennomføringen av psykisk helsevern etter psykisk helsevernloven kapittel 4. Med

²² Asbjørn Kjønstad, Aslak Syse og Morten Kjelland *Velferdsrett I Grunnleggende rettigheter, rettssikkerhet og tvang*, Oslo 2022, s. 559

²³ Asbjørn Kjønstad, Aslak Syse og Morten Kjelland *Velferdsrett I Grunnleggende rettigheter, rettssikkerhet og tvang*, Oslo 2022, s. 559

²⁴ Tore Roald Riedl og Wenche Dahl Elde, *Psykisk helsevernloven med nøkkelkommentarer*, Oslo 2014, s. 300 og 301

«restriktive tiltak» menes bruken av ulike tvangstiltak under gjennomføringen av psykisk helsevern.²⁵

Denne avgrensningen skyldes at kontrollkommisjonens vedtak i sak om tvungen observasjon, etablering eller opprettholdelse av tvungent psykisk helsevern, samt sak om overføring til døgnopphold i institusjon kan bringes inn for tingretten etter reglene i tvisteloven kapittel 36.²⁶ Kontrollkommisjonens vedtak om restriktive tiltak kan ikke bringes inn for domstolen gjennom denne særlige prosessformen, men må bringes inn etter alminnelige prosessregler.²⁷ Det at det ikke er en direkte domstolstilgang utgjør en større risiko for at kontrollkommisjonen i praksis blir det eneste overprøvingsorganet i saker om restriktive tiltak.

Kontrollkommisjonen behandler blant annet saker med barn under 18 år. I slike saker kommer reglene om barn i Grunnloven, barnekonvensjonen og barneloven til anvendelse. Disse reglene vil komme i tillegg til kravene som følger av EMK.²⁸ På grunn av dette avgrenses det mot å foreta en nærmere vurdering av disse sakene.

1.5 Den videre fremstillingen

Avhandlingens hoveddel er delt i syv kapitler. I det neste kapitlet vil noen forhold ved kontrollkommisjonen som klageorgan presenteres. Videre i kapittel tre vil det redegjøres for artiklene som skal behandles.

I kapittel fire, fem og seks vil de utvalgte kravene fra artikkel 6 nr. 1 behandles. Årsaken til at kravene i artikkel 6 behandles først er at artikkelen gjelder generelt i alle saker hvor sivile rettigheter og plikter avgjøres.

Det vil i kapittel syv foretas en vurdering av EMK artikkel 5 nr. 4. Dette skyldes at artikkelen har et mer snevert anvendelsesområde enn artikkel 6.²⁹

²⁵ Asbjørn Kjøenstad, Aslak Syse og Morten Kjelland *Velferdsrett I Grunnleggende rettigheter, rettssikkerhet og tvang*, Oslo 2022, s. 561

²⁶ Psykisk helsevernloven § 7-1

²⁷ IS-2017-1 Rundskriv fra Helsedirektoratet av 29.11.2017 s. 103

²⁸ Se Ot.prp. nr. 3 (1998-1999) s. 28

²⁹ Kommer til anvendelse ved frihetsberøvelse, se ordlyden «deprived of his liberty» i artikkel 5 nr. 4

Det vil foretas en vurdering av EMK artikkel 5 nr. 5 og artikkel 13 i kapittel åtte. De behandles samlet fordi begge artiklene under visse forutsetninger gir rett til å kreve erstatning av nasjonale myndigheter.³⁰ Årsaken til at disse bestemmelsene behandles sist er at deres anvendelse er knyttet til andre konvensjonsrettigheter.

I avslutningskapittelet vil oppgavens hovedfunn sammenfattes. Det vil i tillegg komme noen rettspolitiske betraktninger.

2 Kontrollkommisjonen som klageorgan

2.1 Oppnevning, sammensetning og kompetanse

I dette kapittelet skal kontrollkommisjonen presenteres. Dette gjøres for å klargjøre forhold ved kontrollkommisjonen som senere vil problematiseres.

Det er Helse- og omsorgsdepartementet som oppnevner kontrollkommisjonen.³¹

Departementet har delegert dette ansvaret til statsforvalterne.³² Statsforvalterne utfører ulike forvaltningsoppgaver på vegne av departementene, og er administrativt underlagt Kommunal- og distriktsdepartementet.³³ Statsforvalterne kan i prinsippet instrueres av den utøvende makt.³⁴

Kontrollkommisjonen skal være sammensatt av fire medlemmer.³⁵ Alle medlemmene skal ha personlige varamedlemmer.³⁶ Kommisjonen skal ledes av en jurist, og for øvrig bestå av en

³⁰ Se for artikkel 5 nr. 5 Stanev mot Bulgaria, søker 36760/06, dom av 17.01.2012 [GC] avsnitt 183, for artikkel 13 se ordlyden «national authority» og Peer Lorenzen mfl., *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention*, København 2011, s. 944

³¹ Psykisk helsevernloven § 6-1 tredje ledd

³² Helsedirektoratet (2022). Oppnevning av medlemmer av kontrollkommisjonene [nettdokument]. Oslo: Helsedirektoratet (sist faglig oppdatert 08. april 2022, lest 04. september 2022). Tilgjengelig fra <https://www.helsedirektoratet.no/tema/kontrollkommisjonen-i-psykisk-helsevern/oppnevning-av-medlemmer-av-kontrollkommisjonene>

³³ Statsforvalter, <https://www.statsforvalteren.no/portal/om-oss/> (lest 19.09.2022)

³⁴ Torstein Eckhoff og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, Oslo 2018, s. 153, i boka vises det til «fylkesmannen», siden 1. januar 2021 har fylkesmannen hatt tittelen «statsforvalter»

³⁵ Psykisk helsevernloven § 6-2 første ledd første punktum

³⁶ Psykisk helsevernloven § 6-2 første ledd første punktum

lege og to andre medlemmer.³⁷ Kontrollkomisjonsmedlemmene oppnevnes for fire år om gangen, og kan gjenoppnevnes én gang i samme kontrollkomisjon.³⁸

Lederen i kontrollkomisjonen må oppfylle vilkårene til å gjøre tjeneste som dommer.³⁹ I loven stilles det krav til at kontrollkomisjonen må ha et legemedlem.⁴⁰ I rundskrivet har Helsedirektoratet gitt uttrykk for at medlemmet som er lege bør ha spesialitet i allmennmedisin, og fortrinnsvis lang praksis som allmennlege.⁴¹

De to resterende medlemmene er lekmedlemmer.⁴² Et av medlemmene må selv ha vært under psykisk helsevern, være eller ha vært nærstående til pasient eller ha representert pasientinteresser i stilling eller verv.⁴³ Det stilles ikke særskilte krav til bakgrunnen til det andre lekmedlemmet.⁴⁴

2.2 Kontrollkomisjonens saksbehandling

Det skal redegjøres for noen saksbehandlingsregler i kontrollkomisjonen. Reglene som er valgt ut vil være relevante når det senere skal drøftes hvordan kontrollkomisjonens virksomhet stiller seg til kravene i EMK.

Psykisk helsevernloven § 6-4 gir særlige regler for behandlingen av saker om tvungen observasjon, etablering, opprettholdelse eller opphør av tvungent psykisk helsevern, samt saker om overføring. Oppgaven ble innledningsvis avgrenset mot å behandle disse klagen. Disse reglene vil derfor ikke belyses.

³⁷ Psykisk helsevernloven § 6-2 første ledd første punktum

³⁸ Psykisk helsevernloven § 6-2 annet ledd

³⁹ Psykisk helsevernloven § 6-2 første ledd første punktum

⁴⁰ Psykisk helsevernloven § 6-2 første ledd første punktum

⁴¹ IS-2014-5 Rundskriv fra Helsedirektoratet av 01.03.2014 Rundskriv for fylkesmennene vedrørende oppnevning av medlemmer til kontrollkomisjonene i det psykiske helsevernet, s. 6

⁴² Asbjørn Kjøenstad, Aslak Syse og Morten Kjelland *Velferdsrett I Grunnleggende rettigheter, rettssikkerhet og tvang*, Oslo 2022, s. 559

⁴³ Psykisk helsevernloven § 6-2 første ledd andre punktum

⁴⁴ IS-2014-5 Rundskriv fra Helsedirektoratet av 01.03.2014 Rundskriv for fylkesmennene vedrørende oppnevning av medlemmer til kontrollkomisjonene i det psykiske helsevernet, s. 6

Forvaltningslovens saksbehandlingsregler gjelder ved behandlingen av klager på bruken av restriktive tiltak, jf. psykisk helsevernloven § 1-6.⁴⁵ Bestemmelsene suppleres av forskrift 16. desember 2011 nr. 1258 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevernloven m.m. (psykisk helsevernforskriften) kapittel 7 del II som gjelder for alle klagesaker.⁴⁶

Etter psykisk helsevernforskriften § 48 skal kontrollkommisjonen på forespørsel få fremlagt opplysninger og dokumenter fra helsepersonell som kommisjonen vurderer som nødvendig for utøvelsen av sin virksomhet. Dette omfatter blant annet pasientjournalen og diverse protokoller.⁴⁷

Kommisjonen kan be den faglig ansvarlige⁴⁸ for vedtaket gi en skriftlig redegjørelse, jf. psykisk helsevernforskriften § 52 første ledd første punktum. Kommisjonen er ikke pålagt å innhente redegjørelsen, jf. «kan». Kommisjonslederen har et ansvar for å sørge for at saken blir så godt opplyst som mulig før den tas opp til avgjørelse, jf. psykisk helsevernforskriften §§ 54 første ledd og 55 første ledd. Dette tilsier at kommisjonen vil be den faglig ansvarlige gi en skriftlig redegjørelse når det trengs opplysninger utover de som kommisjonen har tilgang til etter psykisk helsevernforskriften § 48.

Kontrollkommisjonen skal videre gi praktisk informasjon til pasienten eller den som handler på hans vegne, jf. psykisk helsevernforskriften § 53. Pasienten eller den som handler på hans vegne skal informeres om å gi beskjed dersom det vil anføres at noen av kommisjonens medlemmer er inhabile.⁴⁹

Kommisjonen skal videre informere om at pasienten og/eller den som handler på hans vegne har rett til å være til stede, jf. § 56.⁵⁰ Pasientens rett til å være tilstede gjelder bare i møter der

⁴⁵ Aslak Syse, *Psykisk helsevernloven med kommentarer*, Oslo 2016, s. 308

⁴⁶ Psykisk helsevernforskriften § 51 første punktum

⁴⁷ Psykisk helsevernforskriften § 48 bokstav c., e., f. og g.

⁴⁸ Den «faglig ansvarlige» har ansvaret for å treffe flere av tvangstiltakene, se for eksempel psykisk helsevernloven §§ 4-3 første ledd, 4-5 annet ledd, 4-8 femte ledd. For nærmere beskrivelse av hvem som er «faglig ansvarlig» se psykisk helsevernloven § 1-4

⁴⁹ Psykisk helsevernforskriften § 53 bokstav d

⁵⁰ Psykisk helsevernforskriften § 53 bokstav b

det skal opptas forklaringer eller gis muntlige redegjørelser til bruk i saken, jf. psykisk helsevernforordningen § 56 første ledd.

Kommisjonen skal informere om tidspunktet for berømmelsen og at pasienten har anledning til å uttale seg før kontrollkommisjonen treffer avgjørelse i saken.⁵¹ Dette kan tolkes slik at pasienten skal få anledning til å uttale seg muntlig. En uttalelse kan imidlertid også gis skriftlig eller på andre måter.

Det følger av forordningens § 54 femte ledd første punktum at det skal holdes møter i saker etter psykisk helsevernloven § 6-4. Dette kan tolkes slik at det ikke er et krav om at det avholdes møte ved behandlingen av klager på restriktive tiltak.⁵² Et «møte» forstås slik at kontrollkommisjonen samles med pasienten og den faglig ansvarlige. Dette tilsier at kontrollkommisjonen kan behandle klagene på bakgrunn av de skriftlige opplysningene i saken uten å holde en muntlig høring med pasienten og den faglig ansvarlige.

2.3 Rettshjelp i kontrollkommisjonen

Rettshjelp i kontrollkommisjonen belyses fordi det vil være av betydning når det i kapittel seks skal vurderes om pasientene har en effektiv tilgang til kontrollkommisjonen.

Det følger av lov 13. juni 1980 nr. 35 om fri rettshjelp (rettshjelploven) § 1 at lovens formål er «å sikre nødvendig juridisk bistand til personer som ikke selv har økonomiske forutsetninger for å kunne ivareta et rettshjelpsbehov av stor personlig og velferdsmessig betydning».

Lovens formål er å hjelpe de som ikke er i en økonomisk posisjon til å ivareta sine interesser på egen hånd.

Det skilles i rettshjelploven mellom fritt rettsråd og fri sakførsel. Fritt rettsråd omfatter nødvendige utgifter til rådgivning og bistand fra advokat i anledning et aktuelt problem, jf. rettshjelploven § 14 første ledd. Fri sakførsel omfatter hel eller delvis dekning av salær til prosessfullmektig, jf. rettshjelploven § 22 første ledd første punktum. Det er fri sakførsel det siktes til når uttrykket «fri rettshjelp» benyttes.

⁵¹ Psykisk helsevernforordningen § 53 bokstav b

⁵² Se i samme retning Helsedirektoratet, *Informasjonsskriv til medlemmer av kontrollkommisjoner i psykisk helsevern*, IS-1559, s. 23

Fri sakførsel innvilges uten behovsprøving i saker for kontrollkommissjonen etter psykisk helsevernloven § 6-4, jf. rettshjelploven 17 tredje ledd nr. 3. Saker etter psykisk helsevernloven § 6-4 omhandler ikke restriktive tiltak. Dette betyr at pasientene ikke har fri rettshjelp i kontrollkommissjonen når kommissjonen behandler klager på restriktive tiltak etter psykisk helsevernloven kapittel 4.

3 Kontrollkommissjonen og Den europeiske menneskerettskonvensjonen

3.1 Kontrollkommissjonen og EMK artikkel 6

I dette kapittelet skal det redegjøres for artiklene som skal behandles i avhandlingen. Det skal videre forklares hvorfor de utvalgte kravene skal problematiseres nærmere.

En av artiklene som skal behandles i denne oppgaven er artikkel 6 nr. 1. Det følger av artikkelens første punktum at «In the determination of his civil rights and obligations (...) everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law.»

Artikkelen kommer til anvendelse «In the determination of his civil rights and obligations». Ordlyden «rights» sikter til hva en har krav på. «civil» sikter til rettighetens eller pliktens art. «In the determination of» tilsier at tvisten må bli avgjort gjennom prosessen. Det legges til grunn at kontrollkommissjonens virksomhet omfattes av artikkelen sitt anvendelsesområde.

Det er flere krav som skal drøftes i relasjon til artikkel 6 nr. 1. Det skal drøftes om kontrollkommissjonen er tilstrekkelig «independent» og «impartial». Kontrollkommissjonens uavhengighet problematiseres blant annet på grunn av statsforvalteren sin rolle i oppnevningen av kommisjonsmedlemmene og medlemmenes oppnevningstid. Kontrollkommissjonen er ofte i kontakt med representanter for institusjonene.⁵³ Dette forholdet kan reise tvil om kommisjonens upartiskhet.

⁵³ Helsedirektoratet, *Informasjonsskriv til medlemmer av kontrollkommissjoner i psykisk helsevern*, IS-1559, s. 41

Videre skal kravet til muntlighet drøftes. I punkt 2.2 ble det vist at psykisk helsevernforskriften kan tolkes som at pasienten har anledning til å uttale seg muntlig til kontrollkommisjonen. På en annen side kan den tolkes slik at klagen kan behandles på bakgrunn av de skriftlige opplysningene i saken uten å holde en muntlig høring med pasienten og den faglig ansvarlige. Mangelen på autoritative rettskilder som klargjør forståelsen tilsier at saksbehandlingen kan være ulik i kontrollkommisjonene. Det må vurderes nærmere om det vil være problematisk å avgjøre saken på bakgrunn av de skriftlige opplysningene uten å holde en muntlig høring med pasienten.

Kravet til domstolsadgang skal også behandles. Rettighetene i konvensjonen skal være praktiske og effektive.⁵³ Mangelen på fri rettshjelp i kontrollkommisjonen når kommisjonen behandler klager på restriktive tiltak kan potensielt medføre at pasientene ikke har en effektiv domstolsadgang.

3.2 Kontrollkommisjonen og EMK artikkel 5

En av bestemmelsene som skal behandles er artikkel 5 nr. 4. Det følger av bestemmelsen at «Everyone who is deprived of his liberty by arrest or detention shall be entitled to take proceedings by which the lawfulness of his detention shall be decided speedily by a court and his release ordered if the detention is not lawful.»

Artikkel 5 nr. 4 gir alle som er frihetsberøvet adgang til å prøve frihetsberøvelsens lovlighet. Dette gjelder også for de som er frihetsberøvet på grunn av sin psykiske tilstand, jf. artikkel 5 nr. 1 e).

Artikkelen er kun anvendelig når noen har blitt «deprived of his liberty». Det må vurderes nærmere om bruken av restriktive tiltak vil omfattes av bestemmelsens anvendelsesområde.

En naturlig språklig forståelse av ordlyden tilsier at individet må være fratatt muligheten til å bestemme fritt over seg selv. Ordet «deprived» forstås som en fullstendig fratakelse. Etter ordlyden vil begrensninger i pasientens frihet under gjennomføringen av psykisk helsevern falle utenfor bestemmelsens anvendelsesområde.

Domstolen har åpnet for at bruken av restriktive tiltak i form av skjerming og isolasjon overfor en som er plassert i institusjon kan innebære at det har funnet sted en ytterligere frihetsberøvelse.⁵⁴

I teorien er det slått fast at det kan være ulike tvangstiltak under institusjonsoppholdet som kan regnes som en frihetsberøvelse.⁵⁵ I tillegg til tiltakene skjerming og isolasjon, har det blitt pekt på at bruken av mekaniske tvangsmidler må anses som en frihetsberøvelse.⁵⁶

Skjerming innebærer at pasienten holdes helt eller delvis atskilt fra medpasienter og fra personell som vanligvis ikke har kontakt med pasienten.⁵⁷ Tiltaket isolasjon innebærer at pasienten blir låst eller stengt inne på et rom for en kortere periode.⁵⁸ Mekaniske tvangsmidler sikter til bruken av midler som hindrer pasientens bevegelsesfrihet, dette kan for eksempel være bruk av belteseng og tvangstrøye.⁵⁹

Bruken av restriktive tiltak kan innebære at pasienten er «deprived of his liberty». Dette betyr at bruken av ulike tvangstiltak under gjennomføringen av psykisk helsevern, som skjerming og isolasjon, kan omfattes av bestemmelsens anvendelsesområde.

I oppgavens punkt 2.1 ble det vist at psykisk helsevernloven stiller krav til at kommisjonen har et legemedlem. Det kreves ikke at legemedlemmet har spesialisering i psykiatri. Det som skal problematiseres i denne avhandlingen er om kontrollkommisjonen uten å ha et medlem med spesialisering i psykiatri er egnet til å prøve frihetsberøvelsens lovlighet.

⁵⁴ Se *Munjaz mot Storbritannia*, søker 2913/06, dom av 17.07.2012 [J] og *Stoyan Krastev mot Bulgaria*, søker 1009/12, dom av 06.10.2020 [J]

⁵⁵ Marius Storvik, *Rettslig vern av pasientens integritet i psykisk helsevern*, doktoravhandling Tromsø 2017, s. 190

⁵⁶ Marius Storvik, *Rettslig vern av pasientens integritet i psykisk helsevern*, doktoravhandling Tromsø 2017, s. 196

⁵⁷ Psykisk helsevernloven § 4-3 første ledd og Ot.prp. nr. 11 (1998-1999) s. 160

⁵⁸ Psykisk helsevernloven § 4-8 annet ledd bokstav b

⁵⁹ Psykisk helsevernloven § 4-8 annet ledd bokstav a. og Marius Storvik, *Rettslig vern av pasientens integritet i psykisk helsevern*, doktoravhandling Tromsø 2017, s. 70

Erstatning etter artikkel 5 nr. 5 skal også behandles. Det følger av bestemmelsen at «Everyone who has been the victim of arrest or detention in contravention of the provisions of this article shall have an enforceable right to compensation.»

Ordlyden «been the victim of arrest or detention in contravention of the provisions of this article» tilsier at artikkelen kommer til anvendelse dersom en av bestemmelsene i artikkel 5 har blitt krenket.

Artikkel 5 nr. 5 skal ikke undergis en prinsipiell behandling. Det er lite som tilsier at kontrollkommisjonen kan utbetale erstatning til pasientene. Det som skal vurderes er om dette kan medføre en risiko for krenkelse av artikkelen.

3.3 Kontrollkommisjonen og EMK artikkel 13

Det følger av artikkel 13 at «Everyone whose rights and freedoms as set forth in this Convention are violated shall have an effective remedy before a national authority (...)»

Ordlyden «are violated» tilsier at det må foreligge en konvensjonskrenkelse for at artikkelen skal få anvendelse. Artikkelen skal imidlertid ikke forstås slik. Den gir krav på et effektivt rettsmiddel på nasjonalt nivå hvor det foreligger en prosedabel påstand om konvensjonskrenkelse.⁶⁰

Artikkel 13 er ikke en materiell rettighet.⁶¹ Den beskytter en prosessuell rettighet som er knyttet til de materielle rettighetene i de øvrige artiklene.⁶²

Bruken av restriktive tiltak vil kunne krenke flere konvensjonsrettigheter. Dette kommer jeg tilbake til i kapittel seks. Som påpekt tidligere er det lite som tilsier at kontrollkommisjonen kan utbetale erstatning til pasientene. Det skal undersøkes om dette medfører en risiko for at kontrollkommisjonen ikke er et effektivt rettsmiddel.

⁶⁰ Ramirez Sanchez mot Frankrike, søker 59450/00, dom av 04.07.2006 [GC] avsnitt 157

⁶¹ Peer Lorenzen mfl., *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention*, København 2011, s. 944

⁶² Peer Lorenzen mfl., *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention*, København 2011, s. 944

4 Kontrollkommisjonens uavhengighet og upartiskhet

4.1 Innledning

Det som skal vurderes i dette kapitlet er om det er en risiko for krenkelse av kravene til uavhengighet og upartiskhet i EMK artikkel 6 nr. 1.

Uavhengighet og upartiskhet er tett knyttet og blir i noen tilfeller vurdert samlet.⁶³ For oversiktens skyld skal de behandles separat i dette kapitlet.

4.2 Kontrollkommisjonens uavhengighet

4.2.1 Hva ligger i kravet om uavhengighet?

I dette kapitlet skal det redegjøres for hva som ligger i kravet om uavhengighet i EMK. Deretter skal det pekes på forhold ved kontrollkommisjonen som kan være problematiske sett opp mot dette kravet.

Ordlyden «independent» tilsier at organet må operere sin drift uten å være bundet til andre organer eller mennesker på en slik måte at organets avgjørelser kan bli påvirket av dem.

Prøvelsesorganet må være uavhengig av statsmaktene og av sakens parter.⁶⁴ I denne vurderingen har Domstolen vektlagt hvordan dommerne blir utnevnt, dommernes funksjonstid, om det foreligger garantier som beskytter dommerne mot ekstern påvirkning og om organet fremstår som uavhengig.⁶⁵

⁶³ Grosam mot Tsjekkia, søker 19750/13, dom av 23.06.2022 [J] avsnitt 113, Findlay mot Storbritannia, søker 22107/93, dom av 25.02.1997 [J] avsnitt 73, Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter 2: Statens plikt til effektiv og betryggende straffeforfølgning*, Bergen 2021, s. 207

⁶⁴ Grosam mot Tsjekkia, søker 19750/13, dom av 23.06.2022 [J] avsnitt 124

⁶⁵ Kleyn mfl. mot Nederland, søkere 39343/98, 39651/98, 43147/98 og 46664/99, dom av 06.05.2003 [GC] avsnitt 190, Ramos Nunes De Carvalho e Sá mot Portugal, søkere 55391/13, 57728/13 og 74041/13, dom av 06.11.2018 [GC] avsnitt 144, Grosam mot Tsjekkia, søker 19750/13, dom av 23.06.2022 [J] avsnitt 125, Norges institusjon for menneskerettigheter, *Menneskerettslige rammer for domstolenes uavhengighet*, Oslo 2019, s. 15

I momentet om hvordan dommerne blir utnevnt er det av betydning hvem som utnevner dem.⁶⁶ Domstolen har i tillegg vektlagt om det er klare kriterier for hvem som kan utnevnes som dommere og om den som utnevner medlemmene nyter full skjønnsfrihet.⁶⁷

Dommernes funksjonstid sikter til varigheten av utnevnesperioden.⁶⁸ En kort funksjonsperiode har blitt akseptert for medlemmer av administrative eller disiplinærorganer.⁶⁹ I 1984 ble en funksjonsperiode på tre år med adgang til gjenoppnevning akseptert, siden dommerne hadde et ansettelsesrettslig vern mot avskjedigelse.⁷⁰ EMD uttalte i 1998 at det var tvilsomt om en funksjonsperiode på fire år med adgang for fornyelse var lenge nok til at domstolen kunne ansees tilstrekkelig uavhengig.⁷¹ Dommene tilsier at det har skjedd en utvikling i retning av at det i dag kan kreves en lenger funksjonsperiode for å tilfredsstille kravet til uavhengighet.

Domstolen har uttalt at en kortere funksjonsperiode kan ha en legitim grunn.⁷² Dette vil kunne være tilfelle dersom dommerne ikke får betalt, og det derfor vil være vanskelig å finne noen som var egnet og villig til å ta på seg rollen dersom funksjonsperioden var lenger.⁷³

Det må være på plass garantier som beskytter dommerne mot ekstern påvirkning. En slik garanti er at dommerne er beskyttet mot fratakelse av vervet eller stillingen i løpet av

⁶⁶ Grosam mot Tsjekkia, søker 19750/13, dom av 23.06.2022 [J] avsnitt 130, Brudnicka mfl. mot Polen, søker 54723/00, dom av 03.03.2005 [J] avsnitt 41

⁶⁷ Grosam mot Tsjekkia, søker 19750/13, dom av 23.06.2022 [J] avsnitt 130

⁶⁸ Norges institusjon for menneskerettigheter, *Menneskerettslige rammer for domstolenes uavhengighet*, Oslo 2019, s. 15

⁶⁹ D. J. Harris m.fl., *Harris, O'Boyle, and Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford 2018, s. 448

⁷⁰ Jon Fridrik Kjølbro, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention For Praktikere*, Strasbourg 2020, s. 624, under henvisning til Sramek mot Østerrike, søker 8790/79, dom av 22.10.1984 [P] avsnitt 38

⁷¹ Incal mot Tyrkia, søker 22678/93, dom av 09.06.1998 [J] avsnitt 68, D. J. Harris m.fl., *Harris, O'Boyle, and Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford 2018, s. 449

⁷² Campbell og Fell mot Storbritannia, søker 7819/77; 7878/77, dom av 28.06.1984 [J] avsnitt 80

⁷³ Campbell og Fell mot Storbritannia, søker 7819/77; 7878/77, dom av 28.06.1984 [J] avsnitt 80, D. J. Harris m.fl., *Harris, O'Boyle, and Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford 2018, s. 449

funksjonsperioden.⁷⁴ Dette er i utgangspunktet en naturlig følge av deres uavhengighet.⁷⁵ Beskyttelsen kan gå ut på at dommerne kun kan avskjediges dersom visse vilkår er oppfylt.⁷⁶ Den kan også gå ut på at en beslutning om avskjedigelse skal begrunnes og kan være gjenstand for «judicial review».⁷⁷ Det avgjørende er at muligheten for avskjedigelse ikke utgjør en reell trussel, slik at det kan påvirke dommernes uavhengighet.⁷⁸ En annen garanti som kan beskytte dommerne mot ekstern påvirkning er at de ikke kan instrueres i sin virksomhet av den utøvende makt.⁷⁹

Det er ikke et krav om at disse garantiene fremkommer i loven, såfremt dommerne i praksis er beskyttet mot avskjedigelse og andre nødvendige garantier er tilstede.⁸⁰

Domstolen har videre lagt vekt på om dommerne er materielt, hierarkisk eller administrativt avhengig av sin primære arbeidsgiver.⁸¹ Dette vil kunne være tilfelle hvis de jobber og får lønnen sin utenfra.

Momentet om at tribunalet må fremstå som uavhengig sikter til en vurdering av om tvilen rundt tribunalets uavhengighet er «objectively justified».⁸² Holdepunktene for å tvile på organets uavhengighet må være objektivt begrunnet.

⁷⁴ D. J. Harris m.fl., *Harris, O'Boyle, and Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford 2018, s. 449

⁷⁵ Campbell og Fell mot Storbritannia, søker 7819/77; 7878/77, dom av 28.06.1984 [J] avsnitt 80

⁷⁶ Jon Fridrik Kjølbro, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention For Praktikere*, Strasbourg 2020, s. 624-625

⁷⁷ D. J. Harris m.fl., *Harris, O'Boyle, and Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford 2018, s. 449, Jon Fridrik Kjølbro, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention For Praktikere*, Strasbourg 2020, s. 624

⁷⁸ Jon Fridrik Kjølbro, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention For Praktikere*, Strasbourg 2020, s. 624

⁷⁹ D. J. Harris m.fl., *Harris, O'Boyle, and Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford 2018, s. 449

⁸⁰ Campbell og Fell mot Storbritannia, søker 7819/77; 7878/77, dom av 28.06.1984 [J] avsnitt 80, Jon Fridrik Kjølbro, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention For Praktikere*, Strasbourg 2020, s. 624

⁸¹ Grosam mot Tsjekkia, søker 19750/13, dom av 23.06.2022 [J] avsnitt 134

⁸² Grace Gatt mot Malta, søker 46466/16, dom av 08.10.2019 [J] avsnitt 85

Det som kan sammenfattes på bakgrunn av denne redegjørelsen er at det må tas en helhetlig vurdering av om organet er uavhengig av partene og statsmaktene. De ovennevnte punktene må vektlegges i denne vurderingen.

4.2.2 Er kontrollkommisjonen uavhengig nok?

Det som skal vurderes om det er forhold ved kontrollkommisjonen som kan reise tvil om kommisjonen er tilstrekkelig uavhengig av statsmaktene og partene i sin virksomhet.

Kontrollkommisjonen skal etter loven være uavhengig i sin virksomhet.⁸³ Etter ordlyden gjelder dette kravet i relasjon til alle organer og mennesker. Det er presisert i forarbeidene til psykisk helsevernloven at kommisjonen skal være uavhengig av pasientene og institusjonens personale.⁸⁴ I rundskriv uttalte Helsedirektoratet at kontrollkommisjonens uavhengige stilling innebærer at de ikke kan instrueres av overordnet myndighet i enkeltsaker.⁸⁵ Dette tilsier at kontrollkommisjonen ikke kan instrueres i sin virksomhet av den utøvende makt. Denne formelle anerkjennelsen av kontrollkommisjonens uavhengighet garanterer imidlertid ikke at kontrollkommisjonen vil være uavhengig i praksis. Det må foretas en vurdering av om kommisjonens uavhengighet kan påvirkes på andre måter.

Statsforvalteren utnevner kontrollkommisjonsmedlemmene. Som nevnt tidligere er statsforvalteren underlagt den utøvende makt og kan i prinsippet instrueres. Dette kan reise tvil om kontrollkommisjonen er tilstrekkelig uavhengig av den utøvende makt.

Det er ingen klare objektive kriterier for hvem som kan utnevnes som det andre lekmedlemmet i kontrollkommisjonen. Statsforvalteren nyter full skjønnsfrihet til å velge hvem han ønsker. Dette forholdet kan reise tvil om kontrollkommisjonen er tilstrekkelig uavhengig. Det er likevel av mindre betydning siden det kun knytter seg til et medlem.

På en annen side er det klare kriterier for hvem som kan utnevnes som de tre andre kommisjonsmedlemmene. Dette taler for at kontrollkommisjonen vil ansees tilstrekkelig uavhengig av den utøvende makt.

⁸³ Psykisk helsevernloven § 6-3 første ledd

⁸⁴ Ot.prp. nr. 11 (1998-1999) s. 165

⁸⁵ IS-2017-1 Rundskriv fra Helsedirektoratet av 29.11.2017 Psykisk helsevernloven og psykisk helsevernloven med kommentarer, punkt 1.7.3 kommentar til psykisk helsevernloven § 6-3

Kontrollkommisjonsmedlemmene oppnevnes for fire år om gangen, og har adgang til å bli gjenoppnevnt én gang i samme kontrollkommisjon.⁸⁶ Det er tvilsomt om Domstolen vil finne funksjonsperioden lang nok, særlig sett i lys av at medlemmene får godtgjørelse for sitt arbeid. Den relativt korte funksjonsperioden er et forhold som kan reise tvil om kontrollkommisjonen er uavhengig nok.

Kommisjonsmedlemmenes funksjonstid ble ved utarbeidelsen av dagens lov om psykisk helsevern redusert fra seks til fire år.⁸⁷ Endringen ble begrunnet i at det var en risiko for at kommisjonens nærhet til institusjonen kunne undergrave pasientens rettssikkerhet.⁸⁸ En lenger funksjonsperiode kan føre til at det oppstår tvil om kommisjonen er upartisk og uavhengig av institusjonen. At den relativt korte funksjonsperioden har en legitim grunn kan tilsi at kommisjonsmedlemmenes funksjonstid er lite problematisk.

Et annet moment som taler i retning av at kommisjonsmedlemmenes funksjonsperiode er lite problematisk er at for de fleste utøves kommisjonsvervet som et sidegjøremål.⁸⁹ Dette tilsier at det vil være vanskeligere å finne egnede medlemmer til kontrollkommisjonen dersom funksjonsperioden var lenger.

Et kontrollkommisjonsmedlem kan fratas vervet i løpet av funksjonsperioden. Det er ikke regulert i lov eller forskrift når vervet kan fratas. Det er statsforvalteren som avgjør om et kontrollkommisjonsmedlem skal fratas vervet.⁹⁰ Dette tilsier at det ikke foreligger garantier som beskytter kontrollkommisjonen mot ekstern påvirkning. Muligheten for avskjedigelse av statsforvalteren kan påvirke kommisjonsmedlemmenes uavhengighet.

⁸⁶ Psykisk helsevernloven § 6-2 annet ledd

⁸⁷ Se den opphevede lov 28. april 1961 nr. 2 om psykisk helsevern § 8 tredje ledd og Ot.prp. nr. 11 (1998-1999) s. 134

⁸⁸ Ot.prp. nr. 11 (1998-1999) s. 134

⁸⁹ NOU 2019: 14 s. 630

⁹⁰ Helsedirektoratet (2022). Oppnevning av medlemmer av kontrollkommisjonene [nettdokument]. Oslo: Helsedirektoratet (sist faglig oppdatert 08. april 2022, lest 04. september 2022). Tilgjengelig fra <https://www.helsedirektoratet.no/tema/kontrollkommisjonen-i-psykisk-helsevern/oppnevning-av-medlemmer-av-kontrollkommisjonene>

Helsedirektoratet har lagt til grunn at en avgjørelse om å frata vervet til et kontrollkommisjonsmedlem er å anse som et enkeltvedtak etter forvaltningsloven.⁹¹ Jeg legger dette til grunn. Et enkeltvedtak kan påklages av medlemmet, jf. forvaltningsloven § 28 første ledd. Det at avgjørelsen om avskjedigelse kan utfordres tilsier at det er på plass garantier som beskytter dommerne mot ekstern påvirkning

Det er statsforvalteren som utbetaler godtgjørelse til kommisjonsmedlemmene.⁹² Dette kan tilsa at medlemmene er økonomisk avhengig av statsforvalterne. Dette kan reise tvil om kontrollkommisjonene er tilstrekkelig uavhengig av den utøvende makt.

I de fleste kontrollkommisjoner har medlemmene stillinger utenfor kontrollkommisjonsvervet.⁹³ Dette tilsier at de har et avhengighetsforhold til sin primære arbeidsgiver. Dette vil imidlertid være lite problematisk med mindre arbeidsgiveren er en av partene eller en statsmakt.

Et moment som er særlig relevant i relasjon til kontrollkommisjonens uavhengighet av institusjonen er at det ikke er uvanlig at kontrollkommisjonene benytter institusjonens systemer i kommunikasjon med pasienten.⁹⁴ Dette kan ha form av at henvendelser fra pasienten bes sendt via institusjonen.⁹⁵ I disse tilfellene vil ikke kontrollkommisjonen fremstå som uavhengig av institusjonen.

De momentene som har blitt vurdert kan objektivt sett reise tvil om kontrollkommisjonen er uavhengig nok.

⁹¹ Helsedirektoratet (2022). Oppnevning av medlemmer av kontrollkommisjonene [nettdokument]. Oslo: Helsedirektoratet (sist faglig oppdatert 08. april 2022, lest 10. oktober 2022). Tilgjengelig fra <https://www.helsedirektoratet.no/tema/kontrollkommisjonen-i-psykisk-helsevern/oppnevning-av-medlemmer-av-kontrollkommisjonene>

⁹² Helsedirektoratet (2015). Godtgjøring til medlemmer av kontrollkommisjonene [nettdokument]. Oslo: Helsedirektoratet (sist faglig oppdatert 21. juni 2022, lest 05. september 2022). Tilgjengelig fra <https://www.helsedirektoratet.no/tema/kontrollkommisjonen-i-psykisk-helsevern/godtgjoring-til-medlemmer-av-kontrollkommisjonene>

⁹³ Sosial- og helsedirektoratet, *Evaluering av kontrollkommisjonene i psykisk helsevern*, IS-1338, s. 95, NOU 2019: 14 s. 630

⁹⁴ NOU 2019: 14 s. 633

⁹⁵ NOU 2019: 14 s. 633

Det er flere forhold som gir grunn til å tvile på om kontrollkommisjonen er tilstrekkelig uavhengig av den utøvende makt i sin virksomhet.

4.3 Kontrollkommisjonens upartiskhet

4.3.1 Hva ligger i kravet om upartiskhet?

I dette kapittelet skal det redegjøres for hva som ligger i kravet om upartiskhet i EMK. Det skal deretter belyses forhold ved kontrollkommisjonen som kan være problematiske etter dette kravet.

En alminnelig språklig forståelse av «impartial» er at tribunalet må foreta en objektiv vurdering av saken. Medlemmene må ikke opptre på en slik måte som kan få det til å fremstå som at de tar side med en part. Medlemmene kan heller ikke ha en preferanse om utfallet av saken. Domstolen har uttalt at upartiskhet «normally denotes the absence of prejudice or bias and its existence or otherwise can be tested in various ways».⁹⁶ Domstolens uttalelse er i tråd med ordlyden.

Domstolen har vurdert kravet om upartiskhet på bakgrunn av en subjektiv og en objektiv test.⁹⁷ I den subjektive testen er det dommerens personlige overbevisning og atferd som skal vurderes, testen er om en bestemt dommer har utvist partiskhet i saken.⁹⁸ I majoriteten av saker som har blitt reist om tribunalets upartiskhet har Domstolen fokusert på den objektive testen.⁹⁹ På bakgrunn av dette avgrenses det mot å vurdere den subjektive testen.

I den objektive testen er vurderingen om det er konstaterbare fakta som objektivt sett kan reise tvil om organets upartiskhet.¹⁰⁰ Det avgjørende er om det er konkrete omstendigheter

⁹⁶ Bjarki H. Diego mot Island, søker 30965/17, dom av 15.03.2022 [J] avsnitt 29

⁹⁷ Bjarki H. Diego mot Island, søker 30965/17, dom av 15.03.2022 [J] avsnitt 29, Ramos Nunes De Carvalho e Sá mot Portugal, søkere 55391/13, 57728/13 og 74041/13, dom av 06.11.2018 [GC] avsnitt 145, Denisov mot Ukraina, søker 76639/11, dom av 25.09.2018 [GC] avsnitt 61

⁹⁸ Bjarki H. Diego mot Island, søker 30965/17, dom av 15.03.2022 [J] avsnitt 29, Ramos Nunes De Carvalho e Sá mot Portugal, søkere 55391/13, 57728/13 og 74041/13, dom av 06.11.2018 [GC] avsnitt 145

⁹⁹ Ramos Nunes De Carvalho e Sá mot Portugal, søkere 55391/13, 57728/13 og 74041/13, dom av 06.11.2018 [GC] avsnitt 146

¹⁰⁰ Grosam mot Tsjekkia, søker 19750/13, dom av 23.06.2022 [J] avsnitt 141

som gir parten rimelig grunn til å frykte at dommeren er ikke er upartisk.¹⁰¹ EMD har vist til at «justice must not only be done, it must also be seen to be done».¹⁰² Domstolen har ved vurderingen blant annet vektlagt om parten har hatt anledning og mulighet til å bestride habiliteten til dommerne.¹⁰³

Spørsmålet om upartiskhet kan aktualiseres i situasjoner hvor flere prosesser utøves av samme person eller hvor det er hierarkisk eller andre koblinger mellom dommerne og andre parter i saken.¹⁰⁴

4.3.2 Er kontrollkommisjonen upartisk nok?

Det som skal vurderes er om det er koblinger mellom kontrollkommisjonen og institusjonen som kan reise tvil om kommisjonens upartiskhet.

Kontrollkommisjonen er ofte i kontakt med representanter for institusjonene.¹⁰⁵ Som følge av møtehyppigheten kan det oppstå relasjoner mellom kontrollkommisjonsmedlemmene og institusjonens representanter. Denne kontakten kan reise tvil om kontrollkommisjonens upartiskhet.

Det kan argumenteres for at dette også vil gjelde for pasienten og pasientenes pårørende, og at kontakten mellom kommisjonsmedlemmene og institusjonens representanter derfor ikke vil reise tvil om kommisjonens upartiskhet. Relasjonene er imidlertid annerledes. Det er en form for kollegiale relasjoner som oppstår mellom kontrollkommisjonen og institusjonsrepresentantene, disse oppstår gjerne ubevisst. Det er enklere å ha klart for seg at en skal holde en distanse til pasientene.

¹⁰¹ Jon Fridrik Kjølbro, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention For Praktikere*, Strasbourg 2020, s. 607

¹⁰² Micallef mot Malta, søker 17056/06, dom av 15.10.2009 [GC] avsnitt 98

¹⁰³ Jon Fridrik Kjølbro, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention For Praktikere*, Strasbourg 2020, s. 607 med videre henvisninger

¹⁰⁴ Kyprianou mot Kypros, søker 73797/01, dom av 15.12.2005 [J] avsnitt 121

¹⁰⁵ Helsedirektoratet, *Informasjonsskriv til medlemmer av kontrollkommisjoner i psykisk helsevern*, IS-1559, s. 41

Ifølge Helsedirektoratet er det ikke problematisk at det holdes regelmessige møter med representanter for institusjonen.¹⁰⁶ Det er vist til at et godt samarbeid med institusjonen vil danne et godt grunnlag for kommisjonens arbeid og være til det beste for pasientene.¹⁰⁷ For å oppnå siktemålet om å være et effektivt rettsikkerhetsorgan vil det være nødvendig å ha kontakt med institusjonens representanter.

Kontrollkommisjonen er ved behandlingen av klager på restriktive tiltak underlagt habilitetsreglene i forvaltningsloven § 6, jf. psykisk helsevernloven § 1-6. Det følger av bestemmelsen at dersom en tjenestemann er «inhabil» foreligger det omstendigheter som er egnet til å svekke tilliten til personens upartiskhet.¹⁰⁸ Dersom tjenestemannen er inhabil kan han ikke tilrettelegge grunnlaget for avgjørelsen eller treffe avgjørelse i saken.¹⁰⁹

Habilitetsreglene er ment å fange opp de tilfeller hvor det kan være forhold som objektivt sett kan reise tvil om dommernes upartiskhet.

Kontrollkommisjonen skal underrette pasienten om at de må gi beskjed dersom de ønsker å anføre at noen av kontrollkommisjonens medlemmer er inhabile.¹¹⁰

I dette kapittelet har det blitt pekt på noen forhold ved kontrollkommisjonen som kan reise tvil om kontrollkommisjonens upartiskhet. Det at pasienten har anledning og mulighet til å bestride habiliteten til kommisjonsmedlemmene tilsier at kontrollkommisjonens upartiskhet er lite problematisk.

4.4 Oppsummering

Det er flere forhold som kan reise tvil om kontrollkommisjonens uavhengighet. Dette medfører en risiko for at Domstolen ikke vil finne kontrollkommisjonen uavhengig nok.

¹⁰⁶ Helsedirektoratet, *Velkommen som medlem av kontrollkommisjon i psykisk helsevern*, IS-1558, s. 7 punkt «møter og møtehyppighet»

¹⁰⁷ Helsedirektoratet, *Informasjonsskriv til medlemmer av kontrollkommisjoner i psykisk helsevern*, IS-1559, s. 39

¹⁰⁸ Forvaltningsloven § 6 annet ledd første punktum

¹⁰⁹ Forvaltningsloven § 6 første ledd

¹¹⁰ Psykisk helsevernforskriften § 53 bokstav d

I dette kapitlet har det blitt dratt frem noen forhold som kan være reise tvil om kontrollkommisjonens upartiskhet. Etter min mening er det likevel lite sannsynlig at Domstolen vil kunne finne at kontrollkommisjonen er partisk.

5 Møter i kontrollkommisjonen

5.1 Innledning

I dette kapitlet skal det undersøkes om det å behandle klager på restriktive tiltak uten å holde en muntlig høring innebærer en risiko for krenkelse av kravet til «public hearing» i EMK artikkel 6 nr. 1.

Det er to elementer i dette kravet.¹¹¹ Saken skal behandles offentlig og muntlig.¹¹² Det er kravet til muntlighet som skal problematiseres nærmere.

5.2 Muntlig høring i kontrollkommisjonen

5.2.1 Hva ligger i kravet om muntlig høring?

Det som skal vurderes i dette kapitlet er hva som ligger i kravet om muntlig høring i EMK. Det skal deretter vurderes om det er problematisk at kontrollkommisjonen kan behandle klager på restriktive tiltak på bakgrunn av de skriftlige opplysningene i saken uten å holde en muntlig høring med pasienten.

I utgangspunktet har parten krav på muntlig høring, jf. «entitled to». Hovedregelen er altså at rettsmøtet skal foregå muntlig.¹¹³

¹¹¹ D. J. Harris m.fl., *Harris, O'Boyle, and Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford 2018, s. 434 og 436, Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter 2: Statens plikt til effektiv og betryggende straffeforfølgning*, Bergen 2021, s. 265

¹¹² D. J. Harris m.fl., *Harris, O'Boyle, and Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford 2018, s. 434 og 436, Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter 2: Statens plikt til effektiv og betryggende straffeforfølgning*, Bergen 2021, s. 265

¹¹³ Se også Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter 2: Statens plikt til effektiv og betryggende straffeforfølgning*, Bergen 2021, s. 265

Retten til muntlig behandling er ikke absolutt.¹¹⁴ Dette innebærer at det er adgang til å gjøre unntak fra kravet.

Hvis retten er den første og eneste instansen innebærer kravet om «public hearing» at det skal foretas en muntlig behandling.¹¹⁵ Dette utgangspunktet kan fravikes dersom det foreligger «exceptional circumstances».¹¹⁶ Dette tilsier at det er en høy terskel for å fravike utgangspunktet om muntlig høring. De eksepsjonelle omstendighetene må knytte seg til sakens natur.¹¹⁷

Domstolen har uttalt at en muntlig høring vil være nødvendig i flere saker.¹¹⁸ Dette gjelder for eksempel i saker hvor det er omstendigheter som nødvendiggjør at retten danner sitt eget inntrykk av parten gjennom å tillate dem å forklare sin egen situasjon, enten selv eller gjennom en representant.¹¹⁹

I noen saker kan fakta avgjøres på bakgrunn av en skriftlig forklaring.¹²⁰ Noen saker har imidlertid så personlig innvirkning på parten at vedkommende uansett burde bli hørt muntlig for å gi uttrykk for hvordan situasjonen opplevdes.¹²¹

Det vil i noen tilfeller være adgang til å gjøre unntak fra muntlighetsprinsippet. Dette gjelder blant annet dersom saken reiser særlige tekniske spørsmål, dersom saken ikke reiser spørsmål

¹¹⁴ Jon Fridrik Kjølbro, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention For Praktikere*, Strasbourg 2020, s. 638

¹¹⁵ Ramos Nunes De Carvalho e Sá mot Portugal, søkere 55391/13, 57728/13 og 74041/13, dom av 06.11.2018 [GC] avsnitt 188, Göç mot Tyrkia, søker 36590/97, dom av 11.07.2002 [GC] avsnitt 47

¹¹⁶ Jon Fridrik Kjølbro, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention For Praktikere*, Strasbourg 2020, s. 638-639, Ramos Nunes De Carvalho e Sá mot Portugal, søkere 55391/13, 57728/13 og 74041/13, dom av 06.11.2018 [GC] avsnitt 188, Göç mot Tyrkia, søker 36590/97, dom av 11.07.2002 [GC] avsnitt 47

¹¹⁷ Ramos Nunes De Carvalho e Sá mot Portugal, søkere 55391/13, 57728/13 og 74041/13, dom av 06.11.2018 [GC] avsnitt 189 med videre henvisninger

¹¹⁸ Ramos Nunes De Carvalho e Sá mot Portugal, søkere 55391/13, 57728/13 og 74041/13, dom av 06.11.2018 [GC] avsnitt 191 med videre henvisninger

¹¹⁹ Ramos Nunes De Carvalho e Sá mot Portugal, søkere 55391/13, 57728/13 og 74041/13, dom av 06.11.2018 [GC] avsnitt 191 (b)

¹²⁰ Göç mot Tyrkia, søker 36590/97, dom av 11.07.2002 [GC] avsnitt 51

¹²¹ Göç mot Tyrkia, søker 36590/97, dom av 11.07.2002 [GC] avsnitt 51

om troverdighet eller omtvistede fakta, eller om saken kun reiser rettslige spørsmål av begrenset rekkevidde eller enkle lovspørsmål.¹²²

Det som kan oppsummeres på bakgrunn av disse kildene er at den klare hovedregelen er at møter skal holdes muntlig. Utgangspunktet kan fravikes dersom det foreligger særlige forhold knyttet til sakens natur.

5.2.2 Er det problematisk om pasienten ikke får en muntlig høring i kontrollkommisjonen?

Redegjørelsen av kravet til muntlig høring viser at retten ikke er absolutt. Det er derfor ikke sikkert at det vil være problematisk at kontrollkommisjonen kan behandle klager på restriktive tiltak på bakgrunn av de skriftlige opplysningene i saken uten å holde en muntlig høring med pasienten. Det må undersøkes om sakene kontrollkommisjonen behandler er av slik natur at det vil være nødvendig med en muntlig høring.

Å behandle sakene muntlig kan gjøre det enklere for kommisjonen å få et selvstendig inntrykk av pasientens funksjonsevne og sinnstilstand. Pasienten sin tilstand kan ha endret seg fra tidspunktet vedtaket ble fattet til klagen blir behandlet i kontrollkommisjonen. Dette skyldes at vedtakene er betinget av pasientens medisinske tilstand. Dette tilsier at det er omstendigheter som nødvendiggjør at kontrollkommisjonen danner sitt eget inntrykk av parten gjennom å tillate dem å forklare sin egen situasjon.

Bruken av restriktive tiltak kan ha stor personlig innvirkning på pasienten. Dette tilsier at pasienten burde bli hørt muntlig i kontrollkommisjonen for å gi uttrykk for hva slags innvirkning vedtaket hadde. Det vil nok være enklere å gi uttrykk for sin personlige erfaring på denne måten.

Det å ha muntlige høringer i kontrollkommisjonen kan føre til økt arbeidsmengde for den faglig ansvarlige som har fattet vedtaket og kontrollkommisjonen. Det kan imidlertid lages retningslinjer slik at disse virkningene ikke blir for store. Dette momentet er ikke knyttet til sakens natur og kan derfor uansett ikke tillegges avgjørende betydning.

¹²² Ramos Nunes De Carvalho e Sá mot Portugal, søkere 55391/13, 57728/13 og 74041/13, dom av 06.11.2018 [GC] avsnitt 190 (a), (b) og (c)

I Danmark er utgangspunktet at pasienten og pasientrådgiveren har rett til å anlegge saken muntlig for Det Psykiatriske Patientklagenævn ved Nævnenes hus¹²³, jf. lov om anvendelse af tvang i psykiatrien m.v. § 36 stk. 2. Utgangspunktet om muntlig høring i Danmark er blant annet begrunnet i at dette gjør det enklere å få pasientens syn på saken.¹²⁴

Momentene som har blitt belyst i dette kapittelet tilsier at det vil være nødvendig å tilby pasientene en muntlig høring ved behandlingen av klager på restriktive tiltak i kontrollkommisjonen. Dette tilsier at det vil være problematisk om pasienten ikke får en muntlig høring i kontrollkommisjonen.

5.3 Oppsummering

I dette kapittelet har det blitt vurdert om det er problematisk at kontrollkommisjonen kan behandle klager på restriktive på bakgrunn av de skriftlige opplysningene i saken uten å holde en muntlig høring med pasienten.

Kapittelets funn viser at klagen som behandles i kontrollkommisjonene er av en slik art at det vil være nødvendig med en muntlig høring. Det er en risiko for at Domstolen vil finne at det å behandle klager på restriktive tiltak uten å holde en muntlig høring med pasienten krenker kravet til «public hearing» i EMK artikkel 6 nr. 1.

6 Tilgang til kontrollkommisjonen

6.1 Innledning

Det som skal vurderes i dette kapittelet er om mangelen på fri rettshjelp til pasientene i kontrollkommisjonen ved behandlingen av klager på restriktive tiltak innebærer en risiko for krenkelse av kravet til domstolsadgang i EMK artikkel 6 nr. 1.

Ordlyden i artikkel 6 tilsier at rettergangsgarantiene gjelder i selve prosedyren, jf. «in the determination» og «hearing». Garantiene vil imidlertid være verdiløse hvis saken ikke kan

¹²³ Klageorganet i Danmark som tilsvarer kontrollkommisjonene i Norge

¹²⁴ Epost av 29.11.2022 «Spørsmål vedrørende Det Psykiatriske Patientklagenævn» korrespondanse med Det Psykiatriske Patientklagenævn ved Nævnenes Hus

bringes inn for domstolen. EMD har derfor innfortolket et krav om «right of access to a court» i artikkelen.¹²⁵

Domstolsadgangen må være praktisk og effektiv, og ikke teoretisk og illusorisk.¹²⁶ For at domstolsadgangen skal være effektiv må individet ha en «clear, practical opportunity to challenge an act that is an interference with his rights».¹²⁷ Staten er ikke pålagt å gi parten fri rettshjelp i alle sivile saker.¹²⁸ Manglende rettshjelp kan imidlertid i noen tilfeller medføre at parten ikke har en effektiv tilgang til domstolen.¹²⁹

6.2 Fri rettshjelp i kontrollkommisjonen

6.2.1 Er det krav om fri rettshjelp for å ha en effektiv domstolsadgang?

I dette kapittelet skal det redegjøres for hvordan Domstolen har gått frem og hvilke momenter som har blitt vektlagt ved vurderingen av om en part har krav på fri rettshjelp for å ha en effektiv domstolsadgang. Deretter skal det undersøkes i hvilken grad det er problematisk at pasientene ikke tilbys fri rettshjelp i kontrollkommisjonen.

Det beror på en konkret vurdering om retten til domstolsadgang og rettferdig rettergang krever at det ytes fri rettshjelp i en sivil sak.¹³⁰

I *Airey mot Irland*¹³¹ anførte staten forgjeves at klageren hadde tilgang på domstolen fordi klageren i en sak om separasjon hadde adgang til å bringe saken inn for domstolen uten rettshjelp. Det er ikke nok å rent faktisk ha tilgang til domstolen, tilgangen må være

¹²⁵ *Golder mot Storbritannia*, søker 4451/70, dom av 21.02.1975 [P] avsnitt 36, *Zubac mot Kroatia*, søker 40160/12, dom av 05.04.2018 [GC] avsnitt 76

¹²⁶ *Zubac mot Kroatia*, søker 40160/12, dom av 05.04.2018 [GC] avsnitt 77, *Airey mot Irland*, søker 6289/73, dom av 09.10.1979 [J] avsnitt 24

¹²⁷ *Bellet mot Frankrike*, søker 23805/94, dom av 04.12.1995 [J] avsnitt 36, *Korporativna Targovska Banka AD mot Bulgaria*, søkere 46564/15 og 68140/16, dom av 30.08.2022 [J] avsnitt 129

¹²⁸ *Airey mot Irland*, søker 6289/73, dom av 09.10.1979 [J] avsnitt 26, *Steel og Morris mot Storbritannia*, søker 68416/01, dom av 15.02.2005 [J] avsnitt 60, Jon Fridrik Kjølbro, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention For Praktikere*, Strasbourg 2020, s. 564

¹²⁹ *Airey mot Irland*, søker 6287/73, dom av 09.10.1979 [J] avsnitt 26

¹³⁰ Jon Fridrik Kjølbro, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention For Praktikere*, Strasbourg 2020, s. 565, Rundskriv om fri rettshjelp SRF-2017-1 punk 7.7.1

¹³¹ *Airey mot Irland*, søker 6289/73, dom av 09.10.1979 [J]

effektiv.¹³² Vurderingstemaet er om parten kan presentere sin sak «properly and satisfactory» uten rettshjelp.¹³³ I vurderingen vektla Domstolen kompleksiteten av de prosessuelle og materielle reglene, partens personlige forhold og om saken involverte sterke følelser.¹³⁴ Domstolen konkluderte med at klageren ikke hadde hatt en effektiv tilgang til domstolen, og at det derfor forelå en krenkelse av artikkel 6.¹³⁵

I *Steel og Morris mot Storbritannia*¹³⁶ tok Domstolen stilling til om artikkel 6 var krenket siden klageren ikke hadde fått fri rettshjelp i en sak om æreskrenkelse. Domstolen tok en todelt vurdering. De tok først en vurdering av viktigheten av hva som var på spill for parten og den rettslige prosedyren.¹³⁷ Retten vurderte deretter om klageren var i stand til å ha et effektivt forsvar til tross for manglende rettshjelp.¹³⁸ I vurderingen la Domstolen vekt på partens egne egenskaper og kvaliteter, veiledningen de hadde fått og om de i hovedsak handlet alene. I denne vurderingen er forhold som partens utdanningsnivå relevant.¹³⁹

Domstolens fremgangsmåte forstås slik at dersom utfallet av den første vurderingen er at prosedyren er enkel og det som er på spill ikke er grunnleggende friheter og rettigheter, vil det være mer av partens egenskaper som må tilsi at han har krav på fri rettshjelp.

Viktigheten av hva som er på spill for parten kan som nevnt tale for at fri rettshjelp er påkrevd.¹⁴⁰ I *Steel og Morris* beskyttet klagerne ytringsfriheten sin, og det hadde store økonomiske konsekvenser for dem å ikke kunne bekrefte hver æreskrenkende uttalelse.¹⁴¹ I *P., C. og S. mot Storbritannia*¹⁴² ble det lagt stor vekt på at saken hadde vesentlige

¹³² *Airey mot Irland*, søker 6289/73, dom av 09.10.1979 [J] avsnitt 24

¹³³ *Airey mot Irland*, søker 6289/73, dom av 09.10.1979 [J] avsnitt 24

¹³⁴ *Airey mot Irland*, søker 6289/73, dom av 09.10.1979 [J] avsnitt 24

¹³⁵ *Airey mot Irland*, søker 6289/73, dom av 09.10.1979 [J] avsnitt 28

¹³⁶ *Steel og Morris mot Storbritannia*, søker 68416/01, dom av 15.02.2005 [J]

¹³⁷ *Steel og Morris mot Storbritannia*, søker 68416/01, dom av 15.02.2005 [J] avsnitt 63-66

¹³⁸ *Steel og Morris mot Storbritannia*, søker 68416/01, dom av 15.02.2005 [J] avsnitt 67

¹³⁹ Se *McVicar mot Storbritannia*, søker 46311/99, dom av 07.05.2002 [J] avsnitt 53

¹⁴⁰ European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, *Handbook on European law relating to access to justice*, Luxembourg 2016, s. 64 med videre henvisninger

¹⁴¹ *Steel og Morris mot Storbritannia*, søker 68416/01, dom av 15.02.2005 [J] avsnitt 63

¹⁴² *P., C. og S. mot Storbritannia*, søker 56547/00, dom av 16.07.2002 [J]

konsekvenser for forholdet mellom partene og deres biologiske barn.¹⁴³ Saker om familierettigheter og familieforhold er ofte saker av stor viktighet.¹⁴⁴ Fri rettshjelp i saker av stor viktighet vil kunne være påkrevd når individet er i en sårbar tilstand, dette vil blant annet gjelde når individet sliter psykisk.¹⁴⁵

Nektelse av fri rettshjelp fratok Steel og Morris muligheten til å presentere saken effektivt for domstolen og bidro til en uakseptabel «inequality of arms».¹⁴⁶ Kravet om «equality of arms» er innfortolket i artikkel 6 nr. 1.¹⁴⁷ Kravet innebærer at parten må ha mulighet til å presentere saken under forhold som ikke «place him at a substantial disadvantage vis-à-vis his opponent or opponents».¹⁴⁸ En ineffektiv domstolsadgang for den ene parten kan ha den virkning at det ikke er en rettferdig balanse mellom partene. Dette er et moment i vurderingen av om parten har krav på fri rettshjelp for å ha en effektiv domstolsadgang.

6.2.2 Er mangelen på fri rettshjelp i kontrollkommisjonen problematisk?

Det skal nå vurderes om pasientene har en effektiv tilgang til kontrollkommisjonen uten fri rettshjelp. Det skal foretas en vurdering av hvor viktig sakene som behandles av kontrollkommisjonen er for pasienten, hvor komplekse materielle og prosessuelle regler som benyttes av kontrollkommisjonen og om pasienten er i stand til å representere seg selv på en effektiv måte. Det skal i tillegg undersøkes om mangelen på rettshjelp kan medføre at pasienten er i en vesentlig dårligere posisjon til å presentere saken enn den faglig ansvarlige.

Domstolen har uttalt at det må foretas en konkret vurdering i hver sak.¹⁴⁹ Det er imidlertid flere av de samme momentene som vil være relevante i vurderingen av om pasientene har en

¹⁴³ P., C. og S. mot Storbritannia, søker 56547/00, dom av 16.07.2002 [J] avsnitt 100

¹⁴⁴ Se Steel og Morris mot Storbritannia, søker 68416/01, dom av 15.02.2005 [J] avsnitt 63 med videre henvisninger, European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, *Handbook on European law relating to access to justice*, Luxembourg 2016, s. 64

¹⁴⁵ European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, *Handbook on european law relating to access to justice*, Luxembourg 2016, s. 64

¹⁴⁶ Steel og Morris mot Storbritannia, søker 68416/01, dom av 15.02.2005 [J] avsnitt 72

¹⁴⁷ Bernadette Rainey, Pamela McCormick, Clare Ovey, *Jacobs, White and Ovey: The European Convention on Human Rights*, Oxford 2021, s. 295

¹⁴⁸ Regner mot Tsjekkia, søker 35289/11, dom av 19.09.2017 [GC] avsnitt 146

¹⁴⁹ Jon Fridrik Kjølbro, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention For Praktikere*, Strasbourg 2020, s. 565 med videre henvisninger

effektiv tilgang til kontrollkommisjonen uten fri rettshjelp. Det skal derfor foretas en felles vurdering av om det er problematisk at pasientene ikke har krav på fri rettshjelp i klager på restriktive tiltak for kontrollkommisjonen.

Det vil variere hvor stor betydning saken har for pasienten basert på hva slags vedtak som har blitt fattet. Vedtak om skjerming, isolasjon og bruk av mekaniske tvangsmidler kan medføre et stort inngrep i pasientens bevegelsesfrihet og fysiske integritet.¹⁵⁰ Anvendelsen av disse tvangstiltakene kan som nevnt i punkt 3.2 innebære at det har skjedd en frihetsberøvelse. Bruken av disse tiltakene kan også krenke forbudet mot nedverdiggende behandling i EMK artikkel 3.¹⁵¹ Artikkel 3 oppstiller en av de mest fundamentale verdiene i demokratiske samfunn.¹⁵² I saker hvor kontrollkommisjonen behandler klager på bruk av mekaniske tvangsmidler, skjerming og isolasjon tilsier sakens viktighet at mangelen på fri rettshjelp er problematisk.

Vedtak om innskrenkninger av pasientenes forbindelse med omverden vil kunne gripe inn i retten til privatliv, familieliv og korrespondanse i EMK artikkel 8.¹⁵³ Som vist tidligere vil saker om familieforhold og familierettigheter kunne være av stor viktighet. Vedtaket kan ha den konsekvens at pasientens kontakt med familie blir innskrenket. Sakens viktighet tilsier i slike tilfeller at mangelen på fri rettshjelp kan være problematisk.

På en annen side behandler kontrollkommisjonen flere vedtak som vil være av mindre viktighet for pasienten. Dette gjelder for eksempel beslagleggelsen av rømningshjelpemidler

¹⁵⁰ For beskrivelsen av disse tiltakene vises det til punkt 3.2

¹⁵¹ Sivilombudet, *Kontroll med bruk av mekaniske tvangsmidler i psykisk helsevern: En undersøkelse av kontrollkommisjonenes praksis*, Oslo 2022, s. 4, Sivilombudsmannen, *Skjerming i psykisk helsevern- risiko for umenneskelig behandling*, temarapport 2018, s. 9. Se også Committee on the Rights of Persons with Disabilities, *Guidelines on article 14 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities: The right to liberty and security of persons with disabilities*, avsnitt 12, uttalelsen gjaldt direkte Konvensjon om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne (CRPD) artikkel 15, men artikkelen er en parallell bestemmelse til EMK artikkel 3. Komiteen uttalte at bruken av skjerming og ulike tvangsmetoder ikke er forenelig med forbudet mot tortur og nedverdiggende behandling

¹⁵² Bouyid mot Belgia, søker 23380/09, dom av 28.09.2015 [GC] avsnitt 81

¹⁵³ Et slikt vedtak innebærer at pasienten får innført innskrenkninger i retten til å motta besøk og benytte telefon, samt sende og motta brev, jf. psykisk helsevernloven § 4-5 første ledd

og farlige gjenstander.¹⁵⁴ Dette kan oppleves som inngripende for pasienten, men det å få beholde gjenstandene vil ikke ha den samme innvirkningen på pasientens liv som vedtak som griper inn i pasientens personlige sfære.

Saksbehandlingen til kontrollkommisjonen er ikke særlig kompleks. Pasientene har i tillegg adgang til å få informasjon om saksbehandlingen etter forvaltningsloven og skal få informasjon etter psykisk helsevernloven. Kompleksiteten av de prosessuelle reglene tilsier at mangelen på fri rettshjelp er lite problematisk.

På en annen side er de materielle reglene i psykisk helsevernloven vanskelig å sette seg inn i. Dette skyldes at mange av bestemmelsene inneholder ord som ikke har et klart meningsinnhold, slik som «uomgjengelig nødvendig»¹⁵⁵. Videre forutsetter flere av bestemmelsene at en kan vurdere sin egen sinnstilstand objektivt for å kunne argumentere for at det ikke var nødvendig med den type behandling som en klager på. Kompleksiteten av de materielle reglene kan tilsa at mangelen på fri rettshjelp er problematisk.

Den skriftlige redegjørelsen som kan innhentes blir gitt av den faglig ansvarlige for vedtaket. Det følger av psykisk helsevernloven § 1-4 at den «faglig ansvarlige» for vedtak skal være lege med relevant spesialistgodkjenning eller klinisk psykolog med relevant praksis og videreutdanning som fastsatt i forskrift. Det er sannsynlig at den som fatter vedtaket har mer kunnskap om reglene i psykisk helsevernloven og deres innhold enn pasienten. Dette tilsier at pasienten er i en vesentlig dårligere posisjon til å presentere saken enn den faglig ansvarlige.

Begrunnelsen for bruken av tiltaket følger ofte av flere dokumenter slik som pasientjournalen og diverse protokoller. Pasienten har i utgangspunktet rett til innsyn i journalen sin med bilag.¹⁵⁶ Dette tilsier at parten ikke vil være i en vesentlig dårligere posisjon til å presentere saken enn motparten.

På en annen side kan pasienten nektes innsyn i opplysninger i journalen på nærmere vilkår.¹⁵⁷ En advokat kan som hovedregel ikke nektes innsyn i disse opplysningene.¹⁵⁸ I de tilfellene

¹⁵⁴ Psykisk helsevernloven § 4-7 første ledd gir hjemmel for beslagleggelsen

¹⁵⁵ Psykisk helsevernloven § 4-8 første ledd

¹⁵⁶ Pasient- og brukerrettighetsloven § 5-1 første ledd første punktum, jf. psykisk helsevernloven § 1-5

¹⁵⁷ Pasient- og brukerrettighetsloven § 5-1 annet ledd, jf. psykisk helsevernloven § 1-5

¹⁵⁸ Pasient- og brukerrettighetsloven § 5-1 tredje ledd annet punktum, jf. psykisk helsevernloven § 1-5

pasienten nektes innsyn i journalen vil likebehandlingsprinsippet være svekket og det vil være lite sannsynlig at pasienten vil kunne representere seg selv.

Gjennomgangen hittil viser at sakens viktighet varierer basert på hva slags vedtak som har blitt fattet. Kompleksiteten av de materielle reglene taler for at manglende fri rettshjelp er problematisk. De prosessuelle reglene taler mot at manglende fri rettshjelp er problematisk. Mangelen på rettshjelp kan i noen tilfeller medføre at pasienten er i en vesentlig dårligere posisjon til å presentere saken enn den faglig ansvarlige.

Det må videre vurderes om pasienten er i stand til å representere seg selv på en effektiv måte uten fri rettshjelp.

Det vil kunne være store variasjoner mellom pasientenes funksjonsevne og forståelse av situasjonen. Noen av pasientene vil være i stand til å føre saken på en god og effektiv måte for kontrollkommisjonen. Dette tilsier at mangelen på fri rettshjelp ikke vil være problematisk for alle pasienter.

Helsetilsynet uttalte i sin rapport at pasientene i psykisk helsevern som gruppe generelt stiller «langt svakere økonomisk og sosialt enn befolkningen for øvrig».¹⁵⁹ Det ble videre trukket frem at utdanningsnivået er lavere i denne gruppen enn den øvrige befolkningen.¹⁶⁰

Pasientene under tvungent vern hadde et lavere utdanningsnivå enn de frivillige pasientene.¹⁶¹ Det er lite sannsynlig at pasientene som er underlagt tvungent psykisk helsevern vil være i stand til å representere seg selv på en god og effektiv måte uten fri rettshjelp.

Verdens helseorganisasjon har uttalt at individer som er tvangsinnlagt burde ha tilgang på rettslig representasjon.¹⁶² Dette ble begrunnet i at mange i denne gruppen ikke er i en økonomisk situasjon til å kunne betale for slik representasjon.¹⁶³

¹⁵⁹ Rapport fra Helsetilsynet 4/2006, *Bruk av tvang i psykisk helsevern*, Oslo 2006, s. 16

¹⁶⁰ Rapport fra Helsetilsynet 4/2006, *Bruk av tvang i psykisk helsevern*, Oslo 2006, s. 16

¹⁶¹ Rapport fra Helsetilsynet 4/2006, *Bruk av tvang i psykisk helsevern*, Oslo 2006, s. 17

¹⁶² World Health Organization Europe, *Policies and practices for mental health in Europe- meeting the challenges*, ISBN 978 92 890 4279 6, 2008, s. 167

¹⁶³ World Health Organization Europe, *Policies and practices for mental health in Europe- meeting the challenges*, ISBN 978 92 890 4279 6, 2008, s. 167

Det som kan utledes av Helsetilsynets og Verdens helseorganisasjon sine rapporter er at pasientene som er ilagt restriktive tiltak ikke har forutsetningene for å kunne ivareta sine interesser på egen hånd.

Momentene som har blitt vurdert tilsier at det vil være vanskelig for pasientene som er ilagt restriktive tiltak å representere seg selv på en god og effektiv måte uten fri rettshjelp.

6.3 Oppsummering

Gjennomgangen i dette kapitlet viser at det er en risiko for at Domstolen i noen saker vil kunne finne at mangelen på fri rettshjelp i kontrollkommisjonen ved behandlingen av klager på restriktive tiltak krenker kravet til effektiv domstolsadgang i EMK artikkel 6 nr. 1.

7 Kontrollkommisjonens legalitetskontroll av frihetsberøvelsen

7.1 Innledning

Det som skal undersøkes i dette kapitlet er om kontrollkommisjonens sammensetning og kompetanse utgjør en risiko for at de ikke kan prøve frihetsberøvelsens lovlighet etter EMK artikkel 5 nr. 4.

Som nevnt tidligere er det ikke krav om å ha et medlem i kontrollkommisjonen som har spesialisering i psykiatri. Det er mangelen på psykiater i kontrollkommisjonen som skal problematiseres.

7.2 Kontrollkommisjonens prøving av frihetsberøvelsens lovlighet

7.2.1 Hva ligger i kravet om å få «lawfulness of his detention (...) decided»?

I dette kapitlet skal det redegjøres for hva som ligger i kravet om å få «lawfulness of his detention (...) decided» i EMK artikkel 5 nr. 4. Det skal deretter vurderes om kontrollkommisjonen uten å ha et medlem med spesialisering i psykiatri kan tilfredsstille dette kravet.

Ordlyden «lawfulness of his detention» tilsier at det som skal kunne prøves er om frihetsberøvelsen er lovlig. Dette forstås som en vurdering av grunnlaget frihetsberøvelsen bygger på i artikkel 5 nr. 1.

Domstolen har uttalt at «lawfulness» i artikkel 5 nr. 4 har samme mening som «lawful» i artikkel 5 nr. 1.¹⁶⁴

Artikkel 5 nr. 1 oppstiller som vilkår at individet har krav på å få prøvd om frihetsberøvelsen er i samsvar med nasjonal rett.¹⁶⁵ Dette sikter til en vurdering av om de nasjonale materielle og prosessuelle reglene er overholdt.¹⁶⁶ Helsedirektoratet har uttalt at kontrollkommisjonen kan prøve om vedtaket har materielle eller formelle feil.¹⁶⁷ Dette legges til grunn uten videre problematisering.

For at frihetsberøvelsen skal være lovlig må den også være i samsvar med konvensjonsteksten, dens generelle prinsipper, samt formålet om å beskytte individet fra vilkårlig frihetsberøvelse.¹⁶⁸

Ingen frihetsberøvelse vil være lovlig med mindre den faller inn under en av bokstavene i artikkel 5 nr. 1.¹⁶⁹ Legalitetskontrollen etter EMK artikkel 5 nr. 4. må være omfattende nok til å vurdere de vilkår som må være oppfylt for at frihetsberøvelsen skal være lovlig etter 5 nr. 1.¹⁷⁰

¹⁶⁴ Khlaifia mfl. mot Italia, søker 16483/12, dom av 15.12.2016 [GC] avsnitt 128

¹⁶⁵ Denis og Irvine mot Belgia, søkere 62819/17 og 63921/17, dom av 01.06.2021 [GC] avsnitt 186

¹⁶⁶ Ilseher mot Tyskland, søkere 10211/12 og 27505/14, dom av 04.12.2018 [GC] avsnitt 135, Jon Fridrik Kjølbro, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention For Praktikere*, Strasbourg 2020, s. 487

¹⁶⁷ Helsedirektoratet (2015). Oppgaver, saksbehandling og maler for kontrollkomisjonene [nettdokument]. Oslo: Helsedirektoratet (sist faglig oppdatert 20. mai 2022, lest 27. september 2022). Tilgjengelig fra <https://www.helsedirektoratet.no/tema/kontrollkomisjonen-i-psykisk-helsevern/oppgaver-saksbehandling-og-maler-for-kontrollkomisjonene>

¹⁶⁸ Denis og Irvine mot Belgia, søkere 62819/17 og 63921/17, dom av 01.06.2021 [GC] avsnitt 186, Erik Møse, *Menneskerettigheter*, Oslo 2002, s. 284, D. J. Harris m.fl., *Harris, O'Boyle, and Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford 2018, s. 356

¹⁶⁹ P.W. mot Østerrike, søker 10425/19, dom av 21.06.2022 [J] avsnitt 47

¹⁷⁰ Khlaifia mfl. mot Italia, søker 16483/12, dom av 15.12.2016 [GC] avsnitt 128, E. mot Norge, søker 11701/85, dom av 29.08.1990 [J] avsnitt 50

Domstolen må prøve lovligheten av frihetsberøvelsen i lys av Winterwerp-kriteriene i saker hvor en person har blitt frihetsberøvet på grunnlag av å være psykisk syk etter artikkel 5 nr. 1 bokstav e.¹⁷¹

I Winterwerp mot Nederland¹⁷² oppstilte Domstolen tre kriterier som må være oppfylt for frihetsberøvelsen skal være lovlig. Winterwerp-kriteriene har blitt anvendt i saker om tvangsplassering.¹⁷³ Dette betyr at når det skal vurderes om vilkårene er oppfylt i saker om restriktive tiltak må vilkårene tilpasses den endrede bruken.¹⁷⁴

Det første kriteriet er at personen må ha fått påvist en reell psykisk forstyrrelse.¹⁷⁵ Dette må forutsettes oppfylt ved institusjonsinnleggelsen.¹⁷⁶

Det andre vilkåret er at den psykiske forstyrrelsen må være av en slik grad eller intensitet at den nødvendiggjør en frihetsberøvelse.¹⁷⁷ Dette kriteriet gjelder fullt ut for bruken av det restriktive tiltaket. Frihetsberøvelsen må være vist å være nødvendig under omstendighetene.¹⁷⁸ Bruken av det restriktive tiltaket kan være nødvendig av behandlingsmessige hensyn, eller være nødvendig for å eksempelvis forhindre at individet skader seg selv eller andre.¹⁷⁹ Anvendelsen av tiltaket må være siste utvei, og kan bare

¹⁷¹ Bernadette Rainey, Pamela McCormick, Clare Ovey, *Jacobs, White and Ovey: The European Convention on Human Rights*, Oxford 2021, s. 269

¹⁷² Winterwerp mot Nederland, søker 6301/73, dom av 24.10.1979 [J]

¹⁷³ Marius Storvik, *Rettslig vern av pasientens integritet i psykisk helsevern*, doktoravhandling Tromsø 2017, s. 201

¹⁷⁴ Marius Storvik, *Rettslig vern av pasientens integritet i psykisk helsevern*, doktoravhandling Tromsø 2017, s. 201

¹⁷⁵ Winterwerp mot Nederland, søker 6301/73, dom av 24.10.1979 [J] avsnitt 39

¹⁷⁶ Marius Storvik, *Rettslig vern av pasientens integritet i psykisk helsevern*, doktoravhandling Tromsø 2017, s. 201

¹⁷⁷ Winterwerp mot Nederland, søker 6301/73, dom av 24.10.1979 [J] avsnitt 39

¹⁷⁸ D. J. Harris m.fl., *Harris, O'Boyle, and Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford 2018, s. 328

¹⁷⁹ Ilseher mot Tyskland, søker 10211/12 og 27505/14, dom av 04.12.2018 [GC] avsnitt 133, Hutchison Reid mot Storbritannia, søker 50272/99, dom av 20.02.2003 [J] avsnitt 52

benyttes dersom det gir en faktisk helseeffekt.¹⁸⁰ Frihetsberøvelsen må ikke være uforholdsmessig.¹⁸¹

Det tredje kriteriet er at lidelsen må være tilstede gjennom hele frihetsberøvelsen.¹⁸² Dette vil ikke være relevant ved bruken av restriktive tiltak.¹⁸³

I *X mot Storbritannia*¹⁸⁴ kom Domstolen til at legalitetskontrollen var utilstrekkelig fordi domstolen ikke prøvde det medisinske grunnlaget for frihetsberøvelsen.¹⁸⁵ Prøvelsesorganet må foreta en reell og selvstendig bedømmelse av om betingelsene for frihetsberøvelsens lovlighet er oppfylt.¹⁸⁶

Domstolen har i noen saker problematisert mangelen på en uavhengig og ekstern psykiatrisk evaluering av pasienten.¹⁸⁷ EMD har uttalt at en slik mulighet utgjør en viktig garanti mot vilkårlig frihetsberøvelse.¹⁸⁸

¹⁸⁰ Marius Storvik, *Rettslig vern av pasientens integritet i psykisk helsevern*, doktoravhandling Tromsø 2017, s. 202-203 med videre henvisninger

¹⁸¹ Marius Storvik, *Rettslig vern av pasientens integritet i psykisk helsevern*, doktoravhandling Tromsø 2017, s. 202-203 med videre henvisninger

¹⁸² D. J. Harris m.fl., *Harris, O'Boyle, and Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford 2018, s. 328, Marius Storvik, *Rettslig vern av pasientens integritet i psykisk helsevern*, doktoravhandling Tromsø 2017, s. 202

¹⁸³ Marius Storvik, *Rettslig vern av pasientens integritet i psykisk helsevern*, doktoravhandling Tromsø 2017, s. 201

¹⁸⁴ *X mot Storbritannia*, søker 7215/75, dom av 05.11.1981 [J]

¹⁸⁵ Erik Møse, *Menneskerettigheter*, Oslo 2002, s. 284, *X mot Storbritannia*, søker 7215/75, dom av 05.11.1981 [J] avsnitt 58

¹⁸⁶ Rasul Jafarov mot Aserbajdsjan, søker 69981/14, dom av 17.03.2016 [J] avsnitt 143

¹⁸⁷ *X mot Finland*, søker 34806/04, dom av 03.07.2012 [J], *M.T. mot Estland*, søker 75378/13, dom av 23.10.2018 [J]

¹⁸⁸ *X mot Finland*, søker 34806/04, dom av 03.07.2012 [J] avsnitt 169

7.2.2 I hvilken grad kan kontrollkommissjonen prøve om frihetsberøvelsen er i tråd med konvensjonskravene?

Det som skal vurderes er om kontrollkommissjonen uten å ha et medlem med spesialisering i psykiatri kan vurdere om bruken av det restriktive tiltaket er i tråd med konvensjonskravene som redegjort for under punkt 7.2.1.

Kontrollkommissjonene har fått kritikk fordi de er satt sammen uten å ha for øye at de skal besitte psykiatrisk kompetanse.¹⁸⁹ Denne kritikken skyldes at det faglige skjønnet i praksis vil være utslagsgivende for vurderingen av avgjørelsens gyldighet i de langt fleste situasjoner.¹⁹⁰ Dette tilsier at kontrollkommissjonen må inneha psykiatrisk kompetanse for å kunne foreta en reell og selvstendig bedømmelse av om betingelsene for frihetsberøvelsens lovlighet er oppfylt.

Kontrollkommissjonene har imidlertid et legemedlem. Det kan presumeres at alle leger har kjennskap til det psykiatriske fagfeltet. På en annen side vil det antageligvis kreves mer inngående kjennskap til psykiatrien for å vurdere om lidelsens grad eller intensitet nødvendiggjør bruken av det restriktive tiltaket. Dette tilsier at kontrollkommissjonen med dagens sammensetning ikke kan prøve om frihetsberøvelsen er i tråd med Winterwerp-kriteriene.

Som nevnt tidligere er det ønskelig at legemedlemmet har spesialitet i allmennmedisin, og fortrinnsvis lang praksis som allmennlege.¹⁹¹ En av begrunnelsene for å ha en allmennlege i kontrollkommissjonen er at de gjennom sin funksjon får en utstrakt erfaring i å håndtere psykiatriske pasienter utenfor institusjon.¹⁹² Det har blitt påpekt at denne kompetansen er

¹⁸⁹ Georg Høyer, «Kontrollkommissjonene i psykisk helsevern – Herman Wedel Majors nyskapning», Tidsskrift for norske legeforening, 2016 nr. 12-13, s. 1109–1112 (s. 1110), St.meld. nr. 32 (1976-1977) s. 12-13, NOU 1988: 8 s. 66

¹⁹⁰ NOU 2011: 9 s. 209

¹⁹¹ Se punkt 2.1 med videre henvisninger

¹⁹² Tine Dommerud, «-Allmennlege bør delta i kontrollkommissjonen», Dagens Medisin, 23.11.2007, <https://prod.dagensmedisin.no/artikler/2007/11/23/--allmennlege-bor-delta-i-kontrollkommissjonen/?login=true> (lest 07.10.2022)

viktig fordi en pasient som får medhold i en klagesak, skal fungere utenfor institusjonen som vedkommende får medhold i utskrivelse fra.¹⁹³

Dette argumentet er lite treffende når det kommer til bruken av restriktive tiltak. Dersom pasienten får medhold i klagen vil konsekvensen være at tiltaket må opphøre. En utstrakt erfaring i å håndtere pasienter utenfor institusjonen gir liten indikasjon på om kontrollkommisjonen kan foreta en reell og selvstendig vurdering av om den psykiske forstyrrelsens grad eller intensitet nødvendiggjør bruken av det restriktive tiltak.

Det at allmennleger gjennom sin stilling får erfaring i å håndtere psykiatriske pasienter kan imidlertid tyde på at de besitter psykiatrisk kunnskap uten å ha spesialisering. Dette tilsier at kontrollkommisjonen med dagens sammensetning og kompetanse kan prøve bruken av det restriktive tiltaket er i tråd med konvensjonskravene.

På en annen side vil det det kunne være stor variasjon i hvor mye erfaring allmennleger får i håndtere psykiatriske pasienter, og derav store forskjeller i hvor mye psykiatrisk kompetanse de besitter. Mangelen på krav om psykiater i kontrollkommisjonen kan medføre at noen kontrollkommisjoner vil ha mer kompetanse og være bedre egnet til å prøve frihetsberøvelsens lovlighet enn andre. Slik varierende kompetanse kan være vanskelig å forene med formålet om å beskytte pasientene mot vilkårlig frihetsberøvelse.

I en spørreundersøkelse utført av Sosial- og helsedirektoratet i 2005 ble 47 kontrollkommisjoner spurt om de opplevde at en overprøving av institusjonens faglige vurderinger kunne være vanskelig, over halvparten av kommisjonene svarte at dette ofte eller av og til kunne være vanskelig.¹⁹⁴ Disse resultatene tilsier at det å ha en spesialist i kommisjonen kan bedre muligheten til å overprøve det faglige skjønnet.¹⁹⁵

¹⁹³ Tine Dommerud, «-Allmennlege bør delta i kontrollkommisjonen», Dagens Medisin, 23.11.2007, <https://prod.dagensmedisin.no/artikler/2007/11/23/--allmennlege-bor-delta-i-kontrollkommisjonen/?login=true> (lest 07.10.2022)

¹⁹⁴ Sosial- og helsedirektoratet, *Evaluering av kontrollkommisjonene i psykisk helsevern*, IS-1338, s. 96

¹⁹⁵ NOU 2019: 14 s. 653

Psykiatere og psykologer med ansvar for å treffe skjermingsvedtak lærer lite om skjerming som en del av sin spesialisering.¹⁹⁶ Dette tilsier at leger uten spesialisering vil kunne enda mindre om det restriktive tiltaket. Argumentet tilsier at kontrollkommisjonen uten å ha et medlem med spesialisering i psykiatri vil ha store vanskeligheter med å vurdere om bruken av det restriktive tiltaket er i tråd med konvensjonskravene.

I rapporten «Kontroll med bruk av mekaniske tvangsmidler i psykisk helsevern» undersøkte Sivilombudet kontrollkomisjonenes praksis vedrørende bruken av mekaniske tvangsmidler etter psykisk helsevernloven § 4-8 annet ledd bokstav a.¹⁹⁷ Sivilombudet undersøkte alle vedtak om bruk av mekaniske tvangsmidler som kontrollkomisjonene hadde til behandling i 2021.¹⁹⁸ I rundt en tredjedel av de gjennomgåtte vedtakene ble kontrollkomisjonenes vurdering av vilkåret «uomgjengelig nødvendig» funnet å være mangelfullt begrunnet og fremsto som utilstrekkelig vurdert.¹⁹⁹ Sivilombudets funn tilsier at kontrollkomisjonene ikke foretar en selvstendig vurdering av om bruken av det restriktive tiltaket er nødvendig.

I 10 av 59 saker fant Sivilombudet at kontrollkomisjonene ikke hadde foretatt en selvstendig og konkret vurdering av om nødsituasjonen kunne vært løst med lempeligere midler.²⁰⁰ Dette viser at kommisjonene i noen tilfeller ikke vurderer om mindre inngripende tiltak kan benyttes.

Den manglende spesialkompetansen i psykiatri kan være en av årsakene til at kontrollkomisjonenes vurderinger var utilstrekkelige.

¹⁹⁶ Sivilombudsmannen, *Skjerming i psykisk helsevern- risiko for umenneskelig behandling*, temarapport 2018, s. 8

¹⁹⁷ Sivilombudet, *Kontroll med bruk av mekaniske tvangsmidler i psykisk helsevern: En undersøkelse av kontrollkomisjonenes praksis*, Oslo 2022, s. 1

¹⁹⁸ Sivilombudet, *Kontroll med bruk av mekaniske tvangsmidler i psykisk helsevern: En undersøkelse av kontrollkomisjonenes praksis*, Oslo 2022, s. 4

¹⁹⁹ Sivilombudet, *Kontroll med bruk av mekaniske tvangsmidler i psykisk helsevern: En undersøkelse av kontrollkomisjonenes praksis*, Oslo 2022, s. 5

²⁰⁰ Sivilombudet, *Kontroll med bruk av mekaniske tvangsmidler i psykisk helsevern: En undersøkelse av kontrollkomisjonenes praksis*, Oslo 2022, s. 21

Det er en risiko for at kontrollorganet er for tilbakeholden ved overprøvingen av det faglige skjønnets dersom institusjonen er underlegen i faglig kompetanse.²⁰¹ Den faglig ansvarlige som treffer vedtak om anvendelsen av det restriktive tiltaket, er som nevnt tidligere enten lege med relevant spesialistgodkjenning eller klinisk psykolog med relevant praksis og videreutdanning som fastsatt i forskrift.²⁰² Dette tilsier at kontrollkommisjonen med dagens sammensetning og kompetansekrav vil være underlegen i faglig kompetanse. Kontrollkommisjonen må med sin sammensetning være trygg på det psykiatriske fagfeltet for å kunne foreta en streng kontroll av om bruken av det restriktive tiltaket var nødvendig.

For å kunne vurdere intensiteten av den psykiske forstyrrelsen må kontrollkommisjonen ha kunnskap om hvordan den konkrete forstyrrelsen kan påvirke individet. Dette vil bero på en spesialkompetanse i psykiatri, samt mye dialog med pasienten.

Medlemmet som er lege er imidlertid der som medisinsk sakkyndig og ikke behandler.²⁰³ Dette kan tyde på at medlemmet vil være særlig forsiktig med å sette seg inn i pasientens konkrete situasjon og heller begrense sin rolle til å forklare det som fremstår som uklart i behandlerens rapport til de øvrige medlemmene i kontrollkommisjonen.

Å kunne vurdere den psykiske forstyrrelsens grad eller intensitet kan by på store utfordringer uten spesialisering i psykiatri. En må ha omfattende kunnskap om lidelsen det gjelder og effekten lidelsen kan ha på pasientens sinnstilstand. På en annen side er det mulig for kommisjonene å sette seg inn i lidelsen basert på saken. Dette er uansett en naturlig følge av at de må sette seg godt inn i saken.

Europarådets torturovervåkningskomité (CPT) har i sine rapporter fra 2005 og 2017 etter å ha besøkt Norge gitt en klar anbefaling om at hver kontrollkommisjon burde ha en psykiater som er uavhengig av institusjonen.²⁰⁴ Denne anbefalingen ble begrunnet i at kontrollkommisjonen

²⁰¹ St.meld. nr. 32 (1976-1977) s. 12-13

²⁰² Psykisk helsevernloven § 1-4

²⁰³ Helsedirektoratet, *Informasjonsskriv til medlemmer av kontrollkommisjoner i psykisk helsevern*, IS-1559, s. 32

²⁰⁴ Europarådets torturkomité, *Report to the Norwegian Government on the visit to Norway carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT)*, Strasbourg 28.03.2006, s. 39 avsnitt 94 og Europarådets torturkomité, *Report to*

er involvert i «highly specialised psychiatric assessments, diagnosis, and deciding on the need for treatment/discharge of patients».²⁰⁵ Komiteens uttalelse forstås slik at de vurderingene kontrollkommisjonen skal foreta krever at de besitter psykiatrisk kompetanse.

I mange andre land hvor de har et organ som tilsvarer kontrollkommisjonene i Norge er det en psykiater blant medlemmene. Dette gjelder for eksempel New Zealand, Irland og India.²⁰⁶ I Danmark er det spesifisert at det er ønskelig med leger som har spesialisering i psykiatri i Det Psykiatriske Patientklagenævn ved Nævnenes hus.²⁰⁷

Grunnen til at Danmark ønsker leger som har spesialisering i psykiatri er fordi det gir god sparring med deres leger, og det har blitt påpekt at psykiatere har bedre kjennskap til de medisinske preparater enn allmennleger.²⁰⁸

Samlet sett tilsier momentene i dette kapittelet at kontrollkommisjonen med dagens sammensetning og kompetanse i liten grad vil kunne prøve om konvensjonskravene er oppfylt.

7.3 Oppsummering

I dette kapittelet har det blitt undersøkt om kontrollkommisjonen kan prøve frihetsberøvelsens lovlighet etter artikkel 5 nr. 4. Vurderingen i kapittelet viser at det er en risiko for at Domstolen vil finne at kontrollkommisjonen ikke kan prøve lovligheten av frihetsberøvelsen.

the Norwegian Government on the visit to Norway carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT), Strasbourg 17.01.2019, s. 56 avsnitt 130

²⁰⁵ Europarådets torturkomité, *Report to the Norwegian Government on the visit to Norway carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT), Strasbourg 28.03.2006, s. 39 avsnitt 94*

²⁰⁶ Snehil Gupta, Maitreyi Misra, Neeraj Gill, *Mental health review board under the Mental Health Care Act (2017), India: A critique and learning from review boards of other nations*, International Journal of Law and Psychiatry 81 (2022) 101774, s. 3-5

²⁰⁷ Lov om anvendelse af tvang i psykiatrien m.v. § 34 (Dansk lovgivning)

²⁰⁸ Epost av 29.11.2022 «Spørsmål vedrørende Det Psykiatriske Patientklagenævn» korrespondanse med Det Psykiatriske Patientklagenævn ved Nævnenes hus

8 Kontrollkommisjonens kompetanse til å tilkjenne erstatning

8.1 Innledning

Det er lite som tyder på at kontrollkommisjonen har kompetanse til å tilkjenne pasientene erstatning. I dette kapittelet skal det vurderes om dette kan utgjøre en risiko for krenkelse av EMK artikkel 5 nr. 5 og 13.

Etter EMK artikkel 5 nr. 5 vil enhver ha en «enforceable right to compensation» dersom frihetsberøvelsen har vært i strid med en av bestemmelsene i artikkelen, jf. «in contravention of the provisions of this article».²⁰⁹ Denne retten gjelder like fullt om det er nasjonale myndigheter eller EMD selv som har konstatert krenkelse.²¹⁰ Vurderingen i kapittel syv viste at det er en risiko for at det kan konstateres en krenkelse av artikkel 5 nr. 4. Det kan dermed oppstå situasjoner hvor pasienten vil kunne ha krav på erstatning etter artikkel 5 nr. 5.

Artikkel 13 gir alle som har en prosedabel påstand om krenkelse av en konvensjonsrettighet krav på en effektiv prøvingsrett foran en nasjonal myndighet.²¹¹ Domstolen har uttalt at dersom et rettsmiddel skal være effektivt må organet kunne behandle substansen i den konvensjonsrelaterte klage, og om nødvendig «grant appropriate relief».²¹²

8.2 Har pasientene en «enforceable right to compensation» etter artikkel 5 nr. 5?

I dette kapittelet skal det redegjøres nærmere for hva som ligger i kravet om å ha «enforceable right to compensation» i EMK artikkel 5 nr. 5. Deretter skal det vurderes om kontrollkommisjonens manglende kompetanse til å tilkjenne erstatning kan utgjøre en risiko for at Domstolen finner en krenkelse av artikkelen.

²⁰⁹ Se i samme retning Jon Fridrik Kjølbro, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention For Praktikere*, Strasbourg 2020, s. 508 med videre henvisninger

²¹⁰ Stanev mot Bulgaria, søker 36760/06, dom av 17.01.2012 [GC] avsnitt 182

²¹¹ Ramirez Sanchez mot Frankrike, søker 59450/00, dom av 04.07.2006 [GC] avsnitt 157

²¹² Kudła mot Polen, søker 30210/96, dom av 26.10.2000 [GC] avsnitt 157

Ordlyden «enforceable right to compensation» tilsier at erstatningskravet må kunne håndheves. Dette forstås slik at individet må ha en reell mulighet til å kreve erstatning fra et organ som kan tilkjenne det.

Bestemmelsen vil være overholdt dersom det er mulig å kreve erstatning for frihetsberøvelse i strid med en av bestemmelsene i artikkel 5.²¹³

Det er lite som tyder på at barn selv vil kunne reise sak for de alminnelige domstoler på grunn av manglende prosessdyktighet. Kontrollkommisjonens manglende kompetanse til å tilkjenne erstatning vil kunne medføre at barnet som potensielt har blitt frihetsberøvet i strid med artikkel 5 nr. 4 ikke vil ha adgang til å kreve erstatning fra et organ som kan tilkjenne det.

På en annen side kan det tenkes at kontrollkommisjonen i sitt vedtak skriver at institusjonen bør utbetale pasienten erstatning. Dersom en slik merknad blir respektert og sykehuset utbetaler erstatning kan det tilsi at det ikke er en risiko for krenkelse av artikkelen. En slik ordning medfører imidlertid ikke at pasienten kan kreve erstatning fra et organ som kan tilkjenne det.

Kontrollkommisjonens manglende kompetanse til å utbetale erstatning kan utgjøre en risiko for at Domstolen vil finne en krenkelse av artikkel 5 nr. 5.

8.3 Er kontrollkommisjonen et effektivt rettsmiddel etter artikkel 13?

Det skal redegjøres for hva som ligger i at rettsmiddelet må kunne «grant appropriate relief». Videre skal det vurderes om kontrollkommisjonens manglende kompetanse til å tilkjenne erstatning medfører en risiko for at Domstolen ikke anser kontrollkommisjonen for å være et effektivt rettsmiddel.

²¹³ Jon Fridrik Kjølbro, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention For Praktikere*, Strasbourg 2020, s. 509 med videre henvisninger

Ordlyden «grant appropriate relief» forstås slik at organet må kunne gi passende kompensasjon eller oppreisning til den som påstår å ha fått sine konvensjonsrettigheter krenket.²¹⁴

Domstolen har uttalt at det i prinsippet skal være mulig å kreve kompensasjon for økonomisk og ikke-økonomisk tap i «appropriate cases».²¹⁵ Dette tilsier at et slikt krav ikke vil gjelde for påstått krenkelse av alle artikler.²¹⁶

EMD har uttalt at i saker om krenkelse av EMK artikkel 2 og 3 burde det i prinsippet være mulig å kreve kompensasjon for ikke-økonomisk tap.²¹⁷ Det har blitt gitt uttrykk for det samme synet i juridisk teori.²¹⁸ Klageren må i saker hvor det anføres brudd på artikkel 2 og 3 ha mulighet til å kreve og få kompensasjon for økonomisk og ikke-økonomisk tap.²¹⁹

I *Peck mot Storbritannia*²²⁰ kom Domstolen til at kommisjonenes manglende kompetanse til å tilkjenne erstatning innebar at organet ikke kunne tilby klageren et effektivt rettsmiddel.²²¹

Domstolen har i flere saker kommet til at selv om et rettsmiddel alene ikke oppfyller kravet, kan summen av nasjonale rettsmidler oppfylle kravet til «effective remedy».²²²

²¹⁴ Se i samme retning Jon Fridrik Kjølbro, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention For Praktikere*, Strasbourg 2020, s. 1256, Peer Lorenzen mfl., *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention*, København 2011, s. 947

²¹⁵ *Anguelova mot Bulgaria*, søker 38361/97, dom av 13.06.2002 [J] avsnitt 161 med videre henvisninger

²¹⁶ Se i samme retning Henrik Vaaler, «Erstatning for ikke-økonomisk tap ved krenkelser av EMK», *Lov og Rett*, 2017 Vol. 56 iss. 5 s. 299-317, punkt 3

²¹⁷ *Keenan mot Storbritannia*, søker 27229/95, dom av 03.04.2001 [J] avsnitt 130

²¹⁸ Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter 2: Statens plikt til effektiv og betryggende straffeforfølgning*, Bergen 2021, s. 189

²¹⁹ Michael Reiertsen, *The European Convention on Human Rights Article 13*, doktoravhandling Oslo 2017, s. 364

²²⁰ *Peck mot Storbritannia*, søker 44647/98, dom av 28.01.2003 [J]

²²¹ *Peck mot Storbritannia*, søker 44647/98, dom av 28.01.2003 [J] avsnitt 109

²²² *De Souza Ribeiro mot Frankrike*, søker 22689/07, dom av 13.12.2012 [GC] avsnitt 79, se også *Leander mot Sverige*, søker 9248/81, dom av 26.03.1987 [J] hvor Domstolen foretok en samlet vurdering av fire rettsmidler

I kapittel seks ble det pekt på at bruk av skjerming, isolasjon og mekaniske tvangsmidler kan krenke EMK artikkel 3. Dette tilsier at pasientene må ha mulighet til å kreve kompensasjon fra et organ som har mulighet til å tilkjenne det. Kontrollkommisjonens manglende kompetanse til å tilkjenne erstatning kan medføre en risiko for at Domstolen ikke anser kontrollkommisjonen alene for å være et effektivt rettsmiddel etter artikkel 13.

8.4 Oppsummering

Gjennomgangen i dette kapitlet viser at det er en risiko for at Domstolen vil finne at kontrollkommisjonens manglende kompetanse til å tilkjenne erstatning krenker artikkel 5 nr. 5 og artikkel 13.

9 Avslutning

9.1 Risikoer dersom kontrollkommisjonen som klageorgan må tilfredsstillere kravene i EMK artikkel 6, 5 og 13

I denne avhandlingen har det blitt vurdert hvilke risikoer for krenkelse av EMK Norge kan stå overfor dersom kontrollkommisjonen som klageorgan må tilfredsstillere kravene i artikkel 6, 5 og 13.

Dersom kontrollkommisjonen som klageorgan må tilfredsstillere de utvalgte kravene i EMK artikkel 6 nr. 1 vil det være risiko for krenkelse av kravet til uavhengighet, muntlighet og effektiv domstolsadgang. Det er videre en risiko for at Domstolen finner at kontrollkommisjonen ikke kan prøve frihetsberøvelsens lovlighet etter artikkel 5 nr. 4. Kontrollkommisjonens manglende kompetanse til å tilkjenne erstatning kan medføre at Domstolen finner en krenkelse av artikkel 5 nr. 5 og artikkel 13.

I dette kapitlet skal det pekes på noen utbedringer som kan gjøres for å redusere de nevnte risikoene.

9.2 Hvordan kan kontrollkommisjonen bli mer uavhengig?

Gjennomgangen i kapittel fire viste at det er flere forhold ved kontrollkommisjonen som kan reise tvil om kommisjonen er tilstrekkelig uavhengig av den utøvende makt.

Det var to viktige momenter som ble dratt frem i kapitlet. Det første punktet var at det er statsforvalteren som oppnevner kommisjonsmedlemmene, utbetaler godtgjørelse, samt avgjør

om et kontrollkommisjonsmedlem skal fratas vervet. Det andre momentet var at det ikke er regulert når et kontrollkommisjonsverv kan fratas.

En måte å gjøre kontrollkommisjonen mer uavhengig av den utøvende makt på er å ikke tillegge alle disse sentrale funksjonene til statsforvalteren. Det kan eksempelvis opprettes et uavhengig organ som har ansvaret for utbetaling av godtgjørelse og oppnevningen av medlemmene.

Videre bør det lovreguleres når et kontrollkommisjonsverv kan fratas. Det bør i tillegg fremkomme i loven at en avgjørelse om å frata et kontrollkommisjonsmedlem vervet er et enkeltvedtak.

9.3 Hvordan kan kontrollkommisjonen bedre ivareta kravet til muntlig høring?

Vurderingen i kapittel fem viste at det å behandle klager på restriktive tiltak uten å ha en muntlig høring med pasienten kan være problematisk etter muntlighetskravet.

Risikoen for krenkelse reduseres betraktelig dersom kontrollkommisjonene blir pålagt å holde møte ved behandlingen av klager på restriktive tiltak. Det kan i forbindelse med møtet foretas en muntlig høring av pasienten. Som påpekt i punkt 2.2 og 3.1 kan saksbehandlingen være ulik i kontrollkommisjonene. En slik endring kan bidra til lik praktisering.

9.4 Hvordan kan tilgangen til kontrollkommisjonen bli mer effektiv?

Gjennomgangen i kapittel seks viste at det i noen saker vil være en risiko for at Domstolen finner mangelen på fri rettshjelp i kontrollkommisjonen ved behandlingen av klager på restriktive tiltak problematisk.

Som vurderingen i kapitlet viste er det avgjørende en konkret helhetsvurdering av flere momenter slik som sakens viktighet, kompleksiteten av reglene og partens mulighet til å representere seg selv.

Det er ikke lagt opp til en slik vurdering før kontrollkommisjonen behandler klager på restriktive tiltak. En slik vurdering bør være lovpålagt. Dersom det i norsk rett er lagt opp til en vurdering lik den EMD foretar, vil det redusere risikoen for at Domstolen finner mangelen på fri rettshjelp problematisk. Denne risikoen vil reduseres fordi EMD da sannsynligvis vil vektlegge de samme momentene som allerede har blitt vektlagt nasjonalt.

En slik vurdering kan implementeres i norsk rett ved at lovgiver innfører en bestemmelse som rettshjelploven § 16 tredje ledd i rettshjelploven § 17.

9.5 Hvordan kan kontrollkommisjonen prøve frihetsberøvelsens lovlighet?

I kapittel syv ble det vist at mangelen på psykiatrisk kompetanse i kontrollkommisjon utgjør en risiko for at kontrollkommisjon ikke vil kunne prøve frihetsberøvelsens lovlighet.

En måte å redusere risikoen på er å endre kravene til legemedlemmet i kontrollkommisjonen slik at de besitter samme kompetanse som den faglig ansvarlige etter psykisk helsevernloven § 1-4. Dette vil kunne gjøre det enklere for kontrollkommisjonen å foreta en reell og selvstendig bedømmelse av om betingelsene for frihetsberøvelsens lovlighet er oppfylt.

En slik løsning kan muligens vanskeliggjøre å finne egnede medlemmer til kontrollkommisjonen. En måte å imøtekomme denne innvendingen på er at det opprettes særlige utvalg av fageksperter som etter anmodning kan oppnevnes ved behandlingen av enkeltsaker.²²³ Det antas at det vil være lettere å få en psykiater til å påta seg enkeltoppdrag enn å forplikte seg til et verv over fire år.

9.6 Hvordan kan risiko for krenkelse av EMK artikkel 5 nr. 5 og 13 reduseres?

Det er kontrollkommisjonens manglende kompetanse til å tilkjenne pasienten erstatning som utgjør en risiko for at Domstolen vil finne en krenkelse av EMK artikkel 5 nr. 5 og EMK artikkel 13.

Risikoen kan reduseres gjennom at kontrollkommisjonen tilkjennes kompetanse til å kunne vurdere og utbetale oppreisningserstatning til pasienten i de klagene de behandler hvor de finner at det foreligger en konvensjonskrenkelse.

9.7 En særlig oppfordring til lovgiver

Som nevnt innledningsvis er det i norsk rett de alminnelige domstolene som skal ivareta våre menneskerettslige forpliktelser. Kontrollkommisjonen vil imidlertid i noen saker være det eneste organet som overprøver den administrative tvangsbruken. Gjennomgangen i denne

²²³ En slik ordning ble anbefalt for tvangsbegrensningsnemndene i NOU 2019:14 s. 653

oppgaven viser at det er en risiko for at kontrollkommisjonen ikke tilfredsstillter kravene i EMK. Dette betyr at det er en fare for at konvensjonens rettigheter og friheter ikke er sikret for de pasientene som kun har adgang til å få tvangsbruken overprøvd i kontrollkommisjonen.

Jeg vil oppfordre lovgiver til å foreta en grundig vurdering av hvordan vi ønsker å ivareta våre menneskerettslige forpliktelser. Dersom vi skal holde på at det primært er de alminnelige domstolene som skal ivareta våre menneskerettslige krav må vi sikre at alle pasienter har en effektiv og reell adgang til å få overprøvd vedtak om bruken av restriktive tiltak i de alminnelige domstoler.

Kontrollkommisjonene er i dag i fare for å bli avskaffet til fordel for tvangsbegrensningsnemnder.²²⁴ Det er ikke vurdert i hvilken grad disse tilfredsstillter EMK kravene.²²⁵ Før det kan avgjøres hva slags organ som skal ivareta pasientenes rettssikkerhet i møte med det psykiske helsevern, må det tas et uttrykkelig standpunkt om hvordan EMK retten skal gjennomføres, og dette må gjennomføres konsekvent i norsk rett.

²²⁴ NOU 2019: 14 s. 624

²²⁵ NOU 2019: 14 s. 644

Referanseliste

Nasjonale kilder

Lover

Gjeldende lover

Kongeriket Norges Grunnlov 17. mai 1814 (Grunnloven)

Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven)

Lov 13. juni 1980 nr. 35 om fri rettshjelp (rettshjelploven)

Lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (barneloven)

Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

Lov 2. juli 1999 nr. 62 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykisk helsevernloven)

Lov 2. juli 1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter (pasient- og brukerrettighetsloven)

Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile saker (tvisteloven)

Opphevede lover

Lov 28. april 1961 nr. 2 om psykisk helsevern

Forskrifter

Forskrift 16. desember 2011 nr. 1258 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevernloven m.m. (psykisk helsevernforskriften)

Forarbeider og stortingsmeldinger

Ot.prp. nr. 3 (1998-1999) Om lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

Ot.prp. nr. 11 (1998-1999) Om lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykiatriloven)

St.meld. nr. 32 (1976-1977) Rettssikkerhet i sosial- og helseinstitusjoner

NOU 1988: 8 Lov om psykisk helsevern uten eget samtykke

NOU 2001: 32 A Rett på sak Lov om tvisteløsning (tvisteloven)

NOU 2011: 9 Økt selvbestemmelse og rettssikkerhet: Balansegangen mellom selvbestemmelsesrett og omsorgsansvar i psykisk helsevern

NOU 2019: 5 Ny forvaltningslov: Lov om saksbehandlingen i offentlig forvaltning (forvaltningsloven)

NOU 2019: 14 Tvangsbegrensningsloven: Forslag til felles regler om tvang og inngrep uten samtykke i helse- og omsorgstjenesten

Norske rettsavgjørelser

LF-2000-1026

Andre publikasjoner fra det offentlige

Rundskriv

IS-2014-5 Rundskriv fra Helsedirektoratet av 01.03.2014 Rundskriv for fylkesmennene vedrørende oppnevning av medlemmer til kontrollkommisjonene i det psykiske helsevernet

IS-2016-6 Rundskriv fra Helsedirektoratet av 22.11.2016 saksbehandlingsrundskriv for kontrollkommisjonene i det psykiske helsevernet

SRF-2017-1 Rundskriv fra Statens sivilrettsforvaltning av 20.12.2016 om fri rettshjelp

IS-2017-1 Rundskriv fra Helsedirektoratet av 29.11.2017 Psykisk helsevernloven og psykisk helsevernforskriften med kommentarer

Retningslinjer, veiledere og rapporter

Rapport fra Sosial- og helsedirektoratet, *Evaluering av kontrollkommisjonene i psykisk helsevern*, IS-1338 (Oslo 2005)

Rapport fra Helsetilsynet 4/2006, *Bruk av tvang i psykisk helsevern*, (Oslo 2006)

Helsedirektoratet, *Informasjonsskriv til medlemmer av kontrollkommisjoner i psykisk helsevern*, IS-1559 (Oslo 2008)

Helsedirektoratet, *Velkommen som medlem av kontrollkommisjon i psykisk helsevern*, IS-1558 (Oslo)

Helsedirektoratet, *Rettsikkerhet ved tvang: Kontrollkommisjonene i det psykiske helsevern*, IS-1335 (Oslo 2017)

Sivilombudsmannen, *Skjerming i psykisk helsevern- risiko for umenneskelig behandling*, temarapport 2018 (Oslo 2018)

Helsedirektoratet, *Kontroll av tvangsbruk 2020*, IS-3018 (Oslo 2021)

Helsedirektoratet, *Kontroll av tvangsbruk 2021*, IS-3055 (Oslo 2022)

Sivilombudet, *Kontroll med bruk av mekaniske tvangsmidler i psykisk helsevern: En undersøkelse av kontrollkomisjonenes praksis*, (Oslo 2022)

Nettressurser fra Helsedirektoratet

Helsedirektoratet (2022). Oppnevning av medlemmer av kontrollkomisjonene [nettdokument]. Oslo: Helsedirektoratet (sist faglig oppdatert 08. april 2022, lest 29. august 2022). Tilgjengelig fra <https://www.helsedirektoratet.no/tema/kontrollkomisjonen-i-psykisk-helsevern/oppnevning-av-medlemmer-av-kontrollkomisjonene>

Helsedirektoratet (2015). Oppgaver, saksbehandling og maler for kontrollkomisjonene [nettdokument]. Oslo: Helsedirektoratet (sist faglig oppdatert 20. mai 2022, lest 12. september 2022). Tilgjengelig fra <https://www.helsedirektoratet.no/tema/kontrollkomisjonen-i-psykisk-helsevern/oppgaver-saksbehandling-og-maler-for-kontrollkomisjonene>

Helsedirektoratet (2015). Godtgjøring til medlemmer av kontrollkomisjonene [nettdokument]. Oslo: Helsedirektoratet (sist faglig oppdatert 21. juni 2022, lest 14. oktober 2022). Tilgjengelig fra <https://www.helsedirektoratet.no/tema/kontrollkomisjonen-i-psykisk-helsevern/godtgjoring-til-medlemmer-av-kontrollkomisjonene>

Litteratur

Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter 2: Statens plikt til effektiv og betryggende straffeforfølgning*, 1. utgave (Bergen 2021)

Aarli, Ragna og Mæhle, Synne Sæther, *Juridisk metode i et nøtteskall*, 1. utgave (Oslo 2018)

Dijk, Pieter van mfl., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, fourth edition (Oxford 2006)

Dommerud, Tine, «-Allmennlege bør delta i kontrollkomisjonen», *Dagens Medisin*, 23.11.2007, <https://prod.dagensmedisin.no/artikler/2007/11/23/--allmennlege-bor-delta-i-kontrollkomisjonen/?login=true>

Eckhoff, Torstein og Smith, Eivind, *Forvaltningsrett*, 11. utgave (Oslo 2018)

Gupta, Snehil, Misra, Maitreyi, Gill, Neeraj, *Mental health review board under the Mental Health Care Act (2017), India: A critique and learning from review boards of other nations*, *International Journal of Law and Psychiatri* 81 (2022) 101774

Harris, D. J. mfl., *Harris, O'Boyle, and Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights*, fourth edition (Oxford 2018)

Høyser, Georg, «Kontrollkomisjonene i psykisk helsevern – Herman Wedel Majors nyskaping», *Tidsskrift for norske legeforening*, 2016 nr. 12-13, s. 1109–1112

Kjølbrot, Jon Fridrik, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention For Praktikere*, 5. udgave (Strasbourg 2020)

Kjønstad, Asbjørn, Syse, Aslak og Kjelland, Morten *Velferdsrett I: Grunnleggende rettigheter, rettsikkerhet og tvang*, 7. utgave (Oslo 2022)

Lorenzen, Peer mfl., *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention*, 3. udgave (København 2011)

Møse, Erik, *Menneskerettigheter*, 1. utgave (Oslo 2002)

Rainey, Bernadette, McCormick, Pamela, Ovey, Clare, *Jacobs, White and Ovey: The European Convention on Human Rights*, 8th edition (Oxford 2021)

Reiertsen, Michael, *The European Convention on Human Rights Article 13: Past, Present and Future*, doktoravhandling (Oslo 2017)

Riedl, Tore Roald og Elde, Wenche Dahl, *Psykisk helsevernloven med nøkkelkommentarer*, 2. utgave (Oslo 2014)

Skoghøy, Jens Edvin A., *Rett og rettsanvendelse*, (Oslo 2018)

Storvik, Marius, *Rettslig vern av pasientens integritet i psykisk helsevern*, doktoravhandling (Tromsø 2017)

Syse, Aslak, *Psykisk helsevernloven med kommentarer*, 3. utgave (Oslo 2016)

Vaaler, Henrik, «Erstatning for ikke-økonomisk tap ved krenkelser av EMK», *Lov og Rett*, 2017 Vol. 56 iss. 5 s. 299-317

Annet

Europarådets torturkomité, *Report to the Norwegian Government on the visit to Norway carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT)*, (Strasbourg 2006)

World Health Organization Europe, *Policies and practices for mental health in Europe-meeting the challenges*, ISBN 978 92 890 4279 6 (2008)

European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, *Handbook on European law relating to access to justice*, (Luxembourg 2016)

Europarådets torturkomité, *Report to the Norwegian Government on the visit to Norway carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT)*, (Strasbourg 2018)

Norges institusjon for menneskerettigheter, *Menneskerettslige rammer for domstolenes uavhengighet*, Tamarapport 2018 (Oslo 2019)

Statsforvalter, <https://www.statsforvalteren.no/portal/om-oss/> (lest 19.09.2022)

Committee on the Rights of Persons with Disabilities, *Guidelines on article 14 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities: The right to liberty and security of persons with disabilities*, (Geneva 2015)

Epost av 29.11.2022 «Spørsmål vedrørende Det Psykiatriske Patientklagenævn» korrespondanse med Det Psykiatriske Patientklagenævn ved Nævnenes hus

Internasjonale kilder

Konvensjoner

Europarådets konvensjon 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter som endret ved femtende protokoll 24. juni 2013

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

FNs konvensjon om barnets rettigheter av 20. november 1989

FNs konvensjon om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne 13. desember 2006

EMD avgjørelser

Airey mot Irland, søker 6289/73, dom av 09.10.1979 [J]

Anguelova mot Bulgaria, søker 38361/97, dom av 13.06.2002 [J]

Banković mfl. mot Belgia mfl., søker 52207/99, avvisningsavgjørelse fra Domstolen [GC]

Bellet mot Frankrike, søker 23805/94, dom av 04.12.1995 [J]

Bjarki H. Diego mot Island, søker 30965/17, dom av 15.03.2022 [J]

Bouyid mot Belgia, søker 23380/09, dom av 28.09.2015 [GC]

Brudnicka mfl. mot Polen, søker 54723/00, dom av 03.03.2005 [J]

Campbell og Fell mot Storbritannia, søker 7819/77; 7878/77, dom av 28.06.1984 [J]

De Souza Ribeiro mot Frankrike, søker 22689/07, dom av 13.12.2012 [GC]

Denis og Irvine mot Belgia, søkere 62819/17 og 63921/17, dom av 01.06.2021 [GC]

Denisov mot Ukraina, søker 76639/11, dom av 25.09.2018 [GC]

E. mot Norge, søker 11701/85, dom av 29.08.1990 [J]

Findlay mot Storbritannia, søker 22107/93, dom av 25.02.1997 [J]

Golder mot Storbritannia, søker 4451/70, dom av 21.02.1975 [P]

Grace Gatt mot Malta, søker 46466/16, dom av 08.10.2019 [J]

Grosam mot Tsjekkia, søker 19750/13, dom av 23.06.2022 [J]

Göç mot Tyrkia, søker 36590/97, dom av 11.07.2002 [GC]

Hutchison Reid mot Storbritannia, søker 50272/99, dom av 20.02.2003 [J]
Ilmseher mot Tyskland, søkere 10211/12 og 27505/14, dom av 04.12.2018 [GC]
Incal mot Tyrkia, søker 22678/93, dom av 09.06.1998 [J]
Keenan mot Storbritannia, søker 27229/95, dom av 03.04.2001 [J]
Khlaifia mfl. mot Italia, søker 16483/12, dom av 15.12.2016 [GC]
Kleyn mfl. mot Nederland, søkere 39343/98, 39651/98, 43147/98 og 46664/99, dom av 06.05.2003 [GC]
Korporativna Targovska Banka AD mot Bulgaria, søkere 46564/15 og 68140/16, dom av 30.08.2022 [J]
Kudła mot Polen, søker 30210/96, dom av 26.10.2000 [GC]
Kyprianou mot Kypros, søker 73797/01, dom av 15.12.2005 [J]
Leander mot Sverige, søker 9248/81, dom av 26.03.1987 [J]
McVicar mot Storbritannia, søker 46311/99, dom av 07.05.2002 [J]
Micallef mot Malta, søker 17056/06, dom av 15.10.2009 [GC]
Munjaz mot Storbritannia, søker 2913/06, dom av 17.07.2012 [J]
M.T. mot Estland, søker 75378/13, dom av 23.10.2018 [J]
N.D. og N.T. mot Spania, søkere 8675/15 og 8697/15, dom av 13.02.2020 [GC]
Peck mot Storbritannia, søker 44647/98, dom av 28.01.2003 [J]
P., C. og S. mot Storbritannia, søker 56547/00, dom av 16.07.2002 [J]
P.W. mot Østerrike, søker 10425/19, dom av 21.06.2022 [J]
Ramirez Sanchez mot Frankrike, søker 59450/00, dom av 04.07.2006 [GC]
Ramos Nunes De Carvalho e Sá mot Portugal, søkere 55391/13, 57728/13 og 74041/13, dom av 06.11.2018 [GC]
Rasul Jafarov mot Aserbajdsjan, søker 69981/14, dom av 17.03.2016 [J]
Regner mot Tsjekkia, søker 35289/11, dom av 19.09.2017 [GC]
Stanev mot Bulgaria, søker 36760/06, dom av 17.01.2012 [GC]
Sramek mot Østerrike, søker 8790/79, dom av 22.10.1984 [P]
Steel og Morris mot Storbritannia, søker 68416/01, dom av 15.02.2005 [J]
Stoyan Krastev mot Bulgaria, søker 1009/12, dom av 06.10.2020 [J]
Winterwerp mot Nederland, søker 6301/73, dom av 24.10.1979 [J]
X mot Finland, søker 34806/04, dom av 03.07.2012 [J]
X mot Storbritannia, søker 7215/75, dom av 05.11.1981 [J]
Zubac mot Kroatia, søker 40160/12, dom av 05.04.2018 [GC]

Utenlandsk lovgivning

LBK nr 185 af 01/02/2022 (Gældende) Bekendtgørelse af lov om anvendelse af tvang i psykiatrien m.v. (Danmark)

